Herausgeber:
Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

JAHRBUCH WIRTSCHAFTS-RECHT SCHWEIZ – EU

ÜBERBLICK UND KOMMENTAR 2020/21

EIZ Publishing

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 2020/21

EIZ Publishing

Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU von Andreas Kellerhals und Tobias Baumgartner wird unter Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2021 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)
Produktion & Vertrieb: buch & netz (buchundnetz.com)
Cover: buch & netz
ISBN:
978-3-03805-403-0 (Print – Softcover)
978-3-03805-436-8 (PDF)
978-3-03805-437-5 (ePub)
DOI: https://doi.org/10.36862/eiz-403
Version: 1.02a – 20210726

Dieses Werk ist als gedrucktes Buch sowie als E-Book (open access) in verschiedenen Formaten verfügbar. Weitere Informationen finden Sie unter der URL:
https://eizpublishing.ch/publikationen/jahrbuch-wirtschaftsrecht-schweiz-eu-2021/.

Zitiervorschlag:
Nachname Vorname, Teilgebiet, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2020/21, Zürich 2021, S.

Vorwort

Der vorliegende 16. Band der Jahrbuchreihe „Wirtschaftsrecht Schweiz – EU“ dokumentiert die aktuellen Entwicklungen in zentralen Bereichen des EU-Wirtschaftsrechts. Berücksichtigt werden insbesondere die Gebiete Kapitalmarktrecht, 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 2020.

Der vorliegende 16. Band des Jahrbuchs erscheint wiederum im Verlag EIZ Publishing, und zwar als frei verfügbares E-Book (open access) sowie in gedruckter Form (print on demand). Wir bedanken uns bei Andreas Von Gunten und Petra Bitterli von buch & netz für die gute Zusammenarbeit bei der technischen Umsetzung der neuen Publikationsvarianten.

Zürich, Juni 2021

Andreas Kellerhals
Tobias Baumgartner

Inhaltsübersicht

Banken- und Kapitalmarktrecht

Rechtsentwicklung EU: Stefan Sulzer 3

Kommentar: Stefan Sulzer 20

Versicherungsrecht

Rechtsentwicklung EU: Helmut Heiss/Violeta Kuzmanovic/ Laura P. Zilio 48

Kommentar: Helmut Heiss/Violeta Kuzmanovic 58

Kommunikation und Medien

Rechtsentwicklung EU: Tobias Baumgartner 67

Kommentar: Ulrike I. Heinrich 82

Wettbewerbsrecht

Rechtsentwicklung EU: André S. Berne/Laura P. Zilio 95

Kommentar: David Mamane 139

Arbeitsrecht

Rechtsentwicklung EU: Wesselina Uebe 146

Kommentar: Thomas Geiser 162

Öffentliches Auftragswesen

Rechtsentwicklung EU: Peter Rechsteiner 182

Kommentar: Peter Rechsteiner 190

Energie

Rechtsentwicklung EU: Isabel Höhener 192

Kommentar: Brigitta Kratz 203

Steuerrecht

Rechtsentwicklung EU: René Schreiber/Jana Fischer/ Balthasar Denger 223

Kommentar: René Schreiber/Jana Fischer/Balthasar Denger 243

Immaterialgüterrecht
Rechtsentwicklung EU: Ulrike I. Heinrich 253
Kommentar: Ulrike I. Heinrich 271

Verbraucherrecht
Rechtsentwicklung EU: Michael Mayer 286
Kommentar: Alexander Brunner 293

Internationales Privatrecht
Rechtsentwicklung EU: Kurt Siehr 304
Kommentar: Kurt Siehr 313

Aussenwirtschaftsrecht
Rechtsentwicklung EU: Janick Elsener 318
Kommentar: Andreas Ziegler 324

Autorenverzeichnis

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

André S. Berne, LL.M., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut 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

Balthasar Denger, LL.M., Rechtsanwalt, Associate bei Baker McKenzie, Amsterdam

Janick Elsener, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich

Jana Fischer, LL.M., Rechtsanwältin, Senior Associate bei Baker McKenzie, Frankfurt

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

Dr. Ulrike I. Heinrich, Rechtsanwältin, Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum (IGE), Bern

Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Heiss, LL.M., Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtsvergleichung und IPR, Universität Zürich

Isabel Höhener, MLaw, Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich

Dr. Brigitta Kratz, LL.M., Rechtsanwältin, Stiffler & Partner Rechtsanwälte, Zürich, ehem. Vizepräsidentin Eidgenössische Elektrizitätskommission ElCom

Violeta Kuzmanovic, MLaw, wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. Helmut Heiss

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

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

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

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

Prof. Dr. Dr. h.c. KURT SIEHR, 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, North America & Global Business, Alcon Vision, LLC., Fort Worth, Texas, USA

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

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

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

Banken- und Kapitalmarktrecht

Stefan Sulzer

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Stefan Sulzer) 3
1. Corona-Krise 3
a) Bankenpaket 3
b) Erholung der Kapitalmärkte 3
2. Kapitalmarktunion 4
a) Neuer Aktionsplan 4
b) Grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU 4
c) Digitalisierung des Finanzsektors 5
d) Crowdfunding 6
3. Finanzaufsicht 7
a) Reform der Aufsichtsstruktur 7
b) Aufsicht von Wertpapierfirmen 8
4. Bankenunion 10
a) Stärkung der Widerstandsfähigkeit der EU-Banken 10
b) Eigenkapital 11
5. Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR) 11
6. Finanzielle Referenzwerte – Ablösung des LIBOR 13
7. Wertpapiere 14
a) Prospekt 14
b) Gedeckte Schuldverschreibungen 15
c) Verbriefungen 15
8. Investmentfonds 17
9. Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung 18

II. Bedeutung für die Schweiz (Stefan Sulzer) 20
1. Bund 20
a) Corona-Krise 20
b) Finanzmarktpolitik 21
c) Finanzmarktarchitektur 22
aa) Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG) 22
bb) Ombudsstellen für Finanzdienstleister 24
d) Finanzmarktaufsicht 24

e) Banken 24
aa) Kapitalanforderungen für eine allfällige Sanierung und Abwicklung 24
bb) Kleinbankenregime 25
cc) Liquidität 26
dd) Sanierungsverfahren 27
f) Nachhaltiges Finanzwesen 28
aa) Finanzplatz Schweiz 28
bb) Klimarisiken 29
g) Cyberrisiken 29
h) Stable Coins 30
i) Blockchain / Distributed Ledger Technology 31
j) Kollektive Anlagen 32
2. Finanzmarktaufsicht (FINMA) 33
a) Strategische Ziele 2021 bis 2024 33
b) Corona-Krise 34
c) Risikomonitor 35
d) Finanzmarktarchitektur 36
aa) Ausführungsregulierung zum FIDLEG und FINIG 36
bb) Aufsichtsorganisationen (AO) 37
cc) Prospektprüfstellen 38
e) Banken 38
aa) Liquidität 38
bb) Rechnungslegung 38
f) Finanzielle Referenzwerte – Ablösung des LIBOR 39
g) Nachhaltige Finanzdienstleistungen – Klimarisiken 40
h) Video- und Online-Identifizierung 41
i) Cyberrisiken 42
j) Direktübermittlung 43
k) Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung – Verifizierung der wirtschaftlichen Berechtigung 43
l) Prüfwesen – Kleinbankenregime 44
3. SIX Swiss Exchange 44
a) Kotierung – Finanzmarktarchitektur 44
b) Verjährung und Publikation 45
c) Handel zum Schlusskurs (trading-at-last) 45
d) Rechnungslegung 46
aa) Anerkennung des chinesischen Rechnungslegungsstandards ASBE 46
bb) Rechnungslegungsstandard EWR-IFRS 46

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

1. Corona-Krise

a) Bankenpaket

Am 28. April 2020 nahm die EU-Kommission ein Bankenpaket an, das den Banken unionsweit die Kreditvergabe an private Haushalte und Unternehmen erleichtern soll. Dieses Paket soll sicherstellen, dass Banken weiter Kredite vergeben können, um die Wirtschaft zu stützen und die dramatischen wirtschaftlichen Folgen der Coronakrise abzudämpfen. Das Paket umfasst eine Mitteilung zur Auslegung der Bilanzierungs- und Aufsichtsvorschriften der EU[1] sowie gezielte „Sofort"-Änderungen an den EU-Bankenvorschriften[2].

Die Mitteilung untermauert die jüngsten Verlautbarungen bspw. des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) oder der Europäischen Zentralbank, die sich für eine flexible Anwendung der Bilanzierungs- und Aufsichtsvorschriften ausgesprochen hatten. Die EU-Kommission ermutigt Banken und Aufsichtsbehörden, die Flexibilität des Bilanzierungs- und Aufsichtsrahmens der EU zu nutzen. So wird in der Mitteilung bspw. darauf hingewiesen, dass die EU-Vorschriften erfreulicherweise eine gewisse Flexibilität bieten, wenn es darum geht, bei öffentlichen und privaten Krediten Tilgungspausen einzuräumen. Darüber hinaus werden die Bereiche aufgezeigt, in denen Banken zu verantwortungsvollem Handeln aufgerufen sind, bspw. wenn es darum geht, auf Dividendenausschüttungen zu verzichten oder bei der Auszahlung variabler Vergütungsbestandteile einen konservativen Kurs einzuschlagen.

b) Erholung der Kapitalmärkte

Am 24. Juli 2020 verabschiedete die EU-Kommission ein Massnahmenpaket für die Erholung der Kapitalmärkte, das Teil ihrer umfassenden Strategie zur Bewältigung der COVID-19-Krise ist. Die beschlossenen Massnahmen sollen europäische Unternehmen bei der Überwindung der Krise auf einfachere Weise durch die Kapitalmärkte unterstützt werden können. In dem Paket sind gezielte Änderungen der Kapitalmarktvorschriften vorgesehen, die Investitio-

---

[1] Mitteilung der der EU-Kommission an das EU-Parlament und den Rat, Erläuternde Mitteilung der Kommission zur Anwendung der Bilanzierungs- und Aufsichtsvorschriften mit dem Ziel, den Banken in der EU die Kreditvergabe zu erleichtern – Unterstützung von Unternehmen und Haushalten in der COVID-19-Krise, COM(2020) 169 final.

[2] Vgl. hierzu unten I.4.b).

nen in die Wirtschaft ankurbeln, eine rasche Rekapitalisierung von Unternehmen ermöglichen und die Fähigkeit der Banken zur Finanzierung der Erholung erhöhen werden.

Das Paket enthält gezielte Anpassungen der Prospektverordnung[3], der MiFID II[4] und der Verbriefungsvorschriften[5]. Alle Änderungen stehen im Mittelpunkt des Projekts der Kapitalmarktunion, das auf eine bessere Integration der nationalen Kapitalmärkte und die Gewährleistung eines gleichberechtigten Zugangs zu Investitionen und Finanzierungsmöglichkeiten in der gesamten EU abzielt.

2. Kapitalmarktunion

a) Neuer Aktionsplan

Am 24. September 2020 veröffentlichte die EU-Kommission einen neuen Aktionsplan zur Förderung der EU-Kapitalmarktunion in den kommenden Jahren.[6] Oberste Priorität der EU ist es, dass sich Europa von der beispiellosen Wirtschaftskrise, die das Coronavirus verursacht hat, erholt. Entscheidend wird hierbei sein, dass die EU-Kapitalmärkte weiterentwickelt werden und der Zugang zur Marktfinanzierung gewährleistet ist.

Der Aktionsplan legt die folgenden drei Hauptziele fest: (i) Gewährleistung einer grünen, digitalen, inklusiven und widerstandsfähigen wirtschaftlichen Erholung in der EU, indem europäischen Unternehmen, insb. KMUs, der Zugang zu Finanzierungen erleichtert wird; (ii) Ausgestaltung eines EU-Finanzplatzes, an dem Privatpersonen in einem noch sichereren Umfeld als bisher langfristig sparen und investieren können; und (iii) Integration der nationalen Kapitalmärkte in einen echten EU-weiten Kapitalbinnenmarkt.

b) Grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU

Durch die Kapitalmarktunion (*capital market union*, CMU) soll es für Unternehmen in der EU leichter werden, sich die nötigen Finanzierungsmittel zu

---

3 Vgl. hierzu unten I.7.a).

4 Vgl. hierzu unten I.5.

5 Vgl. hierzu unten I.7.c).

6 Mitteilung der EU-Kommission an das EU-Parlament, den Rat, den EU-Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Kapitalmarktunion für die Menschen und Unternehmen – neuer Aktionsplan, COM(2020) 590 final.

beschaffen, um wachsen zu können. Die Kapitalmarktunion räumt Hürden für grenzüberschreitende Investitionen aus dem Weg und zählt damit auch zu den zentralen Binnenmarktprojekten.

Grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU spielen eine wichtige Rolle, damit die Möglichkeiten des Binnenmarkts ausgeschöpft, private Finanzierungsmittel mobilisiert und nicht nur mehr Chancen für Unternehmen, Infrastrukturvorhaben und Projekte in der gesamten EU, sondern auch vielfältigere Job-, Produkt- und Dienstleistungsangebote eröffnet werden können. Günstige Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Investitionen innerhalb der EU mit klaren, konsequent umgesetzten Regeln, wirksamen Rechtsbehelfen und Massnahmen, die den Zugang zu Investitionsmöglichkeiten erleichtern, sind unerlässlich, um die Menschen zu grenzüberschreitenden Investitionen in allen EU-Mitgliedstaaten zu ermutigen. Damit das Investitionsklima in der EU höchsten Standards entspricht, wird das aktuelle System für den Schutz und die Erleichterung von Investitionen innerhalb der EU derzeit von der EU-Kommission überprüft.

Vor diesem Hintergrund führte die EU vom 26. Mai bis 8. September 2020 eine Konsultation durch, um zu den Stärken und Schwächen des Systems sowie etwaigen Verbesserungsvorschlägen und -möglichkeiten Stellung zu nehmen.[7]

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.[8] 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 Bin-

---

7 Abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2020-investment-protection-consultation-document_en.pdf>.

8 Siehe zum FinTech-Aktionsplan bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 4.

nenmarktes 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 Kryptoanlagen und eine zur Betriebsstabilität digitaler Systeme.

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.

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 Legislativvorschlag[9] 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.

---

[9] 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.

Am 10. November 2020 ist die neue Richtlinie über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen in Kraft getreten.[10] Sie gilt nach einer Übergangsfrist von 12 Monaten ab dem 10. November 2021. Gestützt auf die neue Regulierung 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.

3. 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.[11] Dies wurde auch im Reflexionspapier der EU-Kommission über die Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion vom Mai 2017 unterstrichen.[12]

Am 20. September 2017 hat die EU-Kommission Pläne zur Reform der EU-Aufsichtsstruktur vorgelegt, die darauf abzielen, die Finanzmärkte stärker zu ver-

---

10 Verordnung (EU) 2020/1503 des EU-Parlaments und des Rates vom 7. Oktober 2020 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister für Unternehmen und zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1129 und der Richtlinie (EU) 2019/1937, ABl L 347 vom 20. Oktober 2020, 1.

11 Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/priorities/sites/beta-political/files/5-presidents-report_de_0.pdf>.

12 Abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-emu-de.pdf>.

netzen.[13] 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.

Am 12. September 2018 schlug die EU-Kommission vor[14], die Verordnung[15] zur Errichtung der Europäischen Bankenaufsichtsbehörde (EBA) zu ändern, um deren Rolle bei der Beaufsichtigung des Finanzsektors in Sachen Geldwäschebekämpfung zu stärken. Der Vorschlag sah 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.

Die neuen Verordnungen[16] gelten grösstenteils seit dem 1. Januar 2020.[17]

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

---

13 Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/18, Zürich/St. Gallen 2018, 7.

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

15 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.

16 Verordnung (EU) 2019/2175 des EU-Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2019 zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 1093/2010, Nr. 1094/2010, Nr. 1095/2010, Nr. 600/2014, 2016/1011, 2015/847, ABl L 334 vom 27. Dezember 2019, 1 sowie Verordnung (EU) 2019/2176 des EU-Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1092/2010, ABl L 334 vom 27. Dezember 2019, 146.

17 Die Art. 1, 2, 3 und 6 der Verordnung gelten seit 1. Januar 2020. Die Art. 4 und 5 der Verordnung gelten ab 1. Januar 2022.

Bedeutung. Bei den meisten dieser Firmen handelt es sich um kleine bis mittlere Unternehmen, die in erster Linie Anlageberatungsdienste erbringen, Aufträge entgegennehmen, weiterleiten und ausführen, Portfolios verwalten, Unternehmen bei der Erschliessung der Kapitalmärkte helfen und Marktliquidität bereitstellen. Im Gegensatz zu Kreditinstituten nehmen Wertpapierfirmen keine Einlagen entgegen und gewähren keine Kredite. Das bedeutet, dass das Kreditrisiko und das Risiko, dass Einleger ihr Geld kurzfristig zurückfordern, bei ihnen wesentlich geringer ist.

Am 20. Dezember 2017 legte die EU-Kommission zwei überarbeitete Rechtsvorschriften – eine Richtlinie[18] und eine Verordnung[19] – vor. Die Richtlinie[20] sowie die Verordnung[21] traten am 25. Dezember 2019 in Kraft. Die Verordnung gilt ab dem 26. Juni 2021. Auf das gleiche Datum haben die Mitgliedstaaten die Vorschriften der Richtlinie anzuwenden.

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

---

18 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.

19 Vorschlag für eine Verordnung des EU-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.

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

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

4. 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 Arbeiten der EU-Kommission zur Verringerung der Risiken im Bankensektor, die in der Mitteilung „Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion" angekündigt wurden,[22] und stehen im Einklang mit den Schlussfolgerungen des Rates „Wirtschaft und Finanzen" vom Juni 2016.

Zentrale Elemente des Gesetzespakets 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. Das Gesetzespaket ändert folgende Rechtsakte: die Eigenkapitalverordnung (CRR), die Eigenkapitalrichtlinie (CRD), die Richtlinie über die Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten (BRRD) und die Verordnung über den einheitlichen Abwicklungsmechanismus (SRMR).

Das Bankenpaket wurde am 14. Februar 2019 finalisiert und am 16. April 2019 vom EU-Parlament gutgeheissen. Am 27. Juni 2019 traten die Erlasse in Kraft. Die Bestimmungen der CRD V[23], der BRRD[24] und der SRMR[25] sind mit bestimmten Ausnahmen seit dem 22. Dezember 2020 anzuwenden, diejenigen der CRR II[26] ab dem 28. Juni 2021.

---

22 Mitteilung der EU-Kommission, Auf dem Weg zur Vollendung der Bankenunion, vom 24. November 2015, COM(2015) 587 final.

23 Richtlinie (EU) 2019/878 des EU-Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2013/36/EU, ABl L 150 vom 7. Juni 2019, 253.

24 Richtlinie (EU) 2019/879 des EU-Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Richtlinie 2014/59/EU und der Richtlinie 98/26/EG, ABl L 150 vom 7. Juni 2019, 206.

25 Verordnung (EU) 2019/877 des EU-Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 806/2014, ABl L 150 vom 7. Juni 2019, 226.

26 Verordnung (EU) 2019/876 des EU-Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 575/2013 und der Verordnung (EU) Nr. 648/2012, ABl L 150 vom 7. Juni 2019, 1.

b) Eigenkapital

Am 28. April 2020 nahm die EU-Kommission ein Bankenpaket an, das den Banken unionsweit die Kreditvergabe an private Haushalte und Unternehmen erleichtern soll. Dieses Paket umfasste gezielte „Sofort"-Änderungen an den EU-Bankenvorschriften[27], namentlich der Eigenkapitalverordnung (CRR und CRR II)[28], um die Fähigkeit der Banken zur Kreditvergabe und zum Ausgleich coronabedingter Verluste zu maximieren. Es handelt sich um aussergewöhnliche temporäre Massnahmen, mit denen die unmittelbaren Folgen der Coronakrise abgemildert werden sollen. Hierzu zählen die Anpassung des Zeitplans für die Anwendung der Internationalen Rechnungslegungsstandards auf das Kapital der Banken, eine günstigere Behandlung von Garantien, die während der Krise gewährt werden, die Verschiebung des Anwendungsbeginns des Puffers bei der Verschuldungsquote und die Änderung der Art und Weise, wie bestimmte Risikopositionen von der Berechnung der Verschuldungsquote ausgenommen werden.

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

5. Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II und MiFIR)

Seit Januar 2018 gilt die Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (*Markets in Financial Instruments Directive*, MiFID)[29] und die dazugehörige Verordnung

---

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

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

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

(*Markets in Financial Instruments Regulation*, MiFIR)[30], 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, führte die EU-Kommission vom 17. Februar bis 20. April 2020 eine öffentliche Konsultation durch.[31] Die Konsultation sollte 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.

Am 24. Juli 2020 verabschiedete die EU-Kommission ein Massnahmenpaket für die Erholung der Kapitalmärkte, das Teil ihrer umfassenden Strategie zur Bewältigung der COVID-19-Krise ist.[32] Das Paket enthält u.a. gezielte Anpassungen der MiFID II, wie etwa die Anforderungen an den Verwaltungsaufwand für erfahrene Anleger im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehungen mit anderen Unternehmen teilweise zu verringern.[33] Weniger erfahrene Anleger (wie Haushalte, die ihre Ersparnisse für den Ruhestand investieren) bleiben genauso geschützt wie zuvor. Diese Änderungen beziehen sich auf eine Reihe von Anforderungen, bei denen bereits im Rahmen der öffentlichen Konsultation zur MiFID und zur MiFIR festgestellt wurde, dass sie viel zu aufwendig sind oder die Entwicklung der europäischen Märkte behindern. Angesichts der COVID-19-Krise ist es wichtiger denn je, unnötige Belastungen zu verringern und Chancen für neu entstehende Märkte zu schaffen. Parallel leitete die EU-Kommission eine öffentliche Konsultation zu Änderungen an der delegierten Richtlinie zu MiFID II ein, damit für kleine und mittelgrosse Emittenten sowie für den Bereich Anleihen mehr Analysen verfügbar werden. Insbesondere für KMU müssen Finanzanalysen ausreichend verfügbar sein, damit sie gut sichtbar und für neue Investoren attraktiv sind. Der Vorschlag betrifft auch eine Änderung der MiFID-Vorschriften, die sich auf die Märkte für Energiederivate auswirken. Dies soll die Entwicklung der auf Euro lautenden Energiemärkte

---

30 Verordnung (EU) Nr. 600/2014 des EU-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.

31 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>.

32 Vgl. hierzu oben I.1.b).

33 Vorschlag für eine Richtlinie des EU-Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2014/65/EU im Hinblick auf die Informationspflichten, die Produktüberwachung und die Positionslimiten zur Förderung der wirtschaftlichen Erholung von der COVID-19-Pandemie, COM(2020) 280 final.

unterstützen, die für die internationale Rolle des Euro von Bedeutung sind. Ferner soll es europäischen Unternehmen ermöglichen, ihre Risiken abzusichern, während gleichzeitig die Integrität der Rohstoffmärkte, insb. für landwirtschaftliche Erzeugnisse, gewahrt bleibt.

6. Finanzielle Referenzwerte – Ablösung des LIBOR

Die Interbankensätze (*Interbank Overnight Rate*, IBORs) bilden die wichtigste Kategorie kritischer Referenzwerte. Die IBORs spiegeln den Zinssatz wider, den die Banken einander für kurzfristige Darlehen berechnen. Infolge der Manipulation der Interbankensätze während der Finanzkrise vereinbarten die Staats- und Regierungschefs der G20, die Aufsicht und Steuerung von Referenzzinssätzen zu verbessern.

Am 24. Juli 2020 hat die EU-Kommission vorgeschlagen, die Verordnung über Referenzwerte zu ändern.[34] Mit den vorgeschlagenen Änderungen soll sichergestellt werden, dass es bei Einstellung eines weithin verwendeten Referenzwerts weder zu Störungen der Wirtschaft noch zu Beeinträchtigungen der Finanzstabilität in der EU kommt. Referenzwerte sind untrennbar mit den Finanzmärkten verbunden: Diese Indizes werden zur Bepreisung von Finanzinstrumenten und Verträgen (einschliesslich Hypothekarkreditverträgen privater Haushalte) oder zur Messung der Wertentwicklung eines Investmentfonds verwendet.

Die Einstellung eines weithin verwendeten Referenzwerts ist zu einem realistischen Szenario geworden, da die britische *Financial Conduct Authority* (FCA) – die Aufsichtsbehörde für den *London Interbank Offered Rate* (LIBOR) – angekündigt hat, dass sie diesen Referenzwert ab Ende 2021 nicht mehr unterstützen wird, und davon ausgeht, dass er kurz danach eingestellt wird.[35]

Wenn ein kritischer Referenzwert nicht mehr veröffentlicht wird, können zum Zeitpunkt der Einstellung Tausende bestehende Kontrakte beeinträchtigt werden, was letztlich die Finanzstabilität gefährdet. Durch von der EU-Kommission vorgeschlagenen Änderungen erhält die EU-Kommission die Befugnis, einen Ersatzreferenzwert zu benennen, der alle Verweise auf einen weithin

---

[34] Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2016/1011 im Hinblick auf die Ausnahme bestimmter auf Drittlandswährungen bezogener Wechselkurs-Referenzwerte und die Benennung von Ersatz-Referenzwerten für bestimmte eingestellte Referenzwerte, COM(2020) 337 final.

[35] Vgl. zur Schweiz hierzu unten II.2.f).

verwendeten und in Einstellung begriffenen Referenzzinssatz wie den LIBOR abdeckt, sofern dies erforderlich ist, um Störungen der Finanzmärkte in der EU zu vermeiden.

Beispielsweise könnte die EU-Kommission jede Bezugnahme auf den LIBOR durch einen Verweis auf einen angemessenen Ersatzzinssatz ersetzen. Bei der Auswahl dieses Ersatzzinssatzes wird die EU-Kommission die Empfehlungen der einschlägigen Arbeitsgruppen der Branche wie des US-amerikanischen Ausschusses für alternative Referenzzinssätze im Fall des LIBOR oder der Arbeitsgruppe zu risikofreien Euro-Sätzen im Fall des EURIBOR berücksichtigen. Der gesetzliche Ersatzzinssatz wird nur für solche Finanzkontrakte zur Verfügung stehen, die sich zu dem Zeitpunkt seiner Einstellung auf einen bestimmten Referenzwert (z.B. den LIBOR) beziehen. Da der gesetzliche Ersatzzinssatz rechtlich geregelt wird, können diesbezügliche vertragliche Konflikte vermieden werden. Zugleich werden die Marktteilnehmer aufgefordert, sich auf einen dauerhaften Ersatzzinssatz für alle neuen Kontrakte zu einigen, wenn immer dies möglich ist.

7. Wertpapiere

a) Prospekt

Am 24. Juli 2020 verabschiedete die EU-Kommission ein Massnahmenpaket für die Erholung der Kapitalmärkte, das Teil ihrer umfassenden Strategie zur Bewältigung der COVID-19-Krise ist.[36] Das Paket enthält u.a. gezielte Anpassungen der Prospektverordnung[37], wie etwa die Schaffung eines „EU-Wiederaufbauprospekts" – eine Art Kurzprospekt für Unternehmen, die auf dem öffentlichen Markt einschlägige Erfahrung vorweisen können.[38] Dieser temporäre Prospekt wäre für Unternehmen leicht zu erstellen, für Anleger leicht zu lesen und für die zuständigen nationalen Behörden leicht zu prüfen. Somit würden Prospekte nicht Hunderte von Seiten umfassen, sondern lediglich 30 Seiten lang sein. Dies würde Unternehmen dabei helfen, Kapital – z.B. in

---

36 Vgl. hierzu oben I.1.b).

37 Verordnung (EU) 2017/1129 des EU-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 veröffentlichen ist und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/71/EG, ABl L 168 vom 30. Juni 2017, 12.

38 Vorschlag für eine Verordnung des EU-Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/1129 im Hinblick auf den EU-Wiederaufbauprospekt und gezielte Anpassungen für Finanzintermediäre zur Unterstützung der wirtschaftlichen Erholung von der COVID-19-Pandemie, COM(2020) 281 final.

Form von Aktien – zu beschaffen, anstatt sich weiter zu verschulden. Ein zweites Paket gezielter Änderungen der Prospektverordnung zielt darauf ab, Banken, die eine wesentliche Rolle bei der Finanzierung der Erholung der Realwirtschaft spielen, die Mittelbeschaffung zu erleichtern.

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

Am 26. Februar 2019 einigten sich der EU-Ratsvorsitz und das EU-Parlament über einen harmonisierten Rahmen für gedeckte Schuldverschreiben. In diesem Rahmen ist eine gemeinsame Definition für die Verwendung des Gütesiegels „Europäische gedeckte Schuldverschreibung“ und die Gewährung einer günstigeren Behandlung gedeckter Schuldverschreibungen im Hinblick auf die Eigenmittelunterlegung vorgesehen. Das Gesetzespaket[39] trat am 8. Januar 2020 in Kraft. Die Bestimmungen der Richtlinie sind ab dem 8. Juli 2021 anzuwenden, diejenigen der Verordnung gelten ab dem 8. Juli 2022.

c) Verbriefungen

Am 24. Juli 2020 verabschiedete die EU-Kommission ein Massnahmenpaket für die Erholung der Kapitalmärkte, das Teil ihrer umfassenden Strategie zur

---

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

Bewältigung der COVID-19-Krise ist.[40] Das Paket sieht u.a. gezielte Änderung der Verbriefungsverordnung[41] und der Verordnung über Aufsichtsanforderungen[42] vor.[43] Verbriefungen (*securitization*) sind ein Instrument, mit dem Banken Darlehen bündeln, in Wertpapiere umwandeln und an den Kapitalmärkten verkaufen können. Ziel der vorgeschlagenen Änderungen ist es, die Nutzung von Verbriefungen für den Aufbau Europas zu erleichtern, indem die Banken in die Lage versetzt werden, ihre Kreditvergabe auszuweiten und notleidende Risikopositionen aus ihren Bilanzen zu entfernen. Es ist sinnvoll, den Banken die Möglichkeit zu geben, einen Teil des Risikos von Darlehen an KMU (kleine und mittlere Unternehmen) auf die Märkte zu übertragen, um weiterhin Kredite an KMU vergeben zu können. Insbesondere regte die EU-Kommission an, einen spezifischen Rahmen für einfache, transparente und standardisierte bilanzielle Verbriefungen zu schaffen, die in den Genuss einer aufsichtlichen Behandlung kommen würden, die dem tatsächlichen Risiko dieser Instrumente Rechnung trägt. Darüber hinaus schlug die EU-Kommission vor, bestehende regulatorische Hindernisse für die Verbriefung notleidender Risikopositionen zu beseitigen. Dies kann Banken dabei helfen, notleidende Risikopositionen, deren Umfang aufgrund der Coronavirus-Krise voraussichtlich zunehmen wird, abzustossen. Die vorgestellten Änderungen beruhen auf umfangreichen Arbeiten und Analysen, die die Europäische Bankenaufsichtsbehörde in den Jahren 2019 und 2020 durchgeführt hat.

---

40 Vgl. hierzu oben I.1.b).

41 Verordnung (EU) 2017/2402 des EU-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.

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

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

8. Investmentfonds

Die Richtlinie über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFMD)[44] wurde infolge der weltweiten Finanzkrise verabschiedet, die bestimmte Schwächen in den globalen Finanzmärkten und den entsprechenden Regulierungssystemen zutage gefördert hat. Die AIFMD ist ein wichtiger Pfeiler der Kapitalmarktunion (*capital market union*, CMU), der eine bessere Überwachung der Risiken für das Finanzsystem und die grenzüberschreitende Kapitalbeschaffung für Anlagen in alternative Vermögenswerte erleichtert. Die AIFMD schafft für alle in ihren Anwendungsbereich fallenden AIFM robuste und harmonisierte regulatorische Standards und erhöht die Transparenz gegenüber Anlegern und der Aufsicht für die Aktivitäten der Manager und der von ihnen verwalteten Fonds.[45]

Am 10. Juni 2020 veröffentlichte die EU-Kommission einen Bericht über die Bewertung der Anwendung und des Geltungsbereichs der AIMFD.[46]

Der Bericht kommt zu dem Ergebnis, dass die Wirksamkeit des Passes für EU-AIFM durch nationale Überregulierung, Abweichungen in den nationalen Vertriebsvorschriften, die unterschiedliche Auslegung der AIFMD durch die nationalen Aufsichtsbehörden sowie durch seinen begrenzten Anwendungsbereich beeinträchtigt wird. Kleinere AIFM, die nicht in der Lage sind, alle Anforderungen der AIFMD zu erfüllen, müssen auf die Kapitalbeschaffung in anderen Mitgliedstaaten verzichten oder erhebliche Hindernisse für den Marktzutritt überwinden. Darüber hinaus ermöglicht der AIFM-Pass lediglich den Vertrieb an professionelle Anleger, was wiederum die grenzüberschreitenden Tätigkeiten von AIFM einschränkt, da Semiprofessionelle und Kleinanleger nur nach unterschiedlichen (und oftmals restriktiven) nationalen Vorschriften angesprochen werden können.

Die in der AIFMD festgelegten Offenlegungsvorschriften sind zwar mit gewissen Kosten für die Branche verbunden, aber das Ziel, den Anlegern fundierte Anlageentscheidungen zu ermöglichen, wurde weitgehend mit ihnen erreicht.

---

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

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

46 Bericht der EU-Kommission an das EU-Parlament und den Rat über die Bewertung der Anwendung und des Geltungsbereichs der Richtlinie 2011/61/EU des EU-Parlaments und des Rates über die Verwalter alternativer Investmentfonds, COM(2020) 232 final.

Die Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten wird besonders von Anlegern in alternative Vermögenswerte geschätzt, da dies eines ihrer grössten Anliegen ist.

9. Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung

Durch den Erlass der Vierten Geldwäscherichtlinie[47] wurde der EU-Rahmen für die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung internationalen Standards entsprechend erheblich gestärkt. Die im Juli 2018 in Kraft getretene und bis zum 10. Januar 2020 umzusetzende Fünfte Geldwäscherichtlinie[48] 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 Guthabenkarten 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.[49] Diese Verordnung ist am 1. Januar 2020 in Kraft getreten. Die in ihr enthaltenen Bestimmungen[50] sind nach einer Übergangsfrist bis zum 30. Juni 2020 bzw. 30. Juni 2021 von den Mitgliedstaaten anzuwenden.

In ihrem Massnahmenpaket zur Bekämpfung der Geldwäsche vom Juli 2019[51] hat die EU-Kommission auf verschiedene Schwachstellen im EU-Rahmen für

---

47 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 EU-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 EU-Kommission.

48 Richtlinie (EU) 2018/843 des EU-Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl L 156 vom 19. Juni 2018, 43.

49 Vgl. hierzu bereits oben I.3.a).

50 Richtlinie (EU) 2019/2177 des EU-Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2019 zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG, 2014/65/EU und (EU) 2015/849, ABl L 334 vom 27. Dezember 2019, 155.

51 Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 19 f.

die Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung hingewiesen. Durch Umsetzung und Inkrafttreten der neuesten Rechtsvorschriften werden einige dieser Probleme zwar beseitigt, doch andere bleiben. Das EU-Parlament und der Rat haben die EU-Kommission in Reaktion auf dieses Paket aufgefordert, zu prüfen, welche Schritte unternommen werden könnten, um ein stärker harmonisiertes Regelwerk, eine bessere Aufsicht auf EU-Ebene, sowie eine bessere Koordinierung zwischen den zentralen Meldestellen zu erreichen.

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

Damit eine inklusive Debatte über die Entwicklung der entsprechenden Politikmassnahmen stattfinden kann, führte die EU-Kommission vom 7. Mai bis 26. August 2020 eine öffentliche Konsultation durch.[52]

Ausserdem hat die EU-Kommission eine neue Methodik veröffentlicht, um Drittländer mit hohem Risiko zu ermitteln, deren nationale Regelungen zur Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung strategische Mängel aufweisen und von denen eine erhebliche Bedrohung für das EU-Finanzsystem ausgeht.[53] Ziel dieser neuen Methodik ist es, mehr Klarheit und Transparenz zu schaffen, wie diese Drittländer ermittelt werden. Die zentralen Neuerungen betreffen: (i) die Interaktion zwischen der EU und der FATF, was das Verfahren für die Aufnahme in die Liste betrifft, (ii) eine verstärkte Zusammenarbeit mit Drittländern, und (iii) eine intensivere Konsultation von Sachverständigen aus den Mitgliedstaaten.

---

52 Dokumente zur Konsultation abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12176-Action-Plan-on-anti-money-laundering/public-consultation>.

53 Commission Staff Working Document, Methodology for identifying high-risk third countries under Directive (EU) 2015/849 vom 7. Mai 2020 abrufbar unter <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/200507-anti-money-laundering-terrorism-financing-action-plan-methodology_en.pdf>.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Bund

a) Corona-Krise

Am 25. März 2020 stellte der Bundesrat ein umfassendes Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie vor. Mit Hilfe von Überbrückungskrediten soll Unternehmen ausreichend Liquidität zur Verfügung gestellt werden, damit sie trotz Corona-bedingten Umsatzeinbussen ihre laufenden Fixkosten decken können.[54] Die vom Bundesrat vorgesehenen Massnahmen umfassen ein Programm zur Überbrückung von Liquiditätsengpässen im Umfang von 20 Milliarden Franken. Betroffene Unternehmen konnten Überbrückungskredite im Umfang von höchstens 10% ihres Jahresumsatzes bis max. 20 Millionen Franken von ihren jeweiligen Banken beantragen. Gewisse Minimalkriterien sind zu erfüllen, insb. muss das Unternehmen erklären, dass es aufgrund der Corona-Pandemie wesentliche Umsatzeinbussen erleidet. Bis zu 500‘000 Fanken wurden diese Kredite unbürokratisch innert kurzer Frist ausbezahlt und zu 100% vom Bund abgesichert. Der Zinssatz wurde auf null Prozent festgelegt. Überbrückungskredite, die den Betrag von 500‘000 Franken übersteigen, wurden zu 85% vom Bund abgesichert. Solche Kredite konnten bis zu 20 Millionen Franken pro Unternehmen betragen und setzen deshalb eine umfassendere Bankenprüfung voraus. Unternehmen mit mehr als 500 Millionen Franken Umsatz fielen nicht unter dieses Programm.

Am 19. Dezember 2020 wurde die mittels Notrecht erlassene COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung in ein ordentliches Gesetz überführt und trat am 1. Januar 2021 in Kraft.[55]

---

[54] Verordnung zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften infolge des Coronavirus (COVID-19-Solidarbürgschaftsverordnung, Covid-19-SBüV) vom 25. März 2020 (SR 951.261) (aufgehoben am 19. Dezember 2020).

[55] Bundesgesetz über Kredite mit Solidarbürgschaft infolge des Coronavirus (Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetz, Covid-19-SBüG) vom 18. Dezember 2020 (SR 951.26).

b) Finanzmarktpolitik

Im Dezember 2014 beschloss der Bundesrat, einen bis Ende 2019 befristeten Beirat einzusetzen, der die künftigen Herausforderungen und Zukunftsperspektiven des Schweizer Finanzplatzes aus strategischer Sicht beurteilen und ihm gegebenenfalls Handlungsempfehlungen unterbreiten soll.[56]

Am 15. Januar 2020 legte der Beirat dem Bundesrat eine Roadmap für die strategischen Prioritäten der kommenden Jahre vor.[57] Die Roadmap identifiziert die zentralen Erfolgsfaktoren des Schweizer Finanzplatzes und erarbeitet darauf basierend zehn Empfehlungen mit unterschiedlichem Konkretisierungsgrad.

Am 4. Dezember 2020 veröffentlichte der Bundesrat einen Bericht zur strategischen Weiterentwicklung der Finanzmarktpolitik.[58] Ein starker Finanzplatz ist für die Schweizer Volkswirtschaft entscheidend. Aufgrund des wechselhaften internationalen Umfelds und des raschen technologischen Wandels erachtet der Bundesrat eine strategische Weiterentwicklung der Finanzmarktpolitik als notwendig, damit die Schweiz weiterhin zu den weltweit führenden Finanzplätzen gehört. Entlang der drei Stossrichtungen „innovativ", „vernetzt" und „nachhaltig" hat der Bundesrat konkrete Handlungsfelder für einen zukunftsfähigen Finanzplatz Schweiz definiert: (1) Innovativ: Bisherige und neue Akteure des Finanzplatzes müssen die vielfältigen Möglichkeiten neuer Technologien, wie z.B. datenbasierte Geschäftsmodelle, optimal nutzen können. Dazu gestaltet der Bundesrat die regulatorischen Rahmenbedingungen technologieneutral und fördert die Innovation im Finanzbereich; (2) Vernetzt: Angesichts eines sich wandelnden internationalen Umfelds vertritt der Bundesrat in multilateralen Gremien und gegenüber bilateralen Partnern aktiv die Schweizer Interessen und setzt sich für offene Märkte ein. Er sorgt für attraktive und international kompatible Rahmenbedingungen und pragmatische Lösungen für die Schweiz, die weiterhin einen Finanzplatz mit globaler Reichweite ermöglichen. Die Vorteile des Standorts Schweiz werden interna-

---

56 Vgl. hierzu bereits Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2014/15, Zürich/St. Gallen 2015, 21.

57 Bericht des Beirates Zukunft Finanzplatz, „Roadmap Finanzplatz Schweiz 2020" vom Dezember 2019, abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/59938.pdf>.

58 Bericht des Bundesrates „Weltweit führend, verankert in der Schweiz: Politik für einen zukunftsfähigen Finanzplatz Schweiz" vom 4. Dezember 2020 abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/64240.pdf>.

tional aktiv kommuniziert[59]; und (3) Nachhaltig: Nur eine Finanzbranche, die sich im Sinne der Nachhaltigkeitsziele der Agenda 2030 aufstellt, ist zukunftsfähig. Deshalb sorgt der Bundesrat, gemeinsam mit den zuständigen Stellen, für eine umfassende Stabilität des Sektors, für einen integren Finanzplatz mit einer wirkungsvollen Bekämpfung von Finanzkriminalität und anderer Risiken und, mit Blick auf den Klimawandel, für eine erhöhte Transparenz für Investitionen.[60]

c) Finanzmarktarchitektur

aa) Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und Finanzinstitutsgesetz (FINIG)

Das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG)[61] und das Finanzinstitutsgesetz (FINIG)[62] sind Teil der neuen Schweizer Finanzmarktarchitektur.[63] Beide Gesetze schaffen einheitliche Wettbewerbsbedingungen für Finanzintermediäre und verbessern den Kundenschutz. 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,

---

59 Am 7. Dezember 2020 haben das Eidg. Finanzdepartement (EFD) und das Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) zusammen mit Akteuren des Finanzplatzes Schweiz die neue Informationsplattform „finance.swiss" lanciert (mit der gleichnamigen Internetadresse www.finance.swiss). Das neue Informationsportal soll als einheitliche Anlaufstelle für Informationen zum Finanzstandort Schweiz dienen, dessen Stärken besser bekannt machen und als Basis für verstärkte Promotionsaktivitäten im Ausland nützlich sein.

60 Am 4. März 2020 ist die Schweiz der Internationalen Plattform für ein nachhaltiges Finanzwesen (*International Platform on Sustainable Finance*, IPSF) beigetreten. Dieses multilaterale Forum strebt eine engere internationale Koordination und einen vertieften Austausch für ein ökologisch nachhaltiges Finanzwesen an. Die IPSF wurde im Oktober 2019 am Rande der Jahrestagung des Internationalen Währungsfonds (IWF) lanciert. Sie entstand auf Initiative der EU-Kommission und ist Teil der internationalen Anstrengungen zur Einhaltung der Verpflichtungen aus dem Pariser Klimaübereinkommen. Siehe *joint statement* abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/60515.pdf>.

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

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

63 Vgl. zum FIDLEG und zum FINIG, Sulzer Stefan, Banken- und Kapitalmarktrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2015/16, Zürich/St. Gallen 2016, 24.

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 wurden bei der Prospektpflicht 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.

Die Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV)[64] konkretisiert die Beratungs- und Informationspflichten für die Finanzdienstleister und enthält Bestimmungen zu deren Organisation, zum neuen Kundenberaterregister sowie zur Kundendokumentation und zu den Ombudsstellen[65]. Die Finanzinstitutsverordnung (FINIV)[66] konkretisiert die Bewilligungsvoraussetzungen und Pflichten für Finanzinstitute sowie ihre Aufsicht. Schliesslich regelt die Aufsichtsorganisationsverordnung (AOV)[67] 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.[68]

---

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

65 Vgl. zur Anerkennung von Ombudsstellen durch das EFD unter II.1.c)bb).

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

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

68 Vgl. hierzu unten II.2.d)bb).

bb) Ombudsstellen für Finanzdienstleister

Gemäss Art. 74 ff. FIDLEG können Kunden von Finanzdienstleistern zur Erledigung von Rechtsstreitigkeiten ein Vermittlungsverfahren vor einer Ombudsstelle in Anspruch nehmen. Die Finanzdienstleister müssen sich zu diesem Zweck einer durch das EFD anerkannten Ombudsstelle anschliessen. Am 24. Juni 2020 anerkannte das EFD die ersten Ombudsstellen nach FIDLEG. Per Ende 2020 sind neun Ombudsstellen anerkannt.[69]

d) Finanzmarktaufsicht

Gestützt auf eine vom 1. Mai bis 22. August 2019 durchgeführten Vernehmlassung trat am 1. Februar 2020 eine neue Verordnung[70] zum Finanzmarktaufsichtsgesetz[71] 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.

e) Banken

aa) 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 (BankG)[72] sollen verhindern, dass Banken mit Steuergeldern gerettet werden müssen. Der Bundesrat muss im Abstand von zwei Jahren prüfen, ob diese Bestimmungen den

---

69 Die Liste der anerkannten Ombudsstellen ist abrufbar unter <https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/ombudstelle-nach-fidleg.html>.

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

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

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

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.

Am 3. Juli 2019 verabschiedete der Bundesrat den dritten Evaluationsbericht[73] 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 durgeführten Vernehmlassung traten am 1. Januar 2020 entsprechende Änderungen in der Eigenmittelverordnung (ERV)[74] 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.

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

---

73 Abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57681.pdf>.

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

Gestützt auf eine vom 5. April bis 12. Juli 2019 durgeführten 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.[75] Nach Artikel 47b ERV müssen Banken der Kategorie 4 und 5 jederzeit über eine vereinfachte Leverage Ratio von mind. 8%, eine durchschnittliche Liquiditätsquote von mind. 110% und einen Refinanzierungsgrad von mind. 100% verfügen, um von den Entlastungen zu profitieren.

cc) Liquidität

In der Liquiditätsverordnung (LiqV)[76] 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. Am 11. September 2020 verabschiedete der Bundesrat eine Änderung der LiqV, mit der die NSFR eingeführt wird.[77] Die EU hat die Einführung der NSFR nunmehr auf Juni 2021 festgesetzt, womit die NSFR nun in den allermeisten Staaten gilt. Die entsprechende Änderung der LiqV tritt daher ebenfalls auf Mitte 2021 in Kraft.[78]

---

75 Vgl. zu Anpassungen in diversen FINMA-Rundschreiben unten II.2.e)bb).

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

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

78 Vgl. zur Anpassung des FINMA-Rundschreibens 2015/2 „Liquiditätsrisiken – Banken" auch unten II.2.e)aa).

dd) Sanierungsverfahren

Das BankG regelt das Sanierungsverfahren für Banken nur in den Grundzügen. Die Details finden sich in der Bankeninsolvenzverordnung-FINMA[79]. Zur Stärkung der Rechtssicherheit will der Bundesrat vor allem diejenigen Instrumente neu auf Gesetzesstufe verankern, die wie etwa die Kapitalmassnahmen (z.B. ein *Bail-In*) in die Rechte von Eignern und Gläubigern der Bank eingreifen. Vom 8. März bis 14. Juni 2019 führte der Bundesrat eine entsprechende Vernehmlassung[80] zu einer Teilrevision des BankG durch. Am 19. Juni 2020 verabschiedete er die Botschaft[81]. Das Inkrafttreten des teilrevidierten BankG ist frühestens per Anfang 2022 zu erwarten.

Mit einer Anpassung des Pfandbriefgesetzes[82] wird zudem die Funktionsfähigkeit des Schweizer Pfandbriefsystems bei Insolvenz oder Konkurs einer Mitgliedbank gestärkt.

Zum besseren Schutz der Einleger werden die Banken im Weiteren 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 Verwahrungsstelle. Auch wird die Frist zur Auszahlung der Gelder aus der Einlagensicherung verkürzt. Sie sollen innert sieben statt bisher 20 Tagen an den Konkursliquidator fliessen. Sobald dem Konkursliquidator die Zahlungsinstruktionen der Bankkunden vorliegen, erhalten diese ihre gesicherten Einlagen innert sieben Tagen ausgezahlt.

Schliesslich passte der Bundesrat das Bucheffektengesetz[83] an. Verwahrungsstellen von Bucheffekten sind danach verpflichtet, Eigen- und Kundenbestände getrennt zu führen. Führt die Verwahrungskette ins Ausland, so hat die letzte Schweizer Verwahrstelle Massnahmen zum Schutz der bei der ausländischen Verwahrstelle gebuchten Bucheffekten zu treffen.

---

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

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

81 Abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/61773.pdf>.

82 Pfandbriefgesetz (PfG) vom 25. Juni 1930 (SR 211.423.4).

83 Bundesgesetz über Bucheffekten (Bucheffektengesetz, BEG) vom 3. Oktober 2008 (SR 957.1).

f) Nachhaltiges Finanzwesen

aa) Finanzplatz Schweiz

Der Bundesrat sieht grosse Chancen für einen nachhaltigen Finanzplatz Schweiz. Er hat 2019 das Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF) beauftragt, in enger Zusammenarbeit mit dem Bundesamt für Umwelt (BAFU), bis Ende 2020 in den Bereichen Transparenz und Risikobewertung den Handlungsbedarf weiter zu vertiefen und gegebenenfalls gesetzlich Anpassungen vorzuschlagen. Dabei sind die Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes stetig verbessert wird und gleichzeitig der Finanzplatz einen effektiven Beitrag zur Nachhaltigkeit leisten kann. Am 26. Juni 2020 veröffentlichte der Bundesrat einen Bericht[84] und Leitlinien[85] zur Nachhaltigkeit im Finanzsektor.

Am 11. Dezember 2020 beschloss der Bundesrat konkrete Massnahmen für einen nachhaltigen Finanzstandort, namentlich in den folgenden Bereichen: (1) die Behörden sollen eine verbindliche Umsetzung der Empfehlungen der *Task Force on Climate-related Disclosures* (TCFD) für Schweizer Unternehmen der Gesamtwirtschaft erarbeiten.[86] Diese sollen aufzeigen, wie sie mit Klimarisiken in den Bereichen Governance, Strategie und Risikomanagement umgehen und welche Kennzahlen und Ziele sie benutzen; (2) bis im Herbst 2021 soll das SIF, in enger Zusammenarbeit mit dem BAFU, bei Bedarf dem Bundesrat Anpassungen im Finanzmarktrecht vorschlagen, welche das sog. *Greenwashing*, also das Vortäuschen nachhaltiger Geschäftstätigkeit im Umweltbereich, verhindern. Dabei ist die internationale Entwicklung, insb. in der EU, zu berücksichtigen, damit Schweizer Finanzprodukte exportfähig bleiben; (3) der Bundesrat empfiehlt den Finanzmarktakteuren Methoden und Strategien zu veröffentlichen, wie sie – entsprechend den bestehenden rechtlichen Treue- und Sorgfaltspflichten – Klima- und Umweltrisiken bei der Verwaltung von Vermögen ihrer Kundschaft berücksichtigen. Das SIF informiert den Bundesrat bis Ende 2022, ob und wie diese Empfehlung befolgt wird; und (4) die Schweiz baut ihr Engagement an internationalen Umweltkonferenzen und Initiativen weiter aus. Dabei wird der Schwerpunkt auf die Offenlegung von Umweltinformationen und die Internalisierung von Umweltkosten gelegt.

---

84 Abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/61902.pdf>.

85 Abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/61906.pdf>.

86 Vgl. zu Klimarisiken unten II.1.f)bb) und II.2.g).

bb) Klimarisiken

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

Am 12. Januar 2021 sicherte die Schweiz der Arbeitsgruppe zur Klimaberichterstattung ihre offizielle Unterstützung zu.[87]

g) Cyberrisiken

Damit der Bund seine aktive Rolle zum Schutz der Schweiz vor Cyberrisiken verstärkt wahrnehmen kann, hat der Bundesrat im Januar 2019 ein Kompetenzzentrum Cybersicherheit beschlossen. Am 27. Mai 2020 verabschiedete der Bundesrat die Verordnung über die Organisation des Bundes zum Schutz vor Cyberrisiken[88] und schaffte dadurch die rechtlichen Grundlagen für den Auf- und Ausbau des Nationalen Zentrums für Cybersicherheit (NCSC). Die Verordnung trat am 1. Juli 2020 in Kraft.

Das NCSC verantwortet die koordinierte Umsetzung der Nationalen Strategie zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken (NCS). Am 5. Oktober 2020 hat der Cyberausschuss des Bundesrates den Bericht zum Umsetzungsstand der NCS verabschiedet.[89] Die Umsetzung erfolgt plangemäss und wird wesentlich durch Akteure aus den Kantonen, der Wirtschaft, der Hochschulen und der Gesellschaft mitgetragen. Seit dem 1. Januar 2020 ist die Nationale Anlaufstelle im NCSC operativ. Sie nimmt Meldungen über Cybervorfälle aus der Bevölkerung und der Wirtschaft entgegen, analysiert diese und leitet sie an die zuständigen Stellen weiter.

---

87 Vgl. zur Transparenz von Klimarisiken auch unten II.2.g).

88 Verordnung über den Schutz vor Cyberrisiken in der Bundesverwaltung (Cyberrisikenverordnung, CyRV) vom 27. Mai 2020 (SR 120.73).

89 Bericht zum Umsetzungsstand der Nationalen Strategie zum Schutz der Schweiz vor Cyber-Risiken (NCS) 2018–2022, Stand erstes Quartal 2020, vom Oktober 2020, abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/63344.pdf>.

Die Schweiz kennt nur in einzelnen Sektoren Meldepflichten für Funktionsausfälle aber keine generelle Meldepflicht bei Cyberangriffen.[90] Der Austausch zu Cyberangriffen bei kritischen Infrastrukturen wie etwa Energieversorgung, Telekommunikation oder Finanz- und Versicherungswesen erfolgt auf freiwilliger Basis über das NCSC. Am 11. Dezember 2020 hat der Bundesrat das EFD beauftragt, bis Ende 2021 eine Vernehmlassungsvorlage betreffend die Einführung einer Meldepflicht bei Cyberangriffen für Betreiberinnen und Betreiber von kritischen Infrastrukturen auszuarbeiten, welche die rechtlichen Grundlagen für eine Meldepflicht für kritische Infrastrukturen bei Cyberangriffen und bei der Entdeckung von Sicherheitslücken schafft. Auf Gesetzesstufe soll dabei eine zentrale Meldestelle bezeichnet und für alle Sektoren einheitlich bestimmt werden.

h) Stable Coins

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 u.a. 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. 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.

[90] Vgl. zur Pflicht von Finanzinstituten zur Meldung von Cyber-Attacken unten II.2.i).

i) Blockchain / Distributed Ledger Technology

Im Dezember 2018 publizierte der Bundesrat einen Bericht[91] zu den rechtlichen Rahmenbedingungen für Blockchain und *Distributed Ledger Technologie* (DLT) im Finanzsektor. Der Bericht zeigte u.a. auf, dass der Schweizer Rechtsrahmen bereits heute gut geeignet ist, mit neuen Technologien inklusive DLT umzugehen. Er wies aber auch auf punktuellen Handlungsbedarf hin, weshalb der Bundesrat vom 22. März bis 30. Juni 2019 für eine Reihe von Anpassungen bestehender Gesetze eine Vernehmlassung durchführte.[92] 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[93] und am 25. September 2020 verabschiedete das Eidg. Parlament das entsprechende Gesetzespaket.[94] Vom 19. Oktober 2020 bis 2. Februar 2021 führte das EFD eine Vernehmlassung der vorgeschlagenen Anpassungen bei interessierten Kreisen durch.[95] Die Gesetzes- und Verordnungsänderungen werden vom Bundesrat voraussichtlich per 1. August 2021 in Kraft gesetzt. Eine frühere Inkraftsetzung ist hingegen für die vom Parlament bei der DLT-Vorlage beschlossenen Änderungen des FIDLEG und FINIG geplant.

