



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

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

Herausgeber:

Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner

Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU

Überblick und Kommentar 2021/22



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

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

Herausgeber:

Andreas Kellerhals, Tobias Baumgartner

Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU

Überblick und Kommentar 2021/22

EIZ  Publishing



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

© 2022 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

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

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

ISBN:

978-3-03805-420-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-467-2 (PDF)

978-3-03805-468-9 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-420>

Version: 1.01 – 20220315

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

<https://eizpublishing.ch/publikationen/jahrbuch-wirtschaftsrecht-schweiz-eu-2022/>.

Zitiervorschlag:

Nachname Vorname, Teilgebiet, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/22, Zürich 2022, Seitenzahl

Vorwort

Der vorliegende 17. Band der Jahrbuchreihe „Wirtschaftsrecht Schweiz – EU“ dokumentiert die aktuellen Entwicklungen in zentralen Bereichen des EU-Wirtschaftsrechts und deren Bedeutung für die Schweiz. Berücksichtigt werden diverse wirtschaftsrelevante Rechtsgebiete, u.a. Kapitalmarktrecht, Immaterialgüterrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht und Wettbewerbsrecht. Das Jahrbuch richtet sich an Unternehmens-, Wirtschafts- und VerwaltungsjuristInnen sowie an RichterInnen und RechtsanwältInnen und bietet ihnen einen kompakten Überblick über die wichtigsten Gesetzgebungsvorstösse, neue Rechtsakte und ergangene Urteile im vergangenen Jahr 2021. Auch diese Ausgabe des Jahrbuchs erscheint wiederum im Verlag EIZ Publishing, und zwar als frei verfügbares E-Book (open access) sowie in gedruckter Form (print on demand). Wir bedanken uns bei Andreas Von Gunten und Petra Bitterli von buch & netz für die gute Zusammenarbeit bei der technischen Umsetzung der neuen Publikationsvarianten.

Zürich, Februar 2022

Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

Inhaltsübersicht

Banken- und Kapitalmarktrecht	
Rechtsentwicklung EU: STEFAN SULZER	3
Rechtsentwicklung Schweiz: STEFAN SULZER	25
Versicherungsrecht	
Rechtsentwicklung EU: HANSJÜRG APPENZELLER/VANESSA ISLER/ ELIANE BRAUN	47
Rechtsentwicklung Schweiz: HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER/ELIANE BRAUN	67
Kommunikation und Medien	
Rechtsentwicklung EU: TOBIAS BAUMGARTNER	79
Rechtsentwicklung Schweiz: ULRIKE I. HEINRICH	95
Wettbewerbsrecht	
Rechtsentwicklung EU: ANDRÉ S. BERNE/LAURA P. ZILIO	105
Rechtsentwicklung Schweiz: DAVID MAMANE	152
Arbeitsrecht	
Rechtsentwicklung EU: WESSELINA UEBE	159
Rechtsentwicklung Schweiz: THOMAS GEISER	176
Öffentliches Auftragswesen	
Rechtsentwicklung EU: PETER RECHSTEINER	192
Rechtsentwicklung Schweiz: PETER RECHSTEINER	205
Energie	
Rechtsentwicklung EU: BRIGITTA KRATZ	208
Rechtsentwicklung Schweiz: BRIGITTA KRATZ	215
Steuerrecht	
Rechtsentwicklung EU: RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ BENJAMIN BERGAU	229
Rechtsentwicklung Schweiz: RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ BENJAMIN BERGAU	249

Immaterialgüterrecht

[Rechtsentwicklung EU: TOBIAS BAUMGARTNER/ULRIKE I. HEINRICH](#) 259

[Rechtsentwicklung Schweiz: ULRIKE I. HEINRICH](#) 270

Verbraucherrecht

[Rechtsentwicklung EU: MICHAEL MAYER](#) 278

[Rechtsentwicklung Schweiz: ALEXANDER BRUNNER](#) 285

Internationales Zivilprozessrecht und

Internationales Privatrecht

[Rechtsentwicklung EU: DIRK TRÜTEN](#) 296

[Rechtsentwicklung Schweiz: DIRK TRÜTEN](#) 304

Aussenwirtschaftsrecht

[Rechtsentwicklung EU: JANICK ELSENER](#) 312

[Rechtsentwicklung Schweiz: ANDREAS R. ZIEGLER](#) 320

Autorenverzeichnis

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

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

BENJAMIN BERGAU, Steuerberater, Associate bei Baker McKenzie, Frankfurt

ANDRÉ S. BERNE, LL.M., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich

ELIANE BRAUN, MLaw, juristische Mitarbeiterin bei Homburger, Zürich

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

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

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

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

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

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

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

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

MICHAEL MAYER, MLaw, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich

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

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

Dr. STEFAN SULZER, LL.M., Rechtsanwalt, Deputy Group General Counsel, The Adecco Group, Fort Worth, Texas, USA

PD Dr. DIRK TRÜTEN, LL.M., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich

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

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

LAURA P. ZILIO, MLaw, LL.M. (Bruges), wissenschaftliche Mitarbeiterin am Europa Institut an der Universität Zürich

Banken- und Kapitalmarktrecht

Stefan Sulzer

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (STEFAN SULZER)	3
1.	Wirtschafts- und Finanzsystem	3
2.	Kapitalmarktunion	4
a)	Stärkung der Europäischen Kapitalmärkte	4
b)	Crowdfunding	5
3.	Nachhaltiges Finanzwesen	7
a)	Europäischer Grüner Deal	7
b)	Klimaberichterstattung	8
c)	Treuhänderische Pflichten im Kampf gegen Grünfärberei (Greenwashing)	11
4.	Bankenunion	13
a)	Bankenpaket 2021	13
b)	Eigenkapital	15
5.	Finanzaufsicht	15
a)	Digitales Finanzwesen	15
b)	Aufsicht von Wertpapierfirmen	16
6.	Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR)	17
7.	Wertpapiere	18
a)	Grüne Anleihen	18
b)	Gedekte Schuldverschreibungen	19
c)	Verbriefungen	20
8.	Investmentfonds	21
9.	Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	22
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (STEFAN SULZER)	25
1.	Bund	25
a)	Anerkennung von Handelsplätzen	25
b)	Banken	25
aa)	Finanzstabilität	25
bb)	Systemrelevante Banken	27
cc)	Liquidität – Widerstandsfähigkeit gegen Liquiditätsschocks	28
dd)	Liquidität – Net Stable Funding Ratio (NSFR)	29
c)	Nachhaltiges Finanzwesen	30
aa)	Finanzplatz Schweiz	30
bb)	Klimaberichterstattung	31
cc)	Grüne Anleihen	32
d)	Blockchain / Distributed Ledger Technology	33
e)	Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	34

2.	Finanzmarktaufsicht (FINMA)	35
	a) Risikomonitor	35
	b) Finanzmarktarchitektur – FIDLEG und FINIG	36
	c) Banken	37
	aa) Liquidität	37
	bb) Recovery- und Resolution Planning	37
	d) Finanzielle Referenzwerte – Ablösung des LIBOR	38
	e) Nachhaltige Finanzdienstleistungen	39
	aa) Klimaberichterstattung	39
	bb) Prävention und Bekämpfung von Greenwashing	40
	cc) Finanzielle Risiken des Klimawandels	40
	f) Video- und Online-Identifizierung	41
	g) Blockchain / Distributed Ledger Technology	41
	h) Direktübermittlung	41
3.	SIX Swiss Exchange	42
	a) Kotierung – Special Purpose Acquisition Companies (SPACs)	42
	b) Reporting – Ad hoc-Mitteilungen	43
	c) Indizes – Environment, Social, Governance (ESG)	43
	d) Rechnungslegung – Rechnungslegungsstandard EWR-IFRS	43

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021

1. Wirtschafts- und Finanzsystem

Im Mai 2020 verabschiedete die Europäische Kommission eine Mitteilung¹ mit dem Titel „Die Stunde Europas: Schäden beheben und Perspektiven für die nächste Generation eröffnen“ in der hervorgehoben wurde, dass die EU ihre offene strategische Autonomie stärken und bewahren muss. Der EU kommt eine entscheidende Rolle dabei zu, das System der globalen Governance zu gestalten und bilaterale Beziehungen zu entwickeln, die für beide Seiten von Vorteil sind, wobei sie sich gleichzeitig vor unfairen und missbräuchlichen Praktiken schützen muss. Dies geht Hand in Hand mit der Zusage der EU, sich für eine widerstandsfähigere und offenere Weltwirtschaft, gut funktionierende internationale Finanzmärkte und das regelbasierte multilaterale System einzusetzen.

Am 19. Januar 2021 legt die Europäische Kommission in einer Mitteilung² dar, wie die EU ihre offene strategische Autonomie im makroökonomischen und finanziellen Bereich ausbauen kann, indem sie die internationale Bedeutung des Euro fördert, die Finanzmarktinfrastrukturen der EU stärkt, die Umsetzung und Durchsetzung der Sanktionsregelungen der EU verbessert und die Widerstandsfähigkeit der EU gegenüber den Auswirkungen der unrechtmäßigen extraterritorialen Anwendung einseitiger Sanktionen und anderer Massnahmen durch Drittländer erhöht.

In ihrer Mitteilung präsentierte die Europäische Kommission eine ganze Reihe von Massnahmen, wie namentlich: (i) Vollendung der Bankenunion und weitere signifikante Fortschritte bei der Kapitalmarktunion, um die Wirtschafts- und Währungsunion zu vertiefen; (ii) vermehrte Nutzung von grünen Anleihen als Instrument zur Finanzierung von Investitionen und Projekten, die für die Verwirklichung der Ziele des europäischen Grünen Deals erforderlich sind; (iii) Zusammenarbeit mit Finanzmarktinfrastrukturunternehmen suchen, um zu analysieren, welche Schwachstellen dort im Hinblick auf die unrechtmäßige extraterritoriale Anwendung einseitiger Sanktionen durch Drittländer

¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Die Stunde Europas – Schäden beheben und Perspektiven für die nächste Generation eröffnen vom 27. Mai 2020, COM (2020) 456 final.

² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Das europäische Wirtschafts- und Finanzsystem: Mehr Offenheit, Stärke und Resilienz vom 19. Januar 2021, COM (2021) 32 final.

bestehen; (iv) Bewerten von möglichen technischen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Übertragung von auf Euro oder andere EU-Währungen lautenden Finanzkontrakten, die ausserhalb der EU geclart werden und auf zentrale Gegenparteien in der EU übertragen werden sollen; sowie (v) Entwickeln einer Datenbank – das Register für den Informationsaustausch zu Sanktionen, um eine rasche Meldung und einen raschen Informationsaustausch zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission über die Umsetzung und Durchsetzung von Sanktionen zu gewährleisten.

2. Kapitalmarktunion

a) *Stärkung der Europäischen Kapitalmärkte*

Die [Kapitalmarktunion](#) zielt darauf ab, in der gesamten EU einen echten Binnenmarkt für Kapital zu schaffen. Ziel ist es, dass Investitionen und Ersparnisse in sämtliche Mitgliedstaaten fliessen, sodass sie Bürgerinnen und Bürgern, Anlegern und Unternehmen zugutekommen, unabhängig davon, wo in der EU diese angesiedelt sind. Die Vertiefung der Kapitalmarktunion ist ein komplexes Unterfangen und lässt sich nicht durch eine einzelne Massnahme verwirklichen. Fortschritte sind in allen Bereichen notwendig, in denen es Hindernisse für den freien Kapitalverkehr gibt.

Am 24. September 2020 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Aktionsplan zur Förderung der Kapitalmarktunion in den kommenden Jahren.³ Oberste Priorität der EU ist es, dass sich Europa von der beispiellosen Wirtschaftskrise, die das Coronavirus verursacht hat, erholt. Entscheidend wird hierbei sein, dass die EU-Kapitalmärkte weiterentwickelt werden und der Zugang zur Marktfinanzierung gewährleistet ist. Der Aktionsplan legte die folgenden drei Hauptziele fest: (i) Gewährleistung einer grünen, digitalen, inklusiven und widerstandsfähigen wirtschaftlichen Erholung in der EU, indem europäischen Unternehmen, insb. KMU, der Zugang zu Finanzierungen erleichtert wird; (ii) Ausgestaltung eines EU-Finanzplatzes, an dem Privatpersonen in einem noch sichereren Umfeld als bisher langfristig sparen und investieren können; und (iii) Integration der nationalen Kapitalmärkte in einen echten EU-weiten Kapitalbinnenmarkt.

³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Kapitalmarktunion für die Menschen und Unternehmen – neuer Aktionsplan vom 24. September 2020, COM (2020) 590 final.

Am 25. November 2021, ein Jahr nach der Veröffentlichung des [Aktionsplans](#), schlug die Europäische Kommission konkrete Massnahmen zur Stärkung der europäischen Kapitalmärkte vor.⁴ Diese umfassen folgende Bereiche: (i) die Schaffung eines einheitlichen europäischen Zugangspunkts (*European Single Access Point* – ESAP).⁵ Der ESAP wird eine zentrale Anlaufstelle für öffentliche Finanz- und nachhaltigkeitsbezogene Informationen über EU-Unternehmen und EU-Anlageprodukte bieten; (ii) Überarbeitung der Verordnung über europäische langfristige Investmentfonds (ELTIF)⁶, um die Attraktivität europäischer langfristiger Investmentfonds für Anleger zu erhöhen und ihre Rolle als ergänzende Finanzierungsquelle für EU-Unternehmen zu stärken. Ausserdem wird es Kleinanlegern erleichtert, in solche Investmentfonds zu investieren, insb. durch die Abschaffung der Mindestinvestitionsschwelle von 10 000 EUR bei gleichzeitiger Gewährleistung eines starken Anlegerschutzes; (iii) Überarbeitung der Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMD)⁷, um die Effizienz und Integration des Marktes für alternative Investmentfonds zu verbessern. Insbesondere werden die Vorschriften für Fonds, die Unternehmen Darlehen gewähren, harmonisiert. Dies wird die Kreditvergabe an die Realwirtschaft erleichtern und gleichzeitig den Anlegerschutz verbessern und die Finanzstabilität gewährleisten; sowie (iv) Überarbeitung der Verordnung über Märkte für Finanzinstrumente (MiFIR)⁸, um mehr Transparenz auf den Kapitalmärkten zu schaffen.⁹

Das Massnahmenpaket wird nun im EU-Parlament und im Rat erörtert.

b) *Crowdfunding*

Crowdfunding verbessert den Zugang zu Finanzmitteln insb. für Start-ups und andere Kleinunternehmen. Ein Start-up kann sein Projekt auf einer Online-

⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Kapitalmarktunion – Umsetzung ein Jahr nach dem Aktionsplan vom 25. November 2021, COM (2021) 720 final.

⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Schaffung eines einheitlichen europäischen Zugangspunkts als zentrale Anlaufstelle für öffentliche Finanz- und nachhaltigkeitsbezogene Informationen über EU-Unternehmen und EU-Anlageprodukte vom 25. November 2021, COM (2021) 723 final.

⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2015/760 vom 25. November 2021, COM (2021) 722 final.

⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2011/61/EU und 2009/65/EC, COM (2021) 721 final.

⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/65/EU, COM (2021) 727 final.

⁹ Vgl. zu einem konsolidierten europäischen Datenticker unten [1.6](#).

Plattform präsentieren und um Unterstützung in Form eines Darlehens (*Peer-to-Peer-Kredit*) oder in Form von Eigenkapital bitten. Anleger erhalten eine finanzielle Rendite für ihre Investitionen. Derzeit ist es für viele Plattformen schwierig, in andere EU-Länder zu expandieren. Daher ist Crowdfunding in der EU im Vergleich zu anderen grossen Volkswirtschaften der Welt unterentwickelt, und der EU-Markt ist zersplittert. Eine der grössten Hürden ist das Fehlen gemeinsamer EU-weiter Vorschriften.

Am 8. März 2018 legte die Europäische Kommission einen Legislativvorschlag¹⁰ vor, mit dem es für Crowdfunding-Plattformen einfacher sein wird, ihre Dienstleistungen EU-weit anzubieten und den Zugang zu dieser innovativen Finanzierungsform für Unternehmen mit Finanzierungsbedarf zu verbessern.

Am 10. November 2020 ist die neue Richtlinie über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen in Kraft getreten.¹¹ Sie gilt nach einer Übergangsfrist von 12 Monaten seit dem 10. November 2021. Gestützt auf die neue Regulierung ist es Plattformen möglich, ein EU-Label zu beantragen. Anleger auf Crowdfunding-Plattformen werden durch klare Regeln für die Offenlegung von Informationen, die Governance und das Risikomanagement sowie durch eine kohärente Beaufsichtigung geschützt. Angesichts der Notwendigkeit, durch eine klare Trennung der angebotenen Dienstleistungen Interessenkonflikte zu vermeiden und eine wirksame Aufsicht zu gewährleisten, sollte eine Person, die als Crowdfunding-Dienstleister zugelassen ist, vom Anwendungsbereich der MiFID II ausgenommen sein.

¹⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Crowdfunding-Dienstleister für Unternehmen vom 8. März 2018, COM (2018) 113 final und Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/65/EU vom 8. März 2018, COM (2018) 99 final.

¹¹ Verordnung (EU) 2020/1503 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Oktober 2020 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1129 und der Richtlinie (EU) 2019/1937, ABl L 347 vom 20. Oktober 2020.

3. Nachhaltiges Finanzwesen

a) *Europäischer Grüner Deal*

Der europäische Grüne Deal¹² ist die europäische Wachstumsstrategie, die die Lebensqualität und die Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger verbessern, Europa bis 2050 klimaneutral machen und das Naturkapital und die Biodiversität der EU schützen, erhalten und verbessern soll.

Der europäische Grüne Deal zeigte auf, dass für den Übergang zu einer klimaneutralen Wirtschaft und zum Erreichen der ökologischen Nachhaltigkeitsziele der EU erhebliche Investitionen in allen Wirtschaftssektoren notwendig sind. Ein grosser Teil dieser Finanzströme wird vom privaten Sektor kommen müssen. Um diese Investitionslücke zu schliessen, müssen private Kapitalflüsse in ökologisch nachhaltigere Investitionen umgelenkt und der europäische Finanzrahmen völlig neu durchdacht werden. Insbesondere wurde durch den europäischen Grünen Deal deutlich, dass ökologisch nachhaltige Investitionen für Investoren und Unternehmen leichter erkennbar und ihre Glaubwürdigkeit gewährleistet sein sollte.

Die EU hat ihre Ambitionen bei der Bekämpfung des Klimawandels in den letzten Jahren beträchtlich erhöht. Die Europäische Kommission hat bereits beispiellose Schritte unternommen, um die Grundlagen für ein nachhaltiges Finanzwesen zu schaffen. Nachhaltigkeit ist das zentrale Merkmal der Erholung der EU von der COVID-19-Pandemie, und der Finanzsektor wird entscheidend dazu beitragen, die Ziele des europäischen Grünen Deals zu erreichen.

Am 6. Juli 2021 hat die Europäische Kommission einen weiteren wichtigen Schritt in Richtung der Ziele des [Grünen Deals](#) unternommen, indem sie für einen umfassenden Ansatz bei der Finanzierung des grünen Wandels sorgt. Die von der Europäischen Kommission verabschiedete neue Strategie für ein nachhaltiges Finanzwesen¹³ umfasst sechs Massnahmenpakete: (i) Erweiterung des bestehenden Instrumentariums für ein nachhaltiges Finanzwesen, um den Zugang zu Finanzmitteln für den Übergang zu erleichtern; (ii) bessere Einbeziehung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) sowie Verbrau-

¹² Siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Der europäische Grüne Deal vom 11. Dezember 2019, COM (2019) 640 final.

¹³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie zur Finanzierung einer nachhaltigen Wirtschaft vom 6. Juli 2021, COM (2021) 390 final.

chern mithilfe der richtigen Instrumente und Anreize für den Zugang zu Finanzmitteln für den Übergang; (iii) Erhöhung der Widerstandsfähigkeit des Wirtschafts- und Finanzsystems gegenüber Tragfähigkeitsrisiken; (iv) Steigerung des Beitrags des Finanzsektors zur Nachhaltigkeit; (v) Gewährleistung der Integrität des Finanzsystems der EU und Überwachung seines geordneten Übergangs zur Nachhaltigkeit; sowie (vi) Entwicklung internationaler Initiativen und Standards für ein nachhaltiges Finanzwesen und Unterstützung für die Partnerländer der EU.

Bis Ende 2023 wird die Europäische Kommission über die Durchführung der Strategie Bericht erstatten und die Mitgliedstaaten bei ihren Bemühungen um ein nachhaltiges Finanzwesen aktiv unterstützen.

b) *Klimaberichterstattung*

In der EU sind grosse kapitalmarktorientierte Unternehmen sowie Kreditinstitute und Versicherungen seit 2017 zur nichtfinanziellen Berichterstattung gestützt auf die Richtlinie über die nichtfinanzielle Unternehmensberichterstattung (*Non-Financial Reporting Directive – NFRD*)¹⁴ verpflichtet. Die EU-Klimataxonomie ist ein solides, wissenschaftlich fundiertes Instrument, das für Unternehmen und Anleger gleichermaßen Transparenz gewährleistet. So werden Anleger bei Investitionen in Projekte und Wirtschaftstätigkeiten, die sich deutlich positiv auf Klima und Umwelt auswirken, künftig von der gleichen Grundlage ausgehen können. Darüber hinaus werden Offenlegungspflichten für Unternehmen und Finanzmarktteilnehmer festgelegt.

Am 21. April 2021 verabschiedete die Europäische Kommission einen Richtlinienvorschlag¹⁵ zur Nachhaltigkeitsberichterstattung der Unternehmen (*Corporate Sustainability Reporting Directive, CSRD*). Mit diesem Vorschlag werden die geltenden Bestimmungen der Richtlinie über die nichtfinanzielle Unternehmensberichterstattung (NFRD) überarbeitet und gestärkt. Ziel ist die Schaffung eines Regelwerks, das die Nachhaltigkeitsberichterstattung im Laufe der Zeit auf eine Stufe mit der Finanzberichterstattung stellen wird. Die vorgeschlagene Richtlinie wird die EU-Bestimmungen für die Nachhaltig-

¹⁴ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen, ABl L 330 vom 15. November 2014, 1.

¹⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2013/34/EU, 2004/109/EG und 2006/43/EG und der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen vom 21. April 2021, COM (2021) 189 final.

keitsberichterstattung auf alle Grossunternehmen und alle börsennotierten Unternehmen ausweiten. Damit werden künftig fast 50 000 Unternehmen in der EU detaillierte Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung einhalten müssen, d.h. deutlich mehr als die 11 000 Unternehmen, die den derzeit geltenden Anforderungen unterliegen. Die Europäische Kommission schlägt die Entwicklung von Standards für Grossunternehmen sowie die Entwicklung getrennter, verhältnismässiger Standards für KMU vor, die nicht-börsennotierte KMU freiwillig anwenden können.

Der Vorschlag soll namentlich sicherstellen, dass die Unternehmen die von Anlegern und anderen Interessenträgern benötigten verlässlichen und vergleichbaren Informationen zu ihrer Nachhaltigkeit bereitstellen. Dies wird einen kohärenten Fluss von nachhaltigkeitsbezogenen Angaben im gesamten Finanzsystem gewährleisten. So werden die Unternehmen darüber Bericht erstatten müssen, wie Nachhaltigkeitsthemen wie der Klimawandel ihre Tätigkeit beeinflussen und wie ihre Tätigkeiten sich auf Mensch und Umwelt auswirken.

Darüber hinaus wird die vorgeschlagene Richtlinie die Berichterstattung für die Unternehmen vereinfachen. Die Tatsache, dass in diesem Bereich unterschiedliche Meldestandards und -rahmen eingehalten werden müssen, setzt viele Unternehmen unter Druck. Die vorgeschlagenen EU-Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung sollten diese allesamt ersetzen und zugleich dem Informationsbedarf von Anlegern und anderen Interessenträgern gerecht werden.

Die überarbeitete EU-Richtlinie ist per 1. Dezember 2022 von den Mitgliedsstaaten in nationales Recht umzusetzen, das nationale Gesetz wird für Unternehmen für Geschäftsjahre, die am oder nach dem 1. Januar 2023 beginnen, anzuwenden sein.

Ebenfalls am 21. April 2021 verabschiedete die Europäische Kommission¹⁶ eine delegierte Verordnung¹⁷ zur Klimataxonomie mit dem der erste Satz der technischen Bewertungskriterien eingeführt wird, anhand deren bestimmt werden soll, welche Tätigkeiten wesentlich zur Erreichung von zwei der in der Taxonomieverordnung¹⁸ festgelegten Umweltziele beitragen: (i) Anpassung an den Klimawandel und (ii) Klimaschutz.

Am 6. Juli 2021 verabschiedete die Europäische Kommission umfassende Massnahmen für ein nachhaltiges Finanzwesen.¹⁹ Darin enthalten ist unter anderem die Verabschiedung eines weiteren delegierten Rechtsakts²⁰ über die Informationen zur Nachhaltigkeit der Tätigkeiten von Finanz- und Nicht-Finanzunternehmen, die von diesen auf der Grundlage der Taxonomieverordnung²¹ offengelegt werden müssen.

Finanz- und Nicht-Finanzunternehmen müssen entsprechend Anlegern Informationen über die Umweltfreundlichkeit ihrer Vermögenswerte und wirtschaftlichen Tätigkeiten zur Verfügung stellen. Märkte und Investoren benötigen klare und vergleichbare Nachhaltigkeitsinformationen, um Grünfärberei

¹⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Taxonomie, Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen, Nachhaltigkeitspräferenzen und treuhänderische Pflichten: Finanzielle Mittel in Richtung des europäischen Grünen Deals lenken vom 21. April 2021, COM (2021) 188 final.

¹⁷ Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung der technischen Bewertungskriterien, anhand deren bestimmt wird, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass eine Wirtschaftstätigkeit einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz oder zur Anpassung an den Klimawandel leistet, und anhand deren bestimmt wird, ob diese Wirtschaftstätigkeit erhebliche Beeinträchtigungen eines der übrigen Umweltziele vermeidet vom 6. Juli 2021, COM (2021) 2800 final.

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

¹⁹ Siehe zu grünen Anleihen bereits oben [1.3.a](#)) und unten [1.7.a](#)).

²⁰ Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung des Inhalts und der Darstellung der Informationen, die von Unternehmen, die unter Art. 19a oder Art. 29a der Richtlinie 2013/34/EU fallen, in Bezug auf ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten offenzulegen sind, und durch Festlegung der Methode, anhand deren die Einhaltung dieser Offenlegungspflicht zu gewährleisten ist vom 6. Juli 2021, COM (2021) 4987 final.

²¹ Art. 8 Verordnung (EU) 2020/852.

(*Greenwashing*) zu verhindern.²² Im verabschiedeten Rechtsakt ist festgelegt, welche Informationen über den der EU-Taxonomie entsprechenden Anteil ihrer Geschäfts-, Investitions- oder Anleihtätigkeit grosse Finanz- und Nicht-Finanzunternehmen nach welcher Methodik in welcher Form offenzulegen haben. Finanzinstitute, insb. grosse Banken, Vermögensverwalter, Wertpapierfirmen und Versicherungs-/Rückversicherungsunternehmen, müssen den Anteil ökologisch nachhaltiger Wirtschaftstätigkeiten an den gesamten Vermögenswerten, die sie finanzieren oder in die sie investieren, angeben.

Der delegierte Rechtsakt wird dem EU-Parlament und dem Rat für einen viermonatigen Zeitraum, der einmal um zwei Monate verlängert werden kann, zur Prüfung vorgelegt.

c) *Treuhänderische Pflichten im Kampf gegen Grünfärberei (Greenwashing)*

Im Bestreben das Finanzsystem nachhaltiger zu gestalten und den europäischen Grünen Deal zu verwirklichen, spielen Finanzunternehmen eine gewichtige Rolle.

²² Vgl. zur Klimaberichterstattung und Greenwashing in der Schweiz unten [II.1.c\)bb](#)).

Am 21. April 2021 verabschiedete die Europäische Kommission sechs delegierte Änderungsrechtsakte²³ zu treuhänderischen Pflichten und zu Anlage- und Versicherungsberatung, die sicherstellen werden, dass Finanzunternehmen wie Beratungsgesellschaften, Vermögensverwaltungsgesellschaften oder Versicherer das Thema Nachhaltigkeit in ihre Verfahren und in ihre Anlageberatung für Kunden aufnehmen. Entsprechend muss ein Anlage- und Versicherungsberater wenn er die Eignung eines Kunden für eine bestimmte Anlage beurteilt, mit dem Kunden dessen Präferenzen in Bezug auf Nachhaltigkeit erörtern. Ausserdem werden mit den legislativen Änderungen die treuhänderischen Pflichten eines Finanzunternehmens bei Beurteilung der eigenen Nachhaltigkeitsrisiken (etwa der Auswirkungen von Überschwemmungen auf den Wert der Investitionen) klargestellt. Schliesslich werden neue Aufsichts- und Lenkungsanforderungen bei Anlage- und Versicherungsprodukten für Unternehmen, die Finanzprodukte auflegen, eingeführt, was für die Finanzberater bedeutet, dass sie bei der Gestaltung ihrer Finanzprodukte Nachhaltigkeitserwägungen Rechnung tragen müssen.

²³ Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Änderung der Richtlinie 2010/43/EU in Bezug auf die von Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW) zu berücksichtigenden Nachhaltigkeitsrisiken und -faktoren vom 21. April 2021, COM (2021) 2617 final; Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) Nr. 231/2013 im Hinblick auf die von den Verwaltern alternativer Investmentfonds zu berücksichtigenden Nachhaltigkeitsrisiken und -faktoren vom 21. April 2021, COM (2021) 2615 final; Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Änderung der Delegierten Verordnungen (EU) 2017/2358 und (EU) 2017/2359 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in die Aufsichts- und Lenkungsanforderungen an Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreiber sowie in die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln vom 21. April 2021, COM (2021) 2614 final; Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Änderung der Delegierten Richtlinie (EU) 2017/593 durch Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren in die Produktüberwachungspflichten vom 21. April 2021, COM (2021) 2612 final; Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2015/35 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken in die Governance von Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen vom 21. April 2021, COM (2021) 2628 final; Vorschlag für eine Delegierte Verordnung der Europäischen Kommission zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2017/565 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in bestimmte organisatorische Anforderungen und Bedingungen für die Ausübung der Tätigkeit von Wertpapierfirmen vom 21. April 2021, COM (2021) 2616 final.

4. Bankenunion

a) *Bankenpaket 2021*

Nach der Finanzkrise vereinbarten die Regulierungsbehörden aus weltweit 28 Ländern im Basler Ausschuss für Bankenaufsicht ([BCBS](#)) einen neuen internationalen Standard, der auf die Stärkung der Banken abzielt ([Basel III](#)). Diese Vereinbarung wurde 2017 endgültig geschlossen. Die EU hat den weitaus grössten Teil dieser Vorschriften umgesetzt, sodass der EU-Bankensektor nunmehr über eine wesentlich solidere Eigenkapitalbasis verfügt. Infolgedessen gerieten die Banken in der EU während der Covid-19-Krise nicht in Schwierigkeiten. Dies zeigte sich daran, dass sie ihre Kreditvergabe fortsetzen konnten.

Am 27. Oktober 2021 nahm die Europäische Kommission eine überarbeitete Fassung der EU-Bankenvorschriften an. Dieses sog. Bankenpaket 2021 besteht aus drei Teilen:

(i) *Umsetzung von Basel III – Stärkung der Widerstandsfähigkeit gegenüber wirtschaftlichen Schocks.* Mit den vorgeschlagenen Vorschriften wird die internationale [Basel-III-Vereinbarung](#) vollständig umgesetzt, wobei den Besonderheiten des EU-Bankensektors, bspw. hinsichtlich Hypotheken mit geringem Risiko, Rechnung getragen wird. Insbesondere soll sichergestellt werden, dass die von den Banken zur Berechnung ihrer Eigenkapitalanforderungen verwendeten „internen Modelle“ die Risiken nicht zu gering ansetzen und dass die Banken genügend Kapital zur Deckung ihrer Risiken vorhalten. Dies wiederum wird den Vergleich der risikobasierten Eigenkapitalquoten der einzelnen Banken erleichtern und damit das Vertrauen in diese Quoten und in die Solidität des Sektors insgesamt wiederherstellen.

(ii) *Nachhaltigkeit – Beitrag zum ökologischen Wandel.* Die Stärkung der Widerstandsfähigkeit des Bankensektors gegen Umwelt-, Sozial- und Governance-Risiken (ESG-Risiken) ist ein Schlüsselbereich der Strategie der Europäischen Kommission [für ein nachhaltiges Finanzwesen](#). Die Herangehensweisen der Banken zur Quantifizierung und Steuerung dieser Risiken sollten verbessert werden und die Märkte sollten über die einschlägigen Methoden der Banken informiert sein. Daher kommt der aufsichtlichen Regulierung eine entscheidende Bedeutung zu. Mit dem Bankenpaket 2021 werden die Banken verpflichtet, ESG-Risiken im Rahmen ihres Risikomanagements systematisch zu ermitteln, offenzulegen und zu steuern. Dies beinhaltet die regelmässige Durchführung von Klimastresstests sowohl durch die Aufsichtsbehörden als auch durch die Banken. Die Aufsichtsbehörden werden die ESG-Risiken im

Rahmen regelmässiger Überprüfungen bewerten. Ferner müssen alle Banken offenlegen, inwieweit sie ESG-Risiken ausgesetzt sind. Um kleinere Banken vor übermässigem Verwaltungsaufwand zu bewahren, werden die Offenlegungsvorschriften verhältnismässig sein.

(iii) *Stärkere Aufsicht* – Gewährleistung einer soliden Verwaltung der Banken in der EU und besseren Schutz der Finanzstabilität. Das Bankenpaket 2021 gibt den für die Beaufsichtigung von Banken in der EU zuständigen Aufsichtsbehörden stärkere Instrumente an die Hand. Es enthält klare, solide und ausgewogene Regeln zur fachlichen Qualifikation und Eignung, anhand deren die Aufsichtsbehörden prüfen, ob leitende Mitarbeiter über die für die Führung einer Bank erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügen. Vor dem Hintergrund des Wirecard-Skandals werden den Aufsichtsbehörden ferner bessere Instrumente zur Beaufsichtigung von Fintech-Gruppen, einschliesslich Tochtergesellschaften von Banken, zur Verfügung gestellt. Dieses verbesserte Instrumentarium wird ein solides und umsichtiges Management der Banken in der EU sicherstellen.

Die überarbeiteten Bankenvorschriften umfassen die folgenden Legislativvorschläge: (i) einen Vorschlag zur Änderung der Eigenkapitalrichtlinie²⁴, (ii) einen Vorschlag zur Änderung der Eigenkapitalverordnung²⁵, sowie (iii) einen gesonderten Vorschlag zur Änderung der Eigenkapitalverordnung im Bereich der Abwicklung (sog. „Daisy Chain“- oder „Kettenstruktur“-Vorschlag)²⁶.

Das Legislativpaket wird nun im EU-Parlament und im Rat erörtert.

²⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf Aufsichtsbefugnisse, Sanktionen, Zweigstellen aus Drittländern sowie Umwelt-, Sozial- und Unternehmensführungsrisiken und zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU vom 27. Oktober 2021, COM (2021) 663 final.

²⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 im Hinblick auf Vorschriften für das Kreditrisiko, das Risiko einer Anpassung der Kreditbewertung, das operationelle Risiko, das Marktrisiko und die Eigenmitteluntergrenze (Output-Floor) vom 27. Oktober 2021, COM (2021) 664 final.

²⁶ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 und der Richtlinie 2014/59/EU im Hinblick auf die aufsichtliche Behandlung global systemrelevanter Institutsgruppen mit einer multiplen Abwicklungsstrategie und eine Methode für die indirekte Zeichnung von Instrumenten, die zur Erfüllung der Mindestanforderung an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten berücksichtigungsfähig sind vom 27. Oktober 2021, COM (2021) 665 final.

b) Eigenkapital

Am 28. April 2020 nahm die Europäische Kommission ein Bankenpaket an, das den Banken unionsweit die Kreditvergabe an private Haushalte und Unternehmen erleichtern soll. Dieses Paket umfasste gezielte „Sofort“-Änderungen an den EU-Bankenvorschriften²⁷, namentlich der Eigenkapitalverordnung (CRR und CRR II)²⁸, um die Fähigkeit der Banken zur Kreditvergabe und zum Ausgleich coronabedingter Verluste zu maximieren. Es handelt sich um aussergewöhnliche temporäre Massnahmen, mit denen die unmittelbaren Folgen der Coronakrise abgemildert werden sollen. Hierzu zählen die Anpassung des Zeitplans für die Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards auf das Kapital der Banken, eine günstigere Behandlung von Garantien, die während der Krise gewährt werden, die Verschiebung des Anwendungsbeginns des Puffers bei der Verschuldungsquote und die Änderung der Art und Weise, wie bestimmte Risikopositionen von der Berechnung der Verschuldungsquote ausgenommen werden.

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

5. Finanzaufsicht

a) Digitales Finanzwesen

Aufsichtsgremien wie die Europäische Bankenaufsichtsbehörde (EBA) verpflichten Finanzunternehmen, Banken und Wertpapierfirmen, bestimmte Informationen an die Aufsichtsbehörden zu melden. Die Aufsicht über das Finanzsystem der EU ist auf zeitnahe, relevante und hochwertige Daten angewiesen. Die EU-Vorschriften für die Berichterstattung an die Finanzaufsicht

²⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 575/2013 und (EU) 2019/876 aufgrund von Anpassungen infolge der COVID-19-Pandemie vom 28. April 2020, COM (2020) 310 final.

²⁸ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl L 176 vom 27. Juni 2013, 1 sowie Verordnung (EU) 2019/876 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 und der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 (CRR II), ABl L 150 vom 7. Juni 2019, 1.

und die Art und Weise, wie die Behörden Daten erheben und nutzen, müssen mit den jüngsten Entwicklungen Schritt halten, insb. mit der raschen Entwicklung der digitalen Technologien zur Erhebung und Analyse solcher Daten.

Am 15. Dezember 2021 hat die Europäische Kommission eine [neue Strategie](#) zur Verbesserung und Modernisierung der Finanzberichterstattung in der EU vorgelegt.²⁹ Mit dieser Strategie will die Europäische Kommission erreichen, dass den Aufsichtsbehörden auf EU- und nationaler Ebene genaue, kohärente und zeitnahe Daten gemeldet werden. Gleichzeitig soll der Aufwand, den Finanzinstitute in die Finanzberichterstattung investieren, gesenkt werden.

Die neue Strategie umfasst vier Bereiche: (i) Gewährleistung kohärenter und genormter Daten, die auf einer klaren und gemeinsamen Terminologie sowie auf gemeinsamen Normen, Formaten und Regeln beruhen; (ii) Erleichterung des Austauschs und der Weiterverwendung gemeldeter Daten zwischen den Aufsichtsbehörden durch Beseitigung ungerechtfertigter rechtlicher und technischer Hindernisse zur Vermeidung doppelter Datenabfragen; (iii) bessere Ausgestaltung der Berichtspflichten durch die Entwicklung von Leitlinien auf der Grundlage bewährter Verfahren zur Anwendung der Grundsätze der besseren Rechtsetzung im Bereich der Finanzberichterstattung an Aufsichtsbehörden; sowie (iv) Einführung gemeinsamer Regeln mit dem Ziel einer besseren Koordinierung und engeren Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden und anderen einschlägigen Interessenträgern, damit diese Fachwissen und Informationen austauschen können.

b) Aufsicht von Wertpapierfirmen

In den Mitgliedstaaten des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) gibt es mehrere tausend Wertpapierfirmen. Wertpapierfirmen und deren Dienstleistungen sind für eine gut funktionierende Kapitalmarktunion von zentraler Bedeutung. Bei den meisten dieser Firmen handelt es sich um kleine bis mittlere Unternehmen, die in erster Linie Anlageberatungsdienste erbringen, Aufträge entgegennehmen, weiterleiten und ausführen, Portfolios verwalten, Unternehmen bei der Erschliessung der Kapitalmärkte helfen und Marktliquidität bereitstellen. Im Gegensatz zu Kreditinstituten nehmen Wertpapierfirmen keine Einlagen entgegen und gewähren keine Kredite. Das bedeutet, dass das Kreditrisiko und das Risiko, dass Einleger ihr Geld kurzfristig zurückfordern, bei ihnen wesentlich geringer ist.

²⁹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategie für Aufsichtsdaten im Bereich der EU-Finanzdienstleistungen vom 15. Dezember 2021, COM (2021) 798 final.

Am 20. Dezember 2017 legte die Europäische Kommission zwei überarbeitete Rechtsvorschriften – eine Richtlinie³⁰ und eine Verordnung³¹ – vor. Die Richtlinie³² sowie die Verordnung³³ traten am 25. Dezember 2019 in Kraft. Die Verordnung gilt ab dem 26. Juni 2021. Auf das gleiche Datum haben die Mitgliedstaaten die Vorschriften der Richtlinie anzuwenden.

Das Gesetzespaket beinhaltet neue und einfachere Aufsichtsregeln für die überwiegende Mehrheit der nicht systemrelevanten Wertpapierfirmen, ohne die Finanzstabilität zu gefährden, und geänderte Vorschriften, die gewährleisten sollen, dass grosse systemrelevante Wertpapierfirmen mit bankenähnlichen Tätigkeiten und Risiken wie Banken reguliert und beaufsichtigt werden. Solche systemrelevanten Wertpapierfirmen würden folglich im Rahmen des Einheitlichen Aufsichtsmechanismus von der Europäischen Zentralbank in ihrer Funktion als Aufsichtsbehörde beaufsichtigt. Zwischen den grossen systemrelevanten Finanzinstituten wird dies gleiche Wettbewerbsbedingungen gewährleisten.

6. Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR)

Seit Januar 2018 gilt die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (*Markets in Financial Instruments Directive*, MiFID)³⁴ und die dazugehörige Verordnung

³⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien (EU) Nr. 2013/36 und (EU) 2014/65 vom 20. Dezember 2017, COM (2017) 791 final.

³¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Aufsichtsanforderungen an Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 575/2013, (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 1093/2010 vom 20. Dezember 2017, COM (2017) 790 final.

³² Richtlinie (EU) 2019/2034 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien 2002/87/EG, 2009/65/EG, 2011/61/EU, 2013/36/EU, 2014/59/EU und 2014/65/EU, ABl L 314 vom 5. Dezember 2019, 64.

³³ Verordnung (EU) 2019/2033 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über Aufsichtsanforderungen an Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 575/2013, (EU) Nr. 600/2014 und (EU) Nr. 806/2014, ABl L 314 vom 5. Dezember 2019, 1.

³⁴ Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU (Neufassung), ABl L 173 vom 12. Juni 2014, 349.

(Markets in Financial Instruments Regulation, MiFIR)³⁵, deren Ziel es ist, die Finanzmärkte effizienter, widerstandsfähiger und transparenter zu machen, sowie den Anlegerschutz zu stärken.

Am 25. November 2021 verabschiedete die Europäische Kommission ein Massnahmenpaket, um die Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten von Unternehmen in der gesamten EU zu verbessern und dafür zu sorgen, dass Europäerinnen und Europäer ihre Ersparnisse und Investitionen bestmöglich nutzen können.³⁶

Das vorgelegte Massnahmenpaket enthält unter anderem die Einführung eines sog. „konsolidierten europäischen Datentickers“.³⁷ Dieser soll Anlegern Zugang zu fast in Echtzeit bereitgestellten Handelsdaten für Aktien, Anleihen und Derivate an allen Handelsplätzen in der EU verschaffen. Bisher ist dieser Zugang auf eine Handvoll professioneller Anleger beschränkt. Die vorgeschlagenen Überarbeitungen werden ferner die Wettbewerbsbedingungen für Börsen und Investmentbanken weiter angleichen. Darüber hinaus wird die internationale Wettbewerbsfähigkeit von Handelsplätzen in der EU gefördert, indem die Regel des offenen Zugangs abgeschafft wird.

7. Wertpapiere

a) Grüne Anleihen

Als Teil der Anstrengungen der EU das Finanzsystem nachhaltiger zu gestalten³⁸, hat die Europäische Kommission am 6. Juli 2021 einen Vorschlag für einen EU-Standard für grüne Anleihen verabschiedet.³⁹ Mit ihm soll ein qualitativ hochwertiger freiwilliger Standard geschaffen werden, der allen (privaten und staatlichen) Emittenten zur Verfügung steht und zur Finanzierung nachhaltiger Investitionen beitragen kann.

³⁵ Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl L 173 vom 12. Juni 2014, 84.

³⁶ Vgl. hierzu bereits oben [L.3.a](#).

³⁷ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 600/2014 (MiFIR) vom 25. November 2021, COM (2021) 727 final und Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/65/EU (MiFID) vom 25. November 2021, COM (2021) 726 final.

³⁸ Vgl. hierzu bereits oben [L.3](#).

³⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische grüne Anleihen vom 6. Juli 2021, COM (2021) 391 final.

Grüne Anleihen werden bereits zur Beschaffung von Finanzmitteln in Sektoren wie der Energieerzeugung und -verteilung, des ressourceneffizienten Wohnens und der Infrastruktur für CO₂-armen Verkehr eingesetzt. Auch seitens der Investoren besteht hohe Nachfrage nach solchen Anleihen. Der Markt für grüne Anleihen birgt jedoch noch Potenzial für die Verfolgung ehrgeiziger Umweltziele in noch grösserem Massstab. Mit dem EU-Standard für grüne Anleihen wird ein „Goldstandard“ dafür festgelegt, wie Unternehmen und Behörden grüne Anleihen für die Beschaffung von Finanzmitteln auf den Kapitalmärkten einsetzen können, um ambitionierte Investitionen zu finanzieren. Dabei sind strenge Nachhaltigkeitsanforderungen zu erfüllen, und die Investoren müssen vor sog. Grünfärberei (*Greenwashing*) geschützt werden. Den Emittenten grüner Anleihen wird ein robustes Instrument zur Verfügung stehen, mit dem sie nachweisen können, dass sie grüne Projekte im Einklang mit der EU-Taxonomie finanzieren. Investoren, die die Anleihen kaufen, können leichter erkennen, ob ihre Investitionen nachhaltig sind, wodurch das Risiko der Grünfärberei reduziert wird.

b) Gedeckte Schuldverschreibungen

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

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

Am 26. Februar 2019 einigten sich der EU-Ratsvorsitz und das EU-Parlament über einen harmonisierten Rahmen für gedeckte Schuldverschreibungen. In diesem Rahmen ist eine gemeinsame Definition für die Verwendung des Gütesiegels „Europäische gedeckte Schuldverschreibung“ und die Gewährung einer günstigeren Behandlung gedeckter Schuldverschreibungen im Hinblick

auf die Eigenmittelunterlegung vorgesehen. Das Gesetzespaket⁴⁰ trat am 8. Januar 2020 in Kraft. Die Bestimmungen der Richtlinie sind seit dem 8. Juli 2021 anzuwenden, diejenigen der Verordnung gelten ab dem 8. Juli 2022.

c) *Verbriefungen*

Verbriefungen (*securitization*) sind ein Instrument, mit dem Banken Darlehen bündeln, in Wertpapiere umwandeln und an den Kapitalmärkten verkaufen können.

Am 24. Juli 2020 verabschiedete die Europäische Kommission ein Massnahmenpaket für die Erholung der Kapitalmärkte, das Teil ihrer umfassenden Strategie zur Bewältigung der COVID-19-Krise ist.⁴¹ Das Paket enthält u.a. gezielte Änderungen der [Verbriefungsverordnung](#)⁴² und der [Verordnung über Aufsichtsanforderungen](#)^{43,44}.

Vom 23. Juli bis 17. September 2021 führte die Europäische Kommission bei interessierten Kreisen eine Konsultation durch, um die allgemeine Funkti-

⁴⁰ Richtlinie (EU) 2019/2162 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über die Emission gedeckter Schuldverschreibungen und die öffentliche Aufsicht über gedeckte Schuldverschreibungen und zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG und 2014/59/EU, ABl L 328 vom 18. Dezember 2019, 29 sowie Verordnung (EU) 2019/2160 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, ABl L 328 vom 18. Dezember 2019, 1.

⁴¹ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/21, Zürich 2021, 14 ff.

⁴² Verordnung (EU) 2017/2402 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für Verbriefungen und zur Schaffung eines spezifischen Rahmens für einfache, transparente und standardisierte Verbriefung und zur Änderung der Richtlinien 2009/65/EG, 2009/138/EG, 2011/61/EU und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 648/2012, ABl L 347 vom 28. Dezember 2017, 35.

⁴³ Verordnung (EU) Nr. 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über Aufsichtsanforderungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 646/2012, ABl L 176 vom 27. Juni 2013, 1.

⁴⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2402 vom 24. Juli 2020, COM (2020) 282 final sowie Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 vom 24. Juli 2020, COM (2020) 283 final.

onsweise des europäischen Verbriefungsrahmens beurteilen zu können.⁴⁵ Die Konsultation soll insb. darüber Aufschluss geben, in welchen Bereichen gezielte Anpassungen sinnvoll sind.

8. Investmentfonds

Die Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMD)⁴⁶ wurde infolge der weltweiten Finanzkrise verabschiedet, die bestimmte Schwächen in den globalen Finanzmärkten und den entsprechenden Regulierungssystemen zutage gefördert hat. Die AIFMD ist ein wichtiger Pfeiler der Kapitalmarktunion (*capital market union*, CMU), der eine bessere Überwachung der Risiken für das Finanzsystem und die grenzüberschreitende Kapitalbeschaffung für Anlagen in alternative Vermögenswerte erleichtert. Die AIFMD schafft für alle in ihren Anwendungsbereich fallenden AIFM robuste und harmonisierte regulatorische Standards und erhöht die Transparenz gegenüber Anlegern und der Aufsicht für die Aktivitäten der Manager und der von ihnen verwalteten Fonds.⁴⁷

Am 25. November 2021 verabschiedete die Europäische Kommission ein Massnahmenpaket⁴⁸, um die Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten von Unternehmen in der gesamten EU zu verbessern und dafür zu sorgen, dass Europäerinnen und Europäer ihre Ersparnisse und Investitionen bestmöglich nutzen können.⁴⁹

Das vorgelegte Massnahmenpaket enthält u.a. Änderungen, die die Effizienz und Integration des Marktes für alternative Investmentfonds verbessern werden. Namentlich sollen die Vorschriften für Fonds, die Unternehmen Darlehen gewähren, harmonisiert werden. Dies wird die Kreditvergabe an die Realwirtschaft erleichtern und gleichzeitig den Anlegerschutz verbessern und die Finanzstabilität gewährleisten. Zudem werden in der überarbeiteten Fassung

⁴⁵ Abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2021-eu-securitisation-framework-consultation-document_en.pdf>.

⁴⁶ Richtlinie 2011/61/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2011 über die Verwalter alternativer Investmentfonds und zur Änderung der Richtlinien 2003/41/EG und 2009/65/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009 und (EU) Nr. 1095/2010, ABl L 174 vom 1. Juli 2011, 1.

⁴⁷ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2011/12, Zürich/St. Gallen 2012, 15 f.

⁴⁸ Abrufbar unter <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0722&from=EN>>.

⁴⁹ Vgl. hierzu bereits oben [L.3.a](#)).

die Regeln für die Befugnisübertragung präzisiert. Die EU-Vorschriften über die Befugnisübertragung ermöglichen es Fondsverwaltern, Fachwissen aus Drittländern zu beschaffen. Die vorgeschlagene Überarbeitung wird sicherstellen, dass es einen angemessenen Informationsaustausch und eine angemessene Koordination zwischen den EU-Aufsichtsbehörden gibt, damit die Anleger und die Finanzstabilität besser geschützt sind.

9. Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Das komplexe Thema der Geldwäschebekämpfung ist nicht neu. Der Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung ist für die Finanzstabilität und die Sicherheit in Europa von zentraler Bedeutung. Gesetzeslücken in einem Mitgliedstaat wirken sich auf die gesamte EU aus. Um Kriminalität zu bekämpfen und das Finanzsystem zu schützen, müssen die EU-Vorschriften deshalb wirksam und einheitlich umgesetzt und überwacht werden.

Am 7. Mai 2020 legte die Europäische Kommission ein umfassendes Konzept vor, um den Kampf der EU gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung noch weiter zu verstärken. Der vorgeschlagene Aktionsplan beruht auf sechs Säulen, die zusammen dafür sorgen, dass die EU-Vorschriften stärker harmonisiert und somit wirksamer sind. Diese sechs Säulen sind: (i) wirksamere Anwendung der EU-Vorschriften; (ii) ein einheitliches EU-Regelwerk; (iii) Aufsicht auf EU-Ebene; (iv) ein Koordinierungs- und Unterstützungsmechanismus für die zentralen Meldestellen der Mitgliedstaaten; (v) Durchsetzung strafrechtlicher Bestimmungen und Informationsaustausch auf EU-Ebene; und (vi) die globale Rolle der EU.

Am 20. Juli 2021 legte die Europäische Kommission ein Bündel von Gesetzgebungsvorschlägen vor, mit denen die Vorschriften der EU zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gestärkt werden sollen. Diese Vorschläge zielen darauf ab, die Aufdeckung verdächtiger Transaktionen und Aktivitäten zu erleichtern und die Schlupflöcher zu schliessen, die Kriminelle dazu nutzen, Erträge aus Straftaten über das Finanzsystem zu waschen oder damit terroristische Aktivitäten zu finanzieren. In der [EU-Strategie für eine Sicherheitsunion](#) für den Zeitraum 2020-2025 wurde darauf hingewiesen, dass die Verbesserung des EU-Rahmens für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung dazu beitragen wird, die Europäerinnen und Europäer vor Terrorismus und organisiertem Verbrechen zu schützen.

Das von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Legislativpaket besteht aus vier Gesetzgebungsvorschlägen: (i) einer [Verordnung](#)⁵⁰ zur Schaffung einer neuen EU-Behörde zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung; (ii) einer [Verordnung](#)⁵¹ zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung mit unmittelbar geltenden Vorschriften – auch für die Bereiche Kundensorgfaltspflicht und wirtschaftliches Eigentum; (iii) der Sechsten [Richtlinie](#)⁵² zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, die die Richtlinie 2015/849/EU (d.h. die durch die Fünfte Geldwäscherichtlinie geänderte Vierte Geldwäscherichtlinie) ersetzen soll und Bestimmungen enthält, die in nationales Recht umgesetzt werden müssen, wie die Vorschriften zu den nationalen Aufsichtsbehörden und den zentralen Meldestellen in den Mitgliedstaaten; sowie (iv) einer [überarbeiteten Fassung](#) der Geldtransfer-Verordnung⁵³ von 2015⁵⁴, die die Rückverfolgung von Kryptotransfers ermöglichen soll.

Ein zentraler Bestandteil des vorgeschlagenen Legislativpakets ist die Schaffung einer neuen Behörde für die Geldwäschebekämpfung (*Anti-Money Laundering Authority*, AMLA), die die Aufsicht über die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in der EU verändern und die Zusammenarbeit zwischen den zentralen Meldestellen (FIU) verbessern wird. Die neue EU-Geldwäschebekämpfungsbehörde wird als Zentralstelle die Arbeiten der nationalen Behörden koordinieren, um sicherzustellen, dass der private Sektor die EU-Vorschriften korrekt und einheitlich anwendet. Darüber hinaus wird sie die zentralen Meldestellen bei der Verbesserung ihrer analyti-

⁵⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Errichtung der Behörde zur Bekämpfung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 vom 20. Juli 2021, COM (2021) 421 final.

⁵¹ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung vom 20. Juli 2021, COM (2021) 420 final.

⁵² Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die von den Mitgliedstaaten einzurichtenden Mechanismen zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Aufhebung der Richtlinie (EU) 2015/849 vom 20. Juli 2021, COM (2021) 423 final.

⁵³ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und Transfers bestimmter Kryptowerte (Neufassung) vom 20. Juli 2021, COM (2021) 422 final.

⁵⁴ Verordnung (EU) 2015/847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1781/2006, ABl L 141 vom 5. Juni 2015, 1.

schen Kapazität, was illegale Finanzströme angeht, unterstützen und die zentralen Meldestellen zu einer wesentlichen Informationsquelle für die Strafverfolgungsbehörden machen.

Mit den vorgeschlagenen Massnahmen wird neuen, mit technologischer Innovation zusammenhängenden Risiken Rechnung getragen und damit der [bestehende EU-Rahmen](#) erheblich verbessert. Hierzu zählen virtuelle Währungen, stärker in den Binnenmarkt integrierte Finanzströme und der globale Charakter terroristischer Organisationen. Das vorgeschlagene einheitliche EU-Regelwerk für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung wird die einschlägigen Vorschriften EU-weit harmonisieren und bspw. detailliertere Bestimmungen zur Kundensorgfaltspflicht, zum wirtschaftlichen Eigentum und zu den Befugnissen und Aufgaben von Aufsichtsbehörden und zentralen Meldestellen enthalten. Bestehende nationale Bankkontenregister sollen miteinander verknüpft werden, um den zentralen Meldestellen einen rascheren Zugriff auf Informationen über Bankkonten und Schliessfächer zu ermöglichen.

Derzeit fallen nur bestimmte Kategorien von Krypto-Dienstleistungsanbietern unter die EU-Vorschriften zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Mit der vorgeschlagenen Reform sollen diese Vorschriften auf den gesamten Krypto-Sektor ausgeweitet und alle Diensteanbieter der Sorgfaltspflicht bei der Feststellung der Kundenidentität unterworfen werden. Die vorgeschlagenen Änderungen werden sicherstellen, dass Transfers von Kryptowerten wie Bitcoin vollends nachverfolgt werden können. Auch werden sie es ermöglichen, deren potenzielle Nutzung für Geldwäsche- oder Terrorismusfinanzierungszwecke zu verhindern und aufzudecken. Zudem werden anonyme Krypto-„Geldbörsen“ untersagt und damit die EU-Vorschriften zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vollumfänglich auf den Krypto-Sektor angewandt.

Das vorgeschlagene Gesetzgebungspaket wird nun im EU-Parlament und im Rat erörtert. Die künftige Geldwäschebekämpfungsbehörde dürfte 2024 operativ sein und kurz darauf – sobald die Richtlinie umgesetzt ist und der neue Rechtsrahmen wirksam wird – mit der direkten Beaufsichtigung beginnen.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

i. Bund

a) *Anerkennung von Handelsplätzen*

Nachdem die EU die Anerkennung der Börsenäquivalenz per Ende Juni 2019 hatte auslaufen lassen,⁵⁵ aktivierte die Schweiz per 1. Juli 2019 Schutzmassnahmen gegenüber der EU. Diese Schutzmassnahmen zielen auf den Schutz und Erhalt einer funktionsfähigen Schweizer Börseninfrastruktur als wesentliches Element des Schweizer Finanzplatzes ab. Sie schaffen u.a. eine Grundlage, damit Wertpapierfirmen aus der EU trotz Wegfall der Börsenäquivalenz weiterhin Schweizer Aktien an Schweizer Börsen handeln können.

Die Schutzmassnahmen waren bis zum 31. Dezember 2021 befristet. Der Bundesrat hatte die Möglichkeit, diese Schutzmassnahmen einmalig zu verlängern, wobei er der Bundesversammlung ab Inkrafttreten der Verlängerung innert sechs Monaten den Entwurf für eine gesetzliche Grundlage unterbreiten muss. Andernfalls treten die Schutzmassnahmen automatisch ausser Kraft.

Da die EU die schweizerische Börsenregulierung bis anhin nicht als gleichwertig anerkannt hat, sind die Schutzmassnahmen für die Schweizer Börseninfrastruktur von hoher Bedeutung. Entsprechend hat der Bundesrat am 17. November 2021 beschlossen, die Schutzmassnahmen zu verlängern und für deren Überführung in das Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG) die Vernehmlassung zu eröffnen. Die Schutzmassnahmen gelten vorerst für eine Dauer von fünf Jahren, könnten aber jederzeit früher deaktiviert werden. Die Vernehmlassung dauert bis zum 4. März 2022.

b) *Banken*

aa) *Finanzstabilität*

Im Juni 2021 veröffentlichte die Schweizerische Nationalbank (SNB) ihren jährlichen Bericht zur Finanzstabilität.⁵⁶ Darin gibt die SNB ihre Einschätzung der

⁵⁵ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/2020, Zürich 2020, 22.

⁵⁶ Abrufbar unter https://www.snb.ch/de/mmr/reference/stabrep_2021/source/stabrep_2021.de.pdf.

Stabilität des Schweizer Bankensektors wieder. Im Bericht konzentriert sich die SNB auf Trends, die auf den Ebenen des Bankensystems und der Finanzmärkte sowie im makroökonomischen Umfeld zu beobachten sind.

Im Bericht stellt die SNB fest, dass sich das wirtschaftliche Umfeld und die Bedingungen auf den Finanzmärkten seit Juni 2020 verbessert haben, obwohl die Coronavirus-Pandemie die Wirtschaft weiterhin belastet. Vor allem dank der wirtschaftspolitischen Stützungsmaßnahmen waren die Auswirkungen der Pandemie in der Schweiz in den vergangenen zwölf Monaten weniger gravierend als erwartet. Die Wirtschaft und das Bankensystem haben sich als widerstandsfähig erwiesen. Insbesondere haben die solide Eigenkapitalausstattung der Schweizer Banken und die wirtschaftspolitischen Stützungsmaßnahmen sichergestellt, dass die Unternehmen stets Zugang zu Finanzierung mittels Bankkrediten hatten.

Das globale makroökonomische Umfeld birgt indes einige Risiken für die Finanzstabilität. Erstens ist die Unsicherheit über die wirtschaftlichen Aussichten nach wie vor hoch, so dass das Risiko einer schlechter als erwarteten Entwicklung weiterhin erhöht bleibt. Insbesondere könnten Coronavirus-Mutationen zusätzliche oder länger andauernde Eindämmungsmaßnahmen erforderlich machen. Dies könnte die Erholung weiter verzögern oder sogar zu einer erneuten Rezession führen, was die Kreditportfolios der Banken beeinträchtigen würde. Zweitens gibt es in einigen Ländern in einem Umfeld umfangreicher fiskal- und geldpolitischer Unterstützung Anzeichen von überzogenen Bewertungen auf den Aktien-, Kredit- und Immobilienmärkten. Eine Verschiebung der Marktwahrnehmung betr. die wirtschaftlichen Aussichten oder die Stärke der wirtschaftspolitischen Stützungsmaßnahmen könnte grosse Preiskorrekturen auslösen. Drittens befindet sich die Staats- und Unternehmensverschuldung weltweit auf einem historisch hohen Niveau, was die genannten Marktsegmente zunehmend anfällig macht für künftige Einkommens- oder Zinsschocks.

Um die Risiken für den Schweizer Bankensektor zu erfassen, betrachtet die SNB in ihrem Bericht vier Stressszenarien. Das erste Szenario betrifft den Fall einer lang anhaltenden Rezession in der Eurozone sowie einer längeren Phase mit sehr tiefen Zinssätzen in der Eurozone und der Schweiz. Im zweiten befinden sich die USA in einer schweren Rezession, die sich global ausweitet. Das dritte Szenario geht von einer grossen Krise in den aufstrebenden Volkswirtschaften aus, vergleichbar mit den Krisen in der zweiten Hälfte der 1990er-Jahre. Das vierte Szenario analysiert die Auswirkungen eines globalen Zinsschocks.

bb) Systemrelevante Banken

Die Notlage oder der Ausfall einer systemrelevanten Bank kann zu erheblichen Verwerfungen im Finanzsystem und zu negativen Folgen für die Gesamtwirtschaft führen. In der Schweiz gelten die beiden Grossbanken Credit Suisse und UBS sowie die PostFinance, die Raiffeisen und die Zürcher Kantonalbank als systemrelevant.

Die bestehenden Regeln des Bankengesetzes⁵⁷ sollen verhindern, dass Banken mit Steuergeldern gerettet werden müssen. Der Bundesrat prüft regelmässig, ob diese Bestimmungen den internationalen Standards entsprechen und wie das Ausland diese Standards umgesetzt hat. Seit 2015 verabschiedet der Bundesrat alle zwei Jahre einen Bericht hierzu.⁵⁸

Am 4. Juni 2021 verabschiedete der Bundesrat den vierten Evaluationsbericht zu den systemrelevanten Banken.⁵⁹ Darin kommt der Bundesrat zum Schluss, dass der Schweizer Regulierungsansatz im internationalen Vergleich keiner grundlegenden Anpassung bedarf. Die heutige Ausgestaltung der Anforderungen stellt eine angemessene Widerstandskraft der systemrelevanten Banken sicher. So befanden sich auch die beiden international orientierten Grossbanken, deren Stabilität aufgrund ihrer Grösse für die Schweiz besonders relevant ist, zu Beginn der Covid-19-Pandemie in einer vorteilhaften Ausgangslage, um die Herausforderungen des schwierigen Umfelds zu meistern und die Realwirtschaft zu unterstützen.

In gewissen Bereichen ortet der Bundesrat indes Handlungsbedarf. So soll eine Arbeitsgruppe bestehend aus Vertretern des Eidgenössischen Finanzdepartements (EFD), der Finanzmarktaufsicht (FINMA) und der Schweizerischen Nationalbank (SNB) aufzeigen, wie die besonderen, auf Verordnungsebene verankerten Liquiditätsanforderungen für systemrelevante Banken angepasst werden könnten.⁶⁰ Eine Analyse hat gezeigt, dass die derzeit von den systemrelevanten Banken geforderte Liquiditätsausstattung voraussichtlich nicht genügen würde, um den Liquiditätsbedarf in einer Notlage oder bei einem Ausfall zu decken. Gleichzeitig soll das EFD Vorschläge erarbeiten,

⁵⁷ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952.0).

⁵⁸ Evaluation gem. Art. 52 BankG.

⁵⁹ Abrufbar unter
<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/66982.pdf>>.

⁶⁰ Vgl. hierzu unten [II.1.b.cc](#).

wie auf Verordnungsebene die Anreizsysteme für systemrelevante Banken im Zusammenhang mit der globalen Abwicklungsfähigkeit besser verankert werden könnten.

cc) *Liquidität – Widerstandsfähigkeit gegen Liquiditätsschocks*

Die globale Finanzkrise 2007-2009 hat gezeigt, wie bedeutend die Liquidität für die Stabilität einer systemrelevanten Bank bzw. für die gesamte Volkswirtschaft ist. Eine Notlage oder ein Ausfall einer systemrelevanten Bank kann aufgrund deren Grösse, Marktbedeutung und Vernetzung zu erheblichen Verwerfungen im Finanzsystem führen. Die Wahrscheinlichkeit einer staatlichen Intervention – mit möglichen Kostenfolgen für die Steuerpflichtigen – ist zu minimieren.

Eine Analyse des EFD in Zusammenarbeit mit der FINMA und der Schweizerischen Nationalbank hat gezeigt, dass die geltenden besonderen Anforderungen für systemrelevante Banken nicht durchgehend zu einer höheren Liquiditätshaltung führen.⁶¹ Die vom BankG verlangte Widerstandsfähigkeit gegen Liquiditätsschocks ist nicht gewährleistet und der Liquiditätsbedarf für den Fall einer Sanierung oder Liquidation ist nicht angemessen gedeckt.

Vom 30. September 2021 bis 13. Januar 2022 führte das EFD die Vernehmlassung zur Änderung der Liquiditätsverordnung⁶² durch.⁶³ Die Revision soll sicherstellen, dass systemrelevante Banken ausreichend Liquidität halten, um Liquiditätsschocks besser als die übrigen Banken zu absorbieren und den Bedarf auch für eine Sanierung oder Liquidation zu decken. Das neue Regulierungskonzept für systemrelevante Banken umfasst Grund- und Zusatzanforderungen. Die Grundanforderungen decken gewisse Risiken ab, die in den für alle Banken geltenden Bestimmungen zu wenig berücksichtigt sind. Die FINMA kann zusätzlich institutsspezifische Zuschläge erheben. Massnahmen wie bspw. der Verkauf marktgängiger Wertpapiere, mit denen eine Bank während einer Krise Liquidität beschaffen kann, sollen bis zu einer Obergrenze angerechnet werden können. Wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, können die Liquiditätsanforderungen auch durch eine kantonale Staatsgarantie oder einen ähnlichen Mechanismus erfüllt werden.

⁶¹ Vgl. bereits oben zu systemrelevanten Banken [II.1.b\)bb\)](#).

⁶² Verordnung über die Liquidität der Banken und Wertpapierhäuser vom 30. November 2012 (Liquiditätsverordnung, LiqV, SR 952.06).

⁶³ Die Vernehmlassungsunterlagen sind abrufbar unter <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/68381.pdf>.

dd) *Liquidität – Net Stable Funding Ratio (NSFR)*

In der Liquiditätsverordnung ist seit 2012 das Liquiditätsrisikomanagement und -monitoring der Banken geregelt. Die LiqV definiert sowohl die qualitativen wie auch die quantitativen Anforderungen in diesem Bereich und überführt die internationalen Standards von Basel III ins Schweizer Recht. Nachdem 2014 die Mindestliquiditätsquote (*liquidity coverage ratio*, LCR) eingeführt wurde, waren noch die verbleibenden Vorschriften des Basler Ausschusses zur Finanzierungsquote (*net stable funding ratio*, NSFR) umzusetzen. Während die LCR die Resilienz der Banken bei kurzfristigen Liquiditätskrisen stärkt, bezweckt die NSFR eine langfristig stabile Finanzierung.

Gemäss den ursprünglichen zeitlichen Vorgaben des Basler Ausschusses hätten die Bestimmungen zur NSFR per 1. Januar 2018 in Kraft treten sollen. Der Bundesrat hatte indes am 22. November 2017 in Anbetracht der Verzögerungen bei der Einführung der NSFR in der EU und den USA beschlossen, diese Quote erst später einzuführen. Da sich indes wenig an der internationalen Situation geändert hat, beschloss der Bundesrat am 30. November 2018 die Einführung der NSFR nochmals zu verschieben. Am 20. November 2019 legte der Bundesrat den Fahrplan für die Einführung der NSFR fest. Am 11. September 2020 verabschiedete der Bundesrat eine Änderung der LiqV, mit der die NSFR eingeführt wird.⁶⁴ Die EU setzte die Einführung der NSFR auf Juni 2021 fest, womit die NSFR nun in den allermeisten Staaten gilt. Die entsprechende Änderung der LiqV trat am 1. Juli 2021 in Kraft.⁶⁵

⁶⁴ Abrufbar unter
<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/62834.pdf>>.

⁶⁵ Neu eingeführte Abschnitte 2a: Quantitative Anforderungen; Finanzierungsquote (Art. 17f-17s LiqV); Abschnitt 2b: Vereinfachung für besonders liquide und gut kapitalisierte Banken der Kategorien 4 und 5 (Art. 17t LiqV), sowie Abschnitt 4: Beobachtungskennzahlen (Art. 18a LiqV). Vgl. zur Anpassung des FINMA-Rundschreibens 2015/2 „Liquiditätsrisiken – Banken“ auch unten [II.1.b\)cc](#).

c) Nachhaltiges Finanzwesen

aa) Finanzplatz Schweiz

Der Bundesrat sieht grosse Chancen für einen nachhaltigen Finanzplatz Schweiz.⁶⁶ Der Finanzplatz Schweiz soll ein global glaubwürdiger Standort für Anlegerinnen und Anleger sein, die einen vergleich- und messbaren Beitrag zu Gunsten der Umwelt und Gesellschaft leisten wollen.

An seiner Sitzung vom 17. November 2021 hat der Bundesrat verschiedene diesbezügliche Massnahmen beschlossen. Er empfiehlt den Finanzmarktakteuren insb. mit Hilfe von vergleichbaren und aussagekräftigen Klimaverträglichkeits-Indikatoren Transparenz bei allen Finanzprodukten und Kundenportfolien zu schaffen. Dies kann bspw. mit impliziten Temperatur-Kennzahlen erfolgen. Dabei werden die Produktionspläne der in den Portfolien enthaltenen Firmen mit einer Entwicklung verglichen, die nötig ist, um die maximale Erwärmung auf 1,5°Grad Celsius zu begrenzen. Solche Indikatoren vermitteln Anlagekundinnen und -kunden in einfacher Weise, wie Finanzprodukte punkto Klimawirkung einzustufen sind. Andererseits legt der Bundesrat der Finanzbranche nahe, internationalen „Netto-Null Allianzen“ beizutreten und strebt dahingehend Branchenvereinbarungen an. Netto-Null bedeutet, dass global nicht mehr Treibhausgase ausgestossen werden dürfen, als natürliche und technische Speicher aufnehmen können.

Wenn Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten bezüglich nachhaltiger Eigenschaften von Finanzprodukten und Beratungsprozessen wissentlich oder unwissentlich getäuscht oder irreführt werden, wird von *Greenwashing* gesprochen.⁶⁷ Deshalb ist es sinnvoll, einheitliche Definitionen von Nachhaltigkeitswirkungen zu fördern. Dabei soll die subsidiäre Rolle des Staates möglichst bestehen bleiben. Da die Schweiz im Klimabereich mit dem Übereinkommen von Paris Verpflichtungen für den Finanzmarkt eingegangen ist, ist ein initialer Fokus auf Klimawirkungen sinnvoll. Dieser Fokus steht im Einklang mit internationalen Entwicklungen, bspw. der G20 und der EU.⁶⁸

Der Bundesrat hat zudem das EFD beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) bis Ende 2022 darzulegen, inwiefern die Finanzbranche die Empfehlungen des Bundesrates umgesetzt hat und bei Bedarf entsprechende

⁶⁶ Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 23 ff.

⁶⁷ Vgl. zu *Greenwashing* auch unten [II.2.e\)bb](#).

⁶⁸ Vgl. zu *Greenwashing* in der EU oben [I.3.b](#)) und [I.3.c](#)).

Vorschläge für Massnahmen macht. Schliesslich hat der Bundesrat das EFD beauftragt, in Zusammenarbeit mit dem UVEK und der FINMA bis Ende 2022 gegebenenfalls vorzuschlagen, wie das Finanzmarktrecht – insb. bezüglich Transparenz – angepasst werden könnte, um *Greenwashing* zu vermeiden.

bb) Klimaberichterstattung

Ende 2015 gründete das *Financial Stability Board* (FSB), dem auch die Schweiz angehört, die Arbeitsgruppe zur Klimaberichterstattung (*Task Force on Climate-related Financial Disclosures*, TCFD), um Empfehlungen zur finanziellen Transparenz der Unternehmen in Bezug auf Klimarisiken auszuarbeiten. Ihre Empfehlungen bilden einen gemeinsamen internationalen Rahmen, der den Unternehmen sowie den Akteuren der Finanzbranche erlaubt, ihre Exposition gegenüber Klimarisiken korrekt zu beurteilen und zu bepreisen, um in ihrer Geschäftstätigkeit die erforderlichen Strategien umzusetzen. Im weiteren Sinne geht es darum, die Märkte effizienter zu machen und die Volkswirtschaften besser für den Umgang mit dem Klimawandel zu rüsten.

Im Dezember 2020 beauftragte der Bundesrat das EFD, zusammen mit anderen Departementen, eine verbindliche Umsetzung der Empfehlungen der TCFD für Schweizer Unternehmen zu erarbeiten.⁶⁹

Am 12. Januar 2021 sicherte die Schweiz der Arbeitsgruppe zur Klimaberichterstattung ihre offizielle Unterstützung zu.

Am 18. August 2021 hat der Bundesrat Eckwerte zur künftigen verbindlichen Klimaberichterstattung von grossen Schweizer Unternehmen beschlossen und gleichzeitig das EFD beauftragt, zusammen mit weiteren Bundesstellen, bis im Sommer 2022 eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage zu erarbeiten.⁷⁰ Die vom Bundesrat festgelegten Eckwerte umfassen namentlich: (i) Publikumsgesellschaften, Banken und Versicherungen ab 500 Mitarbeitenden, mehr als 20 Millionen Franken Bilanzsumme bzw. mehr als 40 Millionen Franken Umsatz sind verpflichtet, über Klimabelange öffentlich Bericht zu erstatten; (ii) die öffentliche Berichterstattung umfasst einerseits das finanzielle Risiko, das ein Unternehmen durch klimarelevante Tätigkeiten eingeht. Andererseits muss offengelegt werden, welche Auswirkungen die Geschäftstätigkeit des Unternehmens auf das Klima bzw. die Umwelt hat. Diese sog. doppelte Wesentlichkeit entspricht auch dem Vorgehen der EU; (iii) durch Mindestanforderungen soll erreicht werden, dass die Offenlegungen aussagekräftig, vergleichbar, und, wo möglich, vorwärtsschauend und szenarienba-

⁶⁹ Vgl. zur Klimaberichterstattung auch unten [II.2.c\)aa](#)).

⁷⁰ Vgl. zu Klimaberichterstattung und *Greenwashing* in der EU oben [I.3.b](#)).

siert sind; und (iv) die verbindliche Umsetzung der TCFD-Empfehlungen soll voraussichtlich ab 2024 für das Geschäftsjahr 2023 mittels einer separaten Vollzugsverordnung zum Gegenvorschlag zur Konzernverantwortungsinitiative erfolgen.

cc) *Grüne Anleihen*

Die Schweiz spielt bei den nachhaltigen Finanzanlagen international eine führende Rolle. Gestützt auf den Bericht⁷¹ des Bundesrates „Nachhaltigkeit im Finanzsektor Schweiz“ vom Juni 2020 will der Bundesrat diese Position weiter ausbauen. Der Bericht nennt verschiedene Massnahmen, die zur Zielerreichung beitragen sollen. Eine dieser Massnahmen betrifft die Emission von grünen Anleihen (*Green Bonds*) durch den Bund.⁷²

Im Unterschied zu konventionellen Anleihen kann bei grünen Anleihen das aufgenommene Kapital nicht frei verwendet werden. Es darf ausschliesslich für die (Re-)Finanzierung von Projekten verwendet werden, die positive Auswirkungen auf die Umwelt haben. Dazu gehören bspw. die Förderung erneuerbarer Energien, die Steigerung der Energieeffizienz, die Erhaltung der Biodiversität oder der Bau von umweltfreundlichen Gebäuden. Der Markt für grüne Anleihen ist sowohl in der Schweiz als auch international in den letzten Jahren stark gewachsen.

Am 17. November 2021 hat der Bundesrat beschlossen die Grundlagen zu erarbeiten, damit die Eidgenossenschaft grüne Anleihen emittieren kann. Die Emission von solchen grünen Anleihen („Grüne Eidgenossen“) soll die Anwendung internationaler Standards in der Schweiz stärken. Damit kann der Bundesrat dazu beitragen, dass Akteure des Privatsektors zur Ausgabe grüner Anleihen ermutigt werden. Im Auftrag des Bundesrates wird die Eidgenössische Finanzverwaltung (EFV) in Zusammenarbeit mit dem UVEK ein Rahmenwerk zur Emission „Grüner Eidgenossen“ erarbeiten und dem Bundesrat bis Ende 2022 zum Entscheid unterbreiten.

⁷¹ Bericht des Bundesrates „Nachhaltigkeit im Finanzsektor Schweiz: Eine Auslegeordnung und Positionierung mit Fokus auf Umweltaspekte“ vom 24. Juni 2020.

⁷² Vgl. zu grünen Anleihen in der EU bereits oben [1.7.a](#).

d) *Blockchain / Distributed Ledger Technology*

Im Dezember 2018 publizierte der Bundesrat einen Bericht⁷³ zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für Blockchain und *Distributed Ledger Technology* (DLT) im Finanzsektor. Der Bericht zeigte u.a. auf, dass der Schweizer Rechtsrahmen bereits heute gut geeignet ist, mit neuen Technologien inklusive DLT umzugehen. Er wies aber auch auf punktuellen Handlungsbedarf hin, weshalb der Bundesrat vom 22. März bis 30. Juni 2019 für eine Reihe von Anpassungen bestehender Gesetze eine Vernehmlassung durchführte.⁷⁴ Er verzichtete aber auf die Schaffung eines spezifischen Technologiegesetzes.

DLT ermöglicht eine gemeinsame Datenverwaltung und insb. eine gemeinschaftliche Buchführung mit Teilnehmenden, die sich gegenseitig nicht kennen oder nicht vertrauen. Im Kern geht es um Systeme zur gemeinsamen Datenverwaltung die auf verteilten Registern beruhen. Eine Blockchain ist eine mögliche Form, wie Daten in einem solchen System abgelegt werden. DLT ermöglicht den direkten, elektronischen Werttransfer zwischen den Teilnehmenden des Netzwerks, ohne dass eine kontoführende, zentrale Stelle involviert werden muss.

Am 27. November 2019 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (DLT-Mantelgesetz)⁷⁵ und am 25. September 2020 verabschiedete das Eidg. Parlament das entsprechende Gesetzespaket.⁷⁶ Vom 19. Oktober 2020 bis 2. Februar 2021 führte das EFD eine Vernehmlassung zu den vorgeschlagenen Anpassungen bei interessierten Kreisen durch.⁷⁷ Das

⁷³ Der Bericht des Bundesrates betr. rechtliche Grundlagen für *Distributed Ledger*-Technologie und Blockchain in der Schweiz, eine Auslegeordnung mit Fokus auf den Finanzsektor vom 14. Dezember 2018 ist abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/55150.pdf>>.

⁷⁴ Die Vernehmlassungsvorlage ist abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/56200.pdf>>.

⁷⁵ Abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/59301.pdf>>.

⁷⁶ Abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/63322.pdf>>.

⁷⁷ Abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/63326.pdf>>.

Gesetzespaket sowie die zugehörige Mantelverordnung⁷⁸ traten am 1. August 2021 in Kraft. In der Mantelverordnung sind die notwendigen Anpassungen von zehn Verordnungen zusammengefasst.⁷⁹

Die Gesetzesanpassungen verbessern die Voraussetzungen für Blockchain- und DLT-Unternehmen in der Schweiz. Damit gehört die Schweiz international zu den Vorreitern einer modernen Regulierung innovativer Finanzmarkttechnologien.

Eine der zentralen Neuerungen ist eine Lizenz für DLT-Handelssysteme. Es handelt sich dabei um eine Finanzmarktinfrastruktur für DLT-Effekten, die nebst Finanzintermediären weitere Firmen und Personen zum Handel zulassen kann. Im Insolvenzrecht wird die Rechtssicherheit erhöht, indem die Aussonderung kryptobasierter Vermögenswerte im Konkursfall ausdrücklich geregelt wird.

Bereits am 1. Februar 2021 traten u.a. die beschlossenen Änderungen des Obligationenrechts in Kraft. Diese ermöglichten die Einführung von Wertrechten auf einer Blockchain. Zu diesen Bestimmungen waren keine Anpassungen auf Verordnungsstufe notwendig.

e) *Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung*

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

Am 19. März 2021 hat das Eidg. Parlament die Revision des Geldwäschereigesetzes⁸⁰ beschlossen. Diese verbessert das Abwehrdispositiv der Schweiz zur Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und trägt den wichtigsten Empfehlungen des Länderberichts der FATF über die Schweiz vom Dezember 2016 Rechnung. Die Massnahmen verlangen nach Ausführungsbestimmungen, namentlich im Bereich des Meldesystems für Geldwäscherei, der Einführung einer Bewilligungspflicht für den Ankauf von Altedelmetallen, des Zentralamtes für Edelmetallkontrolle als neue Geldwäschereiaufsichtsbehörde und der Transparenz von Vereinen mit einem erhöhten Risiko der Terrorismusfinanzierung.

⁷⁸ Abrufbar unter
<<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/67149.pdf>>.

⁷⁹ Vgl. auch unten [II.2.g](#)) zu FINMA-Bewilligungen für Infrastrukturen, die auf Distributed Ledger Technologie (DLT) basieren.

⁸⁰ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, GwG, SR 955.0).

Vom 1. Oktober 2021 bis 17. Januar 2022 führte der Bundesrat eine Vernehmlassung zur Änderung der Geldwäschereiverordnung⁸¹ sowie weiterer Verordnungen, wie der Verordnung über die Meldestelle für Geldwäscherei, der Handelsregisterverordnung, der Edelmetallkontrollverordnung und der Verordnung über die Gebühren der Edelmetallkontrolle, durch.⁸² Die vorgeschlagenen Änderungen konkretisieren in erster Linie die beschlossenen Massnahmen. Ausserdem sollen bei dieser Gelegenheit relevante Bestimmungen zum Meldewesen aus den Geldwäschereiverordnungen der Aufsichtsbehörden und des EJPD in die Geldwäschereiverordnung des Bundesrats überführt werden.

2. Finanzmarktaufsicht (FINMA)

a) Risikomonitor

Am 21. November 2021 veröffentlichte die FINMA ihren dritten Risikomonitor.⁸³ Mit diesem Bericht gibt die FINMA einen Überblick über die aus ihrer Sicht aktuell bedeutendsten Risiken für die Beaufsichtigten und beschreibt den daraus abgeleiteten Fokus der Aufsichtstätigkeit. Unverändert gegenüber dem Vorjahr identifizierte die FINMA die folgenden sechs Hauptrisiken: (i) das anhaltende Niedrigzinsumfeld, (ii) eine mögliche Korrektur am Immobilien- und Hypothekarmarkt, (iii) Ausfälle oder Korrekturen bei Unternehmenskrediten und -anleihen im Ausland, (iv) Cyberangriffe, (v) die Geldwäschereibekämpfung, sowie (vi) ein erschwerter grenzüberschreitender Marktzugang.

Mit Ausnahme des Immobilien- und Hypothekarmarkts beurteilt die FINMA die erwähnten Risiken gegenüber dem Vorjahr als gleichbedeutend. Im Immobilien- und Hypothekarmarkt sieht die FINMA erhöhte Risiken. Der Risikomonitor 2021 beleuchtet zudem die Klimarisiken für den Finanzsektor als längerfristigen Trend. Zusammen mit den beaufsichtigten Instituten arbeitet die FINMA daran, finanzielle Risiken im Zusammenhang mit dem Klimawandel angemessen zu erfassen und ins Risikomanagement der Institute zu integrieren.

⁸¹ Verordnung über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 11. November 2015 (Geldwäschereiverordnung, GwV, SR 955.01).

⁸² Die Vernehmlassungsunterlagen sind abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/68403.pdf>>.

⁸³ Abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/news/2021/11/20211111-mm-risikomonitor-2021/>>.

b) Finanzmarktarchitektur – FIDLEG und FINIG

Das neue FIDLEG⁸⁴ und das neue FINIG⁸⁵ traten zusammen mit den vom Bundesrat verabschiedeten Vollzugsverordnungen (FIDLEV, FINIV und AOV) am 1. Januar 2020 in Kraft. Am 7. Februar 2020 legte die FINMA Ausführungsbestimmungen zu diesem Legislativpaket vor und führte hierzu vom 7. Februar bis zum 9. April 2020 eine öffentliche Anhörung durch.⁸⁶ Am 12. November 2020 erliess die FINMA die Folgeregulierung. Dafür erliess sie neben Anpassungen an bestehenden FINMA-Verordnungen⁸⁷ und Rundschreiben⁸⁸ eine neue Finanzinstitutsverordnung-FINMA (FINIV-FINMA)⁸⁹. Zudem hob sie drei nicht mehr benötigte Rundschreiben auf.⁹⁰ Diese Anpassungen traten am 1. Januar 2021 in Kraft.

Die neue FINIV-FINMA regelt die Einzelheiten der Berufshaftpflichtversicherung für Vermögensverwalter, Trustees und Verwalter von Kollektivvermögen, Details zur Berechnung der *de-minimis*-Schwelle im Zusammenhang mit der Bewilligung als Vermögensverwalter, sowie zum Risikomanagement und zum internen Kontrollsystem für Verwalter von Kollektivvermögen. Zudem senkt die FINMA in der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) den Schwellenwert für die Kundenidentifikation bei Wechselgeschäften in Kryp-

⁸⁴ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, SR 950.1).

⁸⁵ Bundesgesetz über die Finanzinstitute vom 15. Juni 2018 (Finanzinstitutsgesetz, FINIG, SR 954.1).

⁸⁶ Abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/news/2020/02/20200207-mm-finiv/>>.

⁸⁷ Verordnung der FINMA über die kollektiven Kapitalanlagen vom 27. August 2014 (Kollektivanlagenverordnung-FINMA, KKV-FINMA, SR 951.312); Verordnung der FINMA über den Konkurs von kollektiven Kapitalanlagen vom 6. Dezember 2012 (Kollektivanlagen-Konkursverordnung-FINMA, KAKV-FINMA, SR 951.315.2); Verordnung der FINMA über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern vom 30. August 2012 (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA, SR 952.05); Verordnung der FINMA über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 3. Juni 2015 (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA, SR 955.033.0).

⁸⁸ FINMA-Rundschreiben 2013/8 „Marktverhaltensregeln“; FINMA-Rundschreiben 2013/3 „Prüfwesen“; FINMA-Rundschreiben 2015/2 „Liquiditätsrisiken – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2018/3 „Outsourcing – Banken und Versicherungen“; FINMA-Rundschreiben 2017/7 „Kreditrisiken – Banken“; FINMA-Rundschreiben 2020/1 „Rechnungslegung – Banken“.

⁸⁹ Verordnung der FINMA über die Finanzinstitute vom 4. November 2020 (Finanzinstitutsverordnung-FINMA, FINIV-FINMA, SR 954.111).

⁹⁰ FINMA-Rundschreiben 2008/5 „Effekthändler“; FINMA-Rundschreiben 2010/2 „Repo/SLB“; FINMA-Rundschreiben 2013/9 „Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen“.

towährungen von 5'000 auf 1'000 Schweizer Franken. Damit werden Mitte 2019 beschlossene, internationale Vorgehen umgesetzt und den erhöhten Geldwäschereirisiken in diesem Bereich Rechnung getragen.

c) *Banken*

aa) *Liquidität*

Im November 2019 beschloss der Bundesrat die Einführung der Finanzierungsquote für Banken (*net stable funding ratio*, NSFR).⁹¹ Dies machte Anpassungen im FINMA-Rundschreiben „Liquiditätsrisiken – Banken“⁹² erforderlich. Vom 4. Mai bis 13. Juli 2020 führte die FINMA eine entsprechende Anhörung durch und veröffentlichte am 12. November 2020 das teilrevidierte FINMA-Rundschreiben. Es trat gleichzeitig mit den Anpassungen der Liquiditätsverordnung am 1. Juli 2021 in Kraft.

Die Anpassungen des Rundschreibens betreffen im Wesentlichen zwei Bereiche: (1) Technische Ausführungsbestimmungen und Konkretisierungen zu den neuen Anforderungen an die NSFR gem. Art. 17f-17s LiqV; und (2) Qualitative Anforderungen und LCR.

bb) *Recovery- und Resolution Planning*

Systemrelevante Schweizer Finanzinstitute müssen mit einer *Recovery- and Resolution-Planning* (Stabilisierungs- und Abwicklungsplanung) aufzeigen, wie sie sich im Krisenfall stabilisieren oder wie sie ohne Hindernisse saniert oder liquidiert werden können, unter Aufrechterhaltung der für die Schweiz systemrelevanten Funktionen. Die FINMA veröffentlicht jährlich eine Beurteilung über die Fortschritte dieser Arbeiten. Damit schafft sie Transparenz über den Stand der *Too-big-to-fail*-Arbeiten betreffend die global systemrelevanten Banken Credit Suisse und UBS, die inlandorientierten systemrelevanten Banken PostFinance, Raiffeisen und Zürcher Kantonalbank sowie die systemisch bedeutsamen Finanzmarktinfrastrukturen SIX x-clear und SIX SIS.

Am 19. März 2021 veröffentlichte die FINMA ihre jährliche Beurteilung der Stabilisierungs- und Abwicklungsplanung der systemrelevanten Schweizer Finanzinstitute und verzeichnet in den Arbeiten weitere Fortschritte. Erstmals

⁹¹ Vgl. hierzu oben [II.1.b\)dd](#)).

⁹² FINMA-Rundschreiben 2015/2 „Liquiditätsrisiken – Banken“.

verfügen alle inlandorientierten systemrelevanten Banken über glaubwürdige *Resolution*-Strategien. Die Grossbanken Credit Suisse und UBS erzielten weitere Verbesserungen bei der globalen Abwickelbarkeit.

d) *Finanzielle Referenzwerte – Ablösung des LIBOR*

Im sog. LIBOR-Skandal 2011 wurde bekannt, dass Banken die Referenzzinssätze LIBOR, EURIBOR und TIBOR (sog. IBORs) manipulieren konnten. Betroffen waren die Hauptwährungen EUR, GBP, USD, CHF und JPY. Seither wird die Veröffentlichung der LIBOR-Raten reguliert. Die ICE Benchmark Administration (IBA) hat 2016 eine Roadmap zur Reform des LIBORs erarbeitet. In einer Rede vom 27. Juli 2017 hat *Andrew Bailey*, der Leiter der britischen Finanzaufsicht (*Financial Conduct Authority*, FCA), angekündigt, dass die FCA nach 2021 den LIBOR nicht mehr unterstützt und dass Marktteilnehmer eine Ersetzung des LIBOR durch alternative Referenzzinssätze (z.B. *Swiss Average Rate Overnight*, SARON) anstreben sollen.

Am 4. Dezember 2020 veröffentlichte die FINMA einen Fahrplan für die Ablösung des LIBOR und gab Empfehlungen, damit sich die betroffenen Beaufschlagten auf die Ende 2021 anstehenden Veränderungen vorbereiten können.⁹³

Am 5. Juli 2021 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung⁹⁴ in der sie ihre Ausführungen zu Derivatekontrakte im Rahmen der bevorstehenden Ablösung des LIBORs präzisiert. Sie legt dar, dass Anpassungen an bestehenden Derivatekontrakten, nicht als neu abgeschlossene Derivatekontrakte gelten und somit weder Abrechnungs- noch Besicherungspflichten auslösen, wenn die Anpassungen ausschliesslich zur Bewältigung der LIBOR-Ablösung vorgenommen werden resp. durch die entsprechende Referenzzinssatzreform begründet sind.⁹⁵

Am 16. September 2021 informierte die FINMA in einer weiteren Aufsichtsmitteilung⁹⁶ über den Stand des Ablösungsprozesses. Die FINMA sieht die Banken grundsätzlich im Fahrplan. Sie fordert alle Finanzmarktteilnehmer erneut auf, die Vorbereitung auf die Ablösung des LIBOR mit höchster Priorität voranzu-

⁹³ FINMA-Aufsichtsmitteilung 10/2020 „Fahrplan für die LIBOR-Ablösung“ vom 4. Dezember 2020.

⁹⁴ FINMA-Aufsichtsmitteilung 2/2021 „Derivatehandlungspflichten und Referenzzinssatz-Ablösung“ vom 5. Juli 2021.

⁹⁵ Art. 85 und 131 Abs. 3 FinfraV.

⁹⁶ FINMA-Aufsichtsmitteilung 3/2021 „LIBOR-Ablösung: Stand und bewährte Vorgehensweisen“ vom 16. September 2021.

treiben. In der Aufsichtsmitteilung stellte die FINMA bewährte Vorgehensweisen zusammen, mit denen die Institute verbleibenden Risiken begegnen können.

e) *Nachhaltige Finanzdienstleistungen*

aa) *Klimaberichterstattung*

Auswirkungen des Klimawandels können für Finanzinstitute längerfristig bedeutende finanzielle Risiken bergen. Bei klimabezogenen Finanzrisiken sind die Finanzinstitute bisher unterschiedlich transparent. Zur Schaffung von mehr Transparenz konkretisiert die FINMA daher für grosse Finanzmarktakteure die Offenlegungsregeln zu diesen Risiken. Eine ausführliche und einheitliche Offenlegung von klimabezogenen Finanzrisiken unterstützt eine angemessene Auseinandersetzung mit den Risiken und fördert die Vergleichbarkeit sowie die Marktdisziplin.⁹⁷ Vom 10. November 2020 bis 19. Januar 2021 führte die FINMA eine öffentliche Anhörung zu Anpassungen im FINMA-Rundschreiben „Offenlegung Banken“⁹⁸ durch. Ziel der Anpassungen ist eine proportionale und prinzipienbasierte Ausgestaltung der Offenlegung. Systemrelevante Banken sollen ihre klimabezogenen Finanzrisiken transparent machen. Der Regulierungsansatz orientiert sich inhaltlich an den international breit anerkannten Empfehlungen der *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD)⁹⁹ sowie den Empfehlungen zur Offenlegung von klimabezogenen Informationen in der EU.¹⁰⁰

Am 1. Juli 2021 trat das revidierte FINMA-Rundschreiben „Offenlegung Banken“ in Kraft. Die betroffenen Institute müssen künftig die wesentlichen klimabezogenen Finanzrisiken sowie deren Einfluss auf die Geschäftsstrategie, das Geschäftsmodell und die Finanzplanung beschreiben (Strategie). Ausserdem müssen sie den Prozess für die Identifizierung, Bewertung und Behandlung von klimabezogenen Finanzrisiken (Risikomanagement) sowie quantitative

⁹⁷ Vgl. zur Klimaberichterstattung bereits oben [II.1.c\)bb](#).

⁹⁸ FINMA-Rundschreiben 2016/1 „Offenlegung Banken“.

⁹⁹ Vgl. hierzu Task Force on Climate-Related Financial Disclosures (TCFD) „Recommendations of the Task Force on Climate-related Financial Disclosures – Final Report“ von Juni 2017, abrufbar unter <<https://assets.bbhub.io/company/sites/60/2020/10/FINAL-2017-TCFD-Report-11052018.pdf>>.

¹⁰⁰ EU Technical Expert Group on Sustainable Finance „Report on Climate-related Disclosures“ von Januar 2019, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190110-sustainable-finance-teg-report-climate-related-disclosures_en.pdf>.

Angaben (inkl. Beschrieb der verwendeten Methodologie) offenlegen. Schliesslich müssen die Institute die zentralen Merkmale ihrer Governance-Struktur in Bezug auf klimabezogene Finanzrisiken beschreiben.

bb) Prävention und Bekämpfung von Greenwashing

Die Nachfrage von Anleger- und Kundschaft nach nachhaltigen Finanzprodukten und -dienstleistungen ist in den letzten Jahren rasant gestiegen. Entsprechend ist auch die Zahl von Finanzprodukten mit Nachhaltigkeitsbezug, die bspw. als „nachhaltig“, „grün“ oder „ESG“ (Environment, Social, Governance) bezeichnet werden, signifikant gewachsen.

Auf nationaler und internationaler Ebene wurden verschiedene Initiativen angestossen und im Ausland vermehrt regulatorische Massnahmen ergriffen, um insb. die nachhaltigkeitsbezogene Transparenz für Anleger- und Kundschaft zu erhöhen. Bisher fehlen in der Schweiz spezifische aufsichtsrechtliche Vorgaben für Finanzprodukte und -dienstleistungen mit Nachhaltigkeitsbezug. Dies erhöht die Gefahr, dass die Anleger- und Kundschaft – bewusst oder unbewusst – über nachhaltige Eigenschaften von Finanzprodukten und -dienstleistungen getäuscht werden (sog. Greenwashing).

Am 3. November 2021 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung¹⁰¹ zur Prävention und Bekämpfung von Greenwashing. Darin informiert die FINMA über die Grundzüge ihrer Erwartungen und den aktuellen Stand der Praxis bei der Verwaltung von kollektiven Kapitalanlagen mit Nachhaltigkeitsbezug auf Fonds- und Institutsebene. Zudem weist sie Finanzdienstleister, die Finanzprodukte mit Nachhaltigkeitsbezug anbieten, auf die potenziellen Greenwashing-Risiken im Beratungsprozess und am *Point of Sale* hin.

cc) Finanzielle Risiken des Klimawandels

Anlässlich der UN-Klimakonferenz 2021 in Glasgow (COP26) hat das *Network for Greening the Financial System* (NGFS) am 3. November 2021 die *NGFS Glasgow Declaration* veröffentlicht.¹⁰² Diese Erklärung beschreibt den Beitrag des NGFS zu den COP26-Zielen. Wie die Schweizerische Nationalbank ist die FINMA seit April 2019 NGFS-Mitglied und setzt sich entsprechend in ihrem Kompetenzbereich für die Umsetzung der NGFS-Empfehlungen ein. Die nicht verbindlichen Empfehlungen basieren auf den von den NGFS-Mitgliedern identifizierten *Best Practices*.

¹⁰¹ FINMA-Aufsichtsmitteilung 05/2021 zur Prävention und Bekämpfung von Greenwashing vom 3. November 2021.

¹⁰² Abrufbar unter <<https://www.ngfs.net/sites/default/files/ngfsglasgowdeclaration.pdf>>.

f) Video- und Online-Identifizierung

Seit der Inkraftsetzung des FINMA-Rundschreibens „Video- und Online-Identifizierung“¹⁰³ ist der technologische Wandel weiter fortgeschritten. Die FINMA trägt diesen Entwicklungen Rechnung und führte vom 16. November 2020 bis 1. Februar 2021 eine Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens durch, um die Innovationsfähigkeit, Technologieneutralität und effektive Geldwäschereibekämpfung weiter sicherzustellen.

Am 1. Juni 2021 trat das revidierte FINMA-Rundschreiben in Kraft. Damit wird die Online-Identifizierung weiter automatisiert, um einen unterbruchfreien Eröffnungsprozess zu ermöglichen. So werden insb. die technischen Möglichkeiten berücksichtigt, die der biometrische Pass bietet: Neu kann der Finanzintermediär auf die bisher zur Identifizierung erforderliche Banküberweisung der Kundin oder des Kunden verzichten, falls er die dafür nötigen Daten auf dem Chip der biometrischen Ausweispapiere ausliest.

g) Blockchain / Distributed Ledger Technology

Die FINMA anerkennt das innovative Potential von neuen Technologien für die Finanzmärkte. Um seriöse Innovation zu ermöglichen, wendet sie die geltenden finanzmarktrechtlichen Bestimmungen konsequent technologieneutral an, also nach dem Grundsatz *same risks, same rules*. Dabei achtet sie darauf, dass die Schutzziele der Finanzgesetze gewahrt werden.

Am 10. September 2021 gab die FINMA bekannt, dass sie erstmals Bewilligungen für Infrastrukturen ausgesprochen hat, die auf *Distributed Ledger Technology* (DLT) basieren und den Handel von digitalisierten Effekten in Form von Token und deren integrierte Abwicklung ermöglichen.¹⁰⁴ Die Bewilligungen betreffen die SIX Digital Exchange AG als Zentralverwahrerin und die damit verbundene SDX Trading AG als Börse.

h) Direktübermittlung

Das FINMA-Rundschreiben „Direktübermittlung“ trat am 1. Januar 2017 in Kraft.¹⁰⁵ Es dient dem direkten, rechtssicheren und zeitnahen Austausch von Informationen zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden. Bereits bei der Verabschiedung kündigte die FINMA an, das Rundschreiben zwei Jahre nach Inkrafttreten zu evaluieren. Entsprechend führte die FINMA von Juli bis

¹⁰³ FINMA-Rundschreiben 2016/7 „Video- und Online-Identifizierung“.

¹⁰⁴ Vgl. zu Gesetzesanpassungen betr. Distributed Ledger Technology bereits oben [II.1.d](#)).

¹⁰⁵ FINMA-Rundschreiben 2017/6 „Direktübertragung“.

September 2019 eine Ex-post-Evaluation durch. Vom 20. August bis 15. Oktober 2020 führte die FINMA dann eine Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens durch.

Am 1. April 2021 trat das revidierte FINMA-Rundschreiben „Direktübermittlung“ in Kraft. Die Anpassungen umfassen insb. eine Ausweitung der Liste der amtshilfefähigen Behörden um diejenigen ausländischen Behörden, mit welchen die FINMA bilaterale und für die Amtshilfe hinreichende Kooperationsvereinbarungen abgeschlossen hat. Neben anderen Klarstellungen wurde vor allem der Meldeprozess bei geplanten Übermittlungen präzisiert.

3. SIX Swiss Exchange

a) *Kotierung – Special Purpose Acquisition Companies (SPACs)*

Bei einer *Special Purpose Acquisition Company* (SPAC) handelt es sich um eine Mantelgesellschaft, die allein zum Erwerb einer nicht kotierten Zielgesellschaft gegründet wird. Die SPAC sammelt zunächst Kapital über einen Börsengang (IPO) ein. Dieses gesammelte Kapital investiert die SPAC sodann in die Übernahme einer Zielgesellschaft, wodurch letztere im Rahmen der Akquisition (De-SPAC) an der Börse kotiert wird.

