

Herausgeber:
Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

JAHRBUCH WIRTSCHAFTS- RECHT SCHWEIZ – EU

ÜBERBLICK UND
KOMMENTAR
2019/20



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 2019/2020

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.

© 2020 – CC BY-NC-ND

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)

Cover: buch & netz

ISBN:

978-3-03805-290-6 (Print – Softcover)

978-3-03805-317-0 (PDF)

978-3-03805-318-7 (ePub)

978-3-03805-319-4 (mobi/Kindle)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-290>

Version: 1.20-20200527

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

<https://eizpublishing.ch/publikationen/jahrbuch-wirtschaftsrecht-2020/>

Vorwort

Der vorliegende 15. Band der Jahrbuchreihe „Wirtschaftsrecht Schweiz – EU“ dokumentiert die aktuellen Entwicklungen in zentralen Bereichen des EU-Wirtschaftsrechts. Berücksichtigt werden insbesondere die Gebiete Kapitalmarktrecht, Gesellschaftsrecht, Immaterialgüterrecht, Arbeitsrecht, Steuerrecht und Wettbewerbsrecht. Experten diskutieren jeweils die Relevanz für die Schweiz sowie die korrespondierenden Entwicklungen im schweizerischen Recht. Das Jahrbuch richtet sich vor allem an Unternehmens-, Wirtschafts- und Verwaltungsjuristen sowie an Richter und Rechtsanwälte und bietet ihnen einen kompakten Überblick über die wichtigsten Gesetzgebungsvorstösse, neue Rechtsakte und ergangene Urteile im vergangenen Jahr 2019. Mit dem 15. Band erscheint das Jahrbuch erstmals im Verlag EIZ Publishing, und zwar als frei verfügbares E-Book (open access) sowie in gedruckter Form (print on demand). Wir bedanken uns herzlich beim DIKE Verlag für die gute Zusammenarbeit bei der Herausgabe der letzten 14 Bände des Jahrbuchs sowie bei Andreas Von Gunten und Petra Bitterli von buch & netz für die technische Umsetzung der neuen Publikationsvarianten.

April 2020

Andreas Kellerhals / Tobias Baumgartner

Inhaltsübersicht

<u>Vorwort</u>	v
<u>Inhaltsübersicht</u>	vii
<u>Autorenverzeichnis</u>	ix
<u>Banken- und Kapitalmarktrecht</u>	1
Rechtsentwicklung EU: STEFAN SULZER.....	3
Kommentar: STEFAN SULZER.....	21
<u>Versicherungsrecht</u>	47
Rechtsentwicklung EU: LAURA MANZ/PASCAL GROLIMUND.....	48
Kommentar: LAURA MANZ/PASCAL GROLIMUND.....	52
<u>Gesellschaftsrecht</u>	55
Rechtsentwicklung EU: WESSELINA UEBE.....	56
Kommentar: STEFAN HÄRTNER.....	62
<u>Kommunikation und Medien</u>	69
Rechtsentwicklung EU: TOBIAS BAUMGARTNER.....	71
Kommentar: ULRIKE I. HEINRICH.....	82
<u>Wettbewerbsrecht</u>	93
Rechtsentwicklung EU: ALFRED FRÜH/SAMUEL JOST.....	94
Kommentar: DAVID MAMANE.....	128
<u>Arbeitsrecht</u>	147
Rechtsentwicklung EU: WESSELINA UEBE.....	148
Kommentar: THOMAS GEISER.....	170
<u>Öffentliches Auftragswesen</u>	133
Rechtsentwicklung EU: PETER RECHSTEINER.....	134
Kommentar: PETER RECHSTEINER.....	145
<u>Technische Vorschriften</u>	185

Rechtsentwicklung EU: URS MEIER	186
Kommentar: THEODOR BÜHLER	190
Energie	197
Rechtsentwicklung EU: ISABEL HÖHENER	198
Kommentar: BRIGITTA KRATZ	207
Steuerrecht	229
Rechtsentwicklung EU: RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ BALTHASAR DENGER	231
Kommentar: RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/BALTHASAR DENGER	252
Immaterialgüterrecht	259
Rechtsentwicklung EU: ULRIKE I. HEINRICH	261
Kommentar: MATHIS BERGER	277
Verbraucherrecht	287
Rechtsentwicklung EU: MICHAEL MAYER	288
Kommentar: ALEXANDER BRUNNER	295
Internationales Privatrecht	301
Rechtsentwicklung EU: KURT SIEHR	302
Kommentar: KURT SIEHR	311
Aussenwirtschaftsrecht	317
Rechtsentwicklung EU: ANTOINE SCHNEGG	318
Kommentar: ANTOINE SCHNEGG	324

Autorenverzeichnis

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

Dr. MATHIS BERGER, LL.M., Rechtsanwalt, Partner bei Nater Dallafior, Rechtsanwälte AG, Zürich, Lehrbeauftragter für Immaterialgüterrecht an der Universität 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

Prof. Dr. THEODOR BÜHLER, Rechtsanwalt, Winterthur

BALTHASAR DENGER, LL.M., Rechtsanwalt, Associate bei Baker McKenzie, Zürich

JANA FISCHER, LL.M., Rechtsanwältin, Senior Associate bei Baker McKenzie, Frankfurt

Dr. ALFRED FRÜH, Rechtsanwalt, Geschäftsführer Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) der Universität Zürich

Prof. Dr. THOMAS GEISER, Ordinarius für Privat- und Handelsrecht an der Universität St.Gallen, Direktor des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht an der Universität St.Gallen

Prof. Dr. PASCAL GROLIMUND, LL.M., Advokat, Partner bei Kellerhals Carrard, Mitglied der dortigen Fachgruppe Versicherungsrecht, Titularprofessor an der Universität Basel

STEFAN HÄRTNER, MLaw, Rechtsanwalt, Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, Prof. Dr. Rolf Sethe, Universität Zürich

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

ISABEL HÖHENER, MLaw, Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich

Dr. SAMUEL JOST, Rechtsanwalt, Legal Counsel bei Vetter Pharma Fertigung, Ravensburg, Deutschland

Dr. BRIGITTA KRATZ, LL.M., Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich, ehem. Vizepräsidentin Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom, Lehrbeauftragte für Privatrecht und Senior Fellow im Energierecht an der Universität St.Gallen

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

LAURA MANZ, MLaw, Advokatin, Kellerhals Carrard, Mitglied der dortigen Fachgruppe Versicherungsrecht

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

URS MEIER, Rechtsanwalt, Ressortleiter Recht bei Swissmem

PETER RECHSTEINER, Rechtsanwalt, Bracher Spieler Schönberg Eitel Rechsteiner, Advokatur & Notariat, Solothurn

ANTOINE SCHNEGG, lic. iur., LL.M., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich

RENÉ SCHREIBER, Rechtsanwalt/dipl. Steuerexperte, Partner bei Baker McKenzie, Zürich, Dozent für Steuerrecht an der Universität Zürich

Prof. Dr. Dr. h.c. KURT SIEHT, M.C.L., emeritierter Ordinarius für Privatrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Zürich, freier Mitarbeiter des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Dr. STEFAN SULZER, LL.M., Rechtsanwalt, Head Legal, United States and Canada, Alcon Vision, Inc., Fort Worth, Texas, USA

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

Banken- und Kapitalmarktrecht

Stefan Sulzer

„The Commission has delivered the essential building blocks of the Capital Markets Union. We need sustained engagement from the European Parliament and Member States to complete this effort. The success of the Capital Markets Union depends on the actions of Member States and stakeholders at national and EU level, through their national reforms and actions.“

VALDIS DOMBROVSKIS, für Finanzstabilität, Finanzdienstleistungen und die Kapitalmarktunion zuständige Vizepräsident der EU-Kommission 15. März 2019.

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (STEFAN SULZER)	3
1.	Kapitalmarktunion	3
a)	Fortschrittsbericht zum Aufbau einer Kapitalmarktunion	3
b)	Nachhaltiges Finanzwesen	3
c)	Digitalisierung des Finanzsektors	5
d)	Crowdfunding	6
e)	Kleinere und mittlere Unternehmen (KMU)	6
2.	Finanzaufsicht	8
a)	Reform der Aufsichtsstruktur	8
b)	Aufsicht von Wertpapierfirmen	9
3.	Bankenunion	10
a)	Stärkung der Widerstandsfähigkeit der EU-Banken	10
b)	Abbau notleidender Kredite	12
4.	Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR)	13
5.	Wertpapiere	13
a)	Prospekt	13
b)	Gedekte Schuldverschreibungen	14
c)	Durch Staatsanleihen besicherte Wertpapiere	15
d)	Verbriefungen	16
e)	Derivate	17
aa)	Verbesserung der Funktionsweise der Derivatemärkte	17
bb)	Solidere Aufsicht zentraler Gegenparteien (CCP)	17
6.	Investmentfonds	18
7.	Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	19

II.	Bedeutung für die Schweiz (STEFAN SULZER)	21
1.	Bund	21
	a) Strategische Roadmap für die Finanzmarktpolitik	21
	b) Anerkennung von Handelsplätzen	22
	c) Finanzmarktarchitektur	23
	d) Finanzmarktaufsicht	24
	e) Digitales Zentralbankgeld	25
	f) Banken	25
	aa) Kapitalaufbau für systemrelevante Banken	25
	bb) Kapitalanforderungen für eine allfällige Sanierung und Abwicklung	26
	cc) Kleinbankenregime	27
	dd) Liquidität	28
	ee) Sanierungsverfahren	29
	g) Finanztechnologie (FinTech) und Sandbox	29
	h) Stable Coins	31
	i) Blockchain / Distributed Ledger Technology	31
	j) Derivate	32
	k) Kollektive Anlagen	33
	l) Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	33
2.	Finanzmarktaufsicht (FINMA)	35
	a) Risikomonitor	35
	b) Network for Greening the Financial System	35
	c) Finanzmarktarchitektur	35
	d) Banken	36
	aa) Zinsrisiken, Offenlegung und Eigenmittel	36
	bb) Risikoverteilung	38
	cc) Rechnungslegung	38
	e) Finanztechnologie (FinTech) und Sandbox	39
	f) Stable Coins	39
	g) Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	40
	aa) FinTech-Bewilligung	40
	bb) Geldwäschereibekämpfung im Blockchain-Bereich	41
	cc) Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung	42
	h) Prüfwesen	42
	aa) Risikoorientiertere Prüfung	42
	bb) Kleinbankenregime	43
3.	SIX Swiss Exchange	44
	a) Multilaterales Handelssystem	44
	b) Kotierung	44
	aa) Finanzmarktarchitektur	44
	bb) Anerkannte Vertretung	44
	c) Rechnungslegung	45
	d) Alternative Performancekennzahlen	45

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

i. Kapitalmarktunion

a) Fortschrittsbericht zum Aufbau einer Kapitalmarktunion

Durch die Kapitalmarktunion (*capital markets union*, CMU) soll es für Unternehmen in der EU leichter werden, sich die nötigen Finanzierungsmittel zu beschaffen, um wachsen zu können. Die Kapitalmarktunion räumt Hürden für grenzüberschreitende Investitionen aus dem Weg und zählt damit auch zu den zentralen Binnenmarktprojekten. Sie fügt sich in die von der Juncker-Kommission¹ gesteckten Ziele ein, d.h., Erhaltung des Wachstums in Europa, Investitionen in Innovation und Steigerung der globalen Wettbewerbsfähigkeit der EU. Zugleich stellt die Kapitalmarktunion darauf ab, Investitionen in umweltfreundliche Projekte zu lenken und so einen Beitrag zur EU-Agenda für eine nachhaltige und CO₂-neutrale Wirtschaft zu leisten.

Am 15. März 2019 veröffentlichte die EU-Kommission einen weiteren, auf dem Fortschrittsbericht vom 28. November 2018² aufbauenden Bericht³ zum Aufbau einer Kapitalmarktunion. Der Bericht reagiert auch auf die Forderung der EU-Staats- und Regierungschefs nach ehrgeizigen Fortschritten bei der Kapitalmarktunion bis zum Frühjahr 2019.

b) Nachhaltiges Finanzwesen

Angesichts der unabsehbaren Folgen des Klimawandels und der Ressourcenknappheit ist es erforderlich, Anpassungen im Sinne einer grösseren Nachhaltigkeit vorzunehmen. Mit der Einbindung des Finanzsektors werden verstärkte Anstrengungen unternommen, um den ökologischen Fussabdruck zu verringern und gleichzeitig die Wirtschaft in der EU nachhaltiger und wettbewerbsfähiger zu machen. Die Auswirkungen des Klimawandels bedrohen bereits jetzt die Finanzstabilität und verursachen beträchtliche wirtschaftliche

¹ Vgl. hierzu bereits SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2014/15, Zürich/St. Gallen, 3 f.

² Der Fortschrittsbericht vom 28. November 2018 ist abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e9f083ee-f3d4-11e8-9982-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF>.

³ Der Fortschrittsbericht vom 15. März 2019 ist abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/finance/docs/policy/190315-cmu-communication_en.pdf>.

Verluste. Ausserdem könnte aufgrund der fortschreitenden Erderwärmung ein Grossteil der heute getätigten Investitionen letztlich nur ein Tropfen auf dem heissen Stein bleiben.

Am 8. März 2018 hat die EU-Kommission mit der Vorstellung des Aktionsplans⁴ zur Finanzierung nachhaltigen Wachstums den ersten Schritt getan. Grundlage des Aktionsplans war ein von einer Hochrangigen Expertengruppe für ein nachhaltiges Finanzwesen im Januar 2018 vorgelegte Abschlussbericht⁵.

Am 24. Mai 2018 machte die EU-Kommission den zweiten Schritt. Sie schlug erste konkrete Massnahmen⁶ vor, die es dem Finanzsektor in der EU ermöglichen sollen, den Weg für eine umweltfreundlichere und sauberere Wirtschaft zu bereiten. Die neue Verordnung beruht auf drei Säulen: (i) Unterbindung von „Grünfärberei“, d.h. von unbelegten oder irreführenden Behauptungen über Merkmale und Vorteile eines Anlageprodukts in Bezug auf Nachhaltigkeit, und stärkere Sensibilisierung der Märkte für Nachhaltigkeitsfragen; (ii) Neutralität der Regulierung durch die Einführung eines Instrumentariums für die Offenlegung von Informationen, das die Finanzmarktakteure in gleicher Weise anwenden müssen. Die drei Europäischen Aufsichtsbehörden (ESA), und insb. der Gemeinsame Ausschuss der Aufsichtsbehörden, werden die Konvergenz und die Harmonisierung der Offenlegungen in allen betroffenen Branchen weiter vorantreiben; und (iii) gleiche Ausgangsbedingungen indem die Verordnung folgende Finanzdienstleistungsbranchen abdeckt: Investmentfonds, Versicherungsanlageprodukte (Lebensversicherungsprodukte mit Anlagekomponente, die als Einzel- oder Gruppenlebensversicherungspolice angeboten werden), private und betriebliche Altersversorgung, individuelle Portfolioverwaltung, sowie Versicherungs- und Anlageberatung.

Am 7. März 2019 erzielten das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten eine Einigung über das vorgeschlagene Legislativpaket. Im Anschluss an diese politische Einigung werden weitere fachliche Arbeiten erfolgen, bevor das EU-Parlament und der EU-Rat den endgültigen Wortlaut dieser Rechtsvorschriften förmlich annehmen können.

⁴ Mitteilung der EU-Kommission, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums, COM(2018) 97 final.

⁵ Der Abschlussbericht der hochrangigen Expertengruppe, „Financing a sustainable European Economy“ vom 31. Januar 2018 ist abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/180131-sustainable-finance-final-report_en.pdf>.

⁶ Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates über die Einrichtung eines Rahmens zur Erleichterung nachhaltiger Investitionen vom 24. Mai 2018, COM(2018) 353 final.

c) *Digitalisierung des Finanzsektors*

Es ist von entscheidender Bedeutung, dass Europa das ganze Potenzial des digitalen Zeitalters ausschöpft und in einem sicheren und ethisch unbedenklichen Rahmen seine Industrie und Innovationsfähigkeit stärkt. Digitalisierung und Technologie verändern ganz massgeblich das europäische Finanzsystem ebenso wie die Art und Weise, wie in Europa Finanzdienstleistungen für Unternehmen und Bürger erbracht werden. Knapp zwei Jahre nach Annahme des FinTech-Aktionsplans durch die EU-Kommission im Jahr 2018 wurden die darin aufgeführten Massnahmen weitgehend umgesetzt.⁷ Um die Digitalisierung des Finanzsektors in Europa voranzubringen und gleichzeitig die damit einhergehenden Risiken angemessen zu regulieren, wird intensiv auf eine Strategie zur Digitalisierung des Finanzsektors in der EU hingearbeitet. Zu den Themen einer solchen Strategie gehören insb. die Vertiefung des Binnenmarktes für digitale Finanzdienstleistungen, die Förderung eines datengestützten Finanzsektors in der EU unter Eindämmung der Risiken und Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen, ein innovationsfreundlicherer Regulierungsrahmen für EU-Finanzdienstleistungen sowie die Stärkung der Betriebsstabilität digitaler Systeme im Finanzbereich.

Vom 19. Dezember 2019 bis 19. März 2020 führte die EU-Kommission zeitgleich zwei öffentliche Konsultationen durch, eine zum EU-Rechtsrahmen für Kryptoanlagen⁸ und eine zur Betriebsstabilität digitaler Systeme⁹.

In Bezug auf letztere Konsultation ist festzustellen, dass in den vergangenen Jahren Zahl, Professionalität und Schwere von gegen den Finanzsektor gerichteten Cyberattacken zugenommen haben. Durch die zunehmende Digitalisierung des Finanzsektors wird sich dieser Trend beschleunigen. Die EU-Aufsichtsbehörden empfahlen der EU-Kommission bereits im April 2019, gezielte Verbesserungen des EU-Regulierungsrahmens für das Finanzsystem vorzuschlagen, um einheitliche Regulierungs- und Aufsichtsvorgaben für die Informations- und Kommunikations-Technologie (IKT)-Betriebsstabilität im Finanzsektor zu entwickeln.

⁷ Siehe zum FinTech-Aktionsplan bereits SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2018/19, Zürich/St. Gallen, 4 f.

⁸ Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/sites/files/business_economy-euro/banking_and_finance/documents/2019-crypto-assets-consultation-document_en.pdf>.

⁹ Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/sites/files/business_economy-euro/banking_and_finance/documents/2019-financial-services-digital-resilience-consultation-document_en.pdf>.

d) *Crowdfunding*

Crowdfunding verbessert den Zugang zu Finanzmitteln insb. für Start-ups und andere Kleinunternehmen. Ein Start-up kann sein Projekt auf einer Online-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 EU-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. Gestützt auf den Vorschlag wird es Plattformen möglich sein, 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.

Am 19. Dezember 2019 einigten sich das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten auf den Vorschlag zur Stärkung von Crowdfunding in der EU. Diese politische Einigung muss nun vom EU-Parlament und vom EU-Rat endgültig gebilligt werden.

e) *Kleinere und mittlere Unternehmen (KMU)*

Neu notierte kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sind ein wichtiger Motor für neue Investitionen und die Schaffung von Arbeitsplätzen. Trotz der Vorteile einer Börsennotierung haben die öffentlichen Märkte für KMU in der EU mit Schwierigkeiten zu kämpfen. Zu den Vorteilen einer Notierung zählen eine verringerte Abhängigkeit von der Finanzierung durch Banken, eine stärkere Diversifizierung der Investoren, ein leichter Zugang zu zusätzlichem

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

Eigenkapital und zur Fremdfinanzierung (durch Sekundärangebote), eine stärkere Präsenz in der Öffentlichkeit sowie eine grössere Markenbekanntheit. Eines der wesentlichen Ziele der Kapitalmarktunion besteht darin, KMU den Zugang zu Finanzierungsmitteln zu erleichtern, um die Beschäftigung und das Wachstum in der EU zu fördern.

Vom 18. Dezember 2017 bis 26. Februar 2018 führte die EU-Kommission eine öffentliche Konsultation¹¹ durch, um Belege für regulatorische Hemmnisse für KMU-Notierungen zu sammeln. Am 24. Mai 2018 legte die EU-Kommission Vorschläge vor, die KMUs den Zugang zu Marktfinanzierungen erleichtern sollen. Das Legislativpaket¹² besteht aus technischen Änderungen an der Marktmissbrauchsverordnung und der Prospektverordnung und einer delegierten Verordnung zur Änderung delegierter Rechtsakte, die im Rahmen der Finanzmarkttrichtlinie (MiFID II) erlassen wurden.

Die Vorschläge umfassen insb. (i) die Lockerung der Pflicht zur Führung von Listen aller Personen, die auf preissensible Informationen zugreifen können, (ii) die Möglichkeit für Emittenten, die seit mind. drei Jahren an einem KMU-Wachstumsmarkt notiert sind, bei einem Wechsel an einen geregelten Markt einen weniger umfangreichen Prospekt zu erstellen, (iii) die erleichterte Registrierung von auf die Emission von Schuldtiteln spezialisierte Handelsplätze als KMU-Wachstumsmarkt, und (iv) die Schaffung eines in allen Mitgliedstaaten geltendes gemeinsames Regelwerk für Liquiditätsverträge an KMU-Wachstumsmärkten.

Am 13. Dezember 2018 legte die EU-Kommission weitere Vorschläge zur Verbesserung der Finanzierungsquellen für KMUs vor. Diese Vorschläge¹³ umfassen (i) eine weitere Erleichterung der Registrierung von Handelsplätzen als KMU-Wachstumsmärkte, sowie (ii) die Schaffung einer neuen Handelsplatzkategorie für kleine Emittenten.

Am 6. März 2019 erzielten das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten Einigung über das vorgeschlagene Legislativpaket. Auf diese politische Einigung werden weitere fachliche Arbeiten folgen, bevor das EU-Parlament und der EU-Rat den endgültigen Wortlaut der Rechtsvorschriften förmlich annehmen können.

¹¹ Die Konsultationsunterlagen sind abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/2017-barriers-listing-smes-consultation-document_de.pdf>.

¹² Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 596/2014 und (EU) 2017/1129 zur Förderung der Nutzung von KMU-Wachstumsmärkten, COM(2018) 331 final.

¹³ Der Vorschlag ist abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/finance/docs/level-2-measures/mifid-delegated-act-2018-8442_en.pdf>.

2. Finanzaufsicht

a) *Reform der Aufsichtsstruktur*

Nach der Finanzkrise überarbeitete die EU ihr Finanzsystem und führte ein einheitliches Regelwerk für die Regulierung der Finanzmärkte in Europa ein. Ausserdem schuf sie die Europäischen Finanzaufsichtsbehörden (ESA) sowie den Europäischen Ausschuss für Systemrisiken (ESRB). Diese Einrichtungen sind für die Gewährleistung gut regulierter, starker und stabiler Finanzmärkte in der EU von entscheidender Bedeutung. Der Ausbau der Befugnisse der ESA wird in der Halbzeitbilanz zur Kapitalmarktunion als erste vorrangige Massnahme genannt. Bereits im Bericht der fünf Präsidenten über die Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion vom Juni 2015 wurde darauf hingewiesen, dass ein einziges europäisches Aufsichtsgremium für die Kapitalmärkte letztlich unabdingbar sei.¹⁴ Dies wurde auch im Reflexionspapier der EU-Kommission über die Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion vom Mai 2017 unterstrichen.¹⁵

Am 20. September 2017 hat die EU-Kommission Pläne zur Reform der EU-Aufsichtsstruktur vorgelegt, die darauf abzielen, die Finanzmärkte stärker zu vernetzen.¹⁶ Die Reform umfasst auch Massnahmen, mit denen die Entwicklung von Finanztechnologien (FinTech) gefördert und dafür gesorgt werden soll, dass Nachhaltigkeitsaspekte in der Aufsichtspraxis auf europäischer Ebene systematisch berücksichtigt werden.

¹⁴ Der Bericht „Die Wirtschafts- und Währungsunion Europas vollenden“ vom 22. Juni 2015 wurde vom Präsidenten der EU-Kommission in enger Zusammenarbeit mit dem Präsidenten des Euro-Gipfels, dem Präsidenten der Euro-Gruppe, dem Präsidenten der Europäischen Zentralbank sowie dem Präsidenten des EU-Parlaments verfasst. Er ist abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf>.

¹⁵ Reflexionspapier zur Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion, COM(2017) 291.

¹⁶ Vgl. hierzu bereits SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/18*, Zürich/St. Gallen 2018, 7 f.

Am 12. September 2018 schlug die EU-Kommission vor¹⁷, die Verordnung¹⁸ zur Errichtung der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) zu ändern, um deren Rolle bei der Beaufsichtigung des Finanzsektors in Sachen Geldwäschebekämpfung zu stärken. Der Vorschlag sieht insb. vor, (i) sicherzustellen, dass Verstössen gegen Vorschriften zur Geldwäschebekämpfung systematisch nachgegangen wird, (ii) dass die für Geldwäschebekämpfung zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden die EU-Vorschriften einhalten und angemessen mit der Bankenaufsicht zusammenarbeiten, (iii) die Qualität der Aufsicht durch gemeinsame Standards, regelmässige Überprüfungen der nationalen Aufsichtsbehörden und Risikobewertungen zu verbessern, (iv) bei grenzüberschreitenden Fällen die Zusammenarbeit mit Drittländern zu erleichtern, sowie (v) einen neuen Ständigen Ausschuss einzurichten, der die für die Geldwäschebekämpfung zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden zusammenbringt.

Am 21. März 2019 einigten sich das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten auf das Legislativpaket zu einer revidierten Aufsichtsarchitektur. Dies ist ein wichtiger Schritt hin zum Ziel der Kapitalmarktunion, stabilere, sicherere und stärker integrierte Finanzmärkte zum Nutzen der europäischen Verbraucher, Anleger und Unternehmen zu schaffen. An diese politische Einigung schliessen sich weitere fachliche Arbeiten an, damit das EU-Parlament und der EU-Rat den endgültigen Wortlaut förmlich annehmen 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 Wertpapierfir-

¹⁷ Mitteilung der EU-Kommission, Stärkung des Unionsrahmens für die Finanzaufsicht und die Beaufsichtigung der Geldwäschereibekämpfung bei Finanzinstituten vom 12. September 2018, COM(2018) 645 final.

¹⁸ Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates vom 12. September 2018 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, (EU) Nr. 1094/2010, (EU) Nr. 1095/2010, (EU) Nr. 345/2013, (EU) Nr. 600/2014, (EU) Nr. 2016/1011, (EU) Nr. 2017/1129, und der Richtlinie (EU) 2015/849, COM(2018) 646 final.

men 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.

Am 20. Dezember 2017 legte die EU-Kommission zwei überarbeitete Rechtsvorschriften – eine Richtlinie¹⁹ und eine Verordnung²⁰ – vor, die kleineren Wertpapierfirmen das Leben erleichtern und die grössten systemrelevanten Firmen den gleichen Regelungen unterwerfen sollen wie europäische Banken.

Der Vorschlag umfasst 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.

Am 26. Februar 2019 erzielten das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten Einigung über das vorgeschlagene Legislativpaket. Im Anschluss an diese politische Einigung werden weitere fachliche Arbeiten erfolgen, bevor das EU-Parlament und der EU-Rat den endgültigen Wortlaut dieser Rechtsvorschriften förmlich annehmen können.

3. Bankenunion

a) *Stärkung der Widerstandsfähigkeit der EU-Banken*

Am 23. November 2016 präsentierte die EU-Kommission ein umfassendes Paket von Reformen zur weiteren Stärkung der Widerstandsfähigkeit der EU-Banken. Die vorgeschlagenen Massnahmen sind auch Teil der laufenden Arbeiten der EU-Kommission zur Verringerung der Risiken im Bankensektor, die in

¹⁹ Vorschlag für eine Richtlinie des EU-Parlaments und des Rates über die Beaufsichtigung von Wertpapierfirmen und zur Änderung der Richtlinien (EU) Nr. 2013/36 und (EU) 2014/65, COM(2017) 791 final.

²⁰ Vorschlag für eine Verordnung des 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, COM(2017) 790 final.

der Mitteilung „Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion“ angekündigt wurden,²¹ und stehen im Einklang mit den Schlussfolgerungen des Rates „Wirtschaft und Finanzen“ vom Juni 2016.

Zentrale Elemente der Vorschläge sind (i) die Stärkung der Widerstandsfähigkeit von EU-Instituten und Förderung der Finanzstabilität, (ii) die Stärkung der Kreditvergabekapazität der Banken zur Förderung der EU-Wirtschaft, sowie (iii) die weitere Unterstützung der Banken in ihrer Rolle bei der Schaffung tieferer, liquiderer EU-Kapitalmärkte für die Kapitalmarktunion. Die Vorschläge ändern folgende Rechtsakte: (i) die [Eigenkapitalverordnung](#) (CRR) und die [Eigenkapitalrichtlinie](#) (CRD), und (ii) die [Richtlinie über die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten](#) (BRRD) und die [Verordnung über den einheitlichen Abwicklungsmechanismus](#) (SRMR).

Am 4. Dezember 2018 haben das EU-Parlament und der EU-Rat eine vorläufige Einigung über das Bankenpaket erzielt. Das Bankenpaket wurde am 14. Februar 2019 finalisiert und am 16. April vom EU-Parlament gutgeheissen. Am 27. Juni 2019 traten die Erlasse des Bankenpakets in Kraft. Die Bestimmungen der CRD V²², der BRRD²³ und der SRMR²⁴ sind mit bestimmten Ausnahmen ab dem 22. Dezember 2020 anzuwenden, diejenigen der CRR II²⁵ ab dem 28. Juni 2021.

²¹ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen „Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion“, COM (2015) 587 final.

²² Richtlinie (EU) 2019/878 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU im Hinblick auf von der Anwendung ausgenommene Unternehmen, Finanzholdinggesellschaften, gemischte Finanzholdinggesellschaften, Vergütung, Aufsichtsmaßnahmen und -befugnisse und Kapitalerhaltungsmaßnahmen, ABl. L 150 vom 7. Juni 2019, 253 ff.

²³ Richtlinie (EU) 2019/879 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU in Bezug auf die Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungskapazität von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen und der Richtlinie 98/26/EG, ABl. L 150 vom 7. Juni 2019, 296 ff.

²⁴ Verordnung (EU) 2019/877 des EU-Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014 in Bezug auf die Verlustabsorptions- und Rekapitalisierungskapazität von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, ABl. L 150 vom 7. Juni 2019, 226 ff.

²⁵ Verordnung (EU) 2019/876 des EU-Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 in Bezug auf die Verschuldungsquote, die strukturelle Liquiditätsquote, Anforderungen an Eigenmittel und berücksichtigungsfähige Verbindlichkeiten, das Gegenparteiausfallrisiko, das Marktrisiko, Risikopositionen gegenüber zentralen Gegenparteien, Risikopositionen gegenüber Organismen für gemeinsame Anlagen, Grosskredite, Melde- und Offenlegungspflichten und der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl. L 150 vom 7. Juni 2019, 1 ff.

b) *Abbau notleidender Kredite*

Für die Risikominderung im europäischen Bankensektor ist ein weiterer Rückgang der Zahl notleidender Kredite von zentraler Bedeutung. Die Finanzkrise und die anschliessende Rezession führten dazu, dass Kreditnehmer immer häufiger nicht in der Lage waren, ihre Darlehen zurückzuzahlen, da mehr und mehr Privatpersonen und Unternehmen mit anhaltenden Zahlungsschwierigkeiten konfrontiert waren oder gar in Konkurs gehen mussten. Dies war vor allem in Mitgliedstaaten mit langen oder tiefen Rezessionen der Fall. Folglich häuften sich in den Büchern zahlreicher Banken notleidende Kredite an. Hohe Quoten notleidender Kredite stellen für einige Banken nach wie vor eine grosse Herausforderung dar und können deren Ertragsstärke erheblich mindern.

Am 11. Juli 2017 einigte sich der EU-Rat auf einen Aktionsplan zur Bewältigung des Problems notleidender Kredite im Bankensektor.²⁶ Er skizzierte eine Reihe von politischen Massnahmen, die zum Abbau der Bestände an notleidenden Krediten beitragen und ihr künftiges Entstehen verhindern sollen. In der Mitteilung der EU-Kommission zur Vollendung der Bankenunion vom 11. Oktober 2017 und dem am 18. Januar 2018 veröffentlichten ersten Fortschrittsbericht²⁷ hat sich die EU-Kommission verpflichtet, die Elemente des Aktionsplans, für die sie zuständig ist, wirksam umzusetzen. Am 14. März 2018 schlug die EU-Kommission ein umfassendes Massnahmenpaket zum Umgang mit notleidenden Krediten in Europa vor, das auf den bereits erzielten erheblichen Fortschritten beim Risikoabbau im Bankensektor aufbaut.²⁸

Am 12. Juni 2019 veröffentlichte die EU-Kommission den vierten Fortschrittsbericht²⁹ über den Abbau notleidender Kredite. Die EU-Kommission hebt hervor, dass die Anzahl notleidender Kredite im europäischen Bankensektor

²⁶ Die Schlussfolgerungen des EU-Rates zum Aktionsplan für den Abbau notleidender Kredite in Europa vom 11. Juli 2017 wurden auf einer Tagung des EU-Rates „Wirtschaft und Finanzen“ angenommen und sind abrufbar unter: <http://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2017/07/11/conclusions-non-performing-loans/>.

²⁷ Mitteilung der Kommission, Erster Fortschrittsbericht über den Abbau notleidender Kredite in Europa, COM(2018) 37 final.

²⁸ Vgl. hierzu bereits SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2018/19, Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2019, 9 f.

²⁹ Mitteilung der Kommission, Vierter Fortschrittsbericht über den Abbau notleidender Kredite und eine weitere Risikominderung in der Bankenunion, COM(2019) 278 final.

weiter abnimmt und sich dem Vorkrisenstand annähert. Der Anteil notleidender Kredite am gesamten Kreditvolumen der EU-Banken hat sich seit 2014 mehr als halbiert und ging im dritten Quartal 2018 auf 3.3% zurück

4. Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR)

Seit Januar 2018 gilt die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (*Markets in Financial Instruments Directive*, MiFID)³⁰ und die dazugehörige Verordnung (*Markets in Financial Instruments Regulation*, MiFIR)³¹, deren Ziel es ist, die Finanzmärkte effizienter, widerstandsfähiger und transparenter zu machen, sowie den Anlegerschutz zu stärken.

Um nach zweijähriger Anwendung die allgemeine Funktionsweise der beiden Rechtsakte beurteilen zu können, führt die EU-Kommission vom 17. Februar bis 20. April 2020 eine öffentliche Konsultation durch.³² Die Konsultation soll insb. darüber Aufschluss geben, in welchen Bereichen gezielte Anpassungen sinnvoll sind und wie bei einer potenziellen Reform der MiFID II-/MiFIR-Regeln die Rangfolge der einzelnen Themen sein sollte.

5. Wertpapiere

a) Prospekt

Am 30. November 2015 unterbreitete die EU-Kommission einen Vorschlag zur Überarbeitung der Prospektvorschriften. Die Prospektverordnung³³ trat formal am 20. Juli 2017 in Kraft und hat schrittweise die Prospektrichtlinie sowie die auf ihr beruhende nationale Umsetzungsgesetzgebung abgelöst. In weiten

³⁰ Richtlinie 2014/65/EU des 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 ff.

³¹ Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des 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 ff.

³² Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2020-mifid-2-mifir-review-consultation-document_en.pdf>.

³³ Verordnung (EU) 2017/1129 des Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichten ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl. L 168 vom 30. Juni 2017, 12 ff.

Teilen gilt die neue Prospektverordnung seit dem 21. Juli 2019.³⁴ Am 21. Juli 2019 sind ausserdem zwei Ausführungsverordnungen zur Prospektverordnung in Kraft getreten.^{35, 36}

Mit der Prospektverordnung wurden harmonisierte Prospektvorschriften im Hinblick auf die Prospektpflichtschwellen, das Prospektbilligungsverfahren sowie den Prospektinhalt geschaffen. Das brachte insb. Erleichterungen für KMUs und für Sekundäremissionen.³⁷

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 EU-Kommission aufbauend auf den seit dem 2015 bereits erzielten Fortschritten einen Legislativvorschlag, der den EU-Markt für gedeckte Schuldverschreibungen als Quelle langfristiger Finan-

³⁴ Einzelne Bestimmungen gelten bereits seit 20. Juli 2017 bzw. 21. Juli 2018.

³⁵ Delegierte Verordnung (EU) 2019/979 der Kommission vom 14. März 2019 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2017/1129 des EU-Parlaments und des Rates durch technische Regulierungsstandards für wesentliche Finanzinformationen in der Zusammenfassung des Prospekts, die Veröffentlichung und Klassifizierung von Prospekten, die Werbung für Wertpapiere, Nachträge zum Prospekt und das Notifizierungsportal und zur Aufhebung der Delegierten Verordnung (EU) 382/2014 der Kommission und der Delegierten Verordnung (EU) 2016/301 der Kommission, ABl. L 166 vom 21. Juni 2019, 1 ff.

³⁶ Delegierte Verordnung (EU) 2019/980 der Kommission vom 14. März 2019 zur Ergänzung der Verordnung (EU) 2017/1129 des Parlaments und des Rates hinsichtlich der Aufmachung, des Inhalts, der Prüfung und der Billigung des Prospekts, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt zu veröffentlichen ist, und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 809/2004 der Kommission, ABl. L 166 vom 21. Juni 2019, 26 ff.

³⁷ Vgl. zu den Neuerungen in der Prospektverordnung bereits SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/18, Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.), Zürich/St. Gallen 2018, 14 f.

zierungsmittel fördern soll. Die vorgeschlagene Richtlinie³⁸ und Verordnung³⁹ zielen 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. Im Anschluss an diese politische Einigung werden weitere fachliche Arbeiten erfolgen, bevor das EU-Parlament und der EU-Rat den endgültigen Wortlaut dieser Rechtsvorschriften förmlich annehmen können.

c) *Durch Staatsanleihen besicherte Wertpapiere*

Die Vorteile und Durchführbarkeit von Wertpapieren, die durch Staatsanleihen besichert sind (*Sovereign Bond-backed Securities*, SBBS), wurden von einer hochrangigen interinstitutionellen Task Force unter Federführung des Europäischen Ausschusses für Systemrisiken untersucht. Im Januar 2018 veröffentlichte diese Task Force einen umfassenden Bericht.⁴⁰ Die im Bericht enthaltene Analyse zeigt, dass SBBS die Risiken für die Finanzstabilität verringern könnten. Dies würde dadurch erreicht, dass die Staatsanleiheportfolios der Banken und anderen Institute leichter diversifiziert werden könnten.

Am 24. Mai 2018 legte die EU-Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung⁴¹ vor, der marktorientierte Lösungen ermöglicht, um mehr Integration und Diversifizierung im EU-Finanzsektor und damit im Ergebnis auch eine stärkere und widerstandsfähigere Wirtschafts- und Währungsunion zu erreichen. Der Vorschlag wird ungerechtfertigte regulatorische Hindernisse für die marktgetriebene Entwicklung von SBBS aus dem Weg räumen. Die betref-

³⁸ Vorschlag für eine Richtlinie des Parlaments und des Rates über die Emission gedeckter Schuldverschreibungen und die öffentliche Aufsicht über gedeckte Schuldverschreibungen und zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG und 2014/59/EU, COM(2018) 95 final.

³⁹ Vorschlag für eine Verordnung des Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, COM(2018) 93 final.

⁴⁰ Bericht „Sovereign bond-backed securities: a feasibility study, Volume I: main findings der ESRB High-Level Task Force on Safe Assets“ von Januar 2018.

⁴¹ Vorschlag für eine Verordnung des Parlaments und des Rates über staatsanleihebesicherte Wertpapiere, COM(2018) 339 final.

fenden Papiere würden von privaten Instituten aufgelegt und würden Forderungen auf ein Portfolio aus Euroraum-Staatsanleihen verbriefen. SBBS wären vom Konzept her so angelegt, dass sie keinerlei Vergemeinschaftung von Risiken und Verlusten unter den Euroraum-Mitgliedstaaten beinhalten.

Am 24. Mai 2019 hiess das EU-Parlament die vorgeschlagene Verordnung zur Regulierung von SBBS gut.

d) Verbriefungen

Bei Verbriefungen kann sich ein Kreditgeber oder sonstiger Originator von Vermögenswerten – in der Regel ein Kreditinstitut – eine Reihe von Darlehen oder Vermögenswerten (z.B. Hypotheken, Autoleasing, Verbraucherkredite, Kreditkarten) refinanzieren, indem er sie bündelt und als Finanzinstrument auflegt, das dann von Anlegern erworben werden kann. Der Kreditgeber oder Originator stellt ein Kreditportfolio mit verschiedenen Risikokategorien zusammen, das auf das Risiko-/Ertragsinteresse der Anleger zugeschnitten ist. Die Renditen für die Anleger ergeben sich aus den Cashflows der zugrunde liegenden Kredite. Diese Märkte richten sich nicht an Kleinanleger. Mit Verbriefungen kann eine Brücke zwischen Kreditinstituten und Kapitalmärkten geschlagen und somit ein indirekter Vorteil für Unternehmen und Anleger geschaffen werden (bspw. günstigere Kredite und Unternehmensfinanzierungshypotheken sowie günstigere Kreditkarten).

Am 30. September 2015 legte die EU-Kommission ein Legislativpaket zu „hochwertigen“ Verbriefungen vor, das folgende Rechtsakte umfasst: (i) [eine Verordnung zu Verbriefungen](#)⁴², welche auf alle Verbriefungen Anwendung findet, und Sorgfaltspflichten, Selbstbehaltvorschriften und Transparenzpflichten sowie Kriterien für einfache, transparente und standardisierte Verbriefungen (*simple, transparent and standardised securitisations*, STS) enthält, sowie (ii) die [Änderung der Eigenkapitalverordnung](#)⁴³, um die Kapitalanforderungen für eine Verbriefungsposition risikosensitiver zu machen. Diese Rechtsakte sind am 18. Januar 2018 in Kraft getreten und gelten seit 1. Januar 2019.

⁴² Verordnung (EU) 2017/2402 des 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 ff.

⁴³ Verordnung (EU) 2017/2401 des Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013, ABl. L 347 vom 28. Dezember 2017, 1 ff.

e) *Derivate*

aa) *Verbesserung der Funktionsweise der Derivatemärkte*

Die EU hat im Jahre 2012 im Zuge der Finanzkrise die Verordnung über europäische Marktinfrastrukturen (EMIR)⁴⁴ verabschiedet, um Mängel, die hinsichtlich der Funktionsweise des Marktes für ausserbörslich gehandelte Derivate (OTC-Derivate) festgestellt worden waren, zu beheben.

Am 4. Mai 2017 legte die EU-Kommission gezielte Reformen zur Verbesserung der Funktionsweise der Derivatemärkte in der EU vor.⁴⁵ Die Vorschriften für ausserbörslich gehandelte Derivate (OTC-Derivate) sollen insgesamt einfacher und verhältnismässiger gemacht werden, um Kosten und Verwaltungsaufwand für die Marktteilnehmer zu verringern, ohne die Finanzstabilität zu gefährden. Die wichtigsten vorgeschlagenen Änderungen betreffen (1) die Straffung der Meldepflichten, sodass etwa an Börsen getätigte Derivategeschäfte (börsengehandelte Derivate) künftig nur von der zentralen Gegenpartei (CCP) im Namen beider Gegenparteien gemeldet werden. Um den Aufwand für nichtfinanzielle Gegenparteien (Unternehmen) zu verringern, sollen Geschäfte zwischen Unternehmen derselben Gruppe (gruppeninterne Geschäfte) nicht mehr gemeldet werden, wenn eine der beiden Gegenparteien ein nichtfinanzielles Unternehmen ist; (2) bei nichtfinanziellen Gegenparteien soll eine Clearingpflicht nur für die Anlageklassen bestehen, bei denen eine bestimmte Clearingschwelle überschritten wird; sowie (3) Einführung einer Clearingschwelle für kleine finanzielle Gegenparteien wie kleine Banken oder Fonds.

Am 5. Februar 2019 einigten sich das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten auf die vorgeschlagenen Reformen zur Verbesserung der Funktionsweise der Derivatemärkte in der EU. An diese politische Einigung schliessen sich weitere fachliche Arbeiten an, bevor der EU-Rat und das EU-Parlament den endgültigen Wortlaut förmlich annehmen können.

bb) *Solidere Aufsicht zentraler Gegenparteien (CCP)*

Zentrale Gegenparteien (CCP) aus der EU unterliegen dank einer Reihe von Massnahmen, die im Zuge der Finanzkrise verabschiedet wurden, bereits einer

⁴⁴ Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister, ABl. L 201 vom 27. Juli 2012, 1 ff.

⁴⁵ Vorschlag für eine Verordnung des Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, COM(2017) 208 final.

angemessenen Regulierung und sind für finanzielle Schwierigkeiten gut gerüstet. CCP sind ein systemrelevanter Bestandteil des Finanzsektors geworden.

Am 13. Juli 2017 schlug die EU-Kommission Reformen vor, um eine kohärentere und solidere Beaufsichtigung von CCP aus der EU und aus Drittstaaten zu gewährleisten.⁴⁶ Mit dem Vorschlag wird der Ansatz für die Beaufsichtigung von EU-CCP stärker auf ganz Europa ausgerichtet, um die Aufsichtsconvergenz zu stärken und bestimmte Verfahren zu beschleunigen. Gleichzeitig wird eine engere Zusammenarbeit zwischen Aufsichtsbehörden und für EU-Währungen zuständige Zentralbanken gewährleistet. Zu diesem Zweck wird innerhalb der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) ein neuer Aufsichtsmechanismus geschaffen (CCP-Exekutivausschuss), der im Hinblick auf EU-CCP eine kohärentere und konsequentere Beaufsichtigung und im Hinblick auf Drittstaaten-CCP eine solidere Beaufsichtigung sicherstellen soll. Beim Umgang mit CCP aus Drittstaaten stützt sich der Vorschlag auf die bestehenden Drittlandbestimmungen der EMIR-Verordnung und wird bei der Anerkennung und Überwachung von Drittstaaten-CCP mit Systemrelevanz für die EU für einen strengeren Ansatz sorgen. Der Vorschlag sieht ein neues „Zwei-Stufen-System“ für CCP aus Drittstaaten vor. Nicht systemrelevante CCP können ihre Tätigkeiten weiterhin im Rahmen der Gleichwertigkeitsbestimmungen der EMIR-Verordnung ausüben. Systemrelevante CCP (Tier 2-CCP) werden dagegen strengeren Anforderungen unterliegen.

Am 13. März 2019 erzielten das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten Einigung über eine robustere und wirksamere Beaufsichtigung von CCPs, die Dienstleistungen in der EU anbieten. Auf diese politische Einigung werden weitere fachliche Arbeiten folgen, bevor das EU-Parlament und der EU-Rat den endgültigen Wortlaut der Rechtsvorschriften förmlich annehmen können.

6. Investmentfonds

Investmentfonds sind ein wichtiges Instrument, mit dem der Wirtschaft private Ersparnisse zugeleitet und die Finanzierungsmöglichkeiten der Unternehmen erweitert werden können. Gegenwärtig wird das Potenzial des EU-Marktes für Investmentfonds nicht voll ausgeschöpft. Nur gerade knapp über ein Drittel der Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren (OGAW)-Fonds und rund drei Prozent der alternativen Investmentfonds (AIF) sind für den Vertrieb in mehr als drei Mitgliedstaaten registriert.

⁴⁶ Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1095/2010 sowie der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, COM(2017) 331 final.

Am 12. März 2018 hat die EU-Kommission Legislativvorschläge für den Abbau von Hindernissen für grenzüberschreitende Investitionen präsentiert. Mit der vorgeschlagenen Richtlinie⁴⁷ und Verordnung⁴⁸ sollen Hindernisse, die den grenzüberschreitenden Vertrieb von Investmentfonds behindern für alle Arten von Investmentfonds ausgeräumt werden, sodass der grenzüberschreitende Vertrieb einfacher, schneller und kostengünstiger wird. Dies wird eine Stärkung des Wettbewerbs bewirken und für die Anleger eine grössere Auswahl und bessere Angebote bedeuten. Dabei wird ein hohes Mass an Anlegerschutz gewährleistet.

Die neuen Vorschriften werden insb. folgende Änderungen nach sich ziehen (i) Vereinfachte Verfahren für in der EU zugelassene Verwalter alternativer Investmentfonds, um im Rahmen von Pre-Marketing-Tätigkeiten das Interesse potenzieller professioneller Anleger an neuen Märkten zu testen; (ii) Präzisierung der Verpflichtungen der Vermögensverwalter hinsichtlich der Dienstleistungen für Anleger im Aufnahmemitgliedstaat; (iii) Angleichung der Verfahren und Bedingungen bei einem Rückzug von Investmentfondsverwaltern aus nationalen Märkten, d.h. wenn sie ihre Investmentfonds dort nicht mehr anbieten oder platzieren wollen; sowie (iv) Einführung höherer Transparenz Anforderungen und Schaffung eines einzigen Online-Zugangsportals für Informationen über nationale Vorschriften im Zusammenhang mit den Vermarktungsanforderungen und den geltenden Gebühren.

Am 5. Februar 2019 erzielten das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten Einigung über das neue Legislativpaket. Im Anschluss an diese politische Einigung werden weitere fachliche Arbeiten erfolgen, bevor das EU-Parlament und der EU-Rat den endgültigen Wortlaut förmlich annehmen können.

7. Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Durch den Erlass der Vierten Geldwäscherichtlinie⁴⁹ wurde der EU-Rahmen für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung interna-

⁴⁷ Vorschlag für eine Richtlinie des EU-Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2009/65/EG und der Richtlinie 2011/61/EU, COM(2018) 92 final.

⁴⁸ Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates zur Erleichterung des grenzüberschreitenden Vertriebs von Investmentfonds und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 345/2013 und (EU) Nr. 346/2013 (COM(2018) 110 final.

⁴⁹ Richtlinie (EU) 2015/849 des EU-Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des EU-Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABL. L 141 vom 5. Juni 2015, 73 ff.

tionalen Standards entsprechend erheblich gestärkt. Die im Juli 2018 in Kraft getretene und bis zum 10. Januar 2020 umzusetzende Fünfte Geldwäscherichtlinie⁵⁰ brachte weitere wesentliche Verbesserungen mit sich. Sie geht über die internationalen Standards hinaus und umfasst Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz in Bezug auf den wirtschaftlichen Eigentümer, stärkt den Rahmen für die Bewertung von Hochrisiko-Drittländern, geht die mit anonymen Guthabekarten und virtuellen Währungen verbundenen Risiken an und enthält Regeln für die Zusammenarbeit zwischen den für die Geldwäschebekämpfung und den für die Finanzaufsicht zuständigen Aufsichtsbehörden.

Am 12. September 2018 schlug die EU-Kommission vor, die Verordnung zur Errichtung der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) zu ändern, um deren Rolle bei der Beaufsichtigung des Finanzsektors in Sachen Geldwäschebekämpfung zu stärken. Am 21. März 2019 haben das EU-Parlament und die EU-Mitgliedstaaten Einigung über dieses Legislativpaket erzielt.⁵¹

Am 24. Juli 2019 hat die EU-Kommission eine Mitteilung und vier Berichte angenommen, die die europäische und die nationalen Behörden dabei unterstützen sollen, die Gefahren der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung wirksamer anzugehen. Die Mitteilung⁵² über Wege zu einer besseren Umsetzung des Rechtsrahmens der EU für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung gibt ein Überblick über die vier veröffentlichten Berichte. Der supranationale Risikobewertungsbericht enthält eine aktuelle Analyse der einzelnen Risikobereiche, in denen es zu Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung kommen kann. In den Berichten zur Bewertung prominenter aktueller Fälle von Geldwäsche im Finanzsektor, über die zentralen Meldestellen und über die Vernetzung der zentralen Bankkontenregister werden die Mängel der derzeitigen Aufsicht und Zusammenarbeit im Bereich der Geldwäschebekämpfung analysiert und Wege zu ihrer Behebung aufgezeigt.

⁵⁰ Richtlinie (EU) 2018/843 des EU-Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015-849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. L 156 vom 19. Juni 2018, 43 ff).

⁵¹ Vgl. hierzu bereits oben I.2.a).

⁵² Mitteilung der Kommission über Wege zu einer besseren Umsetzung des Rechtsrahmens der EU für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, COM(2019) 360 final.

II. Bedeutung für die Schweiz

i. Bund

a) *Strategische Roadmap für die Finanzmarktpolitik*

Im Dezember 2014 hatte der Bundesrat beschlossen, befristet bis Ende 2019, einen Beirat einzusetzen, der die künftigen Herausforderungen und Zukunftsperspektiven des Finanzplatzes aus strategischer Sicht beurteilen und ihm gegebenenfalls Handlungsempfehlungen unterbreiten soll.⁵³

Am 15. Januar 2020 legte der Beirat dem Bundesrat eine Roadmap für die strategischen Prioritäten der kommenden Jahre vor. Die Roadmap identifiziert die zentralen Erfolgsfaktoren des Schweizer Finanzplatzes und erarbeitet darauf basierend zehn Empfehlungen mit unterschiedlichem Konkretisierungsgrad. Prioritär ist aus Sicht des Beirates, dass Behörden und Finanzinstitute gemeinsam rasch eine handlungsfähige Krisenorganisation für die Abwehr von Cyberrisiken aufbauen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Schweiz seit einigen Jahren einen besonders innovationsfreundlichen Regulierungsansatz verfolgt, der für die Entwicklung von FinTech im internationalen Vergleich hervorragende Rahmenbedingungen setzt. Grössere, unprofessionell bewältigte Unfälle durch Cyberattacken mit Ansteckungseffekten könnten diese sehr guten Voraussetzungen des Schweizer Standorts für die neuen Technologien im Finanzsektor allerdings rasch zunichtemachen. Entsprechend dringlich ist die Etablierung von finanzmarktspezifischen Abwehrmassnahmen. Ebenfalls eine Priorität bildet aus Sicht des Beirates eine steuerliche Entfesselung des Schweizer Kapitalmarktes. Für einen Finanzplatz seiner Grösse ist der Schweizer Kapitalmarkt relativ unterentwickelt. Wegen der Ausgestaltung der Verrechnungssteuer emittieren grosse Unternehmen ihre Anleihen zumeist im Ausland. Mit einem Umbau der Verrechnungssteuer zu einer Zahlstellensteuer, wie vom Bundesrat 2019 vorgeschlagen, könnte die Schweiz für derartige Kapitalmarktgeschäfte deutlich attraktiver werden.

Das Eidg. Finanzdepartement (EFD) wird bis im Herbst 2020 einen Bericht mit einer Aktualisierung der Finanzmarktpolitik des Bundesrates vorlegen.

⁵³ Vgl. hierzu bereits SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2014/15, Zürich/St. Gallen 2015, 21 f.

b) *Anerkennung von Handelsplätzen*

Am 30. November 2018 hat der Bundesrat eine Verordnung⁵⁴ zum Schutz der Schweizer Börseninfrastruktur verabschiedet. Die neue Verordnung gilt seit dem 1. Januar 2019 und sieht eine Anerkennungspflicht für ausländische Handelsplätze vor, die Aktien von Schweizer Gesellschaften zum Handel zulassen.⁵⁵

Am 20. Dezember 2018 entschied die EU-Kommission, die Börsenäquivalenz für die Schweiz bis Ende Juni 2019 zu verlängern.⁵⁶ Die EU-Kommission hat die Börsenäquivalenz für die Schweiz über diesen Zeitpunkt hinaus indes nicht verlängert. Entsprechend hat der Bundesrat am 27. Juni 2019 angekündigt, die EU inklusive aller ihrer Mitgliedstaaten in die Liste der Jurisdiktionen, die ihre Marktteilnehmer beim Handel mit Beteiligungspapieren von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz an Schweizer Handelsplätzen einschränken, aufzunehmen. Gemäss der aktualisierten Liste ist es Handelsplätzen mit Sitz in der EU seit dem 1. Juli 2019 untersagt, den Handel mit bestimmten Beteiligungspapieren von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz anzubieten oder diesen Handel zu ermöglichen. Die FINMA führt auf ihrer Website eine Liste⁵⁷ mit den anerkannten ausländischen Handelsplätzen.

⁵⁴ Verordnung über die Anerkennung ausländischer Handelsplätze für den Handel mit Beteiligungspapieren von Gesellschaften mit Sitz in der Schweiz vom 30. November 2018 (SR 958.2).

⁵⁵ Vgl. hierzu auch FINMA-Aufsichtsmittteilung 02/2018 vom 30. November 2018 sowie FINMA-Aufsichtsmittteilung 04/2018 vom 21. Dezember 2018 betr. neue Anerkennungspflicht für ausländische Handelsplätze für den Handel mit Schweizer Beteiligungspapieren.

⁵⁶ Vgl. hierzu Durchführungsbeschluss (EU) 2018/2047 der Kommission vom 20. Dezember 2018 über die Gleichwertigkeit des für Börsen in der Schweiz geltenden Rechts- und Aufsichtsrahmens gemäss der Richtlinie 2014/65/EU des EU-Parlaments und des Rates, ABl. L 327 vom 21. Dezember 2018, 77 ff.

⁵⁷ Abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/bewilligung/finanzmarktinfrastrukturen-und-auslaendische-teilnehmer/>>.

c) *Finanzmarktarchitektur*

Das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)⁵⁸ und das Finanzinstitutsgesetz (FINIG)⁵⁹ sind Teil der neuen Schweizer Finanzmarktarchitektur.⁶⁰ Beide Gesetze schaffen einheitliche Wettbewerbsbedingungen für Finanzintermediäre und verbessern den Kundenschutz. Anfang November 2015 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft zum FIDLEG und zum FINIG und am 15. Juni 2018 hiessen die eidgenössischen Räte die beiden Gesetzesvorlagen gut. Die beiden Gesetze traten zusammen mit den Vollzugsverordnungen am 1. Januar 2020 in Kraft. Dabei sind grundsätzlich Übergangsfristen von zwei Jahren vorgesehen.

Das FIDLEG bringt sektorenübergreifende Regeln für das Angebot von Finanzdienstleistungen und den Vertrieb von Finanzinstrumenten. Inhaltlich orientieren sich die Regeln an der EU-Regelung (MiFID II, Prospektverordnung, PRIIPS). Das FIDLEG verlangt von den Finanzdienstleistern eine dem Kunden angemessene Aufklärung und Beratung. Privatkunden und professionelle Kunden bilden die beiden Hauptsegmente der Kunden. Einheitliche Regelungen werden bei der Prospektspflicht eingeführt, mit Erleichterungen für kleine und mittlere Unternehmen (KMU). Neu muss für Finanzinstrumente, die Privatkunden angeboten werden, ein Basisinformationsblatt (BIB) abgegeben werden. Das BIB soll auf einfache und verständliche Art eine fundierte Anlageentscheidung und einen echten Vergleich verschiedener Finanzinstrumente ermöglichen.

Mit dem FINIG wird eine differenzierte Aufsichtsregelung für Vermögensverwalter, Verwalter von Kollektivvermögen, Fondsleitungen und Wertpapierhäuser eingeführt. Die wesentliche Neuerung ist die prudenzielle Erfassung der Vermögensverwalter von individuellen Kundenvermögen, von Verwaltern von Vermögenswerten von Vorsorgeeinrichtungen und der Trustees. Dabei werden nicht alle Finanzinstitute von der FINMA überwacht. Die prudenzielle Aufsicht über Vermögensverwalter von individuellen Kundenvermögen und Trustees erfolgt durch eine in ihrer Aufsichtstätigkeit unabhängigen, aber von der FINMA bewilligten Aufsichtsorganisation.

⁵⁸ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15. Juni 2018 (SR 950.1).

⁵⁹ Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018 (SR 954.1).

⁶⁰ Vgl. zum FIDLEG und zum FINIG, SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kelerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2015/16, Zürich/St. Gallen 2016, 24.

Vom 24. Oktober 2018 bis 6. Februar 2019 führte der Bundesrat die Vernehmlassung zu drei Ausführungsverordnungen zum FIDLEG und FINIG durch. Die Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV)⁶¹ konkretisiert die Beratungs- und Informationspflichten für die Finanzdienstleister und enthält Bestimmungen zu deren Organisation, zum neuen Kundenberaterregister sowie zur Kundendokumentation und zu den Ombudsstellen. Die Finanzinstitutsverordnung (FINIV)⁶² konkretisiert die Bewilligungsvoraussetzungen und Pflichten für Finanzinstitute sowie ihre Aufsicht. Schliesslich regelt die Aufsichtsorganisationsverordnung (AOV)⁶³ die Bewilligungsvoraussetzungen und die Tätigkeiten für die neu eingeführten Aufsichtsorganisationen (AO). Die AO sollen ein nach Risiken abgestuftes Konzept anwenden. Die FINMA, welche nach dem Gesetz für die Bewilligung dieser Institute und die Durchsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben zuständig ist, gibt den AO hierfür ein System zur Risikobeurteilung sowie Mindestanforderungen vor.

d) *Finanzmarktaufsicht*

Gestützt auf eine vom 1. Mai bis 22. August 2019 durchgeführten Vernehmlassung trat am 1. Februar 2020 eine neue Verordnung⁶⁴ zum Finanzmarktaufsichtsgesetz⁶⁵ in Kraft. Die neue Verordnung präzisiert die Kompetenzen, über welche die FINMA im internationalen Bereich und in der Regulierung verfügt, und klärt deren Verhältnis zu den Kompetenzen des Bundesrates bzw. des EFD. Weiter regelt die Verordnung, wie die Regulierungsgrundsätze angewendet und die Aspekte der Verhältnismässigkeit, Differenzierung und internationale Standards bei der Regulierungstätigkeit berücksichtigt werden sollen. In Bezug auf den Regulierungsprozess präzisiert die Verordnung, wie die Betroffenen, die Öffentlichkeit und mitinteressierte Verwaltungseinheiten einzubeziehen sind. Die Verordnung hält weiter die Grundzüge der Zusammenarbeit von FINMA und EFD sowie des gegenseitigen Informationsaustausches fest.

⁶¹ Verordnung über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsverordnung, FIDLEV) vom 6. November 2019 (SR 950.11).

⁶² Verordnung über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsverordnung, FINIV) vom 6. November 2019 (SR 954.11).

⁶³ Verordnung über die Aufsichtsorganisation in der Finanzmarktaufsicht (Aufsichtsorganisationsverordnung, AOV) vom 6. November 2019 (SR 956.134).

⁶⁴ Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 13. Dezember 2019 (SR 956.11).

⁶⁵ Bundesgesetz über die Eidg. Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007 (SR 956.1).

e) *Digitales Zentralbankgeld*

Am 13. Dezember 2019 hiess der Bundesrat einen Bericht⁶⁶ gut, in welchem die Möglichkeiten, Chancen und Risiken der Einführung eines Kryptofrankens (e-Franken) geprüft wurden. Als digitales Zentralbankgeld wird dasjenige Geld bezeichnet, das eine Zentralbank in digitaler Form schaffen könnte, um es der breiten Bevölkerung zugänglich zu machen. Es wäre eine Ergänzung zu den bereits bestehenden Formen von Zentralbankgeld, also den Banknoten und den von den Geschäftsbanken bei der Zentralbank gehaltenen Sichtguthaben. Für die Einführung von digitalem Zentralbankgeld bei der breiten Bevölkerung werden unterschiedliche Gründe und Erwartungen angeführt. Befürworter erhoffen sich einen besseren Zugang der Bevölkerung zu Zahlungs- und Finanzdienstleistungen sowie eine Antwort auf das Bedürfnis nach digitalem Geld ohne Schuldnerisiko. Einige Ökonomen rechnen damit, dass der Zahlungsverkehr mit digitalem Zentralbankgeld effizienter, die Geldpolitik wirksamer sowie das Finanzsystem insgesamt stabiler würden. Weiter erhoffen sich die Befürworter, dass mit digitalem Zentralbankgeld Steuerdelikte und Geldwäscherei reduziert werden könnten.

Die im Bericht vorgenommene Analyse zeigt, dass digitales Zentralbankgeld diese Erwartungen nicht oder nur bedingt erfüllen kann, die Auswirkungen je nach Ausgestaltung vielschichtig sein können und es für die meisten genannten Bereiche bessere Lösungen gibt. Der Bundesrat kommt deshalb zum Schluss, dass allgemein zugängliches digitales Zentralbankgeld gegenwärtig keinen Zusatznutzen bringt. Erfolgversprechender erscheint nach heutigem Stand die Strategie, digitales Zentralbankgeld, das ausschliesslich für Finanzmarktakteure bestimmt ist, weiterzuentwickeln.

f) *Banken*

aa) *Kapitalaufbau für systemrelevante Banken*

Das Too-big-to-fail (TBTF)-Regime zwingt systemrelevante Banken genügend Eigenmittel zu halten, um im Krisenfall nicht von den Steuerzahlern gerettet werden zu müssen. Diese Verpflichtung kann dazu führen, dass sie TBTF-Instrumente emittieren, wie Bail-in-Bonds, Write-off-Bonds und Contingent Convertibles (CoCos). Die Emission von TBTF-Instrumenten muss bei systemrelevanten Banken nach Vorgaben der Eidg. Finanzmarktaufsicht (FINMA) seit 1. Januar 2020 durch die Konzernobergesellschaft erfolgen. Die Konzernober-

⁶⁶ Abrufbar unter:
<<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/59636.pdf>>.

gesellschaft gibt die Mittel aus den TBTF-Instrumenten konzernintern an jene Konzerngesellschaften weiter, welche die Eigenmittel benötigen. Bei der Konzernobergesellschaft erhöht dies die Gewinnsteuerbelastung auf Beteiligungserträgen, weil der sog. Beteiligungsabzug tiefer ausfällt. Mehr Steuern mindern die Eigenmittel und stehen somit im Widerspruch zu den Zielen der TBTF-Gesetzgebung.

Um die Ziele der TBTF-Gesetzgebung zu unterstützen, soll die Berechnung des Beteiligungsabzugs bei der Konzernobergesellschaft systemrelevanter Banken punktuell angepasst werden. Vom 9. Juni bis 29. September 2017 führte der Bundesrat eine Vernehmlassung zu einem Bundesgesetz über die Berechnung des Beteiligungsabzugs bei TBTF-Instrumenten durch. Der Gesetzesentwurf sieht insb. vor, dass der Zinsaufwand für TBTF-Instrumente nicht mehr Teil des Finanzierungsaufwands sein soll, der den Beteiligungsabzug kürzt. Ausserdem sollen die an Konzerngesellschaften weitergegebenen Mittel aus TBTF-Instrumenten in der Bilanz der Konzernobergesellschaft ausgeklammert werden. Das neue Bundesgesetz⁶⁷ gilt rückwirkend seit 1. Januar 2019.

bb) Kapitalanforderungen für eine allfällige Sanierung und Abwicklung

Die Notlage oder der Ausfall einer systemrelevanten Bank kann zu erheblichen Verwerfungen im Finanzsystem und zu negativen Folgen für die Gesamtwirtschaft führen. Die bestehenden Regeln des Bankengesetzes sollen verhindern, dass Banken mit Steuergeldern gerettet werden müssen. Der Bundesrat muss im Abstand von zwei Jahren prüfen, ob diese Bestimmungen den internationalen Standards entsprechen und wie das Ausland diese Standards umgesetzt hat. Entsprechend verabschiedet der Bundesrat seit 2015 alle zwei Jahre einen Bericht dazu.

Der zweite Bericht aus dem Jahr 2017 hat bei der Überprüfung der *Too-big-to-fail* (TBTF)-Bestimmungen einen Handlungsbedarf bei den sog. *Gone-concern*-Kapitalanforderungen ergeben. Diese Anforderungen sollen sicherstellen, dass eine in Schwierigkeiten geratene Bank geordnet saniert und abgewickelt werden kann.

Vom 23. Februar bis 31. Mai 2018 führte das EFD eine Vernehmlassung zur Änderung der Eigenmittelverordnung (ERV)⁶⁸ durch. Die geänderte ERV trat am 1. Januar 2019 in Kraft. Im Vordergrund standen die *Gone-concern*-Kapi-

⁶⁷ Bundesgesetz über die Berechnung des Beteiligungsabzugs bei systemrelevanten Banken vom 14. Dezember 2018, (AS 2019 1207).

⁶⁸ Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, ERV) vom 1. Juni 2012 (SR 952.03).

talanforderungen, die fortan nicht nur für die UBS und die Credit Suisse, sondern auch für die drei nicht international tätigen systemrelevanten Schweizer Banken (PostFinance AG, Raiffeisen und Zürcher Kantonalbank) gelten. Die *Going-concern*-Kapitalanforderungen erfolgen indes bei diesen Banken anders als bei den Grossbanken nur zu 40 Prozent, da die drei inlandorientierten Banken international weniger verflochten und weniger systemrelevant sind.

Die Überarbeitung der ERV bot ausserdem die Gelegenheit, die Behandlung von Beteiligungen systemrelevanter Banken an ihren Tochtergesellschaften neu zu regeln. Der bisherige Abzug der Beteiligungen von den Eigenmitteln wurde durch eine Risikogewichtung der Beteiligung ersetzt. Ausserdem wurden Gruppengesellschaften, die für eine Weiterführung der Geschäftsprozesse einer Bank notwendige Dienstleistungen erbringen, neu der konsolidierten Aufsicht der FINMA unterstellt.

Am 3. Juli 2019 verabschiedete der Bundesrat den dritten Evaluationsbericht⁶⁹ zu den systemrelevanten Banken. Der Bericht kommt zum Schluss, dass der Schweizer Regulierungsansatz grundsätzlich mit den internationalen Entwicklungen im Einklang steht und daher keiner grundlegenden Anpassung bedarf. Der Bundesrat erachtet es allerdings als notwendig, für Schweizer Einheiten der beiden Schweizer Grossbanken bei den *Gone-concern*-Kapitalanforderungen spezifische Anpassungen vorzunehmen.

Gestützt auf eine vom 5. April bis 12. Juli 2019 durgeführte Vernehmlassung traten am 1. Januar 2020 entsprechende Änderungen in der ERV in Kraft. Diese Änderungen sollen, im Einklang mit einem internationalen Standard des Financial Stability Board (FSB), sicherstellen, dass insb. in den Stammhäusern (Parent-Banken) und in den Schweizer Einheiten, die die systemrelevanten Funktionen ausüben, ausreichend Kapital für den Krisenfall vorhanden ist.

cc) *Kleinbankenregime*

Im Nachgang zur Finanzkrise wurden internationale Standards geschaffen, die insb. die Widerstandsfähigkeit von Banken erhöhen. Die Schweiz hat viele dieser Standards umgesetzt. Dadurch wurde die nationale Regulierung komplexer, was speziell für Kleininstitute eine starke Belastung sein kann. Proportionalität bzw. Verhältnismässigkeit ist ein Kernelement der Finanzmarktregulierung sowie der risikoorientierten Aufsicht in der Schweiz. Dies

⁶⁹ Abrufbar unter:
<<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/57681.pdf>>.

bedeutet, dass die Vorschriften und die Aufsicht angemessen sind und den unterschiedlichen Grössen, Geschäftsmodellen und Risiken der einzelnen Institute Rechnung tragen.

Gestützt auf eine vom 5. April bis 12. Juli 2019 durchgeführte Vernehmlassung traten am 1. Januar 2020 Änderungen der ERV in Kraft, die vereinfachte Anforderungen für die Berechnung der erforderlichen Eigenmittel vorsehen, um kleine, besonders liquide und gut kapitalisierte Banken und Wertpapierhäuser zu entlasten.⁷⁰ Nach Artikel 47b ERV müssen Banken der Kategorie 4 und 5 jederzeit über eine vereinfachte Leverage Ratio von mind. 8 Prozent, eine durchschnittliche Liquiditätsquote von mind. 110 Prozent und einen Refinanzierungsgrad von mind. 100 Prozent verfügen, um von den Entlastungen zu profitieren.

dd) Liquidität

In der Liquiditätsverordnung (LiqV)⁷¹ 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, sind 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. Danach will er die entsprechenden Verordnungsanpassungen im Frühsommer 2020 verabschieden und auf Mitte 2021 in Kraft setzen. Dieser Fahrplan stimmt mit den Entwicklungen in der EU überein, die die NSFR ebenfalls auf Mitte 2021 einführen wird.

⁷⁰ Vgl. zu Anpassungen in diversen FINMA-Rundschreiben unten II. 2. h) bb).

⁷¹ Verordnung über die Liquidität der Banken (Liquiditätsverordnung, LiqV) vom 30. November 2012 (SR 952.06).

ee) *Sanierungsverfahren*

Vom 8. März bis 14. Juni 2019 führte der Bundesrat eine Vernehmlassung⁷² zu einer Teilrevision des Bankengesetzes (BankG)⁷³ durch. Das BankG regelt das Sanierungsverfahren für Banken nur in den Grundzügen. Die Details finden sich in der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA⁷⁴. Zur Stärkung der Rechtssicherheit sollen nun vor allem diejenigen Instrumente neu auf Stufe Gesetz verankert werden, die wie etwa die Kapitalmassnahmen (z.B. ein *Bail-In*) in die Rechte von Eignern und Gläubigern der Bank eingreifen. Im Weiteren sollen die Banken die Hälfte ihrer Beitragsverpflichtungen gegenüber der Einlagensicherung nicht mehr in Form von zusätzlicher Liquidität absichern, sondern durch eine Hinterlegung von Wertschriften oder Schweizer Franken in bar bei einer Verwahrstelle. Kommt eine beitragspflichtige Bank im Anwendungsfall ihrer Zahlungspflicht nicht nach, verwendet die Einlagensicherung diese hinterlegten Werte. Auf eine Revision des Einlagensicherungssystems mit einem von den Banken zu äufnenden Sicherungsfonds konnte so verzichtet werden.

Mit einer Anpassung des Pfandbriefgesetzes⁷⁵ soll zudem die Funktionsfähigkeit des Schweizer Pfandbriefsystems bei Insolvenz oder Konkurs einer Mitgliedbank gestärkt werden. Schliesslich soll mit einer Anpassung des Bucheffektengesetzes⁷⁶ sodann für alle Verwahrstellen von Bucheffekten die Pflicht zur Trennung von Eigen- und Kundenbeständen eingeführt werden. Führt die Verwahrkette ins Ausland, so hat die letzte Schweizer Verwahrstelle Massnahmen zum Schutz der bei der ausländischen Verwahrstelle gebuchten Bucheffekten zu treffen.

g) *Finanztechnologie (FinTech) und Sandbox*

Ein dynamisches FinTech-System kann wesentlich zur Qualität des Schweizer Finanzplatzes beitragen und die Wettbewerbsfähigkeit stärken. Vor diesem Hintergrund hatte sich der Bundesrat am 2. November 2016 für Erleichterungen bei den regulatorischen Rahmenbedingungen für Anbieter von innova-

⁷² Die Vernehmlassungsvorlage ist abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/56042.pdf>>.

⁷³ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934 (SR 952.0).

⁷⁴ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA) vom 30. August 2012 (SR 952.05).

⁷⁵ Pfandbriefgesetz (PFG) vom 25. Juni 1930 (SR 211.423.4).

⁷⁶ Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffectengesetz, BEG) vom 3. Oktober 2008 (SR 957.1).

tiven Finanztechnologien ausgesprochen. Die Erleichterungen sollen Markteintrittshürden für Anbieter im FinTech-Bereich verringern und die Rechtssicherheit für die Branche insgesamt erhöhen.

Im Februar 2017 schickte der Bundesrat drei Massnahmen zur Förderung der Innovation im Finanzbereich und zum Abbau von Markteintrittshürden für FinTech-Unternehmen in die Vernehmlassung. Zwei dieser Massnahmen – die Verlängerung der Haltefrist für Abwicklungskonten und ein bewilligungsfreier Innovationsraum (Sandbox) – wurden in der Bankenverordnung (BankV)⁷⁷ geregelt und traten per 1. August 2017 in Kraft.⁷⁸

Am 15. Juni 2018 stimmte das Parlament der dritten Massnahme – der Einführung einer neuen Bewilligungskategorie für FinTech-Unternehmen – mit der Verabschiedung des Finanzinstitutsgesetzes (FINIG)⁷⁹ und mithin der Aufnahme von Bestimmungen zur Innovationsförderung in das BankG zu (Art. 1b BankG). Mit der neuen Massnahme können Unternehmen mit einer speziellen FinTech-Bewilligung Publikumseinlagen von bis zu 100 Millionen Schweizer Franken entgegennehmen, sofern sie diese Gelder weder anlegen noch verzinsen. Die erleichterten Anforderungen wurden durch Anpassungen in der BankV konkretisiert. Das EFD führte vom 21. Juni bis 21. September 2018 eine entsprechende Vernehmlassung zur BankV durch. Die neue FinTech-Bewilligungsbestimmung mit Anpassungen im BankG und der BankV trat am 1. Januar 2019 in Kraft.

In der BankV wurde zudem die Sandbox auf Geschäftsmodelle des Crowdlendings (Schwarmkredit-Vermittlung) erweitert, bei denen Publikumseinlagen bis zu einem Gesamtbetrag von einer Million Schweizer Franken nicht nur für gewerblich-industrielle Zwecke, sondern auch für den privaten Konsum vermittelt werden können. Diese Erweiterung wurde möglich, weil das Crowdlending künftig dem Konsumkreditgesetz⁸⁰ unterstellt ist. Die Änderungen im Konsumkreditrecht und die damit zusammenhängende Anpassung der BankV traten am 1. April 2019 in Kraft.

⁷⁷ Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV) vom 30. April 2014 (SR 952.02).

⁷⁸ Vgl. hierzu bereits SULZER STEFAN, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/18, Zürich/St. Gallen 2018, 26 f.

⁷⁹ Vgl. zum FINIG bereits oben II.1.c).

⁸⁰ Bundesgesetz über den Konsumkredit (KKG) vom 23. März 2001 (SR 221.214.1).

h) *Stable Coins*

Am 18. Juni 2019 kündigte Facebook die Schaffung der neuen Kryptowährung Libra an, die von einem Verein mit Sitz in Genf, der Libra Association, verwaltet werden soll.⁸¹ Die Libra soll als Stable Coin dank Anbindung an einen Währungskorb in ihrer Volatilität begrenzt sein.

Sowohl am 16. Oktober 2019 als auch am 15. Januar 2020 wurde der Bundesrat vom EFD über die aktuellen Entwicklungen zu Stable Coins informiert. Im Zentrum standen unter anderem die Arbeiten im Financial Stability Board (FSB) zur Regulierung und Beaufsichtigung globaler Stable Coins sowie jene der Financial Action Task Force (FATF) zu den Risiken von Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierung bei Stable Coin-Systemen. Die Schweiz positioniert sich grundsätzlich offen für Projekte, welche die Kosten im grenzüberschreitenden Zahlungsverkehr senken und die Finanzinklusion fördern wollen. Der Bundesrat anerkennt, dass Herausforderungen sowie Vorbehalte zu Stable Coin-Projekten bestehen, etwa in den Bereichen Finanzstabilität, Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung, Geld- und Währungspolitik und Datenschutz.⁸² Namentlich globale Stable Coin-Projekte können auch Fragen betr. der Souveränität nationaler Währungssysteme aufwerfen. Der Bundesrat engagiert sich weiterhin dafür, dass insb. die währungs- und stabilitätspolitischen Herausforderungen in einer internationalen Kooperation unter Regierungen, Notenbanken und Aufsichtsbehörden unter Einbezug der privaten Anbieter angegangen werden.

i) *Blockchain / Distributed Ledger Technology*

Im Dezember 2018 publizierte der Bundesrat einen Bericht⁸³ zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für Blockchain und Distributed Ledger-Technologie (DLT) im Finanzsektor. Der Bericht zeigt unter anderem 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

⁸¹ Am 11. September 2019 teilte die FINMA mit, dass das Libra-Projekt als Zahlungssystem qualifiziert würde und eine entsprechende Bewilligung voraussetze. Somit wäre es automatisch auch dem Geldwäschereigesetz und den Internationalen Standards auf diesem Gebiet unterstellt.

⁸² Vgl. zu einer Ergänzung der FINMA-Wegleitung zu Initial Coin Offerings (ICOs) unten II.2.f).

⁸³ 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/news/message/attachments/55150.pdf>>.

von Anpassungen bestehender Gesetze eine Vernehmlassung durchführte.⁸⁴ Hingegen verzichtete er 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.⁸⁵ Mit dem als Mantelerlass ausgestalteten Bundesgesetz werden punktuelle Anpassungen in neun Bundesgesetzen vorgeschlagen, sowohl im Zivilrecht als auch im Finanzmarktrecht.

j) *Derivate*

Das Finanzmarktinfrastukturgesetz (FinfraG)⁸⁶ ist zusammen mit der zugehörigen Verordnung⁸⁷ am 1. Januar 2016 in Kraft getreten. Es regelt u.a. die Organisation und den Betrieb von Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Derivatehandel, einschliesslich einer Meldepflicht für Derivatetransaktionen. Diese Meldepflicht verlangt, dass betroffene Marktakteure solche Transaktionen an zentrale Transaktionsregister melden. Diese Meldepflicht gilt bereits für finanzielle Gegenparteien (u.a., Banken, Versicherungen) und für gewisse nicht-finanzielle Gegenparteien. Für kleine nicht-finanzielle Gegenparteien (z.B. Industrieunternehmen) wäre die Pflicht am 1. Januar 2019 in Kraft getreten.

⁸⁴ Die Vernehmlassungsvorlage ist abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/56200.pdf>>.

⁸⁵ Abrufbar unter:
<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/59301.pdf>>.

⁸⁶ Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG) vom 19. Juni 2015 (SR 958.1).

⁸⁷ Verordnung über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturverordnung, FinfraV) vom 25. November 2015 (SR 958.11).

Am 14. September 2018 hat indes der Bundesrat entschieden, die Meldepflicht von Derivatetransaktionen für kleine nicht-finanzielle Gegenparteien erst per 1. Januar 2024 in Kraft zu setzen.⁸⁸ Als Begründung für diese Fristverlängerung wurde angeführt, dass das FinfraG in den nächsten Jahren überprüft werden soll. Dies u.a. weil sich bereits heute internationale, z.B. in der EU, und technologische Entwicklungen, z.B. im Bereich FinTech, abzeichnen, die Anlass zu einer Revision des FinfraG geben könnten.

k) Kollektive Anlagen

Die Schweiz als global bedeutsamer Finanzplatz könnte ihr Potenzial im Bereich der kollektiven Anlagen noch stärker ausschöpfen. Mit der Einführung einer Kategorie von Fonds, die keiner Genehmigungspflicht durch die FINMA unterliegen, könnten innovative Produkte viel rascher und kostengünstiger auf den Markt gebracht werden.

Am 5. September 2018 beauftragte der Bundesrat das EFD mit der Erarbeitung einer Vorlage für eine Revision des Kollektivanlagengesetzes (KAG)⁸⁹. Vom 26. Juni bis 17. Oktober 2019 führte der Bundesrat eine entsprechende Vernehmlassung durch.⁹⁰ Mit der Änderung des KAG soll neu eine Fondskategorie – ein sog. *Limited Qualified Investor Fund* (L-QIF) – geschaffen werden, die von der FINMA weder bewilligt oder genehmigt noch beaufsichtigt wird. Die Tatsache, dass ein L-QIF nur qualifizierten Anlegern – wie etwa Finanzintermediären oder Vorsorgeeinrichtungen – vorbehalten ist, trägt dem Anlegerschutz Rechnung. Solche Anleger können im Übrigen bereits heute in nicht beaufsichtigte ausländische Fonds investieren. Zudem muss ein L-QIF von einem Institut verwaltet werden, das von der FINMA beaufsichtigt wird. Verletzt dieses seine Pflichten in schwerwiegender Weise, so drohen ihm aufsichtsrechtliche Massnahmen.

l) 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). Bei ihren Mitgliedstaaten überprüft die FATF regelmässig die nationalen Regelungen zur Umsetzung der FATF-Empfehlungen.

⁸⁸ Die entsprechende Änderung in der FinfraV trat am 1. Januar 2019 in Kraft.

⁸⁹ Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz, KAG) vom 23. Juni 2006 (SR 951.31).

⁹⁰ Abrufbar unter:

<<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/57519.pdf>>.

Im vierten Länderexamen vom Dezember 2016 schnitt die Schweiz mit ihren Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung insgesamt gut ab.⁹¹ Gleichwohl ortete der Bericht Verbesserungsbedarf etwa bei gewissen Aspekten der Aufsicht über die Finanzintermediäre und der internationalen Zusammenarbeit der Meldestellen für Geldwäscherei (MROS). Auch bei der Umsetzung von Präventivmassnahmen seitens der Finanzintermediäre besteht Verbesserungsbedarf.

Am 28. Juni 2017 hat der Bundesrat die Stossrichtung für die Folgearbeiten zum vierten FATF-Länderbericht präsentiert und das EFD mit der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage beauftragt. Vom 1. Juni bis 21. September 2018 wurde die entsprechende Vernehmlassung durchgeführt und am 26. Juni 2019 verabschiedete der Bundesrat die Botschaft⁹² zur Änderung des Geldwäschereigesetzes⁹³. Die vorgeschlagenen Änderungen werden frühestens Anfang 2021 in Kraft treten.

Die Vorlage erneuert das Abwehrdispositiv der Schweiz zur Geldwäscherei- und Terrorismusfinanzierung, indem sie den neusten Risikoeinschätzungen Rechnung trägt. Beraterinnen und Berater sollen fortan nicht nur Sorgfaltspflichten und eine Prüfpflicht beachten, sondern zusätzlich eine Meldepflicht. Im Gegenzug soll die Massnahme nur Dienstleistungen für Sitzgesellschaften oder Trusts erfassen. Des Weiteren wird das Melderecht, entgegen dem Vorschlag in der Vernehmlassungsvorlage, beibehalten. Der Unterschied zwischen Meldepflicht und Melderecht wird auf Verordnungsstufe geklärt. Neu sollen die Finanzintermediäre ausserdem eine Geschäftsbeziehung abbrechen dürfen, wenn sie nach einer Meldung an die Meldestelle für Geldwäscherei (MROS) innerhalb von 40 Tagen keine Rückmeldung erhalten. Schliesslich wird das Zentralamt für Edelmetallkontrolle neu die Geldwäschereiaufsicht für gewisse Finanzintermediäre im Bereich des Handels mit Bankenedelmetallen (Handelsprüfer) übernehmen.

⁹¹ Der FATF-Bericht vom 7. Dezember 2016 ist abrufbar unter:
<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/46552.pdf>>.

⁹² Abrufbar unter:
<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/57535.pdf>>.

⁹³ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG) vom 10. Oktober 1997 (SR 955.0).

2. Finanzmarktaufsicht (FINMA)

a) Risikomonitor

Am 10. Dezember 2019 veröffentlichte die FINMA zum ersten Mal einen Risikomonitor.⁹⁴ Dieser Bericht gibt einen Überblick über die aus Sicht der FINMA aktuell bedeutendsten Risiken für die Beaufsichtigten und beschreibt den daraus abgeleiteten Fokus der Aufsichtstätigkeit. Die sechs für die Beaufsichtigten und den Finanzplatz Schweiz bedeutendsten Risiken sind aus Sicht der FINMA: (i) das anhaltende Niedrigzinsumfeld; (ii) eine Korrektur am Immobilien- und Hypothekarmarkt, insb. bei Renditeliegenschaften; (iii) Cyberangriffe; (iv) ein ungeordneter Wegfall der LIBOR-Referenzzinssätze; (v) die Geldwäscherei; und (vi) ein erschwelter grenzüberschreitender Marktzugang, insb. in die EU. Als Teil der bedeutendsten längerfristigen Risiken, welche die FINMA identifiziert hat, werden die finanziellen Risiken im Zusammenhang mit dem Klimawandel genannt.

b) Network for Greening the Financial System

Im April 2019 trat die FINMA dem Network for Greening the Financial System (NGFS)⁹⁵ bei. Dieses Netzwerk von internationalen Zentralbanken und Aufsichtsbehörden setzt sich für eine Berücksichtigung von Umwelt- und Klimarisiken im Finanzsektor ein.

c) Finanzmarktarchitektur

Das neue Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und das neue Finanzinstitutsgesetz (FINIG) traten zusammen mit den vom Bundesrat verabschiedeten Vollzugsverordnungen (FIDLEV, FINIV und AOV) am 1. Januar 2020 in Kraft.⁹⁶ Am 7. Februar 2020 legte die FINMA Ausführungsbestimmungen in ausgewählten, vorwiegend technischen Punkten vor. Neben Anpassungen an bestehenden FINMA-Verordnungen und Rundschreiben sind weitere Ausführungsbe-

⁹⁴ Abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2019/12/20191210-mm-risikomonitor/>>.

⁹⁵ Die NGFS wurde am 12. Dezember 2017 anlässlich des Paris One Gipfels gegründet. Das Netzwerk hat zur Zeit 51 Mitglieder, wie etwa die Bank of England, Bank of Canada, Bank of Japan, Bundesamt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), Deutsche Bundesbank, Europäische Zentralbank (ECB), European Banking Authority (EBA), Österreichische Nationalbank, oder Schweizerische Nationalbank. Weitere Informationen zur NFSG sind abrufbar unter: <<https://www.ngfs.net/en>>.

⁹⁶ Vgl. hierzu bereits oben II.1.c).

stimmungen in einer neuen Finanzinstitutsverordnung-FINMA geplant. Vom 7. Februar bis 9. April 2020 führt die FINMA hierzu eine öffentliche Anhörung durch.⁹⁷ Die Verabschiedung der neuen FINMA-Verordnung ist für das 4. Quartal 2020 geplant.

Die neue FINMA-Verordnung 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. Die FINMA schlägt zudem vor, den Schwellenwert für die Kundenidentifikation bei Wechselgeschäften in Kryptowährungen in der Geldwäschereiverordnung-FINMA anzupassen. Er soll von derzeit 5'000 auf 1'000 Schweizer Franken gesenkt werden. Damit werden Mitte 2019 beschlossene, internationale Vorhaben umgesetzt und den erhöhten Geldwäschereirisiken in diesem Bereich Rechnung getragen.

d) *Banken*

aa) *Zinsrisiken, Offenlegung und Eigenmittel*

Seit 2013 tritt das umfassende Reformpaket Basel III gestaffelt zu mehreren Zeitpunkten in Kraft. Auf Anfang 2018 traten insb. die neuen Standards zu Zinsrisiken im Bankenbuch sowie zur Offenlegung in Kraft. Zeitgleich traten auch Änderungen des internationalen Rechnungslegungsstandards IFRS in Kraft (IFRS 9), die für Banken bei der Bestimmung der anrechenbaren Eigenmittel zu berücksichtigen sind. Diese, unter Basel III eingeführten Änderungen werden von der Schweizer Regulierung übernommen. Vom 31. Oktober 2017 bis 31. Januar 2018 führte die FINMA eine Anhörung zu Änderungen in den entsprechenden FINMA-Rundschreiben durch. Die Änderungen traten am 1. Januar 2019 in Kraft, also ein Jahr später als vom internationalen Zeitplan vorgesehen.

Die neuen Basler Standards zu Zinsrisiken im Bankenbuch machten eine Totalrevision des entsprechenden FINMA-Rundschreibens notwendig.⁹⁸ Für Zinsrisiken werden weiterhin keine Mindesteigenmittel entsprechend dem Säule-1-Konzept explizit vorgeschrieben. Die Vorgaben an das Risikomanagement wurden jedoch weiterentwickelt, was im anhaltenden Tiefzinsumfeld

⁹⁷ Abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2020/02/20200207-mm-finiv/>>.

⁹⁸ FINMA-Rundschreiben 2019/2 „Zinsrisiken Banken“ (ersetzt FINMA-Rundschreiben 2008/6 „Zinsrisiken Banken“).

besonders wichtig ist. Institute müssen neu bei der Messung und Offenlegung der Zinsrisiken realitätsnähere Veränderungen der Zinsen als bisher berücksichtigen. Die FINMA erlaubt überdies die Anwendung mehrerer Diskontierungsmethoden nach den Basler Standards und bestimmte nachrangige Anleihen können bei der Zinsrisikomessung berücksichtigt werden.

Das teilrevidierte FINMA-Rundschreiben „Offenlegung – Banken“⁹⁹ regelt prinzipienbasierter und differenzierter nach Bankkategorien den Umfang ihrer Offenlegung. Neu ist möglich, dass Institute ihren Offenlegungsumfang ohne weitere Begründung individuell anpassen können. Erachtet eine Bank bestimmte offenzulegende Informationen als nicht aussagekräftig, kann sie auf die Offenlegung dieser Informationen verzichten. Das teilrevidierte FINMA-Rundschreiben übernimmt die neuen Offenlegungstabellen zu den regulatorischen Schlüsselkennzahlen (*Key Metrics*) und den Zinsrisiken entlang dem Basler Standard. Diese Tabellen sind für alle Banken relevant. Mehrere weitere neue Tabellen, wie bspw. zu den TLAC-Anforderungen, den Vergütungen oder den prudenziellen Wertanpassungen, betreffen primär die international tätigen systemrelevanten Banken. Wie bis anhin müssen kleine Institute (Kategorien 4 und 5) einer deutlich weniger umfangreichen Offenlegung nachkommen. Die revidierten Bestimmungen waren erstmals für die Offenlegung per Stichtag 31. Dezember 2018 anwendbar.

Der Rechnungslegungsstandard IFRS 9 beinhaltet insb. überarbeitete Vorgaben zu Wertberichtigungen für erwartete Verluste. Das teilrevidierte FINMA-Rundschreiben¹⁰⁰ zu den anrechenbaren Eigenmitteln von Banken beinhaltet notwendige, neue Bestimmungen zur Behandlung der nach internationalen Rechnungslegungsstandards vorgesehenen Wertberichtigungen für erwartete Kreditverluste bei der Bestimmung der Eigenmittel.

Schliesslich wurden auch die FINMA-Rundschreiben „Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung – Banken“¹⁰¹ und „Kreditrisiken – Banken“¹⁰² punktuell teilrevidiert. Insbesondere wurden die im ersten Rundschreiben enthaltenen Bestimmungen zu den Bankkategorien und Eigenmittelpuffern überflüssig, da diese mittlerweile auf Stufe der bundesrätlichen Verordnungen geregelt wurden.

⁹⁹ FINMA-Rundschreiben 2016/1 „Offenlegung – Banken“.

¹⁰⁰ FINMA-Rundschreiben 2013/1 „Anrechenbare Eigenmittel Banken“.

¹⁰¹ FINMA-Rundschreiben 2011/2 „Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken“.

¹⁰² FINMA-Rundschreiben 2017/7 „Kreditrisiken Banken“.

bb) Risikoverteilung

Basel III umfasst neben Regeln zu den Eigenmitteln und der Liquidität auch Regeln zur Risikoverteilung. Diese begrenzen die maximal zulässige Grösse von einzelnen Krediten. Die ERV¹⁰³ und das FINMA-Rundschreiben „Risikoverteilung Banken“¹⁰⁴ wurden entsprechend angepasst. Beide Regularien traten am 1. Januar 2019 in Kraft.

cc) Rechnungslegung

Die FINMA ist die Rechnungslegungsstandardsetzerin für Banken in der Schweiz. Vom 18. März bis 18. Juni 2019 führte die FINMA eine Anhörung zur Neugestaltung der Rechnungslegung für Banken durch. Das neue Regelwerk umfasst eine Rechnungslegungsverordnung-FINMA¹⁰⁵, ein neues FINMA-Rundschreiben „Rechnungslegung Banken“¹⁰⁶ sowie eine partielle Anpassung des FINMA-Rundschreibens „Anrechenbare Eigenmittel – Banken“¹⁰⁷. Das neue Regelwerk trat am 1. Januar 2020 in Kraft. Für die Bildung der Wertberichtigungen für erwartete Verluste oder allfälliger zusätzlicher Wertberichtigungen für inhärente Ausfallrisiken besteht eine Übergangsfrist von maximal sechs Jahren.

Der Ansatz zur Bildung von Wertberichtigungen für Ausfallrisiken für nicht gefährdete Forderungen ist ein Thema, das bereits in den internationalen Rechnungslegungsstandards behandelt wird. Seitens IFRS wird der neue Ansatz seit 2018 angewendet und in den US GAAP per 2020 eingeführt. Das neue, von der FINMA vorgestellte Regelwerk führt diesen Ansatz nun auch für die Schweiz ein, um Schwachstellen des heutigen Systems zu beheben, insb. die Gefahr einer prozyklischen Wirkung aufgrund zu spät gebildeter Wertberichtigungen, wobei die neuen Schweizer Regeln für alle Banken und Abschlüsse gilt, mithin auch für jene, die keine solchen internationalen Rechnungslegungsstandards benutzen. Der neue Ansatz ist vergleichsweise wesentlich einfacher und prinzipienbasierter. Die Regelung ist zudem proportional ausgestaltet, d.h. sie berücksichtigt die Kategorisierung der Institute.

¹⁰³ Vgl. zur Anpassung der Eigenmittelverordnung oben II.1.f)bb).

¹⁰⁴ FINMA-Rundschreiben 2019/01 „Risikoverteilung Banken“ (ersetzt FINMA-Rundschreiben 2008/23 „Risikoverteilung Banken“).

¹⁰⁵ Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht über die Rechnungslegung (Rechnungslegungsverordnung-FINMA, RelV-FINMA) vom 31. Oktober 2019 (SR 952.024.1).

¹⁰⁶ FINMA-Rundschreiben 2020/1 „Rechnungslegung – Banken“ (ersetzt FINMA-Rundschreiben 2015/1 „Rechnungslegung Banken“).

¹⁰⁷ FINMA-Rundschreiben 2013/1 „Anrechenbare Eigenmittel – Banken“.

e) *Finanztechnologie (FinTech) und Sandbox*

Die Einführung einer neuen Bewilligungskategorie für FinTech-Unternehmen auf den 1. Januar 2019 sowie die Anpassung der Bestimmungen zur sog. Sandbox¹⁰⁸ erforderte gewisse technische Anpassungen in der FINMA-Aufsichtspraxis und mithin der Überarbeitung der FINMA-Rundschreiben „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“¹⁰⁹ und „Prüfwesen“¹¹⁰. Vom 15. März bis 15. Mai 2019 führte die FINMA eine entsprechende Anhörung durch. Die angepassten FINMA-Rundschreiben traten am 1. Juli 2019 in Kraft.

Innerhalb der Sandbox ist es möglich, die bis zum Schwellenwert von einer Million Schweizer Franken entgegengenommenen Anlagen anzulegen. Untersagt ist jedoch das Betreiben des sog. Zinsdifferenzgeschäfts, das weiterhin den Banken vorbehalten bleibt. Mit der Anpassung des FINMA-Rundschreibens „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“ legt die FINMA ihre Auslegung des Begriffs Zinsdifferenzgeschäft dar.

Das FINMA-Rundschreiben „Prüfwesen“ wurde mit den Anforderungen an die aufsichtsrechtliche Prüfung bei FinTech-Unternehmen ergänzt. Die Anforderungen für FinTech-Unternehmen lehnen sich an das etablierte Prüfwesen bei Banken und Effektenhändler an, jedoch gilt für die betroffenen Institute ein geringerer Prüfumfang und eine vereinfachte, aber auf die besonderen Risiken von FinTech-Geschäftsmodellen fokussierte Berichterstattungspflicht. Ausserdem wurde eine jährliche Prüfung der Einhaltung der Informationspflichten betr. fehlender Einlagenprivilegierung festgelegt.

f) *Stable Coins*

Seit Mitte 2018 sind vermehrt Projekte auf der Grundlage der Blockchain-Technologie zur Schaffung sog. Stable Coins festzustellen.¹¹¹ Ziel solcher Projekte ist es meist, die typische Preisvolatilität von Zahlungstoken (z.B. Bitcoins) zu begrenzen, indem den Token Vermögenswerte unterlegt werden. Am 11. September 2019 veröffentlichte die FINMA eine Ergänzung zu ihrer Wegleitung zu Initial Coin Offerings (ICOs).¹¹²

¹⁰⁸ Vgl. zur neuen FinTech-Bewilligung und zur Sandbox bereits oben II.1.g).

¹⁰⁹ FINMA-Rundschreiben 2008/3 „Publikumseinlagen bei Nichtbanken“.

¹¹⁰ FINMA-Rundschreiben 2013/3 „Prüfwesen“.

¹¹¹ Vgl. zu Stable Coins auch oben II.1.h).

¹¹² Abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/de/news/2019/09/20190911-mm-stable-coins/>>.

Das Schweizer Finanzmarktrecht ist grundsätzlich prinzipienbasiert ausgestaltet. Die FINMA wendet es nach dem Prinzip der Technologieneutralität an. Die aufsichtsrechtliche Behandlung von Stable Coins durch die FINMA folgt dem bisherigen Ansatz im Bereich von Token. Der Fokus liegt auf der wirtschaftlichen Funktion und dem Zweck eines Token (*substance over form*). Dabei berücksichtigt die FINMA sowohl die bewährten Wertungsentscheide *same risks, same rules* als auch die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls. Die konkrete Ausgestaltung von Stable Coins unterscheidet sich sehr stark. Je nachdem, welche Vermögenswerte (z.B. Währungen, Rohstoffe, Immobilien oder Effekten) einem Stable Coin unterlegt werden und welcher rechtliche Anspruch für dessen Besitzer besteht, ergeben sich unterschiedliche aufsichtsrechtliche Anforderungen. Berührungspunkte zu den Finanzmarktgesetzen bestehen insb. im Bereich der Geldwäschereibekämpfung und des Effektenhandels. Weitere Bezugspunkte gibt es zum Banken- oder Kollektiv-anlagengesetz sowie zum Finanzmarktinfrastukturgesetz.

g) *Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung*

aa) *FinTech-Bewilligung*

Zur Förderung von Innovation im Finanzmarktbereich hat der Gesetzgeber Mitte 2018 eine neue FinTech-Bewilligungskategorie geschaffen.¹¹³ Institute, die die neue FinTech-Bewilligung beanspruchen, unterstehen dem Geldwäschereigesetz und den entsprechenden Sorgfaltspflichten. Vom 28. August bis 26. Oktober 2018 führte die FINMA eine Anhörung zu den vorgeschlagenen Anpassungen in der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA)¹¹⁴ durch.

Grundsätzlich sollen bei der Bekämpfung der Geldwäscherei für alle Finanzinstitute vergleichbare Sorgfaltspflichten gelten. Da aber die FinTech-Bewilligung insb. von kleineren Instituten beansprucht wird, werden solchen Instituten bestimmte organisatorische Erleichterungen gewährt. Hierzu gehört etwa, dass kleine Institute im Sinne der Proportionalität im Gegensatz zu Banken keine unabhängige Geldwäschereifachstelle mit Kontrollaufgaben einrichten müssen. Als „klein“ gelten dabei Institute, deren Bruttoertrag unter dem Schwellenwert von 1,5 Millionen Schweizer Franken liegt.