---

91 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.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55150.pdf>.

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

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

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

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

Die vorgeschlagenen gesetzlichen Anpassungen umfassen insb. (1) im Obligationenrecht[96] wurde die Möglichkeit einer elektronischen Registrierung von qualifizierten Wertrechen geschaffen, welche die Funktionen von Wertpapieren gewährleisten kann. Mit dieser Anpassung des Wertpapierrechts wird der Handel von Rechten mittels elektronischen Registern auf eine sichere rechtliche Basis gestellt. In der Folge wurden im Bucheffektengesetz (BEG) die entsprechenden Anpassungen nachvollzogen; (2) im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs[97] wurde die Aussonderung kryptobasierter Vermögenswerte im Fall eines Konkurses aus der Konkursmasse sowie die Aussonderung von Daten gesetzlich ausdrücklich geregelt; (3) im Finanzmarktinfrastrukturgesetz[98] wurde eine neue Bewilligungskategorie für „DLT-Handelssysteme" geschaffen, die sowohl im Handel- als auch im Bereich der Abrechnung, Abwicklung und Verwahrung Dienstleistungen anbieten kann und nebst regulierten Finanzmarktakteuren auch Privatkundinnen und -kunden offensteht. Mit Blick auf die Integrität des Finanz- und Wirtschaftsstandorts wurden die bewilligungspflichtigen DLT-Handelssysteme auch dem Geldwäschereigesetz[99] unterstellt; sowie (4) ergänzend wird es aufgrund einer Anpassung des FINIG neu möglich, spezifisch für den Betrieb eines Organisierten Handelssystems eine Bewilligung als Wertpapierhaus einzuholen.

j) 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)[100]. Vom 26. Juni bis 17. Oktober 2019 führte der Bundesrat eine entsprechende Ver-

---

96 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

97 Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889 (SR 281.1).

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

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

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

nehmlassung durch.[101] Am 19. August 2020 verabschiedete der Bundesrat eine entsprechende Botschaft zur Änderung des KAG.[102] Das Inkrafttreten des geänderten KAG ist frühestens per Anfang 2022 zu erwarten.

Mit der Vorlage werden gewisse kollektive Kapitalanlagen von der Bewilligungs- und Genehmigungspflicht durch die Aufsichtsbehörde befreit. Bedingung dafür ist, dass sie ausschliesslich qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern und nicht dem breiten Publikum offenstehen. Zudem sind sie von Instituten zu verwalten, die durch die FINMA beaufsichtigt werden. Derartige kollektive Kapitalanlagen werden als *Limited Qualified Investor Funds* (L-QIF) bezeichnet. Diese neue Fondskategorie soll dafür sorgen, dass künftig vermehrt kollektive Kapitalanlagen in der Schweiz aufgelegt werden und ein grösserer Teil der Wertschöpfungskette in der Schweiz verbleibt.

Die Bestimmungen des KAG gelten grundsätzlich auch für den L-QIF. Auch muss sich der L-QIF prüfen lassen. Für den L-QIF kommen allerdings spezifische Anlagevorschriften zur Anwendung. Diese sind mit Blick auf das Ziel der Innovationsförderung und den beschränkten Anlegerkreis allerdings sehr offen ausgestaltet. Die Tatsache, dass der L-QIF nur qualifizierten Anlegerinnen und Anlegern offensteht, trägt dem Anlegerschutz Rechnung.

2. Finanzmarktaufsicht (FINMA)

a) Strategische Ziele 2021 bis 2024

Am 18. November 2020 veröffentlichte die FINMA ihre, vom Bundesrat genehmigten, strategischen Ziele für die Periode 2021 bis 2024.[103] In der Analyse der vorangegangenen Strategieperiode 2017–2020 hat die FINMA festgestellt, dass bezüglich der Stabilität die Finanzinstitute wichtige Fortschritte gemacht wurden, die mitunter dazu geführt haben, dass der Finanzplatz Schweiz in der Corona-Krise eine hohe Widerstandsfähigkeit aufweist. Die strategischen Ziele 2021–2024 stehen deshalb in diesem Bereich im Zeichen der Kontinuität. Folgende zehn Ziele hat sich die FINMA für die Periode 2021–2024 gesetzt: (1) Kapital und Liquidität: Die FINMA sorgt für die Stabilität der beaufsichtigten Finanzinstitute; (2) Geschäftsverhalten: Die FINMA nimmt nachhaltig positiven Einfluss auf das Geschäftsverhalten der beaufsichtigten Finanzinstitute;

---

101 Abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/57519.pdf>.

102 Abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/62388.pdf>.

103 Abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/news/2020/11/20201118-mm-strategische-ziele-2021-2024/>.

(3) Risikomanagement und Corporate Governance: Die FINMA setzt sich dafür ein, dass die beaufsichtigten Finanzinstitute ein vorbildliches Risikomanagement betreiben, und fördert mit ihrer Aufsichtstätigkeit eine verantwortungsvolle Corporate Governance; (4) *Too big to fail*: Die gesetzlich vorgesehenen Pläne werden fertiggestellt, um eine dauerhafte Entschärfung des *Too-big-to-fail*-Risikos zu bewirken; (5) Strukturwandel: Die FINMA setzt sich dafür ein, dass das Finanzsystem angesichts der bevorstehenden strukturellen Veränderungen robust bleibt und seine Kunden von neuen Möglichkeiten profitieren können, ohne zusätzlichen Risiken ausgesetzt zu sein; (6) Innovation: Die FINMA unterstützt die Innovation auf dem Finanzplatz Schweiz; (7) Nachhaltigkeit: Die FINMA trägt zur nachhaltigen Entwicklung des Finanzplatzes Schweiz bei, indem sie insb. klimabezogene Finanzrisiken in ihre Aufsichtstätigkeit einbezieht; (8) Internationale Zusammenarbeit und Regulierung: Die FINMA unterstützt die Gleichwertigkeit der Schweizer Finanzmarktregulierung mit internationalen Standards. Sie bringt die Schweizer Interessen aktiv in die internationalen Gremien ein und setzt sich für glaubwürdige internationale Standards ein; (9) Ressourcen: Der Bedarf an Ressourcen richtet sich nach dem Aufwand, der für die effiziente Erfüllung des erweiterten gesetzlichen Auftrags der FINMA erforderlich ist; und (10) Mitarbeitende: Die Mitarbeitenden der FINMA sind hoch qualifiziert und bilden sich laufend weiter.

b) Corona-Krise

Die von der Corona-Krise ausgelöste Situation hatte einen signifikanten Einfluss auf die Finanzmärkte und die Realwirtschaft.[104]

Am 19. März 2020 wies die FINMA darauf hin, dass sie die Regelungen, die das physische und elektronische Umfeld eines Handelsraums betreffen so auslegen wird, dass Arbeit von zuhause aus (*remote*) auch hier breit möglich ist. Die erforderlichen Überwachungsmassnahmen können weitgehend elektronisch umgesetzt werden. Ausserdem gewährte die FINMA den Instituten bei Datenerhebungen zum Effektenhandel längere Fristen. Sie wird insb. nicht darauf bestehen, Daten in Journalform innerhalb von drei Arbeitstagen zu erhalten.

Im Zuge der COVID-19-Krise kommunizierte die FINMA punktuelle Erleichterungen und Erläuterungen zur Anwendung bestimmter Regulierungen, die die Beaufsichtigten bei der Krisenbewältigung unterstützen sollen.[105] Diese

---

104 Vgl. zu Massnahmen auf Bundesebene bereits oben II.1.a).

105 Siehe FINMA-Aufsichtsmitteilungen betr. Erleichterungen für Beaufsichtigte infolge der COVID-19-Krise: 02/2020 vom 31. März 2020; 03/2020 vom 7. April 2020; 04/2020 vom 14. April 2020; 06/2020 vom 19. Mai 2020; 07/2020 vom 2. Oktober 2020.

Erleichterungen und Erläuterungen betrafen etwa die Behandlung der bundesgarantierten COVID-19-Kredite im Rahmen der Eigenmittel- und Liquiditätsvorschriften, die Anwendung des *Expected-Credit-Loss*-Ansatzes nach IFRS 9, die Erstreckung der Fristen im Derivatehandel für Ersteinschusszahlungen für nicht zentral abgerechnete OTC-Derivate für gewisse Gegenparteien um ein Jahr, die Handhabung der Laufzeiten der im Rahmen der SNB-COVID-19-Refinanzierungsfazilität (CRF) bezogenen Darlehen zur Berechnung der Finanzierungsquote (*net stable funding ratio*, NSFR), bis zum 1. Juli 2020 befristete Erleichterungen bei der Risikoverteilung sowie im Marktrisiko-Modellansatz zur Abschwächung der volatilitätsbedingten Prozyklizität, bis zum 1. Januar 2021 befriste Erleichterungen bei der *Leverage Ratio*, sowie bis zum 30. Juni 2021 befristete Erleichterungen gewisser Identifikationspflichten bei der Eröffnung von neuen Beziehungen mit Kunden im Ausland nach der Geldwäschereiregulierung.

c) Risikomonitor

Am 11. November 2020 veröffentlichte die FINMA ihren zweiten Risikomonitor.[106] Mit diesem Bericht gibt die FINMA einen Überblick über die aus ihrer Sicht aktuell bedeutendsten Risiken für die Beaufsichtigten und beschreibt den daraus abgeleiteten Fokus der Aufsichtstätigkeit. Das Jahr 2020 war klar von der Corona-Pandemie geprägt. Diese schlug sich auch spürbar auf die Risikobereitschaft in der Finanzindustrie nieder. Die Pandemie setzte auch das Finanzsystem unter erhebliche Spannung. Daraus ergeben sich neue Risiken für die Schweizer Finanzinstitute. So wären wiederkehrende COVID-19-bezogene Marktturbulenzen und ein dadurch ausgelöster Liquiditätsrückgang ein kurzfristig bedeutendes Risiko für die Finanzinstitute. Zudem verstärkt die Pandemie teilweise die bereits bestehenden Risiken. 2020 identifizierte die FINMA sieben Hauptrisiken. Das ist eines mehr als 2019.

Das von der FINMA neu als Hauptrisiko aufgeführte Risiko betrifft drohende Ausfälle oder Korrekturen bei Unternehmenskrediten und -anleihen im Ausland. Solche Ausfälle werden wahrscheinlicher, da gesundheitspolitische weltweite Rezession droht. Die 2019 als Hauptrisiken beurteilten Themen bleiben aus Sicht der FINMA für die Beaufsichtigten und den Finanzplatz Schweiz weiter zentral: (i) das anhaltende Niedrigzinsumfeld; (ii) eine Korrektur am

---

[106] Abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/news/2020/11/20201111-mm-risikomonitor-2020/>.

Immobilien- und Hypothekarmarkt; (iii) Cyberangriffe[107]; (iv) ein ungeordneter Wegfall der LIBOR-Referenzzinssätze[108]; (v) die Geldwäscherei; und (vi) ein erschwerter grenzüberschreitender Marktzugang.

d) Finanzmarktarchitektur

aa) Ausführungsregulierung zum FIDLEG und FINIG

Das neue FIDLEG und das neue FINIG traten zusammen mit den vom Bundesrat verabschiedeten Vollzugsverordnungen (FIDLEV, FINIV und AOV) am 1. Januar 2020 in Kraft.[109] Am 7. Februar 2020 legte die FINMA Ausführungsbestimmungen zu diesem Legislativpaket vor und führte hierzu vom 7. Februar bis 9. April 2020 eine öffentliche Anhörung durch.[110] Am 12. November 2020 erliess die FINMA die Folgeregulierung. Dafür erliess sie neben Anpassungen an bestehenden FINMA-Verordnungen[111] und Rundschreiben[112] eine neue Finanzinstitutsverordnung-FINMA (FINIV-FINMA)[113]. Zudem hob sie drei nicht mehr benötigte Rundschreiben auf.[114] Diese Anpassungen traten am 1. Januar 2021 in Kraft.

Die neue FINIV-FINMA regelt die Einzelheiten der Berufshaftpflichtversicherung für Vermögensverwalter, Trustees und Verwalter von Kollektivvermögen, Details zur Berechnung der *de-minimis*-Schwelle im Zusammenhang mit der

---

107 Vgl. unten II.2.i).

108 Vgl. unten II.2.f).

109 Vgl. hierzu bereits oben II.1.c)aa).

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

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

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

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

114 FINMA-Rundschreiben 2008/5 „Effektenhändler"; FINMA-Rundschreiben 2010/2 „Repo/SLB"; FINMA-Rundschreiben 2013/9 „Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen".

Bewilligung als Vermögensverwalter, sowie zum Risikomanagement und zum internen Kontrollsystem für Verwalter von Kollektivvermögen. Zudem senkt die FINMA in der Geldwäschereiverordnung-FINMA (GwV-FINMA) den Schwellenwert für die Kundenidentifikation bei Wechselgeschäften in Kryptowährungen von 5'000 auf 1'000 Schweizer Franken. Damit werden Mitte 2019 beschlossene, internationale Vorgehen umgesetzt und den erhöhten Geldwäschereirisiken in diesem Bereich Rechnung getragen.

bb) Aufsichtsorganisationen (AO)

Mit dem FINIG und dem FIDLEG änderte sich die Aufsicht über Vermögensverwalter und Trustees sowie die Registrierung von unabhängigen Kundenberatern auf dem Schweizer Finanzplatz.[115]

Unabhängige Vermögensverwalter und Trustees unterstehen der Aufsicht durch Aufsichtsorganisationen (AO), welche wiederum durch die FINMA bewilligt und beaufsichtigt werden.[116] Derzeit sind fünf AO von der FINMA bewilligt.[117] Vermögensverwalter und Trustees müssen bis Ende 2022 eine Bewilligung der FINMA beantragen und dafür nachweisen, dass sie einer AO angeschlossen sind. Die Vermögensverwalter und Trustees mussten sich bis am 30. Juni 2020 bei der FINMA melden. Die FINMA erhielt bis zu diesem Stichtag Meldungen von 1,934 Vermögensverwaltern und von 272 Trustees, die an einer Bewilligung interessiert sind. Bis zum Entscheid über die Bewilligung können sie ihre Tätigkeit fortführen, sofern sie auch einer Selbstregulierungsorganisation angeschlossen sind. Vermögensverwalter und Trustees, die 2020 neu ihre Tätigkeit aufnehmen, müssen sich unverzüglich bei der FINMA melden. Sie müssen sich spätestens bis 6. Juli 2021 einer AO angeschlossen haben und ein Bewilligungsgesuch stellen.

Registrierungsstellen führen gem. FIDLEG[118] ein Beraterregister. Die FINMA ist für die Zulassung, jedoch nicht für eine prudenzielle Beaufsichtigung der Registrierungsstellen zuständig. Derzeit sind drei Registrierungsstellen von der FINMA bewilligt.[119] Die Registrierungsstellen prüfen, ob die eingetragenen Kundenberater über die notwendigen Aus- und Weiterbildungen verfügen. Bis

---

115 Vgl. hierzu bereits oben II.1.c)aa).

116 Art. 43a ff. FINMAG; Art. 61 f. FINIG.

117 Liste der bewilligten AO abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/bewilligung/aufsichtsorganisationen/>.

118 Art. 28 ff. FIDLEG.

119 Liste der bewilligten Registrierungsstellen abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/news/2020/10/20201028-mm-finig-fidleg/>.

am 20. Januar 2021 mussten sich Kundenberaterinnen und Kundenberater von Finanzdienstleistern, die keiner Aufsicht unterstehen und ihre Dienstleistung in der Schweiz erbringen, in das Beraterregister eintragen.

cc) Prospektprüfstellen

Per 1. Juni 2020 erteilte die FINMA der BX Swiss AG und der SIX Exchange Regulation AG die Zulassung als Prüfstelle für Prospekte. Die gem. dem FIDLEG regulierten Prüfstellen haben die Aufgabe, die im Zusammenhang mit einem öffentlichen Angebot von Effekten oder einer Zulassung von Effekten zum Handel an einer Börse zu veröffentlichenden Prospekte vorgängig auf Vollständigkeit, Kohärenz und Verständlichkeit zu prüfen und zu genehmigen. Damit soll eine einheitliche und angemessene Qualität der Prospekte gewährleistet werden. Mit der Zulassung der beiden Prüfstellen müssen nun seit dem 1. Dezember 2020 vor einem öffentlichen Angebot von Effekten oder eine Zulassung von Effekten zum Handel an einer Börse Prospekte veröffentlicht werden, die vorgängig von einer dieser Prüfstellen genehmigt worden sind.

e) Banken

aa) Liquidität

Im November 2019 beschloss der Bundesrat die Einführung der Finanzierungsquote für Banken (*net stable funding ratio*, NSFR).[120] Dies machte Anpassungen im FINMA-Rundschreiben „Liquiditätsrisiken – Banken“[121] erforderlich. Vom 4. Mai bis 13. Juli 2020 führte die FINMA eine entsprechende Anhörung durch und veröffentlichte am 12. November 2020 das teilrevidierte FINMA-Rundschreiben. Es tritt gleichzeitig mit den Anpassungen der Liquiditätsverordnung am 1. Juli 2021 in Kraft.

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

bb) Rechnungslegung

Die FINMA ist die Rechnungslegungsstandardsetzerin für Banken in der Schweiz. Vom 18. März bis 18. Juni 2019 führte die FINMA eine Anhörung

120 Vgl. hierzu oben II.1.e)cc).

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

zur Neugestaltung der Rechnungslegung für Banken durch. Das neue Regelwerk umfasst eine Rechnungslegungsverordnung-FINMA[122], ein neues FINMA-Rundschreiben „Rechnungslegung Banken“[123] sowie eine partielle Anpassung des FINMA-Rundschreibens „Anrechenbare Eigenmittel – Banken“[124]. 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 Regelwerk führte 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 gelten, 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.

f) Finanzielle Referenzwerte – Ablösung des LIBOR

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

Seither arbeiten Behörden und der Privatsektor an der notwendigen Transition. Die FINMA erachtet das Ende des LIBOR als eines der grössten opera-

---

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

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

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

tionellen Risiken für ihre Beaufsichtigten.[125] Der volumenmässig grösste Anteil der weiterhin an den LIBOR gebundenen Verträge sind Over-the-Counter-Derivate (OTC-Derivate). Die FINMA stellte im Juni 2020 in einer Erhebung bei Schweizer Instituten fest, dass OTC-Derivate mit einem Volumen von über 11.5 Billionen Franken über das Jahr 2021 hinaus vertraglich an den LIBOR gebunden sind.

Am 9. Oktober 2020 kündigte die International Swaps and Derivatives Association (ISDA) ihre IBOR-Rückfalldokumente für OTC-Derivate an.[126] Die FINMA empfiehlt den betroffenen Beaufsichtigten, das Rückfallprotokoll und die erwarteten äquivalenten Änderungen der Schweizer Rahmenverträge für OTC-Derivate frühestmöglich zu unterschreiben.[127] Nach dem Inkrafttreten der ISDA-Rückfalldokumente im Januar 2021 sollten keine neuen LIBOR OTC-Derivateverträge ohne robuste Rückfallklauseln eingegangen werden.

Die FCA und die IBA veröffentlichten am 18. November 2020 Informationen zum Wegfall des LIBOR in CHF, EUR, GBP und JPY[128] und am 30. November 2020 solche zum Wegfall des LIBOR in USD.[129]

Am 4. Dezember 2020 veröffentlichte die FINMA einen Fahrplan für die Ablösung des LIBOR und gab Empfehlungen, damit sich die betroffenen Beaufsichtigten auf die Ende 2021 anstehenden Veränderungen vorbereiten können.[130]

g) Nachhaltige Finanzdienstleistungen – Klimarisiken

Auswirkungen des Klimawandels können für Finanzinstitute längerfristig bedeutende finanzielle Risiken bergen. Bei klimabezogenen Finanzrisiken sind die Finanzinstitute bisher unterschiedlich transparent. Zur Schaffung von mehr Transparenz konkretisiert die FINMA daher für grosse Finanzmarktak-

---

125 Vgl. hierzu Risikomonitor oben II.2.c).

126 ISDA Veröffentlichung abrufbar unter <https://www.isda.org/2020/10/09/isda-board-statement-on-the-ibor-fallbacks-supplement-and-protocol/>.

127 FINMA-Aufsichtsmitteilung 8/2020 „LIBOR-Ablösung im Derivatebereich" vom 16. Oktober 2020.

128 Abrufbar unter <https://ir.theice.com/press/news-details/2020/ICE-Benchmark-Administration-to-Consult-On-Its-Intention-to-Cease-the-Publication-of-GBP-EUR-CHF-and-JPY-LIBOR/default.aspx>.

129 Abrufbar unter <https://ir.theice.com/press/news-details/2020/ICE-Benchmark-Administration-to-Consult-on-Its-Intention-to-Cease-the-Publication-of-One-Week-and-Two-Month-USD-LIBOR-Settings-at-End-December-2021-and-the-Remaining-USD-LIBOR-Settings-at-End-June-2023/default.aspx>.

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

teure die Offenlegungsregeln zu diesen Risiken. Eine ausführliche und einheitliche Offenlegung von klimabezogenen Finanzrisiken unterstützt eine angemessene Auseinandersetzung mit den Risiken und fördert die Vergleichbarkeit sowie die Marktdisziplin.[131] Vom 10. November 2020 bis 19. Januar 2021 führte die FINMA eine öffentliche Anhörung zu Anpassungen im FINMA-Rundschreiben „Offenlegung Banken"[132] durch.

Ziel der Anpassungen ist eine proportionale und prinzipienbasierte Ausgestaltung der Offenlegung. Systemrelevante Banken sollen ihre klimabezogenen Finanzrisiken transparent machen. Der Regulierungsansatz orientiert sich inhaltlich an den international breit anerkannten Empfehlungen der *Task Force on Climate-related Financial Disclosures* (TCFD)[133] sowie den Empfehlungen zur Offenlegung von klimabezogenen Informationen in der EU.[134] Folgende prinzipienbasierte Elemente sollen inhaltlich in der neuen Offenlegung abgedeckt und offengelegt werden: (i) Governance: Beschrieb, wie der Verwaltungsrat seine Oberaufsicht in Bezug auf klimabezogene Finanzrisiken wahrnimmt; (ii) Strategie: Beschrieb der identifizierten wesentlichen klimabezogenen Finanzrisiken: kurz-, mittel- und langfristige Risiken sowie deren Einfluss auf die Geschäftsstrategie, das Geschäftsmodell und die Finanzplanung; (iii) Risikomanagement: Beschrieb des Risikomanagement-Prozesses für die Identifizierung, Bewertung und Behandlung von klimabezogenen Finanzrisiken; sowie (iv) Quantitative Angaben zu den klimabezogenen Finanzrisiken und die dafür verwendeten Methodologien.

h) Video- und Online-Identifizierung

Seit der Inkraftsetzung des FINMA-Rundschreibens „Video- und Online-Identifizierung"[135] ist der technologische Wandel weiter fortgeschritten. Die FINMA trägt diesen Entwicklungen Rechnung und führte vom 16. November

---

131 Vgl. zur Transparenz von Klimarisiken auch oben II.1.f)bb).

132 FINMA-Rundschreiben 2016/1 „Offenlegung Banken".

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

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

135 FINMA-Rundschreiben 2016/7 „Video- und Online-Identifizierung".

2020 bis 1. Februar 2021 eine Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens durch, um die Innovationsfähigkeit, Technologieneutralität und effektive Geldwäschereibekämpfung weiter sicherzustellen.

Konkret soll den Finanzintermediären ermöglicht werden, ihre Identifizierungsprozesse auf mind. gleichbleibendem Sicherheitsniveau weiter zu automatisieren und deren Skalierung zu verbessern. Dafür steht den Finanzintermediären neu eine zusätzliche Möglichkeit zur Online-Identifizierung zur Verfügung, nämlich das Auslesen und Prüfen von Daten auf dem Chip des biometrischen Passes.

i) Cyberrisiken

Die Gefahr von Cyber-Attacken[136] auf den Schweizer Finanzplatz erachtet die FINMA als weiterhin sehr hoch.[137] Dabei stehen beaufsichtigte Institute der FINMA im Visier von Cyber-Kriminellen, die es nebst monetären Interessen auch auf die Beeinträchtigung der Verfügbarkeit, Vertraulichkeit und Integrität von kritischer Technologieinfrastruktur und sensitiven Informationen abgesehen haben. Vor allem in besonderen Stress-Situationen, wie die aktuelle COVID-19 Pandemie, besteht eine erhöhte Gefahr von Cyber-Attacken. Cyber-Kriminelle nutzen die Phase der Verunsicherung, passen ihre Angriffsstrategien der aktuellen Situation an und belasten so die bereits geforderten Unternehmen zusätzlich.

Am 7. Mai 2020 veröffentlichte die FINMA eine Aufsichtsmitteilung „Meldepflicht von Cyber-Attacken gem. Art. 29 Abs. 2 FINMAG“[138] in der die FINMA alle beaufsichtigten Institute an die gesetzliche Anforderung einer unverzüglichen Meldung von Vorkommnissen erinnert. Eine unverzügliche Meldung an die FINMA bedeutet, dass der betroffene Beaufsichtigte bei Feststellung einer solchen Cyber-Attacke, und einer Erstbeurteilung über dessen Kritikalität, innerhalb von 24 Stunden die FINMA über den zuständigen (*Key*)-*Account Manager* vororientiert. Die eigentliche Meldung soll innerhalb von 72 Stunden erfolgen.

---

136 Cyber-Attacken sind Angriffe aus dem Internet und vergleichbaren Netzen, auf die Integrität, die Verfügbarkeit und die Vertraulichkeit der Technologieinfrastruktur, insb. in Bezug auf kritische und/oder sensitive Daten und IT-Systeme.

137 Vgl. oben II.2.c).

138 FINMA-Aufsichtsmitteilung 05/2020 „Meldepflicht von Cyber-Attacken gem. Art. 29 Abs. 2 FINMAG“ vom 7. Mai 2020.

j) Direktübermittlung

Das FINMA-Rundschreiben „Direktübermittlung“ trat am 1. Januar 2017 in Kraft.[139] Es dient dem direkten, rechtssicheren und zeitnahen Austausch von Informationen zwischen Beaufsichtigten und ausländischen Behörden. Bereits bei der Verabschiedung kündigte die FINMA an, das Rundschreiben zwei Jahre nach Inkrafttreten zu evaluieren. Entsprechend führte die FINMA von Juli bis September 2019 eine Ex-post-Evaluation durch. Vom 20. August bis 15. Oktober 2020 führte die FINMA eine Anhörung zur Teilrevision des Rundschreibens durch.

Die vorgeschlagene Teilrevision sieht die Ergänzung der Liste amtshilfefähiger ausländischer Behörden vor. Neu sollen in diese Liste auch ausländische Behörden aufgenommen werden, mit welchen die FINMA bilaterale und für die Amtshilfe hinreichende Kooperationsvereinbarungen abgeschlossen hat.

k) Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung – 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. 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.

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).

---

139 FINMA-Rundschreiben 2017/6 „Direktübertragung“.

l) Prüfwesen – 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 ERV 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 gem. 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.[140] In der Schweiz gibt es rund 200 Banken und Wertpapierhäuser der Aufsichtskategorie 4 und 5, die sich für die Teilnahme am Kleinbankenregime bewerben können. Per Ende Januar 2020 meldeten sich 70 Banken zur Teilnahme am Kleinbankenregime an, 64 von ihnen erfüllten die Kriterien und wurden rückwirkend auf Anfang 2020 zum Kleinbankenregime zugelassen. Die FINMA passte diverse Rundschreiben an.[141]

3. SIX Swiss Exchange

a) Kotierung – Finanzmarktarchitektur

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

Bis zum Ablauf der Übergangsfrist (Art. 109 FIDLEV) bestand für Gesuchsteller weiterhin die Möglichkeit, Gesuche gem. den altrechtlichen Regularien ein-

140 Zur Revision der ERV vgl. bereits oben II.1.e)bb).

141 FINMA-Rundschreiben: 2018/3 „Outsourcing – Banken und Versicherer“; 2008/21 „Operationelle Risiken – Banken“; 2017/1 „Corporate Governance – Banken“; 2016/1 „Offenlegung – Banken“; 2019/1 „Risikoverteilung – Banken“; 2017/7 „Kreditrisiken – Banken“; 2011/2 „Eigenmittelpuffer und Kapitalplanung Banken“; 2015/2 „Liquitiätsrisiken – Banken“.

zureichen. Die Pflicht zur Veröffentlichung eines genehmigten FIDLEG-Prospekts gilt seit dem 1. Dezember 2020.[142] Die neuen prospektrechtlichen Vorschriften haben u.a. bei folgenden Regularien Änderungen zur Folge: Kotierungsreglement (KR), Zusatzreglement Exchange Traded Products (ZRETP), Zusatzreglement Anleihen (ZRA), Richtlinie Regelmeldepflichten (RLRMP) und Richtlinie Rechnungslegung (RLR).

b) Verjährung und Publikation

Die Verfahrensordnung (VO) regelt das Verfahren zur Untersuchung und Sanktionierung von Verletzungen der Regularien der Handelsplätze von SIX. Um den regulatorischen Entwicklungen im Ausland Rechnung zu tragen, wird die Frist in Ziff. 2.5 Abs. 1 VO zur Einleitung eines Sanktionsverfahrens von zwei auf drei Jahre verlängert.[143] Ziff. 6 Abs. 8 VO sieht ergänzend vor, dass rechtskräftige Entscheide der Sanktionskommission gegen Teilnehmer auf Antrag von Surveillance & Enforcement der Öffentlichkeit in gekürzter, nicht anonymisierter Form mitgeteilt werden können. Die revidierte Verfahrensordnung trat am 1. April 2020 in Kraft.

c) Handel zum Schlusskurs (trading-at-last)

Per 22. Juni 2020 führte die SIX Swiss Exchange eine neue Handelsperiode „Handel zum Schlusskurs" (*trading-at-last*, TAL) ein.[144] Der „Handel zum Schlusskurs" findet jeweils unmittelbar nach der Schlussauktion um 17:30 Uhr (MEZ) statt und dauert bis 17:40 Uhr (MEZ).

Der Emittent informiert den Markt mit potenziell kursrelevantem Inhalt nach Möglichkeit 90 Minuten vor Handelsbeginn oder nach Handelsschluss. Mit Einführung von „Handel zum Schlusskurs" fällt der Handelsschluss der Börse neu auf 17:40 Uhr (MEZ). Damit verlängert sich die handelskritische Zeit um 10 Minuten. Seit 22. Juni 2020 sind daher Ad hoc-Mitteilungen vor 7:30 Uhr (MEZ) oder nach 17:40 Uhr (MEZ) zu publizieren.

---

142 Vgl. bereits oben II.2.d)cc).

143 Mitteilung des Regulatory Board Nr. 1/2020 „Anpassung der Verfahrensordnung betreffend Verjährung und Publikation" vom 3. März 2020.

144 Mitteilung Nr. 2/2020 „Einführung Trading-At-Last: Anpassung der Publikationszeit von Ad hoc-Mitteilungen" vom 20. Mai 2020.

d) Rechnungslegung

aa) Anerkennung des chinesischen Rechnungslegungsstandards ASBE

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 u.a. 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 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 Rechnungslegung[145] trat am 1. Januar 2020 in Kraft.

bb) Rechnungslegungsstandard EWR-IFRS

Emittenten ohne Sitz in der Schweiz können in Übereinstimmung mit der Richtlinie Rechnungslegung (RLR) ihre Abschlüsse gem. den IFRS, wie sie in der EU anzuwenden sind (EU-IFRS), erstellen. Für Emittenten mit Sitz in einem EWR-Staat sind die EU-IFRS allerdings nicht direkt anwendbar, sondern werden in einem separaten Rechtsakt in den EWR-Rechtsbestand überführt (EWR-IFRS). In diesem Übernahmeverfahren werden die Standards nicht verändert. EWR-IFRS sind deshalb materiell identisch mit EU-IFRS. Um Emittenten aus dem EWR-Raum die ersuchte Rechtssicherheit zu gewährleisten wurde Anhang 1 Ziff. 2 lit. A RLR dahingehend geändert, dass neben den EU-IFRS auch die EWR-IFRS für ausländische Emittenten zugelassen sind.[146] Die revidierte RLR trat am 1. Februar 2021 in Kraft.

---

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

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

Versicherungsrecht

Helmut Heiss/Violeta Kuzmanovic/Laura P. Zilio

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Helmut Heiss/Violeta Kuzmanovic/Laura P. Zilio) 48
1. RL 2009/138/EG (Solvabilität II) 48
2. Entwicklungen seit der EU-Versicherungsvertriebsrichtlinie (Insurance Distribution Directive, IDD) 48
3. Verordnung (EU) 2019/1238 vom 20. Juni 2019 über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP) 48
4. Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Versicherungssektor 49
5. Verbandsklagen 50
6. Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht 50
a) EuGH v. 27. Februar 2020 Rs. C-25/19 (Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung) 50
b) EuGH v. 2. April 2020 Rs C-20/19 (Lebensversicherung) 51
c) EuGH v. 14. Mai 2020 Rs. C-667/18 (Rechtsschutzversicherung) 52
d) EuGH v. 14. November 2020 Rs. C-427/19 53
7. Brexit 53
a) Ablauf der Übergangsfrist und Handelsabkommen EU – VK 53
b) Versicherungen und Versicherungsvermittlung im Handelsabkommen 54
c) Ausscheiden des VK aus der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen und dem LugÜ 2007: Folgen im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten und zur Schweiz 54
d) Versicherungsabkommen VK – CH 57

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2020 (Helmut Heiss/Violeta Kuzmanovic) 58
1. Revision VVG 58
a) Anzeigepflichtverletzung 58
b) Obliegenheitsverletzungen 59
c) Direktes Forderungsrecht und Einredeausschluss 60
d) Professionelle Versicherungsnehmerinnen und -nehmer 61
2. Revision VAG 62
a) Sanierungsverfahren 62
b) Vermittlerrecht 63
c) Kundenschutzbasiertes Regulierungs- und Aufsichtskonzept 64

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

1. RL 2009/138/EG (Solvabilität II)

Das Jahr 2020 begann mit einem sichtbaren Impuls zur Überarbeitung der RL 2009/138/EG (Solvabilität II). Die Europäische Kommission veranstaltete am 29. Januar 2020 eine Konferenz, an der führende Persönlichkeiten nicht zuletzt von EIOPA relevante Themen aufbereiteten. COVID-19 verursachte jedoch auch in diesem Bereich Verzögerungen. Noch kurz vor Weihnachten legte dann allerdings EIOPA ihre „Opinion on the 2020 Review of Solvency II" vor.[1] Dieses Papier legt auf 100 Seiten[2] die Vorstellungen von EIOPA zu einer Überarbeitung der RL 2009/138/EG (Solvabilität II) dar. Behandelt werden folgende Themen: 1. Extrapolation of interest rates; 2. Matching adjustment and volatility adjustment; 3. Transitional measures; 4. Risk margin; 5. Capital Markets Union aspects; 6. Dynamic volatility adjustment; 7. Solvency Capital Requirement standard formula; 8. Risk-mitigation techniques; 9. Minimum Capital Requirement; 10. Macro-prudential issues; 11. Recovery and resolution; 12. Insurance guarantee schemes; 13. Freedom of Services and Freedom of Establishment; 14. Group supervision; 15. Reporting and disclosure; 16. Proportionality and thresholds; 17. Best estimate; 18. Own funds; 19. Reducing reliance on external ratings.

2. Entwicklungen seit der EU-Versicherungsvertriebsrichtlinie (Insurance Distribution Directive, IDD)

Seit der Umsetzung der EU-Versicherungsvertriebsrichtlinie[3] im Februar 2018 gab es im Berichtszeitraum diesbezüglich keine weiteren Entwicklungen.

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

Die Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge (EIOPA) unterbreitete der Kommission am 14. August 2020 eine Reihe von Entwürfen für technische Regulierungs- und Durchführungsstandards sowie ihre Empfehlungen für delegierte Rechtsakte

---

1 EIOPA, Opinion on the 2020 Review of Solvency II, EIOPA-BoS-20/749 vom 17. Dezember 2020.

2 Hinzu kommen ausserdem mehrere Anhänge und weitere Dokumente; alle Dokumente sind unter <www.eiopa.europa.eu/content/opinion-2020-review-of-solvency-ii_en> abrufbar.

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

zur Umsetzung des Rahmens für die Gestaltung und Bereitstellung des paneuropäischen Pensionsprodukt (PEPP)[4].[5] Damit kann mit der Umsetzung der Verordnung vorangeschritten werden.

4. Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Versicherungssektor

Als Reaktion auf den Ausbruch der COVID-19-Pandmie, erliess die EOPIA am 20. März 2020 gestützt auf die Solvency II-Richtlinie und die EOPIA-Leitlinien Empfehlungen für den Versicherungssektor, namentlich zur aufsichtlichen Flexibilität in Bezug auf Fristen für die aufsichtliche Berichterstattung und Offenlegung Coronavirus/Covid-19.[6] Diese Empfehlungen haben zum Zweck, den Versicherungsbehörden längere Fristen für die Berichterstattung zu gewähren.

Am 30. September 2020 veröffentlichte die EOPIA sodann ihre Arbeitsprioritäten für 2021–2023, worin sie die aktuelle Marktsituation vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie berücksichtigt.[7] COVID-19-Krisenmanagement, Risikominderung und die aktive Unterstützung der Erholung der europäischen Wirtschaft werden die Hauptschwerpunkte sein. Darüber hinaus wird EIOPA weiterhin an einer Reihe von Aktivitäten in den Bereichen Digitalisierung und Cyber-Risiko, nachhaltige Finanzen, aufsichtliche Konvergenz, Finanzstabilität des Versicherungs- und Betriebsrentenbereichs sowie den PEPP arbeiten.[8]

---

4 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.

5 Mitteilung Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge (EIOPA) vom 14. August 2020, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/content/eiopa-finalises-regulation-pan-european-personal-pension-product_en>.

6 EOPIA, Recommendations on Supervisory Flexibility Regarding The Deadline of Supervisory Reporting And Public Disclosure – CORONAVIRUS/COVID-19 vom 20. März 2020, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/eiopa-recomendation-on-reporting-and-disclosure.pdf>.

7 EOPIA, Single Programming Document vom 29. September 2020, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/administrative/eiopa-bos-21-033-revised-single-programming-document-2021-2023.pdf>.

8 EOPIA, Single Programming Document vom 29. September 2020, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/administrative/eiopa-20-590_spd_2021-2023.pdf>.

5. Verbandsklagen

Von erheblicher Bedeutung für die Versicherungswirtschaft dürfte die neue RL (EU) 2020/1828 vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG[9] sein. Die Mitgliedstaaten haben diese Richtlinie bis zum 25. Dezember 2022 umzusetzen und ihre Umsetzungsbestimmungen ab 25. Juni 2023 anzuwenden.[10] Nach Art. 2 Abs. 1 S. 1 RL (EU) 2020/1828 wird das Instrument der Verbandsklage für Verstösse von Unternehmern gegen jene Vorschriften des Unionsrechts zur Verfügung gestellt, die im Anhang I zur Richtlinie aufgelistet werden. Vorausgesetzt ist, dass der zu ahndende Verstoss „die Kollektivinteressen der Verbraucher" beeinträchtigt oder zu beeinträchtigen droht. Verbandsklagen können auf Unterlassung und/oder Abhilfe gerichtet sein. Eine Abhilfeentscheidung ist nach Art. 3 Z. 10 RL (EU) 2020/1828 eine Entscheidung, „durch die ein Unternehmer verpflichtet wird, den betroffenen Verbrauchern je nach Fall und soweit dies im Unionsrecht oder im nationalen Recht vorgesehen ist, Abhilfe in Form von Schadenersatz, Reparatur, Ersatzleistung, Preisminderung, Vertragsauflösung oder Erstattung des gezahlten Preises zu leisten." Man denkt dabei unwillkürlich an den VW-Skandal und aus schweizerischer Sicht an das Urteil des Bundesgerichts vom 8. Februar 2019[11], mit dem es die Möglichkeit einer Sammelklage in der Schweiz verneint hat.

6. Wichtige EuGH-Rechtsprechung zum Versicherungsrecht

a) EuGH v. 27. Februar 2020 Rs. C-25/19 (Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung)

In diesem Urteil geht es um die Frage, ob die Zessionarin von Schadenersatzansprüchen einem Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungsunternehmen eine Klage wirksam an dessen „Vertreter" im Sinne von Art. 152 RL 2009/138/EG (Solvabilität II) zustellen kann. Nach Art. 152 Abs. 1 S. 1 RL 2009/138/EG (Solvabilität II) verlangt der sogenannte Aufnahmemitgliedstaat – das ist der Staat, in dem ein Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungsunternehmen mit Niederlassung in einem EU-Mitgliedstaat tätig wird – die Bestellung eines Vertreters, „der alle erforderlichen Informationen über Schadensfälle zusammenträgt und über ausreichende Befugnisse verfügt, um das Unternehmen gegenüber geschädigten Personen zu vertreten, die Schadenersatzansprüche geltend machen könnten, einschliesslich der Befugnis zur Auszahlung der den

---

9 ABl L 409 vom 4. Dezember 2020, 1.

10 S. Art. 24 Abs. 1 RL (EU) 2020/1828.

11 Urteil des Bundesgerichts 4A_483/2018 vom 8. Februar 2019.

Schadensersatzansprüchen entsprechenden Beträge, und es vor den Gerichten und Behörden des betreffenden Mitgliedstaats in Bezug auf diese Schadensersatzansprüche zu vertreten oder erforderlichenfalls vertreten zu lassen." Die Zustellung der Klage erfolgte in Polen und in polnischer Sprache an den polnischen Vertreter eines dänischen Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherungsunternehmens. Der EuGH führt in Rn. 41 seines Urteils aus: „Somit besteht die Funktion eines solchen Vertreters darin, den Unfallopfern ihr Vorgehen zu erleichtern und es ihnen insbesondere zu ermöglichen, ihre Ansprüche in ihrer eigenen Sprache, d. h. in der Sprache des Aufnahmemitgliedstaats, geltend zu machen. Daher würde es dem mit Art. 152 Abs. 1 der Richtlinie 2009/138 verfolgten Ziel widersprechen, wenn den Unfallopfern, nachdem sie zuvor unmittelbar gegenüber diesem Vertreter tätig geworden sind – und obwohl sie direkt gegen den betreffenden Versicherer klagen können –, die Möglichkeit genommen würde, die gerichtlichen Schriftstücke an diesen Vertreter zustellen zu lassen, um die Schadensersatzklage vor den innerstaatlichen Gerichten abzuwickeln"[12]. Die Zustellung kann also an den Vertreter in Polen und in polnischer Sprache erfolgen.

b) EuGH v. 2. April 2020 Rs C-20/19 (Lebensversicherung)

In seinem Urteil vom 19. Dezember 2013 (Endress)[13] hatte der EuGH entschieden, dass die Frist zur Ausübung des Rücktrittsrechts in der Lebensversicherung[14] nicht zu laufen beginnt, wenn der Versicherungsnehmer über das Bestehen des Rücktrittsrechts nicht informiert worden ist. Diese Rechtsprechung hat der EuGH in einem Urteil vom 19. Dezember 2019[15] teils verfeinert[16] und insbesondere hinsichtlich der Rechtsfolgen eines sogenannten Spätrücktritts vertieft[17]. In seinem Urteil vom 2. April 2020[18] war noch die bis anhin offene Frage zu klären, ob das Rücktrittsrecht und die darauf bezogene Recht-

---

12 Der EuGH verweist an dieser Stelle noch auf sein früheres Urteil vom 10. Oktober 2013 in der Rechtssache C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650, Spedition Welter, Rz 24.

13 EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2013 in der Rechtssache C-209/12, ECLI:EU:C:2013:864, Endress.

14 Nunmehr Art. 186 RL 20097138/EG (Solvabilität II).

15 EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-355/18 bis C-357/18 und C-479/18, ECLI:EU:C:2019:1123, Rust-Hackner.

16 Dies namentlich zur Frage, inwieweit auch eine fehlerhafte Information über das Rücktrittsrecht den Lauf der Rücktrittsfrist auslösen kann.

17 Insbesondere ging es um schwierige Fragen der Rückabwicklung einer Lebensversicherung nach erfolgtem Rücktritt.

18 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-20/19, ECLI:EU:C:2020:273, kunsthaus muerz.

sprechung des EuGH auch dann gelten, wenn der Versicherungsnehmer kein Verbraucher ist. Der EuGH hat diese Frage bejaht, weil die *in casu* noch massgebliche Richtlinie 2002/83/EG (Lebensversicherung) bei Versicherungsnehmern nicht zwischen Konsumenten und Unternehmern (und auch nicht zwischen natürlichen und juristischen Personen) differenziert. Nach der ausdrücklichen Regelung in der Richtlinie bleibe es den Mitgliedstaaten aber unbenommen, das Rücktrittsrecht zurückzunehmen, wenn „der Versicherungsnehmer aufgrund seines Status oder wegen der Umstände, unter denen der Vertrag geschlossen wird, dieses besonderen Schutzes nicht bedarf"[19].

c) EuGH v. 14. Mai 2020 Rs. C-667/18 (Rechtsschutzversicherung)

Art. 201 Abs. 1 lit. a RL 2009/138/EG (Solvabilität) kennt ein Recht des Versicherungsnehmers einer Rechtsschutzversicherung, den ihn „in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren" vertretenden Rechtsanwalt frei zu wählen. In seinem Urteil vom 14. Mai 2020 entschied der EuGH, dass der Begriff des Gerichtsverfahrens auch „ein gerichtliches oder aussergerichtliches Vermittlungsverfahren umfasst, an dem ein Gericht beteiligt ist oder werden kann, sei es bei der Einleitung oder nach Abschluss dieses Verfahrens." Der EuGH legt also das Recht des Versicherten zur freien Wahl seines Vertreters weit aus.

Im Zusammenhang ist hervorzuheben, dass diese Rechtsprechung nicht nur Tochtergesellschaften und unselbstständige Niederlassungen von schweizerischen Rechtsschutz-Versicherungsunternehmen in der EU betrifft, sondern bei Geschäftstätigkeit im Fürstentum Liechtenstein[20] auch schweizerische Versicherungsunternehmen unmittelbar. So hat beispielsweise der EFTA-Gerichtshof in seinem Urteil vom 17. Oktober 2017 (Pascal Nobile v. DAS Rechtsschutz)[21] ausgesprochen, Art. 201 Abs. 1 lit. c RL 2009/138/EG (Solvabilität II) stehe „Versicherungsbedingungen eines Rechtsschutz-Versicherungsvertrags entgegen, wonach es zur Leistungsfreiheit des Versicherungsunternehmens im Hinblick auf seine vertraglichen Verpflichtungen führt, wenn der Versicherte zu einem Zeitpunkt, zu welchem er einen Anspruch gemäss dem Versicherungsvertrag geltend machen kann, ohne Zustimmung des Versicherungsunternehmens selbst einen Rechtsanwalt mit der Wahrung seiner Inter-

---

19 Art. 35 Abs. 2 lit. b RL 2002/83/EG (Lebensversicherung).

20 Vgl. hierzu das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung sowie die Versicherungsvermittlung vom 19. Dezember 1996 (SR 0.961.514).

21 EFTA Gerichtshof, Urteil vom 27. Oktober 2017 in der Rechtssache E-21/16, Pascal Nobile v. DAS Rechtsschutz.

essen beauftragt." Es handelte sich um die Versicherungsbedingungen eines schweizerischen Rechtsschutz-Versicherungsunternehmens, wobei der Vertrag offenbar liechtensteinischem Recht und daher auch der Umsetzungsbestimmung des Art. 60 VersVG unterstand.

d) EuGH v. 14. November 2020 Rs. C-427/19

Nach Art. 273 Abs. 2 RL 2009/138/EG (Solvabilität II) wird eine „nach dem Recht des Herkunftsmitgliedstaats ergangene Entscheidung zur Eröffnung eines Verfahrens zur Liquidation eines Versicherungsunternehmens einschliesslich seiner Zweigniederlassungen in anderen Mitgliedstaaten [...] in allen anderen Mitgliedstaaten ohne weitere Formalität anerkannt." Für die Entscheidung über die Eröffnung des Liquidationsverfahrens und für die Wirkungen des Verfahrens ist nach Art. 274 RL 2009/138/EG (Solvabilität II) das Recht des Herkunftsmitgliedstaates des Versicherungsunternehmens massgeblich. Daher kommt dem Begriff der „Entscheidung zur Eröffnung eines Verfahrens zur Liquidation eines Versicherungsunternehmens" entscheidende Bedeutung zu. Von ihm hängen die Anerkennungsfähigkeit einer Entscheidung und die Anwendbarkeit des Rechts des Heimatstaates des Versicherungsunternehmens ab. Der EuGH führt aus, dass „die Entscheidung der zuständigen Behörde, dem betreffenden Versicherungsunternehmen die Zulassung zu entziehen und einen vorläufigen Liquidator zu bestellen, nur dann eine Entscheidung über die Eröffnung eines Verfahrens zur Liquidation eines Versicherungsunternehmens im Sinne dieses Artikels darstellen kann, wenn das Recht des Herkunftsmitgliedstaats dieses Versicherungsunternehmens entweder vorsieht, dass dieser vorläufige Liquidator befugt ist, das Vermögen des Unternehmens zu verwerten und den Erlös unter dessen Gläubigern zu verteilen, oder dass der Entzug der Zulassung des Versicherungsunternehmens automatisch zur Eröffnung des Liquidationsverfahrens führt, ohne dass eine andere Behörde hierfür eine förmliche Entscheidung erlassen müsste."

7. Brexit

a) Ablauf der Übergangsfrist und Handelsabkommen EU – VK

Das Vereinigte Königreich ist mit Wirkung zum Ablauf des 31. Januar 2020 aus der Europäischen Union ausgetreten. Die vereinbarte Übergangsfrist lief am 31. Dezember 2020 aus. Noch kurz vor Ablauf, am 30. Dezember 2020 haben die Europäische Union und das Vereinigte Königreich ein Handelsabkommen geschlossen, sodass es zu einem sogenannten „geordneten" Brexit kommt. „Mit diesem Abkommen wird die Grundlage für umfassende Beziehungen zwi-

schen den Vertragsparteien in einem Raum des Wohlstands und der guten Nachbarschaft geschaffen, der sich durch enge, friedliche Beziehungen auf der Grundlage der Zusammenarbeit auszeichnet und die Autonomie und Souveränität der Vertragsparteien wahrt."

b) Versicherungen und Versicherungsvermittlung im Handelsabkommen

Im Teil II, Teilbereich Eins, Titel II des Abkommens finden sich Vorschriften zu Dienstleistungen und Investitionen. Finanzdienstleistungen – einschliesslich der Versicherungen und der Versicherungsvermittlung[22] – werden im Kapitel 5 (Regulierungsrahmen), Abschnitt 5 reguliert. Als zentral stellt sich dabei m.E. die „aufsichtsrechtliche Ausnahmeregelung" in Artikel 184 des Handelsabkommens dar:

> 1. Dieses Abkommen hindert eine Vertragspartei nicht daran, aus aufsichtsrechtlichen Gründen Massnahmen einzuführen oder aufrechtzuerhalten[30], einschliesslich
> (a) Massnahmen zum Schutz von Investoren, Einlegern, Versicherungsnehmern oder Personen, denen gegenüber ein Finanzdienstleister treuhänderische Pflichten hat oder
> (b) Massnahmen zur Gewährleistung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems einer Vertragspartei
> 2. Stehen diese Massnahmen nicht mit den Bestimmungen dieses Abkommens im Einklang, so dürfen sie nicht als Mittel zur Umgehung der Zusagen oder Pflichten der Vertragspartei aus dem Abkommen werden.
>
> [30)] Zur Klarstellung sei angemerkt, dass dies eine Vertragspartei nicht daran hindert, aus aufsichtsrechtlichen Gründen Massnahmen in Bezug auf Zweigniederlassungen zu ergreifen oder beizubehalten, die in ihrem Gebiet von juristischen Personen der anderen Vertragspartei errichtet wurden.

c) Ausscheiden des VK aus der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen und dem LugÜ 2007: Folgen im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten und zur Schweiz

Mit Ablauf der Übergangsfrist ist das Vereinigte Königreich auch aus jenen Bereichen der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ausgeschieden, in welche es bisher integriert war. Insbesondere wird im Verhältnis zum Vereinigten Königreich die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstre-

---

22 Vgl. Art. 184 lit. a) des Abkommens über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland andererseits, Abl L 149 vom 30. April 2021, 10.

ckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen[23] nicht mehr gelten. Ebenso scheidet das Vereinigte Königreich aus dem Lugano-Übereinkommen 2007[24] aus. Im Verhältnis des Vereinigten Königreichs zu den EU-Mitgliedstaaten aber auch zu den Vertragsstaaten des Lugano-Übereinkommens, also der Schweiz, Island und Norwegen, werden sich die internationale Zuständigkeit sowie die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen nicht mehr nach europäischem Recht richten. Zwar finden sich Stimmen, die Weitergeltung des Lugano-Übereinkommens 1988 (und ggf. auch des Brüsseler Übereinkommens 1968[25]) nachdenken, doch geht beispielsweise das Bundesamt für Justiz auf seiner Internetseite nicht von der Geltung des Lugano-Übereinkommens von 1988, sondern von der Geltung nationalen Rechts, also der Zuständigkeits-, Anerkennungs- und Vollstreckungsregelungen des nationalen IPRG aus.[26] Damit fallen insbesondere die Schutzvorschriften der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 sowie des Lugano-Übereinkommens 2007 zugunsten des Versicherungsnehmers, des Versicherten, des Begünstigten und des Drittgeschädigten dahin. Dies hat im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten wie auch zur Schweiz durchaus erhebliche Konsequenzen. Die Zuständigkeitsvorschriften des schweizerischen IPRG für Klagen aus Vertrag können durch eine dem Art. 5 IPRG entsprechende Gerichtsstandsvereinbarung abbedungen werden, beispielsweise auch zugunsten eines Gerichtsstands im Vereinigten Königreich. Eine Ausnahme besteht lediglich nach Art. 114 IPRG für Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs mit Konsumenten. Und selbst hier besteht merkwürdigerweise Unsicherheit, inwieweit Versicherungsverträge als Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs anzusehen sind.[27] Der Schutz schweizerischer Versicherungsnehmer, Versicherter und Begünstigter vor nachteiligen Gerichtsstandsvereinbarungen, wie ihn bisher das Lugano-Übereinkommen 2007 gewährt hat, ist jedenfalls im b2b-Bereich voll-

---

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

24 Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) vom 30. Oktober 2007 (SR 0.275.12)

25 Hierzu – ablehnend – Wagner Rolf, Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Brexit, IPRax 2021, 1, 7.

26 Siehe dazu <www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/privatrecht/lugue-2007/brexit-auswirkungen. html>; vgl. eingehend zur Problematik SHK LugÜ-Domej, Art. 63 N 27 ff., in: Dasser Felix/Oberhammer Paul (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum Lugano Übereinkommen (LugÜ), 3. Auflage, Bern 2021.

27 Vgl. z.B. BSK IPRG-Brunner/Vischer, Art. 114 N 26, in: Grolimund Pascal/Loacker Leander D./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Internationalen Privatrecht, 4. Aufl., Basel 2021.

ständig verloren gegangen, für Konsumentenversicherungsverträge ist er mindestens mit Rechtsunsicherheit behaftet. Ähnliches gilt mit Blick auf den Gerichtsstand der Direktklage. Nach der Rechtsprechung des EuGH[28], der das Bundesgericht mit Blick auf das Lugano-Übereinkommen 2007 und sogar das Lugano-Übereinkommen 1988 gefolgt ist[29], kommt dem Geschädigten in der Haftpflichtversicherung ein Heimatsgerichtsstand zu. Das gilt nicht nur für den unmittelbar Geschädigten, sondern auch für gegen den Haftpflichtversicherer des Schädigers Regressberechtigte, wie beispielsweise Arbeitgeber, solange es sich dabei nicht ihrerseits um Versicherungsunternehmen handelt.[30] Einen solchen Heimatsgerichtsstand kennt das schweizerische IPRG nicht. Vielmehr erklärt Art. 131 IPRG für Klagen aufgrund eines unmittelbaren Forderungsrechts gegen den Haftpflichtversicherer die „schweizerischen Gerichte am Ort der Niederlassung des Versicherers oder diejenigen am Handlungs- oder am Erfolgsort" für zuständig. Das kann eine Zuständigkeit schweizerischer Gerichte, unter Umständen sogar örtlich am Wohnsitz des Geschädigten begründen, bei Schädigungen im Ausland aber ist dies regelmässig nicht der Fall. Daher vermindert sich auch der internationalverfahrensrechtliche Schutz des Geschädigten.