SPACs als Finanzvehikel sind bereits seit Jahrzehnten bekannt, in der Breite wurden die Marktteilnehmer allerdings erst in der jüngeren Vergangenheit auf sie aufmerksam. Seit dem 6. Dezember 2021 können SPACs an der SIX Swiss Exchange kotiert und gehandelt werden. Um den besonderen Eigenschaften von SPACs Rechnung zu tragen, wurde in das Kotierungsreglement¹⁰⁶ der SIX ein neuer regulatorischer Standard „SPACs“ eingeführt.¹⁰⁷ Einzelheiten werden in der neuen Richtlinie SPACs geregelt.¹⁰⁸ Grundsätzlich unterliegen Unternehmen, die als SPAC kotiert werden sollen, den gleichen Anforderungen wie andere an der SIX Swiss Exchange kotierten Gesellschaften, jedoch angepasst an die besonderen Eigenschaften einer SPAC und unter Wahrung eines angemessenen Grades an Anlegerschutz. Die regulatorischen Offenlegungspflichten für SPACs sowohl beim Börsengang als auch zum Zeitpunkt der Zieltransaktion sollen Anlegern alle Informationen zur Verfügung stellen, die für fundierte Anlageentscheidungen erforderlich sind.

¹⁰⁶ Kotierungsreglement (KR) vom 21. Oktober 2021.

¹⁰⁷ Art. 3 Abs. 2 KR.

¹⁰⁸ SIX-Richtlinie betr. Kotierung von SPACs (Richtlinie SPACs, RLSPAC) vom 18. Oktober 2021. Vgl. auch Mitteilung des Regulatory Board Nr. 8/2021 „Regulierung „SPACs“: Anpassung Emittenten- und Handelsregularien“ vom 17. November 2021.

b) *Reporting – Ad hoc-Mitteilungen*

Mit einer Übergangsfrist vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021 änderte die SIX Exchange Regulation die Art der Übermittlung für Ad hoc-Mitteilungen. Ab 1. Januar 2022 sind ad hoc-Mitteilungen nun zwingend über CONNEXOR® Reporting zu übermitteln und nicht mehr wie bis anhin durch E-Mail.¹⁰⁹

c) *Indizes – Environment, Social, Governance (ESG)*

In den letzten Jahren ist die Nachfrage für nachhaltige Investitionen, die *Environment, Social* und *Governance* (ESG)-Kriterien berücksichtigen, markant gestiegen. ESG-Kriterien geben Aufschluss darüber, wie Unternehmen ökologische und sozial-gesellschaftliche Aspekte sowie eine nachhaltige Art der Unternehmensführung berücksichtigen. Bei der Entwicklung der Indizes greift SIX unter anderem auf Daten der unabhängigen Schweizer Nachhaltigkeits-Ratingagentur Inrate zurück. Das von Inrate entwickelte ESG-Impact-Rating misst die positiven und negativen Auswirkungen von Unternehmen auf Umwelt und Gesellschaft.

Am 10. Februar 2021 führte die SIX auf Basis des Swiss Performance Index (SPI) zwei SPI ESG Indizes für Aktien ein. Für Anleihen stehen die 20 neuen SBI ESG Indizes bereit, die auf Basis des Swiss Bond Index (SBI) gebildet werden. Um in den Indizes abgedeckt zu sein, muss ein Unternehmen ein ESG-Impact-Rating von mindestens C aufweisen und nicht mehr als 5% seines Umsatzes in einem kritischen Sektor erwirtschaften. Diese kritischen Sektoren sind gemäss Indexreglement: Erwachsenenunterhaltung, Alkohol, Rüstungsgüter, Wettspiele, Gentechnik, Atomenergie, Kohle, Ölsand und Tabak. Ausserdem darf ein Index-Kandidat nicht auf der Ausschlussliste des [Schweizer Vereins für verantwortungsbewusste Kapitalanlagen](#) sein.

d) *Rechnungslegung – Rechnungslegungsstandard EWR-IFRS*

Emittenten ohne Sitz in der Schweiz können in Übereinstimmung mit der Richtlinie Rechnungslegung (RLR) ihre Abschlüsse gem. den IFRS, wie sie in der EU anzuwenden sind (EU-IFRS), erstellen. Für Emittenten mit Sitz in einem EWR-Staat sind die EU-IFRS allerdings nicht direkt anwendbar, sondern werden in einem separaten Rechtsakt in den EWR-Rechtsbestand überführt (EWR-IFRS). In diesem Übernahmeverfahren werden die Standards nicht verändert. EWR-IFRS sind deshalb materiell identisch mit EU-IFRS. Um Emittenten aus dem EWR-Raum die ersuchte Rechtssicherheit zu gewährleisten

¹⁰⁹ Art. 12a SIX-Richtlinie zur Ad hoc-Publizität (RLAhP).

wurde Anhang 1 Ziff. 2 lit. A RLR dahingehend geändert, dass neben den EU-IFRS auch die EWR-IFRS für ausländische Emittenten zugelassen sind.¹¹⁰ Die revidierte RLR trat am 1. Februar 2021 in Kraft.

¹¹⁰ Mitteilung des Regulatory Board Nr. 1/2021 „Anpassung der Richtlinie Rechnungslegung“ vom 5. Januar 2021.

Versicherungsrecht

Hansjürg Appenzeller/Vanessa Isler/Eliane Braun

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER/ELIANE BRAUN)	47
1.	Überarbeitung des EU-Aufsichtsrahmens für Versicherer	47
a)	Vorschlag zur Änderung der Solvabilität II-Richtlinie	48
b)	Vorschlag für eine neue Richtlinie über die Sanierung und Abwicklung	48
2.	Entwicklungen zur Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD)	49
3.	Verordnung über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP- Verordnung)	50
4.	ESG: Nachhaltiges Finanzwesen und EU-Taxonomie	51
a)	Delegierte Verordnungen zur EU-Klimataxonomie	53
b)	Vorschlag für eine Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichtserstattung	54
c)	Sechs Delegierte Änderungsrechtsakte betreffend Nachhaltigkeit	55
d)	EU-Standard für grüne Anleihen	55
5.	Umgang mit Klimarisiken	56
6.	Gefahren und Chancen im Zusammenhang mit Cyberrisiken	57
7.	Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf den Versicherungssektor	58
8.	Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht	59
a)	EuGH vom 25. März 2021 Rs. C-907/19 (Umsatzsteuerbefreiung)	59
b)	EuGH vom 29. April 2021 Rs. C-383/19 (Kraftfahrzeug- Haftpflichtversicherung)	60
c)	EuGH vom 20. Mai 2021 Rs. C-913/19 (gerichtliche Zuständigkeit)	61
d)	EuGH vom 15. Juli 2021 Rs. C-535/19 (Krankenversicherung)	62
9.	Versicherungsrechtslandschaft post-Brexit	63
a)	Regimes bestimmter EU-Mitgliedstaaten nach Ablauf der Übergangsfrist	63
b)	Sozialversicherungsabkommen UK – CH	65
c)	Finanzdienstleistungsabkommen UK – CH	65
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (HANSJÜRG APPENZELLER/ VANESSA ISLER/ELIANE BRAUN)	67
1.	Revision VVG	67
2.	Revision VAG	67
3.	Weitere aufsichtsrechtliche Aspekte	70

4.	<u>Wichtige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Versicherungsrecht</u>	<u>71</u>
a)	<u>BGE 147 III 73 (Beweislastverteilung bei der Krankentaggeldversicherung)</u>	<u>71</u>
b)	<u>BGer 4A_536/2020 vom 19. Januar 2021 (Art. 40 VVG)</u>	<u>72</u>
c)	<u>BGer 4A_14/2021 vom 15. Februar 2021 (Verspätete Meldung bei der Krankentaggeldversicherung)</u>	<u>73</u>
d)	<u>BGer 9C_30/2020 vom 14. Juni 2021 (Optionsrecht im Bereich der Krankenversicherung)</u>	<u>74</u>
e)	<u>BGer 4A_72/2021 vom 28. September 2021 (Insuring Clause)</u>	<u>75</u>

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021

1. Überarbeitung des EU-Aufsichtsrahmens für Versicherer

Vor dem Hintergrund der Covid-19-Pandemie hat die Europäische Kommission dem Europäischen Parlament und dem Rat am 22. September 2021 umfassende Vorschläge zur Überarbeitung des EU-Aufsichtsrahmens für Versicherer¹ vorgelegt. Die Vorschläge haben zum Ziel, Anreize für Versicherer zu schaffen, einen Beitrag zur langfristigen nachhaltigen Finanzierung der Wirtschaft zu leisten, die Risikosensitivität zu erhöhen, die übermässige kurzfristige Volatilität in Bezug auf die Solvabilitätspositionen von Versicherern zu mindern sowie die verhältnismässige Ausgestaltung der Aufsichtsvorschriften zu gewährleisten. Ausserdem sollen Qualität, Kohärenz und Koordinierung der Versicherungsaufsicht in der gesamten EU gesteigert und die Versicherungsnehmer und Begünstigten besser geschützt werden – auch bei Ausfall ihres Versicherers. Zuletzt soll das Vorgehen gegen die potenzielle Entstehung systemischer Risiken im Versicherungssektor optimiert und die Vorbereitung auf Extremszenarien, die eine Sanierung oder Abwicklung eines ausfallenden Versicherers erforderlich machen können, verbessert werden.²

Zu diesem Zwecke hat die Europäische Kommission Legislativvorschläge zur Änderung der Solvabilität II-Richtlinie³ und zur Schaffung eines EU-Rahmens für die Sanierung und Abwicklung von Versicherern vorgelegt.

¹ Die Begriffe „Versicherer“ und „Versicherungsunternehmen“ umfassen in diesem Beitrag auch Rückversicherer respektive Rückversicherungsunternehmen.

² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Überarbeitung des EU-Aufsichtsrahmens für Versicherer und Rückversicherer vor dem Hintergrund der Erholung der EU nach der Pandemie vom 22. September 2021, COM (2021) 580 final.

³ Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl L 335 vom 17. Dezember 2009, 1 ff.; siehe dazu auch die Stellungnahme der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge (EIOPA), Opinion on the 2020 Review of Solvency II, BoS-20/749 vom 17. Dezember 2020. Vgl. Heiss Helmut/Kuzmanovic Violeta/Zilio Laura P., Versicherungsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 48, und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, Europäische Kommission, Summary Report of the Public Consultation on the review of prudential rules for insurance and reinsurance companies („Solvency II“), 1. Juli 2020 – 21. Oktober 2020, Ares(2021)844869 vom 1. Februar 2021.

a) *Vorschlag zur Änderung der Solvabilität II-Richtlinie*

Mit dem Gesetzgebungsvorschlag zur Änderung der Solvabilität II-Richtlinie⁴ möchte die Kommission einen Beitrag zur wirtschaftlichen Erholung von der Covid-19-Krise und zu den politischen Prioritäten der EU leisten, insbesondere zu den Klima- und Umweltzielen im Rahmen des sog. europäischen Grünen Deal (siehe unten, [I.4.](#)) und der Kapitalmarktunion. Besonderes Augenmerk liegt dabei auf folgenden Elementen des Aufsichtsrahmens:

- Mittels Änderungen hinsichtlich langfristiger Garantien, insbesondere im Zusammenhang mit Lebensversicherungsprodukten, soll die Risikosensitivität erhöht und übermässige Volatilität gemindert werden (Paragraph 37 und 38);
- Die Aufsichtsvorschriften werden verhältnismässiger ausgestaltet, insbesondere indem kleine Versicherer von den Solvabilität II-Vorschriften ausgenommen werden (Paragraph 2) und ein neuer Rahmen für Versicherer mit niedrigem Risikoprofil eingeführt wird (Paragraph 12);
- Änderungen in den Bereichen des grenzüberschreitenden Versicherungsgeschäfts, der Versicherungsgruppen sowie der Aufsichtsvorschriften sollen eine bessere Qualität der Beaufsichtigung und einheitlichere Wettbewerbsbedingungen sicherstellen;
- Neuausrichtung der Offenlegungspflichten auf die von den Empfängern benötigten Informationen, wobei zwischen Informationen für Versicherungsnehmer und Analysten unterschieden wird; und
- Die Einführung neuer Kriterien für die langfristige Analyse von Klimaszenarien (Paragraph 25), soll eine bessere Überwachung und Bewältigung von Klima- und Systemrisiken erlauben.

b) *Vorschlag für eine neue Richtlinie über die Sanierung und Abwicklung*

Auf europäischer Ebene besteht derzeit kein harmonisiertes Verfahren zur Abwicklung von Versicherern. Das soll eine neue Richtlinie über die Sanierung

⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2009/138/EC as regards proportionality, quality of supervision, reporting, long-term guarantee measures, macro-prudential tools, sustainability risks, group and cross-border supervision vom 22. September 2021, COM (2021) 581 final.

und Abwicklung⁵ ändern. Der Vorschlag zielt darauf ab, dass Versicherer und die zuständigen Behörden besser auf finanzielle Notsituationen vorbereitet sind, um deren Folgen zu mildern. Zudem schafft er die nötigen Interventionsinstrumente, mit denen Aufsichtsbehörden schnell und früh auf (Beinahe-)Ausfälle von Versicherungsunternehmen reagieren können. Mit dem neuen Abwicklungsverfahren sollen einerseits die Versicherungsnehmer besser geschützt und andererseits die Auswirkungen auf die Wirtschaft, das Finanzsystem und die Steuerzahler minimiert werden. Der Vorschlag berücksichtigt dabei die Besonderheiten des Versicherungsgeschäfts und ist in den Solvabilität II-Rechtsrahmen eingebettet.

2. Entwicklungen zur Versicherungsvertriebsrichtlinie (IDD)⁶

Ende 2020 hat die EIOPA den ersten jährlichen Bericht betreffend Informationen zu Sanktionen und anderen Massnahmen gegen Versicherungsvermittler im Zusammenhang mit der Verletzung von IDD-Pflichten in den EU-Mitgliedsstaaten in den Jahren 2018 und 2019 veröffentlicht (vgl. Art. 36 Abs. 2 IDD). Insgesamt wurden von den zuständigen Aufsichtsbehörden 1'923 Sanktionen gegen Vermittler verhängt. Die häufigsten Sanktionsgründe stellten Verstöße gegen berufliche und organisatorische Anforderungen nach Art. 10 IDD (vor allem fehlende Berufshaftpflichtversicherung [Abs. 4] und ungenügende berufliche Schulung und Weiterbildung [Abs. 2]) sowie gegen die Eintragungsvorschriften (Art. 3 IDD) dar. In 1'029 Fällen wurde den Vermittlern die Bewilligung entzogen, und in 735 Fällen eine Geldbusse verhängt.

Zur Ergänzung des IDD Rechtsrahmens im Rahmen der Strategie für ein nachhaltiges Finanzwesen, siehe unten, [I.4.c](#)).

⁵ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of insurance and reinsurance undertakings and amending Directives 2002/47/EC, 2004/25/EC, 2009/138/EC, (EU) 2017/1132 and Regulations (EU) No 1094/2010 and (EU) No 648/2012 vom 22. September 2021, COM (2021) 582 final.

⁶ Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb, ABl L 26 vom 2. Februar 2016, 19 ff.

3. Verordnung über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP-Verordnung)⁷

Am 11. April 2021 trat die Delegierte Verordnung (EU) 2021/473⁸ zur Ergänzung der PEPP-Verordnung durch technische Regulierungsstandards zur Präzisierung der Anforderungen an die Informationsblätter, die für die Kostenobergrenze zu berücksichtigenden Kosten und Gebühren und die Risikominderungstechniken in Kraft.

Zudem wurden im Amtsblatt vom 6. Juni 2021 drei weitere Rechtsakte publiziert. Erstens wurde die Delegierte Verordnung (EU) 2021/895⁹ im Hinblick auf die Produktintervention erlassen. Ihr Ziel ist es, zusätzliche Kriterien und Faktoren zu bestimmen, anhand welcher die EIOPA entscheiden kann, „ob erhebliche Bedenken hinsichtlich des Anlegerschutzes vorliegen oder eine Gefahr für das ordnungsgemäße Funktionieren und die Integrität von Finanzmärkten oder für die Stabilität des Finanzsystems“¹⁰ bestehen und die Voraussetzungen für eine Intervention gegeben sind. Zweitens entwarf die Europäische Kommission eine Delegierte Verordnung (EU) 2021/896¹¹ mit zusätzlichen Angaben

⁷ Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP), ABl L 198 vom 25. Juli 2019, 1 ff.

⁸ Delegierte Verordnung (EU) 2021/473 der Europäischen Kommission vom 18. Dezember 2020 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards zur Präzisierung der Anforderungen an die Informationsblätter, die für die Kostenobergrenze zu berücksichtigenden Kosten und Gebühren und die Risikominderungstechniken für das Paneuropäische Private Pensionsprodukt (PEPP), ABl L 99 vom 22. März 2021, 1 ff.

⁹ Delegierte Verordnung (EU) 2021/895 der Europäischen Kommission vom 24. Februar 2021 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf Produktintervention, ABl L 197 vom 4. Juni 2021, 1 ff.

¹⁰ Delegierte Verordnung (EU) 2021/895, Ziff. 1.

¹¹ Delegierte Verordnung (EU) 2021/896 der Europäischen Kommission vom 24. Februar 2021 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP) durch zusätzliche Angaben zur Sicherstellung konvergenter aufsichtlicher Meldungen, ABl L 197 vom 4. Juni 2021, 5 f.

zur Sicherstellung konvergenter aufsichtlicher Meldungen. Drittens erliess sie eine Durchführungsverordnung¹², deren Anhänge insbesondere aufsichtliche Meldebögen beinhalten.

Gleichzeitig veröffentlichte die EIOPA ihre „Leitlinien zur aufsichtlichen Meldung in Bezug auf PEPP“¹³, welche für eine gemeinsame, einheitliche und kohärente Umsetzung der aufsichtlichen Meldung sorgen. Die ab dem 22. März 2022 geltenden Leitlinien legen die Art, den Umfang und das Format der Angaben fest, die die PEPP-Anbieter bei Eintritt im Voraus festgelegter Ereignisse und in zuvor festgelegten Intervallen an die zuständigen Behörden übermitteln müssen.

4. ESG: Nachhaltiges Finanzwesen und EU-Taxonomie

Zur Bewältigung klima- und umweltbedingter Herausforderungen wurde 2019 der europäische Grüne Deal vorgestellt. Dabei handelt es sich „um eine neue Wachstumsstrategie, mit der die EU zu einer fairen und wohlhabenden Gesellschaft mit einer modernen, ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft werden soll, in der im Jahr 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr freigesetzt werden und das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist.“¹⁴

In diesem Zusammenhang wurde am 10. März 2021 die Offenlegungsverordnung (*Sustainable Finance Disclosure Regulation*, SFDR) in Kraft gesetzt.¹⁵ Die Offenlegungsverordnung harmonisiert die Vorschriften über Transparenz im Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken und deren nachteiligen Auswirkungen sowie bei der Bereitstellung von Finanzprodukten. Im Oktober 2021 haben die *European Supervisory Authorities* (ESA) im Rahmen ihrer Kompetenz unter

¹² Durchführungsverordnung (EU) 2021/897 der Europäischen Kommission vom 4. März 2021 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards für die Anwendung der Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf das Format aufsichtlicher Meldungen an die zuständigen Behörden sowie die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen den zuständigen Behörden und zwischen den zuständigen Behörden und der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung, ABl L 197 vom 4. Juni 2021, 7 ff.

¹³ EIOPA, Leitlinien zur aufsichtlichen Meldung in Bezug auf PEPP, EIOPA-21/260 vom 31. März 2021.

¹⁴ Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 11. Dezember 2019, Der europäische Grüne Deal, COM (2019) 640 final.

¹⁵ Verordnung (EU) 2019/2088 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor, ABl L 317 vom 9. Dezember 2019, 1 ff.

der Taxonomieverordnung (siehe unten, [I.4.a](#))¹⁶ einen Entwurf zur Ergänzung der Offenlegungsverordnung um *Regulatory Technical Standards* (RTS) vorgelegt.¹⁷ Um bis zum Inkrafttreten der RTS eine kohärente Anwendung der Offenlegungsverordnung zu fördern, haben die Europäischen Aufsichtsbehörden zudem in Februar 2021 ein *Supervisory Statement*¹⁸ abgegeben.

Am 21. April 2021 hat die Europäische Kommission ein Massnahmenpaket (siehe unten, [I.4.a](#)–[c](#)) verabschiedet, welches Investitionen in nachhaltige Tätigkeiten fördern soll. Der Fokus auf Investitionen in nachhaltigere Technologien und Unternehmen soll dabei einen wesentlichen Beitrag zur Klimaneutralität Europas leisten.

Die Europäische Kommission legte am 6. Juli 2021 eine neue Strategie¹⁹ vor, welche sich noch ambitionierter für ein nachhaltiges Finanzwesen einsetzt. Diese Strategie umfasst sechs Massnahmen:

- „Erweiterung des bestehenden Instrumentariums für ein nachhaltiges Finanzwesen, um den Zugang zu Finanzmitteln für den Übergang zu erleichtern
- Bessere Einbeziehung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) sowie Verbrauchern mithilfe der richtigen Instrumente und Anreize für den Zugang zu Finanzmitteln für den Übergang
- Erhöhung der Widerstandsfähigkeit des Wirtschafts- und Finanzsystems gegenüber Tragfähigkeitsrisiken
- Steigerung des Beitrags des Finanzsektors zur Nachhaltigkeit
- Gewährleistung der Integrität des Finanzsystems der EU und Überwachung seines geordneten Übergangs zur Nachhaltigkeit
- Entwicklung internationaler Initiativen und Standards für ein nachhaltiges Finanzwesen und Unterstützung für die Partnerländer der EU“.

¹⁶ Siehe Art. 25 der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2020 über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2019/2088, ABl L 198 vom 22. Juni 2020, 13 ff.

¹⁷ ESA, Final Report on draft Regulatory Technical Standards with regard to the content and presentation of disclosures pursuant to Article 8(4), 9(6) and 11(5) of Regulation (EU) 2019/2088, JC 2021 50 vom 22. Oktober 2021.

¹⁸ ESA, Joint ESA Supervisory Statement on the application of the Sustainable Finance Disclosure Regulation, JC 2021 06 vom 25. Februar 2021.

¹⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 6. Juli 2021, IP/21/3405.

a) *Delegierte Verordnungen zur EU-Klimataxonomie*

Die Taxonomieverordnung²⁰ ergänzt die Offenlegungsverordnung und enthält Kriterien, anhand welcher bestimmt wird, ob eine Wirtschaftstätigkeit ökologisch als nachhaltig einzustufen ist. Sie nimmt verschiedene Umweltziele ins Visier, darunter den Klimaschutz und die Anpassung an den Klimawandel.²¹ Diese beiden Umweltziele werden durch den Delegierten Rechtsakt zur Klimataxonomie vom 4. Juni 2021²² konkretisiert, der technische Bewertungskriterien für Wirtschaftstätigkeiten festlegt. Die restlichen Umweltziele werden voraussichtlich im Jahr 2022 durch einen weiteren Delegierten Rechtsakt zur Umwelttaxonomie spezifiziert.

Zudem hat die Europäische Kommission am 6. Juli 2021 den Delegierten Rechtsakt zu Art. 8 der Taxonomieverordnung²³ angenommen. Dieser legt den Inhalt und die Darstellung der Informationen, die Unternehmen offenzulegen haben, und die Methode, anhand welcher die Einhaltung dieser Offenlegungspflicht gewährleistet wird, fest. Damit ermöglicht er es Unternehmen, die technischen Bewertungskriterien des Delegierten Rechtsakts zur Klimataxonomie in quantitative wirtschaftliche Leistungsindikatoren (KPI) zu überführen, die veröffentlicht werden. Diese wiederum steigern die Markttransparenz für Anleger und die Öffentlichkeit und erschweren das sog. *Greenwashing*. Im Ergebnis müssen Versicherungsunternehmen angeben, wie gross der Anteil ökologisch nachhaltiger Wirtschaftstätigkeit im Verhältnis zu den gesamten

²⁰ Verordnung (EU) 2020/852 (Taxonomieverordnung).

²¹ Art. 9 lit. a und b Verordnung (EU) 2019/2088 (Offenlegungsverordnung).

²² Delegierte Verordnung (EU) 2021/2139 der Europäischen Kommission vom 4. Juni 2021 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung der technischen Bewertungskriterien, anhand deren bestimmt wird, unter welchen Bedingungen davon auszugehen ist, dass eine Wirtschaftstätigkeit einen wesentlichen Beitrag zum Klimaschutz oder zur Anpassung an den Klimawandel leistet, und anhand deren bestimmt wird, ob diese Wirtschaftstätigkeit erhebliche Beeinträchtigungen eines der übrigen Umweltziele vermeidet, ABl L 442 vom 9. Dezember 2021, 1 ff. Für den Versicherungssektor von Relevanz: Anhang II Ziff. 10.

²³ Delegierte Verordnung (EU) 2021/2178 der Kommission vom 6. Juli 2021 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2020/852 des Europäischen Parlaments und des Rates durch Festlegung des Inhalts und der Darstellung der Informationen, die von Unternehmen, die unter Artikel 19a oder Artikel 29a der Richtlinie 2013/34/EU fallen, in Bezug auf ökologisch nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten offenzulegen sind, und durch Festlegung der Methode, anhand deren die Einhaltung dieser Offenlegungspflicht zu gewährleisten ist, ABl L 443 vom 10. Dezember 2021, 9 ff.

Vermögenswerten, die sie finanzieren oder in die sie investieren, ist. Für den Versicherungssektor von Relevanz sind insbesondere die Anhänge IX (KPI von Versicherungsunternehmen) und XI (Qualitative Angaben).²⁴

b) *Vorschlag für eine Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung*

Die Richtlinie über die Angabe nichtfinanzieller Informationen (*Non-Financial Reporting Directive*, NFRD)²⁵ gilt für grosse Unternehmen von öffentlichem Interesse, die durchschnittlich mehr als 500 Mitarbeitende haben oder Mutterunternehmen einer grossen Gruppe sind. Sie sind verpflichtet, sowohl aus der „*Outside-in-Perspektive*“ (Wie wirken sich Nachhaltigkeitsaspekte auf ihr Geschäftsergebnis, ihre Lage und ihren Geschäftsverlauf aus?) als auch aus der „*Inside-out-Perspektive*“ (Welche Auswirkungen haben diese Aspekte auf Mensch und Umwelt?) Bericht zu erstatten. Diese Transparenzpflichten sollen nun ergänzt werden: Die Europäische Kommission hat am 21. April 2021 einen Richtlinienvorschlag zur Überarbeitung der Nachhaltigkeitsberichterstattung (*Corporate Social Responsibility Directive*, CSRD²⁶) veröffentlicht. Vorgesehen ist darin „die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Berichtspflichten auf weitere Unternehmen, einschliesslich aller grossen Unternehmen und börsenkotierten Unternehmen (mit Ausnahme von börsenkotierten Kleinstunternehmen), das Erfordernis der Prüfung von Nachhaltigkeitsinformationen, detailliertere Angaben zu den von den Unternehmen bereitzustellenden Informationen und das Erfordernis der Berichterstattung im Einklang mit den verbindlich vorgeschriebenen EU-weiten Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung [sowie] die Sicherstellung, dass alle Informationen im Rahmen der Lageberichte der Unternehmen und in einem digitalen, maschinenlesbaren Format veröffentlicht werden“. Der Vorschlag soll sicherstellen, dass Unternehmen die von Anlegern benötigten verlässlichen und vergleichbaren Nachhaltigkeitsinformationen bereitstellen. Damit verfolgt die Europäische Kommission das Ziel, die Nachhaltigkeitsberichterstattung auf eine Stufe mit der Finanzberichterstattung zu stellen.

²⁴ Art. 6 ABl L 442 (Delegierter Rechtsakt zu Art. 8 der Taxonomieverordnung).

²⁵ Richtlinie 2014/95/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2014 zur Änderung der Richtlinie 2013/34/EU im Hinblick auf die Angabe nichtfinanzieller und die Diversität betreffender Informationen durch bestimmte grosse Unternehmen und Gruppen, ABl L 330 vom 15. November 2014, 1 ff.

²⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2013/34/EU, 2004/109/EG und 2006/43/EG und der Verordnung (EU) Nr. 537/2014 hinsichtlich der Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen vom 21. April 2021, COM (2021) 189 final.

c) *Sechs Delegierte Änderungsrechtsakte betreffend Nachhaltigkeit*

Von den sechs Rechtsakten, welche allesamt den Einbezug von Nachhaltigkeitsrisiken, Nachhaltigkeitsfaktoren und Präferenzen von Anlegern in die Geschäftsprozesse und die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Anlageberatung betreffen, sind insbesondere zwei für das Versicherungswesen von Bedeutung:

Die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1256²⁷ stützt sich auf die Solvabilität II-Richtlinie und betrifft den Einbezug von Nachhaltigkeitsrisiken in die Unternehmensführung und -kontrolle (*Corporate Governance*) von Versicherungsunternehmen. Solche Unternehmen sollen künftig neben den finanziellen Risiken auch alle relevanten Nachhaltigkeitsrisiken im Sinne der Offenlegungsverordnung bewerten und letztere in ihr Governance-System und die Beurteilung des Gesamtsolvabilitätsbedarfs einfließen lassen.

Sodann ist die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1257²⁸ zu beachten, welche sich auf die IDD stützt. Die Verordnung sieht vor, dass Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler, die Versicherungsprodukte herstellen, „Nachhaltigkeitsfaktoren bei jedem Versicherungsprodukt im Produktzulassungsverfahren und bei jedem Versicherungsprodukt, das an nachhaltigkeitsinteressierte Kunden vertrieben werden soll, im Rahmen der übrigen Aufsichts- und Lenkungsvorkehrungen berücksichtigen.“²⁹

Beide Delegierten Verordnungen treten am 2. August 2022 in Kraft.

d) *EU-Standard für grüne Anleihen*

Am 6. Juli 2021 hat die Europäische Kommission eine Verordnung über einen freiwilligen EU-Standard für grüne Anleihen vorgeschlagen.³⁰ Damit soll ein

²⁷ Delegierte Verordnung (EU) 2021/1256 der Kommission vom 21. April 2021 zur Änderung der Delegierten Verordnung (EU) 2015/35 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken in die Governance von Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen, ABl L 277 vom 2. August 2021, 14 ff.

²⁸ Delegierte Verordnung (EU) 2021/1257 der Kommission vom 21. April 2021 zur Änderung der Delegierten Verordnungen (EU) 2017/2358 und (EU) 2017/2359 im Hinblick auf die Einbeziehung von Nachhaltigkeitsfaktoren, -risiken und -präferenzen in die Aufsichts- und Lenkungsanforderungen an Versicherungsunternehmen und Versicherungsvertreiber sowie in die für den Vertrieb von Versicherungsanlageprodukten geltenden Informationspflichten und Wohlverhaltensregeln, ABl L 277 vom 2. August 2021, 18 ff.

²⁹ Delegierte Verordnung (EU) 2021/1257, Ziff. 5.

³⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische grüne Anleihen vom 6. Juli 2021, COM (2021) 391 final.

„Goldstandard“ etabliert werden, der es Anlegern erleichtert, hochqualitative grüne Anleihen zu identifizieren und diese vor sog. *Greenwashing* schützt. Weiter soll durch den Nachweis der Taxonomiekonformität die Emission derartiger Anleihen erleichtert werden. Der EU-Standard umfasst folgende Anforderungen:

- „Die durch die Anleihe mobilisierten Mittel sollten vollständig für Projekte eingesetzt werden, die der EU-Taxonomie entsprechen.
- Durch detaillierte Berichtspflichten muss vollständige Transparenz darüber herrschen, wie die Erlöse aus der Anleihe verwendet werden.
- Alle grünen Anleihen nach dem EU-Standard müssen extern geprüft werden, um sicherzustellen, dass die Verordnung eingehalten wird und die finanzierten Projekte der Taxonomie entsprechen. Für staatliche Emittenten ist hier eine spezifische, begrenzte Flexibilitätsregelung vorgesehen.
- Externe Prüfer, die Dienstleistungen für Emittenten von grünen Anleihen nach dem EU-Standard erbringen, müssen bei der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde registriert sein und von ihr beaufsichtigt werden. Dadurch wird die Qualität und Verlässlichkeit ihrer Dienstleistungen und Prüfungen zum Schutz der Investoren und zur Wahrung der Marktintegrität gewährleistet. Für staatliche Emittenten ist hier eine spezifische, begrenzte Flexibilitätsregelung vorgesehen.“³¹

Als Emittenten gelten unter anderem Finanzunternehmen, worunter auch Versicherungsunternehmen i.S.v. Art. 13 der Solvabilität II-Richtlinie fallen. Der vorgesehene Standard soll auch Emittenten, die ausserhalb der EU ansässig sind, offenstehen.

5. Umgang mit Klimarisiken

Die erheblichen Auswirkungen des Klimawandels auf die Weltwirtschaft und das Finanzsystem werden weithin anerkannt. Davon ist der Versicherungssektor in besonderem Masse betroffen. Die *International Association of Insurance Supervisors* (IAIS) hat infolgedessen ein *Application Paper*³² veröffentlicht, welches die Aufsichtsbehörden bei der Bewältigung der Klimarisiken unterstützen soll.

³¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 6. Juli 2021, IP/21/3405.

³² IAIS, Application Paper on the Supervision of Climate-related Risks in the Insurance Sector vom Mai 2021, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/page/supervisory-material/application-papers>>.

Diese Entwicklungen werden auch auf europäischer Ebene thematisiert. So forderte die EIOPA in einer Stellungnahme³³ vom April 2021 erneut, dass Versicherungsunternehmen die längerfristigen Folgen des Klimawandels in ihre Szenarioanalysen im Rahmen der eigenen Solvabilitätsbeurteilung (*Own Risk and Solvency Assessment*, ORSA) integrieren. Diese Forderungen basieren auf Umfragen der EIOPA, welche gezeigt haben, dass Versicherungsunternehmen noch immer eher kurzfristige Bewertungen von Klimarisiken vornehmen. Die EIOPA Stellungnahme trägt dabei insbesondere den sich entwickelnden Methoden zur Bewertung von Nachhaltigkeitsrisiken Rechnung.

In einer weiteren Stellungnahme vom Juni 2021³⁴ hat sich die EIOPA zudem mit dem zunehmenden Risiko von Naturkatastrophen und den Folgen, welche dies für den Versicherungssektor mit sich bringt, auseinandergesetzt. Darin fordert die EIOPA die Versicherungsunternehmen auf, diese Risiken in die Solvenzkapitalanforderungen einfließen zu lassen. Die Stellungnahme zeigt Kalibrierungsmethoden auf und geht auf die Besonderheiten ein, welche vom Klimawandel stark betroffene Regionen zu beachten haben. Ausserdem befasst sich die EIOPA mit dem „*Impact Underwriting*“, womit Versicherungsunternehmen auf Basis risikoadäquater Prämienkalkulation und mittels geeigneter Policen zur Bewältigung und Minderung der Klimarisiken beitragen können.³⁵

Der Umgang mit Klimarisiken ist auch vermehrt in den Fokus der schweizerischen Aufsichtsbehörden gerückt. Siehe dazu unten, [II.3.](#)

6. Gefahren und Chancen im Zusammenhang mit Cyberrisiken

Neben dem Umgang mit Klimarisiken ist die Bewältigung von Cyberrisiken gegenwärtig eines der bedeutsamsten Themen in der Versicherungsaufsicht. Cyberangriffe können zu Betriebsunterbrüchen, teilweise Betriebsproblemen und Reputationsschäden führen und hohe Kosten verursachen. Dies hat dazu geführt, dass die Nachfrage nach Cyber-Versicherungen in jüngster Zeit stark gewachsen ist. Aber Versicherungsunternehmen sind ihrerseits besonders anfällig für Cyberangriffe, da sie über eine Vielzahl von vertraulichen und persönlichen Kundendaten verfügen. Die EIOPA hat vor diesem Hintergrund

³³ EIOPA, Opinion on the supervision of the use of climate change risk scenarios in ORSA, BoS-21/127 vom 19. April 2021; So auch schon EIOPA, Opinion on Sustainability within Solvency II, BoS-19/241 vom 30. September 2019.

³⁴ EIOPA, Methodological Paper on potential inclusion of climate change in the Nat Cat standard formula, BoS-21/253 vom 29. Juni 2021.

³⁵ EIOPA, Report on non-life underwriting and pricing in light of climate change, BoS-21/259 vom 1. Juli 2021.

eine Übersicht zum Thema Cyberrisiken³⁶ erstellt, worin die Häufigkeit, der Hintergrund und die Folgen von Cyberangriffen auf Versicherer umschrieben werden. Die Covid-19-Pandemie hat zudem die digitale Transformation der Abläufe bei Versicherungsunternehmen beschleunigt, was deren Anfälligkeit für Cyberangriffe erhöht hat. Dies zeigen auch die ESA in einem Bericht vom September 2021³⁷ auf. Finanzinstitute und Aufsichtsbehörden werden darin aufgerufen sicherzustellen, dass sie über geeignete Technologien und einen angemessenen Kontrollrahmen verfügen, um den zunehmend raffinierten Cyberattacken zu begegnen.

Auf internationaler Ebene weist der Bericht³⁸ der IAIS zum *Cyber Risk Underwriting* auf das Potenzial von Cyber-Versicherungen hin. Die grössten Herausforderungen für Versicherungsunternehmen sieht der Bericht in der Messung der Risikoexponierung und der klaren Formulierung von Cyber-Versicherungspolicen.

7. Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf den Versicherungssektor

Im Juni 2021 hat die EIOPA ein *Supervisory Statement*³⁹ betreffend die Auswirkungen der Covid-19-Pandemie auf den Versicherungssektor veröffentlicht. Darin wird auf die Wichtigkeit der aufsichtsrechtlichen Konvergenz bei der Beaufsichtigung unternehmensinterner Prozesse für ein qualitativ hochwertiges ORSA hingewiesen. Obschon die Inhalte in erster Linie auf die aktuelle Covid-19-Situation zugeschnitten sind, sind die Empfehlungen auch auf vergleichbare Situationen anwendbar.

Im Zeitpunkt der Veröffentlichung sind die Ergebnisse des Versicherungsstresstests 2021 noch ausstehend.⁴⁰ Dies wird zeigen, wie gut der europäische

³⁶ EIOPA, *Cyber risks: what is the impact on the insurance industry?*, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/media/feature-article/cyber-risks-what-impact-insurance-industry_en>.

³⁷ ESA, *Joint Committee Report on Risks and Vulnerabilities in the EU Financial System*, JC 2021 45 vom 8. September 2021.

³⁸ IAIS, *Cyber Risk Underwriting, Identified Challenges and Supervisory Considerations for Sustainable Market Development* vom Dezember 2020, abrufbar unter <<https://www.iais-web.org/page/supervisory-material/other-supervisory-papers-and-reports>>.

³⁹ EIOPA, *Supervisory Statement on ORSA in the Context of Covid-19*, BoS-21/323 vom 16. Juni 2021.

⁴⁰ Siehe dazu EIOPA, *Insurance stress test 2021*, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/insurance-stress-test-2021_en>.

Versicherungssektor in diesem Jahr mit der Covid-19-Pandemie, dem Niedrigzinsumfeld und dem anhaltenden ökonomischen Schrumpfungsprozess umgegangen ist.

Im März 2021 haben die Europäischen Aufsichtsbehörden einen Bericht zu Covid-19-bedingten Risiken im EU-Finanzsystem veröffentlicht, welcher sich auch mit dem Versicherungssektor auseinandersetzt.⁴¹ Darin halten sie fest, dass die Kapitalpuffer der Versicherer während des gesamten Jahres 2020 zwar solide geblieben sind, aber Anzeichen einer Verschlechterung der Rentabilität der Versicherer bereits ersichtlich sind. Aus dem aktuelleren Bericht vom September 2021⁴² ergibt sich, dass die Rentabilität Ende 2020 positiv geblieben ist, sich im Vergleich zu den Vorjahren aber verschlechtert hat. Überdies wird festgestellt, dass die Solvabilitätspositionen von Lebensversicherern sich infolge des Ausbruchs der Pandemie verschlechtert haben, während bei den Nichtlebensversicherern eine Verbesserung eingetreten ist.

8. Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht

a) *EuGH vom 25. März 2021 Rs. C-907/19 (Umsatzsteuerbefreiung)*⁴³

Dieses Urteil befasst sich mit der Frage, inwieweit die Leistungen von Assekuradeuren umsatzsteuerbefreit sind. Die deutsche Q-GmbH entwickelte, vermittelte und vermarktete Versicherungsprodukte. Gemäss einem Vertrag mit dem Versicherer F hat die Q-GmbH gegen Vergütung in Form von Courtagen erstens eine Nutzungslizenz für ein von ihr entwickeltes Versicherungsprodukt eingeräumt, zweitens Versicherungsverträge vermittelt und drittens die Vertragsverwaltung und Schadenregulierung übernommen.

Der EuGH hatte zu beurteilen, ob sich die Steuerbefreiung auch auf den Rest einer einheitlichen Leistung erstreckt, wenn eine (Neben-)Leistung nach Art. 135 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2006/112/EG⁴⁴ steuerbefreit ist. Dies hat das Gericht verneint und somit an der bisherigen Rechtsprechung festgehalten, wonach bei einheitlichen Leistungen die Hauptleistung – hier die Lizenzüberlassung – für die steuerliche Behandlung der gesamten Leistung inkl. der

⁴¹ ESA, Joint Committee Report on Risks and Vulnerabilities in the EU Financial System, JC 2021 27 vom 31. März 2021.

⁴² ESA, Joint Committee Report on Risks and Vulnerabilities in the EU Financial System, JC 2021 45 vom 8. September 2021.

⁴³ EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-907/19, ECLI:EU:C:2021:237 – Q-GmbH (Assurance de risques spéciaux).

⁴⁴ Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl L 347 vom 11. Dezember 2006, 1 ff.

Nebenleistungen – hier die Versicherungsvermittlung – massgeblich ist. Da die Lizenzüberlassung nicht vom Befreiungstatbestand erfasst ist, kommt die Q-GmbH nicht in den Genuss der Steuerbefreiung.

Allerdings sei – entgegen der Ansicht des vorlegenden Gerichts – nicht unbedingt davon auszugehen, dass es sich bei den erbrachten Leistungen um eine einheitliche Leistung handle. Eine solche liege dann vor, „wenn zwei oder mehr Einzelleistungen oder Handlungen des Steuerpflichtigen für den Kunden so eng miteinander verbunden sind, dass sie objektiv eine einzige untrennbare wirtschaftliche Leistung bilden, deren Aufspaltung wirklichkeitsfremd wäre“⁴⁵. Der EuGH forderte das vorlegende Gericht auf, die Einheitlichkeit noch einmal zu überprüfen und implizierte damit, dass der EuGH den Sachverhalt abweichend interpretiert hat.

b) *EuGH vom 29. April 2021 Rs. C-383/19
(Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung)*⁴⁶

Ein polnischer Landkreis wurde infolge einer Einziehung am 7. Februar 2018 Eigentümer eines Fahrzeuges. Nach der Zustellung des Einziehungsbeschlusses versicherte der Landkreis das Fahrzeug am 23. April 2018. Da das Fahrzeug in einem schlechten technischen Zustand war, beschloss der Landkreis, es verschrotten zu lassen, woraufhin das Fahrzeug am 22. Juni 2018 abgemeldet wurde. Dem Landkreis wurde eine Geldbusse auferlegt, weil er seine Pflicht zum Abschluss einer Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung im Zeitraum vom 7. Februar bis 22. April 2018 verletzt habe. Die Feststellung, ob im streitigen Zeitraum eine Versicherungspflicht bestanden hat, bildet Gegenstand der Anfrage an den EuGH.

Der EuGH hat mit diesem Urteil entschieden, „dass der Abschluss eines Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungsvertrags obligatorisch ist, wenn das betreffende Fahrzeug in einem Mitgliedstaat zugelassen ist, sofern das Fahrzeug nicht gemäss der anwendbaren nationalen Regelung ordnungsgemäss stillgelegt worden ist.“⁴⁷ Das gilt auch für Fahrzeuge, die sich auf einem Privatgrundstück befinden und nach dem Willen ihres Eigentümers verschrottet werden sollen, selbst wenn sie zu einem bestimmten Zeitpunkt wegen ihres technischen Zustands nicht verkehrstauglich sind. Der Begriff „Fahrzeug“ ist demgemäss objektiv auszulegen und vom (möglichen) Gebrauch und der tat-

⁴⁵ EuGH, C-907/19, Rz. 20.

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 29. April 2021 in der Rechtssache C-383/19, ECLI:EU:C:2021:337 – Ubezpieczeniowy Fundusz Gwarancyjny.

⁴⁷ EuGH, C-383/19, Rz. 62.

sächlichen Nutzungsabsicht unabhängig. Entsprechend hindert die objektive Verkehrsuntauglichkeit des zugelassenen Fahrzeugs dessen Qualifikation als Fahrzeug nicht, selbst wenn es gar keinen Schaden i.S.v. Art. 3 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2009/103⁴⁸ verursachen kann. Aus Gründen der Rechtssicherheit darf die Einstufung als „Fahrzeug“ auch nicht von subjektiven Faktoren abhängen. So vermag die Absicht, das Fahrzeug verschrotten zu wollen, das Versicherungsobligatorium nicht aufzuheben.

Seinen Entscheid begründet der EuGH damit, dass eine solche Auslegung geboten sei, um den Schutz der Opfer von Verkehrsunfällen sicherzustellen. Das Tätigwerden der Entschädigungsstelle⁴⁹, die Ersatz für Sach- oder Personenschäden zu leisten hat, sei nämlich nur dann vorgesehen, wenn der Abschluss der Versicherung obligatorisch sei. So könne gewährleistet werden, dass die Opfer von Verkehrsunfällen in jedem Fall – sei es durch den Versicherer bei bestehendem Versicherungsvertrag, sei es durch die Entschädigungsstelle bei einem Unfall mit einem nicht versicherten oder nicht ermittelbaren Fahrzeug – entschädigt werden. Zuletzt diene diese Regelung auch der Gewährleistung des freien grenzüberschreitenden Verkehrs, da diesfalls von der Durchführung einer systematischen Kontrolle der Haftpflichtversicherung abgesehen werden könne.

c) *EuGH vom 20. Mai 2021 Rs. C-913/19 (gerichtliche Zuständigkeit)*⁵⁰

Dieses Urteil befasst sich mit der gerichtlichen Zuständigkeit für Versicherungssachen. Im Nachgang eines Verkehrsunfalls in Polen wurde die Forderung des Geschädigten gegen eine dänische Haftpflichtversicherung an ein Unternehmen, das professionell Versicherungsansprüche geltend macht, abgetreten. Daraus entstand ein grenzüberschreitender Rechtsstreit vor polnischen Gerichten. Der EuGH prüfte in diesem Zusammenhang zunächst, ob es das EU-Recht in einem solchen Fall ausschliesst, dass die gerichtliche Zuständigkeit auf Art. 7 der Verordnung (EU) 1215/2012⁵¹ gestützt wird. Nach dieser Bestimmung sind die Gerichte des Ortes zuständig, an dem das schädigende Ereignis eingetreten ist (Nr. 2) und an dem sich eine Zweigniederlas-

⁴⁸ Richtlinie 2009/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, ABl L 263 vom 7. Oktober 2009, 11 ff.

⁴⁹ Art. 10 Abs. 1 Richtlinie 2009/103/EG.

⁵⁰ EuGH, Urteil vom 20. Mai 2021 in der Rechtssache C-913/19, ECLI:EU:C:2021:399 – CNP.

⁵¹ Verordnung (EU) 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 351 vom 20. Dezember 2012, 1 ff.

sung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung eines (Haupt-)Unternehmens befindet, sofern es um Streitigkeiten aus dem Betrieb einer solchen geht (Nr. 5).

Der Gerichtshof prüfte zuerst, ob die „Zuständigkeit für Versicherungssachen“ gemäss Kapitel II Abschnitt 3 der Verordnung (EU) 1215/2012 gegeben ist. Diese Bestimmung hat zum Zweck, die schwächere Vertragspartei durch Zuständigkeitsvorschriften zu schützen, sofern sie dieses Schutzes auch bedarf. Während das Schutzbedürfnis beim Geschädigten selbst als „Versicherungskonsument“ anzunehmen wäre, ist ein besonderer Schutz in der Beziehung zwischen Gewerbetreibenden, die in der Versicherungsbranche aktiv sind, und der Haftpflichtversicherung nicht gerechtfertigt. Die Bestimmungen zur „Zuständigkeit für Versicherungssachen“ seien folglich nicht anwendbar. Entsprechend ist nicht ausgeschlossen, dass die gerichtliche Zuständigkeit für einen solchen Rechtsstreit auf Art. 7 Nr. 2 oder Nr. 5 dieser Verordnung gestützt wird.

Zweitens prüfte der EuGH, ob es sich bei der polnischen Gesellschaft, die die dänische Versicherungsgesellschaft mit der Schadensregulierung beauftragt hat, um eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung handelt. Ohne diese Frage abschliessend zu beantworten wies der EuGH darauf hin, dass es sich um eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung eines Versicherungsunternehmens handelt, sofern „eine Gesellschaft, die in einem Mitgliedstaat aufgrund eines Vertrags mit einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Versicherungsunternehmen in dessen Namen und für dessen Rechnung eine Tätigkeit der Schadensregulierung im Rahmen der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung ausübt, (...) auf Dauer als Aussenstelle des Versicherungsunternehmens hervortritt und eine Geschäftsführung hat und sachlich so ausgestattet ist, dass sie in der Weise Geschäfte mit Dritten betreiben kann, dass diese sich nicht unmittelbar an das Versicherungsunternehmen zu wenden brauchen.“⁵²

d) *EuGH vom 15. Juli 2021 Rs. C-535/19 (Krankenversicherung)*⁵³

In diesem Urteil bestätigt der EuGH das Recht wirtschaftlich nicht aktiver Unionsbürger, die in einem anderen Mitgliedstaat als ihrem Herkunftsmitgliedstaat wohnen, dem öffentlichen Krankenversicherungssystem des Aufnahmemitgliedstaats beizutreten. Ein italienischer Staatsbürger zog nach Lettland

⁵² EuGH, C-913/19, Rz. 61.

⁵³ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 in der Rechtssache C-535/19, ECLI:EU:C:2021:595 – A (Soins de santé publics).

und beantragte dort, in das öffentliche System der lettischen gesetzlichen Krankenversicherung aufgenommen zu werden. Sein Antrag wurde abgelehnt und diese Ablehnung wurde von den Rechtsmittelinstanzen bestätigt. Der lettische Oberste Gerichtshof erfragte beim EuGH, ob die Ablehnung des Antrags mit dem Unionsrecht vereinbar sei.

Der EuGH stellte zunächst in kollisionsrechtlicher Hinsicht fest, dass wirtschaftlich nicht aktive Personen im Grundsatz den Vorschriften ihres Wohnmitgliedstaats unterliegen. Sodann dürften nationale Rechtsvorschriften einem Unionsbürger den Beitritt zu seinem öffentlichen Krankenversicherungssystem nicht verweigern. Diese Beitrittsmöglichkeit müsse aber nicht unentgeltlich vorgesehen werden, sondern dürfe von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die sicherstellen sollen, „dass dieser Bürger die öffentlichen Finanzen dieses Mitgliedstaats nicht unangemessen in Anspruch nimmt, wie etwa davon, dass dieser Bürger eine umfassende private Krankenversicherung abschliesst oder aufrechterhält, so dass dem Mitgliedstaat seine Aufwendungen für die Gesundheit zugunsten dieses Bürgers erstattet werden können, oder davon, dass der Bürger einen Beitrag zum öffentlichen Krankenversicherungssystem dieses Mitgliedstaats zahlt. In diesem Zusammenhang hat der Aufnahmemitgliedstaat jedoch über die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu wachen und mithin dafür zu sorgen, dass es für diesen Bürger nicht übermässig schwierig ist, diese Voraussetzungen zu erfüllen.“⁵⁴

Der EuGH kam somit zum Schluss, dass das Unionsrecht den lettischen Rechtsvorschriften entgegensteht. Letztere müssten dem italienischen Staatsbürger den Beitritt zum öffentlichen Krankenversicherungssystem ermöglichen – jedoch nicht zwingend unentgeltlich.

9. Versicherungsrechtslandschaft post-Brexit

a) *Regimes bestimmter EU-Mitgliedstaaten nach Ablauf der Übergangsfrist*

Mit dem Ablauf der im Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft vorgesehenen Übergangsphase hat das Vereinigte Königreich den EU-Binnenmarkt und die Zollunion per 31. Dezember 2020 verlassen und wurde aus EU-Sicht zu einem Drittstaat. Der Brexit betrifft auch die auf Versicherungen und den Versicherungsvertrieb anwendbare

⁵⁴ EuGH, C-535/19, Rz. 59.

Regulierung, da diese nur punktuell in Handelsabkommen⁵⁵ geregelt ist. Im Folgenden findet sich eine kurze Übersicht über die entsprechenden Regelungen dreier Nachbarstaaten der Schweiz – Deutschland, Italien und Frankreich.

Für britische Versicherungsunternehmen und Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung gelten in Deutschland seit dem 1. Januar 2021 grundsätzlich die Bestimmungen für Drittstaaten. Die Allgemeinverfügung⁵⁶ der BaFin erlaubt es diesen jedoch, das Bestandsgeschäft nach den jeweils geltenden vertraglichen Regelungen durchzuführen und abzuwickeln. Allerdings ist das Erstversicherungsgeschäft zum frühestmöglichen Zeitpunkt zu beenden. Die Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung dürfen zudem keine neuen Versorgungszusagen für Arbeitnehmer eines notifizierten Arbeitgebers übernehmen. Noch bestehende Verträge waren per 1. Januar 2021 beitragsfrei zu stellen.

Auch in Italien gelten britische Versicherungsunternehmen seit dem 1. Januar 2021 als Drittstaatsunternehmen. Das Dekret Nr. 183/2020⁵⁷ sieht als Übergangsmassnahme vor, dass in Italien tätige britische Versicherungsunternehmen ab 1. Januar 2021 von der Liste des Versicherungsaufsichtsinstituts⁵⁸ gestrichen werden, sie jedoch ihre Tätigkeiten während eines begrenzten Zeitraums fortführen dürfen, bis die laufenden Verträge beendet werden oder auslaufen. Neue Verträge abschliessen oder bestehende verlängern können sie jedoch nicht. Ebenfalls können Kunden von Verträgen mit solchen Versicherungsunternehmen, deren Laufzeit noch mehr als ein Jahr dauert, kostenfrei zurücktreten.

In Frankreich wurde ein Dekret⁵⁹ verabschiedet, wonach britische Versicherungsunternehmen ihre Kunden bis zum 15. Januar 2021 darüber informieren

⁵⁵ Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland andererseits, ABl L 149 vom 30. April 2021, 10 ff.

⁵⁶ Allgemeinverfügung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht hinsichtlich der Regelung zur Durchführung und Abwicklung der grenzüberschreitenden Tätigkeit von Versicherungsunternehmen und Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung mit Sitz im Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland sowie in Gibraltar vom 31. Dezember 2020, abrufbar unter <https://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Aufsichtsrecht/Verfuegung/vf_201231_allgemeinverfuegung_grenzueberschreitende_taetigkeit_uk_gi_va.html>.

⁵⁷ Art. 22 des „Decreto-Legge“ Nr. 183 vom 31. Dezember 2020.

⁵⁸ Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (IVASS).

⁵⁹ Arrêté du 22 décembre 2020 relatif à l'information des assurés, souscripteurs ou adhérents par les entreprises étrangères ne se trouvant plus dans une des situations prévues au I de l'article L. 310-2 du code des assurances, JORF Nr. 313 vom 27. Dezember 2020, Text Nr. 30.

mussten, dass sie künftig keine Dienstleistungen in Frankreich mehr erbringen können. Sie können weder neue Verbindlichkeiten eingehen noch bestehende Verträge erneuern. In der Kundeninformation muss insbesondere die Aussage enthalten sein, dass die neue Situation (Verlust des Europäischen Passes) das Unternehmen – neuerdings ein Drittstaatsunternehmen – in keiner Weise von der Erfüllung seiner bestehenden Verpflichtungen entbindet.

b) *Sozialversicherungsabkommen UK – CH*

Am 9. September 2021 haben die Schweiz und das Vereinigte Königreich ein Sozialversicherungsabkommen⁶⁰ abgeschlossen. Dieses dient der langfristigen Koordinierung der Sozialversicherungssysteme der beiden Staaten nach dem Brexit und dem damit einhergehenden Ende der Anwendbarkeit des Sozialversicherungsabkommens CH – EU. Das Abkommen gewährt den Versicherten einen erleichterten Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und weitgehende Gleichbehandlung. Ausserdem bezweckt es die Vermeidung von Überversicherungen und Versicherungslücken. Seit dem 1. November 2021 ist das Abkommen vorläufig anwendbar. Sobald die Parlamente beider Staaten es genehmigt haben, wird es definitiv in Kraft treten.

c) *Finanzdienstleistungsabkommen UK – CH*

Am 30. Juni 2020 unterzeichneten Ueli Maurer und der britische Schatzkanzler Rishi Sunak eine Absichtserklärung⁶¹ betreffend die künftige vertiefte Zusammenarbeit für Finanzdienstleistungen. Das angestrebte Abkommen soll den grenzüberschreitenden Marktzugang für Finanzdienstleistungen insbesondere im Versicherungsbereich ermöglichen. Weitere Schritte für konkrete Verhandlungen wurden am 27. Januar 2021 vereinbart,⁶² ein Abschluss des Ab-

⁶⁰ Abkommen zur Koordinierung der sozialen Sicherheit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland, vom 9. September 2021 (SR 0.831.109.367.2).

⁶¹ Joint Statement between the Federal Department of Finance and Her Majesty's Treasury on deepening cooperation in financial services vom 30. Juni 2020, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/61959.pdf>>.

⁶² Medienmitteilung des Staatssekretariats für internationale Finanzfragen (SIF) vom 27. Januar 2021, Die Schweiz und das Vereinigte Königreich vertiefen ihre Beziehungen im Finanzbereich.

kommens wird jedoch nicht unmittelbar erwartet. Die am 3. Februar 2021 erreichte Börsenäquivalenz mit dem Vereinigten Königreich stellt einen weiteren Schritt in die anvisierte Richtung dar.⁶³

⁶³ Vgl. Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF), Massnahme zum Schutz der Schweizer Börseninfrastruktur, abrufbar unter <<https://www.sif.admin.ch/verordnung>>.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

1. Revision VVG⁶⁴

Die Teilrevision zum VVG ist am 1. Januar 2022 in Kraft treten. Für die Änderungen im Einzelnen wird auf die letztjährige Ausgabe verwiesen.⁶⁵

2. Revision VAG⁶⁶

Nach der Verabschiedung der Botschaft zur Revision des Versicherungsaufsichtsgesetzes⁶⁷ durch den Bundesrat am 21. Oktober 2020 wurde die Vorlage den beiden Räten übergeben. Seither ergingen sowohl der Beschluss des Nationalrates vom 3. Mai 2021⁶⁸ als auch jener des Ständerates vom 13. Dezember 2021⁶⁹.

Der Nationalrat befürwortete die vom Bundesrat vorgeschlagenen Lockerungen der Aufsicht über Versicherungsunternehmen, die ausschliesslich die Versicherung von professionellen Kunden (bspw. Grossunternehmen ohne besonderes Schutzbedürfnis) betreiben.⁷⁰ Darüber hinaus hat der Nationalrat die Einführung einer erleichterten Aufsicht für ausländische Rückversicherer mit Niederlassungen in der Schweiz vorgeschlagen, sofern diese im Ausland einer angemessenen Aufsicht unterstehen.⁷¹ Nicht einverstanden zeigte er sich hingegen mit der Bestrebung des Bundesrats, sämtliche Versicherungsunternehmen und -vermittler/innen zu verpflichten, sich Ombudsstellen anzuschliessen,⁷² und strich die Bestimmungen⁷³ gänzlich aus der Vorlage.

⁶⁴ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG, SR 221.229.1).

⁶⁵ Heiss Helmut/Kuzmanovic Violeta/Zilio Laura P., Versicherungsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 58 ff.

⁶⁶ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01).

⁶⁷ Botschaft des Bundesrates vom 21. Oktober 2020 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), BBl 2020, 8967 ff.

⁶⁸ AB 2021 Rz. 740 ff.

⁶⁹ AB 2021 S 1322 ff.

⁷⁰ Art. 30a-30d E-VAG.

⁷¹ Art. 2 Abs. 5 lit. a E-VAG (Version des Nationalrates).

⁷² Art. 82c E-VAG.

⁷³ Art. 82 – 83c E-VAG.

Hervorzuheben ist sodann die vom Nationalrat veranlasste Unterstellung der Versicherungszweckgesellschaften unter das VAG.⁷⁴ Gemäss der vorgeschlagenen Bestimmung ist eine Versicherungszweckgesellschaft ein Unternehmen, das „kein Versicherungsunternehmen ist, Risiken von Versicherungsunternehmen übernimmt, und die Risiken vollständig über die Ausgabe von Finanzinstrumenten absichert, bei denen die Rück- oder Auszahlungsansprüche der Inhaber oder Gläubiger solcher Finanzinstrumente den Risikoübernahmeverpflichtungen der Versicherungszweckgesellschaft nachgeordnet sind.“⁷⁵ Für sie sollen die Bestimmungen des VAG sinngemäss gelten, insbesondere hinsichtlich verschiedener Verpflichtungen bspw. im Bereich der Einhaltung der rechtlichen und unternehmensinternen Vorschriften (*Compliance*).⁷⁶

Nicht beanstandet haben beide Räte die Bestimmungen zu den qualifizierten Lebensversicherungen.⁷⁷ Gemäss Bundesrat gelten Versicherungsprodukte, „die den Charakter von Anlageprodukten haben und die entsprechenden Vorschriften zum Schutz der Anlegerin oder des Anlegers unterstehen sollen“, als qualifizierte Lebensversicherungen.⁷⁸ Dies ist dann der Fall, wenn die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer im Sparprozess ein Verlustrisiko trägt, sowie bei Kapitalisations- und Tontinengeschäften.⁷⁹ Ein Kernthema der Revision betrifft in diesem Zusammenhang die Einführung von Verhaltensregeln für Versicherungsvermittler/innen zur Schaffung von Transparenz. Neben anderen Verpflichtungen ist vor der Empfehlung einer qualifizierten Lebensversicherung eine Angemessenheitsprüfung vorzunehmen und die Ergebnisse daraus sind zu dokumentieren.⁸⁰

Der Beratung des Ständerates lagen die Anträge der Kommission für Wirtschaft und Abgaben⁸¹ sowie die Einzelanträge von Alex Kuprecht⁸² zugrunde.

⁷⁴ Art. 2 Abs. 1 lit. e und Abs. 2 lit. g E-VAG (Version des Nationalrates).

⁷⁵ Art. 30e Abs. 1 E-VAG (Version des Nationalrates).

⁷⁶ Art. 30e Abs. 2 und 3 E-VAG (Version des Nationalrates).

⁷⁷ Art. 39a ff. E-VAG.

⁷⁸ BBl 2020, 9003.

⁷⁹ Art. 39a E-VAG.

⁸⁰ Art. 39j und 39k E-VAG.

⁸¹ Anträge der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 28. Oktober 2021.

⁸² Anträge 2021 IV S2-01 bis S2-04 zu Art. 2 Abs. 5 lit. b, Art. 22a Abs. 2, Art. 30f E-VAG sowie den Ombudsstellen.

Die Beschlüsse der Kommission erwiesen sich als umstritten – gleich dreimal bedurfte es des Stichentscheids des Präsidenten.⁸³

Im Ergebnis schloss sich der Ständerat weitestgehend den Beschlüssen des Nationalrates an. So begrüßte er die Unterstellung der Versicherungszweckgesellschaften unter das Gesetz und die Einführung von Aufsichtserleichterungen für ausländische Rückversicherer. Im Hinblick auf die Versicherungszweckgesellschaften sprach sich der Ständerat für den Antrag Kuprecht aus: Abweichend vom Vorschlag des Nationalrates sieht dieser eine explizite Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen Versicherungszweckgesellschaften und ihren Risikogruppen auf Gesetzesebene vor.⁸⁴ Sodann unterstützte der Ständerat – dem Antrag Kuprecht folgend – die Bestrebung des Nationalrates, die regulatorische Sandbox-Bestimmung zur Innovationsförderung nicht nur auf kleine Versicherungsunternehmen zu beschränken, wie das der Bundesrat vorgesehen hatte, sondern generell grosse und kleine Unternehmen von der Aufsicht zu befreien, sofern die entsprechenden Kriterien erfüllt sind.⁸⁵ Auch die Ausweitung der bewilligungsfreien Zulässigkeit von versicherungsfremden Geschäften hat der Ständerat bestätigt.⁸⁶

Die Bestimmungen zu den Ombudsstellen, die der Nationalrat gestrichen hatte, wollte der Ständerat jedoch beibehalten.⁸⁷ Abweichend äusserte sich der Ständerat auch in Bezug auf die vom Bundesrat vorgesehene und vom Nationalrat befürwortete Kompetenz des Bundesrats zum Erlass von Vorschriften zur Umsetzung internationaler Standards zur Verminderung von Systemrisiken. Stattdessen soll die FINMA zur Erfassung sektorübergreifender Risiken bei Versicherern Daten erheben, auswerten und für Aufsichtszwecke verwenden können.⁸⁸ Des Weiteren bestätigte er die vom Bundesrat vorgeschlagene Konzeption, dass internationale Versicherungskapitalstandards die Anwendung von Art. 9–9b E-VAG (SST) nur ergänzen, aber nicht ersetzen können.⁸⁹ Der Ständerat folgte der Kommission, indem er den Begriff des professionellen Versicherungsnehmers auf grosse Unternehmen gemäss VVG ausweitete.⁹⁰ Zudem sprach er sich für eine konsistente Regulierung risikoabsorbieren-

⁸³ Erstens im Zusammenhang mit Art. 9a Abs. 1 E-VAG (Risikotragendes Kapital und Zielkapital), zweitens bei Art. 11 Abs. 1 E-VAG (Geschäfte neben dem Versicherungsgeschäft) sowie drittens bei Art. 31b E-VAG (siehe dazu hiernach).

⁸⁴ Art. 30f E-VAG (Version des Ständerates).

⁸⁵ Art. 2 Abs. 5 lit. b E-VAG (Version des Nationalrates).

⁸⁶ Art. 11 E-VAG (Version des Nationalrates).

⁸⁷ Siehe AB 2021 S 1338.

⁸⁸ Art. 2b E-VAG (Version des Ständerates).

⁸⁹ Art. 9c E-VAG.

⁹⁰ Art. 30a Abs. 2 E-VAG (Version des Ständerates).

der Kapitalinstrumente im Sanierungs- und Konkursrecht aus.⁹¹ Schliesslich wurde der vom Nationalrat eingebrachte Art. 31b E-VAG, wonach Versicherungsunternehmen im Bereich der Zusatzversicherung zur Krankenversicherung den Leistungserbringern gegenüber gemeinsam verhandeln können, wieder aus der Vorlage gestrichen.⁹²

Die verbleibenden Abweichungen gehen zur Differenzbereinigung zurück an den Nationalrat, welcher voraussichtlich in der Frühjahrssession 2022 die Differenzen behandeln wird. Es ist noch nicht absehbar, wann das revidierte VAG in Kraft treten wird, allerdings dürfte das frühestens am 1. Januar 2023 zu erwarten sein.

3. Weitere aufsichtsrechtliche Aspekte

Die FINMA hat ihre Praxis⁹³ zum Missbrauchsschutz bei Krankenzusatzversicherungen in ein Rundschreiben⁹⁴ integriert. Das teilrevidierte Rundschreiben trat am 1. Juni 2021 in Kraft. Ungleichbehandlungen von Versicherten sind bei nicht versicherungstechnisch begründbaren kommerziellen Prämienabschlüssen nunmehr auf maximal 10% der Prämie beschränkt. Ausserdem gelten Gewinnmargen von über 10% als missbräuchlich und entsprechende Tarife werden von der FINMA nicht mehr genehmigt. Diese schwerwiegenden Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit sind verfassungsmässig und ordnungspolitisch fragwürdig, zumal eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage dafür fehlt und diese Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit unverhältnismässig sind.

Der Umgang mit Klimarisiken ist auch vermehrt in den Fokus der schweizerischen Aufsichtsbehörden gerückt. So konkretisierte die FINMA Ende Mai 2021 die Offenlegungspflichten im Zusammenhang mit klimabezogenen Finanzrisiken.⁹⁵ Eine Definition klimabezogener Finanzrisiken findet sich zwar im teilrevidierten FINMA-Rundschreiben⁹⁶ nicht, allerdings ergibt sich aus den Erläuterungen, dass sich die FINMA dem Verständnis internationaler Gremien anschliesst und zwischen zwei Arten von Risiken unterscheidet: physische

⁹¹ Art. 52d Abs. 3 lit. b, Abs. 4 lit. a und Art. 54a^{ter} E-VAG (Version des Ständerates).

⁹² Siehe AB 2021 S 1334.

⁹³ Bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts 2C_717/2017 vom 25. November 2019.

⁹⁴ FINMA, Rundschreiben 2010/3, Krankenversicherung nach VVG, Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung und Spezialfragen der privaten Krankenversicherung.

⁹⁵ FINMA, Medienmitteilung vom 31. Mai 2021, FINMA konkretisiert Transparenzpflichten zu Klimarisiken.

⁹⁶ FINMA, Rundschreiben 2016/2, Offenlegung – Versicherer (Public Disclosure), Grundlagen zum Bericht über die Finanzlage, Rz. 13.1 ff.

Risiken und Transitionsrisiken.⁹⁷ Das Rundschreiben ist seit dem 1. Juli 2021 in Kraft und proportional, prinzipienbasiert sowie international kompatibel ausgestaltet. Einerseits sollen Versicherungsunternehmen der Aufsichtskategorien 1 und 2 künftig qualitative Angaben zu Klimarisiken machen. Dazu zählt der Beschrieb der wesentlichen klimabezogenen Finanzrisiken sowie deren Einfluss auf die Geschäftsstrategie, die Finanzplanung und das Geschäftsmodell sowie im Bereich des Risikomanagements die Offenlegung des Prozesses für die Identifizierung, Bewertung und Behandlung dieser Risiken. Andererseits sind quantitative Angaben sowie die verwendete Methodologie offenzulegen. Zuletzt müssen betroffene Unternehmen die zentralen Merkmale ihrer Governance-Struktur im Lichte klimabezogener Finanzrisiken bekanntgeben.

4. Wichtige Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Versicherungsrecht

a) BGE 147 III 73 (*Beweislastverteilung bei der Krankentaggeldversicherung*)

Das Bundesgericht bestätigt in diesem Urteil die bestehende Rechtsprechung im Hinblick auf den Anspruch auf ein Krankentaggeld. Es hält fest, dass die tatsächliche Vermutung, dass eine arbeitslose Person ohne Krankheit erwerbstätig wäre, nur dann gilt, wenn die Arbeitsunfähigkeit vor Aussprechen der Kündigung eingetreten ist. Unter Verweis auf BGE 141 III 241 und 146 III 339 (insbesondere dessen nicht publizierte Erwägung 5.3.2⁹⁸) bezeichnet es den Zeitpunkt der Kündigung als massgebend für die Vermutung der weiteren Erwerbstätigkeit eines Versicherten.⁹⁹

Begründet wird diese Praxis damit, dass eine tatsächliche Vermutung auf einer als durchgesetzt gewerteten Lebenserfahrung beruht. Tritt die Arbeitsunfähigkeit erst ein, nachdem die Kündigung erfolgt ist, ist offensichtlich, dass das Arbeitsverhältnis auch ohne Erkrankung nicht weitergeführt worden wäre. Sofern die gekündigte Person stets erwerbstätig war, spricht die Lebenserfahrung zwar dafür, dass sie nach Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit erneut erwerbstätig sein wird. Allerdings heisst das noch nicht, dass sie dies zum gleichen Lohn sein wird. Der Bruch in der Arbeitsbiographie, der die Kündigung

⁹⁷ FINMA, Erläuterungen vom 6. Mai 2021, Offenlegung klimabezogener Finanzrisiken: Teilrevison der FINMA-Rundschreiben 2016/1 „Offenlegung – Banken“ und 2016/2 „Offenlegung – Versicherer (Public Disclosure)“, 12.

⁹⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_563/2019 vom 14. Juli 2020 E. 5.3.2.

⁹⁹ BGE 147 III 73 E. 3.2 S. 75 f.

in einem solchen Fall bewirkt, führt dazu, dass nicht tatsächlich vermutet werden kann, dass eine Person bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nach erfolgter Kündigung weiterhin das bisherige Einkommen erzielt hätte.¹⁰⁰

b) *BGer 4A_536/2020 vom 19. Januar 2021 (Art. 40 VVG)*

Das Bundesgericht hat sich in diesem Entscheid mit der Tragweite von Art. 40 VVG auseinandergesetzt. Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: In den Allgemeinen Vertragsbedingungen einer kollektiven Krankentaggeldversicherung fand sich eine Bestimmung, wonach die Versicherungsgesellschaft ihre Leistungen während der Dauer eines Auslandsaufenthalts des Versicherten (hier des Arbeitnehmers A) einstellt, sofern sie diesem Aufenthalt nicht vorgängig ausdrücklich zugestimmt hat. Das Gesuch von A, ihm einen Aufenthalt in Portugal zu bewilligen, lehnte die Versicherungsgesellschaft ab und kündigte an, die Taggeldzahlungen einzustellen, sollte A die Schweiz trotzdem verlassen. Dennoch begab sich A nach Portugal. Als ihn die Versicherungsgesellschaft kontaktierte, um gleichentags einen Termin zu vereinbaren, gab A an, sich im Wallis aufzuhalten, weswegen der Termin um einen Tag verschoben wurde. A flog zurück in die Schweiz und verschwieg beim Treffen, dass er sich im Ausland aufgehalten hatte. Als A diesen Umstand später aufdeckte, stellte die Versicherungsgesellschaft ihre Leistungen ein und erklärte, dass das Verhalten des Versicherten unter Art. 40 VVG falle, womit sie gegenüber A nicht an den Vertrag gebunden sei.

Der Versicherte rügte zunächst die ungerechtfertigte Verweigerung der Bewilligungserteilung. Des Weiteren berief er sich auf eine Verletzung von Art. 40 VVG, da die Tatbestandsmerkmale aufgrund dessen nicht erfüllt seien, dass die fehlende Mitteilung des Auslandsaufenthalts objektiv betrachtet keinen Einfluss auf den Eintritt oder Grad seiner Arbeitsunfähigkeit gehabt habe. Damit habe er seine Auskunftspflichten nach Art. 39 VVG nicht verletzt.

Diese Argumentation verwarf das Bundesgericht und stellte klar, dass es nicht von Relevanz ist, ob die Weigerung der Taggeldversicherung, die Genehmigung für den Auslandsaufenthalt zu erteilen, gerechtfertigt war oder nicht.¹⁰¹ Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers sei es unerheblich, dass sich die unrichtigen Angaben des Versicherten nicht auf die Ursachen oder den Grad der Arbeitsunfähigkeit bezogen. Auch die Tatsache, dass der Versicherte vollständig arbeitsunfähig war, ist in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. In Wirklichkeit stütze der Beschwerdeführer seine Argumentation

¹⁰⁰ BGE 147 III 73 E. 3.3 S. 76 f.

¹⁰¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 3.

auf eine strenge Auslegung von Art. 39 VVG, während das kantonale Gericht diese Bestimmung nicht einmal spezifisch geprüft hat. Art. 40 VVG gelte nämlich nicht nur im Falle einer Verletzung von Art. 39 VVG, sondern habe einen breiteren Anwendungsbereich.¹⁰²

Damit kam das Bundesgericht zum Schluss, dass der Anwendungsbereich von Art. 40 VVG nicht auf Verletzungen von Art. 39 VVG beschränkt ist. Folglich ist ein Verstoss gegen Art. 39 VVG – entgegen der Ansicht des Versicherten – nicht vorausgesetzt für eine Verletzung von Art. 40 VVG. Mit seinem Verhalten erfüllte der Versicherte sämtliche Tatbestandsmerkmale von Art. 40 VVG, weswegen der Taggeldversicherer von der Leistung befreit wird.

c) *BGer 4A_14/2021 vom 15. Februar 2021 (Verspätete Meldung bei der Krankentaggeldversicherung)*

Das Bundesgericht beurteilt in diesem Urteil die Leistungspflicht einer kollektiven Krankentaggeldversicherung im Falle einer Taggeldforderung, welche der arbeitsunfähig gewordene Beschwerdeführer insbesondere auf folgende Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) stützte:

Art. 13 Abs. 2 lit. a AVB, Meldung der Unfähigkeit: „Jede volle oder teilweise Unfähigkeit muss dem Versicherer innert 15 Tagen nach ihrem Eintritt gemeldet werden. Nach Ablauf dieser Frist gilt der Tag, an dem der Versicherer Kenntnis der Unfähigkeit erhalten hat, als erster Tag der Unfähigkeit.“¹⁰³

Die Vorinstanz argumentierte, am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit, an dem der Versicherungsfall gemäss AVB eingetreten sei, habe sich der Beschwerdeführer nicht mehr im betreffenden Arbeitsverhältnis befunden, weshalb auch keine Versicherungsdeckung mehr bestanden habe. Das Bundesgericht stützte die grammatikalische Auslegung des „Versicherungsfalls“, welche die Vorinstanz vorgenommen hat. Es pflichtete dem Beschwerdeführer zwar insofern bei, als „dass diese Auslegung zur Situation führen kann, dass eine versicherte Leistung ausgeschlossen wird, selbst wenn das versicherte Ereignis während der vertraglichen Deckungszeit eingetreten ist.“¹⁰⁴ Allerdings sei dies nur der Fall, wenn die versicherte Person die Arbeitsunfähigkeit (unentschuldigbar) nicht rechtzeitig melde. Weil die Regelungen zur unverschuldeten verspäteten Meldung keine Aussagen über die Folgen der nicht entschuldigbaren verspäteten Meldung machen, könne sich der Beschwerdeführer vorliegend auch

¹⁰² Urteil des Bundesgerichts 4A_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.2.

¹⁰³ Urteil des Bundesgerichts 4A_14/2021 vom 15. Februar 2021 E. 3.

¹⁰⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_14/2021 vom 15. Februar 2021 E. 6.2.

nicht auf diese berufen. Da ausserdem keine Verletzung von Art. 45 VVG oder der Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregeln festgestellt werden konnte, wies das Bundesgericht die Beschwerde im Ergebnis ab.

d) *BGer 9C_30/2020 vom 14. Juni 2021 (Optionsrecht im Bereich der Krankenversicherung)*

Eine Person mit Wohnsitz in Deutschland, welche in der Schweiz grenzüberschreitend erwerbstätig war, liess sich vom KVG-Obligatorium befreien¹⁰⁵. Das von dieser Person beanspruchte VVG-Versicherungsprodukt wurde jedoch aufgelöst, woraufhin der Grenzgänger erneut in die schweizerische Krankenpflegeversicherung eintreten wollte. Umstritten war, ob aufgrund der Einstellung des VVG-Versicherungsproduktes eine nochmalige Ausübung des Optionsrechts zulässig ist.

Das Bundesgericht argumentiert im zur Publikation vorgesehenen Entscheid, dass die Verwehrung eines erneuten Optionsrechts das Risiko der Unter- oder Nichtversicherung zur Folge hätte, obschon der betroffenen Person kein Verschulden an der Situation zukommt. Der Wegfall des Versicherungsschutzes ist als erhebliche Veränderung der Verhältnisse anzusehen, welche den Beschwerdeführer praktisch in eine analoge Situation versetzte, wie als er das Optionsrecht erstmals ausübte, indem er erneut eine Versicherungsunterstellung für den Krankheitsfall suchen musste. „Angesichts des Umstands, dass das ordentliche System die Unterstellung am Erwerbort vorsieht und die alternative Versicherung im Wohnsitzstaat bloss eine unter speziellen Bedingungen zulässige Ausnahme darstellt, erscheint es als sachgerecht, im Rahmen dieser neu zu organisierenden Versicherung die (Wieder-) Unterstellung unter das ordentliche System der Schweiz nicht von vorneherein auszuschliessen. Daran ändert nichts, dass diese Unterstellung formell als Widerruf der Option erscheint, handelt es sich doch der Sache nach um die grundsätzliche Neuregelung der Versicherung.“¹⁰⁶ Dies gelte jedoch nur für den Fall, dass der Beschwerdeführer auf den Wegfall seiner Versicherung keinen Einfluss hatte, die erhebliche Veränderung der Verhältnisse also unverschuldet eingetreten ist.

¹⁰⁵ Art. 6 Abs. 2 Verordnung über die Krankenversicherung vom 27. Juni 1995 (KVV, SR 832.102).

¹⁰⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_30/2020 vom 14. Juni 2021 E. 7.5.

Der dem vorliegenden Urteil zugrunde liegende unverschuldete Verlust der Krankenversicherungsdeckung durch Einstellung des VVG-Versicherungsprodukts stellt daher einen besonderen Grund dar, welcher eine erneute Optierung bzw. das Zurückkommen auf den Optionsentscheid zulässt.¹⁰⁷

e) *BGer 4A_72/2021 vom 28. September 2021 (Insuring Clause)*

Dieses Urteil befasst sich mit der Auslegung einer „*Insuring Clause*“, welche im Rahmen eines Versicherungsvertrags zwischen den Parteien betreffend die zivilrechtliche und organschaftliche Haftung vereinbart wurde. Gestützt darauf verlangte die Klägerin von der Beklagten die Deckung von Schadenersatzforderungen aus zwei US-Verfahren.

Die „*Insuring Clause*“ lautet wie folgt: „*Underwriters shall indemnify the Assured for Loss resulting from claims made against the Assured by third parties for Civil Liability provided such claims arise out of the provision by or on behalf of the Assured of financial, business, management and professional services to third parties in the course of the Assured's business as described in Item 10 of the Schedule and are first made during the Policy Period.*“ Als „*Item 10 Assured's Business*“ wird „*Private Equity Investment Management*“ aufgeführt.¹⁰⁸

Das Bundesgericht legte diese Klausel nach dem Vertrauensprinzip aus. Demnach seien Verluste nur gedeckt, „sofern ‚Finanz-, Geschäfts-, Management- oder Berufsdienstleistungen‘ im Bereich des ‚Private Equity Investment Management‘ erbracht wurden und kumulativ genau die Erbringung solcher Dienstleistungen zu den haftpflichtrechtlichen Ansprüchen Dritter gegen die Beschwerdeführerin geführt“ haben.¹⁰⁹ Vorausgesetzt ist also eine Kausalität zwischen der Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen der definierten Geschäftstätigkeit und der daraus resultierenden zivilrechtlichen Haftung. Angesichts der klaren Vertragsauslegung bleibe kein Raum für die Anwendung der Unklarheitenregel oder Art. 33 VVG.

Im Weiteren prüfte das Bundesgericht die Beweislastverteilung, welche von der Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Risikobegrenzung abhängt. Während bei der primären Risikobegrenzung der Versicherungsnehmer zu beweisen hat, dass der eingetretene Schaden in den Versicherungsschutzbereich fällt, hat im Rahmen der sekundären Risikobegrenzung der Versicherer das Vorliegen einer Ausschlussklausel zu beweisen. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass die vorliegende „*Insuring Clause*“ den Versi-

¹⁰⁷ Urteil des Bundesgerichts 9C_30/2020 vom 14. Juni 2021 E. 7.7.

¹⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_72/2021 vom 28. September 2021 E. 6.2.

¹⁰⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_72/2021 vom 28. September 2021 E. 6.3.3.

cherungsfall positiv umschreibt. Daran ändere auch nichts, dass die Umschreibung der versicherten Gefahr bereits zu einer Einschränkung des versicherten Risikos führt. Entsprechend ist die Klägerin ihrer Beweispflicht mit dem bloßen Vorlegen des US-Gerichtsurteils nicht nachgekommen. Vielmehr wäre es an ihr gewesen zu beweisen, dass sie „Finanz-, Geschäfts-, Management- und Berufsdienstleistungen“ im Rahmen der Geschäftstätigkeit („Private Equity Investment Management“) erbracht hat und (kumulativ) genau diese Dienstleistungserbringung zu den haftpflichtrechtlichen Drittansprüchen gegen sie geführt hat.

Kommunikation und Medien

Tobias Baumgartner/Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (TOBIAS BAUMGARTNER)	79
1.	Allgemeine Entwicklungen	79
a)	Digitalziele der EU für 2030	79
b)	Programm „Digitales Europa“ 2021-2027	81
c)	Europäische digitale Identität	82
d)	Digitalisierung der Justiz	82
e)	Index für die digitale Wirtschaft und Gesellschaft 2021	83
f)	Vorschlag eines Rechtsrahmens für künstliche Intelligenz	84
2.	Telekommunikation	85
a)	Vorschlag einer neuen Roaming-Verordnung	85
b)	Neue EU-Telekommunikationsrichtlinie: Vertragsverletzungsverfahren gegen 24 Mitgliedstaaten	86
3.	Internet	87
a)	Zertifizierung für 5G-Netze	87
b)	Aufbau einer Gemeinsamen Cyber-Einheit zur Reaktion auf grosse Sicherheitsvorfälle	87
c)	Cybersicherheit bei drahtlosen Geräten	88
d)	Allianzen für Halbleiter und Cloud-Technik	88
e)	EuGH: Verwendung von Daten aus anlassloser Vorratsdatenspeicherung für strafrechtliche Zwecke nicht zulässig	89
4.	Digitale Inhalte	90
a)	„Open Access“-Plattform für die Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten	90
b)	EuGH: Haftung von Internetplattformen für rechtswidrig hochgeladene Inhalte	91
c)	Bekämpfung terroristischer Inhalte im Internet	92
d)	Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation	93
e)	30-Jahre „Creative Europe“	93
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (ULRIKE I. HEINRICH)	95
1.	Allgemeine Entwicklungen	95
a)	Strategie Digitale Schweiz	95
b)	Künstliche Intelligenz in der Verwaltung	96
c)	Datenschutzgesetz Schweiz	96
d)	Mediennutzung Schweiz	97
e)	Regulierung von Internetplattformen	97

2.	Telekommunikation	98
	a) Revision des Fernmeldegesetzes (FMG)	98
	b) Mobilfunk und 5G: Vollzugshilfe für den Umgang mit 5G-Antennen	98
	c) Mobilfunk und 5G: Umgang mit adaptiven Antennen geklärt	98
3.	Rundfunk	99
	a) Coronavirus: Übergangsmassnahmen zugunsten der Medien	99
	b) Massnahmenpaket zugunsten der Medien	99
4.	Internet	100
	a) Grundversorgung	100
	b) Revision der Verordnung über die Fernmeldedienste	101
	c) Swiss Internet Governance Forum	101
	d) Elektronische Identität (E-ID-Gesetz)	101
	e) Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr	102
	f) Elektronische Stimmabgabe	102

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021

i. Allgemeine Entwicklungen

a) Digitalziele der EU für 2030

Die Europäische Kommission legte am 9. März 2021 ein Strategiepapier mit Zielen für den digitalen Wandel bis zum Jahr 2030 vor, den sog. „Digitalen Kompass 2030“¹. Die Kommission geht davon aus, dass ab dem Jahr 2030 digitale Technologien wie 5G, Internet der Dinge, Edge-Computing, künstliche Intelligenz, Robotik und erweiterte Realität nicht mehr nur bloss Wegbereiter sein werden, sondern das Herzstück neuer Produkte, neuer Fertigungsprozesse und neuer Geschäftsmodelle bilden, beruhend auf einer fairen gemeinsamen Datennutzung in der Datenwirtschaft. Entsprechend legt sie in dem Strategiepapier ihre Vorstellungen der Umsetzung des digitalen Wandels dar und benennt hierbei vier Kernbereiche:

- (1) **Digitale Kompetenzen:** Die Kommission betont die Bedeutung digital befähigter Bürgerinnen und Bürger sowie digital qualifizierter Arbeitskräfte. Bis 2030 sollen nach Vorstellung der Kommission mindestens 80% aller Erwachsenen über grundlegende digitale Kompetenzen verfügen und einen Anspruch auf entsprechende Ausbildung haben. Fortgeschrittene digitale Kompetenzen erfordern mehr als das Beherrschen von Programmiersprachen oder Informatik-Grundwissen. Die digitale Aus- und Weiterbildung sollte den Arbeitskräften helfen, besondere digitale Kompetenzen zu erwerben, damit sie hochwertige Arbeitsplätze finden und attraktive Berufslaufbahnen einschlagen können.
- (2) **Sichere und leistungsfähige Infrastrukturen:** Um den steigenden Bedarf an Netzanbindung mit sehr hoher Kapazität zu decken, schlägt die Kommission bis 2030 das Ziel von Gigabit-Netzanbindung für alle europäischen Haushalte und 5G-Versorgung aller besiedelten Gebiete vor. Zudem soll auf eine Produktion hochmoderner und nachhaltiger Halbleiter in Europa hingearbeitet werden, mit Prozessoren, die wertmässig mindestens 20% der Weltproduktion ausmachen.
- (3) **Digitalisierung der Unternehmen:** Die Kommission will darauf hinarbeiten, dass bis 2030 75% der europäischen Unternehmen Cloud-Computing-Dienste, Big Data und künstliche Intelligenz nutzen. Mit Unterstützung von über 200 digitalen Innovationszentren und Industrieclustern

¹ Digitaler Kompass 2030: der europäische Weg in die digitale Dekade, 9. März 2021, COM (2021) 118 final.

sollten die KMU bis 2030 die Möglichkeit erhalten, im Rahmen einer angemessenen Regulierung einfach und zu fairen Bedingungen auf digitale Technik und Daten zuzugreifen und geeignete Hilfestellung bei der Digitalisierung in Anspruch zu nehmen.

- (4) Digitalisierung öffentlicher Dienste: Ziel in diesem Bereich ist es, dass das demokratische Leben und öffentliche Dienstleistungen online für alle Menschen, einschliesslich Menschen mit Behinderungen, uneingeschränkt zugänglich sind und dass alle von einem hochwertigen digitalen Umfeld profitieren, das leicht zu benutzende, effiziente und personalisierte Dienstleistungen und Instrumente mit hohen Sicherheits- und Datenschutzstandards bietet. Bis 2030 sollte der EU-Rahmen zu einer umfassenden Einführung einer vertrauenswürdigen, von den Nutzern kontrollierten Identität geführt haben, die es jedem Bürger ermöglicht, seine Online-Interaktionen und Online-Präsenz zu kontrollieren. Konkret will die Kommission darauf hinarbeiten, dass alle wesentlichen öffentlichen Dienste online verfügbar sind, dass alle EU-Bürger Zugriff auf elektronische Patientendaten haben und dass zumindest 80% der Bürgerinnen und Bürger eine eID nutzen.

Bezugnehmend auf das Strategiepapier hat die Kommission am 15. September 2021 einen Plan zur Verwirklichung des digitalen Wandels der Gesellschaft und Wirtschaft bis 2030 vorgelegt². Sie schlägt darin insbesondere einen jährlichen Mechanismus für die Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten vor, der Folgendes umfasst:

- ein strukturiertes, transparentes und gemeinsames Überwachungssystem auf der Grundlage des Index für die digitale Wirtschaft und Gesellschaft (DESI) zur Messung der Fortschritte bei der Verwirklichung der einzelnen Ziele für 2030, einschliesslich zentraler Leistungsindikatoren;
- einen jährlichen Bericht über den „Stand der digitalen Dekade“, in dem die Kommission die Fortschritte bewertet und Empfehlungen für Massnahmen ausspricht;
- mehrjährige strategische Fahrpläne für die digitale Dekade für die einzelnen Mitgliedstaaten, in denen sie ihre beschlossenen oder geplanten Strategien und Massnahmen zur Verwirklichung der Ziele für 2030 darlegen;
- einen strukturierten jährlichen Rahmen, in dem Bereiche erörtert und in Angriff genommen werden, in denen keine ausreichenden Fortschritte erzielt werden konnten, durch Empfehlungen und gemeinsame Zusagen der Kommission und der Mitgliedstaaten;

² Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 15. September 2021, IP/21/4630.

- einen Mechanismus zur Unterstützung der Durchführung von Mehrländerprojekten.

b) *Programm „Digitales Europa“ 2021-2027*

Per Verordnung vom 29. April 2021 nahmen das Europäische Parlament und der Rat das Programm „Digitales Europa“ für den Zeitraum 2021 bis 2027 an³. Im Rahmen dieses Programms werden Projekte in fünf wichtigen Bereichen finanziert, und zwar Hochleistungsrechnen, künstliche Intelligenz, Cybersicherheit, fortgeschrittene digitale Kompetenzen und Gewährleistung der breiten Nutzung der digitalen Technik in der gesamten Wirtschaft und Gesellschaft. Das Programm soll die Lücke zwischen der Digitaltechnologie-Forschung und marktfähigen Anwendungen schliessen. Es ergänzt Investitionen aus anderen EU-Programmen wie [Horizont Europa](#), [EU4Health](#), [InvestEU](#) und der [Fazilität „Connecting Europe“](#) sowie die Investitionen im Rahmen der [Aufbau- und Resilienzfazilität](#).

Es ist das erste Finanzierungsprogramm der EU, dessen Schwerpunkt darauf liegt, Unternehmen und Bürgern digitale Technologien zur Verfügung zu stellen. Mit einem geplanten Gesamtbudget von 7,5 Mrd. € über 7 Jahre soll es den wirtschaftlichen Aufschwung beschleunigen und den digitalen Wandel der europäischen Gesellschaft und Wirtschaft mitgestalten. Das Programm wird mithilfe von mehrjährigen Arbeitsprogrammen umgesetzt.

Am 10. November 2021 hat die Kommission drei Arbeitsprogramme für das [Programm „Digitales Europa“](#) angenommen, in denen die Ziele und besonderen Themenbereiche aufgeführt sind, für welche Mittel in Höhe von insgesamt 1,98 Mrd. € bereitgestellt werden⁴. Diese erste Reihe von Arbeitsprogrammen sieht strategische Investitionen vor, die entscheidend für die Verwirklichung der Ziele der Kommission mit Blick auf [Europas digitale Dekade](#) sein sollen. Das Hauptarbeitsprogramm hat ein Budget von 1,38 Mrd. €. In seinem Mittelpunkt stehen Investitionen in den Bereichen künstliche Intelligenz (KI), Cloud und Datenräume, Quantenkommunikationsinfrastruktur, fortgeschrittene digitale Kompetenzen sowie die breite Nutzung digitaler Technik in Wirtschaft und Gesellschaft bis Ende 2022. Neben diesem

³ Verordnung (EU) 2021/694 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2021 zur Aufstellung des Programms „Digitales Europa“ und zur Aufhebung des Beschlusses (EU) 2015/2240, ABl L 166 vom 11. Mai 2021, 1.

⁴ European Digital Innovation Hubs, 10. November 2021, C(2021) 7911 final; Cybersecurity for 2021 – 2022, 10. November 2021, C(2021) 7913 final; Financing of the Digital Europe Programme and the adoption of the multiannual work programme for 2021 – 2022, 10. November 2021, C(2021) 7914.

Hauptarbeitsprogramm hat die Kommission zwei spezifische Arbeitsprogramme veröffentlicht; das erste dient der Finanzierung im Bereich der Cybersicherheit mit einem Budget von 269 Mio. € bis Ende 2022, das zweite dient der Einrichtung und dem Betrieb des Netzes europäischer Zentren für digitale Innovation, wofür bis Ende 2023 Mittel in Höhe von 329 Mio. € bereitstehen.

c) *Europäische digitale Identität*

Die Europäische Kommission schlug am 3. Juni 2021 eine Verordnung über eine europäische digitale Identität (EUID) vor, die allen Bürgern, Einwohnern und Unternehmen in der EU zur Verfügung stehen soll⁵. Bürgerinnen und Bürger sollen mit einem Klick auf ihrem Handy ihre Identität nachweisen, Dokumente in elektronischer Form weitergeben und mit ihrer in ganz Europa anerkannten nationalen digitalen Identifizierung europaweit Online-Dienste nutzen können.

Die vorgeschlagene Verordnung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten den Bürgerinnen und Bürgern ebenso wie Unternehmen „digitale Brieftaschen“ zur Verfügung stellen, in denen sie ihre nationale digitale Identität mit den Nachweisen anderer persönlicher Attribute (z. B. Führerschein, Abschlusszeugnisse, Bankkonto usw.) verknüpfen können. Diese Brieftaschen können von Behörden oder privaten Einrichtungen bereitgestellt werden, sofern sie von einem Mitgliedstaat anerkannt sind. Dank der neuen EUID-Brieftaschen sollen alle Europäerinnen und Europäer online auf Dienste zugreifen können, ohne private Identifizierungsmethoden nutzen oder unnötig personenbezogene Daten weitergeben zu müssen. Sie sollen mit dieser Lösung die volle Kontrolle über die Daten behalten, die sie weitergeben.

Sehr grosse Internet-Plattformen sollen verpflichtet werden, die Verwendung von EUID-Brieftaschen auf Verlangen des Nutzers, beispielsweise zum Nachweis des Alters, zu akzeptieren. Die Verwendung von EUID-Brieftaschen soll indes stets im Ermessen des Nutzers liegen.

d) *Digitalisierung der Justiz*

Die Europäische Kommission leitete am 16. Februar 2021 eine öffentliche Konsultation zu der Frage ein, wie die Justizsysteme in der EU weiter modernisiert werden können⁶. Konkret geht es um die Digitalisierung von grenzüberschrei-

⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 im Hinblick auf die Schaffung eines Rahmens für eine europäische digitale Identität vom 3. Juni 2021, COM (2021) 281 final.

⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 16. Februar 2021, MEX/21/643.

tenden Zivil-, Handels- und Strafverfahren in der EU. Unternehmen sowie Bürgerinnen und Bürger sollen auch von zu Hause aus Zugang zu den Institutionen bekommen. Zudem soll grenzüberschreitende Kriminalität durch eine Aktualisierung des Fallbearbeitungssystems effizienter bekämpft werden. Schliesslich sollen auch der Informationszugang und die IT-Instrumente für den Austausch der Justiz zwischen den Mitgliedstaaten verbessert werden.

e) *Index für die digitale Wirtschaft und Gesellschaft 2021*

Die Europäische Kommission veröffentlichte am 12. November 2021 die Ergebnisse des [Index für die digitale Wirtschaft und Gesellschaft 2021](#) (Digital Economy and Society Index, DESI), mit dem die Fortschritte der EU-Mitgliedstaaten bei der digitalen Wettbewerbsfähigkeit in den Bereichen Humankapital, Breitbandanbindung, Integration digitaler Technik in Unternehmen und digitale öffentliche Dienste verfolgt werden⁷.

Was die digitalen Kompetenzen angeht, verfügen ausweislich des DESI 56% der Menschen in der EU über mindestens grundlegende digitale Kompetenzen. Die Daten zeigen einen leichten Anstieg bei der Zahl der angestellten IKT-Fachkräfte: Im Jahr 2020 hatte die EU 8,4 Mio. IKT-Fachkräfte, gegenüber 7,8 Mio. im Vorjahr.

Die Daten zur Konnektivität zeigen eine Verbesserung bei den „Netzen mit sehr hoher Kapazität“ (VHCN). Diese schnellen Netze sind jetzt für 59% der Haushalte in der EU verfügbar, gegenüber 50% im Jahr davor; dies ist indes noch weit von einer flächendeckenden Versorgung mit Gigabit-Netzen (dem Ziel der digitalen Dekade für 2030) entfernt.

Im Hinblick auf die Integration digitaler Technik hat die Nutzung von Cloud-Technik stark zugenommen, und zwar von 16% der Unternehmen im Jahr 2018 auf 26% im Jahr 2020. Grosse Unternehmen sind weiterhin bei der Nutzung digitaler Technik führend. Sie nutzen beispielsweise den elektronischen Informationsaustausch über Unternehmensressourcenplanung (ERP) und Cloud-Software wesentlich häufiger als KMU, und zwar 80% gegenüber 35% bei ERP, 48% gegenüber 25% bei Cloud. Dennoch verwendet nur ein Bruchteil der Unternehmen fortgeschrittene digitale Technologien, nämlich 14% Big Data, 25% KI und 26% Cloud.

Eine grosse Verbesserung der elektronischen Behördendienste schlägt sich noch nicht in den Daten über digitale öffentliche Dienste nieder. Im ersten Jahr der Pandemie haben mehrere Mitgliedstaaten digitale Plattformen auf-

⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. November 2021, IP/21/5481.

oder ausgebaut, um mehr Dienstleistungen online anzubieten. 37% der Investitionen im digitalen Bereich im Rahmen der vom Rat beschlossenen Aufbau- und Resilienzpläne (etwa 43 Mrd. EUR von insgesamt 117 Mrd. EUR) sind für digitale öffentliche Dienste bestimmt, sodass hier in den kommenden Jahren erhebliche Verbesserungen erwartet werden.

Obwohl alle EU-Mitgliedstaaten im digitalen Bereich Fortschritte erzielt haben, bleibt das Gesamtbild in den Mitgliedstaaten uneinheitlich. Trotz einer gewissen Annäherung besteht nach wie vor eine grosse Kluft zwischen den Vorreitern der EU und den Ländern mit den niedrigsten Werten im DESI.

f) Vorschlag eines Rechtsrahmens für künstliche Intelligenz

Den weltweit ersten Rechtsrahmen für den Einsatz künstlicher Intelligenz (KI) hat die Europäische Kommission am 21. April 2021 vorgelegt⁸. Der betreffende Verordnungsvorschlag der Kommission verfolgt das Ziel, dass die auf dem Unionsmarkt in Verkehr gebrachten und verwendeten KI-Systeme sicher sind und die bestehenden Grundrechte und die Werte der Union wahren.

Zur Gewährleistung dieser Ziele benennt die vorgeschlagene Verordnung zunächst eine Liste verbotener Praktiken im Bereich der KI. Dazu zählen etwa das Inverkehrbringen von KI-Systemen, welche Techniken zur unterschweligen und schädlichen Beeinflussung des Bewusstseins von Personen einsetzen. Auch umfasst die Verbotsliste die Verwendung von KI-Systemen durch Behörden zur Bewertung der Vertrauenswürdigkeit natürlicher Personen auf der Grundlage ihres sozialen Verhaltens. Schliesslich wird auch die Verwendung biometrischer Echtzeitfernidentifizierungssysteme in öffentlich zugänglichen Räumen zu Strafverfolgungszwecken untersagt.

Soweit nicht eines der Verbote einschlägig ist, soll der Einsatz von KI-Systemen von ihrem jeweiligen Risiko abhängen. Ein hohes Risiko nimmt die vorgeschlagene Verordnung bei KI-Systemen an, die z.B. für kritische Infrastrukturen (wie etwa Verkehr), Schul- und Berufsausbildung (Bewertung von Prüfungen), Strafverfolgung, Rechtspflege und Grenzkontrollen eingesetzt werden. In diesen Fällen gelten strengere Voraussetzungen für den Einsatz von KI-Systemen. Ist nur von einem geringen Risiko auszugehen, bestehen nur Mindestanforderungen in Bezug auf Transparenz; dies betrifft beispielsweise Chatbots, Systeme zur Erkennung von Emotionen oder „Deepfakes“.

⁸ Vorschlag des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz vom 21. April 2021, COM (2021) 206 final.

Die Anwendung der neuen Vorschriften soll gemäss dem Kommissionsvorschlag von den zuständigen nationalen Marktüberwachungsbehörden beaufsichtigt werden soll. Ferner soll ein Europäischer Ausschuss für künstliche Intelligenz eingerichtet werden, der die Umsetzung begleiten und die Ausarbeitung von Normen auf dem Gebiet der KI vorantreiben soll. Darüber hinaus werden freiwillige Verhaltenskodizes für KI-Anwendungen angenommen, die kein hohes Risiko darstellen.

Neben dem Verordnungsvorschlag hat die Kommission einen aktualisierten „koordinierten Plan“ zur Förderung von KI vorgelegt⁹. Bereits im Jahr 2018 hatten sich die Europäische Kommission und die Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit verpflichtet und hierfür als einen ersten Schritt den koordinierten Plan für KI angenommen. Mit dem koordinierten Plan wurde die Grundlage für eine politische Koordinierung im Bereich der KI gelegt, und die Mitgliedstaaten wurden angehalten, nationale Strategien zu entwickeln. Seit seiner Annahme Ende 2018 hat sich der technologische, wirtschaftliche und politische Kontext im Bereich der KI jedoch erheblich weiterentwickelt, weshalb die Kommission zur Aufrechterhaltung der Flexibilität und Zweckmäßigkeit nun hiermit die Überarbeitung 2021 des koordinierten Plans 30 vorlegt.