¹¹³ Vgl. hierzu bereits oben II.1.g).

¹¹⁴ Verordnung der Eidg. Finanzmarktaufsicht über die Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor (Geldwäschereiverordnung-FINMA, GwV-FINMA) vom 3. Juni 2015 (SR 955.033.0).

Die revidierte GwV-FINMA trat zeitgleich mit dem teilrevidierten BankG am 1. Januar 2019 in Kraft. Zur Erleichterung des Gesuchsprozesses für eine Fin-Tech-Bewilligung hat die FINMA am 3. Dezember 2018 ausserdem eine Wegleitung veröffentlicht.¹¹⁵

bb) Geldwäschereibekämpfung im Blockchain-Bereich

Die FINMA anerkennt das innovative Potential von neuen Technologien für die Finanzmärkte. Sie wendet die geltenden finanzmarktrechtlichen Bestimmungen unabhängig von der zugrundeliegenden Technologie an. Blockchain-basierte Geschäftsmodelle dürfen aber nicht den bewährten regulatorischen Rahmen umgehen. Dies gilt insb. bei der Anwendung der Regeln zur Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Blockchain-Bereich, wo die Anonymität erhöhte Risiken mit sich bringt. Die Financial Action Task Force (FATF) verabschiedete am 21. Juni 2019 Empfehlungen zu den Finanzdienstleistungen im Blockchain-Bereich. Bei Transfers von Token müssen, mit Ausnahme von Transfers von und zu nicht unterstellten Wallets, wie bei einer herkömmlichen Banküberweisung Angaben zum Auftraggeber und zum Begünstigten übermittelt werden. Denn nur so kann bspw. der empfangende Finanzintermediär den Namen des Absenders gegen Sanktionslisten oder die Korrektheit der Angaben zum Begünstigten prüfen.

Am 26. August 2019 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung¹¹⁶ in der sie darlegt, wie sie die geltenden Schweizer Geldwäschereivorschriften bei der von der FINMA beaufsichtigten Finanzdienstleistern im Blockchain-Bereich anwendet. So dürfen beaufsichtigte Institute Kryptowährungen oder andere Token grundsätzlich nur an externe Wallets ihrer eigenen, bereits identifizierten Kunden schicken und auch nur von solchen Kryptowährungen oder Token entgegennehmen. FINMA-Beaufsichtigte dürfen keine Token von Kunden von anderen Instituten empfangen oder zu Kunden von anderen Instituten senden. Dies gilt solange, als im entsprechenden Zahlungssystem keine Angaben zum Absender oder Empfänger verlässlich übermittelt werden können. Diese etablierte Praxis gilt anders als der FATF-Standard ausnahmslos und ist somit einer der strengsten weltweit.

¹¹⁵ Wegleitung der FINMA für Gesuche betr. Bewilligung als Person nach Art. 1b BankG (Fin-Tech-Bewilligung) vom 3. Dezember 2018.

¹¹⁶ FINMA-Aufsichtsmitteilung 02/2019 „Zahlungsverkehr auf der Blockchain“.

cc) *Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung*

Die FATF hat im Rahmen des vierten Länderexamens der Schweiz zwar gute Noten erteilt, jedoch auch verschiedene Schwachstellen im Dispositiv zur Bekämpfung der Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung identifiziert.¹¹⁷ Die Folgearbeiten erfordern u.a. Anpassungen in der GwV-FINMA. Vom 4. September bis 16. Oktober 2017 führte die FINMA eine entsprechende Anhörung durch. Die revidierte GwV-FINMA trat am 1. Januar 2020 in Kraft, womit den Finanzintermediären genügend Zeit gegeben wurde, sich den Änderungen anzupassen.

Als wesentliche Neuerung müssen die Finanzintermediäre auch bei Normalrisikokunden die Angaben zur wirtschaftlichen Berechtigung verifizieren und regelmässig die Kundeninformationen aktualisieren. Die FINMA wendet diesbezüglich einen risikobasierten Ansatz an, der den Finanzintermediären Flexibilität bei der Umsetzung lässt. Die teilrevidierte Verordnung konkretisiert weiter die Anforderungen an die Finanzintermediäre mit Zweigniederlassungen oder Gruppengesellschaften im Ausland bezüglich ihrer globalen Überwachung der Rechts- und Reputationsrisiken. Ausserdem senkt die FINMA den Schwellenwert bei Kassageschäften und der Zeichnung von nicht börsenkotierten kollektiven Kapitalanlagen auf das FATF-Niveau von 15'000 Schweizer Franken (bisher 25'000 Schweizer Franken).

h) *Prüfwesen*

aa) *Risikoorientiertere Prüfung*

Die FINMA gestaltet die aufsichtsrechtliche Prüfung durch Prüfgesellschaften risikoorientierter aus. Die Prüfungen werden verstärkt auf die Risikosituation der Beaufsichtigten abgestimmt und vorausschauend Herausforderungen für die Beaufsichtigten identifizieren. Die FINMA revidierte hierzu das FINMA-Rundschreiben „Prüfwesen“¹¹⁸. Vom 30. November 2017 bis 31. Januar 2018 führte sie eine Anhörung zu den vorgeschlagenen Änderungen durch. Das revidierte FINMA-Rundschreiben trat am 1. Januar 2019 in Kraft.

Im Gegensatz zu den bisherigen jährlichen Prüfungen werden neu die Prüfgesellschaften bei kleineren Beaufsichtigten (Kategorien 4 und 5) ohne sichtbar erhöhte Risiken die Aufsichtsprüfung nur noch alle zwei bzw. drei Jahre durchführen. Ausserdem wird fortan bei allen Instituten die regelmässige Prü-

¹¹⁷ Vgl. hierzu oben II. 1. I).

¹¹⁸ FINMA-Rundschreiben 2013/03 „Prüfwesen“.

fung weniger flächendeckend ausgestaltet. Stattdessen sind vertiefte Prüfungen von Gebieten mit erhöhten Risiken oder über die Jahre rotierende Fokus-themen vorgesehen.

bb) Kleinbankenregime

Das Kleinbankenregime verfolgt das Ziel, die Effizienz der Regulierung und Aufsicht für kleine, besonders liquide und gut kapitalisierte Institute zu erhöhen. Solche Institute sollen von bestimmten aufsichtsrechtlichen Vorgaben entlastet werden, ohne dass deren Stabilität und Sicherheit gefährdet wird. Banken, die am Kleinbankenregime teilnehmen möchten, müssen also deutlich überdurchschnittlich kapitalisiert und mit hoher Liquidität ausgestattet sein. Dafür erhalten sie auf Stufe der Eigenmittelverordnung ein Regulierungsregime, das weit weniger komplex ist und bei dem sie z.B. auf die Berechnung von risikogewichteten Aktiven verzichten können. Weiter kommen diverse qualitative Entlastungen gemäss angepassten FINMA-Rundschreiben dazu. Aufgrund der Befreiungen und Erleichterungen ist davon auszugehen, dass die Institute des Kleinbankenregimes künftig direkt und indirekt Kosten einsparen können.

Im Juli 2018 begann die FINMA mit der Durchführung einer Pilotphase zum neuen Kleinbankenregime. Der Pilotbetrieb mit 68 teilnehmenden Institute endete am 31. Dezember 2019. Auf den 1. Januar 2020 wurde das neue Kleinbankenregime eingeführt.¹¹⁹ Die FINMA passte diverse Rundschreiben an, namentlich die FINMA-Rundschreiben „Outsourcing – Banken und Versicherer“¹²⁰, „Operationelle Risiken – Banken“¹²¹, „Corporate Governance – Banken“¹²², „Offenlegung – Banken“¹²³, „Risikoverteilung – Banken“¹²⁴, „Kreditrisiken – Banken“¹²⁵, „Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung – Banken“¹²⁶, und „Liquiditätsrisiken – Banken“¹²⁷.

¹¹⁹ Zur Revision der Eigenmittelverordnung vgl. bereits oben II.1.f)dd).

¹²⁰ FINMA-Rundschreiben 2018/3 „Outsourcing – Banken und Versicherer“.

¹²¹ FINMA-Rundschreiben 2008/21 „Operationelle Risiken – Banken“.

¹²² FINMA-Rundschreiben 2017/1 „Corporate Governance – Banken“.

¹²³ FINMA-Rundschreiben 2016/1 „Offenlegung – Banken“.

¹²⁴ FINMA-Rundschreiben 2019/1 „Risikoverteilung – Banken“.

¹²⁵ FINMA-Rundschreiben 2017/7 „Kreditrisiken – Banken“.

¹²⁶ FINMA-Rundschreiben 2011/2 „Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken“.

¹²⁷ FINMA-Rundschreiben 2015/2 „Liquiditätsrisiken – Banken“.

3. SIX Swiss Exchange

a) *Multilaterales Handelssystem*

Am 10. Dezember 2018 wurde die Ausserbetriebnahme des multilateralen Handelssystems SIX Corporate Bonds AG beschlossen und am 15. Januar 2019 umgesetzt. Als Folge der Ausserbetriebnahme wurden sämtliche Teilnehmer- und Emittentenregularien der SIX Corporate Bonds AG per 13. Mai 2019 aufgehoben.

b) *Kotierung*

aa) *Finanzmarktarchitektur*

Mit Inkrafttreten des FIDLEG und des FINIG per 1. Januar 2020 wurden unter anderem neue Prospektvorschriften eingeführt. Aufgrund der abschliessenden Regelungen auf bundesrechtlicher Ebene werden die Regularien der Handelsplätze von SIX an die neuen prospektrechtlichen Vorschriften angepasst. Im Wesentlichen werden darin die Bestimmungen zum Kotierungsprospekt aufgehoben.

Bis zum Ablauf der Übergangsfrist (Art. 109 FIDLEV) besteht für Gesuchsteller weiterhin die Möglichkeit, Gesuche gemäss den altrechtlichen Regularien einzureichen. Die Pflicht zur Veröffentlichung eines genehmigten FIDLEG-Prospekts gilt nach Ablauf von sechs Monaten seit der Zulassung einer Prüfstelle durch die FINMA, frühestens aber ab dem 1. Oktober 2020. Die neuen prospektrechtlichen Vorschriften haben unter anderem bei folgenden Regularien Änderungen zur Folge: Kotierungsreglement (KR), Zusatzreglement Exchange Traded Products (ZRETP), Zusatzreglement Anleihen (ZRA), Richtlinie Regelmeldepflichten (RLRMP) und Richtlinie Rechnungslegung (RLR).

bb) *Anerkannte Vertretung*

Das KR sieht in Art. 42 ff. vor, dass die Kotierung von Effekten auf Gesuch hin erfolgt, welches von einem anerkannten Vertreter schriftlich bei der SIX Exchange Regulation einzureichen ist. Ausführungsbestimmungen finden sich in der Richtlinie betr. anerkannte Vertretung (RLaV).¹²⁸ Um offene Fragen bezüglich der konkreten Ausgestaltung des Systems der anerkannten Vertretung

¹²⁸ Richtlinie betr. anerkannte Vertretung (Richtlinie anerkannte Vertretung, RLaV) vom 14. September 2018 (ersetzt Richtlinie betr. Anerkennung als sachkundige Emittenten und Vertreter (RLAV)).

sowie bezüglich der Handlungsmöglichkeiten von SIX Exchange Regulation im Falle von Beanstandungen gegenüber anerkannten Vertretern zu klären, wurde die RLaV totalrevidiert. Sie trat am 2. Mai 2019 in Kraft.

c) *Rechnungslegung*

Die SIX Swiss Exchange AG und die Shanghai Stock Exchange haben im Juni 2015 ein Memorandum of Understanding unterzeichnet und die angedachte Kooperation im April 2019 konkretisiert. Es besteht die Absicht, chinesischen – in Shanghai und an anderen chinesischen Börsen kotierten – Firmen die Möglichkeit zu bieten, Hinterlegungsscheine (*Global Depository Receipts*, GDR) in der Schweiz zu kotieren (umgekehrt sollen auch an der SIX kotierte Unternehmen die Möglichkeit erhalten, *Chinese Depository Receipts* (CDRs) in China zu kotieren (*Cross Listings*)).

Voraussetzung hierfür ist unter anderem die Anerkennung des Rechnungslegungsstandards der Volksrepublik China für gewerbliche Unternehmen (*Accounting Standards for Business Enterprises*, ASBE). Die Richtlinie Rechnungslegung (RLR) wird deshalb neu für Emittenten ohne Gesellschaftssitz in der Schweiz auch den Rechnungslegungsstandard ASBE der Volksrepublik China für gewerbliche Unternehmen vorsehen. Die ASBE stimmen im Wesentlichen mit den International Financial Reporting Standards (IFRS) überein und werden von der EU als gleichwertig zu EU-IFRS anerkannt. Sie sind deshalb für ausländische Emittenten an regulierten Märkten in der EU ebenfalls zugelassen. Die revidierte Richtlinie Rechnungslegung¹²⁹ trat am 1. Januar 2020 in Kraft.

d) *Alternative Performancekennzahlen*

Alternative Performancekennzahlen (*Alternative Performance Measures*, APM) haben sich als Instrument zur Kommunikation der unternehmerischen Leistungsfähigkeit von kapitalmarktorientierten Unternehmen etabliert. APM stellen hilfreiche Zusatzinformationen für das Verständnis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens bereit. Mit zunehmendem Ausmass und Vielfalt der Nutzung von APM entsteht aufgrund der eingeschränkten Vergleichbarkeit solcher Kennzahlen allerdings ein gewisses Risiko, dass Investoren irreführt werden. Um diesen Entwicklungen Rechnung zu tragen, hat

¹²⁹ Richtlinie betr. Rechnungslegung (Richtlinie Rechnungslegung, RLR) vom 11. September 2019.

der Ausschuss für Emittentenregulierung des Regulatory Board die Richtlinie Alternativen Performancekennzahlen¹³⁰ erlassen, die am 1. Januar 2019 in Kraft getreten ist.

Die Definition von APM entspricht international anerkannten Richtlinien. Der Geltungsbereich der Richtlinie begrenzt sich auf Informationen, welche periodisch oder ereignisbezogen im Zusammenhang mit der Aufrechterhaltung der Kotierung veröffentlicht werden und APM enthalten. Dazu gehören bspw. Geschäftsberichte, Lageberichte sowie Medienmitteilungen. Die Richtlinie legt den Grundsatz fest, dass für alle verwendeten APM klare und verständliche Definitionen offenzulegen und die APM aussagekräftig zu bezeichnen sind. Bei der Darstellung ist darauf zu achten, dass APM nicht stärker hervorgehoben werden als die Kenngrößen gemäss anwendbarem Rechnungslegungsstandard.

¹³⁰ Richtlinie betr. Verwendung von alternativen Performancekennzahlen (Richtlinie Alternative Performancekennzahlen, RLAPM) vom 20. März 2018.

Versicherungsrecht

Laura Manz / Pascal Grolimund

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (LAURA MANZ)	48
1.	Einleitung	48
2.	Solvency II-Richtlinie	48
3.	Entwicklungen seit der Versicherungsvermittler-Richtlinie (IDD)	50
4.	(EU) 2019/1238 vom 20. Juni 2019 über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP)	50
II.	Rechtsentwicklung in der Schweiz (PASCAL GROLIMUND)	52
1.	Revision VAG	52
2.	Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)	52
3.	Neues Verjährungsrecht	53

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

1. Einleitung

Während in den letzten Berichtszeiträumen insbesondere die Gesetzgebung in der EU zur Besprechung Anlass gab, kann in diesem Jahr wieder einmal von Fortschritten in der Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) in der Schweiz berichtet werden.

2. Solvency II-Richtlinie

Die Implementierung der Solvency II-Richtlinie (2009/138/EG), die am 1. Januar 2016 in Kraft trat, ist auch heuer weiter vorangeschritten. Die Arbeiten der Kommission zum Zwecke der einheitlichen Anwendung der Solvency II-Richtlinie haben namentlich folgende Ergebnisse hervorgebracht:

- Durchführungsverordnung der Kommission zur Festlegung technischer Informationen für die Berechnung von versicherungstechnischen Rückstellungen und Basiseigenmitteln für Meldungen mit Stichtagen vom 31. Dezember 2019 bis 30. März 2020¹.
- Durchführungsverordnung der Kommission zur Änderung und Berichtigung der Durchführungsverordnung zur Festlegung technischer Durchführungsstandards hinsichtlich der Meldebögen für die Übermittlung von Informationen an die Aufsichtsbehörde gemäss Solvency II-Richtlinie².

¹ Durchführungsverordnung (EU) 2020/193 der Kommission vom 12. Februar 2020 zur Festlegung technischer Informationen für die Berechnung von versicherungstechnischen Rückstellungen und Basiseigenmitteln für Meldungen mit Stichtagen vom 31. Dezember 2019 bis 30. März 2020 gemäß der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit, ABl. L 40 vom 13. Februar 2020, 18 ff.

² Durchführungsverordnung (EU) 2019/2103 der Kommission vom 27. November 2019 zur Änderung und Berichtigung der Durchführungsverordnung (EU) 2015/2450 zur Festlegung technischer Durchführungsstandards hinsichtlich der Meldebögen für die Übermittlung von Informationen an die Aufsichtsbehörde gemäß der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. L 318 vom 10. Dezember 2019, 13 ff.

- Durchführungsverordnung der Kommission zur Änderung der Durchführungsverordnung im Hinblick auf die Veröffentlichung der Informationen, die bei der Berechnung der Anpassung für die Verlustausgleichsfähigkeit latenter Steuern verwendet werden³.
- Verordnung des Parlaments und des Rates über nachhaltigkeitsbezogene Offenlegungspflichten im Finanzdienstleistungssektor: Diese gilt für Versicherungsunternehmen, die ein Versicherungsanlageprodukt (insurance-based investment product, IBIP) anbieten⁴.
- Durchführungsverordnung zur Festlegung technischer Informationen für die Berechnung von versicherungstechnischen Rückstellungen und Basis-eigenmitteln für Meldungen mit Stichtagen vom 31. Dezember 2018 bis 30. März 2019 gemäss Solvency II-Richtlinie⁵.
- Vorschlag zur Änderung der Richtlinie 2009/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht⁶: Die Änderung verfolgt das Ziel, einen hohen Grad an Konvergenz in Bezug auf den Schutz potenzieller Opfer von Kraftfahrzeugunfällen zu erreichen. Die Richtlinie ist von Bedeutung für das Funktionieren des Schengen-Raums und für ein reibungsloses Funktionieren des Binnenmarkts.

Zudem fand die Solvency II-Richtlinie in folgenden Liquidationsverfahren (Bekanntmachung gemäss Artikel 280 Solvency II-Richtlinie) praktische Anwendung:

³ Durchführungsverordnung (EU) 2019/2102 der Kommission vom 27. November 2019 zur Änderung der Durchführungsverordnung (EU) 2015/2452 im Hinblick auf die Veröffentlichung der Informationen, die bei der Berechnung der Anpassung für die Verlustausgleichsfähigkeit latenter Steuern verwendet werden, ABl. L 318 vom 10. Dezember 2019, 6 ff.

⁴ 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.

⁵ Durchführungsverordnung (EU) 2019/228 der Kommission vom 7. Februar 2019 zur Festlegung technischer Informationen für die Berechnung von versicherungstechnischen Rückstellungen und Basis-eigenmitteln für Meldungen mit Stichtagen vom 31. Dezember 2018 bis 30. März 2019 gemäß der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit, C/2019/802, ABl. L 37 vom 8. Februar 2019, 22 ff.

⁶ Vorschlag für eine richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2009/103/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und die Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, COM(2018) 336 final.

- Quick-Sure Insurance Limited (Gibraltar).⁷
- Elite Insurance Company Limited (Gibraltar).⁸
- Застрахователна компания Юроамерикан АД (EuroAmerican Versicherungs-AG).⁹
- Elite Insurance Company Limited (Gibraltar).¹⁰
- Qudos Insurance A/S (Dänemark).¹¹
- A+ Insurance Services Limited (UK).¹²

In der Rechtssache C-74/18 entschied der Europäische Gerichtshof mit Urteil vom 17. Januar 2019 über die Auslegung von Art. 13 Nr. 13 (*Begriff des ‚Mitgliedstaats‘, in dem das Risiko belegen ist*) und Art. 157 (Mitgliedstaat der Erhebung einer Steuer auf Versicherungsprämien) Solvency II-Richtlinie. Der EuGH hält fest, dass diese Bestimmungen dahingehend auszulegen sind, „dass, wenn eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in einem Mitgliedstaat eine Versicherung zur Deckung von vertraglichen Risiken im Zusammenhang mit dem Wert der Aktien und der Berechtigung des vom Käufer beim Erwerb eines Unternehmens gezahlten Kaufpreises anbietet, ein in diesem Rahmen geschlossener Versicherungsvertrag ausschließlich den indirekten Steuern und steuerähnlichen Abgaben unterliegt, die in dem Mitgliedstaat, in dem der Versicherungsnehmer niedergelassen ist, auf Versicherungsprämien erhoben werden.“

3. Entwicklungen seit der Versicherungsvermittler-Richtlinie (IDD)

Im Berichtszeitraum gab es diesbezüglich keine weiteren Entwicklungen.

4. (EU) 2019/1238 vom 20. Juni 2019 über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP)

Am 20. Juni 2019 erliess das Parlament und der Rat die Verordnung (EU) 2019/1238 des Parlaments und des Rates über ein europaweites privates Altersvorsorgeprodukt (PEPP).¹³ Die Verordnung soll Einzelpersonen eine neue *freiwillige Vorsorgemöglichkeit* eröffnen, die einen ausreichenden Verbraucherschutz

⁷ ABl. C 51 vom 14. Februar 2020, 15.

⁸ ABl. C 51 vom 14. Februar 2020, 5.

⁹ ABl. C 20 vom 21. Januar 2020, 17.

¹⁰ ABl. C 73 vom 26. Februar 2019, 6.

¹¹ ABl. C 27 vom 22. Januar 2019, 13.

¹² ABl. C 27 vom 22. Januar 2019, 13.

¹³ 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.

im Hinblick auf die zentralen Merkmale des Produkts gewährleistet. Die angestrebte Regelung soll zugleich ausreichend flexibel sein, sodass möglichst viele Marktanbieter angesprochen werden.

Mit dieser Verordnung werden einige Eckpunkte des PEPP harmonisiert, die zentrale Aspekte wie den Vertrieb, den Mindestvertragsinhalt, die Anlagepolitik, den Anbieterwechsel oder auch die grenzüberschreitende Bereitstellung und Mitnahmefähigkeit betreffen. Sie soll ein standardisiertes europaweites Produkt hervorbringen, das in allen Mitgliedstaaten erhältlich ist, und die Verbraucher so in die Lage versetzen, den vollen Nutzen aus dem Binnenmarkt zu ziehen, indem sie ihre Altersversorgungsansprüche ins Ausland übertragen und zwischen einer grösseren Zahl verschiedener Anbieter, auch in anderen Ländern, wählen können (Erwägung 21).

Die Sparerinnen und Sparer haben das Recht, spätestens fünf Jahre nach Vertragsabschluss oder nach dem letzten Anbieterwechsel einen anderen Anbieter – im eigenen Land oder in einem anderen Mitgliedstaat – zu wählen.

II. Rechtsentwicklung in der Schweiz

1. Revision VAG

Im letzten Berichtszeitraum wurde ausführlich über die Vernehmlassungsvorlage¹⁴ des Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) berichtet. Die Vernehmlassung dauerte bis zum 28. Februar 2019. Der Entwurf sowie die Botschaft zur Revision sind im 2. Quartal 2020 zu erwarten.

2. Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)

Im vergangenen Jahr wurde in den Räten intensiv über die VVG-Revision beraten. Die neuste Fassung nach den Beschlüssen des Nationalrats im Differenzberichtsverfahren datiert vom 9. Januar 2020.¹⁵ Zusammenfassend besteht nunmehr Einigkeit betreffend:

- **Widerrufsrecht (Art. 2a und 2b E-VVG):** Der Versicherungsnehmer kann binnen 14 Tagen nach dem Vertragsschluss vom Vertrag zurücktreten. Der Widerruf bewirkt eine Auflösung des Vertrags *ex tunc* sowie die Rückerstattung der allenfalls bereits getätigten Leistungen. Die vom Nationalrat vorgeschlagene Erweiterung des Widerrufsrechts bei wesentlichen Änderungen des Versicherungsvertrags wurde nicht angenommen.
- **Aufklärungspflichten (Art. 3 E-VVG):** Der bundesrätliche Vorschlag ist nunmehr in beiden Räten bestätigt, nachdem der vorgeschlagene schriftliche Nachweis der Erfüllung der Informationspflicht verworfen wurde: Vor dem Vertragsschluss soll angegeben werden müssen, ob es sich um eine Summen- oder Schadenversicherung handle. Zudem muss über das Widerrufsrecht informiert, eine Frist für die Schadenanzeige genannt sowie auf das Recht, die Prämien oder die AVB einseitig anpassen zu können, informiert werden. Ergänzt wurde die Bestimmung mit der Pflicht zur Information über die zeitliche Geltung des Versicherungsschutzes, insbesondere dann, wenn das befürchtete Ereignis während der Laufzeit des Vertrags, der daraus entstehende Schaden aber erst nach Beendigung des Vertrags eintritt. Ebenfalls transparent offenlegen muss das Versicherungsunternehmen die im Vertrag allenfalls vorgesehene Möglichkeit, dass das Versicherungsunternehmen die Dauer oder den Umfang von Leistungen, die es dem Versicherungsnehmer wegen Krankheit oder

¹⁴ Abrufbar unter:
<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/54486.pdf>>.

¹⁵ Abrufbar unter:
<<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170043/N33%20D.pdf>>.

Unfall auszurichten verpflichtet ist, einseitig beschränken oder diese Verpflichtung ganz aufheben kann, wenn der Vertrag nach Eintritt des befürchteten Ereignisses beendet wird. Auch liegt eine Einigung betreffend die Kosteninformation bei rückkaufsfähigen Lebensversicherung im Falle des Rückkaufs vor: Der Versicherungsnehmer ist über die damit verbundenen wesentlichen Kostenarten zu informieren.

- Anzeigepflicht (Art. 6 E-VVG): Der Nationalrat möchte das Kündigungsrecht nebst der 4-wöchigen Verwirkungsfrist nach Kenntnisnahme der Anzeigepflichtverletzung (Abs. 2) einer absoluten zwei-jährigen Frist beginnend ab Vertragsschluss unterstellen. Der Ständerat lehnte dies ab und setzte sich durch: Abs. 2 wird gestrichen (d.h. es bleibt beim jetzt geltenden Recht).
- Nachhaftung in der Krankenzusatzversicherung (Vorschlag des Nationalrates in Art. 35c VVG): In der Krankenzusatzversicherung sollten Ansprüche aus dem Vertrag bis zu fünf Jahre nach dessen Beendigung entstehen, wenn sich die versicherte Gefahr noch während der Laufzeit des Vertrags verwirklicht, der daraus entstehende Schaden aber erst nach Beendigung des Vertrags eintritt. Der Ständerat lehnte diese Nachhaftung ab. Der Nationalrat fügte sich letztlich im März 2020 dem Ständerat: Es wird damit keine Nachhaftung der Krankenzusatzversicherung geben.
- Verjährung: Die Verjährungsfrist für Forderungen aus dem Versicherungsvertrag wird von zwei auf fünf Jahre verlängert werden (Art. 46 E-VVG).
- Direktes Forderungsrecht (Art. 60 Abs. 1bis E-VVG): In der Haftpflichtversicherung soll der geschädigte Dritte ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherungsunternehmen haben. Während der Nationalrat das Forderungsrecht nicht bedingen möchte, soll das direkte Forderungsrecht nach dem Beschluss des Ständerats nur gelten, wenn kein haftpflichtiger Versicherter mehr belangt werden kann, dem haftpflichtigen Versicherten die Pfändung oder der Konkurs droht oder seine Zahlungsunfähigkeit auf eine andere Art als offensichtlich erstellt gilt. Dieser Punkt ist zwischen den Räten noch nicht bereinigt.
- Betreffend die zwingenden Bestimmungen (Art. 97 E-VVG) sowie über die Definition der „professionellen Versicherungsnehmer“ (Art. 98a Abs. 2 E-VVG) haben sich die Räte im März 2020 geeinigt.

3. Neues Verjährungsrecht

Am 1. Januar 2020 trat das neue Verjährungsrecht des Obligationenrechts in Kraft. Betreffend die ausservertragliche Haftung gilt neu eine relative Verjährungsfrist von 3 Jahren (bisher 1 Jahr). Bei widerrechtlicher Körperverletzung oder Tötung beträgt die absolute Verjährungsfrist neu 20 Jahre. Sofern die

Parteien es schriftlich vereinbaren, wird alsdann die Verjährung gehemmt für die Dauer von Vergleichsgesprächen (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR). Der Verjährungseinredeverzicht muss neu schriftlich erfolgen (Art. 141 Abs. 1bis OR). Der Verzicht durch den Schuldner kann dem Versicherer entgegengehalten werden und umgekehrt, sofern ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer besteht (Art. 141 Abs. 4 OR).

Diese Gesetzesänderung ist namentlich mit Bezug auf den Versicherungsmissbrauch erwähnenswert (Art. 40 VVG). Das Bundesgericht geht diesbezüglich davon aus, dass der Rückforderungsanspruch des Versicherers für bereits ausgerichtete Leistungen der bereicherungsrechtlichen Verjährungsfrist nach OR untersteht. Entsprechend galt bislang die 1-jährigen relative Verjährungsfrist von Art. 67 VVG und nicht die 2-jährige Verjährungsfrist gemäss Art. 46 VVG. Das führte in der Praxis immer wieder zu – für die Versicherer – unliebvollen Überraschungen bei der Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen. Die Verlängerung der relativen Verjährungsfrist von bereicherungsrechtlichen Rückerstattungsansprüchen auf 3 Jahre führt nun im Ergebnis zu einer Umkehr der Verhältnisse. Neu wird der Versicherer von der längeren Verjährungsfrist nach OR im Verhältnis zur kürzeren Verjährungsfrist nach VVG profitieren können. Dieser „Vorteil“ gilt solange, bis die Revision des VVG in Kraft getreten ist und die dort vorgesehene Verjährungsfrist von 5 Jahren zur Geltung gelangt. Danach wird die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Ergebnis wieder günstiger für die (betrügerischen) Versicherten sein.

Gesellschaftsrecht

Wesselina Uebe / Stefan Härtner

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (WESSELINA UEBE)	56
1.	Einsatz digitaler Werkzeuge im Gesellschaftsrecht	56
2.	Grenzüberschreitende Mobilität von Unternehmen	59
3.	Präventive Restrukturierungsmaßnahmen	60
II.	Bedeutung für die Schweiz (STEFAN HÄRTNER)	62
1.	Aktienrechtsrevision	62
a)	Gründungs- und Kapitalvorschriften	63
b)	Aktionärsrechte und Generalversammlung	63
c)	Verwaltungsrat	64
d)	Sanierung im Obligationenrecht	64
e)	Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV	65
f)	Aktienrechtliche Klagen	65
2.	Konzernverantwortungsinitiative	66
3.	Global Forum	68
4.	DLT / Blockchain	68

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

Das Gesellschaftsrecht der EU hat im Berichterstattungszeitraum mit der Annahme des „Company Law Packages“ eine weitere wichtige Harmonisierung erfahren. Ziel dieses aus zwei Richtlinien bestehenden Gesetzgebungspakets sind Erleichterungen für grenzüberschreitende, unionsweite Aktivitäten von Unternehmen. Einerseits sollen die Möglichkeiten der Digitalisierung insbesondere bei der Gründung von Unternehmen besser genutzt werden können und andererseits die grenzüberschreitende Mobilität von Unternehmen bei Reorganisationsprozessen gefördert werden. Ferner wurde im Berichterstattungszeitraum eine neue Richtlinie über präventive Restrukturierungsmaßnahmen angenommen.

1. Einsatz digitaler Werkzeuge im Gesellschaftsrecht

Mit der neuen Digitalisierungsrichtlinie vom 20. Juni 2019 ermöglicht der europäische Gesetzgeber den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht¹. Bislang war die digitale Gründung von Gesellschaften in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich stark ausgeprägt. Das Spektrum reichte von der Gründung im Präsenzverfahren (d.h. mit persönlichem Erscheinen vor einem Notar), nur digital, bis hin zu Mischformen aus Präsenz- und Onlineelementen. Neu müssen die nationalen Gesetzgeber die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften, die Online-Eintragung von Zweigniederlassungen von Gesellschaften aus anderen Mitgliedstaaten sowie die Online-Einreichung von Gesellschaftsunterlagen für Kapitalgesellschaften als zusätzliche Option zulassen. Nicht vorgesehen ist demgegenüber die Einführung einer neuen, genuinen digitalen Gesellschaftsform oder etwa die Möglichkeit der Übertragung von Gesellschaftsanteilen über die Blockchain, wie es im Gesetzgebungsprozess teilweise aufgeworfen wurde.

Ziel der Digitalisierungsrichtlinie ist eine einfachere, raschere und effizientere Gründung von Gesellschaften und die Bereitstellung umfassender, barrierefreier Informationen sowie die Reduzierung von Kosten und Zeit- und Verwaltungsaufwand. Zugleich sollen tradierten gesellschaftsrechtlichen Prinzipien der Mitgliedstaaten berücksichtigt sowie der bestmögliche Schutz vor Missbrauch garantiert werden. Insoweit formuliert die Digitalisierungsrichtlinie im Wesentlichen zwei Zielvorgaben für die Online-Gründung von Kapitalgesellschaften: Zum einen müssen die Mitgliedstaaten die Gründung in einem

¹ Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl. L 186 vom 11. Juli 2019, 80 ff.

Online-Verfahren ermöglichen, welches die physische Präsenz des Antragstellers vor der hierfür zuständigen Stelle entbehrlich macht. Zum anderen muss das Online-Gründungsverfahren innerhalb von fünf Arbeitstagen abgeschlossen sein, vorausgesetzt, dass der Antragsteller eine natürliche Person ist und ausschliesslich Musterdokumente verwendet. In anderen Fällen darf das Verfahren nicht länger als zehn Arbeitstage dauern.

Der Anwendungsbereich der Digitalisierungsrichtlinie erstreckt sich grundsätzlich auf alle Formen der Kapitalgesellschaft (vgl. Anhang IIA der Digitalisierungsrichtlinie). Wegen der Komplexität der Gründung mancher Gesellschaftsformen gemäss dem nationalen Recht sollten die Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit haben, die Online-Gründung auf bestimmte Formen von Kapitalgesellschaften zu beschränken. Gemäss der im neuen Art. 13g Abs. 1 S. 2 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie² vorgesehenen Opt-Out-Lösung steht es dem nationalen Gesetzgeber frei, die Möglichkeit der Online-Gründung nur für GmbHs zu schaffen. Hinsichtlich der Gründungsformen, umfasst die Digitalisierungsrichtlinie sowohl die Sachgründung als auch die Bargründung. Auch insoweit steht dem nationalen Gesetzgeber allerdings ein Opt-Out-Wahlrecht zu und darf er das Online-Gründungsverfahren auf Fälle der Bargründung beschränken. Darüber hinaus soll es möglich sein für eine Gesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegt, eine Zweigniederlassung in einem anderen EU-Mitgliedstaat online registrieren zu lassen. Auch sollen eine Vielzahl von gesellschaftsrechtlichen Unterlagen, wie Gesellschafterbeschlüsse und Handelsregisteranmeldungen betreffend Satzungsänderungen oder die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern online einzureichen sein. Antragsteller im Online-Verfahren dürfen nach der Digitalisierungsrichtlinie nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen sein. Es ist jedoch zu erwarten, dass die Gründung durch ausländische juristische Personen auch in Zukunft mit besonderen Herausforderungen (Prüfung der tatsächlichen Existenz der ausländischen Kapitalgesellschaft, Echtheit und Korrektheit eingereicherter Urkunden, etc.) verbunden sein wird. Um Unternehmen, insbesondere KMU, bei der Gründung zu unterstützen, sollte es möglich sein, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mithilfe von online verfügbaren Mustern zu gründen. Die Mitgliedstaaten sollten sicherstellen, dass solche Muster für Online-Gründungen verwendet werden können, und es sollte ihnen freistehen, ihren rechtlichen Stellenwert zu bestimmen. Solche Muster könnten mehrere vorab festgelegte Optionen entsprechend dem nationalen Recht enthalten. Die Bewerber sollten zwischen

² Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 169 vom 30. Juni 2017, 46 ff.

der Verwendung der Muster oder der Gründung einer Gesellschaft mit massgeschneiderten Errichtungsakten wählen können, und die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, auch für andere Gesellschaftsformen Muster bereitzustellen.

Zur Stärkung des Vertrauens müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass entsprechend der Verordnung (EU) Nr. 910/2014³ eine sichere elektronische Identifizierung und die Inanspruchnahme von Vertrauensdiensten sowohl einheimischen Nutzern als auch Nutzern aus anderen Mitgliedstaaten möglich sind. Um die grenzüberschreitende elektronische Identifizierung zu ermöglichen, sollten die Mitgliedstaaten zudem elektronische Identifizierungssysteme einrichten, die zugelassene elektronische Identifizierungsmittel vorsehen. Solche nationalen Systeme würden dann als Grundlage für die Anerkennung elektronischer Identifizierungsmittel aus anderen Mitgliedstaaten dienen.

Schliesslich soll es in Zukunft ein europäisches System zur Vernetzung der nationalen Unternehmensregister (*Business Registers Interconnection System* (BRIS)) geben, das den Abruf und die Überprüfung von Gesellschaften europaweit erleichtern soll. Alle europäischen Gesellschaften erhalten hierfür eine europäische Kennung, die sog. EUID. Alle eingereichten Informationen zu den Gesellschaften werden einheitlich unter dieser EUID-Kennung abgelegt und sollen so europaweit einheitlich abrufbar sein (once-only-Prinzip).

Die Regelungen der Richtlinie zur Online-Gründung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung und zur Online-Eintragung von Zweigniederlassungen sind grundsätzlich bis zum 1. August 2021 in nationales Recht umzusetzen. Liegen objektive Gründe für die Notwendigkeit einer Verlängerung der Umsetzungsfrist vor, besteht ein Anspruch auf Verlängerung um ein Jahr.

Die Digitalisierungsrichtlinie verfolgt indes keine Absenkung der in den Mitgliedstaaten teilweise erheblich voneinander abweichenden Schutzstandards (so etwa zum Gutgläubenschutz für Eintragungen im Handelsregister). Vielmehr schreibt die neue Richtlinie die Gewährleistung bestimmter Mindeststandards vor, so etwa die Überprüfung der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Antragsteller. Im Übrigen können die Mitgliedstaaten ihre nationalen

³ Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. L 257 vom 28. August 2014, 73 ff.

Rechtstraditionen beibehalten. Dies gilt ausdrücklich auch für die Rolle der Notare, welche etwa bei Gesellschaftsgründungen in einigen Mitgliedstaaten eine wichtige Rolle spielen.

2. Grenzüberschreitende Mobilität von Unternehmen

Das Europäische Parlament und der Rat haben am 27. November 2019 neue Vorschriften angenommen, die europäischen Unternehmen Zusammenschlüsse, Spaltungen oder Umzüge erleichtern sollen und gleichzeitig strenge Schutzbestimmungen vorsehen⁴.

Die neue Richtlinie führt umfassende Verfahren für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen ein und enthält zusätzliche Vorschriften für grenzüberschreitende Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, die in einem EU-Mitgliedstaat niedergelassen sind. Für alle drei Umwandlungsvarianten gilt weiterhin das bewährte „europäische Modell für Strukturmaßnahmen“ mit den bekannten zentralen Verfahrensschritten: Plan, Bericht des Managements, Prüfung durch einen externen Sachverständigen, Beschluss durch die Gesellschafterversammlungen der beteiligten Gesellschaften und Rechtmässigkeitskontrolle durch die zuständigen nationalen Stellen. Dieses Modell wird durch die neue Richtlinie aktualisiert: So gibt es etwa Neuerungen beim Inhalt des Plans, der Bericht wurde neu konzipiert (er enthält nun separate Abschnitte für Gesellschafter und Arbeitnehmer) und die Offenlegung sowie die Rechtmässigkeitskontrolle wurden im Einklang mit den Reformen durch die DigiRL modernisiert. Darüber hinaus bietet die Richtlinie auch Vereinfachungen: Eine davon ist die Möglichkeit, das Verfahren zu beschleunigen, indem auf Berichte für die Gesellschafter und Arbeitnehmer verzichtet wird, sofern die Gesellschafter zustimmen oder das Unternehmen oder seine Tochtergesellschaften keine Angestellten haben. Eine bedeutsame Errungenschaft ist insbesondere, dass für alle drei Umwandlungsvarianten harmonisierte Mindestschutzstandards für Minderheitsgesellschafter und Gläubiger geschaffen wurden: Für Minderheitsgesellschafter ist ein Recht zum Austritt gegen Barabfindung und ein Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses vorgesehen, für die Gläubiger ein Anspruch auf Sicherheitsleistung.

In den Erwägungsgründen der Richtlinie wird hervorgehoben, dass die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Kontext von grenzüberschreitenden Vorhaben im Einklang mit dem bislang geltenden Rechtsrahmen erfol-

⁴ Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. L 321 vom 12. Dezember 2019, 1 ff.

gen sollte. Insoweit sieht die Richtlinie Regelungen für die Teilnahme der Arbeitnehmervertreter und für den umfassenden Schutz der Mitbestimmung der Arbeitnehmer vor.

Darüber hinaus sieht die neue Richtlinie Verfahren vor, mit denen geprüft wird, ob die grenzüberschreitenden Vorhaben nach den betreffenden nationalen Rechtsvorschriften rechtmässig sind. Zudem wird ein obligatorisches Kontrollverfahren zur Bekämpfung von Missbrauch eingeführt. So können nationale Behörden grenzüberschreitende Vorhaben blockieren, wenn diese missbräuchlich oder in betrügerischer Absicht erfolgen, d.h. wenn sie der Vermeidung oder Umgehung von nationalem Recht oder EU-Recht oder kriminellen Zwecken dienen (Vorabbescheinigung).

Die Mobilitätsrichtlinie ist von den Mitgliedstaaten bis 31. Januar 2023 umzusetzen. Sie ergänzt die Richtlinie (EU) 2017/1132⁵ regelt die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften und schafft erstmals eine Rechtsgrundlage für grenzüberschreitende Umwandlungen und Spaltungen, da die Richtlinie (EU) 2017/1132 lediglich Vorschriften für inländische Spaltungen von Aktiengesellschaften enthält. Schliesslich ergänzt die Mobilitätsrichtlinie auch die Gesellschaftsrichtlinie auch um zwei völlige neue Kapitel zu grenzüberschreitenden Formwechseln und Spaltungen.

3. Präventive Restrukturierungsmassnahmen

Das Europäische Parlament und der Rat verabschiedeten am 20. Juni 2019 einen harmonisierten Rechtsrahmen für präventive Restrukturierungen⁶. Die betreffende Richtlinie ist Teil der Initiative der Europäischen Kommission zur Schaffung einer Kapitalmarktunion⁷. Ziel der Richtlinie ist es, Hindernisse für die Ausübung des freien Kapitalverkehrs zu beseitigen, die auf Unterschiede zwischen den nationalen Vorschriften und Verfahren für die präventive Restrukturierung, die Insolvenz, die Entschuldung und Tätigkeitsverbote

⁵ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (Text von Bedeutung für den EWR.), ABL L 169 vom 30. Juni 2017, 46 ff.

⁶ Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie über Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz), ABL L 172 vom 26. Juni 2019, 18.

⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalmarktunion, COM(2015) 468 final vom 30. September 2015.

zurückzuführen sind. Es soll sichergestellt werden, dass bestandsfähige Unternehmen und Unternehmer, die in finanziellen Schwierigkeiten sind, Zugang zu wirksamen nationalen präventiven Restrukturierungsrahmen haben, die es ihnen ermöglichen, ihren Betrieb fortzusetzen, dass redliche insolvente oder überschuldete Unternehmer nach einer angemessenen Frist in den Genuss einer vollen Entschuldung kommen und dadurch eine zweite Chance erhalten können, und dass die Wirksamkeit von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren, insbesondere durch Verkürzung ihrer Dauer, erhöht wird⁸.

⁸ Bezüglich der Einzelheiten kann auf die Ausführungen zur letzten Fassung des Vorschlags der Richtlinie in der letztjährigen Ausgabe des Jahrbuchs verwiesen werden; vgl. MARKUS KAEMPF/STEFAN HÄRTNER, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 71 ff.

II. Bedeutung für die Schweiz

Der Berichtszeitraum wurde geprägt durch die parlamentarischen Beratungen zur Aktienrechtsrevision (1.) und zur Konzernverantwortungsinitiative (2.). Sodann ist das Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke in Kraft getreten (3.) und der Bundesrat hat die Botschaft und den Entwurf zu einem Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register verabschiedet (4.).⁹

1. Aktienrechtsrevision

Nachdem der Ständerat die Vorlage in der Wintersession 2018 zunächst zur Überarbeitung an seine Kommission für Rechtsfragen (RK-S) zurückgewiesen hatte, konnte er sich in der Sommersession 2019 der Detailberatung widmen. In der Wintersession 2019 wurde die Aktienrechtsrevision erneut im Nationalrat behandelt, der sich damit bereits in der Sommersession 2018 befasst hatte.

Die zentralen Punkte des Revisionsvorhabens, die bisherigen gesetzgeberischen Arbeiten und die Bezugspunkte zum EU-Recht wurden in den Vorjahresbeiträgen thematisiert. Nachfolgend werden daher nur jene Aspekte der Vorlage behandelt, die im Ständerat in der Sommersession 2019 bzw. im Nationalrat in der Wintersession 2019 im Fokus standen.¹⁰

⁹ Gesellschaftsrechtliche Bezüge weisen sodann die hier nicht weiter behandelten gesetzgeberischen Entwicklungen in den Bereichen erbrechtliche Unternehmensnachfolge, Bekämpfung missbräuchlicher Konkurse, Handelsregister sowie elektronische öffentliche Urkunden auf, vgl. dazu SETHE ROLF/CETINKAYA MELTEM, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht und im Wertpapierrecht, SJZ 2019, 649 ff., 651.

¹⁰ Die massgeblichen Bestimmungen der Vorlage werden nachfolgend einheitlich mit E-[Gesetz] bezeichnet. Die hier behandelten (vorgeschlagenen) Änderungen des bundesrätlichen Entwurfs vom 23. November 2016 durch den Stände- und den Nationalrat sind nachvollziehbar unter <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-33%20D.pdf>> und <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/N1-44%20D.pdf>>. Wurde eine Bestimmung durch einen Rat neu eingefügt, wird sie mit S-[Gesetz] [Jahr der Einführung] oder N-[Gesetz] [Jahr der Einführung] bezeichnet. Nicht mehr berücksichtigt werden konnten die Anträge der RK-S vom 16. Januar 2020, <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/S1-5%20D.pdf>>.

a) *Gründungs- und Kapitalvorschriften*

Im Gegensatz zum Ständerat möchte der Nationalrat die Möglichkeit eines Aktienkapitals in der für die Geschäftstätigkeit wesentlichen ausländischen Währung beibehalten (Art. 621 Abs. 2 E-OR).

Einig sind sich die Räte darüber, dass der Nennwert einer Aktie nicht mehr einen Rappen betragen, sondern lediglich grösser als null sein muss (Art. 622 Abs. 4 E-OR).

Nicht mehr umstritten ist sodann die Einführung des Kapitalbandes mit den vom Nationalrat vorgenommenen Änderungen beim Gläubigerschutz (Art. 653s ff. E-OR). Der Ständerat hat sich dafür ausgesprochen, dass die Emissionsabgabebeforderung erst am Ende des Kapitalbandes entstehen soll (Art. 7 Abs. 1 lit. f S-StG 2019). Der Nationalrat hat diesem Vorschlag zugestimmt.

Vom Tisch sind die Vorschriften zu den Erleichterungen hinsichtlich der Pflicht zur öffentlichen Beurkundung bei der Gründung, Statutenänderung, Kapitalerhöhung und Auflösung (vgl. insbesondere Art. 629a, Art. 647 Abs. 2, Art. 650 Abs. 4, Art. 652g Abs. 3 und Art. 736 Abs. 1 Ziff. 2 N-OR 2018). Der Nationalrat hat die vom Ständerat vorgeschlagene Streichung dieser Bestimmungen akzeptiert.

b) *Aktionärsrechte und Generalversammlung*

Der Ständerat hat die Streichung der Bestimmungen zu den sog. „Loyalitätsaktien“ (vgl. insbesondere Art. 650 Abs. 2 Ziff. 3^{bis} und Ziff. 9^{bis}, Art. 652b Abs. 5, Art. 652b^{bis}, Art. 661a Abs. 1 N-OR 2018) vorgeschlagen, was der Nationalrat deutlich, mit 150:32 Stimmen bei fünf Enthaltungen, verworfen hat.

Zudem hat der Ständerat Art. 701b E-OR zur Streichung vorgeschlagen, der die Möglichkeit vorsieht, die Generalversammlung im Ausland durchzuführen. Der Nationalrat hat dagegen an dieser Bestimmung festgehalten.

Eine kleinere Differenz zwischen den Räten besteht in Bezug auf die Zwischendividende, deren gesetzliche Verankerung an sich aber unbestritten ist. So möchte der Nationalrat im Gegensatz zum Ständerat, dass auf die Prüfung des der Zwischendividende zugrundeliegenden Zwischenabschlusses durch die Revisionsstelle verzichtet werden kann, wenn sämtliche Aktionäre der Zwischendividende zustimmen (Art. 675a Abs. 2 Satz 2 N-OR 2018).

Der Ständerat befürwortete, entsprechend dem bundesrätlichen Entwurf, die generelle Unzulässigkeit der Organstimmrechtsvertretung (Art. 689b Abs. 2 E-OR). Der Nationalrat hielt dagegen an seinem Vorschlag aus der Sommerses-

sion 2018 fest, wonach die Organstimmrechtsvertretung nur in Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien unzulässig sein soll. Umstritten ist sodann, ob dem unabhängigen Stimmrechtsvertreter ein gesetzliches Stimmgeheimnis auferlegt werden soll. Der Ständerat möchte Art. 689c E-OR um einen weiteren Absatz (4^{bis}) ergänzen, wonach der unabhängige Stimmrechtsvertreter Weisungen einzelner Aktionäre bis zur Generalversammlung vertraulich behandeln muss, die Gesellschaft aber in allgemeiner Weise über die eingegangenen Weisungen informieren darf, sofern er gleichzeitig auch die Öffentlichkeit informiert. Der Nationalrat hat die vorgeschlagene Ergänzung abgelehnt.

Einig sind sich die Räte darüber, dass das Traktandierungs- und Antragsrecht bei Gesellschaften mit börsenkotierten Aktien lediglich eine Beteiligung von 0.5% des Aktienkapitals oder der Stimmen voraussetzen soll, wie dies bereits im bundesrätlichen Entwurf vorgesehen war (Art. 699b Abs. 1 Ziff. 1 E-OR). In der Sommersession 2018 hatte sich der Nationalrat noch für eine Schwelle von 3% des Aktienkapitals oder der Stimmen ausgesprochen.

Bereits im Ständerat keine Mehrheit gefunden haben die von einer Kommissionminderheit vorgeschlagenen Bestimmungen zu Stimmrechtsberatern. Das letzte Wort dürfte diesbezüglich allerdings noch nicht gesprochen sein, denn der gesetzgeberische Handlungsbedarf wurde auch von den Gegnern des Vorschlags nicht verneint. Diese hielten es jedoch für zweckmässiger, die Thematik durch eine Änderung des FinfraG oder den Erlass eines neuen Gesetzes zu adressieren.¹¹

c) *Verwaltungsrat*

Die parlamentarischen Beratungen überlebt hat die Regelung von Interessenkonflikten des Verwaltungsrats (Art. 717a E-OR). Der Nationalrat hatte diese ursprünglich zur Streichung vorgeschlagen, hielt daran aber nicht fest, nachdem der Ständerat sich für die Beibehaltung der Bestimmung ausgesprochen hatte.

d) *Sanierung im Obligationenrecht*

Die Bestimmung zum Unterbleiben der Benachrichtigung des Gerichts bei einer Überschuldung (Art. 725b Abs. 4 E-OR) ist noch nicht in trockenen Tüchern. Die Benachrichtigung kann nach dem bundesrätlichen Entwurf, dem sich der Ständerat angeschlossen hat, unterbleiben, wenn Rangrücktritte in genügendem Ausmass vorliegen oder wenn die begründete Aussicht besteht,

¹¹ AB S 2019, 507 ff.

dass die Überschuldung innert maximal 90 Tagen nach Vorliegen der geprüften Zwischenbilanzen behoben werden kann und sich die Überschuldung nicht wesentlich erhöht. Der Nationalrat hatte in der Sommersession 2018 vorgeschlagen zusätzlich zu den Rangrücktritten die Aussicht auf Sanierung vorauszusetzen. Zudem hielt er eine auf 90 Tage begrenzte Frist für unzuweckmässig und schlug stattdessen eine kurze, den Umständen angemessene, Frist vor. Daran hielt er in der Wintersession 2019 fest.

Einigkeit besteht darüber, dass der Verwaltungsrat die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft lediglich überwachen und nicht gewährleisten muss (Art. 725 Abs. 1 E-OR). Letzteres ging auf einen Vorschlag des Nationalrats aus der Sommersession 2018 zurück, an dem dieser aber nach der Streichung durch den Ständerat nicht festhielt.

Ebenfalls einig sind sich die eidgenössischen Räte sodann darüber, dass ein Kapitalverlust erst dann vorliegen soll, wenn die Hälfte der Summe des Aktienkapitals und der nicht an die Aktionäre zurückzahlbaren Kapitalreserve und der gesetzlichen Gewinnreserve nicht mehr gedeckt ist (Art. 725 Abs. 1 E-OR). Der Bundesrat hatte eine Schwelle von zwei Dritteln vorgeschlagen, die der Nationalrat in der Sommersession 2018 noch gutgeheissen hatte.

e) Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV

Die eidgenössischen Räte haben die Weichen gestellt für eine VegüV-nahe Umsetzung von Art. 95 Abs. 3 BV. So hat der Ständerat insbesondere das von einer Kommissionsminderheit vorgeschlagene Verbot prospektiver Abstimmungen über variable Vergütungen verworfen und sich damit, wie bereits der Nationalrat, dem bundesrätlichen Entwurf angeschlossen.¹²

Es sind aber auch in diesem Bereich noch einige Differenzen auszumachen. So möchte der Ständerat im Gegensatz zum Nationalrat beispielsweise Entschädigungen für den Fall eines Kontrollwechsels sowie Entschädigungen im Rahmen von Aufhebungsvereinbarungen in den Katalog der unzulässigen Vergütungen aufnehmen (Art. 735c Abs. 2^{bis}, 2^{ter} S-OR 2019), was der Nationalrat ablehnt.

f) Aktienrechtliche Klagen

Indem er an der Streichung der Regelung zur differenzierten Solidarität festhielt, hat der Nationalrat eine Differenz zum Ständerat aufrechterhalten. Die-

¹² AB S 2019, 529 ff.

ser hatte sich dem bundesrätlichen Entwurf angeschlossen, der vorsah, dass die Revisionsstelle bei fahrlässiger Mitverursachung eines Schadens nicht solidarisch, sondern lediglich anteilmässig haftet (Art. 759 Abs. 2 E-OR).

Ebenfalls umstritten ist zwischen den Räten, ob für die gerichtliche Anordnung einer Sonderuntersuchung die Schädigung der Gesellschaft durch eine Gesetzes- oder Statutenverletzung glaubhaft gemacht werden muss (so der Nationalrat), oder ob es bereits ausreichen soll, wenn glaubhaft gemacht wird, dass die Verletzung geeignet ist, die Gesellschaft zu schädigen (so der Ständerat im Einklang mit dem bundesrätlichen Entwurf; Art. 697d Abs. 3 E-OR).

Nicht gefolgt ist der Ständerat einem Mehrheitsantrag der RK-S, wonach die Einführung einer statutarischen Schiedsklausel von der Zustimmung sämtlicher Aktionäre und Partizipanten hätte abhängig gemacht werden sollen. Damit bleibt es beim qualifizierten Quorum gemäss dem bundesrätlichen Entwurf, dem der Nationalrat bereits zugestimmt hatte (Art. 704 Abs. 1 Ziff. 12 E-OR).

2. Konzernverantwortungsinitiative

In der parlamentarischen Beratung befindet sich neben der Aktienrechtsrevision auch die Konzernverantwortungsinitiative.¹³ Diese wird von beiden eidgenössischen Räten abgelehnt. Noch unklar ist, ob der Initiative ein Gegenvorschlag gegenübergestellt werden und welchen Inhalt ein solcher gegebenenfalls haben wird. Das Initiativkomitee hat angekündigt, die Initiative zurückzuziehen, sofern der Gegenvorschlag die Kernanliegen der Initiative aufnimmt. Im Wesentlichen ist dabei entscheidend, ob der Gegenvorschlag (genügend weitgehende) Haftungsregeln enthält oder nicht.

Der Nationalrat hatte sich bereits am 14. Juni 2018 für einen indirekten Gegenvorschlag mit Haftungsregeln ausgesprochen. Daran hielt er am 13. Juni 2019 fest, nachdem der Ständerat am 12. März 2019 einen indirekten Gegenvorschlag abgelehnt hatte. Letzterer enthielt zwar ebenfalls Haftungsregeln aber,

¹³ Vgl. bereits MARKUS KAEMPF/STEFAN HÄRTNER, Gesellschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 84 ff.; MARKUS KAEMPF/STEFAN HÄRTNER, Gesellschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/18, Zürich/St. Gallen 2018, 76 f.; MARKUS KAEMPF/STEFAN HÄRTNER, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2016/17, Zürich/St. Gallen 2017, 86.

im Gegensatz zu dem vom Nationalrat gutgeheissenen Gegenvorschlag, eine Subsidiaritätsklausel, welche die Haftung der schweizerischen Muttergesellschaft stark eingeschränkt hätte.¹⁴

Am 26. September 2019 hat der Ständerat, einem Ordnungsantrag eines Mitglieds folgend, den Entscheid über die Konzernverantwortungsinitiative zunächst vertagt. In der Wintersession bot sich dann folgendes Bild: die Mehrheit der RK-S unterstützte einen indirekten Gegenvorschlag, der im Wesentlichen dem vom Nationalrat angenommenen Gegenvorschlag entsprach, diesen aber insbesondere um ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor dem Nationalen Kontaktpunkt (NKP) der Schweiz für die OECD-Leitsätze ergänzte.

Der Mehrheit standen drei Minderheiten gegenüber, wobei sich die Namensgeber dieser Minderheiten, die Ständeräte Caroni, Rieder und Hefti, allesamt in erster Linie für die Minderheit Rieder aussprachen. Die Minderheit Caroni reichte mehrere Anträge zur Anpassung des Mehrheitsvorschlags ein. Dieser sollte um eine Subsidiaritätsklausel ergänzt werden. Zudem sollte der Anwendungsbereich der Sorgfaltsprüfung sowohl sachlich als auch persönlich eingeschränkt werden. Die Minderheit Rieder befürwortete einen Gegenvorschlag, der – angelehnt an die EU-Richtlinie 2014/95¹⁵ – eine nichtfinanzielle Berichterstattungspflicht sowie – angelehnt an die EU-Verordnung 2017/821¹⁶ – eine Sorgfaltsprüfungspflicht und Berichterstattungspflichten in den Bereichen der Konfliktmineralien (Zinn, Tantal, Wolfram und Gold) und der Kinderarbeit aber keine Haftungsregeln umfasste. Der Gegenvorschlag der Minderheit Hefti basierte auf dem nationalrätlichen Gegenvorschlag, liess aber ebenfalls die Haftungsregeln weg. In der Abstimmung setzte sich die Minderheit Rieder durch.¹⁷

Der vom Nationalrat befürwortete Gegenvorschlag sowie jener der Mehrheit der RK-S (ohne die Anpassungen gemäss der Minderheit Caroni) hätten das

¹⁴ Vgl. MARKUS KAEMPF/STEFAN HÄRTNER, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 86.

¹⁵ 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.

¹⁶ Verordnung (EU) 2017/821 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2017 zur Festlegung von Pflichten zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten in der Lieferkette für Unionseinführer von Zinn, Tantal, Wolfram, deren Erzen und Gold aus Konflikt- und Hochrisikogebieten ABl. L 130 vom 19. Mai 2017, 1.

¹⁷ AB S 2019, 1212 ff.

Initiativkomitee zum Rückzug der Initiative bewogen. Der nun vom Ständerat angenommene Gegenentwurf geht dem Initiativkomitee dagegen nicht weit genug.¹⁸

3. Global Forum

Das Bundesgesetz zur Umsetzung von Empfehlungen des Globalen Forums über Transparenz und Informationsaustausch für Steuerzwecke ist am 1. November 2019 in Kraft getreten.

Im Wesentlichen beschränkt das Gesetz die Zulässigkeit von Inhaberaktien auf Aktien von Gesellschaften mit börsenkotierten Beteiligungspapieren und auf Aktien, welche als Bucheffekten ausgestaltet sind. Das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) hat dazu eine Anleitung veröffentlicht.¹⁹

4. DLT / Blockchain

Am 27. November 2019 hat der Bundesrat die Botschaft²⁰ und den Entwurf²¹ zu einem Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register verabschiedet. Vorgeschlagen wird dabei nicht ein eigentliches DLT/Blockchain-Gesetz, sondern werden diverse Änderungen bestehender Gesetze, unter anderem eine Änderung von Art. 622 OR sowie diverse Änderungen des Wertpapierrechts. Am 29. Januar 2020 gab die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats bekannt, dass sie die Beratung des geplanten Gesetzes aufgenommen hat.²²

¹⁸ Abrufbar unter:

<<https://konzern-initiative.ch/medienmitteilung/konzernlobby-gewinnt-im-staenderat-alibi-gegenvorschlag-ohne-wirkung-verabschiedet/>>.

Am 31. Januar 2020 gab die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates bekannt, dass die Mehrheit ihrer Mitglieder am nationalrätlichen Gegenvorschlag festhalten möchte. Dieser wurde überarbeitet,

<<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2020-01-31.aspx>>.

¹⁹ Abrufbar unter: <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/dokumentation/fachinformationen/anleitungen_global_forum.html>.

²⁰ BBl 2020, 233 ff.

²¹ BBl 2020, 329 ff.

²² Medienmitteilung vom 29. Januar 2020, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wak-n-2020-01-29.aspx>>.

Kommunikation und Medien

Tobias Baumgartner / Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (TOBIAS BAUMGARTNER)	71
1.	Allgemeine Entwicklungen	71
a)	Ethische Leitlinien zum Einsatz künstlicher Intelligenz	71
b)	Selbstbewertungsberichte von Online-Plattformen über Desinformation	72
c)	Leitlinien zur Verwendung nicht-personenbezogener Daten	73
2.	Telekommunikation	74
a)	Sicherheit von 5G-Netzen	74
b)	Überprüfung des Roamingmarktes	75
3.	Internet	75
a)	Verordnung zur Cybersicherheit	75
b)	Verordnung zur Transparenz bei Online-Vermittlungsdiensten	76
c)	EuGH: Betreiber einer Webseite verantwortlich für Übermittlung von Daten an Facebook	77
d)	EuGH: EU-Datenschutzrecht erfordert aktive Einwilligung der Internetnutzer in das Setzen von Cookies	78
4.	Digitale Inhalte	79
a)	Arbeitsprogramm Creative Europe 2020	79
b)	Programm Creative Europe 2021-2027	80
II.	Bedeutung für die Schweiz (ULRIKE I. HEINRICH)	82
1.	Allgemeine Entwicklungen	82
a)	Revision des Urheberrechtsgesetzes	82
b)	Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“	83
c)	Revision des Datenschutzgesetzes	83
2.	Telekommunikation	84
a)	Revision des Fernmeldegesetzes	84
b)	Internationales Roaming	84
c)	Ausbau der Mobilfunknetze	85
d)	Ausschluss aus der europäischen Telekom-Behörde	86
e)	Kein Zusammenschluss von Sunrise und UPC	86
3.	Rundfunk	87
a)	Abgabe für Radio und Fernsehen	87
b)	Kein Gesetz über elektronische Medien	87
c)	Folgen von „No Billag“	88

4.	Internet	89
a)	Netzneutralität	89
b)	Grundversorgung	89
c)	Netzsperrern	90
d)	Swiss IGF	90
5.	E-Government	91
a)	Elektronische Identität	91
b)	Elektronische Stimmabgabe	91
c)	Konferenz Digitale Schweiz	91

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019

Im Berichterstattungszeitraum publizierte die Kommission Leitlinien für die Nutzung künstlicher Intelligenz, welche durch eine eigens dafür eingesetzte Expertengruppe erarbeitet wurden. Daneben legte sie Empfehlungen zur Sicherheit von 5G-Netzen sowie Leitlinien zur Nutzung nicht-personenbezogener Daten vor. Der EuGH äusserte sich im Berichterstattungszeitraum zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit der Speicherung von Cookies sowie zur Verantwortung von Webseitenbetreibern für die Weiterleitung von Daten Dritter an Facebook.

i. Allgemeine Entwicklungen

a) *Ethische Leitlinien zum Einsatz künstlicher Intelligenz*

Im Juni 2018 setzte die Europäische Kommission eine Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz¹ ein, welche am 8. April „Ethische Leitlinien für eine vertrauenswürdige Künstliche Intelligenz (KI)“ veröffentlichte².

Künstliche Intelligenz kann für ein breites Spektrum von Bereichen wie Gesundheitsversorgung, Energieverbrauch, Sicherheit von Kraftfahrzeugen, Landwirtschaft, Klimawandel und Management finanzieller Risiken von Nutzen sein. Der Einsatz entsprechender Technologien wirft neben rechtlichen und auch ethische Fragen auf. Ziel der diesbezüglichen Leitlinien ist die Förderung einer vertrauenswürdigen KI. Eine vertrauenswürdige KI zeichnet sich laut der Expertengruppe durch drei Komponenten aus, die während des gesamten Lebenszyklus eines KI-Systems erfüllt sein sollten: a) Die KI sollte rechtmässig sein und somit alle anwendbaren Gesetze und Bestimmungen einhalten, b) sie sollte ethisch sein und die Einhaltung ethischer Grundsätze und Werte garantieren und c) sie sollte robust sein, und zwar sowohl in technischer als auch sozialer Hinsicht, da KI-Systeme selbst bei guten Absichten unbeabsichtigten Schaden anrichten könnten.

Die Leitlinien sollen Orientierungen für die Förderung und Sicherung einer ethischen und robusten KI bieten. Es soll sich dabei nicht nur um eine Liste mit ethischen Grundsätzen handeln, sondern um eine Hilfestellung für die mögli-

¹ Eine Übersicht über die Mitglieder Expertengruppe ist abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>.

² Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

che Umsetzung dieser Prinzipien in soziotechnischen Systemen. Die Hilfestellung gliedert sich in drei Abstraktionsebenen, und zwar von den am stärksten abstrahierten Überlegungen in Kapitel I bis hin zu konkreten Hinweisen in Kapitel III, wobei Beispiele für Chancen und kritische Fragen, die KI-Systeme aufwerfen, den Abschluss bilden. Anhand eines auf Grundrechten beruhenden Ansatzes werden in Kapitel I die ethischen Grundsätze und die damit in Verbindung stehenden Werte benannt, die bei der Entwicklung, Einführung und Verwendung von KI-Systemen gewahrt werden müssen, u.a. Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Verteilungsgerechtigkeit. Aufbauend auf dieses Kapitel wird im Kapitel II anhand von sieben Anforderungen an KI-Systeme erläutert, wie sich eine vertrauenswürdige KI realisieren lässt, u.a. Vorrang menschlichen Handelns, Schutz der Privatsphäre und Transparenz. Kapitel III enthält schliesslich eine konkrete und nicht erschöpfende Bewertungsliste für vertrauenswürdige KI, die dazu dienen soll, die in Kapitel II genannten Anforderungen operativ umzusetzen.

Die Leitlinien verstehen sich als dynamisches Arbeitspapier, das im Laufe der Zeit regelmässig überarbeitet werden soll.

b) Selbstbewertungsberichte von Online-Plattformen über Desinformation

Die Europäische Kommission veröffentlichte am 29. Oktober 2019 die ersten jährlichen Selbstbewertungsberichte von Facebook, Google, Microsoft, Mozilla, Twitter und sieben europäischen Branchenverbänden im Rahmen des Verhaltenskodex für den Bereich der Desinformation³. Der Verhaltenskodex sieht eine breite Palette von Selbstverpflichtungen zur Bekämpfung von Desinformation auf Internetplattformen vor, u.a. im Hinblick auf Transparenz über politische Werbung, Fake-Accounts und Online-Bots. Die Kommission kommentierte die Berichte dahingehend, dass die Unterzeichner des Verhaltenskodex⁴ im Vergleich zum Oktober 2018 die Transparenz insgesamt verbessert haben. Jedoch schwanke die Kohärenz und die Detailtiefe der Informationen. Die Kommission kritisiert, dass sich die bereitgestellten Daten vor allem auf Outputindikatoren, z. B. die Anzahl der gesperrten Konten, beziehen. Über die Umsetzung der Verpflichtungen in Bezug auf die Stärkung der Position

³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/6166 vom 29. Oktober 2019. Die einzelnen Berichte sind abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019>>.

⁴ Der Verhaltenskodex zur Desinformation ist abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation>>.

der Verbraucher und der Forschungsgemeinschaft werde indes wenig berichtet. Die bereitgestellten Daten entsprächen auch nicht den Anforderungen der Forscher für eine unabhängige Kontrolle.

Die Kommission kündigte für Anfang 2020 eine umfassende Bewertung an, bei der sie neben den Selbstbewertungsberichten auch die Beiträge der europäischen Regulierungsstellen und weiterer Dritter berücksichtigen werde. Sollten die Ergebnisse über die Wirksamkeit des Kodex nicht zufriedenstellend ausfallen, wird die Kommission allenfalls weitere Massnahmen vorschlagen.

c) *Leitlinien zur Verwendung nicht-personenbezogener Daten*

Die Europäische Kommission veröffentlichte am 29. Mai 2019 einen Leitfaden zum Zusammenwirken des freien Verkehrs nicht personenbezogener Daten und der EU-Datenschutzgrundverordnung⁵. Als Teil der Strategie für einen digitalen Binnenmarkt gestattet es die Verordnung 2018/1807 über den freien Verkehr nicht personenbezogener Daten⁶, Daten überall in der EU ohne ungerechtfertigte Beschränkungen zu speichern und zu verarbeiten. Mit den neuen Leitlinien sollen die Anwender – insbesondere kleine und mittlere Unternehmen – die Wechselwirkung zwischen diesen neuen Regeln und der Datenschutz-Grundverordnung besser verstehen.

Mit der Verordnung 2018/1807 soll verhindert werden, dass die EU-Länder Rechtsvorschriften einführen, in denen ungerechtfertigterweise vorgeschrieben wird, Daten ausschliesslich im Inland zu speichern. Die Leitlinien enthalten praktische Beispiele zur Anwendung der Vorschriften, wenn ein Unternehmen Datensätze verarbeitet, die sowohl aus personenbezogenen als auch aus nicht-personenbezogenen Daten bestehen. Ferner werden die Konzepte für personenbezogene und nicht-personenbezogene Daten, auch gemischter Datensätze, erläutert; sie enthalten eine Liste der Grundsätze des freien Datenverkehrs und der Regelungen, die Datenlokalisierungsaufgaben verhindern sollen, sowohl im Rahmen der Datenschutz-Grundverordnung als auch der Verordnung über den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten.

⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Leitlinien zur Verordnung über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union, COM(2019) 250 final vom 29. Mai 2019.

⁶ Verordnung (EU) 2018/1807 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 über einen Rahmen für den freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union, ABl. L 303 vom 28. November 2018, 59. Dazu: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2018/19, Kommunikation & Medien, Zürich/St. Gallen, 97.

2. Telekommunikation

a) Sicherheit von 5G-Netzen

Netze der 5. Generation (5G) bilden zunehmend das Rückgrat der Gesellschaften und Volkswirtschaften. Sie werden in kritischen Sektoren wie Energie, Verkehr, Bank- und Gesundheitswesen Objekte und Systeme mit einander verbinden. Auch sollen sie industrielle Steuerungssysteme ermöglichen, die sensible Informationen verarbeiten und die Grundlage für demokratische Prozesse, wie z. B. Wahlen, bilden. Die Europäische Kommission wertet 5G als eine Schlüsselkomponente der Wettbewerbsfähigkeit Europas auf dem Weltmarkt. Laut Ausführungen der Kommission dürften die mit 5G-Technologie erwirtschafteten Umsätze im Jahr 2025 einen Gegenwert von 225 Mrd. EUR erreichen.

Vor diesem Hintergrund legte die Kommission am 26. März 2019 eine Empfehlung operativer Schritte und Massnahmen vor, die der Gewährleistung eines hohen Cybersicherheitsniveaus der 5G-Netze in der gesamten EU dienen sollen⁷. Die Empfehlung umfasst eine Kombination aus legislativen und politischen Instrumenten zum Schutze der europäischen Volkswirtschaften, Gesellschaften und demokratischen Systeme.

Zunächst empfiehlt die Kommission, dass die Mitgliedstaaten auf der Grundlage nationaler Risikobewertungen der 5G-Netzinfratrakturen die bestehenden Sicherheitsanforderungen an Netzbetreiber überarbeiten und die Nutzungsrechte für Funkfrequenzen in 5G-Bändern entsprechend festlegen.

Sodann sollen die Mitgliedstaaten ihre Informationen untereinander austauschen und mit Unterstützung der Kommission und der Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit (ENISA) eine koordinierte Risikobewertung vornehmen. Hierauf basierend seien Risikominderungsmaßnahmen zu vereinbaren, die auf nationaler Ebene eingesetzt werden können. Dies wären beispielsweise Zertifizierungsanforderungen, Tests und Kontrollen sowie die Benennung von Produkten oder Anbietern, die als potenziell unsicher gelten. Mit dieser koordinierten Arbeit sollen die Massnahmen der Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene unterstützt und der Kommission Leitlinien für mögliche weitere Schritte auf EU-Ebene vorgegeben werden.

Darüber hinaus sollen die Mitgliedstaaten besondere Sicherheitsanforderungen ausarbeiten, die im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge

⁷ Empfehlung (EU) 2019/534 der Kommission vom 26. März 2019 Cybersicherheit der 5G-Netze, ABl. L 88 vom 29. März 2019, 42.

in Bezug auf 5G-Netze gelten könnten, darunter auch verbindliche Anforderungen an die Umsetzung von Systemen für die Cybersicherheitszertifizierung.

b) *Überprüfung des Roamingmarktes*

Die Kommission veröffentlichte am 29. November 2019 ihre Ergebnisse einer Überprüfung des Roamingmarktes⁸. Die Überprüfung belege, dass die Abschaffung der Roaminggebühren im Juni 2017 den Reisenden in der gesamten EU zugute kommt. Die Nutzung von Mobilfunk-Datendiensten auf Reisen in der EU habe sich gegenüber dem Jahr vor der Einführung des Roamings zu Inlandspreisen verzehnfacht und erreichte in der Sommerferienzeit einen Spitzenwert, der 12-mal höher war als die übliche Mobilfunk-Datennutzung im Ausland. Der Bericht kam zu dem Schluss, dass sich die Wettbewerbsdynamik auf dem Roamingmarkt in naher Zukunft wahrscheinlich nicht ändern werde und somit die Beibehaltung der Regulierung auf der Endkunden- und Vorleistungsebene notwendig sei. Die derzeitigen Roamingvorschriften sollten auch in den kommenden Jahren beibehalten werden, damit die Bürger das Roaming innerhalb der EU weiterhin ohne Zusatzkosten in Anspruch nehmen können.

3. Internet

a) *Verordnung zur Cybersicherheit*

Am 7. Juni 2019 erließen der Rat und das Parlament eine neue Verordnung zur Cybersicherheit, welche die diesbezügliche Verordnung von 2013 ablöst⁹. Die neue Verordnung erweitert zum einen das Mandat der Agentur für Netz- und Informationssicherheit (ENISA) und führt zum anderen ein IT-Sicherheitszertifizierungssystem ein.

Die Aufgabe der ENISA bestand bislang darin, in der EU die erforderliche Netz- und Informationssicherheit zu gewährleisten, indem sie den EU-Behörden und den Mitgliedstaaten Fachauskünfte erteilt, als Forum für den Erfahrungsaustausch dient und den Informationsfluss zwischen den EU-Institutio-

⁸ Bericht der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Überprüfung des Roamingmarktes, COM(2019) 616 final vom 29. November 2019.

⁹ Verordnung (EU) 2019/881 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 526/2013 (Rechtsakt zur Cybersicherheit), ABl. L 151 vom 7. Juni 2019, 15.

nen, Mitgliedstaaten und der Privatwirtschaft erleichtert. Auf der Grundlage der neuen Verordnung wird die ENISA in eine ständige EU-Agentur für Cybersicherheit umgewandelt, verbunden mit einer Aufstockung der finanziellen und personellen Mittel. Hierdurch soll die ENISA in die Lage versetzt werden, die Cybersicherheitskapazitäten in der EU zu erhöhen und die Abwehrbereitschaft zu fördern. Zudem wird die EINSA neu als unabhängiges Kompetenzzentrum fungieren. Aufgabe des Zentrums ist einerseits die Förderung eines Problembewusstseins bei Bürgern und Unternehmen und andererseits die Unterstützung der EU-Organe und der Mitgliedstaaten bei der Entwicklung und Umsetzung von politischen Rahmenbedingungen im Bereich der Cybersicherheit.

Daneben schafft die neue Verordnung die Grundlage für IT-Sicherheitszertifizierungen von Produkten, Dienstleistungen und Prozessen. Diese freiwilligen Zertifizierungen sollen sachliche Entscheidungen der Verbraucher ermöglichen und es Unternehmen erleichtern, sichere Produkte europaweit in Verkehr zu bringen. Die Kommission wird die Wirkung der Zertifizierungssysteme regelmässig überwachen und bewerten, inwieweit sie von Herstellern und Diensteanbietern genutzt werden.

b) Verordnung zur Transparenz bei Online-Vermittlungsdiensten

Das Europäische Parlament und der Rat erliessen am 20. Juni 2019 die *Verordnung* zur Förderung von Fairness und Transparenz bei Online-Vermittlern¹⁰.

Online-Plattformen und -Vermittlungsdienste ermöglichen den Zugang zu grenzüberschreitenden Verbrauchermärkten und sind für Millionen von Unternehmen in unterschiedlichsten Geschäftsfeldern zu unerlässlichen Schnittstellen geworden. Darüber hinaus wird der grösste Anteil am Internet-Datenverkehr über Online-Plattformen und Suchmaschinen generiert. Kleine und mittlere Unternehmen sind mittlerweile auf Online-Plattformen angewiesen, um ihre Kundschaft im heimischen Markt und besonders auch im Ausland zu erreichen. Gerade diese Marktentwicklung birgt das Risiko von potenziell schädlichen Praktiken, welche die Geschäftsbeziehungen zwischen Geschäftskunden und Online-Marktplatzbetreiber langfristig beeinträchtigen können.

Mit der neuen Verordnung soll das Verhältnis zwischen Online-Vermittlungsdiensten und deren Geschäftskunden (gewerbliche Nutzer) fairer und trans-

¹⁰ Verordnung (EU) 2019/1150 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABL. L 186 vom 11. Juli 2019, 57.

parenter gestaltet werden. Zum Adressatenkreis der Verordnung zählen neben den Online-Vermittlungsdiensten auch Suchmaschinenbetreiber. Die Verordnung statuiert eine Reihe von Informationspflichten für diese Diensteanbieter, wodurch in erster Linie höhere Transparenz geschaffen werden soll.

Die in der Verordnung vorgesehenen Informationspflichten gelten insbesondere hinsichtlich Änderungen der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB), der Einschränkung von Angeboten sowie der Offenlegung der Hauptparameter bezüglich Einordnung und Ranking. Die Verordnung, die auch Dienstleister mit Sitz in der Schweiz erfassen kann, enthält ausserdem Regelungen, die eine wirksame und schnelle Beilegung von Streitfällen zwischen Unternehmen und Online-Plattformvermittlern ermöglichen soll.

Von der Verordnung werden typischerweise Anbieter wie Online-Marktplätze (wie Amazon Marketplace, eBay, etc.), App Stores (wie Google Play, Apple App Store, Microsoft Store, etc.), soziale Medien für Unternehmen (wie Facebook Pages, Instagram, das von Herstellern/Künstlern usw. genutzt wird, etc.) sowie Preisvergleichsdienste (wie Skyscanner, Google Shopping, etc.) erfasst sein.

c) *EuGH: Betreiber einer Webseite verantwortlich für Übermittlung von Daten an Facebook*

Mit Urteil vom 29. Juli 2019 entschied der EuGH, dass Betreiber von Webseiten für die Übermittlung von Daten an Facebook verantwortlich gemacht werden können¹¹. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Fashion ID, ein deutscher Online-Händler für Modeartikel, band in seine Website den „Gefällt mir“-Button von Facebook ein. Die Einbindung hat zur Folge, dass beim Aufrufen der Website von Fashion ID personenbezogene Daten der Webseiten-Besucher an Facebook Ireland übermittelt werden. Diese Übermittlung erfolgt ohne Hinweis an die Webseiten-Besucher und zwar unabhängig davon, ob sie Mitglieder des sozialen Netzwerks Facebook waren und auch unabhängig davon, ob sie den „Gefällt mir“-Button betätigten. Die Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen sah in dieser Datenübermittlung einen Verstoß gegen die Datenschutzrechte der Webseiten-Besucher und klagte entsprechend gegen Fashion ID. Das mit dem Verfahren befasste Oberlandesgericht Düsseldorf legte im Zuge des Verfahrens dem EuGH insbesondere die Frage vor, ob der Betreiber einer Website wie Fashion ID, der in diese Website ein Social Plugin einbindet, das den Browser des Besuchers dieser Website veranlasst, Inhalte des Anbieters dieses Plugins anzufordern und hierzu per-

¹¹ EuGH, Urteil in der Rechtssache C-40/17 vom 29. Juli 2018, ECLI:EU:C:2019:629.

sonenbezogene Daten des Besuchers an diesen Anbieter zu übermitteln, als für die Verarbeitung Verantwortlicher im Sinne von Art. 2 Buchst. d der Richtlinie 95/46 angesehen werden kann, obwohl dieser Betreiber keinen Einfluss auf die Verarbeitung der auf diese Weise an den Anbieter übermittelten Daten hat. Der EuGH führte hierzu aus, dass in dieser Konstellation auch Fashion ID eine Verantwortung treffen kann; die Verantwortung beschränke sich jedoch auf die Erhebung der in Rede stehenden Daten und deren Weiterleitung; sie umfasse nicht anschließende Verarbeitungsvorgänge durch Facebook. Des Weiteren führt der EuGH aus, dass die Webseiten-Besucher zwar nach Art. 2 h und Art. 7 a der Richtlinie 95/46 vor der Verarbeitung ihrer Daten einwilligen müssen. In der vorliegenden Konstellation beschränke sich die Pflicht von Fashion ID zur Einholung einer Einwilligung auf Datenverarbeitungsvorgänge, die Fashion ID tatsächlich ausübt. Dies ist vorliegend die Erhebung und Weiterleitung der Daten an Facebook. Im Ergebnis muss ein Webseiten-Betreiber, der einen „Gefällt mir“-Button einbindet nur darüber informieren, dass der Besuch seiner Webseite mit der Weiterleitung der Webseiten-Besucherdaten an Facebook verbunden ist. Er muss indes nicht darüber informieren, in welcher Weise Facebook diese Daten verarbeiten; ebensowenig bedarf es einer entsprechenden Einwilligung gegenüber dem Webseiten-Betreiber, der den besagten Button einbindet.

d) *EuGH: EU-Datenschutzrecht erfordert aktive Einwilligung der Internetnutzer in das Setzen von Cookies*

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens hatte sich der EuGH mit der Auslegung der Datenschutzrichtlinie für die elektronische Kommunikation (RL 2002/58/EG) zu befassen¹². Hintergrund war der folgende Sachverhalt:

Der deutsche Bundesverband der Verbraucherverbände wandte sich vor den deutschen Gerichten dagegen, dass die deutsche Planet49 GmbH bei Online-Gewinnspielen zu Werbezwecken ein Ankreuzkästchen mit einem voreingestellten Häkchen verwendet, mit dem Internetnutzer, die an einem solchen Gewinnspiel teilnehmen möchten, ihre Einwilligung in das Speichern von Cookies erklären. Die Cookies dienen zur Sammlung von Informationen zu Werbezwecken für Produkte der Partner der Planet49 GmbH.

Der deutsche Bundesgerichtshof ersucht den EuGH insbesondere um die Auslegung von Art. 2 Buchst. f und Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG. Hiernach müssen Nutzer im Falle der Speicherung ihrer Daten vorab klare Informationen über den Speicherungszweck erhalten und hierauf basierend ihre

¹² EuGH, Urteil vom 1. Oktober 2019, Rechtssache C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801.

ausdrückliche Einwilligung erteilen. Dem stehen indes nicht technisch notwendige Speicherungen entgegen, die für die Erbringung bestimmter Dienstleistungen unbedingt erforderlich sind; in letzterem Fall ist eine Einwilligung nicht erforderlich.

Bezogen auf die vorliegende Konstellation führte der EuGH aus, dass die für die Speicherung und den Abruf von Cookies auf dem Gerät des Besuchers einer Website erforderliche Einwilligung durch ein voreingestelltes Ankreuzkästchen, das der Nutzer zur Verweigerung seiner Einwilligung abwählen muss, nicht wirksam erteilt wird. Es mache insoweit keinen Unterschied, ob es sich bei den im Gerät des Nutzers gespeicherten oder abgerufenen Informationen um personenbezogene Daten handelt oder nicht. Das Unionsrecht soll den Nutzer vor jedem Eingriff in seine Privatsphäre schützen, insbesondere gegen die Gefahr, dass „Hidden Identifiers“ oder ähnliche Instrumente in sein Gerät eindringen.

Der Gerichtshof stellte klar, dass die Einwilligung für den konkreten Fall erteilt werden muss. Die Betätigung der Schaltfläche für die Teilnahme am Gewinnspiel stelle deshalb noch keine wirksame Einwilligung des Nutzers in die Speicherung von Cookies dar. Der Gerichtshof stellt ferner klar, dass der Diensteanbieter gegenüber dem Nutzer hinsichtlich der Cookies u. a. Angaben zur Funktionsdauer und zur Zugriffsmöglichkeit Dritter machen muss.

4. Digitale Inhalte

a) *Arbeitsprogramm Creative Europe 2020*

Die Europäische Kommission hat am 26. September 2019 das Arbeitsprogramm des Programms Creative Europe für das Jahr 2020 veröffentlicht¹³. Das Programm stellt rund 80 Mio. Euro an Haushaltsmitteln für kulturelle Projekte in Europa zur Verfügung. Gefördert werden weiterhin Europäische Kooperationsprojekte, Literarische Übersetzungsprojekte, Netzwerke und Plattformen, EU-Preise, die Kulturhauptstädte Europas, das Europäische Kulturerbe-Siegel, die Zusammenarbeit mit internationalen Organisationen und die Bereiche Musik und kulturelles Erbe. Der grösste Förderbereich, die Europäischen Kooperationsprojekte, soll in 2020 für mehr AkteurInnen aus dem Kultur- und Kreativbereich zugänglich gemacht werden. So entfallen rund 50 Mio. Euro auf diesen Förderbereich. Dies sind nahezu 4 Mio. Euro mehr als im Vorjahr. Rund 100 Kooperationsprojekte sollen dadurch unterstützt werden.

¹³ European Commission, 2020 annual work programme for the implementation of the Creative Europe Programme, C(2019) 6151 of 23 August 2019.

Inhaltliche Prioritäten für die Kooperationsprojekte in 2020 sind: Länderübergreifende Mobilität, Publikumsentwicklung, Digitalisierung, Neue Geschäftsmodelle, Bildung und Ausbildung, Interkultureller Dialog und soziale Integration von MigrantInnen und Geflüchteten sowie das Kulturerbe, anschliessend an das Europäische Jahr des Kulturerbes 2018. Zusätzlich zu diesen Förderbereichen und als Vorbereitung für das Nachfolgeprogramm sind neu vorgesehen die Förderung der Verbreitung europäischer darstellender Kunst und Unterstützungen für den Theatersektor.

b) *Programm Creative Europe 2021-2027*

Der Rat und das Parlament haben im Jahr 2019 noch keine abschliessenden Konsens über das Programm Creative Europe für die Jahre 2021 bis 2027 erzielt. Zuletzt hat der Rat seinen Standpunkt zu dem diesbezüglichen Verordnungsvorschlag der Kommission vom 30. Mai 2018¹⁴ festgelegt¹⁵ und nachfolgend verschiedene Erörterungen durchgeführt. Der Vorschlag der Kommission baut auf der bestehenden Struktur des Programms auf und setzt sie mit einem stärkeren sektorübergreifenden Aktionsbereich fort. Im Aktionsbereich Kultur werden weiterhin transnationale Partnerschaften, Netzwerke und Plattformen unterstützt, sektorspezifische Initiativen entwickelt, die Kultur- und Kreativakteure bei ihren Bemühungen unterstützen, das Publikum in Europa und darüber hinaus zu erreichen, und Elemente geschaffen, die den sozialen Nutzen der Kultur für den Einzelnen und die Gesellschaft in den Vordergrund stellen. Die bestehenden Sonderaktionen wie die Kulturhauptstadt Europas und das Europäische Kulturerbe-Siegel werden ausgebaut.

Im Aktionsbereich Media ist das Ziel, die Zusammenarbeit und Innovation bei der Schaffung und Produktion europäischer audiovisueller Werke zu fördern, unter anderem durch die Förderung der Talente Europas. Ausserdem sollen Kinoverleih und Online-Verbreitung verbessert und ein breiterer grenzübergreifender Zugang zu europäischen audiovisuellen Werken geschaffen werden, auch durch innovative Geschäftsmodelle. Zur Umsetzung dieser Prioritäten werden Massnahmen ergriffen, um die Schaffung, die Bekanntmachung, die Zugänglichkeit und die Verbreitung europäischer Werke zu fördern.

Der sektorübergreifende Aktionsbereich soll innovative Ansätze im Kultur- und Kreativsektor für die Schaffung von Inhalten fördern, den Zugang dazu sowie für den Vertrieb und die Bekanntmachung von Inhalten. Ausserdem för-

¹⁴ Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das Programm Kreatives Europa (2021 bis 2027) und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1295/2013, COM(2018) 190 vom 30. Mai 2018.

¹⁵ Standpunkt des Rates der Europäischen Union, 15618/18 vom 19. Dezember 2018.

dert er sektorübergreifende Querschnittsaktivitäten zur Unterstützung der Anpassung an strukturelle Veränderungen im Mediensektor, insbesondere im Hinblick auf eine freie und pluralistische Medienlandschaft, Qualitätsjournalismus und Medienkompetenz.

II. Bedeutung für die Schweiz

Die Schweiz kann in der Berichtsperiode im Bereich Kommunikation und Medien auf eine Reihe interessanter Entwicklungen zurückblicken. Beispielsweise hat das Parlament die Teilrevisionen des Fernmeldegesetzes und des Urheberrechtsgesetzes verabschiedet, der Bundesrat hat auf die Einführung des Bundesgesetzes über elektronische Medien verzichtet und mit dem Geldspielgesetz wurden erstmals Netzsperrern eingeführt.

I. Allgemeine Entwicklungen

a) *Revision des Urheberrechtsgesetzes*

In den Schlussabstimmungen vom 27. September 2019 haben National- und Ständerat den Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Revision des Bundesgesetzes über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG)¹⁶ gutgeheissen.¹⁷ Der Bundesrat hat die vom Parlament beschlossene Gesetzesänderung an seiner Sitzung vom 26. Februar 2020 auf den 1. April 2020 in Kraft gesetzt.¹⁸

Mit dem Inkrafttreten des revidierten URG werden die Massnahmen zur Pirateriebekämpfung im Internet effizienter. Hosting-Provider, die eine besondere Gefahr für Urheberrechtsverletzungen schaffen, müssen neu dafür sorgen, dass einmal entfernte urheberrechtsverletzende Inhalte entfernt bleiben. Wer illegale Angebote nutzt, wird hingegen weiterhin nicht belangt. So darf beispielsweise ein Musikstück, das ohne Erlaubnis des Rechteinhabers im Internet veröffentlicht worden ist, weiterhin für den privaten Gebrauch herunterladen werden.

Die Stellung der Kulturschaffenden wird weiter gestärkt durch einen erweiterten Schutz für Fotografien. Neu werden alle Fotografien geschützt, auch wenn es sich nicht um Kunstwerke handelt. Geschützt sind somit zukünftig auch alltägliche Familien- und Urlaubsfotos sowie Pressefotos, Aufnahmen von Produkten und Landschaften. Um Fotos Dritter beispielsweise auf der eigenen Webseite zu nutzen, braucht es neu grundsätzlich immer eine Erlaubnis.

In gewissen Fällen wird das ausschliessliche Nutzungsrecht des Urhebers eingeschränkt, damit einfacher auf digitale Inhalte zugegriffen werden kann. So

¹⁶ SR 231.1.

¹⁷ Mit 194 zu 2 Stimmen und 0 Enthaltungen (Nationalrat), respektive mit 43 zu 0 Stimmen und 2 Enthaltungen (Ständerat).

¹⁸ Bundesrat, Fit fürs digitale Zeitalter: Das modernisierte Urheberrecht tritt am 1. April 2020 in Kraft, Medienmitteilung vom 26. Februar 2020.

können Wissenschaftler unter bestimmten Voraussetzungen Werke ohne Erlaubnis der Rechteinhaber nutzen. Bibliotheken, Museen und Archive können ihre Bestände neu in zeitgemässer Form präsentieren und insbesondere kurze Auszüge von Werken in ihren Bestandesverzeichnissen wiedergeben. Hierdurch werden beispielsweise Zusammenfassungen von wissenschaftlichen Werken oder kurze Ausschnitte von audiovisuellen Werken für Online-Recherchen zugänglich.

Zusammen mit dem revidierten URG tritt am 1. April 2020 auch die Änderung des Urheberrechts für die Umsetzung des Vertrags von Marrakesch über die Erleichterung des Zugangs zu veröffentlichten Werken für blinde, sehbehinderte oder sonst lesebehinderte Menschen in Kraft. Die Ratifikation des Vertrags von Marrakesch hatte das Parlament am 21. Juni 2019 genehmigt.

b) *Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“*

Ein Schwerpunkt der am 5. September 2018 vom Bundesrat aktualisierten Strategie „Digitale Schweiz“ sind die Entwicklungen der künstlichen Intelligenz (KI). Die hierzu einberufene Arbeitsgruppe hat im Dezember 2019 ihren Bericht an den Bundesrat vorgelegt.¹⁹ Sie kommt zum Ergebnis, dass die Schweiz für die Anwendung und die Herausforderungen von KI gut aufgestellt ist. Der bereits bestehende Rechtsrahmen ist grundsätzlich geeignet, auch neue Anwendungen und Geschäftsmodelle im Bereich KI zu erfassen. Es drängen sich somit keine grundlegenden Anpassungen des Rechtsrahmens auf.

Der Bericht identifiziert Chancen und Herausforderungen der KI über sämtliche Zuständigkeitsbereiche der Bundesverwaltung hinweg. Der in verschiedenen Bereichen in unterschiedlichem Ausmass noch bestehende Handlungsbedarf ist erkannt und wird weitgehend bereits angegangen.²⁰

c) *Revision des Datenschutzgesetzes*

Im September 2017 hat der Bundesrat seinen Entwurf für ein totalrevidiertes Datenschutzgesetz vorgestellt.²¹ Dieser lehnt sich stark an die EU-Datenschutz-Grundverordnung an, die seit dem 25. Mai 2018 anwendbar ist. Mit sei-

¹⁹ Bericht der interdepartementalen Arbeitsgruppe „Künstliche Intelligenz“ an den Bundesrat, Herausforderungen der Künstlichen Intelligenz, Dezember 2019.

²⁰ SBFI, Künstliche Intelligenz, <<https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/bfi-politik/bfi-2021-2024/transversale-themen/digitalisierung-bfi/kuenstliche-intelligenz.html>>.

²¹ <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/7193.pdf>>.

nem Entwurf will der Bundesrat mehr Transparenz schaffen und die Mitbestimmungsrechte von betroffenen Personen stärken, deren Daten bearbeitet werden.

Im Berichtszeitraum haben National- und Ständerat die Vorlage beraten. Nach der Erstberatung durch die beiden Räte wird nun das Differenzbereinigungsverfahren durchgeführt.²²

2. Telekommunikation

a) *Revision des Fernmeldegesetzes*

Am 22. März 2019 verabschiedete das Parlament die Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG).²³ Das Referendum wurde nicht ergriffen. Mit der Teilrevision wird das FMG den neuen Gegebenheiten angepasst. Neben der Stärkung von Konsumenten Anliegen (internationales Roaming, offenes Internet, unlautere Werbung, Jugendschutz) werden beispielsweise auch administrative Vereinfachungen vorgenommen (Aufhebung der Meldepflicht für Fernmeldediensteanbieterinnen, Aufhebung der generellen Konzessionspflicht bei Frequenznutzungsrechten).²⁴

Vor dem Inkrafttreten des revidierten FMG will der Bundesrat noch die dazugehörigen Ausführungsbestimmungen überarbeiten. Die am 6. Dezember 2019 vom Bundesrat eröffnete Vernehmlassung zur Revision der Ausführungsbestimmungen zum FMG läuft noch bis zum 25. März 2020.²⁵

b) *Internationales Roaming*

Die Schweiz kennt noch keine Regulierung im Bereich Roaming. Die am 15. Juni 2017 eingereichte Parlamentarische Initiative „Tschüss Roaming-Insel

²² SPK-N, Datenschutzgesetz: Kommission hält beim Profiling an der Differenz fest, Medienmitteilung vom 24. Januar 2020.

²³ SR 784.10; zur Vorgeschichte vgl. HEINRICH ULRIKE I., Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/2018, Kommunikation und Medien, Zürich/St. Gallen 2018, 98 f.; zum Schlussabstimmungstext: <https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/2619.pdf>.

²⁴ BAKOM, Teilrevision des Fernmeldegesetzes (FMG), <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/fmg-revision-2017.html>.

²⁵ https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/vernehmlassungen/anhoerung_vo_revisio_zum_fmg.html.

Schweiz! Abschaffung zur Sicherung des Wirtschafts-, Handels- und Tourismusstandortes Schweiz“ wurde am 4. März 2019 zurückgezogen.²⁶ Eine titelgleiche Motion hat der Nationalrat am 4. Juni 2019 abgelehnt.²⁷

Mit dem für Ende 2020 erwarteten Inkrafttreten des teilrevidierten FMG²⁸ erhält der Bundesrat verschiedene Möglichkeiten zur Bekämpfung unverhältnismässig hoher Endkundertarife und zur Förderung des Wettbewerbs (Art. 12a^{bis} Abs. 1 revidiertes FMG).

c) *Ausbau der Mobilfunknetze*

Der Ausbau der bestehenden Mobilfunknetze und die neue 5G-Technik beschäftigen auch die Schweiz.²⁹ Am 28. November 2019 hat die Arbeitsgruppe „Mobilfunk und Strahlung“³⁰ ihren Bericht zu den Bedürfnissen und Risiken beim Aufbau von 5G-Netzen vorgelegt.³¹

Der Bericht fasst die Faktenlage im Hinblick auf den zukünftigen Ausbau der Mobilfunknetze zusammen und informiert über Handlungsoptionen der beteiligten Interessengruppen. Die Arbeitsgruppe schlägt zudem verschiedene begleitende Massnahmen zum Ausbau der Mobilfunknetze vor, so beispielsweise die bessere Information der Bevölkerung zu Mobilfunk und Strahlung, die Intensivierung der Forschung zu möglichen gesundheitlichen Auswirkungen und die Vereinfachung des Vollzugs der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung.

Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) entscheidet derzeit über das weitere Vorgehen.³²

²⁶ Parlamentarische Initiative 17.457. Tschüss Roaming-Insel Schweiz! Abschaffung zur Sicherung des Wirtschafts-, Handels- und Tourismusstandortes Schweiz.

²⁷ Motion 17.3476. Tschüss, Roaming-Insel Schweiz! Abschaffung zur Sicherung des Wirtschafts-, Handels- und Tourismusstandortes Schweiz.

²⁸ Vgl. hierzu HEINRICH ULRIKE I., Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2018/2019, Kommunikation und Medien, Zürich/St. Gallen 2018, 112.

²⁹ Für die EU, vgl. BAUMGARTNER TOBIAS, Kommunikation und Medien, 74 f.

³⁰ BAKOM, Bedürfnisse und Risiken von Mobilfunk: Bundesrätin Leuthard setzt Arbeitsgruppe ein, Medienmitteilung vom 20. September 2018.

³¹ Der Bericht „Mobilfunk und Strahlung“ vom 28. November 2018 ist abrufbar unter: <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/elektrosmog/dossiers/bericht-arbeitsgruppe-mobilfunk-und-strahlung.html>.

³² Abrufbar unter: <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/elektrosmog/dossiers/bericht-arbeitsgruppe-mobilfunk-und-strahlung.html>.

d) *Ausschluss aus der europäischen Telekom-Behörde*

Bis zur Berichtsperiode war die Schweiz durch die Eidgenössische Kommunikationskommission (Comcom) als Beobachterin im Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (Body of European Regulators for Electronic Communications, BEREC) vertreten. Im Februar 2019 wurde der Schweiz der Beobachterstatus im BEREC aberkannt.³³ Neu dürfen Drittstaaten beim BEREC nur dann mitarbeiten, wenn sie ein entsprechendes Abkommen mit der Europäischen Union (EU) abgeschlossen haben. Das ist bei den EWR-Staaten Island, Norwegen und Liechtenstein der Fall sowie bei EU-Beitrittskandidaten wie der Türkei, Montenegro oder Serbien. Die Schweiz hat kein entsprechendes Abkommen mit der EU abgeschlossen.