Das Vereinigte Königreich hat auf sein Ausscheiden aus der justiziellen Zusammenarbeit der EU in Zivilsachen in doppelter Weise reagiert. Zum einen ist das Vereinigte Königreich dem Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen vom 30. Juni 2005 beigetreten, das für die EU bereits seit 31. Oktober 2015 in Kraft steht. Dieses wird daher im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zum Vereinigten Königreich auch für Klagen aus Versicherungsverträgen gelten. Im Verhältnis zur Schweiz gilt das Übereinkommen nicht, weil es von der Schweiz nicht gezeichnet worden ist. Zum anderen hat das Vereinigte Königreich unmittelbar nach seinem EU-Austritt am 30. April 2020 den Beitritt auch zum Lugano-Übereinkommen 2007 beantragt. Damit zeigt das Vereinigte Königreich ein Vorgehen, das jenem von Dänemark zu Beginn der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der EU ähnelt. Dänemark hat es damals abgelehnt, Teil dieser Zusammenarbeit zu sein, ja auch nur eine Option zur freiwilligen (!) Teilnahme zu bekommen. Es hat dann aber das Verordnungsrecht der EU im Wege von Staatsverträgen mit der EU doch übernommen. Im Verhältnis zum Vereinigten Königreich zeigt sich die EU allerdings zurückhaltend, sodass es bisher nicht zu einem Beitritt des Vereinigten Königreichs zum Lugano-Übereinkommen 2007 gekommen ist. Man wird abwarten müssen, ob der nun geordnete Brexit an dieser Haltung der

28 EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2007 in den Rechtssachen C-463/06, ECLI:EU:C: 2007: 792.

29 BGE 138 III 386.

30 EuGH, Urteil vom 20. Juli 2017 in den Rechtssachen C-340/16, ECLI:EU:C: 2017: 576.

EU etwas ändert. Falls ja, so würde das Lugano-Übereinkommen 2007 auch im Verhältnis zur Schweiz weiter gelten, allerdings mit einer zeitlichen Lücke vom 1. Januar 2021 bis zum Beitritt des Vereinigten Königreichs.

d) Versicherungsabkommen VK – CH

Mit seinem Ausscheiden aus der EU verlässt das Vereinigte Königreich auch das 1989 abgeschlossenen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung[31]. Die Schweiz hat hier allerdings sehr vorausschauend reagiert und bereits am 25. Januar 2019 das „Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung“[32] geschlossen. Dieses ist nach Ablauf der Übergangsfrist zum 1. Januar 2021 in Kraft getreten, sodass eine lückenlose Fortführung des Rechtszustands auch im Verhältnis zum Vereinigten Königreich gewährleistet ist. Es fällt freilich auch beim Versicherungsabkommen auf, dass das Vereinigte Königreich das Europarecht mit all seinen Stärken und Schwächen unverändert übernimmt. Die Tatsache, dass das Verhältnis zum Drittstaat Schweiz nunmehr in einem bilateralen Vertrag geregelt ist, mag die britische Sehnsucht nach autonomer und souveräner Gestaltung ihrer Handelsbeziehungen zu Drittstaaten stillen, inhaltlich aber gilt bisher geltendes Europarecht einfach weiter. Vorerst wurde somit nicht mehr erreicht, als drohende Nachteile des Brexit im Verhältnis zur Schweiz abzuwenden. Was nicht ist, mag aber noch kommen. Insoweit darf man gerade auch auf die zukünftige Ausgestaltung der Handelsbeziehungen zwischen dem Vereinigten Königreich und der Schweiz im Versicherungssektor gespannt sein.

---

31 SR 0.961.1.

32 SR 0.961.367.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2020

1. Revision VVG

Die nationale Gesetzgebung in Versicherungssachen in der Schweiz war 2020 zunächst durch den Erlass der Teilrevision 2020 zum VVG gekennzeichnet.[33] Das teilrevidierte VVG wird zum 1. Januar 2022 in Kraft treten. Nachfolgend wird auf einige wichtige Änderungen der jüngsten Teilrevision des VVG eingegangen.

a) Anzeigepflicht

Nach geltendem Recht ist das Versicherungsunternehmen vollständig von der Leistung befreit, sofern der Eintritt oder Umfang des eingetretenen Schadens durch die nicht oder unrichtig angezeigten Tatsache beeinflusst wurde. Folglich reicht für die Leistungsfreiheit bereits eine Teilkausalität aus. Neu führt eine unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrentatsache gemäss Art. 6 Abs. 3 nVVG nur zur Leistungsbefreiung des Versicherungsunternehmens, *soweit* der Eintritt oder Umfang des eingetretenen Schadens dadurch beeinflusst worden ist. Damit kann das Versicherungsunternehmen neu seine Leistung nur noch in dem Umfange kürzen, in welchem sich die Anzeigepflichtverletzung auf das Schadenausmass ausgewirkt hat.[34]

Die Anzeigepflicht endet nach geltendem Recht zum Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrages. Die sog. Nachmeldepflicht, d.h. die Pflicht zur Nachmeldung von Änderungen, die in der Zeit zwischen der Beantwortung der Antragsfragen und dem Zustandekommen des Vertrages eingetreten sind, ist den durchschnittlichen Versicherungsnehmern unbekannt, weshalb diese regelmässig davon ausgehen, die Anzeigepflicht mit der Beantwortung der Antragsfragen erfüllt zu haben. Neu wird der massgebende Zeitpunkt für die Beurteilung der Vollständigkeit bzw. Richtigkeit der Gefahrentatsachen auf den Zeitpunkt des Ausfüllens des Antragsformulars vorverschoben, weshalb die problematische Nachmeldepflicht entfällt.[35] Spiegelbildlich ändert sich die

---

33 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG), Änderung vom 19. Juni 2020, BBl 2020, 5661.

34 Fuhrer Stephan, Anzeigepflichtverletzung und Gefahrsänderung, HAVE 2020, 308; Schmid Markus, Die VVG-Revision aus der Sicht der Anwaltschaft, HAVE 2020, 305.

35 BBl 2017, 5089, 5112; Fuhrer Stephan, Anzeigepflichtverletzung und Gefahrsänderung, HAVE 2020, 308, 309.

Gefahrserhöhung dahingehend, dass der zeitliche Geltungsbereich auf den Zeitpunkt nach der Beantwortung des Antragsformulars vorverschoben wurde (Art. 28 Abs. 2 nVVG).

Trotz Revision bleiben Schutzlücken für die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer. Weiterhin nicht berücksichtigt wird beispielsweise die *Verschuldensintensität*. So löst gemäss Bundesgericht auch eine schuldlose Anzeigepflichtverletzung die vorgesehenen Rechtsfolgen aus.[36]

Ebenfalls eine Schutzlücke besteht in der Beweislast bei der Entkräftung der *Erheblichkeitsvermutung*.[37] Nach Art. 4 Abs. 3 VVG gelten Gefahrentatsachen als erheblich, auf welche die Fragen des Versicherungsunternehmens in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind. Versicherungsunternehmen stellen solche Fragen jedoch nicht bloss zur Prüfung eines zu übernehmenden Risikos. Vielmehr werden gewisse Umstände abgefragt, um statistische Daten für künftige Tarife zu erhalten. Dennoch müssen Versicherungsnehmerinnen und -nehmer beweisen, dass eine abgefragte Tatsache nicht erheblich war, obschon das Versicherungsunternehmen über alle notwendigen, die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer hingegen kaum über Beweismittel verfügen.[38]

b) Obliegenheitsverletzungen

Das Versicherungsunternehmen kann nach geltendem Recht vereinbarte Sanktionen für Verletzungen vertraglicher Obliegenheiten auch dann durchsetzen, wenn die Obliegenheitsverletzung keine nachteilige Auswirkung für ihn hat. Anderes galt bisher nur für gefahrvorbeugende Obliegenheiten nach Art. 29 VVG. Verlangt wird nach geltendem Recht lediglich, dass die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer ein Verschulden an der Verletzung trifft (Art. 45 Abs. 1 VVG; neu in Art. 45 Abs. 1 lit. a nVVG). Neu können Versicherungsnehmerinnen und -nehmer nachweisen, dass die Verletzung keinen Einfluss auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses und auf den Umfang der vom Versicherungsunternehmen geschuldeten Leistungen gehabt hat (Art. 45

---

36 Urteil des Bundesgerichts 4A_134/2013 vom 11. September 2013 E. 5; BGE 118 II 333 E. 2b S. 337; BGE 109 II 60; ausführlich Stäubli Andrea Patricia, Die Regelung über die vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nach Art. 4 ff. VVG und ihr Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht, Zürich/St. Gallen 2019, N 401 ff.

37 Fuhrer Stephan, Anzeigepflichtverletzung und Gefahrsänderung, HAVE 2020, 308, 311.

38 Fuhrer Stephan, Anzeigepflichtverletzung und Gefahrsänderung, HAVE 2020, 308, 311 mit einem Beispiel zur Veranschaulichung.

Abs. 1 lit. b nVVG).[39] Anders als bei der Neuregelung der Anzeigepflichtverletzung bleibt es hier aber beim sogenannten „Alles-oder-Nichts"-Prinzip. Das Versicherungsunternehmen wird also auch dann vollständig leistungsfrei, wenn die Obliegenheitsverletzung nur für einen Teil des Versicherungsschadens verantwortlich ist.

c) Direktes Forderungsrecht und Einredeausschluss

Noch in der Botschaft hat der Bundesrat vorgeschlagen, anstelle eines direkten Forderungsrechts das bisherige Pfandrecht beizubehalten und lediglich ein auf spezifische Fälle beschränktes direktes Forderungsrecht vorzusehen.[40] Erst anlässlich der Debatte im Nationalrat wurde eine Änderung des vorgeschlagenen Art. 60 Abs. 1^{bis} nVVG beantragt.[41] Neu steht dem geschädigten Dritten oder dessen Rechtsnachfolger gemäss Art. 60 Abs. 1^{bis} nVVG im Rahmen einer allfällig bestehenden Versicherungsdeckung und unter Vorbehalt der Einwendungen und Einreden, die ihm das Versicherungsunternehmen aufgrund des Gesetzes oder des Vertrags entgegenhalten kann, ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherungsunternehmen zu. Ein Einredeausschluss ist damit nicht vorgesehen, obschon mit dem direkten Forderungsrecht mit Einredeausschluss gemäss SVG sich bereits dessen Praktikabilität zeigte.[42]

Bei obligatorischen Haftpflichtversicherungen wiederum können nach Art. 59 Abs. 3 nVVG der geschädigten Person gegenüber Einreden aus grobfahrlässiger oder vorsätzlicher Verursachung des versicherten Ereignisses, Verletzung von Obliegenheiten, unterbliebener Prämienzahlung oder einem vertraglich vereinbarten Selbstbehalt nicht entgegengehalten werden.

In der Praxis ist es bereits üblich, dass die Versicherungsunternehmen im Schadenfall direkt mit dem Geschädigten in Kontakt treten. Die Bearbeitung des Schadenfalles erfolgt in der Regel schneller und einfacher, weshalb es nahe liegt, dem Geschädigten die Möglichkeit zu geben, sich direkt an das Versicherungsunternehmen zu wenden. Auch erscheint die Hemmschwelle für eine

---

39 Der Beweis obliegt jedoch der Versicherungsnehmerin oder dem -nehmer, BBl 2017, 5089, 5123.

40 BBl 2017, 5089, 5091, 5127.

41 Amt.Bull. N 2019, 768; Zum Ganzen siehe Landolt Hardy, VVG-Teilrevision: Haftpflichtversicherung, HAVE 2020, 312, 314.

42 Kritisch dazu Landolt Hardy, VVG-Teilrevision: Haftpflichtversicherung, HAVE 2020, 312, 316.

Schadenmeldung bei Familien und Bekannten deutlich kleiner, wenn man sich direkt an das Versicherungsunternehmen wenden kann.[43] Das direkte Forderungsrecht ist deshalb zu begrüssen.

d) Professionelle Versicherungsnehmerinnen und -nehmer

In der jüngsten Teilrevision wurde stark um den Schutz des Schwächeren gerungen, während gleichzeitig überdacht wurde, wer als schutzbedürftig zu gelten hat.[44] Zur Abgrenzung der schutzbedürftigen Versicherungsnehmerinnen und -nehmer von nicht schutzbedürftigen wurde in Art. 98a Abs. 1 lit. b nVVG die Figur der professionellen Versicherungsnehmerinnen und -nehmer eingeführt. Definiert wird der Begriff in Art. 98a Abs. 2 lit. a-g nVVG.[45] Für Versicherungsnehmerinnen und -nehmer, welche mit dem Versicherungsunternehmen auf Augenhöhe verhandeln können und deshalb den Schutz des VVG nicht bedürfen, gelten die zwingenden und halbzwingenden Vorschriften der Art. 97 f. nVVG nicht.[46]

Die Eingrenzung der Anwendbarkeit der Schutznormen auf tatsächlich schutzbedürftige Versicherungsnehmerinnen und -nehmer erscheint plausibel und ist zu begrüssen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Revision des VVG die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer auch tatsächlich stärker schützen.[47] Allerdings gelten die Schutzvorschriften des VVG nicht bloss zum Schutz der Versicherungsnehmerinnen und -nehmer, sondern sollten auch Drittbeteiligte wie Versicherte, Geschädigte und Gefahrpersonen schützen. Klammert man die professionellen Versicherungsnehmerinnen und -nehmer vom Schutz des VVG aus, stellt sich die Frage, ob auch die Drittbeteiligten auf

---

43 Strub Yael, Das direkte Forderungsrecht gegen den Versicherer, de lege lata – de lege ferenda, HAVE 2009, 145, 149.

44 Heiss Helmut, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric, Jahrbuch SGHVR 2019, 123, 124 m.V.a. Fuhrer Stephan, Präelektroale Pirouette, HAVE 2019, 206.

45 Ausführlich zum Begriff der professionellen Versicherungsnehmerinnen und -nehmer Mösch David, Die Figur des professionellen Versicherungsnehmers im revidierten Versicherungsvertragsgesetz, HAVE 2020, 316, 318 ff.; Heiss Helmut, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric, Jahrbuch SGHVR 2019, 123, 125 f.

46 Mösch David, Die Figur des professionellen Versicherungsnehmers im revidierten Versicherungsvertragsgesetz, HAVE 2020, 316; Heiss Helmut, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric, Jahrbuch SGHVR 2019, 123 ff.

47 Heiss Helmut, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric, Jahrbuch SGHVR 2019, 123, 126.

Seiten der Versicherungsnehmer den Schutz der zwingenden Vorschriften des VVG verlieren und zwar insbesondere dann, wenn sie selbst die Voraussetzungen der „Professionalität" nicht erfüllen.[48] Die Teilrevision äussert sich hier nicht, die Frage wird also den Gerichten überlassen.

Ebenfalls bemängelt werden kann der Umstand, dass auch absolut zwingende Vorschriften nach Art. 97 nVVG gegenüber professionellen Versicherungsnehmerinnen und -nehmern nicht gelten. Das wirft die Frage auf, wieso ein Versicherungsunternehmen bei professionellen Versicherungsnehmerinnen und -nehmern abweichen darf, bei nicht-professionellen hingegen nicht – und zwar nicht einmal zugunsten der nicht-professionellen Versicherungsnehmerinnen und -nehmer.[49]

2. Revision VAG

Der Bundesrat hat am 21. Oktober 2020 die Botschaft zur Revision des Versicherungsaufsichtsgesetzes verabschiedet.[50] Im Fokus der Teilrevision steht das Sanierungsverfahren, das Vermittlerrecht sowie das kundenschutzbasierte Regulierungs- und Aufsichtskonzept.

a) Sanierungsverfahren

Das geltende VAG enthält Vorschriften über sichernde Massnahmen und die Liquidation (Art. 51 f. VAG) sowie den Konkurs von Versicherungsunternehmen (Art. 53 ff. VAG). Im geltenden Recht gibt es jedoch bis anhin – im Gegensatz zu Banken – kein eigenständiges Sanierungsrecht, welches die Besonderheiten des Versicherungsgeschäfts berücksichtigt.[51] Neu sehen Art. 52a ff. E-VAG Regelungen zur Sanierung vor, um insolvente Versicherungsunternehmen unter Umständen sanieren zu können und nicht direkt zu liquidieren.[52] Vorrangig dient die Sanierung dem Kundenschutz, da sich ein Wechsel der Versicherung schwierig gestalten kann.[53] Besonders im Bereich der Kranken- und Lebensversicherung haben Versicherungsnehmerinnen und -nehmer regel-

---

48 Ausführlich dazu Heiss Helmut, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric, Jahrbuch SGHVR 2019, 123, 126 f.

49 Heiss Helmut, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric, Jahrbuch SGHVR 2019, 123, 127.

50 Überblick hierzu unter <www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat .msg-id-80800.html>.

51 Botschaft zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) vom 21. Oktober 2020, BBl 2020, 8967, 8973.

52 BBl 2020, 8967, 8968.

53 BBl 2020, 8967, 8971.

mässig ein höheres Interesse an der Weiterführung des Versicherungsvertrages, da sie oftmals aufgrund vorbestehender Krankheiten oder des Alters von anderen Versicherungsunternehmen keine vergleichbare Versicherungsdeckung erhalten würden.[54] Mit dem neuen Sanierungsrecht für Versicherungsunternehmen wird damit primär das Ziel verfolgt, den Bestand der Versicherten weiterzuführen und nicht zwingend das Fortbestehen des Versicherungsunternehmens.[55]

In Art. 52c-52e E-VAG werden beispielhaft verschiedene Massnahmen aufgezählt. So kann nach Art. 52c E-VAG der Versicherungsbestand auf ein anderes Versicherungsunternehmen übertragen werden. Es ist aber auch denkbar, dass sich die Sanierung auf eine geordnete Abwicklung des bestehendes Versicherungsbestandes beschränken soll, indem nach Art. 52b Abs. 3 E-VAG der Abschluss von Neugeschäften verhindert wird, damit die bestehenden Versicherungsverträge ordentlich erfüllt werden können (sog. *run-off*).[56]

b) Vermittlerrecht

Der Begriff der Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler ist unverändert in Art. 40 Abs. 1 E-VAG definiert, in Abs. 2 und 3 wiederum sind sie neu in ungebundene und gebundene eingeteilt. Die bereits bestehende Registrierungspflicht für ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler in Art. 44 VAG wird in den neuen Art. 41 E-VAG verschoben und inhaltlich ergänzt.[57] Gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler können sich grundsätzlich nicht mehr eintragen lassen.[58] Die Neuerungen streben insgesamt eine klare Trennung zwischen gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler an,[59] wobei Mischformen nicht mehr zulässig sind (Art. 44 Abs. 1 lit. b E-VAG).

Ebenfalls neu wird in Art. 45b Abs. 1 E-VAG die Pflicht der ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler eingeführt, die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer über die Entschädigung zu informieren, welche sie von Versicherungsunternehmen oder sonstigen Dritten im Zusammenhang mit der Erbringung der Dienstleitung erhalten.

---

54 BBl 2020, 8967, 8974.

55 BBl 2020, 8967, 8974 f.

56 BBl 2020, 8967, 8975, 9018.

57 BBl 2020, 8967, 9007.

58 Eine Ausnahme ist in Art. 42 Abs. 4 E-VAG vorgesehen.

59 BBl 2020, 8967, 9008.

Im Bereich der Streitschlichtung sieht die Revision ebenfalls Neuerungen vor: Die Ombudsstellen sollen gestärkt werden. Neu sollen sämtliche Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler verpflichtet werden, sich einer Ombudsstelle anzuschliessen (Art. 82c Abs. 1 E-VAG).

Analog zum FIDLEG[60] werden Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler beim Vertrieb von Versicherungsprodukten, welche Anlagecharakter haben, Verhaltenspflichten auferlegt.[61] Sie treffen bei dem Vertrieb von sog. „qualifizierten Lebensversicherungen"[62] folgende Pflichten: Informationspflichten (Art. 39h E-VAG), Pflicht zur Angemessenheitsprüfung (Art. 39j E-VAG) sowie Dokumentations- und Rechenschaftspflicht (Art. 39k E-VAG). Zudem ist bei qualifizierten Lebensversicherungen ein Basisinformationsblatt (BIB) zu erstellen und auszuhändigen (Art. 39b ff. E-VAG).

c) Kundenschutzbasiertes Regulierungs- und Aufsichtskonzept

Abgesehen von der Unterscheidung zwischen Versicherten im Erstversicherungsgeschäft und Versicherten im Rückversicherungsgeschäft, geht das geltende Recht grundsätzlich von einem einheitlichen Schutzbedürfnis der Versicherten aus.[63] Mit der Revision soll das Schutzbedürfnis der Versicherungsnehmerinnen und -nehmer massgebend für die Regulierungs- und Aufsichtsintensität sein. Versicherungsunternehmen, welche nur professionelle Versicherungsnehmerinnen und -nehmer[64] als Kunden haben, sollen von Aufsichtserleichterungen profitieren (Art. 30a Abs. 1 E-VAG). Dies folgt demselben Gedanken wie die Revision des VVG: Professionelle Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer bedürfen keines besonderen Schutzes.[65]

---

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

61 BBl 2020, 8967, 8968; kritisch zum Wortlaut in Zusammenhang mit klassischen kapitalbildenden Lebensversicherungen Heiss Helmut, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: Dupont Anne-Sylvie/Heiss Helmut/Krauskopf Frédéric, Jahrbuch SGHVR 2019, 123, 134.

62 Als qualifizierte Lebensversicherungen gelten nach Art. 39a E-VAG Lebensversicherungen, bei denen die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer im Sparprozess ein Verlustrisiko trägt, sowie Kapitalisations- und Tontinengeschäfte.

63 BBl 2020, 8967, 8975.

64 Für die Definition des „professionellen Versicherungsnehmers" verweist Art. 30a Abs. 2 E-VAG auf Art. 98a Abs. 2 lit. b-f nVVG. Damit sind die Vorsorgeeinrichtungen und Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge dienen (Art. 98a Abs. 2 lit. a nVVG) sowie Unternehmen eine bestimmte Grösse überschreiten (Art. 98a Abs. 2 lit. g) im E-VAG ausgenommen.

65 BBl 2020, 8967, 8968.

Kommunikation und Medien

Tobias Baumgartner/Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Tobias Baumgartner) 67
1. Allgemeine Entwicklungen 67
a) Strategie zur digitalen Zukunft Europas 67
b) Weissbuch und Fahrplan zur Künstlichen Intelligenz 68
c) Neue Strategie zur Nutzung digitaler Daten 69
d) Neue Verordnung zur europäischen Daten-Governance 70
e) Politische Einigung über Programm „Digitales Europa“ 70
2. Telekomunikation 71
a) Sicherheitsanforderungen für 5G-Netze 71
b) Neue EU-Telekommunikationsvorschriften 73
3. Internet 74
a) Neue Pflichten für Online-Plattformen 74
b) Neue Cybersicherheitsstrategie der EU 75
c) Kompetenzzentrum für Cybersicherheit 76
d) EuGH: Privacy-shield-Beschluss zum transatlantischen Datenschutz ist ungültig 77
e) EuGH: Zur Neutralität des Internets 79
4. Digitale Inhalte 79
a) Europäische Beobachtungsstelle für digitale Medien 79
b) Zentrum zu digitalen Bewahrung des kulturellen Erbes 80
c) Politische Einigung über das Programm Creative Europe 2021 81

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2020 (Ulrike I. Heinrich) 82
1. Allgemeine Entwicklungen 82
a) Strategie Digitale Schweiz 82
b) Arbeitsgruppe Künstliche Intelligenz 83
c) Datenschutzgesetz Schweiz 83
d) Mediennutzung Schweiz 84
2. Telekommunikation 84
a) Revision der Verordnungen zum Fernmeldegesetz 84
b) Internationales Roaming 85
c) Ausbau der Mobilfunknetze 85
d) Übernahme von Sunrise durch Liberty Global 87
3. Rundfunk 87
a) Coronavirus: Übergangsmassnahmen zugunsten der Medien 87
b) Massnahmenpaket zugunsten der Medien 88
c) Reduktion der Abgabe für Radio und Fernsehen 88

4. Internet 89
a) Neue Pflichten für Hosting Provider 89
b) Netzneutralität 89
c) Grundversorgung 90
d) Internet-Domains 90
e) Swiss Internet Governance Forum 90
5. E-Government 91
a) Elektronische Identität (E-ID-Gesetz) 91
b) Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr 91
c) Elektronische Stimmabgabe 91

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

1. Allgemeine Entwicklungen

a) Strategie zur digitalen Zukunft Europas

Die Europäische Kommission legte am 19. Februar 2020 ihre Strategie zur Gestaltung der digitalen Zukunft Europas vor.[1] Laut dieser Strategie strebt die Kommission einen digitalen Wandel zum Wohle aller an. Digitale Technologien, bei deren Einsatz der Mensch an erster Stelle steht, sollen neue Chancen für Unternehmen bieten, die Entwicklung vertrauenswürdiger Technologien fördern, einer offenen und demokratischen Gesellschaft zuträglich sein, eine nachhaltige Wirtschaft fördern und schliesslich dem Klimaschutz und dem ökologischen Wandel dienen. Die Strategie stützt sich auf drei Säulen:

Säule 1: Technologien im Dienste der Menschen

- Investitionen in digitale Kompetenzen für alle Europäerinnen und Europäer;
- Schutz der Menschen vor Cyberbedrohungen (Hacking, Ransomware, Identitätsdiebstahl);
- Entwicklung der künstlichen Intelligenz in einer Weise, die die Rechte der Menschen achtet und ihr Vertrauen gewinnt;
- beschleunigte Einführung ultraschneller Breitbandverbindungen für Wohngebäude, Schulen und Krankenhäuser in der gesamten EU;
- Ausbau der europäischen Hochleistungsrechenkapazitäten zur Entwicklung innovativer Lösungen in den Bereichen Medizin, Verkehr und Umwelt.

Säule 2: Eine faire und wettbewerbsfähige digitale Wirtschaft:

- Zugang zu Finanzmitteln und Möglichkeit der Expansion für eine lebendige Gemeinschaft innovativer und rasch wachsender Start-ups und KMU;
- Vorschlag für einen Rechtsakt über digitale Dienste zur Stärkung der Pflichten von Online-Plattformen und zur Klärung der Vorschriften für Online-Dienste;

---

[1] Mitteilung der Europäischen Kommission an das Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Gestaltung der digitalen Zukunft Europas, COM(2020) 67 final vom 19. Februar 2020.

- Gestaltung der EU-Vorschriften mit Blick auf deren Zweckmässigkeit in der digitalen Wirtschaft;
- eine faire und wettbewerbsfähige Wirtschaft fördern sowie einer offenen, demokratischen und nachhaltigen Gesellschaft dienen.

Säule 3: Eine offene, demokratische und nachhaltige Gesellschaft

- Nutzung von Technologie zur Verwirklichung der Klimaneutralität Europas bis 2050;
- Verringerung der CO_2-Emissionen des digitalen Sektors;
- Stärkung der Handlungsfähigkeit der Bürger bei der Kontrolle und dem Schutz ihrer Daten;
- Schaffung eines europäischen Raums für Gesundheitsdaten zur Förderung gezielter Forschung, Diagnose und Behandlung;
- Bekämpfung von Desinformation im Internet und Förderung pluralistischer und zuverlässiger Medieninhalte.

b) Weissbuch und Fahrplan zur Künstlichen Intelligenz

In einem Weissbuch vom 19. Februar 2020 erläuterte die Europäische Kommission ihr Konzept zu den Rahmenbedingungen für den Einsatz und die Förderung Künstlicher Intelligenz (KI)[2]. Nach Einschätzung der Kommission bietet Künstliche Intelligenz potenzielle Lösungen für viele gesellschaftliche Probleme auf Gebieten, die vom Gesundheitswesen über Landwirtschaft und Sicherheit bis zur industriellen Fertigung reichen. Massgeblich sei indes, dass der Einsatz entsprechende Technologien auf Vertrauen und Exzellenz basiere. In diesem Sinne schlägt das Weissbuch Massnahmen in verschiedenen Bereichen vor.

Wichtig sei zum einen die Förderung von Exzellenz. Diesbezüglich sieht die Kommission vor, öffentlich-privater Partnerschaften für KI und Robotik aufzubauen; und Exzellenzzentren für KI-Forschung zu vernetzen. Schliesslich soll die Verfügbarkeit mindestens eines auf KI spezialisierten Zentrums für digitale Innovationen pro Mitgliedstaat sichergestellt werden. Zum anderen sei der Aufbau von Vertrauen entscheidend. Die Kommission schägt insoweit Massgaben für risikoreiche KI-Systeme, die Gewährleistung der Überprüfbarkeit von KI-Systemen und die Sicherstellung der Datenneutralität vor.

---

[2] Weissbuch zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen, COM(2020) 65 final vom 19. Februar 2020.

Im Nachgang zu dem Weissbuch zur Künstlichen Intelligenz veröffentlichte die Kommission am 23. Juli 2020 ein Referenzdokument als Diskussionsgrundlage zu den möglichen Regulierungsformen.[3] Ziel sei es, die verschiedenen Risiken, die sich durch die Nutzung von KI-Technologie ergeben, zu identifizieren und Grundlagen für mögliche rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen. Im Hinblick auf einen möglichen rechtlichen Rahmen und zur Präzisierung des im Weissbuch genannten „Ökosystems des Vertrauens" nennt das Referenzdokument vier Optionen zur möglichen Regulierung von KI. Diese reichen von einem nicht-legislativen Anspruch resp. einem freiwilligen Kennzeichnungssystem, bis hin zu konkreten legislativen Vorgaben und einem kombinierten Ansatz. Den Interessenträgern wurde bis 10. September 2020 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

c) Neue Strategie zur Nutzung digitaler Daten

Am 19. Februar 2020 legte die Europäische Kommission eine Strategie zur Nutzung digitaler Daten vor.[4] Die Strategie wurde vor dem Hintergrund angenommen, dass das Potenzial der Auswertung verfügbarer Daten nach Auffassung der Kommission gegenwärtig nicht vollständig ausgeschöpft wird. Der Zugang zu ständig wachsenden Datenmengen und die Fähigkeit, diese zu nutzen, werden in der Strategie als Schlüssel zu Innovation und Wachstum beschrieben. Die Kommission bezieht sich insoweit auf die von Unternehmen sowie auf die von öffentlichen Stellen erzeugten Datenmassen.

Ziel der vorliegenden Datenstrategie ist es, dass die EU die Führungsrolle in einer datengestützten Gesellschaft übernimmt. Durch die Schaffung eines Binnenmarkts für Daten sollen diese innerhalb der EU und branchenübergreifend zum Nutzen von Unternehmen, Forschern und öffentlichen Verwaltungen weitergegeben werden können.

Die Strategie enthält folgende Kernelemente:

- Schaffung klarer und fairer Regeln für den Datenzugang und die Weiterverwendung von Daten;
- Investitionen in Werkzeuge und Infrastrukturen der nächsten Generation für die Speicherung und Verarbeitung von Daten;
- Bündelung der Kräfte zur Schaffung europäischer Cloud-Kapazitäten;

---

3 Europäische Kommission, Ref. Dokument Ares (2020) 3896535 vom 23. Juli 2020.

4 Mitteilung der Europäischen Kommission an das Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine europäische Datenstrategie, COM(2020) 66 final vom 19. Februar 2020.

- Zusammenführung europäischer Daten aus Schlüsselsektoren in interoperablen gemeinsamen Datenräumen;
- Ausstattung der Nutzer mit Rechten, Werkzeugen und Kompetenzen, damit sie die volle Kontrolle über ihre Daten behalten.

d) Neue Verordnung zur europäischen Daten-Governance

Aufbauend auf die neue Strategie zur Nutzung digitaler Daten schlug die Kommission am 25. November 2020 eine Verordnung über europäische Daten-Governance vor.[5] Gegenstand des Vorschlags ist eine neue Art der Datenverwaltung in Europa, damit Daten zwischen Sektoren und Mitgliedstaaten leichter ausgetauscht werden können. Zur Unterstreichung des Potenzials der ständig wachsenden Datenbestände weisst die Kommission darauf hin, dass die von öffentlichen Stellen, Unternehmen sowie Bürgerinnen und Bürgern erzeugten Datenmengen ständig zunehmen: So werde zwischen 2018 und 2025 mit einem Anstieg um das Fünffache gerechnet.

Die vorgeschlagene Verordnung soll den Weg für sektorale europäische Datenräume ebnen, die der Gesellschaft, den Bürgerinnen und Bürgern und den Unternehmen zugutekommen. In ihrer Datenstrategie vom Februar hatte die Kommission neun solcher Datenräume vorgeschlagen, die von Themen wie Fertigung, Energie und Gesundheit bis zum europäischen Green Deal reichen.

Zu diesem Zweck sieht die vorgeschlagene Verordnung eine Reihe von Massnahmen zur Stärkung des Vertrauens in die gemeinsame Nutzung von Daten vor, da fehlendes Vertrauen derzeit ein grosses Hindernis darstelle und hohe Kosten verursache. Vorgesehen sind auch Massnahmen zur Erleichterung der Weiterverwendung bestimmter im Besitz des öffentlichen Sektors befindlicher Daten. So könnte beispielsweise die Weiterverwendung von medizinischen Daten die Erforschung von Heilmitteln für seltene oder chronische Krankheiten voranbringen. Ferner umfasst die Verordnung Vorschriften zur Neutralität, die die neuartige Funktion von Datenmittlern als vertrauenswürdige Organisatoren der gemeinsamen Datennutzung vorsehen.

e) Politische Einigung über Programm „Digitales Europa"

Am 14. Dezember 2020 erzielten das Europäische Parlament und die EU-Mitgliedstaaten eine politische Einigung über das Programm „Digitales Europa", mit dem der digitale Wandel in Europa vorangetrieben werden soll. Das mit

[5] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über europäische Daten-Governance, COM(2020) 767 final vom 25. November 2020.

7,5 Mrd. EUR ausgestattete Programm ist Teil des nächsten langfristigen EU-Haushalts für den Zeitraum 2021–2027. Es enthält Mittel für Projekte in fünf zentralen Bereichen: Hochleistungsrechner, künstliche Intelligenz, Cybersicherheit, fortgeschrittene digitale Kompetenzen und breite Nutzung digitaler Technik in der gesamten Wirtschaft und Gesellschaft.

Das Programm soll die Lücke schliessen, die zwischen der Digitaltechnik-Forschung und deren Anwendung besteht. Es ist darauf ausgerichtet, dass die Forschungsergebnisse zum Nutzen der europäischen Bürger und Unternehmen, insbesondere der KMU auf dem Markt eingeführt werden. Die Investitionen im Rahmen des Programms „Digitales Europa" werden die beiden Ziele der Union „grüner und digitaler Wandel" unterstützen und die Resilienz und offene strategische Autonomie der Union stärken.

Ergänzend hat die Kommission auch einen Entwurf für Leitlinien für das Programm „Digitales Europa" veröffentlicht, die die Arbeitsprogramme und Aufforderungen zur Einreichung von Vorschlägen für die ersten beiden Jahre des Programms (2021–2022) prägen sollen.[6]

2. Telekommunikation

a) Sicherheitsanforderungen für 5G-Netze

Per Mitteilung vom 29. Januar 2020 nahm die Kommission zu den Sicherheitsanforderungen an die 5G-Technologie in der EU Stellung.[7] In der Mitteilung billigt die Kommission das gemeinsame Instrumentarium der Mitgliedstaaten zur Förderung der Sicherheit von 5G und fordert sie auf, die wichtigsten Massnahmen bis Ende April 2020 auf den Weg zu bringen. Folgende Entwicklungen gingen der Mitteilung voraus.

Auf eine Forderung des Europäischen Rates nahm die Kommission am 26. März 2019 eine Empfehlung zur Cybersicherheit von 5G-Netzen an, in der sie die Mitgliedstaaten aufrief, nationale Risikobewertungen durchzuführen, ihre Massnahmen zu überprüfen und zusammen an einer koordinierten Risikobewertung und einem gemeinsamen Instrumentarium von Risikominderungsmassnahmen zu arbeiten. Im Oktober 2019 veröffentlichten die Mitgliedstaaten einen koordinierten EU-Bericht, in dem die wichtigsten Bedrohungen und

---

6 Draft Orientations for the preparation of the work programme(s) 2021–2022, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2406>.

7 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Sichere 5G-Einführung in der Eu – Umsetzung des EU-Instrumentariums, COM(2020) 50 final vom 29. Januar 2020.

Angreifer, die anfälligsten Anlagen und Einrichtungen, die grössten Schwachstellen und eine Reihe strategischer Risiken genannt sind. In dem Bericht wurden eine Reihe von Sicherheitsproblemen im Zusammenhang mit 5G-Netzen aufgezeigt und Faktoren zur Bewertung der Risikoprofile einzelner Anbieter festgelegt. Im November 2019 veröffentlichte die EU-Cybersicherheitsagentur einen speziellen 5G-Bedrohungslagebericht als weiteren Beitrag für das gemeinsame Instrumentarium.

Die Mitgliedstaaten einigten sich insbesondere darauf,

- die Sicherheitsanforderungen für Mobilfunknetzbetreiber zu verschärfen (z. B. strenge Zugangskontrollen, Vorschriften für sicheren Betrieb und sichere Überwachung);
- die Risikoprofile der Anbieter zu bewerten und in der Folge auf Anbieter, die als mit einem hohen Risiko behaftet gelten, einschlägige Beschränkungen anzuwenden, darunter den Ausschluss von Anbietern zur wirksamen Minderung der Risiken für wichtige Anlagen und Einrichtungen, die in der EU-weit koordinierten Risikobewertung als kritisch und anfällig eingestuft wurden (z. B. Kernnetzfunktionen, Netzverwaltungs- und -koordinierungsfunktionen sowie Zugangsnetzfunktionen);
- sicherzustellen, dass jeder Betreiber über eine angemessene herstellerneutrale Strategie verfügt, um eine grössere Abhängigkeit von einem einzigen Anbieter (oder Anbietern mit ähnlichem Risikoprofil) zu vermeiden oder zu begrenzen für ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den Anbietern auf nationaler Ebene sorgen und eine Abhängigkeit von Anbietern vermeiden, die als mit einem hohen Risiko behaftet gelten.

Die Kommission kündigte in der betreffenden Mitteilung an, die Umsetzung dieses Instrumentariums zu unterstützen; im Vordergrund stehen folgende Punkte:

- Telekommunikations- und Cybersicherheitsvorschriften: Prüfung des Mehrwerts möglicher Durchführungsrechtsakte, um die Wirksamkeit und Kohärenz der den Betreibern auferlegten Sicherheitsmassnahmen zu verbessern;
- Normung: Massnahmen zur Aufrechterhaltung und Intensivierung der europäischen Beteiligung an den jeweiligen Normungsgremien, Insb. Im Hinblick auf die Interoperabilität zwischen den Anbietern von 5G-Ausrüstungen in verschiedenen Teilen des Netzes;
- Zertifizierung: Unterstützung der Entwicklung von 5G-Zertifizierungssystemen;

- Handelspolitische Schutzinstrumente: Überwachung aller relevanten Marktentwicklungen in der EU und in Drittländern sowie Schutz der EU-Akteure auf dem europäischen 5G-Markt durch handelspolitische Schutzmassnahmen gegen potenzielle handelsverzerrende Praktiken;
- Öffentliche Aufträge: Nutzung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich 5G-Netze, um die festgelegten Ziele Sicherheit, Anbietervielfalt und langfristige Nachhaltigkeit von 5G-Netzen zu unterstützen.

b) Neue EU-Telekommunikationsvorschriften

Am 21. Dezember 2020 endete die Frist, bis zu der die Mitgliedstaaten die neuen EU-Telekommunikationsvorschriften in nationales Recht umgesetzt haben mussten.[8] Mit dem im Dezember 2018 in Kraft getretenen europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation[9] wird der europäische Rechtsrahmen für die elektronische Kommunikation modernisiert, um die Wahlmöglichkeiten und Rechte der Verbraucher zu verbessern, höhere Standards für Kommunikationsdienste zu gewährleisten und Anreize für Investitionen in eine bessere Konnektivität und in mehr digitale Innovation zu schaffen.

Im Einklang mit dem Kodex verabschiedete die Kommission ausserdem am 18. Dezember neue Vorschriften, um die bestehenden Wettbewerbs- und Binnenmarktziele zu stärken, die Verbraucher zu schützen und faire Preise und vielfältige Angebote für Internet- und Telefondienste zu ermöglichen.

Zu diesen Vorschriften gehören:

- eine neue delegierte Verordnung, in der unionsweit einheitliche maximale Anrufzustellungsentgelte festgelegt werden, die sich die Betreiber untereinander für die Weiterleitung von Mobilfunk- und Festnetzanrufen zwischen ihren Netzen in Rechnung stellen dürfen;[10]

---

8 IP/20/2482 vom 21. Dezember 2020.

9 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 vom 17. Dezember 2018, 36.

10 Delegierte Verordnung der Kommission zur Ergänzung der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines unionsweiten maximalen Mobilfunkzustellungsentgelts und eines unionsweit einheitlichen maximalen Festnetzzustellungsentgelts, C(2020) 8703 final vom 18. Dezember 2020.

- eine neugefasste Empfehlung über relevante Märkte mit einer aktualisierten Liste der vorab festgelegten Märkte, die von den europäischen nationalen Regulierungsbehörden regelmässig überprüft werden müssen.[11]

In Erfüllung einer der Pflichten aus dem Kodex wird in der Durchführungsverordnung ein Muster für die Vertragszusammenfassung festgelegt, die Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste (z. B. Telefon, Nachrichtenübermittlung und Internetanschluss) den Verbrauchern in der EU zur Verfügung stellen müssen. Die Zusammenfassung enthält die wichtigsten Vertragsbedingungen wie Kontaktdaten des Anbieters, Beschreibung des Dienstes, Geschwindigkeiten des Internetzugangs, Preis, Vertragsdauer, Verlängerungs- und Kündigungsbedingungen sowie Besonderheiten für Endnutzer mit Behinderungen.

Ebenfalls im Einklang mit dem Kodex hat die Kommission einen Bericht an das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union über das wirksame Funktionieren der einheitlichen europäischen Notrufnummer 112 in der Praxis vorgelegt.

3. Internet

a) Neue Pflichten für Online-Plattformen

Die EU-Kommission schlug am 15. Dezember 2020 neue Vorschriften für digitale Plattformen wie soziale Medien und Online-Marktplätze, die in der EU tätig sind, vor.[12] Der Verordnungsvorschlag über digitale Dienste sieht EU-weit verbindliche Pflichten für alle digitalen Dienste vor, die den Verbrauchern Waren, Dienstleistungen oder Inhalte vermitteln. Im Einzelnen sind folgende neuen Regelungen vorgesehen:

- Vorschriften für die Entfernung illegaler Waren, Dienstleistungen oder Inhalte aus dem Internet;

---

11 Empfehlung (EU) 2020/2245 der Kommission vom 18. Dezember 2020 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die gemäss der Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, ABl. L 439 vom 29. Dezember 2020, 23.

12 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM(2020) 825 final vom 15. Dezember 2020.

- Schutzvorkehrungen für Nutzer, deren Inhalte von Plattformen irrtümlicherweise gelöscht werden;
- neue Pflichten für sehr grosse Plattformen, die risikobasierte Massnahmen ergreifen müssen, um den Missbrauch ihrer Systeme zu verhindern;
- weitreichende Transparenzmassnahmen, auch in Bezug auf Online-Werbung und die Algorithmen, mit denen den Nutzern Inhalte empfohlen werden;
- neue Befugnisse zur Untersuchung der Funktionsweise der Plattformen; dazu werden Forscher Zugang zu wichtigen Plattformdaten erhalten;
- neue Vorschriften für die Nachverfolgbarkeit gewerblicher Nutzer auf Online-Marktplätzen, um Verkäufer illegaler Waren oder Dienstleistungen leichter aufspüren zu können;
- ein innovativer Kooperationsprozess zwischen den Behörden, um eine wirksame Durchsetzung im gesamten Binnenmarkt zu gewährleisten.

Plattformen, die mehr als 10 % der EU-Bevölkerung (45 Mio. Nutzer) erreichen, gelten als systemrelevant und unterliegen nicht nur besonderen Verpflichtungen in Bezug auf das Management ihrer eigenen Risiken, sondern auch einer neuen Aufsichtsstruktur. Dieser neue Rechenschaftsrahmen wird aus einem Gremium nationaler Koordinatoren für digitale Dienste bestehen, wobei die Kommission besondere Befugnisse bei der Beaufsichtigung sehr grosser Plattformen erhält, einschliesslich der Möglichkeit, diese direkt zu sanktionieren.

b) Neue Cybersicherheitsstrategie der EU

Am 16. Dezember 2020 stellten das Parlament und der Rat im Wege einer gemeinsamen Mitteilung die neue Cybersicherheitsstrategie der EU vor.[13] Ziel der Strategie ist es, Europas kollektive Abwehrfähigkeit gegen Cyberbedrohungen zu stärken und dazu beizutragen, dass UnionsbürgerInnen und Unternehmen in der EU die Vorzüge vertrauenswürdiger und zuverlässiger Dienste und digitaler Instrumente uneingeschränkt nutzen können. Die neue Cybersicherheitsstrategie soll ein globales und offenes Internet gewährleisten und zugleich Schutzvorkehrungen bieten, nicht nur im Hinblick auf die Sicherheit, sondern auch um die europäischen Werte und die Grundrechte aller zu schützen.

[13] Gemeinsame Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat, Die Cybersicherheitsstrategie der EU für die digitale Dekade, JOIN(2020) 18 final vom 16. Dezember 2020.

Die Strategie enthält konkrete Vorschläge für Regulierungs-, Investitions- und Politikinstrumente in drei Bereichen:

- Widerstandsfähigkeit, technologische Unabhängigkeit und Führungsrolle,
- Aufbau operativer Kapazitäten zur Prävention, Abschreckung und Reaktion,
- Förderung eines globalen offenen Cyberraums durch verstärkte Zusammenarbeit.

Zur Verbesserung der digitalen wie auch der physischen Widerstandsfähigkeit kritischer Einrichtungen und Netze schlug die Kommission zeitgleich eine neue Richtlinie über Massnahmen für ein hohes gemeinsames Mass an Cybersicherheit in der gesamten Union[14] sowie eine neue Richtlinie über die Widerstandsfähigkeit kritischer Einrichtungen[15] vor. Die Vorschläge haben zum Ziel, aktuelle und künftige Risiken online und offline – von Cyberangriffen bis hin zu Kriminalität oder Naturkatastrophen – auf kohärente und komplementäre Weise zu bewältigen.

c) Kompetenzzentrum für Cybersicherheit

Das Europäische Parlament und der Rat erzielten am 11. Dezember 2020 eine politische Einigung über die Errichtung eines Kompetenzzentrums und eines Netzes für Cybersicherheit.[16] Die Initiative zielt darauf ab, die technologischen und industriellen Kapazitäten der EU im Bereich Cybersicherheit zu verbessern und zu stärken sowie zur Schaffung eines sicheren Online-Umfelds beizutragen.[17] Das Kompetenzzentrum für Cybersicherheit mit Sitz in Bukarest und das Netz der nationalen Koordinierungszentren sollen die europäischen Kapazitäten für Cybersicherheit stärken, unsere Wirtschaft und Gesellschaft vor Cyberangriffen schützen, Exzellenz auf dem Gebiet Forschung sichern und fördern sowie die Industrie der Union in diesem Bereich konkurrenzfähiger machen.

---

14 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, repealing Directive (EU) 2016/1148, COM(2020) 823 final vom 16. Dezember 2020.

15 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the resilience of critical entities, COM(2020) 829 final vom 16. Dezember 2020.

16 IP/20/2384 vom 11. Dezember 2020.

17 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einrichtung des Europäischen Kompetenzzentrums für Cybersicherheit in Industrie, Technologie und Forschung und des Netzes nationaler Koordinierungszentren, COM(2018) 630 final vom 12. September 2020.

Das Zentrum und das Netz werden Ressourcen aus der EU, ihren Mitgliedstaaten und der Industrie bündeln, um die technologischen und industriellen Kapazitäten für Cybersicherheit zu verbessern und zu stärken und so die offene strategische Autonomie der EU zu fördern. Im Rahmen der Verwaltung der Mittel für Cybersicherheit im nächsten langfristigen EU-Haushalt wird das Zentrum Mittel aus den Programmen „Digitales Europa" und „Horizont Europa" sowie Beiträge der Mitgliedstaaten beziehen.

Das Kompetenzzentrum und das Netz für Cybersicherheit sollen die Union und die Mitgliedstaaten dabei unterstützen, im Bereich der Cybersicherheit proaktiv eine längerfristige strategisch ausgerichtete Perspektive im Hinblick auf Forschung, Entwicklung und Industriepolitik zu verfolgen. Dieser Ansatz soll nicht nur bahnbrechende Lösungen bei der Bewältigung der Cybersicherheitsprobleme ermöglichen, vor denen sowohl der private als auch der öffentliche Sektor steht, sondern auch die wirksame Einführung dieser Lösungen unterstützen. Das Zentrum und das Netz werden zusammen unsere technologische Souveränität durch gross angelegte Cybersicherheitsprojekte in Bereichen wie Cyberbedrohungen, Schutz von Hardware und Betriebssystemen durch Cybersicherheitsmassnahmen sowie Sicherheitszertifizierung stärken.

Darüber hinaus werden die beiden Einrichtungen einschlägig tätigen Gemeinschaften in Forschung und Industrie wie auch den Behörden Zugang zu Schlüsselkapazitäten verschaffen, z. B. zu Erprobungs- und Versuchseinrichtungen, die wegen mangelnder finanzieller und personeller Mittel häufig für einzelne Mitgliedstaaten unerschwinglich sind.

d) EuGH: Privacy-Shield-Beschluss zum transatlantischen Datenschutz ist ungültig

Mit Urteil vom 16. Juli 2020 erklärte der Europäische Gerichtshof den Kommissionsbeschluss zum transatlantischen Datenschutz, den sogenannte Privacy-Shield-Beschluss, für ungültig.[18] Hintergrund des Urteils ist eine Beschwerde des österreichischen Juristen Max Schrems. Der Aktivist hatte bei der irischen Datenschutzbehörde beanstandet, dass Facebook Irland seine Daten an den Mutterkonzern in den USA weiterleitet. Er begründete seine Beschwerde damit, dass Facebook in den USA dazu verpflichtet sei, US-Behörden wie der NSA und dem FBI die Daten zugänglich zu machen, ohne dass Betroffene dagegen vorgehen könnten.

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens erklärte der EUGH nunmehr die wichtigste Rechtsgrundlage für den Transfer personenbezogener Daten

[18] EuGH, Urteil in der Rechtssache C-311/18 vom 16. Juli 2020, ECLI:EU:C:2020:559.

europäischer Bürger in die USA für nichtig. Der EuGH stützt seine Entscheidung darauf, dass die Sicherheitsbehörden in den USA über weitreichende Kompetenzen verfügen, die Kommunikation europäischer Bürger zu überwachen. Der Privacy-Shield-Beschluss 2016/1250 der Kommission lasse den Datenzugriff amerikanischer Behörden nach dem Recht der Vereinigten Staaten in einem Masse zu, welches mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Unionsrecht nicht vereinbar sei. Laut EuGH liessen die Ermächtigungen zur Durchführung von Überwachungsprogrammen der amerikanischen Behörden keine Einschränkungen erkennen und seien entsprechend nicht auf das erforderliche Mindestmass beschränkt. In Bezug auf das Erfordernis des gerichtlichen Rechtsschutzes befand der Gerichtshof, dass der im Privacy-Shield-Beschluss angeführte Ombudsmechanismus entgegen den darin von der Kommission getroffenen Feststellungen den betroffenen Personen keinen Rechtsweg zu einem Organ eröffnet, das Garantien böte, die den nach dem Unionsrecht erforderlichen Garantien der Sache nach gleichwertig wären. So bestünden keine Garantien, die sowohl die Unabhängigkeit der durch diesen Mechanismus vorgesehenen Ombudsperson als auch das Bestehen von Normen gewährleisten, die die Ombudsperson dazu ermächtigen, gegenüber den amerikanischen Nachrichtendiensten verbindliche Entscheidungen zu erlassen.

Der EuGH stellte fest, dass auf der Grundlage der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) personenbezogene Daten grundsätzlich nur dann in ein Drittland übermittelt werden dürfen, wenn das dieses dafür ein „angemessenes Schutzniveau“ gewährleistet. Die Kommission sei befugt, ein solches Level mit einem Beschluss festzustellen, wie dies etwa im Wege des Privacy-Shield-Beschlusses geschah. Liege keine solche Angemessenheitsentscheidung vor oder sei diese wie vorliegend ungültig, müsse der in der EU ansässige Datenexporteur geeignete Garantien für ein angemessenes Datenschutzniveau vorsehen. Der EUGH stellt diesbezüglich fest, dass Standardvertragsklauseln weiterhin ein gültiges Instrument sind, wenn personenbezogenen Daten an Datenverarbeiter in Drittländern übermittelt werden sollen. Ob das Schutzniveau der Standardvertragsklauseln im Einzelfall ausreichend sei, müssten die zuständigen Datenschutzbehörden beurteilen. Bei der Beurteilung des Schutzniveaus sind nicht nur die vertraglichen Regelungen zu berücksichtigen, die zwischen dem in der Union ansässigen Datenexporteur und dem im betreffenden Drittland ansässigen Empfänger der Übermittlung vereinbart wurden, sondern auch die Zugriffsrechte der Behörden dieses Drittlands. Die Datenschutzbehörden seien verpflichtet, Übermittlungen von Daten dann auszusetzen oder zu verbieten, wenn sie der Auffassung sind, dass die betreffenden Klauseln im Empfängerland praktisch nicht eingehalten werden oder nicht eingehalten werden können.

e) EuGH: Zur Neutralität des Internet

Mit Urteil vom 15. September 2020 legte der EuGH erstmals die Verordnung (EU) 2015/2120 über das offene Internet (sog. Netzneutralität) aus.[19] Gemäss dem Urteil ist es Telekommunikationsdienstanbietern untersagt, die Datennutzung von Kunden selektiv zu drosseln, wenn diese ein bestimmtes Volumen überschreitet. Dem Fall lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Der ungarische Anbieter Telenor Magyarország hatte gegen eine Entscheidung der ungarischen Regulierungsbehörde geklagt. Zu den Dienstleistungen, die Telenor ihren Kunden anbietet, gehören zwei Pakete für einen bevorzugten Zugang, die die Besonderheit aufweisen, dass der durch bestimmte Dienste und Anwendungen generierte Datenverkehr nicht auf den Verbrauch des von den Kunden gebuchten Datenvolumens angerechnet wird. Dazu zählen u.a. Whatsapp und Spotify. Hingegen drosselte der Anbieter alle anderen Internetzugriffe der Kunden, wenn ihr Datenvolumen aufgebraucht war. Dies untersagte die Behörde mit Verweis auf die Netzneutralität, denn der Provider behandle damit einige Internetangebote bevorzugt.

Das EUGH gab der ungarischen Behörde mit der Begründung Recht, dass Tarife wie der ungarische mit ihren „Blockierungs- oder Verlangsamungsmassnahmen die Ausübung der Rechte der Endnutzer einschränken".