Die Überarbeitung des koordinierten Plans im Jahr 2021 wurde genutzt, um die globale Rolle der EU im Bereich der KI zu stärken: Vier Pakete von Vorschlägen geben Anregungen zu der Frage, wie die Europäische Kommission zusammen mit den Mitgliedstaaten und privaten Akteuren schneller vorankommen, aktiv werden und eine grössere Abstimmung erreichen kann, damit die Chancen der KI-Technologien genutzt und der europäische KI-Ansatz gefördert werden können. Diese vier Pakete werden nachstehend beschrieben.

2. Telekommunikation

a) *Vorschlag einer neuen Roaming-Verordnung*

Damit die Bürgerinnen und Bürger auf Reisen in der EU ihre Mobiltelefone auch weiterhin ohne Aufschläge nutzen können, schlug die Kommission am 24. Februar 2021 eine Neufassung der [Roaming-Verordnung](#) (EU) Nr. 531/2012, welche am 30. Juni 2022 ausläuft, vor¹⁰. Wie die Kommission in ihrer Begründung ausführt, war in den letzten 14 Jahren ein regulatorisches Eingreifen der

⁹ Mitteilung der Europäischen Kommission, Förderung eines europäischen Konzepts für künstliche Intelligenz, 21. April 2021, COM (2021) 205 final.

¹⁰ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen vom 24. Februar 2021, COM (2021) 85 final.

EU in die Roamingmärkte auf der Vorleistungs- und Endkundenebene nötig gewesen, um die Bedingungen für das Funktionieren des Binnenmarkts für Roamingdienste innerhalb der Union zu verbessern. Die Regulierung auf der Endkundenebene allein reiche nicht aus, um das Roaming zu Inlandspreisen umzusetzen.

Am 29. November 2019 veröffentlichte die Kommission ihre erste vollständige Überprüfung des Roamingmarktes, aus der hervorgeht, dass Reisende in der gesamten Union erheblich von der Abschaffung der Roamingaufschläge im Juni 2017 profitiert haben. Die Nutzung von Mobilfunkdiensten (Daten, Sprache, SMS) auf Reisen in der EU habe rasch und massiv zugenommen. Obwohl der Überprüfungsbericht bestätigte, dass die Vorschriften für das „Roaming zu Inlandspreisen“ ein Erfolg sind und dass der Roamingmarkt im Rahmen dieser Vorschriften insgesamt gut funktioniert, führe er, so die Kommission, zu dem Schluss, dass sich trotz der Anzeichen einer gewissen Wettbewerbsdynamik auf dem Roamingmarkt sowohl auf der Endkunden- als auch auf der Vorleistungsebene die grundlegenden Wettbewerbsbedingungen nicht geändert haben und sich in absehbarer Zeit vermutlich auch nicht hinreichend ändern werden. Deshalb will die Kommission die derzeitige Regulierung auf der Endkunden- und der Vorleistungsebene beibehalten.

Mit der vorgeschlagenen Neufassung der Verordnung soll dafür gesorgt werden, dass die Betreiber das Roaming zu Inlandspreisen anbieten und dabei in tragfähiger Weise ihre Kosten auf der Vorleistungsebene decken können. Der Vorschlag sieht vor, EU-weit maximale Roamingvorleistungsentgelte für abgehende Anrufe, SMS-Nachrichten und Datenverkehr auf einem niedrigeren Niveau festzusetzen, als es bis zum 30. Juni 2022 gilt. Um die beiden genannten Ziele der Gewährleistung der Tragfähigkeit und der Kostendeckung miteinander in Einklang zu bringen, sieht der Vorschlag einen zweistufigen Pfad für die maximalen Vorleistungsentgelte für Daten-, Sprach- und SMS-Dienste vor. Der Vorschlag enthält zudem neue Massnahmen in Bezug auf die Transparenz, die Dienstqualität und den Zugang zu Notrufen.

b) *Neue EU-Telekommunikationsrichtlinie: Vertragsverletzungsverfahren gegen 24 Mitgliedstaaten*

Die Kommission leitete am 4. Februar 2021 Vertragsverletzungsverfahren gegen 24 Mitgliedstaaten ein, weil sie die neuen EU-Telekommunikationsvorschriften nicht umgesetzt haben¹¹. Der [europäische Kodex für die elektronische Kommunikation](#), der im Dezember 2018 in Kraft getreten war, sieht ver-

¹¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 4. Februar 2021, IP/21/206.

schiedene Modernisierungen des bislang geltenden Rechtsrahmens vor. Ziel ist es, die Wahlmöglichkeiten und Verbraucherrechte zu stärken, höhere Standards für Kommunikationsdienste zu gewährleisten sowie Investitionen für mehr Konnektivität und digitale Innovation zu fördern. Die Mitgliedstaaten hatten zwei Jahre Zeit, um die Vorschriften umzusetzen. Um sie bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht zu unterstützen, hatte die Kommission den Umsetzungsprozess begleitet und ihnen umfassende Orientierungshilfen und Hilfestellungen angeboten. Darüber hinaus hatte das Gremium europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (GEREK) im Hinblick auf eine erfolgreiche Anwendung der neuen Vorschriften Leitlinien ausgearbeitet und veröffentlicht.

3. Internet

a) *Zertifizierung für 5G-Netze*

Die Europäische Kommission beauftragte am 3. Februar 2021 die Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit (ENISA) damit, ein EU-Zertifizierungssystem für die Cybersicherheit von 5G-Netzen auszuarbeiten¹². Dieses System soll dazu beitragen, Risiken im Zusammenhang mit technischen Schwachstellen der Netze zu beseitigen und ihre Cybersicherheit weiter zu verbessern. Die Zertifizierung spielt eine Rolle bei der Erhöhung des Vertrauens und der Sicherheit in digitale Produkte und Dienste; derzeit gibt es jedoch verschiedene Sicherheitszertifizierungssysteme für IT-Produkte, einschliesslich 5G-Netze, in Europa. Ein einziges gemeinsames Zertifizierungssystem soll es den Unternehmen erleichtern, grenzüberschreitend zu handeln, und den Kunden, die Sicherheitsmerkmale eines bestimmten Produkts oder Dienstes zu verstehen.

b) *Aufbau einer Gemeinsamen Cyber-Einheit zur Reaktion auf grosse Sicherheitsvorfälle*

Auf die steigende Zahl schwerer Cybersicherheitsvorfälle reagierte die Kommission am 23. Juni 2021 mit einer Empfehlung zum Aufbau einer neuen „Gemeinsamen Cyber-Einheit“¹³. Die vorgeschlagene Cyber-Einheit soll die in der EU und ihren Mitgliedstaaten verfügbaren Ressourcen und Fachkenntnisse zusammenbringen. Cybersicherheitsgemeinschaften, einschliesslich zi-

¹² Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3. Februar 2021, MEX/21/403.

¹³ Annex to the Commission Recommendation on building a Joint Cyber Unit, 23. Juni 2021, C(2021) 4520 final.

viler, Strafverfolgungs-, Diplomatie- und Cyberabwehrgemeinschaften, sowie Partner aus dem Privatsektor gehen bislang oft nicht gemeinsam vor. Mit der Gemeinsamen Cyber-Einheit sollen sie über eine virtuelle und physische Plattform für die Zusammenarbeit verfügen.

Die Kommission schlägt vor, die „Gemeinsame Cyber-Einheit“ schrittweise und transparent in vier Stufen aufzubauen, in gemeinsamer Verantwortung mit den Mitgliedstaaten und den verschiedenen Akteuren in diesem Bereich. So soll dafür gesorgt werden, dass die Cyber-Einheit bis zum 30. Juni 2022 ihre Arbeit aufnehmen kann und dann innerhalb eines Jahres, d.h. bis zum 30. Juni 2023 voll funktionsfähig ist. Die Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit (ENISA) wird das Sekretariat für die Vorbereitungsphase übernehmen. Die „Gemeinsame Cyber-Einheit“ wird eng mit der Brüsseler Aussenstelle der ENISA und dem Büro des IT-Notfallteams der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU zusammenarbeiten.

c) Cybersicherheit bei drahtlosen Geräten

Die Kommission erliess am 29. Oktober 2021 eine delegierte Verordnung, um die Cybersicherheit bei drahtlosen Geräten, die auf dem europäischen Markt erhältlich sind, zu verbessern. Da Mobiltelefone, Smartwatches, Fitness-Tracker und drahtloses Spielzeug im Alltag immer stärker präsent sind, geht von Cyberbedrohungen ein erhöhtes Risiko für die Verbraucherinnen und Verbraucher aus. Mit der delegierten Verordnung zur [Funkanlagenrichtlinie](#) 2014/53/EU¹⁴ soll gewährleistet werden, dass alle drahtlosen Geräte sicher sind, bevor sie in der EU auf den Markt kommen¹⁵.

Die Verordnung legt neue rechtliche Anforderungen für Sicherheitsvorkehrungen im Bereich der Cybersicherheit fest, die bei der Konzeption und Herstellung der betreffenden Produkte berücksichtigt werden müssen. Mit der Verordnung sollen zudem die Privatsphäre und die personenbezogenen Daten der Bürgerinnen und Bürger geschützt und Betrugsdelikte verhindert werden. Auch sollen Kommunikationsnetze resilienter werden.

d) Allianzen für Halbleiter und Cloud-Technik

Die Europäische Kommission startete am 19. Juli 2021 zwei neue Industrialianzen; es handelt sich um die Allianz für Prozessoren und Halbleitertechnik

¹⁴ ABl L 153 vom 22. Mai 2014, 62.

¹⁵ Delegierte Verordnung der Kommission zur Ergänzung der Richtlinie 2014/53/EU, 29. Oktober 2021, C(2021) 7672 final.

und die Europäische Allianz für Industriedaten, Edge und Cloud¹⁶. Die beiden neuen Allianzen sollen die nächste Generation von Mikrochips und von industrieller Cloud- und Edge-Computing-Technik voranbringen und der EU die Fähigkeiten verschaffen, die sie benötigt, um ihre kritischen digitalen Infrastrukturen, Produkte und Dienste auszubauen. Die Allianzen werden Unternehmen, Vertreter der Mitgliedstaaten, Hochschulen, Anwender sowie Forschungs- und Technologieeinrichtungen zusammenbringen.

Die Allianzen sind an folgende Grundsätze und Normen gebunden:

- höchste Standards in Bezug auf Interoperabilität, Übertragbarkeit/Umkehrbarkeit, Offenheit und Transparenz;
- höchste Standards in Bezug auf Datenschutz, Cybersicherheit und Datensouveränität;
- bestmögliche Energieeffizienz und Nachhaltigkeit;
- Einhaltung der bewährten europäischen Cloud-Praxis, u. a. durch Anwendung einschlägiger Normen, Verhaltenskodizes und Zertifizierungssysteme.

e) *EuGH: Verwendung von Daten aus anlassloser Vorratsdatenspeicherung für strafrechtliche Zwecke nicht zulässig*

Mit Urteil vom 2. März 2021 entschied der EuGH, dass ein zu strafrechtlichen Zwecken dienender Zugang zu einem Verkehrs- oder Standortdatensatz elektronischer Kommunikation, der es ermöglicht, genaue Schlüsse auf das Privatleben zu ziehen, nur zur Bekämpfung schwerer Kriminalität oder zur Verhütung ernster Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit gewährt werden darf¹⁷. Darüber hinaus stehe das Unionsrecht einer nationalen Regelung entgegen, wonach die Staatsanwaltschaft befugt ist, einer Behörde für strafrechtliche Ermittlungen Zugang zu diesen Daten zu gewähren. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Ein Kleinkrimineller wurde in Estland wegen Diebstahls, Verwendung einer fremden Bankkarte und leichter Gewalttaten zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Die Beweise beruhten auf dem Zugriff der Ermittler auf verschiedene Standort- und Verbindungsdaten des Täters. Der mit der Überprüfung des Urteils befasste Staatsgerichtshof (Oberste Gerichtshof Estlands) ersuchte den EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens um die Beurteilung

¹⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 19. Juli 2021, IP/21/3733.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 2. März 2021 in der Rechtssache C-746/18, ECLI:EU:C:2021:152.

der Frage, inwieweit Zugriffe auf persönliche Verkehrsdaten bei Strafermittlungen im Lichte des Art. 15 Abs. 1 der Datenschutz-Richtlinie 2002/58/EG zulässig sind.

Unter Hinweis auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und die in der Charta garantierten Grundrechte, hält der EuGH an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach eine präventive und anlasslose unbegrenzte Vorratsdatenspeicherung nur in Fällen von schwerer Kriminalität zulässig ist, so etwa im Fall der Terrorismusbekämpfung. Diese erlaubt es Strafverfolgungsbehörden, auf Verbindungsdaten der Internet- und Telefonkommunikation zuzugreifen, die private Anbieter zu diesem Zweck auf Vorrat bereithalten müssen.

Im Hinblick auf die Frage, welche Vorkehrungen in den Mitgliedstaaten zu treffen seien, damit Strafverfolgungsbehörden bei privaten Telekommunikationsanbietern Daten abrufen können, betonte der EuGH, dass die Freigabe der Daten durch Gerichte oder eine unabhängige Stelle zu erfolgen haben. Über den konkreten Fall musste nachfolgend der Staatsgerichtshof in Estland entscheiden.

4. Digitale Inhalte

a) *„Open Access“-Plattform für die Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten*

Die Europäische Kommission rief am 24. März 2021 die „Open-Access“-Plattform „Open Research Europe“¹⁸ ins Leben, eine Plattform für die Veröffentlichung wissenschaftlicher Arbeiten, welche in digitaler Form der Allgemeinheit zugänglich sein soll¹⁹. Auf der Plattform sollen alle Forschungsergebnisse publiziert werden, die im Rahmen von Horizont Europa, dem EU-Forschungs- und Innovationsprogramm 2021-2027, und dessen Vorgängerprogramm Horizont 2020, finanziert werden bzw. wurden. Dies gelte für alle Fachbereiche von Naturwissenschaften, Technik, Ingenieurwesen und Mathematik sowie Sozial-, Kultur- und Geisteswissenschaften. Einerseits soll „Open Research Europe“ zu offenen, schnellen und kosteneffizienten wissenschaftlichen Veröffentlichungen beitragen. Andererseits soll es darüber hinaus den Begünstigten von Horizont 2020 und Horizont Europa erleichtern, die einschlägigen „Open-Access“-Finanzierungsbedingungen einzuhalten.

¹⁸ Website abrufbar unter <<https://open-research-europe.ec.europa.eu>>.

¹⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24. März 2021, IP/21/1262.

b) *EuGH: Haftung von Internetplattformen für rechtswidrig hochgeladene Inhalte*

Mit [Urteil vom 22. Juni 2021](#) äusserte sich der EuGH zur urheberrechtlichen Verantwortung von Webseiten-Betreibern für rechtswidrig hochgeladene Inhalte ihrer Nutzer. Das Gericht stellte fest, dass es nicht grundsätzlich als urheberrechtswidrig „Wiedergabe“ von Inhalten durch den Webseiten-Betreiber darstellt, wenn seine Nutzer diese Inhalte urheberrechtswidrig auf die Webseite hochladen²⁰. Eine Haftung des Betreibers könne im Einzelfall in Frage kommen, wenn das Angebot des Betreibers über die blossere Bereitstellung einer Plattform hinausgeht.

Dem Urteil lag ein Vorabentscheidungsverfahren zugrunde, in welchem der deutsche Bundesgerichtshof den EuGH um Klärung der Frage ersuchte, unter welchen Umständen die Betreiber von Internetplattformen für Inhalte haften, die urheberrechtswidrig auf ihre Plattformen auf diese Plattformen hochgeladen werden.

In der seiner Würdigung führte der EuGH aus, dass Betreiber von Sharing- und Hosting-Plattformen selbst eine urheberrechtswidrige „öffentliche Wiedergabe“ der von Usern hochgeladenen Inhalte vornehmen, wenn sie von der rechtsverletzenden Zugänglichmachung eines geschützten Inhalts auf ihrer Plattform konkrete Kenntnis haben und die Inhalte nicht unverzüglich löschen oder den Zugang sperren. Dem Betreiber sei die Wiedergabe auch dann zuzuordnen, wenn er trotz Kenntnis über urheberrechtswidrige Angebote keine geeigneten technischen Massnahmen ergreift, die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können, um Urheberrechtsverletzungen wirksam zu bekämpfen. Schliesslich haften ein Betreiber auch dann, wenn er an der Auswahl geschützter Inhalte beteiligt ist, auf seiner Plattform Hilfsmittel anbietet, die speziell zum unerlaubten Teilen solcher Inhalte bestimmt sind, oder ein solches Teilen wesentlich fördern.

Entscheidungsrelevant waren im Zeitpunkt des Urteils die Richtlinie über das Urheberrecht (EG) 2001/29²¹ und die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (EG) 2000/31²², und nicht die später in Kraft getretene Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (EU) 2019/790²³.

²⁰ EuGH, Urteil in der verbundenen Rechtssache C-682/18 und C-668/18 vom 22. Juni 2021.

²¹ ABl L 167 vom 22. Juni 2001, 10.

²² ABl L 178 vom 17. Juli 2000, 1.

²³ ABl L 130 vom 17. Mai 2019, 92.

c) *Bekämpfung terroristischer Inhalte im Internet*

Ab Juni 2022 müssen terroristische Inhalte innerhalb von einer Stunde nach Erlass einer Entfernungsanordnung der nationalen Behörden von Online-Plattformen entfernt werden. Grundlage hierfür ist die neue Verordnung (EU) 2021/784²⁴ zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte vom 29. April 2021. Entfernungsanordnungen können von jedem Mitgliedstaat an jede in der EU niedergelassene Online-Plattform gerichtet werden. Zudem sieht die Verordnung Verpflichtungen für Diensteanbieter vor, proaktiv gegen den Missbrauch ihrer Dienste für die Verbreitung terroristischer Online-Inhalte vorzugehen. Im Einzelnen sieht die Verordnung folgende Neuerungen und Pflichten vor:

- Ein-Stunden-Regel: Der grösste Schaden durch terroristische Inhalte entsteht in den ersten Stunden nach ihrem Erscheinen. Die neuen Vorschriften verpflichten Online-Plattformen, die Verbreitung solcher Inhalte so früh wie möglich zu stoppen.
- Grenzüberschreitend geltende Entfernungsanordnungen in der EU: Entfernungsanordnungen können von jedem Mitgliedstaat an jede in der EU niedergelassene Online-Plattform gerichtet werden.
- Definition terroristischer Inhalte im Einklang mit der geltenden Anti-Terror-Richtlinie. Ausgenommen sind Inhalte, die zu Bildungszwecken, zu journalistischen oder künstlerischen Zwecken oder zu Forschungszwecken verbreitet werden. Diese Ausnahme gilt auch, wenn Inhalte zur Sensibilisierung gegen terroristische Aktivitäten verbreitet werden.
- Beschwerdemechanismen, damit irrtümlich entfernte Inhalte möglichst schnell wiederhergestellt werden können.
- Verstärkte Zusammenarbeit zwischen den nationalen Behörden und Europol, damit Entfernungsanordnungen besser nachverfolgt werden können.
- Verpflichtungen für Diensteanbieter, proaktiv gegen den Missbrauch ihrer Dienste für die Verbreitung terroristischer Online-Inhalte vorzugehen.
- Transparenz und Rechenschaftspflicht durch jährliche Transparenzberichte.
- Möglichkeiten für die Mitgliedstaaten, Verstösse zu ahnden und das Strafmass festzulegen, wobei Art und Grösse der Plattform berücksichtigt werden sollen, damit die Strafen verhältnismässig sind und kleine, mittlere und Kleinstunternehmen nicht übermässig belastet oder abgestraft werden.

²⁴ ABl L 172 vom 17. Mai 2021, 9.

d) *Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation*

Das Thema Desinformation via Internet steht nach wie vor oben auf der Tagesordnung der Europäischen Kommission. Auf ihre Initiative haben sich acht weitere Unternehmen dem [Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation](#)²⁵ angeschlossen²⁶ und sich damit zur Einhaltung bestimmter Standards selbst verpflichtet. Der Kodex ist der weltweit erste Rahmen, mit dem sich Vertreter der Internet-Branche, insbesondere Online-Plattform zur Anerkennung bestimmter ethischer Mindeststandards verpflichten, d.h. Kontrollpflichten im Hinblick auf die Inhalte ihrer Nutzer anerkennen um umsetzen.

Die Überarbeitung des Kodex stützt sich auf die im Mai herausgegebenen [Leitlinien der Kommission](#)²⁷, in denen dargelegt wird, wie der derzeitige Kodex gestärkt werden sollte, um entschlossen auf Desinformation zu reagieren. Zu den neuen künftigen Unterzeichnern zählen Online-Videoplattformen wie Vimeo, neuartige soziale Netzwerke wie Clubhouse und Anbieter von Werbetechnologie wie DoubleVerify sowie Organisationen, die besonderes Fachwissen und technische Lösungen zur Bekämpfung von Desinformation bereitstellen, wie Avaaz, Globsec, Logically, NewsGuard und WhoTargetsMe.

e) *30-Jahre „Creative Europe“*

Der Aktionsbereich MEDIA des EU-Programms „Creative Europe“, mit Massnahmen zur Unterstützung europäischer Filme und audiovisuelle Medien, feierte 2021 sein 30-jähriges Bestehen²⁸. Aus diesem Anlass startete die Europäische Kommission eine [Kampagne](#) zur Feier dieses 30. Jahrestags des Förderprogramms und brachte gleichzeitig das neue MEDIA-Programm [„Creative Europe“](#), für den Zeitraum 2021 bis 2027 auf den Weg .

Seit 1991 wurden im Rahmen des Aktionsbereichs MEDIA des Programms „Creative Europe“ mehr als 2,6 Mrd. EUR in die Film- und audiovisuelle Industrie investiert, um die Entwicklung, die Bekanntmachung und den Vertrieb europäischer Werke in Europa und darüber hinaus zu unterstützen. Mit dieser langjährigen Unterstützung wurde die Wettbewerbsfähigkeit des Sektors gestärkt und ein Beitrag zur kulturellen Vielfalt Europas geleistet.

²⁵ Abrufbar unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/code-practice-disinformation>.

²⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1. Oktober 2021, IP/21/4945.

²⁷ COM (2021) 262 final vom 26. Mai 2021.

²⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 15. Januar 2021, IP/21/104.

Für den Zeitraum 2021-2027 werden für das gesamte Programm Mittel in Höhe von 2,4 Mrd. EUR veranschlagt. Dies entspricht einer Erhöhung um 80% gegenüber dem vorherigen Zeitraum (2014-2020).

II. Rechtentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

Auch wenn die Corona-Pandemie in der Berichtsperiode weiterhin omnipräsent war, kann die Schweiz im Bereich Kommunikation und Medien wieder einige interessante Entwicklungen vorweisen.

Das neue Fernmeldegesetz ist in Kraft getreten und für das Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes hat der Bundesrat die Vernehmlassung zur Anpassung der entsprechenden Ausführungsbestimmungen eröffnet. Der Bundesrat hat zudem den Umgang mit den neuen adaptiven 5G-Antennen geklärt, hat das Vernehmlassungsverfahren für die Neuausrichtung des Versuchsbetriebs der elektronischen Stimmabgabe eröffnet und hat das UVEK beauftragt, ihm bis Ende 2022 in einem Aussprachepapier aufzuzeigen, ob und wie Kommunikationsplattformen reguliert werden könnten. Um die rückläufigen Werbeeinnahmen aufgrund der ausserordentlichen Lage in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie aufzufangen, wurden die Übergangsmassnahmen zugunsten der Printmedien im Zusammenhang mit dem Coronavirus bis Ende 2021 verlängert.

I. Allgemeine Entwicklungen

a) *Strategie Digitale Schweiz*

Die für die Bundesverwaltung verbindliche Strategie „Digitale Schweiz“ gibt die Leitlinien für das staatliche Handeln in der Digitalisierung vor und dient darüber hinaus als Orientierungsrahmen für Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft. Die Strategie wird in einem Rhythmus von maximal zwei Jahren aktualisiert, letztmalig am 11. September 2020.²⁹

An seiner Sitzung vom 11. Juni 2021 hat der Bundesrat aktuelle thematische Schwerpunkte im Bereich der Digitalisierung festgelegt.³⁰ Der Bundesrat plant, sich an Beiratstreffen mit Vertretern aus Wirtschaft, Forschung und Politik zu den Themen „E-ID“, „Digitalisierung und Föderalismus“ sowie „Digitalisierung im Gesundheitsbereich“ auszutauschen.

²⁹ Zur Strategie zur digitalen Zukunft Europas und zur Strategie der EU zur Nutzung digitaler Daten vgl. Baumgartner Tobias/Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 67 ff.

³⁰ Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. Juni 2021, Bundesrat legt aktuelle thematische Schwerpunkte im Bereich der Digitalisierung fest.

b) *Künstliche Intelligenz in der Verwaltung*

Im Berichtsjahr hat der Kanton Zürich eine Studie³¹ dazu durchführen lassen, was es bei der Nutzung von Künstlicher Intelligenz (KI) im öffentlichen Sektor zu beachten gilt. Die Studie nennt die rechtlichen Herausforderungen für den Einsatz von KI-Systemen (Sicherstellung rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien, Verhinderung von Diskriminierung, Gewährleistung von Datenschutz, Herstellung von Transparenz) und liefert ergänzend Vorschläge, wie diese Herausforderungen aus rechtlicher Sicht angegangen werden können. Ziel der Studie ist es, die Chancen des Einsatzes von KI durch Behörden im Kanton Zürich zu nutzen und zugleich den damit verbundenen Risiken effektiv zu begegnen.

c) *Datenschutzgesetz Schweiz*

Am 25. September 2020 hat das Schweizer Parlament das totalrevidierte Datenschutzgesetz (DSG) angenommen.³² Um den Datenschutz zu stärken, wurden beispielsweise die Transparenz der Bearbeitung und die Kontrollmöglichkeiten der betroffenen Personen über ihre Daten verbessert. Die für die Bearbeitung verantwortlichen Personen müssen neu bereits bei der Planung neuer Datenbearbeitungen die Einhaltung der Datenschutzvorschriften berücksichtigen.

Die Referendumsfrist ist im Januar 2021 ungenutzt abgelaufen.³³ Für das Inkrafttreten des revidierten DSG müssen noch die entsprechenden Ausführungsbestimmungen in der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz angepasst werden. Die hierzu vom Bundesrat an seiner Sitzung vom 23. Juni 2021 eröffnete Vernehmlassung³⁴ endete am 14. Oktober 2021.

³¹ Medienmitteilung der Staatskanzlei Kanton Zürich vom 21. April 2021, Einsatz künstlicher Intelligenz in der Verwaltung: rechtliche und ethische Fragen.

³² Datenschutzgesetz. Totalrevision und Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Geschäft des Bundesrates 17.059.

³³ Die Referendumsfrist lief bis zum 14. Januar 2021.

³⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 23. Juni 2021, Revision der Datenschutzverordnung: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung.

d) *Mediennutzung Schweiz*

Die anhaltende Corona-Pandemie hat die Digitalisierung in der Schweiz in vielen Bereichen weiter vorangetrieben.³⁵ In Sachen Mediennutzung kann YouTube im Berichtsjahr 4.6 Millionen Zuschauer verzeichnen, gefolgt von Netflix mit 2.8 Millionen Zuschauern. Dennoch bleibt der Fernseher auch 2021 das beliebteste elektronische Gerät der Schweizer – zwei Drittel der Gesamtbevölkerung nutzten ihn im Berichtsjahr täglich.³⁶

e) *Regulierung von Internetplattformen*

Kommunikationsplattformen wie Suchmaschinen (z.B. Google), soziale Netzwerke (z.B. Facebook) oder Multimedia-Plattformen (z.B. YouTube) werden auch in der Schweiz regelmässig genutzt und gewinnen für die Meinungsbildung der Bevölkerung zunehmend an Bedeutung. Im Unterschied zu den traditionellen Medien gelten für diese Plattformen keine journalistischen Standards wie bspw. die Verpflichtung zur Wahrhaftigkeit der Inhalte.³⁷ Zudem bestehen in der Schweiz bislang keine Pläne, für die Betreiber der Plattformen (Intermediäre) spezifische gesetzliche Regelungen zu Hassrede, Falschinformationen, Intransparenz und Nutzerrechten zu erlassen.

Um die (Schweizer) Bevölkerung vor Hassrede und Desinformation im Internet zu schützen und die Nutzerrechte zu stärken, hat der Bundesrat das UVEK beauftragt, ihm bis Ende 2022 in einem Aussprachepapier aufzuzeigen, ob und wie Kommunikationsplattformen reguliert werden könnten.³⁸ Hierbei stützt sich der Bundesrat auf einen Bericht des BAKOM zu den Chancen und Risiken von Tech-Information-Intermediären.³⁹

³⁵ Ausführlich hierzu vgl. IGEM-Digimonitor 2021, Zusammenfassung, abrufbar unter <<https://www.igem.ch/download/Zusammenfassung-IGEM-Digimonitor-2021.pdf?d=1638720250790>>.

³⁶ Vgl. IGEM-Digimonitor 2021, Zusammenfassung, Fn. 35.

³⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. November 2021, Bundesrat will breite Diskussion zur Regulierung von Kommunikationsplattformen.

³⁸ Bundesrat, Medienmitteilung vom 17. November 2021, Bundesrat will breite Diskussion zur Regulierung von Kommunikationsplattformen.

³⁹ Oehmer Franziska/Udris Linards/Eisenegger Mark, Zur Wirkung von Tech-Information-Intermediären auf die (Schweizer) Öffentlichkeit – Chancen und Risiken. Bericht für das Bundesamt für Kommunikation, 2020.

2. Telekommunikation

a) *Revision des Fernmeldegesetzes (FMG)*

Am 1. Januar 2021 sind das neue Fernmeldegesetz (FMG) und die dazugehörigen Verordnungen in Kraft getreten. Neben der Stärkung von Konsumentenangelegenheiten, wie beispielsweise internationales Roaming, offenes Internet, unlautere Werbung und Jugendschutz, wurden mit der Revision des FMG unter anderem Deregulierungen und administrative Vereinfachungen vorgenommen (Aufhebung der Meldepflicht für Fernmeldediensteanbieterinnen und der generellen Konzessionspflicht bei Frequenznutzungsrechten).⁴⁰

b) *Mobilfunk und 5G: Vollzugshilfe für den Umgang mit 5G-Antennen*

Am 23. Februar 2021 veröffentlichte das BAFU den im Auftrag des Bundes verfassten Nachtrag zur Vollzugshilfe für den Umgang mit den neuen adaptiven 5G-Antennen (Vollzugshilfe zur Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung).⁴¹ Dieser beschreibt, wie die Strahlung der adaptiven Antennen berechnet werden kann. Zur Erstellung der Vollzugshilfe wurden im Sommer 2020 Testmessungen durchgeführt, um aufzuzeigen, wie stark die Bevölkerung durch adaptive Antennen tatsächlich belastet wird.

c) *Mobilfunk und 5G: Umgang mit adaptiven Antennen geklärt*

Um die Rechtssicherheit zu stärken, hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 17. Dezember 2021 entschieden, einzelne Elemente der Vollzugshilfe für den Umgang mit den neuen 5G-Antennen in der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) zu verankern.⁴² Die angepasste Verordnung ist am 1. Januar 2022 in Kraft getreten.

Mit dieser Entscheidung werden die für den Gesundheitsschutz der Bevölkerung zentralen Grenzwerte nicht gelockert. Das geltende Schutzniveau bleibt

⁴⁰ BAKOM, Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG), abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/fmg-revision-2017.html>.

⁴¹ BAFU, Mobilfunk und 5G: Umgang mit adaptiven Antennen ist geklärt, abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/elektrosmog/dossiers/berichts-arbeitsgruppe-mobilfunk-und-strahlung.html>.

⁴² Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. Dezember 2021, Adaptive Antennen: Der Bundesrat schafft Klarheit und erhöht die Rechtssicherheit.

weiterhin erhalten. Die Nutzung des sogenannten Korrekturfaktors⁴³ ist erst dann erlaubt, wenn die betroffenen Antennen mit einer automatischen Leistungsbegrenzung ausgerüstet sind. Hierdurch soll sichergestellt werden, dass die von den Antennen ausgehende Langzeitbelastung tief gehalten und so auch das Risiko für allfällige, heute noch nicht klar erkennbare Gesundheitsfolgen begrenzt wird. Der vorsorgliche Gesundheitsschutz bleibt somit gewahrt.

3. Rundfunk

a) *Coronavirus: Übergangsmassnahmen zugunsten der Medien*

Um die rückläufigen Werbeeinahmen aufgrund der ausserordentlichen Lage in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie aufzufangen, hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 20. Mai 2020 Massnahmen zur Unterstützung aller Mediengattungen beschlossen (Covid 19 Verordnung Printmedien; Covid-19-Verordnung elektronische Medien).⁴⁴ Die zunächst bis zum 30. November 2020 befristeten Verordnungen wurden vom Bundesrat am 11. November 2020 bis zum 30. Juni 2021 verlängert.⁴⁵ An seiner Sitzung vom 30. Juni 2021 entschied der Bundesrat, die Übergangsmassnahmen zugunsten der Printmedien bis Ende 2021 zu verlängern;⁴⁶ die Covid-19-Verordnung elektronische Medien wurde bereits im November 2020 bis Ende 2021 verlängert.⁴⁷

b) *Massnahmenpaket zugunsten der Medien*

Um ein vielfältiges Medienangebot in allen Regionen der Schweiz zu fördern, hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 29. April 2020 die Botschaft zum

⁴³ Adaptive Antennen können Strahlung dorthin fokussieren, wo sich das verbundene Mobiltelefon befindet. Dadurch liegt die Strahlenbelastung in ihrer Umgebung im Durchschnitt tiefer als bei konventionellen Antennen. Um sicher zu stellen, dass adaptive Antennen nicht strenger beurteilt werden als konventionelle Antennen, darf bei adaptiven Antennen ein Korrekturfaktor auf die bewilligte maximale Sendeleistung angewendet werden. Dieser erlaubt ihnen, über kurze Zeit mehr als die für die Berechnung verwendete Sendeleistung zu strahlen; vgl. hierzu auch Bundesrat, Medienmitteilung vom 17. Dezember 2021, Fn. 42.

⁴⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. Mai 2020, Coronavirus: Befristete Soforthilfe zugunsten der Medien.

⁴⁵ Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. November 2020, Coronavirus: Verlängerung der Übergangsmassnahmen zugunsten der Medien.

⁴⁶ Medienmitteilung des Generalsekretariats UVEK vom 30. Juni 2021, Coronavirus: weitere Verlängerung der Massnahmen zugunsten der Printmedien.

⁴⁷ Bundesrat, Medienmitteilung vom 11. November 2020, Fn. 45.

Bundesgesetz über ein Massnahmenpaket zugunsten der Medien⁴⁸ verabschiedet. Diese sieht neben dem Ausbau der indirekten Presseförderung auch die Unterstützung von Online-Medien sowie allgemeine Massnahmen zugunsten der elektronischen Medien vor. Darüber hinaus will der Bundesrat die Rahmenbedingungen der elektronischen Medien durch die Unterstützung von Aus- und Weiterbildungsinstitutionen, nationalen Nachrichtenagenturen oder Selbstregulierungsorganisationen verbessern. Die Unabhängigkeit der Medien soll weiterhin gewahrt bleiben.

Am 18. Juni 2021 hat das Parlament beschlossen, die Medien mit einem Massnahmenpaket zu unterstützen.⁴⁹ Gegen das Bundesgesetz über ein Massnahmenpaket zugunsten der Medien wurde mit 64'443 gültigen Unterschriften das Referendum ergriffen.⁵⁰ Am 13. Februar 2022 hat die Schweizer Stimbevölkerung die Vorlage abgelehnt.⁵¹

4. Internet

a) Grundversorgung

Die zunehmende Verlagerung der Arbeitswelt ins Home-Office hat gezeigt, wie wichtig zuverlässige und leistungsfähige Breitbanddienste sind. In diesem Sinne hat der Bundesrat am 10. Dezember 2021 beschlossen, die Internet-Geschwindigkeit in der Grundversorgung auszubauen.⁵² Um ab 2024 einen Hochbreitband-Zugang von 80 bzw. 8 Mbit/s sicherzustellen, braucht es eine Revision der Verordnung über die Fernmeldedienste (FDV). An seiner Sitzung vom 10. Dezember 2021 hat der Bundesrat die Vernehmlassung hierfür eröffnet. Diese läuft bis zum 25. März 2022.

Aktuell wird die Grundversorgung durch die Swisscom erbracht, deren Konzession Ende 2022 ausläuft. Sollte die Umsetzung der neuen Bestimmungen

⁴⁸ Botschaft des Bundesrates vom 29. April 2020 zum Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) (Abgabepflicht der Unternehmen), BBl 2020, 4541.

⁴⁹ Massnahmenpaket zugunsten der Medien des BAKOM, abrufbar unter <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/zukuenftiges-gesetz-ueber-elektronische-medien.html>>.

⁵⁰ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 19. November 2021, Referenden gegen die Änderung des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben (StG) und gegen das Bundesgesetz über ein Massnahmenpaket zugunsten der Medien zustande gekommen.

⁵¹ Bundeskanzlei, Volksabstimmung vom 13. Februar 2022.

⁵² Medienmitteilung des Generalsekretariat UVEK vom 10. Dezember 2021, Höhere Internet-Geschwindigkeit in der Grundversorgung.

und die Vergabe der neuen Konzession zur Grundversorgung zusätzliche Zeit beanspruchen, kann die Eidgenössische Kommunikationskommission (Com-Com) die geltende Konzession der Swisscom entsprechend verlängern.

b) *Revision der Verordnung über die Fernmeldedienste*

Am 10. Dezember 2021 hat der Bundesrat die Vernehmlassung für eine Revision der FDV eröffnet. Zusätzlich zur Erweiterung des Grundversorgungsumfanges durch die Aufnahme eines zusätzlichen Internetzugangsdienstes soll mangels Nachfrage der Telefondienst mit drei Rufnummern aus dem Grundversorgungsangebot gestrichen werden.⁵³ Die Vernehmlassung läuft bis zum 25. März 2022.

c) *Swiss Internet Governance Forum*

Im Berichtsjahr fand das Swiss IGF erneut vollständig virtuell statt.⁵⁴ Am 21. Juni 2021 diskutierten die über 300 registrierten Vertreterinnen und Vertreter aller Anspruchsgruppen aus Politik, Verwaltung, Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft Themen wie der digitale Staat, die Rolle der Digitalisierung bei der Bewältigung der Corona-Krise, digitale Inklusion, Cyberangriffe sowie die Medien im Internetzeitalter.

Am Ende der Veranstaltung verabschiedeten die Teilnehmenden ihre jährlichen „Messages von Bern“⁵⁵, welche anschliessend dem globalen UN Internet Governance Forum (IGF) und dem European Dialogue on Internet Governance (EuroDIG) vorgelegt werden, um in die dortigen Diskussionen einzufließen.

Das Swiss IGF 2022 findet am 2. Juni 2022 statt.

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

Am 7. März 2021 haben die Schweizer Stimmberechtigten über das von Bundesrat und Parlament ausgearbeitete Bundesgesetz über elektronische Identität

⁵³ BAKOM, Revision der Verordnung über Fernmeldedienste (Anpassung der Grundversorgungsbestimmungen), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 26. November 2021.

⁵⁴ Swiss Internet Governance Forum, BAKOM, abrufbar unter <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/digital-und-internet/internet/swiss-igf.html>>.

⁵⁵ Messages von Bern vom 21. Juni 2021, abrufbar unter <https://igf.swiss/wp-content/uploads/2021/07/SwissIGF_Messages-from-Berne-2021_de.pdf>.

fizierungsdienste (E-ID-Gesetz) abgestimmt⁵⁶ und die Vorlage mit 64,4% deutlich abgelehnt.⁵⁷ Die Vorlage zum E-ID-Gesetzes zielte darauf ab, im Internet mit einer elektronischen Identität schneller und sicherer Waren oder Dienstleistungen zu beziehen oder Behördengänge zu erledigen. Besonders umstritten war die Tatsache, dass private Unternehmen als sogenannte Identitätsanbieter hätten agieren sollen.

e) *Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr*

Am 11. November 2020 hat der Bundesrat den Entwurf zum neuen Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) in die Vernehmlassung geschickt.⁵⁸ Der Entwurf sieht vor, dass künftig alle an einem Justizverfahren beteiligten Parteien mit den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsbehörden über eine hochsichere zentrale Plattform Daten austauschen können.

Die Vernehmlassung endete am 26. Februar 2021 und wird derzeit ausgewertet.

f) *Elektronische Stimmabgabe*

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 28. April 2021 entschieden, das Vernehmlassungsverfahren für die Neuausrichtung des Versuchsbetriebs der elektronischen Stimmabgabe zu eröffnen.⁵⁹ Um eine neue, stabile Grundlage für den E-Voting-Versuchsbetrieb zu schaffen, sollen die Verordnung über die politischen Rechte (VPR) einer Teilrevision unterzogen und die Verordnung der Bundeskanzlei über die elektronische Stimmabgabe (VEleS) totalrevidiert werden. Die Vernehmlassungsfrist endete am 18. August 2021.

⁵⁶ Gegen das E-ID-Gesetz war mit 64'933 gültigen Stimmen das Referendum ergriffen worden, vgl. Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 13. Februar 2020.

⁵⁷ EJPd, Abstimmungen, Elektronische Identität: das E-ID-Gesetz, abrufbar unter <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/abstimmungen/bgeid.html>.

⁵⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 11. November 2020, Bundesrat schlägt zentrale Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr vor.

⁵⁹ Medienmitteilung der Bundeskanzlei vom 28. April 2021, Neuausrichtung E-Voting: Eröffnung der Vernehmlassung.

Wettbewerbsrecht

André S. Berne/Laura P. Zilio/David Mamane

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (ANDRÉ S. BERNE/LAURA P. ZILIO)	105
1.	Wettbewerbsabreden	105
a)	Verfahren und Entscheidungen der Europäischen Kommission	105
aa)	Kundenzuteilung im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr	105
bb)	Absprachen im Bereich des Handels mit SSA-Anleihen	106
cc)	Absprachen im Bereich des Handels mit europäischen Staatsanleihen	107
dd)	Absprachen bei der Abgasreinigung neuer Diesel-PKW	108
b)	Urteilspraxis der europäischen Gerichte	109
aa)	Grundsatzurteil zu Pay-for-Delay-Vereinbarungen	109
bb)	Vorrang für bestimmte Händler in Vertriebsverträgen	111
2.	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	112
a)	Verfahren und Entscheidungen der Europäischen Kommission	112
aa)	Apples App-Store Regeln für Musikstreaming Anbieter	112
bb)	Untersuchung zu Werbedaten von Facebook	113
cc)	Staatliche Massnahmen zugunsten eines Stromversorgers	114
dd)	Erste Ergebnisse der Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge	116
b)	Urteilspraxis der europäischen Gerichte	118
aa)	EuG stützt Ansicht der Europäischen Kommission betreffend Google-Shopping	118
3.	Zusammenschlusskontrolle	120
a)	Entwicklungen im Sekundärrecht	120
aa)	Evaluierung zu Zuständigkeits- und Verfahrensaspekten	120
bb)	Multilaterale Arbeitsgruppe für Zusammenschlüsse in Pharmabranche	123
b)	Verfahren und Entscheidungen der Europäischen Kommission	124
aa)	Die europäische Fusionskontrolle in Zahlen	124
bb)	Bedingte Freigaben in Phase-I	125
aaa)	Übernahme von Abfallbewirtschaftungsunternehmen von Suez	125
bbb)	Übernahme von Telekom Romania durch Orange	126
ccc)	Übernahme von IHS Markit durch S&P Global	127
cc)	Bedingte Freigaben in Phase-II	128
aaa)	Übernahme von Eaton Hydraulics durch Danfoss	128
bbb)	Übernahme von GrandVision durch EssilorLuxottica	129
dd)	Aufgaben in Phase-II	131
ee)	Einstweilige Massnahmen bei Gun-Jumping	134

c)	Urteilspraxis der europäischen Gerichte	137
aa)	Verstoß gegen das Vollzugsverbot durch Nebenabreden	137
bb)	Alternative Marktdefinition von Zeitnischen im Flugverkehr	137
4.	Rechtsentwicklungen im Schadensersatzrecht	139
a)	Örtliche Zuständigkeit des Gerichts zum Ersten	139
b)	Örtliche Zuständigkeit des Gerichts zum Zweiten	140
c)	Haftung von Tochtergesellschaften bei Kartellfolgeklage	142
5.	Weitere Entwicklungen im Europäischen Kartellecht	144
a)	Überarbeitung der Vertikal-GVO und Vertikal-Leitlinien	144
b)	Überarbeitung des KFZ-Gruppenfreistellungsrahmens	146
c)	Überarbeitung der F&E-GVO und der Spezialisierungs-GVO	147
d)	Evaluierung der Bekanntmachung über die Marktdefinition	149
e)	Obliegenheiten nach Eröffnung von Sektoruntersuchungen	150
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (DAVID MAMANE)	152
1.	Wettbewerbsabreden	152
2.	Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	154
3.	Zusammenschlusskontrolle	155

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021¹

i. Wettbewerbsabreden

a) Verfahren und Entscheidungen der Europäischen Kommission

aa) Kundenzuteilung im grenzüberschreitenden Schienengüterverkehr

In den Jahren 2001 bis 2007 wurde durch die sog. drei EU-Eisenbahnpakete die Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs in der EU durch Marktöffnung, harmonisierte Normung und Vereinheitlichung der Finanzhilfen dahingehend vorangetrieben, dass seit dem Jahr 2006 der grenzüberschreitende Eisenbahngüterverkehr und seit dem Jahr 2007 der nationale Eisenbahngüterverkehr dem Wettbewerb untersteht.² Seitdem können Eisenbahnunternehmen grenzüberschreitende Schienengüterverkehrsdienste in sog. Ganzzügen anbieten. Dies sind Güterzüge, die von einem Standort (z.B. einem Produktionsstandort eines Verkäufers in einem EU-Mitgliedsstaat) zu einem anderen Standort (z.B. einem Lager eines Käufers in einem anderen EU-Mitgliedsstaat) befördert werden, ohne zwischendurch aufgeteilt oder abgestellt zu werden. Solche Ganzzüge bedienen i.d.R. Grosskunden wie Raffinerien, Chemiewerke oder grosse Logistikunternehmen, die häufig ein einziges Gut über lange Zeiträume an ein und denselben Bestimmungsort befördern lassen.

Von Dezember 2008 bis April 2014 tauschten die *Österreichischen Bundesbahnen* (ÖBB) und die *Deutsche Bahn* (DB) Informationen über Kundenanfragen nach wettbewerblichen Angeboten aus und verschafften sich gegenseitig höhere Preisangebote, um ihren Geschäftsbereich zu schützen. Ab November 2011 beteiligte sich ebenfalls die Nationale Gesellschaft der Belgischen Eisenbahnen (NMBS/SNCB) an diesem System der Kundenzuteilung auf wichtigen Eisenbahnkorridoren in der EU. Auf Grundlage eines Antrags auf Kronzeugenregelung durch die ÖBB verhängte die Europäische Kommission eine

¹ Berichtet wird – soweit nichts anderes angegeben ist – über ausgewählte Rechtentwicklungen des Europäischen Kartellrechts unter Ausschluss des Europäischen Beihilferechts im Zeitraum von Anfang März 2021 bis Ende Dezember 2021. Anspruch auf Vollständigkeit wird nicht erhoben. Für den Zeitraum von Januar 2021 bis Ende Februar 2021 wird auf die Ausführungen zum Vorjahresberichtszeitraum verwiesen, vgl. Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021*, Zürich 2021, 93 ff.

² Vgl. hierzu ausführlich Nuñez Müller, *Schienenverkehr*, in: Säcker (Hrsg.), *Münchener Kommentar – Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht*, Bd. 5, 2. Aufl., München 2018, 1145 ff.

Geldbusse i.H.v. EUR 48,6 Mio., wovon allein EUR 48,3 Mio. gegen die DB verhängt wurden. Deren Geldbusse wurde um 50% erhöht, da das Unternehmen zuvor bereits für ein anderes Kartell haftbar gemacht worden war³ und es sich somit um einen Wiederholungsfall gehandelt habe – nach knapp 10 Jahren. Aufgrund der Kronzeugenregelung wurde die Geldbusse gegen die ÖBB erlassen. Der Beschluss der Europäischen Kommission kam auf Grundlage eines Vergleichs mit den drei Unternehmen zustande, welcher laut der Europäischen Kommission der 35. Kartellvergleich seit Einführung dieses Verfahrens im Juni 2008 darstelle.⁴

bb) Absprachen im Bereich des Handels mit SSA-Anleihen

Am 28. April 2021 hat die Europäische Kommission gegen die Investmentbanken *Bank of America Merrill Lynch*, *Crédit Agricole* und gegen die schweizerische *Credit Suisse* Geldbussen i.H.v. EUR 28,5 Mio. verhängt, weil sich diese an einer Wettbewerbsabsprache im Bereich des Handels mit auf US-Dollar lautenden supranationalen, staatlichen und halbstaatlichen Anleihen (nachfolgend „SSA-Anleihen“) auf dem Sekundärmarkt im EWR beteiligt hatten. Der *Deutschen Bank* wurde die Geldbusse i.H.v. EUR 21,5 Mio. erlassen, da sie die Europäische Kommission im August 2015 über die Wettbewerbsabrede auf Grundlage der Kronzeugenregelung informiert hatte.⁵

SSA-Anleihen sind Anleihen, die von supranationalen Institutionen, Staaten, staatsnahen Einrichtungen oder öffentlichen Stellen ausgegeben werden und auf US-Dollar lauten. Diese werden zunächst am sog. Primärmarkt emittiert und über Auktionen an Anleger verkauft. Am sog. Sekundärmarkt werden sie anschliessend zwischen Finanzinstituten gehandelt. Eine Kerngruppe von Wertpapierhändlern der o.g. Investmentbanken, die sich persönlich kannten und regelmässig miteinander in Kontakt waren, loggten sich auf *Bloomberg*-Terminals in multi- bzw. bilateralen Chatrooms ein und bildeten laut der Europäischen Kommission dadurch einen geschlossenen Kreis, in dem man sich vertraute.⁶ Dort informierten sie sich regelmässig über ihre aktuellen Handelstätigkeiten, tauschten sensible Geschäftsinformationen aus, sprachen die ihren Kunden oder dem Markt allgemein genannten Preise ab und stimmten so über fünf Jahre lang ihren Handel mit SSA-Anleihen auf dem Sekundärmarkt ab. Damit hätten die Wertpapierhändler auch vereinbart, von Angebo-

³ Fall AT.39462, Freight Forwarding, Entscheidung vom 28. März 2012.

⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20. April 2021, IP/21/1843.

⁵ Fall AT.40346, SSA Bonds, Entscheidung vom 28. April 2021.

⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 28. April 2021, IP/21/2004.

ten, bei denen sie ansonsten miteinander konkurriert hätten, abzusehen und Handelsgeschäfte untereinander aufzuteilen, sodass Kunden weniger Auswahl gehabt hätten.

cc) *Absprachen im Bereich des Handels mit europäischen Staatsanleihen*

In einem ähnlich gelagerten Fall stellte die Europäische Kommission nur ein paar Wochen später fest, dass auch die *Bank of America*, *Natixis*, *Nomura*, *RBS* (jetzt *NatWest*), *UniCredit*, die *WestLB* (jetzt *Portigon*) und die schweizerische *UBS* sich ebenfalls an einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligt hatten – diesmal allerdings im Bereich des Handels mit europäischen Staatsanleihen (nachfolgend „EGB“).⁷ Bei diesen handelt es sich um Schuldverschreibungen, die von den Zentralregierungen der EU-Mitgliedsstaaten des Euro-Währungsgebiets emittiert werden, um sich auf den internationalen Finanzmärkten Mittel zu verschaffen. Auch EGB werden auf einem Primärmarkt emittiert, wo sie von einer begrenzten Anzahl von Investmentbanken als Primärhändler im Rahmen von Auktionen erworben werden. Die Primärhändler handeln die Anleihen anschliessend auf dem Sekundärmarkt mit anderen Banken, Vermögensverwaltern, Pensionsfonds, Hedgefonds und Grossunternehmen.

Wiederum erfolgte die Beteiligung an der Wettbewerbsabrede über eine Gruppe von bei den o.g. Finanzinstituten tätigen Wertpapierhändlern, welche einen geschlossenen Kreis bildeten, in dem man sich vertraute. Auch diese standen in regelmässigem Kontakt zueinander, vor allem in multilateralen Chatrooms auf *Bloomberg*-Terminals, in denen die betreffenden Wertpapierhändler sensible Geschäftsinformationen austauschten. Auf dem Primärmarkt berieten sie sich und informierten einander regelmässig im Vorfeld zu den Auktionen der EU-Mitgliedstaaten des Euro-Währungsgebiets hinsichtlich ihrer Bieterstrategie und ihrer Preise. Auf dem Sekundärmarkt erörterten sie die angebotenen Mengen sowie die gegenüber ihren Kunden oder gegenüber dem Markt allgemein angegebenen Preise. Diese Verhaltensweisen fanden zum Teil zur Zeit der Finanzkrise, insbesondere in den Jahren 2007-2011, statt und betrafen den gesamten Europäischen Wirtschaftsraum (EWR).

Gegen *Nomura*, die *UBS* und *UniCredit* wurden Geldbussen i.H.v. insgesamt EUR 371 Mio. verhängt. *NatWest* wurde die Geldbusse erlassen, da das Finanzinstitut die Europäische Kommission über die Wettbewerbsabrede in Kenntnis setzte. Gegen die *Bank of America* und *Natixis* wurden dagegen keine Geldbussen verhängt, weil beide Unternehmen die Wettbewerbsabrede bereits mehr als fünf Jahre vor Einleitung der Untersuchung durch die Europäische Kom-

⁷ Fall AT.40324, EGB, Entscheidung vom 20. Mai 2021.

mission verlassen hatten. Ihre Beteiligung an der Wettbewerbsabrede fällt daher nicht in die Frist, innerhalb derer Geldbussen verhängt werden können, was die Europäische Kommission jedoch nicht daran hinderte, die Beteiligung der beiden Unternehmen an der Zuwiderhandlung festzustellen. Die Geldbusse für *Portigon*, den rechtlichen und wirtschaftlichen Nachfolger der *WestLB*, wurde auf null festgesetzt, da das Unternehmen im letzten Geschäftsjahr keinen Nettoumsatz, der die Obergrenze für die Geldbusse bedingt, erzielt habe.⁸

dd) Absprachen bei der Abgasreinigung neuer Diesel-PKW

Für mediale Auffuhr sorgte im Juli 2021 der Beschluss der Europäischen Kommission, gegen die Automobilhersteller *BMW*, *Daimler* und den *Volkswagen*-Konzern (*Audi*, *Porsche* und *Volkswagen*) wegen Absprachen über die technische Entwicklung im Bereich der Stickoxidreinigung (sog. NO_x -Reinigung) Geldbussen i.H.v. insgesamt EUR 875,1 Mio. zu verhängen.⁹

Im Zeitraum von Juni 2009 bis Oktober 2014 hatten die Automobilhersteller regelmässig Fachtreffen abgehalten, bei denen sie über die Entwicklung der SCR-Technologie (die englische Abkürzung „SCR“ steht im Deutschen für den Begriff „selektive katalytische Reduktion“) berieten, mit der schädliche Stickoxidemissionen (sog. NO_x -Emissionen) von Diesel-PKW durch die Einspritzung von Harnstoff (*AdBlue*) in den Abgasstrom beseitigt werden können. Bei diesen Zusammenkünften verständigten sich die Automobilhersteller darauf, nicht miteinander um eine Abgasreinigung zu konkurrieren, welche über die Vorgaben der EU-Abgasnormen hinausgeht, obwohl die dafür benötigte Technologie zur Verfügung gestanden hätte. Laut der Europäischen Kommission hätten die Unternehmen „Wettbewerb darüber vermieden, das volle Potential dieser Technologie zu nutzen, um besser zu reinigen als vom Gesetz vorgesehen“, womit dieser Fall ein Beispiel dafür sei „was passieren kann, wenn eine eigentlich legitime technische Zusammenarbeit schiefgelaufen ist.“¹⁰

Weil dies das erste Mal war, dass die Europäische Kommission einen Kartellverbotsbeschluss erlassen hat, der sich allein auf eine Beschränkung der technischen Entwicklung und nicht auf Preisfestsetzung, Marktaufteilung oder Kundenzuteilung bezieht, wurde allen beteiligten Unternehmen eine Ermässigung der Geldbusse i.H.v. 20% gewährt. Auf Grundlage der Kronzeugenregelung wurden *Daimler* und dem *Volkswagen*-Konzern Ermässigungen der

⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20. Mai 2021, IP/21/2565.

⁹ Fall At.40178, Car Emissions, Entscheidung vom 8. Juli 2021.

¹⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. Juli 2021, IP/21/3581.

Geldbussen um 100% bzw. um 45% gewährt. Da die Europäische Kommission zum ersten Mal befand, dass Absprachen über die technische Entwicklung eine Wettbewerbsabsprache darstellen und damit kartellrechtliches Neuland betrat, hat sie den beteiligten Unternehmen Hinweise dazu gegeben, welche Aspekte ihrer Zusammenarbeit in Bezug auf SCR-Systeme keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwerfen – etwa die Standardisierung des *AdBlue*-Einfüllstutzens, Gespräche über Qualitätsnormen für *AdBlue* oder die gemeinsame Entwicklung einer Software-Plattform für die *AdBlue*-Dosierung.

b) *Urteilspraxis der europäischen Gerichte*

aa) *Grundsatzurteil zu Pay-for-Delay-Vereinbarungen*

Bereits das Jahr 2020 brachte erwähnenswerte Neuigkeiten betreffend sog. „Pay-for-Delay-Vereinbarungen“.¹¹ Hierbei handelt es sich um Vergleiche im Arzneimittelsektor, welche zwischen Herstellern eines Originalpräparats einerseits und Generikaherstellern andererseits in Patentstreitigkeiten abgeschlossen werden. In diesen verpflichtet sich der Generikahersteller, erst zu einem späteren Zeitpunkt mit einem preisgünstigeren Generikum auf einem Markt einzutreten oder gar vollends auf einen Markteintritt zu verzichten. Als Gegenleistung erhält er vom Hersteller des Originalpräparats Vermögenstransfers in Form finanzieller Vergütungen und/oder anderer kommerzieller Vorteile. Der Originalpräparatehersteller kann sich somit von generischen Wettbewerbern befreien und sich damit das Patentrecht in kartellrechtswidriger Weise zunutze machen.

Bislang hat die Europäische Kommission in mehreren Pay-for-Delay-Untersuchungen Geldbussen verhängt. Diese betrafen u.a. ein Antidepressivum mit dem Wirkstoff *Citalopram* des dänischen Pharmaunternehmens *Lundbeck*. Nach Ablauf seines Grundpatents an dem Molekül schloss *Lundbeck* im Jahr 2002 Vereinbarungen mit in der Herstellung oder im Verkauf von Generika tätigen Unternehmen (nachfolgend „Generikahersteller“). Als Gegenleistung für die Verpflichtung der Generikahersteller, nicht in den Markt von *Citalopram* einzutreten, gewährte ihnen *Lundbeck* hohe Zuzahlungen und kaufte gar Generikavorräte auf. Im Juni 2013 nahm die Europäische Kommission an, dass *Lundbeck* und die Generikahersteller zumindest potenzielle Wettbewerber seien und dass die Vereinbarungen aus dem Jahr 2002 „bezweckte“ Wettbewerbsbeschränkungen darstellten.¹² Da *Lundbeck* und die

¹¹ Vgl. Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 101 ff.

¹² Fall AT.39226, *Lundbeck*, Entscheidung vom 13. Juni 2013.

Generikahersteller von der Europäischen Kommission mit erheblichen Bussgeldern i.H.v. insgesamt EUR 145,9 Mio. belegt wurden, fochten sie die Entscheidung an, wobei der EuG jedoch der Ansicht der Europäischen Kommission folgte.¹³ Daran anschliessend wies der EuGH, dem Vorschlag der Generalanwältin Kokott vom 4. Juni 2020¹⁴ folgend, am 25. März 2021 die von *Lundbeck*¹⁵ und den Generikaherstellern¹⁶ eingelegten Rechtsmittel ebenfalls zurück.

Bereits im Jahr 2020 hatte der EuGH die erstmalige Möglichkeit, sich in Bezug auf Pay-for-Delay-Vereinbarungen zu äussern – allerdings im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens. Dabei deutete er jedoch bereits an, wie er sich in der Rechtssache zu äussern gedenke.¹⁷ In Anlehnung an seine Rechtsprechung hielt der EuGH fest, dass bei der Prüfung, ob ein auf einem Markt nicht vertretenes Unternehmen mit den dort bereits vertretenen Unternehmen im Wettbewerb steht, es festzustellen gelte, ob für das nicht auf dem Markt vertretene Unternehmen reale Möglichkeiten bestehen, in den Markt einzutreten und mit den Unternehmen, die auf dem Markt bereits vertreten sind, in Wettbewerb zu treten. Ein tatsächlich erfolgter Eintritt in den betreffenden Markt ist dagegen nicht erforderlich. Es sei somit zu prüfen, ob der Generikahersteller nachweislich fest entschlossen und aus eigener Kraft in der Lage sei, in den Markt einzutreten, und dem nicht unüberwindliche Schranken entgegenstehen. Dabei ist laut EuGH zu beachten, dass ein Patent für ein Ver-

¹³ EuG, Urteil vom 8. September 2016 in der Rechtssache T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449 – *Lundbeck/Kommission*; vgl. auch Claudia Seitz, Pay-for-delay-Verträge in der pharmazeutischen Industrie: Rechtslage und offene Fragen nach dem *Lundbeck*-Urteil, *EuZW* 2016, 856 ff.

¹⁴ EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin vom 4. Juni 2020 in der Rechtssache C-591/16 P, ECLI:EU:C:2020:428 – *Lundbeck/Kommission*.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-591/16 P, ECLI:EU:C:2021:243 – *Lundbeck/Kommission*.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-586/16 P, ECLI:EU:C:2021:241 – *Sun Pharmaceutical Industries und Ranbaxy (UK)/Kommission*; EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-588/16 P, ECLI:EU:C:2021:242 – *Generics (UK)/Kommission*; EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-601/16 P, ECLI:EU:C:2021:244 – *Arrow Group und Arrow Generics/Kommission*; EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-611/16 P, ECLI:EU:C:2021:245 – *Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission*; EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-614/16 P, ECLI:EU:C:2021:246 – *Merck/Kommission*.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – *Generics (UK) u.a.*; Vgl. Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: *Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021*, Zürich 2021, 102 f. m.w.H.

fahren zur Herstellung eines Wirkstoffs für sich genommen keine unüberwindliche Schranke darstelle. *Lundbeck* und die Generikahersteller seien daher zum Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarungen potenzielle Wettbewerber gewesen. Des Weiteren hat der EuGH den Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen von Pay-for-Delay-Vereinbarungen konkretisiert: Einerseits hält er fest, dass Patentvergleiche in Zusammenhang mit dem Auslaufen von Patenten auch bei Vorliegen eines Vermögenstransfers nicht generell eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Dies sei laut EuGH nur dann der Fall, wenn die Einzelfallprüfung unter Einbezug der vereinbarten Ziele sowie des wirtschaftlichen und rechtlichen Umfelds der Beteiligten ergibt, dass sich ein Vermögenstransfer vom Hersteller des Originalpräparats an den Generikahersteller allein durch das gemeinsame geschäftliche Interesse der Beteiligten an der Vermeidung von Leistungswettbewerb erklären liesse.¹⁸

bb) Vorrang für bestimmte Händler in Vertriebsverträgen

Die *Visma Enterprise*, eine lettische Inhaberin von Urheberrechten an einer Buchführungssoftware, hatte mit ihren Vertriebshändlern jeweils Vereinbarungen geschlossen, wonach derjenige Vertriebshändler, der zuerst ein potenzielles Geschäft mit einem Endkunden registriert, für einen Zeitraum von sechs Monaten Vorrang vor anderen Vertriebshändlern zum Abschluss dieses Geschäfts hat. Die lettische Wettbewerbsaufsichtsbehörde betrachtete diese Vereinbarung als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung, da es für die Vertriebshändler dadurch unmöglich sei, miteinander um an der Buchführungssoftware interessierten Endkunden in Wettbewerb zu treten und diese Endkunden somit keine Möglichkeit gehabt hätten, das Produkt zu eventuell günstigeren Preisen von anderen Vertriebshändlern zu beziehen. Die lettische Wettbewerbsaufsichtsbehörde verurteilte die *Visma Enterprise* daher zu einer Geldbusse. Im Rechtsmittelverfahren bat das zuständige Verwaltungsgericht den EuGH um dessen Auslegung nach dem EU-Wettbewerbsrecht.

Dieser entschied am 18. November 2021,¹⁹ dass eine Klausel in einer Vertriebsvereinbarung, wonach ein Händler, der ein potenzielles Geschäft mit einem Endkunden zuerst registriert hat und dadurch während eines Zeitraums von sechs Monaten einen „Vorrang für die Abwicklung des Verkaufsvorgangs“ genießt, keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Dies sei nur dann der

¹⁸ Vgl. auch die Anmerkungen zum ergangenen Urteil von Andreas Heinemann, *EuZW* 2021, 726 ff.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 18. November 2021 in der Rechtssache C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935 – *Visma Enterprise*.

Fall, wenn diese Klausel angesichts ihres Wortlauts, ihrer Ziele oder ihres Zusammenhangs als für den Wettbewerb schädlich angesehen werden könne, was eine Prüfung des Einzelfalls erfordert.²⁰ Ausserdem hielt der EuGH fest, dass unabhängig davon, ob eine solche Klausel als bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkung eingestuft wird, eine solche Vereinbarung nur dann nach Art. 101 Abs. 3 AEUV freigestellt werden kann, wenn sie alle in dieser Bestimmung genannten kumulativen Voraussetzungen erfüllt.²¹

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

a) Verfahren und Entscheidungen der Europäischen Kommission

aa) Apples App-Store Regeln für Musikstreaming Anbieter

Nach dem die Europäische Kommission im Juni 2020 die Einleitung einer Untersuchung²² ankündigte, welche auf zwei separaten Beschwerden über Musik-Streaming Dienste und den Vertrieb von E-Books und Hörbüchern beruht²³, liess die Europäische Kommission am 30. April 2021 *Apple* ihre Beschwerdepunkte zukommen.²⁴

In dieser teilte sie *Apple* mit, dass sie zum vorläufigen Ergebnis gekommen sei, dass *Apple* seine marktbeherrschende Stellung im Bereich des Vertriebs von Musikstreaming-Apps über seinen App-Store missbrauche und dadurch den Wettbewerb auf dem Musikstreaming-Markt verfälscht habe. Vor allem kritisierte sie, dass Entwickler von Musikstreaming-Apps das *Apple*-eigene System für In-App-Käufe nutzen müssen, um Apps über *Apples* App-Store zu vertreiben. Konkret verlangt *Apple* bei In-App-Käufen eine Vermittlungsgebühr i.H.v. 30%. Anbieter, welche diese Gebühr nicht zahlen, wurden des App-Stores und somit des Marktplatzes verwiesen.²⁵ Die Untersuchung der Europäischen Kommission ergab, dass die meisten Streaming-Anbieter diese Gebühr durch

²⁰ EuGH, Urteil vom 18. November 2021 in der Rechtssache C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935 – *Visma Enterprise*, Rz. 82.

²¹ EuGH, Urteil vom 18. November 2021 in der Rechtssache C-306/20, ECLI:EU:C:2021:935 – *Visma Enterprise*, Rz. 90.

²² Fall AT.40437, *Apple – App Store Practices (music streaming)*, Entscheidung vom 16. Juni 2021.

²³ Das Verfahren wurde durch Spotify angestossen, siehe dazu Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021*, Zürich 2021, 109 f.

²⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 30. April 2021, IP/21/2061.

²⁵ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 6. Juni 2020, IP/20/1073.

Preiserhöhungen an die Endnutzer weitergeben. Ausserdem befürchtet die Europäische Kommission, dass *Apple* die App-Entwickler durch bestimmte Beschränkungen daran hindert, Nutzer von *iPhones* und *iPads* über kostengünstigere Bezugsmöglichkeiten zu informieren.²⁶

Die Europäische Kommission gelang daher zur vorläufigen Auffassung, dass *Apple* den Wettbewerb auf dem Markt für Musikstreaming-Dienste verfälsche, indem das Unternehmen die Kosten für konkurrierende Entwickler von Musikstreaming-Apps erhöhe. Dies wiederum führe dazu, dass Verbraucher für ihre In-App-Musikabonnements auf *Apple*-Geräten höhere Preise bezahlen müssten. Darüber hinaus fungiere *Apple* bei allen In-App-Käufen als Vermittler und übernehme die Abrechnung sowie die damit verbundene Kommunikation für seine Wettbewerber.²⁷

bb) Untersuchung zu Werbedaten von Facebook

Am 4. Juni 2021 leitete die Europäische Kommission ein förmliches Kartellverfahren gegen *Facebook Ireland Ltd* und seine Muttergesellschaft *Facebook Inc.* (nachfolgend zusammen „*Facebook*“) ein.²⁸ Gegenstand ist die Frage, ob *Facebook* aufgrund seiner Stellung als soziales Netzwerk einerseits und seiner Tätigkeit im Bereich der Onlinewerbung andererseits den Wettbewerb auf benachbarten Märkten, auf denen das Unternehmen über sein soziales Netzwerk ebenfalls vertreten ist, beeinträchtigen kann. Im Besonderen hat die Europäische Kommission Bedenken, dass *Facebook* möglicherweise in den Besitz wirtschaftlich wertvoller Daten seiner Wettbewerber im Bereich der Onlinewerbung gelangen könnte, wenn diese im sozialen Netzwerk von *Facebook* für Dienste werben würden. Diese Daten könnte *Facebook* dann im Wettbewerb mit ihnen nutzen. Dies gelte insbesondere für Betreiber von Online-Kleinanzeigendiensten, über die viele europäische Verbraucher Produkte kaufen und verkaufen. Viele Betreiber von Online-Kleinanzeigendiensten schalten im sozialen Netzwerk von *Facebook* Werbung für ihre Handelsplattformen und stehen gleichzeitig mit *Facebooks* Online-Kleinanzeigendienst *Facebook Marketplace* im Wettbewerb. Laut der Europäischen Kommission werde sie nun prüfen, ob die Art und Weise, wie *Facebook Marketplace* in das soziale Netzwerk eingebettet ist, eine Form der Kopplung darstellt, die es *Facebook* erleichtere, Kunden zu erreichen und konkurrierende Online-Kleinanzeigen auszuschliessen.

²⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 30. April 2021, IP/21/2061.

²⁷ Stellungnahme von EU-Wettbewerbskommissarin Margrethe Vestager vom 30. April 2021, Speech/2193.

²⁸ Fall AT.40684, *Facebook leveraging*, Entscheidung vom 4. Juni 2021.

Gleichtags leitete auch die britische Wettbewerbs- und Marktaufsichtsbehörde, die *Competition and Markets Authority (CMA)*, ebenfalls eine Untersuchung zur Nutzung von Daten durch *Facebook* ein.²⁹ Am 20. Oktober 2021 verurteilte die CMA *Facebook* zu einer Geldbusse i.H.v. GBP 50,5 Mio., nicht, weil eine materiell-rechtliche Zuwiderhandlung festgestellt worden sei, sondern weil das Unternehmen gegen eine Anordnung im Rahmen dieser Untersuchung verstossen habe.³⁰

cc) *Staatliche Massnahmen zugunsten eines Stromversorgers*

In Anwendung nicht nur EU-kartellrechtlicher, sondern auch EU-beihilfe-rechtlicher Bestimmungen stellte die Europäische Kommission im März 2008 fest, dass Griechenland gegen die EU-Wettbewerbsvorschriften von Art. 106 i.V.m. Art. 102 AEUV verstossen hatte, indem es dem etabliertem staatlichem Stromversorger *DEI* einen fast ausschliesslichen Zugang zu Braunkohlevorkommen gewährte. Dies führte dazu, dass *DEI* trotz der 2001 eingeleiteten Liberalisierung des Stromgrosshandelsmarkts auch sieben Jahre später noch praktisch eine Monopolstellung beim Zugang zu den Braunkohlreserven besass. Da Griechenland diese beherrschende Stellung von *DEI* auf dem Stromgrosshandelsmarkt weiterhin schützte, konnten Wettbewerber auf dem griechischen Stromgrosshandelsmarkt nicht effizient mit dem Staatskonzern konkurrieren, da ihnen der Zugang zu Braunkohle verwehrt wurde.³¹

Der Feststellung der Europäischen Kommission folgend legte Griechenland eine Reihe von Massnahmen zur Behebung der wettbewerbswidrigen Auswirkungen dieser Zuwiderhandlung vor, welche im August 2009 von der Europäischen Kommission für bindend erklärt wurden.³² U.a. aufgrund von Verfahren vor den Unionsgerichten, welche die Entscheidungen der Europäischen Kommission im Jahr 2016 schliesslich bestätigten,³³ wurden diese Abhilfemassnahmen bislang jedoch nie durchgeführt. Nachdem im Juni 2017 sogar der Rat der EU Griechenland verpflichtete, die wettbewerbslichen Bedenken der

²⁹ Pressemitteilung der CMA vom 4. Juni 2021, abrufbar unter <<https://www.gov.uk/government/news/cma-investigates-facebook-s-use-of-ad-data>>.

³⁰ Pressemitteilung der CMA vom 20. Oktober 2021, abrufbar unter <<https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-facebook-over-enforcement-order-breach>>.

³¹ Fall AT.38700, Greek lignite and electricity markets, Entscheidung vom 5. März 2008.

³² Fall AT.38700, Greek lignite and electricity markets, Entscheidung vom 4. August 2009.

³³ Vgl. EuG, Urteile vom 15. Dezember 2016 in den Rechtssachen T-169/08 RENV, ECLI:EU:T:2016:733 – *DEI/Kommission*, und T-421/09 RENV, ECLI:EU:T:2016:748 – *DEI/Kommission*.

Europäischen Kommission auszuräumen,³⁴ nahm die Europäische Kommission im April 2018 von Griechenland vorgelegte Abhilfemassnahmen an, welche u.a. die Veräusserung mehrerer Braunkohlekraftwerke durch DEI vorsahen.³⁵ Da Griechenland nur ein Jahr später erklärte alle Braunkohlekraftwerke bis zum Jahr 2023 stillzulegen, wodurch die Veräusserungen für potenzielle Käufer nicht mehr attraktiv waren, wurden auch diese Abhilfemassnahmen nie vollzogen.

Im September 2021 hat die Europäische Kommission nun die jüngsten von Griechenland vorgeschlagenen Abhilfemassnahmen für bindend erklärt.³⁶ Diese sehen im Wesentlichen vor, dass DEI vierteljährlich ihre Stromprodukte auf der europäischen (*European Energy Exchange*, EEX) und/oder der griechischen Strombörse (*Hellenic Energy Exchange*, HEnEX) verkauft. Ferner soll die DEI auf der EEX und/oder der HEnEX zum Nettoverkäufer werden, d.h. dass die Verkäufe des Unternehmens die Käufe übersteigen müssen. Damit soll sichergestellt werden, dass den Wettbewerbern genügend Strom auf dem Stromgrosshandelsmarkt zur Verfügung steht. Verpflichtungen hinsichtlich des Zeitpunkts der Verkäufe und der Lieferungen sollen den Wettbewerbern der DEI die Möglichkeit geben, sich über einen ausreichend langen Zeitraum im Voraus gegen Preisschwankungen abzusichern. Die vorgeschlagenen Abhilfemassnahmen werden hinfällig, wenn die bestehenden Braunkohlekraftwerke ihren kommerziellen Betrieb einstellen, was derzeit bis zum Jahr 2023 erwartet wird, spätestens jedoch am 31. Dezember 2024.³⁷

Dieser Fall ist einer der wenigen Chimären, bei welchem wettbewerbsrechtliche Bedenken sowohl vom EU-Kartellrecht als auch vom EU-Beihilfenrecht erfasst wurden. Wie das EU-Kartellrecht (Art. 101-106 AEUV) verfolgt das EU-Beihilfenrecht (Art. 107-109 AEUV) als Teil der europäischen Wettbewerbsregeln ebenso das Ziel, den Europäischen Binnenmarkt vor Wettbewerbsverfälschungen zu schützen. Während das EU-Kartellrecht auf Verhaltensweisen von Unternehmen abzielt, konzentriert sich das EU-Beihilfenrecht auf das wettbewerbsverfälschende Verhalten von EU-Mitgliedsstaaten: Staatliche Unterstützungsmassnahmen an einzelne Unternehmen oder Produktionszweige können nämlich – wie Wettbewerbsabsprachen, der Missbrauch von Marktmacht und antikompetitive Unternehmenszusammenschlüsse – den

³⁴ Durchführungsbeschluss (EU) 2017/1226 des Rates vom 30. Juni 2017 zur Änderung des Durchführungsbeschlusses (EU) 2016/544 zur Genehmigung des makroökonomischen Anpassungsprogramms für Griechenland (2015/1411), ABl L 174 vom 7. Juli 2017, 22 ff.

³⁵ Fall AT.38700, Greek lignite and electricity markets, Entscheidung vom 17. April 2018.

³⁶ Fall AT.38700, Greek lignite and electricity markets, Entscheidung vom 10. September 2021.

³⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 10. September 2021, IP/21/4661.

Wettbewerb zwischen Unternehmen verzerren. So kann es durchaus passieren, dass eine Wettbewerbsuntersuchung der Europäischen Kommission gleichzeitig eine Kartelluntersuchung und eine beihilfenrechtliche Prüfung darstellt, welche parallel ein und denselben Sachverhalt untersuchen.³⁸ Dabei kann die Europäische Kommission die in einem Verfahren gewonnen Erkenntnisse im jeweils anderen berücksichtigen. In Verfahren, welche staatliche Unternehmen betreffen und/oder Unternehmen, die verstärkt Zuwendungen von der öffentlichen Hand erhalten, lohnt es sich daher auf die Bestimmungen des EU-Beihilfenrechts zu achten.

dd) Erste Ergebnisse der Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge

Die Europäische Kommission hat am 9. Juni 2021 erste Ergebnisse der Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge (sog. *Internet of Things*, nachfolgend „IoT“) veröffentlicht.³⁹ Die Europäische Kommission hatte die Sektoruntersuchung im Juli 2020 im Rahmen der Digitalstrategie eingeleitet.⁴⁰ Im vorläufigen Bericht⁴¹ kommt die Europäische Kommission zum Schluss, dass das Internet der Dinge für Verbraucher zwar noch ein relativ neues Gebiet ist, jedoch rasch wachse und einige wettbewerbsrechtliche Bedenken aufwerfe. Dies betreffe u.a. i) die Ausschliesslichkeits- und Kopplungspraktiken im Zusammenhang mit Sprachassistenten sowie Praktiken, mit denen die Möglichkeit eingeschränkt wird, auf ein und demselben intelligenten Gerät unterschiedliche Sprachassistenten zu verwenden,⁴² ii) die Stellung von Sprachassistenten und Betriebssystemen intelligenter Geräte als Mittler zwischen Nutzern auf der einen Seite und intelligenten Geräten bzw. IoT-Diensten für Verbraucher auf der anderen Seite,⁴³ iii) den Zugang zu Daten einschliesslich Informationen über die Interaktion der Nutzer mit intelligenten Geräten und verbraucherbezogenen IoT-Dienste Dritter⁴⁴ sowie iv) die technologische Fragmentierung

³⁸ EuGH, Urteil vom 15. Juni 1993 in der Rechtssache C-225/91, ECLI:EU:C:1993:239 – Matra/Kommission.

³⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 9. Juni 2021, IP/21/2884.

⁴⁰ Siehe dazu Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 107.

⁴¹ Vorläufiger Bericht der Europäischen Kommission – Sektorenuntersuchung zum Internet der Dinge vom 9. Juni 2021, SWD (2021) 144 final, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-06/internet_of_things_preliminary_report.pdf>.

⁴² Vorläufiger Bericht, 20 ff.

⁴³ Vorläufiger Bericht, 39 ff.

⁴⁴ Vorläufiger Bericht, 79 ff.

und das Fehlen gemeinsamer Standards, durch das Vorherrschen prioritärer Technologien und wegen mangelnder Interoperabilität im Bereich des Internets der Dinge für Verbraucher.⁴⁵

Des Weiteren habe eine Mehrheit der Teilnehmer der Sektorenuntersuchung die Kosten der Technologieinvestitionen und die Wettbewerbssituation als Haupthindernisse für einen Markteintritt oder eine Expansion in diesem Bereich bezeichnet. Was die Wettbewerbssituation anbelangt, so würden viele Befragte beklagen, dass es schwierig sei, mit vertikal integrierten Unternehmen zu konkurrieren (z.B. *Google*, *Amazon* oder *Apple*).

Nach dessen Publikation wurde der vorläufige Bericht einer öffentlichen Konsultation unterzogen. Es ist damit zu rechnen, dass die Europäische Kommission den Abschlussbericht zur Sektorenuntersuchung voraussichtlich in der ersten Jahreshälfte 2022 veröffentlichen wird. Die Europäische Kommission kündigte bereits an, dass sie die Informationen, die im Zusammenhang mit der Sektoruntersuchung gesammelt werden, als Grundlage für künftigen Durchsetzungs- und Regulierungsmassnahmen in diesem Bereich heranziehen würde. Auch könnten diese Erkenntnisse in die laufenden legislativen Beratungen über die von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Verordnung über ein „[Gesetz über digitale Märkte](#)“ (Digital Markets Act, DMA)⁴⁶ einfließen.⁴⁷

⁴⁵ Vorläufiger Bericht, 55 ff., 63 ff. sowie 74 ff.

⁴⁶ Vorschlag vom 15. Dezember 2021 für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor (Gesetz über digitale Märkte), COM (2020) 842 final.

⁴⁷ Vgl. hierzu ausführlich Heinemann Andreas/Meier Giulia Mara, Der Digital Markets Act (DMA): Neues „Plattformrecht“ für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, 86 ff.; Seip Fabian/Berberich Matthias, Der Entwurf des Digital Markets Act, GRUR-Prax 2021, 44 ff.; Gielen Nico/Uphues Steffen, Digital Markets Act und Digital Services Act: Regulierung von Markt- und Meinungsmacht durch die Europäische Union, EuZW 2021, 627 ff.

b) *Urteilspraxis der europäischen Gerichte*

aa) *EuG stützt Ansicht der Europäischen Kommission betreffend Google-Shopping*

Im November 2021 hat das Gericht die Entscheidung der Europäischen Kommission vom Juni 2017⁴⁸ gutgeheißen, wonach *Google*⁴⁹ seine marktbeherrschende Stellung bei der allgemeinen Suche (sog. *Search Engine Results Page*, SERPs) missbraucht habe, indem es seinen eigenen Shoppingvergleichsdienst (sog. *Comparison Shopping Service*, nachfolgend „CSS“) gegenüber konkurrierenden Diensten bevorzugt habe.⁵⁰ In Ablehnung der Klage von *Google* bestätigt das Gericht den Beschluss der Europäischen Kommission, dass *Google* seine Marktmacht missbraucht habe und befand die gegen das Unternehmen verhängte Geldbusse i.H.v. EUR 2,42 Mrd. für zulässig.⁵¹

In diesem Grundsatzurteil folgt der EuG im Wesentlichen den Erläuterungen der Europäischen Kommission. Es beginnt mit einer ausführlichen Diskussion zum EU-Konzept des Leistungswettbewerbs (*competition on the merits*).⁵² Unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung zur Marktmacht von Unternehmen⁵³ (*leveraging*) befand der EuG, dass die Europäische Kommission nachgewiesen habe, dass das Verhalten von *Google* aufgrund mehrerer Faktoren vom Leistungswettbewerb abgewichen sei, insb. bei i) der Bedeutung des *Google*-Suchverkehrs für die CSS, ii) dem Verhalten der Nutzer bei der Online-Suche und iii) der Art des *Google*-Suchverkehrs, der nicht effektiv ersetzbar sei.⁵⁴ Ferner habe das Selbstreferenzieren von *Google* eine gewisse Form von „Abnormalie“ beinhaltet, denn für eine Suchmaschine sei die Beschränkung

⁴⁸ Fall AT.39740, *Google Search (Shopping)*, Entscheidung vom 27. Juni 2017.

⁴⁹ *Google* ist ein US-amerikanisches Unternehmen, das auf internetbezogene Produkte und Dienstleistungen spezialisiert und eine hundertprozentige Tochtergesellschaft von *Alphabet* der Muttergesellschaft des Konzerns (nachfolgend zusammen „*Google*“) ist. *Google* ist vor allem für seine Suchmaschine bekannt, die es Internetnutzern ermöglicht, mit Hilfe des von ihnen verwendeten Browsers und von Hyperlinks Websites zu finden und aufzurufen, die ihren Anforderungen entsprechen.

⁵⁰ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*.

⁵¹ Pressemitteilung des Europäischen Gerichts vom 10. November 2021, Nr. 197/21.

⁵² EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rz. 139–198.

⁵³ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rz. 162 mit Verweisen auf die Rs. *Intel* und *Post Danmark I*.

⁵⁴ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rz. 169–175.

ihrer Ergebnisse auf die eigenen Resultate nicht notwendigerweise vernünftig. Dies insb. in der vorliegenden Situation des Falles, in der die Marktmacht und die Marktzutrittschranken so beschaffen seien, dass als Reaktion auf diese Beschränkung kein Markteintritt innert eines ausreichend kurzen Zeitraums möglich sei.⁵⁵

Sodann stellt der EuG in Übereinstimmung mit den Einschätzungen der Europäischen Kommission zur Selbstreferenzierung fest, dass die allgemeine Ergebnisseite von *Google* Merkmale einer wesentlichen Einrichtung aufweise, da es keinen Ersatz gebe und konkurrierende Shopping-Dienste im Allgemeinen vom Datenverkehr von *Google* abhängig seien.⁵⁶ Da die *Bronner*-Voraussetzungen⁵⁷ im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien, kam das Gericht zum Ergebnis, dass das Verhalten von *Google* eine positive Diskriminierung darstelle.⁵⁸

Schliesslich, so das Gericht, habe die Europäische Kommission im Fall von *Google* zu recht mehrere potentielle wettbewerbswidrige Auswirkungen auf den Märkten für CSS festgestellt, da die fraglichen Praktiken laut der angefochtenen Entscheidung geeignet seien, konkurrierende CSS dazu zu veranlassen, ihre Tätigkeit einzustellen, ihren Innovationsreiz oder denjenigen von *Google* zu verringern und somit die Wettbewerbsstruktur des Marktes zu beeinträchtigen.⁵⁹

⁵⁵ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rz. 178.

⁵⁶ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rz. 224.

⁵⁷ Gemäss der in der Rechtssache *Bronner* entwickelte „essential facility doctrine“ ist die Verweigerung eines Zugangs zu einer wesentlichen Einrichtung missbräuchlich, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: i) die Unentbehrlichkeit der wesentlichen Einrichtung, ii) die Verweigerung des Zugangs zu gleichen Bedingungen, iii) die Ausschaltung des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt und iv) keine objektive Rechtfertigung; Vgl. EuGH, Urteil in der Rechtssache C-7/97 vom 26. November 1998, ECLI:EU:C:1998:569 – *Bronner*.

⁵⁸ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rz. 240 unter Berufung auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Slovak Telekom* aus dem Jahr 2021.

⁵⁹ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 – *Google und Alphabet/Kommission (Google Shopping)*, Rz. 451.

3. Zusammenschlusskontrolle

a) Entwicklungen im Sekundärrecht

aa) Evaluierung zu Zuständigkeits- und Verfahrensaspekten

Im März 2021 hat die Europäische Kommission die Ergebnisse ihrer Evaluierung zu Verfahrens- und Zuständigkeitsaspekten der EU-Fusionskontrolle vorgestellt.⁶⁰ Die Evaluierung ging vor allem den beiden Fragen nach, i) wie die im Jahr 2013 eingeführten Vereinfachungen wirksam sind und ii) ob anhand der umsatzbasierten Aufgreifschwelle diejenigen Zusammenschlussvorhaben, welche erhebliche Auswirkungen auf den Wettbewerb im Europäischen Binnenmarkt haben könnten, erfasst wurden.

Was die eingeführten Vereinfachungen betrifft, so habe die Evaluierung ergeben, dass diese seit deren Erlass im Jahr 2013 dazu geführt hätten, dass mehr unproblematische Zusammenschlussvorhaben im vereinfachten Verfahren geprüft wurden, sodass sowohl für die betroffenen Unternehmen als auch für die Europäische Kommission der Verwaltungsaufwand zurückgegangen sei. Es bedürfe daher keiner grundlegenden Änderungen der FKVO,⁶¹ jedoch sei eine weitere Verfahrensvereinfachung insb. in unkritischen Fällen erwägenswert: So könnten z.B. die Aufgreifschwelle zur Durchführung eines vereinfachten Verfahrens geändert oder „flexibler“ gehandhabt werden, sodass mehr Zusammenschlussvorhaben in ebendiesem Verfahren durchgeführt werden könnten.⁶² Hierzu hat die Europäische Kommission eine Folgenabschätzung eingeleitet und eine öffentliche Konsultation durchgeführt. Die Ergebnisse sind im ersten Quartal 2022 zu erwarten.

In Bezug auf die – für die Praxis besonders relevanten – Schwellenwerte habe die Evaluierung ergeben, dass die relevanten Zusammenschlussvorhaben im Europäischen Binnenmarkt durch die umsatzbasierten Aufgreifschwelle der FKVO generell wirksam erfasst worden seien. Insb. seien ergänzende Aufgreif-

⁶⁰ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 26. März 2021 „Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control“, SWD (2021) 66 final.

⁶¹ Verordnung (EG) 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl L 24 vom 29. Januar 2004, 1 (nachfolgend „FKVO“).

⁶² SWD (2021) 66 final, Rz. 177 & Rz. 271.

schwelen, welche auf den Transaktionswert abstellen,⁶³ nicht notwendig.⁶⁴ Dennoch seien in den letzten Jahren eine Reihe von Zusammenschlussvorhaben durchgeführt worden, welche potenziell Auswirkungen auf den Europäischen Binnenmarkt haben könnten, die jedoch weder von der Europäischen Kommission noch von nationalen Fusionskontrollbehörden geprüft worden seien, weil die nationalen oder die EU-Aufgreifschwelen nicht erreicht wurden. Dies insb., weil die Unternehmen zum Zeitpunkt des Zusammenschlusses (noch) geringe oder gar keine Umsätze erzielten. Solche Fälle seien insb. im Pharma-, Biotechnologie- und Digital-Sektor zu beobachten gewesen – allesamt Bereiche, die über ein starkes Wettbewerbspotenzial verfügen.⁶⁵ Aus diesem Grund hat die Europäische Kommission angekündigt, ihre Praxis hinsichtlich Verweisungen von Zusammenschlussvorhaben zu ändern.

Im Rahmen solcher Verweisungen können die nationalen Fusionskontrollbehörden der EU-Mitgliedstaaten nach Art. 22 FKVO bei der Europäischen Kommission beantragen, dass die Europäische Kommission Zusammenschlussvorhaben prüft, die bei der nationalen Fusionskontrollbehörde angemeldet wurden. Dies auch dann, wenn das Zusammenschlussvorhaben zwar die umsatzbasierten Aufgreifschwelen der FKVO nicht erreicht, der Handel zwischen EU-Mitgliedstaaten und der Wettbewerb in oder zwischen EU-Mitgliedstaaten durch das Zusammenschlussvorhaben aber beeinträchtigt werden könnte. In der Vergangenheit hat die Europäische Kommission von solchen Verweisungen abgeraten, weil bei derartigen Zusammenschlussvorhaben i.d.R. nicht mit nennenswerten Auswirkungen auf den Europäischen Binnenmarkt zu rechnen gewesen sei.⁶⁶ In den vergangenen Jahren haben die Marktentwicklungen jedoch zu einem allmählichen Anstieg der Zahl der Zusammenschlussvorhaben geführt, bei denen die Umsatzschwelen der FKVO zwar nicht erreicht, das Zusammenschlussvorhaben aber aufgrund eines Verweisungsantrags eines oder mehrerer EU-Mitgliedsstaaten dennoch von der

⁶³ Solche wurden z.B. in Deutschland im Rahmen der 9. GWB-Novelle eingeführt, wodurch Zusammenschlussvorhaben immer dann anzumelden sind, wenn dessen Wert mehr als EUR 400 Mio. beträgt, unabhängig der Umsatzerlöse der beteiligten Unternehmen, vgl. § 35 Abs. 1a Ziff. 3 GWB.

⁶⁴ SWD (2021) 66 final, Rz. 266.

⁶⁵ SWD (2021) 66 final, Rz. 132 ff.

⁶⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 26. März 2021, IP/21/1384.

Europäischen Kommission geprüft wurde.⁶⁷ Das Potential dieser Vorschrift nun anscheinend erkennend, plant die Europäische Kommission etwa auch sog. „Killer-Akquisitionen“ zu prüfen, d.h. Transaktionen mit denen marktstarke Unternehmen kleine innovative (aktuelle oder potenzielle) Wettbewerber aufkaufen, bevor diese Umsätze erzielen, welche eine Anmeldepflicht bei nationalen Fusionskontrollbehörden oder der Europäischen Kommission auslösen.⁶⁸

Um darzulegen, wie dies konkret erfolgen soll, hat die Europäische Kommission gleichentags eine Mitteilung über die Verweisung nach Art. 22 FKVO⁶⁹ veröffentlicht, welche die Erläuterungen aus der Mitteilung der Europäischen Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen⁷⁰ ergänzen soll. Gemäss der neuen Mitteilung kommen vor allem Zusammenschlussvorhaben in Betracht, bei denen der Umsatz mindestens eines der betroffenen Unternehmen nicht dessen tatsächliches oder künftiges Wettbewerbspotenzial widerspiegelt – namentlich, weil i) es sich bei diesem um ein Start-Up oder um einen neuen Wettbewerber mit erheblichen Wettbewerbspotenzial handelt, ii) es Zugang zu bedeutsamen Vermögenswerten (z.B. Rohstoffen, Infrastruktur, Daten, Immaterialgüter, usw.) hat oder iii) es Produkte anbietet, die einen wichtigen Input für andere Wirtschaftszweige darstellen.⁷¹ Damit gedenke die Europäische Kommission, den Auswirkungen der Digitalisierung auf die Wettbewerbspolitik zu entsprechen.⁷² Die nationale Fusionskontrollbehörde eines EU-Mitgliedstaats soll eine Verweisung innerhalb von 15 Arbeitstagen stellen, nachdem das Zusammenschlussvorhaben angemeldet wurde oder die Behörde „anderweitig“ von diesem erfahren hat – dies auch dann, wenn nach natio-

⁶⁷ Vgl. z.B. Fall M.9744, MASTERCARD / NETS, Entscheidung vom 17. August 2020 & Fall M.9547, JOHNSON & JOHNSON / TACHOSIL (dieses Zusammenschlussvorhaben wurde gar aufgegeben). Vgl. hierzu auch die Ausführungen in Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 115 f. bzw. 121 f. Siehe auch die jüngsten Fälle im Jahr 2021 in Kap. [I.3.b\)dd](#)) und Kap. [I.3.b\)ee](#)).

⁶⁸ So auch Bischke Alf-Henrik/Brack Sebastian, Neuere Entwicklungen im Kartellrecht: Europäische Kommission evaluiert die EU-Fusionskontrolle und stellte wichtige Änderungen ihrer Praxis bei der Verweisung von Zusammenschlüssen vor, NZG 2021 638 ff., 640.

⁶⁹ Mitteilung der Kommission: Leitfaden zur Anwendung des Verweisungssystems nach Artikel 22 der Fusionskontrollverordnung auf bestimmte Kategorien von Vorhaben, C (2021) 1959 final, ABI C 113 vom 31. März 2021, 3.

⁷⁰ Mitteilung der Kommission über die Verweisung von Fusionsfällen, ABI C 56 vom 5. März 2005, 2.

⁷¹ C (2021) 1959 final, Rz. 19.

⁷² IP/21/1384.

nalem Recht keine Anmeldepflicht besteht.⁷³ Dies bedeutet, dass es ausreicht, dass eine nationale Behörde aus den Medien oder über Whistleblower von dem Zusammenschluss erfährt, um innerhalb von 15 Arbeitstagen eine Verweisung bei der Europäischen Kommission zu beantragen. Ein derartig erfolgreicher Verweisungsantrag hätte dann zur Folge, dass das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO greift, wenn die Europäische Kommission den beteiligten Unternehmen vor Vollzug des Zusammenschlusses mitteilt, dass ein Verweisungsantrag gestellt wurde.⁷⁴ Das Vollzugsverbot erlöscht erst, wenn die Europäische Kommission beschliesst, das Zusammenschlussvorhaben nicht zu prüfen.⁷⁵

Die geplante Ausweitung der Verweisungspraxis der Europäischen Kommission würde erhebliche Auswirkungen auf den M&A-Bereich in Europa haben, schafft sie doch die Möglichkeit, fast jede (beliebige) Transaktion zu überprüfen – unabhängig davon, ob die Aufgreifschwelle der nationalen und/oder der EU-Fusionskontrolle erreicht werden oder nicht.⁷⁶ Einen ersten Eindruck von dieser Praxis gibt die Europäische Kommission bereits bei der Übernahme des Biotechnologie-Unternehmens GRAIL durch das Genomikunternehmen Illumina.⁷⁷

bb) Multilaterale Arbeitsgruppe für Zusammenschlüsse in Pharmabranche

Im März 2021 gab die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission bekannt, dass sie gemeinsam mit der U.S.-amerikanischen *Federal Trade Commission* (FTC), dem *Canadian Competition Bureau* aus Kanada, der *Competition and Markets Authority* des Vereinigten Königreichs (CMA), dem US-Justizministerium und drei US-Generalstaatsanwaltschaften eine multilaterale Arbeitsgruppe zur Prüfung der Auswirkungen von Zusammenschlüssen im Arzneimittelsektor ins Leben gerufen hat. Von der FTC angeregt, soll sich die Arbeitsgruppe in die bereits bestehende Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbsbehörden einfügen.

Da die Zahl der Zusammenschlüsse in der Pharmabranche in den letzten Jahren gestiegen sei, müsse sorgfältig geprüft werden, welche Zusammenschlüsse zu höheren Arzneimittelpreisen, geringerer Innovation und/oder wettbewerbswidrigem Verhalten führen könnten. Das gemeinsame Projekt soll auf der Sachkenntnis der Wettbewerbsbehörden und anderer Interessenträ-

⁷³ C (2021) 1959 final, Rz. 28.

⁷⁴ Art. 22 Abs. 4 S. 2 FKVO.

⁷⁵ C (2021) 1959 final, Rz. 31.

⁷⁶ Vgl. hierzu kritisch: von Schreitter/Florian/Urban Julian, Schlagloch voraus! – Zur geplanten Ausweitung der Verweisungspraxis nach Art. 22 FKVO, NZKart 2020, 637 ff.

⁷⁷ Vgl. hierzu ausführlich Kap. [I.3.b\)ee](#).

ger mit einschlägiger Erfahrung aufbauen, damit das Wettbewerbsrecht möglichst wirksam durchgesetzt werden könne. Ziel der Arbeitsgruppe sei es, konkrete und umsetzbare Schritte auszuarbeiten, um die Prüfung von Zusammenschlüssen im Pharmabereich an die neuesten Gegebenheiten anzupassen. Insbesondere sollen die Kontrolle und die Untersuchung solcher Zusammenschlüsse verbessert werden.⁷⁸ Bereits zwei Monate später, im Mai 2021, lancierte die Arbeitsgruppe eine gemeinsame Konsultation im Bereich der Zusammenschlüsse im Pharmabereich, welche bezwecke, Ideen und Ansichten aller Interessenträger in diesem Bereich zu sammeln. Diese Beiträge wurden bereits veröffentlicht⁷⁹ und sollen in einen Workshop einfließen, der von der Arbeitsgruppe organisiert wird.⁸⁰

b) *Verfahren und Entscheidungen der Europäischen Kommission*

aa) *Die europäische Fusionskontrolle in Zahlen*

Auch im zurückliegenden Berichtszeitraum erhielt die Europäische Kommission eine hohe Anzahl an Anmeldungen. Im Gegensatz zur Tendenz der Vorjahre, war die Anzahl an Anmeldungen wieder ansteigend und so hoch wie seit dem Jahr 2018 nicht mehr: So wurden im Jahr 2021 bei der Europäischen Kommission 405 Zusammenschlussvorhaben angemeldet (361 im Jahr 2020), wovon 309 im vereinfachten Verfahren⁸¹ durchgeführt wurden (278 im Jahr 2020). Insgesamt hat die Europäische Kommission in diesem Zeitraum 389 Entscheidungen (338 im Jahr 2020) getroffen, wobei in sieben Phase-I-Verfahren die Freigabe nur unter Auflagen erteilt wurde. In ebenfalls sieben Fällen wurde ein Phase-II-Verfahren eingeleitet. Im selben Zeitraum konnten fünf solcher Verfahren abgeschlossen werden, in vieren erfolgte die Freigabe nur unter Auflagen. Während im Jahr 2021 die Europäische Kommission erneut keine Verbote aussprach (ebenfalls 0 im Jahr 2020), wurden drei Zusammenschlussvorhaben in der Phase-II aufgegeben (zwei im Jahr 2020).⁸²

⁷⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 16. März 2021, IP/21/1203.

⁷⁹ Die eingereichten Beiträge sind abrufbar unter <<https://www.regulations.gov/docket/FTC-2021-0025/comments>>.

⁸⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 11. Mai 2021, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition-policy/index/news/multilateral-working-group-pharmaceutical-mergers-launches-joint-public-consultation-2021-05-11_de>.

⁸¹ Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b FKVO.

⁸² Statistiken der DG COMP, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en>.

Nachfolgend soll eine kleine Auswahl erwähnenswerter Zusammenschlussvorhaben vorgestellt werden, wobei lediglich bedingte Freigaben in Phase-I (bb), bedingte Freigaben in Phase-II (cc) und die Aufgaben in Phase-II (dd) berücksichtigt werden. Daran anschliessend wird auf ein derzeit laufendes Verfahren eingegangen, welches das Vollzugsverbot betrifft (ee).

bb) Bedingte Freigaben in Phase-I

aaa) Übernahme von Abfallbewirtschaftungsunternehmen von Suez

Das deutsche Konglomerat der *Schwarz-Gruppe*, zu der auch das Discountunternehmen *Lidl* und das Lebensmitteleinzelhandelsunternehmen *Kaufland* gehören und die in über 30 Staaten im Lebensmittelhandel tätig ist, drängt seit Längerem auf den Abfallsektor und ist bestrebt, ihre Position als international tätiger Umweltdienstleister zu festigen. Über ihre Geschäftssparte *PreZero* ist sie daher auch als integrierter Dienstleister im Bereich der Abfallbewirtschaftung tätig. *Suez* mit Sitz in Paris ist ein börsennotierter Konzern in der Umweltbranche, zu deren Hauptaktivitäten u.a. Recycling und Abfallbewirtschaftung gehören. In diesen Rahmen hält *Suez* mehrere Tochtergesellschaften in Deutschland, Luxemburg, den Niederlanden und Polen, welche in den Bereichen der Sammlung, Sortierung, Behandlung, Recycling und Entsorgung von Haushalts- und Gewerbeabfällen tätig sind (nachfolgend die „Betroffenen Abfallbewirtschaftungsunternehmen von *Suez*“).