Im Vorfeld des Ausschlusses hat die EU-Kommission angezeigt, dass das geplante institutionelle Rahmenabkommen zwischen der EU und der Schweiz einen Anknüpfungspunkt für die weitere Teilnahme am BEREC darstellen könnte.³⁴ Nach Ansicht des Bundesrates hat der Ausschluss keine unmittelbaren Folgen für die Versorgung der Schweiz mit Telekom-Dienstleistungen. Allerdings werde hierdurch der gegenseitige nützliche Informationsaustausch erschwert, so beispielsweise betreffend Roaming und Netzneutralität.³⁵

e) *Kein Zusammenschluss von Sunrise und UPC*

Am 26. September 2019 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) nach vertiefter Prüfung den Zusammenschluss des Kabelnetzbetreibers UPC mit dem Schweizer Mobilfunkanbieter Sunrise zugelassen.³⁶ Der Zusammenschluss führe in keinem der analysierten Märkte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.³⁷

Die Übernahme von UPC durch Sunrise ist dennoch gescheitert. Die Absage der für den 23. Oktober 2019 geplanten Generalversammlung (GV) begründete

³³ Lukas Mäder, Schweiz wegen des fehlenden Rahmenabkommens aus der europäischen Telekom-Behörde ausgeschlossen, NZZ Online vom 21. Februar 2019.

³⁴ Vgl. hierzu: <<https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen/institutionelles-abkommen.html>>.

³⁵ Antwort des Bundesrates auf die Frage 19.5155. Mitwirkung in der EU-Regulationsbehörde zur Telekommunikation, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20195155>>.

³⁶ Wettbewerbskommission, WEKO genehmigt Sunrise-UPC, Medienmitteilung vom 26. September 2019.

³⁷ Abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/sunrise-sagt-ausserordentliche-gv-in-letzter-minute-ab-ld.1516954?reduced=true>>.

Sunrise unter anderem damit, dass klare Hinweise von Aktionären vorlägen, dass diese an der GV gegen die Kapitalerhöhung stimmen würden. Im Anschluss an die Vertragskündigung durch Sunrise hat die UPC-Muttergesellschaft Liberty Global den geplanten Deal am 16. Dezember 2019 definitiv abgesagt.³⁸

3. Rundfunk

a) Abgabe für Radio und Fernsehen

Am 1. Januar 2019 trat die neue Abgabe für Radio und Fernsehen in Kraft. Die Abgabe beträgt 365 Franken pro Jahr und Haushalt und ist nicht an den Besitz eines Empfangsgeräts gekoppelt.³⁹ Das Inkasso übernimmt seit dem 1. Januar 2019 die Serafe AG.

b) Kein Gesetz über elektronische Medien

In den letzten Jahren hat sich der Medienkonsum zunehmend vom Fernsehen ins Internet verlagert. Um diesem neuen Nutzerverhalten Rechnung zu tragen, wollte der Bundesrat das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) zu einem Bundesgesetz über elektronische Medien (BGeM) weiterentwickeln. Die vom 21. Juni bis 15. Oktober 2018 durchgeführte Vernehmlassung zum BGeM-Entwurf ist bei den interessierten Kreisen auf grosses Interesse gestossen – insgesamt gingen 253 Stellungnahmen ein.⁴⁰ Die Auswertung der Stellungnahmen hat jedoch gezeigt, dass die Vernehmlassungsteilnehmer ihre Hauptforderungen, so beispielsweise die Sicherung des regionalen Service public von Radio und Fernsehen und die Erhöhung der finanziellen Unterstützung der Presse, im Vernehmlassungsentwurf nicht als erfüllt sahen.⁴¹

³⁸ Abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/upc-mutter-liberty-sagt-den-deal-mit-sunrise-definitiv-ab-ld.1529059?reduced=true>>.

³⁹ BAKOM, Die neue Abgabe für Radio und Fernsehen, Ein Beitrag zum Service public elektronischer Medien, abrufbar unter: <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/elektronische-medien/abgabe-fur-radio-und-fernsehen.html>>.

⁴⁰ BAKOM, Vorarbeiten zu einem neuen Bundesgesetz über elektronische Medien, <<https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/zukuenftiges-gesetz-ueber-elektronische-medien.html>>.

⁴¹ UVEK, Vorentwurf des Bundesgesetzes über elektronische Medien, Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, August 2019.

Der Bundesrat hat daher beschlossen, auf die Einführung des BGeM zu verzichten.⁴² Er hat sich aber für effiziente, rasch umsetzbare Massnahmen zur Unterstützung von Online-Medien und Zeitungen ausgesprochen. Sein hierzu für das erste Halbjahr 2020 angekündigtes Massnahmenpaket erfordert die Anpassung bestehender Gesetze.

Beispielsweise möchte der Bundesrat über das RTVG auch Online-Medien unterstützen. Zudem sollen mehr Tages- und Wochenzeitungen als bisher von der indirekten Presseförderung profitieren.⁴³ Das Massnahmenpaket des Bundesrates enthält auch Unterstützungsmöglichkeiten, die bereits im Entwurf zum BGeM vorgeschlagen und dort breit begrüsst wurden: Zur Stärkung des gesamten Mediensektors sollen Aus- und Weiterbildungsinstitutionen, Nachrichtenagenturen, Selbstregulierungsorganisationen und IT-Projekte zugunsten elektronischer Medien unterstützt werden.⁴⁴

c) *Folgen von „No Billag“*

Nach dem Bekanntwerden des Abstimmungsergebnisses zur „No-Billag“-Initiative hat die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) eine Reihe von Reformen angekündigt. Um zu erfahren, wie die Schweizer Bevölkerung den Service public-Beitrag der SRG wahrnimmt und wo Veränderungen stattfinden müssen, hat die SRG im Berichtsjahr das Projekt „Public Value“ ins Leben gerufen.⁴⁵ Neben gezielten Gesprächen und Workshops hat die SRG in diesem Zusammenhang auch eine Umfrage durchgeführt, an der schweizweit 1500 Personen teilgenommen haben. Die Befragten waren mehrheitlich der Meinung, dass die SRG einen wertvollen Beitrag zur Identität der Schweiz und zum nationalen Zusammenhalt leiste.⁴⁶ Dennoch sprach sich jede/r Dritte dafür aus, dass die SRG besser auf die Bedürfnisse der Gesellschaft eingehen könnte.

⁴² Bundesrat, Bundesrat schlägt Massnahmenpaket zur Förderung der Medien vor, Medienmitteilung vom 28. August 2019.

⁴³ Derzeit berät das Parlament verschiedene parlamentarische Initiativen, welche die Verfassungsgrundlage für die direkte Presseförderung schaffen sollen. Zudem sind parlamentarische Initiativen zum Ausbau der bisherigen indirekten Presseförderung hängig. Um zügig handeln zu können, hat sich der Bundesrat für Möglichkeiten entschieden, die mit der geltenden Verfassungsgrundlage rasch umsetzbar sind, vgl. Bundesrat, Medienmitteilung vom 28. August 2019 (FN 42).

⁴⁴ Bundesrat, Medienmitteilung vom 28. August 2019 (FN 42).

⁴⁵ SRG im Dialog mit der Bevölkerung in der Schweiz, Medienmitteilung vom 26. September 2019.

⁴⁶ SRG Medienmitteilung vom 26. September 2019 (FN 45).

Bis zum Frühling 2020 führen nun die vier Regionalgesellschaften, die den Verein SRG bilden, in allen Regionen der Schweiz den Dialog mit der Schweizer Bevölkerung zu folgenden Themen: Angebot für junge Menschen; Qualität und Ausgewogenheit der Information; Mitwirkung der Bürgerinnen und Bürger; Schweizer Komponente des Angebots der SRG; Abbildung der Vielfalt; Beitrag zum medialen Ökosystem; Dialog und Kritikfähigkeit.⁴⁷

4. Internet

a) Netzneutralität

Mit dem am 21. Juni 2019 im Nationalrat eingereichten Postulat „5G darf die Netzneutralität nicht gefährden“ sollte der Bundesrat beauftragt werden zu überprüfen, inwieweit die 5G-Technologie mit der Netzneutralität vereinbar ist.⁴⁸ Nach Ansicht des Postulanten unterscheidet sich 5G von 4G durch das „network slicing“. Diese Möglichkeit, das Netzwerk in Segmente aufzutrennen, würde es den Mobilfunkbetreibern erlauben, den Zugang zum Netzwerk benutzerdefiniert auszugestalten, was wiederum gegen das Prinzip des gleichen Netzzugangs für alle verstösse.

Am 14. August 2019 hat der Bundesrat die Ablehnung des Postulats beantragt. In seiner Begründung hat er darauf verwiesen, er werde nach Inkrafttreten der Änderungen des FMG die durch das Parlament in Artikel 12e FMG beschlossene Netzneutralitätsregeln anwenden.⁴⁹ Gleichzeitig beabsichtige er, die technische Entwicklung nicht unnötig zu beeinträchtigen. Mit dem Ausscheiden des Postulanten⁵⁰ aus dem Rat wurde das Postulat am 5. Dezember 2019 abgeschlossen.

b) Grundversorgung

Im Berichtszeitraum hat der Bundesrat die Geschwindigkeit für die Internet-Grundversorgung von drei auf zehn Megabit pro Sekunde beschlossen und damit die vom Parlament angenommene Motion „Erhöhung der Internet-Min-

⁴⁷ SRG Medienmitteilung vom 26. September 2019 (FN 45).

⁴⁸ Postulat 19.3878, 5G darf die Netzneutralität nicht gefährden, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193878>>.

⁴⁹ Schlussabstimmungstext: <<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2019/2619.pdf>>.

⁵⁰ Claude Béglé, <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193878>>.

destgeschwindigkeit in der Grundversorgung auf 10 Megabit pro Sekunde⁵¹ umgesetzt.⁵² Von der Verdreifachung der in der Grundversorgung vorgesehenen Mindestgeschwindigkeit für das Surfen im Internet sollen insbesondere die Bürgerinnen und Bürger profitieren, die in Gebieten leben, in denen keine alternativen Angebote auf dem Markt erhältlich sind.

c) *Netzsperrern*

Das am 10. Juni 2018 von den Schweizer Stimmberechtigten angenommene Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS)⁵³ ist per 1. Januar 2019 in Kraft getreten. Neu sind ausländische Onlinecasinos und Sportwetten in der Schweiz verboten. Gemäss Art. 86 BGS ist der Zugang zu online durchgeführten Geldspielen zu sperren, wenn die Spielangebote in der Schweiz nicht bewilligt sind. Diese Netzsperrere gilt seit dem 1. Juli 2019 (Art. 146 Abs. 2 BGS).

d) *Swiss IGF*

Das Swiss Internet Governance Forum (Swiss IGF) bringt einmal pro Jahr alle Interessengruppen aus Politik, Verwaltung, Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft in der Schweiz zusammen, um sich in einem offenen und gleichberechtigten Dialog über alle Fragen der Digitalisierung auszutauschen. Im Berichtsjahr fand das Treffen nicht statt. Das für den 18. März 2020 geplante Swiss IGF 2020 wird aufgrund der aktuellen Situation im Zusammenhang mit dem Coronavirus verschoben.⁵⁴

⁵¹ Motion 16.3336. Erhöhung der Internet-Mindestgeschwindigkeit in der Grundversorgung auf 10 Megabit pro Sekunde.

⁵² Bundesrat, Schnelleres Internet in der Grundversorgung ab 2020, Medienmitteilung vom 30. Oktober 2019.

⁵³ SR 935.51.

⁵⁴ Für Informationen zum Programm vgl. <<https://igf.swiss/swiss-igf-2020/programm/>>.

5. E-Government

a) Elektronische Identität

In den Schlussabstimmungen vom 27. September 2019 haben National- und Ständerat das Bundesgesetz über anerkannte elektronische Identifizierungseinheiten (E-ID-Gesetz) angenommen.⁵⁵ Mit 64'933 gültigen Unterschriften ist das Referendum gegen das E-ID-Gesetz formell zustande gekommen.⁵⁶

b) Elektronische Stimmabgabe

Um die Überführung der elektronischen Stimmabgabe (E-Voting) von der Versuchsphase in den ordentlichen Betrieb voranzutreiben, hat der Bundesrat in der Berichtsperiode den Vorentwurf zur Änderung des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR)⁵⁷ in die Vernehmlassung geschickt (19. Dezember 2018 bis 30. April 2019). Die Auswertung der Vernehmlassungseingaben hat ergeben, dass die Kantone und Parteien die Einführung von E-Voting mehrheitlich begrüßen, den Übergang in den ordentlichen Betrieb aber als verfrüht erachten.⁵⁸

Der Bundesrat verzichtet daher vorläufig auf die Überführung der elektronischen Stimmabgabe in den ordentlichen Betrieb. Er hat aber die Bundeskanzlei beauftragt, die Rahmenbedingungen für den Versuchsbetrieb anzupassen.

Die Gegner der elektronischen Stimmabgabe haben am 12. März 2019 eine Eidgenössische Volksinitiative „Für eine sichere und vertrauenswürdige Demokratie (E-Voting-Moratorium)“ gestartet.⁵⁹ Die Frist zur Unterschriftensammlung läuft noch bis zum 12. September 2020.⁶⁰

c) Konferenz Digitale Schweiz

Am 2. September 2019 fand unter dem Motto „Unsere Zukunft gemeinsam gestalten“ die zweite nationale Konferenz Digitale Schweiz statt. Auf Einladung

⁵⁵ Abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20180049>>.

⁵⁶ Der Bundesrat, E-ID-Gesetz: Referendum zustande gekommen, Medienmitteilung vom 13. Februar 2020.

⁵⁷ SR 161.1.

⁵⁸ Bundesrat, E-Voting: Bundesrat richtet Versuchsbetrieb neu aus und stellt Einführung als ordentlicher Stimmkanal zurück, Medienmitteilung vom 27. Juni 2019.

⁵⁹ Abrufbar unter: <<https://e-voting-moratorium.ch>>.

⁶⁰ Abrufbar unter: <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis493.html>>.

des Bundesrats⁶¹ diskutierten die Teilnehmenden über die Herausforderungen in den Bereichen künstliche Intelligenz, Smart Cities, föderale Zusammenarbeit und neue Handlungsfelder der Strategie.⁶²

⁶¹ Die Konferenz war nicht öffentlich.

⁶² Für weitere Informationen zum Programm vgl. <<https://strategy.digitaldialog.swiss/de/konferenz/>>.

Wettbewerbsrecht

Alfred Früh / Samuel Jost / David Mamane

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (ALFRED FRÜH/SAMUEL JOST)	94
1.	Rechtsentwicklungen im Primärrecht	94
2.	Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht	95
a)	eLeniency	95
b)	Einigung betreffend eine Whistleblower-Richtlinie	95
c)	Haftung für kartellrechtliche Schadenersatzpflicht im Fall einer Übernahme	95
d)	Rechtsprechung zu hybriden Vergleichsverfahren	96
e)	Zuständigkeit für Schadenersatzklagen bei fehlendem vertraglichem Anspruch	96
3.	Weitere Entwicklungen im Europäischen Wettbewerbsrecht	97
a)	Expertenbericht zur Weiterentwicklung der Wettbewerbspolitik	97
b)	Gemeinsame Erklärung der Wettbewerbsbehörden der G7-Staaten	98
c)	Algorithmen und Wettbewerb	98
4.	Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen (Art. 101 AEUV)	99
a)	Entwicklungen im Sekundärrecht	99
b)	Verfahren und Entscheidungen der Kommission	101
c)	Urteilsspraxis der europäischen Gerichte	104
5.	Missbräuchliche Verhaltensweisen durch marktbeherrschende Unternehmen (Art. 102 AEUV)	106
a)	Verfahren und Entscheidungen der Kommission	106
b)	Urteilsspraxis der europäischen Gerichte	111
6.	Zusammenschlusskontrolle	114
a)	Entwicklungen im Sekundärrecht	114
b)	Verfahren und Entscheidungen der Kommission	116
c)	Urteilsspraxis der europäischen Gerichte	127
II.	Bedeutung für die Schweiz (DAVID MAMANE)	128
1.	Rechtsentwicklungen im Primärrecht	128
2.	Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht	128
3.	Wettbewerbsbeschränkte Vereinbarung und Verhaltensweisen	129
4.	Missbräuchliche Verhaltensweise durch marktbeherrschende Unternehmen	130
5.	Zusammenschlusskontrolle	131

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019¹

1. Rechtsentwicklungen im Primärrecht

Nach mehreren Anläufen haben sich das Vereinte Königreich und die Europäische Union auf den Inhalt eines Abkommens betreffend das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union („Brexit“) geeinigt.² Das Abkommen wurde vom Vereinten Königreich und der EU am 24. Januar 2020 unterzeichnet und vom EU-Parlament am 29. Januar 2020 ratifiziert. Es gilt eine Übergangsfrist bis Ende 2020, in der die künftige Zusammenarbeit ausgehandelt werden soll. Anders als noch im ersten Entwurf des Austrittsvertrags enthält die nun verabschiedete Fassung keine Bestimmungen mehr, die den heutigen Art. 101 und 102 AEUV nachempfunden sind oder die Zusammenschlusskontrolle betreffen.³

Wichtig sind für das künftige Verhältnis aber vor allem die Bestimmungen des intertemporalen Rechts. Diese sehen vor, dass die Behörden der EU für alle Verfahren nach Art. 101 und 102 AEUV sowie alle Fusionskontrollverfahren zuständig bleiben, die vor Ablauf der Übergangsfrist eingeleitet wurden.⁴ Der Austrittsvertrag regelt weiter, wer für die Überwachung der Einhaltung von Verpflichtungszusagen zuständig ist⁵ und wie die eingenommenen Bussgelder verteilt werden.⁶

¹ Berichtet wird – soweit nichts anderes angegeben ist – über Rechtsentwicklungen zwischen Anfang Februar 2019 und Ende Januar 2020.

² Abkommen über den Austritt des Vereinten Königreichs Grossbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABL. Nr. C 384 I vom 12. November 2019, 1 ff. (nachfolgend: Austrittsvertrag). Zuvor hatte die Europäische Kommission am 25. März 2019 eine Mitteilung veröffentlicht, welche im Falle eines no-deal-Brexit eine Orientierungshilfe bieten sollte: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/eu-competition-law_de.pdf>.

³ S. noch FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen, 124.

⁴ Art. 92 Austrittsvertrag.

⁵ Art. 95 Austrittsvertrag.

⁶ Art. 141 Austrittsvertrag.

2. Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht

a) *eLeniency*

Am 19. März 2019 informierte die Kommission über die Einführung eines neuen Online-Tools namens *eLeniency*, das es den Unternehmen erleichtern soll, Erklärungen und Unterlagen im Rahmen von Kartellverfahren einzureichen.⁷ Im Vordergrund stehen dabei Kronzeugen- und Vergleichsverfahren. Das Instrument kann aber auch in anderen kartellrechtlichen Geschäften genutzt werden. Der Zugang zu *eLeniency* ist gesichert und beschränkt. Die Daten werden sicher übermittelt und können weder kopiert noch ausgedruckt werden. Die Nutzung des Systems ist freiwillig und die Unternehmen bzw. ihre Rechtsvertreter können auch weiterhin im Rahmen des mündlichen Verfahrens Erklärungen und Beiträge einreichen.

b) *Einigung betreffend eine Whistleblower-Richtlinie*

Nachdem die Kommission im April 2018 einen Richtlinienvorschlag zum Schutz von Whistleblowern präsentiert hatte⁸, haben sich das EU-Parlament und der Rat am 12. März 2019 auf die Vorschriften geeinigt. Die Richtlinie ist zum 16. Dezember 2019 in Kraft getreten.⁹

c) *Haftung für kartellrechtliche Schadenersatzpflicht im Fall einer Übernahme*

Im Rahmen einer Vorlagefrage hatte der EuGH zu entscheiden, ob ein Unternehmen, welches ein anderes Unternehmen erwirbt, für Schäden haftet, die durch kartellistische Tätigkeiten des übernommenen Unternehmen entstanden sind. Konkret ging es um die Übernahme des finnischen Unternehmens Sata-Asfaltti Oy durch Skanska Asfaltti Oy. Auf der Grundlage der Auslegung von Art. 101 AEUV bejahte der Gerichtshof im Grundsatz eine Haftung der Erwerberin, da Skanska die wirtschaftliche Kontinuität der erworbenen Gesellschaft als juristische Personen gewährleistet habe.¹⁰

⁷ Abrufbar unter: <<https://eleniency.ec.europa.eu>>.

⁸ FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen, 126.

⁹ Richtlinie (EU) 2019/1937 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden vom 23. Oktober 2019, ABl. Nr. L 305 vom 26. November 2019, 17 ff.

¹⁰ EuGH vom 14. März 2019, Rs. C-724/17; ECLI:EU:C:2019:204 – Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy u.a., Rn. 50.

d) *Rechtsprechung zu hybriden Vergleichsverfahren*

In einem Verfahren gegen den italienischen Stahl-Strahlmittelproduzenten Pometon äusserte sich das Europäische Gericht (EuG) zu Verfahrensfragen bei hybriden Vergleichen. Pometon war von der Kommission vorgeworfen worden, Teil eines Kartells auf dem Markt für Stahl-Strahlmittel zu sein. Im Gegensatz zu vier anderen Unternehmen hatte sich Pometon nach der Eröffnung von Vergleichsgesprächen mit der Kommission im Januar 2014 aus selbigem zurückgezogen und gab der Kommission Daten zurück, welche diese im Rahmen des Vergleichsverfahrens erhalten hatte.¹¹ Gegen Pometon wurde in der Folge von der Kommission ein Bussgeld verhängt, woraufhin das Unternehmen den erlassenen Beschluss anfocht und dabei insbesondere eine Verletzung der Unparteilichkeit, der Unschuldsvermutung und eine Missachtung von Verteidigungsrechten rügte.

Tatsächlich stellen sich in hybriden Verfahren schwierige Fragen betreffend Unparteilichkeit, Objektivität und Unabhängigkeit, weil über den fast deckungsgleichen Sachverhalt gleichzeitig eine Vergleichsverhandlung und ein ordentliches Verfahren geführt werden. Der EuG hielt vorliegend fest, der Grundsatz des fairen Verfahrens sei nicht verletzt worden. Insbesondere habe die (vor dem Entscheid abgeschlossene) Vergleichsvereinbarung Pometons Rolle im ordentlichen Verfahren nicht präjudiziert. Massgeblich sei, dass die Vergleichsvereinbarung keine rechtliche Würdigung von Pometons Verhalten enthalte. Bemerkenswert ist zudem, dass ein Unternehmen, welches vom Vergleichsverfahren ins ordentliche Verfahren wechselt, nach Ansicht des EuG auf der Basis der Unschuldsvermutung keinen Anspruch darauf hat, dass die Kommission sämtliche Informationen über dieses Unternehmen ignoriert, über die es im Laufe des Vergleichsverfahrens Kenntnis erlangt hat.¹²

e) *Zuständigkeit für Schadenersatzklagen bei fehlendem vertraglichem Anspruch*

Bei der Beantwortung einer Vorlagefrage nahm der EuGH zur Auslegung des Schadensorts im Sinne der Verordnung Nr. 1215/2012 („Brüssel I^{bis}“) Stellung. Das klagende ungarische Unternehmen Tibor-Trans vertrat die Auffassung, der Schaden sei ihm an seinem ungarischen Sitz entstanden. Die holländische Gegenpartei DAF, welche Mitglied des Kartells war und mit der Tibor-Trans keine vertragliche Beziehung hatte, stellte sich dagegen auf den Standpunkt,

¹¹ EuG vom 28. März 2019, Rs. T-433/16; ECLI:EU:T:2019:201 – Pometon SpA/Europäische Kommission, Rn. 9.

¹² EuG vom 28. März 2019, Rs. T-433/16; ECLI:EU:T:2019:201 – Pometon SpA/Europäische Kommission, Rn. 93.

der Schaden sei in Deutschland entstanden, weil dort die Kartellabsprachen getroffen worden waren. Der EuGH entschied, in einem solchen Fall sei der Schaden von Tibor-Trans dort entstanden, wo die Marktpreise verzerrt worden waren. Damit liege die Zuständigkeit in Ungarn, selbst wenn keine vertragliche Beziehung zwischen Tibor-Trans und den Schädigern bestand.

3. Weitere Entwicklungen im Europäischen Wettbewerbsrecht

Die Digitalisierung stellt das Wettbewerbsrecht vor zahlreiche Herausforderungen. Dies spiegelt sich in Entwicklungen, welche über die Ebene der Mitgliedstaaten hinausgehen¹³ und sich zwar nicht unmittelbar auf das Sekundärrecht auswirken, dieses aber möglicherweise längerfristig prägen.

a) *Expertenbericht zur Weiterentwicklung der Wettbewerbspolitik*

Im April 2019 ist ein von der Europäischen Kommission in Auftrag gegebener Expertenbericht zur Weiterentwicklung der Wettbewerbspolitik in der digitalen Welt erschienen.¹⁴

Thematisch umfasst der Bericht alle drei Säulen des Kartellrechts. Einleitend werden zunächst einige Mechanismen der Digitalwirtschaft beschrieben, wobei der Schwerpunkt bei der Behandlung von Plattformen und dem Umgang mit Daten liegt: In Bezug auf Plattformen wird die Wichtigkeit von Interoperabilität und Datenportabilität hervorgehoben, womit der Wettbewerb *um* die Plattformen begünstigt werde. Soweit es um den Wettbewerb *auf* den Plattformen gehe, seien die Plattformbetreiber (dominanter Plattformen) in der Pflicht, auf diesen Plattformen selbst unverfälschten Wettbewerb zu gewähren. Betreffend den Umgang mit Daten hält der Bericht hinsichtlich Art. 102 AEUV (wenig überraschend) fest, es sei immer der Einzelfall entscheidend – insbesondere komme es auf die Besonderheiten des jeweiligen Marktes, die Art der Daten und der Art der Datennutzung an. Dennoch dringt durch, dass sich in gewissen Fällen auch eine sektorspezifische Regulierung aufdrängen kann. Auch in Bezug auf das „data sharing“ – und damit im Anwendungsbe-

¹³ Zur mitgliedersstaatlichen Ebene s. bspw. die 10. GWB-Novelle Deutschlands zur Anpassung an die Digitalisierung. Seit dem 24. Januar 2020 liegt der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vor; abrufbar unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=10>.

¹⁴ European Commission, Competition policy for the digital era, Brüssel 2019, abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>.

Verfasst wurde der Bericht von JACQUES CRÉMER, YVES-ALEXANDRE DE MONTJOYE und HEIKE SCHWEITZER.

reich von Art. 101 AEUV – sei der Einzelfall massgebend. Bemerkenswert ist, dass unter diesem Stichwort dennoch die Einführung einer Gruppenfreistellungsverordnung betreffend „data sharing and pooling“ in Erwägung gezogen wird, womit die Autoren zum Ausdruck bringen, es liessen sich trotz der Einzelfallbetrachtung gewisse Fälle zu Fallgruppen verdichten. Der Bericht schliesst mit Empfehlungen zur Fusionskontrolle und kommt diesbezüglich zum Ergebnis, es sei zu früh, um die Schwellenwerte anzupassen. Allerdings seien hinsichtlich der materiellen Beurteilung die gängigen Schadenstheorien zu überdenken. Das Augenmerk sei insbesondere auf Fälle zu legen, in denen marktbeherrschende Plattformen andere Unternehmen mit schnell wachsender Nutzerbasis übernehmen.

b) *Gemeinsame Erklärung der Wettbewerbsbehörden der G7-Staaten*

Am 18. Juli 2019 haben die Wettbewerbsbehörden der G7-Staaten anlässlich eines Gipfels in Biarritz eine gemeinsame Erklärung zum Wettbewerb in der Digitalwirtschaft abgegeben.¹⁵

Diese Erklärung fokussiert auf vier Punkte: Erstens wird hervorgehoben, dass funktionierender Wettbewerb auf den relevanten Märkten für die Volkswirtschaften wichtig ist und Innovations- sowie Wachstumspotenziale mit sich bringt. Zweitens wird darauf hingewiesen, das Kartellrecht sei hinreichend flexibel, um sich der Digitalwirtschaft anzupassen, ohne seine Grundsätze und Ziele aufzugeben. Drittens müsse sorgfältig erhoben werden, ob geltende und künftige Gesetze den Wettbewerb auf den digitalen Märkten unnötig behinderten. Und viertens sei es notwendig, international zusammenzuarbeiten und für eine einheitliche Durchsetzung des Kartellrechts zu sorgen.

c) *Algorithmen und Wettbewerb*

Am 6. November 2019 veröffentlichten das deutsche Bundeskartellamt und die französische Autorité de la concurrence ein gemeinsames Dokument mit dem Titel „Algorithms and Competition“.¹⁶ Das fast 90-seitige Papier macht zunächst Ausführungen zu Algorithmen im Allgemeinen und zu deren Verwendung in der Datenwirtschaft im Besonderen. Danach setzt es sich vertieft

¹⁵ Common Understanding of G7 Competition Authorities on „Competition and the Digital Economy“, Paris 5th June, 2019, abrufbar z.B. unter: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/G7_Erklaerung.pdf?__blob=publicationFile&v=6>.

¹⁶ Abrufbar unter: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>>.

damit auseinander, wie Algorithmen Wettbewerbsabreden begünstigen können. Dabei werden grob drei Szenarien unterschieden: Erstens können Algorithmen herkömmliche Kartelle „unterstützen“, etwa indem sie eingesetzt werden, um Abreden um- oder durchzusetzen. Zweitens kann ein von einem Dritten eingesetzter Algorithmus verschiedene Marktteilnehmer koordinieren. Mit einem Blick auf das bisherige Fallrecht scheint die massgebende Frage zu lauten, ob die Wettbewerber Kenntnis von den wettbewerbsbeschränkenden Handlungen des Dritten haben oder diese zumindest hätten antizipieren müssen.¹⁷ Drittens besteht die Gefahr, dass der (grundsätzlich unkoordinierte) Einsatz von (Preis-)Algorithmen mehrere Marktteilnehmer zu „automatisierten“ Absprachen führt. Das Dokument geht auf alle drei Varianten vertieft ein, hält aber gleichzeitig auch fest, das Kartellrecht sei durchaus in der Lage diese neuen Herausforderungen zu bewältigen.

4. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen (Art. 101 AEUV)

a) *Entwicklungen im Sekundärrecht*

Am 16. Juli 2019 ist die *revidierte PSI-Richtlinie* in Kraft getreten, über die bereits berichtet wurde.¹⁸ Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht ist die revidierte PSI-Richtlinie von Bedeutung, weil ihr Anwendungsbereich ausgedehnt wird, womit der Zugang zu wichtigen – für bestimmte Geschäftsmodelle relevanten – Daten vereinfacht werden könnte. Die zweijährige Umsetzungsfrist für die Mitgliedsstaaten endet am 17. Juli 2021.

Nachdem die Kommission im Frühling 2018 einen Entwurf veröffentlicht hatte, ist die *Verordnung 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten*¹⁹ im Sommer 2019 in Kraft getreten. Sie gilt ab dem 12. Juli 2020 und reguliert zahlreiche Handelspraktiken von Plattformbetreibern. Ihr Ziel ist es, gezielt das häufig bestehende Machtgefälle zwischen den Plattformbetreibern und den gewerblichen Nutzern dieser Plattformen auszugleichen. Es handelt sich aber nicht

¹⁷ EuGH vom 21. Juli 2016 in der Rechtssache C-542/14, ECLI:EU:C:2016:578 – VMRemonts/Konkurences padome; EuGH vom 21. Januar 2016 in der Rechtssache C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42 – Eturas/Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba.

¹⁸ FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen, 128.

¹⁹ Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten vom 20. Juni 2019, ABl. Nr. L 186 vom 11. Juli 2019, 57 ff.

um kartellrechtliche Regeln; vielmehr sollen die Regeln des Kartellrechts und des Verbraucherrechts durch eine zusätzliche spezifische Plattformregulierung ergänzt werden.

Am 9. Dezember 2019 hat die unter der neuen Kommissionspräsidentin in ihrem Amt bestätigte Wettbewerbskommissarin Margarete Vestager angekündigt, die Kommission wolle ihren Zugang zur Marktabgrenzung überdenken.²⁰ Die *Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes*²¹ stamme aus dem Jahr 1997 und die vergangenen beiden Jahrzehnte hätten mit Globalisierung und Digitalisierung grundlegende Änderungen mit sich gebracht. Angestrebt wird wohl eine Anpassung der Bekanntmachung, insbesondere an die neuen Märkte der Digitalwirtschaft, unter Einbezug der jüngeren Rechtsprechung.

Die *Gruppenfreistellungsverordnung für Schifffahrtskonsortien*²² läuft am 25. April 2020 aus. Zum Jahresende 2019 endet eine Konsultation über die Bewertung dieser GVO. Aus dem Schlussbericht zur Konsultation geht hervor, dass die Kommission beabsichtigt, diese sektorspezifischen Normen beizubehalten, die Entwicklungen im Bereich der Schifffahrtskonsortien aber weiterhin genau zu verfolgen.²³

Im Oktober 2018 leitete die Kommission eine *Evaluation der Gruppenfreistellungsverordnung über Vertikalvereinbarungen* ein, um Erkenntnisse über die Funktionsweise dieser GVO und der zugehörigen Leitlinien zu gewinnen. Sie will sich ein Bild darüber machen, ob die heute bestehende Vertikal-GVO beibehalten, abgeändert oder aufgegeben werden soll. Die Evaluation lief bis Ende Mai 2019. Die Kommission hat eine summarische Zusammenfassung der Konsultationsergebnisse veröffentlicht.²⁴

²⁰ Rede vom 9. Dezember 2019 anlässlich der Chillin' Competition-Konferenz in Brüssel: „Defining markets in a new age“.

²¹ Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl. Nr. C 372 vom 9. Dezember 1997, 5 ff.

²² Verordnung (EG) 2009/906 der Kommission über die Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag auf bestimmte Gruppen von Vereinbarungen, Beschlüssen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zwischen Seeschifffahrtsunternehmen (Konsortien), ABl. L 256 vom 29. September 2009, 31.

²³ Abrufbar unter: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_consortia/1_en_dts_evaluation.pdf.

²⁴ Abrufbar unter: https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2018-5068981/public-consultation_de#consultation-outcome.

b) *Verfahren und Entscheidungen der Kommission*

In der Statistik der Kommission für das Jahr 2019 erscheinen fünf Fälle.²⁵ Die Summe der verhängten Bussgelder ist gegenüber dem Vorjahr wieder angestiegen und zwar auf knapp EUR 1.5 Mia. Die Verfahren lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- *Mastercard*²⁶: Das Kartenzahlungssystem Mastercard wurde von der Kommission mit EUR 570 Mio. gebüsst. Mastercard ist eine grosse Plattform, welche Geschäfte zwischen *Issuern* und *Acquirern* abwickelt. *Issuer* werden diejenigen Banken genannt, die ihren Kunden Zahlungskarten bereitstellen. *Acquirer* nennt man die Bank der Händler, bei denen die Kunden einkaufen. Für jedes über die Plattform abgewickelte Geschäft zahlt der *Acquirer* dem *Issuer* ein sog. Interbankenentgelt. Dieses wird aber vom *Acquirer* auf den Händler abgewälzt und fließt letztlich in den Preis ein, welcher die Endverbraucher zahlen müssen. Die Kommission beanstandete, dass Mastercard von den *Acquirern* verlangte, die Interbankenentgelte jenes Landes anzuwenden, in dem der Einzelhändler ansässig war. Durch diese Bindung an ein bestimmtes Gebiet konnten Händler in Ländern mit hohen Interbankenentgelten nicht von niedrigen Gebühren in anderen Mitgliedstaaten profitieren.²⁷ Mastercard kooperierte mit der Europäischen Kommission, weshalb das Bussgeld um 10% reduziert wurde.
- *Kfz-Sicherheitsausrüstung*²⁸: Die Unternehmen Autoliv, TRW und Takata beteiligten sich an zwei Kartellen auf den Märkten für Sicherheitsgurte, Luftkissen (Airbags) und Steuerräder. Sie tauschten vertrauliche Geschäftsinformationen aus und koordinierten ihr Marktverhalten für die Lieferung der genannten Teile an die Konzernunternehmen von Volkswagen und BMW. Auf der Grundlage der Kronzeugenregelung wurde Takata die Geldbusse vollständig erlassen. Die Bussen von Autoliv und TRW

²⁵ Abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>>. Die Statistik datiert vom 27. September 2019.

²⁶ Pressemitteilung IP/19/582 vom 22. Januar 2019; Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbusse von 570 Mio. EUR gegen Mastercard wegen Behinderung des Zugangs von Händlern zu grenzüberschreitenden Kartenzahlungsdiensten.

²⁷ Mit dem Erlass der Interbankenentgelt-Verordnung (EU) 2015/751 vom 25. April 2015 wurden Entgeltobergrenzen eingeführt, was zu einer Angleichung der Entgelte geführt hat. Die Untersuchung der Kommission im vorliegenden Fall begann allerdings schon 2013.

²⁸ Pressemitteilung IP/19/1512 vom 5. März 2019; Kartellrecht: Kommission verhängt in Kartellvergleichsverfahren Geldbussen in Höhe von 368 Mio. EUR gegen Anbieter von Kfz-Sicherheitsausrüstung.

wurden ebenfalls aufgrund der Kronzeugenregelung reduziert. Darüber hinaus erfolgte eine Ermässigung um weitere 10% aufgrund der Beteiligung am Vergleichsverfahren. Der Entscheid steht im Zusammenhang weitreichender Ermittlungen zu Kartellen in der Automobilzulieferindustrie²⁹, wobei die Unternehmen Autoliv und Takata bereits in anderen Fällen gebüsst wurden.³⁰

- Nike³¹: Das Unternehmen Nike wurde von der Europäischen Kommission mit EUR 12,5 Mio. gebüsst, weil es seinen Händlern den Weiterverkauf von Lizenzprodukten in andere Länder des EWR untersagt hat. Konkret ging es nicht um Produkte von Nike, sondern um Merchandising-Artikel (wie z.B. Trikots und Schals) mit den Kennzeichen europäischer Fussballvereine (z.B. jenen des FC Barcelona, von Manchester United oder Juventus Turin), für welche Nike Lizenzen an Dritte vergibt. Diese Lizenznehmer produzieren sodann die betreffenden Produkte und vertreiben sie. In ihrer Untersuchung kam die Kommission zum Schluss, Nike habe in den Verträgen mit diesen Lizenznehmern durch verschiedene Klauseln (direkte Verbote, Pflicht zur Weiterleitung von Bestellungen an Nike und Pflicht zur Bezahlung doppelter Lizenzgebühren im Falle von Bestellungen ausserhalb des Vertragsgebiets) deren Möglichkeit beschränkt, ins Ausland zu verkaufen. Neben diesen direkten Beschränkungen habe Nike auch eine Reihe indirekter Massnahmen ergriffen, um gebietsfremde Verkäufe zu verhindern³² und so versucht, die Beschränkungen über die gesamte Vertriebskette hinweg durchzusetzen. Diese Praxis habe ungefähr 13 Jahre andauert. Weil Nike in der Untersuchung umfassend kooperiert hat, wurde die Busse um 40% reduziert.

²⁹ Seit 2013 hat die Kommission in diesem Bereich Geldbussen von mehr als EUR 2 Mrd. verhängt, und zwar in den Bereichen Kabelbäume, Weichschaum, Walzlager, Standheizungen, Generatoren und Anlasser, Klimaanlageanlagen und Motorkühlsysteme, Beleuchtungssysteme, Airbags, Steuerräder, Sicherheitsgurte, Bremssysteme und Zündkerzen.

³⁰ Pressemitteilung IP/17/4844 vom 22. November 2017 bzw. FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 122; Pressemitteilung IP/18/962 vom 21. Februar 2018 bzw. FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht 2018/19, 130.

³¹ Pressemitteilung IP/19/1828 vom 25. März 2019; Kartellrecht: EU-Kommission verhängt Geldbusse in Höhe von 12,5 Mio. EUR gegen Nike wegen Beschränkungen für grenzüberschreitende Verkäufe von Merchandising-Artikeln.

³² Beispielsweise die Androhung der Kündigung des Lizenzvertrags oder die Weigerung, Hologramme mit der Kennzeichnung „offizielles Produkt“ zur Verfügung zu stellen.

- *Devisenkassahandel*³³: In zwei Beschlüssen hat die Europäische Kommission die fünf Banken Barclays, RBS, Citigroup, JPMorgan und MUFG wegen der Beteiligung an Kartellen im Devisenkassahandel (Forex) mit insgesamt EUR 1.07 Mrd. gebüsst. Devisenhändler dieser Banken hatten in online-Chatrooms Absprachen betreffend den Handel mit Fremdwährungen getroffen. Gegenstand des Informationsaustauschs waren offene Kundenaufträge, Kurse für bestimmte Transaktionen, offene Risikopositionen der Händler und weitere Einzelheiten zu laufenden oder geplanten Handelstätigkeiten. Ebenfalls beteiligt war die UBS, sie wurde aufgrund der Kronzeugenregelung aber nicht gebüsst. Die übrigen Banken profitierten ebenfalls von der Kronzeugenregelung und von einer Bussenreduktion aufgrund ihrer Beteiligung am Vergleichsverfahren.
- *Hello Kitty*³⁴: Sanrio ist ein japanisches Unternehmen, welches (unter anderem) für das Design und die Lizenzierung von Produkten der Marke Hello Kitty verantwortlich ist. Sanrio hat mit einer Reihe direkter und indirekter Massnahmen den Verkauf von Lizenznehmern ausserhalb von deren Vertragsgebiet beschränkt. Diese vertikalen Beschränkungen dauerten gemäss Angaben der Kommission während rund 11 Jahren an. Sanrio wurde mit EUR 6.2 Mio. gebüsst, wobei die ursprüngliche Busse aufgrund der Zusammenarbeit mit der Kommission um 40% gesenkt wurde.

Nebst diesen Entscheiden setzt die Kommission auch in der aktuellen Berichtsperiode auf den Abschluss von Verfahren mittels Verpflichtungszusagen:

- *Pay-TV*³⁵: Im März hat die Europäische Kommission die von Disney, NBC-Universal, Sony Pictures, Warner Bros. und Sky angebotenen Verpflichtungen für verbindlich erklärt, weil sie die Bedenken der Kommission in Bezug auf bestimmte Klauseln in den Lizenzverträgen für Pay-TV-Dienste mit Sky UK ausräumen. Im Juli 2015 hatte die Kommission den Parteien mitgeteilt, dass bestimmte Klauseln in den genannten Lizenzverträgen

³³ Pressemitteilung IP/19/2568 vom 16. Mai 2019; Kartellrecht: Kommission verhängt Geldbussen in Höhe von 1,07 Mrd. EUR gegen Barclays, RBS, Citigroup, JPMorgan und MUFG wegen Beteiligung an Kartell im Devisenkassahandel.

³⁴ Pressemitteilung IP/19/3950 vom 9. Juli 2019; Kartellrecht: Kommission verhängt 6.2 Mio. EUR Geldbusse gegen Sanrio wegen Beschränkung grenzübergreifender Verkäufe von Merchandising-Artikeln der Marke „Hello Kitty“.

³⁵ Pressemitteilung IP/19/1590 vom 7. März 2019; Kartellrecht: Kommission akzeptiert Verpflichtungen von Disney, NBCUniversal, Sony Pictures, Warner Bros. und Sky für grenzüberschreitende Pay-TV-Dienste.

gegen EU-Kartellrecht verstossen. Insbesondere war Sky UK in diesen Verträgen verpflichtet gewesen, den Zugang zu den lizenzierten Filmen ausserhalb des Lizenzgebiets UK und Irland zu blockieren (sog. Geoblocking). Im Rahmen der Verpflichtungszusage garantieren die Parteien, keine Klauseln in die Lizenzverträge aufzunehmen, welche unaufgeforderte Anfragen zum Sendebezug von ausserhalb des Lizenzgebiets verbieten.

In der Berichtsperiode veröffentlichte die Europäische Kommission auch eine Entscheidung, mit der eine durch die polnische Wettbewerbsbehörde eingereichte Beschwerde zurückgewiesen wurde:

- **LED-Patente³⁶**: Nach Auffassung der polnischen Wettbewerbsbehörde hatte Philips durch den Abschluss eines Kreuzlizenzvertrags mit Osram den Wettbewerb beschränkt. Die Kommission folgte dieser Ansicht nicht. Unabhängig von Philips' Marktstellung sei die Kreuzlizenz unbedenklich; sie diene nämlich nicht dem Austausch sensibler Informationen sondern solle (lediglich) gewährleisten, dass die Parteien die Rechte der jeweils anderen Partei nicht angreifen. In der Tat sind Kreuzlizenzen nicht *per se* wettbewerbsschädlich, auch wenn für wechselseitige Vereinbarungen im lizenzvertraglichen Kontext oft ein strengerer Massstab gilt als für nicht-wechselseitige.

c) *Urteilspraxis der europäischen Gerichte*

Erwähnenswert sind in der Berichtsperiode vor allem drei Rechtsmittellentscheide des EuG:

- **Briefumschläge³⁷**: Nachdem die Kommission im Juli 2017 zum zweiten Mal eine Busse gegen Printeos (ehemals Tompla) verhängt hatte³⁸, war das EuG erneut mit dem Fall befasst. Die Beschwerde von Printeos wurde vollumfänglich abgewiesen. Einerseits habe es Printeos bei der Anfechtung des ursprünglichen Entscheids versäumt, die materiellen Punkte zu rügen, weshalb nun nicht mehr darüber befunden werden könne. Andererseits gäben die Bussen keinen Anlass zur Beanstandung mehr.

³⁶ Case AT.39913, Rückweisungsentscheid vom 25. Oktober 2019, C(2019) 7804 final.

³⁷ EuG, Urteil vom 24. September 2019 in der Rechtssache T-466/17, ECLI:EU:T:2019:671 – Printeos/Europäische Kommission.

³⁸ FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 122.

- *Euro-Zinsderivate*³⁹: Im Dezember 2016 büsste die Kommission mehrere Banken aufgrund von deren Beteiligung am EURIBOR-Kartell.⁴⁰ HSBC hatte dagegen beim EuG Beschwerde erhoben. In seinem Entscheid stützte das EuG im Grundsatz die Feststellung der Kommission, es habe eine einzige, fortdauernde Zuwiderhandlung und eine „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ vorgelegen. Mit diesem Entscheid schärfte das EuG die Konturen beider Konzepte: Einerseits präzierte es den für das Vorliegen einer einzigen, fortdauernden Zuwiderhandlung zentralen Begriff des planvollen Vorgehens („overall plan“). Andererseits bejahte es eine „bezweckte Wettbewerbsbeschränkung“ zwar beim Vorliegen des Austauschs bestimmter Informationen (Handelspositionen, nichtöffentliche Information über Preisabsichten und Preisstrategien), bei anderen jedoch nicht. Entsprechend hätten Letztere als „bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen“ behandelt werden müssen. Im Ergebnis annullierte das Gericht auch die verhängte Busse, weil die Kommission nicht genügend dargetan habe, dass diese auf der Basis der getätigten Verkäufe berechnet werden kann.
- *Recycling von Autobatterien*⁴¹: Im Jahr 2017 wurde das belgische Unternehmen Campine zusammen mit drei anderen Unternehmen aufgrund seiner Beteiligung an einem Kartell für gebrauchte Autobatterien gebüsst.⁴² Auch in diesem Berufungsentscheid äusserte sich der EuG zum Konzept der einzigen, fortdauernden Zuwiderhandlung. Weil die Kommission die Beteiligung von Campine am drei Jahre andauernden Kartell während zwei Zeiträumen von je elf Monaten nicht nachgewiesen hatte, kam das Gericht zum Schluss, in Bezug auf Campine liege keine einzige, fortdauernde Zuwiderhandlung vor. Entsprechend sei für die Bussgeldberechnung nicht die gesamte Dauer des Kartells massgebend. Die Bussgeldhöhe wurde vom EuG entsprechend reduziert.

³⁹ EuG, Urteil vom 23. September 2019 in der Rechtssache T-105/17, ECLI:EU:T:2019:675 – HSBC/Europäische Kommission.

⁴⁰ FRÜH ALFRED/MAMANE DAVID, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2016/17, Zürich/St. Gallen, 126.

⁴¹ EuG, Urteil vom 7. November 2019 in der Rechtssache T-240/17, ECLI:EU:T:2019:778 – Campine/Europäische Kommission.

⁴² FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 120.

5. Missbräuchliche Verhaltensweisen durch marktbeherrschende Unternehmen (Art. 102 AEUV)

a) Verfahren und Entscheidungen der Kommission

Auch in diesem Berichtsjahr sprach die Kommission Bussgelder für die Verletzung von Art. 102 AEUV aus:

- *Google*⁴³: Die Kommission verhängte ein Bussgeld in Höhe von EUR 1.49 Mrd.⁴⁴ Nach Auffassung der Kommission missbrauchte Google seine beherrschende Stellung auf dem Markt für die Vermittlung von Suchmaschinenwerbung, indem es für Websites Dritter wettbewerbswidrige vertragliche Beschränkungen einführte, welche Wettbewerber von Google daran hinderten, Werbeflächen auf den Ergebnisseiten der Google-Suchmaschine zu verkaufen. Nach Auffassung der Kommission verfügt Google mindestens seit 2006 auf dem Markt für die Vermittlung von Suchmaschinenwerbung im EWR eine beherrschende Stellung, insbesondere aufgrund der sehr hohen Marktanteile, die fast während des gesamten Zeitraums der Untersuchung bei über 85 % lagen, und der hohen Marktzutrittsschranken. Websites, wie etwa von Zeitungen, Blogs oder Reiseportale (sog. „Publisher-Websites“), bieten häufig eine Suchfunktion an. Führt ein Nutzer darüber eine Suchanfrage durch, erscheinen sowohl Suchergebnisse als auch Werbeanzeigen. Google bietet den Betreibern von „Publisher“-Websites über seinen Dienst „AdSense for Search“ Werbeanzeigen an. Dabei vermittelt Google als Anzeigenmakler zwischen Werbetreibenden und Eigentümern der Websites, welche die Flächen um ihre Suchergebnisse herum kommerziell nutzen möchten. AdSense ist folglich eine Online-Vermittlungsplattform für Suchmaschinenwerbung.

⁴³ Pressemitteilung IP/19/1770 vom 20. März 2019; Antitrust: Kommission verhängt Geldbusse in Höhe von 1,49 Mrd. EUR gegen Google wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung auf dem Markt für Online-Werbung.

⁴⁴ Ferner wurde Google im Juni 2017 eine Geldbusse in Höhe von EUR 2.42 Mrd. EUR wegen Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der Google-Suchmaschine durch unzulässige Vorzugsbehandlung des eigenen Preisvergleichsdiensts auferlegt; s. zu diesem Entscheid auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 130 sowie im Juli 2018 eine Geldbusse in Höhe von EUR 4.34 Mrd. wegen illegaler Praktiken bei Android-Mobilgeräten zur Stärkung der beherrschenden Stellung der Google-Suchmaschine; s. zu diesem Entscheid auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 130.

Die Vermittlung von Suchmaschinenwerbung durch Google an die in wirtschaftlicher Hinsicht wichtigsten Publisher erfolgte im Rahmen individuell ausgehandelter Vereinbarungen. Ab 2006 nahm Google Ausschliesslichkeitsklauseln in seine Verträge auf, wonach Publisher auf ihren Suchergebnisseiten keine Werbeanzeigen von Konkurrenten von Google platzieren durften. Ab 2009 begann Google, die Ausschliesslichkeitsklauseln schrittweise durch Klauseln über die sogenannte „Premium-Platzierung“ zu ersetzen, wonach die besten Plätze auf Websites den eigenen Anzeigen vorbehalten waren⁴⁵ und die Erfolgchancen der Anzeigen von Konkurrenten kontrolliert wurden.⁴⁶ Dadurch wurden die Konkurrenten von Google daran gehindert, ihre Suchmaschinenwerbung an den am besten sichtbaren und am häufigsten angeklickten Stellen der Ergebnisseiten der Websites zu platzieren und Google konnte kontrollieren, wie interessant die Anzeigen von Konkurrenten waren und wie häufig sie angeklickt wurden. Ferner ist es nach Ansicht der Kommission Wettbewerbern im Bereich der Suchmaschinenwerbung, wie z. B. Microsoft und Yahoo, nicht möglich, Werbeflächen auf den Ergebnisseiten der Google-Suchmaschine zu verkaufen, weshalb Websites Dritter für diese alternativen Vermittler von Suchmaschinenwerbung eine wichtige Möglichkeit darstellen, zu expandieren und mit Google zu konkurrieren. Google stellte die rechtswidrigen Verhaltensweisen einige Monate nach Übermittlung der Mitteilung der Beschwerdepunkte im Juli 2016 durch die Kommission ein. Nach Ansicht der Kommission dauerte der Kartellrechtsverstoss über zehn Jahre, weshalb ein Bussgeld in Höhe von EUR 1.49 Mrd. resultierte.

- AB InBev⁴⁷: Die Kommission verhängte im Mai 2019 ein Bussgeld in Höhe von EUR 200 Mio. gegen AB InBev. Nach Meinung der Kommission missbrauchte das weltweit grösste Bierunternehmen von Februar 2009 bis Oktober 2016 seine beherrschende Stellung auf dem belgischen Biermarkt, um billigere Einfuhren von Bier der Marke Jupiler⁴⁸ aus den Niederlanden nach Belgien zu verhindern. Nach Auffassung der Kommission verfügt AB InBev auf dem belgischen Biermarkt aus folgenden Gründen

⁴⁵ Danach waren Publisher verpflichtet, die rentabelsten Flächen auf ihren Suchergebnisseiten den Anzeigen von Google vorzubehalten und eine Mindestzahl von Google-Anzeigen zu platzieren.

⁴⁶ Danach durften die Publisher erst nach schriftlicher Zustimmung von Google verändern, wie Suchmaschinenwerbung von Google-Konkurrenten angezeigt wurde.

⁴⁷ Pressemitteilung IP/19/2488 vom 13. Mai 2019; Kartellrecht: Kommission verhängt gegen AB InBev Geldbusse von 200 Mio. EUR wegen Beschränkung des grenzüberschreitenden Bierhandels.

⁴⁸ Jupiler ist AB InBevs beliebteste Biermarke in Belgien, auf die rund 40 % der Verkäufe auf dem gesamten belgischen Biermarkt entfallen.

über eine marktbeherrschende Stellung: (i) sein konstant hoher Marktanteil; (ii), seine Fähigkeit, unabhängig von anderen Bierherstellern die Preise zu erhöhen; (iii) Hindernisse für den Markteintritt eines ernstzunehmenden Wettbewerbers und für eine deutliche Expansion von Wettbewerbern; und (iv) die begrenzte Nachfragemacht der Einzelhändler, da einige Biermarken von AB InBev für sie von wesentlicher Bedeutung sind. AB InBev habe seine marktbeherrschende Stellung in Belgien missbraucht, indem es gezielt die Möglichkeit von Supermärkten und Grosshändlern beschränkte, Jupiler in den Niederlanden zu niedrigeren Preisen zu kaufen und nach Belgien einzuführen. Um dieses Ziel zu erreichen, habe AB InBev folgende Praktiken angewandt: (i) es änderte die Verpackung (Entfernen der obligatorischen französischen Lebensmittelinformationen vom Etikett und Änderung von Design und Grösse der Bierdosen) einiger seiner an Einzelhändler und Grosshändler in den Niederlanden gelieferten Jupiler-Bierprodukte; (ii) ein Grosshändler in den Niederlanden wurde nur mit begrenzten Mengen beliefert; (iii) Weigerung der Lieferung bestimmter wichtiger Produkte an einen Einzelhändler in Belgien, wenn dieser nicht zustimmte, seine Einfuhren von billigerem Jupiler-Bier aus den Niederlanden nach Belgien zu begrenzen; (iv) Sonderangebotspreise für einen Einzelhändler in den Niederlanden wurden davon abhängig gemacht, dass diese Sonderangebotspreise nicht an Abnehmer in Belgien weitergegeben wurden. AB InBev erkannte den Sachverhalt und den Verstoss ausdrücklich an und schlug eine Abhilfemassnahme vor, nämlich die Verpflichtung, während der nächsten fünf Jahre auf der Verpackung aller bestehenden und neuen Produkte in Belgien, Frankreich und den Niederlanden obligatorische Lebensmittelinformationen auf Französisch und Niederländisch anzubringen.⁴⁹ Für diese Kooperation gewährte die Kommission eine Reduktion der Geldbusse von 15 %.

⁴⁹ Während sich der Missbrauch ausdrücklich auf die Beschränkung des Imports der Marke Jupiler aus den Niederlanden nach Belgien bezieht, umfassen die Abhilfemassnahmen 19 Biermarken von AB InBev sowie das Gebiet Frankreich.

- *Qualcomm*⁵⁰: Die Kommission auferlegte Qualcomm wegen Missbrauchs seiner marktbeherrschenden Stellung bei 3G-Baseband-Chipsätzen⁵¹ eine Geldbusse von EUR 242 Mio.⁵² Nach Ansicht der Kommission habe Qualcomm zwischen 2009 und 2011 über eine beherrschende Stellung auf dem Weltmarkt für UMTS-Basisband-Chipsätze verfügt, und zwar aufgrund folgender Umstände: (i) der Marktanteil von Qualcomm betrage rund 60 % (fast das Dreifache des Marktanteils des grössten Wettbewerbers); (ii) es bestünden hohe Marktzutrittsschranken, einschliesslich hoher Erstinvestitionen in Forschung und Entwicklung sowie verschiedene Hindernisse im Zusammenhang mit den Rechten des geistigen Eigentums von Qualcomm. Nach Meinung der Kommission habe Qualcomm diese Produkte zu nicht kostendeckenden Preisen verkauft, um seinen Konkurrenten Icera aus dem Markt zu verdrängen („Predatory Pricing“). Konkret habe Qualcomm bestimmte Mengen von drei UMTS-Chipsätzen zu nicht kostendeckenden Preisen an Huawei und ZTE, zwei strategisch wichtige Kunden verkauft. Im fraglichen Zeitraum habe sich Icera zu einem rentablen Anbieter von UMTS-Chipsätzen entwickelt und somit eine wachsende Bedrohung für die Chipsatzsparte von Qualcomm verkörpert.⁵³

Die Kommission verhängte im Berichtsjahr in einem Fall *einstweilige Massnahmen*:

- *Broadcom*⁵⁴: Die Kommission wies Broadcom mittels einstweiliger Massnahmen an, bestimmte Bestimmungen in Vereinbarungen mit sechs seiner

⁵⁰ Pressemitteilung IP/19/4350 vom 18. Juli 2019; Kartellrecht: Kommission verhängt wegen Verdrängungspreisen Geldbusse von 242 Mio. EUR gegen US amerikanischen Chiphersteller Qualcomm.

⁵¹ Baseband-Chipsätze ermöglichen die Verbindung von Smartphones und Tablets mit Mobilfunknetzen und werden für die Sprach- und Datenübertragung genutzt. Gegenstand des Verfahrens vor der Kommission bildeten Chipsätze für den Mobilfunkstandard Universal Mobile Telecommunications System (UMTS) der dritten Generation (3G).

⁵² Im Januar 2018 verhängte die Kommission gegen Qualcomm bereits ein Bussgeld in Höhe von rund EUR 1 Mrd. für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung für Praktiken im Zusammenhang mit Basisband-Chipsätzen. S. zu diesem Entscheid auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 129.

⁵³ Im Mai 2011 wurde Icera vom US-Technologieunternehmen Nvidia übernommen, das 2015 beschloss, seine Basisband-Chip-Sparte abzuwickeln.

⁵⁴ Pressemitteilung IP/19/6109 vom 16. Oktober 2019; Kartellrecht: Kommission verhängt einstweilige Massnahmen gegen Broadcom bezüglich Märkten für TV- und Modem-Chipsätze.

Hauptkunden für Chipsätze für TV-Set-Top-Boxen und Modems nicht mehr anzuwenden. Zum Hintergrund: Im Juni 2019 leitete die Kommission ein kartellrechtliches Prüfverfahren ein, um zu untersuchen, ob Broadcom auf bestimmten Märkten für Chipsätze für TV-Set-Top-Boxen und Modems, einschliesslich sogenannter Ein-Chip-Systeme⁵⁵, und Vermittlungsstellenkomponenten (sogenanntes Central-office-Equipment bzw. Head-end-Equipment), den Wettbewerb beschränkt hatte. Zugleich erliess die Kommission eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, in der sie zum vorläufigen Ergebnis kam, dass in Bezug auf bestimmte Praktiken von Broadcom einstweilige Massnahmen angezeigt seien, um zu verhindern, dass auf bestimmten Märkten für Ein-Chip-Systeme für TV-Set-Top-Boxen und Modems ein ernster und nicht wiedergutzumachender Schaden für den Wettbewerb entsteht, und zwar aus folgenden Gründen⁵⁶: Prima facie verfüge Broadcom auf den Märkten für Ein-Chip-Systeme für (i) TV-Set-Top-Boxen, (ii) Glasfasermodems und (iii) xDSL-Modems über eine beherrschende Stellung, die mittels Vereinbarungen mit sechs Herstellern von TV-Set-Top-Boxen und Modems durch folgende wettbewerbsschädigende Bestimmungen prima facie missbraucht würden: (y) ausschliessliche oder quasi-ausschliessliche Kaufverpflichtungen oder kommerzielle Vorteile (wie Rabatte und frühzeitiger Zugang zu Technologie und technischem Premium-Support), die nur gewährt werden, wenn der Kunde Ein-Chip-Systeme für TV-Set-Top-Boxen, Glasfasermodems oder xDSL-Modems ausschliesslich oder quasi-ausschliesslich von Broadcom bezieht; (z) kommerzielle Vorteile (preisbezogen oder anderweitig) werden nur gewährt, wenn der Kunde Ein-Chip-Systeme für Kabelmodems ausschliesslich oder quasi-ausschliesslich von Broadcom bezieht. Würden die gegenwärtigen Praktiken von Broadcom nicht unterbunden, wäre laut der Kommission mit einer nicht wieder gutzumachenden Schädigung des Wettbewerbs zu rechnen, da voraussichtlich eine Reihe künftiger Ausschreibungen (z.B. in Bezug auf die bevorstehende Einführung des WiFi-6-Standards für Modems und TV-Set-Top-Boxen) beeinträchtigt werden würde. Entsprechend wies die Kommission Broadcom an, innerhalb von 30 Tagen, die nach Ansicht der Kommission wettbewerbsschädigenden Bestimmungen nicht mehr anzuwenden und davon abzusehen, gleiche Bestimmungen bzw. Bestimmungen mit der gleichen

⁵⁵ Bei einem Ein-Chip-System sind die elektronischen Schaltkreise verschiedener Komponenten auf einem einzigen Chip vereint. Ein solches System wird benötigt, um dem Verbraucher die Fernsehsignale und -anbindung vor Ort bereitzustellen.

⁵⁶ Pressemitteilung IP/19/3410 vom 26. Juni 2019; Antitrust: Kommission leitet Untersuchung gegen Broadcom ein und übermittelt Mitteilung der Beschwerdepunkte zwecks Verhängung einstweiliger Massnahmen auf dem TV- und dem Modem-Chipsätze-Markt.

Zielsetzung oder Wirkung in anderen Vereinbarungen mit diesen Kunden anzuwenden. Die einstweiligen Massnahmen gelten für einen Zeitraum von drei Jahren bzw. bis zum Erlass eines endgültigen Beschlusses über die Praktiken von Broadcom bzw. bis zur Einstellung des diesbezüglichen Prüfverfahrens der Kommission. Broadcom kündigte an, sich an die einstweiligen Massnahmen zu halten, erklärte aber zugleich, diese vor den Europäischen Gerichten anzufechten. Dieser Fall ist erwähnenswert, weil die Kommission erstmals einstweilige Massnahmen erliess, seit sie in der VO 1/2003⁵⁷ hierzu ausdrücklich formell ermächtigt wurde.⁵⁸

b) *Urteilspraxis der europäischen Gerichte*

In der Berichtsperiode fällte das EuG die folgenden nennenswerten Urteile:

- *Slovak Telekom*⁵⁹: Das EuG hatte sich mit einem Antrag auf Berichtigung einer Randnummer seines Urteils vom 13. Dezember 2018 zu befassen, mit dem es einen Beschluss der Kommission aus dem Jahr 2014 teilweise aufhob und Slovak Telekom und der Deutschen Telekom eine gesamtschuldnerische Geldbusse über EUR 38.1 Mio. sowie gegen die Deutsche Telekom zusätzlich ein Bussgeld von rund EUR 19 Mio. auferlegt hatte.⁶⁰ Im vorliegenden Verfahren beantragte Slovak Telekom Rn. 299 des streitigen Urteils zu berichtigen, was das EuG ablehnte. Bei besagter Randnummer handle es sich um eine Zusammenfassung der Rn. 1288 bis 1294 der angefochtenen Entscheidung der Kommission, wobei die Kommission in besagten Erwägungsgründen die Beweise genannt habe, aus denen hervorgehe, dass die Deutsche Telekom ihren Vertretern im Board of Directors der Slovak Telekom Empfehlungen ausgesprochen oder ihre Zustimmung zu bestimmten Punkten der Tagesordnung des Board of Directors der Slovak Telekom an Bedingungen geknüpft habe, um ihren Vertretern Instruktionen erteilen zu können, welcher Standpunkt in den Sitzungen des Board of Directors zu vertreten sei. Nach Auffassung des Gerichts, handle es sich somit nicht um Schreib- oder Rechenfehler oder offensichtliche Unrichtigkeiten, soweit in der fraglichen Randnummer fest-

⁵⁷ Verordnung (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

⁵⁸ Bereits zuvor anerkannte der EuGH die Befugnis der Kommission, Entscheidungen zur Anordnung einstweiliger Massnahmen zu erlassen.

⁵⁹ EuG, Urteil vom 18. März 2019 in der Rechtssache T-851/14, ECLI:EU:T:2019:182– Slovak Telekom gegen Europäische Kommission.

⁶⁰ S. auch FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen, 137 f.

gestellt werde, dass die Kommission die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses der Deutschen Telekom auf die Slovak Telekom hergeleitet habe.

- *Qualcomm*⁶¹: Das EuG wies eine Klage von Qualcomm auf Nichtigerklärung einer Entscheidung der Kommission vom 31. März 2017 ab, mit der Qualcomm verpflichtet wurde, im Zusammenhang mit einer kartellrechtlichen Untersuchung gewisse Informationen einzuliefern. Zum Hintergrund: Im Dezember 2015 übermittelte die Kommission Qualcomm eine Mitteilung der Beschwerdepunkte, in der sie vorläufig die Auffassung vertrat, dass Qualcomm gegen Art. 102 AEUV verstossen habe, indem es bestimmte Mengen von drei UMTS-Chipsätzen zu nicht kostendeckenden Preisen („Predatory Pricing“) an Huawei und ZTE verkauf habe, um seinen Konkurrenten Icera aus dem Markt zu verdrängen.⁶² Nachdem Qualcomm seine Antwort auf die Mitteilung der Beschwerdepunkte eingereicht hatte und nach einer mündlichen Anhörung übermittelte die Kommission Qualcomm ein Auskunftersuchen mit einer Antwortfrist von vier Wochen. Qualcomm beantwortete das Auskunftsverlangen nicht vollständig, was auch mit praktischen Schwierigkeiten begründet wurde. Daraufhin erliess die Kommission eine rechtsverbindliche Entscheidung, wonach Qualcomm der Aufforderung innerhalb von 8 Wochen nachzukommen oder ein tägliches Zwangsgeld in Höhe von EUR 580'000 zu zahlen habe. Dagegen erhob Qualcomm Klage und brachte vor, dass die Entscheidung der Kommission einen Verstoss gegen (i) die Grundsätze der Notwendigkeit, der Verhältnismässigkeit und der ordnungsgemässen Verwaltung, (ii) die Begründungspflicht, und (iii) das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen („nemo tenetur“), darstelle und (iv) zu einer Umkehrung der Beweislast führe. Das Gericht folgte der Argumentation von Qualcomm nicht und stellte namentlich fest, dass ein „spätes“ Auskunftersuchen (im Anschluss an die Mitteilung der Beschwerdepunkte) nicht per se rechtswidrig sei, zumal die Kommission die Untersuchung fortsetzen könne. Allerdings werden die diesbezüglichen Befugnisse der Kommission dadurch eingeschränkt, als dass (i) die angeforderten Informationen für die Untersuchung notwendig sein⁶³ und (ii) die Parteien die Möglichkeit haben müssen, sich zu neuen tatsächlichen und rechtlichen Fragen zu äussern, die sich aus der Antwort auf das Auskunftsverlangen ergeben. Ferner bejahte

⁶¹ EuG, Urteil vom 9. April 2019 in der Rechtssache T-371/17, ECLI:EU:T:2019:232- Qualcomm und Qualcomm Europe gegen Europäische Kommission.

⁶² S. oben I.5.a).

⁶³ Zwar verfügt die Kommission diesbezüglich über ein Ermessen, aber es muss ein Zusammenhang zwischen den angeforderten Informationen und der mutmasslichen Zuwiderhandlung bestehen.

das EuG aufgrund der komplexen Natur einer Untersuchung von „Predatory Pricing“ die Verhältnismässigkeit des Auskunftsverlangens. Aufgrund dieses Urteils dürften die Kommission und Gerichte die Nichtbefolgung von Auskunftsverlangens aufgrund angeblicher praktischer Schwierigkeiten künftig kaum schützen werden.

In der Berichtsperiode fällte der EuGH die folgenden nennenswerten Urteile:

- *Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie*⁶⁴: 2007 erliess die polnische Wettbewerbsbehörde einen Entscheid, wonach der polnische Versicherungsanbieter Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie S.A. (PZU) seine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Gruppenlebensversicherungen für Arbeitnehmer in Polen missbraucht habe. Die Policen von PZU enthielten eine Bestimmung, wonach die Kündigung von Verträgen die Zustimmung von 75 % der Mitarbeiter voraussetzte, was den Mitarbeitern den Wechsel des Versicherungsanbieters übermässig erschwert habe. Nach Auffassung der polnischen Wettbewerbsbehörde habe PZU hierdurch sowohl gegen das europäische als auch das nationale Wettbewerbsrecht verstossen und verhängte zwei Geldbussen (EUR 7.7 Mio. wegen Verstosses gegen das nationale Wettbewerbsrecht von Mai 2001 bis Oktober 2007 und EUR 4.3 Mio. wegen Verstosses gegen Art. 102 AEUV vom Beitritt Polens zur EU am 1. Mai 2004 bis Oktober 2007). Diese Entscheidung focht PZU vor den zuständigen polnischen Gerichten an. Auf das Vorabentscheidungsersuchen des Obersten Gerichtshof Polens hin stellte der Gerichtshof fest, dass eine nationale Wettbewerbsbehörde in einer einzigen Entscheidung ein Unternehmen wegen Verstosses sowohl gegen das EU-Wettbewerbsrecht als auch gegen das nationale Wettbewerbsrecht mit einer Geldbusse belegen kann, ohne gegen den Grundsatz „ne bis in idem“ (Doppelbestrafung) zu verstossen, sofern die Geldbusse in einem angemessenen Verhältnis zu dem Verstoss steht, was vom nationalen Gericht zu bestimmen ist. Bei der parallelen Anwendbarkeit des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts handle es sich um einen anerkannten Grundsatz. Demnach sei eine nationale Wettbewerbsbehörde eines Mitgliedstaats verpflichtet, parallel zum nationalen Recht, die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV zu prüfen, sofern die Kommission nicht eine Untersuchung zu demselben Verhalten eingeleitet hat. Der Grundsatz „ne bis in idem“ soll verhindern, dass gegen ein Unternehmen erneut

⁶⁴ EuGH, Urteil vom 3. April 2019 in der Rechtssache C-617/17, ECLI:EU:C:2019:283, – Powszechny Zakład Ubezpieczeń na Życie gegen die polnische Wettbewerbsbehörde (Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów).

wegen eines Verhaltens ein Verfahren eingeleitet werde, das Gegenstand einer früheren und endgültigen Entscheidung war. Nach Auffassung des Gerichtshofs sei im vorliegenden Fall die parallele Anwendung von Art. 102 AEUV und des nationalen Rechts Teil eines einzigen Verfahrens und stelle somit keine unzulässige Wiederholung des Verfahrens dar.

- *Cogeco Communications Inc.*⁶⁵: Im Rahmen eines Vorlageverfahrens hatte der EuGH über die zeitliche Geltung der Kartellschadenersatz-Richtlinie⁶⁶ sowie Verjährungsvorschriften einer nationalen Regelung betreffend Schadenersatzansprüche gestützt auf Art. 102 AEUV zu entscheiden. Die in Frage stehende Schadenersatzklage wurde vor Ablauf der Umsetzungsfrist der Kartellschadenersatz-Richtlinie und vor deren Umsetzung ins nationale Recht angehoben, wobei die nationalen Vorschriften zur Umsetzung der verfahrensrechtlichen Vorschriften der Richtlinie nach dem Willen des Gesetzgebers nicht für Schadenersatzklagen gelten sollten, die vor dem Inkrafttreten des nationalen Gesetzes erhoben wurden. Erstens hielt der EuGH fest, dass die Kartellschadenersatz-Richtlinie auf besagte Streitigkeiten keine Anwendung finde. Zweitens stellte der EuGH fest, dass Art. 102 AEUV und der Grundsatz der Effektivität einer nationalen Regelung entgegenstehen, die zum einen vorsieht, dass die Verjährungsfrist für Schadenersatzklagen drei Jahre beträgt und im Zeitpunkt beginnt, zu dem der Geschädigte von seinem Anspruch auf Schadenersatz Kenntnis erlangt, auch wenn die für den Verstoß verantwortliche Person nicht bekannt ist, und zum anderen keine Möglichkeit vorsieht, diese Frist während eines bei der nationalen Wettbewerbsbehörde anhängigen Verfahrens zu hemmen oder zu unterbrechen.

6. Zusammenschlusskontrolle

a) *Entwicklungen im Sekundärrecht*

Am 19. Februar 2019 veröffentlichten Frankreich und Deutschland eine gemeinsame Erklärung mit der Forderung nach einer europäischen Industriepolitik, welche die globale Wettbewerbsfähigkeit der europäischen verarbei-

⁶⁵ EuGH, Urteil vom 22. März 2019 in der Rechtssache C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 – *Cogeco Communications gegen Sport TV Portugal SA und andere*; s.a. die Schlussanträge des Generalanwaltes vom 17. Januar 2019 in der Rechtssache C-637/17, ECLI:EU:C:2019:32 – *Cogeco Communications gegen Sport TV Portugal SA und andere*.

⁶⁶ Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. L 349 vom 5. Dezember 2014, 1 ff.

tenden Industrien gewährleistet. Zumindest teilweise scheint es sich um eine Reaktion auf das Verbot des Zusammenschlusses Siemens/Alstom⁶⁷ durch die Kommission zu handeln. Ziel ist es, durch die Schaffung von sog. „European Champion“ die Wertschöpfung im Europa zu halten. Zu diesem Zweck soll unter anderem in Fusionskontrollverfahren und bei staatlichen Beihilfen der globale Wettbewerb verstärkt berücksichtigt werden und der Europäische Rat soll über ein „Beschwerderecht“ verfügen, um Entscheidungen der Kommission aufheben zu können.⁶⁸ Am 18. März 2019 veröffentlichte das Europäische Zentrum für politische Strategie ein Strategiepapier, das sich gegen eine Lockerung der Vorschriften zur Fusionskontrolle sowie des Kartell- und Beihilferechts ausspricht, jedoch einen gewissen Reformbedarf anerkennt. So sollen gleiche globale Wettbewerbsbedingungen – Abschaffung der Präferenzbehandlung Chinas im Rahmen seines Status als „Entwicklungsland“ und Verbesserung der Verteidigungsinstrumente der EU, einschliesslich Antidumpingmassnahmen, die Kontrolle ausländischer Direktinvestitionen⁶⁹ (ADI) und die Aktualisierung der gegenseitigen Marktzugangsabkommen – erzielt werden und die europäische Industriepolitik soll gestärkt werden (z.B. durch eine stärkere Harmonisierung der digitalen Vorschriften). In diesem Zusammenhang wurde am 19. März 2019 die ADI-Screening-Verordnung⁷⁰ verabschiedet, welche die Mindeststandards für die bestehenden Screening-Mechanismen der Mitgliedstaaten festlegt und ein System der Zusammenarbeit und des Informationsaustauschs zwischen den Mitgliedstaaten und der Kommission schafft. Ferner soll die europäische Industriepolitik gestärkt werden, beispielsweise durch eine stärkere Harmonisierung der digitalen Vorschriften und eine aktivere Rolle auf der globalen Bühne bei der Förderung von Standards und Transparenzvorschriften.

⁶⁷ Siehe unten I.5.b).

⁶⁸ Ferner sollen verstärkt Investitionen in die Innovation und wirksamere rechtliche Schutzmassnahmen, wie namentlich die konsequente Anwendung des EU-Rahmens zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen (ADI), getätigt werden; s. auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 134 f. und FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 141 f.

⁶⁹ S. auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 134 f. und FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 141 f.

⁷⁰ Verordnung (EU) 2019/452 vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 791 vom 21. März 2019, 1 ff.

b) *Verfahren und Entscheidungen der Kommission*

Nachdem seit dem Jahr 2012 stets eine Zunahme an Anmeldungen zu verzeichnen war, ging im Jahr 2019 die Zahl der Anmeldungen zurück. Gemäss den statistischen Angaben der Kommission erfolgten insgesamt 382 Anmeldungen.⁷¹

Im Jahr 2019 wurden 343 der 382 angemeldeten Fälle in der ersten Phase abgeschlossen⁷², wobei in zehn Phase I-Verfahren die Freigabe nur unter Auflagen erteilt wurde. In acht Fällen wurde ein Phase II-Verfahren eingeleitet. In sechs Phase II-Verfahren wurde die Freigabe nur unter Auflagen erteilt und drei Vorhaben wurden untersagt. In zwei Fällen wurde ein Bussgeld verhängt.

Im Berichtsjahr *untersagte* die Kommission folgende Zusammenschlussvorhaben:

- Die Kommission untersagte die von *Siemens* angestrebte Übernahme von *Alstom*.⁷³ Durch das Vorhaben wären die Tätigkeiten von *Siemens* und *Alstom* in den Bereichen Transportmaterial und Service-Dienstleistungen in einem vollständig von *Siemens* kontrollierten neuen Unternehmen zusammengefasst worden. Nach Ansicht der Kommission hätte der Zusammenschluss den Wettbewerb auf den Märkten für Eisenbahn-Signalanlagen und Höchstgeschwindigkeitszügen beeinträchtigt. In der Sparte Signalanlagen wäre das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen im EWR auf mehreren Märkten für Eisenbahn-Signaltechnik⁷⁴ sowie in mehreren Mitgliedstaaten im Bereich der eigenständigen Stellwerksysteme zum unumstrittenen Marktführer geworden. In der Sparte Höchstgeschwindigkeitszüge hätte der geplante Zusammenschluss im EWR die Zahl der Hersteller von zwei auf einen verringert. Die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Abhilfemassnahmen reichten nicht aus, um die Bedenken der Kommission hinsichtlich höherer Preise und eine geringere Auswahl für Eisenbahnunternehmen und Infrastrukturbetreiber auszuräumen. Die Kommission befasste sich eingehend mit dem globalen Wettbewerbsumfeld, insbesondere durch chinesische Anbieter, wobei die Untersuchung ergab, dass chinesische Anbieter im EWR derzeit nicht präsent sind, bislang noch nicht einmal versucht haben,

⁷¹ Abrufbar unter: <<http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>>.

⁷² Der Rest der Fälle wurde entweder zurückgezogen oder an die Mitgliedstaaten verwiesen.

⁷³ Pressemitteilung IP/19/881 vom 6. Februar 2019; Fusionskontrolle: Kommission untersagt geplante Übernahme von *Alstom* durch *Siemens*.

⁷⁴ Insbesondere im Bereich der automatischen Zugsicherungssysteme (ETCS), die sowohl die an Bord von Zügen installierten Systeme als auch die entlang der Gleise installierten Systeme umfassen.

an einer Ausschreibung teilzunehmen und es in der Sparte für Höchstgeschwindigkeitszüge höchst unwahrscheinlich sei, dass neue Wettbewerber aus China in absehbarer Zukunft Wettbewerbsdruck auf die beteiligten Unternehmen ausüben werden.⁷⁵

- Die Kommission untersagte *Wielands* geplante Übernahme der Walzproduktsparte von *Aurubis* und der Beteiligung von *Aurubis* am Gemeinschaftsunternehmen *Schwermetall* (bisher ein 50:50-Joint-Venture von *Wieland* und *Aurubis*), das Vorwalzbänder herstellt.⁷⁶ *Wieland* und *Aurubis* stellen Kupferwalzprodukte her, die unter anderem für die Herstellung zahlreicher elektrotechnischer oder elektronischer Produkte genutzt werden, wie für Steckverbinder in Autos, Zügen und Flugzeugen. Vorwalzbänder sind ein Vorprodukt für die Herstellung von Kupferwalzprodukten, wobei mehr als 60 % der in Europa verkauften Vorwalzbänder aus der Produktion von *Schwermetall* stammen. Die Untersuchung der Kommission ergab, dass *Wieland* auf dem Markt für Kupferwalzprodukte über einen Marktanteil von über 50 % verfügen würde. Mit *KME/MKM* wäre nur ein weiterer Marktteilnehmer im EWR mit einem Marktanteil von mehr als 20 % vorhanden, d.h. nach dem Zusammenschluss verblieben statt drei nur noch zwei grosse Anbieter im EWR. Entsprechend hatte die Kommission ernste Bedenken, dass der Zusammenschluss zu höheren Preisen für die von europäischen Herstellern genutzten Kupferwalzprodukte führen würde. Ferner war die Kommission der Ansicht, dass das Vorhaben auf dem vorgelagerten Markt für Vorwalzbänder, die für die Herstellung von Kupferwalzprodukten benötigt werden, zu einer ernsthaften Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen würde. Vor der Transaktion haben *Wieland* und *Aurubis* durch das Gemeinschaftsunternehmen *Schwermetall* bereits Kupfervorwalzbänder hergestellt, das vorgewalzte Kupferbänder an *Wieland*, *Aurubis* und andere Kupferhersteller verkaufte. Da mehr als 60 % der in Europa verkauften Vorwalzbänder aus der Produktion von *Schwermetall* stammen, hatte die Kommission Bedenken, dass *Wieland* nach dem Vorhaben in der Lage wäre, die Materialkosten kleinerer Wettbewerber in die Höhe zu treiben und Zugang zu vertraulichen Geschäftsinformationen über diese Wettbewerber zu erlan-

⁷⁵ Die Reaktionen waren gemischt. Während die belgischen, niederländischen, spanischen und britischen Wettbewerbsbehörden am 20. Dezember 2018 ein Papier veröffentlichten, das die Bedenken der Kommission teilte, forderten die deutschen und französischen Wettbewerbsbehörden in einem gemeinsamen Papier eine neue europäische Industriepolitik zur Förderung der so genannten „europäischen Champions“ (s. oben I.5.a)).

⁷⁶ Pressemitteilung IP/19/883 vom 6. Februar 2019; Fusionskontrolle: Kommission untersagt geplante Übernahme der *Aurubis*-Walzproduktsparte und des Gemeinschaftsunternehmens *Schwermetall* durch *Wieland*.

gen. Zudem würde Schwermetall die operative Unabhängigkeit von seinen Muttergesellschaften Wieland und Aurubis in Bezug auf den Verkauf von Vorwalzbändern an Dritte verlieren. Die Kommission erachtete die von den beteiligten Unternehmen vorgeschlagenen Abhilfemassnahmen als unzureichend, um die Wettbewerbsbedenken vollständig und dauerhaft auszuräumen. Wieland hätte zwar zwei Werke verkauft, in denen Kupferwalzprodukte hergestellt werden, war aber nicht bereit, den 50 %-Anteil von Aurubis an Schwermetall zu veräussern. Erwähnenswert ist der Umstand, dass die vorgeschlagenen Abhilfemassnahmen die (horizontalen) Bedenken der Kommission auf dem Markt für Kupferwalzprodukte zwar auszuräumen schienen, das Vorhaben aufgrund der (vertikalen) Marktverschliessung bei den Vorleistungen, d.h. für Wettbewerber, die vorgewalztes Kupfer kaufen wollen, dennoch untersagt wurde.

- Die Kommission untersagte die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch *Tata Steel* und *ThyssenKrupp*, in dem die Kohlenstoff-Flachstahl- und die Elektrostahtsparte von ThyssenKrupp und Tata Steel im EWR hätten zusammengeführt werden sollen.⁷⁷ Die Kommission hatte Bedenken, dass der Zusammenschluss von ThyssenKrupp als der zweitgrösste und Tata Steel als der drittgrösste Hersteller von Kohlenstoff-Flachstahl im EWR, den Wettbewerb in zwei bereits hoch konzentrierten Märkten beeinträchtigt hätte. Erstens, im Markt für metallbeschichtete und laminierte Verpackungsstahl-Erzeugnisse (Weissblech, elektrolytisch verchromter und laminiertes Stahl), auf dem durch den geplanten Zusammenschluss ein Marktführer entstanden wäre, was insbesondere im Bereich Weissblech (dem Verpackungsstahlprodukt, das im EWR das grösste Volumen ausmacht) zu einem Anstieg der Preise für die europäischen Abnehmer hätte führen können. Zweitens, wäre auf dem Markt für feuerverzinkte Stahlerzeugnisse für die Automobilindustrie, auf dem nur wenige Anbieter erhebliche Mengen dieses Stahls liefern können, ein wichtiger Wettbewerber entfallen. Die Kommission prüfte eingehend, ob Einfuhren aus Drittländern ausserhalb des EWR die negativen wettbewerblichen Effekte des Vorhabens würden beseitigen können, was sie aufgrund der Anforderungen an die Qualität der betroffenen speziellen Stahlsorten (die höher sind als bei Grundstahl) und der Einhaltung der für ihre Lieferketten erforderlichen kurzen Lieferzeiten, verneinte. Die Kommission scheint sich eine gewisse Zurückhaltung betreffend die Förderung der Schaffung so genannter „European Champions“ aufzuerlegen, die mitunter im globalen Wettbewerb auf Kosten nachgelagerter europäischer

⁷⁷ Pressemitteilung IP/19/2948 vom 11. Juni 2009; Fusionskontrolle: Kommission untersagt geplanten Zusammenschluss zwischen Tata Steel und ThyssenKrupp.

Industrien – die auf spezialisierte Produkte angewiesen sind, und für welche Importe keine ausreichende Alternativen bieten, um Beeinträchtigungen des Wettbewerbs auszugleichen – besser positioniert wären. Während bei früheren Zusammenschlüssen in der Stahlindustrie (z.B. Übernahme von Ilva durch ArcelorMittal⁷⁸) die strukturelle Veräusserung von Unternehmensteilen als Abhilfemassnahme akzeptiert wurden, wies die Kommission die von den beteiligten Unternehmen angebotenen Abhilfemassnahmen als unzureichend zurück, weil diese (i) im Bereich metallbeschichtete und laminierte Verpackungsstahl-Erzeugnisse nur einen kleinen Teil der Überschneidungen bei den Tätigkeiten der beteiligten Unternehmen abgedeckt hätte und keine Produktionsanlagen, die für die Herstellung dieser Erzeugnisse erforderlich sind, umfasst hätte und (ii) bei feuerverzinkten Stahlerzeugnissen für die Automobilindustrie keine geeigneten Veredelungsanlagen, die die Abnehmer in den geografischen Gebieten bedienen könnten, umfasste sowie keine Anlagen zur Produktion des Stahls beinhaltete, der für die Herstellung von Erzeugnisse aus verzinktem Stahl für die Automobilindustrie benötigt wird.

Von den Zusammenschlussverfahren, welche von der Kommission die *Freigabe* erhielten, sind für das Berichtsjahr namentlich die folgenden erwähnenswert:

- Die Übernahme von Asco durch Spirit⁷⁹ genehmigte die Kommission unter Bedingungen. Die Kommission hatte Bedenken, dass die geplante Übernahme den Wettbewerb auf Markt für Vorflügelsysteme und insbesondere dem Markt für Klappen erheblich eingeschränkt hätte. Vorflügelsysteme erlauben einen höheren Anstellwinkel bei den Tragflächen eines Flugzeugs, wodurch sich die Tragfähigkeit der Tragflächen verbessert und es dem Flugzeug ermöglicht wird, bei Start und Landung mit niedrigerer Geschwindigkeit zu fliegen. Durch die Übernahme von Asco wäre Spirit Anteilseigner am Gemeinschaftsunternehmens Belairbus geworden, das für Airbus und andere Hersteller von zivilen Flugzeugen Vorflügelsysteme entwickelt und herstellt. Die Kommission hatte Bedenken, dass Spirit nach dem Zusammenschluss über Belairbus mit Sonaca Informationen austauschen würde. Sonaca ist einer der Asco-Partner bei Belairbus, und zugleich ein führender Anbieter von Klappen und der einzige Konkurrent von Spirit auf diesem Markt, weshalb die Transaktion nach Auffassung der Kommission die Wahrscheinlichkeit einer Verhaltenskoordinierung zwi-

⁷⁸ S. zu diesem Entscheid auch FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2018/2019, Zürich/St. Gallen, 144.

⁷⁹ Pressemitteilung IP/19/1775 vom 20. März 2019; Fusionskontrolle: Kommission genehmigt unter Auflagen Übernahme von Asco durch Spirit.

schen Spirit und Sonaca erhöhen würde. Um die Bedenken der Kommission auszuräumen, bot Spirit strukturelle Änderungen bei Belairbus an, um die Möglichkeit dauerhaft zu beseitigen, als geschäftliche und technische Plattform für die Verhandlungen mit Airbus zu fungieren. Dadurch soll sichergestellt werden, dass alle künftigen Vertragsverhandlungen zwischen Spirit bzw. Sonaca sowie Airbus bilateral und unabhängig voneinander geführt werden. Ferner sollen etwaige bei Asco vorhandene sensible Geschäftsinformationen über Sonaca vernichtet und in Zukunft soll der Fluss sensibler Geschäftsinformationen über Sonaca strukturell abgeschnitten werden.

- Auch die Übernahme von *Embraco* durch *Nidec*⁸⁰, zwei weltweit aktive führende Hersteller (bei *Embraco* handelt es sich um die Kühlkompressorensparte von *Whirlpool*) von Kühlkompressoren für Haushalts- und leichte gewerbliche Anwendungen, gab die Kommission nur unter Bedingungen frei. Kühlkompressoren sind elektromechanische Geräte, um die Temperatur in einem abgeschlossenen Raum (beispielsweise in Kühl- oder Gefrierschränken) absenken, indem gasförmiges Kühlmittel komprimiert wird. Die Kommission hatte Bedenken, dass die Transaktion den Wettbewerb beeinträchtigen und zu höheren Preisen und geringerer Auswahl führen würde. Insbesondere auf dem Markt für Kühlkompressoren mit variabler Geschwindigkeit für leichte gewerbliche Anwendungen, wäre durch die Übernahme ein Monopol entstanden, da *Nidec* und *Embraco* als einzige Anbieter sowohl im EWR als auch weltweit aktiv sind. Auf dem Markt für Kühlkompressoren mit variabler Geschwindigkeit für Haushaltsgeräte, würde das Vorhaben die marktbeherrschende Stellung von *Embraco* im EWR verstärken und den Wettbewerb weltweit erheblich beeinträchtigen. Um die Bedenken der Kommission auszuräumen verpflichtete sich *Nidec*, sein Kühlkompressorengeschäft sowohl für Haushalts- als auch für leichte gewerbliche Anwendungen zu veräußern, unter anderem durch den Verkauf von Werken in Österreich, der Slowakei und China. Sodann verpflichtete sich *Nidec*, dem Käufer der Werke Mittel für künftige Investitionen in Produktionslinien in den *Nidec*-Anlagen in Österreich und der Slowakei bereitzustellen, wobei der bereitgestellte Betrag den Kapitalausgaben entspricht, die *Nidec* für die beiden Werke getätigt hätte, wenn die Übernahme nicht erfolgt wäre.

⁸⁰ Pressemitteilung IP/19/2136 vom 12. April 2019; Fusionskontrolle: Kommission gibt unter Auflagen grünes Licht für Übernahme von *Embraco* durch *Nidec*.

- *Vodafone/Liberty Global*⁸¹: Die Kommission genehmigte die geplante Übernahme des Kabelgeschäfts von Liberty Global in Tschechien, Deutschland, Ungarn und Rumänien durch Vodafone unter Bedingungen. Die Kommission hatte insbesondere Bedenken, dass das aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmen in Deutschland den Wettbewerb zu Lasten der anderen Fernsehsender einschränken wird. Um die Bedenken der Kommission auszuräumen, machte Vodafone verschiedene Verpflichtungszusagen: Erstens, gewährt Vodafone Telefónica Zugang zum Kabelnetz des zusammengeschlossenen Unternehmens in Deutschland. Zweitens, wird Vodafone Fernsehsendern, deren Programme über die TV-Plattform des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens übertragen werden, vertraglich weder direkt noch indirekt die Möglichkeit nehmen, ihre Inhalte auch über einen Over-the-Top-Dienst (OTT-Dienst)⁸² zu übertragen. Drittens, werden die Einspeisegebühren für frei empfangbare Fernsehsender, die ihre linearen Fernsehprogramme über das Kabelnetz von Vodafone in Deutschland übertragen, erhöht und viertens, werden weiterhin Signale frei empfangbarer Fernsehsender via Hybrid Broadcast Broadband TV (HbbTV)⁸³ übertragen.
- *E.ON/Innogy*⁸⁴: Die Kommission genehmigte die Übernahme der Geschäftsbereiche Vertrieb und Kundenlösungen sowie bestimmter Vermögenswerte von Innogy aus dem Stromerzeugungsbereich durch E.ON. E.ON und RWE, die Konzernmutter von Innogy, sind deutsche Energieunternehmen, die auf allen Stufen der Energieversorgungskette tätig sind (Erzeugung, Großhandel, Verteilung und Einzelhandel von Strom und Gas). Die beiden Unternehmen führen einen komplexen Tausch von Vermögenswerten (Asset-Swap) durch. Danach wird E.ON seinen geschäftlichen Schwerpunkt auf die Verteilung und den Einzelhandel mit Strom und Gas legen, während RWE in erster Linie auf den vorgelagerten Märkten für Stromerzeugung und -großhandel tätig sein wird. Nach Auffassung der Kommission gab die Transaktion namentlich auf den folgenden Märkten Anlass zu Bedenken: im deutschen Markt für Heizstromlieferungen, im deutschen Markt für die Lieferung von Autobahn-Ladestationen für Elektrofahrzeuge, im tschechischen Markt für den Einzelhandel mit

⁸¹ Pressemitteilung IP/19/4349 vom 18. Juli 2019; Fusionskontrolle: Kommission genehmigt unter Auflagen Vodafones Übernahme des Kabelgeschäfts von Liberty Global in Tschechien, Deutschland, Ungarn und Rumänien.

⁸² Bei „Over-the-Top“-Diensten erfolgt das Medienstreaming direkt über das Internet.

⁸³ „Hybrid Broadcast Broadband TV“ sind erweiterte Funktionen wie interaktive Dienste.

⁸⁴ Pressemitteilung IP/19/5582 vom 17. September 2019; Fusionskontrolle: Kommission gibt Übernahme von Innogy durch E.ON unter Auflagen frei.

Gas (für alle Kunden) und Strom (für private Haushalte und kleine Unternehmen) sowie im ungarischen Markt für den Einzelhandel mit Strom für Unternehmen im nicht regulierten Marktsegment. Um die Bedenken der Kommission auszuräumen verpflichtete sich E.ON, auf den von der Kommission als bedenklich eingestuften Märkten, praktisch alle sich überschneidenden Aktivitäten zu veräussern.

- *Novelis/Aleris*⁸⁵: Die Kommission genehmigte die Übernahme von Aleris durch Novelis unter Bedingungen. Novelis, ist der weltweit grösste Hersteller von Aluminium-Autoblechen, der mit Aleris einen etablierten Lieferanten in diesem Markt übernimmt. Nach Auffassung der Kommission sind flachgewalzte Erzeugnisse aus Aluminium wie Automobilblech, die in der Automobilindustrie eingesetzt werden, einem anderen Markt zuzurechnen als sonstige Aluminiumerzeugnisse. Somit hätte das aus der Transaktion hervorgegangene Unternehmen über einen sehr hohen Marktanteil verfügt und einen äusserst grossen Teil der Fertigungskapazitäten für Aluminium-Automobilblech im EWR kontrolliert. Die wenigen kleineren Wettbewerber, die weiterhin auf dem Markt aktiv sind, wären nicht in der Lage gewesen, einer Preiserhöhung entgegenzuwirken und das aus dem Vorhaben hervorgegangene Unternehmen hätte geringere Anreize gehabt, in zusätzliche Fertigungskapazitäten zu investieren. Um die Bedenken der Kommission auszuräumen, boten die Unternehmen an, die Sparte Aluminium-Automobilblech von Aleris in Europa vollständig zu veräussern. Hierdurch werden sämtliche Überschneidungen beseitigt, die in Europa durch die Übernahme im Bereich Aluminium-Automobilblech entstehen.
- Die Übernahme von *Bonnier Broadcasting* durch *Telia*⁸⁶ genehmigte die Kommission unter Bedingungen. Telia ist ein schwedischer Telekommunikationsbetreiber, der Mobilfunk- und Festnetztelekommunikationsdienste sowie Breitband- und Fernsehdienste in Dänemark, Estland, Finnland, Litauen, Norwegen und Schweden erbringt. Bonnier ist ein schwedischer Fernsehveranstalter, der primär in Schweden und Finnland sowie in geringerem Umfang in Dänemark und Norwegen tätig ist. Die Kommission hatte Bedenken weil die beteiligten Unternehmen auf verschiedenen Ebenen der Fernsehertschöpfungskette tätig sind, weshalb die Transaktion nach Ansicht der Kommission zu einem Rückgang des Wettbewerbs in Finnland und Schweden geführt hätte. Erwähnenswert ist der Umstand,

⁸⁵ Pressemitteilung IP/19/5949 vom 1. Oktober 2019; Fusionskontrolle: Kommission genehmigt Übernahme von Aleris durch Novelis unter Auflagen.

⁸⁶ Pressemitteilung IP/19/6271 vom 12. November 2019; Fusionskontrolle: Kommission gibt grünes Licht für Übernahme von Bonnier Broadcasting durch Telia.

dass die Bedenken der Kommission durch Verpflichtungszusagen ausgeräumt wurden, die nicht struktureller Art sind, sondern das Verhalten betreffen, wie namentlich: (i) Vergabe von Lizenzen für frei empfangbare und Standard-Pay-TV-Kanälen sowie zu Premium-Pay-TV-Sportkanälen zu fairen, angemessenen und nichtdiskriminierenden Bedingungen (FRAND-Bedingungen) an konkurrierende Fernsehanbieter in Finnland und Schweden; (ii) keine Einschränkung des Zugangs zu den Streamingdiensten des neu aufgestellten Unternehmens und internetbasierten Anwendungen; (iii) keine Benachteiligung von konkurrierenden Telekommunikations- und Fernsehanbietern beim Verkauf von Sendezeit für Fernsehwerbung auf den Kanälen des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens; und (iv) Aufrechterhaltung von Informationsschranken zwischen den Grosshandelstätigkeiten und dem Endkundengeschäft des aus dem Zusammenschluss hervorgehenden Unternehmens, um die Vertraulichkeit von Informationen über konkurrierende Fernsehveranstalter, Fernsehanbieter und Telekommunikationsanbieter zu wahren. Die Unternehmen haben sich verpflichtet, die für Finnland und Schweden geltenden Verpflichtungen während zehn Jahren aufrechtzuerhalten.

In der Berichtsperiode hob die Kommission die Air France auferlegten Verpflichtungen auf, die sie im Rahmen der Übernahme von KLM durch Air France im Jahr 2004 verhängt hatte.⁸⁷ Zum Hintergrund: Im Zusammenschlussverfahren im Jahr 2004 bot Air France Verpflichtungszusagen an, um Bedenken der Kommission betreffend fünf Langstrecken auszuräumen. Auf der Strecke Amsterdam-New York verpflichtete sich Air France zu verschiedenen Massnahmen, die insbesondere Markteintritte ermöglichen sollten. Allerdings stellte kein Neueinsteiger einen Antrag auf Inanspruchnahme besagter Verpflichtungszusagen. 2015 beendete die Kommission eine kartellrechtliche Untersuchung nach Art. 101 AEUV gegen Air France, KLM, Alitalia und Delta durch die Annahme von Verpflichtungsangeboten, die über die Verpflichtungszusagen aus dem Jahr 2004 hinausgingen, indem sie u.a. betreffend die Slots flexibler ausgestaltet waren. 2017 beantragte Norwegian Air Shuttle Slots auf der Strecke Amsterdam-New York. Als Folge dieser Entwicklungen beantragte Air France-KLM 2018 die Aufhebung⁸⁸ der Verpflichtungszusagen aus dem

⁸⁷ M.3280 AIR FRANCE/KLM, Entscheidung vom 6. Februar 2019 („Decision on the implementation of the commitments - Waiver of the Commitments“), publiziert am 20. März 2019.

⁸⁸ Verpflichtungszusagen können unter aussergewöhnlichen Umständen aufgehoben oder geändert werden, wenn der Schutz des Wettbewerbs durch alternative Massnahmen besser erreicht wird.

Jahr 2004 für die Route Amsterdam-New York. Der Treuhänder zur Überwachung der Einhaltung der Verpflichtungszusagen aus dem Jahr 2004 unterstützte deren Aufhebung nicht, weil diese für eine unbeschränkte Zeit gelten, während die im Jahr 2015 im Verfahren gemäss Art. 101 AEUV eingegangenen Verpflichtungszusagen 2025 auslaufen. Dennoch folgte die Kommission dem Antrag von Air France-KLM und hob die Verpflichtungszusagen aus dem Jahr 2004 mit folgender Begründung auf: (i) bei Auslaufen der Verpflichtungen im Jahr 2025 könnte die Kommission erneut eine kartellrechtliche Untersuchung einleiten, die zu einer Verlängerung der Verpflichtungszusagen führen könnte; (ii) Norwegian Air Shuttle hatte beschlossen, den Betrieb nur unter dem weitergehenden Umfang der Verpflichtungen aus dem Jahr 2015 aufzunehmen, was auf deren Wirksamkeit betreffend die Wiederherstellung der Wettbewerbssituation (wie vor der Übernahme von KLM durch Air France) hinweise. Bei der Aufrechterhaltung der Verpflichtungszusagen sowohl aus dem Zusammenschluss als auch dem Verfahren gemäss Art. 101 AEUV, bestünde die Gefahr, dass die Massnahmen nicht mehr verhältnismässig seien, da beide demselben Ziel dienen.