4. Digitale Inhalte

a) Europäische Beobachtungsstelle für digitale Medien

Am 1. Juni 2020 nahm die neue Europäische Beobachtungsstelle für digitale Medien ihre Arbeit auf.[20] Unter der Leitung des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz wird die Beobachtungsstelle den Aufbau und die Arbeit einer multidisziplinären Gemeinschaft aus Faktenprüfern und Forschern bei der Bekämpfung von Online-Desinformation unterstützen. Zweck der Errichtung dieser neuen Beobachtungsstelle ist es, die für Desinformation relevanten Akteure, Werkzeuge, Methoden, Verbreitungsdynamik, priorisierten Ziele und Auswirkungen auf die Gesellschaft zu verstehen. Sie soll die wissenschaftlichen Erkenntnisse über Online-Desinformation erweitern, aber auch

---

19 EuGH, Urteil in der Rechtssache C-807/18 und C-39/19 vom 15. September 2020, ECLI:EU:C:2020:708.

20 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1. Juni 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/germany/news/20200602-europaeische-beobachtungsstelle-fuer-digitale-medien_de>.

die Entwicklung eines EU-Marktes für Dienste zur Faktenprüfung vorantreiben und die Behörden unterstützen, die für die Überwachung digitaler Medien und die Entwicklung neuer politischer Strategien zuständig sind.

Die Beobachtungsstelle erhält 2,5 Mio. Euro aus dem europäischen Förderprogramm „Connecting Europe Facility". Dem Konsortium gehören das Athener Technologiezentrum (Griechenland), die Universität Aarhus (Dänemark) und die Organisation Pagella Politica (Italien) an. Die Errichtung der Beobachtungsstelle geht auf den Aktionsplan der Kommission gegen Desinformation vom Dezember 2018 zurück und wird durch weitere diesbezügliche Massnahmen ergänzt.

b) Zentrum zur digitalen Bewahrung des kulturellen Erbes

Die Europäische Kommission rief im Januar 2021 ein Projekt zur Errichtung eines europäischen Kompetenzzentrums ins Leben, das sich mit der Bewahrung und Erhaltung des europäischen Kulturerbes befassen soll (4CH-Projekt).[21] Das Projekt wird mit der Implementierung der Struktur, der Organisation und der Dienstleistungen des Kompetenzzentrums beginnen. Das Kompetenzzentrum wird als virtuelle Infrastruktur arbeiten, die Expertise, Beratung und Dienstleistungen unter Verwendung modernster IKT mit einem besonderen Fokus auf 3D-Technologie anbietet. Ein strategischer Beirat, der Vertreter der wichtigsten nationalen und internationalen Gremien im Bereich der Bewahrung des kulturellen Erbes umfasst, wird eingerichtet, um in kulturellen, wissenschaftlichen, technologischen, finanziellen, strategischen und politischen Bereichen zu beraten.

Zentraler Teil des Projekts ist eine „Cultural Heritage Cloud", die einen offenen, digitalen Raum für die Erhaltung und den Zugang zum kulturellen Erbe schaffen soll. Während einer Projektphase von 3 Jahren sollen insbesondere Technologien, Anleitungen, Schulungskonzepte und Inventar für die Erfassung, Verwaltung und Speicherung von Daten verschiedenster kultureller Bereiche entwickelt werden.

Das Istituto Nazionale di Fisica Nucleare in Italien koordiniert das Projekt-Team, bestehend aus 19 Teilnehmern, die aus 11 EU-Mitgliedstaaten, der Schweiz und Moldawien stammen.

---

[21] Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 4. Januar 2021, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/european-competence-centre-digital-preservation-and-conservation-cultural-heritage-and-projects>.

c) Politische Einigung über das Programm Creative Europe 2021

Das Europäische Parlament und die EU-Mitgliedstaaten konnten am 14. Dezember 2020 eine politische Einigung über das Programm „Creative Europe (2021–2027)“ erzielen. „Creative Europe“ ist ein EU-Instrument zur Unterstützung des Kultur- und Kreativsektors.

Mit einem eigenen Budget von über 2,4 Mrd. EUR soll das Programm 2021 weiter die kulturelle und sprachliche Vielfalt, das Kulturerbe und die Wettbewerbsfähigkeit fördern. Zugleich soll es das Programm Organisationen und Fachkräften des Kultur- und Kreativsektors ermöglichen, grenzüberschreitend zusammenzuarbeiten, gemeinsame Werke zu schaffen und ein breiteres Publikum zu erreichen und dabei aktuelle gesellschaftliche Fragen aufzugreifen und aufstrebende Künstlerinnen und Künstler zu unterstützen.[22]

Der Aktionsbereich MEDIA wird weiterhin Projekte mit europäischer und internationaler Dimension finanzieren, Talente fördern und den Einsatz neuer Technologien unterstützen, um die Wettbewerbsfähigkeit des Sektors zu stärken. Im sektorenübergreifenden Aktionsbereich werden darüber hinaus erstmals die Nachrichtenmedien unterstützt, und zwar im Rahmen verschiedener Aktionen zur Förderung der Medienkompetenz, des Pluralismus und der Medienfreiheit. Die Umsetzung des neuen Programms wird Anfang 2021 beginnen; es läuft bis 2027.

---

22 IP/20/2405 vom 14. Dezember 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_20_2405>.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2020

In der Berichtsperiode war die Corona-Pandemie mit ihren Auswirkungen auf Wirtschaft, Politik und nicht zuletzt das tägliche Leben das zentrale, alles dominierende Thema. Dennoch kann die Schweiz im Bereich Kommunikation und Medien auf eine Reihe interessanter Entwicklungen zurückblicken. So wurde beispielsweise das Datenschutzgesetz angenommen, durch die Übernahme von Sunrise durch Liberty Global kommt in den von der Swisscom dominierten Schweizer Telekommarkt neuer Schwung und mit dem Inkrafttreten des revidierten URG wird den Piraterie-Plattformen die Ausübung ihres Geschäftsmodells erschwert.

1. Allgemeine Entwicklungen

a) Strategie Digitale Schweiz

Am 11. September 2020 hat der Bundesrat die aktualisierte Strategie „Digitale Schweiz" verabschiedet mit den Schwerpunkten Umweltschutz, Datenräume, Digitale Wirtschaft, Digitaler Service Public und Auswirkungen der Covid-19-Pandemie.[23] Die für die Bundesverwaltung verbindliche Strategie gibt die Leitlinien für das staatliche Handeln in der Digitalisierung vor, dient aber auch als Orientierungshilfe für Wirtschaft, Wissenschaft und Zivilgesellschaft. Die Strategie „Digitale Schweiz" wird in einem Rhythmus von maximal zwei Jahren aktualisiert.[24]

In Bezug auf den Digitalen Service Public verfasst das BAKOM in Zusammenarbeit mit anderen Stellen der Bundesverwaltung bis Mitte 2022 einen Bericht über datengetriebene Entwicklungen in den regulierten Netzsektoren.[25] Dies soll unter anderem dabei helfen, die Rolle des Bundes bei einem allfälligen Aufbau und Betrieb neuer, datenbasierter Infrastrukturen zu ermitteln.

---

23 Bundesrat, Strategie Digitale Schweiz, 11. September 2020, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/digital-und-internet/strategie-digitale-schweiz.html>.

24 Zur Strategie zur digitalen Zukunft Europas und zur Strategie der EU zur Nutzung digitaler Daten vgl. oben I.1.a) ff..

25 Bundesrat, Neue Schwerpunkte für die digitale Schweiz, Medienmitteilung vom 11. September 2020, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/medieninformationen/medienmitteilungen.msg-id-80379.html>.

b) *Arbeitsgruppe Künstliche Intelligenz*

Aufgrund der voranschreitenden Entwicklung und Anwendung von künstlicher Intelligenz (KI)[26] hat der Bundesrat diese bereits in seiner 2018 veröffentlichten Aktualisierung der Strategie „Digitale Schweiz" als ein zentrales Thema definiert.[27] Die hierzu einberufene Arbeitsgruppe hat im Berichtsjahr unter Federführung des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) sieben strategische Leitlinien für den Umgang mit künstlicher Intelligenz in der Bundesverwaltung erarbeitet.[28] Der Bundesrat hat diese „Leitlinien ‚Künstliche Intelligenz' (KI-Leitlinien) für den Bund" am 25. November 2020 verabschiedet.[29]

Die KI-Leitlinien, die sich eng an der auf nationaler und internationaler Ebene geführten Diskussion orientieren, dienen der Bundesverwaltung als Orientierungshilfe; so unter anderem für die Erarbeitung sektoraler KI-Strategien, bei der Einführung oder Anpassung spezifischer, sektoraler Regulierungen, bei der Entwicklung und beim Einsatz von KI-Systemen innerhalb der Bundesverwaltung und bei der Mitgestaltung des internationalen Regelwerks zu KI.[30]

Mit der Ausarbeitung der KI-Leitlinien endet die Arbeit der interdepartementalen Arbeitsgruppe.[31] Die Beurteilung hinsichtlich der Anwendung und Weiterentwicklung der KI-Leitlinien wird künftig vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zusammen mit den betroffenen Bundesstellen sichergestellt.

c) *Datenschutzgesetz Schweiz*

Im September 2017 hat der Bundesrat den Entwurf für ein totalrevidiertes Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG)[32] vorgestellt. Der stark an die EU-

---

26 Zum Standpunkt der EU vgl. oben I.1.b).

27 Vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 83.

28 Staatssekretariat für Bildung, Forschung und Innovation SBFI, Künstliche Intelligenz, abrufbar unter <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/bfi-politik/bfi-2021-2024/transversale-themen/digitalisierung-bfi/kuenstliche-intelligenz.html>.

29 Bundesrat, Leitlinien „Künstliche Intelligenz" für den Bund, Orientierungsrahmen für den Umgang mit künstlicher Intelligenz in der Bundesverwaltung, 25. November 2020, abrufbar unter <https://www.sbfi.admin.ch/sbfi/de/home/bfi-politik/bfi-2021-2024/transversale-themen/digitalisierung-bfi/kuenstliche-intelligenz.html>.

30 SBFI, Künstliche Intelligenz (Fn. 28).

31 Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 25. November 2020 beschlossen, die Arbeitsgruppe aufzulösen, vgl. SBFI, Künstliche Intelligenz (Fn. 28).

32 SR 235.1.

Datenschutz-Grundverordnung[33] angelehnte Gesetzesentwurf soll mehr Transparenz schaffen und die Mitbestimmungsrechte von betroffenen Personen stärken, deren Daten bearbeitet werden.[34]

Am 25. September 2020 hat das Parlament das totalrevidierte DSG angenommen.[35] Das Referendum wurde nicht ergriffen.[36] Der Termin für das Inkrafttreten des revidierten DSG stand bis Redaktionsschluss noch nicht fest.

d) Mediennutzung Schweiz

Der Fernseher ist nach wie vor das beliebteste elektronische Gerät der Schweizer – im Berichtsjahr nutzten 92 Prozent der Gesamtbevölkerung ihn mindestens gelegentlich, gefolgt vom Radio mit einer Nutzung von 82 Prozent[37] und dem Laptop mit einer Nutzung von 76 Prozent.[38] Die hohen Nutzungswerte lassen sich auf den Digitalisierungsschub im Corona-Jahr zurückführen.

2. Telekommunikation

a) Revision der Verordnungen zum Fernmeldegesetz

Am 22. März 2019 hat das Parlament die Teilrevision des Fernmeldegesetzeses (FMG)[39] verabschiedet.[40] Um das Inkrafttreten der neuen rechtlichen Grund-

---

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

34 Vgl. Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien (Fn. 27).

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

36 Die Referendumsfrist lief bis zum 14. Januar 2021.

37 Radioprogramme werden von knapp der Hälfte der Bevölkerung (47 Prozent) auch über andere Geräte konsumiert, so beispielsweise über das Smartphone (24 Prozent), über das Fernsehgerät (24 Prozent), auf dem Computer (20 Prozent) und auf dem Tablet (4 Prozent).

38 Ausführlich hierzu vgl. IGEM, Digimonitor Studie Mediennutzung Schweiz, Zusammenfassung, abrufbar unter <https://www.igem.ch/download/Zusammenfassung-IGEM-digiMONITOR-2020.pdf?d=1612384805025>.

39 SR 784.10.

40 Vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 112 und Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien (Fn. 27).

lagen im Telekommunikationsbereich per 1. Januar 2021 sicher zu stellen, hat der Bundesrat am 18. November 2020 die revidierten Ausführungsbestimmungen zum FMG verabschiedet.[41]

Die Anpassungen der Ausführungsbestimmungen sind zum Teil technischer Natur. Sie bringen aber auch weitere Verbesserungen des Konsumentenschutzes mit sich, so beispielsweise im Bereich des Telemarketings oder des Roamings, bei welchem unter anderem die sekundengenaue Abrechnung[42] und das Anbieten von Tarifoptionen[43] vorgeschrieben wird.

b) Internationales Roaming

Die Schweiz kennt weiterhin keine Regulierung im Bereich Roaming. Mit dem Inkrafttreten des teilrevidierten FMG erhält der Bundesrat aber verschiedene Möglichkeiten zur Bekämpfung unverhältnismässig hoher Endkundentarife und zur Förderung des Wettbewerbs (Art. 12a^{bis} FMG, Internationales Roaming).

c) Ausbau der Mobilfunknetze

In den letzten Jahren hat sich die Datenmenge, die wir über das Mobilfunknetz übertragen, jährlich verdoppelt.[44] Bisher konnte der Bedarf mit der Einführung der dritten (3G, UMTS) und vierten Mobilfunkgeneration (4G, LTE) abgedeckt werden. Mittlerweile stossen auch diese Technologien an ihre Grenzen. Hier soll die Einführung von 5G eine deutliche Erhöhung der Datenübertragungskapazitäten sicherstellen. In der Schweiz wurden die 5G-Mobilfunkfrequenzen im Februar 2019 versteigert.[45] Damit war die Schweiz einer der ersten Staaten der Welt, in dem 5G in Betrieb ging.[46]

---

41 Bundesrat, Revision der Verordnungen zum Fernmeldegesetz, Medienmitteilung vom 18. November 2020.

42 Art. 10c Verordnung über Fernmeldedienste (FDV).

43 Art. 10d FDV.

44 BAKOM, Mobile Kommunikation: Auf dem Weg zu 5G, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/technologie/5g.html>.

45 BAKOM, Mobilfunkfrequenzen für 5G in der Schweiz vergeben, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/frequenzen-antennen/vergabe-der-mobilfunkfrequenzen/mobilfunkfrequenzen-5G-vergeben.html>.

46 Zum Standpunkt der EU vgl. oben I.2.a).

Die 5G-Technik beschäftigte bereits wiederholt das Parlament[47] und steht regelmässig in der Kritik, die Gesundheit der Bevölkerung zu gefährden. Am 22. April 2020 hat der Bundesrat das weitere Vorgehen im Bereich Mobilfunk und 5G festgelegt.[48] Zunächst sollen die begleitenden Massnahmen gemäss dem Ende 2019 veröffentlichten Bericht der Arbeitsgruppe „Mobilfunk und Strahlung“[49] umgesetzt werden.[50] Hierzu zählen neben der Weiterentwicklung des Monitorings der Strahlenbelastung und der Schaffung der neuen umweltmedizinischen Beratungsstelle für nichtionisierende Strahlung auch eine bessere Information der Bevölkerung und eine Intensivierung der Forschung zu den gesundheitlichen Auswirkungen von Mobilfunk und Strahlung.[51]

Darüber hinaus plant der Bund eine Vollzugshilfe für den Umgang mit den neuen adaptiven 5G-Antennen zu erarbeiten, also jenen Antennen, die ihre Signale gezielt in Richtung der Nutzerinnen und Nutzer senden. Die nötige

---

47 So z.B.: Interpellation 19.3321. Die Einführung der neuen 5G-Mobilfunktechnologie in der Schweiz erfordert eine gute Aufklärung der Bevölkerung durch den Bund (erledigt); Interpellation 19.3089. Mobilfunk. 5G und gesundheitliche Risiken (eingereicht im Nationalrat am 12. März 2019, im Rat noch nicht behandelt); Interpellation 19.3505. Vergabe von Mobilfunkkonzessionen für 5G ohne entsprechende Grundlagen für die Bewilligungsbehörden (eingereicht im Nationalrat am 19. Mai 2019, im Rat noch nicht behandelt); Standesinitiative 20.309. Moratorium für die 5G- (und 4G-plus-) Technologie in der Schweiz (eingereicht am 3. März 2020, im Rat noch nicht behandelt); Motion 20.3586. Mobilfunkanlagen mit 5G-Technologie. Konsequenzen der Millimeterwellen auf die Natur und den Menschen (eingereicht im Nationalrat am 11. Juni 2020, im Rat noch nicht behandelt); Interpellation 20.3778. Bedeutung von 5G bei Nachhaltigkeit, Umweltschutz und Digitalisierung (eingereicht im Nationalrat am 18. Juni 2020, erledigt); Fragestunde 20.5973. 5G Begleitmassnahmen: Information und Sensibilisierung der Bevölkerung (eingereicht im Nationalrat am 7. Dezember 2020, erledigt).

48 Bundesamt für Umwelt BAFU, Bundesrat entscheidet über weiteres Vorgehen im Bereich Mobilfunk und 5G, Dossier vom 22. April 2020, abrufbar unter <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/elektrosmog/dossiers/bericht-arbeitsgruppe-mobilfunk-und-strahlung.html>.

49 Arbeitsgruppe Mobilfunk und Strahlung, Bericht Mobilfunk und Strahlung, 18. November 2019.

50 Unter Einbezug der mitbetroffenen Ämter anderer Departemente, der interessierten Kreise und der Kantone im Rahmen der bestehenden Mittel und unter Wahrung der bestehenden Zuständigkeiten.

51 Arbeitsgruppe Mobilfunk und Strahlung, Bericht Mobilfunk und Strahlung (Fn. 19), für eine Zusammenfassung vgl. BAFU, Bundesrat entscheidet über weiteres Vorgehen im Bereich Mobilfunk und 5G (Fn. 48/49).

Transparenz bezüglich der zu erwartenden Belastung der Bevölkerung soll durch Testmessungen geschaffen werden. Die Grenzwerte für die Strahlenbelastung bleiben vorerst unverändert.[52]

Die Befürworter der neuen Mobilfunkgeneration sind der Ansicht, dass sich nur mit der Erhöhung der zulässigen Grenzwerte ein flächendeckendes 5G-Netz einführen lasse. Um die Möglichkeiten der 5G-Technik aufzuzeigen und der Bevölkerung die Ängste vor 5G zu nehmen, wurde die Informationsplattform CHANCE5G gegründet.[53]

d) Übernahme von Sunrise durch Liberty Global

Im Berichtszeitraum hat Liberty Global die Übernahme von Sunrise abgeschlossen – seit dem 11. November 2020 sind UPC und Sunrise eigenständig operierende Tochterunternehmen der Muttergesellschaft Liberty Global. Mit der Übernahme endet ein jahrelanger Prozess – 2019 wollte zunächst Sunrise UPC übernehmen, scheiterte aber am Widerstand eines Sunrise-Grossaktionärs.[54]

UPC und Sunrise verfolgen das Ziel, die beiden Unternehmen ab 2021 in einem Unternehmen zusammenzuführen,[55] um einen „stärkeren, agileren und innovativeren Konkurrenten“[56] für den bislang von der Swisscom dominierten Schweizer Markt zu schaffen.

3. Rundfunk

a) Coronavirus: Übergangsmassnahmen zugunsten der Medien

Am 20. Mai 2020 hat der Bundesrat Massnahmen zur Unterstützung aller Mediengattungen verabschiedet (Covid-19-Verordnung Printmedien; Covid-19-Verordnung elektronische Medien), um die rückläufigen Werbeei-

---

52 Die Arbeitsgruppe konnte sich bezüglich der Anlagegrenzwerte der Verordnung über den Schutz vor nichtionisierender Strahlung (NISV) nicht auf eine gemeinsame Empfehlung einigen und auch das Parlament hat es in jüngerer Vergangenheit zweimal abgelehnt, die Grenzwerte für die Strahlenbelastung zu lockern.

53 <https://chance5g.ch/de/>.

54 Vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien (Fn. 27).

55 <https://www.upc.ch/de/ueber-uns/information/mitteilung/> und <https://www.sunrise.ch/de/privatkunden/startseite/allgemein/liberty-global-transaktion.html>.

56 Arnold Paul/Busvine Douglas, Liberty Global schluckt Schweizer Telekomkonzern Sunrise, Reuters, abrufbar unter <https://www.reuters.com/article/schweiz-sunrise-idDEKCN2580HH>.

nahmen aufgrund der ausserordentlichen Lage in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie aufzufangen.[57] Die Verordnungen waren zunächst bis zum 30. November 2020 befristet und wurden am 11. November 2020 vom Bundesrat bis zum 30. Juni 2021 verlängert.[58]

b) Massnahmenpaket zugunsten der Medien

Im Berichtsjahr hat der Bundesrat beschlossen, die Medien mit einem Massnahmenpaket zu unterstützen, um ein vielfältiges Angebot in allen Regionen der Schweiz zu fördern.[59] Die an der Sitzung des Bundesrats vom 29. April 2020 verabschiedete Botschaft zum Bundesgesetz über ein Massnahmenpaket zugunsten der Medien[60] sieht einen Ausbau der indirekten Presseförderung, die Unterstützung von Online-Medien sowie allgemeine Massnahmen zugunsten der elektronischen Medien vor. Darüber hinaus will der Bundesrat die Rahmenbedingungen der elektronischen Medien durch die Unterstützung von Aus- und Weiterbildungsinstitutionen, nationalen Nachrichtenagenturen und Selbstregulierungsorganisationen verbessern. Die Unabhängigkeit der Medien soll weiterhin gewahrt bleiben.

Das Geschäft wurde im Berichtsjahr von beiden Räten behandelt und zuletzt vom Nationalrat am 10. September 2020 an die Kommission zurückverwiesen.[61]

c) Reduktion der Abgabe für Radio und Fernsehen

An seiner Sitzung vom 16. April 2020 hat der Bundesrat mit Wirkung zum 1. Januar 2021 die Senkung der Radio- und Fernsehabgabe von bisher 365 Franken auf neu 335 Franken für alle Schweizer Privathaushalte beschlossen.[62] Mit der Verfeinerung der Tarifstruktur für die Unternehmensabgabe soll auch die

---

57 Bundesrat, Coronavirus: Befristete Soforthilfe zugunsten der Medien, Medienmitteilung vom 20. Mai 2020.

58 Bundesrat, Coronavirus: Verlängerung der Übergangsmassnahmen zugunsten der Medien, Medienmitteilung vom 11, November 2020.

59 Geschäft des Bundesrates 20.038. Massnahmenpaket zugunsten der Medien; BAKOM, Massnahmenpaket zugunsten der Medien, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/das-bakom/organisation/rechtliche-grundlagen/bundesgesetze/zukuenftiges-gesetz-ueber-elektronische-medien.html>.

60 BBl 2020 4541.

61 Geschäft des Bundesrates 20.038. Massnahmenpaket zugunsten der Medien (Fn. 59).

62 Bundesrat, Radio- und Fernsehabgabe ab 2021 um 30 Franken günstiger, Medienmitteilung vom 16. April 2020, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78803.html>.

Wirtschaft entlastet werden: künftig werden 93 Prozent der abgabepflichtigen Unternehmen weniger zahlen. Die SRG sowie die lokalen und regionalen Radio- und Fernsehveranstalter mit Abgabeanteil erhalten eine leicht erhöhte Unterstützung.

4. Internet

a) Neue Pflichten für Hosting Provider

Am 1. April 2020 ist das neue Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (URG)[63] in Kraft getreten.[64] Neu müssen Betreiber eines Internet-Hosting-Dienstes, die eine besondere Gefahr für Urheberrechtsverletzungen schaffen, dafür sorgen, dass einmal entfernte urheberrechtsverletzende Inhalte auch dauerhaft entfernt bleiben (Art. 39d URG). Die Bestimmung richtet sich spezifisch gegen sogenannte Piraterie-Plattformen.[65] Für Konsumenten illegaler Angebote ändert sich hingegen nichts. Sie dürfen Werke, die ohne Erlaubnis der Rechteinhaber im Internet veröffentlicht worden sind, weiterhin für den privaten Gebrauch herunterladen.[66]

b) Netzneutralität

Mit dem Inkrafttreten des revidierten FMG ist seit dem 1. Januar 2021 die Netzneutralität in der Schweiz gesetzlich geregelt (Art. 12e FMG, Offenes Internet).[67] Die neue Regelung „Offenes Internet" sieht vor, dass die Anbieterinnen von Internetzugängen bei der Übertragung von Informationen nicht zwischen Sendern, Empfängern, Inhalten, Diensten, Diensteklassen, Protokollen, Anwendungen, Programmen oder Endgeräten technisch oder wirtschaftlich unterscheiden dürfen.

---

63 SR 231.1.

64 Vgl. Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien (Fn. 27).

65 Zu den neuen EU-Vorschriften für digitale Plattformen vgl. oben I.3.a)

66 Für weitere Informationen vgl. <https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/urheberrecht/revision-des-urheberrechts.html>.

67 Zur Netzneutralität in der EU vgl. oben I.3.e).

c) *Grundversorgung*

In der Berichtsperiode wurde die in der Grundversorgung vorgesehene Mindestgeschwindigkeit für das Surfen im Internet via Breitbandverbindung mehr als verdreifacht.[68] Seit dem 1. Januar 2020 beträgt die minimale Datenübertragungsrate für den Internetzugang 10/1 Mbit/s.

d) *Internet-Domains*

Am 18. November 2020 hat der Bundesrat die Revision der Verordnung über Internet-Domains (VID)[69] verabschiedet, die gesetzliche Grundlage für die Zuteilung und Verwaltung von Domain-Namen mit den Endungen .ch und .swiss. Die revidierte VID ist am 1. Januar 2021 in Kraft getreten und verbessert den Schutz der Personendaten sowie die Bekämpfung der Cyberkriminalität.

Am 10. Dezember 2020 hat das BAKOM den öffentlich-rechtlichen Vertrag mit Switch für die Verwaltung der Internet-Domain .ch um weitere fünf Jahre verlängert. Mit der Vertragsverlängerung verwaltet Switch bis Ende 2026 die nationale Datenbank der .ch-Domain-Namen und stellt die elektronische Verknüpfung mit dem weltweiten Domain-Namen-System (DNS) sicher.[70]

e) *Swiss Internet Governance Forum*

Einmal pro Jahr bringt das Swiss Internet Governance Forum (Swiss IGF) alle Interessierten 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 Swiss IGF am 28. September 2020 aufgrund der Situation im Zusammenhang mit Covid-19 virtuell statt.[71] Diskutiert wurden Themen wie

---

68 BAKOM, Grundversorgung im Fernmeldebereich, abrufbar unter <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/grundversorgung-im-fernmeldebereich.html>.

69 SR 784.104.2.

70 BAKOM, Verwaltung der Internet-Domain .ch – Vertrag mit Switch um 5 Jahre verlängert, Medienmitteilung vom 10. Dezember 2020.

71 Das ursprünglich für den 18. März 2020 geplante Treffen musste aufgrund der Situation im Zusammenhang mit dem Coronavirus verschoben werden.

Umwelt und Klima, Digitalisierung in Politik und Verwaltung und Selbstbestimmung im digitalen Raum.[72] Das nächste Swiss IGF ist für den 21. Juni 2021 geplant.

5. E-Government

a) Elektronische Identität (E-ID-Gesetz)

Gegen das von Bundesrat und Parlament ausgearbeitete Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz) wurde mit 64'933 gültigen Stimmen das Referendum ergriffen.[73] Die Abstimmung über das Referendum fand am 7. März 2021 statt. Das Schweizer Stimmvolk hat das E-ID-Gesetz deutlich abgelehnt.[74]

b) Plattform für den elektronischen Rechtsverkehr

An seiner Sitzung vom 11. November 2020 hat der Bundesrat den Entwurf zum neuen Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) in die Vernehmlassung geschickt.[75] Künftig sollen alle an einem Justizverfahren beteiligten Parteien mit den Gerichten, Staatsanwaltschaften und Justizvollzugsbehörden über eine hochsichere zentrale Plattform Daten austauschen können.

c) Elektronische Stimmabgabe

Am 12. März 2019 haben die Gegner der elektronischen Stimmabgabe eine Eidgenössische Volksinitiative „Für eine sichere und vertrauenswürdige Demokratie (E-Voting-Moratorium)"[76] gestartet. Aufgrund der Corona-Pandemie war das Sammeln von Unterschriften in der Zeit vom 21. März bis zum 31. Mai 2020 verboten. Obgleich der Fristenlauf in dieser Zeit unterbrochen wurde, sah das Initiativkomitee anschliessend ein Zustandekommen der Volksinitia-

---

72 Ausführlicher hierzu Swiss IGF 2020, Messages von Bern, 28. September 2020, abrufbar unter <https://igf.swiss/wp-content/uploads/2020/10/SwissIGF2020_Messages_de.pdf>.

73 Für weitere Informationen vgl. Heinrich Ulrike I., Kommunikation und Medien (Fn. 27).

74 SRF, Eidgenössische Abstimmung, Das E-ID-Gesetz wird deutlich abgelehnt, abrufbar unter <https://www.srf.ch/news/abstimmungen/elektronische-identitaet/eidgenoessische-abstimmung-das-e-id-gesetz-wird-deutlich-abgelehnt>.

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

76 Ausführlich hierzu vgl. <https://e-voting-moratorium.ch/>.

tive in der verbleibenden Zeit und mit den erforderlichen Schutzkonzepten als unrealistisch an. Die Unterschriftensammlung wurde daher eingestellt. Das Initiativkomittee behält sich aber eine Neulancierung der Initiative vor.[77]

[77] <https://e-voting-moratorium.ch/>.

Wettbewerbsrecht

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

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (André S. Berne/Laura P. Zilio) 95
1. Rechtsentwicklungen im Primärrecht: Der Brexit ist vollzogen 95
2. Wettbewerbsabreden 96
a) Entwicklungen im Sekundärrecht 96
aa) Evaluierung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien 96
bb) Überarbeitung der KFZ-GVO 97
b) Verfahren und Entscheidungen der EU-Kommission 98
aa) Einkäufer-Kartell auf dem Ethylen-Handelsmarkt 98
bb) Terrioriale Beschränkungen auf Film-Merchandise 99
cc) Territoriale Beschränkungen zwischen Hotelgruppe und Reiseveranstaltern 100
dd) Pay-for-Delay-Vereinbarungen im Pharmabereich zum ersten 101
c) Urteilspraxis der europäischen Gerichte 102
aa) Pay-for-Delay-Vereinbarungen im Pharmabereich zum zweiten 102
bb) Hohe Beweisanforderungen an bezweckte Wettbewerbsbeschränkung 104
cc) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eines schweizerischen Sportverbands 105
dd) Die Wirkung von Verpflichtungszusagen gegenüber Dritten 106
3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 107
a) Verfahren und Entscheidungen der EU-Kommission 107
aa) Sektoruntersuchung zum „Internet der Dinge“ 107
bb) Gewährleistung des Wettbewerbs auf den Chipsatz-Märkten für Modems 108
cc) Weitere Untersuchung der E-Commerce-Geschäftspraxis von *Amazon* 109
dd) Untersuchung von *Apples* App-Store Regeln und *Apple Pay* 109
b) Urteilspraxis der europäischen Gerichte 110
aa) Missbrauch der Marktmacht im baltischen Schienenverkehr 110
bb) Vergütungssystem einer Urheberrechtsverwertungsgesellschaft mit faktischem Monopol 111
4. Zusammenschlusskontrolle 112
a) Verfahren und Entscheidungen der EU-Kommission 112
aa) Die europäische Fusionskontrolle in Zahlen 112

bb) Unbedingte Freigaben 113
aaa) Übernahme von Metallo durch Aurubis 113
bbb) Übernahme von Osram durch AMS 114
cc) Bedingte Freigaben in Phase-I 115
aaa) Übernahme des Europageschäfts von LSG durch Gategroup 115
bbb) Übernahme des Konto-zu-Konto-Bereichs von Nets durch Mastercard 115
ccc) Übernahme von Ingenico durch Worldline 116
ddd) Übernahme von Bombardier Transportation durch Alstom 117
dd) Bedingte Freigaben in Phase-II 118
aaa) Das Zusammenschlussvorhaben PKN Orlen/grupa Lotos 118
bbb) Das Zusammenschlussvorhaben Google/Fitbit 119
ccc) Das Zusammenschlussvorhaben Fiat Chrysler/Peugeot 120
ee) Aufgaben in der Phase-II 121
b) Urteilspraxis der europäischen Gerichte 122
aa) Der EuG zu nicht-koordinierten Effekten 122
bb) Relevante Umsatzschwellen beim Unternehmenserwerb durch ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen 123
cc) Verstoss gegen das Vollzugsverbot 124
5. Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht 126
a) Rechtsgrundlage zur Erstellung und Mitnahme von Bildkopien 126
b) Begründungspflicht über die vermutete Zuwiderhandlung 127
c) Erforderlichkeit der Auskünfte bei Auskunftsverlangen 128
d) Fristansetzungen und Verhältnismässigkeit von Auskunftsverlangen 129
e) Das Verhältnis GRC-EMRK und der Anspruch auf Zeugeneinvernahme 130
6. Rechtsentwicklungen im Schadensersatzrecht 131
a) Rechtsentwicklungen zur Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU 131
aa) Die Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU 131
bb) Der Unternehmensbegriff gemäss der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU 131
cc) Die Kausalität gemäss der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU 133
dd) Bericht zur Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU 134
ee) Leitfaden für nationale Gerichte zur Behandlung von Offenlegungsanträgen 134
b) Örtliche Zuständigkeit aufgrund der Lage des betroffenen Markts 135
7. Weitere Entwicklungen im Europäischen Kartellrecht 136
a) Überarbeitung der Bekanntmachung über die Marktdefinition 136
b) Neues Wettbewerbsinstrument zur Bewältigung struktureller Wettbewerbsprobleme 136
c) Vorschlag für wettbewerbsrechtliche Regulierung digitaler Plattformen 137

II. Bedeutung für die Schweiz (David Mamane) 139
1. Rechtsentwicklungen im Primärrecht 139
2. Wettbewerbsbreden 140
3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 142
4. Zusammenschlusskontrolle 142
5. Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht 143
6. Rechtsentwicklungen im Schadensersatzrecht 144

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020[1]

1. Rechtsentwicklungen im Primärrecht: Der Brexit ist vollzogen

Das Verhältnis der EU zum Vereinigten Königreich hat sich ab dem 1. Januar 2021 grundlegend geändert. Nach 48 Jahren wird das Land ein Drittstaat und gehört demnach nicht mehr dem EU-Binnenmarkt und der Zollunion an. Neu bilden die EU und das Vereinigte Königreich zwei getrennte Märkte bzw. zwei unterschiedliche regulatorische und rechtliche Räume.

Nach intensiven Verhandlungen haben sich die EU-Kommission und das Vereinigte Königreich am 24. Dezember 2020 über die Modalitäten ihrer zukünftigen Zusammenarbeit geeinigt. Der Entwurf des Handels- und Kooperationsabkommen besteht aus drei Hauptsäulen: Es umfasst i) ein Freihandelsabkommen mit enger Zusammenarbeit in den Bereichen Wirtschaft, Soziales, Umwelt und Fischerei, ii) eine neue Partnerschaft für die Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger sowie iii) einen sog. Governance-Rahmen, welcher festlegt, wie das Abkommen gehandhabt und kontrolliert wird.[2] Untermauert wird mit es Bestimmungen, die gleichwertige Wettbewerbsbedingungen gewährleisten sollen. Damit geht das Handels- und Kooperationsabkommen über ein traditionelles Freihandelsabkommen hinaus. Es ist seit dem 1. Januar 2021 vorläufig anwendbar.[3]

---

1 Berichtet wird – soweit nichts anderes angegeben ist – über Rechtsentwicklungen von Anfang 2020 bis Ende Februar 2021. Die Verfasser danken Herrn MLaw Michael Mayer für seine wertvollen Hinweise und die Durchsicht des Manuskripts.

2 Handels- und kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland andererseits, ABl L 144 vom 31. Dezember 2020, 14 (nachfolgend: „Handels- und Kooperationsabkommen").

3 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24. Dezember 2021, IP/20/2531.

Anders als das Austrittsabkommen von November 2019[4] enthält das Handels- und Kooperationsabkommen Bestimmungen, die den Art. 101 und Art. 102 AEUV nachempfunden sind und auch die Zusammenschlusskontrolle betreffen.[5] Jedoch wenden sowohl die EU als auch das Vereinigte Königreich ihr eigenes Wettbewerbsrecht an, womit der Austritt des Vereinigten Königreichs Auswirkungen auf die Zuständigkeiten der EU-Kommission und der britischen *Competition and Market Authority* (CMA) hat.[6] Gemeinsames Ziel der zukünftigen Zusammenarbeit im Bereich der Wettbewerbspolitik und der Aktivität zur Rechtsdurchsetzung wird es ohnehin sein, einen freien und unverfälschten Wettbewerb und das reibungslose Funktionieren der Märkte zu gewährleisten.[7]

2. Wettbewerbsabreden

a) Entwicklungen im Sekundärrecht

aa) Evaluierung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien

Bereits im Oktober 2018 leitete die EU-Kommission eine Überprüfung der bis zum 31. Mai 2022 geltenden Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vereinbarungen (nachfolgend „GVO-VV 330/2010“)[8] und der dazugehörigen Leitlinien für vertikale Beschränkungen (nachfolgend „Vertikal-Leitlinien“)[9] ein, sodass die EU-Kommission entscheiden kann, ob sie die Verordnung auslaufen lassen, ohne Änderungen verlängern oder überarbeiten sollte. Diese Überprüfung besteht aus einer Evaluierungs- und einer Folgenabschätzungsphase.

---

4 Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl C 384 I vom 12. November 2019, 1 (Das Austrittsabkommen bleibt bestehen und soll u.a. die Rechte von EU-Bürgern und britischen Staatsangehörigen, die finanziellen Interessen der EU und vor allem den Frieden und die Stabilität auf der irischen Insel schützen).

5 Vgl. Teil Zwei: TITEL XI: Kapitel zwei: Wettbewerbspolitik Handels- und Kooperationsabkommens; zum Austrittsabkommen s. auch Früh Alfred/Jost Samuel, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz-EU 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 124.

6 Vgl. Teil Zwei: TITEL XI: Kapitel zwei, Art. 2.2 Handels- und Kooperationsabkommen.

7 Vgl. Teil Zwei: TITEL XI: Kapitel zwei, Art. 2.4 Handels- und Kooperationsabkommen.

8 Verordnung (EU) 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen, ABl L 102 vom 23. April 2010, 1.

9 Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl C 130 vom 19. Mai 2010, 1.

Am 8. September 2020 veröffentliche die EU-Kommission die Ergebnisse der Evaluierungsphase, mit welcher ermittelt werden sollte, inwieweit die GVO-VV 330/2010 im Zusammenspiel mit den Vertikal-Leitlinien bisher ihren Zweck erfüllt haben.[10] Die Evaluierung ergab, dass sich seit der Annahme der GVO-VV 330/2010 und der Vertikal-Leitlinien die Märkte vor allem aufgrund der Zunahme des Online-Warenhandels und neuer Marktteilnehmer wie Online-Plattformen erheblich verändert hätten, wodurch sich auch Vertriebsmodelle in verschiedener Hinsicht geändert hätten. So würden inzwischen mehr Anbieter Direktvertriebsmodelle nutzen und dadurch auch mehr Kontrolle über die Weiterverkaufskonditionen haben. Zudem seien immer häufiger neue Arten von vertikalen Beschränkungen zu beobachten, u.a. Beschränkungen des Verkaufs über Online-Marktplätze, von Internetwerbung sowie Preisparitätsklauseln für den Einzelhandel.

Mit der Folgenabschätzungsphase lancierte die EU-Kommission im Oktober 2020 die zweite Phase der Überarbeitung und startete eine erste öffentliche Konsultation, welche bis März 2021 andauerte. Am 5. Februar 2021 veröffentlichte sie bereits ein Arbeitspapier,[11] in dem die GD Wettbewerb ihre vorläufigen Ansichten wiedergab, wie Art. 101 AEUV auf vertikale Vereinbarungen angewandt werden könne. Es ist damit zu rechnen, dass im Laufe des Jahres 2021 Entwürfe der Neufassungen der GVO-VV 330/2010 sowie der dazugehörigen Leitlinien veröffentlichen werden, zu welchen Interessengruppen wiederum Stellung nehmen können.[12]

bb) Überarbeitung der KFZ-GVO

Auch die GVO-KFZ 461/2010,[13] welche am 23. Mai 2023 ausläuft, untersteht derzeit einer Evaluierung seitens der EU-Kommission. Diese ist auf Vereinbarungen über den Vertrieb von Ersatzteilen und über die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen von Kraftfahrzeugen anwendbar, während der eigentliche Vertrieb von Kraftfahrzeugen der GVO-VV 330/2010 unterstellt ist.[14] Im Oktober 2020 startete die EU-Kommission eine öffentliche Konsultation, welche bis Ende Januar 2021 dauerte. Die EU-

---

10 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. September 2020, IP/20/1564.

11 Abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/working_paper_on_dual_role_agents.pdf>.

12 Siehe zum aktuellen Stand die Website der GD Wettbewerb zur Vertikal-GVO <https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/index_en.html>.

13 Verordnung (EU) 461/2010 der Kommission vom 27. Mai 2010 über die Anwendung von Art. 101 Abs. 3 AEUV auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen im Kraftfahrzeugsektor, ABl L 129 vom 28. Mai 2010, 52.

14 Erwg. 10 Verordnung (EU) 461/2010.

Kommission ist verpflichtet, bis zum 31. Mai 2021 einen Bericht über deren Anwendung zu erstellen.[15] Auch die dazugehörigen Leitlinien[16] werden dabei einer Evaluierung unterzogen.

b) Verfahren und Entscheidungen der EU-Kommission

aa) Einkäufer-Kartell auf dem Ethylen-Handelsmarkt

Nachdem die EU-Kommission bereits im Jahr 2017 gegen ein Einkäuferkartell vorgegangen war,[17] hat sie im Juli 2020 erneut ein Einkäuferkartell verfolgt, und gegen die Chemiehersteller *Orbia*, *Clariant* und *Celanese* Geldbussen i.H.v. insgesamt EUR 260 Mio. verhängt.[18] Davon entfielen allein EUR 155 Mio. auf das baselbieter Unternehmen *Clariant*. Gegen das vierte an der Vereinbarung beteiligte Unternehmen *Westlake* wurde keine Geldbusse verhängt, weil das Unternehmen der EU-Kommission das Kartell offengelegt hatte. Die genannten Unternehmen waren an einem Einkäuferkartell auf dem Ethylen-Handelsmarkt beteiligt. Ethylen ist eine Chemikalie, welche insb. zur Herstellung verschiedener Kunststoffe verwendet wird.

Zwischen Dezember 2011 und März 2017 stimmten die vier beteiligten Unternehmen ihre Preisverhandlungsstrategie gegenüber den Ethylenverkäufern ab und tauschten preisbezogene Informationen aus, um den branchenspezifischen Preisreferenzwert zu ihrem Vorteil zu beeinflussen und dadurch niedrigere Einkaufspreise zu erzielen. Anders als bei Kartellen über Verkaufspreise stimmten die vier Unternehmen ihr Verhalten nicht ab, um höhere Verkaufspreise, sondern um niedrigere Einkaufspreise zu erzielen und damit die Verkaufspreise ihrer Lieferanten zu senken. Obwohl ihr Verhalten damit eine Preissenkung bezweckte, bewertete die EU-Kommission dies als schwerwiegenden Verstoss gegen die EU-Wettbewerbsvorschriften.

Bei der Festsetzung der Geldbusse legte die EU-Kommission zunächst den Wert der Einkäufe (und nicht den Verkaufsumsatz) für den relevanten Zeitraum zugrunde und erhöhte diesen um 10%, da diese Zahlen wegen des Kartells zu niedrig gewesen seien. Alle vier Unternehmen erhielten eine Ermäs-

---

15 Art. 7 Verordnung (EU) 461/2010.

16 Bekanntmachung der Kommission – Ergänzende Leitlinien für vertikale Beschränkungen in Vereinbarungen über den Verkauf und die Instandsetzung von Kraftfahrzeugen und den Vertrieb von Kraftfahrzeugersatzteilen, ABl C 138 vom 28. Mai 2010, 16.

17 Fall AT.40018, Car battery recycling, Entscheidungen vom 8. Februar 2017 und 6. April 2017.

18 Fall AT.40410, Ethylene, Entscheidung vom 14. Juli 2020.

sigung, um ihre Zusammenarbeit mit der EU-Kommission zu berücksichtigen und, da alle ihre Kartellbeteiligung einräumten und einem Vergleich zustimmten, eine zusätzliche Reduzierung i.H.v. 10%.

Mit ihrer Entscheidung vermittelt die EU-Kommission, dass sie Einkaufskartelle – bei denen viele nationale Wettbewerbsbehörden in der Vergangenheit ein Auge zudrückten, weil sie vordergründig zu niedrigeren und nicht zu höheren Preisen führen – als mit den EU-Wettbewerbsregeln unvereinbar betrachtet und diese verfolgt. Dies stehe im Einklang mit dem primärrechtlichen Kartellverbot, dass nicht nur Kartelle im Zusammenhang mit der Koordinierung von Verkaufspreisen, sondern auch Kartelle im Zusammenhang mit der Koordinierung von Einkaufspreisen verbiete. Dies schütze den Wettbewerb um Ausgangsstoffe.[19]

bb) Terrioriale Beschränkungen auf Film-Merchandise

Bereits im Jahr 2017 hatte die EU-Kommission ein Bussgeld i.H.v. EUR 6,2 Mio. gegen das japanische Unternehmen *Sanrio*, welches für das Design und die Lizenzierung von Produkten der Marke *Hello Kitty* verantwortlich ist, verhängt.[20] Dies, weil *Sanrio* in unzulässiger Weise seinen Lizenznehmern an der Marke *Hello Kitty* mit einer Reihe direkter und indirekter Massnahmen Verkäufe ausserhalb deren Vertragsgebiets beschränkt hatte.[21] In einem ähnlichen Fall verhängte die EU-Kommission im Januar 2020 eine Geldbusse i.H.v. EUR 14,3 Mio. gegen das US-amerikanische Unternehmen *NBCUniversal*, welches wie *Sanrio* nicht-ausschliessliche Lizenzen für die Herstellung und den Verkauf von Merchandising-Artikeln vergibt, zu denen *Minions* und *Jurassic World* sowie andere Bilder und Figuren aus *NBCUniversal*-Filmen gehören.[22] Gemäss der EU-Kommission hatte das Unternehmen Händler daran gehindert, lizenzierte Ware in Gebiete zu verkaufen, die ihnen nicht zugewiesen waren.

Das Unternehmen hatte seinen Lizenznehmern Verkäufe ausserhalb des ihnen zugewiesenen Vertragsgebiets ausdrücklich untersagt und sie verpflichtet, allfällige Verkäufe dieser Art an *NBCUniversal* zu melden sowie die erzielten Erlöse an *NBCUniversal* abzuführen. Auch wurden die Lizenznehmer verpflichtet, die Beschränkungen an ihre Kunden weiterzugeben und keine Kunden zu beliefern, welche Waren ausserhalb der zugewiesenen Gebiete wei-

19 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. Juli 2020, IP/20/1348.

20 Fall AT.40432, Character merchandise, Entscheidung vom 9. Juli 2019.

21 S. auch Früh Alfred/Jost Samuel, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 93, 103.

22 Fall AT.40433, Film merchandise, Entscheidung vom 30. Januar 2020.

terverkaufen könnten. Zudem untersagte NBCU*niversal* den Onlinehandel entweder gänzlich oder ausserhalb des Vertragsgebiets und führte Audits bei den Lizenznehmern durch, um die Einhaltung der Verkaufsbeschränkungen sicherzustellen.

Da das Unternehmen die Zuwiderhandlung einräumte, der EU-Kommission zusätzliche Beweise lieferte, welche zum Nachweis der Zuwiderhandlung beitrugen und auf mehrere Verfahrensrechte verzichtete, was zu administrativen Effizienzgewinnen führte, befand die EU-Kommission, dass die Zusammenarbeit von NBCU*niversal* über das rechtlich vorgeschriebene Mass hinausging. Aus diesem Grund gewährte die EU-Kommission eine Ermässigung i.H.v. 30% auf die Geldbusse.[23]

cc) Territoriale Beschränkungen zwischen Hotelgruppe und Reiseveranstaltern

Dass die EU-Kommission Einschränkungen des grenzüberschreitendenden Handels konsequent sanktioniert, zeigt auch ein ähnlich gelagerter Fall im Tourismussektor auf. Im Februar 2020 verhängte die EU-Kommission eine Geldbusse i.H.v. EUR 6,7 Mio. gegen die spanische Hotelgruppe *Meliá*,[24] weil diese wettbewerbsbeschränkenden Klauseln in Vereinbarungen mit Reiseveranstaltern aufgenommen hatte, welche aktive und passive Verkäufe von Hotelübernachtungen beschränkten: Die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Verträge von *Meliá* mit Reiseveranstaltern enthielten eine Klausel, derzufolge diese Verträge nur für Reservierungen von Verbrauchern mit Wohnsitz in bestimmten Staaten galten. Die Reiseveranstalter wurden dadurch gehindert, Hotelunterkünfte frei im gesamten EWR anzubieten und auf Direktanfragen von Verbrauchern mit Wohnsitz ausserhalb der festgelegten Staaten einzugehen. Somit hatten die Verbraucher je nach Wohnsitz Zugang zu unterschiedlichen Angeboten und Preisen, womit sie nicht von einer grösseren Angebotsvielfalt und allfälligen günstigeren Preisen hätten profitieren können. Da auch *Meliá* über seine rechtliche Verpflichtung hinaus mit der EU-Kommission zusammenarbeitete, gewährte diese als Gegenleistung ebenfalls eine Ermässigung i.H.v. 30% auf die Geldbusse.[25] Gleichzeitig entschied die EU-Kommission die gegen vier Reiseveranstalter (darunter einen aus der Schweiz) eingeleiteten Verfahren[26] einzustellen.

---

23 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 30. Januar 2020, IP/20/157.

24 Fall AT.40528, Melia (Holiday Pricing), Entscheidung vom 21. Februar 2020.

25 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 21. Februar 2020, IP/20/302.

26 Fall AT.40524, REWE/DER (Holiday Pricing); Fall AT.40525, TUI (Holiday Pricing); Fall AT.40526, THOMAS COOK (Holiday Pricing); Fall AT.40527, KUONI (Holiday Pricing).

dd) Pay-for-Delay-Vereinbarungen im Pharmabereich zum ersten

Spätestens seit der Durchführung der Sektoruntersuchung im Arzneimittelsektor[27] beschäftigt sich die EU-Kommission verstärkt mit sog. „Pay-for-Delay-Vereinbarungen". Hierbei handelt es sich um Vergleiche, welche zwischen Herstellern eines Originalpräparats einerseits und Generikaherstellern andererseits in Patentstreitigkeiten abgeschlossen werden. In diesen verpflichtet sich der Generikahersteller, erst zu einem späteren Zeitpunkt mit einem preisgünstigeren Generikum auf einem Markt einzutreten oder gar vollends auf einen Markteintritt zu verzichten. Als Gegenleistung erhält er vom Hersteller des Originalpräparats Vermögenstransfers in Form finanzieller Vergütungen und/oder anderer kommerzieller Vorteile. Der Originalpräparatehersteller kann sich somit von generischen Wettbewerbern befreien und sich damit das Patentrecht in kartellrechtswidriger Weise zunutze machen.

Am 26. November 2020 hat die EU-Kommission die Pharmaunternehmen *Teva* und *Cephalon* mit einer Geldbusse i.H.v. EUR 60,5 Millionen belegt, weil diese mittels einer Patentvergleichsvereinbarung vereinbart hatten, dass *Teva* die Markteinführung eines eigenen Generikums des *Cephalon*-Arzneimittels gegen Schlafstörungen, *Modafinil*, nach Ablauf der Hauptpatente von *Cephalon* um mehrere Jahre verzögern sollte. Die Gegenleistung bestand aus einigen für *Teva* vorteilhafte Nebenabsprachen und Barzahlungen. Durch diese Pay-for-Delay-Vereinbarung sei *Teva* als Generikumanbieter mehrere Jahre lang als Wettbewerber ausgeschaltet worden. Dadurch habe *Cephalon* für sein Originalpräparat höhere Preise berechnen können, obwohl das Hauptpatent für *Modafinil* seit Langem abgelaufen war.[28]

Bislang hat die EU-Kommission in drei anderen Pay-for-Delay-Untersuchungen Geldbussen verhängt. Diese betrafen *Citalopram* (ein Antidepressivum von *Lundbeck*),[29] *Perindopril* (ein Herz-Kreislauf-Mittel von *Servier*)[30] sowie *Fentanyl* (ein Schmerzmittel von *Johnson & Johnson*),[31] wobei im letzten Fall auch gegen das schweizerische Unternehmen *Novartis* eine Busse verhängt wurde. In diesen Fällen nahm die EU-Kommission an, dass Pay-for-Delay-Vereinbarungen eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken würden. Da die Unternehmen von der EU-Kommission mit erheblichen Bussgeldern belegt wurden,

---

27 Wettbewerbsuntersuchung des Arzneimittelsektors, Finaler Bericht vom 8. Juli 2009, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/index.html>.

28 Fall AT.39686, CEPHALON, Entscheidung vom 26. November 2020.

29 Fall AT.39226, Lundbeck, Entscheidung vom 13. Juni 2013.

30 Fall AT.39612, Perindopril (Servier), Entscheidung vom 9. Juli 2014.

31 Fall AT.39685, Fentanyl, Entscheidung vom 10. Dezember 2013.

fochten *Lundbeck* und *Servier* die Entscheidungen an, wobei der EuG jedoch der Ansicht der EU-Kommission folgte[32] bzw. weitestgehend folgte.[33] Die Fälle sind derzeit beim EuGH anhängig.[34]

c) Urteilspraxis der europäischen Gerichte

aa) Pay-for-Delay-Vereinbarungen im Pharmabereich zum zweiten

Eine erstmalige Möglichkeit, sich in Bezug auf Pay-for-Delay-Vereinbarungen zu äussern, erhielt der EuGH jedoch im Rahmen eines Vorabscheidungsersuchens.[35] Allerdings deutete er hierbei bereits an, wie er sich in den o.g. Rechtssachen *Lundbeck* und *Servier* zu äussern gedenkt. Nachdem die britische *Competition and Markets Authority* (CMA) das Pharmaunternehmen *GlaxoSmithKline* und mehrere Generikahersteller wegen Patentvergleichsvereinbarungen sanktioniert hatte, gelangte im Rechtsmittelverfahren das zuständige britische *Competition Appeal Tribunal* im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH und fragte insbesondere, unter welchen Umständen bei Patentvergleichsvereinbarungen i) ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Hersteller eines Originalpräparats und dem Generikahersteller sowie ii) eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen sei.

Betreffend das Wettbewerbsverhältnis wies der EuGH eingangs darauf hin, dass eine Pay-for-Delay-Vereinbarung nur dann unter das Kartellverbot von Art. 101 Abs. 1 AEUV falle, wenn diese den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts spürbar einschränke, was voraussetze, dass die betreffenden Unternehmen tatsächliche oder zumindest potenzielle Wettbewerber seien.[36] Handelt es sich bei einem der Unternehmen um einen Generikahersteller, welcher noch gar nicht auf den Markt eingetreten ist,[37] sei anzunehmen, dass der Hersteller eines Originalpräparats und der Generikahersteller potenzielle Wettbewerber seien, wenn der Generikahersteller nachweislich fest entschlossen

---

32 EuG, Urteil vom 8. September 2016 in der Rechtssache T-472/13, ECLI:EU:T:2016:449 – Lundbeck/Kommission.

33 EuG, Urteil vom 12. Dezember 2018 in der Rechtssache T-691/14, ECLI:EU:T:2018:992 – Servier u.a./Kommission.

34 EuGH, anhängige Rechtssache C-591/16 P – Lundbeck/Commission; EuGH, anhängige verb. Rechtssachen C-176/19 P & C-201/19 P – Servier u.a/Kommission.

35 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a.

36 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 31 f.