Im April 2021 hat die Europäische Kommission die Übernahme der Betroffenen Abfallbewirtschaftungsunternehmen von *Suez* durch die *Schwarz-Gruppe* unter Auflagen genehmigt.⁸³ Die Europäische Kommission hatte Bedenken, dass die geplante Übernahme in der ursprünglich angemeldeten Form den Wettbewerb auf dem Markt für Leichtverpackungssortierungen (nachfolgend „LVP-Sortierung“) in den Niederlanden erheblich eingeschränkt hätte. Insbesondere habe die Untersuchung der Europäischen Kommission ergeben, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen mit Abstand der grösste Marktteilnehmer gewesen wäre, in den Niederlanden mehr als die Hälfte der Kapazität für die LVP-Sortierung auf sich vereint hätte und für die niederländischen Kunden ein unumgänglicher Handelspartner geworden wäre. Weiter stellte die Europäische Kommission fest, dass Wettbewerber mit Sitz ausserhalb der Niederlande nur geringeren Wettbewerbsdruck ausüben würden, da die Kunden – zur Minimierung der mit dem Strassenverkehr verbundenen Kosten und CO₂-Emissionen – einer Abfallsortierung möglichst

⁸³ Fall M.10047, SCHWARZ GROUP / SUEZ WASTE MANAGEMENT COMPANIES, Entscheidung vom 14. April 2021.

nah an der Sammelstelle den Vorzug geben würden. Um die Wettbewerbsbedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, bot die *Schwarz-Gruppe* an, das gesamte Geschäft der LVP-Sortierung von Suez in den Niederlanden zu veräußern. Unter Berücksichtigung dieser Auflage gelangte die Europäische Kommission zum Ergebnis, dass das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb in den Niederlanden nicht gefährde.⁸⁴

bbb) Übernahme von Telekom Romania durch Orange

Im Juli 2021 genehmigte die Europäische Kommission die Übernahme von *Telekom Romania Communications* (nachfolgend „TKR“) durch die *Orange S.A.* (nachfolgend „Orange“).⁸⁵ *Orange*, mit Sitz in Frankreich, ist ein weltweit aufgestellter Telekommunikationsanbieter, der in Rumänien über seine zwei Tochtergesellschaften tätig ist. Dort bietet *Orange* in erster Linie mobile Telekommunikationsdienstleistungen an, die über ein eigenes Mobilfunknetz laufen, und in sehr begrenztem Umfang auch Festnetztelefonie, Festnetzinternet und TV-Leistungen, die fast ausschliesslich über die Infrastrukturen Dritter laufen. *TKR* mit Sitz in Rumänien ist ein Anbieter von Festnetzkommunikationsdiensten und TV-Leistungen sowie von Vorleistungsdiensten für andere Telekommunikationsbetreiber. *TKR* wird indirekt von der *Deutschen Telekom* kontrolliert und hält eine Minderheitsbeteiligung von 30% an *Telekom Romania Mobile Communications* (nachfolgend „TRMC“), einem der vier wichtigsten Mobilfunkbetreiber in Rumänien. Auf der Grundlage einer Vereinbarung mit *TRMC* bietet *TKR* in sehr begrenztem Umfang als virtueller Mobilfunknetzbetreiber auch mobile Telekommunikationsdienstleistungen an.

Die Europäische Kommission äusserte Bedenken, dass das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt für Mobilfunkdienste beeinträchtigen könnte. Insbesondere wäre die 30%-Minderheitsbeteiligung von *TKR* an *TRMC*, einem der wichtigsten Wettbewerber von *Orange* auf diesem Markt, auf *Orange* übergegangen. Laut der Europäischen Kommission wären mögliche Folgen gewesen, dass i) der Anreiz für *Orange*, mit *TRMC* zu konkurrieren, zurückgehe, ii) *Orange* Zugang zu wirtschaftlich sensiblen Informationen über seinen Wettbewerber erhalte und iii) *Orange* wichtige Investitionen von *TRMC* oder die Übernahme des Betreibers durch einen strategischen Käufer blockieren könne. Um diese Bedenken auszuräumen, bot *Orange* einerseits an, die 30%-Minderheitsbeteiligung an *TRMC* an die griechische *Hellenic Telecommunications Organisation S.A.* (nachfolgend „OTE“)

⁸⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. April 2021, IP/21/1744.

⁸⁵ Fall M.10153, ORANGE / TELEKOM ROMANIA COMMUNICATIONS, Entscheidung vom 24. August 2021.

zu veräußern. OTE ist ebenfalls eine Tochtergesellschaft der *Deutschen Telekom* und war bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben der beherrschende Anteilseigner von TRMC. Andererseits verpflichtete *Orange* sich dazu, das Zusammenschlussvorhaben erst zu vollziehen, wenn i) eine verbindliche Vereinbarung zwischen TKR und OTE geschlossen wurde, ii) die Europäische Kommission OTE als geeigneten Käufer und auch die Vereinbarung genehmigt hat und iii) die Übertragung der Minderheitsbeteiligung an OTE vollzogen wurde.⁸⁶ Diese Kombination veranlasste die Europäische Kommission letztendlich dazu, das Zusammenschlussvorhaben zu genehmigen.

ccc) Übernahme von IHS Markit durch S&P Global

Im Oktober 2021 hat die Europäische Kommission die geplante Übernahme von *IHS Markit* durch *S&P Global* unter Bedingungen freigegeben.⁸⁷ *S&P Global* ist ein US-Unternehmen, das Bonitätsbewertungen, Rohstoffpreisbewertungen, Wertpapierkennziffern sowie Daten und Analysen für die Kapital- und Rohstoffmärkte weltweit anbietet. *IHS Markit* ist ein im Vereinigten Königreich ansässiger Anbieter von Daten und Analysen für Industrie, Finanzmärkte sowie staatliche Einrichtungen und vertreibt u.a. Preisbildungs- und Referenzdaten, Finanzindizes, Wertpapierkennungen, Bewertungs- und Handelsdienstleistungen.

Die Untersuchung der Europäischen Kommission konzentrierte sich auf die globalen Märkte für die Bewertung der Rohstoffpreise und für Marktinformationen sowie auf Bonitätsbewertungen, Finanzdaten, Indizes, Kennziffern sowie Marktinformationsprodukte, insbesondere im Kreditbereich.⁸⁸ Im Anschluss daran hatte die Europäische Kommission Bedenken, dass das Zusammenschlussvorhaben auf i) dem Markt für Preisbewertungen für Öl, Kohle, Biokraftstoffe und petrochemische Erzeugnisse, wo beide Zusammenschlussparteien zu den vier Unternehmen gehören, die solche Bewertungen weltweit anbieten, und die Märkte durch starke Netzwerkeffekte und hohe Marktzutrittsschranken geprägt sind, ii) dem Markt für Kreditkennungen, wo *IHS Markit* und *S&P Global* jeweils weltweit führende Identifikatoren bereitstellen und iii) dem Markt für Marktinformationen und Indizes über hebel-finanzierte Darlehen, wo beide Unternehmen tätig sind, den Wettbewerb einschränken könnte. Um die Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, boten die Zusammenschlussparteien im Bereich der Rohstoffpreisbewertung an, dass *IHS Markit* seine Ölpreisinformationsdienste sowie

⁸⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 28. Juli 2021, IP/21/3941.

⁸⁷ Fall M.10108, S&P GLOBAL / IHS MARKIT, Entscheidung vom 22. Oktober 2021.

⁸⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 22. Oktober 2021, IP/21/5461.

den Geschäftsbereich Kohle, Metalle und Bergbau veräussert. Im Bereich der Finanzdaten und -infrastruktur boten die Unternehmen an, dass *S&P Global* seine Kreditkennungssparte und seine Sparte über Marktinformationen und Indizes über hebel-finanzierte Darlehen veräussert. Durch diese Veräusserungen würden die Überschneidungen zwischen *S&P Global* und *IHS Markit* laut der Europäischen Kommission beseitigt, und überdies gewährleistet werden, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen keine Anreize haben würde, Wettbewerber aus diesen Märkten zu verdrängen. Unter diesen Bedingungen genehmigte die Europäische Kommission daher das Zusammenschlussvorhaben. Allerdings hat sie sich das Recht eingeräumt, den geplanten Veräusserungen vor deren Vollzug zuzustimmen.

cc) *Bedingte Freigaben in Phase-II*

aaa) *Übernahme von Eaton Hydraulics durch Danfoss*

Danfoss mit Sitz in Dänemark ist ein weltweit tätiges Unternehmen, das hauptsächlich für die Bereiche Kälte, Klima, Heizung, Motorregelung und Hydraulik für geländegängige Fahrzeuge Bauteile fertigt und Technik entwickelt. *Eaton* mit Sitz in Irland ist ein weltweit tätiges Unternehmen, das Energiemanagementlösungen für elektrische und hydraulische Anwendungen sowie für Anwendungen in der Luft- und Raumfahrt und der Fahrzeugtechnik anbietet. Deren Tochtergesellschaft *Eaton Hydraulics* fertigt und vertreibt Hydraulikkomponenten und -systeme für industrielle und mobile Anwendungen. Am 17. August 2020 meldeten *Danfoss* und *Eaton* ein Zusammenschlussvorhaben an, wonach *Danfoss* die *Eaton Hydraulics* übernehmen wolle, um damit zur Nummer eins im Bereich Mobil- und Industriehydraulik aufzusteigen. Nach Einleitung einer Phase-II-Prüfung am 21. September 2020 genehmigte die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben im März 2021 unter Auflagen.⁸⁹

Danfoss und *Eaton Hydraulics* zählen beide zu den weltweit führenden Herstellern von Hydraulikteilen, die zur Herstellung von Hydrauliksystemen für eine Vielfalt von Maschinen eingesetzt werden. Der Zweck eines hydraulischen Systems besteht darin, eine Maschine zu bewegen, indem Energie vom Quellenpunkt, z. B. von einem Motor, zum Einsatzort transportiert wird.⁹⁰ In Bezug auf die Zusammenlegung der Hydraulik-Paletten beider Unternehmen für mobile Maschinen (nachfolgend „Mobile Anwendungen“) hegte die Europäische Kommission Wettbewerbsbedenken. Ihre Untersuchung habe ergeben,

⁸⁹ Fall M.9820, DANFOSS / EATON HYDRAULICS, Entscheidung vom 18. März 2021.

⁹⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 18. März 2021, IP/21/1243.

i) dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer geringen Auswahl an Zulieferern und höheren Preisen für bestimmte Hydraulikkomponenten für Mobile Anwendungen führen würde und ii) dass bei diesen Hydraulikkomponenten das Zusammenschlussvorhaben zu hohen gemeinsamen Marktanteilen auf bereits konzentrierten Märkten führen würden. Bei Letzteren bestünden darüber hinaus hohe Marktzutrittsschranken, die das Aufkommen neuer Marktteilnehmer verhindern würden.

Um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission auszuräumen, bot *Danfoss* an einige bestimmte Mobile Anwendungen (insb. hydraulische Lenkanlagen, elektrohydraulische Lenkventile und Orbitalmotoren), einschliesslich einiger *Danfoss*-Werke in Polen, Deutschland und den USA zu veräußern. Zudem schlugen die Zusammenschlussparteien vor, die Produktionsanlagen und -linien derselben Produkte von *Eaton Hydraulics* auf das zu übertragene *Danfoss*-Werk in den USA zu übertragen, um diese strukturelle Veräußerung zu vervollständigen. Auf diese Weise boten die Zusammenschlussparteien an, eine breite Produktpalette für hydraulische Lenkanlagen, elektrohydraulische Lenkventile und Orbitalmotoren zu veräußern, wodurch die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Europäischen Kommission ausgeräumt wurden.

bbb) Übernahme von GrandVision durch EssilorLuxottica

EssilorLuxottica ist ein französisch-italienisches vertikal integriertes multinationales Unternehmen mit Sitz in Paris. Das Unternehmen ging am 1. Oktober 2018 aus dem Zusammenschluss der italienischen *Luxottica Group S.p.A.* mit dem französischen Unternehmen *Essilor International S.A.* hervor.⁹¹ *EssilorLuxottica* ist sowohl europa- als auch weltweit der führende Anbieter von Brillengläsern und -gestellen (gleichermaßen Korrektur- und Sonnenbrillen) und ist in allen Phasen derer Entwicklung, Herstellung, Grosshandel und Vertrieb tätig. Insbesondere stellt es verschiedene Brillen unter den Marken *Armani*, *Bulgari*, *Burberry*, *Chanel*, *Dolce & Gabbana*, *Ferrari*, *Miu Miu*, *Oakley*, *Prada*, *Ralph Lauren*, *Ray Ban*, *Valentino*, *Varilux* und *Versace* her. Des Weiteren betreibt das Unternehmen weltweit über 9'100 Einzelhandelsgeschäfte zum Handel mit augenoptischen Produkten.

GrandVision ist ein Augenoptik-Einzelhändler mit Sitz in Amsterdam, der weltweit Sehhilfen anbietet. *GrandVision* bietet Optikerleistungen wie Sehtests an und verkauft eine Produktpalette, welche Korrekturbrillen (Gestelle und Gläser), Kontaktlinsen und -pflegeprodukte sowie Sonnenbrillen und

⁹¹ Fall M.8394, *ESSILOR / LUXOTTICA*, Entscheidung vom 1. März 2018.

andere Augenoptikprodukte umfasst. *GrandVision* betreibt mehr als 7'000 Einzelhandelsgeschäfte in über 40 Ländern, inkl. einige der grössten Optikerketten in Europa, u.a. unter den Marken *Grand Optical* (in mehreren EU-Mitgliedsstaaten), *Pearle* (in Belgien und den Niederlanden), *Apollo Optik* (in Deutschland) sowie *Visilab*, *McOptik* und *Koch Optik* (in der Schweiz). *GrandVision* bezieht seine Augenoptikprodukte u.a. von *EssilorLuxottica* und verkauft diese an Endkunden weiter.

Am 23. Dezember 2019 teilten die Zusammenschlussparteien der Europäischen Kommission mit, dass *EssilorLuxottica* vorhabe, *GrandVision* zu übernehmen. Am 6. Februar 2020 wurde ein Phase-II-Verfahren eingeleitet. Die Prüfung der Europäischen Kommission konzentrierte sich insbesondere auf Bedenken, die sich angesichts der Kombination der starken Stellung von *EssilorLuxottica* auf dem Grosshandelsmarkt für Augenoptikprodukte (vor allem Brillengläser und -gestelle) und der starken Marktposition von *GrandVision* auf dem Einzelhandelsmarkt für diese Produkte ergeben könnten, wobei sie Rückmeldungen von mehr als 4'300 Optikern aus ganz Europa berücksichtigte.⁹² Aufgrund ihrer Marktuntersuchung hatte die Europäische Kommission Bedenken, dass das Zusammenschlussvorhaben den Zugang konkurrierender Optiker zu den Produkten von *EssilorLuxottica* in Belgien, Italien und den Niederlanden hätte verschlechtern können: So machte sie geltend, dass in den genannten Ländern das durch das Zusammenschlussvorhaben neu aufgestellte Unternehmen die Fähigkeit und den Anreiz gehabt hätte, seine wichtige Stellung im Grosshandel mit Brillengestellen zu nutzen, um konkurrierenden Einzelhändlern den Zugang zu von ihm hergestellten und vertriebenen Brillen zu erschweren. Des Weiteren wären in Italien die beiden grössten Einzelhändler, die auf dem Markt über Einzelhandelsketten tätig sind, zusammengeführt worden, wodurch ein führender Akteur auf dem Einzelhandelsmarkt für Augenoptikprodukte geschaffen worden wäre, der fast dreimal so gross gewesen wäre wie der zweitgrösste Marktteilnehmer.

Die Zusammenschlussparteien verpflichteten sich daher, i) in Belgien die *Grand Optical*-Einzelhandelskette mit ihren 35 Geschäften zu verkaufen, jedoch ohne den Markennamen, wodurch der Käufer diese umfirmieren muss, ii) in Italien insgesamt 174 Geschäfte beider Zusammenschlussparteien zu veräussern, teils mit und ohne den Markennamen, und iii) in den Niederlanden 142 Geschäfte der *GrandVision*-Einzelhandelskette *EyeWish* mitsamt der Marke zu veräussern. Dadurch gelangte die Europäische Kommission zum Ergebnis,

⁹² Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 23. März 2021, IP/21/1348.

dass das Zusammenschlussvorhaben keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken mehr aufwerfe und genehmigte das Zusammenschlussvorhaben im März 2021 unter Bedingungen.⁹³

dd) Aufgaben in Phase-II

Wie bereits erwähnt⁹⁴ wurden im Berichtszeitraum drei Zusammenschlussvorhaben aufgegeben, was u.a. auch der Covid-19-Pandemie geschuldet ist. Dies war mitunter der Fall beim ersten aufgegebenen Zusammenschlussvorhaben im Schiffbausektor. Im Februar 2018 schlossen der italienische Schiffbaukonzern *Fincantieri* und der französische Staat einen Kaufvertrag, wonach *Fincantieri* 50% der französischen Atlantikwerften in Saint-Nazaire (nachfolgend „*Chantiers de l'Atlantique*“) erwerben, und ein weiteres Prozent für 12 Jahre leihen sollte.⁹⁵ *Fincantieri* ist ein italienischer Schiffbaukonzern, der sich mehrheitlich in italienischem Staatseigentum befindet. *Fincantieri* ist als grösstes europäisches Schiffbauunternehmen in erster Linie in der Entwicklung und im Bau von Handelsschiffen, Marineschiffen und Offshore-Plattformen tätig. Die *Chantiers de l'Atlantique* befinden sich ebenfalls mehrheitlich in Staatseigentum, allerdings im französischen, und sind in erster Linie in der Entwicklung und Bau von Kreuzfahrtschiffen und Schiffen für die französische Marine tätig. Da der gemeinsame Umsatz der Zusammenschlussparteien nicht die Aufgreifschwelle der FKVO erreichte, wurde das Zusammenschlussparteien lediglich bei den französischen und deutschen Wettbewerbsbehörden angemeldet, welche jedoch einen Verweisungsantrag nach Art. 22 FKVO⁹⁶ stellten. Anhand der von Frankreich und Deutschland übermittelten Informationen forderte die Europäische Kommission *Fincantieri* im Januar 2019 auf, das Rechtsgeschäft bei ihr anzumelden.⁹⁷ Dies erfolgte im September 2019, worauf die Europäische Kommission im Oktober 2019 ein Phase-II-Verfahren einleitete.⁹⁸ Sie machte Bedenken geltend, dass das Zusammenschlussvor-

⁹³ Fall M.9569, *ESSILORLUXOTTICA / GRANDVISION*, Entscheidung vom 23. März 2021.

⁹⁴ Vgl. Kap. 1.3.b)aa).

⁹⁵ Diese Konstruktion war Bedingung des französischen Staats, um nicht die Kontrolle über die *Chantiers de l'Atlantique* zu verlieren. Frankreich hat an dem Unternehmen ein strategisches Interesse, da es regelmässig Schiffe für das französische Militär herstellt, darunter den geplanten nächsten französischen Flugzeugträger.

⁹⁶ Gemäss Art. 22 FKVO können ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten die Europäische Kommission ersuchen, einen Zusammenschluss zu prüfen, der zwar keine EU-weite Bedeutung hat, sich aber auf den Handel im Binnenmarkt auswirken und den Wettbewerb im Hoheitsgebiet des bzw. der antragstellenden EU-Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen könnte.

⁹⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. Januar 2019, IP/19/262.

⁹⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 30. Oktober 2019, IP/19/6205.

haben den Wettbewerb auf dem weltweiten Markt für den Bau von Kreuzfahrtschiffen beeinträchtigen könnte, da *Chantiers de l'Atlantique* als wichtiger Wettbewerber auf dem ohnehin bereits stark konzentrierten Markt mit Kapazitätsengpässen, der durch hohe Marktzutrittsschranken gekennzeichnet ist, wegfallen und somit nur noch ein einziger weiterer europäischer Wettbewerber bestehen würde.⁹⁹ Aufgrund mangelnder Möglichkeiten Abhilfemassnahmen anzubieten und um den Zusammenschlussparteien die Möglichkeit zu geben, sich auf ihre Strategie zum Ausstieg aus der Covid-19-Krise und auf neue Projekte zu konzentrieren,¹⁰⁰ vereinbarten im Januar 2021 die Wirtschaftsminister Frankreichs und Italiens, als Vertreter der Eigentümer der Zusammenschlussparteien, das Zusammenschlussvorhaben abzubrechen.¹⁰¹

Im zweiten Fall brach die kanadische Fluggesellschaft *Air Canada* die Übernahme des kanadischen Reiseveranstalters *Transat* ab. Durch ihre Tochtergesellschaft *Air Transat* bietet *Transat* ebenfalls Flugreisen an. Nach der Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens im April 2020 leitete die Europäische Kommission im Mai 2020 ein Phase-II-Verfahren ein.¹⁰² Sie hatte Bedenken, dass die geplante Übernahme den Wettbewerb auf 33 Strecken zwischen einem Ausgangs- und einem Zielort (sog. A&Z-Märkte) zwischen dem EWR und Kanada erheblich verringern könnte, weil die Zusammenschlussparteien dort als bisher grösster bzw. zweitgrösster Anbieter von Linienpassagierflügen auf Marktanteile von 60% gekommen wären.¹⁰³ Die Anmeldung und die Einleitung der eingehenden Prüfung erfolgten somit mitten in der ersten Welle der Covid-19-Pandemie, in welcher die Flotten der meisten Fluggesellschaften – mit Ausnahme weniger Fracht- und Rückführungsflüge – komplett stilllagen und umfangreiche staatliche Unterstützungsmassnahmen zugunsten der

⁹⁹ Fall M.9162, FINCANTIERI / CHANTIERS DE L'ATLANTIQUE.

¹⁰⁰ Z.B. Bau und Entwicklung einer europäischen Tarnkappen-Korvette im Rahmen von PESCO.

¹⁰¹ Naval News, France, Italy Drop Chantiers de l'Atlantique / Fincantieri Merger Plan vom 28. Januar 2021, abrufbar unter <<https://www.navalnews.com/naval-news/2021/01/france-italy-drop-chantiers-de-latlantique-fincantieri-merger-plan/>>.

¹⁰² Fall M.9489, AIR CANADA / TRANSAT.

¹⁰³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 25. Mai 2020, IP/20/934.

Unternehmen notwendig wurden.¹⁰⁴ Die kanadische Wettbewerbsbehörde äusserte ebenfalls wettbewerbsrechtliche Bedenken,¹⁰⁵ dennoch genehmigte das kanadische Transportministerium das Zusammenschlussvorhaben unter Auflagen.¹⁰⁶ Mit der Europäischen Kommission konnten die Zusammenschlussparteien jedoch keine Abhilfemassnahmen vereinbaren, weil diese sich weigerten, vorgeschlagene Abhilfemassnahmen anzunehmen, die für die Zusammenschlussparteien pandemiebedingt noch annehmbar gewesen wären. Die Europäische Kommission betonte, dass „[d]ie Standards und der Rahmen der EU-Fusionskontrollpolitik [...] auch in Zeiten schwerer Schocks, die die Wirtschaft betreffen, [gelten].“¹⁰⁷ Auch wenn der Ausbruch des Coronavirus den Luftfahrtsektor stark in Mitleidenschaft gezogen habe, sei jedoch „die Erhaltung wettbewerbsfähiger Marktstrukturen von entscheidender Bedeutung, um eine rasche und kräftige Erholung zu gewährleisten“¹⁰⁸ und damit zu priorisieren. Im April 2021 gaben die Zusammenschlussparteien daher bekannt, die Transaktion aufzugeben.

Das letzte aufgegebenes Zusammenschlussvorhaben betraf die Versicherungsmaklerbranche und involvierte die Unternehmen *Aon* und *Willis Towers Watson* (nachfolgend „WTW“), beide mit Sitz im Dublin, jedoch mit operativem Sitz in London. Beide Unternehmen erbringen für gewerbliche Kunden Dienstleistungen im Bereich der Vermittlung von Versicherungen für wirtschaftliche Risiken und von Rückversicherungen sowie Beratungs- und Verwaltungsdienste in den Bereichen Altersversorgung und Gesundheitsvorsorge in jeweils über 100 Staaten. Mit dem Unternehmen *Marsh & McLennan Companies* bilden *Aon* und *WTW* zusammen die sog. „grossen Drei“ in der Maklerbranche von

¹⁰⁴ Vgl. hierzu die beihilfenrechtlichen Ausführungen zu den Unterstützungsmassnahmen zugunsten von Fluggesellschaften in der Covid-19-Pandemie: Seitz Claudia/Berne André S., Das EU-Beihilfenrecht und die Coronakrise: Die Regelungen des Unionsrechts zur Unterstützung der Wirtschaft in Zeiten der Pandemie, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, Zürich/Basel/Genf 2020, 393 ff., 406 & Seitz Claudia/Berne André S., Das EU-Beihilfenrecht nach einem Jahr Coronakrise: Impfung oder Überdosis? – Ein Überblick, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich/Basel/Genf 2021, 507 ff., 519 ff.

¹⁰⁵ Competition Bureau Canada, Report to the Minister of Transport and the Parties to the Transaction Pursuant to Subsection 53.2(2) of the Canada Transportation Act vom 27. März 2020, abrufbar unter <<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04522.htm>>.

¹⁰⁶ Transport Canada, Explanatory Note, abrufbar unter <<https://tc.canada.ca/en/aviation/commercial-air-services/air-carrier-mergers-acquisitions-joint-ventures/government-canada-approves-proposed-purchase-transat-inc-air-canada/explanatory-note>>.

¹⁰⁷ Mitteilung der Europäischen Kommission vom 2. April 2021, STATEMENT/21/1562.

¹⁰⁸ STATEMENT/21/1562.

Versicherungen, vor etwas kleineren Unternehmen wie z.B. *Arthur J. Gallagher* (nachfolgend „*Gallagher*“) mit Sitz in der Nähe von Chicago. Im November 2020 meldeten *Aon* und *WTW* bei der Europäischen Kommission ein Zusammenschlussvorhaben an, bei welchem *Aon* seinen Wettbewerber *WTW* übernehmen wollte, um den weltweit grössten Versicherungsmakler zu gründen. Nach Einleitung einer Phase-II-Untersuchung im Dezember 2020 genehmigte die Europäische Kommission das Zusammenschlussvorhaben im Juli 2021 unter den Bedingungen, dass mehrere Bereiche der Europa-Geschäfte von *Aon* und *WTW* in ihrer Gesamtheit an *Gallagher* veräussert würden.¹⁰⁹ Dabei betonte die Europäische Kommission, dass sie bei diesem Zusammenschlussvorhaben „mit mehreren Wettbewerbsbehörden auf der ganzen Welt eng zusammen[ge]arbeitet [hat], darunter auch mit dem US-Justizministerium.“¹¹⁰ Letzteres kam allerdings im Juni 2021 bei seiner Prüfung zu einem anderen Befund als die Europäische Kommission und untersagte das Zusammenschlussvorhaben,¹¹¹ weshalb *Aon* und *WTW* den Zusammenschluss sowie die Veräusserungen an *Gallagher* nicht vollzogen.¹¹²

ee) Einstweilige Massnahmen bei Gun-Jumping

Im Juli 2021 leitete die Europäische Kommission ein Phase-II-Verfahren ein, um die Übernahme des in der Gesundheitsbranche tätigen Unternehmens *GRAIL* durch das Genomikunternehmen *Illumina* eingehend zu prüfen.¹¹³ *Illumina* mit Sitz in San Diego ist ein weltweit tätiges Genomikunternehmen, das DNA-Sequenzierungssysteme¹¹⁴ entwickelt, herstellt und vertreibt, einschliesslich Sequenzierungsinstrumenten und damit verbundener Dienstleistungen. Es ist ein führender Anbieter von Sequenzierungssystemen der nächsten Generation für die genetische und genomische Analyse. Bei diesen Systemen handelt es sich um Medizinprodukte, die auf Blut gestützte Tests entwickeln

¹⁰⁹ Fall M.9829, AON / WILLIS TOWERS WATSON, Entscheidung vom 9. Juli 2021.

¹¹⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 9. Juli 2021, IP/21/3626.

¹¹¹ Mitteilung des U.S. Department of Justice vom 16 Juni 2021, abrufbar unter <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-block-aon-s-acquisition-willis-towers-watson>>.

¹¹² Versicherungsmakler *Aon* und *Willis Towers Watson* sagen Fusion ab, Handelsblatt-Online vom 26. Juli 2021, abrufbar unter <<https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/versicherer/uebernahme-versicherungsmakler-aon-und-willis-towers-watson-sagen-fusion-ab/27454490.html?ticket=ST-5078735-HxL4pQ9WdokUGiCi3mU6-cas01.example.org>>.

¹¹³ Fall M.10188, ILLUMINA / GRAIL.

¹¹⁴ Hierbei handelt es sich insb. um sog. DNA-Sequenzierautomaten, d.h. Laborgeräte zur automatischen Auswertung von DNA-Sequenzierungen.

und durchführen, mit denen Krebs erkannt oder geeignete Therapien für Krebspatienten ausgewählt werden können. Das bei San Francisco ansässige Biotechnologie-Unternehmen GRAIL entwickelt Blutkrebstests auf der Grundlage genomischer Sequenzierung. Das Vorzeigeprodukt von GRAIL ist ein Test zur Früherkennung von Multikarzinomen das GRAIL unter der Marke *Galleri* vertreibt. Dieser kann etwa 50 Krebserkrankungen bei asymptomatischen Patienten aus einer Blutprobe erkennen. GRAIL war im Jahr 2016 von *Illumina* gegründet und später ausgegliedert worden. *Illumina* blieb aber mit einem Anteil von 14,5% der grösste (nicht kontrollierende) Anteilseigner von GRAIL.

Im April 2021 gab die Europäische Kommission den Anträgen der französischen, belgischen, der griechischen, isländischen, niederländischen und norwegischen Wettbewerbsbehörden statt, das Zusammenschlussvorhaben nach der FKVO zu prüfen. Weder erreichte der geplante Zusammenschluss Aufgreifwelle der FKVO noch musste er in einem der genannten EU- bzw. EWR-Mitgliedstaaten angemeldet werden. Allerdings waren die Voraussetzungen für eine Verweisung nach Art. 22 FKVO sowie der jüngst erlassenen Leitlinien der Europäischen Kommission für Verweisungen nach Art. 22 FKVO¹¹⁵ erfüllt. Aufgrund dessen wurde das Zusammenschlussvorhaben im Juni 2021 bei der Europäischen Kommission angemeldet, welche im Juli 2021 in Phase-II-Verfahren einleitete. Nach ihrer Auffassung könnte das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb auf dem aufstrebenden Markt für Entwicklung und Vertrieb von auf Sequenzierungstechnologien basierenden Tests zur Erkennung von Krebs einschränken. Insbesondere hatte die Europäische Kommission Bedenken, dass *Illumina* vertikale Strategien zur Abschottung von Vorleistungen verfolgen könnte. Die vorläufige Untersuchung habe darauf hingedeutet, dass *Illumina* angesichts seiner Führungsposition in der Sequenzierungstechnik sowohl in der Lage wäre als auch wirtschaftliche Anreize hätte, solche Abschottungsstrategien zu verfolgen.¹¹⁶ Eine Verweisung sei daher angebracht, weil das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb in den betreffenden EU- bzw. EWR-Mitgliedstaaten erheblich zu beeinträchtigen drohe und der Umsatz von GRAIL die Bedeutung des Unternehmens für den Wettbewerb nicht widerspiegeln. Dies hat allerdings zur Folge, dass das Vollzugsverbot des Art. 7 FKVO greift.¹¹⁷

Nachdem die Zusammenschlussparteien jedoch bereits für die Beurteilung der Europäischen Kommission wesentliche Informationen nicht innert Frist ein-

¹¹⁵ Vgl. hierzu die ausführlichen Hintergründe in Kap. [I.3.a\)aa](#).

¹¹⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 22. Juli 2021, IP/21/3844.

¹¹⁷ Vgl. hierzu Ausführungen in Kap. [I.3.a\)aa](#).

reichten, vollzogen sie, ungeachtet der noch laufenden Prüfung der Europäischen Kommission, am 18. August 2021 den Zusammenschluss und gaben diesen öffentlich bekannt. Nachdem die Europäische Kommission deswegen bereits am 20. August 2021 eine weitere Untersuchung einleitete,¹¹⁸ übermittelte sie den Zusammenschlussparteien sie am 20. September 2021 ihre Beschwerdepunkte.¹¹⁹ Am 29. Oktober 2021 erliess sie – soweit bekannt zum ersten Mal – einstweilige Massnahmen¹²⁰ und leitete entsprechende Verfahren ein.¹²¹ Demnach sind die Zusammenschlussparteien angehalten i) GRAIL von *Illumina* getrennt zu halten und von unabhängigen „Hold-separate-Managern“ führen zu lassen, ii) keine vertraulichen Geschäftsinformationen auszutauschen und iii) geschäftliche Interaktionen zu Fremdvergleichsbedingungen entsprechend dem branchenüblichen Geschäftsgebaren durchzuführen. Des Weiteren ist GRAIL angehalten, an alternativen Transaktionen zu arbeiten, um sich auf eine mögliche Rückabwicklung des Zusammenschlusses vorzubereiten.¹²² Die Einhaltung der einstweiligen Massnahmen wird von einem Überwachungstreuhänder beaufsichtigt. Bei Widerhandlung drohen den Unternehmen Zwangsgelder i.H.v. bis zu 5% eines durchschnittlichen Tagesumsatzes¹²³ und/oder Geldbussen i.H.v. bis zu 10% ihres weltweiten Jahresumsatzes.¹²⁴ Unterdessen führt die Europäische Kommission die materielle Prüfung des Zusammenschlussvorhabens bis Februar 2022 fort. Es ist damit zu rechnen, dass den Unionsgerichte alsbald die Gelegenheit eingeräumt wird, sich über die Leitlinien der Europäischen Kommission für Verweisungen nach Art. 22 FKVO sowie über die Anordnung von einstweiligen Massnahmen zu äussern.

¹¹⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20. August 2021, IP/21/4322.

¹¹⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 20. September 2021, IP/21/4804.

¹²⁰ Gemäss Art. 8 Abs. 5 lit. a FKVO kann die Europäische Kommission einstweilige Massnahmen anordnen, um wirksamen Wettbewerb wiederherzustellen oder aufrecht zu erhalten, wenn ein Zusammenschluss unter Verstoss gegen Art. 7 FKVO vollzogen wurde und die Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission noch aussteht.

¹²¹ Fall M.10483, ILLUMINA / GRAIL (Art. 14 procedure); Fall M.10493, ILLUMINA / GRAIL (Art. 8(5) procedure).

¹²² Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 29. Oktober 2021, IP/21/5661.

¹²³ Art. 15 Abs. 1 lit. d FKVO.

¹²⁴ Art. 14 Abs. 2 lit. c FKVO.

c) *Urteilspraxis der europäischen Gerichte*

aa) *Verstoss gegen das Vollzugsverbot durch Nebenabreden*

Im Dezember 2014 schloss die *Altice Europe NV* (nachfolgend „*Altice*“), ein multinationales Kabel- und Telekommunikationsunternehmen, einen Aktienkaufvertrag zur Übernahme der *PT Portugal SGPS SA* (nachfolgend „*PT Portugal*“), einem Telekommunikations- und Multimediabetreiber in Portugal, ab. Da dieser Erwerb von der Europäischen Kommission zu genehmigen war, sah der Aktienkaufvertrag eine Reihe von Vereinbarungen zur Verwaltung der Geschäftstätigkeit von *PT Portugal* zwischen *Signing* und *Closing* vor (nachfolgend „*Nebenabreden*“). Im April 2015 erklärte die Europäische Kommission die Übernahme mit dem Binnenmarkt für vereinbar.¹²⁵ Nach Einleitung einer Untersuchung im März 2016 befand die Europäische Kommission jedoch, dass *Altice* aufgrund der *Nebenabreden* die Möglichkeit gehabt habe, i) bereits vor dem *Closing* einen bestimmenden Einfluss auf *PT Portugal* auszuüben und ii) in bestimmten Fällen *PT Portugal* bereits vor der Anmeldung des Zusammenschlusses kontrolliert habe. Sie verhängte daher im April 2018¹²⁶ wegen Verstoss gegen das Vollzugsverbot eine Gelbusse i.H.v. EUR 124,5 Mio. gegen *Altice*.

Mit Urteil vom 22. September 2021 wies das EuG die von *Altice* erhobene Klage auf Nichtigerklärung teilweise ab.¹²⁷ Dies, weil die *Nebenabreden* es *Altice* erlaubt hätten, die Zusammensetzung der Unternehmensleitung, die Preispolitik und eine grosse Bandbreite von Verträgen von *PT Portugal* bereits vor dem *Closing* mitzubestimmen, wodurch auch sensible Informationen zwischen *Altice* und *PT Portugal* ausgetauscht worden seien. Allerdings setzte der EuG die Geldbusse um 10% herab, weil *Altice* die Europäische Kommission bereits vor dem *Signing* über das Zusammenschlussvorhaben in Kenntnis setzte. Gegen diese Entscheidung wurde Rechtsmittel ergriffen.¹²⁸

bb) *Alternative Marktdefinition von Zeiträumen im Flugverkehr*

In seinen Urteilen vom 20. Oktober 2021 wies das EuG Klagen gegen die Übernahme bestimmter Vermögenswerte der ehemaligen Fluggesellschaft *Air Berlin* sowie einer *Air Berlin*-Tochter durch die Fluggesellschaften *EasyJet* und

¹²⁵ Fall M.7499, *ALTICE / PT PORTUGAL*, Entscheidung vom 20. April 2015.

¹²⁶ Fall M.7993, *ALTICE / PT PORTUGAL* (Art. 142 proc.), Entscheidung vom 24. April 2018.

¹²⁷ EuG, Urteil vom 6. September 2021 in der Rechtssache T-425/18, ECLI:EU:T:2021:607 – *Altice Europe/Kommission*.

¹²⁸ EuGH, Rechtssache C-746/21 P – *New Altice Europe/Kommission*.

Lufthansa ab.¹²⁹ Die polnische Fluggesellschaft LOT hatte gegen Beschlüsse der Europäischen Kommission geklagt, mit welchen die Übernahme Ende 2017 genehmigt wurde, da die fraglichen Zusammenschlüsse keinen Anlass zu ernsthaften Bedenken hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt gäben. Die Übernahmen sahen insbesondere die Übernahme mehrerer von *Air Berlin* gehaltener Zeitnischen (sog. Slots)¹³⁰ auf mehreren Flughäfen vor.¹³¹

Bei dieser Gelegenheit definierte die Europäische Kommission – zum ersten Mal in Fällen, die Passagierflugdienste betreffen – die relevanten Märkte nicht nach Städtepaaren zwischen einem Ausgangs- und einem Zielort (A&Z-Märkte): Da *Air Berlin* ihre Tätigkeiten vor und unabhängig von diesen Zusammenschlüssen einstellte, habe die Europäische Kommission laut EuG in zutreffender Weise den Schluss gezogen, dass sich *Air Berlin* aus allen A&Z-Märkten zurückgezogen habe, auf denen sie zuvor präsent war. Damit habe die Europäische Kommission richtigerweise die Auffassung vertreten, dass die fraglichen Zusammenschlüsse hauptsächlich die Übertragung von Zeitnischen betroffen hätten und dass diese betreffenden Zeitnischen keinem bestimmten A&Z-Markt zuzuordnen seien. Es sei daher vorzugswürdig gewesen, für die Zwecke der Analyse alle A&Z-Märkte ab oder nach jedem der Flughäfen, denen diese Zeitnischen zugeordnet waren, zusammenzufassen, und demnach die relevanten Märkte als „Märkte für Passagierflugdienste ab und nach diesen Flughäfen“ zu definieren.

Da die Zeitnischen von *Air Berlin* keinem A&Z-Markt zugeordnet waren, befand der EuG, dass die Europäische Kommission zu Recht darauf hingewiesen habe, dass diese Zeitnischen von *Lufthansa* bzw. *EasyJet* auf anderen A&Z-Märkten als denen, auf denen *Air Berlin* tätig war, genutzt werden könnten. Folglich sei es in diesem konkreten Fall, anders als bei Zusammenschlüssen von noch tätigen Fluggesellschaften, nicht sicher gewesen, dass sich die fraglichen Zusammenschlüsse in irgendeiner Weise auf den Wettbewerb auf den A&Z-Märkten auswirken würden, auf denen *Air Berlin* vor der Einstellung

¹²⁹ EuG, Urteil vom 20. Oktober 2021 in der Rechtssache T-240/18, ECLI:EU:T:2021:723 – LOT/Kommission & EuG, Urteil vom 20. Oktober 2021 in der Rechtssachen T-296/18, ECLI:EU:T:2021:724 –LOT/Kommission.

¹³⁰ Zeitnischen sind Erlaubnisse für eine Fluggesellschaft, die für den Betrieb eines Luftverkehrsdienstes ab oder nach einem Flughafen erforderliche Flughafeninfrastruktur des betreffenden Flughafens an einem bestimmten Tag und zu einer bestimmten Uhrzeit in vollem Umfang zu nutzen.

¹³¹ Fall M.8672, EASYJET / CERTAIN AIR BERLIN ASSETS, Entscheidung vom 12. Dezember 2017; Fall M.8633, LUFTHANSA / CERTAIN AIR BERLIN ASSETS, Entscheidung vom 21. Dezember 2017.

ihrer Tätigkeiten präsent war. Der EuG wies die daher Argumentation ab, dass die Europäische Kommission Fehler bei ihrer Entscheidung gemacht habe und dass die Beschlüsse für nichtig zu erklären seien.

4. Rechtsentwicklungen im Schadensersatzrecht

a) *Örtliche Zuständigkeit des Gerichts zum Ersten*

Am 15. Juli 2021 erging ein im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens gesprochenes Urteil des EuGH zur internationalen bzw. örtlichen Zuständigkeit bei Schadenersatzklagen aus Kartellabsprachen.¹³² Ausgangspunkt des Urteils bildete ein Rechtsstreit zwischen RH, einem Unternehmen mit Sitz in Cordoba (Spanien) einerseits und vier Unternehmen des LKW Herstellers Volvo, der AB Volvo (Göteborg Schweden), der Volvo Group Trucks Central Europe GmbH (Ismaning, Deutschland), der Volvo Lastvagnar AB (Göteborg, Schweden) und der spanischen Tochtergesellschaft Volvo Group España SA (Madrid, Spanien) andererseits.

Zwischen 2004 und 2009 erwarb RH von der Volvo Group España fünf LKW. In einem Beschluss vom Juli 2016 stellte die Europäische Kommission das Vorliegen einer Wettbewerbsabsprache über die Verkaufspreise zwischen 15 internationalen LKW-Herstellern fest, zu denen auch die eben genannten Gesellschaften des Volvo-Konzerns gehörten.¹³³ Infolgedessen klagte RH beim Handels- und Konkursgericht in Madrid auf Ausgleich des ihr durch die Kartellabsprachen ergangenen Schadens gegen die Volvo-Gesellschaften. Die Beklagten bestritten nicht die örtliche Zuständigkeit des Madrider Gerichts, wohl aber dessen internationale Zuständigkeit. Das Gericht setzte daraufhin das Verfahren aus und legte dem EuGH diese Frage zur Vorabentscheidung vor.

In Auslegung von Art. 7 Abs. 2 VO (EU) 1215/2012 (nachfolgend „Brüssel Ia-VO“)¹³⁴ stellte der EuGH fest, dass in einem Fall wie im Ausgangsverfahren die

¹³² EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 in der Rechtssache C-30/20, ECLI:EU:C:2021:604 - RH/Volvo u.a.

¹³³ Fall AT.39824, TRUCKS, Entscheidung vom 19. Juli 2016. Die Kartellabsprache betraf einen Zeitraum von Januar 1997 bis zum Januar 2011 und betraf zwei Arten von Produkten, nämlich LKW zwischen 6 und 16 Tonnen sowie LKW über 16 Tonnen, bei denen es sich sowohl um Solofahrzeuge als auch um Sattelzugmaschinen handelte.

¹³⁴ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABl L 351 vom 20. Dezember 2012, 1 ff. (Brüssel Ia-VO).

internationale und örtliche Zuständigkeit unter dem Gesichtspunkt der Verwirklichung des Schadenserfolgs auf zweierlei Arten festzulegen ist: i) Entweder kommt sie demjenigen Gericht zu, in dessen Bezirk das sich für geschädigt erachtete Unternehmen die betroffenen Gegenstände gekauft hat oder ii) sie kommt sie demjenigen Gericht zu – wenn die Gegenstände an mehreren Orten gekauft wurden – in dessen Bezirk sich der Sitz der Klägerin befindet. Mit anderen Worten sind die Gerichte sowohl an dem Ort zuständig, wo das von der Wettbewerbsabsprache betroffene Gut erworben wurde – und zwar völlig unabhängig davon, ob es sich um einen unmittelbaren oder mittelbaren Erwerb handelt – als auch am Geschäftssitz der von der Wettbewerbsabsprache Geschädigten.¹³⁵

Der Kern der vorliegenden Entscheidung, dass die örtliche Zuständigkeit der internationalen Zuständigkeit folgt, bringt zunächst wenig Neues. Es handelt sich dabei um einen der anerkannten Grundsätze des internationalen Zivilprozessrechts, wonach sich die internationale und örtliche Zuständigkeit direkt und unmittelbar aus der Brüssel Ia-VO ergibt. Bemerkenswert ist allerdings, dass der der EuGH Ausführungen zur Konkurrenz der Erwerbssorte im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Brüssel Ia-VO machte, obwohl dies im Sachverhalt nicht angezeigt war, weil in jeder Konstellation das Gericht in Cordoba und nicht jenes in Madrid zuständig gewesen wäre. Dabei wäre aber die Klärung der Rechtsfrage interessant gewesen, ob die Vorgaben zur Festlegung des Gerichtsstands auch auf Nichtadressaten einer Entscheidung der Europäischen Kommission Anwendung finden.¹³⁶ Diese verpasste Gelegenheit holte der EuGH allerdings nur wenige Monate später nach.¹³⁷

b) *Örtliche Zuständigkeit des Gerichts zum Zweiten*

In einem weiteren im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteil vom 11. November 2021¹³⁸ bestätigte der EuGH, dass ein einzelstaatliches Gericht in einem Zivilverfahren befugt ist, einen Verstoss gegen Art. 101 AEUV festzustel-

¹³⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020 in der Rechtssache C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534 – Verein für Konsumenteninformation.

¹³⁶ Die Frage der Passivlegitimation von Konzerngesellschaften und dem Gerichtsstand des Sachzusammenhangs wurde bereits offen gelassen in EuGH, Urteil vom 21. Mai 2015 in der Rechtssache C-352/13, ECLI:EU:C:335 – CDC Hydrogen Peroxide. Vgl. Rüdiger Lahme in: Stancke Fabian/Georg Weidenbach/Lahme Rüdiger (Hrsg.), Kartellrechtliche Schadenersatzklagen, 2. Aufl. 2021, Frankfurt a.M., Kap. D, Rz. 50; s. auch Thomas Thiede, Kartellrecht: Zuständigkeit bei Kartellabsprachen betreffend LKW-Verkaufspreise, EuZW 2021, 810 ff.

¹³⁷ Vgl. hierzu Kap. 4. c).

¹³⁸ EuGH, Urteil vom 11. November 2021 in der Rechtssache C-819/19, ECLI:EU:C:2021:904 – Stichting Cartel Compensation und Equilib Netherlands/Kommission.

len und folglich kartellrechtlichen Schadenersatz auch für den Zeitraum zuzusprechen, in dem die Europäische Kommission nicht über wirksame Befugnisse zur Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts verfügte.

Hintergrund dafür bildete ein Beschluss der Europäischen Kommission von März 2017, wonach mehrere Luftfahrtunternehmen an einer Wettbewerbsabsprache beteiligt waren und während eines Zeitraums von 1999 bis 2006 Preise für Luftfracht koordinierten.¹³⁹ In einem vor dem Bezirksgericht Amsterdam angestregten Zivilverfahren klagten SCC (eine niederländische Stiftung) und *Equilib* (eine Gesellschaft französischen Rechts) im Namen und in Vertretung mehrerer betroffener Geschädigter und machten Schadenersatzansprüche geltend.¹⁴⁰ Die Kläger begehrten ein Feststellungsurteil und Schadenersatz gegen mehrere an der Wettbewerbsabsprache beteiligten Fluggesellschaften wegen Verstosses gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV und Art. 53 Abs. 1 EWR-Abkommen. Insb. machten sie geltend, dass die Beklagten verschiedene Elemente des Preises für Luftfrachtdienste auf Strecken zwischen Flughäfen innerhalb der EU und des EWR koordiniert hätten. Aufgrund des Systems der sekundären Rechtsvorschriften, die der Rat gemäss Art. 103 AEUV für den Luftverkehrssektor eingeführt hatte, beschränkte die Europäische Kommission die Feststellung einer Zuwiderhandlung für EU-Drittlandstrecken auf den Zeitraum ab dem 1. Mai 2004 und für Nicht-EU-EWR-Drittlandstrecken ab dem 19. Mai 2005. Aus diesem Grund machten die Beklagten geltend, dass das Amsterdamer Gericht für Klagen aus Art. 101 AEUV für den Zeitraum von 1999 bis Mai 2004 bzw. Mai 2005 nicht zuständig sei und dass die Zuständigkeit allein bei den Behörden der EU/EWR-Mitgliedstaaten und der Europäischen Kommission im Rahmen der in den Art. 104 und 105 AEUV vorgesehenen „Übergangsregelung“ liege. Das Amsterdamer Gericht schloss sich dieser Argumentation nicht an und vertrat die Auffassung, dass sich die Klägerinnen auf die unmittelbare Wirkung von Art. 101 AEUV berufen könnten, und zwar unabhängig von der öffentlichen Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im gesamten streitigen Zeitraum.

In diesem Zusammenhang wurde der EuGH gebeten, über den Anwendungsbereich *ratione tempore* und die unmittelbare Wirkung von Art. 101 AEUV, Art. 53 EWR-Abkommen und Art. 53 VO (EG) 1/2003 zur Durchführung der EU-Wettbewerbsregeln im Rechtsstreit auf Schadenersatz zwischen den Geschädigten und den Luftfahrtunternehmen zu entscheiden. In seinem Urteil

¹³⁹ Fall AT.39258 – Luftfracht, Entscheidung vom 17. März 2017.

¹⁴⁰ Die klagenden Gesellschaften waren eigens gegründet worden, um die ihnen abgetretenen Schadenersatzansprüche aus den von der Europäischen Kommission festgestellten Wettbewerbsverstössen zu verfolgen.

stellt der EuGH fest, dass die einzelstaatlichen Gerichte für die Anwendung von Art. 101 AEUV oder Art. 53 EWR-Abkommens in einem privatrechtlichen Rechtsstreit über eine Schadensersatzklage zuständig seien, die nach Inkrafttreten der VO (EG) 1/2003 bei ihnen eingereicht worden sind, und zwar auch während des Übergangszeitraums, in dem die Art. 104 und Art. 105 AEUV anwendbar waren. Nach Auffassung des Gerichtshofs ergebe sich diese Zuständigkeit aus der unmittelbaren Wirkung der genannten Artikel.

Der Fall zeigt die Bedeutsamkeit auf, in EU-weiten Kartellfällen den richtigen Gerichtsstand für eine Schadensersatzklage zu wählen und welche Risiken bestehen, wenn die nationalen Gerichte keinen Gebrauch von Vorabentscheidungen machen, die eine einheitliche Anwendung des EU-Rechts in allen Mitgliedstaaten gewährleisten sollen.

c) *Haftung von Tochtergesellschaften bei Kartellfolgeklage*

Im Oktober 2021 fällte die Große Kammer des EuGH ein wegweisendes Urteil und entschied im Wesentlichen zum ersten Mal, dass Geschädigte einer Wettbewerbsabsprache unter bestimmten Umständen eine Schadensersatzklage gegen die Tochtergesellschaft eines Unternehmens erheben können, das sich dieses Verstosses schuldig gemacht hat.¹⁴¹ Das Urteil erging ebenfalls im Zusammenhang mit dem bereits erwähnten LKW-Kartell.¹⁴²

Die Mercedes Benz Trucks España ist eine spanische Tochtergesellschaft des Daimler-Konzerns, welcher von der Muttergesellschaft Daimler AG (nachfolgend „Daimler“) mit Sitz in Deutschland kontrolliert wird. Zwischen 1997 und 1999 erwarb Sumal von Mercedes Benz Trucks España zwei LKW. Im Juli 2016 erliess die Europäische Kommission einen Beschluss,¹⁴³ wonach 15 LKW-Hersteller, darunter Daimler, sich während eines Zeitraums von 1997 bis 2011 an einer Wettbewerbsabsprache über die Verkaufspreise beteiligt hatten. Um Schadenersatz für den von der Wettbewerbsabsprache betroffenen LKW zu erhalten, erhob Sumal vor dem Handelsgericht Barcelona eine Schadensersatzklage gegen die spanische Tochtergesellschaft von Daimler, der Mercedes Benz Trucks España. Während Daimler zu den Adressaten der Entscheidung der Europäischen Kommission gehörte, war ihre spanische Tochtergesellschaft davon nicht betroffen.

¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz.

¹⁴² Vgl. Kap. 1.4.a).

¹⁴³ Fall AT.39824, TRUCKS, Entscheidung vom 19. Juli 2016.

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchen wurde dem EuGH im Wesentlichen die Frage vorgelegt, ob die Geschädigte einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise eine Schadensersatzklage unterschiedslos entweder gegen eine Muttergesellschaft, die von der Europäischen Kommission wegen dieser Verhaltensweise in einer Entscheidung bestraft worden ist, oder gegen eine in dieser Entscheidung nicht genannte Tochtergesellschaft dieses Unternehmens erheben kann, wenn diese Unternehmen zusammen eine wirtschaftliche Einheit bilden.¹⁴⁴ Die Frage, ob eine Muttergesellschaft für das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft haftbar gemacht werden könne (sog. „Haftung nach oben“), wurde vom EuGH sowohl im öffentlich-rechtlichen (Rechtssache *Akzo*) als auch im privaten Kartellrecht (Rechtssache *Skanska*) beantwortet. Im vorliegenden Urteil befasste sich der EuGH nun zum ersten Mal mit der Frage, ob auch eine Tochtergesellschaft für das Verhalten ihrer Muttergesellschaft im Rahmen einer Schadensersatzklage haftbar gemacht werden könne (sog. „Haftung nach unten“).¹⁴⁵

Dabei stellte der EuGH stellt, dass die Geschädigte grundsätzlich nachweisen muss, dass die von der Muttergesellschaft geschlossene wettbewerbswidrige Vereinbarung, für die sie bestraft wurde, dieselben Produkte betrifft, wie die von der Tochtergesellschaft vermarkteten. Damit weist der Geschädigte nach, dass gerade die „wirtschaftliche Einheit“, zu der die Tochtergesellschaft zusammen mit ihrer Muttergesellschaft gehört, das Unternehmen darstellt, das die zuvor von der Europäischen Kommission gemäss Art. 101 Abs. 1 AEUV festgestellte Zuwiderhandlung tatsächlich begangen hat. Dies entspreche der Auslegung des funktionalen Unternehmensbegriffs.¹⁴⁶

Betreffend den Verteidigungsrechten einer Tochtergesellschaft, die mit einer Schadensersatzklage konfrontiert ist, unterscheidet der EuGH zwei Situationen.¹⁴⁷ In Fällen, in denen keine vorherige Entscheidung der Europäischen Kommission gegen die Muttergesellschaft ergangen ist, sei die Tochtergesellschaft berechtigt, i) sowohl zu bestreiten, dass sie zu derselben wirtschaftlichen Einheit gehört wie ihre Muttergesellschaft, ii) als auch deren Haftung für

¹⁴⁴ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz, Rz. 31.

¹⁴⁵ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz, Rz. 38-43.

¹⁴⁶ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz, Rz. 52.

¹⁴⁷ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz, Rz. 53.

den behaupteten Schaden zu widerlegen.¹⁴⁸ Im Gegensatz dazu ist in Fällen, in denen die Europäische Kommission eine vorherige Entscheidung gegen die Muttergesellschaft erlassen hat, diese Entscheidung auch gegenüber der Tochtergesellschaft endgültig. Die Tochtergesellschaft könne nicht bestreiten, dass eine Zuwiderhandlung vorliegt, wenn festgestellt wird, dass sie Teil derselben wirtschaftlichen Einheit sei.¹⁴⁹

Es steht gemäss dem EuGH der Europäischen Kommission frei, gegen jede juristische Person, die an einer Zuwiderhandlung gegen Art. 101 AEUV beteiligt war, eine Geldbusse zu verhängen. Die Tatsache, dass die Europäische Kommission eine Muttergesellschaft als Adressatin ihrer Entscheidung ausgewählt hat, hindere die nationalen Gerichte nicht daran, festzustellen, dass alle Tochtergesellschaften, die zu wirtschaftlichen Einheit gehören, ebenfalls für denselben Verstoß verantwortlich seien, so der EuGH.¹⁵⁰

Dieses Urteil hat somit zahlreiche praktische Auswirkungen für Geschädigte von Wettbewerbsabsprachen, namentlich in Bezug auf die Wahl der juristischen Personen, gegen die eine Schadensersatzklage zu erheben ist, und auf die gerichtliche(n) Zuständigkeiten(en), um Ansprüche geltend machen können.¹⁵¹

5. Weitere Entwicklungen im Europäischen Kartellecht

a) *Überarbeitung der Vertikal-GVO und Vertikal-Leitlinien*

Bereits im Jahr 2018 leitete die Europäische Kommission die Überarbeitung der am 31. Mai 2022 auslaufenden Gruppenfreistellungsverordnung für

¹⁴⁸ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz, Rz. 53 & 59.

¹⁴⁹ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz, Rz. 55.

¹⁵⁰ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800 – Sumal/Mercedes Benz, Rz. 62-63.

¹⁵¹ Vgl. für eine ausführliche Diskussion der Entscheidung Barennes Marc/Braeken Bas/Vers-teeg Jade, ECJ Redefines the „Economic Entity“ Doctrine and rules that a Subsidiary May be liable for behavior of its parent company, 14. Oktober 2021, in: competition Policy international (CPI), abrufbar unter <<https://www.competitionpolicyinternational.com/ecj-redefines-the-economic-entity-doctrine-and-rules-that-a-subsi-dary-may-be-liable-for-behavior-of-its-parent-company-sumal-c-882-19/>>.

bestimmte vertikale Vereinbarungen (nachfolgend „Vertikal-GVO“)¹⁵² und der dazugehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (nachfolgend „Vertikal-Leitlinien“)¹⁵³ ein. Der Zweck bestand darin, dass die Europäische Kommission entscheiden könne, ob sie die Verordnung auslaufen lassen, ohne Änderungen verlängern oder überarbeiten sollte. Nachdem die Europäische Kommission bereits am 8. September 2020 die Ergebnisse einer ersten Evaluierungsphase vorstellte, wonach die Vertikal-GVO weiterhin notwendig sei, sich jedoch der Markt seit ihrem Erlass im Jahr 2010 – insbesondere aufgrund der Zunahme des Online-Warenhandels – erheblich verändert habe, lancierte die Europäische Kommission im Oktober 2020 die zweite Phase der Überarbeitung.¹⁵⁴

Darauf aufbauend hat die Europäische Kommission erwartungsgemäss am 9. Juli 2021 die Entwürfe einer neuen Vertikal-GVO und der dazugehörigen Vertikal-Leitlinien veröffentlicht.¹⁵⁵ Die vorgeschlagenen Änderungen zielen u.a. erstens darauf ab, den in der Vertikal-GVO vorgesehenen geschützten Bereich (sog. „Safe Harbour“) an den geänderten Anwendungsbereich der Verordnung anzupassen. Dies betrifft die vier Bereiche zweigleisiger Vertrieb, Paritätsverpflichtungen, Beschränkungen des aktiven Verkaufs und bestimmte indirekte Massnahmen zur Beschränkung des Online-Verkaufs. Zweitens sollen die Änderungen Interessenträgern Orientierungshilfe für ein durch die Zunahme des *e-commerce* und der durch Online-Plattformen geprägtes neues Unternehmensumfeld bereitstellen. Insbesondere sollen die Anwendung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien hinsichtlich Beschränkungen des Online-Verkaufs und von Online-Werbung klarer formuliert und spezifische Regeln und Hinweise für die Plattformwirtschaft eingeführt werden. Drittens sollen die Befolgungskosten für Unternehmen, insb. für KMU, gesenkt werden, indem Bestimmungen, die besonders komplex und schwer umzusetzen sind, vereinfacht und klarer gefasst werden.¹⁵⁶

Am selben Tag leitete die Europäische Kommission eine öffentliche Konsultation ein und forderte Interessenträger auf, bis zum 17. September 2021 zu den

¹⁵² Verordnung (EU) 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 102 vom 23. April 2010, 1.

¹⁵³ Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl C 130 vom 19. Mai 2010, 1.

¹⁵⁴ Vgl. Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 93 ff., 93 m.w.H.

¹⁵⁵ Anhang der Mitteilung der Europäischen Kommission vom 9. Juli 2021 „Genehmigung des Inhalts des Entwurfs einer Verordnung der Kommission über die Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen“, C (2021) 5026 final.

¹⁵⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 9. Juli 2021, IP/21/3561.

Entwürfen der überarbeiteten Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien Stellung zu nehmen. Aufgrund dieser Rückmeldungen plant die Europäische Kommission die Entwürfe zu überarbeiten, damit die neuen Vorschriften bis zum Enddatum der bislang geltenden Regelwerke vorliegen und ab dem 1. Juni 2022 Anwendung finden.

b) Überarbeitung des KFZ-Gruppenfreistellungsrahmens

Auch die GVO-KFZ,¹⁵⁷ welche am 23. Mai 2023 ausläuft, untersteht derzeit einer Evaluierung seitens der Europäischen Kommission. Diese ist auf Vereinbarungen über den Vertrieb von Ersatzteilen und über die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen von Kraftfahrzeugen anwendbar, während der eigentliche Vertrieb von Kraftfahrzeugen der GVO-VV 330/2010 unterstellt ist.¹⁵⁸ Die Europäische Kommission ist verpflichtet, bis zum 31. Mai 2021 einen Bericht über deren Anwendung zu erstellen.¹⁵⁹ Auch die dazugehörigen Leitlinien¹⁶⁰ werden dabei einer Evaluierung unterzogen.

Im Oktober 2020 startete die Europäische Kommission eine öffentliche Konsultation, welche bis Ende Januar 2021 dauerte, und präsentierte am 28. Mai 2021 einen Evaluierungsbericht. Im Rahmen der Evaluierung sollte ermittelt werden, inwieweit die Vorschriften für vertikale Vereinbarungen in der Automobilbranche ihren Zweck erfüllen, sodass die Europäische Kommission entscheiden kann, ob sie die Verordnung auslaufen lassen, ohne Änderungen verlängern oder überarbeiten sollte. Die Evaluierung bezog ebenfalls die Vertikal-GVO und die Vertikal-Leitlinien mit ein, soweit diese für die Automobilindustrie gelten.

Die Evaluierung hat ergeben, dass sich das Wettbewerbsumfeld in der KFZ-Branche seit der letzten Evaluierung der Europäischen Kommission im Jahr 2010 insgesamt nicht wesentlich verändert habe, der Sektor heute jedoch angesichts des ökologischen und des digitalen Wandels einem grossen Transformationsdruck ausgesetzt sei. Die Europäische Kommission analysierte das Wettbewerbsumfeld auf drei Märkten: i) Vertrieb von Kraftfahrzeugen, ii) Re-

¹⁵⁷ Verordnung (EU) 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl L 129 vom 28. Mai 2010, 52.

¹⁵⁸ Erw. 10 Verordnung (EU) 461/2010.

¹⁵⁹ Art. 7 Verordnung (EU) 461/2010.

¹⁶⁰ Bekanntmachung der Kommission – Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl C 138 vom 28. Mai 2010, 16.

paratur und Wartung von Kraftfahrzeugen und iii) Verkauf von Ersatzteilen. In Bezug auf die Märkte für den Vertrieb von Kraftfahrzeugen stellte die Europäische Kommission fest, dass im PKW-Bereich nach wie vor starker Wettbewerb herrsche, während der Wettbewerb in Bezug auf leichte Nutzfahrzeuge, LKW und Busse weniger intensiv sei. Insgesamt kam die Europäische Kommission zum Ergebnis, dass die Entscheidung aus dem Jahr 2010, auf diese Märkte den allgemeinen vertikalen Rahmen anzuwenden, angemessen gewesen sei. Betreffend die Märkte für die Reparatur von Kraftfahrzeugen ist im Rahmen der Evaluierung festgestellt worden, dass viele zugelassene Werkstätten über beträchtliche lokale Marktmacht verfügen würden und dass der markeninterne Wettbewerb innerhalb der Netze der zugelassenen Werkstätten durch strenge und detaillierte Qualitätskriterien beschränkt zu sein scheint. Die Evaluierung hat ergeben, dass der gegenwärtige Rahmen für diese Märkte geeignet sei, aber möglicherweise teilweise angepasst werden sollte, um der zunehmenden Bedeutung von Daten Rechnung zu tragen. Bezüglich der Märkte für Ersatzteile für Kraftfahrzeugen hat die Evaluierung schliesslich ergeben, dass diese Märkte aufgrund bestimmter vertraglicher Vereinbarungen zwischen Erstausrüstern und Fahrzeugherstellern, die letztlich die Auswahl für die Endverbraucher einschränken, weniger flexibel seien. Laut der Europäischen Kommission war die Entscheidung im Jahr 2010, diese Märkte gesondert zu behandeln, ebenfalls angemessen.

In dem Evaluierungsbericht kommt die Kommission zum Schluss, dass sich der gegenwärtige Rahmen als für unterschiedliche Situationen geeignetes Instrument erwiesen habe, einige Bestimmungen und strategische Zielsetzungen jedoch möglicherweise aktualisiert werden sollten. Gemäss der Europäischen Kommission habe sie die politische Entscheidungsfindung eingeleitet, um bis zum Mai 2023 festzulegen, ob der geltende KFZ-Gruppenfreistellungsrahmen verlängert, überarbeitet oder gar beendet werden sollte.¹⁶¹

c) *Überarbeitung der F&E-GVO und der Spezialisierungs-GVO*

Auch die Gruppenfreistellungen auf horizontaler Ebene waren im Berichtszeitraum Gegenstand einer Evaluierung. Dies betraf insb. i) die Verordnung (EU) 1217/2010 über horizontale Vereinbarungen in Forschung und Entwicklung (nachfolgend „FuE-GVO“),¹⁶² ii) die Verordnung (EU) 1218/2010 über

¹⁶¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 28. Mai 2021, IP/21/2673.

¹⁶² Verordnung (EU) 1217/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen über Forschung und Entwicklung, ABl L 335 vom 18. Dezember 2010, 36.

verschiedene Arten von Vereinbarungen über die ein- und gegenseitige Spezialisierung oder die gemeinsame Produktion (nachfolgend „Spezialisierungs-GVO“)¹⁶³ sowie iii) die Leitlinien über Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit (nachfolgend „Horizontal-Leitlinien“),¹⁶⁴ in welchen die Europäische Kommission ihre Auslegungen der beiden vorgenannten Verordnungen darlegt. Da die FuE-GVO sowie die Spezialisierungs-GVO beide nur bis zum 31. Dezember 2022 gelten, hat die Europäische Kommission am 6. Mai 2021 eine Evaluierung¹⁶⁵ veröffentlicht, welche die Frage klären soll, ob die Verordnungen auslaufen, verlängert oder überarbeitet werden sollen. Dabei berücksichtigte sie auch die Ergebnisse eines in Auftrag gegebenen externen Gutachtens.¹⁶⁶

Die Evaluierung kam zum Schluss, dass die die FuE-GVO, die Spezialisierungs-GVO und die Horizontal-Leitlinien nach wie vor relevant sind, die Wirksamkeit ihrer Vorschriften in einigen Bereichen jedoch verbessert werden könnten. Bei der FuE-GVO würden u.a. die Freistellungsvoraussetzungen es nicht mehr erlauben festzustellen, welche FuE-Vereinbarungen dem Wettbewerb förderlich sein könnten. Bei der Spezialisierungs-GVO werde der Anwendungsbereich als zu eng angesehen. Bei beiden Verordnungen seien die Interessenträger generell der Auffassung, dass „Safe Harbours“ in Form von Marktanteilsschwellen es einfacher machen würden zu beurteilen, ob eine Vereinbarung freigestellt sein könne, jedoch die Abgrenzung von Märkten und die Berechnung von Marktanteilsschwellen komplex und aufwendig sei. Auch seien in beiden Verordnungen einige Bestimmungen unklar, zu streng oder würden bei bestimmten Marktentwicklungen der letzten Jahre, insb. im Bereich der Digitalisierung oder der Verfolgung von Nachhaltigkeitszielen, nur begrenzte Orientierungshilfen bieten. Die Evaluierung kam daher zu Ergebnis, dass Nachbesserungen in diesen Bereichen die Rechtssicherheit verbessern

¹⁶³ Verordnung (EU) 1218/2010 der Kommission vom 14. Dezember 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf bestimmte Gruppen von Spezialisierungsvereinbarungen, ABl L 335 vom 18. Dezember 2010, 43.

¹⁶⁴ Mitteilung der Kommission: Leitlinien zur Anwendung von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl C 11 vom 14. Januar 2011, 1.

¹⁶⁵ Commission Staff Working Document, Evaluation of the Horizontal Block Exemption Regulations, SWD (2021) 103 final.

¹⁶⁶ European Commission, Evaluation support study on the EU competition rules applicable to horizontal cooperation agreements in the HBERs and the Guidelines, Brüssel 2021, abrufbar unter https://ec.europa.eu/competition-policy/evaluation-support-study-eu-competition-rules-applicable-horizontal-cooperation-agreements-hbers_en.

würden.¹⁶⁷ Am 13. Juli 2021 leitete die Europäische Kommission eine öffentliche Konsultation ein, welche bis Anfang Oktober 2021 dauerte. Es ist damit zu rechnen, dass die Ergebnisse der Konsultation Anfang 2022 veröffentlicht werden.

d) *Evaluierung der Bekanntmachung über die Marktdefinition*

Bereits von Juni bis Oktober 2020 führte die Europäische Kommission eine öffentliche Konsultation zur Bekanntmachung über die Marktdefinition¹⁶⁸ durch, welche im EU-Wettbewerbsrecht verwendet wird.¹⁶⁹ Hintergrund war, dass die derzeit geltende Bekanntmachung über die Marktdefinition aus dem Jahr 1997 stammt und daher möglicherweise nicht auf alle Fragen eingehe, die sich bei der Marktdefinition eines sachlich und räumlich relevanten Marktes heutzutage stellen.¹⁷⁰ Die Ergebnisse dieser Evaluierung hat die Europäische Kommission am 12. Juli 2021 veröffentlicht.¹⁷¹ Sie sollen in die Bewertung einfließen, ob die Bekanntmachung ihren Zweck erfülle, damit entschieden werden könne, ob die Bekanntmachung aufgehoben, geändert oder überarbeitet werden solle. Neben Beiträgen von Interessengruppen konsultierte sie die Europäische Kommission die nationalen Wettbewerbsbehörden sowie Sachverständige und gab ebenfalls ein externes Gutachten in Auftrag.¹⁷²

Die Evaluierung hat gezeigt, dass die Bekanntmachung über die Marktdefinition nach wie vor von grosser Bedeutung sei, da sie für Unternehmen und andere Interessenträger Klarheit und Transparenz in Bezug auf den Ansatz der Europäischen Kommission bei der Marktabgrenzung schaffe. Die Ergebnisse der Evaluierung würden ferner darauf hindeuten, dass die Bekanntmachung über die Marktdefinition korrekte, umfassende und klare Leitlinien zu zentralen Fragen der Marktabgrenzung und dem diesbezüglichen Ansatz der Europäischen Kommission liefere. Gleichzeitig jedoch scheine die Bekannt-

¹⁶⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 6. Mai 2021, IP/21/2094.

¹⁶⁸ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Markts im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl C 372 vom 9. Dezember 1997, 5.

¹⁶⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 26. Juni 2020, IP/20/1187.

¹⁷⁰ Vgl. Berne André S./Zilio Laura P./Mamane David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 136.

¹⁷¹ Commission Staff Working Document, Evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 9 December 1997, SWD (2021) 199 final.

¹⁷² European Commission, Support study accompanying the evaluation of the Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, Brüssel 2021, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition-policy/system/files/2021-06/kd0221712enn_market_definition_notice_2021_1.pdf>.

machung den Entwicklungen bei den bewährten Vorgehensweisen zur Markt-
abgrenzung nach 1997 nicht in vollem Umfang Rechnung zu tragen, so u.a.
den jüngsten Entwicklungen in der EU-Rechtsprechung. Bereiche, in denen
der Evaluierung zufolge Aktualisierungsbedarf bestehen könnte, seien i) der
Einsatz und der Zweck des SSNIP-Tests bei der Abgrenzung der relevanten
Märkte, ii) digitale Märkte und digitale „Ökosysteme“, iii) die Bewertung räum-
licher Märkte unter den Bedingungen der Globalisierung und des Wettbe-
werbs aus Einfuhren, iv) quantitative Methoden, v) die Berechnung von Markt-
anteilen und vi) der nichtpreisliche Wettbewerb (inkl. Innovation). Aufgrund
dessen hat die Europäische Kommission angekündigt zu prüfen, ob und wie
die im Rahmen der Evaluierung ermittelten Probleme angegangen werden
sollten.¹⁷³

e) *Obliegenheiten nach Eröffnung von Sektoruntersuchungen*

In einem der bereits erläuterten Urteile zu Pay-for-Delay-Vereinbarungen¹⁷⁴
äußerte sich der EuGH auch hinsichtlich verfahrensrechtlicher Aspekte. Zwei
der betroffenen Generikahersteller, das dänische Unternehmen *Xellia* und das
US-amerikanische Unternehmen *Alpharma*, machten geltend, dass ihre Ver-
teidigungsrechte verletzt worden seien. Dies, weil sie aufgrund des langen
Zeitraums zwischen dem Abschluss der Vereinbarung mit dem Pharmaunter-
nehmen *Lundbeck* im Jahr 2002 und dem Beschluss der Europäischen Kom-
mission aus dem Jahr 2013, mit welcher diese feststellte, dass die Vereinbarung
mit *Lundbeck* eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstellt, zeitlich so weit
auseinander lägen, dass die beiden Generikahersteller nicht in der Lage gewe-
sen seien, bestimmte Dokumente wieder aufzufinden, die ihrer Auffassung
nach für ihre Verteidigung entscheidend gewesen wären. Der EuG hielt den
Generikaherstellern entgegen, dass diese damit allerdings nicht ihrer Sorg-
faltspflicht nachgekommen seien, alle Dokumente aufzubewahren, die für ihre
Verteidigung von Nutzen hätten sein könnten.¹⁷⁵

Dieser Ansicht des EuG folgte der EuGH nicht, stellte jedoch fest, dass die
Generikaunternehmen angesichts der im Jahr 2008 von der Europäischen

¹⁷³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 12. Juli 2021, IP/21/3585.

¹⁷⁴ Vgl. zum Sachverhalt und den rechtlichen Würdigungen der Europäischen Kommission und
der Unionsgerichte oben Kap. [1.1.b\)aa](#).

¹⁷⁵ EuG, Urteil vom 8. September 2016 in der Rechtssache T-471/13, ECLI:EU:T:2016:460 – *Xel-
lia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission*, Rz. 367 ff.

Kommission eingeleiteten Sektoruntersuchung im Arzneimittelsektor¹⁷⁶ einer spezifischen Pflicht zur Vorsicht unterlegen seien: Da sie als verständige und im pharmazeutischen Wirtschaftszweig erfahrene Wirtschaftsteilnehmer nicht im Unklaren über diese Sektoruntersuchung gewesen sein konnten, hätte deren Einleitung sie dazu veranlassen müssen, dafür Sorge zu tragen, dass Beweise, die ihnen im Hinblick auf spätere Verfahren von Nutzen hätten sein können, nicht verloren gehen.¹⁷⁷ Leite die Europäische Kommission eine Sektoruntersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweigs ein, „müssen die Unternehmen des betreffenden Wirtschaftszweigs, insbesondere, wenn sie Vereinbarungen geschlossen haben, die ausdrücklich Gegenstand des Beschlusses über die Einleitung der betreffenden Untersuchung sind, [...] damit rechnen, dass in der Folge möglicherweise individuelle Verfahren gegen sie eröffnet werden.“¹⁷⁸ Solchen Unternehmen obliegt es demnach, dafür zu sorgen, dass Informationen und Dokumente, anhand derer ihre Tätigkeit nachverfolgt werden kann, in ihren Geschäftsbüchern und/oder Archiven ordnungsgemäss aufzubewahren.

Unternehmen können sich daher nicht auf die Verletzung ihrer Verteidigungsrechte berufen, wenn sie Beweisstücke vernichten, die ihnen später eventuell von Nutzen sein könnten. Aus einer allfälligen Eröffnung einer Sektoruntersuchung resultieren damit Unternehmen des betreffenden Wirtschaftszweigs besondere Obliegenheiten in Bezug auf die Archivierung von Beweisstücken.

¹⁷⁶ Wettbewerbsuntersuchung des Arzneimittelsektors, Finaler Bericht vom 8. Juli 2009, abrufbar unter <<https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>>.

¹⁷⁷ EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-611/16 P, ECLI:EU:C:2021:245 – Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission, Rz. 152.

¹⁷⁸ EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-611/16 P, ECLI:EU:C:2021:245 – Xellia Pharmaceuticals und Alpharma/Kommission, Rz. 154.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

I. Wettbewerbsabreden

Von zentraler Relevanz für die Schweizer Kartellrechtspraxis ist die Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien der Europäischen Kommission.¹⁷⁹ Grundsätzlich hat die Schweiz hier einen Weg der parallelen Weiterentwicklung und Anpassung der Regeln und Praxis an die EU gewählt. Selbst das Bundesgericht hat entsprechend festgehalten, dass die Schweizer Regelung in Bezug auf Vertikalabreden „eine gleiche sowie auch gleich scharfe und auch nicht schärfere Regelung wie diejenige der Europäischen Union“ sein sollte als in der EU.¹⁸⁰ Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden der letzten Jahre zeigt hierbei jedoch gewisse Abweichungen mit einem strengeren Ansatz in Bezug auf Preisempfehlung¹⁸¹ und Alleinbezugsverpflichtungen.¹⁸² Diese Inkongruenzen zum EU-Recht erschweren die Beratung insbesondere in Bezug auf grenzüberschreitende Vertriebssysteme. In jedem Fall sind jedoch die Anpassungen der Europäischen Kommission in den neuen Vertikal-GVO und den dazugehörigen Vertikal-Leitlinien trotzdem auch in der Schweizer Praxis zu berücksichtigen. Dies wird in der Regel mittels einer Anpassung der Schweizer Vertikal-Bekanntmachung erfolgen. Ohne entsprechende Anpassungen würden sich zusätzliche Inkongruenzen zum EU-Recht ergeben, was für grenzüberschreitende bzw. EU-weite Vertriebssysteme ein erhebliches Problem darstellen kann.

Klar gewollte Inkongruenzen bestehen jedoch auch heute schon in Bezug auf den Vertrieb von Kraftfahrzeugen. Entgegen dem in der EU gewählten Ansatz der Öffnung des eigentlichen Vertriebs von Kraftfahrzeugen und Unterstellungen unter die Vertikal-GVO¹⁸³ wird der Vertrieb von Kraftfahrzeugen in der Schweiz weiterhin durch eine separate KFZ-Bekanntmachung¹⁸⁴ geregelt. Interessant ist hierbei, dass sich im Rahmen der Evaluation durch die Europäische Kommission ergeben hat, dass der gegenwärtige rechtliche Rahmen für die KFZ-Märkte geeignet ist und die Entscheidung aus dem Jahr 2010, auf den Vertrieb von neuen KFZ den allgemeinen vertikalen Rahmen anzuwenden, als angemessen erachtet wird. Es stellt sich entsprechend die Frage, ob die Verhältnisse in der Schweiz derart anders sind, als im umliegenden Ausland.

¹⁷⁹ Siehe vorne Kap. [I.5.a](#)).

¹⁸⁰ BGE 143 II 297, E.6.2.3.

¹⁸¹ BGer 2C_149/2018, Urteil vom 4. Februar 2021.

¹⁸² Bucher Landtechnik / Ersatzteilhandel Traktoren, RPW 2019/4, 1155 ff.

¹⁸³ Siehe vorne Kap. [I.5.b](#)).

¹⁸⁴ KFZ-Bekanntmachung vom 29. Juni 2015 (Stand 9. April 2019).

Es erscheint höchst fragwürdig, ob eine separate KFZ-Bekanntmachung mit abweichenden Regeln zum Vertrieb von anderen Gütern wirklich notwendig ist. Die aktuellen Entwicklungen in der Schweiz könnten diese Divergenz noch weiter vergrössern. Falls die parlamentarische *Motion Pfister*¹⁸⁵ angenommen wird, so würde die heutige KFZ-Bekanntmachung in eine bindende Verordnung umgewandelt. Diesfalls könnten auch die Gerichte nicht mehr korrigierend eingreifen.

Auch die weiteren gesetzgeberischen Entwicklungen in der EU, wie insbesondere die Überarbeitung der F&E-GVO und der Spezialisierungs-GVO¹⁸⁶ und die Überarbeitung der Bekanntmachung der Marktdefinition¹⁸⁷ werden indirekt ebenfalls für die Schweiz von Relevanz sein. Insbesondere die Überarbeitung der F&E-GVO und der Spezialisierungs-GVO ist von Relevanz, weil keine entsprechenden Bekanntmachungen der Schweizer Wettbewerbsbehörden bestehen. Das Kartellgesetz sieht jedoch ausdrücklich vor, dass derartige Abreden vielfach mit wirtschaftlichen Effizienzgründe gerechtfertigt werden können (vgl. Art. 6 Abs. 1 Bst. a und b KG). Insbesondere im Nachgang zur GABA-Rechtsprechung des Bundesgerichts¹⁸⁸ werden entsprechende Effizienzgründe von zunehmender Relevanz sein. Auch hier wäre demnach wünschenswert, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörden die entsprechenden Anpassungen in den Verordnungen und Leitlinien der EU auch in der Schweiz unverändert anwenden.

In Bezug auf die materiell-rechtlichen Entscheidungen¹⁸⁹ in der EU ist insbesondere auf das Vorabentscheidungsverfahren *Visma Enterprise* hinzuweisen, welches wichtige Auslegungsgrundsätze für vertikale Vertriebsverhältnisse beinhaltet. Die dort thematisierte Vorabregistrierung eines potenziellen Geschäfts mit einem Kunden und entsprechender Vorrang für den Händler wurde nicht als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen. Dies sollte auch in der Schweizer Praxis entsprechend aufgenommen werden. Eine solche Klausel wäre gemäss Art. 5 Abs. 4 KG in jedem Fall nur dann überhaupt verdächtig, wenn sich hieraus eine parallele Importbeschränkung ergeben würde. Selbst dann müssten die Schweizer Wettbewerbsbehörden jedoch berücksichtigen, dass eine derartige Abrede keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

¹⁸⁵ Parlamentarische Motion 18.3898 von Gerhard Pfister, Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel.

¹⁸⁶ Siehe vorne Kap. [I.5.c](#)).

¹⁸⁷ Siehe vorne Kap. [I.5.d](#)).

¹⁸⁸ BGE 143 II 297.

¹⁸⁹ Siehe vorne Kap. [II.1.b\)bb](#)).

darstellt, sodass sich die Frage stellt, ob überhaupt eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG besteht. Hierfür müssten entsprechende Marktauswirkungen geprüft werden.

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

In Bezug auf die Verfahren gegen möglicherweise marktbeherrschende Unternehmen fällt insbesondere auf, dass sich die Schweizer Wettbewerbsbehörden – im Gegensatz zur Europäischen Kommission und europäischen nationalen Wettbewerbsbehörden – bisher sehr zurückhaltend mit den potenziellen problematischen Verhaltensweisen der sog. GAFA (*Google, Apple, Facebook, Amazon, etc.*) auseinandergesetzt hat. Währenddessen die europäischen Wettbewerbsbehörden intensiv verschiedene parallele Verfahren gegen diese Unternehmen führen¹⁹⁰, haben sich die Schweizer Wettbewerbsbehörden (soweit bekannt und publiziert) bisher einzig mit technischen Einschränkungen der Bezahlfunktionen *ApplePay* auseinandergesetzt.¹⁹¹ Es ist hierbei nicht auszuschliessen, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörden im Sinne einer sparsamen Ressourcenallokation auf entsprechende Verfahren anderer Wettbewerbsbehörden vertrauen. Diesbezüglich besteht jedoch das Risiko, dass die Unternehmen ihre entsprechenden Verhaltensweisen nicht zwingend auch in Bezug auf Schweiz anpassen würden. Aufgrund der technischen Möglichkeiten erscheint es zumindest denkbar, dass unterschiedliche Funktionalitäten in der Schweiz und in der EU angeboten würden.

Ab dem 1. Januar 2022 werden sich die Schweizer Wettbewerbsbehörden zudem vermehrt auch mit den Auswirkungen der Revision des Kartellgesetzes unter Einführung des Konzepts der relativen Marktmacht auseinandersetzen müssen.¹⁹² Hierbei können sich die Schweizer Wettbewerbsbehörden in Bezug auf die Frage des Bestehens einer sog. relativen Marktmacht nicht auf entsprechend vergleichbare Praxis der Europäischen Kommission berufen, weil in der EU diesbezüglich keine vergleichbare Regelung besteht. Einzig auf der Ebene einzelner EU-Mitgliedsstaaten bestehen entsprechende gesetzliche Regelungen und Praxis, welche der Schweizer Wettbewerbsbehörde zur Inspiration dienen könnten. Von Relevanz dürfte jedoch weiterhin die konkrete Praxis zu den Missbrauchstatbeständen gemäss Art. 102 AEUV sein, weil diese auch

¹⁹⁰ Siehe vorne Kap. [1.2](#).

¹⁹¹ Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. März 2019 in Sachen TWINT/Apple, abrufbar unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>.

¹⁹² Medienmitteilung der WEKO vom 14. Dezember 2021, Relative Marktmacht: Neue Regelung im Kartellgesetz.

bei relativer Marktmacht grundsätzlich unverändert zur Anwendung gelangen sollen. Eine Ausnahme hiervon ist der neue Art. 7 Abs. 2 Bst. g KG, welcher einen Missbrauchstatbestand in Bezug auf Nichtbelieferung im Ausland beinhaltet. Hierbei handelt es sich um einen Tatbestand, welcher so im EU-Kartellrecht nicht existiert und wo demnach keine Referenzfälle bestehen, welche zur Auslegung beigezogen werden könnten. Die Schweizer Praxis wird sich hier eigenständig entwickeln müssen, in Abweichung zur EU-Praxis.

3. Zusammenschlusskontrolle

Die Entwicklungen in der europäischen Zusammenschlusskontrolle sind aktuell von besonderem Interesse für die Weiterentwicklung des Schweizer Kartellgesetzes. Am 24. November 2021 publizierte der Schweizer Bundesrat eine Vernehmlassung zur Kleinrevision des Kartellgesetzes¹⁹³, welche insbesondere auch erhebliche Anpassung in Bezug auf die Zusammenschlusskontrolle vorsieht. Im Kontext zur Praxis der EU ist einerseits von Relevanz, dass der Schweizer Bundesrat beim materiellen Prüfstandart zum sog. *Significant Impediment to Effective Competition*-Test (SIEC-Test) wechseln möchte. Dieser Test ist vom materiellen Test in der EU-Fusionskontrolle inspiriert und die entsprechende Praxis der EU wird demnach ebenfalls zukünftig von Relevanz sein. Ebenfalls von Interesse für den Gesetzgeber sollte jedoch die Diskussion in der EU zu möglichen Vereinfachungen von Fusionskontrollverfahren und zur Wirksamkeit der aktuellen Aufgreifschwelen sein. Während hier in der EU eine Tendenz zur Senkung bzw. Anpassung der Aufgreifschwelen zu beobachten ist, werden entsprechende Diskussionen in Bezug auf die Meldeschwelen in der Schweiz aktuell nicht geführt. Insbesondere stehen auch keine umsatzbasierten Aufgreifschwelen oder Verweisungssysteme ohne konkrete Aufgreifschwelen zur Diskussion. Die von der Europäischen Kommission nun forcierte Möglichkeit der Verweisung von Verfahren nach Art. 22 FKVO¹⁹⁴ unabhängig von der Erfüllung von nationalen oder EU-weiten Aufgreifschwelen hat auch auf Schweizer Transaktionen eine Auswirkung. Es ist nicht auszuschliessen, dass Schweizer Transaktionen, welche bisher nicht der Jurisdiktion der EU unterstellt waren, nunmehr potenziell ein Aufgreifrisiko in der EU haben.

In Bezug auf die Entscheidungspraxis ist für die Schweiz die Rechtsprechung zum Verstoss gegen das Vollzugsverbot bei meldepflichtigen Transaktionen

¹⁹³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 24. November 2021, Kartellgesetz: Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zur Teilrevision.

¹⁹⁴ Siehe vorne Kap. [II.3.a\)aa](#)).

von Relevanz. Das entsprechend nun gefällte Urteil des EuG in Sachen *Altice*¹⁹⁵ ist von Relevanz. Entsprechend müssen sich auch in der Schweiz Vertragsparteien bei Unternehmensübernahmen sicherstellen, dass ihre Verhaltensweise vor der Freigabe einer Transaktion nicht zu einer unerlaubten Einflussnahme auf die Unternehmenspolitik und Preispolitik führen, beziehungsweise keine sensiblen Informationen ausgetauscht werden.

¹⁹⁵ Siehe vorne Kap. [I.3.c\)aa](#)).

Arbeitsrecht

Wesselina Uebe/Thomas Geiser

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU (WESSELINA UEBE)	159
1.	Einführung	159
2.	Arbeitsmarktpolitik	159
3.	Soziale Rechte	159
4.	Arbeitnehmerschutz	160
a)	Kommission: Neue Strategie für Arbeitsschutz	160
b)	Kommission: Reformvorschläge für sieben freiberufliche Unternehmensdienstleistungen	161
c)	Kommission: Bessere Arbeitsbedingungen für Plattformarbeit	161
5.	Diskriminierung / Gleichbehandlung	163
a)	Diskriminierung wegen der Religion	163
b)	Diskriminierung wegen des Geschlechts	164
aa)	EuGH: Voraussetzungen für vorzeitige Altersrente	164
bb)	EuGH: Gleiche und gleichwertige Arbeit	165
cc)	Kommission: Massnahmen für gleiches Entgelt bei gleicher Arbeit	167
c)	Diskriminierung wegen einer Behinderung	168
aa)	EuGH: Voraussetzungen für Entgeltzuschlag	168
bb)	EuGH: Weiterbeschäftigung von Strafvollzugsbeamten	170
6.	Befristete Arbeitsverträge	171
7.	Arbeitszeit	171
a)	EuGH: Bereitschaftszeit als Arbeitszeit	171
b)	EuGH: Ruhepausen als Arbeitszeit bei kurzfristiger Einsatzbereitschaft	173
c)	EuGH: Mindestruhezeit bei mehreren Arbeitsverträgen	174
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (THOMAS GEISER)	176
1.	Einführung	176
2.	Ausbau Sozialstaat und Gleichstellung	177
3.	Ausserordentliche Massnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie	177
4.	Arbeitnehmerschutz	178
a)	Nacht- und Sonntagsarbeit	178
b)	Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes	179
c)	Abgrenzung der Arbeitsverhältnisse zu selbständigen Tätigkeiten	182
5.	Befristete Arbeitsverträge	185

6.	Arbeitszeiten	187
a)	Anpassungen bei den Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten für Chauffeusen und Chauffeure	187
b)	Ordentliche Arbeitszeit	188
c)	Überstunden	189
7.	Vereinbarkeit von Familie und Beruf	189

I. Rechtentwicklungen in der EU

1. Einführung

Im Jahr 2021 dominierte die Covid-19-Pandemie zwar immer noch in Presse und Alltag, doch blieb die (im Jahr zuvor noch praktizierte) Reglementierung auf EU-Ebene weitestgehend aus. Stattdessen widmete sich die Europäische Kommission insbesondere auch neuen gesellschaftlichen Herausforderungen und Fragen, so etwa dem Arbeitskräftemangel rund um eine alternde Gesellschaft (s.u. [2.](#)) oder dem Arbeitnehmerschutz für sog. Plattformarbeitnehmer beispielsweise bei Uber (s.u. [4.c](#)). Die Rechtsprechung des EuGH präziserte den Rechtsrahmen insbesondere in den Bereichen Diskriminierungsschutz (s.u. [5.](#)) und Qualifizierung als Arbeitszeit (s.u. [7.](#)).

2. Arbeitsmarktpolitik

Die gesellschaftlichen und politischen Fragen rund um eine zunehmend alternde Gesellschaft in Europa werden in den kommenden Jahrzehnten die Sozialpolitik der Europäischen Mitgliedstaaten aber auch der Europäischen Union begleiten. In ihrem im Januar 2021 veröffentlichten „Grünbuch zum Thema Altern“¹ zeigt die Europäische Kommission die grossen Herausforderungen der künftigen Jahre auf, darunter auch die Fragen nach der Eingliederung älterer Menschen ins Erwerbsleben. So macht die Kommission darauf aufmerksam, dass die Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter in der EU seit einem Jahrzehnt rückläufig ist, und dieser Trend weiterhin anhalten dürfte. Durch das damit verbundene Risiko eines Arbeitskräftemangels können die Produktion und letztlich der Wohlstand leiden. Aus diesem Grund ist es ein grosses Anliegen der Kommission, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten politische Massnahmen fördern, um mehr Menschen in den Arbeitsmarkt zu integrieren, ein längeres Erwerbsleben zu ermöglichen und die Produktivität zu steigern.

3. Soziale Rechte

Im Nachgang an den Göteborger Gipfel 2017 hat die Europäische Kommission nun einen Aktionsplan² zur „Europäischen Säule sozialer Rechte“ angenom-

¹ Europäische Kommission, Grünbuch zum Thema Altern – Förderung von Solidarität und Verantwortung zwischen den Generationen vom 27. Januar 2021, COM (2021) 50 final.

² Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan zur europäischen Säule sozialer Rechte vom 4. März 2021, COM (2021) 102 final.

men. Der Aktionsplan setzt insbesondere drei Kernziele bis 2030: (1) mind. 78% der 20-64-jährigen sollen in einem Arbeitsverhältnis sein, (2) mind. 60% der Erwachsenen sollen jedes Jahr an einer Bildungsmaßnahme teilnehmen und (3) die Anzahl der von Armut bedrohten Menschen soll um mindestens 15 Millionen reduziert werden. Diese Ziele sollen die Kommission in die Lage versetzen, die Fortschritte der Mitgliedstaaten im Rahmen des Europäischen Semesters zu verfolgen.

4. Arbeitnehmerschutz

a) *Kommission: Neue Strategie für Arbeitsschutz*

Die Europäische Kommission hat am 28. Juni 2021 ihren strategischen Rahmen für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz³ angenommen. Die neue Strategie konzentriert sich auf drei bereichsübergreifende Ziele:

- Antizipierung und Bewältigung des Wandels in der neuen Arbeitswelt: Um sichere und gesunde Arbeitsplätze während des digitalen, des ökologischen und des demografischen Wandels zu gewährleisten, will die Kommission die Richtlinie über Arbeitsstätten und die Richtlinie über Bildschirmgeräte⁴ überarbeiten und die Grenzwerte für Asbest und Blei aktualisieren. Zudem soll eine Initiative auf europäischer Ebene zur psychischen Gesundheit am Arbeitsplatz vorbereitet werden, in deren Rahmen neu auftretende Fragen im Zusammenhang mit der psychischen Gesundheit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bewertet und Leitlinien für Massnahmen vorgeschlagen werden.
- Bessere Prävention von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten: Der mit dem neuen strategischen Rahmen verfolgte Ansatz soll dazu beitragen, die Zahl der arbeitsbedingten Todesfälle in der EU auf null zu senken. Auch plant die Kommission, die EU-Vorschriften über gefährliche Chemikalien zu aktualisieren, um Krebs, Reproduktionskrankheiten und Atemwegserkrankungen zu bekämpfen.

³ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Strategischer Rahmen der EU für Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz 2021–2027 Arbeitsschutz in einer sich wandelnden Arbeitswelt vom 28. Juni 2021, COM (2021) 323 final.

⁴ Richtlinie 90/270/EWG des Rates vom 29. Mai 1990 über die Mindestvorschriften bezüglich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes bei der Arbeit an Bildschirmgeräten (Fünfte Einzelrichtlinie im Sinne von Artikel 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl L 156 vom 21. Juni 1990, 14–18.

- Bessere Vorsorge für potenzielle künftige Gesundheitskrisen: Im Hinblick auf potenzielle künftige Gesundheitskrisen will die Kommission Notfallverfahren und Leitlinien für die rasche Einführung, Durchführung und Überwachung einschlägiger Massnahmen entwickeln.

b) *Kommission: Reformvorschläge für sieben freiberufliche Unternehmensdienstleistungen*

Am 9. Juli 2021 hat die Europäische Kommission Reformempfehlungen⁵ für die Reglementierung von sieben freiberuflichen Unternehmensdienstleistungen vorgestellt. Die Empfehlungen konzentrieren sich auf freiberufliche Unternehmensdienstleistungen mit hohem Wachstums-, Innovations- und Beschäftigungspotenzial: Architekten, Bauingenieure, Rechtsanwälte, Buchprüfer, Patentanwälte, Immobilienmakler und Fremdenführer. Die Empfehlungen beziehen sich auf nationale Vorschriften, die den Zugang zu diesen Dienstleistungen und deren Ausübung regeln. Dabei werden beispielsweise grosse Tätigkeitsbereiche Fachleuten mit spezifischen Qualifikationen vorbehalten oder die zulässigen Arten von Unternehmensformen und Eigentumsstrukturen eingeschränkt. Diese Praktiken können den Wettbewerb sowie den Zugriff von Unternehmen auf Kapital, Skaleneffekte und Innovationen einschränken.

Die aktualisierten Empfehlungen nehmen Bezug auf die sehr begrenzten Fortschritte, die die Mitgliedstaaten bei der Reform der Berufsreglementierung erzielt haben, seit 2017 die ursprünglichen Empfehlungen dazu veröffentlicht wurden. Nur wenige Mitgliedstaaten haben Massnahmen ergriffen, um unverhältnismässige Regelungen zu beseitigen. Insgesamt entsprachen die Reformen den Empfehlungen der Europäischen Kommission nur teilweise. In den meisten Mitgliedstaaten verbleibt erheblicher Spielraum für weitere regulatorische Verbesserungen.

c) *Kommission: Bessere Arbeitsbedingungen für Plattformarbeit*

Das Wachstum der digitalen Plattformwirtschaft ist nach wie vor ungebremst. Heute arbeiten schon über 28 Millionen Menschen in der EU über digitale Arbeitsplattformen, etwa für Liefer- und Fahrdienste. Neue Arbeitsweisen bringen jedoch auch neue Herausforderungen mit sich. Es wird immer schwieriger, den Beschäftigungsstatus von Personen korrekt zu bestimmen, was in

⁵ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bestandsaufnahme und Aktualisierung der Reformempfehlungen für die Berufsreglementierung von 2017 vom 9. Juli 2021, COM (2021) 385.

einigen Fällen zu unzureichenden Arbeitnehmerrechten und unzureichendem Sozialschutz führt. Zwar ist davon auszugehen, dass die überwiegende Mehrheit der Plattformbeschäftigten tatsächlich selbstständig ist, jedoch werden geschätzt 5,5 Millionen fälschlicherweise als Selbstständige eingestuft.

Die Europäische Kommission hat am 9. Dezember 2021 ein Paket zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen und Rechte von Plattformbeschäftigten vorgelegt. Das Paket umfasst neben einer Mitteilung⁶ und einem Entwurf für Leitlinien⁷ im Bereich des Wettbewerbsrechts insbesondere einen Vorschlag für eine Richtlinie⁸ zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit.

Konkret hat die Richtlinie zum Ziel, sicherzustellen, dass Personen, die über digitale Arbeitsplattformen arbeiten, den rechtmässigen Beschäftigungsstatus erhalten, der ihren tatsächlichen Arbeitsregelungen entspricht. Sie enthält eine Liste von Kontrollkriterien, mit deren Hilfe festgestellt werden kann, ob es sich bei der Plattform um einen „Arbeitgeber“ handelt. Erfüllt die Plattform mindestens zwei der Kriterien, wird rechtlich davon ausgegangen, dass sie ein Arbeitgeber ist. Den über sie arbeitenden Personen würden daher die mit dem Status „Arbeitnehmer/in“ verbundenen Arbeitnehmerrechte und sozialen Rechte zustehen. Die als „Arbeitnehmer/in“ eingestuften Personen hätten damit gegebenenfalls Anspruch auf den Mindestlohn (sofern vorhanden), Tarifverhandlungen, geregelte Arbeitszeiten und Gesundheitsschutz, bezahlten Urlaub und verbesserten Zugang zum Schutz vor Arbeitsunfällen, Leistungen bei Arbeitslosigkeit und Krankheit sowie beitragsabhängige Altersrente. Plattformen haben das Recht, diese Einstufung anzufechten oder „zu widerlegen“, wobei sie nachweisen müssen, dass kein Beschäftigungsverhältnis besteht. Darüber hinaus soll die Richtlinie die Transparenz bei der Nutzung von Algorithmen durch digitale Arbeitsplattformen erhöhen und eine Überwachung der Einhaltung der Arbeitsbedingungen durch Menschen gewährleisten. Auch sollen automatisierte Entscheidungen angefochten werden können. Diese neuen Rechte werden sowohl Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern als auch echten Selbstständigen gewährt. Schliesslich soll die neue Richtlinie auch zur verbesserten Rechtsdurchsetzung helfen, indem die bestehenden Verpflichtungen zur Anmeldung von Arbeitsverhältnissen gegenüber nationa-

⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Bessere Arbeitsbedingungen für ein stärkeres soziales Europa: die Vorteile der Digitalisierung für die Zukunft der Arbeit in vollem Umfang nutzen vom 9. Dezember 2021, COM (2021) 761 final.

⁷ Entwurf der Kommission von Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge für Solo-Selbstständige vom 9. Dezember 2021, C (2021) 8838 final.

⁸ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie vom 9. Dezember 2021, COM (2021) 762 final.

len Behörden klagestellt und die Plattformen aufgefordert werden, den nationalen Behörden wichtige Informationen über ihre Tätigkeiten und die über sie tätigen Personen bereitzustellen.

5. Diskriminierung / Gleichbehandlung

a) *Diskriminierung wegen der Religion*

Mit Urteil vom 15. Juli 2021 hat der EuGH entschieden, dass ein Arbeitgeber das Tragen jeder sichtbaren Ausdrucksform politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen verbieten kann, um gegenüber Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln oder um soziale Konflikte zu vermeiden⁹.

In den beiden vor dem EuGH verbundenen Ausgangsverfahren setzten sich eine Heilerziehungspflegerin (C-341/19) und eine Verkäuferin eines Drogeriemarktes (C-804/18) gegen Verbote ihrer Arbeitgeber zum Tragen religiöser Zeichen im Betrieb zur Wehr. Die jeweiligen Arbeitgeber hatten dieses Verbot mit einer allgemein zu wahren weltanschaulich-religiösen Neutralität begründet bzw. jedenfalls grossflächige religiöse Zeichen wie Kopftücher im Betrieb untersagt.