In der Berichtsperiode verhängte die Kommission in zwei Fällen eine Geldbusse im Sinne von Art. 14 FKVO:

- Die Kommission verhängte gegen *Canon*⁸⁹ ein Bussgeld über EUR 28 Mio., weil Canon die Übernahme der Toshiba Medical Systems Corporation (TMSC) vor der Anmeldung und der Genehmigung durch die Kommission durchgeführt habe. Der Erwerb erfolgte durch eine zweistufige Transaktion, das auch als „Warehousing“ bezeichnet wird und an dem ein Zwischenkäufer beteiligt war. In einem ersten Schritt erwarb der Zwischenkäufer 95 % des Aktienkapitals von TMSC für einen Betrag von umgerechnet EUR 800, während Canon gleichzeitig einen Betrag von umgerechnet EUR 5.28 Mrd. für die verbleibenden 5 % des Aktienkapitals sowie Kaufoptionen für das Aktienpaket des Zwischenkäufers zahlte. Dieser erste Schritt wurde ohne eine vorherige Anmeldung bei bzw. Genehmigung durch die Kommission vollzogen. Nach der Genehmigung des Zusammenschlusses durch die Kommission übte Canon im zweiten Schritt seine Aktienoptionen aus und erwarb die restlichen 95 % der

⁸⁹ Pressemitteilung IP/19/3429 vom 27. Juni 2019; Fusionskontrolle: Kommission verhängt Geldbusse von 28 Mio. EUR gegen Canon wegen teilweiser Durchführung des Erwerbs von Toshiba Medical Systems Corporation vor dessen Anmeldung und Genehmigung nach der Fusionskontrollverordnung.

Aktien des Zwischenverkäufers.⁹⁰ Die Kommission ist der Auffassung, dass der erste und der zweite Schritt der Transaktion zusammengenommen Teil eines einzigen meldepflichtigen Zusammenschlusses bilden. Der erste Schritt habe zum endgültigen Erwerb der Kontrolle über TMSC beigetragen und sei somit für den Kontrollerwerb durch Canon über TMSC erforderlich gewesen. Folglich habe Canon gegen die Meldepflicht verstossen, indem der erste Schritt der Übernahme von TMSC teilweise bereits vor der Anmeldung und der Genehmigung durch die Kommission vollzogen wurde. Die Kommission hätte für jede Verletzung der Meldepflicht und des Durchführungsverbots eine Geldbusse von bis zu 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes von Canon verhängen können. Nach Auffassung der Kommission waren Canon die Pflichten gemäss der Fusionskontrollverordnung⁹¹ bekannt, weshalb der Verstoss zumindest als fahrlässig einzustufen sei, berücksichtige bei der Festsetzung der Höhe der Geldbusse jedoch den Umstand, dass der Zusammenschluss ohne Auflagen genehmigt worden war.

- Die Kommission verhängte gegen *General Electric* (GE) eine Geldbusse von EUR 52 Mio. wegen fahrlässiger Bereitstellung unrichtiger Informationen an die Kommission während der Prüfung der Übernahme von LM Wind.⁹² Am 11. Januar 2017 meldete GE seine geplante Übernahme von LM Wind an die Kommission. Nach Auffassung der Kommission habe GE im Anmeldeformular angegeben, neben seiner 6-Megawatt-Anlage, in seiner Entwicklungspipeline über keine Windkraftanlage mit einer höheren Leistung für Offshore-Anwendungen zu verfügen. Eine Drittpartei informierte die Kommission jedoch später, dass GE potenziellen Kunden eine 12-Megawatt-Offshore-Windkraftanlage anbieten würde. Am 2. Februar 2017 zog GE seine Anmeldung zurück und meldete den Zusammenschluss am 13. Februar 2017 mit vollständigen Informationen erneut, worauf die Kommission die Transaktion vorbehaltlos genehmigte.⁹³ Die Kommission ist der Auffassung die Erklärung von GE in ihrem Anmelde-

⁹⁰ S. zu diesem Entscheid auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 141.

⁹¹ Verordnung (EG) 2004/139 vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24 vom 29. Januar 2004, 1 ff.).

⁹² Pressemitteilung IP/19/2049 vom 8. April 2019; Fusionskontrolle: Kommission verhängt wegen unrichtiger Angaben bei der Übernahme von LM Wind Geldbusse von 52 Mio. EUR gegen General Electric.

⁹³ S. zu diesem Entscheid auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 141.

formular, wonach GE in seiner Entwicklungspipeline über keine Windkraftanlage mit einer höheren Leistung für Offshore-Anwendungen verfügen würde, sei unrichtig gewesen und GE hätte sich der Bedeutung dieser Information für die Beurteilung des Zusammenschlusses bewusst sein müssen. Die Höhe der Geldbusse von EUR 52 Mio. würde nach Meinung der Kommission die Schwere des Verfahrensfehlers widerspiegeln, der die Kommission daran gehindert habe, über alle für die Beurteilung der Transaktion relevanten Informationen zu verfügen. Mit diesem Entscheid wurde zum zweiten Mal seit Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung im Jahre 2004 eine Geldbusse wegen unrichtiger oder irreführender Angaben gegen ein Unternehmen verhängt. Im Mai 2017 verhängte die Kommission eine Geldbusse von EUR 110 Mio. gegen Facebook wegen unrichtiger bzw. irreführender Angaben im Rahmen der Prüfung der Übernahme von WhatsApp.⁹⁴

- Zudem stellte die Kommission *Telefónica Deutschland* am 22. Februar 2019 Beschwerdepunkte zu.⁹⁵ Dieser Vorgang ist erwähnenswert, da es sich um den ersten Fall handelt, in dem die Kommission den vorläufigen Standpunkt vertritt, das ein Unternehmen gegen Verpflichtungszusagen verstossen habe.⁹⁶ Telefónica Deutschland war im Jahr 2014 Verpflichtungszusagen eingegangen, um von der Kommission die Freigabe für die Übernahme von E-Plus zu erhalten. Die Kommission ist der Auffassung, dass Telefónica Deutschland seinen Verpflichtungen in Bezug auf den 4G-Vorleistungszugang nicht hinreichend nachgekommen sei, indem bestimmte bestehende Vorleistungsvereinbarungen nicht in die Benchmark miteinbezogen worden seien. Dies habe dazu geführt, dass Dritte nicht von günstigeren Konditionen für den 4G-Vorleistungszugang haben

⁹⁴ S. zu diesem Entscheid auch FRÜH ALFRED/HAGENSTEIN-JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2017/18, Zürich/St. Gallen, 140.

⁹⁵ Pressemitteilung IP/19/1371 vom 22. Februar 2019; Fusionskontrolle: Kommission stellt fest, dass Telefónica gegen Verpflichtungen verstossen haben könnte, auf deren Grundlage die Übernahme von E-Plus genehmigt worden war.

⁹⁶ Bereits im letzten Berichtsjahr hatte sich das EuG mit den von der Kommission verhängten Verpflichtungszusagen zu befassen und wies eine Beschwerde von 1&1 Telecom ab. Konkret war das Gericht der Auffassung, dass ein Schreiben der Kommission im Zusammenhang mit der Durchführung von Verpflichtungszusagen, keinen Rechtsakt darstellen würde und somit nicht gerichtlich überprüft werden könne; s. auch FRÜH ALFRED/JOST SAMUEL, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2018/19, Zürich/St. Gallen, 149.

profitieren können, wodurch es ihnen erschwert worden sei, mit Telefónica Deutschland auf dem deutschen Markt für Mobilfunkdienste zu konkurrieren.

c) *Urteilspraxis der europäischen Gerichte*

Im Berichtsjahr ist folgende Entscheidung des EuG erwähnenswert:

Das EuG wies die Klage von KPN gegen die unter Bedingungen erteilte Freigabe der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens zwischen *Vodafone und Liberty Global* durch die Kommission ab.⁹⁷ Erstens machte KPN geltend, die Kommission habe den relevanten Markt falsch definiert. Jeder Sportkanal stelle einen eigenen Markt dar, weil unterschiedliche Inhalte gezeigt würden. Das EuG folgte dieser Argumentation nicht, sondern vertrat die Auffassung, die Kommission habe den Markt richtigerweise als Bereitstellung von Vorleistungsangeboten (Wholesale-Ebene) von Premium-Pay-TV-Sportkanälen abgegrenzt. Auch wenn ein Kanal (Fox Sports) einen höheren Preis verlange und unterschiedliche Inhalte zeige als der andere Sportkanal von Liberty Global (Ziggo Sport Totaal), ist es laut dem EuG entscheidend, dass die Anbieter von TV-Dienstleistungen auf der Retail-Ebene (die Nachfrageseite des Wholesale-Marktes) die Kanäle als substituierbar betrachten. Zweitens machte KPN geltend, die Kommission habe es versäumt, die vertikalen Auswirkungen des Zusammenschlusses korrekt zu beurteilen. Auch dieser Sichtweise folgte das EuG nicht, sondern es war der Ansicht, dass die Kommission die Leitlinien zur Bewertung nichthorizontaler Zusammenschlüsse aus dem Jahr 2008 korrekt angewandt habe. Die Kommission untersuchte insbesondere ausschliesslich die Möglichkeit der Abschottung bei den Einsatzmitteln („Input Foreclosure“) in Bezug auf jene Märkte mit einer „mobilen“ Komponente, auf denen Vodafone bereits aktiv war, d. h. der Markt für die Endkundenversorgung mit „Multiple Play“-Bündel für Festnetz und Mobilfunk. Auf diesem Markt habe die Kommission zu Recht festgestellt, dass selbst wenn das fusionierte Unternehmen die Fähigkeit und den Anreiz hätte, eine Strategie zur Abschottung bei den Einsatzmitteln zu verfolgen, (i) für Ziggo Sport Totaal andere Kanäle verfügbar wären und (ii) der Konsum von Live-TV über mobile Geräte von begrenzter Bedeutung und es somit unwahrscheinlich sei, dass eine Abschottung eintreten werde.

Zur Zusammenschlusskontrolle ergingen in der Berichtsperiode keine Urteile des EuGH.

⁹⁷ EuG, Urteil vom 23. Mai 2019 in der Rechtssache T-370/17, ECLI:EU:T:2019:354– KPN BV gegen Europäische Kommission.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Rechtsentwicklungen im Primärrecht

Das am 24. Januar 2020 unterzeichnete Abkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU und die Verhandlungen zur zukünftigen Zusammenarbeit werden zeigen, ob das „Model Schweiz“ zur Anwendung des nationalen Kartellrechts auch für das Vereinigte Königreich eine Option sein wird. Das Vereinigte Königreich wird sich entscheiden müssen, ob – wie in der Schweiz – eine parallele Anwendung des eigenen Kartellgesetzes die Offenheit der internationalen Märkte forcieren kann. Für die Schweiz wird hierbei insbesondere von Relevanz sein, wie sich das Vereinigte Königreich in Bezug auf das Regime der staatlichen Beihilfen positionieren wird. Der Abschluss einer Vereinbarung zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU zur Kontrolle staatlicher Beihilfen durch die Europäische Kommission könnte auch Signalwirkungen für die Schweiz haben. Eine Klarstellung im Rahmenabkommen zwischen der Schweiz und der EU zum Ausschluss des Regimes der staatlichen Beihilfen für die Schweiz würde erheblich erschwert, falls das Vereinigte Königreich hier Zugeständnisse macht.

2. Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht

Die Entwicklungen in der EU in Bezug auf die sog. „eLeniency“⁹⁸ sind insofern für die Schweiz von Relevanz, als auch im Verfahren vor den Schweizer Wettbewerbsbehörden die Einreichung von Eingaben und Erklärungen erheblichen Arbeitsaufwand generieren. Sofern sich das europäische eLeniency-System als ausreichend sicher in Bezug auf Discovery-Verfahren der USA erweist, sind entsprechende Lösungen auch für die Schweiz von Interesse.

Bei sog. hybriden Vergleichsverfahren⁹⁹, d.h. Vergleichsverfahren in welchen gewisse Unternehmungen nicht Teil einer einvernehmlichen Regelung (EVR) mit der Schweizer Wettbewerbsbehörde werden, stellen sich in der Schweiz vergleichbare Probleme wie in der EU. Die Problematik wurde in der Schweiz dahingehend gelöst, dass Teilentscheide bezüglich Parteien, welche sich mit der Wettbewerbsbehörde geeinigt haben, durch eine separate Kammer der Wettbewerbskommission gefällt werden. Diese separate Kammer für Teilentscheide nimmt danach am Sanktionsentscheid gegen ein nicht-vergleichendes Unternehmen nicht mehr teil. Die grundsätzliche Frage stellt sich trotzdem, ob auch der restliche Teil des Entscheidungskörpers weiterhin ausreichende

⁹⁸ Siehe vorne I. 2. a)

⁹⁹ Siehe vorne I. 2. d)

Distanz und fehlende Voreingenommenheit haben wird, wenn die Kammer für Teilentscheide schon andere Teilnehmer für denselben Sachverhalt verurteilt hat.

Die Auslegung des EuGH in Bezug auf die örtliche Zuständigkeit für Schadensersatzklagen¹⁰⁰ auf Basis der Verordnung Nr. 1215/2012 („Brüssel Ibis“) ist auch für die Schweiz relevant, weil das Lugano-Übereinkommen, mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vergleichbar ausgelegt würde. Die entsprechende Auslegung des EuGH erscheint demnach unter diesem Aspekt relevant. Dies eröffnet das Potential für zusätzliche Zuständigkeiten an einem Klägergerichtsstand in der Schweiz.

3. Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen

Die angekündigte Überarbeitung der europäischen *Bekanntmachung zur Definition des relevanten Marktes*¹⁰¹ wird auch in der Schweiz (indirekte) Auswirkungen haben. Die Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden orientiert sich regelmässig an der Praxis der Europäischen Kommission. Neue Ansätze bei der Marktdefinition der Europäischen Kommission werden auch in der Schweiz mittelfristig rezipiert. Insbesondere bei den Märkten der Digitalwirtschaft wird eine solche Parallelität für grenzüberschreitende Fusionskontrollverfahren, aber auch für entsprechende Untersuchungen von Relevanz sein.

Bei den von der Europäischen Kommission beurteilten Fälle gilt es anzumerken, dass die umfangreichen Untersuchungsverfahren in Bezug auf KFZ-Komponenten keinen Niederschlag in der Schweiz gefunden haben. Diese Verhaltensweisen, wie etwa auch das im Verfahren i.S. *KFZ-Sicherheitsausrüstung*¹⁰² untersuchte Verhalten, wurden für die Schweiz nicht untersucht oder beurteilt. Dies ist aus Sicht der Verfahrensökonomie sicherlich nachvollziehbar, führt aber auch zu einer schwierigen Situation für allfällige Schadensersatzklagen durch Schweizer Abnehmer. Die fehlenden nationalen Schweizer Entscheide können zu geringeren Anreizen und Erfolgsaussichten für Klagen in diesem Zusammenhang führen.

Ebenfalls von Interesse sind die Verfahren i.S. *Devisenkassahandel*. In der Schweiz werden parallele Verfahren durch die Schweizer Wettbewerbsbehörde geführt, welche schon teilweise abgeschlossen sind.¹⁰³ In diesem

¹⁰⁰ Siehe vorne I. 2. e)

¹⁰¹ Siehe vorne I. 4. a)

¹⁰² Siehe vorne I. 4. b)

¹⁰³ Pressemitteilung der Wettbewerbskommission, 6. Juni 2019, WEKO-Busse für Banken im Forex.

Zusammenhang ist die Rechtsprechungspraxis der europäischen Gerichte von Relevanz und hier insbesondere das Urteil des EuG i.S. *Euro-Zinsderivate*.¹⁰⁴ Die in diesem Urteil vorgenommene differenzierte Anwendung der Qualifizierung als „bezweckte“ oder „bewirkte“ Wettbewerbsabrede kann auch für Verfahren nach Schweizer Kartellrecht von Relevanz sein. Bisher wird von einer Parallelität der entsprechenden Wertungen auch nach Schweizer Recht ausgegangen.

4. Missbräuchliche Verhaltensweise durch marktbeherrschende Unternehmen

Aus Schweizer Sicht von Interesse ist das Verfahren der Europäischen Kommission i.S. *AB InBev*.¹⁰⁵ Hier wurde aufgrund eines Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung durch die Verhinderung von billigen Einfuhren aus Nachbarländern sanktioniert. Die Beschränkung der Möglichkeit für Supermärkte und Grosshändler zum Einkauf im Ausland wurde in diesem Verfahren als problematisch erachtet. Dies ist (im weiteren Sinne) vergleichbar mit der sog. Fair-Preis-Initiative¹⁰⁶ in der Schweiz. Auch hier wird – jedoch neu auch für sog. relativ marktbeherrschende Unternehmen – argumentiert, dass Parallelimporte regelmässig durch einseitige Verhaltensweisen behindert werden.

Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen im Verfahren *Broadcom* kann unter Umständen auch inspirierenden Einfluss auf Verfahren in der Schweiz haben.¹⁰⁷ Vorsorgliche Massnahmen werden von den Schweizer Wettbewerbsbehörden nur in seltenen Ausnahmefällen erlassen. Eine proaktivere Anwendung in der EU könnte sich auch auf die Bereitschaft der Schweizer Wettbewerbsbehörde zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen auswirken.

Das Verfahren i.S. *Qualcomm* und die unvollständige Beantwortung der auskunftsverlangenden Europäischen Kommission können auch für Schweizer Verfahren als Inspirationsquelle dienen. Problematisch ist hierbei, dass gemäss den Ausführungen des Gerichts eine Nichtbefolgung von Auskunftsverlangen praktisch immer als problematisch angesehen wird.

¹⁰⁴ Siehe vorne I. 5. c).

¹⁰⁵ Siehe vorne I. 5. a)

¹⁰⁶ MAMANE DAVID, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU, Zürich/St. Gallen 2019, 152.

¹⁰⁷ Siehe vorne I. 5. a)

5. Zusammenschlusskontrolle

Die schon in früheren Auflagen thematisierte mögliche Einführung eines neuen Eingriffstests mit dem sog. *Significant Impediment of Effective Competition-Test* (SIEC-Test)¹⁰⁸ schreitet in der aktuellen Berichtsperiode weiterhin voran. Mit Datum vom 12. Februar 2020 hat der Bundesrat dem zuständigen Bundesamt den Auftrag erteilt, eine Vernehmlassungsvorlage für ein neues Kartellgesetz auszuarbeiten. Hierbei ist die Modernisierung der Fusionskontrolle ein wichtiger Aspekt und es wird davon ausgegangen, dass ein Wechsel vom heutigen qualifizierten Marktbeherrschungstest hin zum SIEC-Test vorgenommen wird. Die Praxis der Europäischen Kommission in diesem Zusammenhang wird demnach zukünftig von zusätzlicher Relevanz für die Schweiz sein.

Neben den materiellen Entscheidungen der Europäischen Kommission sind insbesondere auch die Bussgeldentscheide aufgrund der Verletzung von Verfahrensregeln in Fusionskontrollverfahren von Interesse für die Schweiz.¹⁰⁹ Auch Schweizer Unternehmen werden aufgrund dieser Entwicklungen bei der Planung von Transaktionen und der Vorbereitung von Fusionskontrollmeldungen vermehrt versuchen sicherzustellen, dass komplexe Strukturen vorab korrekt beurteilt werden und zudem die korrekten Informationen an die Wettbewerbsbehörden geliefert werden.

¹⁰⁸ MAMANE DAVID, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU, Zürich/St. Gallen 2018, 147; MAMANE DAVID, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU, Zürich/St. Gallen 2019, 155.

¹⁰⁹ Vgl. vorne I. 6. b)

Öffentliches Auftragswesen

Peter Rechsteiner

Inhalt

I.	Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (PETER RECHSTEINER)	134
1.	Rechtsetzung	134
2.	Rechtsprechung des EuGH	135
a)	Drei Urteile des EuGH zum Thema: Schweres berufliches Fehlverhalten – Auswirkungen auf ein (nachfolgendes) Vergabeverfahren	135
b)	EuGH: Freihändige Vergabe von Rettungsdienstleistungen ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig?	137
c)	EuGH: Klage- bzw. Beschwerdeberechtigung?	138
d)	EuGH: Ausschluss aus dem Vergabeverfahren, Grundsatz der Verhältnismässigkeit	138
e)	EuGH: Inhouse-Vergabe bei Überschneidung eines öffentlichen Auftrags mit einem internen Auftrag?	139
f)	EuGH: Unzulässiger Subunternehmerbeizug – Vertragsauflösung – Ausschluss in einem späteren Vergabeverfahren?	140
g)	EuGH: Schiedsgerichtsdienstleistungen sowie bestimmte Rechtsdienstleistungen sind vom Geltungsbereich des EU-Beschaffungsrechts ausgenommen	141
h)	EuGH: Eröffnung eines Verfahrens auf Zwangsvergleich – Vorbehaltener Plan zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit – Ausschluss vom Vergabeverfahren dennoch zulässig?	142
i)	EuGH: Prozentuale Beschränkung der Subunternehmervergaben als Mittel zur Bekämpfung der Kriminalität zulässig?	142
j)	EuGH: Ein Unternehmenszusammenschluss zweier Anbieter während laufendem Vergabeverfahren: Zulässig?	143
k)	EuGH: Unzulässige Verlängerung der Dauer einer bestehenden Konzession für den Bau und den Betrieb einer Autobahn ohne Veröffentlichung einer Ausschreibung	144
l)	EuGH: Wann liegt ein „Netz“ vor, wann die „Bereitstellung“ oder das „Betreiben“ eines Netzes?	144
II.	Bedeutung für die Schweiz (PETER RECHSTEINER)	145

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

i. Rechtsetzung

Für das Jahr 2019 sind in der EU wiederum keine neuen legislativen Akte zu verzeichnen. Die EU-Kommission konzentriert sich offensichtlich nach wie vor darauf, auf der Basis der aktuellen Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge¹ die Vergabep Praxis zu verbessern.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang eine (nicht verbindliche) Mitteilung der Kommission mit dem Titel „Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt“². Diese Mitteilung gibt einen guten Überblick über den Stand des öffentlichen Auftragswesens in der EU und dessen in den letzten Jahren entwickeltem strategischen Hintergrund (nachhaltige Investitionen in grüne, soziale und innovative Produkte, Sensibilisierung für Qualitätsaspekte um – wie die Kommission sich im Vorwort zu dieser Mitteilung ausdrückt – „dem weitverbreiteten Irrglauben, dass nach EU-Recht der Preis im Beschaffungswesen das ausschlaggebende Kriterium sei“, entgegenzuwirken). Die Kommission unterstreicht in dieser Mitteilung, die EU sei stolz auf die Offenheit ihres Markts für die öffentliche Auftragsvergabe, da diese Chancen für Unternehmen in der gesamten EU und aus aller Welt biete. Gleichzeitig stellt sie fest, Bieter aus Drittländern stammten u.U. aus Ländern, in denen eine Gleichbehandlung von Unternehmen aus der EU nicht gewährleistet sei. Ferner gälten für Bieter, Waren und Dienstleistungen aus Drittländern nicht immer dieselben oder gleichwertige Umwelt-, Sozial- oder Arbeitsstandards wie in der EU oder Vorschriften über staatliche Beihilfen, die für Bieter aus Drittländern gälten, seien u.U. weniger streng als in der EU. „Wir müssen dafür sorgen,“ so die Kommission, „dass für alle Bieter – sowohl aus der EU als auch aus Drittländern – dieselben Regeln gelten und alle die gleichen Standards und Anforderungen erfüllen.“ Wie dies erreicht werden kann, legt die EU-Kommission anhand von Ausführungen zu den Themen „Zugang

¹ Es handelt sich um folgende Richtlinien:

1. Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 094 vom 28. März 2014, 65.

2. Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 094 vom 28. März 2014, 243.

3. Richtlinie 2014/23/EU vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 094 vom 28. März 2014, 1.

² Mitteilung der Kommission, Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt (2019/C 271/02), ABl. C 271 vom 13. August 2019, 43.

zum Beschaffungsmarkt für Bieter und Waren aus Drittländern“, „Ungewöhnlich niedrige Angebote“ und „Qualitätsstandards – ein strategischer Ansatz für die Vergabe öffentlicher Aufträge“ mit vielen praktischen Hinweisen für Vergabestellen dar. In einem separaten Kapitel „Praktische Unterstützung durch die Europäische Kommission“ zeigt die Kommission auf, wie sie die Vergabestellen bei der Auftragsvergabe unterstützt. Interessant ist schliesslich ein Überblick über die „Unterstützungstools und Leitlinien der Kommission im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe“, welcher auf verschiedene weitere Dokumente zur Auftragsvergabe in der EU verweist.

2. Rechtsprechung des EuGH

a) *Drei Urteile des EuGH zum Thema: Schweres berufliches Fehlverhalten – Auswirkungen auf ein (nachfolgendes) Vergabeverfahren*³

Im ersten dieser drei Urteile (Rechtssache C-425/18) entschied der EuGH u.a., dass der Begriff „schweres berufliches Fehlverhalten“ bzw. „schwere berufliche Verfehlung“ sich nicht nur auf Pflichtverletzungen und Fahrlässigkeiten bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags beschränke, sondern „jedes fehlerhafte Verhalten umfasst, das Einfluss auf die berufliche Glaubwürdigkeit des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers, seine Integrität oder Zuverlässigkeit hat“. Der Begriff der schweren Verfehlung sei so zu verstehen, „dass er sich üblicherweise auf ein Verhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers bezieht, das bei ihm auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schliessen lässt.“

Der durch eine nationale Kartellbehörde mit einer Geldbusse geahndete Verstoss gegen Wettbewerbsregeln stelle grundsätzlich einen Ausschlussgrund im Sinne von Art. 45 Abs. 2 Unterabsatz 1, Buchst. d der Richtlinie 2004/18 dar. Die rechtskräftig geahndete Verletzung von Wettbewerbsregeln könne jedoch im aktuellen Vergabeverfahren „nicht zu einem automatischen Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers“ von einem Vergabeverfahren führen. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit verlange vielmehr eine „auf den Einzelfall bezogene Beurteilung der Verhaltensweise des betreffenden Wirt-

³ EuGH, Beschluss vom 4. Juni 2019 in der Rechtssache C-425/18, ECLI:EU:C:2019:476 – Vorabentscheidungsverfahren; EuGH, Urteil vom 19. Juni 2019 in der Rechtssache C-41/18, ECLI:EU:C:2019:183 – Vorabentscheidungsverfahren; EuGH, Beschluss des Gerichtshofes vom 20. November 2019 in der Rechtssache C-552/18, ECLI:EU:C:2019:997 – Vorabentscheidungsverfahren.

schaftsteilnehmers“. Eine nationale (vorliegend italienische) Regelung, welche eine solche Beurteilung nicht zulasse, verstosse gegen die vorgenannte Richtlinie.

Im zweiten Urteil (Rechtssache C-41/18) hatte der EuGH einen Fall zu beurteilen, bei welchem die Stadt Neapel einen Vertrag mit einer Unternehmung wegen einer schweren beruflichen Verfehlung aufgelöst hatte. Diese Unternehmung focht die Vertragskündigung bei der zuständigen Instanz an und beteiligte sich in der Folge an einem weiteren Vergabeverfahren derselben Auftraggeberin. Diese liess die Unternehmung im Verfahren zu, worauf eine Konkurrentin Beschwerde erhob mit der Begründung, dies sei unzulässig, da ja der frühere Vertrag aufgelöst worden sei. Der EuGH hielt fest, die Tatsache, dass die Vertragskündigung bei einer andern Instanz angefochten worden sei, könne die Auftraggeberin nicht daran hindern, im Rahmen eines weiteren Vergabeverfahrens zu prüfen, ob die betreffende Unternehmung eine schwere berufliche Verfehlung begangen habe. Allerdings müsse der betreffenden Unternehmung der Nachweis offen stehen, dass sie Massnahmen getroffen habe, um trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes ihre Zuverlässigkeit nachzuweisen (sogenanntes self-cleaning). Die Unternehmung habe nachzuweisen, dass sie einen Ausgleich „für jeglichen durch eine Straftat oder Fehlverhalten verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleichs verpflichtet hat, die Tatsachen und Umstände umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden geklärt und konkrete technische, organisatorische und personelle Massnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, weitere Straftaten oder Verfehlungen zu vermeiden.“

Dem dritten Urteil (Rechtssache C-552/18) des EuGH lag zusammengefasst folgender Sachverhalt zugrunde:

Die italienische Präfektur Tarent trat von einem Vertrag mit der Indaco Service Soc. Coop. sociale (Indaco) zurück. Die Präfektur begründete dies mit einem schweren beruflichen Fehlverhalten der Indaco. In der Folge schloss die Präfektur Tarent die Indaco mit Verweis auf deren berufliches Fehlverhalten aus einem andern laufenden Vergabeverfahren aus. Die Indaco erhob gegen diesen Ausschluss Beschwerde, u.a. mit der Begründung, der Ausschluss sei nach italienischem Recht unzulässig. Dieses sehe vor, dass die Auflösung eines früheren Vertrages wegen schwerem beruflichem Fehlverhalten nur dann zum Ausschluss in einem andern Vergabeverfahren führen könne, wenn die Auflösung aus dem genannten Grund entweder durch den Anbieter akzeptiert oder rechtskräftig bestätigt worden sei. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall.

Der EuGH entschied, Art. 57 Abs. 4, lit. c) und g) der Richtlinie 2014/24/EU stehe einer nationalen Bestimmung, wie der vorstehend genannten italienischen, entgegen.

b) *EuGH: Freihändige Vergabe von Rettungsdienstleistungen ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig?*⁴

Die Stadt Solingen vergab zwei Lose für den Auftrag für kommunale Rettungsdienstleistungen über die Dauer von fünf Jahren freihändig ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union. Die Unternehmung Falck Rettungsdienste focht diese freihändige Vergabe als unzulässig an.

Der EuGH hatte zu entscheiden, ob es sich hier um einen gemäss Richtlinie 2014/24 freihändig vergebaren Auftrag handelte, was er aufgrund einer Analyse der Richtlinie und der betreffenden CPV-Codes tat. Die Ausführungen des EuGH sind sehr umfangreich und können im vorstehenden Rahmen nicht wiedergegeben werden. Sie zeigen auf, wie schwierig es im Einzelfall sein kann zu entscheiden, unter welchen CPV-Code eine Dienstleistungsart überhaupt fällt, was für die Wahl des Vergabeverfahrens entscheidend sein kann. Zusammengefasst kann hier festgehalten werden, dass der EuGH u.a. zum Schluss kam, „dass die Nichtanwendbarkeit der Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe gemäss Art. 10 Buchst. h der Richtlinie untrennbar mit dem Vorhandensein eines Notfalldienstes verknüpft ist.“⁵

In einem weiteren Teil seines Entscheides befasste sich der EuGH mit der Frage, was unter dem Begriff „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinne von Art. 10 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 zu verstehen sei, da das Vorliegen einer gemeinnützigen Organisation oder Vereinigung eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe im vorliegenden Fall war. Er entschied zuhanden der Vorinstanz, dass „nach nationalem Recht anerkannte Hilfsorganisationen wie Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen“ nicht „als „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ (...) „gelten, soweit die Anerkennung als Hilfsorganisation im nationalen Recht nicht davon abhängt, dass keine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt (...)“. Hingegen sollen nach Ansicht des EuGH „Organisationen oder Vereinigungen, deren Ziel in der Erfüllung sozialer Aufgaben besteht, die nicht erwerbswirtschaft-

⁴ EuGH, Urteil vom 21. März 2019 in der Rechtssache C-465/17, ECLI:EU:C:2019:234 - Vorabentscheidungsverfahren.

⁵ Bestätigt in EUGH, Urteil vom 20. Juni 2019 in der Rechtssache C-424/18, ECLI:EU:C:2019:528 - Vorabentscheidungsverfahren.

lich tätig sind und etwaige Gewinne reinvestieren, um ihr Ziel zu erreichen, „gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen“ im Sinne der Richtlinie sein.

c) *EuGH: Klage- bzw. Beschwerdeberechtigung?*⁶

Dem Urteil des EuGH lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die italienische Gemeinde Auletta leitete ein Vergabeverfahren ein. Die Unternehmung Lombardi, die in der Rangliste der Offerten an dritter Stelle lag, klagte gegen die Zulassung der Zuschlagsempfängerin wie auch der zweitplatzierten Unternehmung. Die übrigen Bewerber auf den Rängen hinter Lombardi beteiligten sich nicht am Verfahren.

Die Zuschlagsempfängerin wehrte sich u.a. mit einer „Anschlussklage“ mit der sie geltend machte, dass Lombardi vom Vergabeverfahren hätte ausgeschlossen werden müssen, weil sie im Lauf des Verfahrens die in der Ausschreibung vorgesehenen Teilnahmebedingungen nicht mehr erfüllte. Das zuständige Verwaltungsgericht prüfte die Anschlussklage, hiess diese gut, und wies die Klage von Lombardi wegen fehlendem Rechtsschutzinteresse als unzulässig ab.

Der EuGH hielt in seinen Ausführungen u.a. fest: Der drittplatzierten Lombardi könne des Rechtsschutzinteresse nicht abgesprochen werden, denn es sei denkbar, dass sich herausstelle, dass die Vergabestelle bei Gutheissung der Klage (Beschwerde) der Lombardi feststellen müsse, „dass es unmöglich ist, ein anderes ordnungsgemässes Angebot auszuwählen, und in der Folge ein neues Vergabeverfahren durchführt.“ Weiter führte der EuGH aus, es sei unerheblich, dass die hinter Lombardi rangierten Anbieterinnen sich nicht am Klage-(Beschwerde-)Verfahren beteiligt hätten.

d) *EuGH: Ausschluss aus dem Vergabeverfahren, Grundsatz der Verhältnismässigkeit?*⁷

Die Ausgangslage für diesen Entscheid des EuGH stellte sich wie folgt dar:

Die Gemeinde Montelanico eröffnete ein offenes Vergabeverfahren. In der Folge forderte sie nach Ablauf der Offertfrist einige Anbieter gemäss einem im nationalen Recht vorgesehenen Mängelbehebungsverfahren auf, ihre Arbeits-

⁶ EuGH, Urteil vom 5. September 2019 in der Rechtssache C-33/18, ECLI:EU:C:2019:675 - Vorabentscheidungsverfahren.

⁷ EuGH, Urteil vom 2. Mai 2019 in der Rechtssache C-309/18, ECLI:EU:C:2019:350 - Vertragsverletzungsverfahren.

kosten anzugeben. Die Gemeinde vergab den Auftrag an die Unternehmung Gea. Die zweitplatzierte Unternehmung Lavorgna erhob gegen diesen Zuschlag ein Rechtsmittel mit der Begründung, Gea hätte ausgeschlossen werden müssen, da sie die Arbeitskosten in ihrer Offerte nicht angegeben hatte. Das Mängelbehebungsverfahren hätte ihr nicht „zugutekommen können“.

Der EuGH befand, die Grundsätze der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung und der Transparenz im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU liessen die Möglichkeit zu, ein Angebot ohne Gelegenheit zur Nachbesserung auszuschliessen, wenn dieses Angebot die Arbeitskosten nicht ausweise. Das gelte auch dann, wenn die Verpflichtung zur gesonderten Angabe der Arbeitskosten nicht in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sei, sich aber aus nationalen Rechtsvorschriften ergebe, auf die in den Ausschreibungsunterlagen eindeutig verwiesen werde. Sollten jedoch die Ausschreibungsbestimmungen die Bieter daran gehindert haben, die Arbeitskosten anzugeben, liessen es die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismässigkeit zu, ihr Angebot nachzubessern. Ob Letzteres tatsächlich – wie von Gea behauptet – der Fall war, habe die Vorinstanz zu prüfen.

e) *EuGH: Inhouse-Vergabe bei Überschneidung eines öffentlichen Auftrags mit einem internen Auftrag?*⁸

Zur Ausgangslage dieses Entscheids: Ein litauischer öffentlicher Auftraggeber schloss im Jahre 2014 mit der Unternehmung Irgita einen Vertrag mit einer Laufzeit von drei Jahren über die Erbringung von Mähdienstleistungen. Dieser Vertrag enthielt keine Verpflichtungen über eine Mindestabnahmepflicht dieser Dienstleistungen. Im Jahr 2016 schloss derselbe öffentliche Auftraggeber einen weiteren Dienstleistungsvertrag über Mähdienstleistungen, diesmal allerdings mit einer Unternehmung, Kauno svara, die Rechtspersönlichkeit besass, vom öffentlichen Auftraggeber vollumfänglich kontrolliert wurde und 90.07% ihres Umsatzes ausschliesslich mit Tätigkeiten zugunsten des öffentlichen Auftraggebers erzielte.

Irgita erhob gegen diese Auftragsvergabe Klage und machte geltend, der öffentliche Auftraggeber habe im Hinblick auf den mit ihr geschlossenen Vertrag den weiteren Vertrag mit Kauno svara nicht abschliessen dürfen.

⁸ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019 in der Rechtssache C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829 – Vorabentscheidungsverfahren.

Der EuGH führte u.a. aus:

Die Mitgliedstaaten seien frei zu entscheiden, ob sie einen Auftrag an Dritte vergeben wollten oder die entsprechenden Dienstleistungen selber erbringen „oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge“ organisieren möchten. Diese Freiheit sei jedoch nicht schrankenlos; sie sei unter Beachtung der Grundregeln des AEUV wahrzunehmen. Die Mitgliedstaaten seien auch frei, Regeln zu erlassen bezüglich der Frage, ob und in welchen Fällen Aufträge nach aussen vergeben oder intern erledigt würden. Erlasse ein Mitgliedstaat solche Regeln, erfordere der Grundsatz der Transparenz ebenso wie der Grundsatz der Rechtssicherheit, dass die Bedingungen, von denen die Mitgliedstaaten den Abschluss interner Aufträge abhängig machten, in hinreichend zugänglichen, genauen und in ihrer Anwendung vorhersehbaren Regeln verlautbart würden, um jede Gefahr von Willkür zu vermeiden. Wie es sich damit im vorliegenden Fall verhalte, habe die Vorinstanz zu prüfen.

Ferner sei es ganz besonders Sache der Vorinstanz zu „beurteilen, ob der öffentliche Auftraggeber durch den Abschluss des (...) internen Auftrags, dessen Gegenstand sich mit dem eines öffentlichen Auftrags überschneidet, (...), nicht seine sich aus diesem Auftrag ergebenden Verpflichtungen sowie den Grundsatz der Transparenz verletzt hat, wenn sich herausstellen sollte, dass er seinen Bedarf nicht hinreichend klar definiert hat, indem er insbesondere dem Zuschlagsempfänger nicht die Erbringung eines Mindestvolumens an Dienstleistungen garantiert hat, oder auch, ob dieser Auftrag eine wesentliche Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Struktur des mit Irgita geschlossenen Auftrags darstellt.“

f) *EuGH: Unzulässiger Subunternehmerbeizug – Vertragsauflösung – Ausschluss in einem späteren Vergabeverfahren?*⁹

In dieser Angelegenheit hatte die Gemeinde Ramnicu Valcea (Rumänien) einer Bietergemeinschaft unter der Federführung der Unternehmung Delta einen Bauauftrag erteilt. Die Bietergemeinschaft setzte ohne Zustimmung der Gemeinde einen Subunternehmer ein, worauf die Gemeinde den Vertrag vorzeitig auflöste. Sie publizierte diese Vertragsauflösung und gab an, ihr sei durch die vorzeitige Vertragsbeendigung ein Schaden von etwa 521'000 Euro entstanden.

⁹ EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019 in der Rechtssache C-267/18, ECLI:EU:C:2019:826 - Vorabentscheidungsverfahren.

In der Folge eröffnete eine andere öffentliche Auftraggeberin (CNAIR) ein Vergabeverfahren über einen Rahmenvertrag für Bauleistungen mit einer Laufzeit von 84 Monaten. Eine weitere Bietergemeinschaft, an welcher Delta ebenfalls beteiligt war, gab eine Offerte ab. Die CNAIR stiess auf die Publikation der Gemeinde. Delta gab hierzu die Erklärung ab, selbst wenn die Publikation der Wahrheit entspräche, sei damit nicht nachgewiesen, dass sie ihre Vertragspflichten wiederholt in schwerwiegender Weise verletzt habe. Ausserdem habe sie zwei Klagen erhoben, die gegen die vorzeitige Beendigung des Auftrags durch die Gemeinde gerichtet seien. CNAIR stellt fest, Delta habe nicht nachgewiesen, dass die Entscheidung der Gemeinde ausgesetzt oder für nichtig erklärt worden sei. Da die Bietergemeinschaft mit Delta angegeben hatte, dass gegen sie nichts Derartiges wie in der Publikation der Gemeinde veröffentlicht, vorlag, schloss die CNAIR die Bietergemeinschaft vom Verfahren aus.

Der EuGH hielt zusammengefasst fest, „dass die Vergabe eines Unterauftrags für einen Teil der Arbeiten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers entschieden wurde und zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte, (...) einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags darstellt und daher den Ausschluss (...) von der Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren rechtfertigt (...). Bevor er einen solchen Ausschluss ausspricht, muss der öffentliche Auftraggeber dem Wirtschaftsteilnehmer jedoch (...) die Möglichkeit geben, die Abhilfemassnahme zu benennen, die er infolge der vorzeitigen Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags ergriffen hat.“

g) *EuGH: Schiedsgerichtsdienstleistungen sowie bestimmte Rechtsdienstleistungen sind vom Geltungsbereich des EU-Beschaffungsrechts ausgenommen*¹⁰

Drei belgische Rechtsanwälte hatten Beschwerde dagegen eingereicht, dass die belgische Gesetzgebung zur Umsetzung der Richtlinie 2014/24 Schiedsgerichtsdienstleistungs- und Schlichtungsdienstleistungen und bestimmte Rechtsdienstleistungen von ihrem Geltungsbereich im Einklang mit der genannten Richtlinie ausnahm.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 6. Juni 2019 in der Rechtssache C-264/18, ECLI:EU:C:2019:472 - Vorabentscheidungsverfahren.

Der EuGH entschied, dass die entsprechenden Richtlinienbestimmungen nicht gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Subsidiarität und nicht gegen Art. 49 (Niederlassungsfreiheit) und Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) verstößen.

- h) *EuGH: Eröffnung eines Verfahrens auf Zwangsvergleich – Vorbehaltener Plan zur Fortführung der Unternehmenstätigkeit – Ausschluss vom Vergabeverfahren dennoch zulässig?*¹¹

Die Arcadis, eine italienische öffentliche Auftraggeberin, erteilte einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) einen vorläufigen Zuschlag für einen Dienstleistungsauftrag. Die TEISrl, Mitglied dieser ARGE, beantragte in der Folge beim zuständigen Gericht in Mailand die Eröffnung eines Zwangsvergleichs, worauf die Arcadis die ARGE vom Vergabeverfahren ausschloss.

Der EuGH führte u.a. Folgendes aus: Die Richtlinie 2004/18/EG lässt es zu, dass ein Wirtschaftsteilnehmer von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, wenn er zum Zeitpunkt der Ausschlussentscheidung bereits einen Antrag auf Eröffnung eines Zwangsvergleichs gestellt hat und das auch im Fall, in dem er die Vorlage eines Plans zur Fortführung seiner Tätigkeit vorbehalten hatte.

- i) *EuGH: Prozentuale Beschränkung der Subunternehmervergaben als Mittel zur Bekämpfung der Kriminalität zulässig?*¹²

Die Autostrade per l'Italia schloss die Unternehmung Vitali von einem Vergabeverfahren aus, weil die in einem italienischen Dekret für die Vergabe von Unteraufträgen vorgesehene Grenze von 30% überschritten war. Vitali erhob dagegen Klage und verlangte, wieder zum Verfahren zugelassen zu werden.

Der EuGH hielt zunächst fest, dass es im Interesse der Union liege, „dass im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe Ausschreibungen stärker für den Wettbewerb geöffnet würden und der Einsatz von kleineren und mittleren Unternehmungen als Unterauftragnehmer zur Erreichung dieses Ziels beitrage. Der EuGH entschied, dass die Grenze von 30% für Unterauftragsvergaben gegen die Richtlinie 2014/24/EU verstosse, weil sie unabhängig davon gelte, welchen Wirtschaftsbereich der zu vergebende Auftrag betreffe, um welche Arbeiten es sich handle und welche Identität die Unterauftragnehmer

¹¹ EuGH, Urteil vom 28. März 2019 in der Rechtssache C-101/18, ECLI:EU:C:2019:267 - Vorabentscheidungsverfahren.

¹² EuGH, Urteil vom 26. September 2019 in der Rechtssache C-63/18, ECLI:EU:C:2019:787 - Vorabentscheidungsverfahren.

hätten. Das Argument der italienischen Regierung, das Verbot der Untervergabe von mehr als 30% diene der Bekämpfung der Kriminalität, da in Italien die Untervergabe „stets eines der Instrumente gewesen sei, die zur Umsetzung krimineller Absichten verwendet worden seien“, liess der EuGH nicht gelten, da für diese Zielsetzung andere Massnahmen getroffen werden könnten.

j) *EuGH: Ein Unternehmenszusammenschluss zweier Anbieter während laufendem Vergabeverfahren: Zulässig?*¹³

Eine italienische öffentliche Auftraggeberin (Infratel) leitete ein nicht offenes Vergabeverfahren mit insgesamt fünf Losen ein. Drei Firmen gaben Teilnahmeanträge ab und wurden zum Verfahren zugelassen. Lediglich zwei Firmen gaben Angebote ab: Die Telecom Italia und die OpEn Fiber. Letztere hatte bei allen fünf ausgeschriebenen Losen den Zuschlag erhalten. Die Telecom Italia verlangte Akteneinsicht und stellte fest, dass OpEn Fiber während des Vergabeverfahrens die dritte Anbieterin, die Metroweb Sviluppo, übernommen hatte. Die Europäische Kommission hatte diesem Unternehmenszusammenschluss noch vor der Zuschlagserteilung durch Infratel zugestimmt. Die Telecom Italia focht diese Auftragsvergabe an.

Der EuGH stellte u.a. fest, es liege eine Situation vor, „in der einer der Bieter seine Leistungsfähigkeit durch Erwerb eines der anderen bei der Vorauswahl berücksichtigten Bieter erhöht hat.“ Dies laufe dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers nicht entgegen, weshalb der EuGH keine Rechtswidrigkeit feststellen konnte. Er prüfte weiter, ob eine Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation vorliege und verneinte dies mit Hinweis darauf, dass die Europäische Kommission dem Zusammenschluss ja zugestimmt hatte. Schliesslich überlegte der EuGH, ob die beiden verschmolzenen Anbieterinnen „sensible Informationen über das Vergabeverfahren austauschen konnten“, was dem erwerbenden Unternehmen einen ungerechtfertigten Vorteil hätte verschaffen und grundsätzlich zur Nichtberücksichtigung der entsprechenden Offerte hätte führen können. Der EuGH kam zum Schluss, dass kein kollusives Verhalten nachgewiesen sei.

¹³ EuGH, Urteil vom 11. Juli 2019 in der Rechtssache C-697/17, ECLI:EU:C:2019:599 - Vorabentscheidungsverfahren.

- k) *EuGH: Unzulässige Verlängerung der Dauer einer bestehenden Konzession für den Bau und den Betrieb einer Autobahn ohne Veröffentlichung einer Ausschreibung*¹⁴

Der EuGH hielt in diesem Verfahren fest, dass die Verlängerung der ursprünglichen Konzession um 18 Jahre und 2 Monate eine wesentliche Änderung dieser Konzession darstelle und damit ein Verstoss gegen die in Art. 2 der Richtlinie 2004/18 vorgesehene Gleichbehandlungspflicht und die in Art. 58 dieser Richtlinie vorgesehene Pflicht zur Veröffentlichung einer Ausschreibung vorliege.

- l) *EuGH: Wann liegt ein „Netz“ vor, wann die „Bereitstellung“ oder das „Betreiben“ eines Netzes?*¹⁵

Die SJ AB, eine im Alleineigentum des schwedischen Staates stehende Aktiengesellschaft die Eisenbahntransporttätigkeiten erbringt, schloss zwei Verträge von je über 5 Mio Euro ohne vorherige Ausschreibung ab. Gegenstand dieser beiden Verträge bildeten Reinigungsdienste in den von der SJ AB betriebenen Zügen. SJ AB brachte vor, sie betreibe kein „Netz“ im Sinn im Sinne der Richtlinie 2004/17 und ihre Tätigkeiten umfassten weder die „Bereitstellung“ noch das „Betreiben“ eines Netzes im Sinne der genannten Richtlinie, weshalb sie nicht als öffentliche Auftraggeberin zu qualifizieren sei.

Der EuGH kam nach längeren Ausführungen zum Schluss, dass im vorliegenden Fall ein „Netz“ vorliege und von einem „Betreiben“ eines Netzes, nämlich der Ausübung eines Nutzungsrechts am Schienennetz zur Erbringung von Verkehrsleistungen, vorliege.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 18. September 2019 in der Rechtssache C-526/17, ECLI:EU:C:2019:756 – Vertragsverletzungsklage nach Art. 158 AEUV.

¹⁵ EuGH, Urteil vom 28. Februar 2019 in der Rechtssache C-388/17, ECLI:EU:C:2019:161 – Vorabentscheidungsverfahren.

II. Bedeutung für die Schweiz

Wie bereits in den Voraufgaben ausgeführt, sind weder die in den vorstehend besprochenen Urteilen erwähnten Rechtsgrundlagen der EU noch die dargestellte Rechtsprechung des EuGH für die Schweiz verbindlich. Mit Blick darauf, dass die Gesetzgebung und damit auch die Praxis des Beschaffungswesens in der EU und in der Schweiz viele Gemeinsamkeiten aufweisen und sich deshalb ähnliche, wenn nicht gleiche praktische und rechtliche Fragen stellen, ist es sicher von Gewinn, sich mit der entsprechenden EU-Gesetzgebung und der Rechtsprechung des EuGH auseinanderzusetzen.

Da die EU im Jahr 2019 keine neuen gesetzgeberischen Erlasse herausgegeben hat, kann nicht Neues berichtet werden. Die eingangs des vorliegenden Artikels erwähnte (unverbindliche) Mitteilung der Kommission enthält aber eine Fülle verschiedener auch für die schweizerische Beschaffungspraxis bedenkenswerter Hinweise. Den Vergabestellen kann nur geraten werden, sich damit zu befassen.

Festzustellen ist im Weiteren, dass sowohl das europäische Vergaberecht wie auch die revidierten Rechtsgrundlagen des schweizerischen Beschaffungsrechts öffentliche Beschaffungen vermehrt in den Dienst von weiteren öffentlichen Interessen stellen wollen. Im Vordergrund steht dabei die Nachhaltigkeit öffentlicher Beschaffungen und das Anliegen, von der (allerdings nirgends festgeschriebenen) Praxis der Vergabe nach dem tiefsten Preis wegzukommen. Diese Anliegen sind an sich berechtigt; allein die Umsetzung in die Praxis dürfte enorm hohe Anforderungen an die öffentlichen Auftraggeberinnen stellen.¹⁶ Schon nur ein Blick auf die Liste der weiteren begleitenden Dokumente der EU-Kommission, welche sie in der vorerwähnten Mitteilung aufführt, zeigt auf, welche umfassenden Kenntnisse sich die Vergabestellen aneignen müssen, um die hochgesteckten Ziele zu erreichen. Aus praktischer Sicht bleibt zudem zu vermerken, dass sich in vielen Vergabefällen der Sachverhalt ergeben wird, in welchen qualitativ gleichwertige Angebote vorliegen und dann der Preis dennoch (weiterhin und unausweichlich) die ausschlaggebende Differenz für den Zuschlag ausmachen wird. Die Vergabestellen stehen jedoch mindestens psychologisch unter erheblichem Druck, von der Vergabe nach dem tiefsten Preis wegzukommen. Das kann dazu führen, dass künstlich nach Qualitätsunterschieden zwischen Offerten gesucht wird, die an sich sachlich nicht

¹⁶ Vgl. dazu etwa: DE ROSSA GISIMUNDO FEDERICA, Nachhaltigkeit und Protektionismus im öffentlichen Beschaffungswesen, recht 2019, 166 ff.; SCHNEUWLY ANNE MIRIAM, Förderung der ökologischen und sozialen Verantwortung durch den Bund im öffentlichen Beschaffungswesen und in der Privatwirtschaft, SZW 2019, 654 ff.

begründbar und damit nicht relevant sind, aber die Berücksichtigung einer teureren Offerte (scheinbar) legitimieren. Da die Vergabestellen über einen gewissen Ermessensspielraum verfügen und sich bei vielen Aufträgen zudem hochtechnische Fragen stellen, werden die Gerichte eine solche Vergabepraxis in der Regel wohl schützen. Das kann insgesamt dazu führen, dass in absehbarer Zeit sich die Frage stellen wird, ob das öffentliche Beschaffungswesen in seiner neuen Prägung insgesamt nicht zu zu hohen volkswirtschaftlichen Kosten führt. Damit wäre man wieder bei der Ausgangslage, die in der Schweiz Mitte der 90-er Jahre zu einer Reform des öffentlichen Beschaffungswesens und einer (allerdings auch nicht zu begrüßenden) Fokussierung auf hauptsächlich finanzielle Aspekte der öffentlichen Beschaffungen geführt haben.

Arbeitsrecht

Wesselina Uebe / Thomas Geiser

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU (WESSELINA UEBE)	148
1.	Einführung	148
2.	Work Life Balance – Richtlinie	149
3.	Whistleblower – Richtlinie	150
4.	Transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen – Richtlinie	152
5.	Paneuropäisches Pensionsprodukt	156
6.	Arbeitszeit	158
a)	EuGH: Arbeitszeiterfassung	158
b)	EuGH: Berechnung der Bezugszeiträume zulässiger Höchstarbeitszeiten	160
7.	Urlaubsrecht	162
a)	EuGH: Christliche Feiertage für Angehörige anderer Kirchen	162
b)	EuGH: Gutschrift von Krankheitstagen während des Urlaubs	164
8.	Soziale Systeme	165
9.	Arbeitnehmerentsendung	166
10.	Institutionelle Fragen	167
a)	Neue Europäische Arbeitsbehörde	167
b)	Einführung von Mehrheitsentscheidungen in der Sozialpolitik	169
II.	Rechtsentwicklungen in der Schweiz (THOMAS GEISER)	170
1.	Einführung	170
2.	Gesetzgebung	171
a)	Whistleblower	171
b)	Arbeitszeiten und Arbeitsbedingungen	172
c)	Elternurlaub	173
d)	Gleichstellung von Mann und Frau	173
3.	Rechtsprechung	174
a)	Neue Arbeitsformen	174
b)	Schutz vor Diskriminierung	176
c)	Sozialpläne	178
d)	Überwachung am Arbeitsplatz	182
e)	Ferien	183

I. Rechtentwicklungen in der EU

i. Einführung

Das Jahr 2019 war ein politisch turbulentes Jahr geprägt von Parlamentswahlen, Neuaufstellung der Kommission und vom Austritt Grossbritanniens aus der EU. Kaum hatten das neu gewählte EU-Parlament und die neu besetzte EU-Kommission ihre Arbeit nach monatelangen Personaldiskussionen aufgenommen stand auch schon die definitive Bestätigung des Brexits im Haus und sorgte abermals für Unruhe.

Nichtsdestotrotz wurden im Jahr 2019 bedeutsame Rechtsakte verabschiedet, wie etwa die Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben (s.u. 2.), die Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (s.u. 3.), die Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen (s.u. 4.) oder die Verordnung über ein paneuropäisches Pensionsprodukt (s.u. 5.). Ferner hat auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) die Rechtentwicklung in den Bereichen Arbeitszeit und Recht auf Urlaub weiter geprägt. Darüber hinaus hat im Jahr 2019 auch die neu geschaffene Arbeitsbehörde (s.u. 10. a)) ihre Arbeit in Bratislava aufgenommen und soll die Mitgliedstaaten in Fragen der grenzüberschreitenden Arbeitskräftemobilität unterstützen. Schliesslich hat die Kommission in einer Mitteilung (s.u. 10. b)) dafür plädiert, die letzten Bereiche einstimmiger Beschlussfassung in der Sozialpolitik ins ordentliche Gesetzgebungsverfahren aufzunehmen und so die Rechtsetzung mittels Mehrheitsentscheidungen zu erleichtern.

Eine am 9. April 2019 durchgeführte Konferenz zur Zukunft der Arbeit¹ hat insoweit auch aufgezeigt, dass noch viele neue Herausforderungen auf die europäischen Rechtsetzungsorgane zukommen. Das Resümee der Konferenz lautete, dass Megatrends wie Digitalisierung, Globalisierung, Migration, Klimawandel und demografischer Wandel die Europäische Union verändern. So seien auch die Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt, die sich derzeit vollziehen, unumkehrbar – zum Beispiel die Automatisierung und neue Geschäftsmodelle wie die Plattformwirtschaft, die durch die digitale Technik ermöglicht werden. Das europäische Sozialmodell muss einerseits auf neue Herausfor-

¹ Hochrangige Konferenz - Die Zukunft der Arbeit: Heute. Morgen. Für alle. - Dokumente zum Thema,
<<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=88&langId=de&eventsId=1386&moreDocuments=yes&tableName=events>>.

derungen einer globalisierten Welt reagieren und die Vorteile der technologischen Innovation ausschöpfen können, soll aber andererseits bewahrt und gestärkt werden.

2. Work Life Balance – Richtlinie

Am 20. Juni 2019 haben das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige verabschiedet².

Mit der neuen Richtlinie sollen neue und höhere Standards für Eltern-, Vaterschafts- und Pflegeurlaub festgelegt und das Recht eingeführt werden, flexible Arbeitsregelungen zu beantragen. So wird etwa für Väter oder nach nationalem Recht gleichgestellte zweite Elternteile nach der Geburt ihres Kindes europaweit ein Vaterschaftsurlaub von mindestens 10 Tagen vorgesehen, der in Höhe des Krankengeldes vergütet wird. Es gibt einen individuellen Anspruch auf vier Monate Elternurlaub, bevor das Kind ein bestimmtes Alter erreicht (maximal acht Jahre). Zudem sollen zwei Monate des Urlaubs nicht mehr zwischen Elternteilen übertragbar sein und in der von den Mitgliedstaaten festgelegten Höhe vergütet werden, womit ein Anreiz für Väter geschaffen werden soll, die Möglichkeit des Elternurlaubs ebenfalls zu nutzen. Neu eingeführt wird ein Pflegeurlaub für die Betreuung von Verwandten, die aufgrund schwerer medizinischer Probleme pflegebedürftig sind oder Unterstützung benötigen. Pflegende berufstätige Angehörige werden einen Anspruch auf jeweils fünf Tage pro Jahr für Pflegetätigkeiten bei Erkrankung eines direkten Angehörigen geltend machen können. Bei dringenden familiären Gründen müssen Arbeitnehmer ein Recht auf Arbeitsfreistellung haben.

Sodann räumen die neuen Vorschriften Eltern von Kindern bis zwölf Jahren und pflegenden Angehörigen, das Recht ein, flexiblere Arbeitsregelungen zu beantragen, wie reduzierte oder flexible Arbeitszeiten oder Telearbeit. Dabei sollen die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen berücksichtigt und nicht übermäßig beeinträchtigt werden. Die Richtlinie wird durch politische und finanzielle Massnahmen ergänzt, um die Mitgliedstaaten dabei zu unterstützen, den bestehenden Kündigungsschutz zu stärken, formale Betreuungs- und Pflegedienste aufzubauen und wirtschaftliche Negativanreize zu beseiti-

² Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU des Rates, ABl. L 188 vom 12. Juli 2019, 79 ff.

gen, die Zweitverdiener davon abhalten, erwerbstätig zu sein. Dabei können die Mitgliedstaaten die Sozialpartner mit der Umsetzung der Richtlinie beauftragen, solange die angestrebten Ergebnisse gewährleistet werden.

3. Whistleblower – Richtlinie

Das Europäische Parlament und der Rat haben am 7. Oktober 2019 die Richtlinie angenommen, die Whistleblowern künftig EU-weit einheitliche Schutzstandards garantiert³. Die neuen Regelungen verpflichten öffentliche und private Organisationen sowie Behörden dazu, sichere Kanäle für die Meldung von Missständen einzurichten, sodass Hinweisgeber Verstöße gegen das EU-Recht möglichst gefahrlos melden können.

Die neuen Vorschriften umfassen im Wesentlichen folgende Punkte:

- Einrichtung von Meldekanälen innerhalb von Unternehmen und Verwaltungen: Die Richtlinie will Whistleblower nicht nur schützen, falls sie einen Verstoss melden, sondern auch eine effektive Meldeinfrastruktur für potenzielle Hinweisgeber gewährleisten. Daher werden die Mitgliedstaaten verpflichtet sicherzustellen, dass juristische Personen des privaten Sektors mit 50 oder mehr Arbeitnehmern sowie Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern zuverlässig funktionierende Meldekanäle und Verfahren für interne Meldungen und daran anschliessende Folgemaßnahmen einrichten (Art. 8).
- Hierarchie der Meldekanäle: Art. 6 der Richtlinie legt die Voraussetzungen für den Schutz des Hinweisgebers fest. Anspruch auf Schutz hat danach, wer mit hinreichendem Grund davon ausgehen durfte, dass die gemeldete Information zutrifft und einen Verstoss darstellt, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Der Hinweisgeber kann die Meldung nach seiner Wahl zunächst intern, dh an eine geeignete Stelle innerhalb der Organisation, melden oder sich sogleich extern an die zuständige Behörde wenden (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b iVm Art. 7 und 10). Legt der Hinweisgeber die Informationen über den vermeintlichen Verstoss offen, geht er also an die Öffentlichkeit (vgl. Art. 5 Nr. 5), so hat er nur dann Anspruch auf den durch die Richtlinie gewährten Schutz, wenn er
 - (1) zunächst intern oder extern gemeldet hat, aber innerhalb der in der Richtlinie festgelegten Höchstfristen von drei bzw. sechs Monaten keine geeigneten Massnahmen ergriffen worden sind, oder wenn er

³ Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl. L 305 vom 26. November 2019, 17 ff.

- (2) davon ausgehen durfte, dass der Verstoss eine „unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses“ darstellen kann, oder
- (3) dass im Falle einer externen Meldung Repressalien zu befürchten sind oder aufgrund der besonderen Umstände des Falls geringe Aussichten bestehen, dass wirksam gegen den Verstoss vorgegangen wird, etwa bei Kollusion zwischen dem Delinquenten und der Behörde (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b iVm Art. 15 Abs. 1).
- **Persönlicher Anwendungsbereich:** Die Richtlinie zieht den Kreis der geschützten Personen weit. Als Hinweisgeber werden Personen definiert, „die nicht schweigen, wenn sie im Rahmen ihrer Arbeit Fehlverhalten feststellen, das dem öffentlichen Interesse zuwiderläuft; etwa wenn dadurch die Umwelt, die öffentliche Gesundheit, die Verbrauchersicherheit oder die öffentlichen Finanzen Schaden nehmen“. Geschützt werden sollen Angestellte und Beamte auf nationaler oder lokaler Ebene, Freiwillige und Praktikanten, nicht geschäftsführende Mitglieder, Gesellschafter und mehr. Dem liegt der zutreffende Gedanke zugrunde, dass für eine effektive Rechtsdurchsetzung qua Whistleblowing möglichst alle Personengruppen geschützt werden sollten, die „aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit, unabhängig von der Art dieser Tätigkeit sowie davon, ob diese vergütet wird oder nicht, privilegierten Zugang zu Information über Verstöße, deren Meldung im öffentlichen Interessen liegt, haben und die im Falle einer solchen Meldung Repressalien erleiden könnten“⁴. Keine Rolle spielt dabei, welche Motive den Hinweisgeber zur Meldung veranlassen haben⁵. Sie und auch ihre Unterstützer wie Angehörige und Kollegen sollen davor geschützt werden, suspendiert, herabgestuft oder eingeschüchtert zu werden. Behörden und Unternehmen müssen innerhalb von drei Monaten auf Meldungen von Missständen reagieren und diese weiterverfolgen.
 - **Sachlicher Anwendungsbereich:** Die Richtlinie erfasst gem. Art. 2 Abs. 1 die Meldung von Verstößen gegen die unterschiedlichsten Vorschriften des EU-Rechts. Zu diesen Rechtsbereichen zählen u.a. das öffentliche Auftragswesen, Finanzdienstleistungen, Produktsicherheit, Umweltschutz, Verhütung von Geldwäsche, Gesundheitswesen oder Verbraucherschutz, nicht jedoch Fragen der nationalen Sicherheit (Art. 3 Abs. 2). Aus Gründen der Rechtssicherheit wurde der Richtlinie eine Liste mit allen erfassten EU-Rechtsinstrumenten angefügt. Die Mitgliedstaaten können bei der Umsetzung der Neuregelung über diese Liste hinausgehen. Soweit die in

⁴ Siehe Erwägungsgrund 37.

⁵ Siehe Erwägungsgrund 32.

Bezug genommenen EU-Rechtsakte eigene, „sektorspezifische“ Regelungen zum Whistleblowing vorsehen, gehen diese vor (Art. 3 Abs. 1). Die Richtlinie umfasst nur die Meldung von „Verstössen“ gegen die in Art. 2 aufgelisteten EU-Rechtsakte einschliesslich rechtsmissbräuchlicher Verhaltensweisen (Art. 5 Nr. 1). Nicht geregelt ist damit die Meldung rechtmässigen, aber irgendwie „unethischen“ oder dem öffentlichen Interesse zuwider laufenden Verhaltens.

- Unterstützung und Schutzvorkehrungen für Hinweisgeber: Die Richtlinie gewährleistet den Schutz von Hinweisgebern, indem sie den Mitgliedstaaten aufgibt, Repressalien und deren Androhung zu verbieten (Art. 19), die erforderlichen Massnahmen zum Schutz vor gleichwohl angewandten Repressalien zu ergreifen (Art. 21) sowie Zugang zu so genannten unterstützenden Massnahmen zu gewähren (Art. 20). Unter Repressalien versteht die Richtlinie direkte oder indirekte Handlungen oder Unterlassungen in einem beruflichen Kontext, die durch eine interne oder externe Meldung oder eine Offenlegung ausgelöst werden und durch die dem Hinweisgeber ein ungerechtfertigter Nachteil entsteht oder entstehen kann (Art. 5 Nr. 11). Art. 19 listet einige wichtige Beispiele auf, wie etwa Suspendierung oder Kündigung, Herabstufung oder Versagung einer Beförderung, negative Leistungsbeurteilung, Disziplinar massnahmen, Mobbing und Ausgrenzung, Diskriminierung, Rufschädigung, Blacklisting oder – besonders perfide – psychiatrische oder ärztliche Überweisungen.
- Rückmeldepflichten für Behörden und Unternehmen: Behörden und Unternehmen müssen innerhalb von drei Monaten auf Meldungen von Missständen reagieren und diese weiterverfolgen (wobei für externe Kanäle diese Frist in ausreichend begründeten Fällen auf sechs Monate verlängert werden kann).

Die Mitgliedstaaten haben zwei Jahre Zeit, um die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen.

4. Transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen – Richtlinie

Am 20. Juni 2019 haben der Rat und das Parlament die Richtlinie über transparente und verlässliche Arbeitsbedingungen⁶ angenommen. Hierbei handelt es sich um eine Aktualisierung der sogenannten „Richtlinie über schriftliche Erklärungen“. Diese Richtlinie stammt aus dem Jahr 1991; seitdem hat sich

⁶ Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. L 186 vom 11. Juli 2019, 105 ff.

die Arbeitswelt jedoch erheblich verändert. Der demografische Wandel hat zu einer grösseren Vielfalt der Erwerbsbevölkerung geführt und die Digitalisierung hat die Schaffung neuer Beschäftigungsformen und die Flexibilisierung der Beschäftigungsverhältnisse erleichtert. In den letzten Jahren wurde mit jedem vierten Arbeitsvertrag ein atypisches Beschäftigungsverhältnis geschlossen; unter diesen Oberbegriff fallen alle anderen als unbefristete Vollzeit-Arbeitsverhältnisse, wobei das Spektrum von der „klassischen“ Teilzeit bis hin zu Arbeit auf Abruf ohne eine garantierte Stundenzahl reicht.

Zweck der Richtlinie ist es gem. Art. 1 Abs. 1, die Arbeitsbedingungen zu verbessern, indem eine transparentere und vorhersehbarere Beschäftigung gefördert und zugleich die Anpassungsfähigkeit des Arbeitsmarktes gewährleistet wird. Der Arbeitgeber hat nach dem Grundsatz über die Bereitstellung von Informationen (Art. 3) jedem Arbeitnehmer die gemäss der Richtlinie erforderlichen Informationen schriftlich zur Verfügung stellen. Die Informationen sind in Papierform oder – sofern die Informationen für den Arbeitnehmer zugänglich sind, gespeichert und ausgedruckt werden können und der Arbeitgeber einen Übermittlungs- oder Empfangsnachweis erhält – in elektronischer Form zur Verfügung zu stellen und zu übermitteln.

Erfasst werden gem. Art. 1 Abs. 1 alle Arbeitnehmer in der Union, die nach den Rechtsvorschriften, Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten in dem jeweiligen Mitgliedstaat einen Arbeitsvertrag haben oder in einem Arbeitsverhältnis stehen. Arbeitnehmer, deren im Voraus festgelegte und tatsächlich geleistete Arbeitszeit in einem Referenzzeitraum von vier aufeinanderfolgenden Wochen im Durchschnitt nicht mehr als drei Stunden wöchentlich beträgt, sind gem. Art. 1 Abs. 1 vom Geltungsbereich ausgenommen. Dies gilt aber wiederum dann nicht, wenn es sich um Zeiten von Arbeitnehmern handelt, die bei Arbeitgebern geleistet werden, welche ein Unternehmen, eine Gruppe oder eine Organisation bilden oder einem Unternehmen, einer Gruppe oder einer Organisation angehören; dann werden diese dem Dreistunden-Durchschnitt zugerechnet, Art. 1 Abs. 3. Die Richtlinie zielt damit insbesondere auf den Schutz von Arbeitnehmern, deren Arbeitsvolumen gering und deren Arbeitszeitplan weitgehend unvorhersehbar ist und damit auf die sog. „Gig Economy“ sowie deren vielfältige variable Arbeitsformen (z. B. click working, crowd working) ab.

Die Arbeitgeber sind gem. Art. 4 Abs. 1 und 2 verpflichtet, die Arbeitnehmer zumindest über die folgenden wesentlichen Aspekte des Arbeitsverhältnisses zu unterrichten:

- die Personalien der Parteien des Arbeitsverhältnisses;
- den Arbeitsort; falls es sich nicht um einen festen oder vorherrschenden Arbeitsort handelt: den Hinweis darauf, dass der Arbeitnehmer grundsätzlich an verschiedenen Orten tätig wird oder ihren bzw. seinen Arbeitsort frei wählen kann, sowie den Sitz des Unternehmens oder ggf. den Wohnsitz des Arbeitgebers;
- entweder die Funktionsbezeichnung, den Grad sowie die Art oder Kategorie der Arbeit, die dem Arbeitnehmer bei der Einstellung zugewiesen wurden, oder eine kurze Charakterisierung oder Beschreibung der Arbeit;
- den Zeitpunkt des Beginns des Arbeitsverhältnisses;
- bei befristeten Arbeitsverhältnissen das Enddatum oder die erwartete Dauer des Arbeitsverhältnisses;
- bei Leiharbeitnehmern: die Identität der entleihenden Unternehmen, wenn und sobald bekannt;
- ggfs. die Dauer und die Bedingungen der Probezeit;
- ggfs. den Anspruch auf vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildung;
- die Dauer des bezahlten Urlaubs, auf den der Arbeitnehmer Anspruch hat, oder, falls dies zum Zeitpunkt der Unterrichtung nicht angegeben werden kann, die Modalitäten der Gewährung und der Festlegung dieses Urlaubs;
- das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, einschliesslich der formellen Anforderungen und der Länge der Kündigungsfristen, oder, falls die Kündigungsfristen zum Zeitpunkt der Unterrichtung nicht angegeben werden können, die Modalitäten der Festsetzung der Kündigungsfristen;
- die Vergütung, einschliesslich des anfänglichen Grundbetrags, sofern vorhanden anderer Bestandteile, die getrennt anzugeben sind, und der Periodizität und der Art der Auszahlung der Vergütung, auf die der Arbeitnehmer Anspruch hat;
- falls die Arbeitsmuster völlig oder grösstenteils vorhersehbar sind: die Länge des Standardarbeitstages oder der Standardarbeitswoche des Arbeitnehmers sowie ggf. die Modalitäten und die Vergütung von Überstunden und, sofern zutreffend, etwaige Modalitäten von Schichtänderungen;
- falls die Arbeitsmuster völlig oder grösstenteils unvorhersehbar sind, teilt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Folgendes mit:
- den Grundsatz, dass der Arbeitsplan variabel ist, die Anzahl der garantierten bezahlten Stunden und die Vergütung für zusätzlich zu diesen garantierten Stunden erbrachte Arbeiten;
- die Referenzstunden und die Referenztage, innerhalb derer der Arbeitnehmer aufgefordert werden kann zu arbeiten;

- die Mindestankündigungsfrist, auf die der Arbeitnehmer vor Beginn eines Arbeitsauftrags Anspruch hat, und, falls zutreffend, die Frist für einen Widerruf nach Artikel 10 Abs. 3;
- ggfs. die Angabe der Kollektiv- bzw. Tarifverträge, in denen die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers geregelt sind, oder bei ausserhalb des Unternehmens durch einzelne paritätische Stellen oder Institutionen abgeschlossenen Kollektiv- bzw. Tarifverträgen: Angabe solcher Stellen oder paritätischen Institutionen, in deren Rahmen sie abgeschlossen wurden;
- falls der Arbeitgeber dafür zuständig ist die Identität der Sozialversicherungsträger, die die Sozialbeiträge im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis und einem ggf. vom Arbeitgeber gewährten Sozialversicherungsschutz erhalten

Die Informationen gem. Art. 4 Abs. 2 lit. a bis e, g, k, l und m sind dem Arbeitnehmer individuell zwischen dem ersten Arbeitstag und spätestens dem siebten Kalendertag in Form eines oder mehrerer Dokumente zur Verfügung zu stellen. Die übrigen Informationen sind dem Arbeitnehmer individuell innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Beschäftigung zur Verfügung zu stellen. Die Informationen müssen „in Form eines Dokuments“ erfolgen und die Mitgliedstaaten sollten Vorlagen und Modelle für diese entwickeln, die sie dem Arbeitnehmer sowie dem Arbeitgeber unter anderem auf einer offiziellen nationalen Website zugänglich machen.

Weiterhin werden Mindestrechte für Arbeitnehmer festgelegt. So haben die Mitgliedstaaten gem. Art. 8 Abs. 1 sicherzustellen, dass eine Probezeit nicht länger als sechs Monate dauert, die Probezeitdauer im Verhältnis zur erwarteten Dauer des Vertrags und der Art der Tätigkeit steht sowie bei einer Vertragsverlängerung für dieselbe Funktion und dieselben Aufgaben für das Arbeitsverhältnis keine neue Probezeit gilt. Des Weiteren müssen die Mitgliedstaaten gem. Art. 9 dafür sorgen, dass ein Arbeitgeber einem Arbeitnehmer weder verbieten darf, ausserhalb des mit ihm festgelegten Arbeitsplans ein Arbeitsverhältnis mit anderen Arbeitgebern aufzunehmen, noch ihn benachteiligen darf, falls er dies tut. Die Mitgliedstaaten dürfen aber Bedingungen festlegen, bei deren Vorliegen die Arbeitgeber aus objektiven Gründen Unvereinbarkeitsbestimmungen anwenden dürfen, etwa aus Gründen der Gesundheit und der Sicherheit, zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen, der Integrität des öffentlichen Dienstes oder zur Vermeidung von Interessenkonflikten.

Die Richtlinie ist bis zum 1. August 2022 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen.

5. Paneuropäisches Pensionsprodukt

Das Europäische Parlament und der Rat haben am 20. Juni 2019 eine Verordnung über ein paneuropäisches Pensionsprodukt erlassen⁷. Die Verordnung hat zum Ziel, einheitliche Vorgaben für eine neue Kategorie von privaten Altersvorsorgeplänen zu schaffen, welche in der ganzen EU und im EWR Raum vertrieben werden sollen (sog. pan-European pension products, PEPP). Beim PEPP handelt es sich um ein Produkt der privaten Altersvorsorge („dritten Säule“). Es soll auf freiwilliger Basis die staatliche und betriebliche Altersvorsorge („erste und zweite Säule“) ergänzen. Die Entscheidung über die steuerliche Behandlung des PEPP liegt in der ausschliesslichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.

Im Einzelnen soll die Verordnung sicherstellen, dass Menschen, die für ihren Ruhestand sparen wollen, künftig zwischen mehr Produkten wählen können. Gleichzeitig zielt die Richtlinie darauf ab, den Ausbau des Marktes für die private Altersvorsorge zu fördern. Nach Angaben der Kommission verfügen bislang nur 27% der Europäerinnen und Europäer im Alter von 25 bis 59 Jahren über eine private Altersvorsorge. Nach der neuen Regelung werden PEPPs die gleichen Standardmerkmale aufweisen, unabhängig davon wo sie verkauft werden. Sie sollen von einem breiten Spektrum von Anbietern, vor allem von Versicherungsunternehmen, Banken, betrieblichen Pensionsfonds, Investmentfirmen und Vermögensverwaltern, angeboten werden.

PEPPs dürfen nur angeboten werden, wenn sie im öffentlichen Zentralregister der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge (EIOPA) eingetragen sind („PEPP Label“). Die Entscheidung über die Registrierung fällen die zuständigen nationalen Aufsichtsbehörden. Die laufende Aufsicht über PEPP erfolgt primär durch die nationalen Aufsichtsbehörden. Ferner darf ein PEPP maximal sechs Anlageoptionen mit unterschiedlichem Chancen-Risiko-Profil aufweisen. Bei sämtlichen Anlageoptionen soll der Einsatz von Garantien oder Risikominderungstechniken für einen angemessenen Kundenschutz sorgen. Die sichere Standardanlageoption wird als Basis-PEPP bezeichnet. Das Basis-PEPP muss eine zum Beginn der Leistungsphase fällige Garantie auf das veranlagte Kapital aufweisen oder Risikominderungstechniken einsetzen, die mit dem Ziel im Einklang stehen, das veranlagte Kapital zurückzuerlangen. Die Kosten und Gebühren des Basis-PEPP sind mit 1% des pro Jahr angesparten Kapitals gedeckelt. Die Verordnung

⁷ Verordnung (EU) 2019/1238 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP) (Text von Bedeutung für den EWR), ABl. L 198 vom 25. Juli 2019, 1–63.

legt auch fest, dass PEPPs nur nach einer Beratung vertrieben werden dürfen. Das empfohlene PEPP und die empfohlene Anlageoption muss den individuellen altersversorgungsbezogenen Wünschen und Bedürfnissen der potenziellen Kundinnen und Kunden entsprechen. Im Rahmen der Beratung ist insbesondere der Bedarf nach einem Rentenprodukt zu prüfen. Dabei sind Altersvorsorgeansprüche der ersten und zweiten Säule zu berücksichtigen. Ein kurzes standardisiertes PEPP-Basisinformationsblatt („PEPP key information document“) soll die wesentlichen Produkteigenschaften transparent darstellen und Produktvergleiche erleichtern. Bei PEPP ohne Kapitalgarantie bestehen besondere Warnpflichten. Vor Vertragsabschluss und jährlich während der Vertragslaufzeit sind individuelle Prognoserechnungen über die voraussichtlichen Leistungen zur Verfügung zu stellen.

Die Veranlagung des Vermögens erfolgt nach dem Grundsatz der unternehmerischen Vorsicht („prudent person principle“). Im Rahmen dieses Grundsatzes – und damit unter primärer Wahrung der Interessen der Kundinnen und Kunden – sind auch Nachhaltigkeitsrisiken und die möglichen langfristigen Auswirkungen auf ökologische, soziale und die Unternehmensführung betreffende Faktoren („environmental, social and governmental factors“) zu berücksichtigen. Das PEPP soll so einen Beitrag zur nachhaltigen Finanzierung („sustainable finance“) leisten.

Da es sich beim PEPP um ein langfristiges Altersvorsorgeprodukt handelt, ist eine Kündigung vor Pensionsantritt nur in Ausnahmefällen möglich. Sparerinnen und Sparer können jedoch zumindest alle fünf Jahre den Anbieter wechseln, wobei die Kosten für den Anbieterwechsel gedeckelt sind („switching service“). Auch die Anlageoption kann zumindest alle fünf Jahre gewechselt werden.

Der paneuropäische Charakter des PEPP wird durch die Mitnahmefähigkeit gewährleistet. Bei einem Wohnsitzwechsel innerhalb der EU können Sparerinnen und Sparer weiterhin in das PEPP einzahlen („portability service“). Steuerliche Förderungen werden davon abhängig sein, in welchem Mitgliedstaat die Sparerin oder der Sparer steuerpflichtig ist und welche Förderungen dieser Mitgliedstaat gewährt.

Zusätzlich können PEPP biometrische Risiken abdecken. Dazu zählt insbesondere die Versicherung des Langlebighkeitsrisikos mittels Gewährung einer lebenslangen Rente. Beim Basis-PEPP ist Sparerinnen und Sparern vor Pensionsantritt ein Altersvorsorgeplan vorzulegen. Dieser soll die nachhaltige Nutzung des angesparten Kapitals erleichtern. Um den Charakter des PEPP als

Pensionsvorsorgeprodukt weiter stärken, können die Mitgliedstaaten Auszahlungsvarianten wie lebenslange Renten besonders fördern und Einmalauszahlungen beschränken.

Derzeit ist der europäische Markt für die private Altersvorsorge zersplittert, weil es eine Vielzahl unterschiedlicher Regelungen gibt, die die Entwicklung eines EU-weiten Marktes behindern. In einigen Mitgliedstaaten gibt es nahezu keinen Markt. Die Auswahl der Produkte, die auf Kapitalmarktinstrumenten basieren, ist meist begrenzt. Dies führt zu höheren Kosten für die Sparerinnen und Sparer und zu einer mangelnden Liquidität der Märkte. Die neu geschaffenen PEPPs werden den Menschen eine europaweite Sparmöglichkeit verschaffen, die die gesetzliche, betriebliche und nationale Altersvorsorge ergänzt.

Sobald die dazugehörigen delegierten Rechtsakte erlassen worden sind, wird die Verordnung anwendbar sein.

6. Arbeitszeit

a) *EuGH: Arbeitszeiterfassung*

Der Europäische Gerichtshof hat mit seinem Urteil vom 14. Mai 2019 festgestellt, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union die Arbeitgeber dazu verpflichten müssen, die Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer systematisch zu erfassen⁸. Nur so könne kontrolliert und durchgesetzt werden, dass die Arbeitszeitregeln eingehalten und der bezweckte Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer gewährleistet wird.

Im Ausgangsverfahren hat eine spanische Gewerkschaft die Deutsche Bank vor dem Nationalen Gerichtshof Spaniens (Audiencia Nacional) mit dem Ziel verklagt, die Verpflichtung der Deutschen Bank zur Einrichtung eines Systems zur Erfassung der täglichen Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter festzustellen. Nach Auffassung der Gewerkschaft ergibt sich die Verpflichtung zur Einrichtung eines solchen Registrierungssystems nicht nur aus den spanischen Rechtsvorschriften, sondern auch aus der EU-Grundrechtecharta und der Arbeitszeitrichtlinie [2003/88/EG](#)⁹. Die Deutsche Bank ist hingegen der Ansicht, dass das spanische Gesetz nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichts Spaniens (Tribunal Supremo) nur die Erfassung der von den Arbeitnehmern geleisteten Überstunden sowie die Übermittlung der Überstundenzahl zum jeweili-

⁸ EuGH, Urteil vom 14. Mai 2019 in der Rechtssache C-55/18, ECLI:EU:C:2019:402 – CCOO/Deutsche-Bank SAE.

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

gen Monatsende an die Arbeitnehmer und ihre Vertreter vorschreibe, sofern nichts anderes vereinbart worden sei. Der Nationale Gerichtshof bezweifelte, dass die Auslegung des Obersten Gerichts mit dem Unionsrecht vereinbar ist, und rief den EuGH im Vorabentscheidungsverfahren an. Er führte aus, dass 53,7% der in Spanien geleisteten Überstunden nicht erfasst würden. Darüber hinaus halte es das spanische Ministerium für Beschäftigung und soziale Sicherheit zur Feststellung, ob Überstunden geleistet worden seien, für erforderlich, die Zahl der gewöhnlich geleisteten Arbeitsstunden genau zu kennen. Ohne eine systematische Erfassung der Arbeitszeit verlören sowohl die Arbeitnehmer als auch die Gewerkschaften ein wesentliches Beweismittel, um eine Überschreitung der Höchstarbeitszeit zu belegen beziehungsweise die Einhaltung der der Arbeitszeitregeln zu überprüfen. Daher könne das spanische Recht nicht gewährleisten, dass die in der Arbeitszeitrichtlinie und der Richtlinie [89/391/EWG](#) über die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer bei der Arbeit vorgesehenen Verpflichtungen eingehalten werden.

Laut EuGH müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, um die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit zu erfassen. Die Auslegung des spanischen Rechts durch das Oberste Gericht verstosse im Licht der EU-Grundrechtecharta gegen die genannten Richtlinien. Der EuGH betont, dass jeder Arbeitnehmer ein Grundrecht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten habe, das in der EU-Grundrechtecharta verbürgt sei und durch die Arbeitszeitrichtlinie weiter präzisiert werde. Die Mitgliedstaaten müssten dafür sorgen, dass den Arbeitnehmern die ihnen verliehenen Rechte zugutekommen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer als die schwächere Partei des Arbeitsvertrags anzusehen ist. Daher müsse verhindert werden, dass der Arbeitgeber dessen Rechte beschränkt.

Ohne ein System der systematischen Arbeitszeiterfassung könne weder die Zahl der geleisteten Arbeitsstunden und ihre zeitliche Verteilung noch die Zahl der Überstunden objektiv und verlässlich ermittelt werden, so der EuGH weiter. Für die Arbeitnehmer sei es in diesem Fall äusserst schwierig oder gar praktisch unmöglich, ihre Rechte durchzusetzen. Denn die objektive und verlässliche Bestimmung der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit sei unerlässlich für die Feststellung, ob die wöchentliche Höchstarbeitszeit einschliesslich der Überstunden sowie die täglichen und wöchentlichen Ruhezeiten eingehalten worden seien.

Ziel der Arbeitszeitrichtlinie sei es, einen besseren Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Eine nationale Regelung, die keine Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung vorsieht, könnte dieses Ziel

unabhängig von der nach dem nationalen Recht vorgesehenen wöchentlichen Höchst Arbeitszeit gefährden. Dagegen biete ein Arbeitszeiterfassungssystem den Arbeitnehmern ein besonders wirksames Mittel, einfach zu objektiven und verlässlichen Daten über die tatsächlich geleistete Arbeitszeit zu gelangen. Es erleichtere sowohl den Arbeitnehmern den Nachweis einer Verken- nung ihrer Rechte als auch den zuständigen Behörden und nationalen Gerich- ten die Kontrolle der tatsächlichen Beachtung dieser Rechte.

Laut EuGH müssen die Mitgliedstaaten die Arbeitgeber daher verpflichten, ein objektives, verlässliches und zugängliches Arbeitserfassungssystem einrich- ten, um die nützliche Wirkung der von der Arbeitszeitrichtlinie und der EU- Grundrechtecharta verliehenen Rechte zu gewährleisten. Dabei obliege es den Mitgliedstaaten, die konkreten Modalitäten zur Umsetzung eines solchen Sys- tems zu bestimmen und dabei gegebenenfalls den Besonderheiten des jeweili- gen Tätigkeitsbereichs oder Eigenheiten, sogar der Grösse, bestimmter Unter- nehmen Rechnung zu tragen.

b) EuGH: Berechnung der Bezugszeiträume zulässiger Höchst arbeitszeiten

In seinem Urteil vom 11. April 2019 hat der EuGH festgestellt, dass für die Berechnung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit Bezugszeit- räume mit Beginn und Ende an festen Kalendertagen vorgesehen werden kön- nen. Solche nationalen Regelungen müssen jedoch Mechanismen enthalten, die gewährleisten können, dass die durchschnittliche wöchentliche Höchst- arbeitszeit von 48 Stunden während jedes auf zwei aufeinanderfolgende feste Bezugszeiträume verteilten Sechsmonatszeitraums eingehalten wird ¹⁰.

Ein französisches Dekret bestimmt für die Arbeits- und Ruhezeiten der fran- zösischen Police Nationale: „Die gemessene wöchentliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum, einschliesslich Überstunden, darf während eines Kalen- derhalbjahrs 48 Stunden im Durchschnitt nicht überschreiten.“ Die 48-Stun- den-Obergrenze entspricht Art. 6 Buchst. b) der Arbeitszeitrichtlinie 2003/ 88/EG. Insoweit erlaubt Art. 16 Buchst. b) der Richtlinie den Mitgliedstaaten, hierfür einen Bezugszeitraum von 4 Monaten zu bestimmen. Abweichend davon darf dieser gemäss Art. 19 Abs. 1 bei bestimmten in Art. 17 Abs. 3 vor- gesehenen Tätigkeiten wie „Wach- und Schliessdienst sowie die Dienstbe- reitschaft, die durch die Notwendigkeit gekennzeichnet sind, den Schutz von Sachen und Personen zu gewährleisten“, oder „bei Tätigkeiten, die dadurch gekennzeichnet sind, dass die Kontinuität des Dienstes oder der Produktion

¹⁰ EuGH, Urteil vom 11. April 2019 in der Rechtssache C-254/18, ECLI:EU:C:2019:318 – Syndicat des cadres de la sécurité intérieure.

gewährleistet sein muss“, auf bis zu 6 Monate verlängert werden. Für die Beamten der Police Nationale hat Frankreich von beiden Optionen (Festsetzung eines Ausgleichszeitraums; Verlängerung auf 6 Monate) Gebrauch gemacht. Fraglich ist welche Berechnungsmodalität bei zwei aufeinanderfolgenden Ausgleichszeiträumen, bspw. 1.1.-30.6 und 1.7.-31.12. zugrunde gelegt wird. Das beklagte Ministerium betrachtet jeden Ausgleichszeitraum (fest) nur für sich, sodass der Ausgleich in dieser jeweiligen Periode vorzunehmen wäre. Eine Aneinanderreihung von Höchstbelastungszeiten (längere Überschreitung der 48 Stunden zum Ende des ersten sowie zu Beginn des zweiten Zeitraums) würde indes zwischenzeitlich deutliche Überschreitungen der 48 Stunden-Woche ermöglichen. Aus diesem Grund klagte die Gewerkschaft Syndicat des cadres de la sécurité intérieure (SCSI) beim Conseil d'État auf Nichtigerklärung dieser Bestimmung. Letzterer möchte vom Gerichtshof wissen, ob die Bestimmungen der Richtlinie der französischen Regelung entgegenstehen, die für die Berechnung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit Bezugszeiträume mit Beginn und Ende an festen Kalendertagen vorsieht und keine gleitend definierten Bezugszeiträume.

In seinem Urteil stellt der Gerichtshof fest, dass sich die Richtlinie zu dieser Frage nicht äussert, so dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die Bezugszeiträume nach der Methode ihrer Wahl zu bestimmen, vorausgesetzt, die mit der Richtlinie verfolgten Ziele werden beachtet. Das mit der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88 verfolgte Ziel ist der bessere Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer, vor allem durch die Obergrenze für die durchschnittliche Wochenarbeitszeit in Art. 6 Buchst. b. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Einhaltung der Mindestvorschriften zu gewährleisten und insbesondere jede Überschreitung der durchschnittlichen wöchentlichen Höchstarbeitszeit zu verhindern.

Die festen und gleitenden Bezugszeiträume stehen als solche mit diesem Ziel im Einklang, da sie die Prüfung ermöglichen, dass der Arbeitnehmer im Durchschnitt während des gesamten in Rede stehenden Zeitraums nicht mehr als 48 Stunden pro Woche arbeitet und dass die seine Gesundheit und seine Sicherheit betreffenden Erfordernisse somit beachtet werden. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob Beginn und Ende des Bezugszeitraums anhand fester Kalendertage oder zeitlich flexibel bestimmt werden. Die Auswirkung fester Bezugszeiträume auf die Sicherheit und die Gesundheit der Arbeitnehmer hängt jedoch von allen einschlägigen Umständen wie der Art der Arbeit und den Arbeitsbedingungen sowie insbesondere der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und der Dauer des von einem Mitgliedstaat herangezogenen Bezugszeitraums ab. Feste Bezugszeiträume können im Gegensatz zu gleitenden Bezugszeiträumen zu Situationen führen, in denen das Ziel des Schutzes der

Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer möglicherweise nicht erreicht wird. Die Methode des festen Bezugszeitraums kann einen Arbeitgeber nämlich dazu veranlassen, einem Arbeitnehmer während zweier aufeinanderfolgender fester Bezugszeiträume sehr viel Arbeitszeit aufzubürden, so dass er im Durchschnitt die wöchentliche Höchstarbeitszeit während eines Zeitraums überschreitet, der, da er sich auf diese beiden festen Zeiträume verteilt, einem gleitenden Bezugszeitraum von gleicher Dauer entspräche. Folglich kann, auch wenn die festen und gleitenden Bezugszeiträume für sich genommen mit dem Ziel des Schutzes der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer im Einklang stehen, die Kombination von zwei aufeinanderfolgenden festen Bezugszeiträumen, je nach der wöchentlichen Höchstarbeitszeit und der Dauer des von einem Mitgliedstaat herangezogenen Bezugszeitraums, zu Situationen führen, in denen dieses Ziel gefährdet werden kann, obwohl die in der Richtlinie vorgesehenen Ruhezeiten eingehalten werden. Daraus zieht der Gerichtshof den Schluss, dass die Heranziehung fester Bezugszeiträume mit Mechanismen verbunden werden muss, die gewährleisten können, dass die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden während jedes auf zwei aufeinanderfolgende feste Bezugszeiträume verteilten Sechsmonatszeitraums eingehalten wird. Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu prüfen, ob die nationale Regelung Mechanismen vorsieht, die dies gewährleisten können. Im Ergebnis ist der Gerichtshof der Auffassung, dass eine nationale Regelung für die Berechnung der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit Bezugszeiträume mit Beginn und Ende an festen Kalendertagen vorsehen kann, sofern sie Mechanismen enthält, die gewährleisten können, dass die durchschnittliche wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden während jedes auf zwei aufeinanderfolgende feste Bezugszeiträume verteilten Sechsmonatszeitraums eingehalten wird.

7. Urlaubsrecht

a) *EuGH: Christliche Feiertage für Angehörige anderer Kirchen*

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens wurde der Gerichtshof mit der Frage befasst, ob die Gewährung eines bezahlten Feiertags am Karfreitag in Österreich allein für diejenigen Arbeitnehmer, die bestimmten Kirchen angehören, eine unionsrechtlich verbotene Diskriminierung aufgrund der Religion darstellt¹¹.

In Österreich gehört die Bevölkerung mehrheitlich der römisch-katholischen Kirche an. Der Karfreitag ist gegenwärtig nur für die Angehörigen der evange-

¹¹ EuGH, Urteil vom 22. Januar 2019 in der Rechtssache C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43.

lischen Kirchen des Augsburgers und des Helvetischen Bekenntnisses, der Alt-katholischen Kirche und der Evangelisch-methodistischen Kirche ein bezahlter Feiertag. Diese Sonderregelung zielt darauf ab, den Angehörigen dieser Kirchen die Ausübung ihrer Religion an diesem für sie besonders hohen Feiertag zu ermöglichen, ohne eine Urlaubsvereinbarung mit ihrem Arbeitgeber treffen zu müssen. Arbeitet ein Angehöriger einer dieser Kirchen am Karfreitag, hat er Anspruch auf ein zusätzliches Feiertagsentgelt.

Hintergrund der vorliegenden Entscheidung war der Fall, dass ein Arbeitnehmer bei einer privaten Detektei keiner der oben genannten Kirchen angehört. Er ist der Ansicht, ihm sei für die von ihm am 3. April 2015, einem Karfreitag, geleistete Arbeit das Feiertagsentgelt in diskriminierender Weise vorenthalten worden, und begehrt aus diesem Grund von seinem Arbeitgeber eine entsprechende Zahlung. Der mit dem betreffenden Rechtsstreit befasste Oberste Gerichtshof in Österreich wandte sich an den EuGH mit der Frage der Vereinbarkeit der in Rede stehenden österreichischen Regelung mit dem unionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Religion.

In seinem Urteil befindet der Gerichtshof, dass eine nationale Regelung, nach der zum einen der Karfreitag ein Feiertag nur für die Arbeitnehmer ist, die bestimmten christlichen Kirchen angehören, und zum anderen nur diese Arbeitnehmer, wenn sie zur Arbeit an diesem Feiertag herangezogen werden, Anspruch auf ein Zusatzentgelt haben, eine unmittelbare Diskriminierung der Religion wegen darstellt. In Bezug auf diese Diskriminierung stellt der Gerichtshof fest, dass die in Rede stehende österreichische Regelung eine unmittelbar auf der Religion der Arbeitnehmer beruhende unterschiedliche Behandlung begründet. Das Unterscheidungskriterium, entspringe nämlich unmittelbar der Zugehörigkeit der Arbeitnehmer zu einer bestimmten Religion. Eine solche Regelung könne weder mit der Berufung auf zur Wahrung der Rechte und Freiheiten anderer notwendige Massnahmen noch mit der Berufung auf spezifische Massnahmen zum Ausgleich von Benachteiligungen wegen der Religion gerechtfertigt werden. Der Möglichkeit für nicht den fraglichen Kirchen angehörende Arbeitnehmer, einen religiösen Feiertag zu begehen, der nicht mit einem der allgemeinen Feiertage in Österreich zusammenfällt, wird nämlich im österreichischen Recht nicht durch die Gewährung eines zusätzlichen Feiertags Rechnung getragen, sondern lediglich durch eine Fürsorgepflicht der Arbeitgeber gegenüber ihren Beschäftigten, aufgrund derer diese gegebenenfalls das Recht erhalten können, sich für die Dauer, die zur Befolgung bestimmter religiöser Riten notwendig ist, von ihrer Arbeit zu entfernen.

Das Urteil entfaltet sofortige Wirkung, weshalb Österreich bis zum 19. April 2019 Zeit hat, seine Feiertagsregelung zum Karfreitag zu ändern.

b) *EuGH: Gutschrift von Krankheitstagen während des Urlaubs*

Am 19. November 2019 hat der Europäische Gerichtshof festgestellt, dass es dem Unionsrecht nicht widerspricht, wenn das nationale Recht bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit keine Gutschrift eines tariflichen Urlaubs vorsieht, der über den europäischen Urlaubsanspruch hinausgeht¹².

Ausgangslage des Verfahrens war, dass zwei Arbeitnehmerinnen während eines Teils ihres bezahlten Jahresurlaubs arbeitsunfähig erkrankt waren. Die zuständige finnische Arbeitnehmerorganisation erhob beim zuständigen Arbeitsgericht Feststellungsklage wegen der Weigerung der Arbeitgeberorganisation, die betreffenden Krankheitstage ganz oder teilweise dem Urlaubskonto der Arbeitnehmerinnen gutzuschreiben und nicht auf die Mindestdauer von vier Wochen, wie im Tarifvertrag vorgesehen, zu beschränken. Insoweit betrifft das Urteil das Urlaubsrecht, das auf der Ebene des Unionsrechts auf Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG und dem EU-Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub nach Art. 31 Abs. 2 GRCh beruht. In seiner Vorjudikatur hatte der EuGH bereits entschieden, dass krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit den Jahresurlaub – untechnisch gesprochen – unterbricht. Dies galt aber nur für den im europäischen Recht verankerten Urlaub im Umfang von vier Wochen. Dabei handelt es sich um eine Mindestharmonisierung; aus Art. 15 Arbeitszeitrichtlinie ergibt sich, dass die Mitgliedstaaten für die Arbeitnehmer günstigere Regelungen erlassen können. Solche Regelungen enthielten die streitgegenständlichen Tarifverträge. Der darin vorgesehene tarifliche Zusatzurlaub sollte – nach zwischen den Parteien umstrittener Ansicht – auch dann verbraucht werden, wenn der Arbeitnehmer während des Urlaubs erkrankt. Das finnische Työtuomioistuin (ArbG) stellte dem EuGH die Frage, ob dies mit dem europäischen Urlaubsrecht vereinbar ist.

Der EuGH hat festgestellt, dass die Richtlinie keine Vorgaben für Urlaubsansprüche enthält, die nach innerstaatlichem Recht über den europäischen Mindesturlaub hinausgehen. Unzulässig sind nationale Regelungen zugunsten der Arbeitnehmer, die im Gegenzug in den europäischen „Urlaubssockel“ von vier Wochen bezahltem Urlaub im Jahr eingreifen, beispielsweise den Umfang des Urlaubs ausweiten, aber das Entgelt auch während der ersten vier Urlaubswochen kürzen. Ist der europäische Sockel garantiert, verstösst es dem EuGH zufolge nicht gegen die Arbeitszeitrichtlinie, wenn ein nach nationalem Recht gewährter Zusatzurlaub während krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers verbraucht wird.

¹² EuGH, Urteil vom 19. November 2019 in den Rechtssachen C-609/17, C-610/17, ECLI:EU:C:2019:459 – TSN ry/Hyvinvointialan liitto ry u. AKT ry/Satamaoperaattorit ry.

Im zweiten Teil der Entscheidung urteilt der EuGH, dass das EU-Urlaubsgrundrecht keine Anwendung auf nationales Urlaubsrecht findet, das zugunsten der Arbeitnehmer über den europäischen Urlaubssockel hinausgeht. Nationale Rechtsetzung in dem von der Öffnungsklausel des Art. 15 Arbeitszeitrichtlinie frei gelassenen Raum sei keine Durchführung von Unionsrecht und unterliege deswegen nach Art. 51 Abs. 1 GRCh nicht der Anwendung der Unionsgrundrechte. Nationales Recht, das eine mindestharmonisierende Richtlinie übersteigt, soll an den Unionsgrundrechten nur zu messen sein, wenn die Richtlinie den Mitgliedstaaten Wahlrechte oder Gestaltungsoptionen einräumt.

8. Soziale Systeme

Der EuGH hat sich in seinem Urteil vom 7. Februar 2018¹³ mit der Frage befasst, ob die Verordnung Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit¹⁴ dahingehend auszulegen sei, dass für den Anspruch einer Person, deren Kinder in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, auf Familienleistungen in dem Mitgliedstaat, in dem diese Person wohnt, Voraussetzung sei, dass sie eine Beschäftigung in diesem Mitgliedstaat ausübt oder dort aufgrund oder infolge einer Beschäftigung eine Geldleistung bezieht.