37 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 35.

und aus eigener Kraft in der Lage sei, in den Markt einzutreten und ihm nicht unüberwindliche Marktzutrittsschranken entgegenstünden.[38] Dies sei anhand des Einzelfalls zu prüfen, insb., ob der Generikahersteller ausreichende Vorbereitungsmassnahmen zum Markteintritt getroffen habe.[39] Auch die Gegenleistung des Originalpräparateherstellers sei bei der Prüfung heranzuziehen: Je höher diese sei, desto eher sei davon auszugehen, dass der Hersteller des Originalpräparats den Generikahersteller als potenziellen Wettbewerber ansehe.[40] Ein Patent stelle des Weiteren keine unüberwindliche Marktzutrittsschranke dar, weil ein solches angefochten werden könne.[41]

In Bezug auf die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung hielt der EuGH fest, dass ein Verzicht auf einen Markteintritt im Rahmen einer Pay-for-Delay-Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle,[42] dies jedoch nicht *per se*.[43] Vielmehr könnten die Vermögenstransfers, welche vom Hersteller eines Originalpräparats auf den Generikahersteller im Rahmen von Patentvergleichen stattfinden, gerechtfertigt sein, sofern sie in Hinblick auf die Vereinbarung geeignet und gerechtfertigt seien.[44] Allerdings sei eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung dann anzunehmen, wenn es für den Vermögenstransfer keine andere Erklärung gäbe, als den Leistungswettbewerb zu vermeiden[45] und dieser Vermögenstransfer den Generikahersteller veranlasse von einem Eintritt in den betreffenden Markt abzusehen.[46] Beides sei anhand der Umstände des Einzelfalls detailliert zu prüfen.

---

38 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 58.

39 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 43.

40 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 57.

41 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 46.

42 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 111.

43 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 84.

44 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 85.

45 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 87 ff.

46 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) u.a., Rz. 94.

bb) Hohe Beweisanforderungen an bezweckte Wettbewerbsbeschränkung

Mitte der 1990er vereinbarten mehrere Banken in Ungarn die Vereinheitlichung der Interbankenentgelte im Rahmen von Kreditkartentransaktionen. Diese gestalten sich wie folgt aus: Finanzinstitute, die Händlern u.a durch die Bereitstellung von Hard- und Software die Abwicklung von Kreditkartenzahlungen ermöglichen (sog. Acquirer), zahlen bei durchgeführten Kreditkartentransaktionen Entgelte an diejenigen Finanzinstitute, welche die Kreditkarten ausgegeben haben (sog. Issuer). Im August 1996 vereinbarten mehrere Finanzinstitute, die von den Händlern an die Acquirer zu entrichtenden Dienstleistungsentgelte zur Nutzung des von *Visa* und *MasterCard* eingerichteten Kreditkartensystems einheitlich festzulegen. Diese Vereinbarung stufte die ungarische Wettbewerbsbehörde als eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung ein. Im Rechtsmittelverfahren gelangte der Oberste Gerichtshof Ungarns mit einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH und fragte, ob diese Vereinbarung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle.

In seinem Urteil vom April 2020 nahm der EuGH grundlegend zum Begriff der bezweckten Wettbewerbsbeschränkung Stellung und betonte eingangs, dass der Begriff der „bezweckten" Wettbewerbsbeschränkung eng auszulegen sei, weil ansonsten die Wettbewerbsbehörden von der Verpflichtung entbunden wären, die konkreten Auswirkungen von Vereinbarungen auf den Markt zu beweisen.[47] Eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung läge gemäss dem EuGH demnach vor, wenn hinreichend belastbare und solide Erfahrungswerte dafür bestünden, dass eine Vereinbarung als ihrem Wesen nach schädlich für das gute Funktionieren des Wettbewerbs angesehen werden könne.[48] Dabei sei auf die konkreten Bestimmungen und die verfolgten Ziele der Vereinbarung sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang des Einzelfalls abzustellen.[49] Auch seien hierbei allfällige wettbewerbsfördernde Auswirkungen zu prüfen und zu berücksichtigen.[50] Im vorliegenden Fall kam der EuGH zum Schluss, dass die Vereinbarung des Ausgangsverfahrens keine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle.[51]

---

47 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 – Budapest Bank u.a., Rz. 54.

48 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 – Budapest Bank u.a., Rz. 76.

49 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 – Budapest Bank u.a., Rz. 51.

50 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 – Budapest Bank u.a., Rz. 81 ff.

51 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-228/18, ECLI:EU:C:2020:265 – Budapest Bank u.a., Rz. 84.

cc) Bezweckte Wettbewerbsbeschränkung eines schweizerischen Sportverbands

Die *International Skating Union* (Internationale Eislaufunion; ISU) mit Sitz in Lausanne ist der einzige vom *Internationalen Olympischen Komitee* (IOC) anerkannte internationale Dachverband für den Eiskunstlauf und den Eisschnelllauf. Mit der Veranstaltung verschiedener Eisschnelllauf-Wettkämpfe im Rahmen der bedeutendsten internationalen Wettkämpfe wie der Europa- und der Weltmeisterschaften und der Olympischen Winterspiele übt sie auch eine geschäftliche Tätigkeit aus. Die Regeln der ISU sehen u.a. vor, dass Sportler für die Teilnahme an nicht von der ISU anerkannten Eisschnelllauf-Wettkämpfen mit dem Ausschluss von allen ISU-Wettkämpfen geahndet werden. Auf die Beschwerde zwei professioneller niederländischer Eisläufer, welche aufgrund der ISU-Regeln nicht an einer Eisschnelllauf-Veranstaltung eines Dritten teilnehmen konnten, befand die EU-Kommission, dass diese Bestimmungen gegen Art. 101 AEUV verstossen.[52]

Das Gericht der EU bestätigte den Beschluss der EU-Kommission und befand, dass die streitige Regelung eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle.[53] Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass die ISU-Regeln bezweckten, die Möglichkeiten professioneller Eisschnellläufer zu beschränken, nach Belieben an von Dritten veranstalteten internationalen Wettkämpfen teilzunehmen. Dadurch werden dem Dritten die für die Veranstaltung solcher Wettkämpfe unabdingbaren Dienstleistungen der Sportler vorenthalten.

In ihrer Entscheidung ging die EU-Kommission auch davon aus, dass die Wettbewerbsbeschränkungen dadurch verschärft würden, dass i) Klagen gegen Nichtzulassungsentscheidungen ausschliesslich durch Schiedsgerichtsbarkeit geltend zu machen seien und ii) dem Schiedsgericht für Sport in Lausanne (TAS) eine ausschliessliche Zuständigkeit verliehen wurde. Dieser Ansicht folgte das EuG nicht und gab dem Nichtigkeitsantrag der ISU in dieser Hinsicht teilweise statt.[54] Es war auch das erste Mal, dass das Gericht über einem

---

52 Fall AT.40208, International Skating Union's Eligibility rules, Entscheidung vom 8. Dezember 2017.

53 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 in der Rechtssache T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610 – International Skating Union/Kommission.

54 EuG, Urteil vom 16. Dezember 2020 in der Rechtssache T-93/18, ECLI:EU:T:2020:610 – International Skating Union/Kommission, Rz. 131 ff.

Beschluss der EU-Kommission, mit dem die Unvereinbarkeit einer Regelung eines Sportverbands mit dem EU-Wettbewerbsrecht festgestellt wurde, zu entscheiden hatte.[55]

dd) Die Wirkung von Verpflichtungszusagen gegenüber Dritten

Nachdem die US-amerikanische Filmproduktionsgesellschaft *Paramount* mit den Pay-TV-Sendeunternehmen *Sky* und der *Groupe Canal +* Lizenzvereinbarungen über audiovisuelle Inhalte abgeschlossen hatte, teilte die EU-Kommission *Paramount* im Jahr 2015 mit, dass die Lizenzvereinbarungen zu einer absoluten territorialen Ausschliesslichkeit führten und daher als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung zu betrachten seien. Konkret ging es um zwei Klauseln, mit welchen i) *Sky* untersagt wurde, unaufgeforderten Anfragen nach Pay-TV-Angeboten von Verbrauchern ausserhalb des Vereinigten Königreichs nachzukommen und ii) anderen Pay-TV-Sendeunternehmen mit Sitz ausserhalb des Vereinigten Königreichs untersagt wurde, derartige Anfragen von Verbrauchern mit Wohnsitz im Vereinigten Königreich anzunehmen. Daraufhin verpflichtete sich *Paramount* die o.g. mit den Sendeunternehmen geschlossenen Klauseln nicht mehr einzuhalten und deren Einhaltung zukünftig auch nicht zivilrechtlich durchzusetzen.[56] *Paramount* teilte *Groupe Canal +* daraufhin mit, dass sie beabsichtige, nicht mehr darauf zu achten, dass *Groupe Canal +* auf dem französischen Markt eingeräumte absolute territoriale Ausschliesslichkeit gewahrt werde. *Groupe Canal +* vertrat jedoch die Auffassung, dass solche Verpflichtungen nur zwischen der EU-Kommission und *Paramount* stattgefunden hätten und ihr nicht entgegengehalten werden könnten. Die beim EuG erhobene Klage auf Nichtigerklärung wurde jedoch abgewiesen.[57] Im Rechtsmittelverfahren hob der EuGH dieses Urteil auf und erklärte den streitigen Beschluss der EU-Kommission für nichtig.[58]

Der EuGH hielt zwar fest, dass absoluter Gebietsschutz in Lizenzverträgen eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung darstelle, weshalb die EU-Kommission keiner Pflicht unterstehe eine Zuwiderhandlung zu benennen und festzustellen. Auch müsse sie nicht endgültig beurteilen, ob eine solche vor-

55 Pressemitteilung des Gerichts der Europäischen Union vom 16. Dezember 2020, Nr. 159/20.

56 Fall AT.40023, Crossborder access to Pay-TV, Entscheidung vom 7. März 2019.

57 EuG, Urteil vom 12. Dezember 2018 in der Rechtssache T-873/16, ECLI:EU:T:2018:904 – Groupe Canal +/Kommission.

58 EuGH, Urteil vom 9. Dezember 2020 in der Rechtssache C-132/19 P, ECLI:EU:C:2020:1007 – Groupe Canal +/Kommission.

läge oder wettbewerbsfördernde Wirkungen berücksichtigen.[59] Der EuGH führte aber weiter aus, dass die EU-Kommission die angebotenen Verpflichtungszusagen im Rahmen von Art. 9 VO 1/2003[60] nicht nur i) im Hinblick auf ihre Eignung, die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, sondern neu ii) auch im Hinblick auf die Auswirkungen auf die Interessen Dritter zu prüfen habe, weil deren Rechte nicht ausgehöhlt werden dürften. Ein über Art. 9 VO 1/2003 hinausgehender Eingriff in die Vertragsfreiheit eines Dritten läge jedoch vor, wenn die EU-Kommission eine Verpflichtungszusage eines Wirtschaftsteilnehmers für bindend erkläre, die darin bestünde, bestimmte vertragliche Klauseln gegenüber einem Vertragspartner (im vorliegenden Fall *Groupe Canal +*) nicht anzuwenden, ohne dass dieser zugestimmt habe. Dies würde nämlich dazu führen, dass *Groupe Canal +* vor einem nationalen Gericht seine vertraglichen Ansprüche durchsetzen könnte, wobei jedoch die nationalen Gerichte gemäss Art. 16 VO 1/2003 keine Entscheidungen erlassen dürfen, die einer vorausgegangenen Entscheidung der EU-Kommission zuwiderlaufen.[61] Dadurch läge ein Rechtsfehler vor, weshalb der EuGH das Urteil des EuG aufhob und den Beschluss der EU-Kommission für nichtig erklärte.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

a) Verfahren und Entscheidungen der EU-Kommission

aa) Sektoruntersuchung zum „Internet der Dinge"

Die EU-Kommission hat im Juli 2020 eine Sektoruntersuchung zum Bereich des Internets der Dinge (sog. „Internet of Things") für verbraucherbezogene Produkte und Dienstleistungen in der EU eingeleitet.[62] Gegenstand der Sektoruntersuchung sind verbraucherbezogene Produkte und Dienstleistungen, die mit einem Netzwerk verbunden sind und aus der Ferne, etwa über einen Sprachassistenten oder ein Mobilgerät, gesteuert werden können. Dies umfasst intelligente Haushaltsgeräte und am Körper getragene Geräte. Wenngleich sich das Internet der Dinge für verbraucherbezogene Produkte und Dienstleistungen in der EU noch in einem relativ frühen Entwicklungsstadium

---

59 EuGH, Urteil vom 9. Dezember 2020 in der Rechtssache C-132/19 P, ECLI:EU:C:2020:1007 – Groupe Canal +/Kommission, Rz. 54–59.

60 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln [101 und 102 AEUV] niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl L 1 vom 4. Januar 2003, 1 (nachfolgend: „VO 1/2003").

61 EuGH, Urteil vom 9. Dezember 2020 in der Rechtssache C-132/19 P, ECLI:EU:C:2020:1007 – Groupe Canal +/Kommission, Rz. 108–113.

62 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 16. Juli 2020, IP/20/1326.

befindet, gäbe es Anhaltspunkte dafür, dass bestimmte Unternehmenspraktiken zu strukturellen Wettbewerbsverzerrungen führen könnten (z.B. durch Beschränkungen des Zugangs zu und der Interoperabilität von Daten). Die bei der Sektoruntersuchung gewonnenen Erkenntnisse sollen daher zur Durchsetzung des Wettbewerbsrechts im Bereich des verbraucherbezogenen Internets der Dinge beitragen. Sollte die EU-Kommission Wettbewerbsprobleme feststellen, könnte sie konkrete Verfahren einleiten, um die Einhaltung der EU-Wettbewerbsvorschriften sicherzustellen. Der abschliessende Bericht soll im Sommer 2022 vorliegen. Die Untersuchung ergänzt andere Massnahmen, die im Rahmen der Digitalstrategie der Kommission ergriffen wurden, insbesondere Regulierungsinitiativen in Bezug auf künstliche Intelligenz (KI), Daten und digitale Plattformen.[63]

bb) Gewährleistung des Wettbewerbs auf den Chipsatz-Märkten für Modems

Im Oktober 2020 hat die EU-Kommission die Verpflichtungen von *Broadcom*[64] für rechtlich bindend erklärt, wonach *Broadcom* alle bestehenden Vereinbarungen, die Ausschliesslichkeits- oder Quasi-Ausschliesslichkeitsbestimmungen und/oder Bestimmungen zur Stärkung der Marktstellung des Unternehmens in Bezug auf Ein-Chip-Systeme (System-on-a-Chip „SoC") für TV-Set-Top-Boxen und Internetmodems enthalten, aussetzt und sich dazu verpflichtet, keine neuen Vereinbarungen zu schliessen, die solche Bestimmungen enthalten.[65] Bei einem Ein-Chip-System sind die elektronischen Schaltkreise verschiedener Komponenten auf einem einzigen Chip vereint, der das „Gehirn" einer TV-Set-Top-Box bzw. eines Modems bildet. Ein solches System wird benötigt, um dem Verbraucher die Fernsehsignale und -anbindung vor Ort bereitzustellen. Nach Einleitung eines Verfahrens wegen mutmasslichem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch *Broadcom* und Anordnung einstweiliger Massnahmen im Juni 2019, bot das Unternehmen Verpflichtungen an, um die Bedenken der EU-Kommission auszuräumen. Angesichts der Ergebnisse dieser Markttests besserte *Broadcom* seine Verpflichtungen im Juli 2020 nach. Es steht der EU-Kommission frei, den Sachverhalt in Zukunft erneut zu prüfen.[66]

---

63 S. zur Digitalstrategie der EU: The European Digital Strategy, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/european-digital-strategy> sowie zur Regulierung digitaler Plattformen hinten Kap. I.7.c).

64 Fall AT.40608, Broadcom, Entscheidung vom 7. Oktober 2020.

65 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 7. Oktober 2020, IP/20/1852.

66 Zum Hintergrund s. auch Früh Alfred/Hagenstein-Jost Samuel, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 93, 109–111.

cc) Weitere Untersuchung der E-Commerce-Geschäftspraxis von Amazon

Nach der Einleitung einer eingehenden Untersuchung der Nutzung von Daten der Marktplatz-Verkäufer durch das US-amerikanische Onlineversandunternehmen *Amazon* im Juli 2019 richtete die EU-Kommission im November 2020 eine Mitteilung an *Amazon* mit weiteren Beschwerdepunkten wegen der Nutzung nichtöffentlicher Daten unabhängiger Verkäufer.[67] Die EU-Kommission vertrat die vorläufige Auffassung, dass *Amazon* den Wettbewerb auf Online-Einzelhandelsmärkten verfälsche, weshalb sie im November 2020 beschloss, eine kartellrechtliche Untersuchung einzuleiten. Konkret wird *Amazon* vorgeworfen, nichtöffentliche Geschäftsdaten von unabhängigen Händlern, die über den *Amazon*-Marktplatz verkaufen, systematisch für das eigene, in unmittelbarem Wettbewerb mit diesen Händlern stehende Einzelhandelsgeschäft zu nutzen und somit seine beherrschende Stellung im Bereich der Marktplatzdienste in Frankreich und Deutschland, den grössten Märkten für *Amazon* in der EU, auszuweiten.

Darüber hinaus hat die EU-Kommission ein zweites förmliches Kartellverfahren zur Geschäftspraxis von *Amazon* eingeleitet, um zu prüfen, ob *Amazon* eigene Angebote und Angebote von Verkäufern, welche die Logistik- und Versanddienste von *Amazon* nutzen (sog. „Versand-durch-*Amazon*"), bevorzugt behandelt.[68] Die EU-Kommission untersucht dabei, ob die Kriterien, nach denen *Amazon* das sog. „Einkaufswagenfeld" vergibt und es Verkäufern ermöglicht, *Amazon-Prime*-Kunden zu beliefern (sog. „*Prime* durch Verkäufer"), zu einer Vorzugsbehandlung der Angebote von *Amazon* oder der Angebote von Verkäufern, welche die Logistik- und Versanddienste von *Amazon* nutzen, führen.[69]

dd) Untersuchung von Apples App-Store Regeln und Apple Pay

Die EU-Kommission hat eine Untersuchung gegen *Apple* eingeleitet, um zu prüfen, ob *Apples* Regeln für App-Entwickler zum Vertrieb von Apps über *Apples* App-Store gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstossen. Die Untersuchungen gehen auf voneinander unabhängige Beschwerden von *Spotify*[70] und eines E-Book-/Hörbuch-Vertriebshändlers[71] über die Auswirkungen der App-Store-Regeln auf den Wettbewerb in den Bereichen Musik-Streaming und E-Books/

67 Fall AT.40462, Amazon Marketplace.

68 Fall AT.40703, Amazon – Buy Box.

69 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 16. November 2020, IP/20/2077.

70 Fall AT.40437, Apple – App Store Practices (music streaming).

71 Fall AT.40652, Apple – App Store Practices (e-book/audiobooks).

Hörbücher zurück. Die EU-Kommission untersuchte dabei insbesondere zwei Beschränkungen, die *Apple* in seinen Vereinbarungen mit Unternehmen, die Apps an Nutzer von *Apple*-Geräten vertreiben wollen, festgelegt hat: i) Einerseits die verbindliche Verwendung von *Apples* hauseigenem System „IAP" für In-App-Käufe für den Vertrieb kostenpflichtiger digitaler Inhalte sowie andererseits ii) Einschränkungen der Möglichkeit für Entwickler, die Nutzer über alternative Kaufoptionen zu informieren.[72]

Gleichzeitig ist eine weitere Untersuchung gegen *Apple* eingeleitet worden, um das Verhalten von *Apple* in Zusammenhang mit *Apple Pay* zu prüfen.[73] Die EU-Kommission äusserte Bedenken, dass die Geschäftsbedingungen von *Apple* und seine sonstigen Massnahmen zur Integration von *Apple Pay* zum Kauf von Waren und Dienstleistungen über Apps und Websites auf *i*OS/*iPad*OS-Geräten den Wettbewerb verfälschen, die Auswahl verringern und die Innovationstätigkeit dämpfen könnten. Ferner ist *Apple Pay* die einzige Lösung für mobile Zahlungen mit der die NFC-Funktion „*tap and go*" von *i*OS-Mobilgeräten, die für Zahlungen in Geschäften genutzt werden kann. Die EU-Kommission erklärte, zu untersuchen, wie sich die Praktiken von *Apple* auf dem Markt für mobile Zahlungslösungen auf den Wettbewerb auswirken.[74]

b) Urteilspraxis der europäischen Gerichte

aa) Missbrauch der Marktmacht im baltischen Schienenverkehr

In seinem Urteil vom 18. November 2020 bestätigt der EuG den Beschluss der EU-Kommission, mit dem der Missbrauch einer beherrschenden Stellung des staatlichen Eisenbahnunternehmens Litauens, *Lietuvos geležinkeliai* AB (nachfolgend: „*LB*"), auf dem litauischen Markt für den Schienengüterverkehr festgestellt wurde und weist damit die Klage des Unternehmens weitgehend ab.[75]

Die beiden Unternehmen *LB* und *Orlen Litvua* AB (nachfolgend: „*Orlen*"), eine im Eigentum des polnischen Ölunternehmens *PKN Orlen* SA stehende litauische Ölgesellschaft, schlossen im Jahr 1999 eine Geschäftsvereinbarung, wonach *LB* für *Orlen* Minerölerzeugnisse im litauischen Staatsgebiet befördert. Im Anschluss an im Jahr 2008 aufgetretene Differenzen zwischen *LB* und *Orlen* erwog Letztere ihre Seeexporttätigkeit an einen Hafen in Lettland

---

72 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 16. Juni 2020, IP/20/1073.

73 Fall AT.40452, Apple – Mobile Payments.

74 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 16. Juni 2020, IP/20/1075.

75 EuG, Urteil vom 18. November 2020 in der Rechtssache T-814/17, ECLI:EU:T:2020:545 – Lietuvos geležinkeliai AB/Kommission.

zu verlagern und die staatliche Eisenbahngesellschaft Lettlands *LDZ* mit der Beförderung ihrer Erzeugnisse aus einer litauischen Raffinerie zu beauftragen. Für die Verbindung ihrer Fracht zu den lettischen Seehafenterminals beabsichtigte *Orlen* die Nutzung einer Bahnstrecke, welche sie bis dahin für andere Zwecke benutzte. Daraufhin stellte *LB* als Betreiberin der Schieneninfrastruktur den Verkehr auf einem Teilabschnitt dieser Strecke ein und begann mit dem vollständigen Abbau der streitigen Gleisstrecke. Auf Beschwerde von *Orlen* hin gelangte die EU-Kommission mit Beschluss vom 2. Oktober 2017 zum Ergebnis, dass *LB* durch die Entfernung der streitigen Gleisstrecke ihre beherrschende Stellung als Betreiberin der litauischen Eisenbahninfrastruktur missbraucht habe, da sie *LDZ* am Eintritt in den Markt der Beförderung von Mineralölerzeugnissen auf der Schiene gehindert habe. Dieser Beschluss wurde durch den EuG bestätigt. Das Gericht befand, dass die Entfernung von 19 Kilometern Bahnstrecke im wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext des Falles keinen anderen plausiblen Grund habe, als die Einschränkung des Wettbewerbs.

bb) Vergütungssystem einer Urheberrechtsverwertungsgesellschaft mit faktischem Monopol

Am 25. November 2020 ist ein Urteil des EuGHs zum Kriterium der unangemessenen Preise nach Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV ergangen. Gegenstand des Verfahrens war ein Vorabentscheidungsersuchen der *Ondernemingsrechtbank* (Unternehmensgericht) Antwerpen zur Zulässigkeit eines Vergütungstarifs, den die belgische Urheberrechtsverwertungsgesellschaft SABAM für die Nutzung ihres Repertoires bei Musikfestivals anwendet. Er sieht u.a. vor, dass die nach objektiven Kriterien berechneten Vergütungen nach einer „⅓–⅔-Regelung" ermässigt werden, je nach dem, ob die abgespielten Titel zu höchstens ⅓ oder zu höchstens ⅔ zum Repertoire von SABAM gehören; machen die abgespielten Titel mehr als ⅔ des SABAM-Repertoires aus, wird der volle Tarif angewendet. In zwei Gerichtsverfahren, in denen es um die von SABAM für zwei Festivals berechneten Vergütungen geht, legte das Gericht dem EuGH Fragen zur Vereinbarkeit des SABAM-Tarifs mit Art. 102 AEUV vor. Der EuGH entschied, dass die Auferlegung eines Vergütungsmodells für Veranstalter von Musikveranstaltungen für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke auf der Grundlage der Bruttoeinnahmen aus dem Kartenverkauf durch eine

Urheberrechtsverwertungsgesellschaft, die in einem Mitgliedstaat *de facto* eine Monopolstellung innehat, keinen Missbrauch einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV darstellt.[76]

4. Zusammenschlusskontrolle

a) Verfahren und Entscheidungen der EU-Kommission

aa) Die europäische Fusionskontrolle in Zahlen

Die europäische Fusionskontrolle feierte im Berichtszeitraum ein Jubiläum, den vor genau 30 Jahren, am 21. September 1990, traten die ersten Regeln der EU-Fusionskontrolle in Kraft. Zwei Wochen später wurde der erste Antrag bei der EU-Kommission eingereicht: Die Kraftfahrzeughersteller *Renault* und *Volvo* beantragten die Zustimmung der EU-Kommission zur Zusammenlegung ihrer Bus- und LKW-Geschäfte, welche sie auch erhielten.[77] In den drei Jahrzehnten seither hat die EU-Kommission über achttausend weitere Fusionsanträge erhalten.[78]

Trotz pandemiebedingtem Wirtschaftsrückgang erhielt die EU-Kommission auch im zurückliegenden Berichtszeitraum eine hohe Anzahl an Anmeldungen. Der Tendenz des Vorjahrs folgend blieb die Anzahl an Anmeldungen jedoch rückläufig: Im Jahr 2020 wurden bei der EU-Kommission 361 Zusammenschlussvorhaben angemeldet (382 im Jahr 2019), wovon 278 im vereinfachten Verfahren durchgeführt wurden (283 im Jahr 2019). Insgesamt hat die EU-Kommission in diesem Zeitraum 338 Entscheidungen (352 im Jahr 2019) getroffen, wobei in 13 Phase-I-Verfahren die Freigabe nur unter Auflagen

---

76 EuGH, Urteil vom 25. November 2020 in der Rechtssache C-372/19, ECLI:EU:C:2020:959 – SABAM.

77 Fall M.4, RENAULT/VOLVO, Entscheidung vom 6. November 1990.

78 Rede von Margrethe Vestager vom 11.September 2020, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en>.

erteilt wurde.[79] In acht Fällen wurde ein Phase-II-Verfahren eingeleitet. Im selben Zeitraum konnten vier solcher Verfahren abgeschlossen werden, in dreien erfolgte die Freigabe nur unter Auflagen. Während im Jahr 2020 die EU-Kommission keine Verbote aussprach (2 im Jahr 2019), wurden zwei Zusammenschlussvorhaben in der Phase-II aufgegeben (keine im Jahr 2019).[80]

Nachfolgend soll eine Auswahl erwähnenswerter Zusammenschlussvorhaben vorgestellt werden, wobei unbedingte Freigaben (bb), bedingte Freigaben in Phase-I (cc) und bedingte Freigaben in Phase-II (dd) berücksichtigt werden.

bb) Unbedingte Freigaben

aaa) Übernahme von Metallo durch Aurubis

Im Mai 2020 genehmigte die EU-Kommission die geplante Übernahme des belgischen Kupferrecyclers *Metallo* durch den deutschen Kupferproduzent und Kupferwiederverwerter *Aurubis* ohne Bedingungen und Auflagen.[81] Im Februar 2019 hatte die EU-Kommission die geplante Übernahme der Walzproduktsparte von *Aurubis* und des Gemeinschaftsunternehmens *Schwermetall Halbzeugwerk* durch die *Wieland-Gruppe* noch untersagt.[82] Beide Unternehmen, *Aurubis* wie *Metallo*, sind wichtige Abnehmer von Kupferschrott. Dieser stammt aus Produkten, welche das Ende ihres Lebenszyklus erreicht haben sowie aus Nebenprodukten der industriellen Produktion.

Die Entscheidung ist in zweierlei Hinsicht erwähnenswert: Zum einen handelt es sich um einen der seltenen Fälle, bei welcher die EU-Kommission die Nach-

---

79 Hierbei handelt es sich um die Fälle M.9408, ASSA ABLOY / AGTA RECORD, Entscheidung vom 27. Februar 2020; M.9434, UTC / RAYTHEON, Entscheidung vom 13. März 2020; M.9461, ABBVIE / ALLERGAN, Entscheidung vom 10. Januar 2020; M.9502, SYNTHOMER / OMNOVA SOLUTIONS, Entscheidung vom 15. Januar 2020; M.9517, MYLAN / UPJOHN, Entscheidung vom 22. April 2020; M.9546, GATEGROUP / LSG EUROPEAN BUSINESS, Entscheidung vom 3. April 2020; M.9554, ELANCO ANIMAL HEALTH / BAYER ANIMAL HEALTH DIVISION, Entscheidung vom 8. Juni 2020; M.9674, VODAFONE ITALIA / TIM / INWIT JV, Entscheidung vom 6. März 2020; M.9677, DIC / BASF COLORS & EFFECTS, Entscheidung vom 7. Dezember 2020; M.9728, ALTICE / OMERS / ALLIANZ / COVAGE, Entscheidung vom 27. November 2020; M.9744 MASTERCARD / NETS, Entscheidung vom 17. August 2020; M.9776, WORLDLINE / INGENICO, Entscheidung vom 30. September 2020; M.9779, ALSTOM / BOMBARDIER TRANSPORTATION, Entscheidung vom 31. Juli 2020.

80 Statistiken der DG COMP, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

81 Fall M.9409, AURUBIS/METALLO GROUP HOLDING, Entscheidung vom 4. Mai 2020.

82 Vgl. Früh Alfred/Jost Samuel, Wettbewerbsrecht, in Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 93, 117.

fragemacht eines Zusammenschlussvorhabens im Rahmen eines Phase-II-Verfahrens untersucht hat. Hierbei prüfte die EU-Kommission, ob das aus dem Zusammenschluss hervorgehende Unternehmen in der Lage wäre, seine Nachfragemacht zu steigern und somit niedrigere Preise für seine Kupferschrottankäufe durchzusetzen. Laut der EU-Kommission hätte dies zur Folge haben können, dass industrielle Anbieter für den im Rahmen ihres Produktionsprozesses ohnehin als Nebenprodukt anfallenden Kupferschrott eine geringere Vergütung erhalten hätten, was einer Erhöhung ihrer Produktionskosten gleichgekommen wäre, welche wiederum dazu hätte führen können, dass die Endprodukte teurer werden. Darüber befürchtete die EU-Kommission, dass sich für Schrottsammler die Anreize, Kupferschrott zu sammeln, verringern könnten. Die EU-Kommission stellte jedoch fest, dass der Zusammenschluss wahrscheinlich nicht zu einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs führen wird.

Zum anderen ist diese Entscheidung von praktischem Interesse, weil es das erst zweite unter Margrethe Vestager als Wettbewerbskommissarin durchgeführte Verfahren ist, in welchem die EU-Kommission nach der Mitteilung der Beschwerdepunkte ihre Meinung diametral änderte und eine uneingeschränkte Freigabe erteilte, was in der Fachliteratur besondere Beachtung fand.[83]

bbb) Übernahme von Osram durch AMS

Im Juli 2020 genehmigte die EU-Kommission die von erheblicher medialer Berichterstattung begleitete Übernahme von *Osram* durch AMS, zwei Unternehmen, welche weltweit optische Sensoren anbieten, wie z.B. bestimmte Lichtsensoren und Laserdioden.[84] Durch die Übernahme sollten die Geschäftsbereiche für optische Halbleiter der beiden Unternehmen zusammengeführt werden.

Bei ihrer Prüfung stellte die EU-Kommission fest, dass der angemeldete Zusammenschluss den Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen, die sich auf den Märkten für optische Halbleiter ein Kopf-an-Kopf-Rennen liefern, nicht spürbar verringern würde. Dies insbesondere, weil i) die beteiligten Unternehmen auf Märkten, bei denen sich ihre Angebote überschneiden, nur über geringe Marktanteile verfügen, ii) genügend Wettbewerber bestehen

---

83 Hosrtkotte Christian/Wingerter Eugen, Neueste Entwicklungen im europäischen Kartellrecht, IWRZ 2020, 243 ff., 247.

84 Fall M.9716, AMS/OSRAM, Entscheidung vom 6. Juli 2020.

und der Eintritt neuer Wettbewerber nicht behindert wird sowie iii) aufgrund hoher Produkt- und Marktdynamik. Insbesondere befürworteten die meisten von der EU-Kommission befragten Marktteilnehmer den Zusammenschluss.

cc) Bedingte Freigaben in Phase-I

aaa) Übernahme des Europageschäfts von LSG durch Gategroup

Die EU-Kommission hat die geplante Übernahme des Europageschäfts der *Lufthansa Service Group* (nachfolgend „*LSG EU*“) durch *Gategroup* genehmigt.[85] Das in der Schweiz ansässige Unternehmen *Gategroup* bietet Fluggesellschaften in rund 60 Staaten Bordverpflegungs- und Bordverkaufsdienste sowie damit verbundene Dienste an. Bordverpflegungsdienste umfassen die Bereitstellung und Belieferung von Fluggesellschaften mit Speisen und Getränken, welche den Fluggästen während des Flugs serviert werden. *Gategroup* erbringt diese Bordverpflegungsdienste über ihre Tochtergesellschaften *Gate Gourmet* und *Servair*. Die *LSG EU*, mit Sitz in Deutschland, umfasst das europäische Flug- und Bahn-Cateringgeschäft, das weltweite Lounge-Geschäft sowie das europäische Tiefkühlkostgeschäft der *Lufthansa Services Group*. *LSG EU* ist über die Marke *LSG Sky Chefs* auf dem Markt für Bordverpflegungsdienste tätig. Der Bordverkauf der *Lufthansa Service Group* war von der Übernahme jedoch ausgenommen.

Die Untersuchung der EU-Kommission ergab, dass das Zusammenschlussvorhaben in der ursprünglich angemeldeten Form auf den Märkten für Bordverpflegungsdienste an zehn Flughäfen in Europa zu einem Quasi-Monopol geführt bzw. bewirkt hätte, dass höchstens ein effektiver Wettbewerber verbleibt. Insbesondere hatte die EU-Kommission Bedenken, dass es für Wettbewerber kaum möglich gewesen wäre, in diese Märkte einzutreten, weil die Zutrittsschranken auf dem Markt für Bordverpflegung vergleichsweise hoch seien. Um die wettbewerbsrechtlichen Bedenken auszuräumen, sagte *Gategroup* zu, die Geschäftsbereiche, welche sich mit eigenen Geschäftstätigkeiten überschneiden, zu veräussern.

bbb) Übernahme des Konto-zu-Konto-Bereichs von Nets durch Mastercard

Im August 2020 genehmigte die EU-Kommission die Übernahme des Konto-zu-Konto-(nachfolgend: „A2A“)Bereichs von *Nets* durch *Mastercard* mit Auflagen.[86] Das US-Technologieunternehmen *Mastercard* ist ein weltweit tätiger

---

[85] Fall M.9546, GATEGROUP/LSG EUROPEAN BUSINESS, Entscheidung vom 3. April 2020.

[86] Fall M.9744, MASTERCARD/NETS, Entscheidung vom 17. August 2020.

Zahlungsdienstleister, welcher u.a. eigene Zahlungssysteme betreibt und Dienste für die Abwicklung von Kartenzahlungen erbringt. Die A2A-Zahlungsdienstesparte von *Nets* ist ein Geschäftsbereich des dänischen Zahlungsdienstleisters *Nets* A/S, welcher vor allem in nordischen Staaten Zahlungsdienste anbietet.

Da die geplante Übernahme nicht die in der FKVO[87] festgelegten Umsatzschwellen erreichte, wurde der Zusammenschluss in Dänemark, Norwegen und dem Vereinigten Königreich angemeldet. Die EU-Kommission leitete ihre Untersuchung erst ein, nachdem Dänemark einen Verweisungsantrag bei der EU-Kommission stellte,[88] und konzentrierte sich dabei auf die Märkte für „A2A-Kerninfrastrukturdienste" und für „A2A-Zahlungsdienste" im EWR. In Bezug auf A2A-Zahlungsdienste, bei denen Geld mittels Diensten/Anwendungen für Endnutzer von einem Bankkonto auf ein anderes überwiesen wird, ergaben sich keine Wettbewerbsbedenken. Dies war allerdings im Markt für A2A-Kerninfrastrukturdienste der Fall. Solche Dienste ermöglichen direkte Zahlungen, auch in Echtzeit, von einem Konto auf ein anderes ohne Verwendung einer Karte. Sie können entweder als reine Softwarelösung angeboten werden oder als verwaltete Lösung, bei der A2A-Kerninfrastruktur (Software, Hardware, Telekommunikationsnetze und Prozesse) bereitgestellt und betrieben wird. Lediglich auf den EWR-Märkten für A2A-Kerinfrastrukturdienste von verwalteten Lösungen ergaben sich wettbewerbsrechtliche Bedenken, weil beide Unternehmen auf diesem Markt über eine starke Stellung verfügen, weshalb der Zusammenschluss laut der EU-Kommission zu höheren Preisen sowie einer geringeren Auswahl hätte führen können.

Um diese Bedenken auszuräumen, boten die beteiligten Unternehmen an, einem geeigneten Käufer eine weltweite Lizenz für Vertrieb oder sonstige Nutzung einer Technologie von *Nets* zu übertragen, mit der die A2A-Zahlungsdienstesparte von *Nets* an Ausschreibungen für A2A-Kerninfrastrukturdienste teilnimmt, wodurch die Bedenken der EU-Kommission ausgeräumt wurden.

ccc) Übernahme von Ingenico durch Worldline

Im September 2020 genehmigte die EU-Kommission den Zusammenschluss der beiden französischen Zahlungsdienstleister *Ingenico* und *Worldline* unter Auflagen.[89] Während *Worldline* Zahlungsdienste erbringt und Transaktionen

---

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

88 Gemäss Art. 22 Abs. 1 FKVO.

89 Fall M.9776, MASTERCARD/NETS, Entscheidung vom 30. September 2020.

verarbeitet ist *Ingenico* vor allem in der Entwicklung und Lieferung von Zahlungsterminals (Hardware und Software) tätig und erbringt auch Acquiring-Dienste sowie Dienste für Zahlungen und Onlinezahlungen.

Eingangs merkte die EU-Kommission an, dass sich die Zahlungsdienste der beteiligten Unternehmen in mehreren EWR-Staaten horizontal überschneiden und vertikale Verbindungen begründen würden. Wettbewerbsrechtliche Bedenken äusserte sie insbesondere zum Markt für das Acquiring von Kartenzahlungen in Geschäften – am sog. Point-of-Sale – (nachfolgend „POS-Acquiring") sowie zum Markt für die Bereitstellung von Verwaltung von POS-Terminals. Dies jeweils in Belgien, Luxemburg und Österreich, wo *Worldline* bereits der grösste Anbieter und *Ingenico* ein wichtiger Wettbewerber war.

Die im Rahmen des POS-Acquirings erbrachten Dienstleistungen ermöglichen Händlern die Annahme von Kartenzahlungen auf POS-Terminals: Die Acquirer schliessen dabei Verträge mit Händlern, erleichtern den Zahlungsverkehr zwischen Händlern und Endkunden und stellen nach Kartenzahlungen den Zahlungseingang bei den Händlern sicher. Die zuzügliche Bereitstellung und Verwaltung von POS-Terminals für Händler schliesst auch die Wartung und Reparatur der Terminals und andere Dienstleistungen ein. Um die Wettbewerbsbedenken auszuräumen, boten die beteiligten Unternehmen an, die belgischen und österreichischen POS-Acquiring-Sparten von *Ingenico*, einen Teil der Acquiring-Sparte von *Worldline* in Luxemburg sowie die dazugehörigen Supportdienste zu veräussern. Unter Berücksichtigung dieser Verpflichtungen gelangte die EU-Kommission zum Ergebnis, dass der geplante Zusammenschluss keine Wettbewerbsbedenken mehr aufwerfe.

ddd) Übernahme von Bombardier Transportation durch Alstom

Nachdem im Jahr 2019 die EU-Kommission die geplante Übernahme von *Alstom* durch *Siemens* noch untersagt hatte,[90] genehmigte sie im darauffolgenden Jahr mit der Übernahme von *Bombardier Transportation* durch *Alstom* doch noch ein Zusammenschlussvorhaben zwischen zwei grossen Weltmarktführern im Schienenverkehr.[91] Beide Unternehmen verfügen über ein breites Produktportfolio von Höchstgeschwindigkeits-, Fern- und Nahverkehrszügen sowie von Signaltechniklösungen für den Fern- sowie Nahverkehr und konkurrieren miteinander bei der Herstellung und Lieferung solcher Produkte.

Alstom mit Sitz in Frankreich ist weltweit in der Schienenverkehrsindustrie tätig und Anbieter verschiedener Verkehrslösungen (insb. (Höchstgeschwin-

90 Fall M.8677, SIEMENS/ALSTOM, Entscheidung vom 6. Februar 2019.

91 Fall M.9779, ALSTOM/BOMBARDIER TRANSPORTATION, Entscheidung vom 31. Juli 2020.

digkeits-)Züge, U-Bahnen, Strassenbahnen, Elektrobusse), Signaltechniklösungen und Bahnelektrifizierungssystemen sowie damit verbundenen Dienstleistungen (Wartung und Modernisierung). *Bombardier Transportation* ist die weltweite Sparte für Schienenverkehrslösungen von *Bombardier*, einem diversifizierten Industriekonzern mit Sitz in Kanada. Das in Deutschland ansässige Unternehmen *Bombardier Transportation* bietet ebenfalls eine breite Palette an Schienenverkehrslösungen an (insb. Züge, Signaltechnik und dazugehörige Dienstleistungen).

In ihrer Untersuchung hatte die EU-Kommission in mehreren Bereichen wettbewerbsrechtliche Bedenken: So machte sie im Bereich Höchstgeschwindigkeits- bzw. Fernverkehrszüge geltend, dass das hervorgehende Unternehmen eindeutig zum Marktführer bzw. der ohnehin bereits grosse gemeinsame Marktanteil der beteiligten Unternehmen weiterwachsen wird. *Alstom* verpflichtete sich daher, eine Reihe von Zugplattformen und Produktionsanalgen – jeweils von *Bombardier Transportation* also auch von *Alstom* – zu veräussern. Ähnliche Bedenken äusserte die EU-Kommission im Bereich der Signaltechniklösungen im Fernverkehr. Diese umfassen nicht nur infrastrukturseitige Systeme, sondern auch fahrzeugseitige Ausrüstung für Sicherheitskontrollen im Schienennetz, welche mit den an Schienentrassen fest installierten infrastrukturseitigen Systemen interagieren. Hier verpflichtete sich *Alstom*, Schnittstelleninformationen und Support-Leistungen für Wettbewerber im Bereich Signaltechnik zur Verfügung zu stellen. Aufgrund der Verpflichtungszusagen wurden die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der EU-Kommission ausgeräumt, weshalb sie das Zusammenschlussvorhaben genehmigte.

dd) Bedingte Freigaben in Phase-II

aaa) Das Zusammenschlussvorhaben PKN Orlen/grupa Lotos

Im Juli 2020 hat die EU-Kommission die Übernahme von *Lotos* durch *PKN Orlen* unter Bedingungen genehmigt.[92] Beide Unternehmen haben ihren Sitz in Polen und sind integrierte Erdöl- und Erdgasunternehmen, welche in Mittel- und Osteuropa sowie im Baltikum auf den Gross- und Einzelhandelsmärkten für raffinierte Erdölprodukte tätig sind. *PKN Orlen* ist Eigentümer einer von zwei in Polen betriebenen Raffinerien, während *Lotos* Eigentümer der einzigen anderen Raffinerie in Polen ist.

Im Anschluss an ihre Untersuchung hatte die EU-Kommission Bedenken, dass das Zusammenschlussvorhaben auf i) dem Markt für den Grosshandel mit

[92] Fall M.9014, PKN ORLEN/GRUPA LOTOS, Entscheidung vom 14. Juli 2020.

Kraftstoffen in Polen, ii) dem Markt für Einzelhandel mit Kraftstoffen in Polen, iii) dem Markt für Düsenkraftstoff in Polen und Tschechien sowie iv) dem Markt für verwandte Produkte wie Bitumen in Polen den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hätte. Um diese Bedenken auszuräumen, verpflichtete sich *PKN Orlen*, i) 30% der Beteiligung an der Raffinerie von *Lotos*, verbunden mit starken Mitspracherechten, zu veräussern, wobei dieser Käufer Anspruch auf 50% der Diesel- und Benzinproduktion der Raffinerie haben wird, ii) zur Veräusserung von neun Kraftstofflagern eines Einfuhrdüsenkraftstoffterminals in Stettin, iii) zur Veräusserung von 389 Tankstellen in Polen, die rund 80% des *Lotos*-Netzes ausmachen, iv) zur Veräusserung einer 50%igen Beteiligung von Lotos an einem Joint-Venture mit *BP* zur Vermarktung von Düsenkraftstoff, v) zur Bereitstellung von bis zu 80'000 Tonnen Düsenkraftstoff an Wettbewerber in Tschechien sowie vi) zur Veräusserung zweier Bitumenproduktionsanalgen in Polen. Diese Kombination aus Veräusserungen und ergänzenden Verpflichtungen veranlasste die EU-Kommission letztendlich das Zusammenschlussvorhaben zu genehmigen.

bbb) Das Zusammenschlussvorhaben Google/Fitbit

Im Dezember 2020 hat die EU-Kommission die Übernahme von *Fitbit* durch *Google* unter Auflagen genehmigt.[93] *Google* ist ein US-amerikanisches Technologieunternehmen, das in mehreren Bereichen tätig ist, darunter Online-Werbung, Internetsuche und Cloud-Computing. *Fitbit* ist ein US-amerikanisches Unternehmen, welches in der Entwicklung, Produktion und Vertrieb von Smartwatches und Fitness-Trackern tätig ist.

Da *Fitbit* nur einen geringen Anteil im schnell wachsenden Smartwatch-Segment in Europa hat, führt das Zusammenschlussvorhaben nur zu geringen horizontalen Überschneidungen. Die Untersuchung der EU-Kommission bezog sich vor allem – in Zusammenarbeit mit dem Europäischen Datenschutzausschuss – auf die von *Fitbit* erhobenen Daten sowie auf die Interoperabilität tragbarer Geräte mit dem *Android*-Betriebssystem von *Google*. Wettbewerbsrechtliche Bedenken hatte die EU-Kommission dahingehend, dass Google, durch den Erwerb von *Fitbit* i) die von *Fitbit* geführte Datenbank über die Gesundheit und Fitness seiner Nutzer und ii) die Technologie zur Entwicklung einer mit der von *Fitbit* vergleichbaren Datenbank erwerben würde. Aufgrund der bereits sehr umfangreichen Datenmengen, welche *Google* zur Personalisierung von Werbung verwenden kann, hätte es für Wettbewerber dadurch noch schwieriger werden können, mit *Google* auf den Märkten für Online-Suchmaschinenwerbung und Online-Display-Werbung zu konkurrie-

[93] Fall M.9660, GOOGLE/FITBIT, Entscheidung vom 17. Dezember 2020.

ren. Um die Bedenken der EU-Kommission auszuräumen, verpflichtete sich *Google*, die Gesundheitsdaten der *Fitbit*-Nutzer im EWR-Raum nicht für *Google*-Werbung zu verwenden und all solche Daten auf technischem Wege von anderen *Google*-Daten getrennt zu halten. Da die EU-Kommission ausserdem befürchtete, dass *Google* nach dem Zusammenschluss konkurrierende Hersteller von am Handgelenk getragenen Geräten benachteiligen könnte, indem es die Interoperabilität dieser Geräte mit *Android*-Smartphones beeinträchtigt, verpflichtete sich *Google*, *Android*-Originalgeräteherstellern weiterhin kostenlose Lizenzen für die Programmschnittstellen zu erteilen und die *Android*-Programmierschnittstelle auch künftig in Open-Source-Code bereitzustellen.

Die Verpflichtungen gelten für einen Zeitraum von zehn Jahren, wobei die EU-Kommission diese um bis zu weitere 10 Jahre verlängern kann, soweit sie die Notwendigkeit dazu nachweist. Die Einhaltung der Verpflichtungen wird von einem Treuhänder überwacht, welcher über weitreichende Kompetenzen verfügt. Auch kann dieser Treuhänder die von ihm erstellten Berichte der irischen Datenschutzbehörde zur Verfügung stellen.

ccc) Das Zusammenschlussvorhaben Fiat Chrysler/Peugeot

Ebenfalls im Dezember 2020 genehmigte die EU-Kommission den geplanten Zusammenschluss der Automobilbauer *Fiat Chrysler* (nachfolgend „FCA") und *Peugeot* (nachfolgend „PSA").[94] FCA mit Sitz im Vereinigten Königreich produziert, liefert und vertreibt u.a. PKW und leichte Nutzfahrzeuge der Marken *Fiat*, *Chrysler*, *Jeep*, *Alfa Romeo*, *Lancia*, *Abarth*, *Dodge*, *Ram*, *Maserati* und *Fiat Professional*. PSA mit Sitz in Frankreich produziert, liefert und vertreibt u.a. PKW und leichte Nutzfahrzeuge der Marken *Peugeot*, *Citroën*, *Opel*, *Vauxhall* und *DS*. Der genehmigte Zusammenschluss führte zur Gründung des viertgrössten Automobilkonzerns der Welt, der seit Januar 2021 unter der Bezeichnung *Stellantis* firmiert.

Die EU-Kommission hatte Bedenken, dass der ursprünglich angemeldete Zusammenschluss den Wettbewerb auf dem Markt für leichte Nutzfahrzeuge in neun EWR-Mitgliedsstaaten beeinträchtigen würde, weil die beteiligten Unternehmen dort zusammen hohe bzw. sehr hohe Marktanteile haben. Um die Bedenken der EU-Kommission auszuräumen, boten FCA und PSA zwei Verpflichtungen an: Erstens soll die bis dahin zwischen PSA und dem japanischen Automobilhersteller *Toyota* bestehende Kooperationsvereinbarung für leichte Nutzfahrzeuge, wonach PSA die Fertigung solcher Fahrzeuge für *Toyota*

[94] Fall M.9730, FCA/PSA, Entscheidung vom 21. Dezember 2020.

übernimmt, erweitert werden, insb. durch eine Aufstockung der Produktion für *Toyota*. Andererseits sollen die zwischen *PSA*, *FCA* und ihren Reparaturwerkstattnetzen bestehenden Reparatur- und Wartungsverträge für PKW und leichte Nutzfahrzeuge geändert werden, um Wettbewerbern den Zugang zu diesen zu erleichtern. Laut der EU-Kommission ermöglicht diese Kombination die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für leichte Nutzfahrzeuge.

ee) Aufgaben in der Phase-II

Wie oben bereits erwähnt,[95] wurden im Berichtszeitraum zwei Zusammenschlussvorhaben aufgegeben. In erstem Fall brach der US-amerikanische Flugzeughersteller *Boeing* am 24. April 2020 die Verhandlungen zur Gründung zweier Gemeinschaftsunternehmen mit dem brasilianischen Flugzeugherstellers *Embraer* ab: Eines in welches *Embraer* seine zivilen Flugzeuge einbringen und 20% halten sollte während *Boeing* die restlichen 80% trüge sowie ein zweites zur Vermarktung eines Militärflugzeugs von *Embraer*.[96] Nachdem das Zusammenschlussvorhaben am 30. August 2019 bei der EU-Kommission angemeldet wurde, beschloss diese am 4. Oktober 2019 ein Phase-II-Verfahren einzuleiten.[97] Der Zusammenschluss sei gescheitert, weil die börsenkotierten *Embraer*-Aktien einen erheblichen Preisverfall erlitten, ohne, dass die Verkäufer den Kaufpreis hätten anpassen wollen sowie aufgrund mangelnder Liquidität durch *Boeing*, welche durch die COVID-19-Pandemie und wegen Sicherheitsbedenken am Flugzeug 737-Max hervorgerufen wurden.[98]

Das zweite aufgegebene Zusammenschlussvorhaben betraf den Medizinproduktesektor. Im Februar 2020 wurde ein Zusammenschlussvorhaben angemeldet, bei welchem das US-amerikanische Pharmaunternehmen *Johnson & Johnson* (nachfolgend „J&J“) vom japanischen Pharmaunternehmen *Takeda* das chirurgische Pflaster *TachoSil* übernehmen wollte.[99] Hierbei handelt es sich um ein spezielles Fibrinklebepflaster, das Chirurgen bei Operationen zur Stillung von besonders problematischen Blutungen benutzen. Solche Fibrinklebepflaster würden einen eigenen Markt bilden, der im gesamtem EWR/Vereinigten Königreich von *TachoSil* beherrscht wird. Da J&J zum Zeitpunkt der Anmeldung ein ähnliches Produkt lediglich in den USA verkaufte, befand die EU-Kommission vorläufig, dass J&J bei Nichtzustandekommen des Vorhabens

---

95 Vgl. Kap. 4.a)aa).

96 Fall M.9097, BOEING/EMBRAER.

97 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 4. Oktober 2020, IP/19/6007.

98 <https://www.aerotelegraph.com/boeing-will-embraer-nicht-mehr>.

99 Fall M.9547, JOHNSON & JOHNSON / TACHOSIL.

starke Anreize hätte, in die Märkte des EWR/Vereinigten Königreichs für solche Klebepflaster einzutreten und leitete ein Phase-II-Verfahren ein.[100] Nachdem auch die amerikanische Federal Trade Commission (FTC) Bedenken äusserte, weil nach dem Zusammenschluss J&J der einzige Hersteller wäre, der in den USA solche chirurgische Pflaster herstellen und vertreiben würde,[101] entschieden die beteiligten Unternehmen, das Zusammenschlussvorhaben aufzugeben. Hervorzuheben ist zuletzt, dass auch dieser Zusammenschluss nicht die Umsatzschwellen der FKVO erreichte und nur aufgrund eines Verweisungsantrags[102] von der EU-Kommission geprüft wurde.

b) Urteilspraxis der europäischen Gerichte

aa) Der EuG zu nicht-koordinierten Effekten

Erhebliches Aufsehen erregte das im Mai 2020 erlassene Urteil des EuG, mit welchem es die Entscheidung der EU-Kommission zur Untersagung des Zusammenschlusses zwischen den britischen Mobilfunkanbietern *Three* und 02[103] aufhob.[104] Der Zusammenschluss hätte die Anzahl der Wettbewerber zwar von vier auf drei reduziert, jedoch mit einem Marktanteil von 40–50% nicht zu einer marktbeherrschenden Stellung geführt. Dennoch nahm die EU-Kommission eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs an (SIEC), aufgrund von horizontalen unilateralen Effekten i) im Endkundenmarkt für Mobilfunkleistungen durch Preiseffekte und durch eine Network-Sharing-Situation sowie ii) im Vorleistungsmarkt für Mobilfunkleistungen.

Eingangs hielt der EuG fest, dass der Nachweis der Begründung oder der Verstärkung einer beherrschenden Stellung i.S. der FKVO in bestimmten Fällen dem Nachweis einer erheblichen Behinderung des wirksamen Wettbewerbs entsprechen könne.[105] Das Gericht schlussfolgerte, dass die Einführung des SIEC-Tests es der EU-Kommission erlauben sollte, auch Zusammenschlüsse zu verbieten, die zwar nicht zur Begründung oder Verstärkung einer beherr-

---

100 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 25. März 2020, IP/20/529.

101 Pressemitteilung der FTC vom 10. April 2020, abrufbar unter <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/04/federal-trade-commission-closes-investigation-johnson-johnsons>.

102 Gemäss Art. 22 Abs. 1 FKVO.

103 Fall M.7612, HUTCHISON/TELEFONICA UK, Entscheidung vom 11. Mai 2016.

104 EuG, Urteil vom 28. Mai 2020 in der Rechtssache T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 – CK Telecoms UK Investments/Kommission.

105 EuG, Urteil vom 28. Mai 2020 in der Rechtssache T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 – CK Telecoms UK Investments/Kommission, Rz. 84.

schenden Stellung führen, aber die Wettbewerbsbedingungen wie eine beherrschende Stellung beeinträchtigen könnten.[106] In oligopolistischen Märkten ergibt sich der SIEC-Test aus Erwg. 25 FKVO, den das EuG dahingehend auslegte, dass zwei kumulative Voraussetzungen vorliegen müssen, damit nicht koordinierte Wirkungen eines Zusammenschlusses eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs zur Folge haben können: Demnach müsse der Zusammenschluss dazu führen, dass i) „der beträchtliche Wettbewerbsdruck beseitigt wird, den die fusionierenden Unternehmen aufeinander ausgeübt haben"[107] sowie dass ii) „der Wettbewerbsdruck auf die verbleibenden Wettbewerber gemindert wird"[108]. Die blosse Minderung des Wettbewerbsdrucks auf die verbleibenden Wettbewerber reiche jedoch allein nicht aus, um eine erhebliche Behinderung des wirksamen Wettbewerbs nachzuweisen.[109] Dies würde nämlich dazu führen, dass die EU-Kommission auf einem Markt mit wenigen Wettbewerbern einen Zusammenschluss stets untersagen könnte.