Der EuGH sah in seiner Entscheidung in einem generellen Verbot jedweder religiöser Zeichen im Betrieb keine unmittelbare, sondern nur eine mittelbare Diskriminierung. Auch diese könne aber gerechtfertigt sein, wenn aufgrund einer auf unternehmerischer Freiheit beruhender betrieblicher Neutralitätspolitik gegenüber Kunden ein entsprechendes Bild vermittelt werden solle. Massgebliche Gesichtspunkte seien insbesondere die Rechte und berechtigten Erwartungen der Kunden oder Nutzer, und speziell für den Bereich des Unterrichts der Wunsch der Eltern, dass ihre Kinder von Personen beaufsichtigt werden, die im Kontakt mit den Kindern nicht ihre Religion oder Weltanschauung zum Ausdruck bringen. Für die Beurteilung, ob ein wirkliches Bedürfnis besteht, ist es von besonderer Bedeutung, dass der Arbeitgeber nachgewiesen hat, dass ohne eine solche Politik der Neutralität seine unternehmerische Freiheit beeinträchtigt würde, da er angesichts der Art seiner Tätigkeit oder des Umfelds, in dem diese ausgeübt wird, nachteilige Konsequenzen zu tragen hätte, so der EuGH. Wichtig sei es, dass das notwendige Bedürfnis in kohärenter und systematischer Weise verfolgt werde. Damit sei zudem fraglich, ob zwischen dem Tragen von auffälligen grossflächigen und unauffälligen kleinen Zeichen unterschieden werden dürfe, da auch ein kleines sichtbares Zeichen

⁹ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 in den verbundenen Rechtssachen C-804/18 und C-341/19, ECLI:EU:C:2021:594 – WABE.

die Kohärenz der Politik der Neutralität in Frage stelle. Die Richtlinie 2000/78/EG erlaube es aber, dass in diesem Rahmen auch mit Blick auf die Vielfalt der von den Mitgliedstaaten verfolgten nationalen Regelungen und Ziele ein auszufüllender Wertungsspielraum bestehe. Diese Aufgabe sei den Mitgliedstaaten und ihren Gerichten überlassen. Es sei daher legitim, wenn nationale Vorschriften an die Rechtfertigung einer mittelbar auf der Religion beruhenden Ungleichbehandlung höhere Anforderungen knüpfen.

b) *Diskriminierung wegen des Geschlechts*

aa) *EuGH: Voraussetzungen für vorzeitige Altersrente*

Mit Urteil vom 12. Mai 2021 hat der EuGH entschieden¹⁰, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie 79/7/EWG¹¹ im Bereich der sozialen Sicherheit einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die den Anspruch auf eine vorzeitige Altersrente davon abhängig macht, dass deren Betrag mindestens dem der Mindestrente bei Vollendung des 65. Lebensjahres entspricht, sofern legitime sozialpolitische Ziele dies rechtfertigen.

Im Ausgangsverfahren hatte eine Hausangestellte auf ihr Recht geklagt, mit Erreichen des 63. Lebensjahres eine freiwillige, vorgezogene Altersrente in Anspruch zu nehmen. Eine solche war ihr von der zuständigen Behörde verwehrt worden, da der Betrag ihrer vorzeitigen Altersrente nicht über dem Betrag der Mindestrente bei Vollendung des 65. Lebensjahres gelegen hätte. Dies ist nach spanischem Recht jedoch zwingende Voraussetzung für den Bezug einer vorzeitigen Altersrente. Im Rahmen des Rechtsstreits legt das Oberste Gericht von Katalonien dem EuGH die Frage vor, ob in der spanischen Regelung eine mit dem Unionsrecht unvereinbare, mittelbare Diskriminierung von Arbeitnehmerinnen liegt. Zum einen sind 89% der Hausangestellten Frauen, die selbst bei 44,5 Jahren versicherungspflichtiger Beschäftigung keine Rentenhöhe erreichen könnten, die es ihnen erlauben würde, vorzeitig in Rente zu gehen. Zum anderen erhalten rund 31% der weiblichen Rentner – und nur 15% der männlichen Rentner – eine Rentenzulage, bei deren Bezug von vorneherein eine vorzeitige Inanspruchnahme der Altersrente gesetzlich ausgeschlossen ist.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 21. Januar 2021 in der Rechtssache C-843/19, ECLI:EU:C:2021:55 – INSS.

¹¹ Richtlinie 2010/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der Richtlinie 86/613/EWG des Rates, ABl L 180 vom 15. Juli 2010, 1–6.

Der EuGH sieht in der spanischen Regelung dann eine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, wenn nachgewiesen werden kann, dass sich die gesetzliche Regelung auf einen signifikant höheren Anteil von Personen eines Geschlechts im Vergleich zu Personen des anderen Geschlechts ungünstig auswirkt. Dies hat das spanische Gericht nun anhand der Gesamtheit der Beschäftigten, die dem allgemeinen spanischen Sozialversicherungssystem unterliegen, zu prüfen. Allerdings verstösst die spanische Regelung dann nicht gegen Unionsrecht, wenn die mittelbare Diskriminierung aufgrund objektiver Faktoren gerechtfertigt ist. Nach Auffassung des EuGH dient die Regelung einem legitimen Ziel der Sozialpolitik. Sie bezweckt die Sicherung der Finanzierung des Sozialversicherungssystems durch Verlängerung des Arbeitslebens der betroffenen Person, um sowohl ein Existenzminimum als auch die Tragfähigkeit der Rentensysteme zu gewährleisten.

bb) EuGH: Gleiche und gleichwertige Arbeit

In einem weiteren Verfahren kam der EuGH per Urteil vom 3. Juni 2021 zum Schluss, dass sich Arbeitnehmer in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten sowohl bei „gleicher“ als auch bei „gleichwertiger Arbeit“ unmittelbar auf den unionsrechtlich verankerten Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen berufen können.

Beklagter des Ausgangsverfahrens war Tesco Stores. Dieser ist ein Einzelhändler, der seine Waren sowohl online als auch in Ladengeschäften im Vereinigten Königreich vertreibt. In diesen Ladengeschäften, die unterschiedlich gross sind, sind insgesamt rund 250.000 Arbeitnehmer beschäftigt. Sie üben verschiedene Arten von Tätigkeiten aus. Tesco Stores verfügt auch über ein Vertriebsnetz mit rund 11.000 Arbeitnehmern, die ebenfalls verschiedene Arten von Tätigkeiten ausüben. Rund 6.000 Arbeitnehmer oder ehemalige Arbeitnehmer von Tesco Stores, die in deren Ladengeschäften beschäftigt sind oder waren und bei denen es sich sowohl um Frauen als auch um Männer handelt, erhoben gegen Tesco Stores beim Watford Employment Tribunal (Arbeitsgericht Watford, Vereinigtes Königreich) ab Februar 2018 Klagen. Sie machen geltend, dass Männer und Frauen für die gleiche Arbeit nicht das gleiche Entgelt erhalten hätten. Dies verstosse gegen die nationalen Rechtsvorschriften und gegen Art. 157 AEUV und insbesondere, dass die Arbeit der Frauen und die der Männer, die in den Vertriebszentren des Vertriebsnetzes von Tesco Stores beschäftigt seien, gleichwertig seien und dass es, obwohl die Arbeit in unterschiedlichen Betrieben verrichtet werde, nach Art. 157 AEUV zulässig sei, ihre Arbeit mit der dieser Männer zu vergleichen. Nach Art. 157 AEUV liessen sich ihre Arbeitsbedingungen und die der in den Vertriebszentren beschäftigten Männer auf eine einheitliche Quelle zurückführen, nämlich

Tesco Stores. Tesco Stores hält dem entgegen, dass Art. 157 AEUV bei Klagen, die auf eine gleichwertige Arbeit gestützt würden, keine unmittelbare Wirkung habe. Die Klägerinnen der Ausgangsverfahren könnten sich vor dem vorlegenden Gericht daher nicht auf Art. 157 AEUV berufen. Im Übrigen könne Tesco Stores nicht als „einheitliche Quelle“ angesehen werden.

In seiner Urteilsbegründung stellt der Gerichtshof zu Beginn fest, dass er nach Art. 86 des Austrittsabkommens trotz des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union für das Vorabentscheidungsersuchen zuständig ist. In der Sache hebt der Gerichtshof zunächst hervor, dass der Wortlaut von Art. 157 AEUV eindeutig und bestimmt eine Ergebnisspflicht auferlege und zwingenden Charakter habe. Dies gelte sowohl in Bezug auf eine „gleiche“ als auch in Bezug auf eine „gleichwertige Arbeit“. Sodann stellt der Gerichtshof fest, dass Art. 157 AEUV nach ständiger Rechtsprechung unmittelbare Wirkung entfalte, indem er für Einzelne Rechte begründet, die die nationalen Gerichte zu gewährleisten haben, u. a. im Fall von Diskriminierungen, die ihren Ursprung unmittelbar in Rechtsvorschriften oder in Kollektivverträgen haben, sowie in dem Fall, dass die Arbeit in ein und demselben privaten oder öffentlichen Betrieb oder Dienst verrichtet wird. Aus einer ständigen Rechtsprechung ergebe sich, dass die unmittelbare Wirkung von Art. 157 AEUV entgegen dem Vorbringen von Tesco Stores nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen die miteinander verglichenen Arbeitnehmer unterschiedlichen Geschlechts die „gleiche Arbeit“ verrichten, sondern sich auch auf die Fälle erstreckt, in denen diese eine „gleichwertige Arbeit“ verrichten. Schliesslich stellt der Gerichtshof fest, dass wenn sich die Entgeltbedingungen auf ein und dieselbe Quelle zurückführen lassen, die Arbeit und das Entgelt dieser Arbeitnehmer verglichen werden können, selbst wenn diese ihre Arbeit in verschiedenen Betrieben verrichten. In einem Rechtsstreit, in dem es um eine gleichwertige Arbeit geht, die von Arbeitnehmern verschiedenen Geschlechts, die denselben Arbeitgeber haben, in verschiedenen Betrieben dieses Arbeitgebers verrichtet wird, kann Art. 157 AEUV daher vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden, sofern der Arbeitgeber eine solche einheitliche Quelle darstellt.

cc) *Kommission: Massnahmen für gleiches Entgelt bei gleicher Arbeit*

Die Europäische Kommission hat am 4. März 2021 den Vorschlag einer Richtlinie zur Lohntransparenz vorgelegt¹², mit dem sichergestellt werden soll, dass Frauen und Männer in der EU gleiches Entgelt bei gleicher Arbeit erhalten. Der Legislativvorschlag konzentriert sich auf zwei Kernelemente der Entgeltgleichheit, und zwar Massnahmen zur Gewährleistung von Lohntransparenz für Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie einen besseren Zugang zur Justiz für Opfer von Lohndiskriminierung.

(1) **Massnahmen für Lohntransparenz:**

- Lohntransparenz für Arbeitsuchende: Arbeitgeber müssen in der Stellenausschreibung oder vor dem Vorstellungsgespräch Informationen über das Einstiegsentgelt oder dessen Spanne bereitstellen. Arbeitgebern soll es nicht gestattet sein, künftige Arbeitnehmer nach ihrer früheren Vergütung zu fragen;
- Auskunftsrecht für Arbeitnehmer: Arbeitnehmer werden das Recht haben, von ihrem Arbeitgeber Auskunft über ihr individuelles Einkommen und über die durchschnittlichen Einkommen zu verlangen – aufgeschlüsselt nach Geschlecht und für Gruppen von Arbeitnehmern, die gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten;
- Berichterstattung über das geschlechtsspezifische Lohngefälle: Arbeitgeber mit mindestens 250 Beschäftigten müssen Informationen über das Lohngefälle zwischen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in ihrer Organisation veröffentlichen;
- Gemeinsame Entgeltbewertung: Ergibt die Entgeltberichterstattung ein geschlechtsspezifisches Lohngefälle von mindestens 5% und kann der Arbeitgeber das Gefälle nicht anhand objektiver geschlechtsneutraler Faktoren rechtfertigen, muss er in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmervertretern eine Entgeltbewertung vornehmen.

¹² Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Stärkung der Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durch Lohntransparenz und Durchsetzungsmechanismen vom 4. März 2021, COM (2021) 93 final.

(2) **Besserer Zugang zur Justiz für Opfer von Lohndiskriminierung:**

- Entschädigung für Arbeitnehmer: Arbeitnehmer, die geschlechtsspezifischer Lohndiskriminierung ausgesetzt sind, können eine Entschädigung erhalten, einschliesslich der vollständigen Nachzahlung des Entgelts und der damit verbundenen Boni oder Sachleistungen;
- Beweislast aufseiten des Arbeitgebers: Grundsätzlich obliegt es dem Arbeitgeber und nicht dem Arbeitnehmer, nachzuweisen, dass es keine Diskriminierung in Bezug auf das Entgelt gegeben hat;
- Sanktionen einschliesslich Geldstrafen: Die Mitgliedstaaten sollten spezifische Sanktionen für Verstösse gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts (auch Mindestgeldstrafen) festlegen;

Gleichbehandlungsstellen und Arbeitnehmervertreter können im Namen von Arbeitnehmern in Gerichts- oder Verwaltungsverfahren tätig werden und bei Sammelklagen auf gleiches Entgelt federführend sein.

c) Diskriminierung wegen einer Behinderung

aa) EuGH: Voraussetzungen für Entgeltzuschlag

Mit Urteil vom 26. Januar 2021 hat der EuGH entschieden, dass eine Diskriminierung wegen einer Behinderung dann vorliegen kann, wenn ein Arbeitgeber einen Entgeltzuschlag nur an behinderte Arbeitnehmer auszahlt, die eine Bescheinigung über die Anerkennung einer Behinderung nach einem Datum eingereicht haben, das der Arbeitgeber selbst festgesetzt hat¹³.

Die Klägerin VL war bei einem Krankenhaus in Krakau (Polen) von Oktober 2011 bis September 2016 beschäftigt. Im Dezember 2011 erhielt sie eine Bescheinigung über die Anerkennung einer Behinderung. Diese Bescheinigung übermittelte sie ihrem Arbeitgeber im selben Monat. Um die Summe der Beiträge des Krankenhauses an den Staatsfonds für die Rehabilitation von Menschen mit Behinderungen zu verringern, entschied der Direktor dieses Krankenhauses nach einem Treffen mit dem Personal, das im zweiten Halbjahr 2013 stattfand, den Arbeitnehmern, die ihm nach diesem Treffen eine Bescheinigung über die Anerkennung ihrer Behinderung einreichten, einen Zuschlag zum monatlichen Arbeitsentgelt zu gewähren. Auf der Grundlage dieser Entscheidung wurde der Entgeltzuschlag dreizehn Arbeitnehmern gewährt, die ihre Bescheinigung

¹³ EuGH, Urteil vom 26. Januar 2021 in der Rechtssache C-16/19, ECLI:EU:C:2021:64 – VL/Szpital Kliniczny.

nach diesem Treffen einreichen, während sechzehn andere Arbeitnehmer, darunter VL, die ihre Bescheinigung schon vorher übermittelt hatten, nicht in den Genuss des Zuschlags kamen.

Im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens hat der EuGH in einem ersten Schritt geprüft, ob eine Ungleichbehandlung, die innerhalb einer Gruppe von an einer Behinderung leidenden Personen vorliegt, unter den Begriff „Diskriminierung“ in Art. 2 der Richtlinie 2000/78/EG¹⁴ fallen kann. Insoweit stellt der Gerichtshof fest, dass die Norm nicht nur im Vergleich „mit Behinderung“ und „ohne Behinderung“ anwendbar sei. Vielmehr solle der in der Richtlinie verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung einen Arbeitnehmer, der eine Behinderung im Sinne der Richtlinie aufweist, gegen jede Diskriminierung wegen dieser Behinderung nicht nur gegenüber Arbeitnehmern, die keine Behinderung aufweisen, sondern auch gegenüber Arbeitnehmern, die eine Behinderung aufweisen, schützen.

In einem zweiten Schritt hat sich der Gerichtshof der Frage gewidmet, ob die streitige Praxis eine von der Richtlinie 2000/78/EG verbotene Diskriminierung wegen einer Behinderung darstellen kann. Hierzu stellt er erstens fest, dass, wenn ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation weniger günstig behandelt als einen anderen seiner Arbeitnehmer und wenn diese ungünstige Behandlung wegen einer Behinderung des erstgenannten Arbeitnehmers erfolgt, da sie auf einem untrennbar mit der Behinderung verbundenen Kriterium beruht, diese Behandlung gegen das in Art. 2 Abs. 2 lit. a) der Richtlinie 2000/78/EG aufgestellte Verbot einer unmittelbaren Diskriminierung verstößt. Ob die aufgestellte zeitliche Bedingung ein solches „untrennbar mit der Behinderung verbundenes Kriterium“ darstelle, sei vom vorlegenden Gericht zu prüfen. Der Gerichtshof weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Arbeitgeber den behinderten Arbeitnehmern, die ihre Bescheinigung bereits vor diesem Datum übermittelt hatten, offenbar nicht erlaubt hat, die Bescheinigung erneut einzureichen oder eine neue vorzulegen, so dass diese Praxis es einer klar zu identifizierenden Gruppe, die aus allen behinderten Arbeitnehmern besteht, deren Zustand einer Behinderung dem Arbeitgeber bei Einführung dieser Praxis notwendigerweise bekannt war, endgültig unmöglich gemacht haben könnte, diese zeitliche Bedingung zu erfüllen. Diese Arbeitnehmer hatten nämlich diesen Zustand durch die Übermittlung einer Bescheinigung über die Anerkennung einer Behinderung vorher förmlich mitgeteilt.

¹⁴ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303 vom 2. Dezember 2000, 16–22.

bb) EuGH: Weiterbeschäftigung von Strafvollzugsbeamten

In einem weiteren Verfahren hat der EuGH mit Urteil vom 15. Juli 2021 festgestellt¹⁵, dass die Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der es absolut unmöglich ist, einen Strafvollzugsbeamten weiter zu beschäftigen, dessen Hörvermögen nicht die in dieser Regelung festgelegten Mindesthörschwellen erreicht, und die nicht die Prüfung gestattet, ob dieser Beamte in der Lage ist, seine Aufgaben – gegebenenfalls nachdem angemessene Vorkehrungen im Sinne von Art. 5 getroffen wurden – zu erfüllen.

Der Kläger des Ausgangsverfahrens war seit 2002 bei der Justizvollzugsanstalt Tartu (Estland) als Strafvollzugsbeamter beschäftigt, zuletzt als Aufseher in der Überwachungsabteilung dieser Justizvollzugsanstalt. Bei der letztgenannten Stelle gehörte zu seinen Aufgaben u.a. die Überwachung von mittels eines Kontrollsystems elektronisch überwachten Personen, die Überwachung der Kontroll- und Signaleinrichtungen, das Reagieren auf Störungen und die Übermittlung von Informationen insbesondere im Fall eines Alarms sowie die Feststellung von Verstößen gegen die Anstaltsordnung. Im Jahr 2017 wurde in einem Gesundheitszeugnis attestiert, dass das Hörvermögen auf dem rechten Ohr sehr stark vermindert war; eine seit seiner Kindheit bestehende Hörschwäche. Hierauf basierend wurde der Kläger mit der Begründung entlassen, dass sein Hörvermögen die in einer Verordnung festgelegten Mindesthörschwellen nicht erreiche.

Der EuGH führt zunächst aus, dass nach Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2000/78 „Gleichbehandlungsgrundsatz“ bedeutet, dass es keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung wegen eines der in Art. 1 genannten Gründe geben darf. In Art. 2 Abs. 2 lit. a) dieser Richtlinie wird klargestellt, dass eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt, wenn eine Person wegen einer Behinderung in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Eine Diskriminierung liegt aber dann nicht vor, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmässigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Insoweit hat der Gerichtshof schon entschieden, dass das Vorhandensein besonderer körperlicher Fähigkeiten als eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 2000/

¹⁵ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 in der Rechtssache C-795/19, ECLI:EU:C:2021:606 – XX/Tartu Vangla.

78 in Bezug auf die Ausübung bestimmter Berufe wie dem von Feuerwehrleuten oder Polizeibeamten angesehen werden kann. Im Rahmen einer anschließenden Verhältnismässigkeitsprüfung gelangt der Gerichtshof aber zu dem Ergebnis, dass die einschlägige estnische Verordnung ein Erfordernis aufgestellt habe, das über das hinausgeht, was zur Erreichung der mit dieser Verordnung verfolgten Ziele erforderlich ist und vom vorliegenden Gericht überprüft werden müsste.

6. Befristete Arbeitsverträge

In seinem Urteil vom 3. Juni 2021¹⁶ hatte der EuGH erneut die Gelegenheit, die Vereinbarkeit einer nationalen Regelung mit §5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge zu überprüfen. Die Regelung betraf die Einstellung von Hochschulforschern im Rahmen eines befristeten Dreijahresvertrags mit einer einzigen Möglichkeit der Verlängerung um höchstens zwei Jahre vorsieht und dabei zum einen den Abschluss solcher Verträge davon abhängig macht, dass Mittel „für die Planung zur Durchführung von Tätigkeiten im Bereich der Forschung, der Lehre, der ergänzenden Lehre und der Dienstleistungen gegenüber den Studierenden“ zur Verfügung stehen, und zum anderen die Verlängerung dieser Verträge von einer „positiven Beurteilung der geleisteten Lehr- und Forschungstätigkeit“ abhängig macht, ohne dass es erforderlich wäre, dass diese Regelung objektive und transparente Kriterien aufstellt, anhand derer überprüft werden kann, ob der Abschluss und die Verlängerung solcher Verträge tatsächlich einem realen Bedarf entsprechen und ob sie geeignet sind, das verfolgte Ziel zu erreichen, und hierfür erforderlich sind.

7. Arbeitszeit

a) *EuGH: Bereitschaftszeit als Arbeitszeit*

Der EuGH hat in zwei Urteilen vom 9. März 2021 und in einem dritten vom 11. November 2021 herausgearbeitet, inwieweit Bereitschaftszeit in Form von Rufbereitschaft als Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie¹⁷ einzustufen ist.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 3. Juni 2021 in der Rechtssache C-326/19, ECLI:EU:C:2021:438 – E B / Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca – MIUR, Università degli Studi „Roma Tre“.

¹⁷ Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl L 299 vom 18. November 2003, 9-19.

Einleitend weist der EuGH darauf hin, dass die Bereitschaftszeit eines Arbeitnehmers entweder als „Arbeitszeit“ oder als „Ruhezeit“ im Sinn der Richtlinie 2003/88 einzustufen ist, da beide Begriffe einander ausschliessen. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs gehe insbesondere hervor, dass eine Bereitschaftszeit automatisch als „Arbeitszeit“ einzustufen ist, wenn der Arbeitnehmer während dieser Zeit verpflichtet ist, an seinem Arbeitsplatz, der nicht mit seiner Wohnung identisch ist, zu bleiben und sich dort seinem Arbeitgeber zur Verfügung zu halten. Hierneben stellt der EuGH in den neuen Urteilen fest, dass Bereitschaftszeiten, einschliesslich Zeiten in Form von Rufbereitschaft, auch dann in vollem Umfang unter den Begriff „Arbeitszeit“ fallen, wenn die dem Arbeitnehmer während dieser Zeiten auferlegten Einschränkungen seine Möglichkeit, die Zeit, in der seine beruflichen Dienste nicht in Anspruch genommen werden, frei zu gestalten und sich seinen eigenen Interessen zu widmen, objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigen. Bei der Beurteilung, ob eine Bereitschaftszeit „Arbeitszeit“ darstellt, könnten insoweit nur Einschränkungen berücksichtigt werden, die dem Arbeitnehmer durch nationale Rechtsvorschriften, durch einen Tarifvertrag oder durch seinen Arbeitgeber auferlegt werden. Dagegen seien organisatorische Schwierigkeiten, die eine Bereitschaftszeit infolge natürlicher Gegebenheiten oder der freien Entscheidung des Arbeitnehmers für ihn mit sich bringen kann, unerheblich.

- Das erste Verfahren betraf einen Techniker für Sendeanlagen in Slowenien¹⁸. Die Sendeanlagen waren auf Berggipfeln gelegen und weit weg vom Wohnort des Klägers. Der Arbeitgeber ermöglichte in den Sendeanlagen den Aufenthalt in einer Dienstunterkunft. Vorgesehen war auch eine Rufbereitschaft, während der der Kläger die Sendeanlage verlassen durfte, aber telefonisch erreichbar sein musste und sich bei Bedarf innerhalb von einer Stunde wieder am Arbeitsplatz einzufinden hatte, um dringende Tätigkeiten zu erledigen. Für die Rufbereitschaften erhielt der Kläger 20% seines normalen Gehalts.
- Das zweite Verfahren betraf die Rufbereitschaft eines Feuerwehrmannes¹⁹. Neben seiner regulären Dienstzeit musste dieser regelmässig Bereitschaftszeiten in Form von Rufbereitschaft leisten. Während dieser Zeiten war er nicht verpflichtet, sich an einem von seinem Arbeitgeber bestimmten Ort aufzuhalten, musste aber erreichbar und in der Lage sein,

¹⁸ EuGH, Urteil vom 9. März 2021 in der Rechtssache C-344/19, ECLI:EU:C:2021:182 – D.J./Radiotelevizija Slovenija.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 9. März 2021 in der Rechtssache C-580/19, ECLI:EU:C:2021:183 – RJ/Stadt Offenbach am Mai.

im Alarmfall innerhalb von 20 Minuten in seiner Einsatzkleidung und mit dem ihm zur Verfügung gestellten Einsatzfahrzeug die Stadtgrenzen zu erreichen.

- Das dritte Verfahren betraf ebenfalls einen Feuerwehrmann. Geklagt hatte ein irischer teilzeitbeschäftigter Reserve-Feuerwehrmann, der nebenbei mit Genehmigung seines Arbeitgebers eine selbstständige berufliche Tätigkeit als Taxifahrer ausübt. Auch er musste während der Bereitschaftszeiten zwar nicht an einem bestimmten Ort sein, hatte aber, wenn er einen Notruf zur Teilnahme an einem Einsatz erhält, innerhalb einer maximalen Frist von zehn Minuten an der Feuerwache einzutreffen.

In allen drei Fällen hat der EuGH die Einstufung als „Arbeitszeit“ verneint, weil sich die jeweiligen Kläger während ihrer Bereitschaftszeiten zu keinem Zeitpunkt an einem bestimmten Ort aufhalten mussten und auch nicht verpflichtet waren, an allen von seiner Dienstwache aus durchgeführten Einsätzen teilzunehmen. Dies gelte dann nicht, wenn die auferlegten Einschränkungen die Möglichkeit ganz erheblich beeinträchtigten, während der Bereitschaftszeit die Zeit frei zu gestalten. Es können dabei nur Einschränkungen berücksichtigt werden, die dem Arbeitnehmer durch Rechtsvorschriften, durch einen Tarifvertrag oder durch seinen Arbeitgeber auferlegt werden. Natürliche Gegebenheiten, wie die Tatsache, dass der Arbeitsplatz weit entlegen ist, sind danach unbeachtlich. Ebenso ist eine grosse Entfernung zwischen dem Wohnort des Arbeitnehmers und dem Ort, an dem er sich innerhalb einer bestimmten Frist einfinden muss, nicht relevant für die Einstufung der Rufbereitschaft als Arbeitszeit gem. Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie. Nicht relevant ist ferner, dass es in dem Gebiet, welches der Arbeitnehmer während einer Rufbereitschaft in der Praxis nicht verlassen kann, wenig Freizeitmöglichkeiten gibt und dass sein Arbeitsplatz nur schwer zugänglich ist. Wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsort wegen seiner Art oder Lage praktisch nicht verlassen kann (z.B. bei einem Berggipfel), können nur Zeiträume als Arbeitszeit gem. Art. 2 Nr. 1 der Arbeitszeitrichtlinie angesehen werden, in denen der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber quasi sofort zur Verfügung stehen muss. Die Vorgabe von einer Stunde bietet dem Kläger insoweit genügend Reaktionszeit.

b) EuGH: Ruhepausen als Arbeitszeit bei kurzfristiger Einsatzbereitschaft

Mit Urteil vom 9. September hat der EuGH entschieden²⁰, dass Pausen dann als Arbeitszeit qualifiziert werden können, wenn ein Arbeitnehmer während

²⁰ EuGH, Urteil vom 9. September 2021 in der Rechtssache C-107/19, ECLI:EU:C:2021:722 – Dopravní podnik hl. m. Prahy.

seiner Pausen im Bereitschaftsdienst verbleiben und gegebenenfalls innerhalb von zwei Minuten einsatzbereit sein muss, d.h. wenn die Möglichkeit des Arbeitnehmers ganz erheblich beschränkt wird, seine Zeit frei zu gestalten.

Im Ausgangsverfahren vor den tschechischen Gerichten hatte ein Betriebsfeuerwehrmann geklagt, dessen Arbeit im Schichtbetrieb mit jeweils zwei Essens- bzw. Ruhepausen von je 30 Minuten stattfand. Diese konnte der Kläger in der Betriebskantine oder einer Beschäftigtenküche verbringen, musste aber stets ein Funkgerät bei sich tragen und in Notfällen innerhalb von zwei Minuten einsatzbereit sein. Derartige Unterbrechungen aufgrund von Einsätzen fanden selten statt und nur dann wurden auch die Pausen als Arbeitszeit vergütet.

Der EuGH stellte zunächst klar, dass Bereitschaftszeiten als Arbeitszeit einzu-stufen sind, wenn ein Arbeitnehmer zur sofortigen Verfügung des Arbeitgebers am Arbeitsplatz zu verweilen hat. Auch eine Rufbereitschaft, während der er nicht am Arbeitsplatz bleiben muss, könne Arbeitszeit darstellen, sofern die Möglichkeiten für persönliche und soziale Interessen aufgrund objektiv vorhandener und ganz erheblicher Auswirkungen von auferlegten Einschränkungen reduzierter sind, als wenn man bloss erreichbar sein muss. Mithin liege Arbeitszeit immer dann vor, wenn Einschränkungen gelten, welche die Möglichkeiten, die Bereitschaftszeit frei zu gestalten und sich eigenen Interessen zu widmen, objektiv gesehen ganz erheblich beeinträchtigen. Konkret sei dies der Fall, wenn die eingeräumte Frist zur Wiederaufnahme der Tätigkeit nur wenige Minuten beträgt, da dann selbst kurze Freizeitaktivitäten unmöglich seien. Im Ausgangsverfahren hätten ganz erhebliche Beschränkungen jedoch bereits dadurch bestanden, weil generell eine Frist zur Arbeitsaufnahme in Notfällen in den ohnehin schon kurzen Ruhepausen angeordnet war. Dies gelte auch dann, wenn der Einsatz tatsächlich nur selten in Anspruch genommen werde. Die Unvorhersehbarkeit möglicher Unterbrechungen habe ferner eine zusätzliche beschränkende Wirkung, da aus der resultierenden Unsicherheit eine Daueralarmbereitschaft des Arbeitnehmers folge.

c) *EuGH: Mindestruhezeit bei mehreren Arbeitsverträgen*

Mit Urteil vom 17. März 2021 hat der EuGH entschieden²¹, dass wenn ein Arbeitnehmer mit demselben Arbeitgeber mehrere Arbeitsverträge geschlossen hat, die tägliche Mindestruhezeit für die Verträge zusammen genommen gilt und nicht für jeden der Verträge für sich genommen.

In seiner Begründung hielt der EuGH fest, dass das Recht eines jeden Arbeitnehmers auf eine Begrenzung der Höchststarbeitszeit und auf - insbesondere

²¹ EuGH, Urteil vom 17. März 2021 in der Rechtssache C-585/19, ECLI:EU:C:2021:210.

tägliche - Ruhezeiten, nicht nur eine Regel des Sozialrechts der Union ist, sondern auch in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ausdrücklich verbürgt ist. Die Anforderungen der Arbeitszeitrichtlinie, dass jedem Arbeitnehmer täglich mindestens 11 zusammenhängende Stunden Ruhestunden gewährt werden, kann laut EuGH nicht erfüllt werden, wenn diese Ruhezeiten für jeden Vertrag zwischen den Arbeitnehmern und seinem Arbeitgeber getrennt geprüft werden. Dies würde auch dem Ziel der Richtlinie, ein besserer Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten, indem diesen u.a. tägliche Mindestruhezeiten gewährt werden, zuwiderlaufen, so der EuGH.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

I. Einführung

Nach wie vor beherrschten auch im Berichtsjahr die Covid-19-Pandemie und ihre Folgen die Geschehnisse im Arbeitsrecht in der Schweiz. Die Arbeitswelt begann sich allerdings darauf einzurichten, dass epidemiologisch motivierte Einschränkungen der Wirtschaftswelt wiederkehrend und unumgänglich sind. Das hat insbesondere im Event- und Kulturbereich in der Vertragspraxis tiefe Spuren hinterlassen. Sich darauf berufen, dass es sich um nicht vorhersehbare Ereignisse handle, welche bestehende Verträge hinfällig werden liessen, lässt sich nicht mehr geltend machen. Es ist unumgänglich geworden, die Folgen solcher Ereignisse in den Verträgen ausdrücklich zu regeln.

Es ist indessen wenig geklärt, wie eine solche Regelung aussehen soll und was zulässig ist. Dabei ist das behördliche Verbot von Veranstaltungen das kleinste vertragliche Problem, weil es sich dabei um ein klar definierbares vom Willen der Parteien unabhängiges Ereignis handelt. Sehr viel mehr Schwierigkeiten bilden behördliche Einschränkungen, die je nach Ausmass und Art der Veranstaltung diese wirtschaftlich unrentabel machen, so dass das Unternehmen sie nicht durchführen will. Das ist aber immer eine subjektive Beurteilung der Arbeitgeberseite. Entsprechend handelt es sich nicht um ein objektives, vom Willen der Arbeitgeberin unabhängiges Kriterium. Soll ein Ereignis ohne Kündigung das Arbeitsverhältnis beenden – sei es als Befristung oder Bedingung – muss sein Eintritt aber für beide Parteien *objektiv feststellbar* sein.²² Entsprechend muss das Ereignis so genau umschrieben werden, dass kein Zweifel über seinen Eintritt oder sein Ausbleiben entstehen kann. Lässt sich der Eintritt des Ereignisses, das das Arbeitsverhältnis beenden soll, nicht sofort unzweifelhaft von beiden Parteien erkennen, kann es auch nicht das Arbeitsverhältnis beenden. Dann ist vielmehr eine Kündigung notwendig und die Kündigungsfristen sind einzuhalten. Die Kündigungsfristen müssen für beide Parteien gleich lang sein.²³ Ein Abwälzen des pandemiebedingten Unternehmerrisikos auf den Arbeitnehmer ist damit nicht möglich.

²² Vischer Frank/Müller Roland M., *Der Arbeitsvertrag*, Basel 2014, 300; Caruzzo Philippe, *Le contrat individuel de travail, Commentaire des articles 319 à 341 du Code des obligations*, Zürich 2009, Art. 334 N 1; Portmann Wolfgang/Wildhaber Isabelle, *Schweizerisches Arbeitsrecht*, Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 800; Botschaft vom 9. Mai 1984 zur Volksinitiative „betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht“ und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht BBl 1984 II 551, 592.

²³ Art. 335a Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, OR, SR 220).

2. Ausbau Sozialstaat und Gleichstellung

In der Berichtsperiode sind die neuen Regeln bezüglich des Vaterschafts- und des Betreuungsurlaub in Kraft getreten.²⁴ Sie sehen für den Vater einen Urlaub von 14 Tagen und Urlaube für die Betreuung kranker Kinder und von Angehörigen vor. Eine Praxis hat sich dazu bis jetzt noch nicht eingespielt. Vielmehr besteht vorerst noch eine Vielzahl offener Rechtsfragen.

3. Ausserordentliche Massnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie

Die Schutzvorschriften bezüglich der Covid-Pandemie für die Arbeitsverhältnisse wurden von den Behörden laufend den neuen Begebenheiten angepasst. Dies liess immer wieder Unklarheiten darüber entstehen, was Arbeitgeber nun im Einzelnen tatsächlich von ihren Arbeitnehmenden an Vorsichtsmassnahmen verlangen können und welche Massnahmen die Arbeitgeberinnen vorzukehren haben. Namentlich stellte sich immer wieder die Frage, ob die Arbeitgeberin für die Arbeitnehmer eine Impfpflicht einführen darf und welche Sanktionen gegebenenfalls möglich sind, wenn ein Arbeitnehmer sich dennoch nicht impfen lässt. Eine abschliessende Klärung dieser Fragen ist bis jetzt nicht erfolgt.

Eine Impfpflicht greift in Grundrechte des Arbeitnehmers und in sein privatrechtlich geschütztes Persönlichkeitsrecht ein²⁵. Ob eine solche von der Arbeitgeberin angeordnet bzw. in einem Arbeitsvertrag vereinbart werden kann beurteilt sich folglich nach Art. 328 OR.²⁶ Weisungen der Arbeitgeberinnen müssen sich im Rahmen dieser Bestimmung halten.²⁷ Weil Art. 328 OR einseitig zwingend ist, müssen sich auch vertragliche Vereinbarungen an diese Schranke halten. Von daher ist ein vertraglicher Impfwang grundsätzlich nicht zulässig. Das kann freilich ändern, wenn sich die Impfung zum Schutze der Mitarbeitenden oder der Kundschaft als zwingend notwendig

²⁴ Vgl. dazu im Einzelnen die Berichterstattung im vergangenen Jahr, in: Uebe Wesselina/Geiser Thomas, Arbeitsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 175 ff.

²⁵ Art. 28 des Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210).

²⁶ Hug Uli/Pärli Kurt, Impfwang in Gesundheitsbetrieben des Privatrechts. Pfleregerecht, 165 ff.; zum öffentlichen Personalrecht: Gächter Thomas/Kaufmann Marianne, Impfpflicht für Gesundheitspersonal, Auswirkungen des neuen Epidemiengesetzes, Pfleregerecht 4/2013, 213 ff.

²⁷ Art. 321d OR.

erweist. Demgegenüber lässt sich ein privatrechtliches Impfblogatorium nicht mit öffentlichen Interessen rechtfertigen.²⁸ Hier ist vielmehr der Staat mit gesetzlichen Vorgaben gefordert.

4. Arbeitnehmerschutz

a) *Nacht- und Sonntagsarbeit*

Betriebe für Reisende dürfen auch in der Nacht Arbeitnehmer beschäftigen.²⁹ Unter solchen Betrieben sind Verkaufsstellen und Dienstleistungsbetriebe an Bahnhöfen, Flughäfen, an anderen Terminals des öffentlichen Verkehrs und in Grenzorten sowie Tankstellenshops auf Autobahnraststätten und an Hauptverkehrswegen mit starkem Reiseverkehr zu verstehen, die ein Waren- und Dienstleistungsangebot führen, das überwiegend auf die spezifischen Bedürfnisse der Reisenden ausgerichtet ist.³⁰ Ein Flughafen-Duty-Free-Shop, der den grössten Teil seines Umsatzes mit einem breiten Sortiment an alkoholischen Getränken und Tabakwaren sowie einer grossen Auswahl an verschiedenen Parfüms und Kosmetika erzielt, berief sich vergeblich auf diese Bestimmung. Art. 26 Abs. 4 ArGV 2 bezweckt es, den Reisenden zu ermöglichen, die Waren zu erwerben, die sie während ihrer Reise benötigen. Die Bestimmung ist restriktiv auszulegen, weil sie vom Schutz der Arbeitnehmer abweicht. Das Angebot der Reisedienstleister darf nicht auf die Befriedigung der täglichen Bedürfnisse der Bevölkerung ausgerichtet sein, sondern auf eine begrenzte Palette von Produkten und Dienstleistungen, die speziell auf die Reisenden zugeschnitten sind, damit diese auf ihrer Reise problemlos auf diese grundlegenden Waren und Dienstleistungen zugreifen können. Das ist bei einem Geschäft, das den grössten Teil seines Umsatzes mit Alkoholika, Tabakwaren und Parfüm macht, nicht der Fall.³¹

Diese Zurückhaltung bezüglich Ausnahmen vom Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot übte das Bundesgericht auch im Zusammenhang mit dem neuen Art. 32a ArGV 2, der diese Arbeiten für Personal mit bestimmten Aufgaben im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik erlaubt. Die Arbeitgeberin hatte auf ihrer Website täglich ab Mitternacht und sonntags um die Mittagszeit vergünstigte Produkte oder Dienstleistungen im Informatikbereich angeboten. Das SECO hatte das Gesuch der Arbeitgeberin um Feststellung,

²⁸ Vgl. Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, *Arbeitsvertrag Praxiskommentar*, Zürich 2012, Rz. 15b zu Art. 328 OR.

²⁹ Art. 26 der Verordnung 2 zum Arbeitsgesetz (ArGV 2, SR 822.112).

³⁰ Art. 26 Abs. 4 ArGV 2.

³¹ BGer 2C_358/2020 und 2C_239/2020 vom 24. März 2021.

dass sie dem Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot nicht unterstehe, abgewiesen, was das Bundesgericht schützte. Die Ausnahme besteht nur, wenn diese Arbeit zu den genannten Zeiten notwendig ist, um die in Art. 32a ArGV 2 aufgeführten Tätigkeiten zu verrichten, nämlich Störungen im IT-Bereich, bzw. im Netz zu beheben. Eine Störung ist der Natur nach kein häufiges oder wiederkehrendes Ereignis. Nachtarbeit und Sonntagsarbeit ist auf der Grundlage dieser Ausnahmeregelung nur zulässig, um unvorhergesehene technische Probleme zu beheben. Art. 32a Bst. a ArG 2 bezweckt nicht, die Nacht- und Sonntagsarbeit für Arbeitnehmer mit Aufgaben der Informations- und Kommunikationstechnologie zu verallgemeinern und damit den Kreis der Unternehmen zu erweitern, die Nacht- und Sonntagsarbeit einsetzen dürfen. Im zu beurteilenden Fall waren die Voraussetzungen für die Ausnahme nicht gegeben. Das Angebot der Unternehmung an ihre Kundschaft, Arbeiten zu Sonderkonditionen in der Nacht oder an Sonntagen auszuführen, ist eine kommerzielle Entscheidung und führt daher zu keiner Tätigkeit, die notwendigerweise nachts oder sonntags stattfinden muss.³²

Mehr Gehör als beim Bundesgericht findet die Wirtschaft mit Bedürfnissen nach Nacht- und Sonntagsarbeit bei den politischen Behörden. Der Bundesrat hat die ARGV 2 dahin angepasst, dass neu Bau- und Unterhaltsbetriebe bei gewissen Arbeiten an Nationalstrassen für die Beschäftigung ihrer Arbeitnehmenden in der Nacht von der Bewilligungspflicht befreit sind. Die Bewilligungspflicht wird durch eine Pflicht zur Publikation der Arbeiten ersetzt.³³

b) Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes

Gesellschaftliche Veränderungen haben in der Schweiz dazu geführt, dass immer mehr betagte Personen möglichst lange in ihrer eigenen Wohnung bleiben wollen. Gleichzeitig hat der Familienzusammenhalt insofern abgenommen, als diese Personen alleine und nicht mit ihren Kindern zusammenleben. Es muss folglich eine Betreuung zu Hause organisiert werden. Je nach Gesundheitszustand ist eine Betreuung rund um die Uhr notwendig. Soll die Betreuung mit vertretbaren Arbeitsbedingungen organisiert werden, sind für eine Betreuung täglich während 24 Stunden und während sieben Tagen pro Woche mindestens vier Personen notwendig. Selbst wenn diese Personen schlecht entlohnt werden, ist für jede mit einem Monatseinkommen von CHF 3'000.- bis CHF 4'000.- zu rechnen. Eine 24-Stunden Betreuung kostet

³² BGer 2C_535/2020 vom 24. März 2021.

³³ Art. 48a ArGV 2 in Kraft seit 1. November 2021.

jährlich mindestens CHF 150'000.-. Es liegt auf der Hand, dass die Leute nach möglichst preisgünstigen Lösungen suchen. Ein Rückgriff auf Personen aus Niedriglohnländern liegt auf der Hand.

Eine empirische Erhebung von 2016 hat aufgezeigt, dass in der Schweiz bei rund acht Millionen Einwohner ungefähr 5'000 Personen zu Hause eine 24-Stunden-Betreuung benötigen, die nicht durch die Angehörigen erbracht werden kann. 63 Unternehmen bieten solche Dienstleistungen an. Davon sind elf ausländische Agenturen. Von den in diesem Sektor beschäftigten Arbeitnehmenden sind ca. 10'000 Pendelmigrantinnen. Die Stellung dieser Arbeitnehmerinnen – es handelt sich regelmässig um Frauen – hängt ganz entscheidend davon ab, welche Arbeitnehmerschutzbestimmungen zwingend anwendbar sind.

Soweit es um schweizerische Arbeitnehmerinnen und solchen aus der EU/EFTA geht, besteht folglich ein Lohnschutz nur, wenn ein Tarifvertrag anwendbar ist, der einen Mindestlohn vorsieht oder das Arbeitsverhältnis einem Normalarbeitsvertrag mit einem zwingenden Mindestlohn untersteht. Arbeitszeitvorschriften können für diese Arbeitnehmer nur greifen, wenn sie in einem Tarifvertrag geregelt sind oder wenn das Arbeitsverhältnis dem Arbeitsgesetz untersteht. Es ist folglich zu prüfen, wie weit dies auf Arbeitsverhältnis mit 24-Stunden Betreuung zutrifft.

Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG nimmt nun aber „private Haushaltungen“ vom betrieblichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes aus. Eine private Haushaltung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn jemand für seine privaten Bedürfnisse und nicht zu geschäftlichen Zwecken Personen in seiner eigenen Wohnung beschäftigt.³⁴ Welche Tätigkeit diese Personen im privaten Haushalt ausüben, ist ohne Bedeutung. Es kann sich um Reinigungspersonal, Dienstboten, Haushalthilfen, Chauffeure oder Gärtner handeln. Dabei ist es gleichgültig, ob die entsprechende Person in der Haushaltung wohnt oder nicht³⁵. Die Ausnahme betrifft die Haushaltung als Betrieb, sodass das ArG für alle entsprechenden Arbeitnehmer nicht gilt. Anwendbar bleiben aber auch hier die Bestimmungen über das Mindestalter der Arbeitnehmer.³⁶

³⁴ Geiser Thomas, Arbeitsgesetz, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, 635 ff., Rz. 16.35.

³⁵ Geiser Thomas, in: Geiser/Von Kaenel/ Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Stämpfli Handkommentar, Bern 2005, Rz. 39 zu Art. 2 ArG; Müller Roland A./Maduz Christian, Arbeitsgesetz, Zürich 2017, Art. 2 Abs. 1 g ArG.

³⁶ Art. 2 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11).

Der Arbeitnehmerschutz setzt indessen im Bereich des Hausdienstes die Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes zwingend vor, wenn nicht Ausbeutung und Missbrauch in diesem Wirtschaftszweig Tür und Tor offenstehen soll. Sowohl die Arbeitszeiten wie auch die Entlohnung sind in diesem Wirtschaftszweig teilweise katastrophal. Die geltende Rechtslage bietet allerdings nur sehr beschränkt Schutz. Der Gesetzgeberische Entscheid, den Hausdienst von der Anwendung des Arbeitsgesetzes auszunehmen,³⁷ beruht auf Fehlüberlegungen, weil weder Gesamtarbeitsverträge noch Normalarbeitsverträge in diesem Wirtschaftszweig den nötigen Schutz bieten können und die Anwendbarkeit des ArG auf die Arbeit zu Hause auch ohne ein fragliches Eindringen des Staates in die Privatsphäre möglich ist. Das hat die in der Pandemie weit verbreitete Arbeit im Home-Office gezeigt. Die Ausnahme von der Anwendbarkeit des ArG ist deshalb restriktiv auszulegen. Die Bestimmung gehört de lege ferenda gestrichen. Im Moment ist aber mit ihr zu leben.

Soweit eine betreuungsbedürftige Person die Betreuerin direkt anstellt, ist nicht zu sehen, wie beim geltenden Gesetzestext das Arbeitsgesetz anwendbar sein sollte. Die Ausnahme von Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG greift und die Arbeitnehmerin ist schutzlos. Das gilt auch, wenn die Betreuerin von einer anderen Person angestellt ist, die mit der zu betreuenden Person im gleichen Haushalt wohnt. Wird die betreuende Arbeitnehmerin von einem Personalverleiher in diesen Haushalt verliehen, muss danach unterschieden werden, ob als weisungsgebender Einsatzbetrieb die zu betreuende Person selber oder eine mit dieser im gleichen Haushalt wohnende Person auftritt. In diesen Fällen ist wiederum das ArG nicht anwendbar. Ein Teil der Lehre begründet allerdings die Anwendbarkeit des ArG auch in diesem Fall mit dem Argument, dass ein professioneller Verleihbetrieb dazwischen geschaltet sei und es sich deshalb nicht mehr um private Dienste sondern um eine wirtschaftliche Tätigkeit handle.³⁸ Ob die Gerichte dieser Argumentation folgen werden, ist allerdings offen. Anders sieht es demgegenüber aus, wenn die Weisungsbefugnis von einer Person ausgeübt wird, die nicht im gleichen Haushalt lebt, wie die zu Betreuende. Dann ist die betreuende Arbeitnehmerin nicht angestellt, um im eigenen Haushalt der weisungsberechtigten Person private Dienste zu verrichten; diese werden vielmehr in einem fremden Haushalt verrichtet. Die Ausnahme von Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG greift nicht und der Schutz des Arbeitsgesetzes besteht. Dieser besteht ohne jeden Zweifel auch, wenn eine professionelle

³⁷ Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG.

³⁸ Vgl. Pärli Kurt, Private Haushalte: Anwendung des Arbeitsgesetzes?, Jusletter 27. Mai 2019.

Betreuungsorganisation die Betreuung als Dienstleistung anbietet und damit auch die Verantwortung für deren Qualität übernimmt.³⁹ Höchststrichterlich sind diese Fragen allerdings bis jetzt nicht geklärt.⁴⁰

c) *Abgrenzung der Arbeitsverhältnisse zu selbständigen Tätigkeiten*

Die Frage, ob überhaupt ein Arbeitsvertrag oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist für die Rechtsfolgen, namentlich für den Sozialschutz von zentraler Bedeutung. Mit den modernen Technologien drängen Unternehmen mit Geschäftsmodellen auf den Markt, die das Arbeitsrecht zu umgehen versuchen. Sie machen geltend, auf Internetplattformen nur Arbeiten und Personen, welche diese ausführen wollen, zusammen zu bringen, nicht aber mit eigenen Arbeitnehmenden diese Arbeiten auszuführen. Die Arbeitenden werden dann als Selbständigerwerbende angesehen. Das Unternehmen bezahlt keine Sozialleistungen, Ferien etc. und es besteht auch keinerlei Kündigungsschutz. Das Betriebsrisiko tragen die Arbeitnehmenden.

Die Unterscheidung bereitet in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten, namentlich auch weil in verschiedenen Rechtsgebieten unterschiedliche Unterscheidungskriterien angewendet werden. Im Zivilrecht ist für die rechtliche Qualifikation eines Vertrages sein Inhalt massgeblich.⁴¹ Zuerst muss ermittelt werden, was nach dem gemeinsamen wirklichen Willen der Parteien Inhalt sein soll. Lässt sich ein solcher Wille nicht feststellen, ist der Vertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.⁴² In einem zweiten Schritt ist sodann auf Grund des eruierten Inhalts die Vereinbarung rechtlich einzuordnen.⁴³ Dabei ist das Gericht weder an die von den Parteien vorgenommene Charakterisierung noch an die von ihnen verwendeten Ausdrücke und Bezeichnungen gebunden.

Das Kantonsgericht des Kantons Waadt hat am 23. April 2020 entschieden, dass die Fahrer von Uber zu diesem Unternehmen in einem Arbeitsverhältnis stehen.⁴⁴ Uber stellt nicht nur unabhängigen Fahrern eine Plattform zur Verfügung. Vielmehr besteht ein Subordinationsverhältnis im Sinne eines Arbeits-

³⁹ Geiser Thomas, Arbeitsrechtliche Aspekte der 24-Stunden-Betreuung in der Schweiz, in: Hekimler (Hrsg.), Festschrift für Otto Kaufmann, Istanbul 2021, 335 ff., 347 f.

⁴⁰ Vgl. nun aber Urteil des Bundesgerichts 2C_470/2020 vom 22. Dezember 2021.

⁴¹ BGE 144 III 48, E. 3.3; BGer 4A 461/2020 vom 16. Februar 2021, E. 4.1.

⁴² BGE 145 III 368 E. 3.2.1; BGE 144 III 48 E. 3.3.

⁴³ BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 5.

⁴⁴ Vgl. die Berichterstattung im letzten Jahr: Uebe Wesselina/Geiser Thomas, Arbeitsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2020/2021, Zürich 2021, 268 f.

vertrages.⁴⁵ Allerdings weist der Uber-Konzern eine komplexe Struktur auf, so dass die Uber Switzerland GmbH von der Ausgleichskasse nicht verpflichtet werden konnte, die Sozialversicherungsbeiträge für die Uber-Pop-Fahrer zu bezahlen. Es war nicht rechtsgenügend nachgewiesen, dass die Arbeitsverträge mit dieser juristischen Person abgeschlossen worden waren.⁴⁶

Es ist anzunehmen, dass sich in der nächsten Zeit auch die Politik um die Share-Industrie kümmern wird. Im Mittelpunkt steht dabei zu Recht die soziale Absicherung der von Internet-Plattformen beschäftigten Personen. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 27. Oktober 2021 den Bericht „Digitalisierung – Prüfung einer Flexibilisierung des Sozialversicherungsrechts (Flexi-Test)“, verabschiedet. Darin befasst er sich insbesondere mit der sozialen Absicherung der Beschäftigten in der Plattformwirtschaft, den neuen Geschäftsmodellen, der Rechtssicherheit sowie mit der Frage, ob das Sozialversicherungsrecht flexibler ausgestaltet werden muss, um den Herausforderungen dieser neuen Arbeitsformen zu begegnen. Allerdings sieht der Bundesrat zur Zeit diesbezüglich keinen Handlungsbedarf, weil unser System der sozialen Sicherheit genügend Flexibilität bietet.

Die Qualifikation des Vertragsverhältnisses erweist sich auch dann als problematisch, wenn ursprünglich ein Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, aber später der Arbeitnehmer eine von ihm beherrschte juristische Person dazwischenschaltete. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts kann arbeitnehmerseitig ein Arbeitsvertrag nur mit einer natürlichen Person abgeschlossen werden.⁴⁷ Personalverleih kommt in der Regel auch nicht in Frage, weil es sich bei der dazwischen geschalteten juristischen Person meist um eine Ein-Personen-Gesellschaft handelt, so dass der die Arbeit verrichtende gleichzeitig auch Eigentümer der Gesellschaft ist. Damit verrichtet er die Arbeit nicht in einer fremden, sondern in seiner eigenen Organisation und es kann folglich kein Arbeitsverhältnis vorliegen.⁴⁸ Das Bundesgericht hat dann die Ansicht der Vorinstanz geschützt, dass ein Auftrag vorliege.⁴⁹

⁴⁵ Cour D'appel Civile Arrêt du 23 avril 2020 (P317.026539-190917 380) ; ausführlich vgl.: Wyler Remy/Zandirad David, Plateformes numériques et contrat de travail, Jusletter, 1 ff.

⁴⁶ BGer 9C_ 692/2020 vom 29.3.2021 (zur Publikation vorgesehen).

⁴⁷ BGer 4 A_542/2020 vom 3. März 2021 E. 3.3.2.; BGer 4A_31/2011 vom 11. März 2011 E. 3; kritisch dazu: Geiser Thomas, Arbeitsverhältnisse bei Ein-Mann-juristischen Personen, in: Wyler/Meier/Marchand (Hrsg.), Regards croisés sur le droit du travail Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Genève/Zürich 2015, 149 ff., 152 f.

⁴⁸ BGE 125 III 81 E. 4; Geiser Thomas, Festschrift Aubert, 151 f.

⁴⁹ BGer 4A_542/2020 vom 3. März 2021.

Lange bestand die Überzeugung, dass im SEX-Gewerbe keine Arbeitsverträge abgeschlossen werden können. Dabei war nicht die Subordination in eine fremde Arbeitsorganisation ausschlaggebend. Vielmehr ging es um die Frage, ob ein Prostitutionsvertrag als sittenwidrig nach Art. 20 OR und damit nichtig angesehen werden muss⁵⁰. Zudem steht einer Verpflichtung zu einer sexuellen Dienstleistung das Persönlichkeitsrecht der die Dienste leistenden Person entgegen.⁵¹ Das ist allerdings im Schrifttum zu Recht auf Ablehnung gestossen.⁵² Mit Blick auf die heute allgemein anerkannten Wertvorstellungen ist es anachronistisch, die ohne kriminelle Begleiterscheinungen ausgeübte Prostitution von Erwachsenen als sittenwidrig zu qualifizieren und Sexarbeiterverträge als ungültig anzusehen.⁵³ Das Bundesgericht hat nun – allerdings im Zusammenhang mit dem Strafrecht – festgestellt, dass ein Prostitutionsvertrag sehr wohl gültig sein kann und bei erbrachter Dienstleistung auch ein einklagbarer Anspruch auf das Entgelt besteht.⁵⁴ Im zu beurteilenden Fall handelte es sich wohl um einen Auftrag. Arbeitsverträge sind aber damit durchaus auch vorstellbar, wobei mit Blick auf den persönlichkeitsrechtlichen Charakter der Hauptleistung diese jederzeit verweigert werden können muss. Das kann aber auch bei anderen Arbeitsverträgen vorkommen, beispielsweise wenn eine akrobatische oder sonst gefährliche Arbeitsleistung versprochen ist.

Weil die Krankenkassen von Psychologen angebotene Therapien grundsätzlich nur bezahlen, soweit es um sogenannte „delegierte Psychotherapie“ geht, wird zwischen dem Therapeuten und dem Arzt ein Vertrag abgeschlossen, den die Parteien als Arbeitsvertrag bezeichnen. Zwei Psychotherapeuten arbeiteten während einiger Jahre mit einem entsprechenden Vertragsverhältnis in einer Arztpraxis. Als der Arzt kündigte, klagten sie Forderungen aus Arbeitsvertrag ein. Trotz der Vertragsüberschrift als „Arbeitsvertrag“ gelangte das

⁵⁰ Vgl. BGE 129 III 604 E. 5.3; BGE 111 II 295 E. 2e; BGE 101 Ia 473 E. 2b; BGE 91 VI 69; BGER 6B_188/2011 vom 26. Oktober 2011 E. 2.3.

⁵¹ Zum Ganzen vgl.: Koller Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 2017, Rz. 13.177.

⁵² Schwenzer Ingeborg/Fountoulakis Christiana, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, Rz. 32.28.

⁵³ Hugenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2019, Rz. 414; Meise Barbara/Hugenin Claire, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 2020, Rz. 38 zu Art. 19/20 OR; Schultheiss Maria, Das gesellschaftliche Verständnis der sich prostituierenden Person und dessen Abbild im Recht, Ex Ante 1/2017, S. 35; Hürlimann Brigitte, Prostitution - Ihre Regelung im Schweizerischen Recht und die Frage der Sittenwidrigkeit, 2004, S. 155, 187, 219 ff.; kritisch: Herzog Nicolas, In: Kurzkomentar OR, 2014, Rz. 15 zu Art. 19 OR; Zufferey-Werro Jean-Baptiste, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, 1988, Rz. 1256.

⁵⁴ BGE 147 IV 88 ff. E. 7.

Bundesgericht zum Schluss, dass kein solcher vorliege.⁵⁵ Das Bundesgericht kam auf Grund einer Analyse der konkreten Verträge und der Vertragswirklichkeit zum Ergebnis, dass kein Subordinationsverhältnis bestehe. Die Kriterien, die gegen einen Arbeitsvertrag sprachen, überwogen: Die weitgehend selbstständige Ausübung der Psychotherapie und das praktische Fehlen von Weisungen des Arztes. Die Psychotherapeuten gestalteten ihre Arbeitszeit und ihre Ferien völlig frei. Es fehlte eine eigentliche Arbeitsverpflichtung, so dass die Therapeuten autonom über den Umfang ihrer Tätigkeit entscheiden konnten. Es gab keine Acquisition von Patienten durch den Arzt. Die für einen Arbeitsvertrag sprechenden Punkte, nämlich das Zurverfügungstellen eines Arbeitsplatzes, das Stellen der Grundeinrichtung durch den Arzt, die im engen Rahmen bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit sowie die Bezeichnung der Vereinbarung als Arbeitsvertrag und das Abführen von Sozialversicherungsbeiträgen, sah das Bundesgericht als zu wenig gewichtig an, um zu einem anderen Ergebnis zu führen. Heikel ist allerdings, dass das Bundesgericht auch in der praktisch vollständigen Übernahme der Kosten, die durch ihre Anstellung beim Arzt anfielen, und der Tragung des Unternehmerrisikos durch die Therapeuten, Gründe sah, die gegen einen Arbeitsvertrag sprachen.⁵⁶ Dies sind aber die Rechtswirkungen der Vertragsqualifikation und dürften von daher nicht als Kriterien für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses herangezogen werden.

5. Befristete Arbeitsverträge

Im Schweizerischen Recht besteht die Problematik befristeter Arbeitsverträge nach wie vor nicht in der gleichen Art, wie im übrigen Europa. Weil unbefristete Arbeitsverträge mit kurzen Kündigungsfristen⁵⁷ und ohne, dass ein begründeter Anlass bestehen müsste, gekündigt werden können, bieten sie nicht mehr soziale Sicherheit als befristete Arbeitsverträge. Versuche die Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung mit Kettenarbeitsverträgen zu umgehen, ist seit Jahren durch die Rechtsprechung verunmöglicht worden. Allerdings ist der ungenügende Schutz von Arbeitnehmern mit gewerkschaftlicher Tätigkeit gegen die Kündigung nach wie vor ungelöst.

Der Kündigungsschutz im schweizerischen Arbeitsrecht gewährt nach wie vor keine Arbeitsplatzgarantie. Auch eine missbräuchliche Kündigung ist gültig und beendet das Arbeitsverhältnis auf Ablauf der Kündigungsfrist. Die missbräuchlich kündigende Arbeitgeberin hat dem Arbeitnehmer nur eine Ent-

⁵⁵ BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020 und BGer 4A_84/2020 vom 27. August 2020.

⁵⁶ BGer 4A_64/2020 vom 6. August 2020, E. 9.

⁵⁷ Art. 335c OR.

schädigung von maximal sechs Monatslöhnen zu bezahlen.⁵⁸ Von grosser Bedeutung ist dabei, welche Kündigungen von der Praxis als missbräuchlich angesehen werden. Das Gesetz zählt die Gründe nicht abschliessend auf.⁵⁹

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit zu bestätigen, dass eine Entlassung aufgrund von Arbeitsstreitigkeiten nicht missbräuchlich ist, wenn die betroffenen Arbeitnehmer nicht in der Lage sind, sich zu wehren und keine künftige Verbesserung zu erwarten ist. Eine Arbeitnehmerin wurde im Rahmen eines Arbeitskonflikts entlassen. Die Arbeitgeberin hatte mit den am Konflikt beteiligten Arbeitnehmern Gespräche geführt und die Arbeitnehmerin aufgefordert, ihr Verhalten zu ändern. Es zeigte sich aber, dass keine Besserung eintrat. Die andere am Konflikt beteiligte Person war versetzt worden, um den Kontakt zwischen den beiden zu vermeiden. Die später entlassene Arbeitnehmerin hatte dann aber wieder den Kontakt mit dieser Person aufgenommen, um weiter über den Streit zu diskutieren. Die darauffolgende Kündigung war nicht zu beanstanden.⁶⁰

Daraus darf allerdings nicht geschlossen werden, dass jede Kündigung im Rahmen eines Konflikts zwischen Betriebsangehörigen unabhängig der konkreten Umstände nicht zu beanstanden wäre. In einer Gastwirtschaft hatte sich ein Mitglied der Unternehmensleitung gegenüber einem Kellner aggressiv gezeigt. Der Kellner hatte sich dabei vollständig korrekt und ruhig verhalten. Er wurde bei einem weiteren Besuch dieses Managers von seinem Chef angewiesen, sich von diesem Tisch fern zu halten und die Bedienung jemand anderem zu überlassen. Der Manager beschwerte sich anschliessend, der Kellner habe ihn nicht gegrüsst und der Kellner wurde verwarnt. Einige Zeit später kam es im Betrieb zu Gerüchten bezüglich Entlassungen, an denen sich auch dieser Kellner beteiligte. Darauf wurde ihm gekündigt. Das Kantonsgericht kam zum Ergebnis, dass die Kündigung ausgesprochen worden war, um den Willen des Managers durchzusetzen, den Mitarbeiter trotz seiner tadellosen Haltung die Konsequenzen aus dem Verhalten des Managers tragen zu lassen. Die zuständigen Vorgesetzten des Arbeitnehmers hatten es vorgezogen, ihn zu entlassen, anstatt Massnahmen gegen den Manager zu ergreifen und den Zorn einer Person zu erleiden, die als starke Persönlichkeit mit grossem Einfluss bekannt war. Das Bundesgericht stützte folglich den kantonalen Entscheid, der dem Arbeitnehmer eine Pönale zusprach.⁶¹

⁵⁸ Art. 336a OR.

⁵⁹ Art. 336 OR.

⁶⁰ BGer 4A_87/2020 vom 17. August 2020.

⁶¹ BGer 4A_638/2020 vom 7. Mai 2021.

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

6. Arbeitszeiten

a) *Anpassungen bei den Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten für Chauffeusen und Chauffeure*

Nachdem das Europäische Parlament am 8. Juli 2020 das Mobilitätspaket 1 zum Strassentransport verabschiedet hatte, passte der Bundesrat am 17. November 2021 die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Berufsfahrer in der Chauffeurverordnung an. Die meisten Änderungen treten am 1. Januar 2022 in Kraft.

⁶² BGer 4A_59/2019 vom 12. Mai 2020.

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

b) *Ordentliche Arbeitszeit*

„Arbeitszeit“ hat in unterschiedlichem Zusammenhang auch unterschiedliche Bedeutung. Einerseits geht es um die privatrechtliche Frage, wie die Leistung des Arbeitnehmers gemessen und entschädigt wird. Andererseits geht es um die Einhaltung der Arbeitszeiten und Ruhezeiten nach Arbeitsgesetz, um den öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerschutz. Art. 13 Abs. 1 ArGV1 definiert die Arbeitszeit als jene Zeit, „während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat“. Diese Definition gilt aber nur für das Arbeitsgesetz, nicht auch für das Arbeitsvertragsrecht. Vielmehr gilt dort Vertragsfreiheit. Entsprechend können die Parteien (im Rahmen des nach ArG zulässigen Umfangs) frei vereinbaren, was gemäss dem Arbeitsvertrag Arbeitszeit sein soll.

Diese unterschiedliche Bedeutung der Arbeitszeit hatte in letzter Zeit Bedeutung bei der Frage, ob Umkleidezeit namentlich in Spitälern Arbeitszeit sei. Das Bundesgericht schützte einen kantonalen Entscheid, nachdem diese Zeiten auf Grund des Spitalreglements nicht als Arbeitszeiten zu entschädigen seien.⁶⁴ Nicht entschieden ist damit allerdings die Frage, ob diese Zeit auch nach Arbeitsgesetz als Arbeitszeit gilt. Dabei ist wohl danach zu differenzieren, ob es sich um Berufskleidung handelt oder nicht. Berufskleidung ist diejenige Arbeitskleidung, welche typischerweise zur Ausübung einer bestimmten beruflichen Tätigkeit getragen wird. Dabei kann es sich entweder um Schutzkleidung, um eine Dienstkleidung/Uniform oder aber „nur“ um Berufskleidung handeln (und demnach unter keine der beiden Untergruppen fallen, wie bspw. der dunkle Anzug eines Anwaltes).⁶⁵ Soweit die Kleidung notwendigerweise erst im Betrieb angezogen werden muss, handelt es sich m.E. bei der Umkleidezeit um Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes. Der zitierte Entscheid des Bundesgerichts verwundert insofern, als sich doch die meisten am Bundesgericht tätigen Personen für die öffentlichen Sitzungen in ihrer Arbeitszeit umkleiden, obgleich sie die für die Sitzung benötigte Kleidung ohne weitere bereits zu Hause hätten anziehen und damit diese Umkleidezeit sparen können.

⁶⁴ BGer 8C_514/2020 vom 20. Januar 2021. Vorinstanzliche Urteile Verwaltungsgericht ZH, VB.2019.00766 vom 24. Juni 2020 und Bezirksrat Dietikon, Beschluss GE.2019.29/2.02.05 vom 9. Oktober 2019. Gegenbeispiel: Bezirksgericht Bülach, Urteil AN190021 vom 19. Februar 2021.

⁶⁵ Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2018, Rz. 416b.

c) Überstunden

Das Bundesgericht hatte einen Fall zu beurteilen, in dem ein Autolackierer Überstunden angehäuft hatte, die nicht ausgeglichen waren, als die Arbeitgeberin ihm kündigte und ihn freistellte. Der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare GAV sah vor, dass die geleisteten Überstunden spätestens innerhalb von sechs Monaten des Folgejahres durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen seien; eine allfällige Barauszahlung habe nach den betrieblichen Gepflogenheiten zu erfolgen. Darin konnte keine genügende Wegbedingung des Anspruchs gesehen werden. Die alten Überstunden waren folglich auszubzahlen. Demgegenüber konnten die in den letzten Monaten entstandenen 29,10 Überstunden und 35,67 Urlaubstage durch die Freistellung während 97 Freistellungstagen ausgeglichen werden.⁶⁶ Ein allgemein gültiges Kriterium, in welchem Verhältnis die Dauer der Freistellung zu den auszugleichen Arbeitstagen sein muss, gibt es indessen nicht. Vielmehr kommt es auf den Einzelfall an. Entscheidend ist namentlich, wie viel Zeit dem Arbeitnehmer für die Stellensuche verbleibt.⁶⁷ Im zu beurteilenden Fall wirkte sich für den Arbeitnehmer negativ aus, dass er seiner beruflichen Zukunft keine Bedeutung beimass. Er konnte sich deshalb nicht darauf berufen, seine Ferien hätten ihn an einer Arbeitssuche behindert.⁶⁸

7. Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Die Vereinbarkeit von Arbeit und Beruf ist auch in der Schweiz seit Jahren ein zentrales Thema. Vorn wurde bereits ausgeführt,⁶⁹ dass neu ein Vaterschaftsurlaub und ein Betreuungsurlaub eingeführt wurde. Nach wie vor beschäftigt sich die Politik auch mit der Frage, ob die Arbeitszeitregelungen des Arbeitsgesetzes gelockert werden sollten, damit eine flexiblere Ausgestaltung der Arbeit möglich sei. Allerdings wird dabei immer wieder übersehen, dass die geltende Regel zwar äusserst kompliziert, aber sehr wohl flexibel ist.

⁶⁶ BGer 4A_381/2020 vom 22. Oktober 2020.

⁶⁷ Vgl. BGer 4C.84/2002, E. 3.2.1; BGer 4A_748/2012, E. 2.5; BGer 4A_83/2019, E. 4.1.

⁶⁸ BGer 4A_381/2020 vom 22. Oktober 2020.

⁶⁹ Vgl. vorn unter [2. Ausbau Sozialstaat und Gleichstellung](#).

Öffentliches Auftragswesen

Peter Rechsteiner

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (PETER RECHSTEINER)	192
1.	Rechtsetzung	192
2.	Rechtsprechung des EuGH	193
a)	EuGH: Ausschluss eines Anbieters aufgrund früherer „schwerer beruflicher Verfehlungen“ ohne Möglichkeit des Nachweises geeigneter Abhilfemassnahmen zulässig?	193
b)	EuGH: Nationaler Sportverband als Einrichtung des öffentlichen Rechts?	194
c)	EuGH: Begehren auf Ausschluss einer Konkurrentin im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens zulässig?	195
d)	EuGH: Ist die Errichtung eines Bauwerks gemäss den vom Mieter genannten Erfordernissen auszuschreiben oder vergaberechtsfrei?	196
e)	EuGH: Erfordernis einer Registrierung/Zulassung gemäss gesetzlichen Anforderungen des Ausführungslandes zulässig?	197
f)	EuGH: Ausschluss eines Bieters aufgrund unwahrer Angaben eines Subunternehmers „automatisch“ zulässig?	198
g)	EuGH: Anforderungen an Rahmenvereinbarungen – Unwirksamkeit des Vertrages bei Nichteinhalten dieser Anforderungen?	199
h)	EuGH: Auftragsbedingungen müssen im Gegensatz zur Eignung erst nach dem Zuschlag nachgewiesen werden	200
i)	EuGH: Sofortlotteriespiele – Option – Rechtsmittel einer Konkurrentin	201
j)	EuGH: Zulässige Anforderungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens, deren Systematik und die Auswirkungen auf die Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Vergabestelle	203
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (PETER RECHSTEINER)	205

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021

i. Rechtsetzung

Für das Jahr 2021 sind in der EU erneut keine legislativen Akte zu verzeichnen. Die Europäische Kommission scheint sich darauf zu konzentrieren, die Anwendung der aktuellen Rechtsgrundlagen mittels erklärenden Dokumenten zu erläutern und zu verbessern. Dieses Bestreben lässt sich dingfest machen an folgenden Publikationen der Europäischen Kommission:

Die Europäische Kommission veröffentlichte am 26. Mai 2021 einen *Leitfaden* zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe) und am 18. Juni 2021 einen *Leitfaden* für eine innovationsfördernde öffentliche Auftragsvergabe. Die beiden Dokumente sind samt Anhängen mit 114 bzw. 95 Seiten relativ umfangreich, weshalb hier auf eine Zusammenfassung verzichtet und lediglich auf die Existenz dieser beiden lesenswerten Dokumente verwiesen wird.¹ Erwähnenswert ist schliesslich eine durch die Europäischen Kommission bereits vorher, am 18. März 2021, veröffentlichte Bekanntmachung betreffend die Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge². Die Europäische Kommission hielt u.a. fest, geheime Absprachen seien „ein wiederkehrendes Phänomen auf den Märkten für öffentliche Auftragsvergaben (...)“ und rief die Mitgliedstaaten auf, die nötigen personellen Ressourcen zur Bekämpfung des Problems aufzubauen, Anreize zur Belohnung des Personals zu schaffen und Schulungen und Sensibilisierungsmassnahmen für mit Auftragsvergaben befasstem Personal durchzuführen. In einem Anhang zu dieser Bekanntmachung führte die Europäische Kommission „Mittel und Tipps zur wirksamen Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ auf.

¹ Es handelt sich um folgende Dokumente: Mitteilung der Kommission, Sozialorientierte Beschaffung – ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (2. Ausgabe) vom 26. Mai 2021, C(2021) 3573 final und Mitteilung der Kommission, Leitfaden für eine innovationsfördernde öffentliche Auftragsvergabe vom 18. Juni 2021, C(2021) 4320 final.

² Europäische Kommission, Bekanntmachung über Instrumente zur Bekämpfung geheimer Absprachen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und über Leitlinien für die Anwendung des entsprechenden Ausschlussgrundes vom 18. März 2021, (2021/C 91/01).

2. Rechtsprechung des EuGH

- a) *EuGH: Ausschluss eines Anbieters aufgrund früherer „schwerer beruflicher Verfehlungen“ ohne Möglichkeit des Nachweises geeigneter Abhilfemassnahmen zulässig?*

Die Agentur für Strassen- und Verkehrswesen der Flämischen Region in Belgien schloss eine Bietergemeinschaft von einem Vergabeverfahren aus. Sie begründete dies damit, dass die Bietergemeinschaft im Rahmen früherer Aufträge „schwere berufliche Verfehlungen“ begangen hätte, die teilweise mit Strafmassnahmen geahndet worden seien, weshalb zweifelhaft sei, ob die Anbieterinnen in der Lage wären, eine ordnungsgemässe Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags zu gewährleisten. Die Anbieterinnen legten gegen den Ausschluss ein Rechtsmittel ein mit der Begründung, ihnen hätte die Gelegenheit eingeräumt werden müssen nachzuweisen, dass sie gegen die früheren Verfehlungen geeignete Abhilfemassnahmen getroffen hätten, wie dies in Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24³, dem unmittelbare Wirkung zukomme, vorgesehen sei.

Der EuGH hielt in seinem Urteil⁴ u.a. fest, Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 stehe einer Praxis entgegen, nach der ein Anbieter verpflichtet sei, bei Teilnahmeanträgen und/oder bei Angebotseinreichung unaufgefordert den Nachweis von Abhilfemassnahmen gegen frühere Verfehlungen einzureichen, wenn sich eine solche Verpflichtung weder aus den anwendbaren nationalen Rechtsvorschriften noch aus den Auftragsunterlagen ergibt. Hingegen stehe Art. 57 Abs. 6 der genannten Richtlinie einer solchen Verpflichtung nicht entgegen, wenn sie in den nationalen Rechtsvorschriften klar, genau und eindeutig vorgesehen sei und dem betreffenden Anbieter über die Auftragsunterlagen zur Kenntnis gebracht werde, was allerdings in der vorliegenden Angelegenheit nicht der Fall gewesen war. Schliesslich führte der EuGH aus, dass Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 soweit dieser vorsehe, dass ein Anbieter nicht von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden dürfe, wenn er (zur Zufriedenheit des öffentlichen Auftraggebers) nachweisen könne, geeignete Abhilfemassnahmen getroffen zu haben, unmittelbare Wirkung entfalte.

³ Richtlinie (EU) 2014/24 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 94 vom 28. März 2014, 65 ff.

⁴ EuGH, Urteil vom 14. Januar 2021 in der Rechtssache C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13 – RTS infra und Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel.

b) *EuGH: Nationaler Sportverband als Einrichtung des öffentlichen Rechts?*

Die Federazione Italiana Giuoco Calcio (FIGC) eröffnete ein Verhandlungsverfahren betreffend Trägerdienstleistungen, die im Rahmen der Begleitung der nationalen Fussballmannschaften und im Lager der FIGC in Rom für die Dauer von drei Jahren zu erbringen waren. Die nicht berücksichtigte De Vellis Servizi Globali beschwerte sich vor dem zuständigen italienischen Verwaltungsgericht dagegen u.a. mit der Begründung, die FIGC sei als Einrichtung des öffentlichen Rechts zu qualifizieren und unterstehe deshalb der Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen.

Der EuGH entschied nach längeren Ausführungen zu den italienischen Rechtsgrundlagen und vor dem Hintergrund seiner bisherigen Rechtsprechung, dass eine Einrichtung des öffentlichen Rechts auch dann vorliegen könne, wenn diese Einrichtung nicht in der Form einer öffentlichen Verwaltungsstelle, sondern in der Form eines privatrechtlichen Vereins gegründet worden sei und bestimmte ihrer Tätigkeiten, hinsichtlich deren sie über Eigenfinanzierungskapazität verfüge, keinen öffentlichen Charakter hätten⁵. Fraglich war nun aber, ob die FIGC als staatsgebunden zu qualifizieren sei, konkreter: ob das Tatbestandsmerkmal der aktiven Aufsicht (und damit die Möglichkeit der Einflussnahme bei Entscheidungen über die Vergabe von öffentlichen Aufträge) erfüllt sei. Der EuGH hielt dazu fest, dass eine Gesamtwürdigung aller Umstände vorzunehmen und diese durch das nationale Gericht zu prüfen seien. Ein Hinweis sei hier besonders hervorgehoben. Die FIGC ist – neben anderen Sportverbänden – Mitglied des Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) und in Organen desselben vertreten. Da das CONI die im vorliegenden Fall zu beurteilende (aktive oder nachträgliche) Aufsicht über die FIGC ausübt, stellte sich die Frage, ob eine allfällig durch das nationale Gericht festgestellte *aktive* Aufsicht des CONI über die FIGC aufgrund deren Mitgliedschaft im CONI nicht wieder neutralisiert werde. Der EuGH führte dazu aus, eine Neutralisierung sei nur anzunehmen, wenn „jeder dieser Sportverbände für sich genommen in der Lage ist, so erheblichen Einfluss auf die vom CONI über seine Leitung geführte Aufsicht auszuüben, dass diese Aufsicht neutralisiert und er damit die Entscheidungshoheit über seine Leitung wiedererlangen würde, und zwar ungeachtet des Einflusses der anderen nationalen Sportverbände, die sich in einer ähnlichen Lage befinden.“

⁵ EuGH, Urteil vom 3. Februar 2021 in den Rechtssachen C-155/19 und C-156/19, ECLI:EU:C:2021:88 – FIGC und Consorzio Ge.Se.Av.

c) *EuGH: Begehren auf Ausschluss einer Konkurrentin im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens zulässig?*

Dem Urteil des EuGH⁶ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Attiko Metro leitete 24. Januar 2018 ein offenes Vergabeverfahren über technische Beratungsdienste für die Erweiterung der Athener Metro im Wert von ca. 21.5 Mio Euro ein. In einer ersten Phase des Verfahrens sollten die Nachweise und die technischen Angebote der Anbieter und in einer zweiten Phase die finanziellen Angebote geöffnet und eine Gesamtbewertung vorgenommen werden. Im Rahmen der ersten Phase des Vergabeverfahrens schloss der Verwaltungsrat der Attiko Metro am 6. März 2019 die Unternehmung NAMA vom weiteren Verfahren aus. Dies mit der Begründung, dass die Erfahrung bestimmter Mitglieder des Teams der NAMA nicht den Anforderungen der Ausschreibung entsprächen. NAMA erhob Beschwerde, wehrte sich bei der zuständigen Stelle einerseits gegen ihren Ausschluss und verlangte die Ablehnung eines Angebots der Konkurrentin SALFO. Umstritten war, ob NAMA legitimiert war, die Ablehnung des Angebots der Konkurrentin SALFO zu verlangen.

Der EuGH hielt dafür, dass dies der Fall sei, sofern der Ausschluss der NAMA noch nicht rechtskräftig sei. Die NAMA könne diesfalls „jedweden Grund gegen die Entscheidung über die Zulassung eines anderen Bieters geltend (...) machen, also auch solche, die keinen Zusammenhang mit seinen Mängeln aufweisen, aufgrund deren sein Angebot ausgeschlossen wurde.“ Eine nationale Regelung, die in jedem Fall verlange, dass ein Anbieter die Entscheidung über die Vergabe eines Auftrags abwarten müsse, bevor er gegen die Entscheidung über die Zulassung eines andern Bieters ein Nachprüfungsverfahren anstrengen könne, verstosse gegen die in diesem Fall anwendbare Richtlinie 92/13⁷.

⁶ EuGH, Urteil vom 24. März 2021 in der Rechtssache C-771/19, ECLI:EU:C: 2021:232 - NAMA u.a.

⁷ Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl L 076 vom 23. März 1992, 14 ff. in der durch die Richtlinie 2014/23 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014, ABl 2014, L 94, 1 ff., geänderten Fassung.

d) *EuGH: Ist die Errichtung eines Bauwerks gemäss den vom Mieter genannten Erfordernissen auszuschreiben oder vergaberechtsfrei?*

Die Europäische Kommission leitete am 12. Juli 2019 gegen die Republik Österreich eine Vertragsverletzungsklage ein mit der Begründung, die Stadt Wien-Wiener Wohnen habe einen am 25. Mai 2012 geschlossenen langjährigen Vertrag betreffend die (noch nicht erfolgte) Errichtung und darauffolgende Miete eines Bürogebäudes vergaberechtswidrig direkt vergeben. In Tat und Wahrheit handle es sich nicht um einen Miet- sondern um einen Bauauftrag. Die Republik Österreich hatte in einem dem Klageverfahren vorangehenden Verfahren Verfehlungen zugestanden und Abhilfe in Aussicht gestellt. Der EuGH wies die Klage der Kommission dennoch ab⁸.

Der Begründung des EuGH ist u.a. Folgendes zu entnehmen⁹:

- Die Bezeichnung eines Vertrages als „Mietvertrag“ sei nicht ausschlaggebend.
- Art. 16 Buchstabe a der vorliegend anwendbaren Richtlinie 2004/18¹⁰ sehe eine Ausnahme von deren sachlichen Anwendungsbereich vor, die sich auch auf die Miete nicht vorhandener, d.h. noch nicht errichteter Gebäude erstrecken könne.
- Ein öffentlicher Auftraggeber könne sich aber nicht auf diese Ausnahme berufen, wenn die Errichtung des geplanten Bauwerks einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne der Richtlinie 2004/18 darstelle, weil diese Errichtung den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen entspreche. Dies sei der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Massnahmen ergriffen habe, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung zu nehmen. So verhalte es sich insbesondere, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Spezifikationen über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine Immobilie wie das betreffende Bauwerk hinausgingen.
- Schliesslich seien die Höhe der Vergütung des Unternehmers oder die Art und Weise ihrer Zahlung nicht unerheblich, auch wenn sie für die Einstufung des betreffenden Vertrags nicht ausschlaggebend seien.

⁸ EuGH, Urteil vom 22. April 2021 in der Rechtssache C-537/19, ECLI:EU:C: 2021:319 – Kommission/ Österreich. Vgl. dazu auch die (zustimmende) Besprechung dieses Urteils durch Beyeler Martin in: Baurecht 4/2021, 198 ff: „Gewöhnliche Wünsche einer Mieterin“.

⁹ EuGH, Urteil vom 22. April 2021 in der Rechtssache C-537/19, ECLI:EU:C: 2021:319 – Kommission/ Österreich, Rz. 43-53.

¹⁰ Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134 vom 30. April 2004, 114 ff.

- Hinsichtlich des geplanten Gebäudes lasse sich ein entscheidender Einfluss auf dessen Gestaltung feststellen, wenn nachgewiesen werden könne, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur dieses Gebäudes wie seine Grösse, seine Aussenwände und seine tragenden Wände ausgeübt werde. Anforderungen, welche die Gebäudeeinteilung betreffen, könnten nur dann als Beleg für einen entscheidenden Einfluss angesehen werden, wenn sie sich aufgrund ihrer Eigenart oder ihres Umfangs abheben würden.

Nach einer eingehenden Prüfung der Angelegenheit – auf die hier aufgrund deren Ausführlichkeit nur verwiesen wird – kam der EuGH zum Schluss, die Kommission habe „nicht rechtlich hinreichend nachgewiesen“, dass die Republik Österreich gegen die Richtlinie 2004/18 verstossen habe.

e) *EuGH: Erfordernis einer Registrierung/Zulassung gemäss gesetzlichen Anforderungen des Ausführungslandes zulässig?*

Zur Ausgangslage dieses Entscheids¹¹: Das estnische Sozialministerium führte im Jahr 2015 und 2017 jeweils ein offenes Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge für den Ankauf von Nahrungsmittelhilfe für die am stärksten benachteiligten Personen mit einem geschätzten Wert von jeweils 4 Mio. Euro durch. Im Rahmen des ersten Verfahrens wurde ursprünglich verlangt, dass die Bieter über die Zulassung der Veterinär- und Lebensmittelbehörde von Estland verfügen mussten, die als für die Ausführung dieses Auftrages erforderlich bestimmt wurde. Während des Vergabeverfahrens wurde dieses Erfordernis durch die Verpflichtung ersetzt, eine Bestätigung über die Einhaltung der im estnischen Lebensmittelgesetz vorgesehenen und für die Ausführung des genannten Auftrags erforderlichen Melde- und Erlaubnispflichten vorzulegen. Im Rahmen des zweiten Auftrags verlangte das Sozialministerium von vornherein die eben erwähnte Bestätigung.

Nach Auftragserteilung lehnte das Zentrum für Unterstützungsdienste von Estland Zahlungsanträge des Sozialministeriums ab, mit der Begründung, das Erfordernis, dass die Bieter über eine Zulassung einer estnischen Behörde verfügen oder Melde- und Erlaubnispflichten in Estland erfüllen müssten, in Bezug auf die in einem anderen Mitgliedstaat als der Republik Estland niedergelassenen Bieter einen ungerechtfertigten beschränkenden Charakter habe.

¹¹ EuGH, Urteil vom 20. Mai 2021 in der Rechtssache C-6/20, ECLI:EU:C:2021:402 - Riigi Tugiteenuste Keskus.

Der EuGH schloss sich mit ausführlichen Erläuterungen der Haltung des Zentrums für Unterstützungsdienste an. Er hielt dafür, dass das EU-Recht (insbesondere Art. 56 AEUV und die Art. 46, 48 und 52 der im vorliegenden Fall anwendbaren Richtlinie 2004/18) vorsähen, dass ein Anbieter sich auf die Zulassungs- und/oder Registrierbedingungen seines Herkunftslandes berufen könne, um sich für die Ausführung eines Auftrages in einem andern EU-Land als geeignet zu qualifizieren. Anderes ergebe sich auch nicht aus dem europäischen Lebensmittelrecht, das als spezialgesetzliche Regelung der Beschaffungsgesetzgebung allenfalls hätte vorgehen können.

Das Vergabeverfahren erwies sich damit als rechtswidrig. Das Sozialministerium hatte sich im Rechtsmittelverfahren allerdings auch darauf berufen, das Finanzministerium habe bereits zwei Vergabeverfahren mit denselben Bestimmungen gebilligt und keine Beanstandungen vorgebracht. Das Sozialministerium berief sich deshalb auf Vertrauensschutz. Der EuGH wies dieses Argument ab, u.a. mit der Begründung, dass sich eine (nationale) staatliche Behörde gegenüber einer andern (nationalen) staatlichen Behörde nicht auf den Vertrauensschutz berufen könne.

f) *EuGH: Ausschluss eines Bieters aufgrund unwahrer Angaben eines Subunternehmers „automatisch“ zulässig?*

In dieser Angelegenheit schloss die lokale Gesundheitsbehörde Toskana Mitte u.a. die Arbeitsgemeinschaft Del Debbio von einem Vergabeverfahren aus mit der Begründung, eine Subunternehmung der ARGE Del Debbio habe in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung eine falsche und unwahre Erklärung zu der Frage vorgelegt, ob es einer schweren beruflichen Verfehlung schuldig sei. Die Subunternehmung hatte ein sogenanntes „patteggiamento“ verschwiegen, das gemäss italienischem Recht einem Strafurteil wegen einer fahrlässig unter Verletzung der Gesundheits- und Arbeitssicherheitsvorschriften begangenen strafbaren Handlung gleich steht. Die lokale Gesundheitsbehörde Toskana Mitte vertrat die Auffassung, aufgrund dieses Tatbestands sei die ARGE Del Debbio gemäss italienischem Recht „automatisch“ aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen.

Der EuGH führte aus¹², der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verpflichte den öffentlichen Auftraggeber dazu, auf der Grundlage aller relevanten Umstände eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Anbieters vorzunehmen. Dabei müsse der öffentliche

¹² EuGH, Urteil vom 3. Juni 2021 in der Rechtssache C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445 - Rad Service u.a.

Auftraggeber „die Mittel berücksichtigen, die dem Bieter zur Verfügung standen, um das Vorliegen eines Verstosses in Bezug auf das Unternehmen zu prüfen, dessen Kapazitäten er in Anspruch nehmen“ möchte. Im vorliegenden Fall könne der ARGE Del Debbio keine Sorgfaltspflichtverletzung vorgeworfen werden, falls sich gemäss den durch das nationale Gericht vorzunehmenden Abklärungen ergeben sollte, dass der ARGE Del Debbio die Kenntnis der Verfehlungen ihres Subunternehmens nicht möglich gewesen sei. Art. 63 der Richtlinie 2014/24 in Verbindung mit deren Art. 57 Abs. 4 Buchstabe h stehe nationalen Rechtsvorschriften entgegen, nach denen der öffentliche Auftraggeber einen Anbieter automatisch von einem Vergabeverfahren ausschliessen müsse, ohne dem Anbieter vorzuschreiben oder zu gestatten, das fehlbare Subunternehmen zu ersetzen. Die Ersetzung des Subunternehmens dürfe allerdings nicht auf ein inhaltlich neues Angebot hinauslaufen.

g) *EuGH: Anforderungen an Rahmenvereinbarungen – Unwirksamkeit des Vertrages bei Nichteinhalten dieser Anforderungen?*

In diesem Urteil entschied der EuGH¹³, aus verschiedenen Artikeln der Richtlinie 2014/24 ergebe sich das Auslegungsergebnis, dass in der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sowohl die Schätzmenge und/oder der Schätzwert als auch eine Höchstmenge und/oder ein Höchstwert der gemäss der Rahmenvereinbarung zu liefernden Waren anzugeben sei und dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliere, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht werde. Diese Anforderungen waren im vorliegend zu beurteilenden Vergabeverfahren nicht eingehalten worden, weshalb der EuGH auch die Frage zu beantworten hatte, ob der in der Folge des damit rechtswidrigen Vergabeverfahrens geschlossene Vertrag unwirksam sei. Der EuGH verneinte diese Frage und wies u.a. darauf hin, dass gemäss der einschlägigen Richtlinie 89/665¹⁴ die Unwirksamkeit des Vertrages nur für die „schwersten Verstösse gegen das Vergaberecht der Union“ vorgesehen sei, nämlich für den Fall der rechtswidrigen freihändigen Vergabe.

¹³ EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021 in der Rechtssache C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490 - Simonsen & Weel.

¹⁴ Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 (89/665/EWG) zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl L 395, vom 30. Dezember 1989, 33 ff.

h) *EuGH: Auftragsbedingungen müssen im Gegensatz zur Eignung erst nach dem Zuschlag nachgewiesen werden*

Sanresa UAB bewarb sich in einem Vergabeverfahren des litauischen Umweltschutzamtes um einen Auftrag zur Entsorgung von Abfällen. Sanresa UAB zog zwei Subunternehmer bei, die in Dänemark bzw. der Tschechischen Republik ansässig waren. Das Umweltschutzamt schloss Sanresa aus dem Vergabeverfahren aus mit der Begründung, sie habe ihre Berechtigung zur internationalen Verbringung von Abfällen nicht nachgewiesen. Aus dem Entscheid ergibt sich, dass Sanresa insbesondere deshalb ausgeschlossen wurde, weil sie keine Zustimmung der durch die Entsorgung betroffenen zuständigen Behörden vorlegte, welche Voraussetzung war, um Abfälle von einem Mitgliedstaat in einen anderen Staat verbringen zu können.

Der EuGH entschied wie folgt¹⁵:

Öffentliche Auftraggeber dürften gemäss Art. 56 Abs. 1 Buchstabe b, Art. 57 und Art. 58 der Richtlinie 2014/24 nur qualitative Eignungskriterien als Bedingungen für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren vorschreiben. Aus Art. 58 Abs. 1 Unterabsatz 2 dieser Richtlinie ergebe sich, dass es sich dabei um die in den Absätzen 2 bis 4 dieses Artikels genannten Kriterien handle, welche die Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen. Die Pflicht zur Einholung der Zustimmung der zuständigen Behörden lasse sich jedoch nicht als Eignungskriterium qualifizieren. Vielmehr handle es sich dabei um eine Bedingung für die Auftragsausführung gemäss Art. 70 der Richtlinie 2014/24. Dieser Artikel sehe vor, dass die Bedingungen für die Auftragsausführung im „Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen“ anzugeben seien. Im vorliegenden Fall ergebe sich jedoch, „dass der öffentliche Auftraggeber nicht imstande war, die genaue Menge der zu behandelnden gefährlichen Abfälle zu beurteilen, und zum anderen, dass zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens unstreitig ist, dass in den Auftragsunterlagen nicht ausdrücklich verlangt wurde, dass dem Angebot die Zustimmung der für die internationale Verbringung von Abfällen zuständigen Behörden beigelegt wird.“ Weiter führte der EuGH aus, der Anbieter könne „mit dem Nachweis, dass er die Bedingungen für die Auftragsausführung erfüllt, warten, bis er den Zuschlag des Auftrags erhalten hat.“ Eine Verpflichtung der Anbieter, „zum Zeitpunkt der Einreichung ihres Angebots alle Bedingungen für die Auftragsausführung zu erfüllen“, stelle „eine übertriebene Anforderung dar“, die „gegen die in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie verbürgten Grundsätze der Verhältnismäs-

¹⁵ EuGH, Urteil vom 8. Juli 2021 in der Rechtssache C-295/20, ECLI:EU:C:2021:556 - Sanresa.

sigkeit und der Transparenz“ verstosse. Art. 70 in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 verbiete es deshalb, „das Angebot eines Bieters allein deshalb abzulehnen, weil dieser zum Zeitpunkt der Abgabe seines Angebots nicht nachweist, dass er eine Bedingung für die Ausführung des betreffenden Auftrags erfüllt.“

i) *EuGH: Sofortlotteriespiele – Option – Rechtsmittel einer Konkurrentin*

Die Agenzia delle Dogane e dei Monopoli (ADM) erneuerte mit Mitteilung vom 1. Dezember 2017 gegenüber der Lotterie Nazionali einen Konzessionsvertrag betreffend Sofortlotteriespielen (Rubellospielen) aus dem Jahre 2010, der im selben Jahr ausgeschrieben worden war, bis zum 30. September 2028. Der ursprüngliche Vertrag hatte eine Laufdauer vom 1. Oktober 2010 bis 30. September 2019 vorgesehen. Er bestimmte in Art. 4 Abs. 1, dass die „Konzession, die einmal erneuerbar ist, (...) eine Laufzeit von neun Jahren [hat], die in zwei Zeiträume von fünf bzw. vier Jahren aufgeteilt ist und ab dem 1. Oktober 2010 läuft. Die Fortführung der Konzession über den zweiten Zeitraum hängt von der positiven Beurteilung durch die Autonome Verwaltung der Staatsmonopole ab, die während des ersten Halbjahres des fünften Konzessionsjahrs abzugeben ist.“

Zwei Konkurrentinnen der Lotterie Nazionali, die sich im ursprünglichen Vergabeverfahren zur ersten Konzessionserteilung an die Lotterie Nazionali nicht beteiligt hatten, fochten die Erneuerung bzw. Verlängerung dieses Konzessionsvertrags an.

Der EuGH beurteilte den Fall anhand der Richtlinie 2014/23 über die Konzessionsvergabe¹⁶ und hielt u.a. fest¹⁷:

Art. 43 Abs. 1 Buchstabe a der Richtlinie 2014/23 sehe vor, „dass Konzessionen ohne Durchführung eines neuen Konzessionsvergabeverfahrens geändert werden könnten, wenn die Änderungen, unabhängig von ihrem Geldwert, in den ursprünglichen Konzessionsunterlagen in Form von klar, präzise und eindeutig formulierten Überprüfungsklauseln, die auch Wertüberprüfungsklauseln beinhalten können, oder Optionen vorgesehen sind. Entsprechende Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art möglicher Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter den sie zur Anwendung gelangen können. Sie dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die

¹⁶ Richtlinie (EU) 2014/23 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 94 vom 28. März 2014, 1 ff.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 2. September 2021 in den Rechtssachen C-721/19 und C-722/19, ECLI:EU:C:2021:672 - Sisal.

den Gesamtcharakter der Konzession verändern würden.“ Der EuGH führte weiter aus, es sei unbestritten, dass der ursprüngliche Konzessionsvertrag eine Erneuerungsoption für neun Jahre vorsah und dass die Erneuerung dem tatsächlichen Willen der ADM entsprach (was allerdings durch das nationale Gericht noch abzuklären sei). Dass ein im Jahre 2017, also zwei Jahre vor Ablauf der ursprünglichen Konzession, in Kraft getretenes italienisches Dekret (Gesetzesdekret Nr. 148 über Sofortmassnahmen im Finanzwesen und für unaufschiebbare Bedürfnisse) die ADM verpflichtete, die Konzession zu verlängern, um Einnahmen für den Staatshaushalt zu generieren, betrachtete der EuGH deshalb als irrelevant. Ferner hielt der EuGH dafür, dass die Konzessionserneuerung zulässig war, obschon die bei Vergabe der ursprünglichen Vergabe anwendbare italienische Gesetzgebung verlangt hatte, dass die Konzession an mehrere – höchstens vier – Anbieter zu vergeben sei. Dies deshalb, weil die Lotterie Nazionale ursprünglich die einzige Anbieterin gewesen war und der ihr zugeschlagene Konzessionsvertrag ausdrücklich eine Erneuerungs-Option enthalten hatte. Auch der Zeitpunkt der Erneuerung der ursprünglichen Konzession – zwei Jahre vor deren Ablauf – bedeute keine wesentliche Änderung, da sich aus dem anwendbaren Recht keine Regel über den Zeitpunkt der Erneuerung ergäbe

Die beschwerdeführenden Konkurrentinnen hatten zudem moniert, mit der Erneuerung der Konzession sei eine Änderung der Zahlungsmodalitäten erfolgt, wonach die Lotterie Nazionali den für die Konzession geschuldeten Betrag früher begleichen musste, als im ursprünglichen Konzessionsvertrag vorgesehen. Der EuGH hielt dafür, durch die neuen Zahlungsmodalitäten könne eine Erhöhung des zu zahlenden Betrags einhergehen, was aber – vorbehaltlich einer genaueren Beurteilung durch das nationale Gericht – nicht zu einer wesentlichen Änderung der Konzession zugunsten der Lotterie Nazionali führe. Zudem hätten die Beschwerdeführerinnen auch nicht geltend gemacht, die geänderten Zahlungsmodalitäten hätten – wenn in der ursprünglichen Ausschreibung vorgesehen – dazu geführt, dass sich weitere Anbieter um die ursprüngliche Konzession beworben hätten und aus den Akten ergäben sich auch keine diesbezüglichen Anhaltspunkte. Schliesslich bestätigte der EuGH auch, dass die Beschwerdeführerinnen legitimiert waren, die Konzessionserneuerung anzufechten, obschon sie sich am ursprünglichen Vergabeverfahren nicht beteiligt hatten. Beschwerdeführende müssten im Zeitpunkt der Konzessionserneuerung nur nachweisen, dass sie ein „Interesse an der Erteilung einer solchen Konzession“ hätten, sie müssten aber nicht nachweisen, dass sie an einem solchen (Erneuerungs-)Verfahren teilnehmen würden, es genüge, dass diese Möglichkeit bestehe.

j) *EuGH: Zulässige Anforderungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens, deren Systematik und die Auswirkungen auf die Handlungsmöglichkeiten der öffentlichen Vergabestelle*

Das regionale Abfallbewirtschaftungszentrum der Region Klaipeda schrieb einen Auftrag zur Sammlung von Siedlungsabfällen und deren Beförderung zu Entsorgungsanlagen aus und erteilte einem Konsortium den Zuschlag, das den niedrigsten Preis offeriert hatte. Ecoservice, deren Angebot auf dem zweiten Rang gelegen war, verlangte Akteneinsicht, insbesondere Einsicht in die Offerte des Konsortiums. Ihr wurde Einblick in „die nicht vertraulichen Informationen“ des Angebots des Konsortiums gewährt. Ecoservice war der Meinung, das Konsortium verfüge nicht über die erforderlichen Qualifikationen und beschwerte sich in der Folge gegen die Auftragsvergabe. Die öffentliche Auftraggeberin wies die Beschwerde zurück mit der kurzen Bemerkung, das Konsortium erfülle die Qualifikationsanforderungen. Ecoservice zog diesen Entscheid weiter und beantragte bei der nächsthöheren Instanz, ihr sei Einsicht in sämtliche (auch vertrauliche) Akten zu geben, damit sie ihre Rechtsmittelanträge präzisieren könne. Das zuständige Gericht verpflichtete die Auftraggeberin, der Ecoservice sämtliche Akten zur Verfügung zu stellen, wogegen sich nunmehr die öffentliche Auftraggeberin wehrte. Das zuständige Gericht entschied in der Folge auf Antrag der öffentlichen Auftraggeberin „die ihm vorgelegten Informationen über das Angebot des Konsortiums zum einen als vertraulich einzustufen und zum anderen nicht offenzulegen“. Schliesslich wies es die Beschwerde der Ecoservice ab mit der Begründung, das Konsortium erfülle die erforderlichen Qualifikationen. Das durch Ecoservice nunmehr angerufene Berufungsgericht hob den Zuschlag auf und verpflichtete die Auftraggeberin, die Angebote neu zu beurteilen, worauf die Auftraggeberin an den obersten Gerichtshof Litauens gelangte. Ecoservice verlangte in diesem Verfahren erneut Akteneinsicht, mit der Einschränkung, dass geschäftlich sensible Informationen zu schwärzen wären. Der oberste Gerichtshof Litauens richtete in der Folge ein Vorabentscheidungsgesuch an den EuGH, in welchem er verschiedene Fragen beantwortet haben wollte.

Der EuGH hielt zu diesen Fragen u.a. fest¹⁸:

Art. 58 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 enthalte drei Arten von Eignungskriterien (Befähigung zur Ausübung des Berufes, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie technische und berufliche Leistungsfähigkeit). Abs. 3 des gleichen Artikels sehe vor, dass die öffentlichen Auftraggeber von den Anbie-

¹⁸ EuGH, Urteil vom 7. September 2021 in der Rechtssache C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700 - Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras.

tern im Rahmen des Eignungskriteriums der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit den Nachweis eines bestimmten Mindestjahresumsatzes einschliesslich eines bestimmten Mindestumsatzes *in dem vom Auftrag abgedeckten Bereich* verlangen könnten. In einem Fall, in welchem ein öffentlicher Auftraggeber verlange, dass die Anbieter einen bestimmten Mindestumsatz in dem vom betreffenden öffentlichen Auftrag abgedeckten Bereich erzielt haben müssten, könne sich ein Anbieter auf den im Rahmen eines Konsortiums erzielten Umsatz nur berufen, wenn er „im Rahmen eines bestimmten öffentlichen Auftrags tatsächlich zur Ausübung einer Tätigkeit dieses Konsortiums beigetragen hat, die derjenigen entspricht, die Gegenstand des öffentlichen Auftrags ist, für den dieser Wirtschaftsteilnehmer seine wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nachweisen will.“

Die Richtlinie 2014/24 schliesse es nicht aus, so der Gerichtshof weiter, dass technische Vorgaben zugleich als Eignungskriterien, die sich auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit beziehen, als technische Spezifikationen und/oder als Bedingungen für die Auftragsausführung im Sinne von Art. 58 Abs. 4, Art. 42 bzw. Art. 70 dieser Richtlinie angesehen werden könnten. Klarzustellen sei jedoch, dass die Einhaltung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrags (Art. 70 der Richtlinie) *nicht bei der Vergabe des Auftrags zu beurteilen sei*.