Hintergrund ist der folgende Sachverhalt: Ein in Irland wohnender rumänischer Staatsangehöriger B. beantragte im Jahr 2009 bei den irischen Behörden die Gewährung von Familienleistungen für seine Kinder, die in Rumänien leben. Von 2003 bis 2009 arbeitete B. in Irland, ab 2009 bezog er zunächst eine beitragsabhängige Leistung bei Arbeitslosigkeit, sodann eine beitragsunabhängige Leistung bei Arbeitslosigkeit und schliesslich eine Leistung bei Krankheit. Für den Zeitraum des Bezugs der beitragsunabhängigen Leistung bei Arbeitslosigkeit, weigerten sich die irischen Behörden, B. Familienleistungen auszurichten, und zwar weil er in dieser Zeit weder eine Beschäftigung ausgeübt noch eine beitragsabhängige Leistung bezogen habe.

Gemäss Urteil des EuGH ist die Verordnung Nr. 883/2004 dahingehend auszulegen, dass eine Person für Familienangehörige, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnhaft sind, Anspruch auf Familienleistungen erheben könne, und zwar so, als ob sie in diesem Mitgliedstaat wohnen würden. Die Verordnung verlange – entgegen der Ansicht der irischen Behörden – nicht, dass eine solche Person über die Stellung eines Arbeitnehmers verfügt oder Geldleis-

¹³ EuGH, Urteil vom 7. Februar 2019 in der Rechtssache C-322/17, ECLI:EU:C:2019:102.

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABL. L 166 vom 30. April 2004, 1 ff.

tungen aufgrund oder infolge einer Beschäftigung bezieht. Aus dem Kontext und der Zielsetzung der Verordnung geht laut EuGH hervor, dass die Familienleistungen für Kinder, die in einem anderen Mitgliedstaat wohnen, aus mehreren Gründen zu gewähren sein können und nicht nur aufgrund einer Beschäftigung. Die Verordnung sei – so der EuGH – das Ergebnis einer Gesetzesentwicklung, die insbesondere den Willen des Unionsgesetzgebers widerspiegeln, den Anspruch auf Familienleistung auf andere Personenkategorien als nur auf Arbeitnehmer zu erstrecken.

9. Arbeitnehmerentsendung

Die Europäische Kommission hat am 25. September 2019 einen Bericht über die Anwendung und Umsetzung der Entsende-Richtlinie 2014/67/EU sowie einen Leitfaden für die korrekte Anwendung ihrer Vorschriften veröffentlicht¹⁵. Darin zieht die Kommission eine insgesamt positive Bilanz. Die Entsenderichtlinie sieht verschiedene Instrumente zur Bekämpfung von Betrug und Missbrauch sowie zur Verbesserung der administrativen Zusammenarbeit zwischen den nationalen, für Entsendungsfragen zuständigen Behörden vor.

Konkret stellt sie fest, dass die Umsetzung der Richtlinie durch alle Mitgliedstaaten die Durchsetzung der Richtlinie verbessert hat, und das insbesondere durch die Verwaltungszusammenarbeit über das Binnenmarkt-Informationssystem. Durch die Einführung von Verwaltungsanforderungen und Kontrollmassnahmen besitzen die Mitgliedstaaten inzwischen eine bessere Ausgangslage, um die Einhaltung der Bestimmungen zu überprüfen und sicherzustellen, dass die Rechte entsandter Arbeitnehmer gewährleistet sind.

Um darüber hinaus für eine grössere Kohärenz bei Auslegung und Anwendung der Entsendebestimmungen in der gesamten EU zu sorgen, hat die Kommission nach Rücksprache mit den Mitgliedstaaten und der Sozialpartner auf europäischer Ebene den Leitfaden für die Entsendung von Arbeitnehmern herausgegeben. Er soll Arbeitgebern, Arbeitnehmern und nationalen Behörden helfen, die Bestimmungen über die Entsendung von Arbeitnehmern zu verstehen. Der Leitfaden wird regelmässig aktualisiert, um neue Entwicklungen zu berücksichtigen. Dies wird insbesondere die Anwendung der Entsendebestimmungen auf mobile internationale Transportarbeiter betreffen, um die Rechtsprechung des Gerichtshofs und die Änderungen des Rechtsrahmens zu berücksichtigen.

Ebenso wird die Kommission gemeinsam mit der Europäischen Arbeitsbehörde (s.u. 10 a)) alle beteiligten Akteure weiter unterstützen. Dabei wird sie

¹⁵ COM (2019) 426 final vom 25. September 2019.

insbesondere die Zusammenarbeit zwischen den für die Verwaltungszusammenarbeit und Amtshilfe zuständigen Behörden fördern, um Synergien zwischen sämtlichen Informations- und Unterstützungsdiensten sicherzustellen, die Einhaltung von Verwaltungsanforderungen zu erleichtern und grenzüberschreitende Durchsetzungsverfahren in Zusammenhang mit Sanktionen und Geldbussen zu unterstützen.

Im Jahr 2017 wurden 2,8 Millionen Arbeitnehmer in einen anderen EU-Mitgliedsstaat entsendet, wo sie im Durchschnitt weniger als vier Monate blieben. Zwischen 2010 und 2017 ist die Anzahl entsandter Arbeitnehmer in der EU um 83 Prozent gestiegen, wobei fast die Hälfte im Bausektor tätig waren.

10. Institutionelle Fragen

a) *Neue Europäische Arbeitsbehörde*

Am 20. Juni 2019 haben das Europäische Parlament und der Rat eine Verordnung zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde mit Sitz in Bratislava angenommen¹⁶. Die neu geschaffene EU-Agentur soll die Mitgliedstaaten in Fragen der grenzüberschreitenden Arbeitskräftemobilität unterstützen, u. a. auch im Bereich der Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Entsendung von Arbeitnehmern und die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Sie soll insofern Informationen über die komplexen Aspekte der grenzüberschreitenden Arbeitskräftemobilität bereitstellen und die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit verbessern. Im Rahmen der Wahrnehmung ihrer laufenden Aufgaben wird die Behörde

- den Zugang zu Informationen erleichtern und EURES – das europäische Job-Netzwerk – koordinieren;
- die Zusammenarbeit und den Austausch von Informationen zwischen den Mitgliedstaaten erleichtern, um eine kohärente, wirksame und effektive Anwendung und Durchsetzung des einschlägigen Unionsrechts zu gewährleisten;
- konzertierte und gemeinsame Kontrollen koordinieren und unterstützen;

¹⁶ Verordnung (EU) 2019/1149 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Errichtung einer Europäischen Arbeitsbehörde und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004, (EU) Nr. 492/2011 und (EU) 2016/589 sowie zur Aufhebung des Beschlusses (EU) 2016/344 (Text von Bedeutung für den EWR und die Schweiz), ABl. L 186 vom 11. Juli 2019, 21 ff.

- Analysen und Risikobewertungen zu Aspekten der grenzüberschreitenden Arbeitskräftemobilität durchführen;
- Mitgliedstaaten beim Aufbau von Kapazitäten im Hinblick auf die wirksame Anwendung und Durchsetzung der einschlägigen Unionsvorschriften unterstützen;
- Mitgliedstaaten bei der Bekämpfung nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit unterstützen;
- bei Streitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten über die Anwendung des einschlägigen Unionsrechts vermitteln.

Die Europäische Arbeitsbehörde hat ihre Arbeit bereits aufgenommen, wird aber voraussichtlich erst im Jahr 2024 mit voller Kapazität arbeiten. Dann wird das Jahresbudget der Behörde schätzungsweise rund 50 Mio. EUR betragen. Die Europäische Arbeitsbehörde wird etwa 140 Mitarbeiter haben. Darunter werden auch die von den einzelnen Mitgliedstaaten entsandten nationalen Verbindungsbeamten sein. Die Mitgliedstaaten haben beschlossen, dass die Behörde ihren Sitz in Bratislava (Slowakei) haben wird. Die Behörde hat ihre Tätigkeit zunächst in Brüssel aufgenommen; parallel werden die notwendigen Schritte unternommen, damit die Behörde möglichst bald umziehen kann.

Derzeit sind vier EU-Agenturen im Bereich der Beschäftigungspolitik tätig: Die [Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen \(Eurofound\)](#), das [Europäische Zentrum für die Förderung der Berufsbildung \(Cedefop\)](#), die [Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz \(EU-OSHA\)](#) und die [Europäische Stiftung für Berufsbildung \(ETF\)](#). Diese Agenturen stellen Fachwissen in ihren jeweiligen Arbeitsgebieten bereit; ihr Schwerpunkt liegt jedoch nicht auf grenzübergreifenden Fragen an sich. Die Europäische Arbeitsbehörde wird daher mit diesen Agenturen zusammenarbeiten, um Komplementarität und Kohärenz mit ihren Tätigkeiten zu gewährleisten. Synergien lassen sich entwickeln, indem die Behörde auf das Fachwissen dieser Agenturen zurückgreift, unter anderem bei der Prognostizierung des Qualifikationsbedarfs, auf dem Gebiet der Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz und bei der Bekämpfung nicht angemeldeter Erwerbstätigkeit. Die Behörde wird dieses Fachwissen in ihre eigenen Analysen und Risikobewertungen zu Fragen der grenzüberschreitenden Arbeitskräftemobilität einfließen lassen. Eine Reihe bestehender Verwaltungsausschüsse und -netze soll in die Behörde integriert werden, um die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu erleichtern und Fragmentierung entgegenzuwirken.

Die Behörde wird ggf. auch mit anderen EU-Agenturen, z. B. Europol und Eurojust, bei Fragen im Zusammenhang mit kriminellen Aktivitäten im Bereich der Arbeitskräftemobilität zusammenarbeiten.

b) Einführung von Mehrheitsentscheidungen in der Sozialpolitik

Die sozialpolitische Gesetzgebung der Union umfasst derzeit 125 Rechtsakte in unterschiedlichen Bereichen, die von der Gleichstellung von Mann und Frau über die Arbeitskräftemobilität, die Rechte entsandter Arbeitnehmer, den Schutz der Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer und Arbeitsbedingungen bis zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer reichen. Zwar wurde hiervon bereits ein grosser Teil im Rahmen der Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit und gemäss dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren angenommen. Eine beschränkte Anzahl von sozialpolitischen Bereichen unterliegt jedoch immer noch der einstimmigen Beschlussfassung im Rat und einem besonderen Gesetzgebungsverfahren, bei dem das Europäische Parlament kein gesetzgebendes Organ ist. Diese sind:

- Nichtdiskriminierung;
- soziale Sicherheit und sozialer Schutz der Arbeitnehmer;
- Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags;
- Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen und
- Beschäftigungsbedingungen der Staatsangehörigen dritter Länder, die sich rechtmässig im Gebiet der EU aufhalten.

In ihrer Mitteilung vom 16. April 2019 plädiert die Kommission dafür, diese Bereiche ebenfalls für das ordentliche Gesetzgebungsverfahren zu öffnen¹⁷. Hiermit könne sich eine Kultur des Kompromisses herausbilden, und es würde einfacher werden, Entscheidungen zu treffen, die den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Bürger und der Wirtschaft der EU insgesamt gerecht werden.

¹⁷ COM (2019) 186 final vom 16. April 2019.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz

I. Einführung

Das Fehlen eines institutionellen Rahmenabkommens mit der EU macht sich auch im Bereich des Arbeitsrechts nach wie vor bemerkbar. Eine Weiterentwicklung des schweizerischen Arbeitsrechts in Richtung europäische Rechtsvereinheitlichung ist damit weitgehend blockiert. Zudem steht die Abstimmung bezüglich der sogenannten Begrenzungsinitiative bevor.¹⁸ Sie verlangt im Wesentlichen, dass die Schweiz das Abkommen vom 21. Juni 1999¹⁹ zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Personenfreizügigkeit kündigt. Die Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens hätte zur Folge, dass alle sieben in den bilateralen Verträgen I zusammengefassten Verträge zwischen der Schweiz und der EU automatisch ebenfalls dahinfallen würden.²⁰ Was dies für Folgen für die weiteren Bilateralen Verträge hätte, die teilweise auf den Bilateralen Verträgen I aufbauen, ist ungewiss.

Selbstverständlich hat auch der Brexit seine direkten Auswirkungen auf das Schweizerische Arbeitsrecht, indem das Personenfreizügigkeitsabkommen nach einer bis zum 31. Dezember 2020 dauernden Übergangsphase nicht mehr für das vereinigte Königreich gelten wird. Die Schweiz hat aber mit dem UK im Vorfeld des Brexits diverse bilaterale Verträge abgeschlossen, um den bisherigen Rechtszustand weiterführen zu können.²¹ Kernstück ist, dass den Bürgern der beiden Vertragsstaaten und ihren „jeweiligen Familienangehörigen“ die bestehenden Freizügigkeitsrechte „auf Lebenszeit eingeräumt“ werden, „ausser wenn sie die in diesem Abkommen festgelegten Vorausset-

¹⁸ „Volksinitiative „Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)“; BBl 2019 86 51 f.

¹⁹ SR 0.142.112.681.

²⁰ Sogenannte Guillotine-Klausel. Vgl. Art. 25 Ziff. 4 Freizügigkeitsabkommen.

²¹ Wesentlich sind in diesem Zusammenhang insbesondere: Befristetes Abkommen über die gegenseitige Zulassung zum Arbeitsmarkt und einer Absichtserklärung zur Polizeikooperation vom 10. Juli 2019 und Abkommens über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger vom 25. Februar 2019.

zungen nicht mehr erfüllen.²² Zudem enthält der Vertrag ein Diskriminierungsverbot.²³ Was diese Abkommen bringen werden, muss sich erst noch weisen.

Das Inkrafttreten der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) hat in der schweizerischen Wirtschaft zu einiger Unsicherheit geführt. Allerdings kann wohl davon ausgegangen werden, dass diese Verordnung im Allgemeinen auf die Personaldossiers von Arbeitsverhältnissen Schweizer Unternehmen nicht anwendbar ist. Das gilt auch für Grenzgänger. Heikel wird die Frage aber, wenn Grenzgänger zuhause mit dem Computer der Arbeitgeberin arbeiten, so dass diese ihr Verhalten am ausländischen Wohnort überprüfen kann.²⁴

2. Gesetzgebung

a) *Whistleblower*

Die Revision des Obligationenrechts, welche den Schutz der Whistleblower im Arbeitsvertragsrecht verankern sollte,²⁵ ist gescheitert. Der Nationalrat hatte am 03.06.2019 beschlossen, auf die Vorlage gar nicht einzutreten. Demgegenüber trat der Ständerat am 16.12.2019 auf die Vorlage ein und stimmte den Anträgen des Bundesrates zu. An seiner Sitzung vom 5. Mai 2020 hat der Nationalrat nun beschlossen, am Nichteintreten festzuhalten. Damit ist die Vorlage gescheitert.

Die neue Europäische Richtlinie zum Schutze von Whistleblower verpflichtet Unternehmen mit mehr als 50 Angestellten, Kanäle für interne Meldungen und für Folgemaassnahmen einzurichten,²⁶ sofern nach nationalem Recht vorgesehen, nach Rücksprache und im Einvernehmen mit den Sozialpartnern. Nicht geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen diese Richtlinie auch für schweizerische Unternehmen gilt, die im Europäischen Raum tätig sind. Nicht nur Unternehmen mit Betriebstätten im Europäischen Ausland, sondern auch sol-

²² Art. 4 Ziff. 2 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens.

²³ Art. 7 des Abkommens.

²⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 2 Bst. b DSGVO.

²⁵ Curia Vista 13.094; Botschaft des Bundesrates, BBl 2019 1409 ff.

²⁶ Art. 8 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2019/1937 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2019 zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, ABl L 305 vom 26. November 2019, 17 ff.

che, die von der Schweiz aus in Europa tätig sind, werden sich überlegen müssen, ob sie nicht schon auf Grund dieser Richtlinie zur Einrichtung interner Meldestellen verpflichtet sind.

b) *Arbeitszeiten und Arbeitsbedingungen*

Auf Grund von zwei parlamentarischen Vorstössen²⁷ von 2016 prüft das Parlament eine Flexibilisierung der Arbeitszeitregelungen im Arbeitsgesetz. Es soll den Veränderungen in der Arbeitswelt Rechnung getragen und Arbeitnehmern mit Vorgesetztenfunktion sowie Fachpersonen, die über wesentliche Entscheid Befugnisse in ihrem Fachgebiet verfügen, mehr Flexibilität bei der Gestaltung ihrer Arbeits- und Ruhezeiten eingeräumt werden. Im September 2018 hatte die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates zwei diesen Anliegen Rechnung tragende Vorentwürfe zur Änderung des Arbeitsgesetzes in die Vernehmlassung geschickt. Die Reaktionen der Vernehmlassungsteilnehmern waren dann allerdings – wie zu erwarten war – sehr unterschiedlich. Dennoch hatte die ständerätliche Kommission der einen Initiative²⁸ ohne jede Änderung zugestimmt. Bezüglich der zweiten Initiative, die im Wesentlichen nur die Zeiterfassung lockern sollte, beschloss die Kommission eine Evaluation des SECO über die Umsetzung von Artikel 73a ArGV 1 abzuwarten. Dieser Artikel sieht bereits jetzt vor, dass auf die Arbeitszeiterfassung verzichtet werden kann, wenn dies in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehen ist und das Jahreseinkommen der entsprechenden Person mehr als 120 000 Franken beträgt.²⁹ Allerdings scheint inzwischen ein Umdenken stattgefunden zu haben und die ständerätliche Kommission hat nunmehr beschlossen, die Beratung ihres Entwurfs zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative 16.414 auszusetzen. Vor weiteren Beratungen will sie klären, ob sich das Anliegen einer Arbeitszeitflexibilisierung für bestimmte Branchen nicht auch durch entsprechende Regelungen in der ArGV 2 umsetzen lässt.³⁰ Dies entspräche der Einsicht, dass die Arbeitszeitregelung im ArG genügend flexibel und modern ist und es nur darum geht, den gesetzlichen Rahmen für die einzelnen Wirtschaftszweige nutzbar zu machen.³¹

²⁷ Curia Vista 16.414 und 16.423.

²⁸ Parlamentarische Initiative Graber Curia Vista 16.414.

²⁹ Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 15. Februar 2019.

³⁰ Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 14. Februar 2020.

³¹ Vgl. dazu: THOMAS GEISER, Wie steht es in der Schweiz um den Arbeitnehmer_innenschutz?, in: DJS (Hrsg.), 40 Jahre Demokratische Jurist_innen Schweiz (DJS): unbequem, kritisch, engagiert., 107 ff.

c) *Elternurlaub*

Als indirekter Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative beschloss das Parlament am 27. September 2019 die Einführung eines zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub³². Der Mann, der Vater wird, und gewisse Versicherungsvoraussetzungen erfüllt, kann innerhalb von sechs Monaten seit der Geburt des Kindes 14 Tage Vaterschaftsurlaub beziehen, der durch die Erwerb ersatzordnung bezahlt wird.³³ Die Entschädigung wird in Form von Taggeldern ausgerichtet, die 80 % des durchschnittlichen Erwerbseinkommens betragen, höchstens aber Fr. 196.-.³⁴

Der neue Vaterschaftsurlaub ist mit zwei Wochen sehr bescheiden. Es handelt sich dennoch um einen Meilenstein in einer Entwicklung. Bis anhin waren Vaterschaftsurlaube in der Schweiz eine Seltenheit. Will man aber, dass sich die Väter wirklich um die Kinder kümmern und dass die Mütter nach der Niederkunft nicht aus dem Erwerbsleben ausscheiden, ist das zwingend. Der Gesetzgeber in der Schweiz hat dies erkannt und auch richtig festgehalten, dass eine Übertragung des Vaterschaftsurlaubs auf die Mutter nicht zulässig ist, sondern vom Vater tatsächlich bezogen werden muss, wenn der Anspruch nicht verfallen soll. Allerdings ist die Neuerung nicht unbestritten. Gegen das neue Gesetz ist das Referendum ergriffen worden. Entsprechend wird sich auch die Einführung verzögern.

d) *Gleichstellung von Mann und Frau*

Auf Grund der 2018 erfolgten Änderung des Gleichstellungsgesetzes müssen Unternehmen, die am Jahresanfang 100 oder mehr Angestellte beschäftigen für das betreffende Jahr eine betriebsinterne Lohnvergleichsanalyse durchführen. Die Untersuchung ist alle vier Jahre zu wiederholen. Ausgenommen sind Unternehmen, die bereits aus einem anderen Grund entsprechende Kontrollen vornehmen müssen.³⁵ Die Entstehungsgeschichte zeigt, dass auch Teilzeitstellen mitgerechnet werden. Die Verpflichtung trifft ungefähr ein Prozent der Firmen. Die Massnahme ist auf zwölf Jahre befristet. Nach dieser Zeit fällt die Gesetzesänderung automatisch dahin. Das Eidgenössische Büro für Gleichstellung von Frau und Mann hat dafür ein neues Tool entwickelt, welches auch bei kleineren Unternehmen Lohnungleichheiten zwischen Frau und Mann aufdecken kann.

³² Curia Vista 18.441.

³³ Art. 16k EOG in der Fassung vom 27. September 2019.

³⁴ Art. 16l in Verb. mit Art. 16f EOG in der Fassung vom 27. September 2019.

³⁵ Art. 13a ff. GIG in der Fassung vom 14. Dezember 2018.

3. Rechtsprechung

a) *Neue Arbeitsformen*

Die Digitalisierung der Arbeitswelt beschäftigt die schweizerischen Gerichte. Auch in der Schweiz haben Unternehmen Einzug gehalten, welche mittels Internet Plattformen Dienstleistungen organisieren. Dabei stellt sich die Frage, ob sie nur die Plattform sowohl den Anbietern wie auch den Kunden dieser Dienstleistungen anbieten, oder ob sie Dienstleistung organisieren und damit gegenüber den einzelnen Erbringern dieser Dienstleistungen als Arbeitgeberinnen auftreten. Namentlich Uber sieht sich nicht als Arbeitgeberin, sondern ausschliesslich als Anbieterin einer Plattform zum Austausch von Leistungen. Inzwischen hat allerdings ein Gericht im Kanton Waadt mit ausführlicher Begründung festgehalten, dass Uber Arbeitgeberin der Fahrer ist. Das Urteil ist allerdings noch nicht rechtskräftig und vorerst auch nicht öffentlich zugänglich.

Nicht wirklich neu ist die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis vorliegt oder eine selbständige Arbeit, wenn ein Unternehmen Arbeit outsourct und der Arbeitnehmer sich nun von seiner eigenen Gesellschaft anstellen lässt und diese Gesellschaft dem früheren Arbeitgeber die Dienstleistung erbringt. Es fragt sich dann, ob der die Dienstleistung Erbringende, überhaupt Arbeitnehmer seiner eigenen Gesellschaft sein kann. Als abhängige Arbeit setzt der Arbeitsvertrag eine Subordination voraus. Der Arbeitnehmer muss in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert sein. Beherrscht der Arbeitnehmer selber die juristische Person, bei der er angestellt sein soll, und ist er überdies auch noch einziger Verwaltungsrat, gibt es niemanden, der ihm Weisungen erteilen kann. Sich selber kann er dies nicht. Entsprechend ist auch unbestritten, dass es sich beim einzigen Verwaltungsrat einer Einmann-AG nicht um einen Arbeitnehmer dieser Gesellschaft handeln kann.³⁶

Das Bundesgericht hat nun diese Rechtsprechung insofern verschärft, als es das Vorliegen eines Arbeitsvertrages verneint hat, weil der Kläger als Mit-

³⁶ BGE 125 III 81, E. 4; SENTI CHRISTOPH, Die Geschäftsführung bei der GmbH: Schnittstellen zwischen Arbeits- und Gesellschaftsrecht, AJP 2011, 22; REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, 2010, Art. 319 OR N. 18 und 52; BSK-Portmann, Art. 319 OR N. 18; STREIFF ULIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, Zürich 2012; Art. 319 OR N. 6 und 11; BRÜHWILER JÜRIG, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, Art. 319 OR N. 2a und 5; STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht. Zürich 2006, Art. 319 OR N. 44; MÜLLER ROLAND, Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer. Zürich 2005, S. 65 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch VISCHER FRANK/MÜLLER ROLAND M., Der Arbeitsvertrag, Basel 2014, § 8 Rz. 3, 66.

begründer der Aktiengesellschaft 40% der Aktien hielt und zusammen mit dem anderen Aktionär das Unternehmen führte. Ursprünglich hielt er sogar die Hälfte der Aktien und es bestand ein Aktionärbindungsvertrag der ihm seine Stelle sicherte. Überdies war der Kläger frei in der Ausgestaltung seiner Arbeit.³⁷

Damit ist allerdings die Frage nicht gelöst, was für eine Art von Arbeit vorliegt, wenn jemand einziger Angestellter seiner eigenen Gesellschaft ist und diese praktisch nur für ein Unternehmen Dienstleistungen erbringt und der Arbeitende in die Organisation dieses Unternehmens eingegliedert ist. Da er nicht Arbeitnehmer seiner eigenen Gesellschaft sein kann und damit auch keine Leiharbeit vorliegt, muss ein Durchgriff erfolgen. Damit ist ein direktes Arbeitsverhältnis zwischen der arbeitenden Person und dem Unternehmen anzunehmen, dem die Dienstleistung erbracht wird und in dessen Organisation der Arbeitende eingegliedert ist.³⁸

Die Frage, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, bzw. mit wem, stellte sich auch in einem Fall, in dem es um die Verletzung des Bankgeheimnisses ging. Rudolf Elmer war angeklagt, Bankkundendaten an verschiedene Steuerämter und an eine Zeitung sowie an die Enthüllungsplattform Wiki-Leaks gegeben und damit Art. 47 BankG verletzt zu haben. Es handelte sich um Daten, welche aus der Datenplattform der Julius Baer Bank & Trust Company Ltd (JBBT) auf der Grand Cayman stammten. Diese ist eine Tochtergesellschaft der Julius Bär Holding, Zürich, zu der ebenfalls die Bank Julius Bär & Co. AG, Zürich, gehört. Nach dem die erste Instanz Elmer der Verletzung des Bankgeheimnisses schuldig gesprochen hatte, sprach ihn das Obergericht Zürich mit Urteil vom 19. August 2016 von diesem Vorwurf frei. Es war zum Schluss gekommen, dass Rudolf Elmer in der massgeblichen Zeit nicht „Angestellter“ einer dem schweizerischen Bankengesetz unterstellten Bank war und damit die genannte Bestimmung auf seine Handlungen nicht anwendbar ist. Die Staatsanwaltschaft war mit Beschwerde ans Bundesgericht gelangt und hatte im Wesentlichen geltend gemacht, der Begriff „Angestellter“ sei nicht mit jenem des Arbeitnehmers im Sinne von Art. 319 ff. OR gleichzusetzen, weil dies mit Blick auf die moderne Ausgestaltung der Arbeitswelt nicht mehr zeitgemäss sei. Das Bundesgericht bestätigte mit Urteil vom 10. Oktober 2018 den Freispruch. Mit der Vorinstanz verneinte es das Vorliegen eines Arbeitsvertrages von Elmer mit der Bank Julius Bär im massgeblichen Zeitpunkt. Dass ein Vertrag mit

³⁷ BGer 4A_500/2019 vom 11. April 2019.

³⁸ Vgl. 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.

der über eine Amerikanische Bank gehaltenen Tochtergesellschaft auf den Cayman Islands bestand, war unbestritten. Zuerst mit der Holding, die selber keine Bank ist, und später mit der Bank Julius Bär bestand aber nur ein Expatriate Agreement, das ausschliesslich der sozialversicherungsrechtlichen Absicherung von Elmer diente, aber nicht als Arbeitsvertrag zu qualifizieren war. Elmer rapportierte nicht der Bank in der Schweiz und erhielt von ihr auch keine Weisungen. Damit unterstand er aber auch nicht dem schweizerischen Bankgeheimnis.³⁹ Nicht entscheiden musste damit das Bundesgericht, ob eine Handlung, die ausschliesslich im Ausland begangen worden ist, vom örtlichen Anwendungsbereich überhaupt unter das schweizerische Strafrecht fallen kann, wenn das entsprechende Gesetz nichts Entsprechendes vorsieht.

b) *Schutz vor Diskriminierung*

Wie bereits dargelegt, müssen Unternehmen, die am Jahresanfang 100 oder mehr Angestellte beschäftigen neu regelmässig eine betriebsinterne Lohnvergleichsanalyse durchführen⁴⁰ und das Eidg. Büro für Gleichstellung hat dafür ein neues Tool erarbeitet. Die Besonderheit dieses Tools besteht darin, dass auf Grund der vom Unternehmen für sein Lohnsystem selber aufgestellten Kriterien kontrolliert wird, ob zwischen den Löhnen einzelner Angestellter Widersprüche bestehen. Erweist sich, dass solche Widersprüche mehrheitlich zuungunsten eines Geschlechts auftreten, ist eine Diskriminierung zu vermuten. Es wird sich erweisen, ob mit diesem Tool nicht auch andere als das Geschlecht betreffende Diskriminierungen nachgewiesen werden können und damit viel allgemeiner gegen Diskriminierungen eingesetzt werden kann.

Art. 2 FZA⁴¹ enthält ein Verbot, europäische Ausländer zu diskriminieren. Gemäss dieser Bestimmung dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Nach Art. 9 Abs. 1 des Anhangs I zu diesem Abkommen ist insbesondere eine Diskriminierung im Hinblick auf die Entlohnung verboten. Als die Schweizerische Nationalbank die Bindung des Schweizer Frankens an den Euro aufgab, stellte sich die Frage, ob eine Arbeitgeberin Grenzgänger in Euro bezahlen darf, wobei ein fester für den Arbeitnehmer gegenüber dem tatsächlichen ungünstigeren Wechselkurs vereinbart wurde. Das Bundesgericht hatte nun zwei

³⁹ BGE 145 IV 114 ff.

⁴⁰ Art. 13a ff. GIG in der Fassung vom 14. Dezember 2018.

⁴¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit Abgeschlossen am 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

Fälle zu beurteilen, in denen Grenzgänger mit entsprechenden Lohnvereinbarungen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Diskriminierung geltend machten und entsprechende Beträge für die letzten Jahre nachforderten. Das Bundesgericht wies die Klagen ab, allerdings ohne die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zu prüfen. Es begründete seinen Entscheid vielmehr damit, dass das Vorgehen der Arbeitnehmer rechtsmissbräuchlich sei und deshalb keinen Rechtsschutz verdiene. Sie hätten in Kenntnis der Sachlage und der entsprechenden Rechtsnormen den tieferen Lohn akzeptiert und es sei folglich ein treuwidriges Verhalten, wenn sie nun nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses darauf zurückkämen.⁴²

Mit dieser Argumentation begibt sich das Bundesgericht allerdings auf einen gefährlichen Weg und läuft Gefahr, in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung zu geraten. Es ist im Arbeitsrecht häufig, dass Arbeitnehmer ihre Rechte erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geltend machen. Wenn ein Arbeitnehmer mit der Arbeitgeberin vereinbart, dass das Feriengeld im laufenden Lohn eingeschlossen ist, die von der Rechtsprechung für die Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung aufgestellten Voraussetzungen aber nicht erfüllt sind, schützt das Bundesgericht die nachfolgende Klage auf Ferienlohn und verwirft ausdrücklich den Einwand des Rechtsmissbrauchs.⁴³

Eine nach Art. 2 Abs. 2 ZGB rechtsmissbräuchliche Geltendmachung eines Rechts liegt unter anderem vor, wenn sie im Widerspruch zu einem früheren Verhalten steht und dadurch erweckte berechnete Erwartungen enttäuscht. Soweit es aber um den Widerspruch zwischen der Zustimmung zu einer Vereinbarung und der nachträglichen Geltendmachung ihrer Ungültigkeit wegen Verstosses gegen zwingendes Recht geht, darf Rechtsmissbrauch nur angenommen werden, wenn zusätzliche besondere Umstände gegeben sind. Andernfalls wäre der Zweck zwingenden Rechts vereitelt. Dieses will eine Partei vor sich selber schützen. Solche, die Annahme eines Rechtsmissbrauchs rechtfertigende Umstände können gemäss Bundesgericht insbesondere vorliegen, wenn die Partei sich auf zwingendes Recht beruft, welche die dagegen verstossende Vereinbarung in eigenem Interesse und in Kenntnis ihrer Unzulässigkeit selber vorgeschlagen und damit beim Rechtserwerb unredlich gehandelt hat oder wenn mit der Geltendmachung der Nichtigkeit der Vereinbarung derart lange zuwartet wurde, so dass die Gegenpartei deshalb ihre Interessen nicht wahrnehmen konnte.⁴⁴ Rechtsmissbrauch darf nur auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalls angenommen werden. Er dient als korri-

⁴² BGer 4A_215/2017 und 4A_230/2018 vom 15. Januar 2019.

⁴³ BGer, 4A_561/2017 vom 19. März 2018, E. 4.

⁴⁴ BGer 4A_389/2018 vom 22. August 2018 E. 3.1.; vgl. auch BGE 129 III 497 f. E. 5.1.

gierender „Notbehelf“, um krasses Unrecht zu verhindern. Rechtsmissbrauch ist restriktiv anzunehmen. Der Widerspruch zu früherem Verhalten kann nur dann als Verstoss gegen Treu und Glauben einen Rechtsmissbrauch begründen, wenn dieses Verhalten ein schutzwürdiges Vertrauen begründet hat, das durch die neuen Handlungen enttäuscht wird. Einen allgemeinen Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Handeln gibt es nicht.⁴⁵

Auch mit diesen Einschränkungen bedeutet der Entscheid zum Lohn in Euro wohl, dass bei Lohndiskriminierungsklagen nach Gleichstellungsgesetz der Lohn künftig wegen Rechtsmissbrauchs nicht mehr nachgefordert werden kann, wenn die Arbeitnehmerin in Kenntnis der Diskriminierung dem tieferen Lohn einverstanden war und den Anspruch erst Jahre später nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nachfordert. Das entspricht allerdings nicht der bisherigen Praxis und herrschenden Lehre zum Gleichstellungsgesetz.

c) Sozialpläne

Die Pflicht, bei einer Betriebsschliessung bzw. bei einem wirtschaftlich bedingten Stellenabbau einen Sozialplan zu erlassen, war seit Jahren ein Anliegen der Schweizerischen Gewerkschaften. Obgleich schon lange ein diesbezüglicher Druck durch die Entwicklung in Europa bestand, gelang es aber erst im Zusammenhang mit der Revision des Sanierungsrechts auf den 1. Januar 2014 eine entsprechende Pflicht einzuführen.⁴⁶ Vorher bestand sie unter Umständen auf Grund einer gesamtarbeitsvertraglichen Regelung.⁴⁷ Zudem hatten grosse Unternehmen zum Teil freiwillig entsprechende Vorkehren entweder selber getroffen oder mit der Belegschaft in der einen oder anderen Weise vereinbart. Teilweise war dies bei grösseren Betriebsschliessungen die Folge von Arbeitskämpfen, die mit der Vereinbarung oder dem einseitigen Erlass eines Sozialplans beendet wurden.⁴⁸ Je nach Definition des Sozialplanes waren sich die Sozialpartner unter Umständen nicht einmal bewusst, dass die Auseinandersetzung zu einem Sozialplan geführt hatte. Die Einführung der Sozialplanpflicht war das Ergebnis eines politischen Kompromisses. Im Rahmen der Revision des Sanierungsrechts wurde der Betriebsübergang bei

⁴⁵ BGer 4A_389/2018 vom 22. August 2018 E. 3.1.; BGE 143 III 666 E. 4.2.

⁴⁶ BG vom 21. Juni 2013, in Kraft seit 1. Jan. 2014 (AS 2013 4111; Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (Sanierungsrecht) vom 8. September 2010, BBl 2010 6455 ff.; Curia Vista 10.077).

⁴⁷ Zur Entstehungsgeschichte der neuen Regelung vgl. MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar, 2014, N. 2 f. zu Art. 335h OR.

⁴⁸ Solche Beispiele finden sich bei STEPHAN KLINGENBERG, Die Betriebsschliessung, Diss. Basel, Zürich 1986, 198 ff. wiedergegeben.

Insolvenz erleichtert, indem neu die Übernahme der Arbeitsverhältnisse nur noch freiwillig und nicht mehr von Gesetzes wegen erfolgt.⁴⁹ Als Ausgleich für diese Beschränkung der Rechte der Arbeitnehmer wurde diese Sozialplanpflicht eingeführt.⁵⁰

Die Regelung ist äusserst knapp und damit ist auch eine Vielzahl von Fragen offengeblieben. Namentlich enthält das Gesetz keinerlei konkretere Angaben bezüglich des Inhalts eines Sozialplans. Es legt nur fest, dass die Sozialplanleistungen für das Unternehmen im finanziell Tragbaren liegen müssen. Der Sozialplan darf den Fortbestand des Betriebes nicht gefährden.⁵¹ Die Lehre hat allerdings gewisse Referenzwerte für die Kosten eines Sozialplanes aufgestellt. WYLER sieht als Richtwehrt für Massentlassungen durch ein Unternehmen in einem schwierigen und/oder stark Wettbewerbsorientiertem Umfeld, das Anpassungen erfordert, vier bis sechs Monatslöhne, bei einem Unternehmen, das zwar unter Anpassungsdruck steht, aber grosse wirtschaftliche Reserven hat, 6 bis zwölf Monatslöhne und für ein Unternehmen, das Leute entlässt, um seine Gewinne zu optimieren, sind Abgangsentschädigungen von 12 bis 18 Monatslöhnen vorgesehen.⁵² Diese Richtwerte hat inzwischen auch das Schiedsgericht übernommen, welches bei der von der TAMEDIA-Gruppe bei der Zeitung „Le Matin“ vorgenommenen Entlassungen den Sozialplan aufstellen musste.⁵³

Bezüglich des Zustandekommens des Sozialplans hält das Gesetz nur die Verpflichtung zu Verhandlungen fest und dass die Arbeitnehmerseite zu den Verhandlungen Experten heranziehen kann.⁵⁴ Das entspricht auch dem Europäischen Recht.⁵⁵ Diese Bestimmung war nach Ansicht des Bundesrates notwendig, weil das Mitwirkungsgesetz den an der Mitwirkung beteiligten Arbeitnehmenden eine absolute Verschwiegenheitspflicht auferlegt.⁵⁶ Allerdings fragt sich, ob sich die Möglichkeit Experten beizuziehen nicht schon aus Art. 14 Abs. 1 Mitwirkungsgesetz ergeben hätte. Diese Norm sieht vor, dass die Verschwiegenheitspflicht nicht gegenüber Betriebsfremden Personen besteht, sofern diese mit der Wahrung der Interessen der Arbeitnehmerinnen

⁴⁹ Art. 333b OR.

⁵⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2018, Rz. 599a.

⁵¹ Art. 335h Abs. 2 OR.

⁵² WYLER RÉMY, Licenciements collectifs et plans sociaux: quelques aspects délicats ou controversés in „Sviluppi e orientamenti recenti nel diritto del lavoro“, Basel/Lugano 2018, 135.

⁵³ Urteil vom 2. September 2019 der Arbitrage ad-hoc Les travailleurs licenciés collectivement du Matin Semaine c/ Tamedia AG et Tamedia Publications romandes SA, Ziff. 147 ff.

⁵⁴ Art. 335i Abs. 3 OR.

⁵⁵ Art. 2 Abs. 2 EG-Richtlinie Nr. 92/56.

⁵⁶ Art. 14 Abs. 2 Bst. a Mitwirkungsgesetz; BBl 2010 6500.

und Arbeitnehmer betraut sind. Die Präzisierung schafft aber sicher eine sinnvolle Klärung.⁵⁷ Die Arbeitgeberin verhandelt mit den an einem Gesamtarbeitsvertrag beteiligten Arbeitnehmerverbänden, sofern sie selbst Partei dieses Gesamtarbeitsvertrages ist. Ansonsten verhandelt sie mit der Arbeitnehmervertretung oder, wo eine solche fehlt, direkt mit den Arbeitnehmern.⁵⁸ Können die Parteien keine Einigung finden, muss ein Schiedsgericht bestellt werden, das einen Sozialplan durch verbindlichen Schiedsspruch aufstellt.⁵⁹

Das Gesetz regelt das Verfahren allerdings nicht weiter. Es sieht weder eine Verpflichtung noch eine besondere Möglichkeit für ein eigentliches Schlichtungsverfahren vor. Aus dem Gesetz ergibt sich auch kein Verbot von Kampfmassnahmen. Solche unterstehen allerdings den allgemeinen Schranken. Einigen sich die Parteien nicht auf einen Sozialplan ist ein Schiedsgericht einzusetzen, das verbindlich entscheidet. Es handelt sich insofern um ein Zwangsschiedsgerichtsbarkeit.⁶⁰ Der Gesetzgeber hat den Parteien bewusst volle Freiheit bezüglich der Zusammensetzung des Schiedsgerichts belassen.⁶¹ Von daher ist auch vollständig offen, wie vorzugehen ist, wenn sich die Parteien nicht auf die Ernennung des Schiedsgerichts einigen können. Als Schiedsgericht können die Parteien auch die eidgenössische Einigungsstelle gemäss dem Bundesgesetz vom 12. Februar 1949 über die eidgenössische Einigungsstelle zur Beilegung von kollektiven Arbeitsstreitigkeiten bzw. ein kantonales Einigungsamt einsetzen. Dieses kann m.E. das Mandat nicht ablehnen, soweit die geographische Zuständigkeit gegeben ist.⁶² Während das Gesetz sich bezüglich des vom Schiedsgericht anzuwendenden Verfahrens ausschweigt, verweist die Botschaft auf die Art. 353 ff. ZPO.⁶³ Es fragt sich, ob die Parteien in der Wahl des Verfahrens frei sind und ob sie alle sich aus der ZPO ergebenden Möglichkeiten ausschöpfen können. Das ist m.E. zu verneinen. Weil dem Sozialplan normative Wirkungen zukommt und er folglich nicht nur unter den Parteien wirkt, müssen sich diese auch gewisse Einschränkungen bezüglich der Vertragsfreiheit gefallen lassen. So kann m.E. der Sitz des Schiedsgerichts nicht frei gewählt werden, sondern ergibt sich aus

⁵⁷ GEISER THOMAS, Sozialplanpflicht im schweizerischen Arbeitsrecht, ZBJV 12/2017, 817 ff.

⁵⁸ Art. 335i Abs. 1 und 3 OR.

⁵⁹ Art. 335j OR; vgl. STÖCKLI JEAN-FRITZ, Sozialplanpflicht mit Zwangsschiedsgerichtsbarkeit, ArbR 2010, 99 ff., der diese „Zwangsschiedsgerichtsbarkeit“ kritisiert, da sie sich vom bisher gängigen Instrumentarium der Konfliktlösung im kollektiven Arbeitsrecht grundlegend unterscheidet; vgl. auch GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 599c.

⁶⁰ MÜLLER MARTIN L., Sozialplanpflicht (Art. 335h-335k OR), ARV 2014, 242.

⁶¹ BBl 2010 6500.

⁶² GEISER, ZBJV 12/2017, 817 ff.

⁶³ BBl 2010 6500.

dem oder den Orten der Betriebe, die von der Betriebsschliessung betroffen sind. In Frage kommt allenfalls auch der Sitz der Arbeitgeberin. Das Schiedsgericht ist auch an das Schweizerische Recht gebunden. Art. 381 ZPO, der Wahlmöglichkeiten vorsieht, ist nicht anwendbar. Eine Besonderheit ergibt sich wohl auch bezüglich der Kosten. Weil eine Sozialplanpflicht der Arbeitgeberin besteht und der Sozialplan mangels Einigung zwingend von einem Schiedsgericht festzusetzen ist, kann das Schiedsgericht nicht auf seine Tätigkeit verzichten, bloss weil die Vorschüsse nicht entrichtet worden sind. Es ist vielmehr verpflichtet das Verfahren an die Hand zu nehmen. Da es ihm aber auch nicht zuzumuten ist, unentgeltlich zu arbeiten, muss es die Kostenvorschüsse verfügen und diese auch gegebenenfalls auf dem Betreibungswege eintreiben können. Eine entsprechende Verfügung des Schiedsgerichts stellt einen definitiven Rechtsöffnungstitel dar. Ist Arbeitnehmerseitig eine (oder mehrere) Gewerkschaft Partei, sind beide Parteien Kostenvorschusspflichtig. Haben die Verhandlungen mit der Arbeitnehmervertretung oder mit den betroffenen Arbeitnehmenden direkt stattgefunden, ist nur die Arbeitgeberin kostenpflichtig, weil auf der anderen Seite keine Rechtspersönlichkeit besteht, die haften könnte. Der Entscheid des Schiedsgerichts schafft eine res iudicata. Folglich kann die Verbindlichkeit des Sozialplanes nachträglich nicht mehr in Frage gestellt werden. Er kann auch in einem nachfolgenden Konkurs der Arbeitgeberin nicht paulianisch angefochten werden.⁶⁴

Nicht geklärt ist die Frage, wie vorzugehen ist, wenn die Arbeitgeberin nach der die Sozialplanpflicht auslösenden Entlassungen aber vor der verbindlichen Festlegung des Sozialplanes in Konkurs fällt. Der nachfolgende Konkurs kann die vor Konkurseröffnung entstandene Sozialplanpflicht wohl nicht dahinfallen lassen. Das Schiedsgerichtsverfahren wird durch die Konkurseröffnung bis zehn Tage nach der zweiten Gläubigerversammlung eingestellt.⁶⁵ Dann hat die Gläubigerversammlung zu entscheiden, ob sie in das Verfahren eintreten will oder nicht. Tritt sie ein, hat das Schiedsgericht einen Sozialplan verbindlich festzusetzen. Tritt sie nicht ein stellt dies wohl eine Anerkennung der Forderungen der Gegenseite dar. Das Besondere an der Sache liegt aber darin, dass das Schiedsgericht nicht über einzelne Forderungen entscheidet, sondern einen Plan aufstellt, auf den sich dann die einzelnen Forderungen der Arbeitnehmer stützen. Es handelt sich von daher eigentlich nicht um einen Streit über bestehende Rechte, sondern um eine Regelungsstreitigkeit. Die Regelung und damit auch die Grundlage für die einzelnen Forderungen werden aber erst nach Eröffnung des Konkurses geschaffen. Von daher scheint

⁶⁴ Art. 285 ff.; BBl 2010 6500.

⁶⁵ Art. 207 SchKG.

fraglich, ob es sich noch um Forderungen handeln kann, die im Konkurs abzuwickeln sind. Die Frage hat sich zwar bereits gestellt, ist aber noch nicht entschieden.

d) *Überwachung am Arbeitsplatz*

Das Datenschutzgesetz (DSG) ist zurzeit in Revision und sollte dabei der DSGVO angenähert werden. Die Revision ist allerdings im Moment im Parlament ins Stocken geraten, so dass mit Verzögerungen zu rechnen ist. Eine der für das Arbeitsrecht wesentlichen, zum Teil aber unterschätzten Fragen, betrifft den Einsatz von künstlicher Intelligenz bei der Besetzung von Stellen. Wird eine Stelle ausgeschrieben, bewerben sich unter Umständen sehr viele Personen, wobei ein grosser Teil der Bewerber sich bereits auf Grund der Angaben in den Bewerbungsdossiers als für die Stelle ungeeignet erweisen. Dürfen diese durch eine elektronische Datenverarbeitung ausgeschieden werden? Die DSGVO schreibt vor, dass niemand einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen werden darf, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.⁶⁶ Es fragt sich, ob eine entsprechende Bestimmung auch für das schweizerische Recht übernommen werden soll. Dabei ist wohl zu differenzieren: Soweit es darum geht, die Dossiers auf Grund einer bestimmten Angabe, welche für die Stelle zwingend ist, auszuschneiden, ist nichts gegen eine automatisierte Bearbeitung einzuwenden.⁶⁷ Demgegenüber ist es durchaus sinnvoll, ein Ausscheiden von Bewerbenden durch eine automatische Datenverarbeitung auszuschliessen, soweit es bloss um eine Beurteilung auf Grund statistischer Werte geht.⁶⁸ Hier braucht es eine individuelle Beurteilung, welche nur ein Mensch vornehmen kann.

Der Datenschutz hat aber auch zentrale Bedeutung bei der Frage, in welchem Ausmass die Arbeitgeberin die Arbeitnehmer überwachen darf. Selbst bei Verdacht auf strafbares Verhalten ist nicht nur aus arbeitsrechtlichen, sondern auch aus prozessrechtlichen Gründen grosse Vorsicht geboten, wie ein kürzlich ergangener Bundesgerichtsentscheid zeigt. Ein Geschäftsführer vermutete, dass aus den Geschäftsräumen immer wieder Bargeld gestohlen wurde

⁶⁶ Art. 22 DSGVO.

⁶⁷ Es geht beispielsweise um die Stelle als Arzt, die neu zu besetzen ist. Folglich ist ein abgeschlossenes Medizinstudium ein zwingendes Kriterium. Alle Bewerber und Bewerberinnen, welche nicht über ein solches verfügen, können durchaus automatisch ausgeschieden werden.

⁶⁸ Z.B. Abschlussnoten, Studiendauer, Alter.

und reichte deshalb Strafanzeige ein. In der Folge installierte die Polizei mit Einwilligung des Geschäftsführers, aber ohne Wissen der Angestellten, eine Videoüberwachung mit vier Kameras. Die Polizei wertete nach einem Monat dann auch die Aufnahmen aus. Sie klagte sodann die auf Grund dieser Videoaufnahmen überführte Arbeitnehmerin wegen wiederholten geringfügigen Diebstahls ein. Das Bundesgericht hob die Verurteilung auf, weil die Videoaufnahmen im Strafverfahren nicht verwertbar waren. Weil die Videoaufnahmen nicht durch das Zwangsmassnahmengericht bewilligt worden waren, wie dies die Stopp vorschreibt, und die Beschuldigte von der Überwachung nichts wusste, waren sie ein rechtswidriger Eingriff in die Grundrechte der Beschuldigten.⁶⁹

Das Bundesgericht argumentiert mit dem hoheitlichen Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen. Es hält ausdrücklich fest, dass die Unzulässigkeit der Videoüberwachung nicht gleich zu beurteilen wäre, wenn sie nicht von einer staatlichen Behörde, sondern von der Arbeitgeberin vorgenommen worden wäre. Es ging nur um die Frage, ob die durchgeführte Videoüberwachung in strafrechtlicher, arbeitsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und persönlichkeitsrechtlicher Hinsicht zulässig war.⁷⁰ Eine Verwertung einer von der Arbeitgeberin installierten Überwachung kann sehr wohl zulässig sein.⁷¹ Es empfiehlt sich folglich, dass die Arbeitgeberin die Überwachung selber organisiert und dies nicht der Polizei überlässt. Das ist ein zumindest sehr unerwartetes Ergebnis.

e) *Ferien*

Für die langfristige Gesundheit der Arbeitnehmenden haben die Ferien zentrale Bedeutung. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer jedes Dienstjahr wenigstens vier Wochen, dem Arbeitnehmer bis zum vollendeten 20. Altersjahr wenigstens fünf Wochen Ferien zu gewähren.⁷² Die Ferien sind in der Regel im laufenden Dienstjahr und mindestens zwei Wochen am Stück zu beziehen,⁷³ damit der Erholungswert gewährleistet ist. Selbstverständlich ist es jedoch möglich, mehr als zwei Wochen Ferien am Stück zu beziehen. Der Arbeitnehmer kann die Ferien auch tageweise beziehen, wenn er vertretbare,

⁶⁹ BGE 145 IV 42 ff.

⁷⁰ Art. 179quater StGB; Art. 26 ARG 3; Art. 12 DSGVO; Art. 28 ZGB.

⁷¹ BGE 145 IV 47; 6B_536/2009 vom 12. November 2009 und 9C_785/2010 vom 10. Juni 2011.

⁷² Art. 329a Abs. 1 OR.

⁷³ Art. 329c Abs. 1 OR; die Entstehungsgeschichte belegt, dass sich das „in der Regel“ auch auf das Zusammenhängen von zwei Wochen bezieht.

persönliche Gründe hat.⁷⁴ Mit den neuen Kommunikationsmitteln und dem in der Wirtschaft auftauchenden Anspruch an Arbeitnehmer, dauernd erreichbar zu sein, stellt sich die Frage, ob es arbeitsrechtlich zulässig ist, in den Ferien berufliche Mails zu lesen. Weil ein tageweiser Bezug möglich ist, können die Ferien auch tageweise unterbrochen werden. Es ist damit grundsätzlich zulässig, in den Ferien Mails zu lesen. Aber wenn ein Arbeitnehmer an einem Ferientag berufliche Mails liest, handelt es sich nicht mehr um einen Ferientag, sondern um einen Arbeitstag und der Ferientag ist nach zu gewähren. Das hat allerdings das Bundesgericht bis jetzt so noch nie entschieden.

Den Zeitpunkt der Feien bestimmt die Arbeitgeberin und nimmt dabei auf die Wünsche des Arbeitnehmers soweit Rücksicht, als sich dies mit den Interessen des Betriebes vereinbaren lässt.⁷⁵ Übergeht der Arbeitgeber bei der Festsetzung der Ferien die Wünsche des Arbeitnehmers oder ordnet er die Ferien zu kurzfristig an, ist der Arbeitnehmer berechtigt, den Ferienbezug zu verweigern.⁷⁶ Lässt die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer dann nicht arbeiten, liegt ein Arbeitgeberverzug im Sinne von Art. 324 OR vor. Der Arbeitnehmer hat jedoch unverzüglich sein Widerspruchsrecht auszuüben und während der angeordneten Ferien seine Dienste anzubieten, ansonsten von einem Verzicht beziehungsweise Einverständnis auszugehen ist.⁷⁷ Da der Arbeitnehmer diesen Widerspruch im zu entscheidenden Fall nicht nachweisen konnte, war seine Forderung auf Nachzahlung des Ferienlohns nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzuweisen.⁷⁸

⁷⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 16), Rz. 502; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 16), Art. 329c N 6; anders REHBINDER MANFRED/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Berner Kommentar, Art 319-330b OR, Bern 2010, Art. 329c N 1, die dies nur für den über die zwei Wochen hinausgehenden Ferienanspruch für zulässig halten.

⁷⁵ Art. 329c Abs. 2 OR.

⁷⁶ BGer, 4A_434/2017, 14. Dezember 2017, E. 2.1.

⁷⁷ BK-REHBINDER/STÖCKLI (FN 26), Art. 329c N 10; STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar, Art. 319-330a OR, 4. A., Zürich 2006, Art. 329c N 10 (zit. ZK-Staehelin); STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 16), Art. 329c N 7.

⁷⁸ BGer, 4A_434/2017, 14. Dezember 2017.

Technische Vorschriften

Urs Meier / Theodor Bühler

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (URS MEIER)	186
1.	Verordnung (EU) 2019/1020 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten	186
2.	Die Maschinenrichtlinie 2006/42/EG	188
3.	Die Bauprodukteverordnung (EU) Nr. 305/2011	188
4.	Verordnung (EU) 2016/425 über persönliche Schutzausrüstungen	189
II.	Bedeutung für die Schweiz (THEODOR BÜHLER)	190
1.	Ein Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts zur sogenannten Maschinenverordnung	190
2.	Die Revisionen des Heilmittelgesetzes	192
3.	Die Arzneimittelverordnung	194
4.	Die Medizinprodukteverordnung	194
5.	Die Teilrevision des Bundesgesetzes über Handelshemmnisse (THG)	195

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

1. Verordnung (EU) 2019/1020 über Marktüberwachung und die Konformität von Produkten

Aus dem Vorschlag¹ der EU-Kommission ist zwischenzeitlich eine Verordnung geworden, welche am 25. Juni 2019 im EU-Amtsblatt veröffentlicht worden und am 15. Juli 2019 in Kraft getreten ist. Die Artikel 29, 30, 31, 32, 33 und 36 werden ab dem 1. Januar 2021 und der Rest der Verordnung ab dem 16. Juli 2021 anwendbar sein.² Die Verordnung stellt einen weiteren Schritt der EU dar, die Produktkonformität im Binnenmarkt sicherzustellen.

Bisher wurden gewisse Aspekte der Marktüberwachung in der Verordnung (EG) 765/2008 bereits einheitlich geregelt. Die betreffenden Bestimmungen wurden mit der neuen Verordnung nun aufgehoben³ und sind ausschliesslich in Letzterer zu finden. Sie sind für die 70 Rechtsakte, welche im Anhang I aufgeführt sind, anwendbar (z.B. Maschinen, Spielzeug, Typengenehmigung KFZ, Druckbehälter, EMV, Niederspannungsprodukte etc.). Obwohl grundsätzlich die Kompetenz nach wie vor bei den Mitgliedstaaten verbleibt, werden die Marktaufsichtsbehörden sowie deren Befugnisse ausführlicher als bisher geregelt. Ziel dieses Schrittes ist bis zu einem gewissen Grad die Vereinheitlichung der Organisation, Tätigkeiten, Pflichten, Befugnisse und Massnahmen der Marktaufsichtsbehörden in den Mitgliedstaaten. Die Verschiedenartigkeit dieser Behörden hat dazu geführt, dass deren Aufgabenerfüllung als nicht effizient und uneinheitlich wahrgenommen wurde.

Außerdem schließt die neue Verordnung eine Lücke, indem sie auch den online-Handel erfasst. Die EU will sicherstellen, dass die Produktvorschriften durchgesetzt werden, „unabhängig davon, ob die Produkte offline oder online in Verkehr gebracht werden, und unabhängig davon, ob sie in der Union hergestellt wurden oder nicht.“⁴ Gemäss Artikel 6 der Verordnung gilt somit ein

¹ Vgl. MEIER URS/BÜHLER THEODOR, Technische Vorschriften, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/2019, Zürich/St. Gallen 2019, 276.

² Art. 44 der Verordnung (EU) 2019/1020 vom 20. Juni 2019, ABl. L 169 vom 25. Juni 2019, 1 ff.

³ Art. 39 der Verordnung (EU) 2019/1020 vom 20. Juni 2019.

⁴ Erwägung (1) der Verordnung (EU) 2019/1020 vom 20. Juni 2019.

Produkt auf dem EU-Markt schon als bereitgestellt⁵, wenn es online oder über eine andere Form des Fernabsatzes zum Verkauf angeboten wird und sich dieses Angebot an den Endnutzer in der EU richtet.

Aus diesem Grund wurde die Definition von „Wirtschaftsakteur“⁶ mit dem sog. Fulfilment-Dienstleister ergänzt. Damit ist ein Dienstleister gemeint, welcher im Rahmen eines online-Versands gewisse Tätigkeiten (wie z.B. Lagerhaltung, Verpackung, Adressierung, Versand) für den Verkäufer erbringt⁷. Damit ist der Fulfilment-Dienstleister wie jeder andere Wirtschaftsakteur für die Erfüllung gewisser Aufgaben⁸ verantwortlich.

Neu wird vorgeschrieben, dass ein mit den entsprechenden Vorschriften konformes Produkt nur dann auf dem europäischen Binnenmarkt in Verkehr gebracht werden darf, wenn ein in der „Union niedergelassener Wirtschaftsakteur“ die vorgesehenen Aufgaben wahrnimmt. Für Hersteller aus Drittstaaten bedeutet die Vorschrift, dass zwingend eine Bezugsperson in der EU bestehen muss. Dies kann der Importeur oder ein Bevollmächtigter des Herstellers sein, der von diesem beauftragt ist, die vorgesehenen Aufgaben wahrzunehmen.

Gemäß Artikel 4 umfassen die Aufgaben der Wirtschaftsakteure:

- Prüfung des Vorliegens und Bereithalten von Konformitäts- bzw. Leistungserklärung;
- Sicherstellen, dass die technischen Unterlagen auf Verlangen den Marktaufsichtsbehörden zur Verfügung gestellt werden können;
- Übermittlung aller Informationen und Unterlagen, welche zur Prüfung der Konformität notwendig sind;
- Mitteilung an die Marktaufsichtsbehörden, falls Anhaltspunkte vorliegen, dass ein Produkt ein Risiko darstellt;
- Kooperation mit den Marktaufsichtsbehörden und Sicherstellung, dass bei mangelnder Konformität eines Produkts Korrekturmaßnahmen ergriffen werden oder das davon ausgehende Risiko gemindert wird.

⁵ Die Bereitstellung auf dem Markt bedeutet „jede entgeltliche oder unentgeltliche Abgabe eines Produkts zum Vertrieb, Verbrauch oder zur Verwendung auf dem Unionsmarkt im Rahmen einer Geschäftstätigkeit“ (vgl. Artikel 3, Ziffer 1 der Verordnung (EU) 2019/1020 vom 20. Juni 2019).

⁶ Weitere Wirtschaftsakteure sind hauptsächlich Hersteller, Bevollmächtigter, Einführer, Händler; Artikel 3, Ziffer 13 der Verordnung (EU) 2019/1020.

⁷ Artikel 3, Ziffer 11 der Verordnung (EU) 2019/1020 vom 20. Juni 2019.

⁸ Artikel 4, (3) der Verordnung (EU) 2019/1020 vom 20. Juni 2019.

Auf dem Produkt selber oder auf der Verpackung sind Angaben (Name, Handelsname oder -marke, Kontaktdaten, Postanschrift) über den Wirtschaftsakteur mit Sitz in der EU anzubringen.

2. Die Maschinenrichtlinie 2006/42/EG

Wie sich Ende 2018 abgezeichnet hat, wollte die EU-Kommission die Auswirkungen der neuen Technologien (wie z.B. künstliche Intelligenz, internet of things, Roboter etc.) auf die Maschinenrichtlinie unter die Lupe nehmen. Hierzu hat sie eine Studie anfertigen lassen. Es wird erwartet, dass diese Studie im 1. Quartal 2020 veröffentlicht wird.⁹

3. Die Bauprodukteverordnung (EU) Nr. 305/2011

Nach der Veröffentlichung der Berichte über die Evaluation¹⁰ sowie über die Folgenabschätzung¹¹ einer Revision im November 2018 hat die EU-Kommission im Oktober 2019 eine Zusammenfassung des Bewertungsverfahrens (in Form einer sog. Arbeitsunterlage¹²) veröffentlicht.

Darin werden im Wesentlichen drei Hauptmängel der aktuellen Verordnung geortet. Dem Normungssystem bezüglich der Bauprodukteverordnung wird eine unzureichende Leistung attestiert. In einer Untersuchung haben sich die meisten Normen als veraltet erwiesen. Außerdem decken die vorhandenen Normen die sieben in der Bauprodukteverordnung vorgesehenen Bereiche (Anhang I) nur teilweise ab. Die Folge davon ist, dass die Mitgliedstaaten zusätzliche Anforderungen aufgestellt haben, was selbstredend der Charakteristik des EU-Binnenmarktes widerspricht. Ferner wird die Rolle der Mitgliedstaaten im Bereich der Marktüberwachung als unwirksam betrachtet. Der Grund hierfür wird in der unterschiedlichen Qualität und Wirksamkeit der Marktüberwachungsbehörden der Mitgliedstaaten gesehen. Priorität in einer allfälligen Revision soll daher die Schaffung eines hohen und gleichwertigen Niveaus der Aktivitäten dieser Behörden haben. Schließlich wird bemängelt, dass Vorschriften, welche zu Vereinfachungen für Kleinunternehmen hätten führen sollen (Artikel 5, Artikel 37 und Artikel 38), zu wenig angewendet worden sind. Daraus wird der Schluss gezogen, dass die Unternehmen

⁹ Vgl. MEIER URS/BÜHLER THEODOR, Technische Vorschriften, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Zürich/St. Gallen 2018/2019, 274.

¹⁰ Supporting study for the Review of the Construction Products Regulation: Evaluation.

¹¹ Supporting study for the Review of the Construction Products Regulation: Impact Assessment.

¹² Abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/37826>>.

die allgemeinen Regeln den Ausnahmen vorziehen.¹³ Diese drei Mängel führen laut Bericht zu einem Mangel an Rechtssicherheit, was es bei einer allfälligen Revision zu korrigieren gilt. Weiteres Verbesserungspotenzial wird auch bei der Abgrenzung der Anwendbarkeit von verschiedenen Produktvorschriften, beim Kosten-Nutzen-Verhältnis, bei den Informationspflichten und bei Anforderungen hinsichtlich Nachhaltigkeit, Sicherheit und Gesundheit gesehen.

4. Verordnung (EU) 2016/425 über persönliche Schutzausrüstungen

Die Verordnung ist seit April 2018 anwendbar. Am 20. April 2019 ist nun die einjährige Übergangsfrist abgelaufen. Folglich dürfen ab dem 21. April 2019 nur noch Persönliche Schutzausrüstungen (PSA) in Verkehr gebracht werden, welche den Anforderungen der neuen Verordnung entsprechen. Baumusterprüfungen, welche unter der abgelösten Richtlinie 89/686/EWG ausgestellt worden sind, haben noch bis zum 21. April 2023 Gültigkeit.

¹³ Abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/docsroom/documents/37827>>.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Ein Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts zur sog. Maschinenverordnung

Am 24. Oktober 2018 fällte das Bundesverwaltungsgericht ein Urteil betreffend einer Verfügung der SUVA vom 26. September 2016 bezüglich einer Hubarbeitsbühne¹⁴: Der Arbeitskorb einer in Italien hergestellten Hubarbeitsbühne, Baujahr 2014, in dem sich zwei Personen befanden, ist am 30. Oktober 2015 abgebrochen, als die Arbeitsbühne beim Hinunterfahren einen Mauervorsprung touchiert hatte. In ihrem Produktkontrollverfahren stellte die SUVA fest, dass die Festigkeitsberechnungen ungenügend seien, da es sich beim Boden der Arbeitsbühne nicht um Metallteile sondern um Kunststoff handle, und statt der zu erwartenden maximalen dynamischen Belastung die statische Belastung aufgezeigt worden sei. Sie forderte die Vermieterin der betreffenden Hubarbeitsbühne auf, unter anderem einen Festigkeitsnachweis für statische und dynamische Belastungen, eine Baumusterprüfbescheinigung, Zeichnungen und einen Auszug aus der Risikobeurteilung einzureichen. Dagegen wehrte sich die Vermieterin und Beschwerdeführerin mit dem Hinweis, dass die Herstellung des Arbeitskorbs konform mit der technischen Norm EN 280 erfolgt, dass für eine Risikobeurteilung nach dem Stand der Technik die vorgewiesene CE Konformitätserklärung ausreichend sei. Zudem reichte sie unter anderen die Festigkeitsberechnungen der Herstellerfirma „Korbboden in Verbundmaterial“ vom 10. Oktober 2011 und die Zertifizierung eines Prototyps der Hubarbeitsbühne der Herstellerin durch ein Europäisches Institut für Zertifizierungen (ICE) ein. Diese Dokumente würden genügen, um die Vermutung von Art. 8 PrSG zu ihren Gunsten eintreten zu lassen, sodass die Beweislast die SUVA betreffe und nicht sie.

Neben dem PrSG war somit die Verordnung über die Sicherheit von Maschinen vom 2. April 2008¹⁵ anzuwenden. Da diese das Inverkehrbringen und die Marktüberwachung betreffend Maschinen nach der Richtlinie 2006/42/EG (EU-Maschinen-Richtlinie) regelt, war auch diese im vorliegenden Fall anzuwenden. Da von der Beschwerdeführerin geltend gemacht wurde, dass die Technische Norm SN 280 „Fahrbare Hubarbeitsbühnen-Berechnungs- Standardsicherheit-Bau-Sicherheit-Prüfungen“¹⁶ befolgt wurde, war auch diese auszulegen und vor allem war zu prüfen, ob sie noch galt. In der Norm 280

¹⁴ Bundesverwaltungsgericht 2018 V/I i.S. X AG gegen SUVA, C-6202/2016 vom 24. Oktober 2018.

¹⁵ Verordnung über die Sicherheit von Maschinen vom 2. April 2008 (MaschV, SR 519.14).

¹⁶ Publikation 27. Dezember 2013, BBl. 2013 9756

ist die Norm SN EN 280 A¹⁷ 2010 enthalten. Beide Normen enthalten eine besondere Bestimmung über Festigkeitsberechnungen¹⁷, verweisen zudem auf die Europäische Norm EN 13001-3-1 „Krane-Konstruktion allgemein-Teil“ 3.1: „Grenzzustände und Sicherheitsnachweis von Stahltragwerken“.

In ihrem Anhang 1, verlangt die Maschinenrichtlinie, dass zu den dort aufgeführten Anforderungen die Pflicht, eine Risikobeurteilung vorzunehmen und die Maschine unter Berücksichtigung der Ergebnisse dieser Risikobeurteilung die Maschine zu konstruieren ist. Ob dies der Fall ist, hat die Kontrolle und somit die SUVA zu prüfen. Dazu dient das Prüfprogramm, welches das Bundesgericht in BGE 143 II 518 E. 5.8 aufgestellt hat und das wir im letzten Band „Wirtschaftsrecht Schweiz-EU“ S. 277 zitiert haben. Zudem sind die Befugnisse der Kontrolle in Art. 22 PrSV geregelt. Kommt sie zum Schluss, dass die Sicherheit nicht gewährleistet ist, so hat sie entsprechende Massnahmen zu verfügen. Dieses Prüfprogramm wendet nun auch das Bundesverwaltungsgericht an.

Es untersucht als erstes, ob die Technische Norm SN EN 280 für die Konformitätsvermutung ausreicht und ob die eingereichten technischen Dokumente für den konkreten Fall zutreffen. Es kommt dabei zum negativen Entscheid, dass die angeführte Norm, die für die Berechnungsverfahren auf die Norm EN 13001-3-1:2012 verweist, sowie die eingereichten Dokumente (Bericht des Instituts ICE, Bericht der EMPA) nicht genügen, um die Festigkeitsnachweis des in Verbundmaterial hergestellten Arbeitskorbboden zu erstellen, womit die Vermutung des Art. 8 PrSG und damit die Beweislastumkehr zugunsten der Beschwerdeführerin entfällt. Damit sei erwiesen, dass die Normenkonformität der Maschine nicht ausreichend dokumentiert wurde. Zudem machte die SUVA geltend; die Norm EN 13001-1-3-1: 2012 sei für Stahlbaukrane vorgesehen und somit für den vorliegenden Fall nicht anwendbar. Die Beschwerde wurde daher im Grundsätzlichen abgewiesen, die von der SUVA geforderten Massnahmen dagegen auf den konkreten vorliegenden Fall eingeschränkt.

Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ist in mehrfacher Weise aufschlussreich: Die Maschinenverordnung und vor allem ihr Anhang, der nichts anderes ist als eine Kopie der EU-Maschinenrichtlinie, finden Anwendung ebenso zwei technische Normen. Anwendung findet auch die Vermutung des Art. 8 PrSG. Lehrreich sind schliesslich die Feststellungen bezüglich Materialien, die für das Produkt verwendet werden namentlich bezüglich Festigkeit.

¹⁷ Ziff. 5.2.8.

Im Bauwesen ist dies sogar der Hauptgegenstand einer EU-Verordnung, der sog. Bauproduktverordnung, die in Form des Bundesgesetzes über Bauprodukte Eingang in die schweizerische Rechtsordnung fand¹⁸.

2. Die Revisionen des Heilmittelgesetzes

Eine erste Revision des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) erfolgte 2016. Die entsprechende Botschaft des Bundesrates wurde am 7. November 2012 an das Parlament überwiesen. National- und Ständerat haben die Kernelemente des Entwurfs des Bundesrates übernommen, teilweise ergänzt und das revidierte HMG in der Schlussabstimmung am 18. März 2016 verabschiedet. Das revidierte HMG trat am 1. Januar 2019 in Kraft.

Da inzwischen die EU zwei neue Verordnungen, die Medical Devices Regulation (MDR) und die medical devices regulation (IVDR) 2017, welche die bisherigen Richtlinien ersetzen, verabschiedet hat, muss nun die Schweiz auf Grund des MRA nicht nur das Heilmittelgesetz erneut sondern auch die Medizinprodukteverordnung revidieren. Da die Schweiz über das Abkommen Schweiz-EU über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (Mutual Recognition Agreement MRA Kapitel 4) in die europäische Marktüberwachung und den europäischen Binnenmarkt eingebunden ist, hat sie nämlich dafür zu sorgen, dass die entsprechenden gesetzlichen Regelungen in der Schweiz und in der EU gleichwertig sind. Mit der neuen Revision befasst sich die Botschaft vom 30. November 2018¹⁹. Das Geschäft wurde im Rahmen eines Sonderverfahrens behandelt und am 22. März 2019 vom Parlament verabschiedet. Die Gesetzesänderungen sollen im ersten Halbjahr 2020 in Kraft treten. Bei der Revision handelt es sich um eine Teilrevision mit dem Zweck das Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte, wie es offiziell heisst an das geltende Recht der EU und an das neue Datenschutzgesetz sowie an die Medici-crime-Konvention anzupassen und die Kompetenzen des Bundesrates und des Schweizerischen Heilmittelinstitutes zu präzisieren.

Neu ist der Begriff devitalisierte menschliche Gewebe und Zellen. Diese fallen nun auch unter das Heilmittelgesetz. Zudem erhalten die Medizinprodukte und die Spitalapotheke neue Legaldefinitionen: Nach Art. 4 Abs. 1 Bst. b sind Medizinprodukte „Produkte, einschliesslich Instrumente, Apparate, Geräte,

¹⁸ BÜHLER THEODOR, Technische Vorschriften in Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU, Überblick und Kommentar 2014/15, Zürich/St. Gallen, 202-204.

¹⁹ BBl. 2019 I (8. Januar 2019), 1-65 und BÜHLER THEODOR, Technische Vorschriften, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2018/19, Zürich/St. Gallen, 279.

In-vitro-Diagnostika, Software, Implantate, Reagenzien, Materialien und andere Gegenstände oder Stoffe, die für die medizinische Verwendung bestimmt sind oder angepriesen werden und deren Hauptwirkung nicht durch ein Arzneimittel erreicht wird“. Medizinprodukte werden dadurch von Arzneimitteln (Art. 4 Abs. 1 Bst. a, der eine ausführliche Liste von Arzneikategorien enthält), unterschieden. Neu definiert wird auch eine Spitalapotheke. Diese ist nach Art. 4 Abs. 1 Bst. j eine „Einrichtung in einem Spitalbetrieb, die von einer Apothekerin oder einem Apotheker geführt wird und namentlich pharmazeutische Dienstleistungen an die Kundschaft des Spitals anbietet“. Von Bedeutung ist der Unterschied zwischen Bewilligung, die den Hersteller oder die Herstellerin betrifft und vom Bundesrat oder einem kantonalen Regierungsrat erteilt wird und der Zulassung, die das Arzneimittel oder das Medizinprodukt betrifft und vom Schweizer Heilmittelinstitut (Swissmedic) ausgesprochen wird. Die Zulassungsmöglichkeiten für bestimmte Arzneikategorien und die Selbstmedikation werden vereinfacht. Die Marktüberwachung wird verstärkt und modernisiert (Einführung des Pharmacovigilance-Plan, Anwendung der Good Vigilance –Practice, Ergänzung und Präzisierung des Umfangs der Meldepflichten) An die Verschreibung von Arzneimittel werden Minimalanforderungen gestellt. Der Umfang der vom Institut (Swissmedic) veröffentlichten Informationen über die ihr zur Begutachtung vorgelegten Arzneimittel und von deren Zulassungsinhaberinnen werden ausgeweitet. Die Ergebnisse der klinischen Versuche sind zu veröffentlichen. Ein Informationssystem zur Überwachung des Antibiotikavertriebs und –verbrauchs sowie der Antibiotikaresistenzsituation in der Veterinärmedizin wird geschaffen. In der Pädiatrie wird die Sicherheit des Arzneimitteleinsatzes verbessert.

Anpassungen an das EU-Recht sind in Art 9, 11 Abs. 5, 13, 14 Abs. 1 Bst. a bis und a ter, 21 Abs. 1 bis, zu ersehen. Der Bundesrat erhält sehr weite legislative Kompetenzen (Art. 5 Abs. 2; Art. 7 Abs. 2; Art. 9 Abs. 2 quater und 3; Art. 11 Abs.5; Art. 12b Abs. 5; Art. 16 Abs. 2 und 3; Art. 20 Abs.2 und 3; Art. 21 1 bis und Abs.2; Art. 23 Abs.3; Art. 24 Abs. 1bis; Art. 27 Abs. 3 Art. 29 Abs. 2; Art. 31 Abs. 2; Art. 35 Abs. 2; Art. 36 Abs.3; Art. 37 Abs.3, Art. 38 Abs. 2; Art. 41; Art. 42a; Art. 44; Art. 45 Abs. 3 und 5; Art. 46 Abs. 2 und 3, Art. 47 Abs. 2; Art. 48; Art. 49 Abs.2; Art. 51 Art. 54 Abs. 3, 6 und 7; Art. 54a Abs.5; Art. 55 Abs.5; Art. 59 Abs. 6; Art. 62 Abs. 2; Art. 62a Abs. 3; Art. 64 4bis und 5; Art. 64 f; Art. 65 Abs.4 und 6; Art. 67 a, 67 b; 70; Art. 78 Abs. 4; Art. 81a Abs.4; Art. 91 Abs.1 und Art. 92 Abs. 1). Diese beeindruckende Anzahl von Delegationsbestimmungen zuhanden des Bundesrates haben zur Folge, dass das Heilmittelgesetz letztlich nur ein Rahmengesetz ist und dass es die Verordnung ist, die einschlägig wird²⁰.

²⁰ Zum Problem Gesetz/Verordnung nun MÜLLER GEORG, Wie steuert der Gesetzgeber die Verordnung?, SJZ 116 (2020), 47-53.

Neu ist, dass den Hersteller eine Dokumentationspflicht (Art. 47a) und eine Offenlegungspflicht (Art.47c) trifft, dass er ein Qualitätssicherungssystem einbauen und dass er über eine ausreichende finanzielle Deckung für allfällige Schäden verfügen muss (Art. 47 d) und dass er sein Produkt im Informationssystem (Art. 62 c) oder in der Europäischen Datenbank für Medizinprodukte (Eudamed) registrieren lasse (Art. 47 in Verbindung mit Art. 47e Abs. 1 Bst. c).

Vollzugs- und Marktüberwachungsbehörde ist das Schweizerische Heilmittelinstitut, dessen Rechtsform, Organisation und Aufgaben in einem besonderem Kapitel (5. Kapitel; Art. 69-81a) ausführlich geregelt wird. Es ist sowohl für Arzneimittel als auch für Medizinprodukte zuständig.

Für Medizinprodukte gelten ähnliche Bestimmungen wie sie für alle Produkte gemäss Produktesicherheitsgesetz anwendbar sind (Art. 45 – 51). Das Institut bezeichnet die technischen Normen, die geeignet sind, die grundlegenden Anforderungen (die der Bundesrat festlegt) zu konkretisieren. „Soweit möglich bezeichnet es internationale harmonisierte Normen. „Abweichungen bedürfen der Zustimmung der zuständigen Behörde (das Staatssekretariat für Wirtschaft)“ (Art. 45 Abs. 4).

Zusätzlich zu den Gesetzesänderungen im Zusammenhang mit der Medicine-Konvention hat das Parlament zur Verbesserung des Patientenschutzes und zur Bekämpfung von Arzneimittelverpackungen, 2017 auch eine Bestimmung zur Anbringung von Sicherheitsmerkmalen und -vorrichtungen auf Arzneimittelverpackungen (analog zu den Vorschriften der EU-Richtlinie 2011/62/EU) in das HMG aufgenommen (neuer Art. 17a). Über diese Änderungen lief das Vernehmlassungsverfahren bis zum 9. Februar 2019.

Auf der Ebene der Verordnung wird streng zwischen Arzneien und Medizinprodukte unterschieden.

3. Die Arzneimittelverordnung

Die Arzneimittelverordnung (VAM)²¹ wurde revidiert und die Revision am 29. September 2018 verabschiedet und am 1. Januar 2019 in Kraft gesetzt.

4. Die Medizinprodukteverordnung

Die Medizinprodukteverordnung (MepV) vom 21. September 2019 wird totalrevidiert. Der Bundesrat hat am 15. Mai 2019 die Vernehmlassung für diese Totalrevision und für die neue Verordnung über klinische Versuche für Medi-

²¹ SR 212.21.

zinprodukte (KlinV-Mep) eröffnet. Sie lief bis zum 5. September 2019. Eine Darstellung ihres Inhaltes würde den Rahmen dieser Berichterstattung sprengen und muss daher einer gesonderten Darstellung des aktuellen Arznei- und Medizinproduktrecht überlassen werden.

5. Die Teilrevision des Bundesgesetzes über Handelshemmnisse (THG)

Die dynamische Rechtsentwicklung der EU auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Produktsicherheit zwingt die Schweiz auf Grund des MRA nachzuziehen, um nicht die Gleichwertigkeit der diesbezüglichen Rechtsordnung mit jener der EU zu verlieren. Daher musste die Delegation der Gesetzgebung auf diesem Gebiet vom Parlament an den Bundesrat erweitert werden. So erteilt Art. 9a THG neu dem Bundesrat die Kompetenz, die technischen Vorschriften zu präzisieren und dabei die international harmonisierten technischen Vorschriften, Richtlinien, Normen und Empfehlungen zu berücksichtigen.

Die effektive Umsetzung des MRA und insbesondere die ordnungsgemäss Anwendung des MRA EU-Schweiz, dessen Kapitel den Medizinproduktesektor abdeckt, erfordert eine effiziente Zusammenarbeit der Marktaufsichtsbehörden der Schweiz mit jenen der EU. Deshalb wird in Art. 14 Abs. 4 THG dem Bundesrat die Kompetenz erteilt, die Beteiligung der Schweiz inklusive Finanzierung der Überwachungsmaßnahmen mit der EU selbständig zu vereinbaren.

Die EU-Kommission kann sog. delegierte Rechtsakte erlassen. In Art. 15a THG werden die Kompetenzen des Bundesrates in Bezug auf die Übernahme solcher Rechtsakte geregelt: In den vom MRA abgedeckten Sektoren erhält der Bundesrat folgende Kompetenzen: 1. Zur Übernahme solcher Rechtsakte in das schweizerische Recht; 2. Das Recht, selber solche Rechtsakte zu erlassen und anwendbar zu erklären und 3. Sog. dynamische Verweisungen als verbindlich zu erklären, die gewisse Rechtsakte in der jeweiligen für die EU-Mitgliedstaaten verbindlichen Fassung gelten.

Zur Sicherstellung des Informationsaustausches zwischen den Marktaufsichtsbehörden der EU und der Schweiz, der sich aus der Umsetzung des MRA ergibt, können die Schweizer Behörden besonders schützenswerte Personendaten bekannt geben müssen. Der Umfang dieser Kompetenz und die Anpassung an das Datenschutzrecht sind Gegenstand der neuen Art. 20b Abs. 2 und 3 THG.

Mit Art. 56 Abs. 1 und Bst. 3 THG wird die Neuregelung der Veröffentlichung von Ergebnissen registrierte Forschungsprojekte unter anderem am neuen nationalen EUDAMED dem Bundesrat übertragen.

Schliesslich sieht Art. 36a Abs. 1 THG ein gemeinsames überkantonales elektronisches System für Gesuche für Forschungsprojekte. Hierfür wird dem Bundesrat die Koordination übertragen.

Sowohl die Revision des THG als auch jene des HMG weisen klar daraufhin, dass in Zukunft die Verordnung für die technischen Vorschriften einschlägig sein wird. Da Verordnungen vom Bundesrat erlassen werden, können sie viel rascher und unkomplizierter geändert werden, was zur Folge hat, dass jeweils darauf geachtet werden muss, die aktuellste Fassung zugrunde zu legen.

Energie

Isabel Höhener / Brigitta Kratz

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (ISABEL HÖHENER)	198
1.	Energiebinnenmarkt	198
a)	Energieunion	198
b)	Saubere Energie für alle Europäer	198
c)	Klimaneutrales Europa bis zum Jahr 2050, der grüne Deal	200
d)	Energieeffizienz/Nachhaltigkeit	202
e)	EU-Vorschriften für Gasleitungen nach und aus Drittländern	203
f)	Vertragsverletzungen	203
2.	Energieinfrastruktur	204
3.	Aussenpolitik	205
II.	Bedeutung für die Schweiz (BRIGITTA KRATZ)	207
1.	Marktöffnung	210
a)	Strom	210
b)	Erdgas	211
2.	Energie und Klimawandel	215
a)	Erneuerbare Energien	215
b)	Verringerung der CO₂-Emissionen	217
3.	Energieeffizienz	221
a)	Allgemeines	221
b)	Wettbewerbliche Ausschreibungen	221
c)	Zielvereinbarungen mit dem Bund	222
d)	Energieeffizienzvorschriften	222
e)	Gebäudebereich	224
4.	Versorgungssicherheit	224
a)	Generell	224
b)	Strom	225
c)	Energieinfrastrukturen	225
d)	Kernkraft	226

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

i. Energiebinnenmarkt

a) *Energieunion*

Die Europäische Kommission hat am 25. Februar 2015 eine „Rahmenstrategie für eine krisenfeste Energieunion mit einer zukunftsorientierten Klimaschutzstrategie“ kurz „Strategie für die Energieunion“ verabschiedet. Die Energieunion ist in fünf Dimensionen aufgeteilt:

- i) Versorgungssicherheit, Solidarität und Vertrauen;
- ii) vollständig integrierter Energiemarkt;
- iii) Energieeffizienz;
- iv) Dekarbonisierung der Wirtschaft;
- v) Forschung, Innovation und Wettbewerbsfähigkeit.¹

Gemäss dem im April 2019 publizierten vierten Bericht zur Lage der Energieunion ist Europas Energieversorgung sicherer, vorteilhafter und zugänglicher als noch vor einigen Jahren geworden.² Die Energieunion soll insbesondere auch zur Vertiefung des EU-Energiebinnenmarkts beitragen. Durch die Energieunion soll einerseits die Energie- und Klimapolitik modernisiert werden, andererseits soll die Umstellung auf saubere Energie in den Schlüsselsektoren der europäischen Wirtschaft im Einklang mit den Verpflichtungen aus dem Pariser Klimaschutzübereinkommen mit gleichzeitiger Sicherstellung der sozialen Verträglichkeit dieses Übergangs gefördert werden.³ Die nachfolgend genannten Entwicklungen im Jahr 2019 sind somit auch im Hinblick auf die formulierten Ziele der EU-Energieunion zu betrachten.

b) *Saubere Energie für alle Europäer*

Die Europäische Kommission hat am 30. November 2016 ein neues Regelwerk für die Gestaltung der EU-Energiemärkte vorgeschlagen (eine überarbeitete Verordnung über den Elektrizitätsmarkt und eine überarbeitete Richtlinie

¹ Factsheet Bericht zur Lage der Energieunion - ein Überblick der Europäischen Kommission vom 9. April 2019, MEMO/19/1875.

² Factsheet Bericht zur Lage der Energieunion - ein Überblick der Europäischen Kommission vom 9. April 2019, MEMO/19/1875.

³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/1876 vom 9. April 2019.

über den Elektrizitätsmarkt, sowie eine neue Verordnung über die Risikovorsorge im Elektrizitätsbereich und eine überarbeitete Verordnung über die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden [ACER]).⁴ Ziel ist es, die Integration erneuerbarer Energien in die Energiemärkte zu erleichtern, die Stellung der Verbraucher zu verbessern und zu einer besseren Steuerung der Energieströme in der EU beizutragen. Die Märkte sollen verbessert werden, um den Bedarf an erneuerbaren Energien zu decken und Investitionen in die Ressourcen zu unterstützen. Insbesondere sollen Anreize geschaffen werden, dass die Verbraucher selbst aktiv werden und zur Stabilität beitragen.⁵ Der Anteil des Stroms aus erneuerbaren Energiequellen soll von derzeit 25% bis 2030 auf voraussichtlich 55% ansteigen. Die Umstellung auf erneuerbare Energien und eine stärkere Elektrifizierung sollen zur Erreichung der CO₂ Neutralität bis 2050 beitragen.⁶

Am 26. März 2019 hat das Europäische Parlament das Verfahren zur Genehmigung der neuen Verordnung und der neuen Richtlinie über den Elektrizitätsmarkt,⁷ sowie der Verordnungen über die Risikovorsorge im Elektrizitätsbereich und über die Agentur der Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) abgeschlossen.⁸ Alle Bestimmungen sind per 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Die Mitgliedstaaten haben bis Ende 2020 Zeit die Richtlinie zum Elektrizitätsbinnenmarkt in nationales Recht umzusetzen.⁹ Die Verordnung über das Governance-System für die Energieunion, sowie die überarbeiteten Richtlinien zur Energieeffizienz, zu erneuerbaren Energien und Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden sind bereits im Jahre 2018 in Kraft getreten.¹⁰

Die Verordnung zum Elektrizitätsmarkt sieht u.a. vor, dass die Interkonnektoren mehr für den grenzüberschreitenden Stromhandel innerhalb der EU

⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/1836 vom 26. März 2019.

⁵ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/1836 vom 26. März 2019.

⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/1836 vom 26. März 2019.

⁷ Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, 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, ABl L 158 vom 14. Juni 2019, 125 ff.

⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 26. März 2019, IP/19/1836.

⁹ Abrufbar unter: <<https://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2019/02/Meldung/News1.html>>.

¹⁰ siehe ANJA FISCHER, Energie, Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2018, in Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 287 f.

geöffnet werden. Die Handelskapazitäten sollen nun bis auf 70% steigen.¹¹ Der europäische Verband für die Übertragungsnetzbetreiber im Stromsektor (ENTSO-E) bestimmt die Network Codes, welche die Regelungen für das Stromnetz u.a. in den Bereichen Netzbetrieb, Netzanschluss, Engpassmanagement und Regelenergie definieren und harmonisieren. Diese Codes bilden die Grundlage für einen gemeinsamen EU-Strommarkt.¹² Die Schweiz kann von den Vorteilen, welche insbesondere die EU Marktkopplung für den grenzüberschreitenden Strombezug mit sich bringt nicht profitieren, da es zwischen der EU und der Schweiz nach wie vor noch kein Stromabkommen für eine Partizipation am EU-Strommarkt gibt.

c) *Klimaneutrales Europa bis zum Jahr 2050, der Grüne Deal*

Die am 28. November 2018 durch die europäische Kommission verabschiedete Vision für eine wohlhabende, moderne, wettbewerbsfähige und klimaneutrale Wirtschaft bis 2050 „Ein sauberer Planet für alle“ soll eine Strategie aufzeigen, wie Europa in Bezug auf die Klimaneutralität eine Führungsrolle einnehmen und gleichzeitig seine Wettbewerbsfähigkeit wahren kann. Dies soll durch die Investition in realistische technologische Lösungen erreicht werden, insbesondere in den Sektoren der Energie, Gebäude, Verkehr, Industrie und Landwirtschaft. Zur Förderung dieser Technologien investiert die EU über 10 Milliarden Euro aus dem Innovationsfonds.¹³

In diesem Zusammenhang ist am 24. Dezember 2018 die Governance-Verordnung¹⁴ bereits in Kraft getreten, welche einen gemeinsamen Rahmen für die Energie und Klimapolitik in der EU und den Mitgliedstaaten geschaffen hat. Die Mitgliedstaaten wurden in diesem Rahmen verpflichtet, bis 31. Dezember 2018 nationale Energie- und Klimapläne vorzulegen die darlegen sollen, wie sie beabsichtigen, zu den Zielen der Energieunion bis 2030 beizutragen. Zu diesen

¹¹ Abrufbar unter: <<https://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2019/02/Meldung/News1.html>>.

¹² Abrufbar unter: <<https://www.swissgrid.ch/de/home/customers/topics.html#europaische-network-codes>>.

¹³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/1381 vom 26. Februar 2019.

¹⁴ Verordnung (EU) 2018/1999 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über das Governance-System für die Energieunion und für den Klimaschutz, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 663/2009 und (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 94/22/EG, 98/70/EG, 2009/31/EG, 2009/73/EG, 2010/31/EU, 2012/27/EU und 2013/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2009/119/EG und (EU) 2015/652 des Rates und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 525/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl L 328 vom 21. Dezember 2018, 1 ff.

Zielen gehören gemäss den Energieeffizienzrichtlinie¹⁵ und der Erneuerbaren-Energien-Richtlinie¹⁶, dass die EU mindestens 32% der Energie aus erneuerbaren Quellen gewinnen und die Energieeffizienz um 32.5% zu verbessern. Die Europäische Kommission hat am 18. Juni 2019 zu den eingereichten Plänen der Mitgliedstaaten Empfehlungen bzw. eine Bewertung der ersten Entwürfe der integrierten nationalen Energie- und Klimapläne abgegeben. Die Mitgliedstaaten wurden aufgefordert ihre Planentwürfe in mehrfacher Hinsicht zu verbessern. Insbesondere reichten in den vorgelegten Plänen, die vorgesehenen Beiträge in den Bereichen erneuerbare Energien und Energieeffizienz noch nicht aus.¹⁷ Die Frist zur Einreichung der endgültigen Pläne ist am 31. Dezember 2019 abgelaufen.¹⁸

Am 11. Dezember 2019 legte die Europäische Kommission den sog. „Europäischen Grünen Deal“ vor. Dieser legt einen Fahrplan vor, wie Europa bis 2050 Klimaneutralität erreichen soll.¹⁹ Es wird eine moderne, ressourceneffiziente und wettbewerbsfähige Wirtschaft angestrebt. Der Grüne Deal erstreckt sich auf alle Wirtschaftszweige Verkehr, Energie, Landwirtschaft und Gebäude sowie Stahl-, Zement, IKT-, Textil- und Chemieindustrie.²⁰ Damit das Ziel der Klimaneutralität bis 2050 erreicht wird, plant die europäische Kommission innert 100 Tagen das erste „europäische Klimagesetz“ vorzulegen.^{21,22} Ferner sollen die Biodiversitätsstrategie bis 2030, die neue Industriestrategie und der neue Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft, die Strategie „vom Hof auf den Tisch“ für nachhaltige Lebensmittel und Vorschläge für ein schadstofffreies Europa vorgelegt werden. Der Investitionsbedarf zur Finanzierung dieses „Grünen Deals“ wird auf 260 Mrd. Euro geschätzt.²³

¹⁵ Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABl. L 113 vom 25. April 2013, 24 ff.

¹⁶ Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. L 328 vom 21. Dezember 2018, 82 ff.

¹⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/2993 vom 18. Juni 2019.

¹⁸ Europäische Kommission - Factsheet vom 18. Juni 2019, MEMO/19/2997.

¹⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/6691 vom 11. Dezember 2019.

²⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/6691 vom 11. Dezember 2019.

²¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/6691 vom 11. Dezember 2019.

²² Am 4. März 2020 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für ein Klimagesetz vorgelegt; Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/2020/304 vom 4. März 2020.

²³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/6691 vom 11. Dezember 2019.

d) *Energieeffizienz/Nachhaltigkeit*

Die Europäische Kommission hat gestützt auf die bereits in Kraft gesetzte Neufassung der Erneuerbaren Energien-Richtlinie einen delegierten Rechtsakt erlassen. Dieser sieht Kriterien für die Bestimmung von Rohstoffen zur Herstellung von Biobrennstoffen mit hohem ILUC-Risiko (Biobrennstoffe, bei denen eine wesentliche Ausdehnung der Produktionsflächen auf Flächen mit hohem Kohlenstoffbestand zu beobachten ist), sowie Kriterien für die Zertifizierung von Biokraftstoffen, flüssigen Biobrennstoffen und Biomasse-Brennstoffen mit geringem Risiko einer indirekten Landnutzungsänderung vor.²⁴

Die Energieeffizienzlabels für sechs Produktgruppen haben ein neues Format und Aussehen erhalten (Geschirrspüler, Waschmaschinen und Wäschetrockner, Kühlschränke einschliesslich Weinlagerschränken sowie gewerbliche Kühlschränke, Lampen, elektronische Displays einschliesslich Fernsehgeräte, Monitore und digitale Signage-Displays). Die EU-Energielabels existieren schon seit 1995 und wurden auch von der Schweiz, sowie zahlreichen Drittstaaten übernommen. Sie spielen heute eine massgebende Rolle bei den Kaufentscheidungen der Verbraucher und haben daher zu Entwicklung von wesentlich energieeffizienteren Produkten in der Industrie geführt.²⁵ In diesem Zusammenhang wurden im Oktober 2019 neue Ökodesign-Massnahmen für Produkte wie Kühlschränke, Waschmaschinen, Geschirrspüler und Fernsehgeräte angenommen. Es wurden zehn Durchführungsverordnungen zum Ökodesign angenommen. Ziel ist es, die sog. Kreislaufwirtschaft zu verbessern. Dies soll erreicht werden, indem die Lebensdauer, Wartung, Wiederverwendung und Recyclingfähigkeit von Geräten, sowie die Handhabung von Altgeräten verbessert werden soll. Es werden daher neue Anforderungen an die Reparierbarkeit und Recyclingfähigkeit gestellt. Diese Massnahmen sollen zu Einsparungen in privaten Haushalten führen und zur Verringerung von Treibhausgasemissionen beitragen.²⁶

Ferner sollen Reifen zwecks Energieeinsparungen neue Kennzeichnungen erhalten. Die neue Verordnung zur Kennzeichnung von Reifen tritt am 1. Mai 2021 in Kraft und soll die aktuell noch geltende Verordnung zu Reifenkenn-

²⁴ Factsheet der Europäischen Kommission, MEMO/19/1656 vom 13. März 2019.

²⁵ Factsheet Europäische Kommission vom 11. März 2019.

²⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/5895 vom 1. Oktober 2019.

zeichnung ersetzen.²⁷ Diese Vorschriften sind Teil der Vorschriften der Europäischen Union über die Energieeffizienz von Produkten; dazu gehören auch die bereits erwähnten Ökodesign-Verordnungen.²⁸

e) *EU-Vorschriften für Gasleitungen nach und aus Drittländern*

Der Europäische Rat hat am 15. April 2019 die Änderung der Gasrichtlinie förmlich angenommen.²⁹ Nun gelten die Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt der EU auch für Leitungen nach und aus Drittländern. In der Gasrichtlinie von 2009 sind v.a. Regelungen über die Entflechtung der Eigentumsverhältnisse, der Netzzugang Dritter, nicht diskriminierende Tarife und Transparenzanforderungen zu finden. Mit der Änderung der Richtlinie wird eine Gesetzeslücke geschlossen. Die Richtlinie muss innerhalb von 9 Monaten in nationales Recht umgesetzt werden.³⁰ Der Geltungsbereich der Gasrichtlinie ist auf das Hoheitsgebiet der EU beschränkt.

f) *Vertragsverletzungen*

Die Europäische Kommission verklagte Tschechien und Slowenien vor dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) wegen des nicht ordnungsgemässen Aushangs von Energieausweisen in Gebäuden.³¹ Slowenien und Tschechien wird der Verstoss gegen die Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden vorgeworfen.

Ferner verklagte die Europäische Kommission Spanien vor dem EuGH wegen der Wärme- und Wasserverbrauchsvermessung in Mehrparteienhäusern.³² Spanien wird vorgeworfen, die Anforderungen an die individuelle Verbrauchserfassung in Gebäuden mit mehreren Wohnungen und in Mehrzweckgebäuden gemäss der Energieeffizienzrichtlinie nicht zu erfüllen. Die Richtlinie sieht u.a. die individuelle Installation von Zählern für Heizung, Kühlung und Warmwasser in diesen Gebäuden vor.³³

²⁷ Verordnung (EG) Nr. 1222/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die Kennzeichnung von Reifen in Bezug auf die Kraftstoffeffizienz und andere wesentliche Parameter, ABl. L 342 vom 22. Dezember 2009, 46 ff.

²⁸ Pressemitteilung der Europäischen Union, IP/19/6279 vom 14. November 2019.

²⁹ Richtlinie (EU) 2019/692 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Änderung der Richtlinie 2009/73/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABl. L 117 vom 3. Mai 2019, 94 ff.

³⁰ Pressemitteilung des Europäischen Rates, 294/19 vom 15. April 2019.

³¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/464 vom 24. Januar 2019.

³² Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/1473 vom 7. März 2019.

³³ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/1473 vom 7. März 2019.

Die Europäische Kommission verklagt Italien vor dem EuGH wegen Nichtumsetzung der EU-Strahlenschutzvorschriften.³⁴ Italien wird vorgeworfen, die überarbeiteten grundlegenden Sicherheitsnormen für den Schutz vor den Gefahren einer Exposition gegenüber ionisierender Strahlung nicht umzusetzen. In Italien wurden bislang keine Rechtsvorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassen.³⁵

Die Europäische Kommission verklagt Belgien vor dem EuGH wegen der Nichteinhaltung der EU-Vorschriften für den Elektrizitäts- und den Gasmarkt.³⁶ Belgien wird vorgeworfen, nicht für die ordnungsgemäße Umsetzung der EU-Vorschriften für den Elektrizitätsmarkt und für den Erdgasmarkt besorgt zu sein. Beide Richtlinien gelten als Teil des dritten Energiepakets. Bemängelt wird insbesondere, dass die belgische Regulierungsbehörde nicht die Befugnis erhalten hat, verbindliche Beschlüsse für die Elektrizität- und Erdgasunternehmen zu fassen. Die Regulierungsbehörde kann lediglich der Regierung Vorschläge unterbreiten. Zudem werden die Bedingungen für den Anschluss an die Strom- und Erdgasnetze von der Regierung und nicht, wie vom EU-Recht vorgesehen, von der Regulierungsbehörde festgelegt. Ferner stellt das belgische Recht nicht sicher, dass die Übertragung- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber, die unter ihren Zuständigkeitsbereich fallende Elektrizitätswerke- bzw. Erdgasnetz kontrollieren können. So seien die Betreiber möglicherweise nicht in der Lage, im vollem Umfang für den diskriminierungsfreien Zugang von Elektrizität- oder Erdgaslieferanten zum Netz zu sorgen.³⁷

2. Energieinfrastruktur

Über das europäische Förderprogramm für transeuropäische Infrastrukturen Fazilität „Connecting Europe“ (CEF) sind für den Zeitraum 2014-2020 insgesamt 5.35 Mrd. EUR für die Investition in die transeuropäische Energieinfrastruktur vorgesehen. Damit ein Projekt gefördert wird, muss es sich um eines von gemeinsamen Interesse handeln sog. Projects of Common Interest (PCI), welches nach seinem Abschluss für mindestens zwei Mitgliedstaaten erhebliche Vorteile bringt die Energieversorgungssicherheit zu verbessern, zur Marktintegration beizutragen, den Wettbewerb fördert und die CO₂-Emissionen senkt.³⁸ Die Europäische Kommission hat nun vorgeschlagen, für den

³⁴ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/4255 vom 25. Juli 2019.

³⁵ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/4255 vom 25. Juli 2019.

³⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/4254 vom 25. Juli 2019.

³⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/4254 vom 25. Juli 2019.

³⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/561 vom 23. Januar 2019.