Die EU-Kommission habe daher „aus einem Bündel von Beweisen und Indizien […], die sich auf mehrere Schadenstheorien stützt", „hinreichende Beweise" beizubringen, „um mit ernsthafter Wahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass infolge des Zusammenschlusses erhebliche Behinderungen vorliegen werden". Die Beweislast der EU-Kommission sei dabei strenger als „eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich" aber weniger streng als das „Fehlen eines begründeten Zweifels".[110] Dieser Beweislast sei die EU-Kommission nicht nachgekommen, weshalb das EuG die Untersagung des Zusammenschlusses für nichtig erklärte. Die EU-Kommission zog daraufhin das Verfahren an den EuGH weiter.[111]

bb) Relevante Umsatzschwellen beim Unternehmenserwerb durch ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

Die Zementhersteller *HeidelbergCement* und *Schwenk*, jeweils mit Sitz in Deutschland, meldeten der EU-Kommission im Jahr 2016 einen Zusammenschluss, bei welchem die Unternehmen, durch ihr ungarisches Gemein-

106 EuG, Urteil vom 28. Mai 2020 in der Rechtssache T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 – CK Telecoms UK Investments/Kommission, Rz. 90.

107 Erwg. 25 FKVO.

108 Erwg. 25 FKVO.

109 EuG, Urteil vom 28. Mai 2020 in der Rechtssache T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 – CK Telecoms UK Investments/Kommission, Rz. 96 f.

110 EuG, Urteil vom 28. Mai 2020 in der Rechtssache T-399/16, ECLI:EU:T:2020:217 – CK Telecoms UK Investments/Kommission, Rz. 118.

111 EuGH, anhängige Rechtssache C-376/20 P – Kommission/CK Telecoms UK Investments.

schaftsunternehmen *Duna-Dráva Cement* (nachfolgend: „*DDC*"), die gemeinsame Kontrolle über die Zementhersteller *Cemex Hungary* und *Cemex Croatia*, mit Sitz in Ungarn bzw. Kroatien, erwerben wollten. Die EU-Kommission bejahte ihre Zuständigkeit aufgrund des Umstands, dass die Umsätze von *HeidelbergCement* und *Schwenk* die Umsatzschwellen von Art. 1 Abs. 2 FKVO überschritten, und untersagte den Zusammenschluss.[112] Die gegen diese Entscheidung erhobene Klage wies der EuG im Oktober 2020 ab.[113]

Das EuG hielt fest, dass bei Zusammenschlüssen der wirtschafltichen Realtität Rechnung zu tragen sei und anhand dieser die eigentlichen Akteure eines Zusammenschlusses zu ermitteln sind. Daher sei die Identifizierung der beteiligten Unternehmen in jedem einzelnen Fall notwendigerweise mit der Art und Weise verbunden, wie das Zusammenschlussvorhaben eingeleitet, organisiert und finanziert werde.[114] Ist dies von den Müttern des Gemeinschaftsunternehmen abhängig, seien daher diese als beteiligte Unternehmen anzusehen. Im vorliegenden Fall kam es zum Ergebnis, dass nicht *DDC*, sondern *HeidelbergCement* und *Schwenk* die eigentlichen Akteure des Zusammenschlussverfahrens seien:[115] Nur weil ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen in funktionaler Hinsicht wirtschaftlich selbstständig ist, bedeute dies nicht, dass es beim Erlass seiner strategischen Entscheidungen selbstständig handle.[116] Die EU-Kommission war somit im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben zuständig und damit bereichtigt, diesen zu untersagen.

cc) Verstoss gegen das Vollzugsverbot

Am 14. Dezember 2012 erwarb die *Mowi* ASA (ehem. *Marine Harvest* ASA, nachfolgend „*Mowi*") mit Sitz in Norwegen von zwei Verkäuferinnen 48,5% der Aktien an dem ebenfalls norwegischen Zielunternehmen *Morpol*, wodurch *Mowi* faktisch die alleinige Kontrolle über *Morpol* erwarb. Vier Tage später, am 18. Dezember 2012, wurde der Erwerb vollzogen. Am 21. Dezember 2012 beantragte *Mowi* bei der EU-Kommission die Zuweisung eines Arbeitsteams zur

---

112 Fall M.7878, HEIDELERGCEMENT/SCHWENK/CEMEX HUNGARY/CEMEX CROATIA, Entscheidung vom 5. April 2017.

113 EuG, Urteil vom 5. Oktober 2020 in der Rechtssache T-380/17, ECLI:EU:T:2020:471 – HeidlbergCement und Schwenk Zement/Kommission.

114 EuG, Urteil vom 5. Oktober 2020 in der Rechtssache T-380/17, ECLI:EU:T:2020:471 – HeidlbergCement und Schwenk Zement/Kommission, Rz. 116.

115 EuG, Urteil vom 5. Oktober 2020 in der Rechtssache T-380/17, ECLI:EU:T:2020:471 – HeidlbergCement und Schwenk Zement/Kommission, Rz. 124.

116 EuG, Urteil vom 5. Oktober 2020 in der Rechtssache T-380/17, ECLI:EU:T:2020:471 – HeidlbergCement und Schwenk Zement/Kommission, Rz. 117–123; vgl. auch NZKart 2020, 598.

Prüfung der Transaktion und erklärte, dass es ihre Stimmechte bis zur Freigabe der EU-Kommission nicht ausüben werde. Erst im August 2013 wurde der Zusammenschluss der EU-Kommission förmlich gemeldet. In Übereinstimmung mit norwegischem Recht, machte *Mowi* bereits zuvor ein öffentliches Übernahmeangebot für die restlichen *Morpol*-Aktien und erwarb im März 2013 weitere Anteile in Höhe von 38,6%, womit *Mowi* letztendlich 87,1% der *Morpol*-Aktien hielt. Im September 2013 genehmigte die EU-Kommission den Zusammenschluss unter Auflagen,[117] sanktionierte jedoch im Juli 2014 das Verhalten von *Mowi* als Verstoss gegen die Anmeldepflicht von Art. 4 Abs. 1 FKVO und als Verstoss gegen das Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 1 FKVO mit jeweils EUR 10 Mio.[118] Gegen diese Entscheidung erhob *Mowi* Nichtigkeitsklage.

Der EuG wies die Klage in vollem Umfang ab, was der EuGH in seinem Urteil vom März 2020 bestätigte.[119] Der Ansicht von *Mowi*, dass die Ausnahme vom Vollzugsverbot nach Art. 7 Abs. 2 FKVO greife, wonach ein öffentliches Übernahmeangebot noch vor der Freigabe verwirklicht werden kann, wenn der Zusammenschluss unverzüglich angemeldet wird und der Erwerber bis zur Genehmigung auf die Ausübung seiner Stimmrechte verzichtet, folgte der EuGH nicht: Einerseits sei diese Ausnahme eng auszulegen und andererseits sei diese im vorliegenden Fall irrelevant, weil *Mowi* die Kontrolle über *Morpol* bereits im Dezember 2012 und damit bereits vor dem öffentlichen Übernahmeangebot im März 2013 erlangt hatte.[120] Auch entschied der EuGH, dass der Grundsatz *ne bis in idem* nicht verletzt wurde: Dieser schütze ein Unternehmen nur vor einem zweiten Verfahren, wenn über sein Verhalten in einem abgeschlossenem Verfahren bereits eine endgültige Entscheidung getroffen wurde. Im vorliegenden Fall habe die EU-Kommission jedoch nur ein Verfahren geführt, weshalb der Grundsatz nicht zugunsten von *Mowi* greife.[121]

---

117 Fall M.6850, MARINE HARVEST/MORPOL, Entscheidung vom 30. September 2013.

118 Fall M.7184, MARINE HARVEST/MORPOL(Art. 14.2 proc.), Entscheidung vom 23. Juli 2014.

119 EuGH, Urteil vom 4. März 2020 in der Rechtssache C-10/18 P, ECLI:EU:C:2020:149 – Marine Harvest/Kommission.

120 EuGH, Urteil vom 4. März 2020 in der Rechtssache C-10/18 P, ECLI:EU:C:2020:149 – Marine Harvest/Kommission, Rz. 52 & 58.

121 EuGH, Urteil vom 4. März 2020 in der Rechtssache C-10/18 P, ECLI:EU:C:2020:149 – Marine Harvest/Kommission, Rz. 75–86.

5. Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht

a) Rechtsgrundlage zur Erstellung und Mitnahme von Bildkopien

Im Rahmen von Untersuchungen betreffend ein Hochspannungskabelkartell führte die EU-Kommission im Jahr 2009 Nachprüfungen bei mehreren betroffenen Unternehmen durch, darunter auch bei *Nexans*, einem Kabelhersteller mit Sitz in Frankreich. Dabei kopierte die EU-Kommisison bestimmte Daten, die erst später in Kommissionsräumlichkeiten ausgewertet wurden. Die von *Nexans* erhobene Klage auf Nichtigerklärung der Nachprüfungsentscheidung wiesen sowohl das EuG (teilweise) als auch der EuGH ab.[122] Während diese Verfahren die Beweiserhebung betrafen, qualifizierte die EU-Kommission in materieller Hinsicht im April 2014 mehrere Absprachen zwischen elf Kabelherstellern als unzulässige Wettbewerbsabrede und und verhängte Geldbussen, u.a. gegen *Nexans* i.H.v. EUR 70,6 Mio.[123] Gegen diesen Beschluss erhob *Nexans* ebenfalls Nichtigkeitsklage. Nach Ansicht des Unternehmens mangelte nämlich die Nachprüfungsentscheidung der EU-Kommission an einer näheren Beschränkung hinsichtlich der Beschreibung des Produktes sowie der geografischen Reichweite. Weiter hätte die EU-Kommission auch keine hinreichende Beweise für die Durchführung von Hausdurchsuchungen gehabt und wäre somit hierzu nicht berechtigt gewesen.

Im Juli 2020 wies der EuGH die Klage ab.[124] In Übereinstimmung mit den Schlussanträgen der Generalanwältin erklärte er, dass i) die EU-Kommission aufgrund von Art. 20 Abs. 2 lit. c VO 1/2003 zum Anfertigen von Datenkopien als Zwischenschritt zu ihrer Auswertung berechtigt sei (*i.c.* Erstellung einer Bildkopie einer Computerfestplatte und einer Kopie der auf einem digitalen Datenträger gespeicherten Daten)[125] und dass ii) die Mitnahme einer Datenkopie zwecks späterer Untersuchung in den Räumlichkeiten der EU-Kommission aufgrund von Art. 20 Abs. 1 und 2 VO 1/2003 rechtens sei.[126] Obwohl die

---

122 EuGH, Urteil vom 25. Juni 2014 in der Rechtssache C-37/13 P, ECLI:EU:C:2014:2030 – Nexans & Nexans France/Kommission.

123 Fall AT.39610, Stromkabel, Entscheidung vom 2. April 2014.

124 EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache C-606/18 P, ECLI:EU:C:2020:571 – Nexans/Kommission; Im Stromkabelkartell-Verfahren hatte der Gerichshof bereits in Bezug auf andere Unternehmen Urteile erlassen: EuGH Urteile C-582/18 P, C-593/18 P sowie C-591/18 P.

125 EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache C-606/18 P, ECLI:EU:C:2020:571 – Nexans/Kommission, Rz. 56–67.

126 EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache C-606/18 P, ECLI:EU:C:2020:571 – Nexans/Kommission, Rz. 77–90.

EU-Kommission möglichst genau anzugeben habe, worauf sich die Nachprüfung bezieht, sei sie jedoch nicht dazu verpflichtet, den Betroffenen alle Informationen über die vermutete Zuwiderhandlung preiszugeben, soweit dargestellt werde, welche Zuwiderhandlungen vermutet würden. Darüber hinaus setze die Begründungspflicht auch nicht voraus, dass die EU-Kommission eine genaue Marktabgrenzung, eine genaue rechtliche Beurteilung und den Zeitraum der Zuwiderhandlung angeben müsse. Für die künftige Verwaltungspraxis der EU-Kommission in Bezug auf kartellrechtliche Nachprüfungen wird das Urteil des Gerichtshofs im vorliegenden Rechtsmittelverfahren von nicht zu unterschätzender Bedeutung sein.[127]

b) Begründungspflicht über die vermutete Zuwiderhandlung

Am 30. Januar 2020 wies der EuGH ein Rechtsmittel ab, die das tschechische nationale Eisenbahnunternehmen *České dráhy* (nachfolgend: „ČD“) eingelegt hatte, womit die Nachprüfungsentscheidungen der EU-Kommission in zwei Untersuchungen bestätigt wurden.[128] Die EU-Kommission führte im April 2016 Nachprüfungen in den Geschäftsräumen von ČD durch und leitete daraufhin ein förmliches Verfahren ein, um mutmassliche Verdrängungstaktiken von ČD im Schienenpersonenverkehr zu untersuchen.

In Auslegung von Art. 20 Abs. 4 VO 1/2003 hielt der Gerichtshof fest, dass die EU-Kommission in ihrem Nachprüfungsbeschluss einer Begründungspflicht unterliege. Dies bedeutet konkret, dass die Begründungspflicht der EU-Kommission durch Informationen einer nationalen Wettbewerbsbehörde, die im Rahmen einer Untersuchung wegen eines Verstosses gegen die nationalen Wettbewerbsregeln eingeholt wurden, nicht berührt werde.[129] Lägen der EU-Kommission dagegen hinreichend schwerwiegende Anhaltspunkte für einen Verstoss gegen die Wettbewerbsregeln vor, sei sie nicht verpflichtet, diese bei der Feststellung der Verhältnismässigkeit einer Nachprüfungsentscheidung gegen gegenteilige Anhaltspunkte abzuwägen.[130] Zwar müsse der Beschluss zur Durchführung einer Nachprüfung mit Art. 102 AEUV im Einklang stehen, doch sei die EU-Kommission nicht verpflichtet, in ihrem Nachprüfungsbe-

---

127 EuGH, Schlussanträge der Generalanwältin vom 12. März 2020 in der Rechtssache C-606/18 P, ECLI:EU:C:2020:207 – Nexans/Kommission.

128 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-538/18 P und C-539/18 P, ECLI:EU:C:2020:53 – České dráhy/Kommission.

129 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-538/18 P und C-539/18 P, ECLI:EU:C:2020:53 – České dráhy/Kommission, Rz. 40 ff.

130 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-538/18 P und C-539/18 P, ECLI:EU:C:2020:53 – České dráhy/Kommission, Rz. 62 ff.

schluss Elemente wie die genaue Marktdefinition darzulegen oder die Spürbarkeit der Auswirkungen auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten nachzuweisen, so der EuGH.[131] Im Zusammenhang mit einer Nachprüfung wegen mutmasslicher Verdrängungspreise fielen demnach alle Unterlagen, die Informationen über die Kosten des Unternehmens oder seine mutmassliche Verdrängungsstrategie enthieten, in den Anwendungsbereich der Beschlagnahmebefugnisse der EU-Kommission.[132]

c) Erforderlichkeit der Auskünfte bei Auskunftsverlangen

Im Rahmen der kartellrechtlichen Untersuchungen der datenbezogenen Praktiken von *Facebook Inc.* (nachfolgend: „*Facebook*")[133] und des *Facebook*-Marktplatzes[134] hat die EU-Kommission am 13. März 2020 zwei formelle Auskunftsersuchen erlassen, in denen das Unternehmen aufgefordert wurde, eine grosse Anzahl interner Dokumente vorzulegen. *Facebook* focht dieses Ersuchen vor dem EuG an und machte geltend, dass sie irrelevant seien und/oder persönliche Dokumente erfassten und damit sowohl gegen die VO 1/2003 als auch gegen die GRC[135] verstossen würden. Parallel dazu stellte *Facebook* Anträge auf Erlass einstweiliger Massnahmen, mit denen der Präsident des Gerichts ersucht wurde, die angefochtenen Auskunftsersuchen ganz oder teilweise auszusetzen.

Am 29. Oktober 2020 erliess der Präsident des Gerichts zwei praktisch identische Beschlüsse.[136] In seinen Begründungen erachtete das EuG den Zusammenhang zwischen dem Auskunftsersuchen nach Art. 18 Abs. 3 VO 1/2003 und der mutmasslichen Zuwiderhandlung als erfüllt.[137] Die EU-Kommission müsse aber die Verteidigungsrechte des betroffenen Unternehmens beachten, wenn sie prüft, ob die Daten für den Gegenstand der Nachprüfung relevant seien, bevor sie die für relevant befundenen Dokumente in die Akte aufnähme und

---

131 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-538/18 P und C-539/18 P, ECLI:EU:C:2020:53 – České dráhy/Kommission, Rz. 72 ff.

132 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-538/18 P und C-539/18 P, ECLI:EU:C:2020:53 – České dráhy/Kommission, Rz. 84 ff.

133 Fall AT.40628, Facebook related practices, Entscheidung vom 15. Juli 2020.

134 Fall AT.40684, Facebook Marketplace, Entscheidung vom 15. Juli 2020.

135 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26. Oktober 2012, 391 (nachfolgend: „GRC").

136 EuG, Urteil des Gerichts vom 29. Oktober 2020 T-451/20 R & T-452/20 R, ECLI:EU:T:2020:515 – Facebook Ireland/Kommission.

137 EuG, Urteil des Gerichts vom 29. Oktober 2020 T-451/20 R & T-452/20 R, ECLI:EU:T:2020:515 – Facebook Ireland /Kommission, Rz. 38.

den Rest der kopierten Daten lösche.[138] Aufgrund des Umfangs des Auskunftsverlangen gelte ein ähnliches Schutzniveau wie jenes, das durch Art. 20 VO 1/2003 garantiert wird.[139]

d) Fristansetzungen und Verhältnismässigkeit von Auskunftsverlangen

Am 28. Januar 2021 erliess der EuGH ein Urteil, mit dem er ein Rechtsmittel des US-amerikanischen Halbleiterherstellers *Qualcomm* gegen ein Urteil des EuG abwies.[140] Mit diesem Rechtsmittel wurde eine Klage gegen die Entscheidung der EU-Kommission über ein Auskunftsersuchen im Rahmen einer Untersuchung wegen angeblichen *Predatory Pricing* Praktiken von *Qualcomm* abgewiesen. Nach der Durchführung mehrerer Nachprüfungen verlangte die EU-Kommission die Beantwortung eines umfangreichen Fragenkatalogs. Im Verfahren vor den Unionsgerichten machte *Qualcomm* geltend, dass die verlangten Auskünfte derart umfangreich seien, dass die Bereitzustellung der Daten eine unverhältnismässige Arbeitsbelastung bedeute und die Frist zur Beantwortung überdies zu kurz bemessen gewesen sei. Der EuGH bestätigt das Urteil des EuG insofern, dass dieser Arbeitsaufwand, so hoch er auch gewesen sein möge, angesichts der Erfordernisse der Untersuchung in Bezug auf die Verdachtsmomente für eine Zuwiderhandlung, nicht unverhältnismässig gewesen sei.[141] Im Januar 2018 verhängte die EU-Kommission gegen *Qualcomm* bereits ein Bussgeld i.H.v. rund EUR 1 Mrd. für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung für Praktiken im Zusammenhang mit Basisband-Chipsätzen. Die dagegen erhobene Klage auf Nichtigerklärung wies der EuG ebenfalls ab.[142]

---

138 EuG, Urteil des Gerichts vom 29. Oktober 2020 T-451/20 R & T-452/20 R, ECLI:EU:T:2020:515 – Facebook Ireland /Kommission, Rz. 39.

139 EuG, Urteil des Gerichts vom 29. Oktober 2020 T-451/20 R & T-452/20 R, ECLI:EU:T:2020:515 – Facebook Ireland /Kommission, Rz. 48.

140 EuGH, Urteil vom 28. Januar 2021 in der Rechtssache C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:76 – Qualcomm.

141 EuGH, Urteil vom 28. Januar 2021 in der Rechtssache C-466/19 P, ECLI:EU:C:2021:76 – Qualcomm. Rz. 68 ff.

142 S. zu diesem Entscheid, zum Hintergrund und Verlauf des Verfahrens auch: Früh Alfred/Hagenstein-Jost Samuel, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/18, Zürich/St. Gallen 2018, 129, sowie Früh Alfred/Hagenstein-Samuel Jost, Wettbewerbsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 93, 112–113.

e) Das Verhältnis GRC-EMRK und der Anspruch auf Zeugeneinvernahme

In seiner Entscheidung vom 22. Oktober 2020 befasste sich der EuGH mit dem Verhältnis zwischen der EMRK[143] und der GRC im Zusammenhang mit einem Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern.[144] Unter Bezugnahme auf seine ständige Rechtsprechung stellte der Gerichtshof fest, dass die EMRK zwar kein Rechtsinstrument darstellt, das formell in die Unionsordnung übernommen wurde, die in der GRC enthaltenen Rechte aber denen entsprächen, welche durch die EMRK gewährt werden. Der EuGH müsse daher darauf achten, dass seine Auslegung von Art. 47 und Art. 48 GRC, welche das Recht auf ein faires Verfahren normieren, ein Schutzniveau gewährleiste, welches das in Art. 6 EMRK in seiner Auslegung durch den EGMR garantierte Schutzniveau nicht verletze.[145]

Im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 101 AEUV gab eine Person Erklärungen ab, die protokolliert wurden. Im vorliegenden Verfahren beschränkte sich der EuG darauf, diese Protokolle zu berücksichtigen, ohne diese Person vorzuladen. Nach Ansicht der Rechtsmittelführerinnen habe der EuG damit gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstossen und den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweiserhebung verletzt. Der EuGH befand dagegen, dass selbst dann, wenn eine Klageschrift einen Antrag auf Vernehmung von Zeugen enthält, es Sache des EuG sei, die Sachdienlichkeit und die Erforderlichkeit einer Vernehmung nach eigenem Ermessen zu beurteilen. Nach Ansicht des EuGH gewährt damit das Recht auf ein faires Verfahren gemäss Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 GRC kein absolutes Recht auf Zeugeneinvernahme durch den EuG.[146]

---

143 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (nachfolgend: „EMRK“).

144 EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 in der Rechtssache C-702/19 P, ECLI:EU:C:2020:857 – Silver Plastics.

145 EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 in der Rechtssache C-702/19 P, ECLI:EU:C:2020:857 – Silver Plastics, Rz. 24 f.

146 EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 in der Rechtssache C-702/19 P, ECLI:EU:C:2020:857 – Silver Plastics, Rz. 29 f.

6. Rechtsentwicklungen im Schadensersatzrecht

a) Rechtsentwicklungen zur Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU

aa) Die Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU

Nachdem die Richtlinie über Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstössen[147] im November 2014 verabschiedet wurde, ist sie seit 2018 in die Rechtsordnung aller EU-Mitgliedstaaten umgesetzt. Die Schadensersatzrichtlinie harmonisiert die Rahmenbedingungen für Schadensrsatzverfahren im Kartellrecht, um die Durchsetzung des Kartellrechts mit zivilrechtlichen Mitteln zu stärken. Zum einen soll sie praktische Hindernisse beseitigen, welche zuvor der Durchsetzung des Anspruchs auf Schadensersatz bei Kartellrechtsverstössen entgegenstanden. Zum anderen soll die Schadensersatzrichtlinie das Zusammenspiel zwischen privaten Schadensersatzklagen und der öffentlichen Durchsetzung der EU-Kartellvorschriften durch die EU-Kommission und die nationalen Wettbewerbsbehörden verbessern. In diesem Sinne legt die Schadensersatzrichtlinie Vorschriften fest, welche einen im Unionsrecht begründeten und unmittelbar auf Art. 101 und Art. 102 AEUV gestützten Schadensersatzanspruch gewährleisten sollen.

Nachfolgend wird zunächst auf die im Zusammenhang mit der Schadensersatzrichtlinie ergangenen Entscheidungen im Berichtszeitraum eingegangen (bb & cc). Anschliessend wird der erste Monitoring-Bericht der EU-Kommission zur Schdensersatzrichtlinie, der im Dezember 2020 erschienen ist, vorgestellt (dd). Abschliessend wird ein jüngst publizierter Leitfaden für nationale Gerichte zur Umsetzung der Schdensersatzrichtlinie beleuchtet (ee).

bb) Der Unternehmensbegriff gemäss der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU

Die Schadensersatzrichtlinie enthält keine eigenständige Definition des Unternehmensbegriffs.[148] In seiner Entscheidung *Skanska Industrial Solu-*

---

147 Richtlinie 2014/104/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl L 349 vom 5. Dezember 2014, 1 (nachfolgend: „Schadenersatzrichtlinie").

148 Unter dem Titel „Begriffsbestimmungen" in Art. 2 Ziffer 1 wird als „Rechtsverletzer" das Unternehmen oder die Unternehmungsvereinigung, das bzw. die die Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen hat.

tions[149] vom 14. März 2019 hatte sich der Gerichtshof mit der Auslegung des Unternehmensbegriffs in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren zu befassen und legte erstmals über den Anlassfall *Skanska* hinaus klar, dass sich die Passivlegitimation von Kartellschadenersatzansprüchen unmittelbar aus dem Kartellverbotstatbestand des Art. 101 AEUV, namentlich aus dem unionsautonom auszulegenden Unternehmensbegriff, ergäbe. Innerhalb der Kartellrechtsdurchsetzung kommt dem Begriff „Unternehmen" sowohl bei Bussgeld- als auch bei Schadensersatzverfahren somit einheitliche Bedeutung zu.

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens wurde dem EuGH im Wesentlichen die Frage vorgelegt, ob sich der Kreis der Ersatzpflichtigen direkt aus Art. 101 AEUV oder aus dem nationalen Recht der EU-Mitgliedstaaten unter Beachtung des unionsrechtlichen Effektivitäts- und Äquivalenzgrundsatzes ergäbe. In Übereinstimmung mit den Schlussanträgen des Generalanwalts[150] stellte der EuGH fest, dass der Kreis der Ersatzpflichtigen des bei einem Verstoss gegen Art. 101 AEUV entstandenen Schadens unmittelbar durch das Unionsrecht bestimmt würde.[151] Dies stehe nicht im Widerspruch zu Art. 11 Schadenersatzrichtlinie, wonach „Mitgliedstaaten gewährleisten müssen, dass Unternehmen, die durch gemeinschaftliches Handeln gegen das EU-Wettbewerbsrecht verstossen haben, gesamtschuldnerisch für den durch diese Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht verursachten Schaden haften, mit der Wirkung, dass jedes dieser Unternehmen zum vollständigen Ersatz des Schadens verpflichtet ist, und der Geschädigte das Recht hat, von jedem von ihnen vollständigen Schadenersatz zu verlangen, bis der Schaden vollständig ersetzt ist".[152] In Bezugnahme auf Art. 1 Schadensersatzrichtlinie, die sich ebenfalls auf „Unternehmen" bezieht, sei der unionsrechtliche Unternehmensbegriff für den Kreis der Ersatzpflichtigen massgebend.[153] Daraus ergibt sich, dass der Unternehmensbegriff von Art. 101 und Art. 102 AEUV auch im Kontext von Art. 11 Schadensersatzrichtlinie gilt.[154]

---

149 EuGH, Urteil vom 13. März 2019 in der Rechtssache C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – Skanska.

150 Schlussanträge des Generalanwalts vom 6. Februar 2019 in der Rechtssache C-724/17, ECLI:EU:C:2019:100 – Skanska.

151 EuGH, Urteil vom 13. März 2019 in der Rechtssache C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – Skanska, Rz. 28.

152 Art. 11 Schadensersatzrichtlinie.

153 EuGH, Urteil vom 13. März 2019 in der Rechtssache C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – Skanska, Rz. 35.

154 EuGH, Urteil vom 13. März 2019 in der Rechtssache C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204 – Skanska, Rz. 33 f.; Siehe hierzu auch ausführlich Innerhofer Isabelle/Hinterdorfer Sebastian, ÖZK 2019/3, 97 ff.

cc) Die Kausalität gemäss der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU

Kausalität als eine der Tatbestandsvoraussetzungen, um einen Schaden wegen eines Verstosses gegen Art. 101 oder Art. 102 AEUV geltend zu machen, wird in der Schadensersatzrichtlinie nicht definiert. In zahlreichen Urteilen hatte der EuGH bisher die Gelegenheit, sich mit der Auslegung des Begriffs der Kausalität zu befassen.[155] Zuletzt tat er dies in *Otis II*:[156] In seinem Urteil vom 12. Dezember 2019 hat der EuGH eine wichtige Klarstellung hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen den Bestimmungen des Unionsrechts und denen des nationalen Rechts vorgenommen, die Klagen auf Ersatz des durch eine unzulässige Wettbewerbsabrede verursachten Schadens regeln. Der EuGH stellte fest, dass Art. 101 AEUV dahingehend auszulegen ist, dass eine öffentliche Einrichtung, die Förderdarlehen an Abnehmer kartellbefangener Waren gewährt hat, Schadensersatz für den durch die unzulässige Wettbewerbsabrede entstandenen Schaden verlangen kann.[157]

Die beim Obersten Gerichtshof Österreichs anhängige Rechtssache beruhte auf einer Schadensersatzklage gegen fünf Gesellschaften, die auf dem Markt für den Einbau und die Wartung von Aufzügen und Fahrtreppen tätig sind und deren Teilnahme an wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen im Rahmen eines Kartells im Vorfeld festgestellt wurde. Dem Kläger ist zwar kein Schaden als Anbieter oder Nachfrager der vom Kartell betroffenen Produkte entstanden. Allerdings soll die durch die Wettbewerbsabrede verursachte Erhöhung der Baukosten dazu geführt haben, dass Subventionen in Form von Förderdarlehen zur Finanzierung von Bauprojekten, auf die sich die Wettbewerbsabrede ausgewirkt habe, höher gewesen seien. Dies soll den Kläger daran gehindert haben, diesen Differenzbetrag für andere gewinnbringendere Zwecke zu verwenden. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens wurde dem EuGH die Frage vorgelegt, ob ein konkreter Zusammenhang zwischen dem angeblich erlittenen Schaden und dem mit dem EU-Kartellverbot verfolgten Schutzzweck erforderlich sei und ob auch Parteien, die nicht als Lieferanten oder Abnehmer auf dem vom Kartell betroffenen sachlichen und räumlichen Markt tätig waren, Ersatz für einen mittelbaren Schaden verlangen könnten. Der

---

155 EuGH Urteil vom 13. Juli 2006 in der Rechtssache C-295/04 bis C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 – Manfredi, Rz. 61–64 zum „ursächlien Zusammenhang"; EuGH Urteil vom 12. November 2012 in der Rechtssache C-199/11, ECLI:EU:C:2012:684 – Otis u.a. (OTIS I), Rz. 65 zum „unmittelbarer Kausalzusammenhang"; EuGH Urteil vom 5. Juni 2014, ECLI:EU:C:2014:1317 – Krone u.a., Rz. 29 ff zum „umbrella pricing".

156 Pressemitteilung des Europäischen Gerichtshofs vom 12. Dezember 2019.

157 EuGH Urteil vom 12. Dezember 2019 in der Rechtssache C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1069 – Otis u.a.

EuGH hielt fest, dass jeder Schaden, der in einem kausalen Zusammenhang mit einer Zuwiderhandlung gegen das EU-Kartellverbot steht, zu einer Entschädigung führen können muss, um die wirksame Anwendung von Art. 101 AEUV zu gewährleisten.[158] Daher können Personen Ersatz für die Verluste verlangen, die sie dadurch erlitten haben, dass der Betrag dieser Förderkredite höher war, als er ohne die unzulässige Wettbewerbsabrede gewesen wäre, so dass diese Personen diese Differenz nicht gewinnbringender nutzen konnten.[159]

Damit hat der EuGH wichtige Hinweise für die Geltendmachung von Ersatz für mittelbare Verluste gegeben. In der Praxis wird das Urteil Parteien, die mutmasslich indirekte Verluste als Folge einer unzulässigen Wettbewerbsabrede erlitten haben, wahrscheinlich dazu ermutigen, vor den Zivilgerichten der EU-Mitgliedstaaten Schadensersatz von Mitgliedern eines Kartells zu fordern.

dd) Bericht zur Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie 2014/104/EU

Am 14. Dezember 2020 hat die EU-Kommission ihren ersten Bericht über die Umsetzung der Schadensersatzrichtlinie veröffentlicht.[160] Die EU-Kommission hat geprüft, ob die nationalen Durchführungsvorschriften mit der Richtlinie im Einklang stehen und keine systemischen Abweichungen festgestellt. Sie zieht in ihrem Bericht eine positive Bilanz, insbesondere, dass die Vorschriften der Richtlinie konsequent umgesetzt wurden. Es wird ferner festgehalten, dass seit der Annahme der Schadensersatzrichtlinie die Zahl der Schadensersatzklagen vor nationalen Gerichten erheblich gestiegen sei und zudem seither Schadenersatzklagen in mehr Regionen der EU erhoben werden. Wenngleich die Wirksamkeit der Umsetzungsmassnahmen letztlich von ihrer tatsächlichen Umsetzung durch die nationalen Gerichte abhängt, seien die Rechte der Opfer von Kartellrechtsverstössen somit erheblich gestärkt worden.[161]

ee) Leitfaden für nationale Gerichte zur Behandlung von Offenlegungsanträgen

In Schadensersatzverfahren wegen Kartellrechtsverstössen basierend auf der Schadensersatzrichtlinie wird vor nationalen Gerichten häufig die Offenlegung von Beweismitteln beantragt, die vertrauliche Informationen enthalten. Die Schadensersatzrichtlinie nennt dabei die Voraussetzungen, unter welchen

158 EuGH Urteil vom 12. Dezember 2019 in der Rechtssache C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1067 – Otis u.a., Rz. 30.

159 EuGH Urteil vom 12. Dezember 2019 in der Rechtssache C-435/18, ECLI:EU:C:2019:1067 – Otis u.a., Rz. 32.

160 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. Dezember 2020, IP/20/2413.

161 Abrufbar unter <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/evidence_en.html#conf_inf>.

die nationalen Gerichte die Offenlegung von Beweismitteln anordnen können: Einerseits i) müssen die EU-Mitgliedstaaten gewährleisten, dass ihre Gerichte die Offenlegung dieser Beweismittel überhaupt anordnen können. Andererseits muss ii) der Schadensersatzanspruch plausibel, iii) das angeforderte Beweismittel relevant sowie iv) der Offenlegungsantrag verhältnismässig sein[162]. Da sich die Rechtslage in Bezug auf den Zugang zu vertraulichen Informationen und deren Schutz von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat erheblich unterscheiden kann, ist es in solchen Fällen wichtig, dass die nationalen Gerichte die richtige Abwägung zwischen Rechte der Kläger auf Zugang zu relevanten Informationen und dem Recht einer Partei auf Schutz vertraulicher Informationen treffen.

Um die nationalen Gerichte dabei zu unterstützen, hat die EU-Kommission im Dezember 2020 eine Mitteilung über den Schutz vertraulicher Informationen durch nationale Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts angenommen.[163] Diese soll praktische Orientierungshilfen für die Auswahl wirksamer Schutzmittel bieten, bei denen u.a. die besonderen Umstände des Einzelfalls, die Art der angeforderten Informationen, der Umfang der Offenlegung, die betroffenen Parteien und Beziehungen sowie Verwaltungsaufwand und Kosten berücksichtigt werden.

b) Örtliche Zuständigkeit aufgrund der Lage des betroffenen Markts

Im November 2020 hat der EuGH entschieden, dass die EU-Vorschriften über die gerichtliche Zuständigkeit in Zivil- und Handelssachen (Brüssel-Ia-Verordnung)[164] es zulassen, dass ein Verfahren vor dem nationalen Gericht angestrengt werden kann, das sich im selben EU-Mitgliedsstaat befindet wie der Markt, der von dem vorgeworfenen wettbewerbswidrigen Verhalten betroffen ist. Dies auch, wenn die Beklagte ihren Sitz in einem anderem EU-Mitgliedsstaat hat.[165] Konkret kam der EuGH zur Ansicht, dass die Klägerin im Ausgangsverfahren, eine Hotelbetreiberin in Deutschland, gegen die Beklagte, die *Booking.com* BV mit Sitz in den Niederlanden, auch in Deutschland Klage erheben kann, wenn die potenziell wettbewerbswidrige Praxis in Deutschland

---

162 Art. 5 Schadensersatzrichtlinie.

163 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 20. Juli 2020 über den Schutz vertraulicher Informationen durch nationale Gerichte in Verfahren zur privaten Durchsetzung des EU-Wettbewerbsrechts, ABl C 242 vom 22. Juli 2020, 1.

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

165 EuGH Urteil vom 24. November 2020 in der Rechtssache C-59/15, ECLI:EU:C:2020:950 – Wikingerhof.

stattfand. Für das Ausgangsverfahren hat dies zur Folge, dass die Plattform *Booking.com* von einer Hotelbetreiberin, welche die Plattform benutzt, grundsätzlich vor dem heimischen Gericht eines EU-Mitgliedstaats, in dem das Hotel liegt, auf Unterlassung eines etwaigen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung verklagt werden kann.

7. Weitere Entwicklungen im Europäischen Kartellrecht

a) Überarbeitung der Bekanntmachung über die Marktdefinition

Im Juni 2020 leitete die EU-Kommission eine öffentliche Konsultation zur Bekanntmachung über die Marktdefinition[166] ein, die im EU-Wettbewerbsrecht verwendet wird.[167] Die aktuelle Bekanntmachung über die Marktdefinition stammt aus dem Jahr 1997 und gehe daher möglicherweise nicht auf alle Fragen ein, die sich bei der Marktdefinition eines sachlich und räumlich relevanten Marktes heutzutage stellen. Des Weiteren hätten sich die Techniken zur Marktdefinition weiterentwickelt und die erfolgte Rechtsprechung der Unionsgerichte sei zu berücksichtigen. Die bewährten Verfahren, welche sich aus diesen Entwicklungen ableiten lassen, müssten daher möglicherweise in einer überarbeiteten Bekanntmachung über die Marktdefinition berücksichtigt werden. Daher wollte die EU-Kommission Rückmeldungen der Interessenträger aus dem öffentlichen und dem privaten Sektor, darunter Unternehmen und Verbraucherverbände, Wettbewerbsbehörden und staatliche Stellen, Hochschulen sowie Angehörige der Rechts- und Wirtschaftsberufe einholen. Die Interessenträger konnten mittels eines offenen Fragebogens bis zum 9. Oktober 2020 Stellung nehmen und sich an der öffentlichen Konsultation beteiligen. Gemäss der EU-Kommission sei geplant, die Ergebnisse der Evaluierung im Jahr 2021 zu veröffentlichen.

b) Neues Wettbewerbsinstrument zur Bewältigung struktureller Wettbewerbsprobleme

Ebenfalls im Juni 2020 hat die EU-Kommission eine Folgenabschätzung zu einem möglichen neuen Wettbewerbsinstrument präsentiert[168] und eine öffentliche Konsultation eingeleitet, welche bis September 2020 lief. Mit diesem neuen Wettbewerbsinstrument sollen strukturelle Wettbewerbsprobleme

166 Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Markts im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABl C 372 vom 9. Dezember 1997, 5.

167 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 26. Juni 2020, IP/20/1187.

168 Abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool>.

frühzeitig angegangen werden können. Die EU-Kommission unterteilt dabei solche strukturelle Wettbewerbsprobleme in zwei Kategorien: Einerseits in i) strukturelle Risiken für den Wettbewerb, bei welchen bestimmte Marktmerkmale i.V.m. dem Verhalten der auf diesen Märkten tätigen Unternehmen den Wettbewerb gefährden, und insb. das Risiko einer Monopolisierung (sog. „Tipping") besteht. Dieses Risiko ergebe sich durch das Entstehen mächtiger Marktteilnehmer mit gefestigter Markt- und/oder Torwächter-Position (sog. „Gatekeeper"), was durch ein frühzeitiges Eingreifen verhindert werden könne. Als zweite Kategorie definiert die EU-Kommission ii) strukturelle Mängel an Wettbewerb, bei welchen bestimmte Marktstrukturen wettbewerbsorientierte Ergebnisse verhindern (i.S. eines strukturelles Marktversagens) – dies, auch ohne dass sich Unternehmen wettbewerbswidrig verhalten würden. Bei einem solchen strukturellen Mangel würden eine starke Konzentration, hohe Zutrittsschranken, Kundenbindung, mangelnder Datenzugang oder Datenakkumulation zu einem systemischen Marktversagen führen.

Wenn im Rahmen einer eingehenden Marktuntersuchung ein solches strukturelles Wettbewerbsproblem festgestellt würde, solle das neue Instrument es der EU-Kommission ermöglichen, verhaltensbezogene und gegebenenfalls strukturelle Abhilfemassnahmen aufzuerlegen. Dabei soll auf diesem Wege keine Zuwiderhandlung festgestellt und es sollen auch keine Geldbussen gegen die beteiligten Marktteilnehmer verhängt werden können. Laut EU-Kommission sollen aber strukturelle Wettbewerbsprobleme auf all den Märkten bewältigt werden können, welche mit den geltenden Wettbewerbsvorschriften nicht zu beheben seien.[169] Des Weiteren teilte die EU-Kommission mit, dass sie die Einführung einer möglichen „Ex-ante-Regulierung digitaler Plattformen", einschliesslich zusätzlicher Anforderungen für Plattformen mit einer Torwächter-Rolle prüfe. Ein Legislativvorschlag sei für das vierte Quartal 2020 geplant.

c) Vorschlag für wettbewerbsrechtliche Regulierung digitaler Plattformen

Dieser Ankündigung kam die EU-Kommission Mitte Dezember 2020 nach, indem sie zwei Verordnungsvorschläge präsentierte, die sie vollmundig „Gesetz über digitale Dienste" (Digital Services Act, nachfolgend: „DSA")[170] und „Gesetz über digitale Märkte" (Digital Markets Act, nachfolgend: „DMA")[171] nannte. Während das DSA Internetplattformen stärker für Rechtsverletzungen durch ihre User in die Verantwortung nehmen und zudem auch einer stren-

169 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 2. Juni 2020, IP/20/977.

170 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 15. Dezember 2020, COM(2020) 825 final.

171 Mitteilung der Europäischen Kommission vom 15. Dezember 2020, COM(2020) 842 final.

geren Beaufsichtigung unterstellen soll, hat das DMA zum Ziel, Online-Plattformen, welche als Gatekeeper fungieren, einer strengeren kartellrechtlichen Beaufsichtigung zu unterstellen.

Der Vorschlag des DMA sieht vor, dass dieses nur auf Grossunternehmen Anwendung findet, die anhand objektiver Kriterien als Gatekeeper eingestuft werden: Dies sei der Fall i) bei einem Jahresumsatz i.Hv. EUR 6,5 Mrd. oder einer durchschnittlichen Marktkapitalisierung i.Hv. EUR 65 Mrd., ii) bei monatlich 45 Mio. aktiven Endnutzern und iii) wenn diese beiden Kriterien drei Jahre in Folge erfüllt sind. Sollten beide Verordnungen im Europäischen Parlament und im Rat angenommen werden, könnte dies im Bereich der digitalen Märkte auf die Marktteilnehmer ähnlich starke Auswirkungen haben wie die Einführung der DSGVO im Jahr 2018, weshalb die Vorschläge im Schrifttum bereits erhebliche Beachtung finden.[172]

[172] Vgl. hierzu ausführlich Heinemann Andreas/Meier Giulia Mara, Der Digital Markets Act (DMA): Neues „Plattformrecht" für mehr Wettbewerb in der digitalen Wirtschaft, EuZ 2021, 86 ff.; Seip Fabian/Berberich Matthias, Der Entwurf des Digital Markets Act, GRUR-Prax 2021, 44 ff.

II. Bedeutung für die Schweiz

Auch aus den Entwicklungen in der EU im Jahr 2020 können Parallelen und Inspirationen für das Schweizer Kartellrecht gezogen werden.

1. Rechtsentwicklungen im Primärrecht

Mit besonderer Spannung können die weiteren Entwicklungen im Zusammenhang mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU (*Brexit*) verfolgt werden.[173] Vergleichbar mit der Situation in der Schweiz kommt es nun auch im Vereinigten Königreich (vermehrt) zu einer parallelen Anwendung des eigenen Wettbewerbsrechts, insbesondere auch im Zusammenhang mit der Prüfung von Unternehmensübernahmen und -zusammenschlüssen. Der Austritt des Vereinigten Königreichs kann auch dazu führen, dass gewisse Transaktionen unter Umständen nicht mehr in der EU meldepflichtig sind, sofern die Meldeschwellen auf Grundlage des Umsatzes im Vereinigten Königsreich ausgelöst wurden. Dies kann wiederum zu vermehrten nationalen Meldepflichten führen, was auch aus Sicht des Schweizer Verfahrens zu berücksichtigen ist. Hierbei fehlt es bisher an einem gesetzlichen Rahmen, welcher eine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde des Vereinigten Königsreich, der CMA, auf Basis von Art. 42b KG[174] erlauben würde. Eine entsprechende Ergänzung wäre sicherlich sinnvoll, vor allem auch aufgrund der Relevanz des Wirtschaftsraums im Vereinigten Königreich.

Ebenso kann aus Schweizer Sicht mit Interesse verfolgt werden, ob zukünftig gewisse bestehende Vertriebsvereinbarungen innerhalb der EU aus Sicht des Vereinigten Königsreichs als marktabschottend erachten werden, wenn sie das Vereinigte Königsreich nicht explizit als Bestandteil des Vertriebssystems erwähnen (vgl. hierzu die Schweizer Praxis in Bezug auf die indirekte Behinderungen von Parallelimporten, insbesondere im Fall BMW[175]). Es ist davon auszugehen, dass zahlreiche bestehende Vertriebsvereinbarungen in der EU nicht ausdrücklich den Vertrieb in das Vereinigte Königreich vorsehen, so dass sich hieraus potentiell eine indirekte Beschränkung von (passiven) Verkäufen in das Vereinigte Königreich ergeben kann.

---

173 Siehe vorne, I.1.

174 Kartellgesetz (KG); SR 251.

175 Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend BMW wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 4 i.V.m Abs. 1 KG gegen Bayerische Motoren Werke AG, RPW 2012/3, 540.

2. Wettbewerbsabreden

Die Überarbeitung der Vertikal-GVO und der Vertikal-Leitlinien[176] ist mit Interesse zu verfolgen, nachdem die Schweizer Vertikalbekanntmachung der Wettbewerbskommission (VertBek) sich in vielen Punkten vom europäischen Vorbild inspirieren lässt. Zwar ergeben sich mitunter erhebliche Abweichungen in der konkreten Praxis, aber in weiten Bereichen versucht die VertBek die europäischen Regeln zu replizieren. Die in der EU nun thematisierten Fragen in Zusammenhang mit Online-Plattformen und Direktvertriebsmodellen waren bisher kaum ein Thema für die Schweizer Wettbewerbsbehörden, mit Ausnahme der Frage von Preisparitätsklausel bei Hotelbuchungsplattformen.[177]

Ganz eigene Wege geht die Schweiz jedoch in Bezug auf den Vertrieb von neuen Kraftfahrzeugen[178], welche weiterhin – und entgegen der Regelung in der EU – in einer spezifischen Sektorbekanntmachung geregelt ist.[179] In der EU ist aktuell einzig die Erbringung von Instandsetzungs- und Wartungsdienstleistungen sektorspezifisch geregelt. Die aktuelle Schweizer Sonderregelung wird unter Umständen sogar noch zusätzliche Wichtigkeit erfahren, nachdem eine parlamentarische Motion einen effektiveren Vollzug dieser Regelung verlangt.[180]

In Bezug auf die Entscheidungen der EU-Kommission zu unzulässigen Abreden ist erwähnenswert, dass das Einkäuferkartell auf dem Ethylen-Handelsmarkt[181] in der Schweiz nicht eigenständig untersucht wurde, obwohl auch ein Schweizer Chemiehersteller an diesem Kartell beteiligt war. Dies ist vermutlich damit zu erklären, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörde hier kein eigenständiges Untersuchungsinteresse erkennen konnte und mit einer alleinigen Abklärung durch die EU-Kommission der Fall für sie ausreichend beurteilt wurde. Entsprechende Situationen ergeben sich regelmässig und es ist

---

176 Siehe vorne, I.2.a)aa).

177 Verfügung vom 19. Oktober 2015 in Sachen Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 Online-Buchungsplattformen für Hotels wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG, RPW 2016/1, 67 ff.

178 Siehe vorne, I.2.a)bb).

179 Bekanntmachung über die wettbewerbsrechtliche Behandlung von vertikalen Abreden im Kraftfahrzeugsektor, Beschluss der Wettbewerbskommission vom 29. Juni 2015 (Stand am 9. September 2019).

180 Motion 18.3898, Effektiver Vollzug des Kartellgesetzes beim Kraftfahrzeughandel, vom Nationalrat angenommen am 16. September 2020.

181 Siehe vorne, I.2.b)aa).

davon auszugehen, dass die Schweizer Wettbewerbsbehörde in der Regel nur dann eingreift, wenn in der Schweiz konkrete Interessen, z.B. von direkten Abnehmern betroffen sind.

Ebenfalls von Interesse sind die beiden Entscheide in Bezug auf territoriale Beschränkungen bei Film-Merchandise und in Bezug auf Hotelgruppen und Reiseveranstalter.[182] Die in diesen Fällen offenbar vorgefundenen vertraglichen Regelungen und Verhaltensweisen wären potentiell auch nach Schweizer Kartellrecht als vermutlich unzulässige Abreden (Art. 5 Abs. 4 KG) qualifiziert worden, wenn sie direkt oder indirekt Verkäufe in zugewiesenen Vertragsgebiete untersagen. Entsprechende Ausführungen der EU-Kommission können demnach auch in der Schweiz als Interpretationsgrundlage beigezogen werden. Der Fall der Preisdifferenzierung durch Hotelgruppen bei Onlinebuchungen[183] ist insbesondere von Interesse, weil eine vergleichbare Verhaltensweise in Bezug auf die Schweiz zukünftig vermutlich zusätzlich auch als unlauter im Sinne eines neu einzuführenden Art. 3a UWG qualifiziert werden könnte. Im Rahmen des parlamentarischen Gegenvorschlags zur sog. Fair-Preis-Initiative[184] wurde zwecks Umsetzung eines Geoblocking-Verbots eine entsprechende Regelung im UWG vorgeschlagen. Eine Diskriminierung in Bezug auf Preise oder Zugang zu Dienstleistungen alleine aufgrund der Herkunft der Anfrage wäre demnach zukünftig unter Umständen als unlauter zu qualifizieren.

In Bezug auf die verschiedenen Entscheidungen der EU-Kommission und der europäischen Gerichte zu sog. *Pay-for-Delay*-Vereinbarungen[185] ist bemerkenswert, dass entsprechende Verfahren bisher in der Schweiz nicht von Relevanz waren, obwohl der hiesige Pharmastandort unter Umständen entsprechende Verfahren auslösen könnte. Die EU-Entwicklungen sind weiterhin auch in der Schweiz zu berücksichtigen, so dass entsprechende Verhaltensweisen auch in einer Parallelwertung für die Schweiz vermieden werden sollten bzw. korrekt von den angeblich unzulässigen Verhaltensweisen zu differenzieren sind.

Abschliessend ist in Bezug auf Wettbewerbsabreden sodann auf die erneut bestätigten hohen Beweisanforderungen für bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen hinzuweisen, welche im Fall der ungarischen Banken bestätigt

---

182 Siehe vorne, I.2.b)bb) und cc).

183 Siehe vorne, I.2.b)cc).

184 Geschäft des Bundesrates 19.037; Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise. Volksinitiative und indirekter Gegenvorschlag.

185 Siehe vorne, I.2.b)dd) und I.2.c)aa).

wurden.[186] Hieraus ergibt sich, dass nicht jede Abrede mit Bezug auf zentrale Wettbewerbsparameter, wie den Preis, zwingend auch als Wettbewerbsabrede zu erachten ist. Hierbei zeigt sich, dass die in den *Gaba*-Urteilen erfolgte Praxisänderung des Schweizer Bundesgerichts[187] eine zu weitgehende Petrifizierung des Prüfungsrasters vorgenommen hat. Nicht jede unter Art. 5 Abs. 3 oder Abs. 4 KG fallende Abrede ist zwingend eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung. Insbesondere in spezifischen Sonderkonstellationen muss der Einzelfall beurteilt werden und die Wettbewerbsbehörden sind verpflichtet konkrete Auswirkungen von Vereinbarungen auf dem Markt nachzuweisen.

3. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Diverse laufende Verfahren und Entscheidungen der EU-Kommission im Zusammenhang mit dem Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung können auch in der Schweiz von Relevanz ein, so insbesondere in Bezug auf die Sektoruntersuchung zum „Internet der Dinge" und die Untersuchung zu den E-Commerce-Geschäftspraktiken von *Amazon*.[188] Schon in der Schweiz angekommen sind jedoch die Verfahren im Zusammenhang mit dem mobilen Bezahlsystem *Apple Pay*[189], welche Gegenstand von Vorabklärungen der Schweizer Wettbewerbsbehörde bildeten.[190] Insbesondere die in der EU laufenden Untersuchungen zur Interoperabilität mit der NFC-Funktion von iOS-Mobilgeräten ist ein potentiell für die Schweiz relevantes Thema, nachdem in der vorerwähnten Vorabklärung schon die präferenzierte Behandlung der *Apple Pay*-Zahlfunktion thematisiert wurde. Entsprechende Entscheide der EU-Kommission oder Zusagen von *Apple* wären demnach für die Schweiz auch von direkter Relevanz.

4. Zusammenschlusskontrolle

In Bezug auf die in der EU durchgeführten Fusionskontrollverfahren zeigt sich auch dieses Jahr wieder, dass zahlreiche Unternehmen und Industrien von EU-Meldeverfahren betroffen sein können, welche auch in der Schweiz von Relevanz sind. Hierbei insbesondere erwähnenswert sind die entsprechen-

---

186 Siehe vorne, I.2.c)bb).

187 Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Colgate-Palmolive Europe Sàrl (ehemals Gaba International AG) gegen Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2016, BGE 143 II 297.

188 Siehe vorne, I.3.a)aa) und cc).

189 Siehe vorne, I.3.a)dd).

190 Schlussbericht des Sekretariats der WEKO vom 12. März 2019 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend TWINT/Apple wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG. Anregungen nach Art. 26 Abs. 2 KG, RPW 2019/3, 574 ff.

den Verfahren in Sachen *Lufthansa Service Group/Gategroup* und *Ingenico/Worldline*[191], welche Unternehmen betreffen, die auch in der Schweiz relevante Tätigkeiten ausüben. Interessant ist zudem der Umstand, dass die in der Phase-II und mit Bedingungen erfolgte Freigabe des Zusammenschlussvorhabens *Fiat Chrysler/Peugeot*[192] in der Schweiz zu keiner vertieften Prüfung geführt und auch keine Verpflichtungszusagen hervorgerufen hat. Dies ergibt sich mitunter aufgrund der unterschiedlichen Eingriffskriterien in der Schweiz im Vergleich zur EU. Fraglich ist, ob im Falle der in der Schweiz weiterhin diskutierten Einführung des an die EU angeglichenen Tests (sog. *Significant Impediment of Effective Competition*-Test, SIEC) effektiv auch bei entsprechenden Verfahren ein Mehrwert für den Wettbewerb in der Schweiz geschaffen werden kann.

Von besonderer Relevanz sind auch europäische Entscheide in Zusammenhang mit möglichen Verletzungen des Vollzugsverbots (sog. gun jumping), nachdem die entsprechenden Regeln in der Schweiz und in der EU vergleichbar sein sollten. Eine Sonderkonstellation betrifft jedoch das Urteil des EuGH in Sachen *Mowi*[193], nachdem es sich in diesem Fall um die Frage des Vollzugsverbots bei öffentlichen Übernahmeangeboten handelt. In der Schweizer Regelung des Fusionskontrollverfahrens fehlt eine vergleichbare Regelung zu Art. 7 Abs. 2 FKVO, welche bei öffentlichen Übernahmeangeboten zur Anwendung gelangt. Eine Ergänzung im Schweizer Recht wäre sicherlich hilfreich.

5. Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht

Bei den Rechtsentwicklungen im Verfahrensrecht kann in Bezug auf das Urteil des EuGH zur Frage der Erstellung und Mitnahme von integralen Datenkopien[194] darauf hingewiesen werden, dass es sich um die übliche Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörde handelt, wenn bei Hausdurchsuchungen Datenkopien erstellt werden, welche erst in den Räumlichkeiten der Wettbewerbsbehörden untersucht werden.[195]

---

191 Siehe vorne, I.4.a)cc).

192 Siehe vorne, I.4.a)dd)ccc).

193 Siehe vorne, I.4.b)cc).

194 Siehe vorne, I.5.a).

195 Merkblatt des Sekretariats der WEKO, Ausgewählte Ermittlungsinstrumente, vom 6. Januar 2016, Rz. 31 ff. und Rz. 36 ff.

6. Rechtsentwicklungen im Schadensersatzrecht

In Bezug auf Schadensersatzklagen finden sich in der Schweiz weiterhin weniger Aktivitäten als in der EU. Zwar wurden gewisse sog. *Follow-on* Schadenersatzklagen im Jahr 2020 verzeichnet,[196] aber insgesamt halten sich die kartellrechtlichen Schadensersatzprozesse zwar weiterhin in Grenzen. Die entsprechenden Erfahrungen in der EU dürften demnach von weitreichendem Interesse für zukünftige Verfahren in der Schweiz sein.

196 *Sunrise verklagt Swisscom auf Schadenersatz von 350 Mio.*, 15. Mai 2020, <https://www.swissinfo.ch/ger/sunrise-verklagt-swisscom-auf-schadenersatz-von-350-millionen/45763854>.

Arbeitsrecht

Wesselina Uebe/Thomas Geiser

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU (Wesselina Uebe) 146
1. Einführung 146
2. Ausserordentliche Massnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie 146
a) Europäisches Solidaritätsinstrument „SURE“ 146
b) Freizügigkeit für systemrelevante Arbeitskräfte 148
3. Soziale Lage in der EU 149
4. Richtlinie für angemessene Mindestlöhne 149
5. Jugendgarantie 151
6. Befristete Arbeitsverträge 152
7. Arbeitsmobilität 153
8. Entsendung 154
9. Arbeitszeit 156
a) Bereitschaftsdienst 156
b) Jahresurlaub 158
10. Mutterschutz / Vaterschaftsurlaub 169
11. Massenentlassung 160

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz (Thomas Geiser) 162
1. Einführung 162
2. Ausserordentliche Massnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie 162
a) Tatsächliche Einschränkungen und behördliche Massnahmen 162
b) Freizügigkeit 162
c) Behördliche Eingriffe in das Arbeitsverhältnis 164
d) Hilfsmassnahmen 166
e) Langfristige Folgen 167
3. Qualifikation als Arbeitsvertrag bei Internetplattformen 168
4. Arbeitszeit 169
a) Schutz bei 24-Stunden-Betreuung 169
b) Definition Arbeitszeit bei Auslandeinsätzen 172
c) Home-Office im Ausland 174
5. Gleichstellung 175
a) Vaterschaftsurlaub 175
b) Gleichstellung von Witwer mit Witwen 177
6. Vereinbarung von Familie und Beruf 177

I. Rechtsentwicklungen in der EU

1. Einführung

Das Jahr 2020 wird als das Jahr der Covid-19-Pandemie in die Geschichtsbücher eingehen. Zum Zwecke der Eindämmung der neuen und hoch-ansteckenden Krankheit wurden zahlreiche Massnahmen getroffen und viele von ihnen betrafen konkret Arbeitnehmer. Zwar waren die schwerwiegendsten Massnahmen (z.B. Home-Office-Pflicht, Maskenpflicht am Arbeitslatz oder Kurzarbeit) auf nationale Rechtsakte zurückzuführen. Doch galt es auch auf europäischer Ebene zu reagieren. Dort traf die Covid-19-Pandemie die neu konstituierte EU-Kommission und insbesondere die erst wenige Wochen zuvor ins Amt getretene Kommissionspräsidentin Ursula von der Leyen völlig unvorbereitet. Die medizinische Ausnahmesituation führte zu Panik bei den mitgliedstaatlichen Regierungen, die wiederum in mitgliedstaatliche Alleingänge (Grenzschliessungen, Einschränkungen der Personenfreizügigkeit) resultierten. So war die EU insbesondere darum bemüht, die in Not geratenen Mitgliedstaaten zur Rettung von Arbeitsplätzen finanziell zu unterstützen (s.u. unter 2.a) Solidaritätsinstrument SURE) und die offenen Binnengrenzen zumindest für systemrelevante Arbeitnehmer (s.u. unter 2.b)) wiederherzustellen.

Hierneben gab es im Jahr 2020 eine Reihe spannender Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH), die nachfolgend skizziert werden und einen Richtlinienvorschlag, der noch für Diskussionen sorgen wird, fordert er doch die Schaffung angemessener Mindestlöhne in den Mitgliedstaaten der EU (s.u. unter 4.).

2. Ausserordentliche Massnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie

a) Europäisches Solidaritätsinstrument „SURE“

Wie bereits erwähnt, zählte das am 19. Mai 2020 per Verordnung (EU) 2020/672 geschaffene Solidaritätsinstruments namens „SURE“ (=Support mitigating Unemployment Risks in Emergency) zu den zentralen Massnahmepaketen der

EU im ersten Jahr der Covid-19-Pandemie.[1] Das Programm SURE hat zum Ziel, die Mitgliedstaaten bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in der durch den Covid-19-Ausbruch verursachten Krise vorübergehend zu unterstützen. Es handelt sich um ein befristetes Instrument, das finanziellen Beistand in Höhe von bis zu 100 Mrd. EUR in Form von Darlehen der Union an die betroffenen Mitgliedstaaten ermöglicht, um Kurzarbeiterregelungen und ähnliche Massnahmen zu finanzieren.

Konkret können die Mitgliedstaaten gem. Art. 3 Abs. 1 die Union um finanziellen Beistand ersuchen, wenn ihre tatsächlichen und möglicherweise auch ihre geplanten öffentlichen Ausgaben seit dem 1. Februar 2020 aufgrund nationaler Massnahmen, die unmittelbar mit Kurzarbeiterregelungen und ähnlichen Massnahmen zur Bewältigung der wirtschaftlichen und sozialen Konsequenzen des Covid-19-Ausbruchs und der dadurch bedingten Ausnahmesituation in Verbindung stehen, unvermittelt und heftig angestiegen sind. Nach Art. 3 Abs. 2 ist der gewährte finanzielle Beistand von den Mitgliedstaaten für nationale Kurzarbeitsregelungen oder ähnliche Massnahmen zu nutzen. Der finanzielle Beistand erfolgt gem. Art. 4 in Form eines Darlehens an den betreffenden Mitgliedstaat. Zu diesem Zweck soll die Kommission befugt sein, im Namen der Union Mittel an den Kapitalmärkten oder bei Finanzinstituten aufzunehmen. Der finanzielle Beistand wird nach Art. 6 Abs. 1 durch einen vom Rat auf Vorschlag der Kommission gefassten Durchführungsbeschluss gewährt. Der Anteil der Darlehen, die an die drei Mitgliedstaaten mit dem höchsten Darlehensanteil vergeben wurden, darf gem. Art. 9 Abs. 1 nicht über 60% des Maximalbetrags von 100 Mrd. EUR hinausgehen.

Zur Finanzierung dieses Instruments hat die Kommission Sozialanleihen ausgegeben. Dank des Rahmens für Sozialanleihen sollen diejenigen, die in diese Anleihen investieren, darauf vertrauen können, dass die mobilisierten Mittel auch tatsächlich einem sozialen Ziel dienen.

Die Verordnung wurde auf Art. 122 Abs. 1 und 2 AEUV gestützt. Hiernach kann der Rat beschliessen, einem Mitgliedstaat, der aufgrund aussergewöhnlicher

---

[1] Verordnung (EU) 2020/672 des Rates vom 19. Mai 2020 zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE) im Anschluss an den Covid-19-Ausbruch, ABl. L 159 vom 20. Mai 2020, 1 ff.; Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Schaffung eines Europäischen Instruments zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in der durch den Covid-19-Ausbruch verursachten Krise vom 2. April 2020, COM(2020) 139 final.

Ereignisse, die sich seiner Kontrolle entziehen, von Schwierigkeiten betroffen oder von gravierenden Schwierigkeiten ernstlich bedroht ist, unter bestimmten Bedingungen finanziellen Beistand der Union zu gewähren.

Basierend auf dem neuen Solidaritätsinstrument wurden im Jahr 2020 insgesamt 87,9 Mrd. EUR zur Unterstützung von 17 Mitgliedstaaten genehmigt. 31 Mrd. EUR wurden bereits an Italien, Spanien, Polen, Griechenland, Kroatien, Litauen, Zypern, Slowenien, Malta und Lettland ausbezahlt.

b) Freizügigkeit für systemrelevante Arbeitskräfte

Im Zuge der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie haben die EU-Mitgliedstaaten Anfang 2020 nach und nach eigenmächtig und unangekündigt Kontrollen an den Binnengrenzen wiedereingeführt. Daraufhin hat die Europäische Kommission am 30. März 2020 Leitlinien zur Ausübung der Freizügigkeit systemrelevanter Arbeitskräfte während des Covid-19-Ausbruchs veröffentlicht[2]. Die Leitlinien der Kommission sollten sicherstellen, dass mobile Arbeitskräfte und Grenzgänger, die in systemrelevanten Funktionen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie tätig sind, an ihren Arbeitsplatz gelangen können. Für diese Arbeitskräfte sei die Wahrung der Freizügigkeit in der EU als wesentlich zu erachten. Dies auch, wenn sie einen Mitgliedsstaat nur als Transitland nutzen.

Als systemrelevant definierten die Leitlinien insbesondere berufliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit wesentlichen Dienstleistungen. Beispielhaft werden Personen aufgeführt, die einer beruflichen Tätigkeit im Gesundheits-, Arzneimittel-, Medizinprodukte-, Lebensmittel- sowie im Verkehrssektor nachgehen, aber auch Betreuungspersonal für Kinder, ältere Menschen sowie Menschen mit Behinderung, Fachkräfte in der Informations- und Kommunikationstechnologie sowie im Ingenieurwesen, Berufsfeuerwehrleute, Polizisten, Sicherheitswachpersonal sowie Katastrophenschutzkräfte.

Zudem forderte die Europäische Kommission die Mitgliedsstaaten dazu auf, unaufwändige Schnellverfahren an Grenzübergängen einzuführen, Grenzgänger und einheimische Arbeitskräfte derselben Berufsgruppe gleich zu behandeln und sich untereinander so abzustimmen, dass Doppelkontrollen und Wartezeiten an Grenzen vermieden werden. Im Agrarsektor sollten die Mitgliedsstaaten Informationen über ihren jeweiligen Bedarf austauschen, da in bestimmten Fällen Saisonarbeitskräfte für Ernte-, Pflanz- und Pflegearbeiten gebraucht werden. Diese Arbeitskräfte seien genauso zu behandeln, wie Arbeitskräfte, die einen systemrelevanten Beruf ausüben.

---

[2] Mitteilung der Kommission Leitlinien zur Ausübung der Freizügigkeit der Arbeitskräfte während des Covid-19-Ausbruchs 2020/C 102 I/03, ABl C 102I vom 30. März 2020, 12.

3. Soziale Lage in der EU

Die Europäische Kommission hat am 15. September 2020 ihren jährlichen Bericht zur Beschäftigung und zur sozialen Lage in Europa vorgestellt[3]. Üblicherweise bietet der Bericht eine wirtschaftliche Analyse der beschäftigungs- und sozialpolitischen Entwicklungen in Europa und thematisiert damit zusammenhängende Massnahmenoptionen. Der diesjährige Bericht enthält darüber hinaus Analysen dazu, wie in der gesamten EU angesichts der Covid-19-Pandemie und Veränderungen durch Bevölkerungsalterung und grünem und digitalen Wandel mehr soziale Gerechtigkeit erreicht werden kann. Nach Einschätzung der Kommission ist der wirtschaftliche Schock durch die Pandemie in allen Mitgliedstaaten grösser als in den Jahren 2008–2009 durch die Finanzkrise. Vor diesem Hintergrund hält der Bericht fest, dass angemessene Mindestlöhne und ein angemessenes Mindesteinkommen sich positiv auf die soziale Mobilität der Europäerinnen und Europäer auswirken können (s.u. unter 4.). Strukturelle Veränderungen wie der grüne Wandel müssten mit sozialen Massnahmen einhergehen, um erfolgreich zu sein. Insbesondere erfordere dieser Wandel soziale Investitionen in Form von Umschulungsprogrammen und Leistungen bei Arbeitslosigkeit. Dem Bericht zufolge könnten sich diese Sozialinvestitionen bis 2030 auf 20 Mrd. Euro oder mehr belaufen. Kurzzeitarbeitsregelungen schützen nach Auffassung der Kommission wirksam vor dem Verlust von Arbeitsplätzen. Die EU unterstützt die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung solcher Regelungen durch Solidaritätsmechanismen wie dem Instrument zur vorübergehenden Unterstützung bei der Minderung von Arbeitslosigkeitsrisiken in einer Notlage (SURE s.o.).

4. Richtlinie für angemessene Mindestlöhne

Die Europäische Kommission hat am 28. Oktober 2020 einen Vorschlag für eine Richtlinie[4] vorgelegt, mit der angemessene Mindestlöhne in allen Mitgliedstaaten sichergestellt werden sollen. Die Kommission begründete ihren Vorschlag damit, dass Mindestlöhne in angemessener Höhe nicht nur eine positive soziale Wirkung haben, sondern auch umfassende wirtschaftliche Vorteile mit sich bringen, da sie die Lohnungleichheit verringern, zur Stützung der Binnennachfrage beitragen und die Arbeitsanreize stärken. Angemessene Mindestlöhne könnten auch das geschlechtsspezifische Lohngefälle verrin-

[3] Employment and Social Developments in Europe, ISSN: 2315-2540 vom 15. September 2020.

[4] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union vom 28. Oktober 2020, COM(2020) 682 final.

gern, da mehr Frauen als Männer einen Mindestlohn erhalten. Durch die Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs würde die vorgeschlagene Richtlinie ausserdem jene Arbeitgeber schützen, die angemessene Löhne zahlen.

Derzeit gibt es zwar schon in allen Mitgliedstaaten Mindestlöhne (21 Mitgliedstaaten mit gesetzlichen und 6 Mitgliedstaaten mit tarifvertraglichen Mindestlöhnen). Der Kommission zufolge seien diese in den meisten Mitgliedstaaten aber entweder unangemessen in der Höhe oder weisen Lücken auf. Vor diesem Hintergrund solle die vorgeschlagene Richtlinie einen Rahmen schaffen, um die Angemessenheit der Mindestlöhne und den Zugang der Arbeitnehmer zum Mindestlohnschutz in der EU zu verbessern. Unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips soll der Vorschlag einen Rahmen für Mindeststandards schaffen, der die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten und die Autonomie sowie die Vertragsfreiheit der Sozialpartner im Bereich der Löhne berücksichtigt und widerspiegelt. Die Kommission betont, dass der Vorschlag weder ein gemeinsames Mindestlohnniveau festlege noch die Mitgliedstaaten zur Einführung gesetzlicher Mindestlöhne verpflichte.

Vielmehr sollten die Länder mit gesetzlichen Mindestlöhnen Voraussetzungen für die Festlegung von Mindestlöhnen in angemessener Höhe schaffen. Zu diesen Voraussetzungen gehören insbesondere klare und solide Kriterien für die Festlegung des Mindestlohns, Referenzwerte für die Bewertung der Angemessenheit sowie regelmässige und rechtzeitige Aktualisierungen der Mindestlöhne. Diese Mitgliedstaaten werden ferner aufgefordert, die verhältnismässige und gerechtfertigte Anwendung von Mindestlohnvariationen und -abzügen sowie die wirksame Einbeziehung der Sozialpartner in die Festlegung und Aktualisierung des gesetzlichen Mindestlohns sicherzustellen.

Schliesslich sieht der Vorschlag eine bessere Durchsetzung und Überwachung des in jedem Land geltenden Mindestlohnschutzes vor. Die Einhaltung und die wirksame Durchsetzung sind von entscheidender Bedeutung, damit Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom Zugang zum Mindestlohnschutz profitieren und Unternehmen vor unlauterem Wettbewerb geschützt werden. Mit der vorgeschlagenen Richtlinie wird eingeführt, dass die Mitgliedstaaten der Kommission ihre Daten in Bezug auf den Mindestlohnschutz in einem jährlichen Bericht vorlegen.

5. Jugendgarantie

Der Rat hat am 20. Oktober 2020 eine Empfehlung zum Thema „Eine Brücke ins Arbeitsleben – Stärkung der Jugendgarantie“ angenommen[5]. Das Hauptziel besteht darin, die Beschäftigung junger Menschen in der gesamten EU besser zu unterstützen, insbesondere während der Covid-19-Pandemie, durch die es erneut zu hohen Jugendarbeitslosigkeitsquoten gekommen ist und sich die Zahl junger Menschen erhöht hat, die weder arbeiten noch eine Schule besuchen oder eine Ausbildung absolvieren (NEET – young people not in employment, education or training).

Mit der neuen Jugendgarantie wird die Verpflichtung der EU-Mitgliedstaaten bekräftigt, nationale Programme einzurichten, durch die jungen Menschen innerhalb von vier Monaten, nachdem sie arbeitslos geworden sind oder die formale Bildung beendet haben, eine Beschäftigung, eine Weiterbildung, ein Praktikums- oder ein Ausbildungsplatz angeboten wird. Gleichzeitig wird mit der Empfehlung die Altersgrenze für die Zielgruppe junger Menschen von 25 auf maximal 29 Jahre angehoben und eine bessere Inklusion von Personen aus schutzbedürftigen Gruppen wie NEET, jungen Frauen und Menschen mit Behinderungen ermöglicht.

Die Jugendgarantie wird durch unterstützende Massnahmen auf nationaler, regionaler und lokaler Ebene umgesetzt. Insoweit enthält die Empfehlung auch Leitlinien, die von den Mitgliedstaaten zu befolgen sind. Hierzu gehören (1) die sorgfältige Ermittlung der Zielgruppen, (2) die Durchführung zielgerichteter Informationskampagnen, (3) ein verbessertes Profiling, um Lösungen auf den Bedarf abzustimmen und schliesslich (4) Beschäftigungsanreize und Unterstützung nach der Vermittlung.

Die in der Empfehlung vorgesehenen Massnahmen sollen aus EU-Mitteln, wie beispielsweise dem Europäischen Sozialfonds Plus (ESF), sowie durch Investitionen der Mitgliedstaaten finanziert werden. Zusätzliche Unionsmittel für Massnahmen zur Förderung der Jugendbeschäftigung werden aus der Aufbau- und Resilienzfazilität und REACT-EU bereitgestellt.

Die neue Empfehlung ersetzt die Empfehlung des Rates vom 22. April 2013 zur Einführung einer Jugendgarantie. Seit 2014 haben sich mehr als fünf Millionen junge Menschen jedes Jahr an Jugendgarantie-Programmen beteiligt, und

---

[5] Empfehlung des Rates vom 30. Oktober 2020 zum Thema „Eine Brücke ins Arbeitsleben – Stärkung der Jugendgarantie“ und zur Ersetzung der Empfehlung des Rates vom 22. April 2013 zur Einführung einer Jugendgarantie, *ABl C 372 vom 4. November 2020*, 1.; Basierend auf COM(2020) 276 final und COM(2020) 277 vom 01. Juli 2020.

mehr als 3,5 Millionen von ihnen haben ein Angebot für eine Beschäftigung, eine Weiterbildung, ein Praktikums- oder einen Ausbildungsplatz angenommen.

6. Befristete Arbeitsverträge

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit Urteil vom 19. März 2020 seine Definition des Begriffes „aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse" weiter präzisiert[6]. Konkret hat der EuGH festgestellt, dass die Mitgliedstaaten den Fall eines Arbeitnehmers, der aufgrund mehrerer Einstellungen dauerhaft eine Vertretungsstelle innehatte, ohne dass ein Auswahlverfahren stattfand, und dessen Arbeitsverhältnis daher implizit von Jahr zu Jahr verlängert wurde, nicht vom Begriff „aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse" ausnehmen dürfen.

Dem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Kläger waren seit langem im Rahmen befristeter Arbeitsverhältnisse im Gesundheitsdienst der Comunidad de Madrid (Gemeinschaft Madrid, Spanien) tätig. Sie beantragten bei ihrem Arbeitgeber als festangestelltes Personal bzw. als öffentliche Bedienstete mit einem ähnlichen Status anerkannt zu werden, was dieser ablehnte. Die zuständigen Verwaltungsgerichte in Madrid legten dem Gerichtshof eine Reihe von Fragen zur Vorabentscheidung vor, die insbesondere die Auslegung von § 5 der Rahmenvereinbarung über befristete Arbeitsverträge vom 18. März 1999 betreffen.

In seinem Urteil hebt der Gerichtshof zunächst hervor, dass eines der Ziele der Rahmenvereinbarung darin besteht, den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse, in dem eine Quelle potentiellen Missbrauchs zulasten der Arbeitnehmer gesehen wird, einzugrenzen. Sodann stellte der Gerichtshof fest, dass Regelungen wonach die aufeinanderfolgende Verlängerung befristeter Arbeitsverhältnisse allein deswegen als durch „sachliche Gründe" gerechtfertigt angesehen wird, weil sie den Gründen für die Einstellung genügt, dann § 5 der Rahmenvereinbarung entgegenstehen, wenn sie den betreffenden Arbeitgeber nicht daran hindern, mit solchen Verlängerungen einen ständigen und permanenten Arbeitskräftebedarf zu decken. Insoweit konstatiert der EuGH, dass die aufeinanderfolgenden Einstellungen im konkreten Fall nicht bloss einen zeitweiligen Bedarf der Comunidad de Madrid abdeckten, sondern einen ständigen und permanenten Arbeitskräftebedarf

[6] EuGH, Urteil vom 19. März 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-103/18, Sánchez Ruiz, und C-429/18, ECLI:EU:C:2020:219 – Fernández Álvarez u. a. / Comunidad de Madrid (Servicio Madrileño de Salud).

ihres Gesundheitsdienstes. Nach den Angaben der vorlegenden Gerichte besteht im öffentlichen Gesundheitssektor Spaniens nämlich ein strukturelles Problem, das durch einen hohen Prozentsatz vorübergehend Beschäftigter sowie durch die Verletzung der gesetzlichen Pflicht gekennzeichnet ist, vorübergehend von solchen Arbeitskräften ausgefüllte Stellen permanent zu besetzen. Ferner hat der Gerichtshof entschieden, dass bei missbräuchlichem Rückgriff eines öffentlichen Arbeitgebers auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse der Umstand, dass der betreffende Beschäftigte der Begründung und/oder Verlängerung solcher Arbeitsverhältnisse zugestimmt hat, nicht geeignet ist, dem Verhalten des Arbeitgebers aus diesem Blickwinkel jeden missbräuchlichen Charakter zu nehmen, mit der Folge, dass die Rahmenvereinbarung auf den Fall dieses Arbeitnehmers nicht anwendbar wäre. Das Ziel der Rahmenvereinbarung, den wiederholten Rückgriff auf befristete Arbeitsverträge oder -verhältnisse zu begrenzen, beruht auf der Prämisse, dass der Arbeitnehmer wegen seiner gegenüber dem Arbeitgeber schwächeren Position Opfer eines missbräuchlichen Rückgriffs des Arbeitgebers auf aufeinanderfolgende befristete Arbeitsverhältnisse werden kann, auch wenn er der Begründung und der Verlängerung solcher Arbeitsverhältnisse aus freien Stücken zugestimmt hat. § 5 der Rahmenvereinbarung würde jede praktische Wirksamkeit genommen, wenn befristet beschäftigte Arbeitnehmer den durch ihn gewährleisteten Schutz allein deswegen verlören, weil sie der Begründung aufeinanderfolgender befristeter Arbeitsverhältnisse aus freien Stücken zugestimmt haben.

7. Arbeitsmobilität

Am 30. Januar 2019 hat die EU-Kommission ihren Jahresbericht über die Arbeitsmobilität in der EU veröffentlicht[7]. Demnach lebten und arbeiteten im Jahr 2018 immer mehr Europäer in einem anderen EU-Land: 17,6 Millionen EU-Bürger machten von ihrem Recht Gebrauch, in einem anderen Mitgliedstaat zu leben und zu arbeiten. Die Hälfte aller EU-Zuwanderer zog nach Deutschland oder ins Vereinigte Königreich, ein weiteres Viertel nach Spanien, Italien oder Frankreich. Die Zahl der Zuwanderer im erwerbstätigen Alter stieg europaweit im Vergleich zu 2017 um 3,4 Prozent und lag bei 12,9 Millionen. Mittlerweile leben 4,2 Prozent der EU-Bevölkerung im erwerbsfähigen Alter in einem anderen EU-Land. Die Hälfte der Zuwanderer kam aus Rumänien, Polen, Italien, Portugal und Bulgarien, im Verhältnis zur Einwohnerzahl des Landes stammten die meisten Zuwanderer allerdings aus Litauen, Rumänien, Kroatien, Lettland und Estland. Die Mobilitätsdauer wird dem Bericht zufolge immer kürzer,

[7] KE-BQ-20-001-EN-N vom 30. Januar 2019.

50 Prozent der mobilen Arbeitskräfte bleiben ein bis vier Jahre im Gastland. Auch die Rückkehrmobilität hat zugenommen: auf vier Personen, die einen Mitgliedstaat verlassen, kommen drei zurück.

8. Entsendung

Mit Urteil vom 1. Dezember 2020 hat der EuGH entschieden, dass Lkw-Fahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr grundsätzlich „entsandte" Arbeitnehmer sein können[8].

In dem zugrundliegenden Fall waren Arbeitnehmer aus Deutschland und Ungarn im Rahmen von Charterverträgen als Fahrer im grenzüberschreitenden Güterverkehr tätig. Die Charterverträge waren zwischen drei derselben Unternehmensgruppe angehörenden Transportunternehmen geschlossen worden: Van den Bosch Transporten BV (Niederlande), Van den Bosch Transporte (Deutschland) und Silo-Tank (Ungarn). An die letzteren beiden waren die Fahrer arbeitsvertraglich gebunden. Die Vercharterung fand in der Regel ab Erp statt und die Fahrten endeten dort auch. Die meisten auf der Grundlage der Charterverträge durchgeführten Beförderungen fanden jedoch ausserhalb der Niederlande statt. Nach Ansicht des niederländischen Gewerkschaftsbundes (FNV) hätte Van den Bosch Transporten bei der Einschaltung von Fahrern aus Deutschland und Ungarn auf diese in ihrer Eigenschaft als entsandte Arbeitnehmer im Sinn der Entsenderichtlinie die grundlegenden Arbeitsbedingungen des (niederländischen) Tarifvertrags für den Güterverkehr anwenden müssen. Er verklagte die drei Güterkraftverkehrsunternehmen deshalb. Der Oberste Gerichtshof der Niederlande rief den EuGH zu den Voraussetzungen an, unter denen auf das Vorliegen einer Entsendung von Arbeitnehmern „in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats" im internationalen Strassenverkehrssektor geschlossen werden kann.

In ihren Urteilsgründen weist die Grosse Kammer des EuGH zunächst darauf hin, dass die Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern auf die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen im Strassenverkehrssektor anwendbar ist. Denn diese Richtlinie gelte grundsätzlich für jede länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen, die mit einer Entsendung von Arbeitnehmern verbunden sei, unabhängig vom betroffenen Wirtschaftssektor. Dass die Rechtsgrundlage dieser Richtlinie keine Bestimmungen über den Verkehr umfasse, begründe keinen Ausschluss vom Anwendungsbereich der Richtlinie die länderübergreifende Erbringung von Dienstleistungen im Strassenverkehrssektor, insbesondere im Güterkraftverkehrssektor.

---

[8] EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2020 in der Rechtssache C-815/18, ECLI:EU:C:2020:976.

Für die Einstufung der betroffenen Fahrer als „in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats entsandt[en]“ Arbeitnehmers müsse die Arbeitsleistung aber einen hinreichenden Bezug zu diesem EU-Staat haben. Ob eine solche Verbindung vorliege, sei im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen. Massgebliche Aspekte seien dabei unter anderem die Art der von dem betreffenden Arbeitnehmer in diesem Hoheitsgebiet verrichteten Tätigkeiten, die Enge der Verbindung der Tätigkeiten dieses Arbeitnehmers zu dem Hoheitsgebiet eines jeden Mitgliedstaats, in dem er tätig sei, und der Anteil, den diese Tätigkeiten dort an der gesamten Beförderungsleistung ausmachten. Dass ein Fernfahrer, der von einem in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen einem Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat überlassen worden sei, am Sitz dieses zweiten Unternehmens die mit seinen Aufgaben zusammenhängenden Anweisungen erhalte, die Ausführung dieser Aufgaben dort beginne oder beende, reiche insbesondere für sich genommen nicht für die Annahme eines entsandten Arbeitnehmers aus, wenn die Arbeitsleistung dieses Fahrers aufgrund anderer Faktoren keine hinreichende Verbindung zu diesem Hoheitsgebiet aufweist. Der EuGH stellt zudem klar, dass das Bestehen eines Konzernverbunds zwischen den Unternehmen, die Parteien des Vertrags über die Überlassung von Arbeitnehmern seien, für die Beurteilung, ob eine Entsendung von Arbeitnehmern vorliege, irrelevant sei. Denn dies sage als solches nichts darüber aus, wie eng die Verbindung der Arbeitsleistung zu dem Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats sei.

Anschliessend geht der EuGH auf den Sonderfall der Kabotagebeförderungen (binnenländische Güterbeförderungen durch ausländische Frachtführer) ein. Für diese gelte, wie die Verordnung (EG) Nr. 1072/2009 über den grenzüberschreitenden Güterkraftverkehr betont, die Richtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern. Der EuGH führt dazu aus, dass diese Beförderungen vollständig im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats stattfänden. Dies lasse die Annahme zu, dass die Arbeitsleistung des Fahrers im Rahmen solcher Beförderungen eine hinreichende Verbindung zu diesem Hoheitsgebiet aufweist. Die Dauer der Kabotagebeförderung sei für die Beurteilung des Vorliegens einer solchen Entsendung unerheblich, unbeschadet der den Mitgliedstaaten nach dieser Richtlinie zur Verfügung stehenden Möglichkeit, bestimmte Vorschriften der Richtlinie, insbesondere in Bezug auf die Mindestlohnsätze, nicht anzuwenden, wenn die Dauer der Entsendung einen Monat nicht übersteigt.

Schliesslich weist der EuGH darauf hin, dass die Mitgliedstaaten im Fall einer Entsendung von Arbeitnehmern nach dieser Richtlinie dafür sorgen müssten, dass die betreffenden Unternehmen den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern eine Reihe von Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen

garantieren, die unter anderem in für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen festgelegt seien. Ob ein Tarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt worden sei, sei anhand des anwendbaren nationalen Rechts zu beurteilen. Allerdings falle unter diesen Begriff auch ein Tarifvertrag, der nicht für allgemein verbindlich erklärt worden sei, aber dessen Einhaltung für die ihm unterliegenden Unternehmen die Voraussetzung für die Befreiung von der Anwendung eines anderen, seinerseits für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrags darstelle, dessen Bestimmungen im Wesentlichen mit jenen dieses anderen Tarifvertrags identisch seien, so der EuGH.

9. Arbeitszeit

a) Bereitschaftsdienst

Mit Urteil vom 30. April 2020 hat der EuGH entschieden, dass die Arbeitszeitrichtlinie auch für Beamte der ungarischen Polizei gilt, die für die Überwachung der Aussengrenzen des Schengen-Raums im Kontext der Migrationskrise zuständig sind[9].

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Bereitschaftspolizist hatte gegen seinen Arbeitgeber (die ungarische Bereitschaftspolizei) auf Vergütung für die von ihm geleisteten Bereitschaftsdienste geklagt. Von Juli 2015 bis April 2017 war der Arbeitnehmer als Mitglied einer Einsatzhundertschaft an der ungarischen Grenze im sog. Verfügungsdienst eingesetzt. Die dortigen Einsatzkräfte überwachen im Fall des Zustroms von Drittstaatsangehörigen die Aussengrenzen. Zweck des Verfügungsdienstes ist es, die Einsatzkräfte einsatzfähig zu halten, damit sie mit der Erfüllung ihrer Aufgaben so schnell wie möglich beginnen können. Dazu gehören beispielsweise die Mobilisierung, die Unterbringung und die Versorgung der Einsatzkräfte. Der Arbeitgeber ordnet dabei zum einen Sonderverfügungsdienste und zum anderen Bereitschaftsdienste ausserhalb der gewöhnlichen Dienstzeiten an. Bereitschaftsdienstzeiten werden als „Ruhezeiten" behandelt. Der Arbeitnehmer ist dagegen der Ansicht, dass er während der „Bereitschaftsdienste" eigentlich Verfügungsdienst leistet – nur eben ausserhalb der gewöhnlichen Dienstzeiten. Während dieser Zeiten habe er daher nicht lediglich Anspruch auf eine Bereitschaftszulage, sondern auf eine Entschädigung für den Sonderverfügungsdienst.

[9] EuGH, Urteil vom 30. April 2020 in der Rechtssache C-211/19, ECLI:EU:C:2020:344.

Das ungarische Recht setzt zwar die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG[10] um, definiert aber weder den Begriff „Arbeitszeit“ noch „Ruhezeit“. Daher legt das ungarische Gericht dem EuGH die Vorabentscheidungsfrage vor, ob der persönliche Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie in dem vorliegenden Fall eröffnet oder ob die Arbeitszeitrichtlinie wegen der Art der spezifischen Tätigkeit hier unanwendbar ist.

Nach Auffassung des EuGH ist die Arbeitszeitrichtlinie auch auf Arbeitsverhältnisse der Angehörigen von Ordnungskräfte anwendbar, die im Fall des Zustroms von Drittstaatsangehörigen an den Aussengrenzen eines Mitgliedsstaats Überwachungsaufgaben wahrnehmen. Dies gilt jedoch nicht, wenn unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände festzustellen ist, dass die fraglichen Aufgaben im Rahmen aussergewöhnlicher Ereignisse wahrgenommen werden. Der Anwendungsbereich der Richtlinie ist dann nicht eröffnet, soweit Besonderheiten bestimmter spezifischer Tätigkeiten im öffentlichen Dienst, insbesondere bei den Streitkräften oder der Polizei, oder bestimmter spezifischer Tätigkeiten bei den Katastrophenschutzdiensten der Anwendung der Arbeitszeitregelungen zwingend entgegenstehen. Ihre Anwendung darf folglich (nur) dann unterbleiben, wenn dies aufgrund aussergewöhnlicher Ereignisse, wie Natur- oder Technologiekatastrophen, Attentate oder schwere Unglücksfälle, gerechtfertigt ist. Dies ist bei Ereignissen der Fall, deren Schwere und Ausmass Massnahmen erfordern, die zum Schutz des Lebens, der Gesundheit und der Sicherheit des Gemeinwesens unerlässlich sind und deren ordnungsgemässe Durchführung infrage gestellt wäre, wenn alle Vorschriften der Arbeitszeitrichtlinie beachtet werden müssten. In diesen Fällen sind jedoch unter Berücksichtigung der Ziele der Richtlinie gleichwohl eine grösstmögliche Sicherheit und ein entsprechender Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten.

Bei der Beurteilung, ob Aufgaben im Rahmen solcher aussergewöhnlicher Ereignisse wahrgenommen werden, ist immer die spezifische Art der Tätigkeit zu berücksichtigen. Hier muss eine Betrachtung der dem Dienst konkret übertragenen Aufgaben erfolgen. So steht es der Anwendung der Richtlinie nicht per se entgegen, wenn Einsätze ihrer Natur nach nicht vorhersehbar sind und die eingesetzten Arbeitnehmer hierbei bestimmten Gefahren ausgesetzt sind. Unanwendbar ist die Richtlinie hingegen, wenn aussergewöhnliche Ereignisse es ausnahmsweise rechtfertigen, vorübergehend dem Schutz der Bevölkerung Vorrang vor der Befolgung der Vorschriften der Richtlinie einzuräumen. Diese Frage ist vom vorlegenden Gericht zu prüfen.

---

[10] 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.

b) Jahresurlaub

Mit Urteil vom 25. Juni 2020 hat der EuGH festgestellt, dass die Arbeitszeitrichtlinie Arbeitnehmern auch dann einen Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub gewährt, wenn sie rechtswidrig entlassen wurden und daher während des Bezugszeitraums keine tatsächliche Arbeitsleistung für den Arbeitgeber erbracht haben.[11]

Grundlage der Entscheidung des EuGH waren zwei Verfahren vor bulgarischen bzw. italienischen Gerichten, in denen Arbeitnehmerinnen Abgeltung für nicht genommene Urlaubstage verlangten, nachdem ihre Entlassungen jeweils gerichtlich für rechtswidrig erklärt worden waren.

Zum einen handelte es sich um eine Arbeitnehmerin einer Schule in Bulgarien, die im Jahr 2004 entlassen wurde und im Jahr 2008 – nach Feststellung der Rechtswidrigkeit ihrer Entlassung – ihre Beschäftigung wieder aufnahm. Die Arbeitnehmerin forderte daraufhin einen finanziellen Ausgleich für 285 Tage nicht genommenen Jahresurlaubs. Zum anderen klagte eine Arbeitnehmerin eines italienischen Unternehmens ebenfalls auf Zahlung einer Abgeltung für nicht genommene Urlaubstage, nachdem ihr Arbeitsverhältnis im Rahmen einer Massenentlassung beendet, die Entlassung jedoch später ebenfalls für rechtswidrig erklärt wurde. Sowohl die bulgarischen als auch die italienischen Gerichte wiesen die Forderungen zunächst zurück, da die Arbeitnehmerinnen für den in Rede stehenden Bezugszeitraum keine tatsächliche Arbeitsleistung erbracht hatten. Die vorlegenden Gerichte wollten schliesslich im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens wissen, ob ihre jeweilige nationale Praxis im Einklang mit dem Unionsrecht steht. Der EuGH verneint dies.

Nach Auffassung des EuGH sind die Grundsätze seiner Rechtsprechung zum Urlaubsanspruch von Arbeitnehmern, die wegen einer Krankschreibung während des Bezugszeitraums der Arbeit fernbleiben müssen, auf die vorliegenden Fallkonstellationen übertragbar. Danach darf das Recht eines krankgeschriebenen Arbeitnehmers auf bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen nicht beeinträchtigt werden – auch wenn dieser während des Bezugszeitraums keine Arbeitsleistung erbracht hat. Der EuGH stützt sich dabei auf den Umstand, dass das Eintreten einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich nicht vorhersehbar und vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig ist.

---

[11] EuGH, Urteil vom 25. Juni 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-762/18 und C-37/19, ECLI:EU:C:2020:504.

Ebenso wie das Eintreten einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ist auch der Umstand, dass dem Arbeitnehmer die Möglichkeit seine Arbeitsleistung zu erbringen aufgrund einer anschliessend als rechtswidrig eingestuften Entlassung verwehrt wurde, grundsätzlich nicht vorhersehbar und vom Willen des Arbeitnehmers unabhängig. Er beruht vielmehr auf den jeweiligen Handlungen des Arbeitgebers, die zu der rechtswidrigen Entlassung geführt haben. Ohne diese Handlungen wäre der Arbeitnehmer schliesslich in der Lage gewesen, während des betreffenden Zeitraums zu arbeiten und seinen Anspruch auf Jahresurlaub wahrzunehmen.

Aus diesem Grund gilt der Arbeitgeber auch nicht als schutzwürdig im Hinblick auf die Gefahr, dass der Arbeitnehmer während seiner Abwesenheit erhebliche Urlaubsansprüche ansammelt und die Schwierigkeiten, die sich daraus für die Arbeitsorganisation ergeben können. Anders als bei arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmern (deren Urlaubsansprüche nach der Rechtsprechung des EuGH zulässigerweise nach 15 Monaten erlöschen dürfen) können rechtswidrig entlassene Arbeitnehmer daher alle Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub, die sie während des Zeitraums zwischen dem Tag der rechtswidrigen Entlassung und dem Tag der Wiederaufnahme ihrer Beschäftigung erworben haben, gegenüber ihrem Arbeitgeber geltend machen.

10. Mutterschutz / Vaterschaftsurlaub

In seinem Urteil vom 18. November 2020[12] hat sich der EuGH mit dem Mutterschaftsurlaub und etwaiger Diskriminierungen von Männern befasst. Grundsätzlich sei eine Diskriminierung auch in diesem Fall unzulässig. Allerdings sei eine Ungleichbehandlung erlaubt, wenn eine zusätzliche Auszeit „die Mutter nicht in ihrer Eigenschaft als Elternteil, sondern sowohl hinsichtlich der Folgen der Schwangerschaft als auch hinsichtlich ihrer Mutterschaft betrifft".

Dem Urteil lag ein Verfahren der französischen Gewerkschaft vor dem Arbeitsgericht Metz zugrunde. Die Gewerkschaft vertrat dabei den Mitarbeiter eines Sozialversicherungsträgers, der Vater eines kleinen Mädchens ist und einen Antrag auf Zusatzurlaub gestellt hatte. Nach dem nationalen Tarifvertrag für diese Branche kann die Dauer des gesetzlichen Mutterschaftsurlaubs verlängert werden (je nach gewünschter Dauer voll, halb oder gar nicht bezahlt) – aber bloss für Frauen.

Nach Ansicht des EuGH sei diese Regelung nicht von vornherein unzulässig. Allerdings müsse ein solcher zusätzlicher Urlaub, wenn er auf Mütter beschränkt wird, dazu dienen, „den Schutz der körperlichen Verfassung der

[12] EuGH, Urteil vom 18. November 2020 in der Rechtssache C-463/19, ECLI:EU:C:2020:932.

Frau sowie der besonderen Beziehung der Mutter zu ihrem Kind in der Zeit nach der Entbindung zu gewährleisten". Würde hingegen die im Tarifvertrag vorgesehene Ruhephase für Frauen „allein in ihrer Eigenschaft als Elternteil" gelten, würde er eine unmittelbare Diskriminierung der Arbeitnehmer begründen. Auch genüge die blosse Tatsache, dass ein Urlaub unmittelbar auf den gesetzlichen Mutterschaftsurlaub folgt, nicht für die Annahme, dass er den Arbeitnehmerinnen, die ihr Kind selbst erziehen, vorbehalten werden könne.

II. Massenentlassung

In seinem Urteil vom 11. November 2020 hat sich der EuGH zum relevanten Referenzzeitraum für die Feststellung des Vorliegens einer Massenentlassung geäussert. Seiner Ansicht nach sei dieser unter Berücksichtigung eines beliebigen Zeitraums von 30 bzw. 90 aufeinanderfolgenden Tagen zu berechnen, in dem die beanstandete Einzelentlassung erfolgt ist und der Arbeitgeber die meisten Entlassungen vorgenommen hat.[13]

Hintergrund des Vorabentscheidungsverfahrens ist die Kündigung einer Arbeitnehmerin durch ein spanisches Unternehmen. Das vorlegende spanische Gericht stellte fest, dass in dem nach spanischem Recht relevanten Referenzzeitraum von 90 Tagen rund um den Kündigungstermin der Arbeitnehmerin insgesamt 30 bis 35 weitere Arbeitnehmer entlassen wurden, was als Massenentlassung eingestuft werden könnte. Allerdings war sich das Gericht hinsichtlich der Definition des Referenzzeitraums nicht sicher. Das Gericht war insbesondere unsicher, ob nur die Zeit *vor* oder nur die Zeit *nach* der streitgegenständlichen Entlassung zu berücksichtigen sei, oder ob dies irrelevant sei und ein beliebiger Zeitraum von 30 bzw. 90 Tagen massgebend sei.

Nach Auffassung des EuGH sei nur die letzte Berechnungsmethode mit den Vorgaben der Massenentlassungsrichtlinie vereinbar. Art. 1 der Massenentlassungsrichtlinie enthalte nach seinem Wortlaut keine zeitliche Grenze, wonach für die Berechnung der Zahl der Entlassungen ausschliesslich auf die Zeit vor oder nach der beanstandeten Einzelentlassung abzustellen ist. Durch eine Beschränkung des Referenzzeitraums entweder ausschliesslich auf die Zeit vor der beanstandeten Einzelentlassung oder – im Falle einer missbräuchlichen Entlassung – auch auf die Zeit danach, könnten die Rechte der betroffenen Arbeitnehmer beschränkt werden. Dadurch blieben Entlassungen unberücksichtigt, die zwar während eines Zeitraums von 30 bzw. 90 Tagen erfolgt sind, nicht aber während eines entweder vor oder nach der Entlassung liegen-

[13] EuGH, Urteil vom 11. November 2020 in der Rechtssache C-300/19, ECLI:EU:C:2020:898.

den Zeitraums – selbst wenn die erforderliche Gesamtzahl für eine Massenentlassung erreicht wird. Für die Beurteilung der Frage, ob eine beanstandete Einzelentlassung Teil einer Massenentlassung ist, ist der Referenzzeitraum unter Berücksichtigung eines beliebigen Zeitraums von 30 bzw. 90 aufeinanderfolgenden Tagen zu berechnen, in dem die beanstandete Einzelentlassung erfolgt ist und in dem der Arbeitgeber die meisten Entlassungen – aus einem oder mehreren Gründen, die nicht in der Person der Arbeitnehmer liegen – vorgenommen hat.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz

1. Einführung

Auch in der Schweiz war das Berichtsjahr in erster Linie durch die Covid-19-Pandemie und ihre Folgen beherrscht. Behördliche Massnahmen und das reale Geschehen hinterliessen tiefe Spuren in der Arbeitswelt. Faktische Gegebenheiten veränderten die Arbeit radikal. Politik und Behörden versuchten diesen Tatsachen Rechnung zu tragen und erliessen eine Vielzahl von Rechtsänderungen, die ihrerseits wiederum die Arbeitswelt direkt oder indirekt beeinflussten. Dabei entstanden teilweise auch grosse Unsicherheiten, welche auch von den Gerichten bis anhin nicht geklärt werden konnten.

Erstaunlicher Weise brachte das Berichtsjahr aber auch eine Vielzahl von Veränderungen, welche mit diesem aktuellen Geschehen nichts zu tun haben und wegen der alles überdeckenden Pandemie teilweise in der Öffentlichkeit nur sehr beschränkt wahrgenommen worden sind.

2. Ausserordentliche Massnahmen im Zuge der Covid-19-Pandemie

a) Tatsächliche Einschränkungen und behördliche Massnahmen

Die Pandemie hat einerseits zu behördlichen Massnahmen geführt, die das Wirtschaftsleben stark einschränkten und teilweise gänzlich zum Erliegen brachten. Damit waren regelmässig auch die Arbeitsverhältnisse in den entsprechenden Wirtschaftszweigen direkt betroffen. Gewisse behördlichen Anordnungen betrafen auch direkt die Arbeitsverhältnisse. Andererseits hatte die Pandemie aber auch unabhängig von behördlichen Massnahmen Einfluss auf das wirtschaftliche Geschehen. In gewissen Wirtschaftszweigen blieben die Kunden aus, weil die entsprechende Dienstleistung oder die entsprechenden Waren auf Grund des veränderten Verhaltens der Bevölkerung nicht mehr nachgefragt wurden. Dieser wirtschaftliche Einbruch wirkte sich zum Teil in gleicher Weise auf die Arbeitsverhältnisse aus, wie die behördlichen Massnahmen. Rechtlich ist aber zwischen diesen beiden Sachverhalten zu unterscheiden.

b) Freizügigkeit

Eine wichtige Massnahme zur Einschränkung der Pandemie sind Beschränkungen der Reisefreiheit. Es handelt sich aber auch gleichzeitig um gravierende Eingriffe in die persönliche Freiheit. Eigentliche Reisebeschränkungen und Ausgangssperren haben die Behörden in der Schweiz nicht erlassen. Dem-

gegenüber wurden vorübergehend die Grenzen geschlossen und damit die Personenfreizügigkeit massiv eingeschränkt. Auf Grund des Epidemiengesetzes kann der Bundesrat Vorschriften über den internationalen Personenverkehr erlassen, welche die grenzüberschreitende Ausbreitung übertragbarer Krankheiten verhindern.[14] Das Covid-19-Gesetz hat dem Bundesrat aber in diesem Zusammenhang zwei wesentliche Einschränkungen auferlegt.[15] Für den Arbeitsbereich wesentlich ist die Verpflichtung des Bundesrates bei Grenzschliessung im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie die notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die Reisefreiheit der Grenzgängerinnen und Grenzgänger sowie der Einwohnerinnen und Einwohner, die eine besondere Bindung zum Grenzgebiet haben, bestmöglich zu gewährleisten.[16] Auf Grund dieser Bestimmungen hat der Bundesrat die Einreise von Personen aus Risikoländern verboten. Allerdings gilt diese Einschränkung ausdrücklich nicht für Personen aus dem Bereich des Freizügigkeitsabkommens mit der EU und ihren Mitgliedstaaten.[17] Allerdings hat der Bundesrat Personen, die zwar einreisen dürfen, sich aber zu einem beliebigen Zeitpunkt innerhalb von 10 Tagen vor der Einreise in einem Staat oder Gebiet mit erhöhtem Risiko einer Ansteckung mit dem Coronavirus Sars-CoV-2 aufgehalten haben, verpflichtet, sich in Quarantäne zu begeben.[18] Es zeigte sich sofort, dass diese Massnahmen für Grenzgänger wenig sinnvoll waren und auch den Betrieb im Gesundheitswesen in den Grenzregionen erheblich gefährdete. Damit die Grenzgänger dennoch zur Arbeit gehen konnten, hat der Bundesrat Gebiete an der Grenze zur Schweiz, mit denen ein enger wirtschaftlicher, gesellschaftlicher und kultureller Austausch stattfindet, ausdrücklich von der Liste der Gebiete mit erhöhtem Verbreitungsrisiko ausgenommen.[19] Eine eigentliche Grenzschliessung für Grenzgänger hat folglich nicht stattgefunden. Zeitweise haben aber die Kontrollen an der Grenze und die Schliessung kleinerer Grenzübergänge zu langen Wartezeiten an den Zöllen und damit einer erheblichen Verzögerung auf dem Arbeitsweg der Grenzgänger geführt.

---

14 Art. 41 Abs. 1 EpG, SR 818.101.

15 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020, SR 818.102.

16 Art. 6 Covid-19-Gesetz.

17 Art. 4 Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3) vom 19. Juni 2020, SR 818.101.24.

18 Art. 2 Abs. 1 Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) im Bereich des internationalen Personenverkehrs (Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs) vom 2. Juli 2020, SR 818.101.27.

19 Art. 1 Abs. 1bis Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs.

Eine zweite Einschränkung der Möglichkeit, die Einreise zu beschränken betrifft den Arbeitsmarkt nicht direkt. Das Covid-19-Gesetz ermächtigt den Bundesrat auf dem Verordnungsweg die Einreiserechte von Ausländern nach dem Ausländer- und Integrationsgesetz und dem Asylgesetz zum Schutze der Verbreitung des Virus einzuschränken. Allerdings darf davon nicht der Familiennachzug betroffen sein.[20]

c) Behördliche Eingriffe in das Arbeitsverhältnis

Im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie hat der Bundesrat verschiedene Massnahmen ergriffen, welche die Arbeitsverhältnisse betreffen. Sie können in drei Kategorien eingeteilt werden:

- Gewisse wirtschaftlichen Tätigkeiten wurden verboten. Insbesondere wurden Betriebe (Gastwirtschaften, Geschäfte, kulturelle Veranstaltungen) von den Behörden vorübergehend geschlossen.
- Gewisse Betriebe durften zwar arbeiten, sie mussten aber eine Vielzahl von Hygienevorschriften einhalten, was die Arbeit massiv verkomplizierte.
- Schliesslich verordneten die Behörden, dass die Arbeit im Home-Office zu erbringen ist, wo dies aufgrund der Art der Aktivität möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist.[21]

Damit griffen die Behörden zweifellos in die einzelnen Arbeitsverhältnisse ein, in dem sie die Arbeitsbedingungen umgestalteten, wozu sie offensichtlich auf Grund des Epidemiengesetzes und dem Covid-19-Gesetz die Kompetenz haben. Fraglich ist demgegenüber, wie weit aus diesen Gesetzen sich auch die Kompetenz ableitet, bezüglich der Gegenleistung, nämlich der Entlohnung in das Vertragsverhältnis einzugreifen. Der Bundesrat hat dies allerdings in zwei Punkten getan. Zum einen sah er vor, dass die Arbeitgeberinnen den Lohn weiter zu bezahlen haben, wenn die Arbeit aufgrund der behördlichen Massnahmen nicht erbracht werden kann. Zum andern hielt er fest, dass die Arbeitgeberin keine zusätzliche Entschädigung schuldet, wenn die Arbeit nunmehr im Homeoffice zu verrichten ist. Allerdings haben diese Regelungen wohl keinen normativen Gehalt, weil damit nur versucht wird klarzustellen, was ohnehin gilt. Allerdings schafft die sehr kurze und undifferenzierte Formulierung letztlich wohl mehr Unklarheit als Klarheit.

---

20 Art. 5 Bst. a Covid-19-Gesetz.

21 Art. 10 Abs. 2 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 19. Juni 2020, SR 818.101.26.

Kann wegen behördlichen Massnahmen oder weil die Nachfrage ausbleibt, nicht gearbeitet werden, so ist die Arbeitgeberin im Annahmeverzug.[22] Dieser liegt vor, wenn die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer nicht arbeiten lässt, Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen unterlässt oder die Massnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers nicht trifft.[23] Der Arbeitnehmer behält diesfalls seinen Lohnanspruch, ohne dass er die Leistung später nachholen müsste. Ein Annahmeverzug tritt nicht nur aufgrund eines direkten Verschuldens der Arbeitgeberin, sondern auch durch in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegende Gründe ein;[24] insbesondere das Betriebs- und das wirtschaftliche Risiko hat sie allein zu tragen. Auch die Folgen höhere Gewalt oder von Zufall hat sie zu tragen, wenn vom Arbeitnehmer im Rahmen der Treuepflicht auch ausnahmsweise erwartet wird, einzelne ausgefallene Stunden nachzuholen.[25] Die Lohnzahlungspflicht unterliegt nach Art. 324 OR keiner zeitlichen Befristung. Die Arbeitgeberin hat zu zahlen, solange der Annahmeverzug besteht. Für eine befristete Zeit besteht zudem eine Lohnzahlungspflicht, wenn der Arbeitnehmer aus in seiner Person liegenden Gründen an der Arbeit verhindert ist.[26] Die Lohnfortzahlung ist aber auf subjektive Leistungshindernisse beschränkt, d.h. auf Ereignisse, die den einzelnen Arbeitnehmer speziell treffen.[27] Das hat insbesondere bei einer Quarantäne Bedeutung. Objektive Leistungshindernisse, d.h. Ereignisse, die in der Regel einen grösseren Personenkreis betreffen, fallen demgegenüber in die Risikosphäre des Arbeitnehmers. Er hat das Lohnrisiko selbst zu tragen, sofern sie nicht den Betrieb betreffen und damit vom Betriebsrisiko der Arbeitgeberin erfasst werden.[28] Er hat somit keinen Lohanspruch, wenn er wegen einer allgemeinen Einreisesperre nicht arbeiten kann. Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Gesetz hält entsprechend fest: „Wo die Arbeit aufgrund einer behördlichen Massnahme durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer ausgesetzt werden muss und eine Lohnfortzahlung durch den Arbeit-

22 Art. 324 OR; Vgl. Zum Ganzen: Thomas Geiser, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 5/2020, 545 ff.

23 Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 324 N 3; Thomas Geiser/Roland Müller/Kurt Pärli, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2019, N 421.

24 „Infolge Verschuldens des Arbeitgebers (...) oder aus andern Gründen" (Art. 324 Abs. 1 OR).