Ferner führte der EuGH aus, die Möglichkeit der öffentlichen Auftraggeber, es den Anbietern gemäss Art. 56 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24 zu gestatten, unvollständige oder fehlerhafte Angebotsunterlagen oder Angebotsinformationen oder nicht vorhandene Angebotsunterlagen nachträglich zu übermitteln, zu ergänzen, zu erläutern oder zu vervollständigen, hange nicht davon ab, ob es dabei um Eignungskriterien, technische Spezifikationen und/oder Bedingungen für die Ausführung des Auftrages gehe. Wesentlich sei, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung eingehalten und dem betreffenden Anbieter nicht erlaubt werde, „in Wirklichkeit ein neues Angebot einzureichen.“ Zudem könne ein Anbieter, der (nur) zur *Erläuterung* seines Angebotes aufgefordert worden war, im Rahmen der Erläuterung nicht fehlende Dokumente und/oder Informationen nachreichen.

II. Rechtentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

Weder die in den vorstehend besprochenen Urteilen erwähnten Rechtsgrundlagen der EU noch die Rechtsprechung des EuGH sind für die Schweiz verbindlich.

Der Einfluss des europäischen Vergaberechts auf die neuere schweizerische Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen ist allerdings unverkennbar, wenn auch begriffliche Unterschiede bestehen. Zu letzterem ein Beispiel: Während die europäischen Rechtsgrundlagen ausdrücklich den Zuschlag an das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ vorsehen¹⁹, ist die revidierte schweizerische Gesetzgebung bewusst von diesem früheren Begriff abgewichen und fordert nun den Zuschlag an das „vorteilhafteste Angebot“²⁰, um damit der in der Praxis oft zu beobachtenden Fixierung auf den tiefsten Angebotspreis entgegen zu wirken. Im Kern soll allerdings mit beiden Begriffen eine Beschaffung gemeint sein, welche das beste Preis-Leistungsverhältnis unter Beachtung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte anstrebt.

Für die schweizerische Rechtspraxis sind die eingangs erwähnten Leitfäden und die erwähnte Bekanntmachung der Europäischen Kommission wertvolle Anhaltspunkte, um die sich um die gleichen Themen drehenden Aspekte des schweizerischen Vergaberechts in operativer Hinsicht näher mit Inhalt zu füllen.

Dass die schweizerische Rechtsprechung zum Beschaffungswesen sich zwar in erster Linie an den staatsvertraglichen Vereinbarungen (GATT-Abkommen (GPA) und bilaterales Abkommen mit der EU²¹) und der schweizerischen Gesetzgebung orientiert, dabei das europäische Vergaberecht und die europäische Rechtsprechung aber zurecht durchaus beachtet, ergibt sich aus einer Fülle von Urteilen. Die Rechtsmaterie „Beschaffungswesen“ wird damit allerdings nicht gerade übersichtlicher. Beispielshalber sei ein Urteil des Bundesgerichts erwähnt, das sich u.a. wie folgt äussert:

„Näher zu diskutieren ist, ob die Beschwerdeführerin auch die dritte Tatbestandsvoraussetzung des ersten Lemmas von Fussnote 1 in Anhang I Annex 3 (i.V.m. Ziff. 3 von Anhang I Annex 2) GPA erfüllt. Das ist der Fall, wenn ihre

¹⁹ Vgl. als Beispiel Erwägung 89 und Art. 67 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24.

²⁰ Art. 41 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019, SR 172.056.1.

²¹ WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) und Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (BAöB, SR 0.172.052.68).

Tätigkeiten keinen industriellen oder gewerblichen Charakter aufweisen, wobei das ausschlaggebende Kriterium die Gewerblichkeit darstellt (vgl. STÖCKLI, a.a.O., S. 52). Zu dessen Auslegung kann rechtsvergleichend die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zum inhaltlich übereinstimmenden Begriff der ‚Aufgaben nicht gewerblicher Art‘ gemäss Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 lit. a der Richtlinie 2004/18 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl L 134 vom 30. April 2004 S. 114 ff.; heute: Art. 2 Abs. 1 Unterabs. 4 lit. a der Richtlinie 2014/24 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18 EG [Abl. L 94 vom 28. März 2014, S. 65 ff.]) berücksichtigt werden (vgl. BGE 142 II 369 E. 3.2 S. 373 f.; 139 II 489 E. 2.2.3 S. 493; E. 4.2 hiervor).²²

Definitiv vorbei sind die Zeiten, als öffentliche Auftraggeber sich am (allerdings auch nur scheinbar) einfachen Grundsatz „Zum Abschlusse eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich.“²³ orientieren konnten. Dass es vielmehr hochprofessionelle Vergabebehörden und -beamte braucht, um der Materie noch gerecht werden zu können, darauf weist auch die Europäische Kommission in den eingangs erwähnten Dokumenten entsprechend und zurecht hin.

²² Urteil des Bundesgerichts 2C_196/2017 vom 21. Februar 2019, E. 4.4.3.

²³ Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

Energie

Brigitta Kratz

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (BRIGITTA KRATZ)	208
1.	Energie- und Klimapolitik	208
2.	Marktkopplung	210
3.	Energieinfrastrukturen	211
4.	Sektorintegration	214
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (BRIGITTA KRATZ)	215
1.	Energie- und Klimapolitik	217
a)	Umsetzung der Energiestrategie 2050	217
b)	CO₂-Gesetzgebung	218
2.	Marktöffnung	219
a)	Strom	219
b)	Gas	219
3.	Versorgungssicherheit	220
a)	Strom	220
b)	Energieinfrastrukturen	224
c)	Gas	225
d)	Kernenergie	226

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021

i. Energie- und Klimapolitik

Die Energiepolitik der EU basiert derzeit auf dem im Juni 2019 verabschiedeten und 2020 in Kraft getretenen vierten Gesetzespaket zum Energiebinnenmarkt. Dieses sog. „Clean Energy Package“ (CEP)¹ definiert die wichtigsten Gesetzesvorhaben für die Weiterentwicklung des EU-Energiebinnenmarktes in den nächsten Jahren.

Die Europäische Kommission hat 2021 sodann namentlich auch ihr grosses Klimaprojekt eines „Green Deal“² weiter vorangetrieben, mit welchem bis 2050 die Treibhausgasemissionen in der EU fast vollständig getilgt und damit die zweitgrösste Volkswirtschaft der Welt klimaneutral gemacht werden soll. So legte die Europäische Kommission im Juli 2021 ein umfassendes Legislativpaket unter dem Titel „Fit for 55“³ vor. Das Paket trägt dazu bei, den „Green Deal“ umzusetzen. Weiter soll es ermöglichen, das im europäischen Klimagesetz⁴ festgeschriebene Ziel zu erfüllen, wonach die Treibhausgasemissionen bis 2030 netto um 55% gegenüber 1990 gesenkt werden sollen, sowie die EU auf den Pfad Richtung Klimaneutralität 2050 bringen. Das Paket umfasst 13 miteinander verbundene Legislativvorschläge.⁵

Noch im Dezember 2021 wurde sodann ein weiteres Paket bestehend aus Gesetzesvorschlägen und Strategien veröffentlicht. Diese zielen u.a. darauf ab, die Gebäude klimafreundlicher zu machen, den europäischen Erdgasmarkt auf Wasserstoff umzustellen, Methanemissionen zu reduzieren sowie das Bahn- und Fahrradfahren zu fördern. Dies vor dem Hintergrund, dass es sich beim Verkehr und bei den Gebäuden um die zweit- und drittgrössten Verursacher

¹ Vgl. zum Clean Energy Paket die entsprechende Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter <https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-strategy/clean-energy-all-europeans-package_de>, mit Links zu den dazugehörigen Dokumenten.

² Vgl. dazu die entsprechende Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en>.

³ Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Fit for 55“: Auf dem Weg zur Klimaneutralität – Umsetzung des EU – Klimaziels für 2030 vom 14. Juli 2021, COM (2021) 550 final.

⁴ Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“).

⁵ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. Juli 2021, IP 21/3541.

von Treibhausgasemissionen in der EU handelt. Die Pläne gehen sodann insbesondere auch dahin, einen CO₂-Preis für Heiz- und Kraftstoffe einzuführen und den bestehenden Emissionshandel auszuweiten.⁶

Am meisten Treibhausgasemissionen verursacht in der EU nach wie vor die industrielle Herstellung von Strom und Wärme. Eine der zentralen Fragen, die sich stellt, ist daher die Frage des neuen Energiemixes in der EU. Dabei geht es namentlich um die künftige Rolle von Atom-, aber auch fossilen Gaskraftwerken. Dazu hat sich die Europäische Kommission am 1. Januar 2022 vernehmen lassen, indem sie den Konsultationsprozess mit einer Sachverständigen-Gruppe der Mitgliedstaaten für nachhaltiges Finanzwesen und der Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen zu ihrem Entwurf einer ergänzenden Taxonomie-Rechtsverordnung⁷ über bestimmte Erdgas- und Kernenergieaktivitäten eingeleitet hat.⁸ Darin anerkennt die Europäische Kommission, „dass der fossile Gas- und der Kernenergiesektor zur Dekarbonisierung der Wirtschaft der Union beitragen können“.

Die Europäische Kommission anerkennt also auch, dass fossiles Erdgas in einer Übergangsphase noch eine Rolle spielen wird. Zugleich hat sie angesichts des aussergewöhnlichen Anstiegs der Energiepreise im Herbst 2021 betont, dass die Energiewende sowie Gasspeicher die beste Versicherung gegen künftige Preisschocks darstellen, und hebt auch die Zusammenhänge wie folgt hervor: *„The clean energy transition is the best insurance against price shocks in the future, and needs to be accelerated. The EU will continue to develop an efficient energy system with high share of renewable energy. While cheaper renewables play an increasing role in supplying the electricity grid and setting the price, other energy sources, including gas, are still required in times of higher demand. Under the current market design gas still sets the overall electricity price when it is deployed as all producers receive the same price for the same product when it enters the grid – electricity. There is general consensus that the current marginal pricing model is the most efficient one, but further analysis is warranted. The crisis has also drawn attention to the importance of storage for*

⁶ Vgl. auch die Zusammenstellung im Beitrag von Oroschakoff Kalina, Die Brüsseler Klimapolitik wird den Alltag in Europa massiv beeinflussen, NZZ vom 24. Dezember 2021, 3.

⁷ Vgl. dazu im Übrigen hinten, [1.3.b](#).

⁸ Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1. Januar 2022, IP/22/2.

*the functioning of the EU gas market. The EU currently has storage capacity for more than 20% of its annual gas use, but not all Member States have storage facilities and their use and obligations to maintain them vary.*⁹

2. Marktkopplung

Teil des „Clean Energy Packages“ ist auch ein angepasstes Strommarktdesign. Die entsprechenden Regelungen umfassen vier Bereiche¹⁰ und sehen ein angepasstes Design für den europäischen Strommarkt vor, welches den neuen wirtschaftlichen Anforderungen entspricht: flexibler, mehr Marktbasierend und besser geeignet, grössere Anteile erneuerbarer Energien zu integrieren.

Dabei werden in der EU die nationalen Energiemärkte bereits auf der Basis des Dritten Regulierungspaketes zu EU-Energiemärkten gekoppelt, deren weitere Regelung auf der Basis sog. Network Codes¹¹ erfolgt. Diese Regeln werden von der ENTSO-E bzw. der ENTSOG ausgearbeitet, unter Anleitung der *Agency for the Cooperation of Energy Regulators* (ACER), und schliesslich von der Europäischen Kommission in Verordnungsform erlassen. Sie dienen der Harmonisierung, Integration und Effizienz des Marktes. Ziel ist die Vollendung des EU-Energiebinnenmarktes und die Erreichung der EU-Energieziele.

⁹ So die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2021, IP/21/5204. Zugleich hat die Europäische Kommission den Mitgliedstaaten eine Toolbox von Massnahmen bereitgestellt, mit welchen das Problem der ausserordentlichen Situation und ihrer Auswirkungen kurzfristig angegangen werden kann; der entsprechende Link findet sich in der erwähnten Medienmitteilung.

¹⁰ Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (Neufassung), ABl L 158 vom 14. Juni 2019, 54 ff.; Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (Neufassung), ABl L 158 vom 14. Juni 2019, 125 ff.; Verordnung (EU) 2019/941 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über die Risikovorsorge im Elektrizitätssektor und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/89/EG, ABl L 158 vom 14. Juni 2019, 1 ff. und Verordnung (EU) 2019/942 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 zur Gründung einer Agentur der Europäischen Union für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörde (Neufassung), ABl L 158 vom 14. Juni 2019, 54 ff.

¹¹ Vgl. dazu die Website der ENTSO-E, abrufbar unter https://www.entsoe.eu/network_codes/.

Nebst vielem anderem für die Schweiz als Dritt-, aber Transitland von besonderer Bedeutung ist, dass das CEP¹² eine 70%-Regel enthält, gemäss welcher die für den grenzüberschreitenden Stromhandel in der EU zur Verfügung stehende Kapazität zu maximieren ist.¹³

3. Energieinfrastrukturen

Die EU finanziert und fördert Investitionen in Energieinfrastrukturen unter verschiedenen Titeln und mit verschiedenen Instrumenten, von welchen hier nur einzelne herausgegriffen werden sollen.

(a) Was den Bereich der Netzinfrastrukturen¹⁴ anbelangt, gibt es mit der *Trans-European Networks for Energy (TEN-E) Policy*¹⁵ eine Stossrichtung der Energiepolitik der EU, welche auf die Verbindung der Energieinfrastrukturen zwischen den EU-Mitgliedstaaten fokussiert. Als Teil dieser *Policy* wurden neun prioritäre Korridore (Strom, Erdgas und Öl) sowie drei thematische Gebiete (Ertüchtigung zu *Smart Grids*, Stromautobahnen sowie ein grenzüberschreitendes CO₂-Netz) definiert. Die EU unterstützt die Zusammenarbeit der Länder, in welchen diese Korridore liegen, aber auch ihre Anstrengungen in den drei thematischen Prioritäten betreffend die transeuropäischen Verbindungsleitungen und spricht Mittel für neue solche Netzinfrastrukturen.

Die Energieinfrastrukturen werden als „*key enabler*“ für die Energiewende betrachtet, wie sie mit dem „*Green Deal*“ und mit dem „*Clean Planet for all*“-Package angestrebt wird, was eine Anpassung der TEN-E-Verordnung¹⁶ im Hinblick auf ihre Konsistenz mit den Zielen der Klimaneutralität erforderlich

¹² Vgl. Art. 16 (8) der Verordnung (EU) 2019/943.

¹³ Vgl. dazu hinten, [II.3.a](#)).

¹⁴ Vgl. dazu die Übersicht auf der entsprechenden Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter <https://energy.ec.europa.eu/topics/infrastructure_de>.

¹⁵ Vgl. dazu die entsprechende Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter <https://energy.ec.europa.eu/topics/infrastructure/trans-european-networks-energy_en>.

¹⁶ Vgl. dazu Q&A der Europäischen Kommission vom 15. Dezember 2020, QANDA/20/2393, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2393>, mit Link zum entsprechenden Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 347/2013 vom 15. Dezember 2020, COM (2020) 824 final.

machte, indem die Verfahren vereinfacht und beschleunigt werden. Der entsprechende Vorschlag der Kommission wurde am 15. Dezember 2020 angenommen.¹⁷

Alle zwei Jahre wird sodann eine Liste der wichtigsten grenzüberschreitenden Netzinfrastrukturprojekte erstellt, die sog. *Projects of common interest* (PCI).¹⁸ Diese Projekte profitieren von verfahrensmässigen Vorteilen und können auch Mittel aus der *Connecting Europe Facility*¹⁹ beantragen. Die Europäische Kommission hat ihre fünfte PCI-Liste²⁰ am 19. November 2021 veröffentlicht. Sie umfasst 98 Projekte: 67 davon betreffen die Stromübertragung und -speicherung, 5 die Ertüchtigung zu *Smart Grids*, 20 Gas- und 6 grenzüberschreitende CO₂-Netze.

(b) Was sodann die *Energieproduktion* betrifft, steht der weitere Ausbau der erneuerbaren Energien zur Erreichung der Ziele im Vordergrund:

Im Rahmen des „*Clean Energy Package*“ hat die EU einen neuen Finanzierungsmechanismus etabliert, mit welchem die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in Projekten für erneuerbare Energien weiter gefördert werden soll.²¹ Der zugrundeliegende Mechanismus mit freiwillig zahlenden Ländern („*contributing countries*“) und solchen, die Boden für entsprechende Projekte zur Verfügung stellen („*hosting countries*“), ist in der Durchführungsverordnung (EU) 2020/1294 der Kommission vom 15. September 2020 über den Finanzierungsmechanismus der Union für erneuerbare Energie vorgesehen. Im Gegensatz

¹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank, Ein sauberer Planet für alle, Eine europäische strategische, langfristige Vision für eine wohlhabende, moderne, wettbewerbsfähige und klimaneutrale Wirtschaft vom 18. September 2019, COM (2018) 773 final.

¹⁸ Vgl. dazu die entsprechende Website der EU, abrufbar unter <https://energy.ec.europa.eu/topics/infrastructure/projects-common-interest/key-cross-border-infrastructure-projects_en>.

¹⁹ Vgl. dazu die entsprechende Website der EU, abrufbar unter <<https://ec.europa.eu/inea/en/connecting-europe-facility>>.

²⁰ Vgl. Commission delegated Regulation (EU) .../... of 19.11.2021 amending Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council as regards the Union list of projects of common interest {SWD (2021) 335 final} auf <https://energy.ec.europa.eu/system/files/2021-11/fifth_pci_list_19_november_2021.pdf>.

²¹ Vgl. dazu weitere Informationen auf der entsprechenden Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter <https://energy.ec.europa.eu/topics/renewable-energy/eu-renewable-energy-financing-mechanism_de>.

zu anderen Kooperationsmechanismen werden die Mittel über Auktionen vergeben. Als Finanzierungsquellen kommen Zahlungen der Mitgliedstaaten, Unionsmittel oder Beiträge des Privatsektors in Frage.

Die Europäische Kommission hat sich sodann – wie bereits erwähnt (vgl. vorn Ziff. 1.1.) – am 1. Januar 2022 dahingehend vernehmen lassen, dass sie Investitionen in Gas- und Atomkraftwerke unter bestimmten Bedingungen als klimafreundlich einstufen will.²²

Der entsprechende Verordnungsvorschlag ist im Rahmen der Bemühungen der EU um eine Taxonomie für nachhaltige Aktivitäten erfolgt, mit welcher es im Hinblick auf die Erreichung der Klimaziele darum geht, Investitionen in nachhaltige Projekte und Aktivitäten zu lenken. Die entsprechende Rechtsgrundlage wurde mit dem Erlass der EU-Taxonomie-Verordnung vom 22. Juni 2020 geschaffen. Ein erster Ausführungserlass datiert vom 4. Juni 2021.²³

„Die EU-Taxonomie soll helfen, private Investitionen zu mobilisieren und Anlegern und Investoren Orientierung zu geben, welche Aktivitäten dabei helfen, in den nächsten 30 Jahren klimaneutral zu werden. Der derzeitige Energiemix in Europa variiert stark von einem Mitgliedstaat zum anderen. [...] Die Taxonomie listet Arten der Energieerzeugung auf, die es den Mitgliedstaaten ermöglichen, sich von ihren sehr unterschiedlichen Ausgangspositionen aus in Richtung Klimaneutralität zu bewegen.

Gestützt auf wissenschaftliche Gutachten und den aktuellen Stand des technologischen Fortschritts ist die Europäische Kommission der Auffassung, dass Erdgas und Kernenergie die Transition zu kohlenstoffarmen Energiesystemen erleichtern und auf dem Weg in eine überwiegend auf erneuerbaren Energien basierenden Zukunft eine Rolle spielen können. Das hat zur Folge, dass diese Energiequellen unter klaren und strengen Bedingungen als mit der Taxonomie-Verordnung vereinbar eingestuft werden – allerdings nur insoweit sie tatsächlich zum Übergang zur Klimaneutralität beitragen. Gas etwa muss bis 2035 aus erneuerbaren Quellen stammen oder niedrige Emissionen haben.

²² Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1. Januar 2022, IP/22/2 sowie dazu den Artikel von Steinorth Daniel, Die EU erschreckt die Kernkraftgegner, NZZ vom 4. Januar 2022, 3.

²³ Vgl. dazu die entsprechende Website der EU, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/banking-and-finance/sustainable-finance/eu-taxonomy-sustainable-activities_en#why>, mit Link zu den entsprechenden Dokumenten, <https://ec.europa.eu/info/law/sustainable-finance-taxonomy-regulation-eu-2020-852/amending-and-supplementary-acts/implementing-and-delegated-acts_en>.

Um hohe Transparenz für die Anlegerinnen und Investoren zu gewährleisten wird die Europäische Kommission ausserdem in einer gesonderten Rechtsverordnung Offenlegungspflichten dahingehend verändern, so dass Anleger und Investoren klar erkennen können, ob und in welchem Umfang Erdgas- oder Nuklearaktivitäten im Finanzprodukt enthalten sind, so dass sie jederzeit in der Lage sind, eine fundierte und informierte Entscheidung zu treffen.

Die von der Taxonomie umfassten Aktivitäten sollen den Wechsel von Energiequellen mit höheren Emissionen, wie Kohle, zu solchen mit geringeren Emissionen beschleunigen und uns auf dem Weg zu einem grüneren Energiemix voranbringen.

Wie auch bei den anderen Aktivitäten im Rahmen der Taxonomie werden die Kriterien für Erdgas- und Kernenergieaktivitäten regelmässig und parallel zur technologischen Entwicklung aktualisiert.²⁴

4. Sektorintegration

Die Europäische Kommission verfolgt in ihrer Energiepolitik namentlich auch einen integrativen Ansatz, mit welchem die verschiedenen Energieträger untereinander und mit den Endverbrauchersektoren verlinkt werden sollen. Ziel ist eine Optimierung und Modernisierung des EU-Energiesystems als Ganzes.²⁵ Es geht dabei um Themen wie die Ertüchtigung zu *Smart Grids* und *Smart Metering*, die Digitalisierung, Flexibilitätsmärkte und Wasserstoff als Speichertechnologie für Überschüsse an erneuerbaren Energien. Zugrunde liegen dieser Strategie entsprechende Regelungen im „*Green Deal*“ sowie im „*Clean Energy*“-Package. Die entsprechende Roadmap²⁶ sowie eine separate Wasserstoffstrategie wurden von der Kommission im Juli 2020 verabschiedet.²⁷

²⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1. Januar 2022, IP/2/22.

²⁵ Vgl. dazu die entsprechende Website der Europäischen Kommission, abrufbar unter https://energy.ec.europa.eu/topics/energy-system-integration_en.

²⁶ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und an den Ausschuss der Regionen, Förderung einer klimaneutralen Wirtschaft: Eine EU-Strategie zur Integration des Energiesystems vom 8. Juli 2020, COM (2020) 299 final.

²⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und an den Ausschuss der Regionen, Eine Wasserstoffstrategie für ein klimaneutrales Europa vom 8. Juli 2020, COM (2020) 301 final.

II. Rechtentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

Die politische Weichenstellung des Bundesrats von Ende Mai 2021 in Bezug auf die Regelung des Verhältnisses der Schweiz zur EU im Sinne eines Abbruchs der Verhandlungen zu einem Rahmenabkommen dürfte sich, so steht zu befürchten, namentlich auch im Energiebereich negativ auswirken. Nachdem es sich bereits seit ein paar Jahren abgezeichnet hat, dass die Energiestrategie 2050 bei sukzessiver Ausserbetriebnahme der Kernkraftwerke ohne gleichzeitigen massiven Zubau der erneuerbaren Stromproduktion im Inland de facto auch eine Stromimportstrategie ist, droht der Schweiz ohne Stromabkommen (welches von der EU vom Abschluss eines Rahmenabkommens abhängig gemacht wird) eine mehr oder weniger machtlose Zuschauerrolle, ohne Mitwirkungsrechte nicht nur auf politischer, sondern auch auf technischer Ebene, wo die Schweiz via die Einsitznahme der nationalen Netzgesellschaft *Swissgrid* AG in der ENTSO-E sowie via das Pentalaterale Energieforum bisher noch eingebunden war. Ihren Beobachterstatus bei ACER hat die schweizerische Strommarktregulierungsbehörde jedenfalls 2021 verloren.²⁸ Auch in technischen Belangen wirft die Europäische Kommission der Schweiz bzw. *Swissgrid* zunehmend (politisch motivierte) Knüppel zwischen die Beine.²⁹ Dies hat dazu geführt, dass *Swissgrid* im Februar 2021 vor dem EuGH die Teilnahme an den Regelenenergieplattformen gegen die Europäische Kommission eingeklagt hat.³⁰

Mit den mit diesem Terrainverlust einhergehenden, zunehmenden Herausforderungen für die Netzsicherheit der Schweiz dürfte auch die Importfähigkeit und -möglichkeit der Schweiz weiter geschwächt werden. Die Schweiz ist weder Teil der gekoppelten europäischen Energiemärkte noch der Kapazitätsberechnungsregionen. Die Schweizer Netzelemente werden somit in der Berechnung der Kapazitäten für den grenzüberschreitenden Stromhandel, für welchen in der EU ab 2025 70% der Kapazitäten reserviert werden müssen,

²⁸ Vgl. Referat Werner Luginbühl am ElCom-Forum vom 5. November 2021, abrufbar unter <<https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/veranstaltungen/elcom-foren.html>> 11.

²⁹ Vgl. ElCom, Netzseitige Massnahmen für die Sicherstellung der kurz- und mittelfristigen Versorgungssicherheit und der Netzstabilität, Bericht zuhanden UVEK / Bundesrat, 13. Oktober 2021, abrufbar unter <<https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/berichte-und-studien.html>>, 5.

³⁰ Vgl. die entsprechende Publikation im ABl C 189 vom 15. Mai 2021, 18: Klage von *Swissgrid* eingereicht am 26. Februar 2021 in der Rechtssache T-127/21— *Swissgrid/Kommission*.

nicht ausreichend berücksichtigt. Dies erhöht das Risiko von ungeplanten Stromflüssen auf dem Schweizer Übertragungsnetz und beeinträchtigt die Netzsicherheit.

Im Dezember 2021 ist es der Schweiz immerhin gelungen, mit den Staaten des Pentilateralen Forums (Benelux-Länder, Deutschland, Frankreich und Österreich) ein Memorandum of Understanding (MOU) betreffend die Stromkrisenvorsorge („Risk Preparedness“) zu unterzeichnen, mit welchem sich die Unterzeichnerstaaten verpflichtet haben, einander im Falle einer Stromversorgungskrise solidarisch beizustehen.

Als wichtiger Meilenstein auf dem Weg zur weiteren Gewährleistung der Netzsicherheit ohne Stromabkommen kann sodann die Unterzeichnung eines technischen Vertrags zwischen der *Swissgrid* und den Übertragungsnetzbetreibern sowie den nationalen Regulierungsbehörden der Kapazitätsberechnungsregion Italy North gewertet werden, welchen *Swissgrid* Anfang Januar 2022 vermeldete. Damit ist die Situation an der Südgrenze vorläufig entschärft; für die Nordgrenze sind die Arbeiten mit Kapazitätsberechnungsregion CORE noch am Laufen.³¹

Eine Folge des Ausschlusses der Schweiz aus den gekoppelten europäischen Energiemärkten ist es sodann, dass ihre Marktteilnehmer für den grenzüberschreitenden Stromhandel Transportkapazitäten erwerben müssen, welche auktioniert werden. Mit der Umsetzung der 70%-Regel in der EU ab 2025 wird es noch enger für die Schweiz, zumal sie 2019 vom kurzfristigen grenzüberschreitenden Intraday-Handel bereits ausgeschlossen wurde.³²

Ein weiterer Nachteil der Schweizer Stromanbieter auf dem EU-Markt ist schliesslich, dass die EU nach dem Abbruch der Verhandlungen entschieden hat, die Herkunftsnachweise für Strom aus der Schweiz nicht mehr zu anerkennen.³³

³¹ Vgl. dazu die Medienmitteilung vom 7. Januar 2022 abrufbar unter <www.swissgrid.ch>.

³² Vgl. zur Situation der Schweiz beim Strom auch die Artikel von Müller Giorgio V., Beim Strom sind die EU und die Schweiz Zwangspartner, NZZ vom 23. Dezember 2021, 17.

³³ Vgl. Vonplon David, Saubere Zertifikate, dreckiger Strom: Darum ist die grüne Energieversorgung eine Illusion, NZZ vom 1. November 2021, 9.

I. Energie- und Klimapolitik

a) Umsetzung der Energiestrategie 2050

Der Ausbau der erneuerbaren Energien wurde mit der Energiestrategie 2050 (ES2050) im Rahmen der Totalrevision des EnG 2016 beschlossen und schreitet auch dank der weiterhin vielfältigen Fördermassnahmen³⁴ voran. Diese Fördermassnahmen sollen mit einer stärkeren Marktorientierung als bisher nicht erst mit dem „Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien“³⁵, sondern auf der Basis einer parallel vorangetriebenen parlamentarischen Initiative bereits mit einer vorgezogenen Revision des Energiegesetzes (EnG)³⁶ lückenlos verlängert werden: Das Parlament hat am 1. Oktober 2021 eine vorgezogene Teilrevision des EnG beschlossen, welche die Ablösung des bis 2022 befristeten Einspeisevergütungssystems durch Investitionsbeiträge für alle Anlagentypen sowie zusätzliche Unterstützung für die bestehende Biomasseanlagen und Grosswasserkraftwerke vorsieht. Mit dieser Überbrückungslösung soll sichergestellt werden, dass keine Förderlücke entsteht, bis eine umfassendere Revision der Energiegesetzgebung in Kraft tritt.³⁷

Am 26. November 2020 hat das BFE den vierten Monitoringbericht zur Umsetzung der ES2050 vorgelegt.³⁸ Was den Zubau der erneuerbaren Stromproduktion betrifft, konnte dieser – auch dank der Förderung mit Einmalvergütungen und Investitionsbeiträgen³⁹ bzw. Marktprämien für die Grosswasserkraft⁴⁰ – deutlich gesteigert werden: „Die Schweiz erfüllt die im Energiegesetz für das Jahr 2020 verankerten Richtwerte für die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien sowie die Richtwerte zur Strom- und Energieeffizienz. Das zeigt

³⁴ Vgl. dazu die Website des BFE, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/einspeiseverguetung.html>.

³⁵ Vgl. dazu die Website des BFE, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/stromversorgung/bundesgesetz-erneuerbare-stromversorgung.html>.

³⁶ Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0).

³⁷ Vgl. zur Parlamentarischen Initiative vom 18. Juni 2019, Nr. 19.443.

³⁸ Vgl. dazu die entsprechende Medienmitteilung auf der Website des BFE, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86471.html>, mit Links zum Bericht bzw. dessen Kurzfassung.

³⁹ Vgl. dazu die Medienmitteilungen des BFE vom 12. November und 20. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-85845.html> und <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86561.html>.

⁴⁰ Vgl. dazu die Medienmitteilung des BFE vom 20. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86547.html>.

der [am 15. Dezember 2021] publizierte vierte Monitoringbericht des Bundesamts für Energie (BFE). Auf dem Weg zu einer klimaneutralen Energieversorgung bis 2050 [mit den geplanten höheren Zielwerten] braucht es aber weitere Anstrengungen.“⁴¹

b) CO₂-Gesetzgebung

Nach der Ablehnung des totalrevidierten CO₂-Gesetzes in der Referendumsabstimmung vom 11. Juni 2021 musste zunächst eine Übergangsregelung erlassen werden; die wurde vom Parlament mit Datum 17. Dezember 2021 verabschiedet.⁴²

Am selbigen Tag hat der Bundesrat den Entwurf eines neuen CO₂-Gesetzes vorgelegt und die Vernehmlassung zum revidierten CO₂-Gesetz für die Zeit von 2025 bis 2030 eröffnet. Dieses Gesetz dient dazu, den Treibhausgas-Ausstoss bis 2030 zu halbieren und damit das Klimaziel 2030 zu erreichen. Der Bundesrat verzichtet auf Instrumente, die zur Ablehnung der letzten Revision beigetragen haben. Die neue Vorlage basiert darauf, die bestehende CO₂-Abgabe mit wirkungsvollen Anreizen sowie einer gezielten Förderung und Investitionen zu ergänzen und laufende Entwicklungen zu unterstützen. Im Vordergrund stehen Massnahmen, die es der Bevölkerung ermöglichen, den CO₂-Ausstoss im Alltag zu reduzieren.⁴³

Wie sich schliesslich die Entwicklungen in der EU im Rahmen des *Green Deal* auf die Schweiz auswirken werden, bleibt abzuwarten. Beim neuen CO₂-Grenzausgleichssystem soll die Schweiz aufgrund ihrer Verknüpfung mit dem EU-ETS zumindest nicht direkt betroffen sein, indem keine Grenzausgleichsabgabe beim Export von Schweizer Produkten in die EU erhoben werden soll. Allerdings gerät die Schweiz damit unter Zugzwang, damit ihre Industrie gegenüber Konkurrenten aus Ländern mit weniger strengen Klima-

⁴¹ So das BFE in seiner Medienmitteilung vom 15. Dezember 2021, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86471.html>>.

⁴² Vgl. zur Parlamentarischen Initiative vom 23. August 2021 Nr. 21.477, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?Affairid=20210477>>.

⁴³ So die Medienmitteilung des UVEK vom 17. Dezember 2021, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86492.html>>, mit Links zum Entwurf sowie zum Erläuternden Bericht dazu.

schutzmassnahmen nicht Kostennachteile erleidet.⁴⁴ Sodann bleibt abzuwarten, wie die Schweiz mit den neuen EU-Emissionsvorschriften für Fahrzeuge ab 2025 umgeht.⁴⁵

2. Marktöffnung

a) Strom

Der Schweizer Strommarkt ist nach wie vor nur teilweise geöffnet; grundversorgte Endverbraucherinnen und Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch unterhalb 100'000 kWh haben noch keine Wahlfreiheit.

Die volle Marktöffnung ist Teil des Mantelerlasses „Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien“, welchen der Bundesrat mit Botschaft vom 18. Juni 2021 verabschiedet und an das Parlament übergeben hat.⁴⁶ Das Parlament hat die Beratung am 21. Oktober 2021 gestartet.⁴⁷

Da die volle Strommarktöffnung in der Schweiz nach wie vor ein Politikum ist, geht man allgemein davon aus, dass es der Mantelerlass nach der bereits vorgezogenen Teilrevision des Energiegesetzes⁴⁸ im Parlament schwer haben dürfte und die volle Marktöffnung ein weiteres Mal auf der Strecke bleiben könnte. Dies, zumal ein Abkommen mit der EU, aus welchem sich eine entsprechende Notwendigkeit ergeben hätte, nach dem Abbruch der Verhandlungen durch den Bundesrat im Mai 2021 nicht in Sicht ist.

b) Gas

Die Eidg. Wettbewerbskommission WEKO hat im Jahr 2020 entschieden, dass auch die kleineren Endverbraucherinnen und Endverbraucher ihren Lieferanten grundsätzlich frei wählen dürfen. Sie hat deshalb zwei Gasnetzbetreiber in der Zentralschweiz wegen einer unrechtmässigen Verweigerung des Netz-

⁴⁴ Vgl. dazu der Artikel von Vonplon Daniel, Industrievertreter wollen Klimazölle, NZZ vom 23. November 2021, 1.

⁴⁵ Vgl. die Einschätzung des BFE in seinem Monitoring-Bericht 2021, Kurzfassung, 19.

⁴⁶ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 18. Juni 2021 mit Link zu den dazugehörigen Dokumenten, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-84018.html>>.

⁴⁷ Vgl. zum Stand der Beratungen die Website des Parlaments, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20210047>>.

⁴⁸ Vgl. dazu vorn, [II.1.a](#)).

zugangs gebüsst.⁴⁹ Dieser Entscheid ist nur für die beiden Unternehmen verbindlich, hat aber eine Signalwirkung für die ganze Schweiz. Im Gasbereich ist daher die Rechtslage nach dem WEKO-Entscheid im Grundsatz klar: Ohne sachlichen Grund darf der Netzzugang nicht von der Verbändevereinbarung erfassten Verbrauchern nicht verweigert werden, d.h. es gilt im Grundsatz die volle Marktöffnung, obschon die Verbändevereinbarung von 2012⁵⁰ nur eine Teilmarktöffnung vorsieht.

Im Detail wirft aber der unregulierte Netzzugang Fragen auf. Bis heute gibt es keinen einheitlichen, gesamtschweizerischen Rahmen für einen funktions-tüchtigen Wettbewerb. So dürften sich in den verschiedenen Netzgebieten unterschiedliche Bedingungen für die Belieferung durch Dritte etablieren (z.B. bei der Messung oder bei der Prognose und Abrechnung im Rahmen der so genannten Bilanzierung); auch ist der Zugang zum Transportnetz weiterhin im Einzelfall zu lösen und es gibt in der Schweiz vier verschiedene Bilanzzonen.

Das Gasversorgungsgesetz (GasVG), das vom Oktober 2019 bis im Februar 2020 in der Vernehmlassung war, sieht einheitliche, klare Regeln vor, damit ein effizienter Gasmarkt entstehen kann.⁵¹ Der nächste Schritt ist die Überweisung der Botschaft durch den Bundesrat an das Parlament, welche 2022 erfolgen soll.⁵²

3. Versorgungssicherheit

a) Strom

Nach dem Abbruch der Verhandlungen über ein Rahmenabkommen mit der EU treibt der Bundesrat die Vorsorgeplanung für die künftige Stromversorgungssicherheit sowohl auf nationaler als auch auf internationaler Ebene voran:

⁴⁹ Die entsprechende Verfügung vom 2. Mai 2020 kann von der Website der WEKO, abrufbar unter <https://www.weko.admin.ch/weko/de/home/praxis/publizierte-entscheide.html>.

⁵⁰ Vgl. dazu die Website der Koordinationsstelle Durchleitung KSDL, abrufbar unter <https://www.ksdl-erdgas.ch/downloads/vertragsdokumente>.

⁵¹ Vgl. dazu die Website des BFE mit entsprechenden Links, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/gasversorgung/gasversorgungsgesetz.html>.

⁵² Vgl. Referat BFE am ElCom-Forum vom 5. November 2021, Folie 15, abrufbar unter <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/veranstaltungen/elcom-foren.html>.

(1) Das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hat den Bundesrat an seiner Sitzung vom 13. Oktober 2021 über zwei Berichte zum Thema Versorgungssicherheit im Strombereich informiert.⁵³ Der erste Bericht wurde von der Eidgenössischen Elektrizitätskommission (ElCom) zusammen mit der nationalen Netzgesellschaft Swissgrid AG erstellt. Er beschreibt Massnahmen, mit denen die Netz- und Versorgungssicherheit kurz- bis mittelfristig erhöht werden können. Der zweite Bericht analysiert die Auswirkungen von verschiedenen Zusammenarbeitsszenarien zwischen der Schweiz und der EU. Diese beiden Berichte dienen dem Bundesrat dazu, die weiteren Schritte zur Stärkung der Versorgungssicherheit vorzubereiten. Der Bundesrat hat die ElCom bereits eingeladen, bis November 2021 ein „Konzept Spitzenlast-Gaskraftwerk“ auszuarbeiten. Das UVEK hatte zudem dem Bundesrat bis Ende 2021 eine Analyse des Stromeffizienz-Potenzials bis 2025 vorzulegen.

Bereits am 18. Juni 2021 hat der Bundesrat dem Parlament die Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien überwiesen. Diese sieht verschiedene Massnahmen vor, um die Versorgungssicherheit im kritischen Winterhalbjahr zu erhöhen. Dazu zählen insbesondere zusätzliche Mittel für den Ausbau der Speicherwasserkraft, die Schaffung einer Energiereserve sowie den Ausbau der erneuerbaren Energien. Gleichzeitig mit der Verabschiedung hat der Bundesrat das UVEK beauftragt, in Zusammenarbeit mit der ElCom und unter Einbezug der Swissgrid die Auswirkungen des fehlenden Stromabkommens mit der EU zu analysieren und kurz- bis mittelfristig umsetzbare Massnahmen zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit und Netzstabilität auszuarbeiten.

Der Bericht von ElCom und Swissgrid zu Massnahmen im Netz beschreibt rund 80 mögliche Massnahmen in den Bereichen Netz, Verbrauch und Produktion. Zahlreiche dieser Massnahmen betreffen Swissgrid und sind bereits in der Umsetzung oder zumindest in Planung. Sechs Massnahmen bezeichnet die ElCom als derzeit prioritär. Dazu gehören der geplante Abschluss von privatrechtlichen, technischen Vereinbarungen zwischen Swissgrid und den Übertragungsnetzbetreibern in der EU. Weiter geht es um den vorzeitigen Ersatz von Kuppeltransformatoren zwischen den Höchstspannungsebenen 220 und 380 kV, um die Stromflüsse besser steuern zu können, Spannungserhöhungen im Übertragungsnetz, um die Leitungskapazitäten zu steigern, eine bessere Koordination zwischen dem Übertragungsnetz und den überregiona-

⁵³ Vgl. dazu die Medienmitteilung auf der Website des BFE, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86210.html>; mit Link zum Dokument.

len Netzen, die Optimierung von Unterhaltsarbeiten sowie um Anpassungen des Betriebskonzepts. Der Bundesrat wird diese Vorschläge in seine Arbeiten zur Stärkung der Versorgungssicherheit einbeziehen und die ElCom wird weitere im Bericht enthaltenen Massnahmen noch vertiefen.

Die Auswirkungen der fehlenden Kooperation mit der EU im worst case bzw. die Problemstellungen, die sich im Hinblick auf die neuen Regeln im EU-Rechtsrahmen ab 2025 zeigen können, sind Inhalt des zweiten Berichts, der dem Bundesrat unterbreitet wurde. Es handelt sich um eine externe Studie, welche die Zusammenarbeit der Schweiz und der EU im Strombereich analysiert. Im Hinblick auf die Unsicherheit über das Zustandekommen eines Stromabkommens hatten das Bundesamt für Energie (BFE) und die ElCom diese Studie bereits Anfang 2020 beim Beratungsunternehmen Frontier Economics in Auftrag gegeben.

Diese Studie zeigt auf, wie sich die Regulierung des europäischen Strom-Binnenmarkts seit dem Verhandlungsbeginn über ein Stromabkommen im Jahr 2007 stark weiterentwickelt hat. Dies tangiert auch die Schweiz, da ihr Übertragungsnetz eng mit den umliegenden Ländern verbunden ist. Seit 2020 ist mit dem „Clean Energy Package“ ein neues Regulierungspaket in Kraft.⁵⁴ Entsprechend diesen Vorgaben müssen ab 2025 alle europäischen Übertragungsnetzbetreiber mindestens 70% der grenzüberschreitenden Netzkapazitäten für den Stromhandel innerhalb der EU freihalten. Wie dabei die Grenzkapazitäten zu Drittstaaten wie der Schweiz berücksichtigt werden müssen, ist in der EU-Gesetzgebung nicht geregelt. Dadurch könnten die Importkapazitäten der Schweiz deutlich eingeschränkt werden. Zudem könnten die durch den Stromhandel der Nachbarländer verursachten ungeplanten Stromflüsse weiter zunehmen und so die Netzstabilität in der Schweiz gefährden.

Die Studie untersucht anhand von drei unterschiedlich engen Zusammenarbeitsszenarien (keine Kooperation, technische Vereinbarungen oder Stromabkommen) die Netzsicherheit und die Versorgungssicherheit der Schweiz im Jahr 2025, also in dem Jahr, in dem die EU die 70%-Regel vollständig umgesetzt haben will. Allen drei Szenarien liegt die Annahme eines worst case zugrunde. Dabei wird von einer Stresssituation ausgegangen, in der die Grenzkapazitäten mit den Nachbarländern um teilweise über 70% reduziert sind und die beiden Reaktorblöcke Beznau I II sowie ein Drittel der französischen Kernkraftwerke nicht verfügbar sind. Die Studie zeigt auf, dass wenn auf der Basis entsprechender technischer Vereinbarungen mit den europäischen Übertragungsnetzbetreibern die Schweiz bei der Umsetzung der 70%-Regel an ihren Grenzen zu Norditalien, Frankreich, Deutschland und Österreich berücksich-

⁵⁴ Vgl. dazu vorn, [L1](#).

tigt würde, in diesem Szenario der worst case auch noch sicher bewältigt werden könnte. In der Schweiz stünde jederzeit genügend Energie zur Verfügung. Ob diese Vereinbarungen rechtzeitig realisiert werden können, ist allerdings noch unklar.

Auf der Basis der beiden vorliegenden Berichte will der Bundesrat die Massnahmen zur Stärkung der Versorgungssicherheit und der Netzstabilität noch vertiefter prüfen und nach einer Aussprache bei Bedarf zusätzliche Aufträge erteilen. Der Bundesrat hat die ElCom bereits eingeladen, bis November 2021 ein „Konzept Spitzenlast-Gaskraftwerk“ auszuarbeiten. Weiter hatte das UVEK den Auftrag erhalten, dem Bundesrat bis Ende 2021 eine Analyse des Stromeffizienz-Potenzials bis 2025 vorzulegen.

(2) Auf internationaler Ebene konnte Ende 2021 immerhin ein MOU zur Stromkrisenvorsorge abgeschlossen werden: Die Länder des Pentalateralen Energieforums (Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg, Niederlande, Österreich und die Schweiz) haben am 1. Dezember 2021 ein *Memorandum of Understanding zur Stromkrisenvorsorge* unterzeichnet.

Die Schweiz wirkt seit 10 Jahren als Beobachterin im Pentalateralen Energieforum aktiv mit. Das Penta-Forum ist eine Plattform für die freiwillige, länderübergreifende Zusammenarbeit und dient als Vorreiter für die Gestaltung des europäischen Energie- und Stromsystems. Dies geschah bisher schwerewichtig für den Strombereich. Künftig soll sich das Penta-Forum vertieft mit der Transition des Energiesystems und insbesondere mit der Verbreitung von Wasserstoff im Markt befassen.

Die unterzeichnete Absichtserklärung („*Memorandum of Understanding on risk preparedness in the electricity sector*“) ebnet den Weg für die weitere Zusammenarbeit der Penta-Länder in der Stromkrisenvorsorge und für die Entwicklung von solidarischen Massnahmen, die im Falle einer Krise regional eingesetzt werden können, gestützt auf eine entsprechende EU-Verordnung aus dem Jahr 2019. Wie die diesbezügliche Zusammenarbeit der Penta-Länder ausgestaltet wird, insbesondere auch mit der Schweiz, muss noch ausgehandelt werden.

Für die Schweiz ist das Mitwirken im Penta-Forum wertvoll. Sie kann mit den anderen Staaten grenzüberschreitende Strom- und Energiethemen diskutieren und die Umsetzung von EU-Strommarktregeln verfolgen. Von grossem Interesse sind die Arbeiten zur Stromversorgungssicherheit, die ein wichtiger Treiber der Zusammenarbeit ist. So führt das Penta-Forum regelmässig Analy-

sen („System Adequacy Studien“) unter Mitwirkungen aller Übertragungsnetzbetreiber durch, die vorausschauend die Stromversorgungssicherheit in den Penta-Ländern beurteilen.

Wichtig sind für die Schweizer Stromnetzicherheit sodann – wie vorne unter (1) dargelegt – namentlich auch technische Vereinbarungen mit den Nachbarländern bzw. -regionen. Anfang Januar 2022 konnte Swissgrid den Abschluss eines solchen Vertrags mit der Kapazitätsberechnungsregion Italy North vermelden, welcher als wichtiger Meilenstein auf diesem Weg zu werten ist.⁵⁵

Ein potenzielles Risiko für die Netzicherheit der Schweiz ist sodann auch die Häufung der Frequenzschwankungen im europäischen Stromverbundnetz, welches sich bei Kraftwerksausfällen in Frankreich und/oder der Schweiz akzentuiert.⁵⁶ Der „Stern von Laufenburg“ stellt – ungeachtet aller politischen Schwierigkeiten – bis heute das physische Herzstück des europäischen Stromverbundnetzes dar. Die Swissgrid ist deshalb darauf angewiesen, über die Netzflüsse stets im Bild zu sein, damit sie solche Schwankungen kurzfristig ausgleichen kann.

b) *Energieinfrastrukturen*

Der Bund fördert die Grosswasserkraft namentlich mit Investitionsbeiträgen auch für Erneuerungen und Erweiterungen und mit Marktprämien. 2021 hat er insgesamt 45.4 Millionen Franken an Investitionsbeiträgen für Grosswasserkraftwerke zugesprochen⁵⁷ und 155 Millionen Franken an Marktprämien für die Grosswasserkraft ausgezahlt⁵⁸.

Auf Einladung der Departementsvorsteherin des UVEK haben sich sodann Vertreterinnen und Vertreter wichtiger Akteure im Bereich der Wasserkraft seit August 2020 an einem runden Tisch über die Herausforderungen der Wasserkraft vor dem Hintergrund der Energiestrategie 2050, des Netto-Null-Klimaziels, der Versorgungssicherheit und dem Erhalt der Biodiversität ausgetauscht. Am abschliessenden Treffen haben die Teilnehmenden des runden

⁵⁵ Vgl. die Einschätzung des BFE in seinem Monitoring-Bericht 2021, Kurzfassung, 19.

⁵⁶ Vgl. dazu den Artikel von Häslar Georg, Das Stromnetz ist aus dem Takt, NZZ vom 24. Dezember 2021, 13, welcher auf einen Vorfall vom 22. Dezember 2021 Bezug nimmt.

⁵⁷ Vgl. Medienmitteilung des BFE vom 20. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86561.html>.

⁵⁸ Vgl. die entsprechende Medienmitteilung des BFE vom 20. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86547.html>.

Tisches am 13. Dezember 2021 die erzielten Resultate gewürdigt. Zudem wurde eine gemeinsame Erklärung unterzeichnet, welche ausgewählte Wasserkraftprojekte sowie Ausgleichsmassnahmen und allgemeine Empfehlungen zum Schutz von Biodiversität und Landschaft enthält.⁵⁹

Was die Stromnetzplanung betrifft, hat der Bund am 24. November 2021 den Szenariorahmen 2030/2040 in die Vernehmlassung gegeben.⁶⁰ Dieser dient künftig als Grundlage für die Planung der schweizerischen Stromnetze. Ziel ist, die Stromnetze möglichst optimal auf die künftigen energiewirtschaftlichen Entwicklungen in der Schweiz auszurichten. Angesichts der langen Planungs-, Bewilligungs- und Realisierungsphasen der Übertragungsnetze und der überregionalen Verteilnetze ist dies von wesentlicher Bedeutung für die Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit.⁶¹

c) Gas

Über den Stand der Umsetzung der „Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich“ (MuKEN) 2014 orientiert die Website der Energiedirektoren-Konferenz EnDK⁶²: 18 Kantone wenden diese bereits an, der Rest die alten MuKEN 2008. Sechs Kantone arbeiten noch an der Umsetzung, zwei Kantone benötigen einen weiteren Anlauf. Dabei geht es insbesondere um die Reduktion des fossilen Energieverbrauchs im Gebäudebereich, mit entsprechenden Auswirkungen auf den Bedarf nach Gasnetzen.

Im Hinblick auf eine klimafreundlichere Wärmeversorgung hat sich der Bund 2021 mit der Fernwärme befasst und deren Potenzial als Ersatz für Gas ermittelt.⁶³

⁵⁹ Vgl. dazu die Medienmitteilung des UVEK vom 13. Dezember 2021, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86432.html>>, mit Link zum Dokument.

⁶⁰ Vgl. <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/stromversorgung/stromnetze/netzentwicklung-strategie-stromnetze/szenariorahmen.html>>.

⁶¹ Vgl. dazu die Medienmitteilung auf der Website des BFE, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86023.html>>.

⁶² Vgl. <<https://www.endk.ch/de/energiepolitik-der-kantone/muken>>.

⁶³ Vgl. dazu die Medienmitteilung des BFE vom 17. Dezember 2021, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-86491.html>>, mit Link zum entsprechenden Bericht.

d) Kernenergie

Am 29. Juni 2021 publizierte die Atomaufsichtsbehörde ENSI ihren Aufsichtsbericht 2020: Alle Kernanlagen befanden sich in einem sicherheitstechnisch guten Zustand: Die Anzahl Vorkommnisse lag im Bereich der Vorjahre. Dank der frühzeitigen Vorkehrungen der Betreiber hatte die Covid-19-Pandemie keinen Einfluss auf die Sicherheit der Anlagen.⁶⁴

Mit Blick auf eine möglichst klimaneutrale weitere Gewährleistung der Stromversorgungssicherheit wird eine Laufzeitverlängerung der nach der Abschaltung des KKW Mühleberg verbleibenden Schweizer Kernkraftanlagen in Betracht gezogen.⁶⁵ Es geht auch hier um die Frage: Kernkraft- und/oder Gas-kraftwerke als Übergangstechnologien?

⁶⁴ Vgl. die entsprechende Medienmitteilung auf der Website des ENSI, abrufbar unter <<https://www.ensi.ch/de/2021/06/29/aufsichtsbericht-2020-kernanlagen-erfuellten-anforderungen-an-die-nukleare-sicherheit/>>, mit Link zum Bericht.

⁶⁵ Vgl. dazu etwa der entsprechende Artikel im Energate Messenger vom 5. Juli 2021, abrufbar unter <<https://www.energate-messenger.ch/news/213514/laufzeitverlaengerung-der-kernkraftwerke-sorgt-fuer-diskussionen>>.

Steuerrecht

René Schreiber/Jana Fischer/Benjamin Bergau*

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/BENJAMIN BERGAU)	229
1.	Entwicklungen bei den direkten Steuern	229
a)	Gesetzliche Entwicklungen	229
aa)	Vorschläge der Europäischen Kommission für eine faire Besteuerung der digitalen Wirtschaft	229
bb)	ATAD 3	230
cc)	EU-weites Quellensteuerentlastungssystem für Dividenden und Zinsen	231
b)	Beihilfeverfahren	232
aa)	Steuervorbescheide Irland: Keine staatliche Beihilfe für Apple	232
bb)	Steuervorbescheide Luxemburg: Keine staatliche Beihilfe für Amazon	233
cc)	Steuervorbescheide zu Gewinnüberschüssen in Belgien: EuGH bestätigt Beihilfeentscheidung der Europäischen Kommission	234
dd)	Spanische Steuerregelung über die Abschreibung von Goodwill als staatliche Beihilfe	235
c)	Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs	236
aa)	Schwedische Regelung zur Begrenzung des Zinsabzugs EU-rechtswidrig	236
bb)	Anrechnungsüberhänge im Steueranrechnungsverfahren nicht unionsrechtswidrig	237
2.	Entwicklungen bei den indirekten Steuern	238
a)	Gesetzliche Entwicklungen	238
aa)	Umsetzung zweite Stufe des MwSt-Digitalpakets	238
bb)	Laufende Beratungen zu Reformen des Mehrwertsteuersystems	239
b)	Ausgewählte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs	240
aa)	Umfang der Steuerfreiheit von Investmentverwaltung	240
bb)	Personengesellschaften als Teil einer Organschaft	242
cc)	Besteuerungszeitpunkt bei Veräußerung gegen Ratenzahlungen	244
dd)	Bereitstellung von Firmenwagen als Tausch gegen Arbeitsleistung	245
ee)	Ohne Personal keine mehrwertsteuerliche Betriebsstätte	246
ff)	Haftung bei Teilnahme an einem Mehrwertsteuerbetrug	247

* Die Autoren danken MLaw Oliver Scharp für die wertvolle Unterstützung bei der Verfasserung dieses Beitrags.

II.	<u>Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ BENJAMIN BERGAU)</u>	249
1.	<u>Entwicklungen bei den direkten Steuern</u>	249
a)	<u>Umsetzung der Steuerreform und AHV-Finanzierung (STAF)</u>	249
b)	<u>Automatischer Informationsaustausch</u>	250
c)	<u>Änderungen im Bereich von Umstrukturierungen</u>	252
2.	<u>Entwicklungen bei den indirekten Steuern</u>	254
a)	<u>Verrechnungssteuer</u>	254
b)	<u>Stempelabgaben</u>	255

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021

Im Folgenden werden die wichtigsten steuerrechtlichen Entwicklungen des Jahres 2021 in der Europäischen Union (EU) dargelegt, die sowohl für das Gemeinschaftsrecht wie auch für die rechtlichen Beziehungen zur Schweiz von Relevanz sind.

i. Entwicklungen bei den direkten Steuern

Nachfolgend wird auf die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen und Verfahren der Europäischen Kommission aufgrund staatlicher Beihilfen und bedeutende Entscheide des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Rahmen der direkten Steuern eingegangen.

a) Gesetzliche Entwicklungen

Die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen fanden im Rahmen der Bekämpfung der Steuervermeidung und der Besteuerung der digitalen Wirtschaft statt.

aa) *Vorschläge der Europäischen Kommission für eine faire Besteuerung der digitalen Wirtschaft*

Die Europäische Kommission hatte am 21. März 2018 zwei neue Richtlinien vorgeschlagen, mit denen sichergestellt werden soll, dass digitale Geschäftstätigkeiten in der EU auf faire und wachstumsfreundliche Weise besteuert werden. Umgesetzt werden sollte dies einerseits über die Einführung einer Steuer auf bestimmte Erträge aus digitalen Tätigkeiten („Digital Service Tax“) als kurzfristige Lösung und andererseits über die Einführung einer digitalen Betriebsstätte als langfristige Lösung.

Zur Einführung der Digital Service Tax sollte die Richtlinie zum gemeinsamen System einer Digitalsteuer auf Erträge aus der Erbringung bestimmter digitaler Dienstleistungen verabschiedet werden.¹ Mit dem Richtlinienentwurf wollte die Europäische Kommission eine Digitalsteuer in Höhe von 3% auf Ein-

¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum gemeinsam System einer Digitalsteuer auf Erträge aus der Erbringung bestimmter digitaler Dienstleistungen vom 21. März 2018, COM (2018) 148 final, 2018/0073 (CNS), abrufbar unter <www.ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_de>.

künfte aus digitalen Leistungen einführen. Die Europäische Kommission sah sich hierzu veranlasst, da bereits einige Mitgliedstaaten unilaterale Massnahmen eingeführt haben bzw. dies planen.

Die Einführung einer digitalen Betriebsstätte sollte mit der Richtlinie zur Festlegung von Vorschriften für die Unternehmensbesteuerung einer signifikanten digitalen Präsenz geregelt werden.² Mit dem Richtlinienvorschlag sollten die Körperschaftsteuer-Vorschriften der Mitgliedstaaten überarbeitet werden, um Gewinne dort festzustellen und besteuern zu können, wo über digitale Kanäle signifikante Interaktionen zwischen Unternehmen und Nutzern stattfinden.

Am 13. Dezember 2018 hat das Europäische Parlament mit breiter Mehrheit den Vorschlag der Europäischen Kommission angenommen. Im März 2019 scheiterte dieser Vorschlag jedoch letztlich am Widerstand einiger Finanzminister aus Dänemark, Irland, Finnland und Schweden. Verhandlungen der EU mit den USA über eine einheitliche Digitalsteuer wurden im Juni 2020 abgebrochen.

Am 14. Januar 2021 hat die Europäische Kommission einen Fahrplan („Roadmap“) veröffentlicht und festgelegt, welche Aspekte sie bei der Ausarbeitung eines künftigen Gesetzgebungsvorschlages leiten werden.

Die Europäische Kommission hat die Pläne aufgrund der Einigung der G20-Finanzminister auf eine globale Mindeststeuer vorerst zurückgestellt.

bb) ATAD 3

Am 22. Dezember 2021 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Richtlinienentwurf zur Verhinderung der steuerlich missbräuchlichen Nutzung sogenannter „Briefkastenfirmen“. Es handelt sich bei dem Entwurf um eine Änderung der Anti-Steuervermeidungsrichtlinie (*Anti Tax Avoidance Directive* – ATAD) 2016/1164 vom 12. Juli 2016 (ATAD 1), geändert durch Richtlinie (EU) 2017/952 vom 29. Mai 2017 (ATAD 2).

Der Richtlinienentwurf sieht eine zweistufige Substanzprüfung vor. Der erste Schritt ist die Identifikation von möglichen Briefkastenfirmen anhand definierter Kriterien (75% passive Einnahmen, grenzüberschreitende Tätigkeit und keine ausreichende Substanz) vor. Im zweiten Schritt werden die iden-

² Vorschlag für eine Richtlinie des Rates für die Unternehmensbesteuerung einer signifikanten digitalen Präsenz vom 21. März 2018, COM (2018) 148 final, 2018/0072 (CNS), abrufbar unter <www.ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_de>.

tifizierten Unternehmen verpflichtet, jährlich das (Nicht-)Vorliegen bestimmter Mindestsubstanz-Indikatoren (eigene Räumlichkeiten, ein aktiv genutztes Bankkonto in der EU und Ansässigkeit der Geschäftsführer im Ansässigkeitsstaat des Unternehmens oder in räumlicher Nähe) im Rahmen der Steuererklärung zu erklären und nachzuweisen. Erfüllt das Unternehmen nicht mindestens einen Indikator, wird widerlegbar vermutet, dass es sich um eine „Briefkastenfirma“ handelt. Zur Widerlegung der Vermutung soll den Unternehmen der Nachweis gestattet sein, dass wirtschaftliche Gründe und nicht die Erlangung eines Steuervorteils für die Einschaltung des Unternehmens ursächlich sind.

Wird die Vermutung nicht widerlegt, ergeben sich folgende Konsequenzen für das als „Briefkastenfirma“ eingestufte Unternehmen:

- Doppelbesteuerungsabkommen oder EU-Richtlinien, die eine steuerliche Ansässigkeit voraussetzen, werden nicht angewendet.
- Das Unternehmen wird steuerlich transparent betrachtet, d.h. die Ansässigkeitsstaaten der Anteilseigner besteuern das Einkommen der „Briefkastenfirma“ als hätten die Anteilseigner dieses selbst erzielt. Sind die Anteilseigner nicht in einem Mitgliedsstaat ansässig, hat der Ansässigkeitsstaat der „Briefkastenfirma“ Quellensteuer zu erheben.
- Der Staat, in dem sich das Vermögen der „Briefkastenfirma“ befindet, hat das Vermögen so zu besteuern, als würde es von den Anteilseignern direkt gehalten.
- Die Mitgliedsstaaten stellen keine oder nur mit einem Vermerk versehene Ansässigkeitsbescheinigungen aus.

Der Entwurf sieht eine Umsetzungspflicht bis 30. Juni 2023 und eine Anwendung ab 1. Januar 2024 vor.

cc) *EU-weites Quellensteuerentlastungssystem für Dividenden und Zinsen*

Am 28. September 2021 hat die Europäische Kommission eine Initiative zur Einführung eines EU-weiten Quellensteuerentlastungssystems für Dividenden und Zinsen gestartet. Die Initiative soll grenzüberschreitende Investitionen fördern und den Missbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen gezielter bekämpfen.

Die Initiative erwägt die Verbesserung der Verfahren zur Quellensteuerentlastung durch digitalisierte Verfahren, die Umsetzung eines standardisierten Quellensteuerentlastungssystems bereits im Zeitpunkt der Zahlung und die

Verbesserung des bestehenden Rahmens für die Verwaltungszusammenarbeit durch automatischen und verpflichtenden Informationsaustausch bestimmter Informationen.

Die Annahme eines Richtlinienvorschlags ist für Ende 2022 geplant.

b) *Beihilfeverfahren*

Im Jahr 2021 führte die Europäische Kommission eine Reihe von Verfahren betreffend staatliche Beihilfen im Steuerbereich weiter und leitete neue ein. Keine neuen Entwicklungen gab es bei der Untersuchung zur Besteuerung von IKEA in den Niederlanden.³

aa) *Steuervorbescheide Irland: Keine staatliche Beihilfe für Apple*

Am 15. Juli 2020 erliess das EuG sein Urteil in der Rechtssache T-778/16 und T-892/16 (Irland u.a./Kommission).⁴ Das EuG erklärte die Steuernachforderung der Europäischen Kommission in Höhe von EUR 13 Milliarden aus dem Jahr 2016 für rechtswidrig und sah in den vereinbarten Konditionen zwischen Apple und Irland keine unzulässigen Beihilfen. Die Europäische Kommission habe nicht nachweisen können, dass die Steuervereinbarungen von Apple und Irland aus den Jahren 1991 und 2007 eine ungerechtfertigte staatliche Beihilfe darstellten. Der angefochtene Beschluss der Europäischen Kommission betraf zwei Steuervorbescheide der irischen Steuerbehörden aus den Jahren 1991 und 2007, die eine bestimmte Gewinnzuweisung für irische Gesellschaften des Apple-Konzerns anerkannten. Nach Auffassung der Europäischen Kommission waren die damit in Irland der Steuer unterworfenen Gewinne erheblich zu niedrig. Es ging dabei um die Besteuerung zweier Konzerngesellschaften, die nach irischem Recht gegründet waren, ihren Verwaltungssitz aber in den USA hatten und deshalb in Irland nicht als steueransässig galten. Weil sie in den USA ebenfalls nicht als steueransässig behandelt wurden, bezeichnete die Europäische Kommission sie als staatenlos. Die irischen Steuerbehörden genehmigten eine Gewinnzuweisung an die irischen Zweigniederlassungen der beiden Gesellschaften in Form eines prozentualen Aufschlags auf deren Betriebskosten.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission habe Irland nicht die notwendigen Analysen des gesamten Geschäfts der irischen Konzerngesellschaft-

³ Landolf Urs/Rioutl Christian/Sailer Julia, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/18, Zürich/St. Gallen 2018, 289.

⁴ EuG, Urteil des Gerichts vom 15. Juli 2020 in der Rechtssache T-778/16, T-892/16, ECLI:EU:T:2020:338 – Irland u.a./Kommission.

ten durchgeführt, um begründet entscheiden zu können, welcher Anteil der Gewinne wo versteuert werden sollte. Insbesondere haben die irischen Konzerngesellschaften Innovationen des Konzerns durch Vereinbarungen zur Kostenteilung mitfinanziert. Das EuG bemängelte zwar, dass die damaligen Steuervereinbarungen nur unzureichend dokumentiert worden seien, hielten die Argumente der Europäischen Kommission aber nicht für ausreichend.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig, da die Europäische Kommission Rechtsmittel zum EuGH eingelegt hat.

bb) Steuervorbescheide Luxemburg: Keine staatliche Beihilfe für Amazon

Am 12. Mai 2021 erliess das EuG sein Urteil in der Rechtssache T-816/17 und T-318/18 (Grossherzogtum Luxemburg u.a./Kommission).⁵ Das EuG erklärte den Beschluss der Europäischen Kommission, nach dem Luxemburg von Amazon wegen unzulässig gewährter Steuervorteile rund 205 Millionen Euro an Steuern nachfordern sollte, für nichtig. Die Europäische Kommission habe nicht hinreichend nachgewiesen, dass die Steuerlast einer Amazon-Tochter in Luxemburg zu Unrecht verringert wurde.

Luxemburg hatte Amazon für die Jahre 2006 bis 2014 durch Steuervorbescheide Steuervergünstigungen in Höhe von EUR 250 Millionen gewährt. Amazon EU S.à r.l. war aufgrund eines Lizenzvertrages mit der luxemburgischen Tochter Amazon Europe Holding Technologies SCS verpflichtet, an diese Lizenzgebühren zu zahlen. Mit Steuervorbescheid bestätigten die luxemburgischen Steuerbehörden, dass die Amazon Europe Holding Technologies SCS aufgrund ihrer Gesellschaftsform nicht der luxemburgischen Steuer unterliegt und billigten, die Lizenzgebühr nach der Nettomargenmethode zu bestimmen.

Die Europäische Kommission sah darin eine unzulässige staatliche Beihilfe und ordnete in 2017 die Rückforderung der Beihilfe an. Nach Auffassung der Europäischen Kommission seien die Lizenzgebühren aufgebläht, wodurch die Einkünfte von Amazon EU S.à r.l. künstlich verringert wurden.

Das EuG stellte fest, dass die Preise für konzerninterne Transaktionen nicht zu Marktbedingungen bestimmt werden. Wenn jedoch für Konzerngesellschaften nach dem nationalen Recht dieselben Voraussetzungen gelten, sei anzunehmen, dass dieses Recht beabsichtigt, den von einer Konzerngesellschaft erzielten Gewinn so zu besteuern, als ob er aus zu Marktpreisen getätigten Transaktionen stamme. Die Europäische Kommission könne bei der Prüfung einer

⁵ EuG, Urteil des Gerichts vom 12. Mai 2021 in der Rechtssache T-816/17 und T-318/18, ECLI:EU:T:2021:252 – Luxemburg u.a./Kommission.

steuerlichen Massnahme die Steuerlast, wie sie sich aus der Anwendung der in Rede stehenden steuerlichen Massnahme ergebe, daher nur mit der sich aus der Anwendung der normalen Steuervorschriften des nationalen Rechts ergebenden Steuerlast einer Gesellschaft vergleichen, die sich in einer vergleichbaren tatsächlichen Situation befinde und ihre Tätigkeiten zu Marktbedingungen ausübe.

Das EuG weist ferner darauf hin, dass die Europäische Kommission nur dann das Vorliegen eines Vorteils feststellen könne, wenn sie nachweist, dass etwaige methodische Fehler, unter denen die Ermittlung der Verrechnungspreise ihrer Auffassung nach leidet, dazu geführt haben, dass der Fremdvergleichspreis nicht verlässlich habe geschätzt werden können und stattdessen das zu versteuernde Einkommen der betreffenden Gesellschaft gegenüber der Steuerlast, wie sie sich aus der Anwendung der normalen Steuervorschriften ergebe, verringert wurde. Das EuG kommt in Anwendung dieser Grundsätze zu dem Ergebnis, dass die Europäische Kommission nicht hinreichend nachgewiesen habe, dass die Steuerlast von Amazon EU S.à r.l. zu Unrecht verringert wurde und ein selektiver Vorteil vorliegt.

cc) *Steuervorbescheide zu Gewinnüberschüssen in Belgien: EuGH bestätigt Beihilfentscheidung der Europäischen Kommission*

Mit Urteil vom 16. September 2021⁶ hob der EuGH das Urteil des EuG vom 14. Februar 2019⁷ auf und verwies die Sache zur Entscheidung an das EuG zurück.

Im Jahr 2016 war die Europäische Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass die betreffenden Steuervorbescheide Teil einer belgischen Beihilferegulierung waren, die nach den EU-Beihilfavorschriften rechtswidrig war. Das EuG hob die Entscheidung mit Urteil vom 14. Februar 2019 auf und urteilte, dass die Europäische Kommission das Bestehen einer Regulierung nicht nachgewiesen hatte.

Der EuGH weist darauf hin, dass die Einstufung einer staatlichen Massnahme als Beihilferegulierung voraussetze, dass drei kumulative Voraussetzungen vorliegen. Erstens können Unternehmen auf der Grundlage einer Regulierung Ein-

⁶ EuGH, Urteil vom 16. September 2021 in der Rechtssache C-337/19 P, ECLI:EU:C:2021:741 – Kommission/Belgien u.a.

⁷ Schreiber René/Fischer Jana/Denger Balthasar, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 234 f.; Schreiber René/Fischer Jana/Denger Balthasar, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/21, Zürich 2021, 243 ff.

zelbeihilfen gewährt werden. Zweitens ist für die Gewährung dieser Beihilfen keine nähere Durchführungsmassnahme erforderlich. Drittens müssen die Unternehmen, denen Einzelbeihilfen gewährt werden können, „in einer allgemeinen und abstrakten Weise“ definiert werden.

Der EuGH kommt zu dem Ergebnis, dass das EuG in der Anwendung aller drei Voraussetzungen Rechtsfehler begangen hat. Im Ergebnis nimmt der EuGH deshalb das Vorhandensein einer Beihilferegelung an.

dd) Spanische Steuerregelung über die Abschreibung von Goodwill als staatliche Beihilfe

Am 6. Oktober 2021 bestätigte der EuGH die Entscheidung des EuG, mit denen die Einstufung der spanischen Steuerregelung über die Abschreibung des finanziellen Geschäfts- oder Firmenwerts („goodwill“) als unzulässige staatliche Beihilfe bestätigt wurde.⁸

Nach einer in 2001 in das spanische Körperschaftsteuergesetz eingeführten steuerlichen Massnahme kann der finanzielle Geschäfts- oder Firmenwert, der sich aus dem Erwerb von Beteiligungen von mindestens 5% durch ein spanisches Unternehmen an einer ausländischen Gesellschaft ergibt, in Form einer Abschreibung von der Bemessungsgrundlage der spanischen Körperschaftsteuer abgezogen werden, sofern die Beteiligung mindestens ein Jahr gehalten wird. Der Erwerb von spanischen Gesellschaften hingegen führt nicht zu einer solchen Abschreibung.

Mit Entscheidung vom 28. Oktober 2009 und Beschluss vom 12. Januar 2011 hatte die Europäische Kommission festgestellt, dass es sich bei der Regelung um eine unzulässige Beihilfe handele und verpflichtete Spanien, die gewährten Beihilfen zurückzufordern. Das EuG hatte die Entscheidungen der Europäischen Kommission mit Urteilen vom 7. November 2014 für nichtig erklärt, da es der Auffassung war, die Europäische Kommission habe die Selektivität der steuerlichen Massnahme nicht nachgewiesen.

Auf die von der Europäischen Kommission eingelegten Rechtsmittel hatte der EuGH die Urteile des EuG aufgehoben und zurückverwiesen. Das EuG wies in der Folge die Nichtigkeitsklagen ab. Auf die dann von den klagenden Unternehmen und vom Königreich Spanien eingelegten Rechtsmittel, wies der EuGH die Rechtsmittel zurück und präziserte seine Rechtsprechung zur

⁸ EuGH, Urteile vom 6. Oktober 2021 in den (verbundenen) Rechtssachen C-50/19 P, C-51/19 P und C-64/19 P, C-552/19 P, C-53/19 P und C-65/19 P, C-54/19 P, C-55/19 P, ECLI:EU:C2021:792-797 – Sigma Alimentos Exterior SL u.a./Kommission.

Selektivität steuerlicher Massnahmen. Er stellte klar, dass der blosser Umstand, dass eine steuerliche Massnahme allgemeinen Charakter habe, nicht ausschliesst, dass sie selektiv sein kann.

Zur Einstufung einer nationalen steuerlichen Massnahme als selektiv, sei eine drei Schritte umfassende Methode anzuwenden. Zunächst muss die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltende allgemeine oder normale Steuerregelung ermittelt werden. Als nächstes muss dargelegt werden, dass die betreffende steuerliche Massnahme von der normalen Regelung abweicht, indem sie Unterscheidungen zwischen Unternehmen einführt, die sich im Hinblick auf das mit der allgemeinen oder normalen Steuerregelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden. Schliesslich ist zu prüfen, ob die eingeführte Unterscheidung gerechtfertigt ist, weil sie sich aus der Natur oder dem Aufbau des Systems, in das sie sich einfügt, ergibt.

Unter Anwendung dieser Methode kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Europäische Kommission zurecht die Selektivität der gegenständlichen steuerlichen Massnahme angenommen hat. Eine Rechtfertigung der Unterscheidung zwischen dem Erwerb von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmen sah der EuGH nicht. Vielmehr werde Unternehmen, die in ausländische Gesellschaften investieren, ein Vorteil verschafft, diese also bevorzugt.

c) *Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs*

Im Jahr 2021 fällte der EuGH folgende Urteile zu den direkten Steuern.

aa) *Schwedische Regelung zur Begrenzung des Zinsabzugs EU-rechtswidrig.*

Am 20. Januar 2021 entschied der EuGH in der Rechtssache C-484/19 (Lexel AB/Skatteverket)⁹, dass die schwedische Regelung zur Begrenzung des Zinsabzugs gegen die Niederlassungsfreiheit verstösst.

Lexel AB, eine Gesellschaft mit Sitz in Schweden, finanzierte den Erwerb von Anteilen an einer belgischen Gesellschaft durch ein bei einer französischen Konzerngesellschaft aufgenommenes Darlehen. Nach den nationalen Regeln in Schweden ist ein Zinsabzug zu versagen, wenn das Schuldverhältnis zwischen den verbundenen Unternehmen hauptsächlich zu dem Zweck begründet wurde, ihnen einen erheblichen Steuervorteil zu verschaffen. Mit Verweis

⁹ EuGH, Urteil vom 20. Januar 2021 in der Rechtssache C-484/19, ECLI:EU:C:2021:34 – Lexel AB/Skatteverket.

auf diese Regelung versagte Schweden den Zinsabzug. Die Ausnahmebestimmung wäre nicht zur Anwendung gekommen, wenn es sich beim Darlehensgeber um eine schwedische Gesellschaft gehandelt hätte.

Der EuGH urteilte, dass die Niederlassungsfreiheit doch die schwedische Regelung zur Begrenzung des Zinsabzugs beschränkt ist. Er sieht im vorliegenden Fall eine Ungleichbehandlung, die sich nachteilig auf die Ausübung der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auswirkt, da die Regelung nicht zur Anwendung kommt, wenn der Empfänger der Zinsen in Schweden steuerlich ansässig ist.

Da sich die schwedische Regelung nicht auf die Bekämpfung rein künstlicher Konstruktionen beschränkt, kann eine Rechtfertigung nicht durch Gründe der Bekämpfung von Steuerbetrug und Steuerumgehung hergeleitet werden. Auch kann die Ungleichbehandlung nach dem EuGH nicht damit gerechtfertigt werden, dass die Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren ist, da die gezahlten Zinsen ohnehin im Empfängerstaat zu besteuern wären. Die Gewährung des Abzugs der Zinsaufwendungen ändert daran nichts. Ferner könne die Bestimmung auch nicht durch eine Gesamtbetrachtung gerechtfertigt werden, da sich Schweden nicht auf das Erfordernis eine ausgewogene Aufteilung der Besteuerungsbefugnis zwischen den Mitgliedstaaten zu wahren, berufen kann.

bb) Anrechnungsüberhänge im Steueranrechnungsverfahren nicht unionsrechtswidrig

Am 25. Februar 2021 entschied der EuGH in der Rechtssache C-403/19 (*Société Générale SA/Ministre de l'Action et des Comptes publics*)¹⁰, dass im Steueranrechnungsverfahren entstehende Anrechnungsüberhänge nicht gegen unionsrechtliche Vorgaben verstossen.

Eine in Frankreich ansässige Bank bezog Dividendeneinkünfte aus den Niederlanden, Italien und Grossbritannien aus den von ihr verwalteten Wertpapieren. Auf Basis der jeweils einschlägigen Doppelbesteuerungsabkommen sowie den nationalen Vorschriften wurden auf die Dividenden in den Niederlanden, Italien und Grossbritannien jeweils Quellensteuern auf die ausgeschütteten (Brutto-)Dividenden einbehalten.

Zum Ausgleich und zur Vermeidung bzw. Abmilderung von Doppelbesteuerung sieht das französische Recht vor, dass dem Dividendenempfänger eine

¹⁰ EuGH, Urteil vom 25. Februar 2021 in der Rechtssache C-403/19, ECLI:EU:C:2021:136 – *Société Générale SA/Ministre de l'Action et des Comptes publics*.

entsprechende Steuergutschrift zu gewähren ist, welche auf die französische Steuer angerechnet wird, die auf die jeweiligen Dividendeneinkünfte entfällt. Die Anrechnung ist aber begrenzt auf die Höhe der französischen Steuer. Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der französischen Steuer ist der Nettobetrag der Dividende.

Der EuGH sieht in der Begrenzung des Anrechnungsbetrages auf die inländische Steuer keinen Verstoß gegen Unionsrecht. Grundsätzlich stehe es nämlich jedem Mitgliedstaat frei – unter Beachtung der Vorgabe des Unionsrechts – die Bemessungsgrundlage für die Ermittlung der Steuer eigenständig zu definieren. Auch sollen die Doppelbesteuerungsabkommen nicht gewährleisten, dass die Steuer, die vom Steuerpflichtigen in einem Staat erhoben wird, nicht höher ist als diejenige, die in einem anderen Staat festgesetzt wird. Ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit liege damit nicht vor.

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

a) Gesetzliche Entwicklungen

aa) Umsetzung zweite Stufe des MwSt-Digitalpakets

Durch die im Jahr 2021 zwingend von allen Mitgliedstaaten der EU umzusetzenden Neuregelungen des Mehrwertsteuer-Digitalpakets wurde die bisherige Versandhandelsregelung durch eine neue Regelung für innergemeinschaftliche Fernverkäufe ersetzt und eine in allen EU-Mitgliedstaaten einheitliche Umsatzschwelle von EUR 10.000 für deren Anwendung eingeführt. Diese Regelung hat weiterhin zum Ziel, den mehrwertsteuerlichen Lieferort für Lieferungen an (im Wesentlichen) Privatpersonen an den Ort zu verlagern, an dem eine Warenbewegung endet, um die Besteuerung im Bestimmungsland mit dem dort geltenden Mehrwertsteuersatz sicherzustellen. Eine Registrierung in verschiedenen Mitgliedstaaten kann durch den ausweiteten One-Stop-Shop vermieden werden (siehe dazu unten).

Zum anderen wurde die Steuerbefreiung für Kleinbetragsendungen (die EUR 22 nicht überschritten) aus dem Drittland in die EU abgeschafft.

Es gelten ferner zur Vermeidung von Mehrwertsteuerbetrug im Zusammenhang mit von ausserhalb der EU eingeführten Waren neue Regelungen für die Lieferungen von Waren über elektronische Schnittstellen (insb. Online-Marktplätze). Stammen Waren im Wert von weniger als EUR 150 aus dem Drittland oder werden Waren durch einen nicht im EU-Gebiet ansässigen Steuerpflichtigen über einen solchen Marktplatz an Privatkunden veräußert, gelten diese

Waren – abweichend von den zivilrechtlichen Verträgen – für Zwecke der Mehrwertsteuer an den Marktplatzbetreiber und von diesem an den Kunden geliefert. Der Marktplatzbetreiber schuldet in solchen Fällen also die Mehrwertsteuer für die Lieferungen an den Kunden.

Das bisher auf nur bestimmte Leistungen, wie beispielsweise Telekommunikationsleistungen oder auf elektronischem Wege erbrachte Dienstleistungen, anwendbare Vereinfachungsverfahren des Mini-One-Stop-Shops (MOSS) wurde auf weitere Leistungen zum One-Stop-Shop (OSS) ausgedehnt. Dieses Verfahren zur vereinfachten Erklärung von Umsätzen in Mitgliedstaaten, in denen der Leistende nicht ansässig ist und keine mehrwertsteuerliche Registrierung hat, umfasst nun alle Dienstleistungen an im Gemeinschaftsgebiet ansässige Privatpersonen, die am Ort des Verbrauchs steuerbar sind. Insbesondere können nun auch innergemeinschaftliche Fernverkäufe in verschiedene EU-Mitgliedstaaten in einer einzigen Steuererklärung angemeldet werden. Ferner existiert nun zusätzlich ein neuer Import-One-Stop-Shop zur Vereinfachung bestimmter Einfuhren mit einem Sachwert von bis zu EUR 150. Unabhängig von der Anwendung dieser Sonderregelung müssen die Zollförmlichkeiten für in die EU eingeführte Waren mit geringem Wert erfüllt werden.

bb) Laufende Beratungen zu Reformen des Mehrwertsteuersystems

Die Europäische Kommission hat eine öffentliche Beratung zu den Mehrwertsteuerregeln für Finanz- und Versicherungsdienstleistungen abgehalten, um die aktuellen Regeln zur Steuerfreiheit solcher Umsätze zu bewerten und Anregungen für mögliche zukünftige Änderungen zu erhalten.

Eine weitere öffentliche Beratung wurde zur Einführung einer Digitalsteuer abgehalten. Diese hatte zum Ziel, verschiedene Möglichkeiten zur Besteuerung von Unternehmen im digitalen Bereich zu erörtern, die oft keine mehrwertsteuerliche Betriebsstätte in den einzelnen Mitgliedstaaten, in denen ihre Leistungen verbracht werden, aufweisen und deshalb keine Mehrwertsteuer abführen. Derartige Massnahmen müssten mit den auf Ebene der OECD bestehenden Vereinbarung in Einklang gebracht werden.

Die Mehrwertsteuerexpertengruppe hat über die Zukunft der Mehrwertsteuer Sonderregelung der Margenbesteuerung für Reisebüros diskutiert und die Ansicht in einem Arbeitspapier veröffentlicht, dass diese Sonderregelung aufgrund des Wortlauts der Regelung nicht für Reiseanbieter aus dem Drittland gelten kann.

Nach dem abgestimmten Arbeitsprogramm wird sich die Europäische Kommission im Jahr 2022 in legislativer Hinsicht vor allem mit den Themen der

allgemeinen Mehrwertsteuer-Meldepflichten und elektronischer Rechnungsstellung, mehrwertsteuerlicher Behandlung der Plattformökonomie und einer einheitlichen Mehrwertsteuerregistrierung in der EU befassen.

b) *Ausgewählte Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs*

aa) *Umfang der Steuerfreiheit von Investmentverwaltung*

Am 17. Juni 2021 hat der EuGH in den verbundenen Rechtssachen K (C-58/20) und DBKAG (C-59/20) über die Voraussetzungen der Mehrwertsteuerbefreiung für ausgelagerte Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwaltung von der Art nach begünstigten Investmentfonds¹¹ entschieden.

Der EuGH hatte zuvor in mehreren Urteilen festgestellt, dass die Steuerbefreiung für die Verwaltung von Sondervermögen nicht nur für die Leistungen des Fondsmanagers gilt, sondern auch für die Leistungen Dritter, die bestimmte Verwaltungsleistungen im Auftrag des Fondsmanagers erbringen. Diese Rechtsprechung fusst auf einem Neutralitätsgedanken, nach dem Kleinanlegern durch geringere Verwaltungsgebühren derselbe Zugang zu den Kapitalmärkten ermöglicht werden soll wie Direktinvestoren. Da jedoch die Mehrwertsteuerbefreiungen eng auszulegen sind, weil sie eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Besteuerung darstellen, kann eine ausgelagerte Verwaltungsleistung nur dann unter die Steuerbefreiung fallen, wenn sie ein hinreichendes „eigenständiges Ganzes“ bilden und tatsächlich den „spezifischen und wesentlichen Funktionen“ der Verwaltung von Sondervermögen dienen.

Nach den Vorschriften für Sondervermögen ist ein Fondsmanager verpflichtet, zum Zwecke der korrekten Besteuerung nach nationalem Recht das zu versteuernde Einkommen der Anteilsinhaber sowohl an die jeweiligen Inhaber als auch die Steuerbehörden zu melden. In der Rechtssache K (C-58/20) führte ein externer Dienstleister diese Berechnungen im Auftrag des Fondsmanagers durch. Der Fondsmanager übernahm die Werte für seine Berichterstattung und blieb für eine etwaige Steuerunterzahlung, die sich aus den Berechnungen ergeben könnte, haftbar. Gleichzeitig haftet der Drittanbieter zivilrechtlich gegenüber dem Fondsmanager. Die Steuerbehörden verweigerten dem Drittanbieter die Mehrwertsteuerbefreiung für seine Leistungen. Sie vertraten die Auffassung, dass die Berechnung der relevanten Werte für die Besteuerung der Einkünfte von Anteilhabern nicht als „eigenständiges Ganzes“ zu betrachten sei, weil der Drittanbieter nicht auch die Mitteilung an die Steu-

¹¹ Begünstigt sind Investmentfonds, die unter die OGAW-Richtlinie der EU fallen (Publikumsfonds) und vergleichbare Alternative Investmentfonds.

erbehörden übernommen hatte. Darüber hinaus machten die Steuerbehörden geltend, dass die Dienstleistungen auch nicht spezifisch für die Verwaltung von Sondervermögen seien, da sie eher als von einem Steuerberater erbrachte Dienstleistungen zu charakterisieren seien. Im Rahmen des anschliessenden Verfahrens stellte ein Finanzgericht zu diesen beiden Argumenten ein Vorabentscheidungsersuchen.

In der Rechtssache DBKAG (C-59/20) bot ein Dienstleister das Abonnement einer Software an, die speziell auf die Tätigkeiten von Fondsverwaltern und auf die komplexen Anforderungen des Gesetzgebers an die Berechnung und Information der Anleger über Risiko- und Leistungsindikatoren zugeschnitten war. Die Steuerbehörden lehnten die Mehrwertsteuerbefreiung mit der Begründung ab, dass diese Dienstleistung nicht ausreichend autonom sei, um ein „eigenständiges Ganzes“ zu bilden. Die Behörden argumentierten, dass die Software nur in Verbindung mit dem vom Fondsverwalter genutzten Betriebssystem funktioniere und dass der Fondsmanager (wenn auch automatisiert) selbst täglich aktuelle Marktdaten in die Software eingeben muss. Darüber hinaus machten die Steuerbehörden geltend, dass die Software lediglich technische Unterstützung biete, die für die Verwaltung von Sondervermögen weder „spezifisch“ noch „wesentlich“ sei.

In beiden Fällen entschied der EuGH, dass die Messlatte das „eigenständige Ganze“ nicht so hoch sein darf, dass er der Fondsverwaltungsbefreiung letztlich ihre beabsichtigte Wirkung nimmt. Nach Ansicht des Gerichts können die Dienstleistungen auch dann hinreichend autonom sein, wenn der Fondsverwalter bestimmte Tätigkeiten zwar nicht in ihrer Gesamtheit ausübt, die für die Verwaltung von Sondervermögen aber dennoch spezifisch und wesentlich sind. Folglich entschied das Gericht in der Rechtssache K, dass die ausgelagerten Dienstleistungen hinreichend autonom sind, obwohl der Fondsverwalter für die Erstellung der standardisierten Erklärungen auf der Grundlage der Berechnungen des Drittanbieters verantwortlich blieb. Ebenso stellte das Gericht in der Rechtssache DBKAG fest, dass der Betrieb der Software im IT-Umfeld des Fondsverwalters und der laufende Rückgriff auf vom Fondsmanager zur Verfügung gestellte Marktdaten die Steuerbefreiung für eine Fondsverwaltungsleistung nicht ausschliesse.

Hinsichtlich der „spezifischen und wesentlichen Funktionen“ sieht das Gericht diese Kriterien erfüllt, wenn eine Dienstleistung eine inhärente Verbindung mit der Tätigkeit aufweist, die ein Fondsverwalter üblicherweise ausführt. Die Steuerbefreiung gilt daher nicht nur für die Anlageverwaltung, sondern auch für Verwaltungs- und Buchhaltungsdienstleistungen. Im Gegensatz dazu fielen Dienstleistungen, die nicht spezifisch für die Verwaltung eines Sondervermögens sind, sondern jeder Art von Finanzanlage innewohnen, nicht unter die

Steuerbefreiung. In beiden Fällen kam der EuGH zu dem Ergebnis, dass das vorliegende Gericht zu entscheiden hätte, ob die Dienstleistungen des Drittanbieters nach lokalem Recht spezifisch für Sondervermögen sind oder ob die ausgelagerten Dienstleistungen stattdessen auch in Bezug auf nicht befreite Investmentfonds erforderlich sind.

Obwohl die Steuerbefreiung für ausgelagerte Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verwaltung von Investmentfonds bereits Gegenstand einiger Urteile war, besteht derzeit noch ein erhebliches Mass an Rechtsunsicherheit, was die Anwendung der relevanten Kriterien in der Praxis angeht. In den neueren Fällen zu diesem Thema schien das Gericht mehr Wert auf die Prüfung der „spezifischen und wesentlichen Funktionen“ zu legen. Solange die Dienstleistungen spezifisch für die Verwaltung von Sondervermögen (aber nicht für die Verwaltung anderer Investmentfonds geeignet) waren, hielt es das Gericht es für unbedenklich, wenn die Dienstleistung zusätzliche Elemente hätte umfassen können. Auf dieser Grundlage ist es notwendig, von Fall zu Fall zu beurteilen, ob die Steuerbefreiung Anwendung finden kann. Wenn möglich, sollten Anbieter (oder Fondsmanager im Falle eines möglichen Übergangs der Mehrwertsteuerschuld auf den Leistungsempfänger wie bei der Bezugssteuer) eine verbindliche Auskunft der Finanzverwaltung in Betracht ziehen.

bb) Personengesellschaften als Teil einer Organschaft

In der Entscheidung M-GmbH (C-868/19) vom 15. April 2021 äusserte sich der EuGH erneut zu der Möglichkeit, auch Personengesellschaften durch eine finanzielle Eingliederung in eine mehrwertsteuerliche Organschaft einbeziehen zu können.

Die mehrwertsteuerliche Organschaft erfordert nach den unionsrechtlichen Vorgaben eine finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Eingliederung einer Gesellschaft in das Unternehmen einer anderen steuerpflichtigen natürlichen oder juristischen Person. Die konkrete Umsetzung dieser Vorgaben in nationales Recht ist den EU-Mitgliedstaaten überlassen. In einzelnen Mitgliedstaaten (z.B. in Deutschland) war es schon aufgrund des Gesetzeswortlaut ausgeschlossen, dass eine Personengesellschaft überhaupt in eine Organschaft einbezogen werden konnte.

In den verbundenen Entscheidungen zu den Rechtssachen Larentia Minerva & Marene (C 108/14 und C 109/14) hatte der EuGH bereits am 16. Juli 2015 entschieden, dass Personengesellschaften aufgrund der Rechtsformneutralität des Mehrwertsteuerrechts nicht grundsätzlich als Organgesellschaft ausgeschlossen werden können. Dies brächte eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung dieser Rechtsform mit sich. Die Finanzverwaltung schloss

sich daraufhin den Urteilen auf nationaler Ebene an, wonach eine Personengesellschaft jedoch nur dann finanziell eingegliedert sein könne, wenn alle übrigen Gesellschafter der Personengesellschaft ebenfalls (mindestens mittelbar) in das Unternehmen des Organträgers eingegliedert sind. Eine finanzielle Eingliederung erfordert, dass der Organträger seinen Willen durch Mehrheitsbeschlüsse in der Organgesellschaft durchsetzen kann. In Kapitalgesellschaften genügt hierfür eine Beteiligung, die eine entsprechende Stimmrechtsmehrheit verschafft. Bei einer Personengesellschaft kann die Beschlussfassung allerdings einstimmig notwendig oder frei abweichend von einer Beteiligungshöhe vereinbart sein. Die Steuerbehörden begründeten diese Auffassung insbesondere mit einer fehlenden Rechtsunsicherheit, die sich ergäbe, wenn die Gesellschafter einer Personengesellschaft aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Regelungen jederzeit (sogar mündlich) die Vereinbarungen zur Beschlussfassung ändern könnten. Die Überprüfung der finanziellen Eingliederung sei dann für die Finanzverwaltung sehr schwierig oder gar unmöglich. Diese Rechtsansicht wurde nunmehr Gegenstand des neuen Verfahrens vor dem EuGH.

Der EuGH betonte in M-GmbH erneut, dass der personelle Anwendungsbereich der Vorgaben zur mehrwertsteuerlichen Organschaft nicht im Hinblick auf die Rechtsform einer Personengesellschaft eingeschränkt werden könne. Das Gericht führte weiter aus, dass die Prinzipien der Rechtssicherheit nicht die Finanzverwaltung vor der Anwendung schwieriger Rechtsnormen befreien solle, sondern den Steuerpflichtigen hinreichende Klarheit über das geltende Recht verschaffen solle. Der Steuerpflichtige wisse allerdings, ob aufgrund der bestehenden Vereinbarungen zur Beschlussfassung eine finanzielle Eingliederung der Personengesellschaft vorliegt. Es sei auch keine Begründung vorgebracht worden, aufgrund derer ein Ausschluss von Personengesellschaften aus Gesichtspunkten der Vermeidung von Steuerbetrug notwendig erschiene.

Durch diese Entscheidung sollte nunmehr Rechtssicherheit hinsichtlich der Anerkennung von Personengesellschaften in mehrwertsteuerlichen Organschaften herrschen. Gleichzeitig scheint es ratsam, die Regelungen zur Beschlussfassung auf Ebene der Personengesellschaft zu dokumentieren und gegebenenfalls die Gesellschafter am Ende eines jeden Geschäftsjahres eine schriftliche Bestätigung darüber abgeben zu lassen, wie die Regelungen der Beschlussfassung gelebt wurden.

cc) *Besteuerungszeitpunkt bei Veräußerung gegen Ratenzahlungen*

In der Rechtssache X-Beteiligungsgesellschaft mbH (C-324/20) entschied der EuGH über den Besteuerungszeitpunkt bei einer Dienstleistung, die gegen ein hohes Entgelt erbracht wird, das allerdings über mehrere Jahre in Raten gezahlt wird.

In dem Sachverhalt wurde eine Vermittlungsleistung über den Verkauf eines Grundstücks erbracht. Die Zahlung des vereinbarten Entgelts erfolgte in fünf jährlichen Raten. Der Steuerpflichtige erstellte mit Fälligkeit jeder Rate eine Rechnung über einen Teilbetrag und war der Ansicht, dass die Mehrwertsteuer – entgegen dem gesetzlichen Grundsatz der sofortigen Besteuerung vereinbarter Entgelte – jeweils mit Ausstellung der Rechnung entstünde. In seinem Urteil vom 9. November 2018 in der Rechtssache Baumgarten Sports & More (C 548/17) hatte der EuGH nämlich entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Vermittlungsgebühr (dort für den Transfer eines Fußballspielers) die Mehrwertsteuer erst fortlaufend in späteren Zeitpunkten entsteht (soweit sich die Vermittlungsgebühr durch das Verbleiben dieses Sportlers beim aufnehmenden Verein nachträglich erhöht). Die Finanzbehörden vertraten dagegen die Ansicht, dass die Vermittlungsleistung hier vollständig mit Abschluss des Grundstückkaufvertrages erbracht sei und die Mehrwertsteuer auf alle Raten bereits zu diesem Zeitpunkt entstanden sei.

Das Finanzgericht erster Instanz folgte der Argumentation des Steuerpflichtigen, wonach die erst in späteren Jahren fälligen Raten im Zeitpunkt der Leistungserbringung als uneinbringlich zu betrachten seien. Es sei deshalb eine Minderung der Bemessungsgrundlage anzunehmen, so dass der Steuerpflichtige die Mehrwertsteuer nicht über mehrere Jahre vorfinanzieren müsse. Das Finanzgericht höherer Instanz legte dem EuGH den Sachverhalt mit Fragen zur unionsrechtlichen Grundlage der Besteuerung von Teilleistungen und einer möglicherweise vorübergehenden Uneinbringlichkeit von erst später fälligen Zahlungen zur Vorabentscheidung vor.

Der EuGH entschied, dass ein solcher Fall nicht von den unionsrechtlichen Regelungen umfasst sei, die eine fortlaufende Besteuerung in Teilbeträgen vorsehen, wenn Dienstleistungen zu aufeinanderfolgenden Zahlungen Anlass geben. Diese Regelung sei ausschliesslich solchen Leistungen vorbehalten, die in Form einer Dauerleistung (wie z.B. eine Vermietung) erbracht werden. Eine Vermittlungsleistung ist dagegen eine einmalig erbrachte Leistung und löst deshalb auch, den Grundsätzen der sofortigen Besteuerung vereinbarter Entgelte folgend, mit Leistungserbringung bereits die volle Mehrwertsteuerschuld aus. Es sei auch unerheblich, dass der Steuerpflichtige die Mehrwertsteuer über mehrere Jahre vorfinanzieren müsse, da das einschlägige Unions-

recht keine entsprechende Vereinfachung vorsehe. Es könne ferner auch nicht von einer Uneinbringlichkeit im Sinne der unionsrechtlichen Vorgaben zur Minderung einer Bemessungsgrundlage ausgegangen werden, wenn Zahlungen lediglich noch nicht fällig seien und kein Anhaltspunkt für eine tatsächliche Uneinbringlichkeit bestünde. Der vorgelegte Fall sei auch nicht mit dem Sachverhalt der Entscheidung in der Rechtssache Baumgarten Sports & More zu vergleichen, wo erst durch das Stillhalten des Vermittlers hinsichtlich eines neuerlichen Transfers eine Erhöhung des Entgelts eintritt (und hierin tatsächlich eine Leistung eigener Art zu sehen sei, die zu fortlaufenden Zahlungen Anlass im Sinne der unionsrechtlichen Regelungen gebe).

Der EuGH hat in dieser Frage also profiskalisch entschieden. Die sofortige Mehrwertsteuerbelastung muss bei der Vereinbarung von Ratenzahlungen im Hinblick auf die Vorfinanzierung des festzusetzenden Betrages berücksichtigt werden.

dd) Bereitstellung von Firmenwagen als Tausch gegen Arbeitsleistung

Der EuGH hatte sich in seinem Urteil vom 20. Januar 2021 in der Rechtssache QM (C-288/19) mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Zurverfügungstellung eines Firmenwagens an Arbeitnehmer für deren privaten Zwecke – ohne konkrete Vereinbarung eines Entgelts – als gegen einen Teil der Arbeitsleistung erbracht angesehen werden kann und deshalb als Vermietungsleistung im Wege eines Tausches der Mehrwertsteuer unterliegt.

Der Steuerpflichtige hatte mit zwei Mitarbeitern verschieden lautende Arbeitsverträge abgeschlossen. Einem Mitarbeiter wurde ein dem Unternehmen zugeordnetes Fahrzeug ohne konkrete Vereinbarung einer Gegenleistung überlassen, während einem anderen Arbeitnehmer für die Überlassung des Fahrzeuges ein gewisser Betrag vom Bruttogehalt abgezogen wurde. Das Gericht entschied, dass nicht von einer Entgeltlichkeit ausgegangen werden könne, wenn der Mitarbeiter weder eine Zahlung leistet noch einen Teil seiner Barvergütung verwendet und auch nicht nach einer Vereinbarung zwischen den Parteien, wonach der Anspruch auf Nutzung des Fahrzeugs mit dem Verzicht auf andere Vorteile verbunden ist, zwischen verschiedenen vom Steuerpflichtigen angebotenen Vorteilen gewählt hat. Leider ist der EuGH dabei in keiner Weise auf die sehr wohl vom vorlegenden Gericht gestellte Frage eingegangen, ob ohne die konkrete Vereinbarung eines Entgelts ein Teil der Arbeitsleistung als Entgelt in Frage kommt. Der EuGH wandte sich stattdessen der Frage zu, ob möglicherweise dennoch eine Mehrwertsteuer auf eine unentgeltliche Leistung ausgelöst wird, um einen un versteuerten Letztverbrauch der Fahrzeugnutzung durch Privatpersonen zu verhindern. Im Entscheidungs-

fall war dies wohl nicht gegeben, weil der Steuerpflichtige aufgrund einer Vereinfachungsregelung in seinem Mitgliedstaat keinen Vorsteuerabzug vorgenommen hatte und das Fahrzeug deshalb bereits einmal eine finale Mehrwertsteuerbelastung ausgelöst hatte. In anders gelagerten Fällen, in denen tatsächlich eine unentgeltliche Wertabgabe angenommen wird, wäre möglicherweise der Vorsteuerabzug aus dem Fahrzeugerwerb zu versagen.

Es ist fraglich, inwieweit sich die Finanzbehörden diesem Urteil anschliessen werden, weil die relevante Frage nach einem möglichen Tauschumsatz nicht hinreichend beantwortet wurde und ferner diese Rechtsprechung teils langjähriger Verwaltungspraxis sowohl im Bereich der indirekten als auch direkten Steuern widerspricht.

ee) Ohne Personal keine mehrwertsteuerliche Betriebsstätte

Das Urteil vom 3. Juni 2021 in der Rechtssache Titanium (C-931/19) behandelt die Frage, ob im Falle einer in einem anderen Mitgliedstaat gelegenen, vermietete Immobilie eine mehrwertsteuerliche Betriebsstätte vorliegen kann, die eine Ansässigkeit in diesem Mitgliedstaat hat und entsprechende Mehrwertsteuerpflichten für den Vermieter begründet.