EU-Haushalt 2021-2027 die Fazilität „Connecting Europe“ zu erneuern und 42.3 Mrd. EUR für Investitionen in europäische Infrastrukturnetze vorzusehen, einschliesslich 8.7 Mrd. EUR für den Energiebereich.³⁹

Die EU-Mitgliedstaaten haben nun am 23. Januar 2019 zugestimmt fast 800 Mio. EUR aus der CEF in wichtige Europäische Energieinfrastrukturprojekte mit grenzüberschreitenden Vorteilen zu investieren. Mit diesen Mitteln sollen insgesamt 14 Projekte unterstützt werden, davon sieben Projekte im Bereich Elektrizität, zwei im Bereich intelligente Netze, zwei zum Thema grenzüberschreitenden CO₂-Transport und drei im Gassektor.⁴⁰ Am 20. März 2019 stellte die Europäische Kommission weitere 750 Mio. EUR für die Förderung von Infrastrukturen für saubere Energie zur verfügung.

Am 31. Oktober 2019 hat die Europäische Kommission die vierte Liste der PCIs veröffentlicht. Das Europäische Energieverbundnetz soll künftig eine umweltfreundliche, erschwingliche und sichere Energieversorgung aller Europäerinnen und Europäer gewährleisten. Die Projekte auf dieser Liste können im Rahmen eines vereinfachten Genehmigungsverfahrens EU-Mittel aus der CEF beantragen.⁴¹ Das Projekt „Greenconnector“, welches eine 1'100-MW-Gleichstrom-Kabel-Verbindung von Sils i.D. nach Verderio in Italien vorsieht und somit die Transportkapazität zwischen der Schweiz und Italien erhöhen soll, ist ebenfalls in dieser neuen Liste aufgeführt.⁴²

3. Aussenpolitik

Nach längeren Verhandlungen erzielten die Ukraine und Russland, unter Vermittlung der EU, eine Grundsatzvereinbarung zu einem neuen Fünf-Jahres-Gas-Transitvertrag.⁴³ Der alte Transitvertrag lief Ende 2019 ab. Der Gas-Transitvertrag soll die zukünftige Versorgung Europas mit russischem Gas sicherstellen. Die Transitmengen sollen künftig jedoch deutlich verringert werden. 2020 sollen nur noch 65 Milliarden Kubikmeter, statt den bisherigen 90 Milliarden Kubikmetern über die Ukraine nach Europa gelangen. Von 2021 bis 2024 sollen

³⁹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/561 vom 23. Januar 2019.

⁴⁰ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/561 vom 23. Januar 2019.

⁴¹ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/6203 vom 31. Oktober 2019.

⁴² ANNEX to COMMISSION DELEGATED REGULATION (EU) .../... amending Regulation (EU) No 347/2013 of the European Parliament and of the Council as regards the Union list of projects of common interest vom 31. Oktober 2019.

⁴³ Statement der Europäischen Kommission, STATEMENT/19/6841 vom 20. Dezember 2019.

es gar nur noch 40 Milliarden Kubikmeter sein.⁴⁴ Russland nutzt unter Umgehung des Transitlandes Ukraine die alternative Leitung „Nord Stream 1“, um Gas nach Europa zu liefern. „Nord Stream 2“ soll voraussichtlich im Jahr 2020 fertiggestellt werden und am 8. Januar 2020 soll die neue Leitung „Turkish Stream“ in Betrieb genommen werden.⁴⁵

Seit der gemeinsamen Erklärung vom 25. Juli 2018 zwischen US-Präsident Trump und EU-Kommissionspräsident Juncker die strategische Zusammenarbeit zwischen der EU und den USA im Energiebereich zu stärken, sind die Ausfuhren von Flüssigerdgas (LNG) aus den USA auf den Gasmarkt Europa um 272% gestiegen.⁴⁶ Das im Mai 2019 erfolgte Energieforum ermöglichte es, weitere Möglichkeiten für den Energiehandel von LNG zwischen der EU und den USA zu erörtern. Die erhöhten LNG-Einfuhren aus den USA sollen dem Ziel der EU ihre Energieversorgung zu diversifizieren beitragen.⁴⁷

Ebenfalls im Zusammenhang mit der gemeinsamen Erklärung zwischen Präsident Juncker und Präsident Trump im Jahre 2018, erfolgte am 29. Januar 2019 der Beschluss der europäischen Kommission, dass die Sojabohnen aus den Vereinigten Staaten die Anforderungen der Nachhaltigkeitsstandards der EU erfüllen. Alle Biokraftstoffe sollen die in der EU geltenden Nachhaltigkeitsstandards erfüllen.⁴⁸

⁴⁴ Russland und Ukraine einigen sich auf neuen Gas-Transitvertrag, NZZ vom 21. Dezember 2019, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/russland-und-ukraine-einigen-sich-auf-neuen-gas-transitvertrag-ld.1530173>>.

⁴⁵ Russland und Ukraine einigen sich auf neuen Gas-Transitvertrag, NZZ vom 21. Dezember 2019, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/wirtschaft/russland-und-ukraine-einigen-sich-auf-neuen-gas-transitvertrag-ld.1530173>>.

⁴⁶ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/2313 vom 2. Mai 2019.

⁴⁷ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/2313 vom 2. Mai 2019.

⁴⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/748 vom 29. Januar 2019.

II. Bedeutung für die Schweiz

Die *Entwicklungen in der EU im Bereich Energie* sind für die Schweiz *unverändert von grosser Bedeutung*, ist doch das Schweizer Übertragungsnetz Teil des europäischen Verbundnetzes. Ebenso wirken sich auch die Entwicklungen auf den europäischen Energiemärkten und die entsprechenden Regularien auf die Schweiz aus.

Das Schweizer Stimmvolk hat die vom Parlament beschlossene *Energiestrategie 2050* („ES 2050“) im Jahr 2017 abgesehnet. Die *regulatorische Umsetzung dieses ersten Energiepakets* ist mit dem Inkrafttreten des totalrevidierten Energiegesetzes am 1. Januar 2018 und der gestaffelten Inkraftsetzung der Strategie Stromnetze per 1. Juni 2019 bzw. 1. Juni 2020 weitgehend *erfolgt*. Die vom Bundesrat angestrebte Flexibilisierung der Wasserzinse im Rahmen einer Teilrevision des Wasserrechtsgesetzes wurde vom Parlament hingegen *abgelehnt*.⁴⁹

Die EU hat sich die *Klimaneutralität* bis zum Jahr 2050 zum Ziel gesetzt.⁵⁰ So richtet der 2019 verabschiedete zweite Teil des Gesetzespakets „Clean Energy for all Europeans“ den Strombinnenmarkt auf die steigenden Anteile erneuerbarer Energien aus.

Das Ziel Klimaneutralität ist im Jahr 2019 auch in der Schweiz verstärkt in den Fokus der Politik gerückt. Es geht in einer ganzheitlichen Betrachtung um die *Klimapolitik und den dafür erforderlichen Umbau des Energieversorgungssystems* mit dem Ziel der Dekarbonisierung, unter gleichzeitiger Gewährleistung der Versorgungssicherheit. Die Totalrevision des CO₂-Gesetzes befindet sich im März 2020 noch in der parlamentarischen Debatte. Der Bundesrat hat sodann Ende 2019 die Vorlage für ein neues Gasversorgungsgesetz in die Vernehmlassung gegeben, welche die klimapolitischen Zielsetzungen mitberücksichtigt. Die bereits 2018 in die Vernehmlassung geschickte Revision des Stromversorgungsgesetzes („StromVG“) und namentlich die volle Marktöffnung dagegen dürften sich weiter verzögern.

Im April 2020 hat der Bundesrat ein *zweites Energiepaket* ins Parlament gebracht, welches neben der *Revision StromVG* auch eine Teilrevision des Energiegesetzes mit umfassen dürfte. Dabei soll der Umbau der Stromversorgung mit *weiteren Fördermassnahmen* unterstützt werden, sodass auch die

⁴⁹ Vgl. zum teilrevidierten Wasserrecht die Medienmitteilung des Bundesrats vom 13. September 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76389.html>>.

⁵⁰ Vgl. vorn Ziff. I. 1. lit.c.

Klimaziele erreicht werden können.⁵¹ Geht es aber mit diesem Paket auch darum, die künftige Stromversorgungssicherheit zu gewährleisten, ist einerseits der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Dekarbonisierung eine *zunehmende Elektrifizierung der Energieversorgung* mit sich bringt, und andererseits den *regulatorischen Entwicklungen in der EU*, die sich als *nachteilig für die schweizerische Stromversorgungssicherheit* erweisen können.

Aus Schweizer Sicht werden die *Herausforderungen*, die sich infolge der auf der Basis des dritten und neu des vierten Binnenmarktpakets weiter vorangetriebenen Öffnung und Koppelung der Energiemärkte in der umliegenden EU ergeben, *immer grösser*.

Dies nimmt nicht nur die Stromübertragungsnetzbetreiberin Swissgrid so wahr, die sich mit dem Flow Based Market Coupling als Zielmodell in der gesamten EU konfrontiert sieht, ohne dass aber die Schweiz mit einbezogen wird. Die aktuellen Gegebenheiten führen zu zunehmenden Herausforderungen im Betrieb des Schweizer Übertragungsnetzes als Teil des europäischen Verbundnetzes, konkret: zu einer *Zunahme ungeplanter Flüsse und einem steigendem Redispatchbedarf bei zugleich abnehmender Solidarität* unter den europäischen Netzbetreibern. Diese Entwicklungen belasten die Infrastruktur und gefährden die Netzstabilität der Schweiz.⁵²

Aufgrund der europäischen Entwicklungen *driften auch die Strommärkte der Schweiz und Europas immer weiter auseinander*, mit negativen Folgen namentlich auch für die international tätigen Schweizer Energieunternehmen, deren Geschäftsmodelle (Pumpspeicherkraftwerke) unter den neuen Gegebenheiten nicht mehr gleich gut funktionieren. Nachteilig wirkt sich dabei namentlich aus, dass in der Schweiz gerade noch neue grosse Pumpspeicherkraftwerke gebaut wurden, die Schweiz im Zuge der Koppelung der europäischen Märkte jedoch Mitte 2018 vom europäischen Intraday-Markt ausgeschlossen wurde.

Gleichzeitig findet auf der Basis der beschlossenen Energiewende nicht nur in der Schweiz, sondern auch in der EU ein mit dem vierten Paket „Clean Energy for all Europeans“⁵³ weiter vorangetriebener *Umbau des Energieversorgungssystems* statt. Dieser Umbau mit dem damit einhergehendem sukzessiven Ausstieg aus der Kernenergie gefährdet die Schweizer Energieversorgungssicherheit zumindest in einer Übergangsphase, indem er einen *tendenziell*

⁵¹ Vgl. Medienmitteilung des UVEK vom 3. April 2020, <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-78665.html>>.

⁵² Vgl. dazu insb. die Referate von Yves Zumwald am Stromkongress vom 17. Januar 2019 sowie am Netzforum vom 21. Mai 2019.

⁵³ Vgl. dazu vorn Ziff. I. 1. lit. b.

zunehmenden Stromimportbedarf im Winterhalbjahr zur Folge hat, während die Importfähigkeit aufgrund der Belastung der Netzinfrastruktur potenziell sinkt. Die Vorböten potenzieller künftiger Stromversorgungskrisen haben denn auch die Strommarktregulierungsbehörde ElCom sowie die Politik auf den Plan gerufen, die sich dieses Problems im Rahmen der Revision StromVG annehmen will. Die Problematik der Importabhängigkeit der Schweiz im Winterhalbjahr dürfte sich mit der geplanten Ausserbetriebnahme weiterer steuerbarer Kraftwerke in den Nachbarländern noch verstärken. Eine weitere Herausforderung für die Schweizer Versorgungssicherheit stellt die neue sog. 70%-Regel für den grenzüberschreitenden Austausch in der EU⁵⁴ dar.⁵⁵

Ein Stromabkommen der Schweiz mit der EU würde diese Probleme wenigstens teilweise lösen. Ohne Abkommen drohen der Schweiz – wie mehrere Studien, die im Rahmen eines nationalen Forschungsprogramms erstellt und Ende 2019 vorgelegt wurden,⁵⁶ belegen – massive Mehrkosten und ein instabiles Netz⁵⁷. Das Stromabkommen liegt jedoch, obschon auf technischer Ebene längst ausgehandelt, seit Jahren politisch auf Eis, indem es von der EU weiterhin von der Unterzeichnung eines Rahmenabkommens abhängig gemacht wird. Und die Hoffnung auf eine baldige Unterzeichnung hat sich im 2. Halbjahr 2019, auch aus Gründen, die in der diesbezüglichen Uneinigkeit der Schweiz zu suchen sind, weitestgehend zerschlagen.

Auf der anderen Seite ist diese Situation aber *durchaus auch nachteilig für die EU*. Und zwar insbesondere für Deutschland, welches im Rahmen der Energiewende immer mehr Strom aus nicht steuerbarer Produktion aus erneuerbaren Quellen ins Netz einspeist. Zu gewissen Zeiten führt das Überangebot gar zu negativen Marktpreisen, weil die Speichermöglichkeiten bzw. anderweitige Flexibilitäten fehlen. Der grenzüberschreitende Handel erscheint dabei als das zentrale Instrument, um die wechselnde Verfügbarkeit der Energieträger regional auszugleichen, die Stromversorgung abzusichern und die Netze zu stabilisieren. Der Abschluss eines Stromabkommens mit der Schweiz und

⁵⁴ Vgl. dazu vorn Ziff. I.1. lit. b.

⁵⁵ Vgl. dazu der Geschäftsführer der ElCom, Renato Tami, in seinem Referat am Stromkongress 2020, www.strom.ch, sowie auch das Grundlagenpapier Rahmenbedingungen für die Sicherstellung einer angemessenen Winterproduktion, Einschätzung der ElCom, 27. Februar 2020, www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Berichte und Studien.

⁵⁶ Die Studie der EPFL soll im Mai 2020 in Buchform erscheinen: Matthias Finger/Paul van Baal, *Beziehungen unter Strom*, Chronos-Verlag.

⁵⁷ Vgl. die Zusammenfassung der Ergebnisse der genannten Studien in der NZZ vom 6. Dezember 2019, 15.

die damit einhergehende (Re-)Integration der Schweizer Pumpspeicher in den europäischen Markt vermöchte das Problem der fehlenden Speichermöglichkeiten in Zeiten der Energiewende auch für die EU zu entschärfen.⁵⁸

i. Marktöffnung

a) Strom

Die vollständige Öffnung des Strommarkts soll – wenn es nach dem Willen des Bundesrates geht – auch in der Schweiz endlich Tatsache werden. Fest steht im April 2020, dass diese sich *weiter verzögern* dürfte:

- Der Bundesrat hatte im Oktober 2018 im Rahmen der Vernehmlassung⁵⁹ zur Revision des Stromversorgungsgesetzes⁶⁰ vorgeschlagen, den Strommarkt vollständig zu öffnen.
- Auf der Basis der Vernehmlassungsergebnisse beschloss der Bundesrat am 27. September 2019, zwar an der Öffnung des Strommarktes festzuhalten, zugleich aber eine Vorlage zur Anpassung des Energiegesetzes⁶¹ ausarbeiten zu lassen. Letzteres im Sinne einer Begleitmassnahme zur Marktöffnung, um – wie dies eine Mehrheit der eingegangenen Stellungnahmen verlangt hatte – die Investitionsanreize in die einheimischen erneuerbaren Energien zu verbessern und damit die Versorgungssicherheit zu stärken.⁶²
- Das UVEK wurde vom Bundesrat beauftragt, ihm im 1. Quartal 2020 ein Aussprachepapier mit Eckwerten für eine vollständige Marktöffnung sowie weiteren Anpassungsbedarf beim StromVG zu unterbreiten.
- Wie der Bundesrat am 3. April 2020 mitgeteilt hat, soll bis Anfang 2021 eine Vorlage zur Revision StromVG und parallel dazu eine Vorlage zur Anpassung des EnG erarbeitet werden, zu welcher 2020 noch eine Vernehmlassung durchgeführt werden muss.

⁵⁸ Vgl. dazu den Beitrag in der NZZ vom 9. Mai 2019, 16.

⁵⁹ Vgl. dazu die Website des Bundes, <www.admin.ch> (> Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2018).

⁶⁰ Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23. März 2007; (SR 734.7).

⁶¹ Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0).

⁶² So der Bundesrat in seiner Medienmitteilung vom 27. September 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76564.html>>, mit Link auf den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung.

- Bleiben die Vorlagen gekoppelt, könnte es damit zu einer weiteren Verzögerung der Revision StromVG um bis zu zwei Jahre kommen.

Derweil schreitet die *Digitalisierung* im Energiesektor voran, einstweilen auf der Basis entsprechender Anreize, welche mit der im EnG kodifizierten Energiestrategie 2050 und der Strategie Stromnetze als Teil dieser Strategie gesetzt wurden (Stichworte: Smart Meters, intelligente Steuer- und Regelsysteme, Budgets für innovative Massnahmen). Umsetzen lassen sich jedoch eine Reihe von innovativen Geschäftsmodellen bis auf weiteres höchstens im Pilotbetrieb, weil sie mit den geltenden regulatorischen Vorgaben nicht vereinbar sind bzw. eine vollständige Marktöffnung voraussetzen würden.⁶³ Eine eigentliche sog. „Regulatory Sandbox“ im Sinne eines beschränkten Freiraums innerhalb des aktuellen Regulierungsrahmens ist im StromVG de lege lata nicht vorgesehen.⁶⁴ Ein unglücklicher Zustand, welcher innovativen Geschäftsmodellen im Weg steht, und zwar nicht nur solchen neuer Akteure, sondern auch neuen Geschäftsmodellen der Elektrizitätsunternehmen selber.⁶⁵

b) Erdgas

Was Erdgas anbelangt, verfügt die Schweiz – anders als beim Strom – über keine nennenswerte Eigenproduktion, sondern muss dieses importieren.

Im Gegensatz zur Strommarktregulierung fehlt es bislang an einer gesetzlichen Regulierung des schweizerischen Gasmarktes. Seit 1963 besteht zwar auf der Basis von Art. 13 Abs. 2 Rohrleitungsgesetz⁶⁶ eine gesetzliche Transportpflicht und seit 2012 gibt es eine dazu gehörige *Verbändevereinbarung (VV)*⁶⁷ zwischen der Branche und zwei Verbänden, um den Zugang zum Gasnetz zu regeln und damit den Gasmarkt für grössere Industriekunden zu öffnen (Teilmarktöffnung).

⁶³ Vgl. zur Bestandsaufnahme das im Januar 2019 veröffentlichte Dialogpapier des Bundesamts für Energie BFE, Digitalisierung im Energiesektor, Bericht vom 11. Dezember 2018.

⁶⁴ Vgl. dazu das Dialogpapier des BFE, 6 f., 51.

⁶⁵ Als Beispiel eines Geschäftsmodells, welches an den geltenden regulatorischen Vorgaben gescheitert ist, mögen sog. virtuelle Speicher angeführt werden; vgl. dazu die Mitteilung der ElCom vom Februar 2019 (Update September 2019), Fragen und Antworten zu neuartigen und dynamischen Netznutzungs- und Energielieferarifen, <<https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/mitteilungen.html>>.

⁶⁶ Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG) vom 4. Oktober 1963; SR 746.1.

⁶⁷ Diese findet sich auf der Website der Koordinationsstelle Durchleitungen <<https://www.ksdl-erdgas.ch/downloads.html>> publiziert.

Bereits Ende 2013 hatte die Wettbewerbskommission (WEKO) – im Rahmen einer Vorabklärung⁶⁸ auf der Basis einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG⁶⁹ – Zweifel an der Vereinbarkeit der in der VV definierten Marktzugangsbedingungen mit dem Kartellrecht geäussert. 2017 nahm die WEKO auf entsprechende Anzeigen hin zwei Vorabklärungen über missbräuchliches Verhalten von einzelnen Netzbetreibern an die Hand; Ende Januar 2019 teilte die WEKO mit, dass sie in einem der beiden Fälle eine *Untersuchung* eröffnet hat.⁷⁰

Im Rahmen der vorgesehenen Weiterentwicklung der VV konnte 2016 noch eine Senkung der Marktzutrittsschwelle für industrielle Kunden vereinbart werden. Die weiteren Verhandlungen müssen seit Mitte 2019 dann allerdings als gescheitert betrachtet werden.

Der Bundesrat hat nun an seiner Sitzung vom 30. Oktober 2019 die *Vernehmlassung zu einem Gasversorgungsgesetz (VE-GasVG)* eröffnet. Die entsprechende Frist lief bis zum 14. Februar 2020. Der Bundesrat will mit dem Erlass eines Gasversorgungsgesetzes für die nötige Rechtssicherheit im Gasbereich sorgen.⁷¹

Im Rahmen der Vorarbeiten zu einem GasVG hatte das Bundesamt für Energie (BFE) in der vergangenen Legislaturperiode eine Reihe von Grundlagenstudien eingeholt.⁷² Anfangs Oktober 2019 hat das BFE sodann ein Positionspapier zur künftigen Rolle von Gas und Gasinfrastruktur in der Schweiz publiziert.⁷³

Diese Position reflektiert sich in der Vernehmlassungsvorlage und im Erläuternden Bericht dazu. Der Bundesrat schreibt in seiner Medienmitteilung:⁷⁴ „Damit die Schweiz ihre Klimaziele erreichen kann, will der Bundesrat den Anteil fossiler Energieträger senken und auch den Erdgasverbrauch deutlich reduzieren. Die verbleibende Nachfrage soll soweit möglich mit erneuerbarem

⁶⁸ Der Schlussbericht vom 16. Dezember 2013 findet sich in RPW 2014/1, 110 ff. veröffentlicht.

⁶⁹ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251).

⁷⁰ Vgl. Medienmitteilung der WEKO vom 31. Januar 2019 auf <<https://www.weko.admin.ch>>.

⁷¹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. Oktober 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76849.html>>.

⁷² Diese finden sich auf der Website des BFE, www.admin.ch (> Versorgung > Fossile Energien > Erdgas > Gasversorgungsgesetz).

⁷³ BFE, Positionspapier zur „Künftige[n] Rolle von Gas und Gasinfrastruktur in der Energieversorgung der Schweiz“ vom Oktober 2019 <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/fossile-energien/erdgas/gas-versorgungsgesetz.html>>.

⁷⁴ Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. Oktober 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76849.html>>.

Gas gedeckt werden. Als Energieträger zur Wärmeversorgung von Gebäuden wird die Bedeutung von Gas zwar abnehmen, für die Industrie bleibt Gas kurz- bis mittelfristig aber wichtig. Deren Grosskunden sind darum auf einen diskriminierungsfreien Zugang zum Gasnetz angewiesen. Das vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickte Gasversorgungsgesetz schafft die Grundlagen für eine geordnete Marktöffnung.“ Dementsprechend schlägt der Bundesrat lediglich eine *Teilmarktöffnung* vor.

Wichtigste Eckpunkte der Vorlage sind:⁷⁵

- *Ebendiese Teilmarktöffnung*: Der Gasmarkt soll für Kunden mit einem jährlichen Verbrauch von mindestens 100 MWh geöffnet werden (gleiche Grenze wie im StromVG). Das betrifft rund 10% aller Gaskunden in der Schweiz bzw. rund 40'000 Verbrauchsstätten, die zusammen rund 70% des abgesetzten Gases verbrauchen. Damit sollen mehr Kunden freien Marktzugang erhalten als mit der heutigen VV. Für die kleineren Kunden soll es dagegen eine regulierte Versorgung durch den lokalen Netzbetreiber geben. Der Bundesrat schlägt eine Teilmarktöffnung vor, da sich die Wärmeversorgung in den nächsten Jahren weg von den fossilen Energieträgern entwickeln wird. Als Folge davon, dürften auch Teile von Gasnetzen stillgelegt werden. Ein solcher Umbau ist nur mit langjähriger Planung möglich. Die Teilmarktöffnung lässt den Gemeinden, die meist Besitzerinnen der Gasversorgungsunternehmen sind, den nötigen Spielraum, um diesen Umbau zu planen.
- *Entflechtung*: Vertikal integrierte Gasversorgungsunternehmen müssen eine buchhalterische Trennung zwischen dem Monopolbereich (insbesondere Netzbetrieb) und den wettbewerblichen Aktivitäten vornehmen. Es gibt nur noch eine einzige Bilanzzone Schweiz. Ein neu zu schaffender unabhängiger Marktgebietsverantwortlicher soll die Transportkapazitäten vergeben und die Bilanzzone führen. An den Eigentumsverhältnissen am Netz soll sich nichts ändern.
- *Netzzugang und Kapazitätsvergabe*: Für die Buchung der Kapazitäten und den Gastransport soll ein sogenanntes Entry-Exit-System (EES) geschaffen werden. Solche Systeme sind Standard in der EU. Das EES erleichtert den Gashandel, indem nur je ein Vertrag am Einspeise (Entry)- oder Auspeise (Exit)-Punkt erforderlich ist⁷⁶, um Gas durch das gesamte Marktgebiet zu befördern.

⁷⁵ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 30. Oktober 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76849.html>>.

⁷⁶ Sog. Zweivertragsmodell – im Gegensatz zum früheren Pfadmodell.

- *Integration der Transitflüsse in das Schweizer Entry-Exit-System:* 70 bis 80% des in der Schweiz verbrauchten Gases gelangt vom Ausland über Transitgasleitungen in die Schweiz. Heute werden die Transitzkapazitäten weitgehend unabhängig von den Gaslieferungen in die Schweiz vermarktet. Mit dem GasVG sollen schrittweise sämtliche Gastransporte über das Schweizer Entry-Exit-System laufen und die Transitgasleitung dem schweizerischen Rechts- und Regulierungsrahmen unterstellt werden. Dies soll der Zuführung und Liquidität für den schweizerischen Erdgasmarkt dienen.
- *Regulator:* Beim Strom amtiert die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) bereits als Aufsichtsbehörde. Wie in anderen europäischen Ländern soll sie künftig auch für die Gasversorgung zuständig sein und daher neu Energiekommission (EnCom) heissen. Sie soll die Netznutzungstarife (Cost plus-Regulierung analog StromVG), die Messtarife und die Behandlung von Streitfällen beim Netzzugang beaufsichtigen. Dabei soll sie mit den entsprechenden Behörden der Nachbarländer zusammenarbeiten.
- *Messwesen:* Der Bundesrat stellt in der Vernehmlassungsvorlage zwei Varianten zur Diskussion: Eine vollständige Öffnung des Messwesens und eine Variante, bei welcher der Netzbetreiber für das Messwesen zuständig ist.

Die Schaffung eines Gasversorgungsgesetzes wird vom Bundesrat deshalb für nötig erachtet, weil es in der Schweiz für den Gasbereich bisher keine spezialgesetzliche Marktordnung gibt. Die einzige Regelung findet sich im Rohrleitungsgesetz von 1963 (Artikel 13, Absatz 1). Sie verpflichtet die Netzbetreiber, Transporte für Dritte zu übernehmen, wenn es technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar ist und wenn der Dritte eine angemessene Gegenleistung anbietet.

Ein weiteres Ziel des GasVG soll – wie beim StromVG – die Gewährleistung der Versorgungssicherheit sein, und zwar auch mittels Anpassung an die Markregeln der EU, hängt doch die Schweizer Gasversorgungssicherheit gänzlich von Importen ab. Eine Rolle der künftigen EnCom in Bezug auf die Gewährleistung der Gasversorgungssicherheit ist in der Vernehmlassungsvorlage – anders als im StromVG – allerdings nicht vorgesehen; diese Aufgabe soll gemäss Vernehmlassungsvorlage vielmehr das BFE weiterhin wahrnehmen.⁷⁷

⁷⁷ Diese (beabsichtigte) Inkonsistenz wird denn von der ElCom in ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassungsvorlage GasVG als unzweckmässig bemängelt; vgl. Stellungnahme ElCom vom 12. Dezember 2019 auf www.elcom.admin.ch > Dokumentation > Mitteilungen.

2. Energie und Klimawandel

a) Erneuerbare Energien

Wie die EU strebt auch die Schweiz den *Ausbau der Produktion aus erneuerbaren Energien* an. Die EU will bis 2030 einen Anteil von mind. 32% Erneuerbare erreichen und hat zu diesem Zweck für jeden Mitgliedstaat einen nationalen Zielwert festgelegt.⁷⁸ Anders als die EU hat die Schweiz im Energiegesetz bisher keinen Zielwert, sondern *Richtwerte* für den Ausbau der Elektrizität aus erneuerbaren Energien verankert (Art. 2). Dabei wird zwischen Zielwerten für die Wasserkraft (Abs. 2) und die anderen Produktionstechnologien aus erneuerbaren Energiequellen (Abs. 1) unterschieden.

Die Fortschritte auf diesem Weg werden kontinuierlich beobachtet. Zu diesem Zweck betreibt das BFE in Zusammenarbeit mit dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und anderen Bundesstellen seit 2018 ein spezifisches *Monitoring*. Die rechtliche Grundlage dafür bilden Art. 55 ff. EnG und Art. 69 ff. der Energieverordnung (EnV).

Wie das BFE am 21. November 2019 mitteilte, befindet sich die Umsetzung der Energiestrategie 2050 (ES 2050) „auf Kurs der kurzfristigen gesetzlichen Richtwerte bis 2020 oder hat diese bereits erreicht“.⁷⁹

Gemäss dem gleichentags publizierten Monitoring-Bericht 2019 präsentierte sich die Situation Ende 2018 wie folgt:

- *Stromproduktion aus erneuerbaren Energien* (ohne Wasserkraft): 2018 lag die erneuerbare Stromproduktion bei 3'877 Gigawattstunden (GWh) oder bei 6,1% der gesamten Netto- Elektrizitätsproduktion. Der Richtwert 2020 beträgt 4'400 GWh. Vom angestrebten Zuwachs von 3'000 GWh zwischen dem Basisjahr 2010 und 2020 waren 2018 *bereits knapp 83% erreicht*. Der Richtwert für das Jahr 2035 liegt bei 11'400 GWh. Um ihn zu erreichen, wäre ein Nettozuwachs von durchschnittlich 443 GWh pro Jahr erforderlich.
- *Stromproduktion aus Wasserkraft*: 2018 lag die mittlere Netto-Produktionserwartung aus Wasserkraft bei 35'986 GWh. Der Richtwert 2035 beträgt 37'400 GWh. Basisjahr ist hier 2011, bis 2035 wird ein Nettozuwachs von rund 2'000 GWh angestrebt (kein Richtwert 2020 im Gesetz).

⁷⁸ Vgl. vorn Ziff. I. 1. lit. c).

⁷⁹ Vgl. Medienmitteilung BFE vom 21. November 2019 auf <www.bfe.admin.ch> (>New und Medien > Medienmitteilungen).

Davon waren 2018 *knapp 31% erreicht*. Um den Richtwert 2035 zu erreichen, bräuchte es in den kommenden Jahren einen Nettozuwachs von durchschnittlich 83 GWh pro Jahr.

- *Endenergieverbrauch pro Kopf*: Dieser hat seit 2000 abgenommen. 2018 lag er 18,8% unter dem Basisjahr 2000, witterungsbereinigt beträgt der Rückgang 17,2%. Damit wurde der *Richtwert 2020 (-16%) bereits erreicht*. Um den Richtwert 2035 (-43%) zu erreichen, müsste der witterungsbereinigte Endenergieverbrauch pro Kopf künftig um durchschnittlich 2,2% pro Jahr sinken.
- *Stromverbrauch pro Kopf*: Dieser nahm bis 2006 zu, seither ist der Trend rückläufig. 2018 lag er 6,9% unter dem Wert von 2000, witterungsbereinigt betrug der Rückgang 6,4%. Auch hier ist der *Richtwert 2020 (-3%) bereits erreicht*. Um den Richtwert 2035 (-13%) zu erreichen, muss der witterungsbereinigte Stromverbrauch pro Kopf künftig um durchschnittlich 0,4% pro Jahr sinken.
- *40 Indikatoren in 7 Themenfeldern*: Der ausführliche Monitoring-Bericht⁸⁰ enthält insgesamt rund 40 Indikatoren in sieben Themenfeldern: Energieverbrauch und -produktion, Netzentwicklung, Versorgungssicherheit, Ausgaben und Preise, energiebedingte CO₂-Emissionen, Forschung und Technologie und Internationales.
- Alle fünf Jahre erfolgt zudem eine Berichterstattung des Bundesrats zuhanden des Parlaments mit vertiefenden Untersuchungen und einer energiepolitischen Standortbestimmung.
- Ein weiteres, quantitatives Planungsinstrument des Bundes sind schliesslich die *Energiesperspektiven*, welche derzeit aufdatiert und 2020 vorgelegt werden sollen.

Wie sich aus dem Monitoring-Bericht 2019 zur ES 2050 ergibt, zeichnet sich *längerfristig* ab, dass es *weitere Anstrengungen* braucht, um das Energiesystem schrittweise umzubauen und insbesondere den Ausbau der erneuerbaren Energien und die Energieeffizienz voranzutreiben.

Bereits am 23. Oktober 2019 hat der Bundesrat *Teilrevisionen* der Energieeffizienzverordnung⁸¹, der Energieförderungsverordnung⁸² und der Energiever-

⁸⁰ Die wichtigsten Indikatoren sind auch in einer Kurzfassung (siehe Beilage) verfügbar. Beide Berichte können im Internet heruntergeladen werden, <<https://www.energiemonitoring.ch>>.

⁸¹ Verordnung über die Anforderungen an die Energieeffizienz serienmässig hergestellter Anlagen, Fahrzeuge und Geräte vom 1. November 2017 (EnEV, SR 730.02).

⁸² Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vom 1. November 2017 (EnFV, SR 730.03).

ordnung⁸³ beschlossen. Diese bezwecken diverse Vereinfachungen und Präzisierungen bestehender Regelungen sowie Anpassungen gewisser Berechnungsgrundlagen. Dazu gehören unter anderem eine verständlichere und übersichtlichere Energieetikette für Personenwagen, eine leichte Senkung der Vergütungssätze für Photovoltaikanlagen, die aufgrund der weiterhin sinkenden Anlagenpreise erfolgt, sowie *höhere Investitionsbeiträge für Grosswasserkraftanlagen, die ihre Speicherkapazität ausbauen*. Letzteres soll insbesondere in den Wintermonaten zu einer verbesserten Versorgungssicherheit beitragen. Die revidierten Verordnungen sind am 1. Januar 2020 in Kraft getreten.⁸⁴

Ein neuer erneuerbarer und CO₂-armer Energieträger ist schliesslich *Biogas*. „Seine grossen Stärken sind die Flexibilität bei der Bereitstellung von verschiedenen Energieformen (Strom, Wärme, Treibstoff) und die Synergien mit anderen Bereichen (z.B. Landwirtschaft, Abfallverwertung). Biogas kann so einen Beitrag zur Erreichung der energie- und klimapolitischen Ziele Schweiz leisten.“⁸⁵ In einem Positionspapier vom Oktober 2019 äussert sich das BFE zum (beschränkten) Biogasproduktionspotenzial in der Schweiz, zum künftigen Importregime sowie zu den entsprechenden Massnahmen.

b) Verringerung der CO₂-Emissionen

Zwischen Energie- und Klimapolitik besteht ein enger Zusammenhang, da rund drei Viertel der Treibhausgasemissionen in der Schweiz durch die Nutzung fossiler Energieträger verursacht werden. Das anteilmässig bedeutendste Treibhausgas ist Kohlendioxid (CO₂), welches vor allem bei der Verbrennung von fossilen Brenn- und Treibstoffen (Heizöl, Erdgas, Benzin, Diesel) entsteht. Die ES 2050 soll daher auch einen Beitrag zur Reduktion des Verbrauchs fossiler Energien und damit der energiebedingten Treibhausgasemissionen leisten.⁸⁶

⁸³ Energieverordnung vom 1. November 201 (EnV, SR 730.01).

⁸⁴ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 23. Oktober 2019 auf <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76783.html>>.

⁸⁵ So das BFE in seinem Positionspapier zur „Künftige[n] Rolle von Gas und Gasinfrastruktur in der Energieversorgung der Schweiz“ vom Oktober 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/fossile-energien/erdgas/gasversorgungsgesetz.html>>, 2.

⁸⁶ Vgl. Monitoring-Bericht 2019, 39 ff.

Das *jährliche Monitoring* des BFE verfolgt dementsprechend auch, wie sich die energiebedingten CO₂-Emissionen entwickeln.⁸⁷

„Die energiebedingten CO₂-Emissionen pro Kopf nehmen in der Schweiz seit dem Jahr 2000 stetig ab [...]. Während die energiebedingten CO₂-Emissionen insgesamt seit 2000 leicht gesunken sind [...], ist die Bevölkerung im gleichen Zeitraum stetig gewachsen. Es findet eine zunehmende Entkopplung von Bevölkerungswachstum und CO₂-Emissionen statt. 2017 lagen die inländischen Pro-Kopf-Emissionen bei rund 4,3 Tonnen und damit rund 26% unter dem Wert des Jahres 2000 (5,8 Tonnen). Im internationalen Vergleich ist dies ein eher tiefer Wert, bedingt durch die weitgehend CO₂-freie Stromproduktion und den hohen Anteil des Dienstleistungssektors an der Wertschöpfung in der Schweiz. Damit das langfristige strategische Oberziel, an dem sich die Energiestrategie aktuell orientiert⁸⁸ (gemäss Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 – Reduktion der CO₂-Emissionen auf 1 bis 1,5 Tonnen bis 2050, gemäss Zieldefinition ohne internationalen Luftverkehr) erreicht werden kann, müssen die Emissionen auf Pro-Kopf-Ebene pro Jahr durchschnittlich um rund 0,1 Tonnen abnehmen [...].

Die gesamten energiebedingten CO₂-Emissionen [...] betragen 2017 knapp 36 Mio. Tonnen und lagen damit 13% tiefer als im Jahr 2000. Der grösste Anteil entfällt auf den Verkehr (Anteil 2017: 41%; ohne internationalen Flugverkehr), wo die Emissionen zu einem grossen Teil durch den motorisierten Strassenverkehr verursacht werden. Zwischen 2000 und 2017 sind die CO₂-Emissionen im Verkehrssektor um rund 0,9 Mio. Tonnen gesunken“.

Am 28. August 2019 hat der Bundesrat sodann die *längerfristige Zielsetzung (Netto-Null Treibhausgasemissionen bis 2050) festgelegt* und gleichzeitig zur Konkretisierung dieser Zielsetzung auch die bereits erwähnte *langfristige Klimastrategie 2050* in Auftrag gegeben.⁸⁹

⁸⁷ Wichtigste Quelle für die Indikatoren ist das Treibhausgasinventar der Schweiz, welches das Bundesamt für Umwelt (BAFU) jährlich nach den Vorgaben der UNO-Klimarahmenkonvention erstellt.

⁸⁸ Diese Zielsetzung wird im Rahmen der Klimastrategie 2050 überprüft und voraussichtlich angepasst. Die laufende Aktualisierung der Energieperspektiven, vgl. dazu <https://www.bfe.admin.ch> (> Politik > Energiestrategie 2050 > Dokumentation > Energieperspektiven 2035), bildet dafür eine wichtige Grundlage.

⁸⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 28. August 2019, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-76206.html>>.

Die Klimapolitik nach 2020 wird im Rahmen der *Totalrevision des CO₂-Gesetzes* – nach einem ersten Nichteintretensentscheid des Nationalrats im Dezember 2018 – seit September 2019 erneut im Parlament beraten.⁹⁰

Teil dieses Gesetzgebungspakets ist auch die Genehmigung und Umsetzung des zwischen der Schweiz und der EU im November 2017 unterzeichneten Abkommens über die *Verknüpfung der Emissionshandelssysteme*.⁹¹ Nach der Zustimmung durch die EU Anfang 2018 hat auch das Schweizer Parlament das Abkommen am 22. März 2019 – und damit nunmehr vorgezogen mit einer Teilrevision des CO₂-Gesetzes – genehmigt.⁹² Am 13. November 2019 erliess der Bundesrat die entsprechenden Anpassungen an der CO₂-Verordnung, welche per 1. Januar 2020 in Kraft getreten sind.⁹³ Wie das BAFU am 9. Dezember 2019 mitteilte, hat im Dezember 2019 auch noch die erforderliche Ratifizierung des Abkommens durch die Schweiz und die EU stattgefunden.⁹⁴

Zum Inhalt und Umsetzung des Abkommens führt das BAFU Folgendes aus.⁹⁵ „Das Abkommen regelt die gegenseitige Anerkennung von Emissionsrechten aus den zwei EHS mit je eigenständiger Rechtsgrundlage. Die Schweiz übernimmt daher kein EU-Recht. Wer zur Teilnahme am EHS der Schweiz oder der EU verpflichtet ist, kann neben Emissionsrechten aus dem eigenen System auch Emissionsrechte aus dem System der Gegenpartei nutzen, um die entsprechenden Treibhausgasemissionen zu decken. Mit der Verknüpfung werden zudem im Schweizer EHS, analog zur Regelung in der EU, die Luftfahrt und fossil-thermische Kraftwerke integriert. Teilnahmepflichtige in einem der beiden EHS sind neu berechtigt, einen Zugang zu den Versteigerungen von

⁹⁰ Vgl. zum Stand der Debatte <www.parlament.ch>.

⁹¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union zur Verknüpfung ihrer jeweiligen Systeme für den Handel mit Treibhausgasemissionen, Vorläufige Anwendung von Artikel 11–13, Abgeschlossen in Bern am 23. November 2017, Provisorische Anwendung der Artikel 11–13 ab 23. November 2017; SR 0.814.011.268.

⁹² Bundesbeschluss über die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union zur Verknüpfung der Emissionshandelssysteme und über seine Umsetzung (Änderung des CO₂-Gesetzes) vom 22. März 2019, auf <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170073/Schlussabstimmungstext1NSD.pdf>>.

⁹³ Vgl. dazu die Medienmitteilung des BAFU vom 13. November 2019, <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/anzeige-nsb-unter-medienmitteilungen.msg-id-77037.html>>.

⁹⁴ Vgl. dazu die Website des BAFU, <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/klima/fachinformationen/klimapolitik/emissionshandel/verknuepfung-der-emissions-handelssysteme-schweiz-eu.html>>.

⁹⁵ Vgl. dazu die Website des BAFU, <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/klima/fachinformationen/klimapolitik/emissionshandel/verknuepfung-der-emissions-handelssysteme-schweiz-eu.html>>.

Emissionsrechten im jeweils anderen EHS zu beantragen. Die Kompatibilität der EHS sowie die Gleichstellung der Teilnehmer und die Sicherheit der Systeme wird u.a. mithilfe sogenannter „wesentlicher Kriterien“ in den Anhängen sichergestellt.

Analog zu anderen Abkommen mit der EU wird ein Gemischter Ausschuss eingesetzt, um das Abkommen zu verwalten. Er kann insbesondere Anpassungen der Anhänge beschliessen. Das Abkommen ist auf eine langfristige Zusammenarbeit ausgerichtet und daher unbefristet. Es kann jedoch unter Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist jederzeit aufgelöst werden. Da das Abkommen nicht den Zugang zum Binnenmarkt mittels einer direkten Übernahme von EU-Recht beabsichtigt, wird es nicht in den Anwendungsbereich eines zukünftigen institutionellen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU fallen. [...]

Damit die Verpflichtungen aus dem Abkommen erfüllt werden können, sind Anpassungen am CO₂-Gesetz und an der CO₂-Verordnung notwendig, insbesondere um den Einbezug der Luftfahrt und von fossil-thermischen Kraftwerken in das Schweizer EHS zu regeln. Diese treten per 1. Januar 2020 in Kraft. Die Regelungen sollen weitgehend auch nach 2020 Gültigkeit haben und in einer für die Weiterführung der Verknüpfung der EHS kompatiblen Form in die Totalrevision des CO₂-Gesetzes und der CO₂-Verordnung nach 2020 überführt werden.“

2019 hat sich das BFE sodann auch mit der *künftigen Rolle von Gas und Gasinfrastruktur* in der Energieversorgung der Schweiz auseinandergesetzt und dazu im Oktober 2019 ein Positionspapier veröffentlicht.⁹⁶

Was schliesslich die *Umsetzung der ES 2050 auf kantonaler Ebene* betrifft, namentlich mit einer Anpassung der kantonalen Vorschriften an die 2015 von der Konferenz der kantonalen Energiedirektoren (EnDK) verabschiedeten „Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich“ (sog. MuKE n 2014), ist 2019 mit dem Kanton Freiburg ein weiterer Kanton dazugekommen, welcher seine Vorschriften entsprechend angepasst hat. Damit sind es jedoch nurmehr sieben Kantone, welche diese Vorschriften ganz oder teilweise übernommen haben. In anderen Kantonen verzögert sich der Gesetzgebungsprozess; in zwei Kantonen wurde die Revision vom Stimmvolk abgelehnt.⁹⁷

⁹⁶ BFE, Positionspapier zur „Künftige[n] Rolle von Gas und Gasinfrastruktur in der Energieversorgung der Schweiz“ vom Oktober 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/fossile-energien/erdgas/gasversorgungsgesetz.html>>.

⁹⁷ Vgl. zum Stand Ende 2019 die Website der EnDK, <<https://www.endk.ch/de/energiepolitik-der-kantone/muken>>.

3. Energieeffizienz

a) Allgemeines

Während die EU es sich zum Ziel gesetzt hat, ihre Energieeffizienz bis 2030 um mind. 32,5% zu steigern, sind im Schweizer Energiegesetz, Art. 3, folgende *Verbrauchsrichtwerte* festgesetzt:

- Beim durchschnittlichen Energieverbrauch pro Person und Jahr ist gegenüber dem Stand im Jahr 2000 eine Senkung um 16 Prozent bis zum Jahr 2020 und eine Senkung um 43 Prozent bis zum Jahr 2035 anzustreben (Abs. 1).
- Beim durchschnittlichen Elektrizitätsverbrauch pro Person und Jahr ist gegenüber dem Stand im Jahr 2000 eine Senkung um 3 Prozent bis zum Jahr 2020 und eine Senkung um 13 Prozent bis zum Jahr 2035 anzustreben.

Dabei stehen Reduktionsziele in Bezug auf den Stromverbrauch in einem Spannungsverhältnis zur prognostizierten Elektrifizierung der Energieversorgung im Hinblick auf deren Dekarbonisierung.

b) Wettbewerbliche Ausschreibungen

2019 wurden bereits zum zehnten Mal wettbewerbliche Ausschreibungen⁹⁸ zum Stromsparen im Industrie- und Dienstleistungsbereich und in den Haushalten durchgeführt. Im Rahmen zweier Ausschreibungen wurden 2019 insgesamt 47 Projekte und 10 neue Programme ausgewählt.

Von den zulässigen eingegangenen Projekten erhielten diejenigen mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis, das heisst mit der billigsten eingesparten Kilowattstunde, den Zuschlag. Das Kosten-Nutzen-Verhältnis (Förderbeitrag pro eingesparte Kilowattstunde) der geförderten Projekte der 2. Runde 2019 liegt im Durchschnitt bei 2.8 Rp./kWh (Vorjahr 2.9 Rp./kWh). Das thematische Spektrum reicht von der Erneuerung und Optimierung von Prozess- und Kälteanlagen, Druckluft und Beleuchtung bis zu Effizienzsteigerungen von elektrischen Antrieben bei Bergbahnen.

Bei den neu geförderten Programmen reicht das thematische Spektrum von der energetischen Sanierung von Sportplatzbeleuchtungen bis zur Förderung von verschieden Effizienzmassnahmen in Objekten von Immobilienverwaltungen.

⁹⁸ Art. 32 EnG.

Insgesamt wurden in den zwei Ausschreibungsrunden 2019 47 Projekte mit 12 Mio. CHF und 10 Programme mit 19 Mio. CHF gefördert.⁹⁹

c) *Zielvereinbarungen mit dem Bund*

Beanreizt wird sodann auch die Effizienzsteigerung von (privatwirtschaftlichen) Grossverbrauchern. Wenn deren Elektrizitätskosten mindestens fünf Prozent oder mehr der Bruttowertschöpfung ausmachen, können sie eine Zielvereinbarung mit dem Bund abschliessen, um auf dieser Basis den Netzzuschlag teilweise oder ganz zurückerstattet zu erhalten.¹⁰⁰ (Eine Möglichkeit zum Abschluss einer Zielvereinbarung bzw. einer Verminderungsverpflichtung besteht auch in Bezug auf die CO₂-Emissionen und führt bei gegebenen Voraussetzungen zu einer Rückerstattung der CO₂-Abgabe.¹⁰¹)

Seit 2001 hat der Bund die Energie-Agentur der Wirtschaft (EnAW) für den Vollzug beigezogen.¹⁰² Diese erstattet jährlich Bericht über die von ihr gemeinsam mit der Wirtschaft umgesetzten Massnahmen.¹⁰³

d) *Energieeffizienzvorschriften*

Weitere Effizienzmassnahmen setzen bei der *Verbrauchsreduktion von serienmässig hergestellten Anlagen, Fahrzeugen und Geräten sowie deren Bestandteilen* an.¹⁰⁴

Im November 2019 veröffentlichte das BFE eine Analyse, gemäss welcher sich LED als Standard bereits vor dem Inkrafttreten des Verkaufsverbots für Halogenlampen am 1. September 2019 durchgesetzt hat.¹⁰⁵

Mit einer entsprechenden Revision der Energieeffizienzverordnung (EnEV) erfolgte sodann eine *Anpassung der Energieetikette für Neuwagen* ab 1. Januar

⁹⁹ Vgl. Medienmitteilung des BFE vom 5. Dezember 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-77372.html>>.

¹⁰⁰ Art. 39 ff. EnG.

¹⁰¹ Die geltende Rechtsgrundlage findet sich in Art. 31 ff. Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz) vom 23. Dezember 2011; SR 641.71. Die Revision des CO₂-Gesetzes befindet sich derzeit in der Parlamentsdebatte; vgl. <www.parlament.ch>.

¹⁰² Vgl. Art. 67 EnG.

¹⁰³ Vgl. <<https://enaw.ch/ueber-uns/erfolge/>>.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 44 EnG.

¹⁰⁵ Vgl. Medienmitteilung BFE vom 7. November 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76973.html>>.

2020.¹⁰⁶ Dabei wurde die Methodik zur Berechnung der Energieeffizienz-Kategorien neuer Personenwagen geändert. Neu wird das Leergewicht bei der Einteilung für die Energieetikette 2020 nicht mehr berücksichtigt.

Per 1. Januar 2020 erfolgt auch die *Umstellung vom bisherigen Prüfverfahren NEFZ (Neuer Europäischer Fahrzyklus) auf das neue Prüfverfahren WLTP (Worldwide Harmonized Light-Duty Vehicles Test Procedures)*. Deshalb müssen künftig sämtliche Angaben in den Kundeninformationen auf WLTP-Werten basieren, sofern solche vorhanden sind. Eine Ausnahme gilt für Fahrzeuge, die lediglich über NEFZ-Angaben verfügen und für die keine WLTP-Werte berechnet werden können, beispielsweise Lagerfahrzeuge.

Auf der Energieetikette wird anstelle der durchschnittlichen CO₂-Emissionen der erstmals immatrikulierten Neuwagen *neu der Zielwert angegeben*. Für unter WLTP-gemessene Fahrzeuge wurde auf den Zielwert von 95 g/km ein Aufschlag von 21% dazugerechnet, um den Wechsel des Messverfahrens von NEFZ auf WLTP miteinzubeziehen. Sobald ein definitiver WLTP-Zielwert vorliegt, wird dieser in die Energieetikette integriert, dies wird aber erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Bei Fahrzeugen ohne WLTP-Werte wird der Zielwert von 95 g/km angezeigt.

Der Durchschnitt der CO₂-Emissionen der erstmals immatrikulierten serienmässig hergestellten Personenwagen muss weiterhin in Preislisten und Online-Konfiguratoren angegeben werden. Im Jahr 2019 lag der Wert bei 137 g/km (auf Basis von NEFZ-Daten gerechnet). Für das Jahr 2020 beträgt er neu für WLTP-gemessene Fahrzeuge 174 g/km bzw. 142 g/km basierend auf NEFZ-Werten. Die Erhöhung ist einerseits auf die Umstellung auf das neue, realistischere Messverfahren WLTP zurückzuführen. Eine Rolle spielen aber auch die immer schwerer werdende Neuwagenflotte, der nochmals gestiegene Anteil der Allradfahrzeuge sowie der rückläufige Anteil der Dieselfahrzeuge.

Ebenfalls im November 2019 veröffentlichte das BFE sodann eine von ihm in Auftrag gegebene *Analyse zur Effizienz von Elektrogeräten*.¹⁰⁷ Diese zeigt, dass der Gesamtenergieverbrauch der Geräte im beobachteten Zeitraum (2002-2018) wesentlich gesunken ist (-11,8%).

¹⁰⁶ Vgl. dazu die Medienmitteilung des BFE vom 11. November 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-77011.html>>.

¹⁰⁷ Vgl. dazu die Medienmitteilung des BFE vom 26. November 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-77200.html>>.

Mit der Initiative „Energie-Vorbild“ engagieren sich die Bundesverwaltung sowie bundes- und kantonsnahe Unternehmen für die Umsetzung der Energiestrategie 2050 und für den Klimaschutz. Die Akteure haben ihre *Energieeffizienz seit 2006 deutlich gesteigert (30%) und den Anteil erneuerbarer Energien erheblich ausgebaut.*

„Cleantech“ schliesslich steht für Ressourcen- und Energieeffizienz – zwei unerlässliche Instrumente zur Umsetzung der Klimaziele und der Energiestrategie 2050. Seit 2011 richtet der Bundesrat deshalb ein besonderes Augenmerk auf diesen stetig wachsenden Wirtschaftszweig. Der langjährige und konsequente Aufbau dieses Schwerpunkts war erfolgreich: Das Thema Cleantech ist in den Teilstrategien und Geschäften der einzelnen Bundesstellen angekommen und soll dort künftig als fester Bestandteil konsequent weiter vorangetrieben werden. Dies hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 27. September 2019 beschlossen.¹⁰⁸

e) Gebäudebereich

Die Schaffung „günstiger Rahmenbedingungen für die sparsame und effiziente Energienutzung sowie die Nutzung erneuerbarer Energien“ im Gebäudebereich (vgl. Art. 45 f. EnG) sowie auch für die zielkonforme Verminderung von „CO₂-Emissionen aus Gebäuden, die mit fossilen Energieträgern beheizt werden“ (vgl. Art. 9 CO₂-Gesetz), ist *Sache der Kantone*. Dabei werden die Reduktionsziele vom Bundesgesetzgeber bzw. vom Bundesrat festgelegt (vgl. Art. 3 CO₂-Gesetz). So hat der Bundesrat am 28. August 2019 als längerfristiges Ziel Netto-Null bis 2050 beschlossen.¹⁰⁹ Zum Stand der kantonalen Gesetzgebung wird ebenfalls auf die Ausführungen unter vorstehender Ziff. 2 lit. b verwiesen.

4. Versorgungssicherheit

a) Generell

Die Energieversorgung ist gemäss Art. 6 Abs. 2 EnG „Sache der Energiewirtschaft. Bund und Kantone sorgen für die Rahmenbedingungen, die erforderlich sind, damit die Energiewirtschaft diese Aufgabe im Gesamtinteresse optimal erfüllen kann.“

¹⁰⁸ Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrats vom 27. September 2019, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-76558.html>>.

¹⁰⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 28. August 2019, <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-76206.html>>.

Die zentrale quantitative Grundlage der Energiepolitik des Bundes im Hinblick auf die Schaffung der entsprechenden Rahmenbedingungen sind die *Energiespektiven*, welche periodisch aufdatiert werden.¹¹⁰

Sodann verfasst das BFE im Rahmen des *Monitorings des ES 2050* gemäss Art. 55 EnG jährliche und fünfjährige Berichte.¹¹¹

b) *Strom*

Spezifisch mit der Stromversorgungssicherheit befasst sich die ElCom im Rahmen ihres Auftrags gemäss Art. 9 StromVG. Sie erstellt alle zwei Jahre Berichte zur Versorgungssicherheit. Die ElCom hat sodann 2017 und 2018 – in Zusammenarbeit mit Swissgrid – Studien zur Adäquanz des Stromversorgungssystems erstellen lassen und mit ihren Empfehlungen daraus veröffentlicht. Eine ihrer Empfehlungen geht mit Blick auf die zunehmende Importabhängigkeit im Winterhalbjahr dahin, die Rahmenbedingungen für die inländische Stromproduktion zu verbessern.¹¹² Im Hinblick auf die politische Diskussion hat die ElCom 2019 sodann einen Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Verantwortung Versorgungssicherheit Elektrizität aus dem Jahr 2016 veröffentlicht.¹¹³

Mit der Systemadäquanz im Hinblick auf die Umsetzung der ES 2050 hat sich 2018 sodann auch das BFE im Rahmen einer entsprechenden Analyse auseinandergesetzt.¹¹⁴

c) *Energieinfrastrukturen*

Die sog. *Strategie Stromnetze* als Teil der ES 2050 wurde per 1. Juni 2019 in Kraft gesetzt.¹¹⁵

¹¹⁰ Vgl. dazu die Website des BFE, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/politik/energiestrategie-2050/dokumentation/energiespektiven-2050.html>>.

¹¹¹ Vgl. dazu die Website des BFE, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/statistik-und-geodaten/monitoring-energiestrategie-2050.html>>.

¹¹² Vgl. insb. ElCom, Schlussbericht System Adequacy 2025, Studie zur Versorgungssicherheit der Schweiz im Jahr 2025, 31. Mai 2018, 15, sowie Grundlagenpapier Rahmenbedingungen für die Sicherstellung einer angemessenen Winterproduktion, Einschätzung der ElCom, 27. Februar 2020.

¹¹³ Alle Dokumente – auch aktuellere Berichte – können von der Website der ElCom, <<https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/berichte-und-studien.html>>, heruntergeladen werden.

¹¹⁴ Vgl. dazu die Website des BFE, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/stromversorgung/stromversorgungssicherheit.html>>, mit einer aktuellen Analyse 2020.

¹¹⁵ Vgl. dazu die Website des BFE, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-74551.html>>.

Was Gas anbelangt, ist man sich auch in der EU nicht einig, welche Rolle Gas¹¹⁶ und Gasinfrastrukturen im Besonderen in der Übergangsphase spielen sollen.

Während sich die ElCom in den letzten Jahren für den Bau von Gaskombikraftwerken zwecks Stabilisierung des Stromnetzes ausgesprochen hat, hat sich das BFE im Rahmen eines im Herbst 2019 veröffentlichten Positionspapiers abschlägig dazu geäußert: „Ein Einsatz von Erdgas für die Stabilisierung des Stromnetzes in Spitzenlastkraftwerken (Gaskombikraftwerke) ist in der Schweiz mittel- bis langfristig nicht erforderlich, da die Schweiz mit ihren grossen Leistungsreserven, mit ihren zahlreichen Speicher- und Pumpspeicherkraftwerken und den Potenzialen zur Verbrauchsverlagerung mittels Demand Side Management über mehr Flexibilität verfügt, als benötigt.“¹¹⁷

Zur Rolle der Gasverteilstetze äussert sich das BFE sodann wie folgt: „Investitionen in neue Gasnetze, die in Konkurrenz zu Wärmenetzen stehen, sind vor dem Hintergrund der klima- und energiepolitischen Zielsetzungen zu vermeiden. Dies stellt eine Herausforderung für die Gasversorger und die betroffenen Eigentümer, v.a. Städte und Gemeinden, dar. Die Frage von möglichen Stilllegungen von Gasleitungen dürfte in Folge der politischen Vorgaben der Energiestrategie und der CO₂-Gesetzgebung des Bundes, der kantonalen Energiegesetze und der kommunalen Energierichtpläne an Bedeutung gewinnen. In Gebieten, in denen für die Wärmeversorgung konkurrierende Infrastrukturen vorhanden sind oder zur Diskussion stehen, sind die vorhandenen und ggf. neu geplanten Infrastrukturen und Energieträger räumlich aufeinander abzustimmen.“¹¹⁸

d) Kernkraft

In der Schweiz dürfen Kernkraftwerke weiter betrieben werden, solange sie von der Atomaufsichtsbehörde als sicher eingestuft werden. In seinem Aufsichtsbericht 2018 beurteilt das Eidgenössische Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI die Schweizer Kernkraftwerke als sicher.¹¹⁹

¹¹⁶ Vgl. dazu vorn Ziff. II.1 lit. b.

¹¹⁷ Vgl. dazu das auf der Website des BFE, <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/fossile-energien/erdgas/gasversorgungsgesetz.html>>, veröffentlichte Papier, 6.

¹¹⁸ Positionspapier BFE, 7.

¹¹⁹ Vgl. Medienmitteilung des ENSI vom 28. Juni 2019, <<https://www.ensi.ch/de/2019/06/28/sicherheit-der-kernanlagen-auch-2018-gewahrleistet/>>, mit Link zum Aufsichtsbericht 2018.

Das KKW Mühleberg wird auf Gesuch der Betreiberin BKW stillgelegt.¹²⁰ Die Abschaltung erfolgte wie geplant am 20. Dezember 2019.

Mit der *Abschaltung des KKW Mühleberg* fällt im Mittelland eine Stromproduktion von rund 370 Megawatt weg. Das ist zwar nur ein kleiner Teil der gesamten Energieversorgung, aber er muss ersetzt werden. Dies geschieht entweder durch (zusätzliche?) inländische Produktion oder aber durch zusätzliche Importe aus der EU. Dies wiederum hat Auswirkungen auf das Übertragungsnetz, welches entsprechend ausgebaut bzw. modernisiert werden muss. Wichtig ist es unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit einerseits, dass die Pumpspeicherkraftwerke im Wallis mit genügend Strom versorgt werden können, damit sie ihre Funktion als Batterien wahrnehmen können. Durch den Wegfall der Energieproduktion des Kraftwerks Mühleberg muss die notwendige Energie anderweitig beschafft und über längere Strecken transportiert werden. Dies hat Auswirkungen auf die Lastflüsse im Übertragungsnetz.

Mit dem Wegfall von Mühleberg erhöht sich andererseits aber auch die *Importabhängigkeit* der Schweiz insbesondere im Winterhalbjahr. Um die Versorgungssicherheit mittelfristig zu gewährleisten, muss die Übertragungsnetzbetreiberin u.a. die Importkapazitäten erhöhen.¹²¹

Was die *übrigen vier Schweizer Kernkraftwerke* betrifft, geht das BFE im Rahmen seiner Aufdatierung der Energieperspektiven 2050 – folgerichtig – davon aus, dass diese 60 Jahre und damit zehn Jahre länger sicher betrieben werden können als bisher angenommen.¹²² Dies deshalb, weil „[d]ie Realität [...] die bisher unterlegten 50 Jahre überholt [hat]“.¹²³ Diese neue Perspektive ergibt sich aufgrund millionenteurer Nachrüstungen und anschliessender Betriebsfreigabe namentlich für das KKW Beznau und ist daher auch aus Sicht der Branche erwünscht. Der *Langzeitbetrieb* einzelner Kernkraftwerke ist auch in anderen Ländern und namentlich in Frankreich und Schweden ein Thema.

10 Jahre längere Laufzeiten bedeuten theoretisch auch mehr Zeit für den schleppend vorangehenden Ausbau der Erneuerbaren und entschärfen das

¹²⁰ Vgl. zu den Phasen der Stilllegung die Übersicht auf der Website des ENSI, <<https://www.ensi.ch/de/themen/stillegung-kkw-muehleberg/>>.

¹²¹ Vgl. dazu die Website von Swissgrid, <<https://www.swissgrid.ch/de/home/about-us/newsroom/blog/2019/muehleberg-geht-vom-netz.html>>.

¹²² Vgl. dazu die NZZ vom 2. Oktober 2019, <<https://www.nzz.ch/schweiz/kernkraftwerke-sollen-60-jahre-laufen-ld.1512560>>.

¹²³ So die BFE-Sprecherin Marianne Zünd im zitierten NZZ-Artikel.

Problem der zunehmenden Stromimportabhängigkeit der Schweiz im Winterhalbjahr. Dies hat zur Folge, dass *statt Gas die Kernkraft zur Brückentechnologie* werden könnte.¹²⁴

Als Enddatum für das jüngste Kernkraftwerk, Leibstadt, ergäbe sich bei 60 Jahren Betriebszeit das Jahr 2044. Eine Garantie besteht allerdings nicht, denn Voraussetzung für den Weiterbetrieb ist wie gesagt der weiterhin sichere Betrieb einerseits sowie andererseits die Rentabilität, sodass auch eine Ausserbetriebnahme durch die Betreiber aus wirtschaftlichen Gründen möglich bleibt.

¹²⁴ Vgl. zur Zukunftsperspektive des Gases und der Gasinfrastrukturen in der Schweiz das vorn Ziff. II.1. lit. b und Ziff. II.4 lit. c zitierte Positionspapier des BFE.

Steuerrecht

René Schreiber / Jana Fischer / Balthasar Denger*

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ BALTHASAR DENGER)	231
1.	Entwicklungen bei den direkten Steuern	231
a)	Gesetzliche Entwicklungen	231
aa)	Vorschläge der Europäischen Kommission für eine faire Besteuerung der digitalen Wirtschaft	231
bb)	Liste der nicht kooperativen Steuergebiete	232
b)	Beihilfeverfahren	233
aa)	Britische Hinzurechnungsbesteuerung keine staatliche Beihilfe	233
bb)	Steuervorbescheide zu „Gewinnüberschüssen“ in Belgien	234
cc)	Steuervorbescheide für Nike in den Niederlanden	235
dd)	Steuerbefreiung für Hafenbehörden in Italien	236
ee)	Steuerregelung für Lebensmitteleinzelhandel in der Slowakei	236
c)	Entscheide des Europäischen Gerichtshofs	237
aa)	Grenzüberschreitender Verlustabzug: Memira Holding und Holmen	237
bb)	Nutzungsberechtigung (Beneficial Ownership)	238
cc)	Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung: X GmbH	241
dd)	Wegzugsbesteuerung: Wächtler	242
ee)	Dividendenbesteuerung bei beschränkt steuerpflichtigen Pensionsfonds: College Pension Plan of British Columbia	243
2.	Entwicklungen bei den indirekten Steuern (RENÉ SCHREIBER/JANA FISCHER/ BALTHASAR DENGER)	244
a)	Gesetzliche und politische Entwicklungen	244
aa)	Steuerreform des EU Mehrwertsteuersystems	244
bb)	Endgültige technische Massnahmen zur Schaffung eines betrugssicheren EU-Mehrwertsteuersystems	245
cc)	Vereinfachungen für Kleinunternehmen	246
dd)	Flexibilisierung der Mehrwertsteuersätze	247
ee)	Getrennte Zahlung der Mehrwertsteuer (Split Payment Model)	247
ff)	Geltende MWST-Sätze in der EU	249

* Die Autoren danken MLaw, LL.M. MICHAEL BALMER bestens für die grosse Unterstützung bei der Recherche und Aktualisierung von Gesetzgebung und Rechtsprechung für die Fertigstellung dieses Beitrags.

b)	Entscheide des Europäischen Gerichtshofs	249
aa)	Bestimmung des anwendbaren Pro-rata-Satzes des Vorsteuerabzugs: Morgan Stanley & Co	249
bb)	Nicht in der Union ansässiges Unternehmen – Vorherige bestandskräftige Entscheidung, mit der die Erstattung der Mehrwertsteuer abgelehnt wird – Falsche Mehrwertsteueridentifikationsnummer: Nestrade	250
cc)	Entstehung einer Zollschuld aufgrund zollrechtlichen Fehlverhaltens: FedEx	250
dd)	Praxis eines Mitgliedstaats, die darin besteht, das Recht auf Steuerbefreiung zu versagen, wenn der Erwerber der ausgeführten Gegenstände nicht identifiziert wird: Unitel Sp. z o.o.	251
II.	Bedeutung für die Schweiz	252
1.	Entwicklungen bei den direkten Steuern	252
a)	Unternehmensbesteuerung	252
b)	Automatischer Informationsaustausch	255
c)	Besteuerung der digitalen Wirtschaft	255
d)	Relevanz der EuGH-Rechtsprechung	256
2.	Entwicklungen bei den indirekten Steuern	256
a)	Entwicklungen auf EU-Ebene	256
b)	Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs	257

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

Im Folgenden werden die wichtigsten steuerrechtlichen Entwicklungen des Jahres 2019 in der Europäischen Union (EU) dargelegt, die sowohl für das Gemeinschaftsrecht wie auch für die rechtlichen Beziehungen zur Schweiz von Relevanz sind.

i. Entwicklungen bei den direkten Steuern

Nachfolgend wird auf die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen, Verfahren der Kommission aufgrund staatlicher Beihilfen und bedeutsame Entscheide des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) im Rahmen der direkten Steuern eingegangen.

a) Gesetzliche Entwicklungen

Die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen fanden im Rahmen der 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 soll dies einerseits über die Einführung einer Steuer auf bestimmten Erträgen 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 Kommission eine Digitalsteuer in Höhe von 3% auf Einkünfte aus digitalen Leistungen einführen. Die Kommission sah sich hierzu veranlasst, da bereits einige Mitgliedstaaten unilaterale Massnahmen eingeführt haben bzw. dies planen.

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.

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 stattfindet.

Am 13. Dezember 2018 hat das Europäische Parlament mit breiter Mehrheit den Vorschlag der EU-Kommission angenommen. Im März 2019 scheiterte dieser Vorschlag jedoch letztlich am Widerstand einiger Finanzminister aus Dänemark, Irland, Finnland und Schweden.

bb) Liste der nicht kooperativen Steuergebiete

Am 12. März 2018 hat die Europäische Kommission erste EU-Massnahmen gegen gelistete nicht kooperative Steuergebiete angenommen. Die angenommenen Leitlinien regeln, welche Rechtsvorschriften für EU-Mittel in Bezug auf Steuervermeidung und nicht kooperative Steuergebiete gelten. Am 12. März 2019 hat der Rat eine überarbeitete Liste nicht kooperativer Länder und Gebiete für Steuerzwecke übernommen und den Sachstand aktualisiert.

Die Liste von nicht kooperativen Steuergebieten war erstmals am 5. Dezember 2017 vorgelegt worden und umfasste ursprünglich insgesamt 17 Länder, in denen nach Auffassung der Finanzminister die vereinbarten Standards für verantwortungsvolles Handeln im Steuerbereich nicht eingehalten werden.³ 47 Länder haben sich nach Kontakten mit der EU verpflichtet, ihre Steuersysteme anzupassen, um die Kriterien der EU zu erfüllen. Zu diesen Ländern gehört auch die Schweiz, die sich gegenüber der EU verpflichtet hat, ihre gemäss Auffassung der EU schädlichen Steuerregime bis Ende 2018 abzuändern oder abzuschaffen.⁴ Mit der Abschaffung der Steuerprivilegien per 1. Januar 2020 hat die Schweiz diese Verpflichtung erfüllt.⁵

² Vorschlag für eine Richtlinie des Rates für die Unternehmensbesteuerung einer signifikanten digitalen Präsenz vom 21. März 2018, COM(2018) 148 final.

³ LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht, in Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/2018, Zürich/St. Gallen 2018, I.1.a)dd).

⁴ Rat der Europäischen Union, Council Conclusions on the EU list of non-cooperative jurisdictions for tax purposes, 15, abgerufen unter: <<http://www.consilium.europa.eu/media/31945/st15429en17.pdf>>.

⁵ Vgl. dazu Ziff. II.1.a) nachstehend.

Per 14. November 2019 umfasste die Liste nur noch acht Länder und Gebiete. Die Gruppe „Verhaltenskodex“ überwacht die von den einschlägigen Ländern und Gebieten eingegangenen Verpflichtungen. Das Ergebnis wird sich in Aktualisierungen der EU-Liste nicht kooperativer Länder und Gebiete Anfang 2020 niederschlagen.

b) *Beihilfeverfahren*

Im Jahr 2019 führte die Kommission eine Reihe von Verfahren betreffend staatliche Beihilfen im Steuerbereich weiter und leitete neue Verfahren ein. Keine neuen Entwicklungen gab es bei der Untersuchung zur Besteuerung von IKEA in den Niederlanden.⁶

aa) *Britische Hinzurechnungsbesteuerung keine staatliche Beihilfe*

Im Oktober 2017 leitete die Kommission ein förmliches Prüfverfahren ein, um zu klären, ob die Steuerbefreiung für konzerninterne Finanzierungen mit den EU-Beihilfevorschriften vereinbar ist. Die Vorschriften der Hinzurechnungsbesteuerung (Controlled Foreign Company rules, CFC-Vorschriften) sollen verhindern, dass Unternehmen aus dem Vereinigten Königreich über Tochtergesellschaften in einem anderen Land, in dem sie nur gering oder gar nicht besteuert werden, die Zahlung von Steuern im Vereinigten Königreich vermeiden. Die Vorschriften versetzen die Steuerbehörden des Vereinigten Königreichs in die Lage, alle Gewinne, die künstlich auf eine Offshore-Tochtergesellschaft umgeleitet werden, wieder der britischen Muttergesellschaft zuzurechnen und entsprechend zu besteuern.

Von 2013 bis 2018 enthielten die britischen CFC-Vorschriften mit der sog. „Group Financing Exemption“ (Steuerbefreiung für konzerninterne Finanzierungen) eine Sonderbestimmung für bestimmte Finanzierungserträge im Vereinigten Königreich tätiger multinationaler Konzerne.⁷

⁶ LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht Steuerrecht, in Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2017/2018, Zürich/St. Gallen 2018, I.1.b)dd).

⁷ Die Steuerbefreiung für konzerninterne Finanzierungen wurde im Vereinigten Königreich mit der Reform der CFC-Vorschriften im Rahmen des „Finance Act 2012“ zum 1. Januar 2013 eingeführt. Nach Verabschiedung der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidung mussten alle EU-Mitgliedstaaten bis zum 1. Januar 2019 CFC-Vorschriften in ihre Rechtsvorschriften aufnehmen. Die derzeit angewandten CFC-Vorschriften werfen aus Sicht der Beihilfevorschriften daher keine Bedenken mehr auf.

Von den allgemeinen CFC-Vorschriften konnte mithilfe einer Ausnahme in der britischen Steuerregelung für konzerninterne Finanzierung abgewichen werden. Die Ausnahme galt für Finanzierungserträge, die ein Offshore-Tochterunternehmen von einem anderen ausländischen Konzernunternehmen erhielt. Für diese Erträge wurde eine teilweise (75%ige) oder vollständige Steuerbefreiung gewährt, und zwar selbst für Erträge, die aus „VK-Tätigkeiten“ erzielt wurden oder bei denen „VK-Kapital“ zum Einsatz kam. Ein multinationales Unternehmen, das im Vereinigten Königreich tätig war und die Ausnahme in Anspruch nahm, konnte somit einem ausländischen Konzernunternehmen über eine Offshore-Tochtergesellschaft Finanzmittel zur Verfügung stellen und auf die Gewinne aus diesen Geschäften nur niedrige oder auch gar keine Steuern zahlen.

Die Prüfung hat ergeben, dass die Steuerbefreiung für konzerninterne Finanzierungen teilweise gerechtfertigt war, weil sie komplexe und unverhältnismässig aufwendige konzerninterne Rückverfolgungsverfahren, die erforderlich wären, um den genauen Prozentsatz der durch Vermögenswerte im Vereinigten Königreich finanzierten Gewinne zu ermitteln, verhindert hat. Es wurden die Argumente des Vereinigten Königreichs anerkannt, dass die Steuerbefreiung für konzerninterne Finanzierungen in diesen Fällen gerechtfertigt ist, um das ordnungsgemässe Funktionieren und die Wirksamkeit der CFC-Vorschriften zu gewährleisten.

Die Kommission hat aber auch festgestellt, dass bestimmte multinationale Konzerne durch die Regelung zu Unrecht von den britischen Vorschriften zur Bekämpfung von Steuervermeidung befreit werden. Dies verstösst gegen die EU-Beihilfavorschriften. Das Vereinigte Königreich muss nun rechtswidrige staatliche Beihilfen von den multinationalen Unternehmen zurückfordern.

bb) Steuervorbescheide zu „Gewinnüberschüssen“ in Belgien

Die Europäische Kommission hat am 16. September 2019 39 eingehende Untersuchungen eingeleitet, um festzustellen, ob Steuervorbescheide zu „Gewinnüberschüssen“, die Belgien multinationalen Unternehmen erteilt hat, diesen unter Verstoß gegen die EU-Vorschriften über staatliche Beihilfen einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern verschafft haben.

Die Eröffnungsbeschlüsse folgen auf ein Urteil des Gerichts vom Februar 2019, einen einschlägigen Beschluss der Kommission vom Januar 2016 für nichtig zu erklären. Damals war die Kommission zu dem Ergebnis gelangt, dass die betreffenden Steuervorbescheide Teil einer belgischen Beihilferegelung waren, die nach den EU-Beihilfavorschriften rechtswidrig war. Der

Gerichtshof hat nicht zu der Frage Stellung genommen, ob die Steuerbefreiung von „Gewinnüberschüssen“ eine rechtswidrige staatliche Beihilfe darstellt, sondern lediglich festgestellt, dass die Kommission das Bestehen einer Regelung nicht nachgewiesen hatte. Demzufolge müsste die Vereinbarkeit der Steuervorbescheide mit den EU-Vorschriften über staatliche Beihilfen nach Auffassung des Gerichts individuell geprüft werden, weshalb die Kommission nun gesonderte eingehende Einzeluntersuchungen zu den betreffenden Steuervorbescheiden eingeleitet hat. Gleichzeitig hat die Kommission gegen das Urteil Rechtsmittel beim Europäischen Gerichtshof eingelegt, um weitere Klarheit über das Vorliegen einer Beihilferegelung zu erlangen. Das Verfahren läuft aktuell noch.

cc) Steuervorbescheide für Nike in den Niederlanden

Die Europäische Kommission hat am 10. Januar 2019 eine eingehende Untersuchung eingeleitet, um zu prüfen, ob Steuervorbescheide, die Nike von den Niederlanden erteilt wurden, dem Unternehmen möglicherweise einen un gerechtfertigten Vorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschafft und somit gegen die EU-Beihilfavorschriften verstossen haben.

Von 2006 bis 2015 haben die niederländischen Steuerbehörden fünf Steuervorbescheide erlassen, von denen zwei noch immer in Kraft sind, und damit eine Methode zur Berechnung der von Nike European Operations Netherlands und Converse Netherlands für die Nutzung des geistigen Eigentums zu zahlenden Lizenzgebühren gebilligt.

Infolge dieser Vorbescheide werden die Verkaufserlöse von Nike European Operations Netherlands BV und Converse Netherlands BV in den Niederlanden nur im geringen Umfang besteuert. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt hat die Kommission Bedenken, dass die mit den Vorbescheiden gebilligten Lizenzgebühren nicht der wirtschaftlichen Realität entsprechen. Sie scheinen höher zu sein als Gebühren, die zu Marktbedingungen von unabhängigen Unternehmen nach dem Fremdvergleichsgrundsatz vereinbart worden wären.

Die Untersuchung der Kommission wird sich auf die Frage konzentrieren, ob die niederländischen Steuervorbescheide, mit denen diese Lizenzgebühren genehmigt wurden, die Steuerbemessungsgrundlagen von Nike European Operations Netherlands BV und Converse Netherlands BV in den Niederlanden ab 2006 womöglich ungerechtfertigterweise verringert haben. Damit könnten die Niederlande der Nike-Gruppe einen selektiven Vorteil verschafft haben, indem sie ihr gestatten, weniger Steuern zu zahlen als andere Einzelunterneh-

men oder Unternehmensgruppen, deren Transaktionen marktüblich besteuert werden. Sollte sich dies bestätigen, so würde dies eine unzulässige staatliche Beihilfe darstellen.

dd) Steuerbefreiung für Hafengebühren in Italien

Die Europäische Kommission hat am 15. November 2019 eine eingehende Untersuchung eingeleitet, um zu prüfen, ob die nach italienischem Recht gewährte Befreiung italienischer Hafengebühren von der Körperschaftsteuer mit den EU-Beihilfavorschriften im Einklang steht.

Die Befreiung gründet nicht auf einer spezifischen Bestimmung, wonach Hafengebühren ausdrücklich und konkret von der Körperschaftsteuer befreit wären, sondern auf der Auslegung und Anwendung des Artikels 74 TUIR. Nach Ansicht Italiens unterliegen Hafengebühren als Teil der öffentlichen Verwaltung den Bestimmungen von Artikel 74 TUIR und sind somit nicht körperschaftsteuerpflichtig. Darüber hinaus vertritt Italien die Auffassung, dass Hafengebühren keinen wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgehen und ist deshalb nicht bereit, sein Körperschaftsteuergesetz, wie von der Kommission im Beschluss vom Januar 2019 vorgeschlagen, zu ändern.⁸

ee) Steuerregelung für Lebensmitteleinzelhandel in der Slowakei

Die Europäische Kommission hat am 2. April 2019 eine eingehende Untersuchung eingeleitet, um zu prüfen, ob eine slowenische Steuerregelung im Lebensmitteleinzelhandel mit den EU-Beihilfavorschriften im Einklang steht.

Die eingeleitete Untersuchung betrifft eine von der Slowakei im Dezember 2018 beschlossene Steuer, die für in diesem Land tätige Lebensmitteleinzelhändler gilt. Die Steuer trat am 1. Januar 2019 in Kraft und die erste Zahlung wäre Ende April 2019 fällig. Nach dieser Steuerregelung würden Lebensmitteleinzelhändler eine vierteljährliche Steuer in Höhe von 2,5% ihres Gesamtumsatzes entrichten. Allerdings wären diese Einzelhändler ganz oder teilweise von der Entrichtung der Steuer befreit, wenn sie eine von mehreren Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Grösse, ihres geografischen Tätigkeitsbereichs in der Slowakei und/oder hinsichtlich der Art der Tätigkeiten erfüllen. Darüber hinaus würden auch Einzelhändler, die Mitglieder von Handelsgesellschaften bzw. Franchise-Vereinbarungen sind, die Steuer nicht zahlen, obwohl ihr kombinierter Umsatz mit dem der grössten Einzelhändler vergleichbar ist.

⁸ Pressemitteilung der Europäischen Kommission, IP/19/6292 vom 15. November 2019.

Die Anwendung dieser Befreiungen würde dazu führen, dass nur sieben Lebensmitteleinzelhändler die Steuer zu entrichten hätten, wobei sechs von ihnen Eigentum von Unternehmen sind, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben. Beim einzigen in slowakischem Besitz befindlichen Einzelhändler, der dieser Steuer unterliegt, wäre ein erheblicher Teil seines Umsatzes steuerbefreit.

c) *Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs*

Im Jahr 2019 fällte der EuGH eine ganze Reihe von bedeutsamen Urteilen zu den direkten Steuern.

aa) *Grenzüberschreitender Verlustabzug: Memira Holding und Holmen*

Am 10. Januar 2019 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-607/17 (Memira Holding/Skatteverket)⁹ und C-608/17 (Holmen/Skatteverket).¹⁰ Die beiden schwedischen Fälle betrafen die Verlustnutzung grenzüberschreitende Beteiligungen in Deutschland (direkte Beteiligung) und Spanien (indirekte Beteiligung).

Im Fall Memira Holding ging es darum, ob eine schwedische Muttergesellschaft berechtigt ist, die Verluste einer 100%igen Tochtergesellschaft mit Sitz in Deutschland von ihren Gewinnen abzuziehen, wenn diese im Wege einer Fusion auf die Muttergesellschaft abgewickelt wird und ihre in Deutschland erwirtschafteten Verluste dort nicht vollständig „nutzen“ konnte und diese folglich untergehen.

Nach Auffassung des EuGHs kann Memira Holding die deutschen Verluste in Schweden nur dann abziehen, wenn sie nachweist, dass es nicht möglich ist, die Verluste zukünftig in Deutschland zu nutzen. Allein die Tatsache, dass nach deutschem Recht die Verluste im Rahmen einer Fusion nicht übertragen werden können, sei nicht ausreichend. Weitere Verlustübernahmemöglichkeiten seien noch zu prüfen. Der EuGH stellte zudem fest, dass Verluste nicht als „final“ bezeichnet werden können, wenn die Verluste im Sitzstaat der Tochtergesellschaft wirtschaftlich abgezogen werden könnten (beispielsweise durch Übertragung auf einen Dritten). Nur wenn die Muttergesellschaft den gegenteiligen Nachweis erbringen kann, gelten die Verluste als endgültig und eine Nichtberücksichtigung in Schweden als unverhältnismässig.

⁹ EuGH, Urteil vom 19. Juni 2019 in der Rechtssache C-607/17, ECLI:EU:C:2019:510 - Memira Holding AB/Skatteverket.

¹⁰ EuGH, Urteil vom 19. Juni 2019 in der Rechtssache C-608/17, ECLI:EU:C:2019:511 - Holmen AB/Skatteverket.

Der Fall Holmen betraf die Frage, ob eine schwedische Muttergesellschaft berechtigt ist, Verluste einer 100%igen indirekt gehaltenen Enkelgesellschaft von ihren in Schweden erwirtschafteten Gewinnen abzuziehen, wenn die Enkelgesellschaft abgewickelt worden ist und nicht alle ihrer Verluste bei der Tochtergesellschaft in Spanien genutzt werden konnten. Als weitere Alternative war die Verlustnutzung durch umgekehrte Verschmelzung der spanischen Tochtergesellschaft auf die Enkelgesellschaft zu klären.

Der EuGH kam zum Ergebnis, dass endgültige Verluste, die bei einer indirekt gehaltenen Tochtergesellschaft entstehen nicht für die Muttergesellschaft abzugsfähig sind, es sei denn alle Zwischengesellschaft haben ihren Sitz im selben Mitgliedsstaat wie die Verlustgesellschaft. Im Fall Holmen hatten alle Zwischengesellschaften ihren Sitz in Spanien. Weiter bekräftigte der EuGH, dass die bloße Tatsache, dass die Gesetzgebung des Sitzstaates der Tochtergesellschaft eine Übertragung von Verlusten im Rahmen einer Liquidation nicht zulässt, allein nicht ausreichen kann, um die Verluste als „final“ zu betrachten. Ausserdem können die Verluste in ausländischen Tochtergesellschaften nicht als „final“ betrachtet werden, wenn die Möglichkeit besteht, die Verluste wirtschaftlich abzuziehen (z.B. durch Übertragung auf einen Dritten).

bb) Nutzungsberechtigung (Beneficial Ownership)

Der EuGH hat am 26. Februar 2019 mehrere Entscheidungen getroffen (N Luxemburg 1 u.a. C-115/16, C 118/16, C-119/16, und C-299/16¹¹ zur Zins und Lizenzgebühren-Richtlinie; T Danmark u.a. C-116/16 und C-117/17 zur Mutter-Tochter-Richtlinie), in denen einige fundamentale Fragen des gemeinschaftsrechtlichen Missbrauchsbegriffs, der Auslegung des Begriffs des Nutzungsberechtigten und des Verhältnisses zwischen Nutzungsberechtigung und allgemeiner Missbrauchsklausel angesprochen sind.

In allen Fällen ging es um die Quellenbesteuerung von Zins- und Dividendenzahlungen innerhalb der EU, wobei die Anteile der Empfängergesellschaften von Gesellschaften bzw. Zweckvermögen in Drittstaaten gehalten wurden. Die Gesellschaften waren nach Auffassung der dänischen Steuerbehörden zwischengeschaltet worden, um so jegliche Besteuerung in den Quellenstaaten zu vermeiden. Die dänischen Finanzbehörden verweigerten deshalb die Anwendung der einschlägigen Richtlinien mit der Begründung, dass es sich bei den empfangenden EU-Gesellschaften um bloße Durchleitungsgesellschaften

¹¹ EuGH, Urteil vom 26. Februar 2019 in den Rechtssachen C-115/16 (N Luxembourg 1), C-118/16 (X Denmark), C-119/16 (C Danmark I) und C-299/16 (Z Denmark), ECLI:EU:C:2019:134 - N Luxembourg 1 u.a. / Skatterministeriet.

handelte und daher nicht von einer Nutzungsberechtigung gesprochen werden könnte, weshalb auch die Richtlinien in diesen Fällen nicht zur Anwendung kommen könnten. Die dänischen Gerichte haben die Frage und damit zusammenhängende Zweifel dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.

Nach Art. 1 Abs. 1 und Abs. 4 der Zins und Lizenzgebührenrichtlinie¹² setzt die Freistellung von der Quellenbesteuerung voraus, dass der Empfänger als Nutzungsberechtigter angesehen werden kann. Der EuGH entschied nun, dass es für das Verständnis des Begriffes nicht auf das innerstaatliche Recht der Mitgliedsländer abgestellt werden kann, sondern es einer autonomen Auslegung bedarf und kommt zum Schluss, dass es nicht um den formalrechtlichen Empfänger der Einkünfte geht, sondern um die Person, die wirtschaftlich betrachtet den Vorteil genießt und über die Einkünfte eigenständig verfügen kann. Das setzt voraus, dass die zwischengeschaltete Gesellschaft über ausreichende Substanz verfügt. Der EuGH verweist dabei auf das OECD Musterabkommen und den dazugehörigen Kommentar, wonach der Begriff des Nutzungsberechtigten nicht nur als Fall der Einkünftezurechnung gesehen wird, sondern auch zur Bekämpfung von steuerlichem Missbrauch gebraucht wird. Der Begriff sei geeignet, zwischengeschaltete Durchlaufgesellschaften nicht als Nutzungsberechtigte anzusehen. Eine Freistellung sei allerdings zu gewähren, wenn der dahinterstehende Nutzungsberechtigte die Voraussetzungen der Richtlinie selbst erfüllt.

Die Mutter-Tochter-Richtlinie¹³ enthält im Gegensatz zur Zins und Lizenzgebühren-Richtlinie nicht das Erfordernis des Nutzungsberechtigten. Das vorliegende dänische Gericht hatte deshalb die Frage aufgeworfen, ob die Vorschriften über Dividenden in den jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen, die die Quellensteuerentlastung von der Nutzungsberechtigung abhängig machen, ergänzend herangezogen werden können. Auf die Frage der Nutzungsberechtigung kam es aus Sicht des EuGHs nicht an, so dass die Frage nicht beantwortet werden musste.

Nach Art. 5 der Zins- und Lizenzgebührenrichtlinie und Art. 1 Abs. 4 der Mutter-Tochter-Richtlinie können die Mitgliedsstaaten die Befreiung von Quellensteuer an nationale Missbrauchsregeln anknüpfen, sodass keine Befreiung gewährt werden muss, wenn die Voraussetzungen nationaler Missbrauchsre-

¹² Richtlinie 2003/49/EG des Rats vom 3. Juni 2003 über eine gemeinsame Steuerregelung für Zahlungen von Zinsen und Lizenzgebühren zwischen verbundenen Unternehmen verschiedener Mitgliedsstaaten, ABl. L 157 vom 26. Juni 2003, 49.

¹³ Richtlinie 90/435/EWG des Rates vom 23. Juli 1990 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedsstaaten, ABl. L 225 vom 20. August 1990, 6.

geln vorliegen. In Dänemark bestand keine nationale Missbrauchsvorschrift, auf die sich die dänische Finanzbehörde hätte berufen können. In der Rechtsache Kofoed¹⁴ hatte der EuGH noch die Auffassung vertreten, dass die Mitgliedsstaaten zwar verpflichtet seien, die Richtlinie in nationales Recht umzusetzen. Wenn jedoch das nationale Recht eine allgemeine Missbrauchsklausel aufweist, die einen Missbrauch verhindern könnte, bedürfe es keiner speziellen Umsetzung der Richtlinie mehr. In den hier entschiedenen Fällen ging der EuGH einen Schritt weiter und führte aus, dass schon der allgemeine gemeinschaftsrechtliche Grundsatz ausreicht, dass sich ein Bürger nicht auf EU-Recht berufen könne, wenn ein missbräuchlicher Zweck gegeben sei. Nach Auffassung des EuGHs bedarf es folglich keiner eigenständigen nationalen Missbrauchsvorschrift, um die Anwendung der Richtlinie zu verweigern.

Zum Begriff des Missbrauchs stellte der EuGH fest, dass Missbrauch eine objektive und eine subjektive Komponente habe. Es bedürfe der sorgfältigen Prüfung, ob objektive Merkmale auf die Absicht hindeuten, Vorteile des Gemeinschaftsrechts missbräuchlich zu erlangen. Dazu müsse die Gestaltung eine gewisse Künstlichkeit aufweisen, an der es fehle, wenn sie sich durch wirtschaftliche oder kaufmännische Gründe rechtfertigen lässt. Die Beweislast für die Tatbestandsmerkmale, welche auf einen Missbrauch hindeuten, liegt nach Auffassung des EuGHs bei der Verwaltung bzw. dem Gericht, das die Richtlinienvorteile verweigert. Der Steuerpflichtige hingegen müsse darlegen, dass wirtschaftliche Gründe für die gewählte Gestaltung vorliegen. Wer der tatsächliche Nutzungsberechtigte ist, ist jedoch nach Auffassung des EuGHs nicht festzustellen. Es genügt vielmehr, wenn nachgewiesen wird, dass die zwischengeschaltete Gesellschaft nicht nutzungsberechtigt ist.

In den entschiedenen Fällen kam der EuGH zum Ergebnis, dass eine zwischengeschaltete Gesellschaft dann nicht als Nutzungsberechtigte angesehen werden könne, wenn die Zahlungen (Zinsen oder Dividenden) zeitnah an die Muttergesellschaft weitergeleitet werden, die selbst nicht die Vorteile der Richtlinie hätte in Anspruch nehmen können. Darüber hinaus komme es darauf an, ob die Durchleitungsgesellschaft für die Transaktion genügend Substanz aufweise. Hierbei seien Merkmale wie die Geschäftsführung, Bilanz, Kostenstruktur, tatsächliche Ausgaben, Anzahl und Qualifikation von Angestellten, Geschäftsräume und Ausstattung zu berücksichtigen. Die reine Vertragsgestaltung sei für sich jedoch kein Indiz für oder gegen eine Nutzungsberechtigung.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 5. Juli 2007 in der Rechtssache C-321/05, ECLI:EU:C:2007:408 - Kofoed/Skatteministeriet.

cc) *Deutsche Hinzurechnungsbesteuerung: X GmbH*

Am 26. Februar 2019 fällt der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-135/17 (X/Finanzamt Stuttgart).¹⁵

X GmbH, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung deutschen Rechts, war in dem massgeblichen Zeitraum zu 30% an Y AG, einer Kapitalgesellschaft mit Sitz und Geschäftsleitung in der Schweiz, beteiligt. Y AG erzielte Einkünfte aus abgetretenen Geldforderungen, die als Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter im Sinne von § 7 Abs. 6 und 6a Aussensteuergesetz bei der X GmbH der Hinzurechnungsbesteuerung unterworfen wurden. Der BFH hatte Zweifel geäußert, ob die Hinzurechnung von Zwischeneinkünften mit Kapitalanlagecharakter von Drittstaatengesellschaften beim inländischen Anteilseigner ohne Möglichkeit des Nachweises einer tatsächlichen wirtschaftlichen Tätigkeit im Drittstaat mit der unionsrechtlich garantierten Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar ist.

Mit seinem Urteil vom 26. Februar 2019 stellte der EuGH klar, dass die Hinzurechnung nur insoweit unionsrechtlich zulässig ist, wie der betreffende Steuerpflichtige nicht in der Lage ist, die etwaigen wirtschaftlichen Gründe für seine Investitionen in dem betreffenden Drittland darzutun, ohne hierbei übermässigen Verwaltungszwängen unterworfen zu werden.

Die Kapitalverkehrsfreiheit wirkt auch gegenüber Drittstaaten. Es gilt allerdings die Besonderheit, dass Beschränkungen mit Bezug zu Drittstaaten, die bereits am 31. Dezember 1993 bestanden haben, auch weiterhin angewandt werden dürfen, selbst wenn sie die Kapitalverkehrsfreiheit verletzen (sogenannte Standstill-Klausel). Der EuGH stellte fest, dass die Standstill-Klausel im Streitfall grundsätzlich anwendbar ist. Voraussetzung der Anwendung der Standstill-Klausel ist aber auch, dass die Beschränkung ohne Unterbrechung fortbestand. Der BFH hat nun zu klären, wie die Gesetzeslage bei den streitigen Hinzurechnungsregeln konkret war und wird nachfolgend über die Anwendung der Standstill-Klausel zu entscheiden haben.

Für den Fall, dass der BFH zur Auffassung gelangen sollte, dass die Standstill-Klausel nicht einschlägig sei, kommt der EuGH zu dem Ergebnis, dass die Regelung eine Beschränkung der Kapitalverkehrsfreiheit darstellen, die jedoch grundsätzlich gerechtfertigt ist. Ein ungerechtfertigter Verstoß liegt aber vor, wenn Nachweise dafür vorgelegt werden, dass die Beteiligung des Steuer-

¹⁵ EuGH, Urteil vom 26. Februar 2019 in der Rechtssache C-135/17, ECLI:EU:C:2019:136 - X GmbH/Finanzamt Stuttgart.

pflichtigen nicht auf einer künstlichen Gestaltung beruht und die deutschen Steuerbehörden aufgrund von vertraglichen Verpflichtungen (mit anderen Staaten) die Möglichkeit haben, die Richtigkeit der Informationen zu prüfen.

dd) Wegzugsbesteuerung: Wächtler

Ebenfalls am 26. Februar 2019 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-581/17 (Wächtler/Finanzamt Konstanz).¹⁶ In diesem Fall ging es um die Besteuerung des Vermögenszuwachses bei erwerbsbedingtem Wegzug einer natürlichen Person aus Deutschland in die Schweiz.

Martin Wächtler, ein deutscher Staatsangehöriger, war seit 2008 Geschäftsführer einer Schweizer Gesellschaft. Im Rahmen dieser Tätigkeit übte er Beratungsleistungen aus und hielt 50% der Gesellschaftsanteile. Im Jahr 2011 verlegte er seinen Wohnsitz in die Schweiz. Das Finanzamt Konstanz unterwarf daraufhin die latenten Wertzuwächse seiner Anteile an der Schweizer Gesellschaft der Wegzugsbesteuerung nach § 6 Aussensteuergesetz und § 17 Einkommensteuergesetz. Auf eine zinslose Stundung konnte sich Herr Wächtler nicht berufen, da die Schweiz weder EU-Mitgliedsstaat noch Staat des Europäischen Wirtschaftsraums ist.

Das Finanzgericht hatte Zweifel, ob die sofortige Besteuerung von latenten Wertsteigerungen in Gesellschaftsanteilen gegen das Freizügigkeitsabkommen verstösst und legte die Frage dem EuGH vor. Der EuGH stellte klar, dass die sofortige Besteuerung im Zeitpunkt des Wegzugs in die Schweiz eine ungerechtfertigte Beschränkung des vom Freizügigkeitsabkommen vorgesehenen Niederlassungsrechts darstellt. Er stellte weiter fest, dass die Steuerfestsetzung im Zeitpunkt des Wegzugs zwar zulässig ist, jedoch nicht die sofortige Einziehung der Steuer. Deutschland kann aufgrund der Auskunfts-klausel des Art. 27 im Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz auch nach dem Wegzug die notwendigen Informationen über eine Veräußerung der Geschäftsanteile erhalten. Zudem könne das Risiko der Nichteintreibung der Steuer durch Leistung einer Sicherheit vermieden werden. Im Ergebnis sei deshalb eine Stundung der Steuer bis zur tatsächlichen Veräußerung der Anteile (nicht lediglich fünf Jahre wie bei Entstrickungsfällen im betrieblichen Bereich) zu gewähren.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 26. Februar 2019 in der Rechtssache C-581/17, ECLI:EU:C:2019:138 - Martin Wächtler/Finanzamt Konstanz.

ee) *Dividendenbesteuerung bei beschränkt steuerpflichtigen Pensionsfonds: College Pension Plan of British Columbia*

Am 13. November 2019 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-641/17 (College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München Abteilung III).¹⁷ In diesem Fall ging es um einen kanadischen Pensionsfonds in der Rechtsform eines Common Law Trusts, der nach Auffassung des vorlegenden Finanzgerichts eine in Deutschland beschränkt steuerpflichtige Vermögensmasse gemäss § 2 Nr. 2 Körperschaftsteuergesetz ist. Der Trust war wirtschaftlicher Eigentümer von Aktien an deutschen Aktiengesellschaften, die (nach DBA Erstattung) mit 15% deutscher Kapitalertragsteuer belastet blieben (die Mindestbeteiligung für eine vollständige Erstattung unter dem DBA zwischen Deutschland und Kanada war nicht erfüllt). Der Trust beantragte beim zuständigen Finanzamt die Erstattung der verbliebenen 15%. Nach Ablehnungsbescheid und erfolglosem Einspruch machte der Trust im Rahmen der Klage geltend, dass er aufgrund der abgeltenden Wirkung der Kapitalertragsteuer gegenüber einem deutschen Pensionsfonds diskriminiert werde. Ein deutscher Pensionsfonds unterliege zwar einer 15%igen Körperschaftsteuer, könne aber die Bildung von Deckungsrückstellungen gewinnmindernd berücksichtigten.

Das Finanzamt München III rechtfertigte die Ungleichbehandlung damit, dass Mitgliedsstaaten die Kapitalverkehrsfreiheit für Drittstaatenfonds beschränken dürften, wenn ein Zusammenhang zwischen Dividendeneinnahmen und Pensionszahlungsverpflichtung vorliege. Darüber hinaus sei die Kapitalverkehrsfreiheit aufgrund der Stillhalteklausele von 1993 nicht auf Pensionsfonds anwendbar.

Der EuGH folgte den Argumenten nicht. Er sah keinen notwendigen Zusammenhang zwischen den Dividendeneinnahmen und den Pensionsrückstellungen. Auch die Stillhalteklausele sei nicht anwendbar, da die Kapitalbewegungen weder als Direktinvestitionen noch als Finanzdienstleistungen zu bewerten seien. Im Ergebnis sah der EuGH in der abgeltenden Besteuerung Deutschlands für ausländische Pensionsfonds einen Verstoss gegen die Kapitalverkehrsfreiheit.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 13. November 2019 in der Rechtssache C-641/17, ECLI:EU:C:2019:960 - College Pension Plan of British Columbia/Finanzamt München Abteilung III.

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

Nachfolgend werden die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen und wichtige Entscheide des EuGH im Rahmen der indirekten Steuern erläutert.

a) Gesetzliche und politische Entwicklungen

Das Jahr 2019 brachte eine ganze Reihe von bedeutsamen gesetzlichen Entwicklungen bei den indirekten Steuern.

aa) Steuerreform des EU Mehrwertsteuersystems

Die Europäische Kommission präsentierte im April 2016 ihren Mehrwertsteuer-Aktionsplan.¹⁸ Dieser sah eine Reform in zwei Schritten vor. Zusätzlich wurden sodann noch zusätzliche Initiativpakete vorgeschlagen.