In der Verwaltungspraxis mancher Mitgliedstaaten wird eine vermietete Immobilie als Betriebsstätte behandelt. Eine Betriebsstätte setzt aber aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben einen auf hinreichende Dauer angelegten Mindestbestand an Personal und Sachmitteln voraus, der dem Steuerpflichtigen das autonome Erbringen seiner Dienstleistungen in diesem Mitgliedstaat ermöglicht. In manchen Mitgliedstaaten hatte sich zwischenzeitlich die Ansicht etabliert, dass eine besonders stark ausgeprägte physische Präsenz das Fehlen von Personal kompensieren könne. Rechtsprechung, die eine personallose Betriebsstätte schlussfolgerte, erging z.B. in Deutschland zu Fällen von Windkraftanlagen, die einen grösstmöglichen Grad an physischer Dauerhaftigkeit haben und deren Betrieb keinerlei eigenes Personal voraussetzt. Der EuGH hat in der vorliegenden Entscheidung allerdings eindeutig Stellung dazu bezogen, dass eine vermietete Immobilie keine Betriebsstätte darstellen könne, weil es am zwingend erforderlichen Personal fehle.

Dieses Ergebnis ist insbesondere für ausländische Investoren von Bedeutung, weil gegebenenfalls Vorsteuererstattungen im Wege eines fristgebundenen Vorsteuervergütungsverfahrens beantragt werden müssen. In rechtsdogmatischer Hinsicht fiel die Begründung des EuGHs unbefriedigend aus, da sie rein am Wortlaut der unionsrechtlichen Vorgaben orientiert ist und keine Überlegungen zu einer Auslegung dieser Vorgaben dem Sinn und Zweck anstellte. Es

kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass dem EuGH noch einmal spezifischere Grenzfälle zur Vorabentscheidung vorgelegt werden und in diesem Gebiet noch eine weitere Rechtsentwicklung stattfinden wird.

ff) Haftung bei Teilnahme an einem Mehrwertsteuerbetrug

Am 14. April 2021 entschied der EuGH in der Rechtssache HR (C 108/20) über die Frage, ob einem Steuerpflichtigen der Vorsteuerabzug aus Lieferungen versagt werden kann, wenn lediglich auf einer vorhergehenden Stufe der Lieferkette ein Mehrwertsteuerbetrug begangen wurde und der Steuerpflichtige hiervon möglicherweise Kenntnis gehabt hat oder hätte haben können.

Der Steuerpflichtige betrieb einen Getränkegrosshandel und machte Vorsteuern aus Rechnungen eines Zulieferers geltend. Diese Getränkelieferungen wurden tatsächlich erbracht und die abgerechnete Mehrwertsteuer für diese Getränkelieferungen wurde auch an das Finanzamt abgeführt. Der Zulieferer hatte jedoch die Getränke unter Begehung mehrerer Mehrwertsteuerhinterziehungen unter Beteiligung des Ehepartners des Steuerpflichtigen bezogen. Das Finanzgericht hatte der Versagung des Vorsteuerabzugs durch das Finanzamt mangels ausreichender Begründung nicht zugestimmt. Dagegen kam der EuGH auf der Grundlage seiner bisherigen Rechtsprechung zum Schluss, dass allein der Bezug von Waren, die Gegenstand einer Hinterziehung von Mehrwertsteuer durch Dritte waren, die Versagung des Vorsteuerabzugs rechtfertige. Es käme nicht darauf an, dass ein Steuerpflichtiger aktiv an einer Steuerhinterziehung beteiligt sei oder ob dem Steuerpflichtigen kein finanzieller Vorteil entstehe. Es genüge der blosse Bezug, um als an einer Steuerhinterziehung beteiligt zu gelten, wenn der Steuerpflichtige wusste oder hätte wissen können, dass die bezogenen Waren Gegenstand einer Hinterziehungshandlung waren. Der EuGH leitete dies aus den allgemeinen Sorgfaltspflichten des Steuerpflichtigen ab, die bei einem verständigen Wirtschaftsteilnehmer die Pflicht beinhalte, in Zweifelsfällen auch Nachweise über die Zuverlässigkeit seines Geschäftspartners einzuholen. Es komme deshalb nicht darauf an, ob Waren in bestimmten Konstellationen zu dem Steuerpflichtigen gelangten oder ein Gesamtplan (wie bei einem betrügerischen Karussellgeschäft) erdacht wurde.

Diese Entscheidung gibt noch einmal Anlass, in der Praxis möglichen Anhaltspunkten für Unregelmässigkeiten hinsichtlich der Mehrwertsteuer durch das Einholen zusätzlicher Auskünfte zu begegnen. Dergestalt kann eine Haftung für durch andere Parteien in der Lieferkette nicht abgeführte Mehrwertsteuer durch den versagten Vorsteuerabzug vermieden werden. Diesbezügliche Haf-

tungsregelungen, die ursprünglich aus der Rechtsprechung stammen, wurden inzwischen in den meisten Mitgliedstaaten bereits auch in das Mehrwertsteuerrecht aufgenommen.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

1. Entwicklungen bei den direkten Steuern

a) Umsetzung der Steuerreform und AHV-Finanzierung (STAF)

Die Steuerreform und AHV Finanzierung (STAF) wurde an der Volksabstimmung vom 19. Mai 2019 deutlich angenommen. Zentrale Massnahmen dieser Reform sind insbesondere die Abschaffung der international nicht mehr akzeptierten Regelungen für kantonale Statusgesellschaften sowie die Schaffung steuerlicher Sonderregelungen zur Förderung von Forschung und Entwicklung (F&E).¹² Die Massnahmen sollen die aus dem Steuerregime resultierenden Nachteile mildern und können bzw. müssen von den Kantonen teils freiwillig, teils zwingend umgesetzt werden.

Erträge aus der Patentbox werden nur anteilmässig für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns erfasst. Art. 24b StHG¹³ kann eine präzise Definition entnommen werden, welche Patente oder vergleichbare Rechte für die Patentboxbesteuerung und der damit einhergehenden Ermässigung qualifizieren. Detaillierte Angaben zur Berechnung und den Dokumentationspflichten finden sich in der entsprechenden Verordnung.¹⁴ Die Umsetzung der Patentbox erfolgt verpflichtend auf kantonaler Ebene. Im Kanton Zürich etwa sind die Reingewinne der ersten fünf Jahre seit Einbringung der Patente und vergleichbaren Rechten mit den bis zur Einbringung entstandenen Aufwänden und Abzügen zu verrechnen. Am Ende des fünften Jahres sind die noch nicht verrechneten Abzüge und Aufwände zum steuerbaren Gewinn hinzuzurechnen. Anders lautet die entsprechende Regelung demgegenüber im Kanton Genf. Dort wird der Reingewinn aus Patenten und vergleichbaren Rechten zu den Aufwendungen und Abzügen hinzugerechnet. Dafür kann eine versteuerte stille Reserve im Umfang des hinzugerechneten Betrags gebildet werden. Die zulässige Reduktion aus der Patentbox liegt in der Regulierungshoheit der Kantone. So hat sich der Kanton Zürich, der die Steuerbelastung für Kapi-

¹² Faktenblatt Steuerreform und AHV-Finanzierung (STAF) des EFD vom 20. Mai 2019, abrufbar unter <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/gesetzgebung/abstimmungen/staf/fb-steuervorlage17.html>>; Weitere Ausführungen in Schreiber René/Fischer Jana/Denger Balthasar, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/21, Zürich 2021, 243 ff.

¹³ Art. 24b des Bundesgesetzes über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG, SR 642.14).

¹⁴ Verordnung über die ermässigte Besteuerung von Gewinnen aus Patenten und vergleichbaren Rechten vom 13. November 2019 (Patentbox-Verordnung, SR 642.143.1).

talgesellschaften in jüngster Vergangenheit kaum gesenkt hat, für die maximale Ermässigung von 90% entschieden, demgegenüber gewährt der Kanton Genf lediglich eine Ermässigung von 10%.¹⁵ Die übrigen Kantone liegen mit der maximal zulässigen Ermässigung innerhalb dieser Spanne.

Des Weiteren können die Kantone optional einen Zusatzabzug für F&E-Aufwendungen von maximal 50% vorsehen.¹⁶ Der Kanton Zug beispielsweise gewährt auf Antrag der steuerpflichtigen Person einen zusätzlichen Abzug von maximal 50% auf in der Schweiz angefallenen F&E-Aufwendungen, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.¹⁷

Kantone mit einem statuarischen kantonalen und kommunalen Steuersatz am Kantonshauptort von mindestens 13.5% können einen steuerlichen Abzug für eine angemessene Verzinsung des Sicherheitseigenkapitals einführen. Diese Voraussetzung erfüllt derzeit lediglich der Kanton Zürich. Auf dem Sicherheitseigenkapital kann ein kalkulatorischer Zins abgezogen werden. Dieser Zins entspricht grundsätzlich der Rendite für 10-jährige Bundesobligationen. Soweit das Sicherheitseigenkapital auf Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden (z.B. konzerninterne Darlehen) entfällt, kann ein Drittvergleichszinssatz angewendet werden.¹⁸

Die mit der STAF einhergehenden Entlastungsmassnahmen müssen jedoch begrenzt werden. Die Kantone dürfen die kantonale Gewinnsteuer maximal zu 70% entlasten. Schliesslich müssen Dividendeneinkünfte von natürlichen Personen aus massgeblichen Beteiligungen seit 1. Januar 2020 von den Kantonen zu mindestens 50% besteuert werden.

b) *Automatischer Informationsaustausch*

Das Abkommen über den automatischen Informationsaustausch (AIA) in Steuersachen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union¹⁹ trägt zur

¹⁵ Steuermäppchen für die Steuerperiode 2021 des ESTV über die ermässigte Besteuerung von Gewinnen aus Patenten und vergleichbaren Rechten (Patentbox), S. 2 und 9.

¹⁶ Sogenannte Super-Deduction.

¹⁷ § 60a des Zuger Steuergesetzes vom 25. Mai 2000 (BGS 632.1).

¹⁸ Vgl. Website des Kanton Zürich, abrufbar unter <<https://www.zh.ch/de/steuern-finanzen/steuern/steuern-juristische-personen/steuerwissen-juristische-personen.html#1237726251>>.

¹⁹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten zur Förderung der Steuerehrlichkeit bei internationalen Sachverhalten vom 26. Oktober 2004 (SR 0.641.926.81).

Bekämpfung der grenzüberschreitenden Steuerhinterziehung bei. Seit dem 1. Januar 2017 setzt die Schweiz den automatischen Informationsaustausch um.²⁰

Die innerstaatliche Umsetzung der Schweiz des AIA-Standards wurde durch das Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes überprüft. In diesem Zusammenhang richtete das Forum Empfehlungen an die Schweiz. Die Umsetzung der laut Empfehlung erforderlichen Massnahmen erfolgte bereits.²¹ Die geänderte Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen²² wurde zusammen mit der Änderung des Bundesgesetzes über den internationalen Informationsaustausch²³ auf den 1. Januar 2021 in Kraft gesetzt.

Weiter wurde im Urteil des BGer vom 10. März 2021 der Begriff des „Übermittlungsfehlers“ in Art. 19 Abs. 2 AIAG erörtert. Die Übermittlung von Fehlinterpretationen und falsch erfassten Daten durch Finanzinstitute sind keine Übermittlungsfehler. Die Unrichtigkeit basiert dabei auf der Erfassung der relevanten Daten und nicht auf deren Übermittlung. Ein Übermittlungsfehler liege nur vor, „wenn das Finanzinstitut die rechtliche Einordnung zwar zutreffend vornimmt und die richtigen Daten erfasst, aber der ESTV anschliessend andere, unrichtige Daten übermittelt“.²⁴

Zudem hat sich die ESTV zur Auswirkung der AIA auf die Möglichkeit zur (straflosen) Selbstanzeige geäussert. Eine straflose Selbstanzeige erfolgt, wenn die kantonale Steuerverwaltung noch keine Kenntnis vom Sachverhalt hat und demnach die Anzeige aus eigenem Antrieb der steuerpflichtigen Person

²⁰ Vgl. auch Informationsblatt der DEA vom Mai 2020 über den automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA-Abkommen; ehem. Zinsbesteuerungsabkommen), abrufbar unter https://www.eda.admin.ch/dam/europa/de/documents/fs/12-FS-Zinsbesteuerung-AIA_de.pdf; Schreiber René/Fischer Jana/Denger Balthasar, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/21, Zürich 2021, 245 ff.

²¹ Siehe hierzu und zum Folgenden Botschaft des Bundesrates vom 20. November 2020 zur Änderung des Bundesgesetzes über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen, BBl 2019, 8136.

²² Verordnung über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 23. November 2016 (AIAV, SR 653.11).

²³ Bundesgesetz über den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen vom 18. Dezember 2015 (AIAG, SR 653.1).

²⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_780/2020 vom 10. März 2021.

erfolgt. Diese Kenntnis werde für dem AIA unterliegende Steuerfaktoren jedoch vorausgesetzt. Nach ESTV ist eine straflose Selbstanzeige für solche Einkommensfaktoren demnach nicht mehr möglich.²⁵

c) *Änderungen im Bereich von Umstrukturierungen*

Aufgrund von verschiedenen Rechtsänderungen hat die ESTV das für das schweizerische Unternehmenssteuerrecht bedeutende Kreisschreiben Nr. 5 („KS 5“) vom 1. Juni 2004 mit dem Titel Umstrukturierungen umfassend revidiert und an die neue Rechtslage angepasst. Zu diesem Zweck hatte die ESTV im Frühjahr 2021 im Rahmen eines Anhörungsverfahrens einen Entwurf des Kreisschreibens Nr. 5a („KS 5a“) an interessierte Kreise verschickt und um Stellungnahme gebeten.

Im Einzelnen wurden der Aufbau und die Struktur des KS 5 beibehalten, da sich diese in der Praxis bewährt haben. Die Anpassungen und Ergänzungen wurden direkt im Text des KS 5 vorgenommen. Mit dem am 1. Februar 2022 publizierten KS 5a hat die ESTV verschiedene erfolgte Änderungen auf Gesetzesstufe sowie zwischenzeitlich ergangene, wichtige Bundesgerichtsurteile in dieser Verwaltungsverordnung berücksichtigt. Ebenso haben die seit dem Jahr 2004 erfolgten Praxisentwicklungen und -anpassungen Eingang in das revidierte KS 5a gefunden. Schliesslich wird einem von den Rechtsanwendern immer wieder kritisierten Anliegen Rechnung getragen und das KS 5a mit themenverwandten Kreisschreiben der ESTV²⁶ abgeglichen.

Das KS 5a sieht etwa die Möglichkeit von bloss teilweise einkommens- bzw. gewinnsteuerneutralen Umstrukturierungen vor. Dies erleichtert insbesondere Personenunternehmungen eine Reorganisation in eine Kapitalgesellschaftsstruktur. Des Weiteren enthält das neue KS 5a eine Klarstellung, wonach die Steuerneutralität für die Verrechnungssteuer und Stempelabgaben nicht von der Übernahme der Einkommens- und Gewinnsteuerwerte abhängig ist, sondern auch für Verkehrswerttransaktionen bzw. für nur teilweise gewinnsteuerneutrale Transaktionen gewährt werden kann. Ebenso sind Präzisierungen im Bereich von Umwandlungen von Personenunternehmen in Kapitalgesellschaften in der neuen Verwaltungsanweisung enthalten.

²⁵ Informationsblatt der ESTV vom 1. November 2021 über Auswirkungen des AIA auf Selbstanzeigen, abrufbar unter <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/internationales-steuerrecht/international-aia/aia-straflose-selbstanzeigen.html>>.

²⁶ Vgl. etwa das Kreisschreiben der ESTV Nr. 29b Kapitaleinlageprinzip vom 23. Dezember 2019; oder das Kreisschreiben der ESTV Nr. 23a Teilbesteuerung der Einkünfte aus Beteiligungen im Geschäftsvermögen und zum Geschäftsvermögen erklärte Beteiligungen vom 31. Januar 2020.

Als wesentliches Element trägt das KS 5a der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Spaltung einer Holdinggesellschaft Rechnung.²⁷ Bislang akzeptierten die Steuerbehörden eine steuerneutrale Holdingspaltung regelmässig nur in den Fällen, in denen die beiden aus der Spaltung resultierenden Holdinggesellschaften je mindestens zwei Beteiligungen hielten. Gemäss dem erwähnten Bundesgerichtsurteil kann das bei einer steuerneutralen Spaltung notwendige Betriebserfordernis im Falle einer Holdinggesellschaft neuerdings entweder auf Holdingstufe (sogenannter „Holdingbetrieb“) oder auf der Stufe einer aktiven Gesellschaft, an welcher die Holdinggesellschaft beteiligt ist (sogenannter „operativer Betrieb“), erfüllt werden.

Das Bundesgericht hat damit in seinem Entscheid dem sogenannten Transparenzmodell zum Durchbruch verholfen. Damit eine Holdingspaltung steuerneutral vollzogen werden kann, müssen die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sein:

- Bei den Beteiligungen handelt es sich wertmässig überwiegend um Beteiligungen an aktiven Gesellschaften;
- die Beteiligungen machen mehrheitlich mindestens 20% des Grund- oder Stammkapitals der anderen Gesellschaften aus oder ermöglichen auf andere Weise eine massgebende Kontrolle (z.B. durch einen Aktionärsbindungsvertrag);
- die nach der Spaltung bestehenden Holdinggesellschaften nehmen tatsächlich eine Holdingfunktion mit eigenem Personal oder über beauftragte Personen wahr (Koordination der Geschäftstätigkeit mehrerer Tochtergesellschaften; strategische Führung);
- die nach der Spaltung existierenden Holdinggesellschaften bestehen weiter.

Ein sogenannter „operativer Betrieb“ liegt vor, sofern die Beteiligungsquote mehr als 50% der Stimmen an einer aktiven Gesellschaft beträgt. Eine einzige Beteiligung an einer aktiven Gesellschaft mit einem von ihr geführten Betrieb erfüllt das Betriebserfordernis.²⁸

²⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_34/2018 vom 11. März 2019.

²⁸ Grether Marco/Dietschi Marc, Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Gewinnbesteuerung juristischer Personen aus dem ersten Halbjahr 2019, in: ASA 88 (2019-2020), 459 ff.

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

a) Verrechnungssteuer

Schon seit Jahren beabsichtigt der schweizerische Bundesrat, das Verrechnungssteuerrecht mit dem Ziel anzupassen, Konzernfinanzierungen zu erleichtern und den Kapitalmarkt zu stärken. Gemäss aktuell geltendem Recht erweist sich die im internationalen Verhältnis hohe Verrechnungssteuer mit einem Satz von 35% auf Obligationenzinsen und Kundenguthaben als für den hiesigen Finanzplatz sehr nachteilig.

Mit der Verrechnungssteuerreform soll eine Stärkung des schweizerischen Fremdkapitalmarktes erreicht werden. Die Reform beinhaltet insbesondere die folgenden Massnahmen:

Zum einen soll die Verrechnungssteuer auf inländische Zinserträge vollständig abgeschafft werden. Weiterhin ist indessen von Banken und Versicherungen ein Verrechnungssteuerabzug von 35% auf Zinserträge bei Kundenguthaben von natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz vorzunehmen. Zinserträge, die an alle übrigen Anleger überwiesen werden, sollen hingegen neuerdings von der Verrechnungssteuer befreit sein. Die Sicherungsfunktion der Quellensteuer gegenüber ausländischen Zinsempfängern entfällt weitgehend, da diese in den meisten Fällen durch den automatischen Informationsaustausch erfüllt wird.²⁹

Entgegen der ursprünglichen Vorlage, die im Frühjahr 2020 Gegenstand eines Vernehmlassungsverfahrens war, sieht der aktuelle Gesetzesentwurf kein Zahlstellenprinzip für Zinszahlungen mehr vor. Der Gesetzgeber erachtete insbesondere die technische Komplexität bei der Umsetzung des Zahlstellenprinzips für die betroffenen Finanzunternehmen als zu gross.

Am 17. Dezember 2021 verabschiedete das Schweizer Parlament die Verrechnungssteuerreform.³⁰ Dagegen erklärt die Sozialdemokratische Partei das Referendum zu ergreifen.³¹ Aufgrund der zu erwartenden Volksabstimmung sowie der notwendigen Anpassungen auf Verordnungsstufe ist ein Inkrafttreten vor 2024 unwahrscheinlich.

²⁹ Siehe oben, [II.1.b](#)).

³⁰ Schlussabstimmung des Parlaments vom 17. Dezember 2021, abrufbar unter https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2021/20211217091124826194158159038_bsd046.aspx.

³¹ Medienmitteilung der SP Schweiz vom 28. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.sp-ps.ch/de/publikationen/medienmitteilungen/referendum-lanciert-kein-freipass-fuer-steuerkriminalitaet>; Ablauf der Referendumsfrist am 7. April 2022.

b) Stempelabgaben

Der starke internationale Wettbewerb setzt Wirtschaftsstandorte zunehmend unter Druck – so auch die Schweiz. Um für Unternehmen und Investoren attraktiv zu bleiben, muss die Schweiz auf aktuelle Herausforderungen aktiv reagieren.³² Die parlamentarische Initiative 09.503 verlangt die vollständige schrittweise Abschaffung der Stempelabgaben, da diese einen gravierenden Wettbewerbsnachteil des Finanzplatzes Schweiz darstellen.³³ Die Europäische Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates hat die Initiative in zwei Teilprojekte aufgeteilt. Der Entwurf 1 beinhaltet die Abschaffung der Emissionsabgabe. Das zweite Teilprojekt umfasst die Abschaffung der Umsatz- und der Versicherungsabgabe. Die Europäische Kommission hat das zweite Teilprojekt weiter in die beiden Vorentwürfe 2³⁴ und 3³⁵ aufgespalten.³⁶

Obwohl die Stempelabgaben komplett abgeschafft werden sollten, wurden im Jahr 2021 geteilte Entscheide getroffen.

Die Europäische Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates beschloss den Vorentwurf 3 vorerst zu sistieren, da nun anderen Dossiers wie der Verrechnungssteuerreform³⁷ oder der Abschaffung der Emissionsabgabe Vorrang einzuräumen sei.³⁸ Daraufhin beschloss der Nationalrat am 30. September 2021 nicht auf den Entwurf zur Abschaffung der Umsatzabgabe auf inländischen Wertschriften und auf ausländischen Obligationen mit einer Restlaufzeit von weniger als einem Jahr sowie die Abschaffung der Abgabe auf Lebensversicherungen einzutreten.³⁹ Der Bundesrat lehnte zudem die

³² Medienmitteilung des EFD vom 21. Dezember 2021, abrufbar unter

<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news_list.msg-id-86593.html>.

³³ Parlamentarische Initiative vom 10. Dezember 2009 über Stempelsteuer schrittweise abschaffen und Arbeitsplätze schaffen (09.503), abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20090503>>.

³⁴ Abschaffung der Umsatzabgabe auf inländischen Wertschriften und auf ausländischen Obligationen mit einer Restlaufzeit von weniger als einem Jahr sowie die Abschaffung der Abgabe auf Lebensversicherungen.

³⁵ Abschaffung der Umsatzabgabe auf den übrigen ausländischen Wertschriften sowie der Abgabe auf Sach- und Vermögensversicherungen.

³⁶ Vgl. Website des EFD, abrufbar unter <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-national/stempelabgaben.html>>.

³⁷ Siehe oben, II.2.a).

³⁸ Vgl. Website des EFD, abrufbar unter <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-national/stempelabgaben.html>>.

³⁹ Vgl. Website des ESTV, abrufbar unter <https://www.estv.admin.ch/dam/estv/de/dokumente/estv/steuerpolitik/parlamentsgeschaefte/3-stempelabgaben/3-12-reform-stempelabgaben.pdf.download.pdf/D_3_12.pdf>.

Abschaffung der Stempelabgaben auf nachhaltige Finanzprodukte im November 2021 ab. Insgesamt kam der Bundesrat zum Schluss, dass die Abschaffung der Abgabe für eine Transformation in eine klimafreundlichere Wirtschaft nicht zielführend ist. Durch die Abschaffung würden bestehende Unterschiede in der steuerlichen Behandlung eines Finanzierungswegs wie zwischen einer bank- und einer kapitalmarktbasierten Finanzierung abgebaut. Diese Unterschiede würden jedoch bei ökologisch nicht-nachhaltigen Produkten weiterhin bestehen. Zudem würden nicht-kapitalmarktorientierte klimafreundliche Unternehmen nicht gefördert. Dies wäre insbesondere wegen ungenügender Rechtsgrundlagen für klimafreundlichen Klassifizierungen und die Gefahr von „green-washing“ problematisch.⁴⁰

Mit der bereits am 14. April 2021 verabschiedeten Botschaft zur Änderung des Verrechnungssteuergesetzes soll die Umsatzabgabe auf inländische Obligationen abgeschafft werden. Damit wird es für Anlegende attraktiver, inländische Obligationen über einen inländischen Effektenhändler zu handeln. Gemäss aktueller Planung soll die Änderung aber erst im Jahr 2024 Inkrafttreten.⁴¹

Zudem haben die Schweizer Stimmberechtigten am 13. Februar 2022 über die Änderung des Bundesgesetzes über die Stempelabgaben abgestimmt. Gemäss Bundesrat und Parlament sollte die Emissionsabgabe auf Eigenkapital abgeschafft werden. Die Abschaffung hätte Wachstum generieren sowie Arbeitsplätze schaffen und sichern sollen. Finanziell sei die Massnahme laut Bundesrat und Parlament verkraftbar. Das Referendumskomitee, bestehend aus der Sozialdemokratischen Partei, den Grünen und den Gewerkschaften, vertrat hingegen die Position, dass nur international tätige Grosskonzerne, Banken und Versicherungen von der Abschaffung der Emissionsabgabe profitieren. Die finanziellen Einbussen seien sodann durch die Bürgerinnen und Bürger zu tragen, weshalb gemäss Referendumskomitee auf die Abschaffung der Emissionsabgabe verzichtet werden soll. Die Schweizer Stimmbürger haben die Referendumsvorlage mit rund 63% Neinstimmen abgelehnt. Damit wird die Emissionsabgabe von 1% auf Einlagen in das Eigenkapital von Kapitalgesellschaften und Genossenschaften auch weiterhin erhoben. Die Umsatz- und die Versicherungsabgabe bildeten nicht Teil der Abstimmungsvorlage.⁴²

⁴⁰ Bericht des Bundesrates vom 3. November 2021 in Erfüllung des Postulats 19.3951 der Europäischen Kommission Umwelt, Raumplanung und Energie des Ständerates vom 27. Juni 2019, abrufbar unter <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/die-estv/medien-news/nsb-news_list.msg-id-85711.html>.

⁴¹ Vorabdruck der Botschaft des Bundesrates vom 14. April 2021 zu einer Änderung des Verrechnungssteuergesetzes (Stärkung des Fremdkapitalmarkts), BBl 2021, S. 23, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/66145.pdf>>.

⁴² Wahlbüchlein zur Volksabstimmung vom 13. Februar 2022.

Immaterialgüterrecht

Tobias Baumgartner/Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I.	Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (TOBIAS BAUMGARTNER/ ULRIKE I. HEINRICH)	259
1.	Allgemeines	259
2.	Patentrecht	260
a)	Einheitliches Europäisches Patentsystem	260
b)	EPA: Patentierbarkeit von computerimplementierten Simulationen	260
3.	Markenrecht	261
a)	EuG: Keine Verwechslungsgefahr bei Unions-Kollektivmarke	261
b)	EuG: Bösgläubige Anmeldung einer Wiederholungsmarke	261
c)	EuG: Zischen einer Getränkedose kein eintragungsfähiges Hörzeichen	262
d)	EuG: Wappen eines Fussballvereins als Marke für Schreibwaren	263
4.	Urheberrecht	264
a)	Umsetzungsfrist Richtlinie (EU) 2019/790 abgelaufen im Juni 2021	264
b)	Umsetzungsfrist Richtlinie (EU) 2019/789 abgelaufen im Juni 2021	265
c)	Leitlinien der Kommission zur Umsetzung Art. 17 (EU) 2019/790	265
d)	EuGH: Haftung von Internetplattformen für urheberrechtswidrig hochgeladene Inhalte	266
5.	Designrecht	268
a)	EuG: Geschmacksmuster an einem LEGO-Baustein	268
II.	Rechtentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (ULRIKE I. HEINRICH)	270
1.	Einleitung	270
2.	Patentrecht	270
a)	Teilrevision des Patentgesetzes	270
b)	Schweizer Patentbox	271
c)	Motion „Geistige Eigentumsrechte Anpassung im Bereich Pflanzenzucht“	272
d)	Schweizer Patentanmeldungen	272
3.	Markenrecht	273
a)	Swissness Enforcement	273
b)	Beitritt zur Genfer Akte	273
c)	BGer: Kein Markenschutz für Nespresso-Kapseln	273
d)	IGE-Markendatenbank	274

4.	<u>Urheberrecht</u>	<u>274</u>
a)	<u>Bericht zur Wirksamkeit der Urheberrechtsrevision von 2020 verabschiedet</u>	<u>274</u>
b)	<u>Bundesrat plant neuen Schutz für journalistische Veröffentlichungen</u>	<u>274</u>
c)	<u>Rechte an Werken von Udo Jürgens</u>	<u>275</u>
d)	<u>Bezirksgericht Zürich: Änderung der Werke war erlaubte Parodie</u>	<u>275</u>

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021

i. Allgemeines

Am 11. November 2021 nahm das Europäische Parlament eine Entschliessung zum „Aktionsplan für geistiges Eigentum zur Förderung von Erholung und Resilienz der EU“¹ der Europäischen Kommission an². Die Entschliessung beinhaltet verschiedene Empfehlungen zur Umsetzung des Aktionsplans aus dem Jahr 2020. Dieser verfolgt das Ziel, das Innovationspotenzial der EU hinsichtlich immaterieller Vermögenswerte zu fördern. Hierauf aufbauend thematisiert die Entschliessung u.a. folgende Aspekte:

- Unterstützung der KMU: Die Kommission, das Europäische Patentamt und das Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) werden aufgefordert, ihre bisherigen Initiativen zur Vereinfachung der Registrierung und Verringerung der Gebühren auf alle Arten von Rechten des geistigen Eigentums auszudehnen und weitere Massnahmen zur Förderung von KMU zu ergreifen;
- Bekämpfung von Piraterie: Das Parlament empfiehlt eine engere Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten mit den zuständigen Institutionen zur Bekämpfung von Fälschungen und Produktpiraterie; hierbei sollen nach Möglichkeit neue Technologien genutzt werden, so etwa Anwendungen künstlicher Intelligenz;
- Einheitliches Patentsystem: Die teilnehmenden Mitgliedsstaaten werden aufgefordert, das Abkommen über das einheitliche Patentsystem umgehend zu ratifizieren und die zügige Einführung des geplanten Patentschlichtungs- und Mediationszentrums zu unterstützen;
- Ergänzende Schutzzertifikate: Das Parlament weist auf die Bedeutung ergänzender Schutzzertifikate hin und fordert diesbezüglich die Europäische Kommission auf, Leitlinien und allenfalls auch Rechtsakte zur einheitlichen Handhabung durch die Mitgliedstaaten anzunehmen; herauszugeben, einschliesslich Vorschlägen für eine entsprechende Gesetzgebung;

¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Das Innovationspotenzial der EU optimal nutzen – Aktionsplan für geistiges Eigentum zur Förderung von Erholung und Resilienz der EU vom 25. November 2020, COM (2020) 760 final.

² Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 11. November 2021 zu einem Aktionsplan für geistiges Eigentum zur Förderung von Erholung und Resilienz der EU, 2021/2007(INI).

- Künstliche Intelligenz: Das Parlament betont den Bedarf klarer Kriterien für den Schutz von Erfindungen, die mittels künstlicher Intelligenz generiert wurden.

2. Patentrecht

a) *Einheitliches Europäisches Patentsystem*

Einheitspatente ermöglichen es, mit Stellung eines einzigen Antrags beim Europäischen Patentamt (EPA) Patentschutz in bis zu 25 EU-Mitgliedstaaten zu erhalten.³ Die Einführung des Einheitspatents verzögert sich weiterhin und wird nun für Anfang 2022 erwartet.⁴

b) *EPA: Patentierbarkeit von computerimplementierten Simulationen*

In der Entscheidung G 1/19 vom 10. März 2021 befasste sich die Grosse Beschwerdekammer des Europäischen Patentamtes (EPA) mit der Frage der Patentierbarkeit von computerimplementierten Simulationen und Entwürfen.⁵ Sie kommt zum Ergebnis, dass computerimplementierte numerische Simulationen und Entwürfe eines Systems oder Verfahrens nicht anders zu behandeln sind als andere computerimplementierte Erfindungen.

Eine computerimplementierte Erfindung ist eine Erfindung, die einen Computer, ein Computernetz oder eine sonstige programmierbare Vorrichtung umfasst und bei der mindestens ein Merkmal ganz oder teilweise mit einem Computerprogramm realisiert wird.⁶ Gemäss ständiger Rechtsprechung der Beschwerdekammer des EPA müssen computerimplementierte Erfindungen zwei Hürden überwinden, um patentierbar zu sein. Zum einen muss die Erfindung eine Eignungsprüfung nach Art. 52 EPÜ bestehen, d.h. der Gegenstand der Anmeldung darf nicht unter die in Art. 52 Abs. 2 EPÜ genannten „Nicht-erfindungen“ fallen. Zum anderen muss die Erfindung auch die zweite Hürde des Art. 52 Abs. 1 EPÜ nehmen, insbesondere hinsichtlich der erfinderischen Tätigkeit. Grundsätze für die Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit von

³ Ausführlich hierzu Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 254 ff.

⁴ EPA, Einheitspatent und Einheitliches Patentgericht, abrufbar unter <https://www.epo.org/law-practice/unitary_de.html>.

⁵ EPA, Urteil in der Rechtssache G 1/19 vom 10. März 2021.

⁶ Vgl. EPA, Richtlinien für die Prüfung, abrufbar unter <<https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/d/j.htm>>.

computerimplementierten Erfindungen und somit für das Überwinden der zweiten Hürde wurden in der als Comvik-Ansatz bezeichneten EPA-Entscheidung T 641/00 vom 26. September 2002 aufgestellt.

3. Markenrecht

a) *EuG: Keine Verwechslungsgefahr bei Unions-Kollektivmarke*

Mit Urteil vom 20. Januar 2021 entschied das Gericht der Europäischen Union, dass eine Verwechslungsgefahr sowohl die Identität oder Ähnlichkeit der einander gegenüberstehenden Marken als auch eine Identität oder Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen voraussetzt⁷. Das Gericht bestätigt das Fehlen einer Verwechslungsgefahr zwischen den Mitgliedern eines zyprischen Verbands vorbehaltenen Kollektivmarke HALLOUMI und dem Zeichen „BBQLOUMI“ für Waren einer bulgarischen Gesellschaft.

Mit seinem Urteil weist das Gericht die Klage des zyprischen Verbands ab, da das Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) seiner Ansicht nach zu Recht zum Ergebnis gelangt war, dass zwischen den einander gegenüberstehenden Zeichen, namentlich dem Bildzeichen „BBQLOUMI“ und der älteren Kollektivmarke HALLOUMI, keine Verwechslungsgefahr besteht.⁸

b) *EuG: Bösgläubige Anmeldung einer Wiederholungsmarke*

Mit Urteil vom 21. April 2021 setzte sich das Gericht der Europäischen Union mit der Problematik der Wiederholungsmarke auseinander, mit der Unternehmen gezielt den Benutzungszwang von Marken umgehen wollen.⁹ Nach Ansicht des Gerichts führt die Neuanmeldung eines identischen Zeichens für gleiche Waren und Dienstleistungen per se noch nicht zu Bösgläubigkeit. Umgekehrt genügt es aber auch nicht in jedem Fall, andere Beweggründe für eine Wiederholungsmarke vorzubringen, um eine solche Bösgläubigkeit auszuschliessen.

⁷ EuG, Urteil des Gerichts vom 20. Januar 2021 in der Rechtssache T-328/17, ECLI:EU:T:2021:16 - Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi/EUIPO - M. J. Dairies (BBQLOUMI).

⁸ Vgl. Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 223 ff.

⁹ EuG, Urteil des Gerichts vom 21. April 2021 in der Rechtssache T-663/19, ECLI:EU:T:2021:211 - Hasbro/ EUIPO - Kreativni Dogadaji (MONOPOLY).

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit beantragte eine kroatische Firma im Jahr 2015 die Löschung der von der Firma Hasbro beim EUIPO im Jahr 2010 für Waren und Dienstleistungen der Klasse 9, 16, 28 und 41 angemeldeten Wortmarke MONOPOLY. Die in Frage stehende Marke sei eine wiederholte Anmeldung der von Hasbro in der Vergangenheit beim EUIPO angemeldeten MONOPOLY Wortmarken. Mit der erneuten Anmeldung habe Hasbro die für alle Marken geltende Verpflichtung umgehen wollen, die Benutzung der Marke nachzuweisen.

Die Löschungsabteilung des EUIPO wies den Antrag zurück. Sie sah im Schutz derselben Marke innerhalb eines Zeitraums von 14 Jahren nicht per se einen Hinweis auf die Absicht des Markeninhabers, den Benutzungszwang zu umgehen. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Antragstellerin war erfolgreich. Die Beschwerdekammer des EUIPO ordnete die Löschung der angegriffenen Marke für all die Waren und Dienstleistungen an, die bereits durch frühere Eintragungen der Wortmarke MONOPOLY beansprucht worden waren. Gegen diese Entscheidung der Beschwerdekammer erhob Hasbro Klage zum EuG, der die Entscheidung der Beschwerdekammer des EUIPO bestätigte.

c) *EuG: Zischen einer Getränkedose kein eintragungsfähiges Hörzeichen*

Mit Urteil vom 7. Juli 2021 äusserte sich das Gericht der Europäischen Union erstmals zur Eintragung einer im Audioformat dargestellten Hörmarke¹⁰. Es entschied, dass eine Audiodatei, welche den Klang enthält, der beim Öffnen einer Getränkedose entsteht, gefolgt von Geräuschlosigkeit und einem Prickeln, nicht als Marke für verschiedene Getränke und Behälter aus Metall eingetragen werden kann, da sie nicht unterscheidungskräftig ist.

Das Gericht führt in seiner Begründung aus, dass dieser Klang als ein rein technisches und funktionelles Element anzusehen sei. In diesem Zusammenhang weist es darauf hin, dass die Kriterien für die Beurteilung der Unterscheidungskraft von Hörmarken keine anderen sind als die für die übrigen Markenkategorien geltenden. Ein Hörzeichen müsse über eine gewisse Resonanz verfügen, anhand derer der angesprochene Verbraucher es als Marke und nicht bloss als funktionalen Bestandteil oder als Indikator ohne wesenseigene Merkmale erkennen kann.

Des Weiteren würden diese Klangelemente kein wesentliches Merkmal aufweisen, das den Hinweis auf die betriebliche Herkunft von Waren ermöglicht.

¹⁰ EuG, Urteil des Gerichts vom 7. Juli 2021 in der Rechtssache T-668/19, ECLI:EU:T:2021:420 - Ardagh Metal Beverage Holdings/ EUIPO (Combinaison de sons à l'ouverture d'une canette de boisson gazeuse).

Das Öffnen einer Dose oder Flasche sei nämlich einer technischen Lösung im Rahmen des Umgangs mit Getränken zum Zwecke ihres Verzehrs inhärent, so dass dieser Klang nicht als ein Hinweis auf die betriebliche Herkunft dieser Ware wahrgenommen werden werde.

d) *EuG: Wappen eines Fussballvereins als Marke für Schreibwaren*

Mit Urteil vom 10. November 2021 bestätigte das Gericht der Europäischen Union, dass das Zeichen, welches das Wappen des Fussballvereins AC Mailand darstellt, nicht Gegenstand einer internationalen Registrierung als Marke mit Benennung der Europäischen Union für Schreibwaren und Büroartikel sein kann¹¹.

Im Februar 2017 beantragte der italienische Fussballverein AC Milan gemäss der Unionsmarkenverordnung beim Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) eine internationale Registrierung mit Benennung der Europäischen Union für ein Bildzeichen, welches für Schreibwaren, Büroartikel und weitere Produkte Verwendung finden sollte. Die Bildmarke beinhaltete das Wappen des AC Milan. Im April 2017 erhob die deutsche Gesellschaft InterES Handels- und Dienstleistungs Gesellschaft mbH & Co KG Widerspruch gegen die beantragte Registrierung. Zur Begründung verwies sie auf die 1984 angemeldete und 1988 eingetragene deutsche Wortmarke MILAN, die sich u. a. auf Waren bezieht, die mit den vom Antrag des AC Mailand erfassten Waren im Wesentlichen identisch sind oder ihnen ähneln. Die deutsche Gesellschaft vertritt die Auffassung, dass die Registrierung der angemeldeten Marke aufgrund ihrer Ähnlichkeit mit der älteren Marke eine Gefahr der Verwechslung beim deutschen Publikum hervorrufen könne.

Mit Entscheidung vom 14. Februar 2020 gab das EUIPO dem Widerspruch vollumfänglich statt. Gegen diese Entscheidung erhob der AC Mailand Klage beim Gericht der Europäischen Union. Mit seinem Urteil vom 10. November 2021 wies das Gericht der Europäischen Union die Klage in vollem Umfang ab. Das Gericht ist der Auffassung, dass das massgebliche Publikum das Bildelement der angemeldeten Marke insbesondere aufgrund seiner Grösse und seiner Position zwar nicht ignorieren wird, seine Aufmerksamkeit sich aber nicht darauf konzentrieren wird. Vielmehr werde die Aufmerksamkeit des Publikums von dem Wortelement angezogen, das aus den Buchstaben „AC“ und dem Wort „MILAN“ besteht, da diese in Grossbuchstaben und einer stilisierten Schrift-

¹¹ EuG, Urteil vom 10. November 2021 in der Rechtssache T-353/20, ECLI:EU:T:2021:773 - AC Milan/ EUIPO - InterES (ACM 1899 AC MILAN).

art geschrieben sind und das aus ihnen gebildete Element deutlich länger ist als das Bildelement. Folglich sei das Element „AC MILAN“ nach Auffassung des Gerichts das dominierende Element der angemeldeten Marke.

Soweit der AC Mailand mit der Bekanntheit der angemeldeten Marke in Deutschland argumentiert, die mit der grossen Bekanntheit dieses Fussballvereins zusammenhänge, weist das Gericht darauf hin, dass nur die Bekanntheit der älteren Marke, nicht aber die der angemeldeten Marke, zu berücksichtigen ist, um zu beurteilen, ob die Ähnlichkeit der von zwei Marken bezeichneten Waren genügt, um eine Verwechslungsgefahr hervorzurufen. Infolgedessen entscheidet das Gericht, dass die Ähnlichkeiten zwischen den beiden in Rede stehenden Zeichen insgesamt gross genug sind, um eine Verwechslungsgefahr zu bejahen.

4. Urheberrecht

a) *Umsetzungsfrist Richtlinie (EU) 2019/790 abgelaufen im Juni 2021*

Am 6. Juni 2019 trat die revidierte Richtlinie über Urheberrechte im digitalen Binnenmarkt in Kraft¹². Ziel der Revision ist es, bestimmte grundlegende Ausnahmen des Urheberrechts an das digitale und grenzüberschreitende Umfeld anzupassen. Daneben sollen die Lizenzierungsverfahren verbessert und ein grösserer Zugang zu Inhalten sichergestellt werden. Kontrovers aufgenommen wurde die Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger sowie die Verpflichtung von Internetplattformen zur Lizenzierung urheberrechtlich geschützter Inhalte und der hiermit allenfalls in Zusammenhang stehende Einsatz von Upload-Filtern.

Die Mitgliedstaaten hatten bis zum 7. Juni 2021 Zeit, die Richtlinie in innerstaatliches Recht umzusetzen. Bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist haben dies nur wenige Mitgliedstaaten erfüllt. Daher hat die Europäische Kommission im Juli 2021 gegen 23 Mitgliedsstaaten Vertragsverletzungsverfahren wegen unzureichender oder nicht rechtzeitiger Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 eröffnet.

¹² Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl L 130 vom 17. Mai 2019, 92.

b) *Umsetzungsfrist Richtlinie (EU) 2019/789 abgelaufen im Juni 2021*

Ebenfalls am 6. Juni 2019 trat die neue Richtlinie mit Vorschriften für die Ausübung von Urheberrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendeunternehmen und die Weiterentwicklung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen in Kraft¹³. Mit der Richtlinie soll die grenzüberschreitende Verfügbarkeit von Fernseh- und Hörfunkprogrammen auf dem EU-Binnenmarkt verbessert werden, indem sie es erleichtert, die Urheberrechte und verwandten Schutzrechte für bestimmte Online-Dienste von Sendeunternehmen und für die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen anders als über Kabel zu klären. Sie enthält zudem die Vorschriften für Programme, die per Direkteinspeisung, übertragen werden.

Die Mitgliedstaaten hatten bis zum 7. Juni 2021 Zeit, die Richtlinie in innerstaatliches Recht umzusetzen.

c) *Leitlinien der Kommission zur Umsetzung Art. 17 (EU) 2019/790*

Anlässlich der Revision des Urheberrechts durch die Richtlinie (EU) 2019/790 veröffentlichte die Europäische Kommission am 4. Juni 2021 Leitlinien zu deren Artikel 17, mit dem Ziel, die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der neuen Vorschriften über die Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten zu unterstützen und die Entwicklung des Marktes für die Vergabe von Lizenzen zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten zu fördern¹⁴.

Artikel 17 sieht vor, dass bestimmte Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten für die auf ihre Website hochgeladenen Inhalte von den Rechteinhabern eine Erlaubnis einholen müssen. Wird keine Erlaubnis erteilt, so müssen sie Massnahmen treffen, um ein unerlaubtes Hochladen zu vermeiden. Mit den Leitlinien soll eine kohärente Umsetzung und Anwendung des Artikels 17 in allen Mitgliedstaaten unterstützt werden, wobei laut Kommission ein

¹³ Richtlinie (EU) 2019/789 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 mit Vorschriften für die Ausübung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendeunternehmen und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen und zur Änderung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates, ABl L 130 vom 17. Mai 2019, 82.

¹⁴ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Leitlinien zu Artikel 17 der Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vom 4. Juni 2021, COM (2021) 288 final.

besonderes Augenmerk auf die Notwendigkeit gelegt werde, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Grundrechten der Nutzer und der Rechteinhaber zu gewährleisten.

Die Leitlinien sollen den Marktteilnehmern auch dabei helfen, die nationalen Rechtsvorschriften besser einzuhalten, mit denen Artikel 17 umgesetzt wird. Sie enthalten praktische Hinweise zu den wichtigsten Bestimmungen des Artikels 17, so zum Beispiel zu allen Anstrengungen, die die Diensteanbieter unternehmen müssen, um eine Erlaubnis zu erhalten und unerlaubtes Hochladen zu verhindern, und auch zur Frage, wie in der Praxis die berechtigte Nutzung gesichert werden kann, und zwar im Rahmen des in Artikel 17 erreichten Gleichgewichts.

d) *EuGH: Haftung von Internetplattformen für urheberrechtswidrig hochgeladene Inhalte*

Mit Urteil vom 22. Juni 2021 stellte der EuGH fest, dass es keine urheberrechtswidrige Wiedergabe des Betreibers einer Webseite darstellt, wenn auf dieser Webseite die Nutzer urheberrechtlich geschütztes Material hochladen¹⁵. Anders könne dies allenfalls dann beurteilt werden, wenn das Angebot des Betreibers über die bloße Bereitstellung der Plattformen hinausgeht. Soweit die Plattform keine aktive Rolle bei der Verfügbarmachung eines geschützten Inhalts gespielt hat, kommt eine Haftungsbefreiung gemäss E-Commerce-Richtlinie in Betracht. Das Urteil erging im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens. Im zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte der Deutsche Bundesgerichtshof, der sich mit zwei ähnlich gelagerten Rechtsstreitigkeiten zu befassen hatte, dem Gerichtshof mehrere Fragen zur Klärung vorgelegt. Der EuGH sollte klären, inwieweit die Betreiber von Internetplattformen haften, wenn urheberrechtlich geschützte Werke von Nutzern unbefugt auf diese Plattformen hochgeladen werden. Der EuGH hat diese Haftung anhand der zur massgeblichen Zeit bestehenden Rechtslage geprüft, namentlich der Richtlinie über das Urheberrecht¹⁶, der Richtlinie über den elektroni-

¹⁵ EuGH, Urteil vom 22. Juni 2021 in der Rechtssache C-682/18 und C-668/18, ECLI:EU:C:2021:503 und ECLI:EU:C:2020:586 - YouTube und Cyando.

¹⁶ Richtlinie (EG) 2001/29 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 167 vom 22. Juni 2001, 10.

schen Geschäftsverkehr¹⁷ und der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums¹⁸ ergibt. Die Vorlagefragen betreffen die Rechtslage vor Inkrafttreten der revidierten Urheberrechtsrichtlinie¹⁹.

In seiner Würdigung prüfte der EuGH u.a., unter welchen Voraussetzungen Betreiber einer Video-Sharing- oder Sharehosting-Plattform, auf der Nutzer geschützte Inhalte rechtswidrig öffentlich zugänglich machen können, selbst eine „öffentliche Wiedergabe“ dieser Inhalte vornehmen. Dies sei dann der Fall, wenn der Betreiber von der rechtsverletzenden Zugänglichmachung eines geschützten Inhalts auf seiner Plattform konkret Kenntnis hat und diesen Inhalt nicht unverzüglich löscht oder den Zugang zu ihm sperrt. Des Weiteren treffe dies zu, wenn der Plattformbetreiber, nicht die geeigneten technischen Massnahmen ergreift, die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können, um Urheberrechtsverletzungen auf dieser Plattform glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen, obwohl er weiss oder es wissen müsste, dass über seine Plattform im Allgemeinen durch Nutzer derselben geschützte Inhalte rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht werden. Schliesslich auch dann, wenn er an der Auswahl geschützter Inhalte beteiligt ist, auf seiner Plattform Hilfsmittel anbietet, die speziell zum unerlaubten Teilen solcher Inhalte bestimmt sind, oder ein solches Teilen wissentlich fördert. Darüber hinaus prüfte der EuGH, ob ein Betreiber von Internetplattformen von seiner Verantwortung für die geschützten Inhalte befreit werden kann, die Nutzer rechtswidrig über seine Plattform öffentlich wiedergeben. Er entschied, dass der betroffenen Betreiber die Haftungsbefreiung geltend machen kann, sofern er keine aktive Rolle spielt, die ihm Kenntnis über die auf seine Plattform hochgeladenen Inhalte oder Kontrolle über sie verschafft.

¹⁷ Richtlinie (EG) 2000/31 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl L 178 vom 17. Juli 2000, 1.

¹⁸ Richtlinie (EG) 2004/48 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 157 vom 30. April 2004, 45.

¹⁹ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl L 130 vom 17. Mai 2019, 92.

5. Designrecht

a) *EuG: Geschmacksmuster an einem LEGO-Baustein*

Mit Urteil vom 24. Mai 2021 entschied das Gericht der Europäischen Union, dass das EUIPO ein Geschmacksmuster eines Bausteins des LEGO-Spielbaukastens zu Unrecht für nichtig erklärt hat²⁰.

Das Unternehmen Lego ist Inhaber eines am 2. Februar 2010 für „Bausteine eines Spielbaukastens“ eingetragenen Geschmacksmusters. Im Rahmen eines Verfahrens über einen Nichtigkeitsantrag des Unternehmens Delta Sport Handelskontor vertrat die Beschwerdekammer des EUIPO mit Entscheidung vom 10. April 2019 die Auffassung, dass alle Erscheinungsmerkmale des von dem angefochtenen Geschmacksmuster erfassten Erzeugnisses ausschliesslich durch dessen technische Funktion bedingt sind, nämlich den Zusammenbau mit anderen Bausteinen des Spiels und die Zerlegung zu ermöglichen. Das EUIPO erklärte das fragliche Geschmacksmuster daher gemäss den Bestimmungen der Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster²¹ für nichtig. Das Unternehmen Lego hat vor dem Gericht der Europäischen Union Klage auf Aufhebung dieser Entscheidung erhoben.

Die Beschwerdekammer ermittelte folgende sechs Erscheinungsmerkmale des Erzeugnisses: die Noppenreihe auf der Oberseite des Bausteins, die Reihe kleinerer Kreise auf der Unterseite des Bausteins, die beiden Reihen grösserer Kreise auf der Unterseite des Bausteins, die rechteckige Form des Bausteins, die Dicke der Wände des Bausteins und die zylindrische Form der Noppen. Alle diese Merkmale seien ausschliesslich durch die technische Funktion des Bausteins bedingt, nämlich um den Zusammenbau mit anderen Bausteinen des Spiels und die Zerlegung zu ermöglichen.

In seinem Urteil vom 24. Mai 2021 weist das Gericht zunächst darauf hin, dass ein Geschmacksmuster nach der Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster nicht an Erscheinungsmerkmalen eines Erzeugnisses besteht, die zwangsläufig in ihrer genauen Form und ihren genauen Abmessungen nachgebildet werden müssen, damit das Erzeugnis, in das das Geschmacksmuster aufgenommen oder bei dem es verwendet wird, mit einem anderen Erzeugnis mechanisch verbunden oder in diesem, an diesem oder um

²⁰ EuG, Urteil des Gerichts vom 24. Mai 2021 in der Rechtssache T-515/19, ECLI:EU:T:2021:155 - Lego/ EUIPO - Delta Sport Handelskontor (Élément de construction d'une boîte de jeu de construction).

²¹ Verordnung (EG) 6/2002 des Rates vom 12. Dezember 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl L 3 vom 5. Januar 2002, 1.

dieses herum angebracht werden kann, so dass beide Erzeugnisse ihre Funktion erfüllen können. Ausnahmsweise könnten jedoch die mechanischen Verbindungselemente von Kombinationsteilen ein wichtiges Element der innovativen Merkmale von Kombinationsteilen bilden und einen wesentlichen Faktor für das Marketing darstellen und sollten daher schutzfähig sein. Ein Gemeinschaftsgeschmacksmuster besteht somit an einem Geschmacksmuster, das dem Zweck dient, den Zusammenbau oder die Verbindung einer Vielzahl von untereinander austauschbaren Erzeugnissen innerhalb eines modularen Systems zu ermöglichen.

Das Gericht stellt fest, dass die Beschwerdekammer nicht geprüft hat, ob die von dem Unternehmen Lego erstmals vor ihr geltend gemachte Ausnahmeregelung anwendbar ist. Das Gericht hatte daher zunächst zu klären, ob die Beschwerdekammer des EUIPO die Anwendungsvoraussetzungen dieser Ausnahmeregelung prüfen und damit beurteilen musste, ob diese erstmals vor ihr geltend gemacht werden konnte.

Da weder in der Verordnung über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster noch in der Verfahrensordnung der Beschwerdekammern des EUIPO die Voraussetzungen für die Anwendung der Bestimmungen über die fragliche Ausnahmeregelung festgelegt sind, kann nach Ansicht des Gerichts nicht davon ausgegangen werden, dass die erstmalige Berufung von Lego auf diese Vorschrift vor der Beschwerdekammer verspätet war.

Das Gericht fügt hinzu, dass die Beschwerdekammer des EUIPO in Anbetracht der Erscheinungsmerkmale des von dem streitigen Geschmacksmuster erfassten Erzeugnisses zu prüfen hatte, ob dieses die Voraussetzungen für die fragliche Ausnahmeregelung erfüllt. Da sie dies unterlassen hat, ist ihr ein Rechtsfehler unterlaufen.

Das Gericht führt sodann aus, dass ein Geschmacksmuster für nichtig zu erklären ist, wenn alle Merkmale seiner Erscheinung ausschliesslich durch die technische Funktion des Erzeugnisses, auf das es sich bezieht, bedingt sind. Das fragliche Geschmacksmuster könne aber nicht für nichtig erklärt werden, wenn zumindest eines der Erscheinungsmerkmale des von einem angefochtenen Geschmacksmuster erfassten Erzeugnisses nicht ausschliesslich durch die technische Funktion des Erzeugnisses bedingt ist. Der fragliche Baustein weist auf zwei Seiten der viernoppigen Reihe auf der Oberseite eine glatte Oberfläche auf – dieses Merkmal gehört nach Ansicht des Gerichts nicht zu den von der Beschwerdekammer ermittelten Merkmalen, obwohl es sich um ein Erscheinungsmerkmal des Erzeugnisses handelt.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

1. Einleitung

Obgleich auch diese Berichtsperiode von der Corona-Pandemie dominiert wurde, kann die Schweiz im Bereich Immaterialgüterrecht für 2021 eine Reihe interessanter Entwicklungen vorweisen.

Der Bundesrat hat die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Teilrevision des Patentgesetzes zur Kenntnis genommen und hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement beauftragt, ihm bis Ende 2022 eine Botschaft zur Teilrevision des Patentgesetzes auszuarbeiten. Mit der Gründung des Vereins „Swissness Enforcement“ soll die missbräuchliche Verwendung von Schweizer Herkunftsangaben im Ausland erfolgreicher bekämpft werden. Im Bereich des Urheberrechts verabschiedete der Bundesrat den Bericht zur Wirksamkeit der Urheberrechtsrevision von 2020, der dem Schweizer Gesetzgeber grundsätzlich ein gutes Zeugnis ausstellt.

2. Patentrecht

a) *Teilrevision des Patentgesetzes*

Vom 14. Oktober 2020 bis 1. Februar 2021 hat der Bundesrat das teilrevidierte Patentgesetz (PatG) in die Vernehmlassung geschickt. Hiermit sollte in erster Linie der parlamentarische Auftrag erfüllt werden, eine Vollprüfung des Schweizer Patents und parallel dazu das Gebrauchsmuster (als ungeprüftes Schutzrecht) einzuführen (19.3228 Motion Hefti²²).²³ Die Anpassung des PatG an internationale Standards zielt darauf ab, das Schweizer Patentsystem insbesondere für KMU sowie Einzelerfinderinnen und -erfinder attraktiver zu machen.²⁴

Die Modernisierung des Patentprüfungsverfahrens wurde von der Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmenden begrüsst. Sie stimmen der allgemeinen Stossrichtung der Vorlage zu, sehen aber einen gewissen Änderungsbedarf.

²² Motion 19.3228, Für ein zeitgemässes Schweizer Patent, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?tAffairId=20193228>>.

²³ Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. August 2021, Modernisierung des Patentprüfungsverfahrens.

²⁴ Medienmitteilung des Bundesrates vom 14. Oktober 2020, Attraktiveres Schweizer Patentsystem für KMU und Einzelerfinderinnen und -erfinder.

Unter anderem erachten sie die Aufteilung in vollgeprüftes Patent und ungeprüftes Gebrauchsmuster als zu starr und sprechen sich eher für eine flexible Patentprüfung aus.²⁵

An seiner Sitzung vom 18. August 2021 hat der Bundesrat die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Teilrevision des PatG zur Kenntnis genommen. Er hat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, ihm bis Ende 2022 eine Botschaft zur Teilrevision des PatG auszuarbeiten.²⁶

Inhaltlich hält der Bundesrat an der Einführung eines vollgeprüften Patents fest, verzichtet aber auf die Einführung eines Gebrauchsmusters. Der Bundesrat möchte das heutige Patentsystem beibehalten, soweit es sich bewährt hat. Deshalb soll das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) Patentanmeldungen auch weiterhin nicht auf Neuheit und erfinderische Tätigkeit prüfen müssen. Erfinderinnen und Erfindern soll es aber neu offenstehen, die Prüfung sämtlicher Patentierungsvoraussetzungen (v.a. Neuheit und erfinderische Tätigkeit) beim IGE zu beantragen, um so eine vollwertige Alternative zu einem vom Europäischen Patentamt (EPA) erteilten vollgeprüften und auf die Schweiz ausgedehnten europäischen Patent zu erhalten.

b) Schweizer Patentbox

Seit dem 1. Januar 2020 ist das Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF)²⁷ in Kraft,²⁷ das neben der Abschaffung kantonaler Steuerprivilegien verschiedene Steuerentlastungsmassnahmen vorsieht. Eine dieser Entlastungsmassnahmen ist die sogenannte Schweizer Patentbox, bei der Aufwendungen für Forschung und Entwicklung sowie Erträge aus in- oder ausländischen Patenten steuerrechtlich privilegiert behandelt werden.²⁸

Die konkreten Auswirkungen der Patentbox lassen sich zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht abschätzen, zumal ihre Ausgestaltung und die steuerlichen Ermässigungen von Kanton zu Kanton variieren. Je geringer die vorgesehene

²⁵ Ausführlich hierzu Bericht des IGEs vom 18. August 2021, über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, Änderung des Bundesgesetzes über die Erfindungspatente (Patentgesetz, PatG).

²⁶ Ausführlicher hierzu vgl. Website des IGEs, abrufbar unter <https://www.ige.ch/index.php?eID=tx_cabaghtml2pdf&URL=/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/patentrecht/revision-patentgesetz?pdf=1&page_uid=21243>.

²⁷ Medienmitteilung des Bundesrates vom 14. Juni 2019, STAF tritt am 1. Januar 2020 in Kraft.

²⁸ Ausführlich hierzu vgl. die Website von Patent Box, abrufbar unter <<https://www.patent-box.ch/>>.

steuerliche Ermässigung, desto grösser ist die Gefahr, dass die administrativen Aufwendungen zur Prüfung und Berechnung des Gewinns die möglichen Steuerersparnisse übersteigen.²⁹

c) *Motion „Geistige Eigentumsrechte. Anpassung im Bereich Pflanzenzucht“*

Mit der am 17. Juni 2020 eingereichten Motion 20.3674 „Geistige Eigentumsrechte. Anpassung im Bereich Pflanzenzucht“ wird der Bundesrat beauftragt, das PatG und – sofern notwendig – das Sortenschutzgesetz so anzupassen, dass die Transparenz betreffend geistige Eigentumsrechte verbessert und die Weiterzucht erleichtert wird. Die Anpassungen sollen die Rechtssicherheit für die Züchter in der Schweiz erhöhen, die neuesten rechtlichen Entwicklungen bezüglich geistiger Eigentumsrechte in Europa berücksichtigen und sich auf die Pflanzenzucht beschränken.³⁰

In seiner Stellungnahme vom 26. August 2020 hat der Bundesrat die Ablehnung der Motion beantragt. Er erachtet Transparenz und Rechtssicherheit betreffend die geistigen Eigentumsrechte als wichtig für die Züchtung neuer Pflanzensorten. Seiner Ansicht nach ist beides im Bereich der Pflanzenzucht bereits ausreichend gegeben.

Am 23. September 2020 wurde die Motion 20.3674 der zuständigen Kommission im Ständerat zur Vorberatung zugewiesen.

d) *Schweizer Patentanmeldungen*

Für das Berichtsjahr war die Anzahl der Patentanmeldungen aus der Schweiz beim EPA bis zum Redaktionsschluss noch nicht bekannt. Es ist anzunehmen, dass die Schweiz im Ranking der Länder mit den meisten europäischen Patentanmeldungen pro Million Einwohner weiterhin eine führende Position einnimmt.

²⁹ Ausführlicher hierzu Nordin Michael/Hess Petra, STAF – Implementierung und erste Erfahrungen, Newsletter Taxation Nr. 2/2020.

³⁰ Ausführlich hierzu vgl. Motion 20.3674 Geistige Eigentumsrechte. Anpassung im Bereich Pflanzenzucht, abrufbar unter <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203674>>.

3. Markenrecht

a) *Swissness Enforcement*

Beim Missbrauch des Schweizer Wappens greift das IGE konsequent durch und lässt die betroffenen Waren beim Zoll vernichten. Um die Interessen der Schweizer Volkswirtschaft im Kampf gegen Swissness-Trittbrettfahrer im Ausland besser zu vertreten, haben sich in der Berichtsperiode verschiedene Branchenverbände, Unternehmen und staatliche Akteure zum Verein „Swissness Enforcement“ zusammengeschlossen.³¹

b) *Beitritt zur Genfer Akte*

Am 19. März 2021 hat das Parlament die Genfer Akte des Lissabonner Abkommens über Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben sowie die Anpassung der entsprechenden Ausführungserlasse genehmigt.³² Nach Ablauf der Referendumsfrist³³ hat der Bundesrat die Inkraftsetzung der Genfer Akte und der Ausführungserlasse per 1. Dezember 2021 beschlossen. Damit können Schweizer Produzenten Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben mit einem einfachen Verfahren in zahlreichen Staaten gleichzeitig und kostengünstig zum Schutz anmelden, statt wie bisher in jedem Land einen separaten Antrag zu stellen.

c) *BGer: Kein Markenschutz für Nespresso-Kapseln*

Die Form der Nespresso-Kapsel ist nicht länger markenrechtlich geschützt.³⁴ Am 7. September 2021 entschied das Bundesgericht, dass es den Konkurrenten nicht zumutbar ist, eine alternative Form zu finden, die ebenso gut und effi-

³¹ Medienmitteilung des IGE vom 1. April 2021, Vereint gegen Swissness-Missbrauch: Das IGE und die Schweizer Exportwirtschaft spannen zusammen.

³² Der Bundesrat hatte an seiner Sitzung vom 5. Juni 2020 die Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung (Änderung des Markenrechts) der Genfer Akte des Lissabonner Abkommens über Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben zuhanden des Parlaments verabschiedet, vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 5. Juni 2021, Besserer internationaler Schutz für schweizerische geografische Angaben.

³³ Die Referendumsfrist ist am 8. Juli 2021 unbenutzt abgelaufen.

³⁴ Nachdem der Patentschutz des Kapselsystems von Nespresso Ende 1996 abgelaufen war, liess die Nestlé SA die Kapselform als dreidimensionale Marke beim IGE eintragen.

ziert ist, keine Mehrkosten verursacht und sich hinreichend von der Form der Nespresso-Kapseln unterscheidet.³⁵ Die Entwicklung einer alternativen Lösung müsse für die Konkurrenten zumutbar sein (E. 5.2.1).

In seiner Begründung stützt sich das Bundesgericht auf die technische Bedingtheit der Kapselform. Gemäss Bundesgericht ist die Form dann technisch notwendig und kann nicht als Marke eingetragen werden, wenn die Konkurrenten für ein ähnliches Produkt keine andere Alternative haben oder das Verwenden einer anderen Form nicht im Interesse eines funktionierenden Wettbewerbs liegt (Art. 2 lit. b MSchG).

d) *IGE-Markendatenbank*

Seit Januar 2021 enthält die IGE-Markendatenbank auch alle aktiven und gelöschten internationalen Marken mit Schutzwirkung in der Schweiz. So lassen sich mit einem Klick alle Schweizer und internationale Marken in einer Datenbank durchsuchen.³⁶

4. Urheberrecht

a) *Bericht zur Wirksamkeit der Urheberrechtsrevision von 2020 verabschiedet*

An seiner Sitzung vom 17. Dezember 2021 verabschiedete der Bundesrat den Bericht zur Wirksamkeit der Urheberrechtsrevision³⁷ von 2020.³⁸ Der Bericht stellt dem Gesetzgeber ein gutes Zeugnis aus. Nach ersten Erkenntnissen dürften die für die Revision gesteckten Ziele „Effizienz“, „Zugang“ und „Stärkung der Kulturschaffenden“ erreicht werden.³⁹

b) *Bundesrat plant neuen Schutz für journalistische Veröffentlichungen*

Auf Wunsch des Parlaments befasst sich der vorab vorgestellte Bericht des Bundesrates auch mit dem Leistungsschutzrecht für journalistische Medien.⁴⁰

³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_61/2021 vom 7. September 2021.

³⁶ IGE, Newsletter vom 28. Januar 2021.

³⁷ Bericht des Bundesrates vom 17. Dezember 2021, Revision des Urheberrechtsgesetzes. Überprüfung der Wirksamkeit, in Erfüllung des Postulates 19.3421, Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Ständerates, 29. April 2019, 17. Dezember 2021.

³⁸ Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. Dezember 2021, Bundesrat plant neuen Schutz für journalistische Veröffentlichungen.

³⁹ Vgl. hierzu auch Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 271 ff.

⁴⁰ Bundesrat, Medienmitteilung vom 17. Dezember 2021, Fn. 38.

Vor dem Hintergrund der ersten Erfahrungen im europäischen sowie internationalen Ausland plant der Bundesrat nun eine geeignete Regulierung für die Schweiz.

c) *Rechte an Werken von Udo Jürgens*

Am 29. Juli 2021 urteilte das Bundesgericht, dass es künftig neben der Udo Jürgens Master AG (UJM) auch das Einverständnis der Kinder des verstorbenen Udo Jürgens braucht, um Jürgens-Platten herauszugeben.⁴¹ Mit seiner Entscheidung bestätigte das Bundesgericht einen Entscheid des Zürcher Handelsgerichts vom 8. Februar 2021 und beendete damit einen jahrelangen Rechtsstreit.

Im Anschluss an das Urteil des Bundesgerichts einigten sich Jenny und John Jürgens Anfang Oktober mit dem langjährigen Manager von Udo Jürgens, Freddy Burger.⁴² Die Kinder von Udo Jürgens werden sich künftig als alleinige Gesellschafter um die Geschicke der Tonträgerunternehmung UJM kümmern. Damit liegt die Veröffentlichung des gesamten Udo Jürgens-Musikproduktions-Katalogs in ihren Händen. Freddy Burger hingegen konzentriert sich auf die Pflege des ihm gehörenden ARAN-Musikverlags für die Werke von Udo Jürgens. Damit ist er zuständig für die musikalische Weiterentwicklung dieser von Udo Jürgens geschaffenen Werke, etwa durch deren Verwendung in Film-, Werbe- und Musicalproduktionen.

d) *Bezirksgericht Zürich: Änderung der Werke war erlaubte Parodie*

Mit Urteil vom 19. Mai 2021 hat das Bezirksgericht Zürich den Musiker Christian Jott Jenny vom Vorwurf der Urheberrechtsverletzung freigesprochen.⁴³

Der Musiker war angeklagt, alte Zürcher Liedtexte des Liedermachers Werner Wollenberger ohne Erlaubnis der Erben in abgeänderter Form aufgeführt zu haben. Nach Ansicht des Gerichts hat Jenny die fraglichen Werke nicht vorsätzlich und unrechtmässig geändert. Zwar seien die Originaltexte abgeändert worden. Diese Änderungen seien jedoch als erlaubte Parodie zu interpretieren.

⁴¹ BGer, Urteil vom 29. Juli 2021.

⁴² Pressemitteilung vom 7. Oktober 2021, Udo Jürgens Master AG, Einigung über den musikalischen Nachlass von Udo Jürgens – Verwertung wird wieder aufgenommen, Pressemitteilung vom 7. Oktober 2021, abrufbar unter <<https://www.presseportal.de/pm/159013/5039844>>.

⁴³ Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 19. Mai 2021.

Verbraucherrecht

Michael Mayer/Alexander Brunner

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (MICHAEL MAYER)	278
1.	Allgemeine Entwicklungen	278
2.	Medien und Telekommunikation	278
3.	Gesundheit und Sicherheit	280
4.	Information	281
5.	Rechtliche Interessen	283
6.	Politische Interessen	284
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (ALEXANDER BRUNNER)	285
1.	Allgemeine Entwicklungen und Übersicht	285
2.	Sicherheit und Gesundheit	285
a)	Allgemeines	285
b)	Medizinprodukte	285
c)	Lebensmittelbetrug	286
3.	Information	287
a)	Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz	287
b)	Neue Energieetiketten für Elektrogeräte – Standard EU-Schweiz	287
4.	Wirtschaftliche Interessen	288
a)	Allgemeiner Hinweis zu den wirtschaftlichen Interessen	288
b)	Wettbewerbsrecht und Kartellrecht (revKG 2021)	288
c)	Wettbewerbsrecht und Lauterkeitsrecht (revUWG 2021)	289
d)	Anlegerschutz	289
e)	Versicherungsvermittlertätigkeit	290
5.	Rechtliche Interessen	291
a)	Vorbemerkung	291
b)	Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes allgemein	292
c)	Anlehnung der Schweiz an die EU und Ablehnung der US Class Action	292
d)	Voraussichtliche Beratungen des Parlaments 2022	292
6.	Politische Interessen	293

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021

1. Allgemeine Entwicklungen

Das Verbraucherrecht als Querschnittsmaterie erfuhr im Berichtsjahr 2021 einige Änderungen und Neuerungen. In der politischen Agenda von Kommission, Parlament und Rat spielt der Verbraucherschutz nach wie vor eine gewichtige Rolle, nicht zuletzt deshalb, weil das Verbrauchervertrauen in den Binnenmarkt gestärkt werden soll. Die Kommission stellte im November 2020 mit der Verbraucheragenda eine Vision für die Verbraucherpolitik der Europäischen Union für den Zeitraum 2021-2025 vor, die sich auf die fünf Schwerpunktbereiche Grüner Wandel, Digitaler Wandel, Internationale Zusammenarbeit sowie auf die besonderen Bedürfnisse bestimmter Verbrauchergruppen und die wirksamere Durchsetzung des Verbraucherrechts konzentriert. Diese Verbraucheragenda stand im Zentrum der portugiesischen Ratspräsidentschaft der ersten Jahreshälfte 2021. Im Februar 2021 nahm sodann der Rat Schlussfolgerungen zu der Mitteilung „Neue Verbraucheragenda – Stärkung der Resilienz der Verbraucher/innen für eine nachhaltige Erholung“ der Kommission an. In diesen Schlussfolgerungen gab der Rat ein klares Bekenntnis zur Umsetzung der Verbraucheragenda ab. Ziel der Schlussfolgerungen ist es, politische Leitlinien für das breite Spektrum der von der Kommission in der Agenda angekündigten Massnahmen vorzugeben, wobei hervorgehoben wird, dass Verbraucheranliegen in andere sektorspezifische EU-Strategien einbezogen werden müssen, z. B. im Zusammenhang mit dem ökologischen und dem digitalen Wandel. Hervorgehoben wird auch die Bedeutung des Verbrauchervertrauens für die Förderung der wirtschaftlichen Erholung nach der COVID-19-Krise. Der Rat begrüßte denn auch die Absicht der Kommission, in künftigen Legislativvorschlägen Fragen wie das Recht auf Reparatur, den Online- und Offline-Verbraucherschutz und die Produktsicherheit sowie die Vermeidung von Überschuldung anzugehen.

2. Medien und Telekommunikation

Das Europäische Parlament verabschiedete am 20. Mai 2021 eine Entschliessung zur Beseitigung von Hindernissen für einen funktionierenden digitalen Binnenmarkt und zur Verbesserung des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz (KI) für europäische Verbraucher. Das Parlament vertritt die Auffassung, dass der Digitalisierungsansatz der Europäischen Union vollständig im Einklang mit den Grundrechten sowie dem Verbraucherschutz, der Technologieneutralität, der Netzneutralität und den Datenschutzvorschriften, der Inklusivität und der Nichtdiskriminierung stehen müsse. Es ist ferner der Ansicht, dass neben

einigen Hemmnissen, die die Einführung von digitalen Technologien in der EU behindern, mangelndes Vertrauen der Verbraucher einer breiten Nutzung von KI im Wege stehen kann. Bürger verstünden nicht, wie Systeme der KI Entscheidungen treffen. Verbraucher benötigten einen klaren und vorhersehbaren Rechtsrahmen im Falle von Produktfehlfunktionen. Es müsse sichergestellt werden, dass es eine angemessene menschliche Kontrolle über die algorithmische Entscheidungsfindung gibt und dass angemessene und wirksame Abhilfemechanismen vorhanden sind. Wichtig sei auch, Verbrauchern grundlegende Schulungen und Kenntnisse über KI zu vermitteln, damit sie mehr von diesen Technologien profitieren und sich gleichzeitig vor möglichen Bedrohungen schützen können.

Die Europäische Kommission hat am 30. Juni 2021 einen Fahrplan für den für das erste Quartal 2022 geplanten Vorschlag für eine Richtlinie über „Zivilrechtliche Haftung – Anpassung der Haftungsregeln an das digitale Zeitalter und an die Entwicklungen im Bereich der künstlichen Intelligenz“ vorgestellt. Nach Ansicht der Kommission sind Rechtssicherheit und Vertrauen die Voraussetzungen dafür, dass neue Technologien auf gesellschaftliche Akzeptanz stossen. Mit den derzeitigen Produktvorschriften werde sichergestellt, dass die Verbraucher vom Hersteller für Schäden, die durch fehlerhafte Produkte entstanden sind, entschädigt werden. Mit der Initiative soll nun der rechtliche Rahmen für die Produkthaftung angepasst werden, um den Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Übergang zu einer kreislauforientierten und digitalen Wirtschaft auch in Bezug auf die Haftung für Schäden, die durch neue und generalüberholte Produkte entstehen, Rechnung zu tragen. Die Initiative befasst sich daher auch mit den Herausforderungen, die sich im Zusammenhang mit der künstlichen Intelligenz ergeben.

Der EuGH hat in seinen Urteilen vom 2. September 2021¹ entschieden, dass die Nulltarif-Optionen von Telekom Deutschland (StreamOn) und Vodafone (Vodafone Pass) gegen die Verordnung über den Zugang zum offenen Internet verstossen. Bei einer sogenannten Nulltarif-Option handelt es sich um eine Geschäftspraxis, die darin besteht, dass ein Anbieter von Internetzugangsdiensten auf den mit einer bestimmten Anwendung oder einer bestimmten Kategorie von Anwendungen, die von Partnern dieses Zugangsanbieters angeboten werden, verbundenen Datenverkehr ganz oder teilweise einen „Nulltarif“ oder einen vergünstigten Tarif anwendet. Diese Daten werden daher nicht auf die im Rahmen des Basistarifs erworbene Datenmenge angerechnet. Eine solche, im Rahmen beschränkter Tarife angebotene Option ermöglicht

¹ EuGH, Urteil vom 2. September 2021 in den Rechtssachen C-854/19, C-5/20 und C-34/20, ECLI:EU:C:2021:675, ECLI:EU:C:2021:677 – Vodafone und Telekom Deutschland.

es den Internetzugangsanbietern, die Attraktivität ihres Angebots zu erhöhen. Das Verwaltungsgericht Köln und das Oberlandesgericht Düsseldorf, die mit Rechtsstreitigkeiten über entsprechende Beschränkungen zwischen Vodafone bzw. Telekom Deutschland auf der einen sowie der Bundesnetzagentur (Deutschland) bzw. dem Bundesverband der Verbraucherzentralen auf der anderen Seite befasst wurden, wollten vom Gerichtshof wissen, ob es mit dem Unionsrecht vereinbar ist, dass ein Anbieter von Internetzugangsdiensten die Bandbreite limitiert bzw. Tethering oder Roaming einschränkt, wenn der Kunde eine solche „Nulltarif-Option“ wählt.

Bei Vodafone gelten die „Vodafone Pass“ genannten Nulltarif-Optionen nur im Inland, d. h. in Deutschland. Im Ausland wird das für die Nutzung der Dienste von Partnerunternehmen verbrauchte Datenvolumen auf das Inklusivdatenvolumen des Basistarifs angerechnet. Darüber hinaus rechnet Vodafone den Datenverbrauch bei einer Nutzung über Hotspot auf das im Tarif enthaltene Datenvolumen an. Telekom Deutschland bietet ihren Endkunden für einige Tarife eine Zubuchfunktion in Form einer Nulltarif-Option namens „Stream On“ an. Bei Aktivierung dieser Option wird das auf Audio- und Videostreaming von Contentpartnern der Telekom entfallende Datenvolumen nicht auf das Inklusivdatenvolumen des Basistarifs angerechnet, nach dessen Verbrauch die Übertragungsgeschwindigkeit generell reduziert wird. Bei Aktivierung dieser Option willigt der Endkunde allerdings in eine Bandbreitenlimitierung auf maximal 1,7 Mbit/s für Videostreaming ein, unabhängig davon, ob es sich um Videostreaming von Contentpartnern oder sonstigen Anbietern handelt.

Mit seinen Urteilen weist der Gerichtshof nun darauf hin, dass bei einer Nulltarif-Option wie den in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden auf der Grundlage kommerzieller Erwägungen eine Unterscheidung innerhalb des Internetverkehrs vorgenommen wird, indem der Datenverkehr zu bestimmten Partneranwendungen nicht auf den Basistarif angerechnet wird. Eine solche Geschäftspraxis verstösse gegen die allgemeine, in der Verordnung über den Zugang zum offenen Internet aufgestellte Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln. Da die Limitierung der Bandbreite sowie die Einschränkungen von Tethering oder Roaming nur zur Anwendung kommen, wenn die gegen die Verordnung über den Zugang zum offenen Internet verstossende Nulltarif-Option aktiviert wird, sind auch sie dem Gerichtshof zufolge mit dem Unionsrecht unvereinbar.

3. Gesundheit und Sicherheit

Am 26. Mai 2021 traten neue EU-Vorschriften für Medizinprodukte in Kraft, mit denen ein moderner und robusterer Rechtsrahmen zum Schutz der

öffentlichen Gesundheit und der Patientensicherheit geschaffen werden soll. Der ursprünglich angedachte Geltungsbeginn wurde aufgrund der Herausforderungen der Coronavirus-Pandemie um ein Jahr verschoben, um dem gestiegenen Bedarf an lebenswichtigen Medizinprodukten in der gesamten EU Rechnung zu tragen. Es gibt mehr als 500.000 Arten von Medizinprodukten auf dem Markt, sie reichen von einfachen Kontaktlinsen und Heftpflastern bis hin zu hochentwickelten Produkten wie Herzschrittmachern und Hüftprothesen. Nach dem derzeitigen System fallen alle Medizinprodukte und ihr Zubehör unter die neue Verordnung. Darüber hinaus werden bestimmte ästhetischen Zwecken dienende Produkte wie farbige Kontaktlinsen oder Geräte für die Fettabsaugung, die ebenso sicher sein müssen wie bestehende Medizinprodukte, durch den Erlass eines Durchführungsrechtsakts der Kommission, mit dem technische Spezifikationen für diese Produkte festgelegt werden, ebenfalls erfasst. Nach der neuen Verordnung werden Medizinprodukte in vier Risikoklassen eingeteilt. Je nach Risikoklasse des Produkts greift ein anderes Konformitätsbewertungsverfahren, bevor das Produkt in der EU in Verkehr gebracht werden darf. Bei mittleren oder hohen Risikoklassen können die benannten Stellen in den Prozess einbezogen werden. Die neue Verordnung bereitet nach Ansicht der Kommission den Weg für ein patientenfreundlicheres Umfeld, in dem grössere Transparenz, bessere Informationen und eine grössere Auswahl für die Patienten Vorrang haben und diese von innovativen, leistungsfähigen Produkten und neuen Therapien profitieren können. So sehen die neuen Vorschriften etwa die Einführung eines „Implantationsausweises“, ein Rückverfolgbarkeitssystem auf der Grundlage einer einmaligen Produktkennung und die Verschärfung der Vorschriften über klinische Daten, einschliesslich eines EU-weiten koordinierten Verfahrens für die Genehmigung multizentrischer klinischer Prüfungen vor.

4. Information

Seit 1. März 2021 gilt in allen Geschäften und Online-Verkaufsstellen eine neue Version des bekannten EU-Energielabels. Die neuen Label kommen zunächst für vier Produktkategorien zur Anwendung: Kühlschränke und Gefriergeräte, Geschirrspüler, Waschmaschinen und Fernsehgeräte (sowie andere externe Bildschirme). Die wichtigste Änderung besteht darin, zu einer einfacheren Skala von A bis G zurückzukehren. Eine weitere wesentliche Änderung ist die Einführung eines QR-Codes in der rechten oberen Ecke des neuen Labels. Durch das Scannen des QR-Codes können die Verbraucher zusätzliche Informationen zu dem Produktmodell finden, z. B. je nach Gerät die Abmessungen, Angaben zu spezifischen Merkmalen oder Prüfergebnisse. Des Weiteren müssen die Hersteller für die Verbraucher, nachdem ein Produkt vom Markt

genommen wurde, mehrere Jahre lang bestimmte Ersatzteile wie Türen oder Scharniere und Dichtungen, die sich für kleinere Reparaturen in Eigenregie eignen, zur Verfügung stellen.

Seit dem 1. Mai 2021 gelten neue EU-Vorschriften für die Energiekennzeichnung von Reifen für den Strassenverkehr. Durch die Kennzeichnung sollen die Verbraucher beim Kauf neuer Reifen vor allem über deren Kraftstoffeffizienz, Sicherheit und Geräusentwicklung informiert werden. Mit den neuen Regeln wird das 2012 eingeführte Label für PKW-Reifen erneuert. Dabei folgt die Kennzeichnung dem farbcodierten Klassifizierungssystem, das für Haushaltsgeräte wie Geschirrspüler und Kühlschränke verwendet wird, mit fünf verschiedenen Klassen für den Rollwiderstand und für das Bremsen bei Nässe.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 9. September 2021² entschieden, dass in Verbraucherkreditverträgen die Konditionen bezüglich Verzugszinsen sowie Vorfälligkeitszinsen für Verbraucher transparent und leicht nachvollziehbar sein müssen. Verzugszinsen sind in Form eines konkreten Prozentsatzes anzugeben und der Mechanismus der Anpassung des Verzugszinssatzes ist konkret zu beschreiben. Die Darstellung der Berechnungsmethode muss für Durchschnittsverbraucher, die nicht über Fachkenntnisse im Finanzbereich verfügen, leicht verständlich sein und es ihnen ermöglichen, den Verzugszinssatz auf der Grundlage der Angaben im Kreditvertrag zu berechnen. Ausserdem muss die Häufigkeit der Änderung dieses Basiszinssatzes, die sich nach den nationalen Bestimmungen richtet, in dem fraglichen Kreditvertrag angegeben werden. Die Berechnung der bei vorzeitiger Rückzahlung des Darlehens fälligen Entschädigung ist ebenfalls in einer konkreten und für Durchschnittsverbraucher leicht nachvollziehbaren Weise anzugeben, sodass diese die Höhe der Vorfälligkeitsentschädigung anhand der in diesem Vertrag erteilten Informationen bestimmen kann. Ausserdem sind im Kreditvertrag die wesentlichen Informationen über alle den Verbrauchern zur Verfügung stehenden aussergerichtlichen Beschwerde- oder Rechtsbehelfsverfahren und gegebenenfalls die mit diesen Verfahren verbundenen Kosten und formalen Voraussetzungen, denen die Beschwerde oder der Rechtsbehelf unterliegt, anzugeben. Ein blosser Verweis im Kreditvertrag auf eine im Internet abrufbare Verfahrensordnung oder auf ein anderes Schriftstück oder Dokument, in dem die Modalitäten der aussergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren festgelegt sind, reiche nicht aus. Bei fehlerhaften Pflichtangaben steht Verbrauchern ein unbefristetes Widerrufsrecht bei Kreditverträgen zu.

² EuGH, Urteil vom 9. September 2021 in den Rechtssachen C-33/20, C-155/20 und C-187/20, ECLI:EU:C:2021:736.

5. Rechtliche Interessen

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 10. Juni 2021³ entschieden, dass einem Verbraucher, der ein Darlehen in Fremdwährung aufgenommen hat und dem die Missbräuchlichkeit einer Klausel des Darlehensvertrags nicht bewusst ist, für die Rückerstattung der aufgrund dieser Klausel gezahlten Beträge keine Verjährungsfrist entgegengehalten werden kann. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen für den Verbraucher unverbindlich und als von Anfang an nicht existent anzusehen sind, sodass sie keine Wirkungen auf die Sach- und Rechtslage haben können. Folglich könne der Antrag eines Verbrauchers auf Feststellung der Missbräuchlichkeit einer in einem solchen Vertrag enthaltenen Klausel keiner Verjährungsfrist unterliegen. Für die Geltendmachung einer Rückerstattung könne zwar eine gesetzliche Verjährungsfrist eingeführt werden, doch gelte dies nicht, wenn der Verbraucher erst nach Ablauf der Verjährungsfrist die Möglichkeit hatte, von der Missbräuchlichkeit der Klausel Kenntnis zu nehmen. Die Information, die der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer hinsichtlich des Bestehens eines Wechselkursrisikos übermittelt, genüge nicht dem Transparenzerfordernis, wenn sie auf der Annahme beruht, dass der Wechselkurs zwischen der Kontowährung und der Zahlungswährung über die gesamte Laufzeit des Vertrags stabil bleiben werde. In den Ausgangsfällen haben in den Jahren 2008 und 2009 Verbraucher zur Finanzierung des Kaufs von Immobilien oder von Anteilen an Immobiliengesellschaften bei der Bank BNP Paribas Personal Finance Hypothekendarlehen aufgenommen, die auf Schweizer Franken lauteten und in Euro rückzahlbar waren.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 22. April 2021⁴ entschieden, dass ein Fluggast keinen Ausgleichsanspruch wegen Annullierung hat, wenn sein Flug zu einem Flughafen umgeleitet wird, der denselben Ort, dieselbe Stadt oder dieselbe Region bedient. Es sei nicht erforderlich, dass der Ausweichflughafen am selben Ort, in derselben Stadt oder in derselben Region (in jeweils verwaltungsrechtlichem Sinn) wie der in der ursprünglichen Buchung vorgesehene Zielflughafen liegt, um davon ausgehen zu können, dass der Ausweichflughafen denselben Ort, dieselbe Stadt oder dieselbe Region wie der in der ursprünglichen Buchung vorgesehene Zielflughafen bedient. Es komme lediglich darauf an, dass der Ausweichflughafen in unmittelbarer Nähe des in der ursprünglichen Buchung vorgesehenen Zielflughafens liegt. Der Fluggast habe

³ EuGH, Urteil vom 10. Juni 2021 in der Rechtssache C-609/19, ECLI:EU:C:2021:469 - BNP Paribas Personal Finance.

⁴ EuGH, Urteil vom 22. April 2021 in der Rechtssache C-826/19, ECLI:EU:C:2021:318 - Austrian Airlines.

jedoch grundsätzlich einen Anspruch auf eine pauschale Ausgleichszahlung, wenn er sein Endziel, d. h. den in der ursprünglichen Buchung vorgesehenen Zielflughafen oder einen sonstigen nahe gelegenen, mit ihm vereinbarten Zielort, mindestens drei Stunden nach der ursprünglich vorgesehenen Ankunftszeit erreicht. Für die Ermittlung des Ausmasses der Ankunftsverspätung sei auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem der Fluggast nach Beendigung seiner Anschlussbeförderung an dem in der ursprünglichen Buchung vorgesehenen Zielflughafen bzw. gegebenenfalls an einem sonstigen nahe gelegenen, mit der Fluggesellschaft vereinbarten Zielort ankommt. In diesem Zusammenhang stellt der Gerichtshof fest, dass sich die Fluggesellschaft, um sich von ihrer Pflicht zu befreien, Fluggästen bei erheblich verspäteter Ankunft ihres Fluges Ausgleichszahlungen zu leisten, auf einen aussergewöhnlichen Umstand berufen kann, der nicht den verspäteten Flug, sondern einen vorangegangenen Flug betroffen hat, den sie selbst mit demselben Flugzeug im Rahmen von dessen Vorrotation durchgeführt hat, sofern ein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Auftreten dieses Umstands und der erheblich verspäteten Ankunft des späteren Fluges besteht. Ausserdem entscheidet der Gerichtshof, dass die Fluggesellschaft dem Fluggast die Übernahme der Kosten für die Beförderung zu dem in der ursprünglichen Buchung vorgesehenen Zielflughafen oder gegebenenfalls zu einem sonstigen nahe gelegenen, mit ihm vereinbarten Zielort von sich aus anbieten muss.

6. Politische Interessen

Das zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich geschlossene Handels- und Kooperationsabkommen wurde seit dem 1. Januar 2021 vorläufig angewendet und trat am 1. Mai 2021 endgültig in Kraft. Das Abkommen begründet unter anderem eine umfassende Wirtschaftspartnerschaft. Diese beruht im Kern auf einem Freihandelsabkommen, das weder Zölle noch Quoten vorsieht und damit bedeutende Handelshemmnisse abwendet. Beide Seiten haben weitreichende Regelungen vereinbart, um fairen Wettbewerb zu garantieren. Dies betrifft den Bereich der staatlichen Beihilfen ebenso wie Standards im Verbraucherschutz, Arbeitnehmerschutz, Umwelt- und Klimabereich.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

1. Allgemeine Entwicklungen und Übersicht

Das Europarecht hat einen massgebenden Einfluss auf das Schweizer Konsumrecht. Im Berichtsjahr 2021 haben sich denn auch keine Veränderungen dieses „Status quo“ ergeben. Das Verbraucherrecht ist eine sogenannte *Querschnittmaterie*, was bedeutet, dass es in allen wirtschaftsrechtlichen Erlassen dann eine wesentliche Funktion erhält, wenn (auch) die Interessen der Nachfrager am Markt (Konsumenten) betroffen sind. Aus diesem Grund sind Überschneidungen mit anderen Materien des Wirtschaftsrechts nicht zu vermeiden und kann die Darstellung vorliegend auf die wesentlichen Punkte des Konsumrechts beschränkt werden.

Der Bericht 2021 folgt erneut der bewährten Einteilung des Schweizer Konsumrechts⁵ in Sicherheit und Gesundheit (2), Information (3), wirtschaftliche Interessen (4), rechtliche Interessen (5) und politische Interessen (6).

2. Sicherheit und Gesundheit

a) Allgemeines

Auch 2021 publizierte das Büro für Konsumentenfragen⁶ in Zusammenarbeit mit den zuständigen Marktaufsichtsbehörden und den betroffenen Unternehmen erneut zahlreiche *Produktrückrufe und Sicherheitswarnungen*. Dafür steht ein Online-Formular und ein SMS Warnservice zur Verfügung, womit Meldungen über fehlerhafte Produkte rasch und einfach erfasst werden können. Dies erfolgt im Rahmen des Schweizer Produktesicherheitsgesetzes⁷ und wird auch mit den entsprechenden Gremien der EU koordiniert. Es kann auf die bisherigen Vorjahresberichte verwiesen werden.

b) Medizinprodukte

Nach dem Abbruch der Verhandlungen für ein institutionelles Rahmenabkommen der Schweiz mit der EU befasste sich die Eidgenössische Kommission für

⁵ Mit Bezug auf die Quellen wird für die folgende Dokumentation insbesondere auf die Homepage der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) sowie auf das Büro für Konsumentenfragen (BfK) der Bundesverwaltung hingewiesen, abrufbar unter www.konsum.admin.ch.

⁶ Abrufbar unter <https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home.html>.

⁷ Bundesgesetz über die Produktesicherheit vom 12. Juni 2009 (PrSG, SR 930.11).

Konsumentenfragen (EKK) als den Bundesrat direkt beratendes Gremium mit den Auswirkungen auf die Medizinprodukte. Am 6. Juli 2021 unterbreitete sie dem Bundesrat eine entsprechende Empfehlung⁸.

Nach Ansicht der EKK muss der Bundesrat konkrete Massnahmen prüfen und anschliessend umsetzen, damit eine sichere und breite Versorgung der Schweizer Konsumentinnen und Konsumenten mit Medizinprodukten gewährleistet bleibt. Die EKK fordert den Bundesrat des Weiteren auf, im Sinne des von ihr festgestellten Handlungsbedarfs Massnahmen zu definieren, damit sich die finanziellen Auswirkungen für die Konsumentinnen und Konsumenten in Grenzen halten und die Sicherheit der Medizinprodukte garantiert ist.

c) *Lebensmittelbetrug*

Mit ihrer Empfehlung vom 29. April 2021 betreffend Food Fraud: Verstärkte Anstrengungen zur Bekämpfung von Lebensmittelbetrug, empfiehlt die EKK dem Bundesrat folgende Massnahmen⁹, nachdem vermehrt auch die Interessen der Schweizer Konsumenten betreffende Lebensmittelstandards verletzt wurden. Es sind zwei Massnahmen, die empfohlen werden:

Bildung eines behördenübergreifenden Expertenteams

Dabei kann es sich um einen Ausbau der Plattform „Coordination Food Fraud“ (COFF) handeln und/oder um eine Ergänzung der COFF beispielsweise mit einer Task Force Food Fraud. Die Aufgaben und Zuständigkeiten sind genau festzulegen. Der Bund stellt dem Expertenteam ausreichend Ressourcen zur Verfügung, damit das Thema mit der nötigen Priorität behandelt wird.

⁸ Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 6. Juli 2021 zum Abbruch der Verhandlungen für ein institutionelles Rahmenabkommen mit der EU und dessen Auswirkungen auf die Medizinprodukte, abrufbar unter <<https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home/eid--kommission-fuer-konsumentenfragen--ekk-/empfehlungenneu.html>>.

⁹ Empfehlung der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 29. April 2021 betreffend Food Fraud: Verstärkte Anstrengungen zur Bekämpfung von Lebensmittelbetrug, abrufbar unter <<https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home/eid--kommission-fuer-konsumentenfragen--ekk-/empfehlungenneu.html>>.

Schaffung der gesetzlichen Grundlagen

Das Thema Lebensmittelbetrug ist bei einer nächsten Revision des Lebensmittelgesetzes und in die Lebensmittelstrategie aufzunehmen. Damit wäre etwa der Datenaustausch unter den Behörden bei Verdacht auf Lebensmittelbetrug auf Gesetzesebene festgehalten.

3. Information

a) Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Die EKK verabschiedete am 11. Oktober 2021 eine Stellungnahme zur Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG). In ihrer Stellungnahme an den Bundesrat betont die EKK, dass die unbestimmte Formulierung einiger Verordnungsartikel eine nachteilige Wirkung für die Konsumentinnen und Konsumenten und für Gewerbetreibenden haben könnte. Die EKK konkretisiert in der Stellungnahme ihre Kritik und unterbreitet Anpassungsvorschläge.¹⁰

b) Neue Energietiketten für Elektrogeräte – Standard EU-Schweiz

Seit dem 1. März 2021 werden die Energieklassen neu und für Konsumentinnen und Konsumenten besser gekennzeichnet¹¹. Die Effizienzskala wird ab diesem Zeitpunkt nur noch von A (sehr effizient) bis G (nicht effizient) reichen. Mit der Revision der Energieeffizienzverordnung (EnEV) werden die verschärften Energieeffizienzvorschriften der Europäischen Union (EU) für serienmässig hergestellte Anlagen und Geräte in das Schweizer Recht übernommen. Die Umstellung auf die neuen Labels erfolgt stufenweise entsprechend der Fertigstellung der neuen EU-Verordnungen. Für 2021 ist die Umstellung für folgende Produktgruppen vorgesehen: Haushaltskühl- und Gefriergeräte und Weinkühlschränke; Haushaltswaschmaschinen und Wäschetrockner; Haushaltsgeschirrspüler; TV-Geräte und elektronische Displays; Beleuchtungsprodukte.

¹⁰ Stellungnahme der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) vom 11. Oktober 2021 zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG), abrufbar unter <<https://www.konsum.admin.ch/bfk/de/home/eidg--kommission-fuer-konsumentenfragen--ekk-/stellungnahmenneu.html>>.

¹¹ Für weitere Informationen vgl. Website New Label, abrufbar unter <<https://newlabel.ch/energietikette-2021>>.

Für die weiteren Produktgruppen wie Klimageräte, Trockner, Staubsauger, Warmwasserbereiter etc. folgt die Einführung der neuen Labels erst, nachdem die neuen EU-Verordnungen in Kraft getreten sind. Das heisst, die Einführung dieser Labels im Handel ist frühestens 2023 zu erwarten.

4. Wirtschaftliche Interessen

a) *Allgemeiner Hinweis zu den wirtschaftlichen Interessen*

Zu den wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten werden gezählt die Gesetzgebung zur Aufsicht über Waren und Dienstleistungen, das Wettbewerbsrecht (insb. Kartell- und Lauterkeitsrecht) sowie das allgemeine und besondere Vertragsrecht. Für das Berichtsjahr 2021 kann auf Entwicklungen hingewiesen werden, die für Konsumenten ins Gewicht fallen.

b) *Wettbewerbsrecht und Kartellrecht (revKG 2021)*

Aufgrund der Botschaft des Bundesrates zur Fair-Preis-Initiative¹² hat sich das Parlament 2021 intensiv mit den entsprechenden Anpassungen des Kartellgesetzes beschäftigt.

Wie im Vorjahresbericht 2020 hingewiesen, steht die Kaufkraft der Privathaushalte im Vordergrund. Zwar stehen die Schweizer Konsumenten im internationalen Vergleich sehr gut da. Der dafür mitursächliche Abbau von staatlichen Handelsschranken (Zölle und ungerechtfertigte Handelshemmnisse) wird jedoch oft dadurch zunichte gemacht, dass durch die privaten Unternehmen neue Hindernisse aufgebaut werden durch Gebietsabsprachen und missbräuchliche Marktbeherrschung. Solche neu begründete private Vertragschranken sind ein Treiber für überhöhte Preisfestsetzungen der Anbieter zulasten der Schweizer Konsumenten.

Nun hat das Parlament am 19. März 2021 der Revision des Kartellgesetzes mit geringfügigen Anpassungen zugestimmt und der Bundesrat hat die Novelle auf den 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt¹³. Durch die Novelle wird nunmehr auch die relative Marktmacht von Unternehmen im Rahmen von vertikalen Absprachen erfasst. Nach Art. 4 Abs. 2bis revKG gilt als relativ marktmächtiges Unternehmen ein Unternehmen, von dem andere Unternehmen beim Angebot

¹² Botschaft des Bundesrates vom 29. Mai 2019 „Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)“ und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetz), BBl 2019, 4877 ff.

¹³ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251).

oder bei der Nachfrage einer Ware oder Leistung in einer Weise abhängig sind, dass keine ausreichenden und zumutbaren Möglichkeiten bestehen, auf andere Unternehmen auszuweichen.

c) *Wettbewerbsrecht und Lauterkeitsrecht (revUWG 2021)*

Gleichzeitig mit der KG-Novelle wurde auch das Lauterkeitsrecht (UWG) angepasst mit Art. 3a revUWG. Diese Ergänzung des UWG ist für Konsumenten von grosser Bedeutung, die im Online-Handel (E-Commerce B2C) Waren und Dienstleistungen nachfragen. Die neue Norm, in Kraft ab 1. Januar 2022, lautet wie folgt (UWG 3a Abs. 1):

1 Unlauter handelt insbesondere, wer im Fernhandel ohne sachliche Rechtfertigung einen Kunden in der Schweiz aufgrund seiner Nationalität, seines Wohnsitzes, des Ortes seiner Niederlassung, des Sitzes seines Zahlungsdienstleisters oder des Ausgaborts seines Zahlungsmittels:

- a. *beim Preis oder bei den Zahlungsbedingungen diskriminiert;*
- b. *ihm den Zugang zu einem Online-Portal blockiert beziehungsweise beschränkt; oder*
- c. *ihn ohne sein Einverständnis zu einer anderen als der ursprünglich aufgesuchten Version des Online-Portals weiterleitet.*

Die Anwendung der neuen Norm sollte im transnationalen Verhältnis keine grossen Probleme bewirken. Anwendbar ist das Recht am Erfolgsort (hier: Schweiz) und bei einer Klage des Konsumenten sind die Schweizer Gerichte zuständig (vgl. Art. 129 und Art. 136 IPRG)¹⁴. Aufgrund dieser Rechtslage ist zu erwarten, dass ausländische Anbieter gegenüber Schweizer Konsumenten (B2C-Verhältnis) vorsichtiger auftreten werden.

d) *Anlegerschutz*

Hier kann nochmals auf den Vorjahresbericht 2020 verwiesen und die Entwicklung für 2021 nachgetragen werden. Ein sehr altes Anliegen aus Konsumentensicht ist der Anlegerschutz. Frühe Bestrebungen, das Einlagesicherungssystem der Europäischen Union in das Schweizer Recht zu überführen, sind vormals gescheitert mit der Begründung, hiesige Banken und Finanzinstitute seien nachlass- und konkurssicher. Erst der Bankrott der Spar- und Leihkasse Thun und die vorübergehende Sanierung einer Grossbank durch den Staat hat zu einem Umdenken geführt. Aus Sicht des Konsumrechts ist ent-

¹⁴ Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 18. Dezember 1987, (IPRG, SR 291).

scheidend, dass in solchen Stress-Situation die Privathaushalte rasch zu ihren Einlagen kommen können. Dabei ist auch anzuerkennen, dass die Schweizer Bankiervereinigung eine Branchen-Vereinbarungen dazu abgeschlossen hat.