In einem ersten Schritt wurde im Rahmen gewisser Sofortmassnahmen (oder *Quick Fixes*) die Mehrwertsteuer-Richtlinie (EG 2006/112) und die entsprechende Durchführungsverordnung (EU 282/2011) angepasst. Gleichzeitig einigten sich die EU Kommission und der EU Rat auf die folgenden Eckwerte (*Cornerstones*) zur Verbesserung und Modernisierung des gegenwärtigen Mehrwertsteuersystems:

- Erhebung der Mehrwertsteuer auch im grenzüberschreitenden Handel zwischen Unternehmen, wobei grundsätzlich der Verkäufer einer Leistung für die Abführung der Mehrwertsteuer verantwortlich ist;
- Einführung des Bestimmungslandprinzips bei Lieferungen innerhalb der EU;
- Ausweitung der Systems der zentralen Anlaufstelle zur Erfüllung der mehrwertsteuerlichen Pflichten (One Stop Shop, „OSS“).

Am 4. Dezember 2018 hat der EU Rat die entsprechenden Gesetzgebungsakte für die schnellen Lösungen angenommen. Die Neuregelungen betrafen Vereinfachungen bei Lieferung in Zusammenhang mit einem Konsignationslager, die verbindliche Angabe der Mehrwertsteuer-Identifikationsnummer eines Erwerbers von steuerbefreiten, grenzüberschreitenden Leistungen, einheitli-

¹⁸ LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht, in Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2016/2017, Zürich/St. Gallen 2017, I.2.a)aa); Pressemitteilung, Europäische Kommission, Mehrwertsteuer-Aktionsplan: Kommission stellt Massnahmen zur Modernisierung des EU-Mehrwertsteuersystems vor, 7. April 2016: <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1022_de.htm>.

che Regelungen bei Intra-EU Reihengeschäften sowie Regelungen betreffend die notwendigen Belege für eine Steuerbefreiung von innergemeinschaftlichen Lieferungen.

Neu sollen diese Regelungen aber erst ab dem 1. Januar 2020 gelten. Ausserdem wurde im weiteren Verlauf der Beratungen beschlossen, entgegen dem Kommissionsvorschlag die Bestimmungen betreffend zertifizierte Steuerpflichtige in Verbindung mit den detaillierten technischen Massnahmen zu diskutieren.¹⁹

In einem zweiten Schritt werden nun die Einzelheiten der technischen Umsetzung der vorgenannten Eckwerte ausgearbeitet. Den entsprechenden Vorschlag hat die EU Kommission am 25. Mai 2018 präsentiert. Daraus ergeht, dass beabsichtigt wird, rund 200 von 408 Artikeln der aktuellen Mehrwertsteuerrichtlinie, anzupassen.²⁰ Als zusätzliche Massnahmen des Mehrwertsteuer-Aktionsplans sind sodann gewisse Vereinfachungen für Kleinunternehmen sowie flexiblere Regeln zur Festlegung der Mehrwertsteuersätze in den Mitgliedsländern vorgesehen. Die EU Kommission hat ihre diesbezüglichen Vorschläge am 18. Januar 2018 präsentiert.

Bereits am 5. Dezember 2017 hat der Rat zudem ein Gesetzgebungspaket zur Modernisierung des grenzüberschreitenden elektronischen Binnenhandels verabschiedet.²¹ Dessen Bestimmungen werden per 1. Januar 2019 und per 21. Februar 2021 schrittweise in Kraft gesetzt. Ergänzend dazu hat die EU Kommission am 11. Dezember 2018 weitere Vorschläge präsentiert, welche ab in Kraft treten des gesamten Paketes im Jahre 2021 für einen reibungslosen Übergang im elektronischen Geschäftsverkehr sorgen sollen.

bb) Endgültige technische Massnahmen zur Schaffung eines betrugssicheren EU-Mehrwertsteuersystems

Der Umbau des Europäischen Mehrwertsteuersystems bei grenzüberschreitenden Lieferungen nach dem Prinzip der Besteuerung am Bestimmungsort

¹⁹ Richtlinie (EU) 2018/1910 zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG in Bezug auf die Harmonisierung und Vereinfachung bestimmter Regelungen des Mehrwertsteuersystems zur Besteuerung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, ABl. L 311 vom 7. Dezember 2018, 3 ff.

²⁰ Siehe unten I.2.a)bb).

²¹ Vgl. LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2016/2017, Zürich/St. Gallen 2017, I.2.a)cc) sowie LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/2018, Zürich/St. Gallen 2018, I.2.a)bb).

macht zahlreiche Änderungen der Richtlinie 2006/112/EG notwendig. Das Kernstück der Reform dürfte wohl die Einführung des Konzepts einer einheitlichen Lieferung von Gegenständen innerhalb der Union sein. Unter dem bisherigen System wurden solche Lieferungen jeweils in eine steuerbefreite und eine zu besteuernende Transaktion aufgeteilt. Inskünftig obliegt auch bei grenzüberschreitenden Lieferungen die Erhebung und die Abrechnung der Steuer dem Verkäufer der Leistung. Für die Rechnungsstellung soll sich dieser allerdings auf die geltenden Bestimmungen in seinem Ansässigkeitsstaat stützen können. Der anzuwendende Steuersatz richtet sich jedoch nach dem Recht des Bestimmungslandes der Leistung.

Eine Ausnahme von dieser Regelung soll bei Lieferungen an „zertifizierte Steuerpflichtige“ gelten.²² Diesen Status sollen nach der Gesetzesnovelle finanziell gesunde Steuerpflichtige, welche über einen guten Leumund verfügen und eine Kontrolle ihrer Tätigkeiten nachweisen, beantragen können.

Damit die Unternehmen ihren Verwaltungsaufwand bei der Abrechnung der Mehrwertsteuer reduzieren können, soll das MOSS Portal (Mini One Stop Shop), das bereits im Bereich der elektronisch erbrachten Dienstleistungen etabliert wurde, erweitert werden. Ab Inkrafttreten der vorgeschlagenen Änderungen können Unternehmen ihre, in mehreren EU Staaten geschuldete Mehrwertsteuer, über ein zentrales, sogenanntes One Stop Shop (OSS) Portal abrechnen.

cc) Vereinfachungen für Kleinunternehmen

Die Befolgungskosten für die geltenden mehrwertsteuerlichen Vorschriften sind für KMU im Vergleich zu Grossunternehmen erheblich grösser. Als Teil ihres Mehrwertsteuer-Aktionsplan hat die EU Kommission deshalb am 18. Januar 2018 einen Vorschlag betreffend gewisse administrative Erleichterungen für KMU präsentiert. Dieser Vorschlag zielt darauf ab, für fairere Wettbewerbsbedingungen für KMU zu sorgen und gleichzeitig auch den Mehrwertsteuerbetrag zu reduzieren.²³

Nach dem Vorschlag sollen Kleinunternehmen mit einem Jahresumsatz von maximal EUR 100'000, die in einem Mitgliedsstaat die Kriterien für die Steuer-

²² Vgl LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/2018, Zürich/St. Gallen 2018, I.2.a)aa).

²³ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem in Bezug auf die Sonderregelung von Kleinunternehmen vom 18. Januar 2018, COM (2018) 21 final.

befreiung erfüllen, auch für Lieferungen in einem Mitgliedsstaat ohne Ansässigkeit eine Mehrwertsteuerbefreiung beanspruchen können. Ausserdem sollen solche Unternehmen von Vereinfachungsmaßnahmen betreffend die Registrierung, die Rechnungsstellung, die Aufzeichnung und die Abgabe von Mehrwertsteuererklärungen profitieren können.

Ebenfalls soll den Mitgliedstaaten die Kompetenz eingeräumt werden, gewisse administrative Erleichterung auch für nicht von der Steuer befreite Kleinunternehmen mit einem Umsatz in der Union von bis zu EUR 2 Mio. vorzusehen.

dd) Flexibilisierung der Mehrwertsteuersätze

Die geltende Regelung über die Festsetzung der Mehrwertsteuersätze stammt aus dem Jahre 1992. Mit dieser Regelung sollten anlässlich der Abschaffung der Steuergrenzen (Zollgrenzen) Verzerrungen beim grenzüberschreitenden Handel vermieden werden. Im Einklang mit der im Mehrwertsteuer-Aktionsplan vorgesehenen Einführung des Bestimmungslandprinzips hat die EU Kommission am 1. Januar 2018 einen Vorschlag für flexiblere Mehrwertsteuersätze unterbreitet.²⁴ Dieser Vorschlag sieht vor, dass die Mitgliedsstaaten neben einem Normalsatz von mindestens 15% inskünftig zwei reduzierte Steuersätze von mindestens 5%, einen ermässigten Satz zwischen 0% – 5% und einen Nullsatz vorsehen können. Allerdings wären die Mitgliedsstaaten inskünftig dazu verpflichtet, die Anwendung eines gewogenen mittleren Mehrwertsteuersatzes von 12% sicherzustellen. Weiter schlägt die Kommission vor, anstelle der komplizierten Liste jener Gegenstände und Dienstleistungen, die einem ermässigten Steuersatz unterliegen, eine Liste mit Gegenständen und Dienstleistungen zu erarbeiten, auf welche stets der Normalsatz anzuwenden wäre. Die geplante Neuregelung soll laut der Kommission zeitgleich mit der Richtlinie zur Einführung der detaillierten technischen Massnahmen für die Anwendung des endgültigen Mehrwertsteuersystems²⁵ in Kraft gesetzt werden.

ee) Getrennte Zahlung der Mehrwertsteuer (Split Payment Model)

Im Rahmen des herkömmlichen MWST-Systems zahlt der Kunde seinem Lieferanten den gesamten Bruttobetrag (sprich: den für die Leistung vereinbarten Nettobetrag zuzüglich allfälliger MWST). Wendet ein Land das sog. Split Payment Model an, wird der Nettobetrag an den leistenden Unternehmer bezahlt, die ausgewiesene MWST jedoch auf ein separates Konto überwiesen. Dieses

²⁴ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG in Bezug auf die Mehrwertsteuersätze vom 18. Januar 2018, COM (2018) 20 final.

²⁵ Siehe oben, I.2.a)bb).

Konto kann ein spezielles Konto des Lieferanten, aber auch ein Konto der nationalen Steuerverwaltung sein. Die getrennte Zahlung von Nettobetrag und MWST verursacht Aufwand beim Lieferanten (z.B. durch die notwendige Anpassung der Systeme) und als Folge der aufwändigeren Abwicklung der Zahlung auch Umtriebe für den Kunden.²⁶

Nebst Italien, welches den Anwendungsbereich des Split Payment Model unlängst ausgedehnt hat, führten auch Rumänien (per 1. März 2018) und Polen (per 1. Juli 2018) das Split Payment Model ein. Allerdings ist anzumerken, dass dieses in Rumänien lediglich für Steuerpflichtige mit MWST-Zahlungsrückständen sowie für Steuerpflichtige, die unter die Konkursgesetzgebung fallen, Anwendung findet.²⁷ Darüber hinaus ist das System in Rumänien, wie auch in Polen, optional bzw. mit gewissen Anreizen verbunden. Am 8. November 2018 hat sich die Kommission in einer Mitteilung an den Rat bezüglich des Antrags Rumäniens betreffend das Split-Payment-Verfahren gegen den Antrag Rumäniens ausgesprochen. Dies insbesondere wegen Zweifel an der Proportionalität des administrativen Aufwands sowie an der Vereinbarkeit mit der Dienstleistungsfreiheit.²⁸

Von einem Split Payment Model können auch Unternehmer betroffen sein, die in diesen Ländern lediglich mehrwertsteuerlich registriert, aber nicht ansässig sind – und zwar als leistender Unternehmer und/oder als Leistungsempfänger. Schweizer Unternehmen sollten sich daher mit den konkreten Regelungen vertraut machen bzw. die Situation sorgfältig beobachten. Das ist nicht zuletzt deshalb von Bedeutung, weil falsch abgewickelte Zahlungen (das betrifft insbesondere die Zahlung von MWST auf andere als die für diesen Zweck eingerichteten Konten) Bussen nach sich ziehen werden.

Die EU hat die Einführung eines Split Payment Systems ebenfalls geprüft. In einer Analyse gelangte die EU Kommission jedoch zur Schlussfolgerung, dass der damit verbundene Aufwand die durchaus mögliche Reduktion der Mehrwertsteuer-Lücke nicht aufzuwiegen vermöge.²⁹

²⁶ Vgl. LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/2018, Zürich/St. Gallen 2018, I.2.a)aa).

²⁷ Vgl. <<https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--romania-amends-vat-split-payment-mechanism>>.

²⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat gemäss Artikel 395 der Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 8. November 2018, COM(2018) 666 final.

²⁹ European Commission, Analysis of the impact of the split payment mechanism as an alternative VAT collection method, final report, December 2017, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/split_payment_report2017_en.pdf>.

ff) Geltende MWST-Sätze in der EU

Zum 1. Januar 2019 lagen die MWST-Normalsätze der EU Länder zwischen 27% (Ungarn) und 17% (Luxemburg). Im Vergleich zum Vorjahr kam es in keinem Mitgliedsland zu Anpassungen des Normalsteuersatzes. Damit beträgt dieser im EU-weiten Durchschnitt weiterhin 21.46%.

b) Entscheide des Europäischen Gerichtshofs

Im Jahr 2019 fällte der EuGH eine Reihe von bedeutsamen Urteilen zu den indirekten Steuern.

aa) Bestimmung des anwendbaren Pro-rata-Satzes des Vorsteuerabzugs: Morgan Stanley & Co

Am 24. Januar 2019 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-165/17 (Morgan Stanley & Co).³⁰ Morgan Stanley unterhielt in Frankreich eine Betriebsstätte. Zum einen erbrachte sie Dienstleistungen für ihre örtlichen Kunden, wobei sie für diese Dienstleistungen nach französischem Recht zur Umsatzsteuer optiert hat. Zum anderen erbrachte sie entgeltlich Dienstleistungen zugunsten der im Vereinigten Königreich gelegenen Hauptniederlassung. Die gesamte entfallene Mehrwertsteuer brachte die Zweigniederlassung in vollem Umfang als Vorsteuer in Abzug.

Der EuGH entschied, dass ein Vorsteuerabzug nur soweit zulässig ist, wie die Eingangsleistung von der Betriebsstätte für steuerpflichtige Ausgangsleistungen genutzt wird. Bei den Leistungen zugunsten der im Vereinigten Königreich gelegenen Hauptniederlassung handelt es sich um nicht steuerbare Innenumsätze. Deshalb kommt es beim Vorsteuerabzug der Betriebsstätte betreffend die Innenumsätze auf die Art der Ausgangsleistungen der Hauptniederlassung an. Um die Vorsteuer in Abzug zu bringen, müssen die Ausgangsumsätze sowohl im Mitgliedsstaat der Hauptniederlassung als auch im Mitgliedsstaat der Betriebsstätte steuerpflichtig sein.

Zur Berechnung des Vorsteuerabzugs wird demnach ein Pro-rata-Satz angewendet. Den Nenner des den Pro-rata-Satz bildenden Bruchs bilden die von der Zweigniederlassung und der Hauptniederlassung bewirkten Umsätze, die sich auf die Eingangsleistung der Betriebsstätte beziehen. Der Zähler wird aus den besteuerten Umsätzen gebildet, die sich auf die Eingangsleistung der Betriebsstätte beziehen.

³⁰ EuGH, Urteil vom 24. Januar 2019 in der Rechtssache C-165/17, ECLI:EU:C:2019:58 - Morgan Stanley & Co.

bb) Nicht in der Union ansässiges Unternehmen – Vorherige bestandskräftige Entscheidung, mit der die Erstattung der Mehrwertsteuer abgelehnt wird – Falsche Mehrwertsteueridentifikationsnummer: Nestrade

Am 14. Februar 2019 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-562/17 (Nestrade).³¹ Nestrade, mit Sitz in der Schweiz, erzielte in Spanien mehrwertsteuerpflichtige Umsätze. Sie beantragte bei der spanischen Steuerverwaltungsbehörde, die Beträge zu erstatten. Für die entsprechenden Steuerjahre forderte die Steuerverwaltungsbehörde Nestrade auf, Rechnungen für vorgenommene Lieferungen einzureichen, da gewisse ursprünglich vorgelegte Rechnungen die niederländische statt – korrekterweise – die Schweizer Mehrwertsteueridentifikationsnummer trügen. Die Steuerverwaltungsbehörde verweigerte die Erstattung, da dafür keine Rechtsgrundlage festgestellt werden könne. Der Entscheid wurde nicht angefochten und wurde rechtskräftig.

Später beantragte Nestrade bei der Steuerverwaltungsbehörde erneut, die Vorsteuerbeträge zu erstatten. Zu diesem Anlass legte Nestrade berichtigte Rechnungen vor und erklärte die ursprünglich ausgestellten Rechnungen für nichtig.

Der EuGH entschied, dass ein Mitgliedsstaat die Möglichkeit hat, die Ausübung des Rechts auf Mehrwertsteuererstattung durch Berichtigung fehlerhafter Rechnungen, z.B. durch Korrektur der ursprünglich auf der Rechnung eingetragenen Mehrwertsteueridentifikationsnummer, zeitlich zu begrenzen, solange die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität beachtet werden.

cc) Entstehung einer Zollschuld aufgrund zollrechtlichen Fehlverhaltens: FedEx

An 10. Juli 2019 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-26/18 (FedEx).³² Die FedEx versendete einfuhrabgabenpflichtige Gegenstände via Frankfurt zu ihrem Bestimmungsort nach Griechenland. Das Zollamt des Flughafens Athen teilte dem Hauptzollamt in Deutschland mit, dass die Sendungen unter Verstoß gegen das Zollrecht nach Griechenland befördert worden seien. Unter Berücksichtigung dieser Informationen stellte das Hauptzollamt fest, dass diese Sendungen vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht worden seien. Durch die vorschriftswidrige Verbringung dieser Sendungen sei dementsprechend eine Einfuhrzollschuld entstanden.

³¹ EuGH, Urteil vom 14. Februar 2019 in der Rechtssache C-562/17, ECLI:EU:C:2019:115 – Nestrade.

³² EuGH, Urteil vom 10. Juli 2019 in der Rechtssache C-26/18, ECLI:EU:C:2019:579 – FedEx.

Der EuGH entschied, dass es für die Annahme, dass ein Gegenstand in einem Mitgliedsstaat in den Wirtschaftskreislauf der Union gelangt ist, nicht genügt, dass in einem bestimmten Mitgliedstaat ein zollrechtliches Fehlverhalten in Bezug auf diesen Gegenstand begangen wurde, das in diesem Staat zur Entstehung einer Einfuhrzollschuld geführt hat. Dies unter der Bedingung, dass der fragliche Gegenstand in einen anderen Mitgliedstaat, seinen endgültigen Bestimmungsort, weiterbefördert worden ist, wo er verbraucht wurde. Die Einfuhrmehrwertsteuerschuld auf diesen Gegenstand entsteht dann nur in diesem anderen Mitgliedstaat.

dd) Praxis eines Mitgliedstaats, die darin besteht, das Recht auf Steuerbefreiung zu versagen, wenn der Erwerber der ausgeführten Gegenstände nicht identifiziert wird: Unitel Sp. z o.o.

Am 17. Oktober 2019 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-653/18 (Unitel Sp. z o.o.).³³ Im Zeitraum von Januar bis Mai 2007 verkaufte Unitel, eine Gesellschaft mit Sitz in Polen, Mobilfunktelefone an zwei ukrainische Unternehmen. Im Anschluss an ein Prüfverfahren gegen diese Gesellschaft stellten die Steuerbehörden fest, dass das Verfahren zur Ausfuhr dieser Mobilfunktelefone ausserhalb der Union durchgeführt worden sei, dass diese Gegenstände jedoch nicht von den auf den Rechnungen genannten Unternehmen, sondern von anderen – nicht identifizierten – Unternehmen erworben worden seien. Die Steuerbehörden stellten sodann fest, dass keine Lieferung von Gegenständen im Sinne des Mehrwertsteuergesetzes stattgefunden habe, und dass Unitel daher nicht den vorgesehenen Mehrwertsteuersatz von 0% hätte anwenden dürfen.

Der EuGH entschied, dass die Tatsache, dass der Rechnungsadressat nicht der tatsächliche Empfänger der Ware ist, nicht ausschliesst, dass die objektiven Kriterien für eine Mehrwertsteuerbefreiung erfüllt sind. Die Steuerbefreiung darf demnach aus formellen Gründen nur in zwei Fällen versagt werden. Zum einen ist dies der Fall, wenn ein allfälliger Verstoss verhindert, dass das Vorliegen der materiellen Anforderungen bewiesen werden kann. Zum anderen darf die Steuerbefreiung versagt werden, wenn der Steuerpflichtige wusste oder hätte wissen müssen, dass diesem Umsatz ein gegen das gemeinsame Mehrwertsteuersystem begangener Betrug anhaftet.

³³ EuGH, Urteil vom 17. Oktober 2019 in der Rechtssache C-653/18, ECLI:EU:C:2019:876 – Unitel Sp. z o.o.

II. Bedeutung für die Schweiz

Den oben erläuterten Entwicklungen bei den direkten und indirekten Steuern in der EU kommen in vielfältiger Weise Bedeutung für die Schweiz zu.

i. Entwicklungen bei den direkten Steuern

Im Bereich der direkten Steuern bleiben die Entwicklungen in der EU vor allem für die Besteuerung von Unternehmen sowie den Informationsaustausch wichtig. Gleichzeitig bleibt auch die Rechtsprechung des EuGH von Bedeutung.

a) Unternehmensbesteuerung

Am 12. Februar 2017 lehnte das Schweizer Stimmvolk die Unternehmenssteuerreform III („USR III“), in einer Referendumsabstimmung deutlich ab. Als Teil dieser Reform sollten insbesondere auch die besagten schädlichen Steuerpraktiken abgeschafft werden. In der Folge beilegte sich der Bundesrat, eine neue Vorlage auszuarbeiten, auch um seiner Verpflichtung gegenüber der EU nachzukommen. Die Gesetzesvorlage konnte der Bundesrat am 21. März 2018 dem Parlament unterbreiten.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen über die angepasste Vorlage des Bundesrates, welche sich – mit Ausnahme der zinsbereinigten Gewinnsteuer – nicht wesentlich von der USR III unterscheidet, einigte sich das Parlament auf einen Kompromiss. So wurde die Steuervorlage mit einer zusätzlichen Finanzierung der Alters- und Hinterlassenenversicherung kombiniert. Da gegen dieses Reformpaket das Referendum ergriffen wurde, stimmte das Schweizer Stimmvolk am 19. Mai 2019 erneut über die Unternehmenssteuerreform ab. Das Reformpaket wurde vom Stimmvolk angenommen. Aufgrund der Annahme der Reform trat das Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF) am 1. Januar 2020 vollständig in Kraft.³⁴ Durch die Abschaffung des kritisierten Steuerregimes erfüllt die Schweiz die Kriterien der EU und wurde entsprechend von der EU von der grauen Liste der Steuerstaaten gestrichen.

Wie soeben dargelegt, soll die STAF zum einen gewährleisten, dass die Schweiz die internationalen Standards einhält und zum anderen die steuerliche Attraktivität der Schweiz aufrechterhalten. So wurden insbesondere die kantonalen

³⁴ Vgl. Medienmitteilung „STAF tritt am 1. Januar 2020 in Kraft“ vom 14. Juni 2019: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-75417.html>.

Privilegien für Holding-, Verwaltungs- und gemischte Gesellschaften abgeschafft. Um die Abschaffung dieser Privilegien abzufedern, sieht die STAF verschiedene Massnahmen vor.

- **Übergangsbestimmung für stille Reserven**
Die unter einem kantonalen Steuerstatus geschaffenen stillen Reserven einschliesslich des selbst geschaffenen Mehrwerts können gesondert und zu einem Vorzugssatz besteuert werden, sofern sie innert fünf Jahren realisiert werden und bisher nicht steuerbar gewesen sind. Als Alternative zur Sondersteuerlösung konnten Holding-, Domicil- und gemischte Gesellschaften schon nach bis zum 31. Dezember 2019 geltenden Recht auf ihren besonderen Steuerstatus verzichten und sich der ordentlichen Besteuerung unterstellen. Im Zeitpunkt des Statuswechsels dürfen die stillen Reserven, soweit diese im Fall ihrer Realisation steuerfrei gewesen wären, gewinnsteuerunwirksam aufgewertet werden, in der Steuerbilanz abgeschrieben und diese Abschreibungen mit den ordentlich steuerbaren Gewinnen verrechnet werden. Dieser Statuswechsel mit Aufdeckungslösung ist bis und mit der letzten Steuerperiode vor Inkrafttreten des neuen Rechts, d.h. bis und mit Steuerperiode 2019, möglich. Die aufgedeckten stillen Reserven sind maximal innert zehn Jahren nach dem Statuswechsel abzuschreiben.
- **Aufdeckung stiller Reserven bei Zuzug**
Die jeweiligen kantonalen Steuergesetze sind vom Bundesrecht zwingend vorgegeben und enthalten ausführliche Regelungen zur Aufdeckung von stillen Reserven bei Beginn und Ende der Steuerpflicht.³⁵ In das Gesetz über die direkte Bundessteuer wurden gleichlautende Bestimmungen aufgenommen.³⁶ Bei Verlegung von Vermögenswerten, (Teil-)Betrieben oder Funktionen aus dem Ausland in einen inländischen Geschäftsbetrieb oder in eine inländische Betriebsstätte, bei Ende einer Steuerbefreiung nach Art. 56 StHG sowie bei Verlegung des Sitzes oder der tatsächlichen Verwaltung in die Schweiz, können stille Reserven sowie selbstgeschaffene Mehrwerte steuerfrei aufgedeckt werden. Diese sind in der Regel über einen Zeitraum von zehn Jahren abzuschreiben.
- **Einschränkung des Kapitaleinlageprinzips**
Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften, die an einer schweizerischen Börse kotiert sind, müssen bei der Rückzahlung von Kapitaleinlagereserven mindestens im gleichen Umfang übrige Reserven ausschütten. Andernfalls ist die Rückzahlung im Umfang der halben Differenz zwischen

³⁵ Art. 24c und 24d StHG.

³⁶ Art. 61a und 61b DBG.

der Rückzahlung und der Ausschüttung der übrigen Reserven steuerbar, höchstens aber im Umfang der in der Gesellschaft vorhandenen, handelsrechtlich ausschüttungsfähigen übrigen Reserven. Beim Rückkauf von eigenen Beteiligungsrechten ist der Liquidationsüberschuss mindestens zur Hälfte allfälligen Kapitaleinlagereserven zu belasten.

- Teilbesteuerung

Die Kantone sind verpflichtet, Dividenden, Gewinnanteile, Liquidationsüberschüsse und geldwerte Vorteile aus Aktien, Anteilen an Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Genossenschaftsanteilen und Partizipationsscheinen sowie Gewinne aus der Veräusserung solcher Beteiligungsrechte maximal im Umfang von 50% zu besteuern, sofern diese Beteiligungsrechte mindestens 10% des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft darstellen. Gleichzeitig wird auf Bundesebene die Teilbesteuerungsquote dieser Erträge auf 70% angehoben.

Neben den soeben aufgeführten Massnahmen können die Kantone weitere Massnahmen vorsehen, die der Entlastungsbegrenzung unterliegen (Art. 25b StHG). Diese begrenzt die maximale steuerliche Entlastung der Unternehmen aufgrund der nachfolgend bezeichneten Massnahmen auf insgesamt höchstens 70%.

- Patentbox

Der Reingewinn aus Patenten und vergleichbaren Rechten wird im Verhältnis des qualifizierenden Forschungs- und Entwicklungsaufwands zum gesamten Forschungs- und Entwicklungsaufwand pro Patent oder vergleichbares Recht (Nexusquotient) mit einer Ermässigung von maximal 90% in die Berechnung des steuerbaren Reingewinns einbezogen. Dies unter der Voraussetzung, dass die steuerpflichtige Person einen Antrag stellt. Die Kantone können eine geringere Ermässigung vorsehen. Insbesondere Kantone mit einem vergleichsweise niedrigen Gewinnsteuersatz sehen eine Ermässigung von weniger als 90% vor.

- Abzug für Forschungs- und Entwicklungskosten („Super-Deduction“)

Die Kantone können auf Antrag Forschungs- und Entwicklungsaufwand, welcher im Inland entstanden ist, um höchstens 50% über den geschäftsmässig begründeten Forschungs- und Entwicklungsaufwand hinaus zum Abzug zulassen.

Als Forschungs- und Entwicklungsaufwand gilt entweder eigener Personalaufwand auf Forschung und Entwicklung zuzüglich eines pauschalen Zuschlags von 35% oder 80% des Aufwands für durch Dritte in Rechnung gestellten Forschungs- und Entwicklungsaufwand.

- Abzug für Eigenfinanzierung
Kantonen mit einem statuarischen kantonalen und kommunalen Steuersatz am Kantonshauptort von mindestens 13.5% steht die Einführung eines fiktiven Zinsabzugs für Eigenfinanzierung offen. Einzig der Kanton Zürich hat bislang diesen Abzug eingeführt.

b) *Automatischer Informationsaustausch*

Die Rechtsgrundlagen für die Einführung des automatischen Informationsaustausches sind bereits am 1. Januar 2017 in Kraft getreten.³⁷ Grundsätzlich setzt die Schweiz den automatischen Informationsaustausch auf der Grundlage der Multilateralen Vereinbarung der zuständigen Behörden über den automatischen Informationsaustausch über Finanzkonten (*Multilateral Competent Authority Agreement*; MCAA) um. Mit der EU, Hongkong und Singapur wurde der automatische Informationsaustausch auf der Grundlage bilateraler Staatsverträge vereinbart.

Mit 71 Staaten und Territorien wurde der automatische Informationsaustausch auf diesen Zeitpunkt aktiviert.³⁸ Seitdem sammeln meldepflichtige schweizerische Finanzinstitute Kontoinformationen von in diesen Partnerstaaten steuerlich ansässigen Personen.

c) *Besteuerung der digitalen Wirtschaft*

Am 12. März 2019 hat der Rat der EU erneut über eine mögliche Digitalsteuer sowie über den Standpunkt der EU bei den internationalen Beratungen debattiert. Dies insb. im Hinblick auf den Bericht der OECD, der voraussichtlich Mitte 2020 vorliegen soll.³⁹

Das Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen („SIF“) hat zum Thema Besteuerung der digitalen Wirtschaft am 12. September 2019 Position bezogen und sich für langfristige, multilaterale Lösungsansätze ausgesprochen. Diese Lösungsansätze sollen Innovation unterstützen und gleichzeitig technologie-

³⁷ LANDOLF URS/RIOULT CHRISTIAN/SAILER JULIA, Steuerrecht, in Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2015/2016, Zürich/St. Gallen 2018, 266 f.

³⁸ Die aktuelle Liste der Länder ist abrufbar unter: <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/multilateral/steuer_informationsaust/automatischer-informationsaustausch/automatischer-informationsaustausch1.html>.

³⁹ Vgl. Information zur Tagung des Rats der Europäischen Union, abrufbar unter: <<https://www.consilium.europa.eu/de/meetings/ecofin/2019/03/12/>>; siehe oben I.1.a)aa).

neutral sein. Weiter hält das SIF fest, dass Gewinne am Ort der Wertschöpfung besteuert werden sollen und dass Überbesteuerungen vermieden sowie ein fairer Steuerwettbewerb gefördert werden sollen.⁴⁰ Diese Position wurde in der Folge durch das Schreiben von Bundespräsident Ueli Maurer an die OECD unterstrichen, in dem der OECD u.a. die Interessen der Schweiz an einer multilateralen Lösung dargelegt wurden. In diesem Schreiben hat Bundespräsident Maurer auch erklärt, dass die Kosten eines neuen Besteuerungssystems für die Verwaltung und die Privatwirtschaft ebenso in Betracht gezogen werden sollten, wie Aspekte der Rechtssicherheit und Administrierbarkeit.⁴¹

d) Relevanz der EuGH-Rechtsprechung

Sämtliche Entscheide des EuGHs in Steuersachen sind relevant für Schweizer Unternehmen mit Tochtergesellschaften und Betriebsstätten in der EU. Die Grundfreiheiten gelten jedoch mit Ausnahme der Kapitalverkehrsfreiheit unmittelbar nur zwischen den EU/EWR-Staaten. Deshalb haben die EuGH-Entscheide für die Schweiz eine besondere Bedeutung, wenn ein beurteilter Fall unter dem Aspekt der Kapitalverkehrsfreiheit entschieden wird.

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

Im Bereich der indirekten Steuern ist eine ganze Reihe von Entwicklungen von Bedeutung für die Schweiz. Gleichzeitig bleibt auch die Rechtsprechung des EuGH von Relevanz.

a) Entwicklungen auf EU-Ebene

Angesichts der Bedeutung des Europäischen Binnenmarktes für die Schweizer Exportwirtschaft, ist die EU Mehrwertsteuerreform auch für Schweizer Unternehmen relevant, obwohl die Regelungen für die Schweiz nicht rechtsverbindlich sind. Insbesondere sollten Schweizer Unternehmen die Normen im Bereich des E-Commerce und die Regelungen über die zertifizierte Steu-

⁴⁰ Staatssekretariat für internationale Finanzfragen, Aktualisierte Position des SIF zur Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft vom 12. September 2019, abrufbar unter: [https://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Unternehmensbesteuerung/Aktualisierte%20Position%20des%20SIF%20zur%20Besteuerung%20der%20digitalen%20Wirtschaft%20\(15.%20Januar%202019\).pdf.download.pdf/Aktualisierte%20Position%20des%20SIF%20zur%20Besteuerung%20der%20digitalen%20Wirtschaft%202012.%200September%202019\).pdf](https://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Unternehmensbesteuerung/Aktualisierte%20Position%20des%20SIF%20zur%20Besteuerung%20der%20digitalen%20Wirtschaft%20(15.%20Januar%202019).pdf.download.pdf/Aktualisierte%20Position%20des%20SIF%20zur%20Besteuerung%20der%20digitalen%20Wirtschaft%202012.%200September%202019).pdf).

⁴¹ Brief BR Ueli Maurer an OECD-Generalsekretär Angel Gurría vom 13. Dezember 2019, abrufbar unter: https://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Unternehmensbesteuerung/brief-bpum-oecd.pdf.download.pdf/20191223_brief_BPUM_gurria.pdf.

erpflichtige näher prüfen. So steht hiesigen Unternehmen, die in einem EU Mitgliedsstaat als Mehrwertsteuerpflichtig registriert sind, die Nutzung des MOSS bzw. des OSS Portals zur Deklaration und der Versteuerung ihrer EU Exporte offen. Indessen sind die Vereinfachungen für Kleinunternehmen und die Regelungen für zertifizierte Steuerpflichtige zurzeit noch nicht zugänglich.⁴² Gemäss einem Bericht zur EU Strategie für einen digitalen Binnenmarkt will der Bundesrat die Entwicklungen in der EU aufmerksam verfolgen, um Benachteiligungen von Schweizer Unternehmen möglichst zu vermeiden.

b) Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

Die Europäische MWST-Richtlinie findet in der Schweiz als nicht EU-Land keine unmittelbare Anwendung. Ebenso entfalten Entscheidungen des EuGH in der Schweiz keine unmittelbare Wirkung. Umgekehrt sind Schweizer Unternehmen im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit in der EU von den lokalen Vorschriften und damit von der Rechtsprechung des EuGH ebenfalls betroffen. Daher gilt es auch für schweizerische Unternehmungen, die weitere Entwicklung im Bereich von EuGH Entscheidungen im Umsatzsteuerrecht sorgfältig zu verfolgen.

⁴² Vgl. oben I. 2. a) cc).

Immaterialgüterrecht

Ulrike I. Heinrich / Mathis Berger

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (ULRIKE I. HEINRICH)	261
1.	Einleitung	261
2.	Patentrecht	261
a)	Einheitliches Europäisches Patentsystem	261
b)	Einführung eines „Manufacturing Waiver“	262
c)	Künstliche Intelligenz als Erfinder	263
d)	Ranking Patentanmeldungen	263
3.	Markenrecht	264
a)	Auswirkungen des Brexit auf bestehende Unionsmarken	264
b)	EuGH: Markenrechte des Grünen Punkts nicht verfallen	264
c)	EuGH: „Fack Ju Göhte“ eventuell doch als Unionsmarke eintragbar	265
d)	EuGH: Verwechslungsgefahr zwischen „Halloumi“ und „BBQLOUMI“ nicht ausgeschlossen	266
e)	EuG: Unionsmarke BigMac vorläufig gelöscht	266
f)	EuG: Fußballstar gewinnt Streit um Marke „Neymar“	266
g)	EuG: Nichtigerklärung der Unionsmarke „Rubik's cube“ bestätigt	267
h)	EuG: auf Marihuana anspielendes Zeichen nicht als Unionsmarke eintragbar	267
i)	EUIPO: Unionsmarke von Adidas ist nichtig	268
4.	Urheberrecht	268
a)	EU-Urheberrechtsrichtlinie	268
b)	SatKab-Online	270
c)	EuGH: Sampling ist Eingriff in die Rechte der Tonträgerhersteller	270
d)	EuGH: Leistungsschutzrecht wegen fehlender Notifizierung unzulässig	271
e)	EuGH: Urheberrechtsschutz für Modemodelle	272
f)	EuGH: Wiedergabehandlung durch Betreiber einer Internetplattform	273
g)	EuGH: Erlaubnis des Urhebers für Online-Verkauf „gebrauchter“ E-Books notwendig	274
h)	EuGH: Auskunftspflicht von YouTube bei Urheberrechtsverletzungen	274
5.	Designrecht	275
a)	EuGH: Porsche unterliegt in Streit um Geschmacksmuster des Porsche 911	275
b)	EuG: Piaggio scheidet mit Klage gegen Gemeinschaftsgeschmacksmuster	275

II.	<u>Bedeutung für die Schweiz (MATHIS BERGER)</u>	277
1.	<u>Patentrecht</u>	277
	a) <u>Aspekte vorsorglicher Massnahmen</u>	277
	b) <u>„Genaue Beschreibung“</u>	278
	c) <u>Nichtigkeit eines ESZ</u>	278
2.	<u>Markenrecht</u>	279
	a) <u>Schaffung einer neuen Markenkategorie?</u>	279
	b) <u>Missbräuchliche Markeneintragung</u>	279
	c) <u>Warengleichartigkeit</u>	280
	d) <u>Geltendmachung des Nichtgebrauchs einer Marke</u>	280
	e) <u>Verwechslungsgefahr im Firmenrecht</u>	281
	f) <u>Zeichen von internationalen Organisationen</u>	282
3.	<u>Urheberrecht</u>	283
	a) <u>Revision des Schweizer Urheberrechts</u>	283
	b) <u>Rechtsprechung im Urheberrecht</u>	285
	aa) <u>Keine Teilnehmerhaftung von Access Providern</u>	285
	bb) <u>Urheberrecht bei öffentlichen Beschaffungen</u>	286

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

1. Einleitung

Die EU blickt für die Berichtsperiode wieder in allen Bereichen des Immaterialgüterrechts auf eine Reihe interessanter Entscheide zurück.

Im Patentrecht verzögert sich die Einführung des europäischen Patents mit einheitlicher Wirkung (Einheitspatent) weiterhin. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht für nichtig erklärt und die Auswirkungen des Brexit – das Vereinigte Königreich ist Anfang 2020 aus der EU ausgetreten – auf das Einheitliche Patentgericht sind ebenfalls noch in Klärung.

Ungeklärt ist auch, wie sich der Brexit auf bestehende Unionsmarken auswirken wird; das britische Markenamt plant derzeit die Schaffung einer vergleichbaren UK-Marke. Darüber hinaus gibt es im Markenrecht wieder eine Reihe interessanter Entscheide des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), des Gerichts der Europäischen Union (EuG) und des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO).

Im Urheberrecht gibt es auf europäischer Ebene nach wie vor keine vollständige Harmonisierung. Die teilweise Harmonisierung erreicht aber mit dem Inkrafttreten der neuen Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt und der Reform der bestehenden Satelliten- und Kabelrichtlinie immer weitere Gebiete.

2. Patentrecht

a) *Einheitliches Europäisches Patentsystem*

Die Einführung des Einheitspatents verzögert sich weiter und soll nun voraussichtlich Ende 2020 starten.¹ Mithilfe des Einheitspatents soll der Patentanmelder mit Stellung eines einzigen Antrags beim Europäischen Patentamt (EPA) Patentschutz in bis zu 27 EU-Mitgliedstaaten erhalten.²

¹ Abrufbar unter:
<https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/start_de.html>.

² Zu den bisherigen Möglichkeiten, Patentschutz zu erhalten, vgl. HEINRICH ULRIKE I., Immaterialgüterrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Zürich/St. Gallen 2019, 344.

Das Einheitspatent ist untrennbar mit der Errichtung des Einheitlichen Patentgerichts³ verbunden, das ab seinem Inkrafttreten für Fragen der Verletzung und der Rechtsgültigkeit von Einheitspatenten und europäischen Patenten (EP) zuständig sein soll. Die meisten europäischen Länder haben die Ratifizierung des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht (EPGÜ-ZustG) bereits durchgeführt. Die für das Inkrafttreten notwendige Ratifizierung durch Deutschland steht bislang noch aus.⁴

Mit Beschluss vom 13. Februar 2020 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) das EPGÜ-ZustG für nichtig erklärt.⁵ Das Gesetz bewirke eine materielle Verfassungsänderung und hätte daher mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit beschlossen werden müssen. Dies sei im Bundestag aber nicht geschehen. Damit ist die Ratifizierung des Übereinkommens vorerst gestoppt. Die Bundesregierung wird die Entscheidung des BVerfG sorgfältig auswerten und Möglichkeiten prüfen, um den festgestellten Formmangel schnellstmöglich zu beheben.⁶

Großbritannien, das das EPGÜ-ZustG bereits am 26. April 2018 ratifiziert hat, ist am 31. Januar 2020 aus der EU ausgetreten. Die Auswirkungen des EU-Austritts auf das Einheitliche Patentgericht sind noch in Klärung.

b) Einführung eines „Manufacturing Waiver“

Am 01. Juli 2019 ist die Verordnung (EU) 2019/933 zur Änderung der Verordnung (EG) 469/2009⁷ über das ergänzende Schutzzertifikat für Arzneimittel⁸ in Kraft getreten. Mit der Verordnung (EU) 2019/933 wurde in der EU der sog. „Manufacturing Waiver“ eingeführt. Hierbei handelt es sich um eine Ausnahmeregelung vom Grundsatz, wonach einem Ergänzenden Schutzzertifikat (ESZ) dieselbe Wirkung wie dem Grundpatent zukommen soll.

³ Am 19. Februar 2013 unterzeichneten 25 EU-Mitgliedstaaten das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht, d.h. alle außer Spanien, Polen und Kroatien.

⁴ Das EPG-Übereinkommen tritt mit der Ratifizierung durch 13 EU-Staaten in Kraft, darunter zwingend Deutschland, Frankreich und Großbritannien.

⁵ BVerfG, Beschluss vom 13. Februar 2020, 2 BvR 739/17.

⁶ Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Europäische Patentreform soll fortgesetzt werden, Pressemitteilung vom 26. März 2020.

⁷ Verordnung (EG) 469/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über das ergänzende Schutzzertifikat für Arzneimittel (kodifizierte Fassung), ABl. L 152 vom 16. Juni 2009, 1 ff.

⁸ Verordnung (EU) 2019/933 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 469/2009 über das ergänzende Schutzzertifikat für Arzneimittel, ABl. L 153 vom 11. Juni 2019, 1 ff.

Unternehmen mit Sitz in der EU können neu bereits während der Geltungsdauer des ESZ eine generische oder bioähnliche Version eines ESZ-geschützten Arzneimittels für den Export in Nicht-EU-Länder herstellen, in denen der Schutz abgelaufen ist oder nie existiert hat. Frühestens sechs Monate vor Ablauf des ESZ ist zudem die Herstellung eines Erzeugnisses oder eines dieses Erzeugnis enthaltenden Arzneimittels erlaubt, um es im Herstellungsmitgliedstaat zu lagern und nach Ablauf des entsprechenden Zertifikats in den Mitgliedstaaten in Verkehr zu bringen. Damit ist die Vorratsproduktion für den Eintritt in den EU-Markt bereits dann erlaubt, wenn das Original noch einen erweiterten Patentschutz genießt.⁹

Indem in der Union für die Hersteller von Generika etc. die gleichen Wettbewerbsbedingungen geschaffen werden wie für ihre Mitbewerber in Drittlandmärkten, in denen der Schutz nicht existiert oder abgelaufen ist, soll die Wettbewerbsfähigkeit der Union gefördert werden.¹⁰

c) *Künstliche Intelligenz als Erfinder*

Die Patentanmeldungen EP 18 275 163 und EP 18 275 174 geben „DABUS“ als Erfinder an, eine Art künstliche Intelligenz. Mit Beschluss vom 25. November 2019 hat die Eingangsstelle des EPA beide Anmeldungen mit der Begründung zurückgewiesen, das Europäische Patentübereinkommen (EPÜ) setze eine natürliche Person als Erfinder voraus.¹¹

d) *Ranking Patentanmeldungen*

Mit über 181'000 Patentanmeldungen konnte das EPA im Berichtsjahr die im Vorjahr erreichte Höchstmarke¹² noch übertreffen.¹³ Im Detail verzeichnete

⁹ Mit der Vorratsproduktion geht die Verordnung (EU) 2019/933 über den Vorschlag der EU-Kommission zur Aufnahme einer „Ausnahmeregelung bei Exportproduktion“ für ESZ vom 28. Mai 2018 hinaus vgl. hierzu HEINRICH ULRIKE I., Immaterialgüterrecht (FN 2), 346/47.

¹⁰ Erwägungsgrund 29 der Verordnung (EU) 2019/933 (FN 8).

¹¹ EPA, EPO refuses DABUS patent applications designating a machine inventor, 20. Dezember 2019, abrufbar unter:
<https://www.epo.org/news-issues/news/2019/20191220_de.html>.

¹² 2018 verzeichnete das EPA 174'317 Patentanmeldungen, vgl. HEINRICH ULRIKE I., Immaterialgüterrecht (FN 2), 347.

¹³ Vgl. EPA, Welcome to the Patent Index 2019, Key Figures, abrufbar unter:
<https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2019_de.html>.

das EPA in zunehmendem Masse Patentanmeldungen aus China, den USA und Südkorea. Daneben nahmen auch die Patentanmeldungen aus den EPA-Ländern zu.¹⁴ Der Jahresrückblick 2019 wird im Juli 2020 veröffentlicht.¹⁵

3. Markenrecht

a) *Auswirkungen des Brexit auf bestehende Unionsmarken*

Mit der Anmeldung und Eintragung einer Unionsmarke beim EUIPO erhält der Markeninhaber mit geringem Zeit- und Kostenaufwand ein ausschliessliches Recht, dass sich auf alle EU-Mitgliedstaaten erstreckt. Das Vereinigte Königreich ist zum 1. Februar 2020 aus der EU ausgetreten und hat hierdurch den Status eines „Drittlands“ erlangt. Gemäss Austrittsabkommen gilt das auf das und im Vereinigten Königreich anwendbare EU-Recht noch während eines Übergangszeitraums bis zum 31. Dezember 2020.¹⁶ Um den Markenschutz im Vereinigten Königreich über diesen Zeitraum hinaus sicherzustellen, will das britische Markenamt (Intellectual Property Office, IPO) eine vergleichbare UK-Marke (comparable UK trademark) schaffen.¹⁷

b) *EuGH: Markenrechte des Grünen Punkts nicht verfallen*

Auf Antrag eines slowakischen Unternehmens erklärte das EUIPO am 26. Mai 2015 die seit 1999 durchgehend geschützte Bildmarke für den Grünen Punkt¹⁸ der Duales System Deutschland GmbH (Duales System GmbH) für fast alle Waren (Ausnahme: „aus Verpackung bestehende Waren“) für verfallen. Begründet wurde die Verfallserklärung damit, das Unternehmen habe die Marke nicht so genutzt wie vorgesehen, nämlich als Hinweis auf die Herkunft der Waren.¹⁹ Das EuG bestätigte die Entscheidung des EUIPO.

Mit Urteil vom 12. Dezember 2019 hat der EuGH beide Entscheidungen für nichtig erklärt. Nach Ansicht des Gerichts wurde der im Markenrecht vorge-

¹⁴ EPA, European patent applications, abrufbar unter: <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2019/statistics/patent-applications_de.html>.

¹⁵ EPA, Jahresberichte und Statistiken, abrufbar unter: <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics_de.html>.

¹⁶ Zu den Auswirkungen des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU auf Unionsmarken vgl. EUIPO, Brexit – Fragen und Antworten.

¹⁷ Für weitergehende Informationen vgl. <<https://www.gov.uk/guidance/eu-trademark-protection-and-comparable-uk-trademarks>>.

¹⁸ Bild der beiden verschränkten Pfeile in einem Kreis.

¹⁹ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 in der Rechtssache C-143/19 P, ECLI:EU:C:2019:1076 – Der Grüne Punkt v EUIPO, Rz. 16, 19.

sehene und im vorliegenden Fall umstrittene Begriff der „ernsthaften Benutzung“ nicht korrekt ausgelegt.²⁰ Ein Kriterium könne sein, Marktanteile für die Waren zu behalten oder zu gewinnen. Vorliegend sei nicht ausgeschlossen, dass das Logo die Kaufentscheidung von Verbrauchern beeinflusst.²¹

c) *EuGH: „Fack Ju Göhte“ eventuell doch als Unionsmarke eintragbar*

2015 meldete Constantin Film beim EUIPO das Wortzeichen „Fack Ju Göhte“ als Unionsmarke für unter anderem Kosmetikartikel, Schmuck, Schreibwaren, Reise- und Sportartikel, Spiele, Lebensmittel und Getränke an. Das EUIPO lehnte die Markeneintragung mit der Begründung ab, die deutschsprachigen Verkehrskreise würden in den Wörtern „Fack Ju“ den vulgären und anstößigen englischen Ausdruck „Fuck you“ verstehen. Diese Wahrnehmung könne durch die Hinzufügung des Elements „Göhte“ nicht wesentlich abgeändert werden.²² Die hiergegen von Constantin Film eingelegte Beschwerde wies das EUIPO zurück; das anschliessend angerufene EuG bestätigte die Entscheidung des EUIPO.²³

Mit Urteil vom 27. Februar 2020 hat der EuGH die Entscheidungen des EuG und des EUIPO aufgehoben.²⁴ Bei der Einstufung des Zeichens „Fack Ju Göhte“ als beleidigend und sittenwidrig sei unzureichend berücksichtigt worden, dass die deutschsprachige breite Öffentlichkeit diesen Filmtitel offenbar nicht als moralisch verwerflich wahrgenommen habe.²⁵ Damit muss das EUIPO nun erneut über die Eintragung von „Fack Ju Göhte“ als Unionsmarke entscheiden.

²⁰ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 in der Rechtssache C-143/19 P, ECLI:EU:C:2019:1076 - Der Grüne Punkt v EUIPO, Rz. 74.

²¹ EuGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 in der Rechtssache C-143/19 P, ECLI:EU:C:2019:1076 - Der Grüne Punkt v EUIPO, Rz. 70.

²² EuG; Urteil vom 24. Januar 2018 in der Rechtssache T-69/17, ECLI:EU:T:2018:27 - Constantin Film Produktion v EUIPO (Fack Ju Göhte), Rz. 6.

²³ EuG; Urteil vom 24. Januar 2018 in der Rechtssache T-69/17, ECLI:EU:T:2018:27 - Constantin Film Produktion v EUIPO (Fack Ju Göhte).

²⁴ EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020 in der Rechtssache C-240/18 P, ECLI:EU:C:2020:118 - Constantin Film Produktion v EUIPO (Fack Ju Göhte).

²⁵ EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020 in der Rechtssache C-240/18 P, ECLI:EU:C:2020:118 - Constantin Film Produktion v EUIPO (Fack Ju Göhte), Rz. 68.

d) *EuGH: Verwechslungsgefahr zwischen „Halloumi“ und „BBQLOUMI“ nicht ausgeschlossen*

Die Inhaberin der für Käse eingetragenen Unionskollektivmarke „Halloumi“²⁶ hat im Streit um die Eintragung der Unionsmarke „BBQLOUMI“ für Käse eines bulgarischen Herstellers einen vorläufigen Erfolg erzielt – der EuG muss nun erneut prüfen, ob für die Verbraucher hinsichtlich der Herkunft der mit dem Zeichen „BBQLOUMI“ gekennzeichneten Waren eine Verwechslungsgefahr besteht.²⁷

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte das EUIPO den Widerspruch der Markeninhaberin von „Halloumi“ gegen das Bildzeichen mit dem Wortbestandteil „BBQLOUMI“ mit der Begründung zurückgewiesen, zwischen beiden Zeichen bestehe hinsichtlich der Herkunft der Waren keine Verwechslungsgefahr. Das EuG hat diese Entscheidung bestätigt. Nach Ansicht des EuGH genügt die vom EuG vorgenommene Beurteilung nicht dem Erfordernis einer umfassenden, der Wechselbeziehung zwischen den relevanten Umständen Rechnung tragenden Beurteilung.²⁸ Aufgrund dieses Rechtsfehlers hat der EuGH die Sache zur Entscheidung an das EuG zurückverwiesen.²⁹

e) *EuG: Unionsmarke BigMac vorläufig gelöscht*

Mit der Begründung, die amerikanische Fastfood-Kette McDonald's habe keine echte Nutzung der Ende 1998 eingetragenen Unionswortmarke „Big Mac“ nachweisen können, hat das EUIPO am 11. Januar 2019 die Löschung der Marke verfügt.³⁰ Die hiergegen von McDonald's am 11. März 2019 eingelegte Berufung ist noch hängig.

f) *EuG: Fußballstar gewinnt Streit um Marke „Neymar“*

2013 bewilligte das EUIPO zugunsten des Portugiesen Carlos Moreira die Eintragung der Unionsmarke „Neymar“ für Bekleidungsstücke, Schuhe und Kopf-

²⁶ Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi.

²⁷ EuGH, Urteil vom 5. März 2020 in der Rechtssache C-766/18 P, ECLI:EU:C:2020:170 - Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi v EUIPO.

²⁸ EuGH, Urteil vom 5. März 2020 in der Rechtssache C-766/18 P, ECLI:EU:C:2020:170 - Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi v EUIPO, Rz. 88.

²⁹ EuGH, Urteil vom 5. März 2020 in der Rechtssache C-766/18 P, ECLI:EU:C:2020:170 - Foundation for the Protection of the Traditional Cheese of Cyprus named Halloumi v EUIPO, Rz. 90-92.

³⁰ Zur Vorgeschichte vgl. HEINRICH ULRIKE I., Immaterialgüterrecht (FN 2), 358.

bedeckungen. Der brasilianische Fußballspieler Neymar Da Silva Santos Júnior, genannt Neymar, beantragte daraufhin im Februar 2016 beim EUIPO erfolgreich die Nichtigkeitsklärung dieser Marke für alle von ihr erfassten Waren.

Mit Urteil vom 14. Mai 2019 hat das von Moreira angerufene EuG die Entscheidung des EUIPO bestätigt.³¹ Nach Ansicht des Gerichts hat der portugiesische Anmelder versucht, als Trittbrettfahrer das Ansehen des bekannten brasilianischen Fußballspielers auszunutzen. Gegen den klägerseitig vorgetragene „Zufall“ spreche auch die Tatsache, dass der Kläger neben der Marke „Neymar“ auch die Marke „Iker Casillas“³² angemeldet hat.³³

g) *EuG: Nichtigkeitsklärung der Unionsmarke „Rubik's cube“ bestätigt*

Der Streit um die Unionsmarke „Rubik's cube“ geht in eine weitere Runde.³⁴ Mit Urteil vom 24. Oktober 2019 hat das EuG die aus der Würfelform bestehende Unionsmarke für nichtig erklärt.³⁵ Nach Ansicht des Gerichts sind die wesentlichen Merkmale der Würfelform zur Erreichung der technischen Wirkung erforderlich. Daher hätte diese Form, die in der Drehbarkeit des Rubik's cube bestehe, nicht als Unionsmarke eingetragen werden dürfen.

h) *EuG: auf Marihuana anspielendes Zeichen nicht als Unionsmarke eintragbar*

Am 12. Dezember 2019 urteilte das EuG, dass ein Zeichen, das auf Marihuana anspielt, beim gegenwärtigen Stand des Rechts nicht als Unionsmarke eingetragen werden kann.³⁶ Das EuG bestätigte damit die Entscheidung des EUIPO.

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit hatte das EUIPO 2017 ein im Jahr zuvor von Santa Conte als Unionsmarke angemeldetes Bildzeichen für Lebensmittel, Getränke und Dienstleistungen zur Verpflegung von Gästen zurückgewiesen,

³¹ EuG, Urteil vom 14. Mai 2019 in der Rechtssache T-795/17, ECLI:EU:T:2019:329 - Moreira v EUIPO - Da Silva Santos Júnior (NEYMAR).

³² Iker Casillas Fernández ist ein spanischer Fußballtorwart, der seit 2015 für den FC Porto spielt.

³³ EuG, Urteil vom 14. Mai 2019 in der Rechtssache T-795/17, ECLI:EU:T:2019:329 - Moreira v EUIPO - Da Silva Santos Júnior (NEYMAR), Rz. 50.

³⁴ Zur Vorgeschichte vgl. MEYER EMANUEL/HEINRICH ULRICH I., Immaterialgüterrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU, Zürich/St. Gallen 2017, 345/46.

³⁵ EuG, Urteil vom 24. Oktober 2019 in der Rechtssache T-601/17, ECLI:EU:T:2019:765 - Rubik's Brand v EUIPO - Simba Toys (Forme d'un cube avec des faces ayant une structure en grille).

³⁶ EuG, Urteil vom 12. Dezember 2019 in der Rechtssache T-683/18, ECLI:EU:T:2019:855 - Conte v EUIPO (CANNABIS STORE AMSTERDAM).

das unter anderem aus einer stilisierten Darstellung eines Cannabisblatts bestand. Begründet wurde die Zurückweisung damit, dass das Zeichen gegen die öffentliche Ordnung verstösst.

i) *EUIPO: Unionsmarke von Adidas ist nichtig*

Am 19. Juni 2019 erklärte das EuG die Unionsmarke des Sportartikelherstellers adidas, die aus drei parallelen, in beliebiger Richtung angebrachten Streifen besteht, für nichtig.³⁷ Adidas habe mit den vorgelegten Beweisen nicht nachweisen können, dass diese Marke³⁸ im gesamten Gebiet der Union infolge ihrer Benutzung Unterscheidungskraft erlangt hat. Die relevanten der von adidas vorgelegten Unterlagen bezogen sich nur auf fünf Mitgliedstaaten. Nach Ansicht des Gerichts konnten diese Beweise im vorliegenden Fall nicht auf das gesamte Gebiet der Union hochgerechnet werden.³⁹

4. Urheberrecht

a) *EU-Urheberrechtsrichtlinie*

Nach dem EU-Parlament hat am 16. April 2019 auch der EU-Ministerrat der neuen Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (EU-Urheberrechtsrichtlinie) zugestimmt.⁴⁰ Die neue EU-Urheberrechtsrichtlinie ist am 6. Juni 2019 in Kraft getreten.

Inhaltlich soll hiermit ein umfassender Rahmen geschaffen werden, der klarere, an das digitale Zeitalter angepasste Vorschriften für urheberrechtlich geschütztes Material, Inhaber von Urheberrechten, Verlage, Anbieter und Nutzer enthält. Um dies zu erreichen, enthält die Richtlinie gerechtere Spielregeln für einen besser funktionierenden Urheberrechtsmarkt, der das Ent-

³⁷ EuG, Urteil vom 19. Juni 2019 in der Rechtssache T-307/17, ECLI:EU:T:2019:427 – adidas v EUIPO – Shoe Branding Europe (Représentation de trois bandes parallèles); EuG, Pressemitteilung Nr. 76/19 vom 19. Juni 2019.

³⁸ Gemäss adidas beschränke sich diese Entscheidung auf eine spezifische Ausführung der Drei-Streifen-Marke und habe keinen Einfluss auf den breiten markenrechtlichen Schutz, den adidas auf seine bekannte Drei-Streifen-Marke in verschiedenen Formen in Europa hat.

³⁹ EuG, Urteil vom 19. Juni 2019 in der Rechtssache T-307/17, ECLI:EU:T:2019:427 – adidas v EUIPO – Shoe Branding Europe (Représentation de trois bandes parallèles, Rz. 158; EuG, Pressemitteilung Nr. 76/19 vom 19. Juni 2019, 2.

⁴⁰ 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.

stehen hochwertiger Inhalte fördert, mehr grenzüberschreitenden Zugang für Bürger zu urheberrechtlich geschützten Inhalten im Internet und erweiterte Möglichkeiten, urheberrechtlich geschütztes Material für die Bildung, die Forschung und die Erhaltung des Kulturerbes zu nutzen.⁴¹ Zu den wichtigsten Neuerungen zählen unter anderem die neuen Pflichten für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten (Art. 17), das Leistungsschutzrecht für Presseverlage (Art. 15), die Erleichterung des Abschlusses von Lizenzvereinbarungen für die Video-On-Demand-Verbreitung von audiovisuellen Werken (Art. 13) und eine Ausnahmeregelung für die Nutzung von Text- und Data-Mining-Technologien durch Forscher (Art. 3).

Die Regierungen der jeweiligen EU-Mitgliedsstaaten haben bis zum 7. Juni 2021 Zeit, die EU-Urheberrechtsrichtlinie in nationales Recht umzusetzen. Am 24. Mai 2019 hat Polen vor dem EuGH Klage gegen die Richtlinie eingereicht. Diese sei eine unverhältnismäßige Maßnahme, die die Zensur fördere und die Meinungsfreiheit gefährde.⁴²

⁴¹ EU-Kommission, Fragen und Antworten – Kommission begrüßt Zustimmung des Europäischen Parlaments zu modernisierten, für das digitale Zeitalter geeigneten Vorschriften (Factsheet), abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/MEMO_19_1849>.

⁴² Tagesspiegel online, Vorbeugende Zensur. Polen klagt gegen EU-Richtlinie zum Urheberrecht, 24. Mai 2019, abrufbar unter: <<https://www.tagesspiegel.de/politik/vorbeugende-zensur-polen-klagt-gegen-eu-richtlinie-zum-urheberrecht/24378820.html>>.

b) *SatKab-Online*

Am 28. März 2019 hat das EU-Parlament mit 460 zu 53 Stimmen und acht Enthaltungen der Reform der bestehenden⁴³ Satelliten- und Kabelrichtlinie⁴⁴ (SatKab-Online) in der Form zugestimmt, auf die sich die Verhandlungsführer in den Trilog-Verhandlungen am 13. Dezember 2018 geeinigt hatten.⁴⁵

Gemäss Artikel 3 der Richtlinie findet das Herkunftslandprinzip auf ergänzende Online-Dienste Anwendung. Um den grenzüberschreitenden Zugang von Fernseh- und Radioproduktionen zu erleichtern und insbesondere Geoblocking zu verhindern, muss der Rundfunkveranstalter nicht mehr gesondert für jeden Mitgliedstaat, in dem das Programm online verfügbar sein wird, die erforderlichen Rechte einholen. Der Erwerb der Rechte im „Ursprungsland“ genügt. Anschliessend können die Rundfunkveranstalter die Hörfunkprogramme, Fernsehnachrichten, politischen Informationen und vollständig finanzierten Eigenproduktionen simultan oder in Mediatheken in allen EU-Ländern online anbieten. Die Erleichterung von Rechtereklärung und -erwerb (Art. 4) soll zu einer größeren Auswahl an Hörfunk- und Fernsehprogrammen beitragen.

c) *EuGH: Sampling ist Eingriff in die Rechte der Tonträgerhersteller*

In der Rechtssache C-476/17 hat der EuGH am 29. Juli 2019 entschieden, dass das Sampling fremder Musikfragmente einen Eingriff in die Rechte des Tonträ-

⁴³ Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung, ABl. L 248 vom 6. Oktober 1993, 15.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ In den Trilog-Verhandlungen befassten sich die Verhandlungsführer der EU-Kommission, des EU-Parlaments und des Rates zunächst mit einem Vorschlag für eine Verordnung für die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen, vgl. hierzu HEINRICH ULRIKE I., Immaterialgüterrecht (FN 2), 359/60.

gerherstellers darstellt, wenn dies ohne dessen Zustimmung erfolgt.⁴⁶ Keine Rechtsverletzung liege aber vor, wenn Inhalte so weit verändert worden sind, dass eine Wiedererkennung ausgeschlossen ist.⁴⁷

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit zwischen Mitgliedern der Band „Kraftwerk“ und dem Musikproduzenten Moses Pelham ging es um die ungefragte Kopie einer zwei Sekunden langen Sequenz aus einem Kraftwerk-Tonträger, die Pelham 1997 als Schleife unter den Song „Nur mir“ der Rapperin Sabrina Setlur gelegt hatte. Am 13. Dezember 2012 hat der BGH den Klägern im Verfahren um Unterlassung und Schadensersatz Recht gegeben, woraufhin der Beklagte das betroffene Musikstück aus dem Handel nehmen musste. In der hiergegen eingelegten Verfassungsbeschwerde entschied das Bundesverfassungsgericht am 31. Mai 2016 zugunsten der Kunstfreiheit und verwies den Fall zurück an den BGH. Dieser hat das Verfahren mit Beschluss vom 1. Juni 2017 ausgesetzt und dem EuGH verschiedene Fragen vorgelegt.⁴⁸

d) *EuGH: Leistungsschutzrecht wegen fehlender Notifizierung unzulässig*

Im Vorabentscheidungsverfahren C-299/17 hat der EuGH am 12. September 2019 das im August 2013 in Deutschland in Kraft getretene Leistungsschutzrecht für Presseverlage (§§ 87f–87h UrhG) für unzulässig erklärt.⁴⁹ Nach Ansicht des EuGH handelt es sich bei den fraglichen deutschen Vorschriften um technische Vorschriften im Sinne der EU-Richtlinie 98/34⁵⁰. Die Vorschrif-

⁴⁶ EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 in der Rechtssache C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 – Pelham u.a., Rz. 39.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 in der Rechtssache C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 – Pelham u.a., Rz. 31, 36.

⁴⁸ BGH, Beschluss vom 1. Juni 2017, I ZR 115/16 – Metall auf Metall III.

⁴⁹ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtssache C-299/17, ECLI:EU:C:2019:716 – VG Media; das LG Berlin folgt damit den Schlussanträgen des Generalanwalts vom 13. Dezember 2018, vgl. EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts in der Rechtssache 299/17, Pressemitteilung Nr. 197/18 vom 13. Dezember 2018.

⁵⁰ Richtlinie 98/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Juni 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft in der Fassung der Richtlinie 2006/96/EG des Rates vom 20. November 2006 zur Anpassung bestimmter Richtlinien im Bereich freier Warenverkehr anlässlich des Beitritts Bulgariens und Rumäniens, ABl. vom 20. Dezember 2006, 81.

ten würden speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielen und hätten für ihre Anwendbarkeit der EU-Kommission gegenüber notifiziert werden müssen.⁵¹

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit hat die deutsche Verwertungsgesellschaft VG Media beim Landgericht (LG) Berlin Klage gegen Google Inc. auf Feststellung der Schadensersatzpflicht, Auskunft und Schadensersatz für die unentgeltliche Nutzung von Textteilen, Bilder sowie Videos von Presse- und Medieninhalten erhoben. Das LG Berlin hat den Rechtsstreit ausgesetzt und dem EuGH die Frage der Notwendigkeit einer Notifizierung zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Der europäische Gesetzgeber hat im April 2019 und damit bereits vor dem fraglichen EuGH-Urteil ein eigenes Leistungsschutzrecht für Presseverlage beschlossen, das inhaltlich über die deutschen Regelungen hinaus geht.⁵² Das Urteil des EuGH ist damit sachlich bereits überholt.

e) *EuGH: Urheberrechtsschutz für Modemodelle*

Am 12. September 2019 urteilte der EuGH, dass Modemodelle dann urheberrechtlichen Schutz genießen, wenn sie als originale Werke einzustufen sind, sie also Ausdruck einer eigenen geistigen Schöpfung des Urhebers sind. Die ästhetische Wirkung eines Modells sei für die Einstufung als Werk hingegen ohne Belang und könne keinen Urheberrechtsschutz begründen.⁵³

Im Ausgangsstreit hat das Modeunternehmen G-Star Raw dem Modeunternehmen Cofemel vorgeworfen, verschiedene Jeans-, Sweatshirt- und T-Shirtmodelle zu kopieren und dadurch die Urheberrechte von G-Star Raw zu verletzen. Nach Ansicht des portugiesischen Vorlagegerichts nimmt das portugiesische Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte Muster und Modelle in die Liste der urheberrechtlich geschützten Werke auf, ohne ausdrücklich die Voraussetzungen zu regeln, die erfüllt sein müssten, damit bestimmten Gegenständen mit Gebrauchszweck auch tatsächlich ein solcher Schutz zukomme. Das Gericht wollte daher vom EuGH wissen, ob die Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG einer nationalen Vorschrift entgegen-

⁵¹ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtssache C-299/17, ECLI:EU:C:2019:716 – VG Media, Rz. 40.

⁵² Vgl. 4a) oben.

⁵³ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtssache C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 – Cofemel, Rz. 29, 56.

steht, nach der dieser Schutz unter der besonderen Voraussetzung gewährt wird, dass Muster und Modelle über ihren Gebrauchszweck hinaus eine spezielle ästhetische Wirkung haben.⁵⁴

f) *EuGH: Wiedergabehandlung durch Betreiber einer Internetplattform*

Der EuGH verhandelt seit dem 26. November 2019 über die Haftung von Internetplattformbetreibern für von Dritten hochgeladene urheberrechtsverletzende Inhalte.⁵⁵ Eine Entscheidung wird für 2020 erwartet.

Mit Beschluss vom 13. September hat der BGH dem EuGH eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁵⁶ Der EuGH soll unter anderem klären, ob der Betreiber einer Internetvideoplattform, auf der Nutzer Videos mit urheberrechtlich geschützten Inhalten ohne Zustimmung der Rechteinhaber zugänglich machen, eine Wiedergabehandlung gemäss Art. 3 Abs. 1 Urheberrechtsrichtlinie⁵⁷ vornimmt, wenn i) er mit der Plattform Werbeeinnahmen erzielt, ii) der Vorgang des Hochladens automatisch und ohne vorherige Ansicht oder Kontrolle durch den Betreiber erfolgt, iii) die Nutzungsbedingungen vorsehen, dass der Betreiber für die Dauer der Einstellung des Videos eine weltweite, nicht-exklusive und gebührenfreie Lizenz an den Videos erhält, iv) der Betreiber an verschiedenen Stellen darauf hinweist, dass urheberrechtsverletzende Inhalte nicht eingestellt werden dürfen, v) der Betreiber Hilfsmittel zur Verfügung stellt, mittels derer Rechteinhaber auf die Sperrung rechtsverletzender Videos hinwirken können und der Betreiber auf der Plattform eine Aufbereitung der Suchergebnisse in Form von Ranglisten etc. vornimmt, sofern er keine konkrete Kenntnis von der Verfügbarkeit urheberrechtsverletzender Inhalte hat oder nach Kenntniserlangung die Inhalte unverzüglich löscht bzw. den Zugang zu diesen sperrt.⁵⁸ Ferner möchte der BGH wissen,

⁵⁴ EuGH, Urteil vom 12. September 2019 in der Rechtssache C-683/17, ECLI:EU:C:2019:721 – Cofemel, Rz. 25 (Vorlagefrage 1).

⁵⁵ Abrufbar unter: <<https://www.tagesschau.de/ausland/youtube-eugh-101.html>>.

⁵⁶ BGH, Beschluss vom 13. September 2018, I ZR 140/15 – YouTube; BGH, Mitteilung der Pressestelle Nr. 150/2018 vom 13. September 2018.

⁵⁷ Richtlinie 2001/29/EG 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 ff.

⁵⁸ BGH, Beschluss vom 13. September 2018, I ZR 140/15 – YouTube; BGH, Mitteilung der Pressestelle Nr. 150/2018 vom 13. September 2018, Vorlagefrage 1.

inwieweit sich der Plattformbetreiber auf das Haftungsprivileg für Hostinganbieter berufen kann und wie konkret die Kenntnisse des Unternehmens von einer rechtswidrigen Tätigkeit sein müssen, damit es handeln muss.⁵⁹

g) *EuGH: Erlaubnis des Urhebers für Online-Verkauf „gebrauchter“ E-Books notwendig*

Am 19. Dezember 2019 urteilte der EuGH, dass „gebrauchte“ E-Books nicht ohne Erlaubnis des Urhebers über eine Internetseite weiterverkauft werden dürfen.⁶⁰

Die Überlassung eines E-Books zur dauerhaften Nutzung falle nicht unter das Recht der „Verbreitung an die Öffentlichkeit“ (Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG), sondern vielmehr unter das in Artikel 3 Absatz 1 dieser Richtlinie vorgesehene Recht der „öffentlichen Wiedergabe“. Hierfür sei die Erschöpfung ausgeschlossen. Diese ist nach Ansicht des Gerichts körperlichen Gegenständen vorbehalten.⁶¹

h) *EuGH: Auskunftspflicht von YouTube bei Urheberrechtsverletzungen*

Ein Hamburger Musikproduzent hat YouTube LLC und Google LLC auf Auskunft darüber verklagt, welche IP- und E-Mail-Adressen zum illegalen Hochladen zweier seiner Filme benutzt wurden.⁶² Der BGH hat das Verfahren mit Beschluss vom 21. Februar 2019 ausgesetzt⁶³ und dem EuGH die Frage vorgelegt, ob sich die Auskunftspflicht von Personen, die in gewerblichem Ausmass für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzte Dienstleistungen erbracht haben (Art. 8 Abs. 2 Buchst. a Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums⁶⁴), neben den Adressen der Hersteller, Erzeuger etc. auch auf die E-Mail-Adressen, Telefonnummern und IP-Adressen der Nutzer der Dienstleistungen erstreckt.⁶⁵ Die Entscheidung des EuGH steht bislang noch aus.

⁵⁹ BGH, Beschluss vom 13. September 2018, I ZR 140/15 – YouTube; BGH, Mitteilung der Pressestelle Nr. 150/2018 vom 13. September 2018, Vorlagefragen 2 und 3.

⁶⁰ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111 – Nederlands Uitgeversverbond und Groep Algemene Uitgevers.

⁶¹ EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-263/18, ECLI:EU:C:2019:1111 – Nederlands Uitgeversverbond und Groep Algemene Uitgevers, Rz. 40.

⁶² Für weitere Details vgl. HEINRICH ULRICH I., Immaterialgüterrecht (FN 2), 366/67.

⁶³ BGH, Beschluss vom 21. Februar 2019, I ZR 153/17 – YouTube.

⁶⁴ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 195 vom 2. Juni 2004, 16 ff.

⁶⁵ BGH, Mitteilung der Pressestelle Nr. 19/2019 vom 21. Februar 2019.

5. Designrecht

a) *EuGH: Porsche unterliegt in Streit um Geschmacksmuster des Porsche 911*

Im Streit um die Designrechte an seinem 911er-Modell ist der Sportwagenhersteller Porsche vor dem EuGH endgültig gescheitert. Der EuGH liess die von Porsche beantragten Rechtsmittel gegen zwei Urteile des EuG nicht zu. Letzteres hatte im Juni 2019 entschieden, dass sich die zwei Geschmacksmuster, die das Design zweier Varianten des Fahrzeugs vor Nachahmung schützen, nicht genug von früheren Versionen unterschieden hätten und daher zu Recht gelöscht worden seien.

Nach Ansicht des EuGH fehlte es in den streitgegenständlichen Fällen an einer „für die Einheit, die Kohärenz oder die Entwicklung des Unionsrechts bedeutsame(n) Frage“.⁶⁶ Damit bleiben die Geschmacksmuster für zwei Varianten des 911er-Modells gelöscht.

b) *EuG: Piaggio scheitert mit Klage gegen Gemeinschaftsgeschmacksmuster*

2014 stellte das italienische Unternehmen Piaggio beim EUIPO einen Antrag auf Nichtigerklärung des 2010 durch das chinesische Unternehmen Zhejiang Zhongneng Industry Group (Zhejiang) eingetragene Gemeinschaftsgeschmacksmuster für einen von ihm hergestellten Motorroller. Piaggio begründete seinen Nichtigkeitsantrag unter anderem damit, dass es dem chinesischen Motorroller in Bezug auf das der Öffentlichkeit ab 2005 zugänglich gemachte Geschmacksmuster „Vespa LX“ mit den Konturen und Formmerkmalen des berühmten Kraftrads Vespa⁶⁷ an Neuheit und Eigenart fehle. Das EUIPO hat den Nichtigkeitsantrag 2015 zurückgewiesen und diese Entscheidung im Jahr 2018 bestätigt.

Mit Urteil vom 24. September 2019 hat das EuG die Klage von Piaggio auf Aufhebung der Entscheidung des EUIPO abgelehnt.⁶⁸ Nach Ansicht des Gerichts vermitteln beide Roller einen unterschiedlichen Gesamteindruck – während

⁶⁶ EuGH, Beschluss vom 24. Oktober 2019 in der Rechtssache C-613/19 P, ECLI:EU:C:2019:905 und Beschluss vom 24. Oktober 2019 in der Rechtssache C-614/19 P.

⁶⁷ Italienische Design-Ikone seit 1945.

⁶⁸ EuG, Urteil vom 24.09.2019 in der Rechtssache T-219/18, ECLI:EU:T:2019:681 - Piaggio & C. v EUIPO - Zhejiang Zhongneng Industry Group (Mobylettes).

beispielsweise beim Motorroller des chinesischen Unternehmens eckige Konturen vorherrschten, stünden beim Motorroller Vespa LX runde Linien im Vordergrund.⁶⁹

⁶⁹ EuG, Urteil vom vom 24.09.2019 in der Rechtssache T-219/18, ECLI:EU:T:2019:681 - Piaggio & C. v EUIPO - Zhejiang Zhongneng Industry Group (Mobylettes).

II. Bedeutung für die Schweiz

I. Patentrecht

a) Aspekte vorsorglicher Massnahmen

Ein Patentinhaber trifft *keine Obliegenheit, zu beobachten*, ob auf dem Markt Konkurrenzprodukte auftauchen, welche sein Patent verletzen. Wenn aber der Patentinhaber aufgrund der Umstände vom Produkt Kenntnis haben muss und die Patentverletzung äusserlich wahrnehmbar ist, liegt eine offensichtliche Patentverletzung vor, deren Nichterkennung der Patentinhaber sich als Sorgfaltspflichtverletzung vorwerfen lassen muss⁷⁰. Dauert eine solche Sorgfaltspflichtverletzung 14 Monate an, ist der Anspruch auf Erlass eines vorsorglichen Verbots verwirkt⁷¹.

Auch wenn ein Arzneimittel vom angeblichen Patentverletzer noch nicht bezogen werden kann, stellen *Bedarfsanfragen* des Patentverletzers, mit welchen auf die baldige Erhältlichkeit des Nachahmerprodukts hingewiesen und zur Bestellung eingeladen wird, sowie der *Eintrag in medizinischen Datenbanken*, welchen eine vergleichbare Werbewirkung zukommen, Patentverletzungen dar. Denn auch wenn keine Lieferungen vor Ablauf der Schutzfrist erfolgen, können Abnehmer aufgrund solcher Handlungen dazu verleitet werden, Bestellungen für das Originalpräparat aufzuschieben und sobald als möglich das Nachahmerpräparat zu beziehen.

Ein vorsorgliches Verbot muss *verhältnismässig* sein. Wird ein Vertriebsverbot gewährt und gibt es keine Anhaltspunkte, dass dieses Vertriebsverbot verletzt werden könnte, wäre die Gewährung eines Verbots, patentverletzende Produkte zu lagern, *unverhältnismässig*⁷².

In einem Massnahmeverfahren ist es nach Abweisung eines Gesuchs nur dann möglich, ein *neues Gesuch einzureichen*, wenn echte Noven vorliegen. Ein solches echtes Novum liegt beispielsweise vor, wenn in einem ausländischen Parallelverfahren oder im Einspruchsverfahren vor dem EPA für die Gesuchstellerin positive Entscheide ergangen sind⁷³. Liegt aber dem Entscheid im Parallelverfahren der gleiche Stand der Technik zugrunde, ist eine Änderung

⁷⁰ BPatGer vom 8. Februar 2019, S2018_006; sic! 2019, 500 ff. „Spiralfeder“, E. 14.

⁷¹ BPatGer vom 8. Februar 2019, S2018_006; sic! 2019, 500 ff. „Spiralfeder“, E. 13.

⁷² BPatGer vom 8. Februar 2019, S2018_006; sic! 2019, 500 ff. „Spiralfeder“, E. 50.

⁷³ BPatGer vom 7. Juni 2018, S2018_002; sic! 2019, 169 ff. „Valsartan/Amlodipin III“, E. 4.3.

des Massnahmeentscheides nur zulässig, wenn sich die rechtliche Würdigung im ersten Massnahmeverfahren als krass falsch erweist oder der Ermessensspielraum verletzt wurde⁷⁴.

b) „*Genaue Beschreibung*“

Mit Bezug auf die vorprozessuale Möglichkeit der Aufnahme einer genauen Beschreibung eines angeblichen Verletzungsgegenstandes oder -verfahrens⁷⁵ hat das Bundespatentgericht festgehalten, dass eine solche Beschreibung auch dann noch aufgenommen werden kann, *nachdem die Schutzfrist des Patents abgelaufen* ist. Allerdings muss die Gesuchstellerin darlegen, aus welchem Grund die Ermittlung des aktuellen Zustandes des Verletzungsgegenstandes notwendig ist, um einen in der Vergangenheit, nämlich während der abgelaufenen Schutzfrist, liegenden Sachverhalt zu beweisen⁷⁶.

Mittels genauer Beschreibung kann zunächst aufgenommen werden, was die Gerichtsdelegation im Rahmen eines Augenscheins *sinnlich wahrnehmen* kann. Sollen Vorgänge beschrieben werden, welche nicht direkt sinnlich wahrnehmbar sind, wie beispielsweise von Software gesteuerte Prozesse, obliegt es dem Gesuchsteller, im Rahmen seiner Substantiierungslast das *Gericht zu instruieren, wie die Erkenntnisse gewonnen werden können*, damit von der genauen Beschreibung auf die Steuervorgänge geschlossen werden kann⁷⁷. Mit anderen Worten kann nicht die Software als solche beschrieben werden, vielmehr sind die Wirkungen der Software zu beschreiben, wobei es aber am Gesuchsteller liegt, die Methodik darzustellen, wie die von der Software erzeugten Wirkungen ermittelt werden können.

c) *Nichtigkeit eines ESZ*

Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das Patentgesetz in Art. 140 k PatG die Gründe für die Nichtigkeit eines ESZ *abschliessend aufzählt*⁷⁸. Zu diesem Schluss kam das Gericht gestützt auf den Wortlaut der Bestimmung und die Schweizer Lehre sowie unter Analyse der Bestimmungen von Art. 139 EPÜ über die Patentnichtigkeit und Art. 15 der Verordnung (EG) 469/2009 sowie der dazu ergangenen Rechtsprechung. Gestützt darauf kam das Gericht zum

⁷⁴ BPatGer vom 7. Juni 2018, S2018_002; sic! 2019, 169 ff. „Valsartan/Amlodipin III“, E. 4.4.

⁷⁵ Art. 77 PatG.

⁷⁶ BPatGer vom 23. Mai 2018, Akten Nr. S2018_001; sic! 2018, 26 ff. „Swisscom TV“, E. 4.5.1 ff.

⁷⁷ BPatGer vom 23. Mai 2018, Akten Nr. S2018_001; sic! 2018, 26 ff. „Swisscom TV“, E. 4.5.4 f.

⁷⁸ BGer vom 7. Dezember 2018, A4_415/2018; sic! 2019, 320 ff. „Sevelamer II“, E. 2.2.

Schluss, dass weil Fristen nicht im Katalog der Nichtigkeitsgründe erwähnt werden, die Nichteinhaltung der Antragsfrist nicht zur Nichtigkeit des dennoch erteilten ESZ führt⁷⁹.

2. Markenrecht

a) *Schaffung einer neuen Markenkategorie?*

Die Wortmarke „Apple“ wurde für eine Vielzahl von Waren und Dienstleistungen hinterlegt. Das Institut für geistiges Eigentum registrierte das Zeichen für die beantragten Dienstleistungen, wies die Anmeldung aber für die meisten Waren zurück, da das Zeichen als direkt beschreibender Hinweis und nicht als Herkunftshinweis verstanden werde. Das Bundesverwaltungsgericht hiess die Registrierung für gewisse Waren gut, weil das Zeichen für diese Waren nicht üblich und damit nicht beschreibend sei. Das Bundesgericht akzeptierte das Zeichen für den Rest und damit insgesamt für alle beantragten Waren.

Das Bundesgericht hielt dafür, dass der *Sinngehalt von einem Wort über Zeit einem Wandel unterliegen* kann und derjenige im Zeitpunkt der Anmeldung massgebend ist. So ist es denkbar, dass ein Wort nicht mehr im lexikalischen Sinn verstanden wird. „In ausserordentlichen Ausnahmefällen“ kann ein Wort des allgemeinen Sprachschatzes vom relevanten Adressatenkreis sogar derart mit einem Unternehmen in Verbindung gebracht werden, dass dieses Verständnis den Sinngehalt des Worts mitbestimmt⁸⁰. Das Wort „Apple“ wird vom Durchschnittschweizer nicht nur mit der Bedeutung „Apfel“ verstanden, sondern auch als Hinweis auf das entsprechende Unternehmen. Ein relatives Freihaltebedürfnis besteht nicht, weil es sich für die beanspruchten Waren um einen unmittelbaren Hinweis auf das Unternehmen handelt.

b) *Missbräuchliche Markeneintragung*

Das Bundesgericht hat klargestellt, dass Marken, die nicht zum Zwecke des Gebrauchs hinterlegt worden sind, sondern *zur Verhinderung von Zeichen Dritter oder um finanzielle Vorteile von einem anderen zu erlangen*, keinen Rechtsschutz verdienen. Eine solche missbräuchliche Markeneintragung stelle einen eigenständigen Tatbestand neben der Nichtaufnahme des Markengebrauchs dar⁸¹.

⁷⁹ BGer vom 7. Dezember 2018, A4_415/2018; sic! 2019, 320 ff. „Sevelamer II“, E. 3.

⁸⁰ BGer vom 9. April 2019, 4A_503/2018; sic! 2019, 489 ff. „Apple“, E. 2.3.2.

⁸¹ BGer vom 28. November 2018, 4A-234/2018; sic! 2019, 313 ff. „Missbräuchliche Markeneintragung“, E. 2.1.

Die Beweislast für die fehlende Gebrauchsabsicht liegt beim Gegner der Markeneintragung. Da es sich aber um eine *negative und innere Tatsache* handelt, trifft den Markenhinterleger eine Mitwirkungspflicht und es kann von ihm verlangt werden, darzulegen, weshalb sie die Marke hinterlegt hat⁸². Erfolgt keine solche Darlegung, genügt der abstrakte Nachweis, dass aufgrund der gesamten Umstände keine Gebrauchsabsicht besteht.

c) *Warengleichartigkeit*

Die Warengleichartigkeit von einerseits *Schokolade sowie Zuckerwaren* und andererseits *Pflanzen sowie Früchten aller Art* wurde vom Bundesverwaltungsgericht verneint. Dies obwohl Schokolade sowie Zuckerwaren auch Früchte oder Nüsse enthalten können und beide Warengruppen als Zwischenmahlzeit oder Dessert wahrgenommen werden und zudem über gleiche Verkaufsstellen vertrieben werden können⁸³. Massgebend ist aber für das Gericht, dass sich der Anbau von Pflanzen und Früchten von der industriellen oder gewerblichen Herstellung von Schokolade und Zuckerwaren unterscheidet⁸⁴. Ob diese dem Verständnis des Durchschnittsadressaten fremde Sicht aufrechterhalten wird, muss die Zukunft weisen.

d) *Geltendmachung des Nichtgebrauchs einer Marke*

Die Einrede des Nichtgebrauchs einer Marke muss im Widerspruchsverfahren *spätestens in der Widerspruchsantwort erhoben werden*; wird sie später erhoben, erfolgt sie verspätet und ist nicht mehr zu hören⁸⁵. Ist die Nichtgebrauchseinrede erhoben worden, so muss sie vom Institut für geistiges Eigentum behandelt werden. Dies gilt unabhängig davon, ob die Karenzfrist im Zeitpunkt des Entscheidens des IGE bereits abgelaufen ist⁸⁶. Diese beschriebene Änderung der Rechtsprechung führt dazu, dass es sinnvoll sein kann, die *Nichtgebrauchseinrede präventiv zu erheben* bzw. dass sogar eine entsprechende Notwendigkeit besteht, die Einrede in der Widerspruchsantwort präventiv, d.h. vor Ablauf der Karenzfrist, zu erheben, wenn man sie im Widerspruchsverfahren beurteilt haben möchte. Das Institut wird bei einer

⁸² BVerwG vom 28. November 2018, 4A-234/2018; sic! 2019, 313 ff. „Missbräuchliche Markeneintragung“, E. 2.1.

⁸³ BVerwG vom 4. Dezember 2018, B-7562/2016; sic! 2019, 310 ff. „Merci/Merci“, E. 6.3.

⁸⁴ BVerwG vom 4. Dezember 2018, B-7562/2016; sic! 2019, 310 ff. „Merci/Merci“, E. 6.3.

⁸⁵ BVerwG vom 19. Juni 2019, B-6675/2016; sic! 2019, 516 ff. „Gerflor, Gerflor Theflooringgroup/Gemflor“, E. 7.

⁸⁶ BVerwG vom 19. Juni 2019, B-6675/2016; sic! 2019, 516 ff. „Gerflor, Gerflor Theflooringgroup/Gemflor“, E. 9.

präventiv erhobenen Einrede nicht nur die Frage des Gebrauchs zu entscheiden haben, sondern auch feststellen müssen, ob im Entscheidungszeitpunkt die Karenzfrist bereits abgelaufen ist, ansonsten muss die Einrede abgewiesen werden.

e) *Verwechslungsgefahr im Firmenrecht*

Im Berichtszeitraum hatte das Bundesgericht die Gelegenheit, sich zur Frage der Verwechslungsgefahr im Firmenrecht zu äussern. In diesem Zusammenhang ist vorweg festzuhalten, dass in kennzeichenrechtlichen Fällen ein Textbaustein des Bundesgerichts betreffend Verwechslungsgefahr lautet, dass der „Begriff der Verwechslungsgefahr [...] nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung für das gesamte Kennzeichenrecht einheitlich zu umschreiben“ sei⁸⁷. Werden jedoch Entscheide aus dem Markenrecht mit solchen aus dem Firmenrecht verglichen, erscheint zweifelhaft, ob das Bundesgericht seinem Grundsatz auch wirklich nachlebt. Neuere Entscheide scheinen eine Tendenz aufzuzeigen, dass wenn zwei Zeichen im Firmenrecht nicht verwechselbar sind, sie im Markenrecht bereits Verwechselbar sein könnten.

Das Bundesgericht hatte zu entscheiden, ob die Firmen „SRC Wirtschaftsprüfungen GmbH“ und „SRC Consulting GmbH“ verwechselbar sind und verneinte diese Frage⁸⁸. Dies weil die aus drei Buchstaben bestehenden Akronyme „SRC“ nicht ausgesprochen werden können und daher kennzeichnungsschwach seien. Zusätzlich zu den beschreibenden Tätigkeitsangaben genüge ein kennzeichnungsschwacher Zusatz, um eine Verwechslungsgefahr auszuschliessen⁸⁹. Ähnlich auch der Fall „altrimo ag“ gegen „altrimos immobilien gmbh“, in welchem das Bundesgericht festhielt, dass nicht alleine auf die – zu Recht festgestellte – schriftbildliche Ähnlichkeit abgestellt werden dürfe, vielmehr seien das Klangbild und gewisse Assoziationen abweichend, was stärker gewichtet

⁸⁷ Beispielsweise BGer vom 29. Januar 2019, 4A_541/2018; sic! 2019, 389 ff. „SRC Wirtschaftsprüfungen/SRC Consulting“, E. 3.1

⁸⁸ Aufgrund der bisherigen Praxis der kantonalen Gerichte und angesichts dessen, dass dieser Fall unter Anwendung der markenrechtlichen Grundsätze eher anders entschieden worden wäre, stellt sich die Frage, was die Erwähnung des Grundsatzes, dass die Verwechslungsgefahr im gesamten Kennzeichenrecht gleich zu beurteilen sei, bedeutet: Wenn der vorliegende Entscheid eine neue firmenrechtliche Praxis einläutet, kann dies nur heissen, dass diese neue Praxis auch im Markenrecht gilt. Ansonsten müsste sich das Bundesgericht vom erwähnten Grundsatz verabschieden. Die nächsten bundesgerichtlichen Entscheide werden aufzeigen, wie der nun vorliegende Entscheid zu verstehen ist (auch GREGOR WILD, Anmerkung zu „SRC Wirtschaftsprüfungen/SRC Consulting“ in sic! 2019, 391).

⁸⁹ BGer vom 29. Januar 2019, 4A_541/2018; sic! 2019, 389 ff. „SRC Wirtschaftsprüfungen/SRC Consulting“, E. 3.4.1 f.

werden dürfe⁹⁰. Ebenso beurteilte das Bundesgericht die Firmen „Pachmann Rechtsanwälte AG“ und „Bachmann Rechtsanwälte AG“ als nicht verwechselbar⁹¹. Damit wurde verhindert, dass die Aufnahme von der Wahrheit entsprechenden Familiennamen in eine Firma untersagt werden kann, auch wenn die Familiennamen sehr ähnlich sind. Für diesen Entscheid dürfte auch gesprochen haben, dass es für Rechtsanwälte durchaus üblich ist, den Familiennamen als Geschäftsbezeichnung zu verwenden und diese Praxis geschützt werden wollte.

Anders als das Bundesgericht hat das Handelsgericht Zürich entschieden, als es die Firmen „Zurich Insurance Company“ und „Zurich Real Estate AG“ zu beurteilen hatte. Zum Schluss, dass diese Zeichen verwechselbar sind, kam das Gericht allerdings, weil sich der Bestandteil „Zurich“ als kennzeichnendes Merkmal der älteren Firma im Markt durchgesetzt hatte⁹².

Die Firmen „Riverlake Group AG“ und „RiverLake Capital AG“ hielt das Bundesgericht für verwechselbar, weil es sich beim Bestandteil „Riverlake“, zwar um zwei Sachbezeichnungen handelt, die hier aber als eine Wortneuschöpfung gebraucht werden. Das Wort stellt eine originelle Fantasiebezeichnung dar, welcher Kennzeichnungskraft zukommt⁹³. Das Hinzufügen eines beschreibenden Bestandteils und die unterschiedliche Schreibweise genügen nicht, um die Verwechslungsgefahr auszuschliessen⁹⁴. Auch die Firma Tecton Holding AG, welche zugleich Marken mit dem Bestandteil Tecton hinterlegt hatte, und der Schweizer Teil der IR Marke „Dekton“ sind für verwechselbar gehalten worden unter sowohl Firmen- als auch Markenrecht⁹⁵.

f) Zeichen von internationalen Organisationen

Ein Konflikt zwischen dem MSchG und dem Gesetz zum Schutz von Namen und Zeichen der Organisation der Vereinten Nationen und anderer zwischenstaatlicher Organisationen war mit Bezug auf das Zeichen „ADB“ zu entscheiden. ADB steht als Abkürzung für die Asian Development Bank.

⁹⁰ BGer vom 16. Juli 2019, 4A_125/2019; sic! 2019, 692 ff. „altrimo ag/atrimos immobilien gmbh“, E. 2.

⁹¹ BGer vom 1. Oktober 2018, 4A_83/2018; sic! 2018, 94 ff. „Bachmann/Pachmann“, E. 3.1 ff.

⁹² HGer Zürich vom 21. Januar 2019, HG160 205; sic! 2019, 429 ff. „Zurich Insurance Comany Ltd./Zurich Real Estate AG“, E. 2.

⁹³ BGer vom 25. März 2019, 4A_590/2018; sic! 2019, 436 ff. „Riverlake/Riverlake“, E. 2.2.

⁹⁴ BGer vom 25. März 2019, 4A_590/2018; sic! 2019, 436 ff. „Riverlake/Riverlake“, E. 2.3.

⁹⁵ BGer vom 7. Mai 2019, 4A_510/2018; sic! 2019, 495 ff. „Tecton/Dekton“, E. 2.3.1 und 4.

Die Inhaberin des seit länger gebrauchten Zeichens ADB berief sich gegenüber dem spezialgesetzlich geschützten Zeichen auf das *markenrechtliche Weiterbenutzungsrecht*; dieses Argument ist vom Bundesgericht geschützt worden⁹⁶. Gestützt auf das anerkannte Weiterbenutzungsrecht versuchte die Inhaberin ihr Zeichen auch als Marke eintragen zu lassen. Diese Frage musste vom Bundesgericht aber nicht entschieden werden, weil die Inhaberin nicht das Zeichen ADB in der Form, wie sie es tatsächlich gebraucht hatte, eintragen wollte, sondern in einer diesem Zeichen gegenüber *geänderten Form*. Das Weitergebrauchsrecht bezieht sich aber ausschliesslich auf Zeichen, die im Wesentlichen mit dem tatsächlich gebrauchten Zeichen identisch sind. So wollte die Inhaberin eine Wort-/Bildmarke registrieren, während sie im Markt bloss ein Wortzeichen benutzt hatte; die Änderung des Antrags auf Registrierung einer Wortmarke erfolgte erst im Rechtsmittelverfahren und war damit verspätet⁹⁷.

3. Urheberrecht

a) *Revision des Schweizer Urheberrechts*

Per 1. April 2020 tritt die Revision des Schweizer Urheberrechtsgesetzes in Kraft. Die wesentlichsten Änderungen seien hier kurz zusammengefasst:

Für *Lichtbilder* wird neu fingiert, dass sie als Werke qualifizieren, auch wenn ihnen der für die Werkeigenschaft notwendige individuelle Charakter nicht zukommt⁹⁸. Der Schutzzumfang solcher Lichtbilder entspricht demjenigen urheberrechtlicher Werke, mit der Ausnahme, dass sie nur für 50 Jahre ab dem Datum ihrer Herstellung geschützt sind⁹⁹. Neben dem Schutz für Lichtbilder bleibt der Schutz für Fotografien mit individuellem Charakter bestehen; für diese individuellen Fotografien gilt weiterhin eine Schutzfrist von 70 Jahren *post mortem auctoris*¹⁰⁰. Das Ziel der Revision, die Abgrenzung zwischen geschützten und nicht geschützten bzw. zwischen mehr oder weniger geschützten Fotografien abzuschaffen, ist somit verfehlt worden. Die Praxis wird Regeln entwickeln müssen, wie mit dem neuen Lichtbildschutz umgegangen werden soll, dies gilt namentlich auch für die kollektive Verwertung, welche sich aufgrund des Lichtbildschutzes mit einer grossen Zahl von zusätzlichen Bildern auseinandersetzen muss.

⁹⁶ BGer vom 3. Januar 2019, 4A_489/2018; sic! 2019, 307 ff. „Siegel adb“, E. 2.1 ff.

⁹⁷ BGer vom 3. Januar 2019, 4A_489/2018; sic! 2019, 307 ff. „Siegel adb“, E. 3 ff.

⁹⁸ Art. 2 Abs. 3bis URG.

⁹⁹ Art. 29 Abs. 2 lit. abis URG.

¹⁰⁰ Art. 29 Abs. 2 lit. b URG.

- In bestimmten Weisen ist der Zugang zu Werken mittels *neuer Schranken* erleichtert worden. So ist eine Schranke für Text- und Datamining für wissenschaftliche Zwecke ins Gesetz aufgenommen¹⁰¹, welche vergleichbar mit derjenigen des EU Rechts ist, aber etwas weitergehen dürfte. Zudem enthält das URG neu ein Verzeichnisprivileg, welches sehr detailliert vorsieht, welche Inhalte von in einer Sammlung enthaltenen Werken in ein entsprechendes Verzeichnis aufgenommen werden dürfen¹⁰². Schliesslich ist die Bestimmung betreffend verwaiste Werke angepasst worden¹⁰³.
- Die *Schutzfrist für verwandte Schutzrechte* ist von 50 auf 70 Jahre verlängert und damit an die in der EU geltende Schutzfrist angepasst worden¹⁰⁴.
- Weiter wird das innovative Instrument einer *erweiterten Kollektivlizenz* vorgesehen¹⁰⁵. Gestützt darauf kann eine Verwertungsgesellschaft eine Verwendung von Werken, die gemäss Gesetz nicht in ihren Anwendungsbereich fällt, wahrnehmen, wenn es sich um eine grosse Anzahl von Werken handelt, eine massgebende Anzahl von Rechteinhabern vertreten wird und die normale Verwertung der Werke nicht beeinträchtigt.
- Schliesslich ist mit dem Ziel der Bekämpfung der Internetpiraterie zweierlei geregelt worden: Einmal dürfen neu Personendaten – als solche qualifizieren unter Schweizerrecht auch Internetadressen – zur Ausarbeitung von Strafanzeigen ohne Verletzung des Datenschutzgesetzes bearbeitet werden¹⁰⁶. Zudem ist neu vorgesehen, dass unter gewissen Umständen Hosting-Provider eine Pflicht trifft, einmal entfernte urheberrechtsverletzende Inhalte dauerhaft entfernt zu halten¹⁰⁷. Voraussetzungen für eine solche sog. *Stay-down Verpflichtung* sind, dass vom Provider aufgrund seines Geschäftsmodells eine besondere Gefahr für Urheberrechtsverletzungen ausgeht und er wegen von ihm gehosteten, verletzenden Inhalten konkret abgemahnt worden ist.

¹⁰¹ Art. 24d URG.

¹⁰² Art. 24e URG.

¹⁰³ Art. 22b URG.

¹⁰⁴ Art. 39 Abs. 1 URG.

¹⁰⁵ Art. 43a URG.

¹⁰⁶ Art. 77i URG.

¹⁰⁷ Art. 39d URG.

b) *Rechtsprechung im Urheberrecht*

aa) *Keine Teilnehmerhaftung von Access Providern*

Das Bundesgericht hatte einen Fall zu entscheiden, ob der Schweizer Access Provider eines privaten Nutzers rechtlich belangt werden kann, weil er es dem Nutzer möglich macht, urheberrechtlich geschützte Inhalte zu nutzen, die im Ausland ins Internet hochgeladen worden sind. In tatsächlicher Hinsicht wurde festgestellt, dass der Access Provider seinen Abonnenten den Zugang zum Internet auf automatisierter Basis ermöglicht. Seitens des Access Providers erfolgt mithin im Zusammenhang mit dem Zugriffnehmen auf das Werk kein individuelles Handeln.

Gemäss dem Bundesgericht ist die Teilnahme des Access Providers zivilrechtlich gemäss Art. 50 OR zu beurteilen. Dabei handelt es sich um die *allgemeine zivilrechtliche Regel für Teilnahmehandlungen im Zivilrecht* und auch im Urheberrecht, weshalb sich insbesondere auch eine Referenz auf das Persönlichkeitsrecht erübrigt (was in der Lehre umstritten war)¹⁰⁸. Eine Teilnahmehandlung setzt demnach immer eine objektiv widerrechtliche Haupttat voraus und verlangt seitens des Teilnehmers einen adäquat kausalen Tatbeitrag¹⁰⁹. Auf dieser Grundlage sind sowohl reparatorische als auch negatorische Ansprüche zu beurteilen¹¹⁰.

Ein Access Provider leistet durchaus einen Beitrag zum Zugänglichmachen von unerlaubt ins Internet hochgeladenen Inhalten. Er stellt die technische Infrastruktur zur Verfügung, damit der Teilnehmer Zugang zum Internet und damit Zugriff auf das Werk nehmen kann. Dieses automatisierte Ermöglichen von Zugang stellt jedoch *keinen adäquat kausalen Tatbeitrag* und damit keine rechtlich relevante Teilnahme dar¹¹¹. Zudem kann sich der private Nutzer von widerrechtlich zur Verfügung gestellten Inhalten auf die *Schranke des Privatgebrauchs* stützen, welche – entgegen der Rechtslage in der EU – auch dann gilt, wenn die konsumierten Inhalte widerrechtlich oder offensichtlich widerrechtlich ins Internet gestellt worden sind¹¹². Greift die Schranke des Privatgebrauchs, *entfällt die objektive Widerrechtlichkeit* der Haupttat und damit auch die zweite Voraussetzung für das Vorliegen einer rechtswidrigen Teilnahmehandlung.

¹⁰⁸ BGer vom 8. Februar 2019, 4A_433/2018; sic! 2019, 376 ff. „Netzsperrern“, E. 2.2.1.

¹⁰⁹ BGer vom 8. Februar 2019, 4A_433/2018; sic! 2019, 376 ff. „Netzsperrern“, E. 2.2.1.

¹¹⁰ BGer vom 8. Februar 2019, 4A_433/2018; sic! 2019, 376 ff. „Netzsperrern“, E. 2.2.1.

¹¹¹ BGer vom 8. Februar 2019, 4A_433/2018; sic! 2019, 376 ff. „Netzsperrern“, E. 2.3.

¹¹² BGer vom 8. Februar 2019, 4A_433/2018; sic! 2019, 376 ff. „Netzsperrern“, E. 2.2.2.

bb) Urheberrecht bei öffentlichen Beschaffungen

Die Schweizerischen Bundesbahnen schrieben die Erweiterung eines Bahnhofs aus. Gegen diese Ausschreibung hat der Architekt des bestehenden Bahnhofs Beschwerde erhoben, weil jeder Bewerber bzw. jedes Projekt, das die Vorgaben der Ausschreibung erfülle, zwangsläufig die Urheberpersönlichkeitsrechte des ursprünglichen Architekten verletze. Die zu beurteilende Frage, so das Bundesverwaltungsgericht, stelle keine verwaltungsrechtliche Frage dar, sondern *eine solche des Zivilrechts*. Der öffentlich-rechtliche Projektwettbewerb könne durchgeführt werden, auch wenn der gestützt darauf vergebene Auftrag allenfalls aufgrund einer Zivilklage nicht oder nur in anderer Form durchgeführt werden könne¹¹³.

¹¹³ BVerwG vom 4. Februar 2019, B-6588//2018; sic! 2019, 422 ff. „Erweiterung Bahnhof Stadelhofen“, E. 7.3.

Verbraucherrecht

Michael Mayer / Alexander Brunner

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (MICHAEL MAYER)	288
1.	Allgemeine Entwicklungen	288
2.	Sicherheit und Gesundheit	288
a)	Datenschutz	288
b)	Gesundheit	289
3.	Umwelt und Mobilität	290
4.	Information	291
5.	Rechtliche Interessen	292
6.	Politische Interessen	293
a)	Handelsabkommen	293
b)	Europäische Bürgerinitiativen	293
II.	Bedeutung für die Schweiz (ALEXANDER BRUNNER)	295
1.	Allgemeine Entwicklungen und Übersicht	295
2.	Sicherheit und Gesundheit	295
a)	Produktrückrufe und Sicherheitswarnungen	295
b)	Integrität und Transparenz von Heilmitteln	296
3.	Information	296
4.	Wirtschaftliche Interessen	297
a)	Allgemeiner Hinweis zu den wirtschaftlichen Interessen	297
b)	Obligationenrecht – Recht der Verjährung	297
c)	Obligationenrecht – Stillschweigende Vertragsverlängerung	297
d)	Finanzdienstleistungen (systematischer Hinweis)	298
5.	Rechtliche Interessen	298
6.	Politische Interessen	299

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

1. Allgemeine Entwicklungen

Das Verbraucherrecht als Querschnittsmaterie erfuhr im Berichtsjahr 2019 einige Änderungen und Neuerungen. Insbesondere die Klimadebatte und die voranschreitende Digitalisierung führten zu Anpassungen im Verbraucherrecht. 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.

2. Sicherheit und Gesundheit

a) *Schutz personenbezogener Daten*

Der EuGH entschied in seinem Urteil vom 29. Juli 2019¹, dass der Betreiber einer Website, in der der „Gefällt mir“-Button von Facebook enthalten ist, für das Erheben und die Übermittlung der personenbezogenen Daten der Besucher seiner Website gemeinsam mit Facebook verantwortlich sein kann. Im zugrundeliegenden Fall ermöglichte es der „Gefällt mir“-Button von Facebook dem deutschen Online-Händler Fashion ID, seine Werbung auf Facebook sichtbar zu machen. Nach Auffassung des Gerichtshofs ist die Mitverantwortung gegeben, wenn der Seitenbetreiber zumindest stillschweigend zugestimmt hat, was bei einem ökonomischen Interesse an der Zusammenarbeit mit Facebook zu vermuten sei. Die Seitenbetreiber seien aber nur für die Übermittlung und nicht dafür verantwortlich was Facebook in Irland mit den Daten macht. Das ökonomische Interesse erachtete der Gerichtshof im Ausgangsfall als gegeben, weshalb Fashion ID über den Datentransfer informieren und das Einverständnis der Nutzer einholen müsse.

In seinem Urteil vom 24. September 2019² entschied der EuGH, dass das Verbot der Verarbeitung bestimmter Kategorien sensibler personenbezogener Daten auch für die Betreiber von Suchmaschinen gilt. Dies gelte etwa für die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie für Daten über die Gesundheit oder das Sexualleben vorbehaltlich bestimmter Abwei-

¹ EuGH, Urteil vom 29. Juli 2019 in der Rechtssache C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 - Fashion ID GmbH & Co. KG/Verbraucherzentrale NRW eV.

² EuGH, Urteil vom 24. September 2019 in der Rechtssache C-136/17, ECLI:EU:C:2019:773 - Google LLC/Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

chungen und Ausnahmen. Nach Ansicht des Gerichtshofs gelten das Verbot und die Beschränkungen vorbehaltlich der im Unionsrecht vorgesehenen Ausnahmen für sämtliche Verantwortliche, die solche Verarbeitungen vornehmen. Der Suchmaschinenbetreiber sei jedoch nicht dafür verantwortlich, dass die in diesen Bestimmungen genannten personenbezogenen Daten auf der Website eines Dritten vorhanden sind, wohl aber für die Listung dieser Website und insbesondere für die Anzeige des auf sie führenden Links in der Ergebnisliste, die den Internetnutzern im Anschluss an eine Suche angezeigt wird. Das Verbot und die Beschränkungen seien auf diesen Betreiber nur aufgrund der Listung der Website und somit über eine Prüfung anwendbar, die auf der Grundlage eines Antrags der betroffenen Person unter der Aufsicht der zuständigen nationalen Behörden vorzunehmen sei. Im Falle eines Auslistungsantrags müsse der Suchmaschinenbetreiber auf der Grundlage aller relevanten Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der Schwere des Eingriffs in die Grundrechte der betroffenen Person auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten prüfen, ob sich die Aufnahme dieses Links in die im Anschluss an eine Suche anhand des Namens dieser Person angezeigte Ergebnisliste als unbedingt erforderlich erweist, um die Informationsfreiheit von Internetnutzern zu schützen, die potenziell daran interessiert sind, mittels einer solchen Suche Zugang zu der betreffenden Website zu erhalten.

b) Sicherheitsmerkmale für Arzneimittel

Seit dem 9. Februar 2019 gelten in den Mitgliedstaaten der EU, ausgenommen Italien und Griechenland, neue Vorschriften über Sicherheitsmerkmale für in der EU verkaufte verschreibungspflichtige Arzneimittel. Dies ist der letzte Schritt zur vollständigen Umsetzung der im Jahr 2011 erlassenen Richtlinie über gefälschte Arzneimittel, mit der die Sicherheit und Qualität von in der EU verkauften Arzneimitteln gewährleistet werden soll. Die Industrie muss nunmehr auf den Verpackungen verschreibungspflichtiger Arzneimittel einen 2D-Strichcode und eine Vorrichtung gegen Manipulation anbringen. Die Apotheken (einschliesslich Online-Apotheken) und Krankenhäuser müssen die Echtheit der Arzneimittel prüfen, bevor sie sie an die Patienten abgeben. Arzneimittel, die vor dem 9. Februar 2019 hergestellt werden und keine Sicherheitsmerkmale haben, dürfen bis zu ihrem Verfallsdatum auch weiterhin verkauft werden. Im Rahmen des neuen End-to-End-Überprüfungssystems müssen jedoch die hierfür zuständigen Stellen (insbesondere Apotheken und Krankenhäuser) die Echtheit der Arzneimittel in der gesamten Lieferkette überprüfen.

c) *Verbot des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen mit Aromen*

Der EuGH entschied am 30. Januar 2019³, dass das unionsweite schrittweise Verbot von Zigaretten und Tabak zum Selbstdrehen, die Aromastoffe enthalten, gültig ist. Im zugrundeliegenden Fall beehrte das deutsche Unternehmen Planta, das insbesondere aromatisierten Tabak zum Selbstdrehen herstellt und vertreibt, vor dem Verwaltungsgericht Berlin die Feststellung, dass bestimmte deutsche Rechtsvorschriften, die das Verbot von Aromen, die Schockfotos und das Verbot der Werbung für Aromen betreffen, auf seine Erzeugnisse nicht anwendbar seien. Mit diesen Vorschriften wird die Richtlinie von 2014 über Tabakerzeugnisse umgesetzt, deren Gültigkeit Planta Tabak bestreitet. Mit seinem Urteil stellt der Gerichtshof fest, dass das Verbot des Inverkehrbringens, das für Zigaretten und Tabak zum Selbstdrehen mit einem charakteristischen Aroma, deren unionsweite Verkaufsmengen weniger als 3 % dieser Kategorien darstellen, seit dem 20. Mai 2016 und in den übrigen Fällen ab dem 20. Mai 2020 gilt, gültig ist. Der Umstand, dass die Richtlinie keine näheren Angaben dazu enthält, bei welchen Erzeugnissen die Verkaufsmengen 3 % oder mehr darstellen, und keine konkrete Verfahrensweise für ihre Bestimmung vorsieht, bedeute nicht, dass die Richtlinie gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit verstosse. Das Verfahren, um festzustellen, ob ein bestimmtes Tabakerzeugnis die 3%-Grenze erreicht, sei im nationalen Recht des betreffenden Mitgliedstaats zu regeln. Die Unterscheidung anhand der Verkaufsmengen sei objektiv gerechtfertigt und verstosse daher nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Der Unionsgesetzgeber sei nämlich berechtigt, schrittweise vorzugehen, um den Verbrauchern von Erzeugnissen mit hohen Verkaufsmengen ausreichend Zeit zu geben, zu anderen Erzeugnissen zu wechseln. Das Verbot des Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen, die Aromastoffe enthalten, gehe auch nicht offensichtlich über das hinaus, was zur Gewährleistung eines hohen Schutzes der menschlichen Gesundheit, besonders für junge Menschen, erforderlich ist, und verstosse daher nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Zwar stelle das fragliche Verbot eine Beschränkung des freien Warenverkehrs dar, die jedoch durch die Abwägung seiner wirtschaftlichen Folgen gegen das Erfordernis, einen hohen Schutz der menschlichen Gesundheit zu gewährleisten, gerechtfertigt sei.

3. Umwelt und Mobilität

Der EU-Ministerrat verabschiedete am 15. April 2019, nach Zustimmung des EU-Parlaments, die Verordnung zur Festsetzung von CO₂-Emissionsnormen

³ EuGH, Urteil vom 30. Januar 2019 in der Rechtssache C-220/17, ECLI:EU:C:2019:76 - Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann GmbH & Co. KG/Land Berlin.

für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge⁴. Mit der Verordnung soll sichergestellt werden, dass ab 2030 im Vergleich zu 2021 neue Pkw durchschnittlich 37,5 % weniger CO₂ und neue Nutzfahrzeuge durchschnittlich 31 % weniger CO₂ ausstoßen. Zwischen 2025 und 2029 muss bei Pkw und leichten Nutzfahrzeugen ein Rückgang der CO₂-Emissionen um 15 % erreicht werden. Diese Zielvorgaben gelten für die gesamte EU-Fahrzeugflotte. Die Lasten der CO₂-Senkung werden auf die Hersteller aufgeteilt, wobei die durchschnittliche Masse ihrer Fahrzeugflotte zugrunde gelegt wird.

Der EuGH entschied in seinem Urteil vom 26. Juni 2019⁵, dass die nationalen Gerichte befugt sind, die Wahl der Standorte von Stationen zur Messung der Luftqualität zu überprüfen und gegenüber der betreffenden nationalen Behörde alle erforderlichen Massnahmen zu treffen. Der Gerichtshof stellte fest, dass die Richtlinie über Luftqualität und saubere Luft für Europa⁶ detaillierte Regelungen für die Einrichtung und die Standorte von Probenahmestellen zur Messung der Luftqualität in den Gebieten und Ballungsräumen im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten enthalte. Einige dieser Regelungen würden klare, präzise und nicht an Bedingungen geknüpfte Verpflichtungen vorsehen, so dass sich Einzelpersonen gegenüber dem Staat auf sie berufen könnten. Dies gelte insbesondere für die Verpflichtung, Probenahmestellen so einzurichten, dass sie Informationen über die am stärksten belasteten Bereiche liefern, sowie die Verpflichtung, eine Mindestzahl von Probenahmestellen einzurichten. Es sei Sache der nationalen Gerichte, die Einhaltung dieser Verpflichtungen zu überprüfen.

4. Information

Der EU-Ministerrat verabschiedete am 9. April 2019, nach Zustimmung des EU-Parlaments, die Verordnung über die Begriffsbestimmung, Aufmachung und Kennzeichnung von Spirituosen, die Verwendung der Namen von Spirituosen bei der Aufmachung und Kennzeichnung von anderen Lebensmitteln

⁴ Verordnung (EU) 2019/631 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 zur Festsetzung von CO₂-Emissionsnormen für neue Personenkraftwagen und für neue leichte Nutzfahrzeuge und zur Aufhebung der Verordnungen (EG) Nr. 443/2009 und (EU) Nr. 510/2011, ABl. L 111 vom 25. April 2019, 1 ff.

⁵ EuGH, Urteil vom 26. Juni 2019 in der Rechtssache C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533 - Lies Craeynest u. a./Brussels Hoofdstedelijk Gewest u. a.

⁶ Richtlinie 2008/50/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über Luftqualität und saubere Luft für Europa, ABl. L 152 vom 11. Juni 2008, 1 ff.

sowie den Schutz geografischer Angaben für Spirituosen⁷. Die neuen Vorschriften sollen zu einem hohen Verbraucherschutzniveau, zum Abbau von Informationsasymmetrie, zur Verhinderung betrügerischer Praktiken und zur Verwirklichung von Markttransparenz und lauterem Wettbewerb beitragen. Sie sollen durch fortwährende Berücksichtigung der traditionellen Verfahren für die Herstellung von Spirituosen und der stärkeren Forderung nach Verbraucherschutz und Verbraucherinformation das Ansehen schützen, das Spirituosen aus der Europäischen Union auf dem Binnenmarkt und auf dem Weltmarkt geniessen.

5. Rechtliche Interessen

Am 8. November 2019 stimmte der Rat dem Richtlinienvorschlag zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der EU-Verbraucherschutzvorschriften zu.⁸ Das Europäische Parlament hatte zwar bereits am 17. April 2019 der am 22. März 2019 erfolgten politischen Einigung zugestimmt, jedoch wurde ein Berichtigungsverfahren durchgeführt, das eine nochmalige Zustimmung des Parlaments notwendig machte. Es werden vier Richtlinien (zu unlauteren Geschäftspraktiken, zu Verbraucherrechten, zu unlauteren Vertragsbedingungen und zur Preisangabe) geändert. Insgesamt soll mehr Transparenz bei Online-Geschäften erreicht werden, insbesondere was die Nutzung von Online-Bewertungen, die personalisierte Preisgestaltung mit Hilfe von Algorithmen oder die Heraufstufung von Produkten infolge kostenpflichtiger Platzierungen betrifft. Regelungen erfolgen zudem hinsichtlich „Produkten von zweierlei Qualität“ und der Einbeziehung von Waren mit digitalen Elementen sowie zur Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen. Ferner werden klarere Sanktionsregelungen bei Verstößen gegen Verbraucherschutzvor-

⁷ Verordnung (EU) 2019/787 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über die Begriffsbestimmung, Bezeichnung, Aufmachung und Kennzeichnung von Spirituosen, die Verwendung der Bezeichnungen von Spirituosen bei der Aufmachung und Kennzeichnung von anderen Lebensmitteln, den Schutz geografischer Angaben für Spirituosen und die Verwendung von Ethylalkohol und Destillaten landwirtschaftlichen Ursprungs in alkoholischen Getränken sowie zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 110/2008, ABl. L 130 vom 17. Mai 2019, 1 ff.

⁸ Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. L 328 vom 18. Dezember 2019, 7 ff.

schriften vorgesehen. Es steht den Mitgliedstaaten frei, weitergehend Bestimmungen gegen unerbetene Besuche eines Gewerbetreibenden und sog. Kaffeefahrten zu erlassen.

Der EuGH entschied in seinem Urteil vom 23. Mai 2019⁹, dass ein Käufer beim Verbrauchsgüterkauf im Fernabsatz einen Anspruch auf unentgeltliche Herstellung des vertragsgemässen Zustands an einem Ort hat, der ohne erhebliche Unannehmlichkeit für den Verbraucher ist. Dies kann etwa bei sperrigen Waren bedeuten, dass der Verkäufer die Ware zur Mängelbeseitigung auch abholen lassen muss. Ist der Verkäufer in solchen Fällen nicht bereit, die Sache abzuholen, verletzt er damit seine vertraglichen Pflichten und der Verbraucher ist berechtigt, vom Vertrag zurückzutreten. Erforderlich sei indes stets eine Prüfung aller Umstände, weil dem Verbraucher grundsätzlich ein gewisses Mass an Unannehmlichkeiten zugemutet werden könne und erst ab einer gewissen Schwelle die grundsätzlich schwächere Stellung des Verbrauchers bei der Überprüfung von Mängeln zu Lasten des Verkäufers gehen dürfe. Falls diese Schwelle nicht erreicht ist, sei es Sache des Verbrauchers dafür zu sorgen, dass der Verkäufer die Ware für den Nachbesserungsversuch erhält. Zusätzliche Kosten dürften dem Verbraucher aber auch dann nicht entstehen, die Transportkosten habe auch dann der Verkäufer zu tragen.

6. Politische Interessen

a) Handelsabkommen

Am 1. Februar 2019 trat das Wirtschaftspartnerschaftsabkommen (WPA) zwischen der EU und Japan in Kraft. Mit dem WPA wird nicht nur die überwiegende Mehrheit der Zölle abgeschafft, die den nach Japan exportierenden Unternehmen jährlich Kosten in Höhe von 1 Mrd. Euro verursachen, sondern auch eine Reihe nicht-tarifärer Hemmnisse beseitigt, beispielsweise durch die Übernahme internationaler Standards im Automobilbereich. Ausserdem werden Hindernisse für wichtige Lebensmittel- und Getränkeexporteure in der EU, die Waren für 127 Millionen japanische Verbraucher ausführen, abgebaut und die Exportchancen in vielen anderen Sektoren erhöht.

b) Europäische Bürgerinitiativen

Die Kommission beschloss am 12. Februar 2019, die Europäische Bürgerinitiative „Let's demand smarter vaping regulation!“ zu registrieren. Die Initiative

⁹ EuGH, Urteil vom 23. Mai 2019 in der Rechtssache C-52/18, ECLI:EU:C:2019:447, Christian Füllä/Toolport GmbH.

zielt darauf ab, dass Rechtsvorschriften erlassen werden, die Dampfprodukte klar von Tabakerzeugnissen und Arzneimitteln abgrenzen. Die Initianten haben ein Jahr Zeit, Unterschriften zur Unterstützung ihres Vorschlags zu sammeln. Sollte die Bürgerinitiative innerhalb eines Jahres eine Million Unterstützungsbekundungen aus mindestens sieben verschiedenen Mitgliedstaaten erhalten, muss die Kommission innerhalb von drei Monaten Position beziehen.

Am 4. September 2019 beschloss die Kommission, zwei Europäische Bürgerinitiativen aus dem Umwelt-Bereich zu registrieren. Die Organisatoren der Initiative „Massnahmen zur Bekämpfung der Klimakrise“ fordern die Kommission auf, die Massnahmen der EU zur Bekämpfung der Klimakrise anzupassen, um eine maximale Erwärmung von 1,5°C nicht zu überschreiten. Die Organisatoren der Initiative „Bienen und Bauern retten! Eine bienenfreundliche Landwirtschaft für eine gesunde Umwelt“ fordern die Kommission auf, Rechtsakte vorzuschlagen, um den Einsatz synthetischer Pestizide bis 2035 allmählich zu beenden, die biologische Vielfalt wiederherzustellen und die Landwirte bei der Umstellung zu unterstützen.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Allgemeine Entwicklungen und Übersicht

Das Europarecht hat nach wie vor einen massgebenden Einfluss auf das Schweizer Konsumrecht, auch wenn nach dem bekannten EWR-Nein von 1992 von der Strategie der Europakompatibilität des Schweizer Rechts abgerückt und das Europarecht auch im vorliegenden Kontext nur noch teilweise berücksichtigt wurde. Im Berichtsjahr 2019 haben sich denn auch erneut keine nennenswerten 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 2019 folgt erneut der bewährten Einteilung des Schweizer Konsumrechts¹⁰ in Sicherheit und Gesundheit (2), Information (3), wirtschaftliche Interessen (4), rechtliche Interessen (5) und politische Interessen (6).

2. Sicherheit und Gesundheit

Im Bereich der Sicherheit und Gesundheit, der für die Konsumenten als zentral bezeichnet werden kann, ist erneut auf die zahlreichen Produktrückrufe im Berichtsjahr hinzuweisen. Vor der Gesetzgebung und dem Erlass des Schweizer Produktsicherheitsgesetzes (PrSG)¹¹ waren Produktrückrufe in das Ermessen der Unternehmen gestellt und wurden daher auch selten publiziert.

a) Produktrückrufe und Sicherheitswarnungen

2019 publizierte das Büro für Konsumentenfragen¹² 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 Mel-

¹⁰ Mit Bezug auf die Quellen wird für die folgende Dokumentation insbesondere auf die Homepage der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) sowie auf das Büro für Konsumentenfragen (BfK) der Bundesverwaltung hingewiesen; vgl. www.konsum.admin.ch.

¹¹ Bundesgesetz über die Produktesicherheit (PrSG, SR 930.11).

¹² Vgl. FN 10.

dungen über fehlerhafte Produkte rasch und einfach erfasst werden können. Zur Illustration solcher Rückrufe können für 2019 folgende Vorfälle genannt werden: Mundspray mit fehlerhaftem Pumpmechanismus; unsichere Snowboardbindungen; Reisetrinkbecher wegen Migration von Chemikalien; kontaminierte Muscheln und Austern mit Novoviren; Grossraumlüfter mit Anfälligkeit von Kurzschlüssen; Most von Trauben mit erhöhtem Sulfid; Rennräder mit fehlerhaften Scheibenbremsen und Sturzgefahr; Nachrüstungshinweis wegen Sturzgefahr von Kinderfahrrädern; Verbrennungsgefahr von Kerzenständern.

Die wenigen Hinweise auf diese Palette von fehlerhaften Konsumprodukten zeigt eindrücklich, dass die Ergänzung der (kompensatorisch wirkenden) Produkthaftung (PrHG) durch den Erlass des (präventiv wirkenden) Produktsicherheitsgesetzes (PrSG) im Hinblick auf die Rückrufe *indiziert* war.

b) Integrität und Transparenz von Heilmitteln

Am 1. Januar 2020 ist die neue Verordnung über die Integrität und Transparenz im Heilmittelbereich (VITH)¹³ in Kraft getreten. Dabei geht es um die Wahrung der Sicherheit und Gesundheit von Personen durch Kontrollmechanismen. Wer Heilmittel herstellt oder vertreibt, die von den Bestimmungen über die Integrität und Transparenz erfasst werden, muss eine Person bezeichnen, die dem Bundesamt für Gesundheit auf Verlangen alle geforderten Unterlagen und Informationen liefert. Damit wird auch versucht, die Preistransparenz von Heilmitteln sicher zu stellen.

3. Information

Im Bereich des Informationsrechts blieb es im Berichtsjahr 2019 grundsätzlich beim Status quo. Besonders bedeutsam ist jedoch im Hinblick auf den Beitrag zum Umweltschutz eine Verbesserung der Informationen für Besitzer von Personewagen. Es ist auf die Energieeffizienzverordnung (EnEV) hinzuweisen, die am 1. Januar 2020 in Kraft getreten ist¹⁴. Dazu gehört auch, das *Energieetikett* von PKW übersichtlicher und verständlicher zu gestalten.

¹³ SR 812.214.31.

¹⁴ Vgl. dazu die Informationen des Bundesrates Revision von Verordnungen im Energiebereich: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76783.html>>.

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. Im Jahr 2019 sind auch in diesem Bereich wenig Neuerungen zu verzeichnen. Immerhin kann auch hier wie in den Vorjahren auf punktuelle Entwicklungen hingewiesen werden, die für Konsumenten ins Gewicht fallen.

b) *Obligationenrecht – Recht der Verjährung*

Die Anpassung des Obligationenrechts erfolgte vor allem wegen der Situation von asbestgeschädigten Personen, deren Ansprüche nach geltendem Recht meist verjährten, lange bevor die Krankheit überhaupt ausbrach. In diesem Zusammenhang hatte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 2014 entschieden, dass eine zehnjährige Verjährungsfrist im Fall eines Asbestopfers zu kurz sei. *Opfer von Personenschäden*, die erst lange nach dem verursachenden Ereignis erkennbar werden, sollen damit bessergestellt werden: Die absolute Verjährungsfrist bei Personenschäden beträgt künftig 20 Jahre statt wie bisher zehn Jahre. Das revidierte Verjährungsrecht ist auf den 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Damit wird das privatrechtliche Verjährungsrecht punktuell verbessert und vereinheitlicht.

Auf Anfang 2020 werden auch zahlreiche weitere Regelungen des Verjährungsrechts im Privatrecht revidiert. Diese betreffen insbesondere die Bestimmungen zur *Verjährungshemmung und zum Verjährungsverzicht*. Es kann gemäss den einleitenden Bemerkungen (vgl. vorstehend 1. Übersicht) auf die Berichterstattung in der vorliegenden Publikation verwiesen werden.

c) *Obligationenrecht – Stillschweigende Vertragsverlängerung*

Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates hat nach ihren Beratungen am 4. Juli 2019 die Vorlage zur Stillschweigenden Vertragsverlängerung¹⁵ verabschiedet. Es geht um eine Ergänzung der Normen unter Art. 40a ff. OR durch den *neuen Artikel 40g OR*. In den AGB der Anbieter werden sehr häufig Klauseln eingeführt, die eine „automatische“ Verlängerung des Vertragsverhältnisses festschreiben, falls der Konsument sich innert Frist nicht dagegen

¹⁵ BBl 2019 6825.

wehrt. Es handelt sich um eine Willensfiktion des Konsumenten aufgrund seines Schweigens. Der fingierte Wille des Konsumenten stimmt allerdings häufig nicht mit seinem – an das Schweigen geknüpfte passive – Verhalten überein, was zu stossenden Ergebnissen im Hinblick auf die *Vertragsautonomie* führen kann. Aus diesem Grund soll der Konsument inskünftig *vom Anbieter ausdrücklich* auf die drohende Verlängerung des Vertragsverhältnisses *hingewiesen* werden. Der Vorschlag der Rechtskommission hat nach der hier vertretenen Auffassung reelle Chancen, Gesetz zu werden. Strittig ist lediglich, aber immerhin, die Rechtsfrage, ob der Anbieter den ausdrücklichen Hinweis stets oder nur das erste Mal anzubringen hat. Die Beratungen des Parlamentes dazu sind abzuwarten.

d) *Finanzdienstleistungen (systematischer Hinweis)*

Am 15. Juni 2018 haben National- und Ständerat die beiden Gesetze zu den Finanzdienstleistungen (Fidleg und Finig) verabschiedet, die nun am 1. Januar 2020 in Kraft getreten sind. Diesbezüglich kann auf die *Berichterstattung zu den Finanzdienstleistungen im vorliegenden Jahrbuch* verwiesen werden.

Aus Sicht des Konsumrechts ist wie im Vorjahresbericht erwähnt darauf hinzuweisen, dass nunmehr erstmals eine *Differenzierung des Konsumentenbegriffs* eingeführt wird. Die sogenannte *Kundensegmentierung* erlaubt eine adäquatere Erfassung der Problemlagen von Privatkunden, professionellen Kunden und institutionellen Kunden als Nachfrager bei Angeboten von Finanzdienstleistungen. Dieses Novum der Schweizer Gesetzgebung gilt nun ab 2020.

5. **Rechtliche Interessen**

Im Berichtsjahr hat sich zu den rechtlichen Interessen der Konsumenten im Schweizer Recht *de lege lata* nichts verändert. Es kann auf die Vorjahre verwiesen werden. Abzuwarten bleiben nach wie vor die Anwendung und Auswirkungen der neuen Zivilprozessordnung (ZPO) auf das Konsumentenverfahren. Eine vertiefte Analyse steht hier noch aus.

Zu erwähnen sind sodann auch Anfang 2020 immer noch die Bemühungen des Gesetzgebers zur *Verbesserung des Verfahrensrechts*. Die Botschaft zur Teilrevision ist aber noch nicht erschienen, sie wird allgemein auf Frühjahr 2020 erwartet. Insbesondere sollen die Kostenschranken und das Prozesskostenrisiko gesenkt, der *kollektive Rechtsschutz* gestärkt und die Verfahrenskoordina-

tion vereinfacht werden. Mit dem Gruppenvergleichsverfahren soll eine anerkannte Lücke im Rechtssystem geschlossen werden. Die weitere Entwicklung dazu bleibt abzuwarten.

Immerhin kann berichtet werden, dass das Handelsgericht des Kantons Zürich nun beide hängigen einschlägigen Verfahren einer Verbandsklage mit rund 6000 Klägern (vgl. Bericht im Vorjahr) als Erstinstanz entschieden hat. Das Gericht ist auf die Klagen *nach dem geltenden Recht* nicht eingetreten¹⁶. Das bedeutet, dass das Schweizer Recht beim kollektiven Rechtsschutz *mangelhaft* ist und im Interesse von Geschädigten aus Streu- und Massenschäden, aber auch im Interesse der Justiz nachzubessern ist. *Der Gesetzgeber ist gefordert.*

6. Politische Interessen

Auch im Berichtjahr hat – gestützt auf das KIG – die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK)¹⁷ ihre Arbeiten fortgesetzt. Das Sekretariat der EKK führt das Büro für Konsumentenfragen (BfK).

Der Bundesrat hat sodann für die Legislatur 2020-2023 alle eidgenössischen Kommissionen wieder personell erneuert, somit auch die Zusammensetzung der EKK, die online abgerufen werden kann.

¹⁶ Handelsgericht Zürich, Beschluss vom 02. Juli 2019, HE190140 (Nichteintreten auf die vorsorglichen Massnahmen), und Beschluss 06.12.2019, HG170257 (Nichteintreten auf die Verbandsklage 6000 Kläger betreffend).

¹⁷ Reglement der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 1. Februar 1966 (Stand am 1. Januar 2013, SR 944.1).

Internationales Privatrecht

Kurt Siehr

Inhalt

I.	Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (KURT SIEHR)	302
1.	Güterrecht der Ehegatten und registrierten Partner	302
2.	Neufassung der Brüssel IIa – VO durch Brüssel IIb – VO	302
a)	Verfahrensrecht	303
b)	Kindesrecht	303
3.	Verordnung über die Einfuhr von Kulturgütern von 2019	303
4.	Haager Anerkennungsübereinkommen von 2019	304
5.	Neufassung der Insolvenzverordnung von 2015	304
6.	Brexit zum 1.2.2020	305
7.	Rechtsprechung des EuGH	305
a)	EuGH, Urteil vom 26. März 2019: Kafala (SM gegen Entry Clearance Officer, UK Visa Section)	306
b)	EuGH, Urteil vom 31. Januar 2019: Eingriffsnorm (Agostinho da Silva Martins gegen Dekra Claims Services Portugal SA)	306
c)	EuGH, Urteil vom 6. Februar 2019: Zivil- und Handelssache (NK gegen BNP Paribas Fortis NV)	306
d)	EuGH, Urteil vom 11. April 2019: Arbeitnehmergerichtsstand (Peter Bosworth gegen Arcadia Petroleum Limited)	307
e)	EuGH, Urteil vom 6. Juni 2019: faktische Lebensgemeinschaft (Agnes Weil gegen Géza Gulácsi)	308
f)	EuGH, Urteil vom 10. Juli 2019: Widerspruchsklage (Reitbauer gegen Casamassima)	308
g)	EuGH, Urteil vom 18. September 2019: Forderungsanmeldung bei Insolvenz (Skarb Państwa R.P. gegen Stephan Riel)	309
h)	EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019: Devisen-Differenzgeschäft von Einzelperson (Jana Petruchová gegen FIBO Group Holdings Limited)	309
II.	Bedeutung für die Schweiz (KURT SIEHR)	311
1.	Güterrecht der Ehegatten und registrierten Partner	311
2.	Neufassung der Brüssel IIa – VO durch Brüssel IIb – VO	311
3.	Verordnung über die Einfuhr von Kulturgütern von 2019	312
4.	Haager Anerkennungsübereinkommen von 2019	312
5.	Neufassung der Insolvenzverordnung von 2015	312
6.	Brexit zum 1.2.2020	313
7.	Rechtsprechung des EuGH	313
a)	Familienrecht	313
b)	Abgrenzung von Konkursrecht und allgemeinem Verfahrensrecht	314
c)	Sonstige Fragen der Brüssel Ia – VO und des LugÜ	314
d)	Allgemeines Kollisionsrecht	315

I. Rechtentwicklungen in der EU im Jahr 2019

Das Europäische IPR und IZVR ist zu einem vorläufigen Stillstand gekommen. Es fehlen noch das Internationale Sachenrecht, das Internationale Eheschließungsgerecht und die 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.¹

1. Güterrecht der Ehegatten und registrierten Partner

Die Verordnungen (EU) 2016/1103 und 2016/1104 des Rates und zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstandes bzw. der güterrechtlichen Wirkungen eingetragener Partnerschaften vom 24.5.2016 gelten ab dem 29.1.2019 für die angegebenen Materien.² Übergangsbestimmungen finden sich in Art. 69 beider Verordnungen. Was dies für die Schweiz bedeutet, wird unten bei II 1 erläutert.

2. Neufassung der Brüssel IIa – VO durch Brüssel IIb – VO

Am 25. Juni 2019 hat der Rat der EU in der Verordnung (EU) 2019/1111 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen die Brüssel IIa – VO vom 27. November 2003 neu gefasst.³ Diese Neufassung, die ab dem 1. August 2022 gelten

¹ Vgl. die Übersicht im vorigen Bericht Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht Schweiz – EU, Überblick und Kommentar 2018/19*, Zürich/St. Gallen: Dike 2029, 397 ff.

² ABl. L 183 vom 8. Juli 2016, 1 ff bzw. ABl. L 183 vom 8. Juli 2016, 30 ff. Vgl. hierzu die Aufsätze und Kommentierungen bei: S. Arnold/S. Laimer (Hrsg.), *Die europäischen Güterrechtsverordnungen*, Wien. Verlag Österreich 2019; A. Dutta/J. Weber (Hrsg.), *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, München: Beck 2017; R. KEMPER, *Das neue Europäische Güterrecht*, Baden-Baden: Nomos 2019; O. PALANDT (- K.THORN), *Bürgerliches Gesetzbuch* 80. Auf. München: Beck 2020, Anhang 1 und 2 zu Art. 14 EGBGB.

³ ABl. L 178 vom 2. Juli 2019, 1 ff. Hierzu vgl. C. ALTHAMMER, *Die Brüssel IIa – VO in neuem Gewand – Ein Quantensprung?*, *Neue Zeitschrift für Familienrecht* 2019, Heft 21 NZFam-Editorial; H. BLACKBURN/M. MICHAELIDES, *The advent of Brussels II bis Recast*, *International Family Law Journal* 2019, 252-255; P. Callé, *Publication du règlement du 25 juin 2019 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, ainsi qu'à l'enlèvement d'enfants*, *Defrénois. La revue du notariat* 2019, 29-30.

wird, betrifft im Wesentlichen nur Fragen des Kindesrechts, insbesondere der Kindesentführung und Unterbringung des Kindes in einem anderen Mitgliedstaat.

a) *Verfahrensrecht*

Das Verfahren auf Rückgabe entführter Kinder soll beschleunigt (Art. 24) und sollte bei wenigen Gerichten konzentriert werden (Erwägung 41). Mediation sollte stärker benutzt werden (Art. 25), das Exequaturverfahren wird im Kindesrecht abgeschafft (Art. 43 Abs. 1) und die Zusammenarbeit der Zentralen Behörden in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung wird gestärkt (Art. 76 ff.).

b) *Kindesrecht*

Zentral ist Art. 21, der das Recht des Kindes festschreibt, seine Meinung zu äußern. Diese Recht ist stets zu beachten und ist auch in den Anhängen zur Verordnung mit vorgefertigten Formularen erwähnt. Das macht auch die Vollstreckung von Entscheidung trotz der Beseitigung eines Exequatur-Verfahrens (Art. 43 Abs. 1) komplizierter (Ar. 45 ff.). Außerdem ist die Unterbringung eines Kindes in einem anderen Mitgliedstaat in Art. 82 neu geregelt.

3. **Verordnung über die Einfuhr von Kulturgütern von 2019**

Die EU hat die Verordnung (EU) 2019/880 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Verbringen und die Einfuhr von Kulturgütern erlassen.⁴ Die Verordnung will primär gegen Terrorismusfinanzierung durch Kunstschmuggel vorgehen und damit zugleich indirekt das Kulturgut von außereuropäischen Ländern schützen. Deshalb sagt Art. 1 Abs. 2 ausdrücklich: „Diese Verordnung gilt nicht für Kulturgüter, die im Zollgebiet der Union geschaffen oder entdeckt wurden.“ Was unter den Begriff „Kulturgut“ fällt, bestimmen laut Art. 2 Nr. 1 ein Anhang zur Verordnung, der in seinem Teil A mit der Definition von Kulturgut in Art. 1 des UNESCO -Übereinkommens von 1970 übereinstimmt. Das Verbringen und die Einfuhr all dieser Kulturgüter ist verboten, „wenn sie aus dem Hoheitsgebiet eines Landes, in dem sie geschaffen oder entdeckt worden sind, unter Verstoß gegen dessen Rechts- und Verwaltungsvorschriften entfernt wurden.“ Im Anhang Teil B und C der Verordnung werden gewisse Kulturgüter des Teils A genannt, die mit Erfordernissen von Alter und Wert versehen werden und die für die Einfuhr

⁴ ABl. L 151 vom 7. Juni 2019, 1 ff. Hierzu Y.MAHMOUDI, Einführung in die EU-Einfuhrverordnung vom 17. April 2019, Bulletin Kunst & Recht 2019/2 und 2020/1, 82-88.

in die EU (Art. 3 Abs. 2) eine Einfuhrgenehmigung oder Erklärung des Einführers bedürfen. Grob gesehen, bedürfen archäologische Objekte (Anhang B verweist auf Anhang A lit. c und d) einer Einfuhrgenehmigung (Art. 4), wenn diese Objekte – ohne Rücksicht auf deren Wert – 250 Jahre oder älter sind. Alle anderen Kulturgüter (Anhang C mit Verweis auf Anhang A lit. a und b, e – i, nicht jedoch Anhang A lit. j – l [Briefmarken, Archive und Möbelstücke]) müssen mehr als 200 Jahre alt sein und einen Wert von € 18.000 oder mehr pro Stück haben und mit einer Erklärung des Einführers nach Art. 5 begleitet sein. Die Mitgliedsstaaten sind nach Art. 11 verpflichtet, Sanktionen vorzusehen und der Kommission mitzuteilen. Eine Rückgabe der unrechtmässig eingeführten Kulturgüter sieht die Verordnung – ebenso wie andere Instrumente der EU zur Situation in Nahost⁵ – nicht vor. Dies überlässt sie dem Recht jedes Mitgliedstaates, sei es das normale Zivilrecht (für Einfuhr von fremdem Eigentum) oder Kulturgüterschutzgesetzen, welche das UNESCO-Übereinkommen von 1970 umsetzen, oder internationalen Konventionen (Unidroit-Konvention von 1995).

4. Haager Anerkennungsübereinkommen von 2019

Die EU hat ihre Außenkompetenz auf der Haager Konferenz wahrgenommen und hat am 2. Juli 2019 das Haager Übereinkommen vom 2. Juli 2019 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen verabschiedet.⁶ Dieses Übereinkommen ist noch von keinem Staat ratifiziert worden und ist deshalb nach seinem Art. 28 noch nicht in Kraft getreten.

5. Neufassung der Insolvenzverordnung von 2015

Die Europäische Insolvenzverordnung in der Neufassung von 2015 (EuInsVO) gilt seit dem 26. Juni 2017 in allen Mitgliedstaaten außer Dänemark. Seitdem ist sie Gegenstand zahlreicher Entscheidungen des EuGH und gab nationalen

⁵ Verordnung (EG) Nr. 1210/2003 des Rates vom 7. Juli 2003 über bestimmte spezifische Beschränkungen in den wirtschaftlichen und finanziellen Beziehungen zu Irak. ABL.EU Nr. L 169 vom 8. Juli 2003, 6 ff; Beschluss 2013/255/GASP des Rates der EU vom 31. Mai 2013 über restriktive Maßnahmen gegen Syrien, ABL.EU Nr. L 147 vom 1. Juni 2013, 14 ff.

⁶ A. BONOMI/C.M.MARIOTTINI, A Game Changer in International Litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention: Yearbook of Private International Law XX (2018/19) 537-567; H. SCHACK, Das neue Haager Anerkennungs- und Vollstreckungsübereinkommen, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 2020, 1-6; ROLF WAGNER, Aktuelle Entwicklungen in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, Neue juristische Wochenschrift 2019, 1782-1787 (1783). Vgl. auch Zeitschrift für Europarecht 21 (2019) 175.

Gesetzgebern Anlass, ihr autonomes Internationales Insolvenzrecht der EuInsVO anzupassen (z.B. hinten II 5). Außerdem werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, bis zum Jahr 2024/26 umzusetzen die Richtlinie (EU) 2019/1023 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über präventive Restrukturierungsrahmen, über Entschuldung und über Tätigkeitsverbote sowie Maßnahmen zur Steigerung der Effizienz von Restrukturierungs-, Insolvenz- und Entschuldungsverfahren und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 (Richtlinie über Restrukturierung und Insolvenz).⁷

6. Brexit zum 1.2.2020

Am 31. Januar 2020 endete Großbritanniens Mitgliedschaft in der EJU.⁸ Die britischen Abgeordneten räumten ihre Plätze im Europäischen Parlament und nahmen lachend oder weinend Abschied von ihren Kollegen aus den verbleibenden 27 Mitgliedstaaten. Bis zum 31. Dezember 2020 haben die EU und das U.K. nun Zeit, ihr gegenseitiges Verhältnis zu klären und zu fixieren.⁹ Gelingt dies nicht, kommt es zu einem „harten“ Brexit. Bis zum 31. Dezember 2020 bleibt es einstweilen alles beim Alten.

7. Rechtsprechung des EuGH

Aus der reichhaltigen Rechtsprechung des EuGH sind einige Entscheidungen ausgewählt worden, die vor allem für die schweizerische Rechtspraxis bedeutsam sein können.

⁷ ABl. Nr. L 172 vom 26. Juni 2019, 18 ff.

⁸ Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. Nr. C 384 I vom 12. November 2019, 1 ff. Hierzu vgl. M. SCHMIDT-KESSEL u.a. bei: M. Kramme/C. Baldus/M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Brexit, Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen*, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2020, 79 ff., und J.P. Terhechte, *Strukturen und Probleme des Brexit-Abkommens*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 425-430.

⁹ G. RÜHL, *Im Schatten des Brexit-Abkommens – Perspektiven für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht*, *Neue Juristische Wochenschrift* 2020, 443-447; J. UNGERER, *Brexit von Brüssel und anderen EU-Verordnungen zum Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrecht*, bei: M.Kramme/C. Baldus/M. Schmidt-Kessel (Hrsg.), *Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen*, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2020, 605-627.

- a) *EuGH, Urteil vom 26. März 2019: Kafala (SM gegen Entry Clearance Officer, UK Visa Section)*¹⁰

Im Rahmen von EU – Vorschriften über die Einreise von Personen hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob eine Vormundschaft islamischen Rechts (Kafala), die ein französisches Ehepaar für ein Kind in Algerien übernommen hatte, im Vereinigten Königreich ein Abstammungsverhältnis zwischen Kind und den Vormündern begründet. Der EuGH entschied diese privatrechtliche Frage korrekt nach dem Haager Kinderschutz-Übereinkommen von 1996 (HKsÜ) und verneinte sie; denn nach Art. 3 lit. e HKsÜ ist die Kafala eine Schutzmaßnahme im Sinne des HKsÜ und keine Adoption. Denn eine Adoption ist nach Art. 4 lit b HKsÜ ausdrücklich von dem HKsÜ ausgeschlossen, weil dieses Übereinkommen keine Statusbeziehungen herstellt, sondern sie ausfüllt.

- b) *EuGH, Urteil vom 31. Januar 2019: Eingriffsnorm (Agostinho da Siva Martins gegen Dekra Claims Services Portugal SA)*¹¹

In Portugal klagte ein Fahrzeughalter, der in Spanien durch eine Zusammenstoß mit einem spanischen Auto zu Schaden gekommen war, gegen die Versicherungsgesellschaft Dekra, die in Portugal die Haftpflichtversicherer des spanischen Autos wahrnahm, auf Ersatz von mittelbaren Schäden aus dem Verkehrsunfall in Spanien. Zwar gelte für die Haftung spanisches Recht nach Art. 4 Abs. 1 Rom II – VO, jedoch gelte hier nicht die spanische Verjährungsvorschrift von einem Jahr, sondern die portugiesische dreijährige Verjährungsnorm als Eingriffsnorm im Sinne des Art. 16 Rom II – VO. Der EuGH akzeptierte diese Auslegung nicht, jedenfalls solange der Kläger nicht substantiiert vortrage, dass die portugiesische Verjährungsvorschrift nach ihrem Sinn und Zweck als Eingriffsnorm das nach Art. 4 Abs. 1 Rom II – VO maßgebende Recht verdränge. Denn nicht jede Norm, die national zwingend sei, sei dies auch international gegenüber abweichendem ausländischen Recht.

- c) *EuGH, Urteil vom 6. Februar 2019: Zivil- und Handelssache (NK gegen BNP Paribas Fortis NV)*¹²

Ein Gerichtsvollzieher hatte für die Zahlungen von Schuldnern ein Bankkonto in Belgien errichtet und ein Anderkonto bei einer niederländischen Bank. Der Gerichtsvollzieher überwies im Jahr 2008 eine halbe Millionen € von Belgien

¹⁰ Europäische Grundrechte-Zeitschrift 2019, 245.

¹¹ Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, 151.

¹² Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, 296.

in die Niederlande und hob kurz darauf in den Niederlanden dieselbe Summe bei der niederländischen Bank in bar ab. Der Gerichtsvollzieher wurde wegen Veruntreuung bestraft und meldete im Jahr 2010 Konkurs an.

Der Konkursverwalter NK in Maastricht, Niederlande, verlangt von der niederländischen Bank die halbe Millionen €, die sie dem Gerichtsvollzieher widerrechtlich ausgezahlt habe. Das niederländische Gericht fragt, ob für diese Klage die Brüssel I – VO gelte oder das Insolvenzrecht. Der EuGH beantwortete diese Frage mit der Antwort, dass für eine solche Deliktssklage die Brüssel I – VO gelte.

d) *EuGH, Urteil vom 11. April 2019: Arbeitnehmergerichtsstand (Peter Bosworth gegen Arcadia Petroleum Limited)*¹³

Der Kläger Bosworth und andere Briten mit Wohnsitz in der Schweiz waren CEOs der Beklagten und Direktoren von Tochtergesellschaften der Arcadia-Gruppe. Diese Direktorenverträge hatten die Kläger selbst oder wurden auf ihre Weisungen hin abgefasst. Im Jahr verklagten die Tochtergesellschaften der Arcadia-Gruppe in London die Kläger Bosworth u.a. auf Schadenersatz wegen „conspiracy“, Verletzung treuhänderischer und vertraglicher Pflichten. Die Kläger machten vor den englischen Gerichten deren Unzuständigkeit nach dem Lugano II – Übereinkommen von 2007 (LugÜ II) geltend und beriefen sich auf Art. 19, 20 LugÜ II, wonach Arbeitnehmer nur an ihrem Wohnsitz verklagt werden können. Dieser Einwand wurde von High Court, dem Court of Appeal abgelehnt und der Supreme Court of the United Kingdom legte die Frage dem EuGH vor, ob die Einwände der Kläger wirklich zutreffend seien.

Der EuGH verneinte diese Frage und entschied, dass keine individuellen Arbeitsverträge vorlagen; denn „ein Vertrag zwischen einer Gesellschaft und einer als ihr Geschäftsführer tätigen Person [schaffe] kein Unterordnungsverhältnis zwischen ihnen ... und [könne] daher nicht als ‚individueller Arbeitsvertrag‘ im Sinne dieser Bestimmungen [des LugÜ II] eingestuft werden, wenn die betreffende Person [die Kläger] die Bedingungen des Vertrags selbst bestimmen kann oder tatsächlich bestimmt.“

¹³ Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, 503 mit Anm. P. MANKOWSKI.

e) *EuGH, Urteil vom 6. Juni 2019: faktische Lebensgemeinschaft (Agnes Weil gegen Géza Gulácsi)*¹⁴

Frau Weil und Herr Gulácsi lebten in Ungarn in nichtehelicher Lebensgemeinschaft. Nach deren Beendigung klagte Frau Weil in Ungarn auf Zahlung von ca. € 2.000,00 aus dem Güterstand der Lebensgemeinschaft. Sie erhielt ein vollstreckbares Urteil über € 2.000,00, konnte es aber in Ungarn nicht vollstrecken, da Herr Gulácsi nach England verzogen war und kein Vermögen mehr in Ungarn hatte. Für die Vollstreckbarkeit des ungarischen Urteils in England hatte das englische Gericht Zweifel, ob die Brüssel I – VO oder die Brüssel Ia – VO anwendbar und ob überhaupt das ungarische Urteil eine Zivil- und Handelssache im Sinne des Art. 1 der Brüssel I oder Ia – VO sei.

Nach Klärung der ersten Frage nach der Anwendbarkeit von Brüssel I oder Ia – VO entschied der EuGH, dass der Anspruch von Frau Weil aus dem Güterstand einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft eine Zivil- und Handelssache im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia – VO sei.

f) *EuGH, Urteil vom 10 Juli 2019: Widerspruchsklage (Reitbauer gegen Casamassima)*¹⁵

Die Lebensgefährten Herr Casamassima und Frau C. lebten in Rom und kauften im Jahr 2010 ein Haus in Villach/Österreich, das auf Frau C. im Grundbuch eingetragen und von der Firma Reitbauer saniert wurde. Frau C. blieb einen Teil der Geldforderung der Firma Reitbauer schuldig. Im Jahr 2014 erkannte Frau C. gegenüber Casamassima in Rom an, ca. 350.000,00 aus Darlehen zu schulden und sicherte ihre Schuld in einem gerichtlichen Vergleich in Rom durch eine Hypothek auf der Liegenschaft in Villach. Diese Hypothek wurde nach Anerkennung des römischen gerichtlichen Vergleichs im Villacher Grundbuch eingetragen. Erst danach erwirkte die Firma Reitbauer in Österreich ein Urteil, in dem ihr eine Lohnforderung aus der noch nicht bezahlten Sanierung nebst Pfandrecht an dem Grundstück der Frau C. zugesprochen wurde. Auf Betreiben von Herrn Casamassima wurde das Grundstück der Frau C. in Villach für ca. € 280.000,00 versteigert. Um diesen Erlös streiten sich die Parteien. Die Firma Reitbauer macht geltend, die österreichischen Gerichte seien nach Art. 24 Nr. 1 und Nr. 5 Brüssel Ia – VO international ausschließlich zuständig, über die Verteilung des Versteigerungserlöses zu entscheiden.

¹⁴ Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, 511.

¹⁵ Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, 507.

Der EuGH hielt diese Argumentation für nicht überzeugend und entschied, dass es hier um die Rangordnung von Sicherheiten an Grundstücken gehe und diese Frage weder unter die ausschließliche Zuständigkeit von Art. 24 Nr. 1 Brüssel Ia – VO falle noch unter Art. 24 Nr. 5 Brüssel Ia – VO falle.

g) *EuGH, Urteil vom 18. September 2019: Forderungsanmeldung bei Insolvenz (Skarb Państwa R.P. gegen Stephan Riel)*¹⁶

Der Kläger ist zuständig für die polnische staatliche Strassenverwaltung und Auftraggeber für die Vergabe von Strassenbauprojekten in Polen, so auch an die österreichische Firma Alpine Bau. Im Jahr 2013 wurde das Hauptinsolvenzverfahren über Alpine Bau in Österreich mit Herrn Riel als Insolvenzverwalter eröffnet. In Polen wurde über Alpine Bau ein Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet. Der Kläger meldete Forderungen in Höhe mehrerer Millionen € in beiden Insolvenzverfahren an und beantragte für die Feststellungsklage in Österreich die Aussetzung bis zur Entscheidung der Feststellungsklage in Polen. Das OLG Wien bat um Auskunft, ob die Brüssel Ia – VO anwendbar sei und ob bei Geltung der EuInsVO der Gläubiger verpflichtet sei, den Zeitpunkt der Entstehung angemeldeter Forderungen schon bei Anmeldung anzugeben.

Der EuGH verneinte diese Fragen und entschied, dass die geltend gemachten Forderungen nach Art. 1 Abs. 2 lit. b Brüssel Ia – VO nicht in den Anwendungsbereich der Brüssel Ia – VO fielen, deshalb auch die Art. 29 ff. Brüssel Ia – VO nicht anwendbar seien. Nach der EuInsVO seien Gläubiger zur Angabe der Forderungsentstehung nicht bei Anmeldung verpflichtet. Dies sei Aufgabe des Insolvenzverwalter zu überprüfen.

h) *EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2019: Devisen-Differenzgeschäft von Einzelperson (Jana Petruchová gegen FIBO Group Holdings Limited)*¹⁷

Frau Petruchová aus Tschechien tätigte Differenzgeschäfte über die beklagte Holding zyprischen Rechts. In dem Rahmenvertrag mit der Holding war die Zuständigkeit der Gerichte in Zypern vereinbart worden. Im Jahr 2014 schloss Frau Petruchová ein Differenzgeschäft mit FIBO ab, das 16 Sekunden später ausgeführt wurde. Sie war der Meinung, dass die Ausführung verspätet gewesen sei und sie bei rechtzeitiger Ausführung das Dreifache des Gewinns erzielt hätte. Sie klagte als Verbraucherin an ihrem Wohnsitz in Tschechien gegen die FIBO. Die Beklagte berief sich auf sie Gerichtsstandsklausel im Rahmenvertrag und bestritt die Zuständigkeit tschechischer Gerichte. Der tschechische OGH

¹⁶ Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, 757.

¹⁷ Recht der Internationalen Wirtschaft 2019, 810 mit Anm. P.MANKOWSKI.

legte dem EuGH die Frage vor, ob Frau Petruchová Verbraucherin sei und sich auf die Vorschriften von Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Nr. 1 Brüssel Ia – VO berufen könne.

Der EuGH blieb bei seiner strengen Auslegung der Begriffs „Verbraucher“, betonte, dass hierunter Rechtsgeschäfte gehören, die nicht zur beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit einer Person gehören und dass es hierbei nicht darauf ankomme, ob diese Person sich des Risikos ihrer Transaktion bewusst sei und Erfahrungen mit den getätigten Geschäften habe. Auch ein Bankdirektor, der privat Differenzgeschäfte tätige, sei Verbraucher.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Güterrecht der Ehegatten und registrierten Partner

Die Güterrechts – VOen von 2016 gelten in den Mitgliedstaaten, die an der verstärkten Zusammenarbeit im Güterrecht teilnehmen,¹⁸ seit dem 29. Januar 2019. Insbesondere Kapitel III der Verordnungen über das anwendbare Recht gilt nach Art. 69 Abs. 3 EuGüVO /EuPartVO für Ehen oder Partnerschaften, die am 29. Januar 2019 oder später entweder geschlossen bzw. registriert worden sind oder in denen am 29. Januar 2019 oder später eine Rechtswahl vereinbart wurde. Hat also ein Schweizer Bürger nach dem 29. Januar 2019 eine britische Staatsangehörige geheiratet und leben die Ehegatten seitdem in Dänemark, so haben deutsche Gerichte, die für die Ehescheidung und die Auflösung des Güterstandes nach Art. 5 EuGüVO zuständig sind, die EuGüVO anzuwenden und dänisches Recht als das Recht des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt als Güterstatut anzuwenden (Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO anzuwenden, es sei denn, die Ehegatten hätten das schweizerische oder britische Recht als ein Recht ihrer Staatsangehörigkeit nach Art. 22 Abs. 1 lit. b EuGüVO gewählt. Dass Dänemark an der verstärkten Zusammenarbeit nicht teilnimmt und die Schweiz ein Drittstaat (also kein Mitgliedstaat) darstellt, ist für das anwendbare Recht nach Art. 20 ff. EuGüVO unerheblich; denn diese Vorschriften gelten nach Art. 20 EuGüVO universell. Das Europäische IPR hat sich also dem schweizerischen Vorbild insofern angenähert, als es das Aufenthaltsprinzip (ähnlich dem schweizerischen Wohnsitzprinzip in Art. 52 Abs. 2, 54 IPRG) verfolgt und die Rechtswahl einschränkt wie in Art. 52 Abs. 2 IPRG. Unterschiedlich dagegen sind die Unwandelbarkeit des objektiven Güterstatuts (Art. 26 Abs. 1 EuGüVO) und die fehlende gesetzliche Rückwirkung von Eheverträgen (Art. 22 Abs. 2 EuGüVO).

2. Neufassung der Brüssel IIa – VO durch Brüssel IIb – VO

Die Neufassung der Brüssel IIa – VO durch die Brüssel IIb – VO gilt in der EU erst ab 2022 und bestimmt erst ab Geltung dieser Neufassung die Zuständigkeit in Ehe- und Kindschaftssachen, die unter diese Verordnung fallen.

¹⁸ Folgende 18 Mitgliedstaaten nehmen teil: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik und Zypern.

3. Verordnung über die Einfuhr von Kulturgütern von 2019

Die Europäische Einfuhr-VO von 2019 gilt für die Einfuhr von Kulturgut, das außerhalb des Zollgebietes der Union geschaffen oder entdeckt worden ist und dessen Verbringen nach dem Recht des Staates, in dem es geschaffen oder entdeckt wurde, ohne staatliche Genehmigung verboten ist (Art.1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1 der VO). Da die Schweiz nach Art. 4 Zollkodex der Union nicht zum Zollgebiet der EU gehört, gilt die Einfuhr-VO auch für Kulturgüter, die aus der Schweiz ausgeführt und in die EU gebracht werden, sobald die VO ab 28. Dezember 2020 oder dem 18. Juni 2025 in Geltung gesetzt wird (Art. 16 der VO). Die wenigsten Kulturgüter der Schweiz dürfen ohne Genehmigung nach dem KGTG nicht ausgeführt werden. Deshalb dürfte die Einfuhr-VO der EU vor allem für solche Kulturgüter zur Anwendung kommen, die aus einem anderen Drittstaat stammen, in der Schweiz, wo die VO nicht gilt, versteigert werden und dann in das Zollgebiet der Union verbracht werden sollen. Würden z.B. die Grabstelen aus der Türkei, die seinerzeit von Peter Ludwig (1925-1996) der Antikensammlung Basel geschenkt wurden,¹⁹ statt dessen in der Schweiz an einen deutschen Käufer versteigert, so wäre die Einfuhr der gemäß türkischem Recht nicht exportierbaren Stelen nach Deutschland genehmigungspflichtig nach Art. 4 iVm Teil B des Anhangs und unterläge den deutschen Sanktionen, die Deutschland nach Art. 11 der VO autonom vorsehen muss. Hiergegen sollte sich der schweizerische Versteigerer durch Angaben im Versteigerungskatalog schützen.

4. Haager Anerkennungsübereinkommen von 2019

Bislang hat nur der Staat Uruguay das Übereinkommen gezeichnet Es bleibt abzuwarten, ob die Schweiz das Instrument ratifizieren und damit ein weltweites Übereinkommen für die Schweiz in Kraft setzen wird.

5. Neufassung der Insolvenzverordnung von 2015

Die neue EU InsolvenzVO von 2015 gilt seit dem 26. Juni 2017 in den EU-Mitgliedstaaten und löst die alte EuInsVO von 2000 ab. Das schweizerische Internationale Konkursrecht gilt ab dem 1. Januar 2019²⁰ und hat sich moderat dem Europäischen Insolvenzrecht angenähert.

¹⁹ ZivGer. Basel-Stadt 16. August 1993, BJM 1997, 17; AppGer. Basel.-Stadt 18. August 1995, BJM 1997, 21; BGer. 22. Mai 1996, Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 1999, 472 mit Aufsatz K.SIEHR/C. ÜSTÜN, Antike Grabstelen aus der Türkei bleiben in der Schweiz, IPRax 1999, 489-492.

²⁰ BG vom 16. März 2018. AS 2018, 4363.

6. Brexit zum 1.2.2020

Der Brexit berührt die Schweiz nur mittelbar; denn das EU-Recht tritt spätestens am 1. Januar 2021 im Vereinigten Königreich außer Kraft, es bleiben jedoch die Staatsverträge mit anderen Drittstaaten und Mitgliedstaaten bestehen und wirksam.²¹ Dies gilt auch für das Lugano Übereinkommen von 2007 und für die vielen Haager Konventionen, insbesondere das HKÜ und das HKsÜ. Es bleibt abzuwarten, wie das Vereinigte Königreich mit dem bislang praktizierten Europäischen Recht umgeht, ob es diese Instrumente als autonomes Recht fortführt oder neues Recht einführt.

7. Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH interessiert unter vor allem vier Gesichtspunkten, nämlich dem des Familienrechts, der Abgrenzung von Konkursrecht und allgemeinem Verfahrensrecht, sonstigen Fragen der Brüssel Ia – VO und des LugÜ und dem allgemeinen Kollisionsrecht.

a) Familienrecht

Zwei Urteile des EuGH sind für das Familienrecht bedeutsam. Zum einen die Entscheidung vom 26. März 2019 über die Kafala²² und die Entscheidung vom 6. Juni 2019 über die Anwendbarkeit der Brüssel Ia – VO auf Ansprüche nicht registrierter Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.²³ Das Urteil zur Kafala ist richtig und müsste in der Schweiz ebenso entschieden werden; denn auf der Haager Konferenz waren sich islamische Staaten (z.B. Marokko) einhellig der Meinung, dass die Kafala eine Kinderschutzmaßnahme und keine Adoption darstellt, die eine künstliche Abstammung des Adoptivkindes von dem Adoptierenden herstellt.

Bei der anderen Entscheidung über die nichteheliche Lebensgemeinschaft müsste man wohl unterscheiden zwischen einer ausschließlich obligatorisch geregelten Beziehung zwischen den Partnern (wie im Fall des EuGH) und solchen Gemeinschaften, die von ihrem Heimatstaat anerkannt und gesetzlich wie Ehen geregelt werden. Zum Beispiel in Israel, wo das Eheschließungsrecht ausschließlich dem religiösen Recht der Partner untersteht, vermeidet ein

²¹ EPINEY ASTRID, Brexit und die bilateralen Abkommen Schweiz – EU, bei Kramme/Baldus/Schmidt-Kessel (Hrsg.), Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen, 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos 2020, 201-233.

²² Oben FN 10.

²³ Oben FN 14.

großer Prozentsatz der israelischen Bevölkerung die jüdische Eheschließung, weil die Ehe dann nur durch „ghet“ gelöst werden kann. Staatliche Gesetze jedoch wollen das jüdische Eheschließungsrecht nicht antasten, regeln aber gewisse Wirkungen der „freien“ Ehegemeinschaften nach den Bestimmungen einer religiös geschlossenen Ehe. Güterrechtliche Ansprüche einer solchen „freien“ Ehe, die in Israel begonnen und in der EU fortgeführt wurde, sollten den Güterrechts-VO der EU unterstehen und nicht der Brüssel Ia – VO.

b) *Abgrenzung von Konkursrecht und allgemeinem Verfahrensrecht*

Wie das Konkursrecht als kollektives Verfahren vom allgemeinen und individuellen Verfahren abgegrenzt wird, ist manchmal schwer zu entscheiden. In zwei Entscheidungen hat der EuGH hierzu Stellung genommen, nämlich am 6. Februar 2019²⁴ und am 18. September 2019.²⁵ Beide Entscheide sind m.E. zutreffend entschieden worden und auch für die schweizerische Praxis interessant.

c) *Sonstige Fragen der Brüssel Ia – VO und des LugÜ*

Das Urteil in Sachen Petruchová vom 3. Oktober 2019²⁶ ist ein klares Bekenntnis zu einem strikt zu interpretierenden Begriff des Verbrauchers, der Geschäfte abschließt, die „nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit“ zugerechnet werden können. Auch ein Bill Gates, der für seine Wohnung in der Schweiz ein Gemälde für Sfr. 1 Millionen kauft, ist insofern Verbraucher, selbst wenn er Erfahrungen mit dem Kunsthandel hat und der Preis für seinen Erwerb das Mehrfache des Jahresverdienstes eines normalen Schweizer Bürgers darstellt.

Die Entscheidung Bosworth vom 11. April 2019²⁷ hatte den Begriff „Arbeitnehmer“ im Sinne der Art. 20 ff. Brüssel Ia – VO auszulegen, die selbst keine Hinweise dafür geben, wer Arbeitnehmer oder eher Arbeitgeber ist. Das Urteil erklärt, dass ein CEO, der seinen Arbeitsvertrag selbst formuliert oder formulieren lässt, kein Arbeitnehmer im Sinne der Art. 20 ff. Brüssel Ia – VO ist und nicht des Schutzes des Art. 21 und 22 Brüssel Ia – VO bedarf. Das leuchtet ein.

Auch die restriktive und sinn gerechte Auslegung des Art. 24 Brüssel Ia – VO im Entscheid vom 10. Juli 2019²⁸ ist korrekt und bei Art. 22 LugÜ zu beachten.

²⁴ Oben FN 12.

²⁵ Oben FN 16.

²⁶ Oben FN 17.

²⁷ Oben FN 13.

²⁸ Oben FN 15.

d) *Allgemeines Kollisionsrecht*

Eine Entscheidung des EuGH erging zum allgemeinen Kollisionsrecht, die auch für die Schweiz und ihren Art. 19 IPRG interessant ist. Es geht um das Urteil vom 31. Januar 2019 in Sachen da Siva Martins.²⁹ Das Berufungsgericht Lissabon, unsicher, ob es dem erstinstanzlichen Gericht folgen und die Verjährungsvorschrift der *lex loci delicti commissi* oder der *lex fori* anwenden sollte, legte dem EuGH die Frage vor, ob es die eigene Verjährungsvorschrift als Eingriffsnorm im Sinne von Art. 16 Rom II – VO anwenden dürfe.

Diese Frage, so ungewöhnlich sie auch sein mag, musste beantwortet werden. Der EuGH entschied, dass nur dann die portugiesische Verjährungsvorschrift als Eingriffsnorm in Frage komme, wenn festgestellt ist, „dass auf der Grundlage einer ausführlichen Analyse des Wortlauts, der allgemeinen Systematik, des *Telos* sowie des Entstehungszusammenhangs dieser Vorschrift [feststeht], dass ihr in der innerstaatlichen Rechtsordnung eine derartige Bedeutung zukommt, dass ein Abweichen von dem gemäß Art. 4 dieser Verordnung anwendbaren Recht als gerechtfertigt erscheint.“ Unterschiedliche Verjährungsvorschriften sind im internationalen Rechtsverkehr so oft an der Tagesordnung, dass man kaum auf den Gedanken kommt, die eigene Vorschrift sei Eingriffsnorm, die auch international zwingend anzuwenden sei. Es müsste sich schon um eine explizite Norm des Verbraucherschutzes handeln, um als Eingriffsnorm gelten zu können. Hier ging es aber um einen Verkehrsunfall.

²⁹ Oben FN 11.

Aussenwirtschaftsrecht

Antoine Schnegg

Inhalt

I.	Rechtsentwicklung in der EU im Jahr 2019 (ANTOINE SCHNEGG)	318
1.	Allgemeine Übersicht und Entwicklung	318
2.	Multilaterale Zusammenarbeit	318
a)	WTO	318
aa)	Doha-Runde	318
bb)	Streitschlichtungsinstrumente der WTO	319
b)	OECD und G2o	319
3.	Bilaterale Zusammenarbeit	320
a)	Wirtschaftspartnerschaftsabkommen mit Japan	320
b)	Handelsabkommen mit Singapur	320
c)	Handels- und Investitionsschutzabkommen mit Vietnam	321
d)	Laufende Verhandlungen	322
4.	Interne Handelsinstrumente der EU	322
a)	Investitionskontrolle	322
b)	Verordnung über Schutzmassnahmen in Handelsabkommen	323
II.	Rechtsentwicklung in der Schweiz im Jahr 2019 (ANTOINE SCHNEGG)	324
1.	Allgemeine Übersicht und Entwicklung	324
2.	Multilaterale Zusammenarbeit	324
a)	WTO	324
aa)	Doha-Runde	324
bb)	Streitschlichtungsinstrumente der WTO	325
b)	OECD und G2o	325
3.	Bilaterale Zusammenarbeit	326
a)	Freihandelsabkommen (FHA)	326
b)	Investitionsschutzabkommen	327
4.	Interne Handelsinstrumente der Schweiz	328
a)	Exportkontrolle	328
b)	Sanktionsmassnahmen	328
c)	Rüstungspolitik	328

I. Rechtsentwicklung in der EU im Jahr 2019

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklung

Im Berichtsjahr 2019 treten neben den Entwicklungen innerhalb der WTO die Freihandelsabkommen (FHA) der EU vermehrt in den Vordergrund, da sich die WTO gegenwärtig im Schatten der derzeitigen, u.a. durch die Aussenpolitik der USA bedingten handelspolitischen Auseinandersetzungen befindet.

Der ohnehin seit langem andauernde Stillstand in der Doha-Runde und der Umstand, dass andere Handelspartner der EU seit Jahren ebenfalls vermehrt bilaterale Abkommen abschliessen, haben die EU dazu veranlasst, neben dem multilateralen Ansatz verstärkt auf regionale und bilaterale Verhandlungen zurückzugreifen, was sich wiederum in der aktuellen Berichtsperiode zeigt.

Das Kapitel gliedert sich inhaltlich in folgende Teile: Multilaterale Zusammenarbeit, bilaterale Zusammenarbeit sowie interne Massnahmen der EU im Bereich der Handelspolitik.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

aa) Doha-Runde

Im Berichtsjahr 2019 fand keine WTO-Ministerkonferenz statt, die nächste ist für den Juni 2020 in Kasachstan angesetzt.¹

Wie bereits im Vorjahr ausgeführt, befindet sich die WTO momentan im Zentrum handelspolitischer Auseinandersetzungen. Von verschiedenen Seiten wird bemängelt, dass das aktuelle System der heutigen Wirtschaftsrealität nicht mehr gerecht würde und die Verhandlungen für eine Weiterentwicklung des Systems nicht zielführend seien. Die WTO sieht sich insbesondere seitens der USA dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie es nicht schaffe, Herausforderungen im Handel mit dem Nichtmarktwirtschaftsland China zu regeln.² Dieser Kritik wird mit verschiedenen Reformvorschlägen begegnet. So hatte sich auch im Berichtsjahr 2019 die sog. Ottawa-Gruppe mehrfach getroffen, um verschiedene Reformprojekte voranzutreiben. Die Hauptthemen waren die Verbesse-

¹ Siehe: <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/mc12_e.htm>.

² NIEDRIG JONATAN, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2018/2019, Zürich/St. Gallen, 419.

zung der Überwachungs- und Transparenzfunktion der WTO, die Sicherung und Stärkung des Streitbeilegungssystems sowie die Belebung der Verhandlungsfunktion der WTO, um die Handelsregeln den Bedürfnissen des 21. Jahrhunderts anzupassen.³

bb) Streitschlichtungsinstrumente der WTO

Von grosser Bedeutung war im Berichtsjahr vor allem die Streitigkeit bzgl. der Subventionierung von Airbus-Fluggeräten, welche von den USA bei den Streit-schlichtungsorganen der WTO angefochten wurden. Das Gremium erkannte im Oktober 2019, dass die EU Fluggeräte des Herstellers Airbus in unzulässiger Weise beim Export unterstütze. Die Berufungskammer entschied, dass die USA gegenüber der EU Exportzölle in der Höhe von 7.5 Mia USD pro Jahr zu erheben.⁴

Nichtsdestotrotz haben die USA die Berufungskammer der WTO mit der Nichternennung von Panellisten bis auf weiteres blockiert. Dadurch wird ein Gremium funktionsuntüchtig, das seit 1995 im Herzen des regelbasierten internationalen Handelssystems liegt. Die Mitglieder des Ausschusses entscheiden in letzter Instanz darüber, ob ein Mitgliedsland gegen WTO-Regeln verstossen hat und ob Gegenmassnahmen in Form von Strafzöllen verhängt werden dürfen.⁵ Es ist schwer absehbar, was für eine Bedeutung diese Blockierung des regelbasierten globalen Handelssystem für die EU haben wird.

b) OECD und G20

An der OECD-Ministerkonferenz von Mai 2019 wurden die möglichen Massnahmen zur Bewältigung des digitalen Wandels diskutiert. Konzeptionelle Vorarbeiten im Rahmen der sog. „Going Digital Initiative“ konnten abgeschlossen werden. In einer zweiten Phase soll nun auf konkrete Empfehlungen hingearbeitet werden. Die Minister der OECD-Mitgliedsstaaten verabschiedeten ausserdem Empfehlungen zum Umgang mit künstlicher Intelligenz, die weltweit ersten staatlichen Richtlinien zu diesem Thema.⁶

Am G20-Gipfel, der Ende Juni 2019 in Osaka stattfand, einigten sich die Staats- und Regierungschefs trotz der aktuellen internationalen Spannungen auf eine

³ Siehe: <<https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/05/ottawa-group-and-wto-reform.html>>.

⁴ Siehe: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds316_e.htm>.

⁵ Siehe: <<https://www.nzz.ch/meinung/die-krise-der-wto-wir-sind-alle-irgendwie-trump-ld.1528058>>.

⁶ Siehe: <[https://www.oecd.org/mcm/C-MIN\(2019\)9-FINAL-EN-MCM-Statement.pdf](https://www.oecd.org/mcm/C-MIN(2019)9-FINAL-EN-MCM-Statement.pdf)>.

gemeinsame Abschlusserklärung.⁷ Diese sprach insbesondere gemeinsame Herausforderungen für die G20-Staaten an, so unter anderem den Klimawandel, Korruption und Migration.

3. Bilaterale Zusammenarbeit

Während auf multilateraler Ebene gegenüber dem Vorjahr kaum Fortschritte in Richtung Liberalisierung und Intensivierung von Handel gemacht werden konnten, gelang es der EU ihr Netz an bilateralen Verträgen ausbauen. Im Berichtsjahr 2019 konnte die EU insbesondere ihre Handelsbeziehungen mit Partnern im asiatischen Raum festigen.

a) Wirtschaftspartnerschaftsabkommen mit Japan

Am 1. Februar 2019 trat das Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen der EU und Japan in Kraft.⁸ Das Abkommen umfasst Gebiete, in denen zehn Prozent der Weltbevölkerung wohnhaft sind, 30 Prozent des globalen Bruttoinlandsprodukts generiert werden und 40 Prozent des globalen Handels abgewickelt werden. Mit dem Abkommen wurde die grösste Freihandelszone der Welt geschaffen.⁹ Zum ersten Mal enthält ein Handelsabkommen der EU auch ein Kapitel zur Corporate Governance. Die EU und Japan verpflichten sich unter anderem zu Transparenz und Offenlegung von Informationen über börsennotierte Unternehmen, Rechenschaftspflichten des Managements gegenüber Shareholdern sowie die gerechte Ausübung der Rechte der Anteilseigner. Parallel dazu verhandeln die EU und Japan über ein strategisches Partnerschaftsabkommen, das auch Themen wie Umweltschutz, Sicherheit und Entwicklungszusammenarbeit umfassen soll.¹⁰

b) Handelsabkommen mit Singapur

Am 21. November 2019 trat das Handelsabkommen zwischen der EU und Singapur in Kraft. Im Rahmen des Handelsabkommens wird Singapur alle noch vorhandenen Zölle auf EU-Waren beseitigen. Das Abkommen bietet zudem

⁷ Siehe: https://www.consilium.europa.eu/media/40124/final_g20_osaka_leaders_declaration.pdf.

⁸ Abl. L 330 vom 27. Dezember 2018, 1 ff.

⁹ Siehe: <https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-japan-economic-partnership-agreement/>.

¹⁰ Siehe: https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/19223/eu-japan-political-relations_en.

Dienstleistern der EU neue Möglichkeiten, unter anderem in den Bereichen Telekommunikation, Umweltdienstleistungen, Ingenieurwesen, Informatik und Seeverkehr. Ausserdem sollen regulatorische Rahmenbedingungen für Unternehmen berechenbarer werden. Das Abkommen ermöglicht ferner den rechtlichen Schutz von 138 bekannten europäischen Lebensmitteln und Getränken, sogenannten geografischen Angaben. Singapur ist bereits das dritt wichtigste Land für die Ausfuhr solcher europäischen Spezialitäten. Die EU und Singapur haben überdies ein Investitionsschutzabkommen geschlossen, das in Kraft treten kann, sobald es von allen EU-Mitgliedstaaten nach deren jeweiligen nationalen Verfahren ratifiziert wurde.¹¹

c) *Handels- und Investitionsschutzabkommen mit Vietnam*

Am 30. Juni 2019 unterzeichneten die EU und Vietnam ein umfassendes Handelsabkommen sowie ein Investitionsschutzabkommen. Das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Vietnam geht weiter als alle derartigen Abkommen, die bisher mit einem Entwicklungsland geschlossen wurden. Es beinhaltet, dass die Zölle zwischen beiden Seiten fast vollständig (d.h. zu 99%) abgeschafft werden. Mit dem Inkrafttreten des Freihandelsabkommens entfallen 65% der Zölle auf EU-Exporte nach Vietnam, während der Rest schrittweise während eines Zeitraums von höchstens 10 Jahren abgeschafft wird. Was die vietnamesischen Exporte in die EU anbelangt, so entfallen beim Inkrafttreten 71% der Zölle und die übrigen werden während eines Zeitraums von höchstens 7 Jahren nach und nach auslaufen. Als eines der bilateralen Abkommen der „neuen Generation“ enthält das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Vietnam auch wichtige Bestimmungen über den Schutz des geistigen Eigentums, die Liberalisierung von Investitionen und nachhaltige Entwicklung. Bei diesem letzten Aspekt verpflichtet das Freihandelsabkommen zur Einhaltung der Kernnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (z.B. die Freiheit, einer unabhängigen Gewerkschaft beizutreten, und das Verbot von Kinderarbeit) und von UNO-Übereinkommen, so beispielsweise über Klima- oder Artenschutz.

Zusätzlich zum Handelsabkommen, unterzeichneten die Vertragsparteien auch ein Investitionsschutzabkommen, welches Investoren aus beiden Ländern eine höhere Rechtssicherheit bei ihrer Tätigkeit garantieren soll. Da ein solches Abkommen in die geteilte Zuständigkeit fällt und infolgedessen auch

¹¹ Siehe: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_19_6222>.

die einschlägigen nationalen Ratifizierungsverfahren in allen Mitgliedstaaten durchlaufen muss, bevor es in Kraft treten kann, ist hier mit einer längeren Zeitdauer zu rechnen, bis dieses in Kraft treten kann.¹²

d) *Laufende Verhandlungen*

Obschon die EU mit vielen Partnern über Handelsabkommen diskutiert¹³, sind momentan v.a. Verhandlungen mit Australien und Neuseeland vielversprechend.¹⁴ Ebkommen mit Mexiko, Chile und insbesondere auch mit den MECOSUR-Staaten stehen in den EU-Mitgliedstaaten in der Kritik, weshalb sich der Ratifizierungsprozess als schwierig gestaltet.¹⁵

4. Interne Handelsinstrumente der EU

a) *Investitionskontrolle*

Am 10. April 2019 trat die neue Verordnung zur Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in Kraft.¹⁶ Mit den neuen Vorschriften für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen wird ein Kooperationsmechanismus geschaffen, mit dem die Mitgliedstaaten und die Kommission Informationen austauschen und konkrete Bedenken vorbringen können. Die Mitgliedstaaten werden jedoch weiterhin befugt sein, ausländische Direktinvestitionen aus Gründen der Sicherheit und der öffentlichen Ordnung zu überprüfen und unter Umständen zu blockieren. Die Entscheidung über die Einrichtung und Aufrechterhaltung nationaler Überprüfungsmechanismen bleibt ebenfalls in den Händen der einzelnen Mitgliedstaaten. In Fällen, die mehrere Mitgliedstaaten betreffen, oder wenn eine Investition ein Projekt oder Programm von Interesse für die gesamte EU beeinträchtigen könnte, z. B. Horizont 2020 oder Galileo, wird die Kommission Stellungnahmen abgeben können. Die EU-Mitgliedstaaten haben nun bis Oktober 2020 Zeit, den entsprechenden Rechtsrahmen zu schaffen.

¹² Siehe: <<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/06/25/eu-vietnam-council-adopts-decisions-to-sign-trade-and-investment-agreements/>>.

¹³ Für eine aktualisierte Übersicht siehe hier: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf>.

¹⁴ Siehe hier:<<https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2018/05/22/council-gives-the-go-ahead-to-trade-negotiations-with-australia-and-new-zealand/>>.

¹⁵ Siehe hier: <<https://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/freihandel-wie-das-mercotur-abkommen-gerettet-werden-soll/25468668.html?ticket=ST-2933996-sbH-fytsiNnSndaep6Bfr-ap3>>.

¹⁶ ABl. L 79 I vom 21. März 2019, 1 ff.

b) Verordnung über Schutzmassnahmen in Handelsabkommen

Am 23. Februar 2019 trat eine neue Verordnung über Schutzmechanismen in Freihandelsabkommen in Kraft.¹⁷ Hiermit soll die Kohärenz in der Anwendung von Schutzmassnahmen in Handelsabkommen gewährleistet werden. Mit Handelsabkommen verknüpfte bilaterale Schutzmassnahmen, die die vorübergehende Rücknahme von Zollpräferenzen ermöglichen, sollen bestimmte inländische Wirtschaftszweige vor steigenden Einfuhren von Waren geschützt werden, die diesem Wirtschaftszweig Schaden zufügen oder zufügen könnten.

¹⁷ ABl. L 53 vom 22. Februar 2019, 1 ff.

II. Rechtsentwicklung in der Schweiz im Jahr 2019

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklung

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 2019, wobei das Verhältnis zur EU besonders gewichtet wird.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

Die bereit im letztjährigen Bericht dargelegte Krise der WTO¹⁸ widerspiegelt sich in verschiedenen WTO-Reforminitiativen, die im Berichtsjahr fortgesetzt wurden. Mit der Blockade der Ernennung von Richterinnen und Richtern im Berufungsorgan der WTO hat sich der Reformdruck akzentuiert. Im Rahmen von plurilateralen Initiativen finden sich Gruppen von willigen WTO-Mitgliedern, um in einzelnen Themenbereichen Verhandlungen voranzutreiben. Insbesondere in den Bereichen des elektronischen Handels und der innerstaatlichen Regulierung des Handels mit Dienstleistungen zeigt sich, dass auch neben ministerialen Initiativen Fortschritte innerhalb der WTO erzielt werden können.

aa) Doha-Runde

Aufgrund der anhaltend verhärteten Positionen sowohl betreffend die Spannungen zwischen den USA und China, aber auch von Entwicklungsländern, die weiteren Liberalisierungen kritisch gegenüberstehen, ist hinsichtlich der im Juni 2020 bevorstehenden 12. ordentlichen Ministerkonferenz in Nursultan, Kasachstan mit keinen grossen Durchbrüchen zu rechnen. Konkrete Ergebnisse werden im Bereich der Fischereisubventionen erwartet, um die Überfi-

¹⁸ SCHNEGG ANTOINE, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz - EU 2018/2019, Zürich/St. Gallen, 432.

schung der Weltmeere im Sinne der UNO-Ziele für nachhaltige Entwicklung einzudämmen. Auch im Agrarbereich sind viele WTO-Mitglieder an einem Abschluss interessiert.

Plurilaterale Verhandlungen (mit einem Teil der WTO-Mitgliedschaft) entwickelten im Berichtsjahr eine erfreuliche Dynamik. Am Rande des informellen WTO-Ministertreffens in Davos im Januar wurden formelle Verhandlungen im Bereich des elektronischen Handels angekündigt und im Mai aufgenommen. Aufgrund der weiten Themenbreite, deren technischer Komplexität und sich abzeichnender divergierender Positionen ist nicht mit einem baldigen Abschluss der Verhandlungen zu rechnen¹⁹. Bei den Verhandlungen über die innerstaatliche Regulierung von Dienstleistungen, über die Investitions erleichterungen und über Kleinstunternehmen (KKMU) konnten demgegenüber gute Fortschritte erzielt werden. Die Schweiz engagiert sich aktiv in diesen Verhandlungen. Im Bereich der innerstaatlichen Regulierung setzt sie sich für klarere Regeln ein, um die Rechtssicherheit für Dienstleistungserbringer zu erhöhen. Zu diesen Themen werden Abschlüsse anlässlich der Ministerkonferenz in Nursultan vorbereitet.¹⁹

bb) Streitschlichtungsinstrumente der WTO

Aufgrund der Blockade der Ernennung von Richtern durch die USA ist seit Dezember das Berufungsorgan des WTO-Streitschlichtungsmechanismus nicht mehr beschlussfähig. Die neuen erstinstanzlichen Urteile der WTO-Streitschlichtung, die weiterhin das bestehende WTO-Recht auslegt und von den Mitgliedern rege genutzt wird, können damit von dieser Behörde nicht mehr abschliessend überprüft werden. Die Diskussionen zur Lösung der Blockade werden in den kommenden Monaten weitergeführt. Einige Mitglieder ziehen bilaterale oder plurilaterale Lösungen in Betracht, um die negativen Auswirkungen einer nicht funktionsfähigen Berufungsinstanz abzufedern und für die sie betreffenden Streitigkeiten ein Berufungsverfahren auf dem Schiedsgerichtsweg zu etablieren.²⁰

b) OECD und G20

Die Schweiz präsidierte im November zum zweiten Mal die Global Strategy Group (GSG), ein hochrangiges Treffen der OECD, das über 40 Staaten vereint.

¹⁹ Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2019 und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen im Jahr 2019, BBl. 2020, 50.

²⁰ Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2019 und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen im Jahr 2019, BBl. 2020 49.

Im Mittelpunkt der Diskussionen stand das Thema „Alterung der Gesellschaften“. Die Regierungsvertreter der OECD-Mitgliedsstaaten und weiterer eingeladener Länder erörterten damit verbundene Herausforderungen und Chancen. Hierzu verfasste die OECD im Berichtsjahr auch einen wirtschaftspolitischen Länderbericht zur Schweiz. Der Fokus lag auf den Herausforderungen des Pensionssystems und des Gesundheitswesens.²¹

Im März hat die Schweiz ein erstes Mal mündlich Bericht erstattet zu dem 2018 im Rahmen der OECD-Konvention gegen Bestechung²² durchgeführten Peer-Review. Während die OECD das Engagement der Schweiz bei der Bekämpfung von Bestechung begrüßte, kritisierte sie den fehlenden Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern in der Privatwirtschaft, – eine Kritik, die sie bereits früher angebracht hat. 2020 wird die Schweiz einen detaillierten Bericht zur Umsetzung der Empfehlungen einreichen.

Am G20-Gipfel, der Ende Juni in Osaka stattfand, einigten sich die Staats- und Regierungschefs trotz der aktuellen internationalen Spannungen auf eine gemeinsame Abschlusserklärung. Die Schweiz konnte sich auch dieses Jahr wieder als Gast bei den Treffen des Finance Track und der Arbeitsgruppe zur Antikorruption einbringen. Die Schweiz nimmt aktiv an den Diskussionen zur Besteuerung internationaler Konzerne und der digitalen Wirtschaft teil, die aktuell in der OECD im Auftrag der G20 stattfinden.²³

3. Bilaterale Zusammenarbeit

Die Schweiz baute im Berichtsjahr ihr Netz an Freihandels und Investitionsschutzabkommen weiter aus. Hierbei profitiert die Schweiz insbesondere von ihrer Mitgliedschaft bei der EFTA.

a) Freihandelsabkommen (FHA)

Am 14. Dezember 2016 erteilte der Bundesrat dem WBF das Mandat, ein Freihandelsabkommen zwischen den EFTA- und Mercosur-Staaten auszuhandeln, das unter anderem die Förderung der nachhaltigen Entwicklung zum Ziel hat. In diesem Rahmen haben die EFTA- und Mercosur-Staaten am 23. August 2019 in Buenos Aires die Verhandlungen in der Substanz abgeschlossen. Der Bun-

²¹ OECD, Pensions at a Glance 2019 - How does Switzerland compare, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/switzerland/PAG2019-CHE.pdf>.

²² SR 0.311.21.

²³ Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2019 und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen im Jahr 2019, BBl. 2020 51.

desrat wird den Inhalt des Abkommens voraussichtlich in der ersten Hälfte des Jahres 2020 zu Kenntnis nehmen, die Abkommenstexte werden derzeit rechtlich überprüft. Das Datum der Unterzeichnung ist noch nicht festgelegt.²⁴

Das im Dezember 2018 abgeschlossene Wirtschaftspartnerschaftsabkommen mit Indonesien (Comprehensive Economic Partnership Agreement, CEPA) wurde im Berichtsjahr durch das Parlament genehmigt.²⁵ Im Fokus der parlamentarischen Diskussionen standen die Konzessionen an Indonesien für Palmöl. Um von Zollsenkungen im Rahmen der ausgehandelten Zollkontingente zu profitieren, muss dieses nachhaltig hergestellt werden.

Zahlreiche weitere Verhandlungen über neue FHA und die Modernisierung bestehender FHA wurden im Berichtsjahr fortgesetzt. Auch die exploratorischen Gespräche mit den USA über ein mögliches FHA wurden fortgeführt. Ausserdem führte die Schweiz exploratorische Gespräche mit diversen Partnern, zum Beispiel China²⁶ und Japan²⁷.

b) Investitionsschutzabkommen

Mit einem Bestand von über 1 467 Milliarden Schweizerfranken Direktinvestitionen im Ausland gehört die Schweiz weltweit zu den zehn grössten Kapitalexporteurs. Gleichzeitig ist sie ein bedeutender Importeur von ausländischem Kapital. Es liegt somit 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 gewährleisten. Vor diesem Hintergrund erneuert die Schweiz, die momentan über 111 geltende ISA verfügt, ihr Netz von ISA fortlaufend durch den Abschluss neuer oder die Revision bestehender Abkommen. Im Berichtsjahr fanden zwei Verhandlungsrunden zur Revision des ISA mit Indonesien statt. Ein gemeinsamer Textentwurf konnte ausgearbeitet werden und die Verhandlungen sind weit fortgeschritten. Die Verhandlungen zur Revision des ISA mit der Slowakei sind ebenfalls weit fortgeschritten; die beiden Parteien hoffen auf einen baldigen Abschluss.

²⁴ Siehe: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76159.html>>.

²⁵ BBl. 2019 8727.

²⁶ SR 0.946.292.492.

²⁷ SR 0.946.294.632.

Ausserdem hat der Bundesrat ein neues Verhandlungsmandat zur Revision bzw. für den Abschluss von ISA mit Angola, Bolivien, den Vereinten Arabischen Emiraten und Ecuador genehmigt.²⁸

4. Interne Handelsinstrumente der Schweiz

a) Exportkontrolle

Der Bundesrat verlängerte am 17. April 2019 die Verordnung über die Ausfuhr und Vermittlung von Gütern zur Internet- und Mobilfunküberwachung vom 13. Mai 2015²⁹ um vier Jahre bis zum 12. Mai 2023. Zweck der Verordnung ist es, Bewilligungen zur Ausfuhr oder Vermittlung dieser Güter verweigern zu können, wenn Grund zur Annahme besteht, dass sie zur Repression missbraucht werden. Die Verordnung stützt sich direkt auf die Bundesverfassung und hat eine befristete Geltungsdauer.

b) Sanktionsmassnahmen

Gestützt auf das Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz)³⁰ sind gegenwärtig 23 Verordnungen sowie die Verordnung über den internationalen Handel mit Rohdiamanten³¹ in Kraft.

c) Rüstungspolitik

Der Bundesrat hat am 14. Juni 2019 die Botschaft zur Volksinitiative „Für ein Verbot der Finanzierung von Kriegsmaterialproduzenten“³² verabschiedet. Er empfiehlt die Initiative zur Ablehnung, da er der Ansicht ist, die Initiative könne zu starke negative Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Schweiz haben.

Mit der am 24. Juni eingereichten Volksinitiative „Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer“³³ möchten die Initiantinnen und Initianten die Bewilligungskriterien für Kriegsmaterialexporte in der Verfassung verankern. Mit der Verankerung dieser Kriterien in der Bundesverfassung streben die Initiantin-

²⁸ Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2019 und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen im Jahr 2019, BBl. 2020 146.

²⁹ SR 946.202.3.

³⁰ SR 946.231.

³¹ SR 946.231.11.

³² BBl. 2019 5115.

³³ BBl. 2019 5027.

nen und Initianten eine Verbesserung der demokratischen Kontrolle an, indem Parlament und Bevölkerung bei der Ausgestaltung der Ausschlusskriterien mitbestimmen können. Der Bundesrat hat am 20. Dezember 2019 beschlossen, die Volksinitiative zur Ablehnung zu empfehlen. Er kann die Kernanliegen der Initianten nachvollziehen, eine Verankerung des Initiativtextes auf Verfassungsstufe geht dem Bundesrat jedoch zu weit. Deshalb will der Bundesrat dem Parlament einen indirekten Gegenvorschlag unterbreiten, der die Bewilligungskriterien in der Kriegsmaterialverordnung (KMV)³⁴ in das Kriegsmaterialgesetz (KMG)³⁵ überführt.

³⁴ SR 514.511.

³⁵ SR 514.51.

Publikationsliste

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 Saganek, Jelena Ceranic, Aleksei V. Dolzhikov, Alena F. Douhan, Darina Dvornichenko, Vadym Barsky, Itay Fischhendler, Verena Murschetz, Jürgen Scheffran, Tobias Baumgartner, 2019 – CHF 49.90.–
- 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.–

zuletzt erschienene Bände bei Schulthess Juristische Medien AG, Zürich

- Band 188 **Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XIII**
THOMAS U. REUTTER / THOMAS WERLEN (Hrsg.), mit Beiträgen von David Borer, Dorothee Fischer-Appelt, Theodor Härtsch, Stefan Kramer, Lorenzo Olgiati, Matthias Portmann, Thomas U. Reutter, Olivier Thormann, Annette Weber, 2019 – CHF 78.–
- Band 189 **Die Schweiz und Europa**
Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2017
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Paddy Ashdown, Alain Berset, Jürg Bischoff, Martin Dahinden, Joachim Gauck, Mario Greco, André Holenstein, Stephan Husy, Mouhanad Khorchide, Roland Koch, Enrico Letta, Kishore Mahbubani, Mark Pieth, Michael Russel, 2018 – CHF 78.–
- Band 190 **Private Equity VI**
PE 6.0: Neue Mitspieler, neue Technologien, neue Themen, neues Recht
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Martin Frey, Dieter Gericke, Petra Hanselmann, Margrit Marti, Luka Müller-Studer, Daniel Oehri, Rolf Sethe, Claudia Suter, Sarah Vettiger, Christian Wenger, Michelle Wiki, 2018 – CHF 78.–
- Band 191 **Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren**
10. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht
JÜRG-BEAT ACKERMANN / MARIANNE HILF (Hrsg.), mit Beiträgen von Jürg-Beat Ackermann, Christina Galeazzi, Christopher Geth, Damian K. Graf, Konrad Jeker, Michael Lauber, Barbara Lips-Amsler, Alexander Medved, Peter Pellegrini, Matthias Portmann, Nora Scheidegger, Reto Weilenmann, 2019 – 78.–
- Band 192 **Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX**
Neue Entwicklungen
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lukas Glanzmann, Christian Hachmann, Daniel Hunkeler, Michel Kähr, Oliver Kälin, Benedikt Maurenbrecher, Urs Meier, Zeno Schönmann, Markus Wolf, 2019 – 69.–

- Band 193 **Mergers & Acquisitions XXI**
 HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Philipp Candreia, Hans-Jakob Diem, Dieter Gericke, Urs P. Gnos, Astrid Waser, Philippe A. Weber, 2019 – CHF 75.–
- Band 194 **Beste Stiftungsratspraxis**
 Welche Aufsicht haben und welche brauchen wir?
 BEATE ECKHARDT / THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Martin Grichting, Harold Grüninger, Dominique Jakob, Thomas Ritter, Christina Ruggli-Wüest, Georg von Schnurbein, Goran Studen, 2019 – CHF 68.–
- Band 195 **Bedrohungsmanagement**
 Radikalisierung und gewalttätiger Extremismus/Nationaler Aktionsplan
 CHRISTIAN SCHWARZENEGGER / REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier, René Bühler, André Duvallard, Verena Fabris, Thomas Gerber, Norbert Leygraf, Patrik Manzoni, Colette Marti, 2019 – CHF 58.–
- Band 196 **Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XIV**
 THOMAS U. REUTTER / THOMAS WERLEN (Hrsg.) – mit Beiträgen von Matthias Courvoisier, Alexander von Jeinsen, Peter Probst, Lorenzo Togni, 2019 – CHF 69.–
- Band 197 **Europa in der Welt**
 Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2018
 ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Samuel Alito, Ami Ayalon, Christine Beerli, John Bercow, Ignazio Cassis, Andrzej Duda, Wolfgang Ernst, Jacqueline Fehr, Thomas Greminger, Etsuro Honda, Elke König, Andreas Lehmann, Eric LeVine, Suzi LeVine, Robert Menasse, Federico Rampini, Martin Walker, Geng Wenbing, Diane P. Wood, 2019 – CHF 79.–
- Band 198 **Sanierung und Insolvenz von Unternehmen X**
 THOMAS SPRECHER (Hrsg.), in Vorbereitung
- Band 199 **Merger & Acquisitions XXII**
 HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), in Vorbereitung
- Band 200 **Europa als die Schweiz der Welt?**
 Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2019
 ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), in Vorbereitung

Ausserdem erschienen:

Bilaterale Verträge I & II – Schweiz – EU – Handbuch

DANIEL THURER / ROLF H. WEBER / WOLFGANG PORTMANN / ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von: Tobias Baumgartner, Giovanni Biaggini, Frédéric Berthoud, Theodor Bühler, Adelheid Bürgi-Schmelz / Gabriel Gamez, Regula Dettling-Ott, Katharina Eggenberger, Astrid Epiney / Annekathrin Meier / Andrea Egbuna-Joss, Alice Göttler / Nina Grolimund, Dieter W. Grossen / Claire de Coulon, Tobias Jaag / Magda Zihlmann, Thomas Jaussi / Roland Schweighauser / Olivier Gehriger / Sibylle Blättler, Roland A. Müller, Hans Nater / Michael Tuchschnid, Wolfgang Portmann, Richard Senti, Andreas Kellerhals / Roger Zäch, Daniel Thürer / Carolin Hillemanns, Dirk Trüten / Florian Hanslik, Catrin Walser, Verna Weber, Rolf H. Weber, Rolf H. Weber / Max Friedli, Wolfgang Wohlers, 2007 – CHF 278.–

Banken- und Kapitalmarktrecht

Stefan Sulzer

Versicherungsrecht

Laura Manz, Pascal Grolimund

Gesellschaftsrecht

Wesselina Uebe, Stefan Härtner

Kommunikation und Medien

Tobias Baumgartner, Ulrike I. Heinrich

Wettbewerbsrecht

Alfred Früh, Samuel Jost, David Mamane

Arbeitsrecht

Wesselina Uebe, Thomas Geiser

Öffentliches Auftragswesen

Peter Rechsteiner

Technische Vorschriften

Urs Meier, Theodor Bühler

Energie

Isabel Höhener, Brigitta Kratz

Steuerrecht

René Schreiber, Jana Fischer, Balthasar Denger

Immaterialgüterrecht

Ulrike I. Heinrich, Mathis Berger

Verbraucherrecht

Michael Mayer, Alexander Brunner

Internationales Privatrecht

Kurt Siehr

Aussenwirtschaftsrecht

Antoine Schnegg