Die Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bankengesetzes (BankG)¹⁵ regelt dies auf staatlicher Ebene und gibt die Rahmenbedingungen vor. Nach heutiger Rechtslage (vgl. insb. Art. 37a und 37b sowie 37h–37k BankG) werden im Konkurs einer Bank (oder eines Wertpapierhauses) die Einlagen bis zur Höhe von maximal CHF 100'000 pro Kundin oder Kunde privilegiert behandelt. Die Forderungen werden der zweiten Klasse nach Art. 219 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) zugewiesen. Soweit das im Konkurs befindliche Institut über genügend liquide Mittel verfügt, werden die privilegierten Einlagen bis zum genannten Maximalbetrag sofort und ausserhalb des ordentlichen Kollokationsverfahrens zurückerstattet. Reichen diese Mittel nicht aus, so kommt für die Einlagen bis CHF 100'000 bei Schweizer Geschäftsstellen ergänzend die Einlagensicherung zum Tragen (Art. 37h Abs. 1 BankG; gesicherte Einlagen). Diese wird durch die übrigen Banken mit Beiträgen finanziert, die in jedem Ereignisfall von der Selbstregulierung (Esisuisse) erhoben werden, was dafür sorgt, dass die gesicherten Einlagen im Sinne einer Bevorschussung möglichst rasch ausbezahlt werden können. Dieses System der Einlagensicherung hat sich grundsätzlich bewährt.

Nun hat im Berichtjahr 2021 das Parlament die Vorlage beraten und am 17. Dezember 2021 verabschiedet¹⁶. Die Selbstregulierung nach Art. 37h rev-BankG wird durch die FINMA beaufsichtigt.

e) *Versicherungsvermittlertätigkeit*

Am 19. Mai 2021 hat der Bundesrat die Botschaft über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit verabschiedet¹⁷. Unerwünschte Telefonanrufe sind für die Bevölkerung ein grosses Ärgernis. Auch die an die Vermittlerinnen und Vermittler ausbezahlten Provisionen beschäftigen das Parlament seit einigen Jahren. Bei der Verabschiedung des Krankenversicherungsaufsichtsgeset-

¹⁵ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bankengesetzes (BankG) (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 6359 ff. mit Begründung der Einlagensicherung auf Seite 6364 f.

¹⁶ Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) (Insolvenz und Einlagensicherung) Änderung vom 17. Dezember 2021, BBl 2021, 3001 ff.

¹⁷ Botschaft vom 19. Mai 2021 zum Bundesgesetz über die Regulierung der Versicherungsvermittlertätigkeit, BBl 2021, 1478 ff.

zes hat der Gesetzgeber entschieden, es den Versicherern zu überlassen, diese beiden Punkte in einer Vereinbarung zu regeln. Jeder der beiden Dachverbände erstellte 2015 eine Vereinbarung. Im Anschluss stellte sich jedoch heraus, dass sich nicht alle Versicherer an die Vereinbarung ihres Dachverbands hielten.

Das Krankenversicherungsaufsichtsgesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz sollen dahingehend abgeändert werden, dass der Bundesrat ermächtigt wird, einige Punkte der Vereinbarung der Versicherer verbindlich zu erklären: Das Verbot der Telefonwerbung bei Personen, die beim betroffenen Versicherer nie versichert waren oder seit längerer Zeit nicht mehr versichert sind, die Ausbildung der Vermittlerinnen und Vermittler, die Einschränkung der Entschädigung ihrer Tätigkeit und die Erstellung und Unterzeichnung von Beratungsprotokollen. Der Entwurf entspricht dem Willen des Gesetzgebers, in diesen Bereichen auf Selbstregulierung zu setzen, denn die Versicherer können diese Punkte in ihrer Vereinbarung weiterhin eigenständig regeln. Die vom Bundesrat erlassene Verordnung erklärt sie für alle Versicherer verbindlich, auch für diejenigen, die der Vereinbarung nicht beigetreten sind. Sinn des Ganzen ist eine Besserstellung der Konsumenten, die von der Vermittlertätigkeit betroffen sind.

5. Rechtliche Interessen

a) *Vorbemerkung*

Im Berichtsjahr 2021 scheint sich im Rahmen der rechtlichen Interessen ein wesentlicher Schritt in die richtige Richtung abzuzeichnen. Dazu ist vorerst auf die im Vorjahr erwähnten Problemlagen hinzuweisen (Abweisung von Verbandsklagen von rund 6000 Klägern gegen einen Konzern durch das Handelsgericht Zürich und das Bundesgericht wegen mangelhafter Gesetzeslage).

Der Bundesrat hatte bereits im Jahre 2013 auf diese mangelhafte Gesetzeslage der Schweiz hingewiesen und klare Richtlinien gefordert¹⁸. Nun hat der Bundesrat gestützt auf die Arbeiten einer Expertenkommission am 10. Dezember 2021 die Botschaft zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich) verabschiedet¹⁹.

¹⁸ Bericht des Bundesrates vom 3. Juli 2013 zum Kollektiven Rechtsschutz in der Schweiz –Bestandesaufnahme und Handlungsmöglichkeiten, VPB/JAAC/GAAC/PAAF 2013, Ausgabe vom 20. Dezember 2013, 59 ff.

¹⁹ Botschaft vom 10. Dezember 2021 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbandsklage und kollektiver Vergleich), BBl 2021, 3048 ff.

b) Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes allgemein

Der kollektive Rechtsschutz ist vor allem für Konsumenten entscheidend, die kleine Schäden durch das Verhalten von Unternehmen erleiden. Ist eine Vielzahl von Personen gleich oder gleichartig geschädigt, muss nach heutigem Recht in der Schweiz grundsätzlich jede Person ihre Rechtsansprüche individuell einklagen. Deshalb verzichten Geschädigte gerade bei geringem Schaden oft auf die Rechtsdurchsetzung. Mit der Motion 13.3931 „Förderung und Ausbau der Instrumente der kollektiven Rechtsdurchsetzung“ verlangt das Parlament, diese Situation zugunsten der Geschädigten zu verbessern. 2018 schickte der Bundesrat entsprechende Vorschläge in die Vernehmlassung. Diese zeigte jedoch, dass das Anliegen sehr umstritten ist. Darum hatte der Bundesrat 2020 entschieden, die kollektive Rechtsdurchsetzung von der laufenden ZPO-Revision abzutrennen und separat zu behandeln.

In der parlamentarischen Beratung zur ZPO-Revision zeigte sich indessen die klare Erwartung, dass der Bundesrat neue Vorschläge zum kollektiven Rechtsschutz vorlegt. Der Bundesrat schlägt nun zuhanden des Parlaments eine gegenüber dem Vorentwurf insgesamt einfachere und schlankere Lösung vor. Konkret soll die bestehende Regelung der Verbandsklage in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) angepasst, respektive ausgeweitet werden. Sie soll namentlich der Durchsetzung von Ersatzansprüchen bei sogenannten Massen- und Streuschadensfällen dienen.

c) Anlehnung der Schweiz an die EU und Ablehnung der US Class Action

Im neuen Verbandsklageverfahren soll nach der Botschaft vor allem auch die einvernehmliche kollektive Einigung zwischen den Parteien mit einem kollektiven Vergleich möglich sein. Wenn dieser vom Gericht genehmigt und für verbindlich erklärt wird, bindet der kollektive Vergleich alle betroffenen Personen, die sich der Verbandsklage angeschlossen haben.

Ausnahmsweise ist auch ein kollektiver Vergleich ohne vorgängige Verbandsklage möglich. Unter besonderen Voraussetzungen soll es zudem zukünftig möglich sein, dass ein genehmigter kollektiver Vergleich für alle betroffenen Personen gilt, die nicht innert einer bestimmten Frist ihren Austritt vom Vergleich erklären. Betroffene, die davon Gebrauch machen, können ihre Rechte weiterhin individuell durchsetzen.

d) Voraussichtliche Beratungen des Parlaments 2022

Es ist zu hoffen, dass die langjährige Agonie des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz ein Ende haben wird und das Parlament diesmal die Gelegenheit

packt und die ausgewogene Vorlage gemäss Botschaft in die Schweizer Zivilprozessordnung (ZPO) überführt. Im nächsten Jahresbericht 2022/2023 wird darauf zurückzukommen sein.

6. Politische Interessen

Die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK) hat gestützt auf das KIG²⁰ ihre Arbeiten fortgesetzt. Das Sekretariat der EKK führt das Büro für Konsumentenfragen (BfK).

²⁰ Reglement der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 1. Februar 1966 (Stand am 1. Januar 2013), SR 944.1.

Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht

Dirk Trüten

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (DIRK TRÜTEN)	296
1.	Allgemeines	296
2.	Beitritt zum Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen	296
3.	Ablehnung des Beitritts Grossbritanniens zum LugÜ	297
4.	Rechtsprechung des EuGH zum EU-Primärrecht	298
5.	Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel-Ia-VO	299
a)	Begriff der Zivil- und Handelssache	299
b)	Abgrenzung zwischen vertraglichem und deliktischem Gerichtsstand	300
c)	Bestimmung des Erfolgsortes bei reinen Vermögensdelikten	300
d)	Zuständigkeit bei Ehrverletzungen im Internet	301
e)	Zuständigkeit am betroffenen Markt bei Wettbewerbsverstößen	301
f)	Verbrauchergerichtsstand	302
g)	Gerichtsstand für Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen	302
h)	Gerichtsstand am Ort der belegen Sache	303
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (DIRK TRÜTEN)	304
1.	30 Jahre Inkrafttreten des LugÜ für die Schweiz	304
2.	Aktuelle Gesetzesrevision	304
a)	Allgemeines	304
b)	Internationales Eherecht	305
c)	Internationales Erbrecht	306
d)	Anpassung im Zusammenhang mit der Technik verteilter elektronischer Register	307
e)	Internationales Versicherungsrecht	308
f)	Internationales Deliktsrecht	308

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021

1. Allgemeines

Die Entwicklung des Europäischen IZPR und IPR ist durch die Corona-Epidemie auch im Jahr 2021 beeinträchtigt worden. Es fehlen weiterhin Rechtsakte zum Internationalen Sachenrecht, zum Internationalen Eheschließungsrecht und eine Regelung des Personalstatuts von juristischen Personen. Andere Materien wie z.B. das Adoptionsrecht, der Kindes- und Erwachsenenschutz werden durch Haager Konventionen abgedeckt oder harren noch der Vereinheitlichung durch die EU.

Zumindest hat die Europäische Kommission am 1. Dezember 2021 mehrere Initiativen zur Digitalisierung der Justizsysteme in der EU verabschiedet, um die Justiz zugänglicher und wirksamer zu machen.¹ Übergeordnetes Ziel der Massnahmen ist es, digitale Kommunikationskanäle zum Standardkanal für grenzüberschreitende Gerichtsverfahren zu machen und damit eine der Prioritäten umzusetzen, die in der letztjährigen Mitteilung über die Digitalisierung der Justiz festgelegt wurden.

Kern des Massnahmenpakets ist eine Verordnung, die den Parteien die elektronische Kommunikation mit den zuständigen Behörden oder die elektronische Einleitung von Gerichtsverfahren gegen eine Partei aus einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen soll. Ausserdem soll die Nutzung von Videokonferenzen bei mündlichen Verhandlungen in grenzüberschreitenden Zivil- und Handelssachen zugelassen werden. Die Verordnung soll darüber hinaus die Möglichkeit der digitalen Übermittlung von Ersuchen, Dokumenten und Daten zwischen nationalen Behörden und Gerichten gewährleisten.²

2. Beitritt zum Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen

Am 16. Juli 2021 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für einen Ratsbeschluss über den Beitritt der EU zum Haager Übereinkommen von 2019 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile vorgelegt.³ Der Vorschlag sieht entsprechend Artikel 18 des Übereinkommens eine

¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1. Dezember 2021, IP/21/6387.

² Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit vom 9. Dezember 2021, COM (2021) 762 final.

³ Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Beitritt der Europäischen Union zum Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. Juli 2021, COM (2021) 388 final.

Erklärung vor, die Gewerbemietverträge über in der EU belegene Immobilien von der Anwendbarkeit des Übereinkommens ausnimmt. Hierdurch soll das Regelungsziel der EuGVVO, die ausschliessliche Zuständigkeit europäischer Gerichte über Streitigkeiten betreffend in der EU belegener Immobilien sicher zu stellen, gewahrt werden. Das Haager Übereinkommen bestimmt einen umfassenden Rechtsrahmen für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Urteile. Die Europäische Kommission verspricht sich durch den Beitritt zum Übereinkommen eine Verbesserung der Rechtssicherheit und eine Kosten- und Zeitersparnis bei der Durchsetzung von Rechten ausserhalb der EU.

3. Ablehnung des Beitritts Grossbritanniens zum LugÜ

Nach anfänglichen Berichten über eine bevorstehende Empfehlung zugunsten des Beitritts des Vereinigten Königreichs zum Lugano Übereinkommen⁴ hat sich die EU- Kommission gegen den Beitritt des Vereinigten Königreichs zu diesem Übereinkommen ausgesprochen.⁵ Für die Europäische Union sei das Lugano-Übereinkommen eine flankierende Massnahme des Binnenmarktes und beziehe sich auf den EU-/EWR-Kontext. In Bezug auf alle anderen Drittländer bestehe die konsequente Politik der Europäischen Union darin, die Zusammenarbeit im Rahmen der multilateralen Haager Übereinkommen zu fördern. Das Vereinigte Königreich sei ein Drittland ohne besondere Verbindung zum Binnenmarkt. Daher gäbe es keinen Grund für die EU, von ihrem allgemeinen Konzept in Bezug auf das Vereinigte Königreich abzuweichen. Deshalb sollten die Haager Übereinkommen den Rahmen für die künftige Zusammenarbeit zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich im Bereich der zivilrechtlichen Zusammenarbeit bilden.

Ob mit der Notifizierung der Ablehnung durch die Europäische Kommission das letzte Wort über das Beitrittsersuchen des Vereinigten Königreichs gesprochen ist, wird sich zeigen. Eine Stärkung des Europäischen Rechtsraums durch eine Einbindung dieses wichtigen Justizstandortes liegt langfristig im beiderseitigen Interesse.⁶

⁴ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (LugÜ SR 0.275.11).

⁵ Mitteilung der Kommission an das europäische Parlament und den Rat vom 4. Mai 2021, COM (2021) 222 final.

⁶ Vgl. dazu auch Kohler Christian, Ein europäischer Justizraum in Zivilsachen ohne das Vereinigte Königreich?, ZEuP 2021, 781 ff.

4. Rechtsprechung des EuGH zum EU-Primärrecht

In einem Grundsatzurteil entschied der EuGH am 14. Dezember 2021, dass die Behörden eines EU-Mitgliedstaats die Ausstellung einer Geburtsurkunde nicht mit der Begründung verweigern dürfen, dass die Angabe zweier Elternteile weiblichen Geschlechts in einer Geburtsurkunde der öffentlichen Ordnung eines Mitgliedstaats zuwiderlaufe. In dem konkreten Fall bekamen eine Bulgarin und eine Britin in Spanien ein Kind. Die bulgarischen Behörden verweigerten jedoch die Eintragung beider Frauen als Mütter in die Geburtsurkunde, weil Bulgarien die gleichgeschlechtliche Ehe nicht anerkennt.

In seiner Begründung weist der Gerichtshof zunächst darauf hin, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ihren Staatsangehörigen ein Dokument auszustellen, um ihnen die Ausübung des jedem Unionsbürger durch Art. 21 Abs. 1 AEUV zuerkannten Freizügigkeitsrechts zu ermöglichen. Hierzu gehöre auch das Recht, sowohl im Aufnahmemitgliedstaat als auch in dem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, ein normales Familienleben zu führen, indem sie dort mit ihren Familienangehörigen zusammenleben. Da die spanischen Behörden ein biologisches oder rechtliches Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und ihren beiden Elternteilen rechtmässig festgestellt hatten, müssten beide Elternteile daher in Anwendung von Art. 21 AEUV und der Richtlinie 2004/38⁷ als Eltern eines minderjährigen Unionsbürgers, für den sie tatsächlich sorgten, von allen Mitgliedstaaten das Recht zuerkannt werden, sich bei diesem aufzuhalten. Hieraus ergebe sich zum einen, dass die Mitgliedstaaten dieses Abstammungsverhältnis als solches anerkennen müssen. Zum anderen müssten die beiden Elternteile über ein Dokument verfügen, das sie zur Reise mit diesem Kind berechtigt.

Diese Pflicht bedeute jedoch nicht, dass der betreffende Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht die Elternschaft von Personen gleichen Geschlechts vorsehen müsste oder das Abstammungsverhältnis zwischen dem Kind und den Personen, die in der von den Behörden des Aufnahmemitgliedstaats ausgestellten Geburtsurkunde als seine Eltern genannt sind, zu anderen Zwecken als der Ausübung der diesem Kind aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte anerkennen müsste.

⁷ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl L 158 vom 30. April 2004, 77 ff.

Es verstosse jedoch gegen die durch die Art. 7 und 24 der Europäischen Grundrechtecharta gewährleisteten Rechte, dem Kind die Ausübung seines Rechts auf Freizügigkeit übermässig zu erschweren, weil seine Eltern gleichen Geschlechts sind.⁸

5. Rechtsprechung des EuGH zur Brüssel-Ia-VO

Der EuGH entschied auch im Berichtsjahr über die Auslegung von Bestimmungen der Brüssel Ia-VO, die auch für die Schweiz im Rahmen der Anwendung des Lugano-Übereinkommens von Bedeutung sind.

a) *Begriff der Zivil- und Handelssache*

Unter den Begriff „Zivil- und Handelssachen“ im Sinne von Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia-VO fällt nach Ansicht des EuGH auch ein Antrag auf Betreibung der Tagesparkscheingebühr für einen gekennzeichneten Parkplatz auf einer öffentlichen Verkehrsfläche, der von einer Gesellschaft gestellt wurde, die von einer Gebietskörperschaft mit der Verwaltung solcher Parkplätze betraut wurde. Gleichzeitig qualifiziert der Gerichtshof einen solchen Antrag vertragsrechtlich, da sich dieser auf einen behaupteten Verstoß gegen allgemeinen Nutzungsbedingungen für öffentliche Parkplätze stütze (Erbringung einer Dienstleistung i.S.v. Art. 7 Ziff. 1 lit. b zweiter Gedankenstrich Brüssel Ia-VO), und spricht sich gegen einen Gerichtsstand am *forum rei sitae* aus.⁹

Des Weiteren stellte der EuGH fest, dass ein Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz betreffend Vertragsstrafen wegen der Erfüllung eines Vertrags über den Bau einer öffentlichen Schnellstrasse, der auf eine Ausschreibung, deren Auftraggeber eine öffentliche Einrichtung ist, geschlossen wurde, unter den Begriff „Zivil- und Handelssachen“ fällt. Weder der Gegenstand des Vertrags noch der Umstand, dass nur der Generaldirektor für Nationale Strassen berechtigt war, einen entsprechenden Vertrag auszuschreiben, liessen auf die Ausübung von Hoheitsrechten schliessen.¹⁰

⁸ EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2021 in der Rechtssache C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008 - *Stolichna obshtina, rayon „Pancharevo“*.

⁹ EuGH, Urteil vom 25. März 2021 in der Rechtssache C-307/19, ECLI:EU:C:2021:236 - *Obala i lučice*.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2021 in der Rechtssache C-581/20, ECLI:EU:C:2021:808 - *TOTO*.

b) *Abgrenzung zwischen vertraglichem und deliktischem Gerichtsstand*

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH liegt eine Klage aus unerlaubter Handlung im Sinne von Art. 7 Ziff. 2 Brüssel Ia-VO vor, wenn Gegenstand der Klage zivilrechtliche Schadenersatz- oder Unterlassungsansprüche sind, die darauf gestützt werden, dass mit dem beanstandeten Verhalten eine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt wird.¹¹ Ein solcher Missbrauch einer beherrschenden Stellung kann nach Auffassung des EuGH darin liegen, dass eine Online-Buchungsplattform wie „booking.com“ die Aufnahme vertraglicher Beziehungen mit einem Hotel von der Zustimmung zu unangemessenen Geschäftsbedingungen abhängig macht. Diese neue Rechtsprechung ist v.a. im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen deliktischem und vertraglichem Gerichtsstand von Bedeutung, da sich der Gerichtshof in einer früheren Entscheidung aus dem Jahr 2014 dahingehend geäußert hatte, dass eine Klage, die auf unerlaubte Handlung gestützt wird, gleichwohl vertragsrechtlich zu qualifizieren sei, wenn das vorgeworfene Verhalten als Verstoss gegen die vertraglichen Verpflichtungen angesehen werden könne.¹² In d dieser früheren Entscheidung liess sich ein Ausbau des Vertragsgerichtsstand zulasten des Gerichtsstands der unerlaubten Handlung beobachten. Dieser Entwicklung scheint der EuGH nunmehr Einhalt gebieten zu wollen.¹³

c) *Bestimmung des Erfolgsortes bei reinen Vermögensdelikten*

Bei der Auslegung des deliktischen Gerichtsstands bereitet die Bestimmung des Erfolgsortes bei reinen Vermögensdelikten nach wie vor Schwierigkeiten. Der EuGH ergänzt seine diesbezügliche Rechtsprechung nunmehr um die Präzisierung, dass im Fall eines börsenkotierten Unternehmens nur die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte derjenigen Mitgliedstaaten begründet werden kann, in denen dieses Unternehmen die gesetzlichen Offenlegungspflichten für seine Börsennotierung erfüllt hat. Nach Ansicht des Gerichtshofs

¹¹ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2018 in der Rechtssache C-27/17, ECLI:EU:C:2018: - flyLAL-Lithuanian Airlines.

¹² EuGH, Urteil vom 13. März 2014 in der Rechtssache C-548/12, ECLI:EU:C:2014:148 - Brog-sitter.

¹³ EuGH, Urteil vom 24. November 2020 in der Rechtssache C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950 – Wikingerhof.mit Anm. Wagner Eric, NJW 2021, 147 f.; S. auch Siehr Kurt, Internationales Privatrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/2021, Zürich 2021, 309.

kann nur in diesen Staaten ein solches Unternehmen vernünftigerweise damit rechnen, dass es einen Anlagemarkt gibt und möglicherweise seine Haftung ausgelöst wird.¹⁴

d) *Zuständigkeit bei Ehrverletzungen im Internet*

Nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH zur gerichtlichen Zuständigkeit bei Ehrverletzungen im Internet besteht ein umfassender deliktischer Gerichtsstand am „Interessenmittelpunkt“ der klagenden Partei.¹⁵ Der EuGH lehnte eine solche Zuständigkeit im Fall einer Klage eines früheren Gefangenen des Lagers Auschwitz ab, der den in Regensburg ansässigen Mittelbayerischen Verlag vor den polnischen Gerichten auf Unterlassung, öffentliche Entschuldigung und Schadensersatz verklagt hatte, weil dieser in einem auf seiner Website veröffentlichten Artikel vom „polnischen Vernichtungslager Treblinka“ gesprochen hatte und sich der Kläger dadurch in seiner Würde als polnischer Staatsbürger verletzt sah. Zur Begründung verwies der EuGH darauf, dass der Kläger in dem auf der Website des Mittelbayerischen Verlags veröffentlichten Inhalt offenkundig weder unmittelbar noch mittelbar individuell identifiziert wurde. Neu ist somit die Klarstellung, dass von der Zuständigkeit für eine solche Klage nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn der Inhalt objektive und überprüfbare Elemente enthält, anhand derer sich die geschädigte Person unmittelbar oder mittelbar individuell identifizieren lässt.¹⁶

e) *Zuständigkeit am betroffenen Markt bei Wettbewerbsverstößen*

In einer weiteren Entscheidung zu Art. 7 Ziff. 2 Brüssel Ia-VO befasste sich der EuGH mit einer Klage auf Ersatz eines Schadens, der durch gegen Art. 101 AEUV verstossende wettbewerbswidrige Absprachen über Preise und Preiserhöhungen verursacht worden war. Der Gerichtshof stellte fest, dass innerhalb des von diesen Absprachen betroffenen Marktes entweder dasjenige Gericht zuständig sei, in dessen Bezirk das geschädigte Unternehmen die von den

¹⁴ EuGH, Urteil vom 12. Mai 2021 in der Rechtssache C-709/19, ECLI:EU:C:2021:377 -Vereniging van Effectenbezitters.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2011 in der Rechtssache C-509/09 sowie C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 -eDate Advertising.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021 in der Rechtssache C-800/19, ECLI:EU:C:2021:489; -Mittelbayerischer Verlag vgl. dazu Droese Lorenz, Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Formulierung „polnisches Vernichtungslager“ in Online-Artikel, *ecolex* 2021, 1018 f. sowie Rieländer Frederick, *eDate revisited: Schranken der Interessenmittelpunkt-Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in ubiquitären Medien*, *EuZW* 2021, 884.

genannten Absprachen betroffenen Gegenstände gekauft hat, oder – wenn das betroffene Unternehmen die Gegenstände an mehreren Orten gekauft hat – das Gericht, in dessen Bezirk sich der Sitz dieses Unternehmens befindet.¹⁷

f) *Verbrauchergerichtsstand*

Eine natürliche Person, die mit einer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Gesellschaft zu den von der Gesellschaft festgelegten AGB einen Vertrag geschlossen hat, um online Poker zu spielen, verliert ihre Eigenschaft als Verbraucher im Sinne von Art. 17 Abs. 1 Brüssel Ia-VO selbst dann nicht, wenn sie täglich viele Stunden am Spiel teilnimmt und dabei erhebliche Gewinne erzielt („Profi-Poker“). Methodisch ist die Entscheidung des EuGH von Interesse, da der Gerichtshof Begriffe und Konzepte aus materiellrechtlichen Bestimmungen des EU-Verbrauchervertrags- und Lauterkeitsrechts bemüht, um den international-verfahrensrechtlichen Verbraucherbegriff präziser zu konturieren.¹⁸

Im Rahmen der Auslegung von Art. 15 Abs. 1 lit. c LugÜ ergänzt der EuGH seine bisherige Rechtsprechung ausserdem insoweit, als er das Bestehen eines Gerichtsstands nach Art. 16 Abs. 2 LugÜ (Klage des Unternehmers gegen den Verbraucher) bejaht, wenn die Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in demselben Vertragsstaat ansässig waren und ein Auslandsbezug erst nach dem Vertragsschluss dadurch entstanden ist, dass der Verbraucher seinen Wohnsitz später in einen anderen Vertragsstaat verlegt hat.¹⁹

g) *Gerichtsstand für Streitigkeiten aus Arbeitsverträgen*

Die Zuständigkeiten der Brüssel Ia-VO für Streitigkeiten aus individuellen Arbeitsverträgen (Art. 21 Abs. 1 lit. b (i) Brüssel Ia-VO) erfassen auch solche Vertragsverhältnisse, bei denen die Arbeitsleistung aus einem dem Arbeitgeber zuzurechnenden Grund niemals erbracht wurde. In diesem Fall könne nach Auffassung des EuGH der in der Bestimmung vorausgesetzte „Ort, an

¹⁷ EuGH, Urteil vom 15. Juli 2021 in der Rechtssache C-30/20, ECLI:EU:C:2021:604 – RH/Volvo u.a.; S. dazu auch Berne André S./Zilio Laura P./Mamame David, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2021/2022, Zürich 2022, Kapitel 4.a).

¹⁸ EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2020 in der Rechtssache C-774/19, ECLI:EU:C:2020:1015 – Personal Exchange International mit Anm. Mankowski Peter, Verbrauchergerichtsstand für Online-Pokerspieler trotz umfangreicher Spielteilnahme und erheblicher Gewinne („Personal Exchange International“), EWIR 2021, 221 f.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 30. September 2021 in der Rechtssache C-296/20, ECLI:EU:C:2021:784 – Commerzbank.

dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet“ jedoch nur anhand der von den Parteien zum Ausdruck gebrachten Absicht in Bezug auf den Erfüllungsort bestimmt werden.²⁰

h) Gerichtsstand am Ort der belegenen Sache

In einem Rechtsstreit um die touristische Nutzung eines Wohnungseigentumsobjekts präzisierte der EuGH seine Rechtsprechung zum ausschliesslichen Gerichtsstand am Ort der belegenen Sache (Art. 24 Ziff. 1 Brüssel Ia-VO). Der Gerichtshof stellte klar, dass die Klage eines Wohnungseigentümers, mit der einem anderen Wohnungseigentümer derselben Liegenschaft verboten werden soll, die vereinbarte Widmung seines Wohnungseigentumsobjekts eigenmächtig und ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer zu ändern, ein Verfahren darstellt, welches „dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen“ im Sinne dieser Bestimmung zum Gegenstand hat. Dabei muss diese Widmung nicht nur den Miteigentümern der unbeweglichen Sache, sondern jedermann entgegengehalten werden können.²¹

²⁰ EuGH, Urteil vom 25. Februar 2021 in der Rechtssache C-804/19, ECLI:EU:C:2021:134 –Markt24 GmbH mit Anm. Wilke Felix, Zur internationalen Zuständigkeit für Streitigkeit aus einem abgeschlossenen, aber nicht umgesetzten Arbeitsvertrag, EWIR 2021, 187 f.

²¹ EuGH, Urteil vom 11. November 2020 in der Rechtssache C-433/19, ECLI:EU:C:2020:900 –Ellmes Property Services mit Anm. Rieländer Frederick, Zur internationalen Zuständigkeit einer unter Wohnungseigentümern erhobenen Unterlassungsklage, NJW 2021, 296.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

1. 30 Jahre Inkrafttreten des LugÜ für die Schweiz

Angesichts der Folgen des Brexit für die Europäische justizielle Zusammenarbeit und insbesondere der Nichtzulassung des Vereinigten Königreichs zum Lugano-Übereinkommen (s.o.) ist mit Nachdruck auf die fundamentale Bedeutung dieses Rechtsinstruments für die Schweiz hinzuweisen. Das LugÜ hat sich seit seinem Inkrafttreten vor genau 30 Jahren sehr bewährt und stellt heute einen Eckpfeiler des schweizerischen Internationalen Zivilprozessrechts dar. Die Schweiz tut daher gut daran, zur Fortentwicklung bzw. Aktualisierung des LugÜ beizutragen und auf diese Weise den gesamten Europäischen Rechtsraum zu stärken. Auch wenn derzeit politisch der Wind aus einer anderen Richtung zu wehen scheint, sollte nicht aus den Augen geraten, dass das LugÜ inskünftig auch für andere EU-Drittstaaten ein wichtiger Baustein im Prozess der Annäherung an den Binnenmarkt darstellen kann.

Im Übrigen wird die reibungslose Zusammenarbeit zwischen dem EuGH und dem schweizerischen Bundesgericht auf den Gebieten der gerichtlichen Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung von Urteilen in Zivil- und Handelssachen in der schweizerischen europapolitischen Diskussion oftmals zu wenig gewürdigt. Seit Jahrzehnten berücksichtigt das Bundesgericht die EuGH-Rechtsprechung zu den entsprechenden EU-Rechtsakten (s.o.), um die Auslegung der Parallelbestimmungen des LugÜ und der Brüssel Ia-VO kohärent zu gestalten. Eine Ausnahme macht das Bundesgericht nur dann, wenn die europäische Rechtsprechung eindeutig an Zielen der EU orientiert ist, welche die Schweiz nicht mitträgt.²² Auf diese Weise kann sowohl den Zielen der europäischen Integration als auch den Erfordernissen der nationalen Souveränität Rechnung getragen werden.

2. Aktuelle Gesetzesrevision

a) Allgemeines

Auch das IPRG wird seit seinem Inkrafttreten 1989 von der Entwicklung des Europäischen Internationalen Privatrechts beeinflusst. Die derzeit anstehenden Revisionen gehen teilweise direkt auf den Einfluss von EU-Rechtsakten wie die Europäische Erbrechtsverordnung (vgl. unten [c](#))), das Europäische Datenschutz- (vgl. unten [f](#))) oder Versicherungsrecht (vgl. unten [e](#))) zurück

²² BGE 135 III 185 E. 3.2, 131 III 227 E. 3.1.

oder sind Ausdruck eines gesellschaftlichen Wandels, der sich in den Mitgliedstaaten der EU in ähnlicher Form wie in der Schweiz vollzieht (z.B. „Ehe für alle“, vgl. nachfolgend [b\)](#)).

b) *Internationales Eherecht*

Die Schweizer Stimmbevölkerung hat am 26. September 2021 die Vorlage „Ehe für alle“ angenommen.²³ Die damit verbundene Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare beinhaltet nicht nur Änderungen im materiellen Recht (ZGB und PartG), sondern bedingt auch verschiedene Anpassungen im Bereich des internationalen Eherechts. Grundsätzlich führt die Öffnung der Ehe für alle Paare automatisch zur Anwendung der Bestimmungen des 3. Kapitels des IPRG auch auf gleichgeschlechtliche Ehepaare. Daher entfällt Art. 45 Abs. 3 IPRG, wonach „eine im Ausland gültig geschlossene Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts [...] in der Schweiz als eingetragene Partnerschaft anerkannt [wird]“.

Obwohl in der Schweiz künftig keine Eingetragenen Partnerschaften mehr begründet werden können, behält das IPRG das bisherige Kapitel 3a in angepasster Form bei, da nicht alle Staaten ihr Eherecht für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet haben. Um Lücken in der Zuständigkeit, im anwendbaren Recht und bei der Anerkennung ausländischer Entscheidungen zu vermeiden, werden die in den bisherigen Art. 65b und d IPRG enthaltenen Regelungen der direkten und indirekten Zuständigkeit in das 3. Kapitel über das Eherecht verschoben.²⁴ Der das anwendbare Recht betreffende Art. 65c Abs. 1 IPRG verbleibt im Kontext der Bestimmungen über die Eingetragene Partnerschaft und verweist nunmehr für den Fall, dass das nach den Bestimmungen des dritten Kapitels anwendbare Recht keine Regeln über die eingetragene Partnerschaft kennt, auf dessen Eherecht. Der bisherige ersatzweise Verweis auf schweizerisches Recht entfällt, da alle ausländischen Rechtsordnungen die Ehe zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts vorsehen, deren Bestimmungen sinngemäss auf die Ehe gleichgeschlechtlicher Personen angewendet werden können.²⁵ Unverändert bleiben die Bestimmungen des IPRG über das Ehegüterrecht, Scheidung und Trennung.

²³ Botschaft des Bundesrates zur Änderung vom 18. Dezember 2020 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Ehe für alle), BBl 2020 9913.

²⁴ Parlamentarische Initiative Ehe für alle, 13.468, Vorentwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates vom 14. Februar 2019, 19 f.; abrufbar unter www.parlament.ch/centers/documents/de/bericht-rk-n-13-468-d.pdf.

²⁵ Vorentwurf, 19.

Nach Inkrafttreten der Revision am 1. Juli 2022²⁶ kann eine Ehe zweier gleichgeschlechtlicher Personen, die im Ausland geschlossen wurde, im schweizerischen Zivilstandsregister als Ehe eingetragen werden (vgl. Art. 32 IPRG), da dies nunmehr mit dem schweizerischen Ordre public vereinbar ist. Jede im Ausland geschlossene Ehe von Personen gleichen Geschlechts wird in der Schweiz künftig als Ehe anerkannt. Vorbehalten bleiben lediglich die allgemeinen Voraussetzungen der Anerkennung nach den Artikeln 25 ff. IPRG.

c) *Internationales Erbrecht*

Hauptziel der Vorlage ist die teilweise Harmonisierung des schweizerischen internationalen Erbrechts mit der EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO).²⁷ Die am 13. März 2020 vorgelegte Botschaft²⁸ schlägt bei acht Bestimmungen des 6. Kapitels des IPRG Änderungen vor, die vornehmlich der Verminderung der Gefahr positiver Kompetenzkonflikte dienen sollen.²⁹ Danach sollen u.a. Erblasser oder Erblasserinnen mit einer ausländischen Staatsangehörigkeit einem allfälligen Zuständigkeitsanspruch des betreffenden Heimatstaates Rechnung tragen können, indem sie ihr dortiges Vermögen oder den gesamten Nachlass seiner Zuständigkeit unterstellen. Auch schweizerischen Staatsangehörigen soll partiell die Möglichkeit gegeben werden, auf einen ausländischen Zuständigkeitsanspruch Rücksicht zu nehmen. Möchten sie ihren Nachlass dem schweizerischen Recht unterstellen, können sie nach der vorgeschlagenen

²⁶ Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. November 2021, abrufbar unter www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85912.html.

²⁷ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl L 201 vom 27. Juli 2012, 107.

²⁸ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (Erbrecht) vom 13. März 2020, BBl 2020, 3310; vgl. dazu u.a. Graham-Siegenthaler Barbara/Eberhard Philipp, Entwicklungen und Tendenzen im Internationalen Erbrecht und die damit verbundenen Neuerungen im IPRG: Ein Überblick über die IPRG-Revision des 6. Kapitels, SRIEL 2020, 369 ff.; Bonomi Andrea, La révision du chapitre 6 LDIP: le droit applicable à la succession à défaut de choix et aux dispositions pour cause de mort, successio 2019, 238 ff.; Widmer Lüchinger Corinne, Zur Revision der Art. 86 ff. IPRG: Auswirkungen auf die Nachlassplanung, in Fresard Philippe/Morger Jürg (Hrsg.): Aktuelle Fragen des internationalen Erbrechts, Zürich 2020; Dummermuth Raphael, Die Revision des internationalen Erbrechts – Bestandesaufnahme und Postulat, successio 2021, 73 ff.

²⁹ Art. 87 Abs. 1 und 2, Art. 88 Abs. 1, Art. 88a, Art. 88b Abs. 1 und 2, Art. 96 Abs. 1 Bst. c und d des bundesrätlichen Entwurfs (VIPRG); vgl. dazu bereits näher Girsberger Daniel/Trüten Dirk, Entwicklungen im schweizerischen internationalen Privatrecht, SJZ 2021, 224.

Regelung die Zuständigkeit des betreffenden Staates vorbehalten. Sowohl schweizerische als auch ausländische Staatsangehörige sollen zudem ausländische Grundstücke der Zuständigkeit des jeweiligen Lageortstaats unterstellen können.

Darüber hinaus schlägt die Botschaft an sieben Stellen eine Angleichung des anwendbaren Rechts vor.³⁰ Wie unter der EuErbVO sollen nun sowohl schweizerische als auch ausländische Staatsangehörige, Doppelbürger und -bürgerinnen eingeschlossen, ihren Nachlass ohne Einschränkung ihrem Heimatrecht bzw. einem ihrer Heimatrechte unterstellen können. Für Testamente und Schenkungen auf den Todesfall soll neu der letzte Wohnsitz im Errichtungs- statt im Todeszeitpunkt massgebend und eine Rechtswahl möglich sein. Für Erbverträge, bei denen diese Grundsätze bereits gelten, werden die Rechtswahlmöglichkeiten erweitert. Darüber hinaus enthält die Vorlage allgemeine Ergänzungen und punktuelle Klarstellungen.³¹

Mit einem Inkrafttreten der Vorlage ist frühestens Anfang 2023 zu rechnen.

d) Anpassung im Zusammenhang mit der Technik verteilter elektronischer Register

An seiner Sitzung vom 18. Juni 2021 hat der Bundesrat das Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register (Distributed-Ledger-Technologie, DLT) per 1. August 2021 vollständig in Kraft gesetzt.³² Das Gesetz dient der weiteren Verbesserung der regulatorischen Rahmenbedingungen für DLT in der Schweiz, namentlich im Finanzbereich. Es enthält auch Anpassungen des IPRG. Diese betreffen insbesondere die Frage des auf die Übertragung tokenisierter Forderungen anwendbaren Rechts. Ausserdem wird eine Regelungslücke in Bezug auf in einem herkömmlichen Wertpapier verkörperte Forderungen geschlossen. Der neue Art. 145a IPRG regelt nun beide Fragen. Parallel dazu halten Art. 105 Abs. 2, 106 und 108a IPRG fest, dass die dort vorgesehenen Bestimmungen über Wertpapiere auch für virtuelle Wertpapiere gelten.

³⁰ Art. 91 Abs. 1, Art. 94 Abs. 1-3, Art. 95 Abs. 3 und 4, Art. 95a VIPRG.

³¹ Art. 87 Abs. 1, Art. 88 Abs. 1, Art. 88a, Art. 88b, Art. 90 Abs. 2, Art. 91 Abs. 3, Art. 92 Abs. 2, 95 Abs. 1-4, 96 Abs. 1, 96 Abs. 1 Bst. c, Art. 199a, Art. 199b VIPRG.

³² Medienmitteilung des Bundesrates vom 18. Juni 2021 über das DLT-Gesetz vom 18. Juni 2021, AS 2021, 33.

e) *Internationales Versicherungsrecht*

Nach dem bis Ende 2021 geltenden VVG a.F. beantwortete sich die Frage, ob bei einem grenzüberschreitenden Versicherungsvertrag die Bestimmungen des VVG oder des IPRG zur Anwendung kamen, nach der Belegenheit des versicherten Risikos. Lag das Risiko in einem Staat, mit dem die Schweiz einen Staatsvertrag abgeschlossen hatte, welcher die Anerkennung aufsichtsrechtlicher Anforderungen und Massnahmen vorsah und damit sicherstellte, dass im betreffenden Staat gleichwertige Regelungen wie in der Schweiz zur Anwendung kamen, so galten die Bestimmungen des VVG (Art. 101a VVG a.F.). In allen anderen Fällen war das auf den Versicherungsvertrag anwendbare Recht bei fehlender Rechtswahl nach Art. 117 IPRG zu bestimmen. Die Art. 101a-c VVG a.F. waren im Zuge des „Swisslex“-Paketes von 1993 ins VVG eingefügt worden, um den angestrebten freien Verkehr von Versicherungsdienstleistungen mit den EWR-Staaten zu flankieren.³³ Da kein entsprechendes Abkommen mit der EU abgeschlossen wurde und sich die Art. 101a-c VVG a.F. zudem an inzwischen ausser Kraft getretenen EU-Richtlinien orientieren, sind sie im Rahmen der jüngsten Revision per 1. Januar 2022 ersatzlos gestrichen worden.³⁴

f) *Internationales Deliktsrecht*

Per 1. Januar 2022 sind die Kernenergiehaftpflichtgesetzgebung von 2008 sowie die revidierten Übereinkommen von Paris und Brüssel in Kraft getreten.³⁵ Der revidierte Art. 130 Abs. 1 IPRG verweist für die internationale Zuständigkeit nunmehr direkt auf das Übereinkommen vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie in der Fassung des Zusatzprotokolls vom 28. Januar 1964, des Protokolls vom 16. November 1982 und des Protokolls vom 12. Februar 2004 (PÜ).³⁶ Nach Art. 13 PÜ sind die schweizerischen Gerichte zuständig für Klagen (a) gegen schweizerische Betreiber (bzw. ihre Deckungsgeber) bei nuklearen Unfällen, die sich in Kernanlagen in der Schweiz ereignen, (b) gegen schweizerische Betreiber (bzw. ihre Deckungsgeber) bei Unfällen, die sich (während des Transports) in der Schweiz

³³ Kuhn, AJP 1994, 706 ff.

³⁴ Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017 BBl 2017, 5089, 47 f.

³⁵ Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung von Übereinkommen zur Haftung auf dem Gebiet der Kernenergie vom 13. Juni 2008, BBl 2008 5339.

³⁶ Zusatzübereinkommen vom 31. Januar 1963 zum Pariser Übereinkommen vom 29. Juli 1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie in der Fassung des Zusatzprotokolls vom 28. Januar 1964, des Protokolls vom 16. November 1982 und des Protokolls vom 12. Februar 2004, BBl 2007 5491.

oder ausserhalb des Vertragsgebietes des Pariser Übereinkommens ereignen, und für die ein schweizerischer Betreiber gem. Art. 4 PÜ haftbar ist sowie (c) gegen Betreiber aus anderen „Pariser Staaten“ (und ggf. ihre Deckungsgeber) bei Unfällen, die sich (während des Transports) in der Schweiz ereignen, und für die der betreffende Betreiber gem. Art. 4 PÜ haftbar ist.³⁷ Angepasst wurden in diesem Zusammenhang auch Art. 138a und 149 Abs. 2 Bst. f IPRG.

Im Rahmen der Revision des Datenschutzgesetzes (DSG) wird Art. 130 Abs. 3 IPRG insoweit ergänzt, als dieser inskünftig nicht nur Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts gegen den Inhaber einer Datensammlung, sondern auch Klagen zur Durchsetzung des Einsichtsrechts im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten erfasst.³⁸ Die Bestimmung wird neu als Art. 130a IPRG geführt werden. Mit dem Inkrafttreten dieser Revision ist frühestens im Herbst 2022 zu rechnen.

³⁷ Furrer Andreas et. al./ Internationales Privatrecht Besonderer Teil, Schweizerisches Privatrecht, Bd. XI/2, Basel 2018, Rz. 1406 f.

³⁸ Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG) vom 25. September 2020, BBl 2020 7639.

Aussenwirtschaftsrecht

Janick Elsener/Andreas R. Ziegler

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2021 (JANICK ELSENER)	312
1.	Allgemeine Übersicht und Entwicklungen	312
2.	Multilaterale Zusammenarbeit	312
a)	WTO	312
aa)	WTO-Streitbelegungsmechanismus	313
3.	Bilaterale Zusammenarbeit	313
a)	Brexit	313
b)	Rahmenabkommen mit der Schweiz	315
c)	Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen	315
4.	Investitionsschiedsgerichtbarkeit	316
a)	Vattenfall gegen Deutschland	317
b)	EuGH	317
aa)	Achmea-Fall	317
bb)	Komstroy Fall	318
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021 (ANDREAS R. ZIEGLER)	320
1.	Einleitung	320
2.	Multilaterale Zusammenarbeit	320
a)	WTO	320
aa)	Doha-Runde	321
bb)	Streitschlichtung	322
b)	OECD und G20	323
c)	Andere Foren	325
3.	Bilaterale Zusammenarbeit	325
a)	EU	326
b)	Bilaterale Handelsabkommen	327
c)	Investitionsschutzabkommen	330
4.	Interne Handelsinstrumente der Schweiz	331
a)	Exportkontrolle und Rüstungspolitik	331
b)	Anderes	331

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2021

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklungen

Auch in diesem Jahr war COVID-19 das dominierende Thema, wobei erwähnenswert ist, dass einige Länder wirtschaftlich bereits wieder auf dem Niveau von vor der Pandemie sind. In der EU war vor allem zu Beginn des Jahres der Brexit von herausragender Bedeutung. Auf globaler Ebene hatte der Präsidenten Wechsel in den USA einen erheblichen Einfluss.

Im folgenden Kapitel werden die wichtigsten Entwicklungen im Bereich der Aussenwirtschaft der EU vom Berichtsjahr 2021 beleuchtet. Inhaltlich wird zunächst auf die multilateralen Entwicklungen eingegangen, danach werden ausgewählte Bereiche der bilateralen Zusammenarbeit vertieft. Darüber hinaus werden gewisse Entwicklungen im Bereich der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit dargestellt. In diesem ersten Teil geht es primär um die EU, während der Fokus im zweiten Teil auf das Aussenwirtschaftsrecht der Schweiz gerichtet ist.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

Am 15. Februar 2021 wurde die Nigerianerin Ngozi Okonjo-Iweala als erste Frau überhaupt zur Generaldirektorin der WTO ernannt. Nachdem Roberto Azevedo, der ehemalige Generaldirektor, im vergangenen Jahr überraschend seinen Rücktritt bekannt gab, war der oberste Posten der WTO unbesetzt. Dies hing primär mit einer Blockade der USA bzw. Donald Trump zusammen.¹ Durch den Präsidentenwechsel war es nun möglich die erfahrene Ökonomin zu ernennen.

Die Blockade der Ernennung ist symptomatisch für die Probleme, welche die WTO seit Jahren plagen. Als Folge davon werden Handelsabkommen vermehrt auf dem bilateralen Weg abgeschlossen. Auch hapert der Streitbeilegungsmechanismus. Mit der 12. Ministerkonferenz 2021 in Genf erhoffte man sich, eine Antwort auf die potenzielle Aufhebung des Patentschutzes für COVID-Impfstoffe² und einen Durchbruch bei den Verhandlungen um die, erwiesenermas-

¹ Pressemitteilung der WTO vom 15. Februar 2021, abrufbar unter <https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/dgno_15feb21_e.htm>.

² Pressemitteilung der WTO vom 20. Juli 2021, abrufbar unter <https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/trip_20jul21_e.htm>.

sen schädlichen, staatlichen Subventionen für die Fischerei.³ Auf Grund einer neuen COVID-Variante wurde die Ministerkonferenz sehr kurzfristig abgesagt und auf das nächste Jahr verschoben.⁴ Dies ist nach der Absage 2020 bereits das zweite Mal, dass die Konferenz coronabedingt ausfallen musste.

Ob es bei den Streitpunkten tatsächlich zu einer Einigung gekommen wäre, erscheint fraglich.⁵ Ngozi Okonjo-Iweala appelliert an alle WTO-Mitglieder sich bis Ende Februar 2022 in eben diesen Fragen zu einigen.⁶

aa) WTO-Streitbeilegungsmechanismus

Der langwierigste und bekannteste Fall, welchen den WTO-Streitbeilegungsmechanismus beschäftigte, fand 2021 ein endgültiges Ende. Im Streit um staatliche Subventionen bei Flugzeugen einigten sich die USA und die EU darauf die Strafzölle auszusetzen. Gleichzeitig unterzeichneten die USA und die EU eine Vereinbarung über einen kooperativen Rahmen für große Zivilflugzeuge.⁷ Diese Streitigkeit dauerte 17 Jahre an und es drohten Strafzölle von insgesamt USD 11.5 Mrd.

3. Bilaterale Zusammenarbeit

a) Brexit

Für ganz Europa war der Brexit von grösster Bedeutung. Für die beiden Parteien ging es darum die zukünftige Zusammenarbeit zu regeln. Gleichzeitig war es auch für Drittstaaten interessant zu beobachten welche Kompromisse die beiden Seiten eingehen mussten.

Durch das Handels- und Kooperationsabkommen (nachfolgend Abkommen), welches ab dem 1. Januar 2021 zunächst vorläufig angewandt wurde und am 1. Mai 2021 definitiv in Kraft trat, wurde der Brexit vollzogen. Es ist das erste

³ Pressemitteilung der WTI vom 25. November 2021, abrufbar unter <https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/fish_25nov21_e.htm>.

⁴ Pressemitteilung der WTO vom 26. November 2021, abrufbar unter <https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/mc12_26nov21_e.htm>.

⁵ Peters Maren, Eine Absage mit Nebenwirkungen, SRF vom 29. November 2021, abrufbar unter <<https://www.srf.ch/news/wirtschaft/wto-ministerkonferenz-in-genf-eine-absage-mit-nebenwirkungen>>.

⁶ Pressemitteilung der WTO vom 2. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/hod_02dec21_e.htm>.

⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 15. Juni 2021, IP/21/3001, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_21_3001>.

Mal, dass ein Mitgliedstaat aus dem supranationalen Gebilde der EU austritt. Aufgrund der sehr starken wirtschaftlichen Verflechtung zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU war es ein komplizierter und langwieriger Prozess das Abkommen zu verhandeln.

Inhaltlich deckt es eine Vielzahl von Bereichen ab und geht über ein traditionelles Freihandelsabkommen hinaus.⁸ Die Präferenzregelungen gelten in unterschiedlichen Bereichen wie zum Beispiel beim Handel mit Waren und Dienstleistungen, dem digitalen Handel, der Fischerei, der Strafverfolgung und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und in einigen weiteren. Durch solche Regelungen sollen gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden und die Grundrechte garantiert werden. Zusätzlich zum Freihandelsabkommen umfasst das Handels- und Kooperationsabkommen ebenfalls eine enge Partnerschaft für die Sicherheit der Bürger und einen übergreifenden Governance-Rahmen. Die horizontalen Vereinbarungen über Governance soll allen Wirtschaftsteilnehmern Rechtssicherheit bieten. Durch verbindliche Durchsetzungs- und Streitbeilegungsmechanismen soll verhindert werden, dass es zu unfairen Wettbewerbsbedingungen kommt. Im Falle von Verstößen steht es beiden Parteien zu sektorenübergreifenden Gegenmassnahmen zu ergreifen.

Nicht in allen Punkten konnten sich die Parteien einigen. Vordergründig anzumerken ist dabei die Aussen -und Sicherheitspolitik. Der EU ging es primär darum, einen Rahmen für gemeinsame Reaktionen auf aussenpolitische Herausforderungen zu entwickeln.

Daneben gibt es auch einseitige Beschlüsse der EU, die nicht Gegenstand von Verhandlungen sind. Darunter fallen unter anderem die Entscheidungen über die Gleichwertigkeit von Finanzdienstleistungen und die Angemessenheit der Datenschutzregelungen.

Trotz des Abkommens sind nach wie vor Fragen ungeklärt und es kam im Berichtsjahr zu einigen Konflikten. So streiten sich Frankreich und das Vereinigte Königreich um Fischereirechte in den gemeinsamen Gewässern⁹ und es

⁸ Das Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/strategy/relations-non-eu-countries/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_de>.

⁹ Balmer Rudolf, Post-Brexit-Streit mit Paris um Fischereirechte spitzt sich zu, NZZ vom 30. Oktober 2021, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/international/brexit-fischereireit-zwischen-paris-und-london-spitzt-sich-zu-ld.1652668>>.

steht bereits eine Reform des Nordirland-Protokolls an.¹⁰ Die Folgen für beide Seiten sind schwer abschätzbar und durch die COVID-Pandemie ist es besonders schwer zu eruieren, welche Folgen tatsächlich auf den Brexit zurückzuführen sind. Das Vereinigte Königreich hatte im Jahre 2021 Versorgungsengpässen zu kämpfen, speziell die Treibstoffknappheit führte zu Problemen und dadurch auch zu internationalen Schlagzeilen.¹¹

Es ist davon auszugehen, dass Brexit die Akteure auf internationaler/europäischer Ebene auch in Zukunft weiterhin beschäftigen wird.

b) *Rahmenabkommen mit der Schweiz*

Eine weitere Entwicklung im Bereich der bilateralen Zusammenarbeit mit einem Drittland war das Scheitern des Rahmenabkommens mit der Schweiz. Auf dieses wird an dieser Stelle nicht eingegangen, weil es im nachfolgenden Kapitel ausführlich beleuchtet wird.¹²

c) *Laufende Verhandlungen und sonstige Entwicklungen*

Im Laufe des Berichtsjahres gab es mit verschiedenen potenziellen neuen Freihandelspartner Verhandlungen.¹³ So trafen sich die EU und Australien im Sommer virtuell zu einer elften Verhandlungsrunde. Auch mit Chile befindet sich die EU seit längerem in konkreten Verhandlungen. Auch sprachen sich sowohl die EU als auch Marokko für eine Verstärkung ihrer Beziehungen aus.¹⁴

Interessant zu beobachten ist das Verhältnis zwischen der EU und der Türkei. Die Türkei ist der sechstgrösste Handelspartner der EU und die EU mit

¹⁰ Nusplinger Niklaus/Christoph G. Schmutz, Brüssel und London lancieren riskanten Brexit-Poker um Nordirland, NZZ vom 14 Oktober 2021, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/international/brexit-eu-und-briten-lancieren-poker-um-nordirland-protokoll-ld.1649917>>.

¹¹ Triebe Benjamin, Lücken in den Verkaufsregalen sind jetzt Alltag in Grossbritannien – das liegt auch am Brexit, NZZ vom 3. September 2021, abrufbar unter <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/grossbritannien-brexit-sorgt-fuer-mangel-an-eu-lastwagenfahrern-ld.1643039>>.

¹² Siehe unten, II.3.a).

¹³ Eine aktualisierte Übersicht, abrufbar unter <https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf>.

¹⁴ Pressemitteilung von businesseurope, abrufbar unter <<https://www.businesseurope.eu/publications/mediterranean-opportunity-companies-call-eu-and-morocco-strengthen-ties>>.

Abstand der grösste Handelspartner der Türkei.¹⁵ Im März sprach sich Charles Michel, Präsident des Europäischen Rates, für eine Modernisierung der wirtschaftlichen Beziehung mit der Türkei aus.¹⁶ Die Regelungen der Zollunion, welche vor über 25 Jahren in Kraft trat, ist nach wie vor in Kraft. In dieser Zeit hat sich viel verändert. Mitte der 2000er Jahren sah es so aus, als ob die Türkei der EU beitreten könnte. In den letzten Jahren hat sich die Türkei von der EU entfernt und die Beitrittsverhandlungen sind zum Erliegen gekommen. Es wird interessant zu beobachten in welche Richtung sich die Beziehungen der EU und der Türkei entwickeln.

4. Investitionsschiedsgerichtbarkeit

Der Grundgedanke der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit erscheint simpel: Durch einen Vertrag wird vereinbart, dass globale Unternehmen im Falle einer Enteignung gegen die ansässige Regierung vorgehen können. Dadurch soll für die Unternehmen ein Anreiz geschaffen werden auch in „instabilere“ Länder zu investieren.¹⁷ Solche bilateralen Investitionsschutzabkommen stehen seit längerem in der Kritik.¹⁸ In den letzten Jahren kam es aber vermehrt auch zu Fällen, in welchem sich Industriestaaten auf der Beklagtenseite fanden. So auch im berühmten Fall: Vattenfall AB und andere gegen die Bundesrepublik Deutschland.

¹⁵ Bericht der Europäischen Kommission zur Türkei vom 7. Juli 2021, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/turkey/>.

¹⁶ Pressemitteilung des Europäischen Rats vom 6. April 2021, abrufbar unter <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2021/04/06/remarks-by-president-charles-michel-after-his-meeting-in-ankara-with-president-recep-tayyip-erdogan/>.

¹⁷ Kumm Mattias, An Empire of Capital? Transatlantic Investment Protection as the Institutionalization of Unjustified Privilege, Verfassungsblog vom 27. Mai 2021, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/an-empire-of-capital-transatlantic-investment-protection-as-the-institutionalization-of-unjustified-privilege/>.

¹⁸ Für eine vertiefte Analyse vgl. Wegmann Vera/Hall David, The unsustainable political economy of investor-state dispute settlement mechanisms, International Review of Administrative Sciences 2021, Vol. 87(3) 480-496, abrufbar unter <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/00208523211007898>.

a) *Vattenfall gegen Deutschland*¹⁹

Bei Vattenfall handelt es sich um einen schwedischen Energiekonzern, welcher gegen Deutschland klagt. Der Klagegrund ist der beschleunigte Atomausstieg nach Fukushima 2011. Es ging dabei primär um die Geltendmachung von entgangenem Gewinn in Höhe von über EURO Mrd. 6.1.

Neben Vattenfall klagten mit E.on, RWE und EnBW auch drei deutsche Unternehmen vor deutschen Gerichten. Daneben verklagte Vattenfall Deutschland zusätzlich noch beim Internationale Zentrum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten (ICSID) in Washington. Dabei berief sich das Unternehmen auf die Energiecharta (ECT)²⁰. Bei der ECT handelt es sich um ein multilaterales Abkommen, welches primär zur Energieversorgungssicherheit beitragen soll. Das Abkommen wurde von über 50 Parteien unterschrieben und ratifiziert, darunter auch die EU. Die ECT sieht unter anderem die Investitionsschiedsgerichtsbarkeit vor.²¹ Das Verfahren war seit 2012 beim ICSID hängig. Im März 2021 einigten sich die Energieversorgungsunternehmen und die Bundesregierung auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. In diesem ist eine Entschädigung für die Unternehmen vorgesehen, aber auch die Garantie, dass die Unternehmen alle hängige und zukünftige Rechtsstreitigkeit, welche mit dem Atomausstieg zusammenhängen, für beendet erklären.²² Damit wurde auch das Verfahren beim ICSID einvernehmlich für beendet erklärt.²³

b) *EuGH*

aa) *Achmea-Fall*²⁴

Der EuGH zeigte sich bereits in Vergangenheit kritisch gegenüber Investitionsschiedsgerichtsbarkeit. Im Fall *Achmea* vom März 2018 ging es um ein bilaterales Investitionsschutzabkommen (BIT) zwischen zwei EU-Mitgliedstaaten, der Slowakei und den Niederlanden. Bei *Achmea* handelt es sich um ein niederländisches Unternehmen, welches in den slowakischen Krankenversiche-

¹⁹ ICSID Fall Nr. ARB/12/12, Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany.

²⁰ ICSID Case Details, abrufbar unter <<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/12/12>>.

²¹ Art. 26 der ECT aus dem Jahr 1994.

²² Bericht der Bundesregierung vom 25. Juni 2021, abrufbar unter <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/ausgleich-fuer-atomausstieg-1880084>>.

²³ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 2. November 2021, abrufbar unter <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2021/11/20211102-beendigung-des-vattenfall-schiedsverfahrens.html>>.

²⁴ EuGH, Urteil vom 6. März 2018 in der Rechtssache C-284/18, ECLI:EU:C:2018:158 – Achmea.

rungsmarkt investiert hatte. Dies war dem Unternehmen nur möglich, weil die Slowakei diesen Markt 2004 öffnete. Darauf entschloss sich die Slowakei den Markt erneut zu schliessen und Achmea erlitt dadurch finanzielle Einbussen. Auf Grund dessen entschied sich Achmea im Rahmen eines BITs zwischen den Niederlanden und der Slowakei dagegen vorzugehen, bzw. Schadensersatz zu fordern. Ein Schiedsgericht gab der Klage statt und verurteilte die Slowakei auf Schadenersatz in Höhe von 22 Millionen Euro. Die Slowakei wehrte sich vor einem zuständigen deutschen Gericht gegen diesen Schiedsspruch, weil dieser ihrer Ansicht nach gegen EU verstosse. Durch den deutschen Bundesgerichtshof gelang diese Streitigkeit zum EuGH.

Der EuGH entschied in diesem im Vorabentscheidungsverfahren ergangenen Urteil entgegen der Empfehlung des Generalanwalts Melchior Wathelet²⁵ und einiger Mitgliedsstaaten, dass solche Intra-EU-BIT nicht mit dem Unionsrecht vereinbar seien. Dies wurde mit den Artikeln 267 AEUV und 344 AEUV begründet. Nach Art. 267 AEUV soll durch das System der Vorabentscheidung des EuGHs eine Kohärenz und Einheitlichkeit bei der Auslegung des Unionsrecht garantiert werden. Artikel 344 AEUV besagt im Wesentlichen, dass der EuGH über ein Rechtsprechungsmonopol für Streitigkeiten zwischen den Mitgliedsstaaten über die Auslegung und Anwendung der Europäischen Verträge, also des EUV und des AEUV, verfügt. Mit der Entscheidung *Achmea* stützte der EuGH die Position der EU-Kommission, wonach solche Intra-EU-BITs nicht mehr zeitgemäss sind. Die Entscheidung im Fall *Achmea* ebnete den Weg für das im Mai 2020 unterschriebene Abkommen zur Beendigung der bilateralen Investitionsschutzabkommen zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.²⁶

bb) Komstroy Fall²⁷

Am 2. September 2021 entschied der EuGH im Fall *Komstroy*, dass der Vertrag über die Energiecharta (ECT) basierte innergemeinschaftliche Schiedsverfahren gegen EU-Recht verstossen. In diesem Fall ging es um das ukrainische Unternehmen *Komstroy* und die Republik Moldau. Auf Grundlage der ECT verklagte das Unternehmen 2013 die Republik Moldau und bekam vor einem Schiedsgericht Recht. Daraufhin zog die Republik Moldau den Fall weiter, vor

²⁵ EuGH, Schlussanträge des Generalstaatsanwaltes vom 19. September 2017 in der Rechtssache C-284/16, ECLI:EU:C:2017:699 – Slowakische Republik/Achmea BV Rz. 273.

²⁶ Übereinkommen zur Beendigung bilateraler Investitionsschutzverträge zwischen den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2020, L 169/1.

²⁷ EuGH, Urteil vom 2. September 2021 in der Rechtssache C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 - *Komstroy*.

ein Berufungsgericht in Paris. Der Klage wurde stattgegeben und der Schiedsspruch wurde für nichtig erklärt. Das Argument für die Nichtigkeit war die Unzuständigkeit des ersten Schiedsgerichts. Komstroy legte dagegen Berufung ein. Das Kassationsgericht hob die Entscheidung des Berufungsgerichts auf und wies den Fall an dieses zurück. Die Republik Moldau brachte vor, dass die ECT gar nicht zur Anwendung käme, weil es sich nicht um eine Investition im Sinne der ECT gehandelt hatte. Das Berufungsgericht in Paris entschied sich dafür die Streitigkeit dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Der EuGH entschied nicht nur, ob es sich um eine Investition im Sinne der ECT handelte, sondern klärte auf Anregung mehrerer Mitgliedsstaaten und der EU-Kommission auch die Vereinbarkeit der ECT mit dem EU-Recht. In einem *obiter dictum* erklärte der EuGH, dass die ECT nicht mit dem EU-Recht vereinbar ist und somit nicht weiter als Grundlage für Schiedsgerichte dienen solle.²⁸ Damit hat der EuGH nicht jeglichen Anspruch auf ein Gerichtsverfahren auf Basis der ECT verboten, die Unternehmen haben weiterhin die Möglichkeit Schadenersatzklagen vor dem innerstaatlichen Gericht anzustrengen. Des Weiteren ist auch noch unklar wieviel Einfluss diese Entscheidung auf die Schiedsgerichte tatsächlich haben wird. Die ECT ist Völker- und Europarecht zugleich. Der EuGH kann die ECT nicht für alle Mitgliedsstaaten völkerrechtlich auslegen. Die Schiedsgerichte sind aus ihrer Natur heraus eben nicht direkt an die Urteile des EuGHs oder anderes staatliches Gericht gebunden.

²⁸ EuGH, Urteil vom 2. September 2021 in der Rechtssache C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655 - Komstroy Rz. 54 ff.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2021

1. Einleitung

Das vorliegende Kapitel II. folgt der gleichen Struktur des vorangehenden Kapitels I. und widmet sich zunächst multilateralen Entwicklungen in internationalen Organisationen. In einem zweiten Schritt widmet sich dieses Kapitel spezifischen bilateralen Entwicklungen. Abschliessend werden entsprechende unilaterale Massnahmen der Schweiz beleuchtet. Dieser Abschnitt kann nicht sämtliche handelspolitischen Aktivitäten der Schweiz beleuchten, sondern beschränkt sich auf die wichtigsten Entwicklungen im Berichtsjahr.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

Die Krise der WTO dauerte auch im Berichtsjahr an. Die Nigerianerin Ngozi Okonjo-Iweala wurde als erste Frau und Afrikanerin zur Generaldirektorin der WTO ernannt und trat ihr neues Amt am 1. März 2021 an. Sie versuchte v.a. im Rahmen der Covid-Krise mehr Solidarität von den reichen WTO-Mitgliedern einzufordern. Anlässlich ihrer Wahl war die Aargauer Zeitung mit ihrer Beteiligung als Grossmutter negativ aufgefallen und sah sich nach einer Rüge des Presserates zu einer offiziellen Entschuldigung gezwungen.²⁹

Die von Südafrika und Indien angestossenen Diskussionen im TRIPS-Rat bezüglich der Möglichkeit den Patentschutz für Impfstoffe und Medikamente gegen den Covid-19-Erreger einzuschränken, stiessen aber weiterhin auf Widerstand – insbesondere auch der Schweiz als wichtiger Pharma- und Forschungsstandort.

Der Schweizer Vertreter bei der WTO in Genf, Botschafter *Didier Chambovey*, wurde zum Vorsitzenden des prestigeträchtigen Streitschlichtungsorgans (DSB) der WTO gewählt.

Das revidierte Abkommen über das WTO-Beschaffungswesen (GPA 2012) trat für die Schweiz am 1. Januar 2021 in Kraft. Die jüngste Revision der international harmonisierten Warenklassifikation der Weltzollorganisation (WZO)

²⁹ Stellungnahme des Schweizer Presserat, Nr. 51/2021 Diskriminierung / Berichtigung (X. c. „Aargauer Zeitung“), abrufbar unter <https://presserat.ch/complaints/51_2021/>.

machte eine Anpassung des Schweizer Zolltarifs notwendig. Der Bundesrat hat dies an seiner Sitzung vom 30. Juni 2021 beschlossen. Sie ermöglicht eine präzisere und international einheitliche Tarifierung für neue Warenkategorien.

Die ursprünglich für den Juni 2020 vorgesehene 12. ordentliche Ministerkonferenz in Nursultan (Kasachstan), welche auf Dezember 2021 in Genf verschoben worden war, musste aufgrund einer neuen Pandemiewelle kurzfristig abgesagt werden, ohne dass ein neues Datum festgelegt worden wäre.

aa) *Doha-Runde*

Ohnehin erschien es fraglich, ob aufgrund der weiterhin bestehenden Divergenzen überhaupt grössere Ergebnisse hätten erzielt werden könnten. Dies betrifft insbesondere auch die Verhandlungen zu einer Reduktion der Fischer-eisubventionen, bei welchen gewisse Entwicklungsländer (insbesondere Indien) noch weitergehende Zugeständnisse für eine Sonderbehandlung erwarten.

Die Verhandlungen in einem kleineren plurilateralen Rahmen für ein Abkommen über Klimawandel, Handel und Nachhaltigkeit (ACCTS; *Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability*) führten zu einer gemeinsamen Erklärung der Klimaminister gewisser Teilnehmer (auch der Schweiz) im Rahmen der COP 26 am 12. November 2021 in Glasgow.³⁰

Im Rahmen der ebenfalls nur von einer Gruppe von 67 WTO-Mitglieder (darunter die USA, China, die EU und die Schweiz) geführten Verhandlungen über die Regulierung des Dienstleistungsverkehrs im Inland (*Joint Initiative on Services Domestic Regulation*) konnte am 2. Dezember 2021 der erfolgreiche Abschluss der Verhandlungen bekannt gegeben werden. Ziel war es, Verwaltungskosten zu senken und ein transparenteres Arbeitsumfeld für Dienstleistungsanbieter zu schaffen, die auf ausländischen Märkten tätig werden wollen. Massnahmen in Bezug auf Qualifikationsanforderungen und -verfahren, technische Normen sowie Lizenzanforderungen und -verfahren sollen keine unnötigen Hindernisse für den Handel mit Dienstleistungen darstellen. Die entsprechenden Änderungen in den GATS-Verpflichtungslisten der betroffenen Mitglieder sollen allen WTO-Mitgliedern auf Grundlage der Meistbegünstigung zugutekommen.

³⁰ Costa Rica, Fidschi, Island, Neuseeland, Norwegen und die Schweiz.

bb) Streitschlichtung

Die Blockade der Ernennung von Richtern für das Berufungsorgan des WTO-Streitschlichtungsmechanismus durch die USA hält an. Somit können auch weiterhin keine Berufungsverfahren durchgeführt werden. Die Regierung Biden hat immerhin durchblicken lassen, dass sie einer Diskussion der gewünschten Reform gegenüber nicht abgeneigt ist, ohne dass dies aber bisher zu konkreten Ergebnissen geführt hätte.

Bereits im Dezember 2020 hatten die USA der Welthandelsorganisation mitgeteilt, dass sie beabsichtigen, bestimmte unentbehrliche Arzneimittel und 'kritische Inputs' aus dem Geltungsbereich des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) herauszunehmen, und zwar in Übereinstimmung mit einer Verfügung vom August 2020 der Administration Trump, die vorschrieb, dass solche Produkte in den USA hergestellt werden müssten. Im Januar dieses Jahres berichtete die Presse³¹ über Einwände anderer Mitglieder. Die Europäische Union und die Schweiz hatten offiziell Einspruch gegen die von den Vereinigten Staaten vorgeschlagene Änderung des Geltungsbereichs des öffentlichen Beschaffungswesens erhoben, um unentbehrliche Arzneimittel (*Essential Medicines*) auszuschliessen, mit der Begründung, die USA hätten die wahrscheinlichen Folgen der Änderung für andere Mitglieder nicht berücksichtigt. Im April 2021 wurde verlautbar, acht WTO-Mitglieder – die Europäische Union, die Schweiz, Kanada, Japan, Australien, Israel, Korea und das Vereinigte Königreich – würden ihre Einwände an ein Schiedsgericht weiterleiten, nachdem bilaterale Konsultationen mit den USA im Februar und März die Einwände nicht ausräumen konnten. Am 16. April zog aber die neue US-Regierung unter Präsident Biden das Projekt ganz zurück, womit die Angelegenheit hinfällig wurde.³²

Am 26. August 2020 beschloss der Bundesrat, die neue Regelung für gewürztes Fleisch ab dem 1. Januar 2021 anzuwenden. Um ihren Verpflichtungen im Rahmen der Welthandelsorganisation nachzukommen, hat die Schweiz eine Erhöhung ihrer maximalen Zölle für gewürztes Fleisch ausgehandelt. Diese Änderung wurde in der LIX-Liste der Verpflichtungen der Schweiz und Liechtensteins gegenüber den anderen WTO-Mitgliedern festgehalten. Nach mehrjährigen Verhandlungen wurde eine Lösung in der Frage der Fleischimporte gefunden. Im Dezember 2015 hatte das Parlament die parlamentarische Initiative „Importe von gewürztem Fleisch. Abschaffung der im Zolltarif vorgese-

³¹ Insidetrade vom 8. Januar 2021, abrufbar unter <<https://insidetrade.com/daily-news/eu-switzerland-object-us-push-modify-gpa-coverage>>.

³² Heilman Grier, Jean, Biden Team Pulls Proposed GPA Modification to Remove Medicines, Perspectives on Trade 20. April 2021 abrufbar unter <<https://trade.djaghe.com/?p=6962>>.

henen Vorzugsbehandlung“ angenommen. Darin wurde gefordert, dass rohes, gewürztes Fleisch wie marinierte Rindssteaks deutlich höheren Zöllen unterliegt als Fleischzubereitungen. Der Bundesrat setzte diese Änderung am 1. Juli 2016 um. Als Folge der höheren Zölle auf gewürztes Fleisch hat die Schweiz ihre Verpflichtungen gegenüber der Welthandelsorganisation (WTO) nicht erfüllt. Dies hat dazu geführt, dass die Herkunftsländer des importierten gewürzten Fleisches bei der WTO protestiert haben. Die Schweiz musste aus diesem Grund im Rahmen des sogenannten Dekonsolidierungsverfahrens mit den betroffenen Ländern Kompensationen aushandeln, um zu verhindern, dass diese Gegenmassnahmen ergreifen und Zölle auf Schweizer Exporte erheben. Mit der vom Bundesrat verabschiedeten Regelung hebt die Schweiz die Zollansätze des Zollgesetzes für gewürztes rohes Fleisch ordnungsgemäss auf das Niveau der Zollansätze für Frischfleisch an.

b) *OECD und G20*

Für den 2021 frei werdenden Posten des OECD-Generalsekretärs hatte der Bundesrat am 28. Oktober 2020 den ehemaligen SNB-Präsidenten Philipp Hildebrand als Kandidaten vorgeschlagen. Er blieb aber chancenlos und zog sich frühzeitig aus dem Rennen zurück. Gewählt wurde der frühere australische Finanzminister *Mathias Cormann*, der sein Amt auf dem 1. Juni 2021 antrat.

Die Arbeitsgruppe für „Security in Digital Economy“ der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) hat am 23. November 2021 Florian Schütz, den Delegierten des Bundes für Cybersicherheit, per 1. Januar 2022 zu ihrem neuen Vorsitzenden ernannt.

Die Schweiz setze ihre Anpassung bestehender Doppelbesteuerungsabkommen fort und verhandelte mit verschiedenen Staaten entsprechende revidierte Texte. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 10. November 2021 das Bundesgesetz zur Umsetzung internationaler Steuerabkommen (ITAIA) und die dazugehörige Verordnung auf den 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt. Damit passt der Bundesrat den bestehenden Rechtsrahmen an die Entwicklungen in der OECD an. Die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) hat dieses Jahr mit 96 Ländern Informationen über Finanzkonten ausgetauscht. Der Austausch erfolgte im Rahmen des globalen Standards für den automatischen Informationsaustausch. Die ESTV habe Informationen über rund 3,3 Millionen Finanzkonten an die Partnerstaaten übermittelt und von diesen Informationen über rund 2,1 Finanzkonten erhalten, teilte sie am 11. November 2021 in einer Mitteilung mit. Am 1. Oktober 2021 hat der Bundesrat zudem die Vernehmlassung zur Änderung der Geldwäschereiverordnung und weiterer Verordnungen eröffnet.

Die vorgeschlagenen Änderungen präzisieren die Massnahmen des revidierten Geldwäschereigesetzes und verbessern die Integrität des Schweizer Finanzplatzes.

Im Rahmen der andauernden Verhandlungen für eine internationale Besteuerung der (digitalisierten) Wirtschaft haben sowohl G7 als auch G20 die bereits im Vorjahr sich abzeichnende grundsätzliche Einigung angenommen. Die Schweiz hat erklärt, dass sie eine globale Mindeststeuer für Unternehmen befürwortet, nachdem auch in der OECD ein Durchbruch bei den Verhandlungen erzielt wurde. In einer Erklärung sprachen sich 130 Länder für einen Steuersatz von mindestens 15 % und eine höhere Besteuerung der Gewinne der grössten multinationalen Unternehmen in den Ländern aus, in denen diese Gewinne erwirtschaftet werden. Nachdem die OECD Anfang Oktober 2021 mitgeteilt hatte, dass sie die Details eines historischen globalen Unternehmenssteuerabkommens fertig gestellt hat, erklärte die der Bundesrat, dass die Schweiz vor einer vollständigen Umsetzung mehr Zeit und Klarstellungen benötige.

Aufgrund einer Initiative der EU haben die OECD-Staaten eine grundsätzliche Einigung darüber erzielt, die Unterstützung in Form von Exportkrediten für Kohlekraftwerke mit unverminderter Leistung im Vorfeld der COP26 zu beenden (*OECD Arrangement on Officially Supported Export Credits*). Die Teilnehmer haben sich auf neue Beschränkungen für Exportkredite und gebundene Entwicklungshilfe für Kohlekraftwerke geeinigt, die ab dem 1. November 2021 gelten. Diese neuen Regeln werden in die nächste Fassung des Übereinkommens aufgenommen, die Anfang 2022 veröffentlicht werden soll.

Im Rahmen der Arbeiten des *Financial Stability Boards* (FSB) hat sich die Schweiz für mehr Transparenz bei klimarelevanten Finanzrisiken eingesetzt. Der Bundesrat plant, dass Schweizer Grossunternehmen ab 2024 über Klimarisiken berichten müssen (*EU, G7, G20-mandated Task Force on Climate-Related Financial Disclosures*). Er hat an seiner Sitzung vom 18. August 2021 die Eckwerte für die künftige verpflichtende Klimaberichterstattung der grossen Schweizer Unternehmen beschlossen. Das Eidgenössische Finanzdepartement soll bis im Sommer 2022 eine Vernehmlassungsvorlage ausarbeiten.

Die USA haben die Einstufung der Schweiz als Währungsmanipulatoren vorderhand aufgegeben. Die Regierung der Vereinigten Staaten bestätigte am 3. Dezember 2021, dass die Schweiz nicht mehr als Währungsmanipulator gilt.³³ Im April hatte das US-Finanzministerium festgestellt, dass es „keine

³³ U.S. Department of the Treasury, *Macroeconomic and Foreign Exchange Policies of Major Trading Partners of the United States* vom Dezember 2021, 42-45.

ausreichenden Beweise“ für die Einstufung der Schweiz als Währungsmanipulator gab, obwohl sie zwei der drei Schwellenwerte für diese Einstufung erfüllte. Washington wird jedoch weiterhin die Devisenmarktinterventionen der Schweizerischen Nationalbank (SNB) überwachen.

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 17. November 2021 die Botschaft zur Erneuerung des Währungshilfebeschlusses verabschiedet. Damit soll sichergestellt werden, dass die Schweiz bei Bedarf weiterhin internationale Währungshilfemassnahmen ergreifen kann. Zudem genehmigte der Bundesrat Beiträge an den Internationalen Währungsfonds (IWF) für dessen *Poverty Reduction and Growth Trust* (PRGT) Zinszuschüsse und Schuldenerlass für den Sudan.³⁴

c) *Andere Foren*

Nationalrat und Ständerat haben in der Schlussabstimmung vom 19. März 2021 dem Beitritt zur Genfer Akte des Lissabonner Abkommens von 1958 zugestimmt. Damit soll es einfacher werden, geografische Angaben für Schweizer Produkte in mehreren Ländern gleichzeitig zu schützen. Zurzeit müssen Schweizer Produzenten für den Schutz ihrer geografischen Angabe in jedem Staat ein separates Gesuch einreichen.³⁵

Die Schweiz hätte gerne den Sitz für das geplante *International Sustainability Standards Board* (ISSB) zur Verfügung gestellt. Am 31. August 2021 hat das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) die entsprechende Kandidatur der Stadt Genf eingereicht. Am 3. November 2021 gab die *International Financial Reporting Standards* („IFRS“) *Foundation* aber bekannt, dass dieses seinen Sitz in Frankfurt haben wird.

3. **Bilaterale Zusammenarbeit**

Auch hier wurde die Fortführung begonnener Verhandlungen durch die Pandemie behindert. Insgesamt muss man sagen, dass es für die Schweiz nicht nur schwierig bleibt geeignete Partner für bilaterale Verhandlungen zu finden, sondern auch innenpolitisch die Erwartungen betreffen der Nachhaltigkeit solcher Abkommen zunehmen.

³⁴ Botschaft über die Gewährung eines Verpflichtungskredits zur Weiterführung der internationalen Währungshilfe (Währungshilfebeschluss, WHB) vom 17. November 2021, BBl 2021, 2735.

³⁵ Genfer Akte des Lissabonner Abkommens über Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben vom 20. Mai 2015, BBl 2020 5885.

a) EU

Der Abbruch der Verhandlungen zu einem Rahmenabkommen durch den Bundesrat führte zu einer Verstimmung bei der EU und ihren Mitgliedstaaten, die auch Folgen für die gemeinsamen Wirtschaftsbeziehungen hatte. Während die Schweiz anfangs von Ausfuhrbeschränkungen für Covid Impfstoffe im Gegensatz zu anderen Handelspartnern verschont blieb, endete diese Sonderbehandlung ab März 2021. Auch in anderen Bereichen wurden bisher bestehende Vereinbarungen nicht fortgeführt. Dazu gehört neben der Nichtberücksichtigung in der Forschung (Horizon Europe) v.a. die Nichterneuerung der bestehenden Erleichterungen für die Ausfuhr von Medizinprodukten im Rahmen des bestehenden MRA.³⁶ An seiner Sitzung vom 19. Mai 2021 hat der Bundesrat daher Massnahmen zur Abmilderung dieser negativen Folgen beschlossen. Ohne die Vereinfachungen durch das MRA müssen die EU-Hersteller beispielsweise ab dem 26. Mai 2021 einen Bevollmächtigten in der Schweiz benennen und die Produkte mit dessen Kontaktdaten kennzeichnen. Die Massnahmen des Bundesrates sehen Übergangsfristen vor, die der Industrie mehr Zeit für die Umsetzung dieser Bestimmungen geben. Sie sollen so dazu beitragen, dass die Schweiz weiterhin regelmässig mit sicheren und leistungsfähigen Medizinprodukten versorgt wird. Die Benennung des Bevollmächtigten in der Schweiz und die Kennzeichnung der Produkte sind notwendig, damit Swissmedic gegebenenfalls zum Schutz der Patienten auf dem Markt intervenieren kann. Mit den vom Bundesrat verabschiedeten Änderungen bleibt die Gleichwertigkeit der schweizerischen Bestimmungen mit denjenigen der EU erhalten, d.h. eine spätere Aktualisierung des MRA ist weiterhin möglich.

Die Stromnetzbetreiberin Swissgrid geht gerichtlich gegen einen Ausschluss durch die Europäische Kommission von den EU-Stromhandelsplattformen vor.

³⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertung vom 21. Juni 1999, SR 0.946.526.81.

Die EU hatte immer den Abschluss eines Rahmenabkommens als Voraussetzung für ein Stromabkommen gefordert. Die Klage wurde am 26. Februar 2021 eingereicht.³⁷

Die Europäische Kommission hat auch die Teilnahme der Schweiz am Forschungsprogramm „Europäische Partnerschaft für die Umgestaltung des europäischen Eisenbahnsystems“ blockiert, da es keine Fortschritte beim institutionellen Abkommen gibt.³⁸

Die Importzölle für verarbeitete Landwirtschaftsprodukte wurden hingegen auf den 1. März 2021 erfolgreich angepasst. Der Gemischte Ausschuss des Freihandelsabkommens Schweiz-EU von 1972 hatte am 12. Februar 2021 beschlossen, die im Protokoll Nr. 2 des Freihandelsabkommens über bestimmte landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse festgelegten Referenzpreise anzupassen. Gleichzeitig wurden die Zölle auf Importe dieser Produkte aus Drittländern aktualisiert.

Die Schweiz wird auch am Einfuhrkontrollsystem 2 (Import Control System 2 [ICS2]) der Europäischen Union (EU) teilnehmen können. ICS2 ermöglicht die Übermittlung von Zolldaten, die hauptsächlich im Rahmen des Online-Handels anfallen, ab dem Zeitpunkt des Versands der Waren in das Herkunftsland. Dieses System ermöglicht es der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV), detaillierte und effiziente Risikoanalysen durchzuführen. Die Schweiz nimmt seit dem 15. März 2021 am System teil, und zwar auf der Grundlage einer vorläufig angewandten Änderung des Abkommens über Zollerleichterungen und Zollsicherheit mit der EU. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 25. August 2021 die entsprechende Botschaft zuhanden des Parlaments verabschiedet.

b) Bilaterale Handelsabkommen

Die Schweiz hat bis heute, wenn man die EFTA-Konvention und ihr Abkommen mit der EU ausklammert, 32 Freihandelsabkommen mit 42 Ländern unterzeichnet (zumeist zusammen mit den EFTA-Partnern).

³⁷ Klage vom 26. Februar 2021 in Rechtssache T-127/21, Swissgrid/Kommission, ABl C 189/18: „Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin die Nichtigkeitsklärung des im Schreiben der Kommission vom 17. Dezember 2020 enthaltenen Beschlusses, mit dem sie die Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) darüber informierte, dass die Klägerin nicht qualifiziert sei, um an europäischen Plattformen für den Austausch von Standardprodukten für Regalarbeit, darunter dem Trans European Replacement Reserves Exchange (Transeuropäischer Austausch von Ersatzreserven, TERRE), teilzunehmen, und den TERRE-ÜNB aufgab, die Klägerin spätestens am 1. März 2020 von der TERRE-Plattform auszuschliessen.“

³⁸ Interpellation 21.3506 vom 4. Mai 2021, Stellungnahme des Bundesrates vom 25.8.2021.

Das umfassende Wirtschaftspartnerschaftsabkommens (CEPA) zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien wurde in der Referendumsabstimmung vom 7. März 2021 angenommen. Das einzige in der Öffentlichkeit diskutierte Thema stellte dabei die vereinfachte Einfuhr von Palmöl dar. Am 18. August 2021 verabschiedete der Bundesrat den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung und die Verordnung über die zollbegünstigte Einfuhr von nachhaltig produziertem Palmöl aus Indonesien, die entsprechend angepasst wurde. Die Verordnung ist zusammen mit dem Wirtschaftspartnerschaftsabkommen am 1. November 2021 in Kraft getreten.

Aufgrund des Brexits war der Bundesrat bemüht, die Auswirkungen auf die bilateralen Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich so gering wie möglich zu halten oder sogar eine Verbesserung zu erreichen. Das bilaterale Handelsabkommen zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich ist am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Insbesondere im Bereich der Finanzdienstleistungen waren entsprechende Bemühungen ebenfalls von Erfolg gekrönt. Bei einem virtuellen Treffen am 27. Januar 2021 haben sich die Finanzminister der Schweiz und des Vereinigten Königreichs auf die nächsten Schritte für die Verhandlungen über ein Abkommen zur gegenseitigen Anerkennung im Finanzsektor geeinigt. Zudem einigten sich Bundesrat Ueli Maurer und Schatzkanzler Rishi Sunak auf eine Normalisierung im Bereich der Börsenäquivalenz ab dem 3. Februar 2021. Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 14. April 2021 zudem das Abkommen mit dem Vereinigten Königreich über die gegenseitige Anerkennung des Status des zugelassenen Wirtschaftsbeteiligten (AEO) genehmigt. Mit dem Abkommen sollen technische Handelshemmnisse abgebaut und der Handel mit dem Vereinigten Königreich für Unternehmen mit AEO-Status erleichtert werden. Am 30. Juni hat der Bundesrat die Botschaft zum Abkommen zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich über die Mobilität von Dienstleistungserbringern (Services Mobility Agreement, SMA) verabschiedet. Das Abkommen gewährleistet den gegenseitigen erleichterten Zugang für Dienstleistungserbringer zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich nach dem Auslaufen des Abkommens über die Freizügigkeit (AFMP).

Die Schweiz und Israel haben beschlossen, den landwirtschaftlichen Teil des Freihandelsabkommens (FHA) zwischen den EFTA-Staaten und Israel zu modernisieren. Zu diesem Zweck hat der Bundesrat am 21. April 2021 die Veränderungsänderungen beschlossen, um die im Rahmen dieser Modernisierung vorgesehenen Zollkonzessionen umzusetzen. Sie sind per 1. August 2021 in Kraft getreten.

Das modernisierte Freihandelsabkommen (FHA) zwischen den Staaten der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) und der Türkei trat am 1. Oktober

2021 in Kraft. Im Hinblick darauf hat der Bundesrat am 25. August 2021 die Verordnungsänderung beschlossen, die notwendig ist, um die im Abkommen vorgesehenen Zollkonzessionen umzusetzen. Das modernisierte Abkommen zielt darauf ab, den Handel zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei zu ergänzen. Es ersetzt das bestehende Freihandelsabkommen, das seit 1992 in Kraft war.

Am 11. Juni 2021 hat der Bundesrat beschlossen, die Ägypten einseitig gewährten Zugeständnisse verarbeitete Landwirtschaftsprodukte auslaufen zu lassen. Bis zu diesem Zeitpunkt waren die Parteien nicht in der Lage, Verhandlungen aufzunehmen, um sich auf bilaterale Zugeständnisse zu einigen. Zu den betroffenen Waren gehören unter anderem Kaffee, Schokolade und Zuckerwaren. Die übrigen Zollkonzessionen im Rahmen des Freihandelsabkommens EFTA-Ägypten und des bilateralen Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und Ägypten bleiben unverändert.

Die vorläufige Verständigungsvereinbarung vom 13. Mai 2020 zwischen der Schweiz und Frankreich über die Besteuerung von Grenzgängern mit Telearbeit infolge der im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Covid-19 getroffenen Massnahmen bleibt mindestens bis zum 30. Juni 2022 in Kraft. Nach Artikel 25(3) des OECD-Musterabkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung ist das Verfahren der einvernehmlichen Regelung zwischen den nationalen Behörden ein Streitbeilegungsverfahren, das die verfügbaren innerstaatlichen Rechtsbehelfe ergänzt, aber nicht ersetzt.

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 11. August 2021 auch die Botschaft zum neuen Grenzgängerabkommen zwischen der Schweiz und Italien verabschiedet. Das Abkommen verbessert die geltende Regelung zur Besteuerung von Grenzgängern erheblich und trägt zur Aufrechterhaltung der guten bilateralen Beziehungen zwischen den beiden Ländern bei.³⁹

Künftig können Strassenverkehrsunternehmen aus der Schweiz und Russland Gütertransporte zwischen den beiden Ländern sowie Transitfahrten zwischen den beiden Staaten durchführen, ohne dass eine Genehmigung erforderlich ist. Die Vertreter der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Russischen Föderation haben am 21. Oktober 2021 eine entsprechende Änderung des bilateralen Abkommens unterzeichnet. Bundesrat Ueli Maurer hat am 19. November 2021 in Bern zusammen mit dem russischen Finanzminister Anton Siluanov ein Protokoll zur administrativen Entlastung der Uhrenindustrie unterzeich-

³⁹ Botschaft zum neuen Grenzgängerabkommen mit Italien vom 11. August 2021 als Vorabdruck, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/67787.pdf>>.

net. Das Protokoll zur Ergänzung des 2011 geschlossenen Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von amtlichen Punzen auf Edelmetallwaren der Uhrenindustrie stellt sicher, dass diese Produkte zum Zeitpunkt der Einfuhr in die Russische Föderation nicht zusätzlich gekennzeichnet werden müssen und dadurch einen erleichterten Zugang zum russischen Markt erhalten.⁴⁰

c) *Investitionsschutzabkommen*

Die Schweiz gehört weltweit zu den zehn grössten Kapitalexporthuren. Gleichzeitig ist sie ein bedeutender Importeur von ausländischem Kapital. Es liegt somit weiterhin im Interesse der Schweiz, günstige Rahmenbedingungen für Investitionen zu schaffen und aufrechtzuerhalten. Die bilateralen Investitionsschutzabkommen tragen dazu bei, indem sie Investoren dank der darin enthaltenen Garantien und der Übersetzungsmechanismen zusätzliche Rechtssicherheit und Schutz vor politischen Risiken gewähren. Vor diesem Hintergrund versucht die Schweiz, die momentan über 111 geltende ISA verfügt, ihr Netz von ISA fortlaufend durch den Abschluss neuer oder die Revision bestehender Abkommen zu erneuern. Dies war im Berichtsjahr jedoch schwierig, was erneut einerseits auf die Pandemie und andererseits auf bestehende Divergenzen betreffen der Ausgestaltung solcher Abkommen zurückzuführen war. Diese Problematik ist besonders beunruhigend für die Verhandlungen mit Ländern, die teilweise lang bestehende Abkommen gekündigt haben.

Weiter beteiligte sich die Schweiz hingegen an Verhandlungen zur Aktualisierung des Vertrages über die Energiecharta, die weitergeführt werden. Die 7. Verhandlungsrunde fand vom 28. September bis 1. Oktober 2021 statt.

Am 25. August 2021 hat der Bundesrat die Grundzüge einer Kontrolle ausländischer Investitionen festgelegt. Der Entwurf sollte normalerweise Ende März 2022 in die Vernehmlassung geschickt werden. Er soll die Motion 18.3021 Rieder „Schutz der Schweizer Wirtschaft durch Investitionskontrolle“ umsetzen. Bisher hatte sich der Bundesrat gegen die Einführung einer Investitionskontrolle ausgesprochen, da er das Kosten-Nutzen-Verhältnis als ungünstig und die bestehende Regelung als ausreichend erachtet.

⁴⁰ Bundesrat Ueli Maurer trifft in Bern den russischen Finanzminister Anton Siluanov am 19. November 2021, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-85980.html>>.

4. Interne Handelsinstrumente der Schweiz

a) Exportkontrolle und Rüstungspolitik

Das Bundesverwaltungsgericht hat einen Entscheid, der es den Pilatus Flugzeugwerke AG verunmöglicht hätte, in Yemen und Saudiarabien durchgeführte Wartungsarbeiten durchzuführen mit Urteil vom 7. Januar 2021 aufgehoben. Das EDA hatte geltend gemacht, die von Pilatus angebotenen Unterstützungsleistungen für die Streitkräfte Saudi-Arabiens und der Vereinigten Arabischen Emirate, die technische Unterstützung, Ersatzteilmanagement und die Behebung von Problemen mit einer Flotte von 55 Pilatus PC-21 Militärtrainern umfassen, seien „nicht mit den aussenpolitischen Zielen der [Schweizer] Regierung vereinbar“.⁴¹

Gleichzeitig hat der Bundesrat im März 2021 Bereitschaft erkennen lassen, die Exportkontrollen für Rüstungsgüter eher zu verschärfen. Die Befürworter eines Verbots von Schweizer Waffenexporten haben ihre Initiative („Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)“) am 7. Oktober 2021 zurückgezogen, die Waffenexporte in Konfliktländer verhindern sollte. Die breite Allianz aus politischen Parteien und Nichtregierungsorganisationen, die hinter dem Vorschlag stand, zeigte sich erfreut darüber, dass das der Nationalrat im September 2021 einem Kompromiss zugestimmt hat. Die Ankündigung kam, nachdem eine knappe Mehrheit im Nationalrat dem Bundesrat das Recht verweigert hatte, über Ausnahmen von einem Verbot zu entscheiden. Der Ständerat hatte bereits Anfang des Jahres eine entsprechende Gesetzesänderung beschlossen. Mit Erklärung vom 7. Oktober 2021 gab das Initiativkomitee der Bundeskanzlei davon Kenntnis, dass die Initiative mit der nötigen Mehrheit bedingt zurückgezogen worden ist.⁴²

b) Anderes

Im August 2021 hat Staatssekretärin *Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch* ihren Rücktritt als Direktorin des Staatssekretariats für Wirtschaft (seco) auf Ende Juli 2022 angekündigt. Die Suche nach einer Nachfolgerin hat bereits begonnen.

⁴¹ Urteil des Bundesverwaltungsgericht B-3427/2019 vom 7. Januar 2021.

⁴² Botschaft vom 5. März 2021 zur Volksinitiative „Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)“ und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kriegsmaterialgesetzes) BBl 2021 623 und 2342.

Der Nationalrat hat am 15. September 2021 beschlossen, dem Ständerat zu folgen und die Industriezölle einseitig aufzuheben.

Der Bundesrat hat am 24. November 2021 die neue Strategie zur Aussenwirtschaftspolitik verabschiedet. Die Welt habe sich seit der Jahrtausendwende tiefgreifend verändert. Mit der Überarbeitung seiner bisherigen Aussenwirtschaftsstrategie will der Bundesrat auf diese ökonomischen, umwelt-, gesellschafts- und geopolitischen Entwicklungen besser eingehen.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 201 **Challenges, risks and threats for security in Europe**
11th Network Europe Conference, Warsaw, 19th–22nd May 2019
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Viorel Cibotaru, Attila Vincze, Przemyslaw Saganeck, Jelena Ceranic, Aleksei V. Dolzhikov, Alena F. Douhan, Darina Dvornichenko, Vadym Barsky, Itay Fischhendler, Verena Murschetz, Jürgen Scheffran, Tobias Baumgartner, 2019 – CHF 49.90/39.90.
- Band 202 **Elftes Zürcher Präventionsforum**
Neue Technologien im Dienste der Prävention:
Möglichkeiten – Risiken
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Ulf Blanke, Ladina Cavelti, Ulrich Schimpel, Jasmine Stössel, Thomas Wenk, Bettina Zahnd, 2020 – CHF 49.90/39.90.
- Band 203 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2019/2020
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, Mathis Berger, Alexander Brunner, Theodor Bühler, Balthasar Dengler, Jana Fischer, Alfred Früh, Thomas Geiser, Pascal Grolimund, Stefan Härtner, Ulrike I. Heinrich, Isabel Höhener, Samuel Jost, Brigitta Kratz, David Mamane, Laura Manz, Michael Mayer, Urs Meier, Peter Rechsteiner, Antoine Schnegg, René Schreiber, Kurt Sieht, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, 2020 – CHF 49.90.
- Band 204 **Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XV**
THOMAS U. REUTTER/THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Marion Bähler, Christina Del Vecchio, Olivier Favre, Jürg Frick, Arie Gerszt, Sonja Maire, Alex Nikitine, Thomas U. Reutter, Annette Weber, 2020 – CHF 39.90.
- Band 205 **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X**
Verantwortlichkeitsprozesse – Tagungsband 2020
ROLF SETHE/PETER R. ISLER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lukas Fahrländer, Peter Forstmoser, Peter R. Isler, Marcel Küchler, Stephan Mazan, Peter Reichart, Ernst F. Schmid, Rolf Sethe, Martin Waldburger, 2021 – CHF 44.90.
- Band 206 **Gewalt gegen Frauen**
Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2019
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Reinhard Brunner, Regina Carstensen, Rosa Maria Martinez, Rahel Ott, Christian Schwarzenegger, Luzia Siegrist, Claudia Wiederkehr, 2021 – CHF 39.90.
- Band 207 **Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuern**
7. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2020
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Martin Frey, Dieter Gericke, Reto Heuberger, Margrit Marti, Lukas Morscher, Daniel Oehri, Julia Schieber, Lukas Staub, Oliver Triebold, Christian Wenger, 2021 – CHF 44.90.

- Band 208 **Die aktienrechtliche Sanierung**
11. Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2020
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Marc Bernheim, Sikander von Bhicknapahari, Gaudenz Geiger, Oliver Kälin, Livia Keller, Brigitte Knecht, Giorgio Meier-Mazzucato, Reto Schiltknecht, 2021 – CHF 39.90.
- Band 209 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2020/2021
ANDREAS KELLERHALS, TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, André S. Berne, Alexander Brunner, Balthasar Denger, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Helmut Heiss, Isabel Höhener, Brigitta Kratz, Violeta Kuzmanovic, David Mamane, Michael Mayer, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Kurt Siehr, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2021 – CHF 49.90.
- Band 210 **Innovation und Disruption: Sanierungen, Exits, LIBOR-Ablösung und Blockchain**
16. Tagung zu Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen – Tagungsband 2020
THOMAS U. REUTTER, THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von Sophie Bastardoz, Anna Capaul, Hans-Jakob Diem, Benjamin Leisinger, Daniel Raun, Patrick Schärli, Urs Schenker, Christian Schmid, Cornelia Stengel, Stefan Tränkle, Christoph Vonlanthen, 2021 – CHF 39.90.
- Band 211 **Current Challenges of European Integration**
12th Network Europe Conference, 9 – 10 November 2020
TOBIAS BAUMGARTNER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von André S. Berne, Jelena Ceranic Perisic, Viorel Cibotaru, Alex de Ruyter, Ivana Kunda, Tobias Lock, Lee McGowan, Peter Christian Müller-Graff, Tatjana Muravska, Attila Vincze, 2021 – CHF 39.90.
- Band 212 **Schwachstelle Mensch – Prävention gegen alte und neue Formen der Kriminalität**
12. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2021
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Stefan Giger, Oliver Hirschi, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Rutger Leukfeldt, Mirjam Loewe-Baur, Nora Markwalder, Rick van der Kleij, Steve G.A. van der Weijer, Susanne van't Hoff-de Goede, 2022 – CHF 39.90.
- Band 213 **Hotspots des Sanierungsrechts**
12. Fachtagung zur Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2021
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Linus Cathomas, Hubert Gmünder, Daniel P. Oehri, Marina Schwizer, Roman Sturzenegger, Alexander von Jeinsen, 2022 – CHF 39.90.

Weitere Publikationen und Monografien

Schweiz – Europäische Union

Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug
MATTHIAS OESCH, 2020 – CHF 44.90.

Ein Plus für die Demokratie

Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk
beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU
THOMAS PFISTERER, 2021 – CHF 44.90/34.90.

Internet Governance at the Point of No Return

ROLF H. WEBER, 2021 – CHF 39.00.

Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung

PHILIPP EGLI, MARTINA FILIPPO, THOMAS GÄCHTER, MICHAEL E. MEIER, 2021 – CHF 54.90/44.90.

Begegnungen

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter
KERSTIN NOËLLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradofer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tremp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

«Vielfalt in der Einheit» am Ende?

JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringhen, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der vorliegende 17. Band der Jahrbuchreihe „Wirtschaftsrecht Schweiz – EU“ dokumentiert die aktuellen Entwicklungen in zentralen Bereichen des EU-Wirtschaftsrechts und deren Bedeutung für die Schweiz. Berücksichtigt werden diverse wirtschaftsrelevante Rechtsgebiete, u.a. Kapitalmarktrecht, Immaterialgüterrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht und Wettbewerbsrecht. Das Jahrbuch richtet sich an Unternehmens-, Wirtschafts- und VerwaltungsjuristInnen sowie an RichterInnen und RechtsanwältInnen und bietet ihnen einen kompakten Überblick über die wichtigsten Gesetzgebungsvorstösse, neue Rechtsakte und ergangene Urteile im vergangenen Jahr 2021.

Mit Beiträgen von:

Hansjürg Appenzeller
Tobias Baumgartner
Benjamin Bergau
André S. Berne
Eliane Braun
Alexander Brunner
Janick Elsener
Jana Fischer
Thomas Geiser
Ulrike I. Heinrich
Vanessa Isler

Brigitta Kratz
David Mamane
Michael Mayer
Peter Rechsteiner
René Schreiber
Stefan Sulzer
Dirk Trüten
Wesselina Uebe
Andreas R. Ziegler
Laura P. Zilio