25 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 5; Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag, Basel 2014, 149 f.

26 Geiser/Müller/Pärli, N 428.

27 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324a/b N 6.

28 Geiser/Müller/Pärli, N 428; a.M. Vischer/Müller, 149 f.; sowie Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 N 5 sowie Art. 324a N 6, welche selbst im Fall von Naturkatastrophen, Generalstreik, Krieg o.Ä. den Lohnanspruch befürworten, weil sie auch derart aussergewöhnliche Vorfälle dem Unternehmerrisiko zurechnen. Immerhin erwägen sie, in Fällen höherer Gewalt eine aufgrund der Treuepflicht entstehende Pflicht des Arbeitnehmers, ausgefallene Stunden nachzuholen.

geber zu leisten ist, hat dieser einen gleichwertigen Anspruch auf Rückerstattung gemäss Artikel 15". Der Gesetzgeber geht richtig davon aus, dass in den meisten Fällen, aber nicht immer, eine Lohnfortzahlungspflicht besteht. Er greift in die Regelung von Art. 324 ff. OR gar nicht ein, sondern regelt nur die Folgen, für den Fall, dass die Arbeitgeberin nach diesen Bestimmungen eine Lohnzahlungspflicht trifft.

Die Arbeitgeberin hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit entstehenden Auslagen zu ersetzen.[29] Notwendig sind jene, die in unmittelbarem, direktem Zusammenhang mit der Arbeitsausführung stehen und nach Verkehrsauffassung nicht vom Arbeitnehmer zu tragen sind.[30] Dass die Kosten für die Arbeitsräumlichkeiten dazu gehören, steht ausser Zweifel. Das Bundesgericht hielt in einem neueren Entscheid fest, dass folglich die Arbeitgeberin auch eine Entschädigung an die Miete der Wohnung des Arbeitnehmers bezahlen muss, wenn der Arbeitnehmer zu Hause arbeiten muss, weil die Arbeitgeberin ihm im Betrieb keinen Arbeitsplatz zur Verfügung stellt. Das gilt auch, wenn der Arbeitnehmer nicht zusätzliche Räume mieten muss, sondern den Arbeitsplatz in seiner auch schon bisher verwendeten Wohnung einrichten kann.[31] Dem widerspricht die Anordnung des Bundesrates in der Verordnung, dass den Arbeitnehmern für die gestützt auf die behördlich angeordnete Arbeit von zu Hause aus keine Auslagenentschädigungen geschuldet sei.[32] Gemeint ist allerdings nur, dass für Miete etc. nichts geschuldet ist, weil es sich nur um eine vorübergehende Massnahme handelt. Demgegenüber hat die Arbeitgeberin sehr wohl für die Auslagen, wie Druckerpapier und -patronen, Anschaffung von Geräten, zusätzlichen Kommunikationskosten etc. aufzukommen. Es handelt sich um Auslagen im Sinne von Art. 327*a* OR.

d) Hilfsmassnahmen

Um die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie und der behördlichen Anordnungen abzufedern hat das Parlament und der Bundesrat eine Vielzahl von Massnahmen ergriffen. Neben direkten Zahlungen und Krediten an Unternehmen fällt hauptsächlich der Ausbau der Kurzarbeitsentschädigung ins Gewicht. Alle diese Massnahmen haben sehr viel geholfen. Allerdings weisen sie auch Lücken auf. Namentlich Selbständigerwerbende konnten teilweise von diesen Massnahmen nicht profitieren. Schwierigkeiten ergaben sich

---

29 Art. 327*a* ff. OR.

30 Geiser/Müller/Pärli, Rz. 416.

31 BGer 4A_533/2018 vom 23. April 2019, E. 6.

32 Art. 10 Abs. 3 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 19. Juni 2020, SR 818.101.26.

erstaunlicher Weise auch für Personen, die bei staatlichen Organisationen mit einem unregelmässigen Beschäftigungsgrad stundenweise beschäftigt waren, da staatliche Unternehmen keine Kurzarbeitsentschädigung beanspruchen können. Richtiger Weise ist die Folge aber, dass das Unternehmen schlicht den Lohn zu 100% weiterbezahlen muss, obgleich die Arbeit nicht geleistet werden kann. Es hat sich auch erwiesen, dass kleine Unternehmen teilweise glaubten auf eine Lohnfortzahlung mit dem Argument verzichten zu können, es sei zu kompliziert, Kurzarbeits- oder andere Entschädigungen zu beantragen.

e) Langfristige Folgen

Im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie sind sich Kulturorganisationen dem Risiko bewusst geworden, dem sie ausgesetzt sind, wenn wegen irgendwelchen Ereignissen kurzfristig Veranstaltungen abgesagt werden müssen. Auf Grund der gemachten Erfahrungen versuchen sie in den neu mit Künstlern abzuschliessenden Verträgen dieses Risiko auf die Künstler abzuwälzen, in dem der Vertrag dahinfallen soll, wenn wegen solchen Ereignissen die Veranstaltung abgesagt wird. Eine nähere Analyse des Arbeitsvertragsrechts zeigt allerdings, dass dies nicht möglich ist.

Schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts ergibt sich, dass sich eine Partei nicht ihrer eigenen Leistungspflicht entziehen kann, wenn sie im Annahmeverzug ist.[33] Ein solcher liegt im Arbeitsvertragsrecht vor, wenn die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer nicht arbeiten lässt, Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen unterlässt oder die Massnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers nicht trifft.[34] Der Arbeitnehmer behält diesfalls seinen Lohnanspruch, ohne dass er die Leistung später nachholen müsste. Ein Annahmeverzug tritt nicht nur aufgrund eines Verschuldens der Arbeitgeberin, sondern auch durch in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegende Gründe ein;[35] insbesondere das Betriebs- und das wirtschaftliche Risiko hat sie allein zu tragen. Auch die Folgen höherer Gewalt oder von Zufall hat sie zu tragen, wenn vom Arbeitnehmer im Rahmen der Treuepflicht auch ausnahmsweise erwartet wird, einzelne ausgefallene Stunden nachzuholen.[36] Es besteht insoweit auf

---

33 Art. 91 ff. OR.

34 Ullin Streiff/Adrian Von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 324 OR N 3; Geiser/ Müller/ Pärli, Rz. 421.

35 „Infolge Verschuldens des Arbeitgebers (...) oder aus anderen Gründen" (Art. 324 Abs. 1 OR).

36 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 OR N 5; Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag, Basel 2014, 149 f.

Grund der Treuepflicht eine Schadenminderungspflicht. Die wirtschaftlichen Folgen einer Pandemie gehören aber zum Betriebsrisiko, das die Arbeitgeberin zu tragen hat.

Die Spätere Unmöglichkeit einer vertraglich versprochenen Leistung lässt den Vertrag nicht untergehen. Es geht nur der Erfüllungsanspruch unter[37] oder wandelt sich in einen Schadenersatzanspruch um.[38] Ein solcher ist gegeben, wenn den Schuldner ein Verschulden an der Unmöglichkeit trifft.[39] Hat der Schuldner demgegenüber die Unmöglichkeit „nicht zu verantworten", gilt die Forderung – nicht aber der Vertrag – als erloschen.[40] Nach den allgemeinen Regeln des OR entfällt dann allerdings auch der Anspruch auf die Gegenleistung.[41] Jedoch verweist schon das allgemeine Schuldrecht darauf, dass das Gesetz für gewisse Vertragsarten eine andere Verteilung der Gefahrtragung vorsieht.[42] Eine solche Norm stellt Art. 324 OR dar. Die Bestimmung erfasst nicht nur den klassischen Gläubigerverzug. Vielmehr wird das Risiko auch für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung aus Gründen verteilt, die nach Auffassung des Gesetzgebers von der Arbeitgeberin zu tragen sind.[43] Gemäss Art. 324 OR kann der Arbeitnehmer dann die Arbeit verweigern, ohne seinen Lohnanspruch zu verlieren. Die Norm ist zwingend und kann nicht vertraglich wegbedungen werden. Vertragsklauseln, die Vorsehen, dass der Arbeitsvertrag mit dem Künstler dahinfalle, wenn der Veranstalter den Anlass wegen einer Pandemie absagen müsse, sind folglich nichtig.

3. Qualifikation als Arbeitsvertrag bei Internetplattformen

Unternehmen, welche Dienstleistungen über Internett Plattformen anbieten beschäftigen nach wie vor die schweizerischen Gerichte. Die arbeitsrechtliche Streitigkeit zwischen Uber und einem Fahrer vor den Waadtländer Gerichten, über die schon das letzte Jahr berichtet wurde, hat mit einem Urteil vor dem Tribunal Cantonal des Kantons Waadt seinen Abschluss gefunden. Das Gericht hat nunmehr rechtskräftig festgestellt, dass ein Arbeitsvertrag vorliegt.[44] Eine ausführliche Analyse des konkreten Vertrages hat ergeben, dass der Fahrer

---

37 Wolfgang Wiegand, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.) Basler Kommentar, 2020, Art. 119 OR N. 4.

38 Art. 97 und 119 OR.

39 Art.97 OR; Andreas Von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, 93 ff.

40 Art. 119 OR; Von Tuhr/Escher, 131.

41 Art 119 Abs. 2 OR.

42 Art. 119 Abs. 3 OR.

43 Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 324 OR N 3.

44 Urteil des Tribunal Cantonal Vaud, vom 23. April 2020, P317.026539-190917 380.

durch die App und sowohl die Qualitätsanforderungen wie auch die Kontrollen und Überwachung, die Uber durchführt, unzweifelhaft in eine fremde Arbeitsorganisation eingegliedert wird und ein Subordinationsverhältnis besteht. Im ersten Teil des über 70seitigen Urteils prüft das Gericht die Schiedsklausel, mit der ein Schiedsgericht in Holland als Zuständig vereinbart und niederländisches Arbeitsrecht als Anwendbar erklärt wurde. Das Gericht verneint die Gültigkeit einerseits auf Grund der Art, wie der Vertrag zu Stande kam. Es hält aber auch fest, dass es sich nicht um ein internationales Schiedsgericht, sondern um ein Binnenschiedsgericht handeln würde, weil der Vertrag zwischen den Parteien keinerlei internationales Element aufweist. Der Arbeitnehmer hat seinen Wohnsitz in der Schweiz wo auch die Arbeitsleistung erbracht wird. Uber hat eine Niederlassung im Sinne von Art. 12 in Lausanne.[45] Die Zulässigkeit der Schiedsvereinbarung richtet sich folglich nicht nach Art. 177 f. IPRG, sondern nach Art. 354 ff. ZPO.

4. Arbeitszeit

a) Schutz bei 24-Stunden-Betreuung

Die Schweiz hat im Vergleich zu unseren Nachbarländern noch immer lange maximale Arbeitszeiten. Zudem ist der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz nicht auf alle Arbeitsverhältnisse anwendbar und das Arbeitsvertragsrecht kennt keine Beschränkung der Arbeitszeiten. Es sieht nur vor, dass dem Arbeitnehmer ein freier Tag pro Woche gewährt werden muss, wobei auch diese freien Tage von mehreren Wochen zusammengenommen werden können[46]. Das führt namentlich zu Problemen bei Anstellungen von Personen in privaten Haushaltungen. Die Alterung der Bevölkerung lässt das Bedürfnis nach einer Betreuung zu Hause zunehmen. Verschiedene Unternehmen bieten solche Dienstleistungen an. Bei den Betreuenden handelt es sich häufig um ausländische Arbeitskräfte, welche für kurze Zeit in die Schweiz kommen, um die betroffene Person in dieser Zeit während 24 Stunden im Tag und teilweise auch sieben Tage in der Woche zu betreuen. Es fragt sich, ob solche Arbeitsverhältnisse zulässig sind.

Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG nimmt „private Haushaltungen" vom betrieblichen Anwendungsbereich dieses Gesetzes aus. Eine private Haushaltung im Sinne dieser Bestimmung liegt vor, wenn jemand für seine privaten Bedürfnisse und nicht zu geschäftlichen Zwecken Personen in seiner Wohnung beschäf-

---

45 Urteil des Tribunal Cantonal Vaud, vom 23. April 2020, P317.026539-190917 380, E. A.

46 Art. 329 Abs. 1 und 2 OR; Wyler/Heinzer, 479 f.

tigt[47]. Dabei ist es gleichgültig, ob die entsprechende Person in der Haushaltung wohnt oder nicht[48]. Man wollte vermeiden, dass in privaten Haushaltungen staatliche Inspektoren Kontrollen durchführen. Zudem hielt man das Hauspersonal schon durch Normalarbeitsverträge als genügend geschützt.[49] Die Ausnahme vom Anwendungsbereich gilt auch, wenn die Arbeitnehmerin bei einer Verleihfirma angestellt ist und in einen privaten Haushalt verliehen wird.[50] Demgegenüber ist das ArG anwendbar, wenn ein Unternehmen mit seinen Angestellten einem privaten Haushalt eine Dienstleistung erbringt, wie beispielsweise eine Reinigungsunternehmen, dass Reinigungsarbeiten in einem privaten Haushalt vornimmt, oder eine Gärtnerei, welche bei Privaten Hecken schneidet oder den Rasen mäht. Entscheidend ist damit, ob bei einer 24-Stunden-Betreuung, die Spitex- oder Hausdienstorganisation die Mitarbeiterin an den privaten Haushalt verleiht oder die Betreuung verspricht. Wesen des Personalverleihs ist, dass ein wesentlicher Teil des Weisungsrechts an den Einsatzbetrieb abgetreten wird. Dabei muss sich die Weisungsbefugnis insbesondere auf Elemente beziehen wie die Arbeitszeit, das Verhalten am Arbeitsort, das Arbeitsverfahren, die Zuweisung von Arbeiten, den Einsatzplan usw. Die Anordnungen dürfen sich nicht nur auf das anzustrebende Ziel beziehen. Sie müssen vielmehr auch die Art der Durchführung betreffen. Das Subordinationsverhältnis muss zumindest teilweise auf den Einsatzbetrieb übergehen. Dafür reichen ein blosses Weisungsrecht und eine Pflicht zur Rechenschaftsablegung nicht aus, da es diese auch beim Auftrag gibt.[51]

Von diesen Grundsätzen ausgehend muss folglich zuerst danach unterschieden werden, wer formelle Arbeitgeberin ist: die Spitex- bzw. Hausdienstorganisation oder die betroffene Person? Sodann ist ersteren Falls zu prüfen, ob das Weisungsrecht tatsächlich auf die betroffene Person übergegangen ist oder ob Spitex die Arbeit leitet und damit eine Dienstleistung mittels der Arbeitnehmerin erbringt. Dies trifft zu, wenn Spitex die Qualität der Arbeit kontrolliert, Qualitätsstandard setzt, Rechenschaft verlangt etc. Zudem wird die betroffene Person häufig gar nicht in der Lage sein, die Weisungen zu

---

47 Ähnlich Henri Zwahlen, in Walter Hug (Hrsg.), Kommentar zum Arbeitsgesetz. Bern 1971, Art. 2 N. 39.

48 Thomas Geiser, in: Geiser/Von Kaenel/ Wyler (Hrsg.). Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar. Bern 2005, Art. 2 ArG N. 39.

49 Manuel Vogler, Haushalthilfen im schweizerischen Arbeitsrecht, Zürich/St. Gallen 2016, 34.

50 Vogler, 34; Gabriela Naemi Medici, Migrantinnen als Pflegehilfen in Schweizerischen Privathaushalten, Diss. Zürich 2015, 107.

51 BGer 9C_669/2019 Urteil vom 7. April 2020 E. 6.2.2. mit Hinweis auf Mathias Mauchle, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beistand und der Erwachsenenschutzbehörde, Insbesondere aus zivilrechtlicher, sozialversicherungsrechtlicher und steuer-rechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen, 2019, S. 224 Rz. 468 und S. 280 Rz. 575.

erteilen und damit die materielle Arbeitgeberfunktion wahrzunehmen. Die Betreuung rund um die Uhr ist meist nicht nur wegen somatischen Erkrankungen notwendig, sondern auch wegen fortgeschrittener Demenz und ähnlichem. Die materielle Arbeitgeberfunktion wird folglich von jemand anderem wahrgenommen. Das kann selbstverständlich auch ein Angehöriger sein. Dann wird aber der Arbeitnehmer nicht mehr für die eigenen privaten Bedürfnisse in der eigenen Wohnung beschäftigt,[52] sondern für die Bedürfnisse eines Angehörigen in dessen Wohnung. Der Angehörige erbringt mittels des Spitexangestellten die Dienstleistung. Die Voraussetzungen für die Ausnahme von Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG sind nicht mehr gegeben. Das gilt m.E. auch, wenn die betroffene Person formell als Arbeitgeberin auftritt. Sie verleiht dann die Arbeitnehmerin dem Angehörigen, der die Dienstleistung erbringt.

Aus dem Kanton Baselstadt liegen nun zwei gegensätzliche Entscheidungen zu dieser Frage vor. Das Zivilgericht Basel-Stadt wendete das ArG auf einen Fall an, in dem zwischen einer Gesellschaft, welche die Vermittlung und den Verleih von Personal bezweckte und eine Bewilligung für Personalverleih hatte, und einer Arbeitnehmerin ein Arbeitsvertrag bestand und die Arbeitnehmerin in einem Privathaushalt 24-Stunden-Betreuung leistete.[53] Als Verwaltungsgericht schützte das Appellationsgericht Basel-Stadt nun aber einen Entscheid des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt Basel, mit dem dieses feststellte, dass das Arbeitsgesetz auf Arbeitnehmerinnen, welche zur 24-Stunden-Betreuung in Privathaushalten beschäftigt werden, keine Anwendung finde.[54] Dieser Entscheid wurde ans Bundesgericht weitergezogen. Das Appellationsgericht stört sich am Widerspruch zwischen den beiden Urteilen ausdrücklich nicht und hält diesbezüglich fest, dass im Rechtsstreit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeberin sehr wohl das Zivilgericht für die Beurteilung der Anwendbarkeit des ArG zuständig sei. Wenn es um die Frage der Kontrolle durch die Arbeitsinspektoren gehe, aber die Zuständigkeit beim Departement liege.[55] Das ist grundsätzlich richtig. Das ArG enthält sowohl zivilrechtliche wie auch öffentlich-rechtliche Bestimmungen. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung braucht nicht identisch zu sein. Das Bundesgericht ist allerdings – jedenfalls was den internationalen Anwendungsbereich betrifft – anderer Meinung.[56]

---

52 Vgl. vorn Rz. 2.2.

53 Zivilgericht Basel-Stadt, Entscheid GS.2013.32 vom 27. Oktober 2014.

54 Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt als Verwaltungsgericht (VD.2019.13) vom 10. April 2020.

55 Urteil des Appellationsgerichts Basel-Stadt als Verwaltungsgericht (VD.2019.13) vom 10. April 2020 E. 4.11; vgl. zum Ganzen: Pärli, Jusletter 27. Mai 2019.

56 BGE 139 III 411; vgl. dazu: Geiser, ArbR 2004, 25 ff.

Die in Art. 2 Abs. 1 Bst. g ArG vorgesehene Ausnahme vom Anwendungsbereich des ArG für private Haushalte ist zudem heute nicht mehr gerechtfertigt. Beide Argumente, mit denen der Gesetzgeber diese Ausnahme begründete sind nicht mehr haltbar. Das ArG ist sehr wohl auch bei Home-Office anwendbar, obgleich hier das Zutrittsrecht der Arbeitsinspektoren nach Art. 45 Abs. 2 ArG nicht gegeben ist. Die Verpflichtung trifft nur die Arbeitgeberin. Der Gesetzgeber müsste hier das Gesetz mit einer analogen Bestimmung ergänzen, wie sie nach Art. 11 HArG für die Heimarbeiter gilt.[57] Die Anwendbarkeit des ArG kann folglich sehr wohl sinnvoll sein, auch wenn sich die Arbeitsinspektoren keinen Zugang zu den Arbeitsplätzen verschaffen können. Von einem ausreichenden Schutz durch einen Normalarbeitsvertrag kann auch keine Rede sein. Solche können zwar verbindliche Mindestlöhne enthalten, ihre übrigen Regeln der Arbeitsbedingungen sind aber dispositives Recht. Der Schutz der entsprechenden Arbeitnehmerinnen erweist sich insofern noch als besonders schwach, als es sich häufig um Personen aus dem Europäischen Ausland handelt. Auf Grund des FZA gilt für diese nicht, dass sie zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden können, wenn die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.[58] Vielmehr müssen nur die zwingenden minimalen Arbeitsbedingungen eingehalten werden.

b) Definition Arbeitszeit bei Auslandeinsätzen

Eine Definition der Arbeitszeit findet sich weder im OR noch im ArG, sondern lediglich in der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz. Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 ist die Arbeitszeit jene Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung der Arbeitgeberin zu halten hat. Wenn Arbeit ausserhalb desjenigen Orts zu leisten ist, an dem der Arbeitnehmer normalerweise seine Arbeit verrichtet und dadurch die Wegzeit länger als üblich ausfällt, stellt die zeitliche Differenz zur normalen Wegzeit Arbeitszeit dar.[59] Unklar ist allerdings, ob diese Regel auch gilt, wenn der Arbeitnehmer geschäftlich im Ausland eingesetzt wird.

Die Anwendbarkeit des ArG bei internationalen Arbeitsverhältnissen ist nur sehr rudimentär geregelt[60]. Während ein Teil der Lehre und mit ihm auch

---

57 Vgl. Pascal Domenig, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Bern 2015; Alfred Blesi, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber, Kurzkommentar Arbeitsgesetz, Basel 2018, Art. 45 N. 20; Roland A. Müller/Christian Maduz, Kommentar ArG, Art. 45 ArG N. 2.

58 Art. 20 AIG.

59 Art. 13 Abs. 2 ArGV 1.

60 Art. 1 Abs. 3 ArG.

das Bundesgericht[61], die Meinung vertritt, das ArG finde keine Anwendung auf Arbeitnehmer von schweizerischen Betrieben, die im Ausland beschäftigt werden,[62] wird von einem anderen Teil der Lehre differenzierender vertreten, dass auch für diesen Fall das ArG anwendbar sei, soweit die Möglichkeit der Durchsetzung bestehe.[63] Alle Regeln über die behördlichen Kontrollen, Bewilligungen und die Behördenorganisation sowie die Strafnormen können nicht zur Anwendung gelangen, soweit die Arbeit im Ausland verrichtet wird oder die entsprechenden hoheitlichen Handlungen im Ausland vorgenommen werden müssten. Diese Bestimmungen regeln das Verhältnis zwischen Bürger und Staat und sind damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen, das dem Territorialitätsprinzip untersteht. Das ArG enthält aber auch Regelungen, welche sich ebenso gut im Privatrecht finden könnten und Ansprüche zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer regeln. Dazu zählen insbesondere die Arbeitszeitvorschriften sowie die Lohnzuschläge für die Überzeit und für die Nacht- und Sonntagsarbeit.[64] Sie regeln zivilrechtliche Ansprüche.[65] Damit besteht kein Grund, diese Normen nicht dem materiellen Zivilrecht zuzuordnen und anzuwenden, wenn auf Grund der Bestimmungen des IPRG schweizerisches Arbeitsvertragsrecht anwendbar ist. Art. 13 IPRG bestimmt, dass die Verweisung auf ein ausländisches Recht alle Bestimmungen umfasst, die nach dem entsprechenden Recht auf den Sachverhalt anwendbar sind, und dass die Anwendbarkeit einer Bestimmung des ausländischen Rechts nicht bloss deshalb ausgeschlossen ist, weil ihr ein öffentlich-rechtlicher Charakter zuzuschreiben ist. Art. 13 IPRG erfasst öffentlich-rechtliche Bestimmungen soweit diese das anwendbare Privatrecht unterstützen, „z. B. in das Privatrecht oder in privatrechtliche Verhältnisse vorwiegend oder ausschliesslich zum Schutze privater Interessen“ eingreifen.[66] Zu diesen Normen gehören insbesondere die sozial protektiv ausgerichteten Bestimmungen des Arbeitsrechts.[67] Diese

---

61 BGE 139 III 411 ff.

62 F. Walter Bigler, Kommentar zum Arbeitsgesetz, Bern 1986, Art. 1 N. 6.

63 Zwahlen, Art. 1 N. 25; Verena Trutmann, Arbeitsrecht und Internationales Privatrecht, ArbR 1986, 74 f.

64 Art. 13, 17*b* und 19 ArG.

65 Art. 342 Abs. 2 OR; sogenannte Rezeptionsklausel.

66 BGE 107 II 492; 109 II 70; Geiser, Art. 1 ArG N. 29.

67 Monica Mächler-Erne/Susanne Wolf-Mettier, in:Grolimund/Loacker/Schnyder (Hrsg.), Basler Kommentar, IPRG, 2021, Art. 13 IPRG N. 19; Michael Nordin, Umfang der kollisionsrechtlichen Verweisung, Diss. St. Gallen 1996, 118 ff.; vgl. dazu auch: Alexander Berenstein/Pascal Mahon, Labour Law in Switzerland, Den Haag/London/Boston/Bern 2001, Rz. 132 f.; Trutmann, ArbR 1986, 75 f.

Umschreibung des Umfangs eines Verweises auf ein bestimmtes Recht muss auch für den umgekehrten Fall gelten, nämlich wenn die Kollisionsnorm auf das *schweizerische* Recht verweist.[68]

Der Bundesrat hat nun versucht, die Frage der Anwendbarkeit der Arbeitszeitvorschriften des ArG auf Geschäftsreisen im Ausland zu klären. Der neue Art. 13 Abs. 3^{bis} ArGV 1^{69} hält fest, dass die Zeit, die für die in der Schweiz zurückgelegte Hin- und Rückreise eingesetzt wird, als Arbeitszeit zählt und für solche Reisen keine Nacht- oder Sonntagsarbeitsbewilligungen notwendig sind. Das SECO hält dann allerdings in seiner Wegleitung zu dieser Bestimmung fest: „Mindestens die auf Schweizer Boden zurückgelegte Hin- und Rückreise im Rahmen von Dienstreisen ins Ausland gilt vollständig als Arbeitszeit, unabhängig vom verwendeten Transportmittel und auch ohne tatsächliche Arbeitstätigkeit." Gemäss diesen Ausführungen besagt die neue Bestimmung folglich nichts über die im Ausland zurückgelegte Reisezeit.[70] Richtigerweise zählt diese genauso als Arbeitszeit, wie die in der Schweiz zurück gelegte.

c) Home-Office im Ausland

Mit den staatlichen Massnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie hat die Arbeit im Home-Office massiv an Bedeutung gewonnen. Home-Office hatte aber seit dem Abschluss der bilateralen Verträge mit der EU zu gewissen Schwierigkeiten im Bereich der Sozialversicherung geführt. Gemäss Art. 11 Ziff. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 unterliegen Arbeitnehmer im Europäischen Raum und in der Schweiz für ihre gesamten Sozialversicherungen immer nur den Rechtsvorschriften eines einzigen Staates.[71] Gemäss Ziff. 3 Bst. a des gleichen Artikels ist die Rechtsordnung des Staates massgebend, in dem der Arbeitnehmer seine Arbeit ausführt. Übt eine Person ihre Erwerbstätigkeit in mehreren Staaten aus, so untersteht sie sozialversicherungsrechtlich ihrem Wohnstaat, wenn sie dort einen wesentlichen Teil ihrer Tätigkeit

---

68 Geiser, Art. 1 ArG N 27.

69 Änderung vom 18. September 2020; in Kraft seit 1. November 2020 [AS 2020 4135].

70 Das SECO schreibt ja: „mindestens". Der Umkehrschluss, dass aus dieser Bestimmung folge, dass die Reisezeit im Ausland keine Arbeitszeit sei, ist folglich nicht möglich.

71 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch die Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009, Abl. L 284 vom 30. Oktober 2009, 43, in der Fassung von Anhang II zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, SR0.831.109.268.1.

ausübt.[72] Als „wesentlich" wird dabei eine Tätigkeit im Wohnsitzstaat von 25% angesehen.[73] Dies hat zur Konsequenz, dass ein Grenzgänger, der mehr als einen Tag in der Woche im Home-Office an seinem ausländischen Wohnort arbeitet, der Sozialversicherung seines Wohnsitzlandes untersteht und nicht mehr der schweizerischen Sozialversicherung. Das führt für die schweizerische Arbeitgeberin zu erheblichen Umtrieben, weil sie dann die Sozialabgaben mit der ausländischen Sozialversicherung abrechnen muss. In Zusammenhang mit pandemiebedingtem Home-Office, hat die Praxis nun aber zugelassen, dass vorübergehend, d.h. während der Dauer der entsprechenden epidemiologischen Massnahmen, die Zugehörigkeit zur schweizerischen Sozialversicherung bleibt. Die Problematik liegt aber darin, dass die Feststellung der Schweizerischen Sozialversicherungsbehörden, dass sie zuständig bleiben, nicht genügt. Vielmehr müssen die Sozialversicherungen des Wohnsitzstaates auch ihre Unzuständigkeit feststellen.

5. Gleichstellung

a) Vaterschaftsurlaub

Wie bereit letztes Jahr berichtet, hatte das Parlament am 27. September 2019 als indirekter Gegenvorschlag zu einer Volksinitiative die Einführung eines zweiwöchigen Vaterschaftsurlaub beschlossen[74]. Gegen dieses Gesetz ist das Referendum ergriffen worden. In der Abstimmung vom 27. September 2020 wurde die Vorlage mit 60,3% Ja-Stimmen angenommen und ist am 1. Januar 2021 in Kraft getreten. Der Arbeitnehmer, der Vater wird, und gewisse Versicherungsvoraussetzungen erfüllt, kann innerhalb von sechs Monaten seit der Geburt des Kindes 14 Tage Vaterschaftsurlaub beziehen, der durch die Erwerbsersatzordnung bezahlt wird.[75] Die Entschädigung wird in Form von Taggeldern ausgerichtet, die 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens betragen, höchstens aber Fr. 196.–.[76]

Geändert wurde sowohl das Arbeitsvertragsrecht im OR,[77] wie auch das Erwerbsersatzgesetz.[78] Die Änderung betrifft somit das Verhältnis zwischen

---

72 Art. 13 Ziff. 1 Bst. a Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

73 Ueli Kieser, in: Portmann/Von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, Rz. 14.11.

74 Curia Vista 18.441.

75 Art. 16*k* EOG in der Fassung vom 27. September 2019.

76 Art. 16*l* in Verb. mit Art. 16*f* EOG in der Fassung vom 27. September 2019.

77 Art. 329*g* OR.

78 Art. 16*i* ff. EOG in der Fassung vom 27. September 2019.

Arbeitnehmer und Arbeitgeberin einerseits und zwischen Arbeitnehmer und der Sozialversicherung andererseits. Allerdings brauchen die Ansprüche nicht übereinzustimmen. Zum einen gelten für das Vertragsrecht und für die Sozialversicherung unterschiedliche Übergangsbestimmungen. Gegenüber der Arbeitgeberin gilt das neue Recht mit Inkrafttreten und damit besteht auch der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub, sofern die Frist von sechs Monaten in diesem Zeitpunkt noch nicht abgelaufen ist. Es handelt sich um ein Dauerschuldverhältnis, so dass nicht entscheidend sein kann, ob das Kind vor oder nach Inkrafttreten des neuen Rechts geboren wurde. Demgegenüber lässt sich für das Sozialversicherungsrecht sehr wohl rechtfertigen, dass das versicherte Ereignis – die Geburt des Kindes – erst nach Inkrafttreten des neuen Rechts eingetreten sein muss. Ein Auseinanderfallen des vertragsrechtlichen Anspruchs gegenüber der Arbeitgeberin und jenem gegenüber der Sozialversicherung kann auch eintreten, wenn die versicherungstechnischen Voraussetzungen im Einzelfall nicht gegeben sind.

In all diesen Fällen stellt sich die Frage, ob ein Lohnzahlungsanspruch gegenüber der Arbeitgeberin besteht. Art. 329*g* OR regelt diese Frage nicht. Da es sich nicht um eine Arbeitsunfähigkeit handelt, lässt sich eine Lohnfortzahlungspflicht nicht auf Art. 324*a* OR stützen. Vielmehr ist die Frage analog zu den anderen üblichen freien Zeiten nach Art. 329 Abs. 3 OR zu beantworten. Es ist eine Frage der Auslegung des Arbeitsvertrages. Ist ein Monatslohn vereinbart, wird vermutet, dass diese Zeit bezahlt ist; beim Stundenlohn besteht demgegenüber die umgekehrte Vermutung.[79]

Es ist bereits die Frage aufgekommen ob eine Zwillingsgeburt Anspruch auf den doppelten Vaterschaftsurlaub gibt. Das ist zu verneinen. Die Zwillinge können gleichzeitig betreut werden. Es ist aber zu beachten, dass ein Arbeitnehmer sehr wohl innert sechs Monaten Anspruch auf mehrere Vaterschaftsurlaube haben kann, wenn er in dieser Zeit mehrfach Vater wird.

Bezüglich des Kündigungsschutzes hat der Gesetzgeber neue Wege eingeschlagen. Es liegt auf der Hand, dass es schwierig gewesen wäre bezüglich des Vaterschaftsurlaubs eine Sperrfrist vorzusehen. Der Arbeitnehmer bestimmt, wann er innerhalb den sechs Monaten diesen Urlaub beziehen will. Er hätte folglich auch die Lage der Sperrfrist frei bestimmen können. Eine Sperrfrist während der ganzen sechs Monate vorzusehen, hätte kaum zur zurückhaltenden Regelung der bestehenden Sperrfristen gepasst und wäre politisch nicht konsensfähig gewesen.[80] Abweichend von den bisherigen Kündigungsschutz-

---

79 Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Art. 329 OR N. 13; Wyler/Heinzer, 483 f.

80 Vgl. Aber hinten die Regelung des Kündigungsschutzes beim Betreuungsurlaub.

bestimmungen hat der Gesetzgeber nun bloss vorgesehen, dass sich die Kündigungsfrist um so viel Tage verlängert, wie der Arbeitnehmer am Ende des Arbeitsverhältnisses den Vaterschaftsurlaub noch nicht bezogen hat.[81]

b) Gleichstellung von Witwer mit Witwen

Für die Gleichstellung von Mann und Frau in Beruf und Familie ist von grosser Bedeutung, welche soziale Sicherheit ein Mann oder eine Frau durch ihre Erwerbsarbeit der Familie bringen kann. Dafür zentral ist die Ausgestaltung der Hinterbliebenenleistungen in der Altersvorsorge. Sowohl Witwen wie auch Witwer haben Anspruch auf eine Hinterbliebenenrente, wenn sie im Zeitpunkt der Verwitwung Kinder haben.[82] Während aber bei der Witwe der Rentenanspruch lebenslang bzw. bis zur Ablösung durch die eigene Altersrente bestehen bleibt, erlischt der Anspruch des Witwers, wenn das letzte Kind des Witwers das 18. Altersjahr vollendet hat.[83] Der Europäische Gerichtshof hat die Schweiz deshalb wegen einer Verletzung der Art. 14 kombiniert mit Art. 8 EMRK verurteilt. Der Beschwerdeführer hatte nach dem Tod seiner Frau sich um seine noch kleinen Kinder kümmern müssen und konnte deshalb keiner Erwerbstätigkeit nachgehen. Als das letzte Kind das 18 Altersjahr erreicht hatte, war er in einem Alter, in dem ein Wiedereinstig ins Erwerbsleben aussichtslos war. Die Witwerrente hatte sich damit auf die Art und Weise ausgewirkt, wie er sein Familien- und Erwerbsleben organisieren musste und nach Ansicht des EGMR damit die entsprechenden Bestimmungen der EMRK verletzt.[84]

6. Vereinbarung von Familie und Beruf

In unserer Gesellschaft besteht ein zunehmender Bedarf nach Betreuung und Pflege von kranken und betagten Personen. Diese Betreuung kann nicht ausschliesslich durch professionelle Organisationen geleistet werden. Die Gleichstellung von Mann und Frau bedeutet aber, dass diese Betreuungsaufgaben nicht mehr einfach von verheirateten Frauen wahrgenommen werden kann, die dafür ganz oder teilweise auf eine Erwerbstätigkeit verzichten. Vielmehr muss es möglich sein, diese Betreuungsaufgaben auch neben einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit auszuführen. Das hat auch die Politik erkannt. Auf Grund mehrerer parlamentarischer Vorstösse hat der Bundesrat mit Botschaft

---

81 Art. 335c Abs. 3 OR.

82 Art. 23 Abs. 1 AHVG.

83 Art. 24 Abs. 2 AHVG.

84 Entscheid EGMR Urteil No. 78630/12, 20 Oktober 2020 B. gegen Schweiz

vom 22. Mai 2019[85] dem Parlament eine Vorlage für Massnahmen zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Erwerbstätigkeit und Angehörigenbetreuung unterbreitet. Die Rechtsänderungen wurden vom Parlament relativ schnell beschlossen[86] und sie werden am 1. Juli 2021 in Kraft treten.

Familien organisieren in aller Regel ihre Betreuungsaufgaben langfristig und koordinieren diese mit ihrer Erwerbtätigkeit. Zu Schwierigkeiten kommt es aber immer wieder, wenn ein Kind oder eine andere nahe angehörige Person plötzlich erkrankt und deshalb unerwartet einer besonderen Betreuung bedarf, oder wenn die normalerweise betreuende Drittperson plötzlich ausfällt. Es ist schon lange in Lehre und Praxis anerkannt, dass die Pflege eines plötzlich erkrankten Kindes oder nahen Angehörigen unter die Arbeitsverhinderung nach Art. 324*a* OR fällt und damit für eine beschränkte Zeit eine Lohnfortzahlungspflicht besteht.[87] Die Lohnfortzahlungspflicht besteht aufgrund des diesbezüglich klaren Gesetzestextes nicht bloss bei einer gesundheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, sondern auch wenn diese auf eine gesetzliche Pflicht zurück zu führen ist.[88] Seit dem 1. August 2000 hält Art. 36 Abs. 3 ArG fest, dass Arbeitnehmern mit Familienpflichten gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit im Umfang bis zu drei Tagen freizugeben ist. Aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, dass wenn eine familienrechtliche Pflicht zur Betreuung besteht, unter Umständen auch eine längere Zeit frei gegeben werden muss.[89] Die familienrechtliche Betreuungs*pflicht* einem Kind gegenüber geht der bloss vertraglichen Arbeitspflicht vor. Es wird aber selten eine Betreuungspflicht länger als drei Tage dauern, weil in dieser Zeit eine Drittbetreuung organisiert werden können sollte. Mit der Bestimmung im ArG hat sich bezüglich der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324*a* OR nichts geändert.

Der Gesetzgeber ist nunmehr einen Schritt weiter gegangen und hat diesen Anspruch auf Urlaub auch auf die Betreuung eines Familienmitglieds oder eines Lebenspartners mit gesundheitlicher Beeinträchtigung ausgedehnt.[90] Es handelt sich insofern um eine echte Neuerung, als bezüglich Familienangehörigen und Lebenspartnern kaum je eine gesetzliche Betreuungs*pflicht*

---

85 BBl 2019 4103 ff.

86 Gesetz vom 20. Dezember 2019.

87 Geiser/Müller/Pärli, Rz. 428; Streiff/Von Kaenel/Rudolph, Art. 324*a*/*b* OR, N. 20.

88 Art. 324*a* Abs. 1 OR.

89 Vgl. Wyler, in: Geiser/Von Kaenel/ Wyler (Hrsg.). Arbeitsgesetz, Stämpflis Handkommentar. Bern 2005, Art. 36 ArG, N. 7.

90 Art. 36 Abs. 3 ArG in der Fassung vom 20. Dezember 2019.

bestehen wird.[91] Der Anspruch ist auf drei Tage pro Ereignis begrenzt und, wenn es nicht um die Kinder geht, auf zehn Tage pro Jahr. Mit einer gleichzeitigen Änderung des Arbeitsvertragsrechts wurde bestimmt, dass gegenüber der Arbeitgeberin ein von Art. 324*a* OR unabhängiger Anspruch auf Lohnzahlung für diese Zeit besteht.[92] Entsprechend besteht der Anspruch auf Urlaub und Lohnfortzahlung, auch wenn bezüglich der Betreuung keine gesetzliche Pflicht besteht.

Auch der Kinderbetreuungsurlaub wurde ausgebaut. Neu haben Eltern, die ein Kind betreuen, das wegen einer Krankheit oder eines Unfalls gesundheitlich schwer beeinträchtigt ist, Anspruch auf einen Betreuungsurlaub von höchstens 14 Wochen, pro Ereignis. Der Urlaub ist innert einer Rahmenfrist von 18 Monaten zu beziehen. Sind beide Eltern erwerbstätig, hat jeder Elternteil nur Anspruch auf einen siebentägigen Urlaub, wobei sie allerdings den Anspruch vom Einen auf den anderen übertragen können.[93] Die Kosten dafür sind nun aber nicht von der Arbeitgeberin zu tragen. Vielmehr wurde dafür eine neue Leistung der Sozialversicherung geschaffen. Die Erwerbsersatzordnung richtet dafür Taggelder aus.[94]

Solange der Anspruch auf Betreuungsurlaub besteht, längstens aber während sechs Monaten ab dem Tag, an dem die Rahmenfrist dafür zu laufen beginnt, besteht eine Sperrfrist für Kündigungen durch die Arbeitgeberin.[95] Es lässt sich schwer begründen, warum der Gesetzgeber hier zum mittel der Sperrfrist gegriffen hat und nicht wie beim Vaterschaftsurlaub zur Verlängerung der Kündigungsfrist. Ebenfalls wenig sinnvoll ist, dass hier die Rahmenfrist 18 Monate beträgt, während es beim Vaterschaftsurlaub nur sechs Monate sind. In nebensächlichen Fragen, sollte die Gesetzgebung nicht unterschiedliche Regeln aufstellen, weil dies die Rechtsordnung nur bunter, nicht aber besser macht.

Es bleibt das Verhältnis zwischen der Betreuungsentschädigung nach Art. 16*i* ff. EOG und der Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Arbeitsvertragsrecht zu klären. Es besteht eine obligatorische Versicherung, so dass nicht Art. 324*a* sondern Art. 324*b* OR zur Diskussion steht. Klar dürfte sein, dass die Lohnzahlungen nach Art. 329*h* (Urlaub für die Betreuung Angehöriger) nicht auf die Zeiten nach Art. 324*a* OR anzurechnen sind. Es handelt

---

91 In seltenen Fällen ist allerdings möglich, dass die eheliche Beistandspflicht eine solche Betreuung gebietet (Art. 159 ZGB).

92 Art. 329*h* OR in der Fassung vom 20. Dezember 2019; vgl. BBl 2019 4132,

93 Art. 329*i* OR in der Fassung vom 20. Dezember 2019.

94 Art. 16*i* ff. EOG in der Fassung vom 20. Dezember 2019.

95 Art. 336*c* Abs. 1 Abst. c^{bis} OR in der Fassung vom 20. Dezember 2019.

sich um einen selbständigen Anspruch.[96] Bezüglich des durch die Sozialversicherung finanzierten Urlaubs für die Betreuung eines kranken Kindes ist aber zu beachten, dass die Bemessung der Betreuungsentschädigung nach den im EOG geltenden Regeln erfolgt. Das Taggeld beträgt 80 Prozent des vorangegangenen Lohnes und ist durch einen Höchstbetrag beschränkt.[97] Gemäss Art. 324*b* OR muss folglich die Arbeitgeberin die Differenz übernehmen, wenn die Betreuungsentschädigung nach EOG nicht 80% des Lohnes ausmacht.[98]

96 Botschaft, BBl 2019 4133 Ziff. 4.1.2.

97 Botschaft, BBl 2019 4137 Ziff. 4.1.3.4.

98 Botschaft BBl 2019 4138 Ziff. 4.1.3.6.

Öffentliches Auftragswesen

Peter Rechsteiner

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Peter Rechsteiner) 182
1. Rechtsetzung 182
2. Rechtsprechung des EuGH 182
a) EuGH: Ausschluss eines Anbieters aufgrund eines Unterauftragnehmers, der einen Ausschlussgrund erfüllt, nur bei Verhältnismässigkeit zulässig 182
b) EuGH: Ahndung von Verstössen gegen das Beschaffungsrecht gemäss nationalem Recht – Bestrafung sowohl des öffentlichen Auftraggebers als auch der Auftragnehmerin für Verstösse vor Inkrafttreten des nationalen Rechts – Verhältnismässigkeit 183
c) EuGH: Kooperationsvereinbarung zwischen zwei öffentlichen Auftraggeberinnen – liegt ein öffentlicher Auftrag vor? 184
d) EuGH: Zentrale Beschaffungsstellen – Anforderungen gemäss nationalem (italienischem) Recht im konkreten Fall zulässig? 186
e) EuGH: Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf eine Stadt als verantwortliche Gemeinde und Übertragung dieser Aufgaben auf eine vollständig im Eigentum der verantwortlichen Gemeinde stehenden Gesellschaft ohne Vergabeverfahren 187
f) EuGH: Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors – Begriff der Zusammenarbeit 187
g) EuGH: Sind nationale Rechtsvorschriften, welche die Möglichkeit zur Teilnahme an Vergabeverfahren auf Anbieter beschränken, die in bestimmten Rechtsformen errichtet worden sind, zulässig? 188
h) EuGH: Ist es zulässig, einer Unternehmung, die wegen einer begangenen Straftat mit einem Verbot der Teilnahme an Vergabeverfahren belegt wurde zu verwehren, sich zu rehabilitieren ? 189
i) EuGH: Angebot eines Anbieters mit einem Preis von null Euro – was der EuGH dazu zu sagen hat 189

II. Bedeutung für die Schweiz (Peter Rechsteiner) 190

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

1. Rechtsetzung

Für das Jahr 2020 sind in der EU keine neuen legislativen Akte zu verzeichnen.

Die EU-Kommission veröffentlichte am 11. März 2020 immerhin ein Arbeitsdokument zu den Kriterien der EU für ein umweltgerechtes öffentliches Beschaffungswesen für Datenzentren, Serverräume und Cloud-Dienste, um sicherzustellen, dass Ausrüstungen und Dienstleistungen im Zusammenhang mit Datenzentren auf umweltschonende Weise und im Einklang mit den Energie-, Klimaschutz- und Ressourceneffizienzzielen der EU beschafft werden[1].

2. Rechtsprechung des EuGH

a) EuGH: Ausschluss eines Anbieters aufgrund eines Unterauftragnehmers, der einen Ausschlussgrund erfüllt, nur bei Verhältnismässigkeit zulässig[2]

Die italienische Unternehmung Tim Spa – Direzione e coordinamento Vivendi SA (Tim) gab im Rahmen eines offenen Vergabeverfahrens ein Angebot ab und nannte drei Unterauftragnehmer. Im Laufe des Verfahrens ergab sich, dass einer der von Tim genannten Unterauftragnehmer die Vorschriften über das Recht von Menschen mit Behinderungen auf Arbeit nicht einhielt. Die öffentliche Auftraggeberin, die Consip SA, schloss deshalb Tim gestützt auf nationale italienische Vorschriften (offenbar ohne weitere Prüfung) aus dem Verfahren aus.

Der EuGH entschied, Art. 57 Abs. 4, lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU stehe einer nationalen Bestimmung nicht entgegen, „wonach der öffentliche Auftraggeber befugt oder sogar verpflichtet ist, den Wirtschaftsteilnehmer, der das Angebot eingereicht hat, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschliessen, wenn der in der dieser Vorschrift vorgesehene Ausschlussgrund in Bezug auf einen der im Angebot dieses Wirtschaftsteilnehmers genannten Unterauftragnehmer festgestellt wird." Unzulässig sei jedoch ein genereller und abstrakter automatischer Ausschluss, wie dies die italienische Gesetzgebung vorsehe. Diese verstosse insoweit gegen den Grundsatz der Verhält-

---

1 Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Kriterien der EU für das umweltorientierte öffentliche Beschaffungswesen für Dateizentren, Serverräume und Cloud-Dienste vom 11. März 2020, (SWD (2020) 55 final).

2 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-395/18, ECLI:EU:C:2020:58 – Vorabentscheidungsverfahren.

nismässigkeit, u.a. weil eine solche Regelung dem Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit nehme, gemäss Art. 57 Abs. 6 der Richtlinie 2014/24 nachzuweisen, dass er zuverlässig sei, wenngleich einer seiner Unterauftragnehmer einen Verstoss gegen die (nationalen) Vorschriften begangen habe.

b) EuGH: Ahndung von Verstössen gegen das Beschaffungsrecht gemäss nationalem Recht – Bestrafung sowohl des öffentlichen Auftraggebers als auch der Auftragnehmerin für Verstösse vor Inkrafttreten des nationalen Rechts – Verhältnismässigkeit[3]

Das seit 2015 geltende ungarische Recht sieht vor, dass bei Verstössen gegen die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungswesens eine sogenannte Schiedskommission angerufen werden kann, welche über die Verstösse und deren Folgen zu entscheiden hat. In zwei dem Urteil des EuGH zugrunde liegenden Angelegenheiten hatte diese Schiedskommission sowohl der Vergabestelle als auch der beauftragten Unternehmung Bussen auferlegt. Die entsprechenden Vergaberechtsverstösse hatten sich allerdings einige Zeit vor Inkrafttreten der entsprechenden ungarischen Rechtsgrundlagen ereignet.

Der EuGH entschied, dass „es der allgemeine Grundsatz der Rechtssicherheit" nicht zulasse, die seit 2015 geltenden Vorschriften rückwirkend anzuwenden, obschon das nationale Recht gerade dies vorsah (Rechtssachen C-496/18 und C-497/18).

In einer dritten Angelegenheit (Rechtssache C-263/19) hatte die ungarische Schiedskommission wegen unzulässiger Vertragsänderungen Bussen von ca. 258'941 Euro gegen die Vergabestelle und von ca. 226'573 gegen die Auftragnehmerin verhängt. Der EuGH entschied, das europäische Recht stehe einem solchen Sanktionensystem grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings sei bei der Festsetzung der Bussen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten, wobei das Verhalten und/oder die Handlungen der Parteien zu berücksichtigen seien. Bezüglich der Auftragnehmerin falle dabei etwa in Betracht, dass sie die Änderung des Vertrages vorgeschlagen bzw. dieser nahegelegt, ja sogar von der Auftragsgeberin verlangt habe, kein Vergabeverfahren durchzuführen. Demgegenüber könne die Höhe der Busse gegenüber der Auftragnehmerin nicht „vom Umstand abhängen, dass kein Vergabeverfahren durchgeführt

[3] EuGH, Urteil vom 26. März 2020 in den Rechtssachen C-496/18 und C-497/18, ECLI:EU:C:2020:240 – Vorabentscheidungsverfahren; EuGH, Urteil vom 14. Mai 2020 in der Rechtssache C-263/19, ECLI:EU:C:2020:373.

wurde, um den Vertrag zu ändern, da die Entscheidung über die Durchführung eines solchen Verfahrens allein in die Befugnis der öffentlichen Auftraggeberin fällt."

c) *EuGH: Kooperationsvereinbarung zwischen zwei öffentlichen Auftraggeberinnen – liegt ein öffentlicher Auftrag vor?*[4]

Dem Urteil des EuGH lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Das Land Berlin hatte zur Leitung von Feuerwehreinsätzen von einer privaten Auftragnehmerin eine Software erworben. Der entsprechende Vertrag erlaubte dem Land Berlin u.a., diese Software kostenlos an andere Behörden mit Sicherheitsaufgaben weiterzugeben. Am 10. September 2017 schloss das Land Berlin mit der Stadt Köln einen Softwareüberlassungsvertrag über die „entgeltfreie und dauerhafte Überlassung der Software". Gleichentags schlossen die gleichen Parteien einen sogenannten Kooperationsvertrag ab. Darin wurde u.a. vereinbart, dass die vorgenannte Software „um weitere fachliche Funktionalitäten als Modul erweitert werden und den anderen Kooperationspartnern zur kostenneutralen Nutzung überlassen werden" könne. Die ergänzenden und/oder aufbauenden Module sollten den Kooperationspartnern kostenneutral angeboten werden. Ferner hielten die Parteien fest: „Die Anpassung der Basissoftware sowie der Module an eigene Prozessabfolgen ist eigenständig zu beauftragen und zu finanzieren. [Der Kooperationsvertrag] ist nur mit dem [Softwareüberlassungsvertrag] als gemeinsames Dokument verbindlich."

Eine private Unternehmung leitete ein Rechtsmittelverfahren ein und beantragte, der Softwareüberlassungsvertrag und der Kooperationsvertrag sei wegen Nichteinhaltung der Vorschriften über öffentliche Aufträge als unwirksam zu erklären. Nach Ansicht dieser privaten Unternehmung stellte die Beteiligung der Stadt Köln an der Weiterentwicklung der ihr kostenfrei überlassenen Software einen ausreichenden geldwerten Vorteil dar, so dass diese Verträge entgeltlich seien. Mit Entscheid vom 20. März 2018 erklärte die Vergabekammer Rheinland das Rechtsmittel für unzulässig, weil es sich bei den Verträgen mangels Entgeltlichkeit nicht um einen öffentlichen Auftrag handle. Insbesondere fehle in der fraglichen Zusammenarbeit die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

Die private Unternehmung gelangte in der Folge an das Oberlandesgericht Düsseldorf und machte erneut geltend, der Kooperationsvertrag sei ein ent-

[4] EuGH, Urteil vom 28. Mai 2020 in der Rechtssache C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 – Vorabentscheidungsverfahren.

geltlicher Vertrag. Das Land Berlin wolle nämlich aus der Überlassung der fraglichen Software einen finanziellen Vorteil ziehen, da die Stadt Köln verpflichtet sei, dem Land Berlin die von ihr entwickelten ergänzenden oder aufbauenden Softwaremodule kostenlos zur Verfügung zu stellen. Ausserdem habe die Vegabekammer Rheinland zu Unrecht nicht berücksichtigt, dass die Beschaffung der Basissoftware die Beauftragung des Herstellers mit Folgeaufträgen nach sich ziehe, da nur dieser in der Lage sei, die Software anzupassen sowie deren Wartung und Pflege sicherzustellen.

Der EuGH hielt in seinen Ausführungen u.a. fest, die Analyse der beiden Verträge ergebe, dass „der Softwareüberlassungsvertrag und der Kooperationsvertrag synallagmatisch" seien, „da die kostenlose Überlassung der Software eine gegenseitige Verpflichtung zur Weiterentwicklung dieser Software begründet, wenn die möglichst optimale Nutzung des Einsatzleitsystems und dessen ständige Anpassung an die Bedürfnisse eine solche Entwicklung erfordern, die sich in der Finanzierung ergänzender konkretisiert, die anschliessend dem Partner entgeltfrei zur Verfügung gestellt werden müssen." Der EuGH überliess aber die abschliessende Beurteilung der Frage, ob ein synallagmatisches Verhältnis vorliege, dem Oberlandesgericht Düsseldorf.

Weiter führte der EuGH aus: „Da die Anpassung der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Software durch einen der Partner von offenkundigem finanziellen Interesse ist, wäre, wenn das vorliegende Gericht zu dem Ergebnis gelangen sollte, dass das aus dem Softwareüberlassungsvertrag und dem Kooperationsvertrag bestehende Vertragswerk synallagmatisch ist, davon auszugehen, dass diese Verträge als entgeltliche Verträge geschlossen wurden, so dass die […] Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags erfüllt wären."

Auf ein entsprechendes Ersuchen des Oberlandesgerichts Düsseldorf äusserte sich der EuGH auch zur Frage, ob eine Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24 ausgenommen sein könne, wenn sich die Zusammenarbeit „auf Tätigkeiten bezieht, die zu den von jedem an der Zusammenarbeit Beteiligten – und sei es allein – zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen akzessorisch sind, sofern diese Tätigkeiten der wirksamen Erbringung der öffentlichen Dienstleistungen dienen." Der EuGH bejahte diese Frage, überliess es dem Oberlandesgericht Düsseldorf jedoch zu überprüfen, ob „sich eine Software wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende" auf „den Rang einer rein akzessorischen Tätigkeit reduzieren lässt […]." Schliesslich hielt der EuGH auf eine entsprechende Frage der Vorinstanz auch fest, dass ein privater Anbieter „im Rahmen einer Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Auftraggebern nicht bessergestellt werden darf als sein Wettbewerber." Die Anpassung der Software stelle einen kom-

plexen Vorgang dar, deren Kosten mehrere Millionen ausmache. Der EuGH gab dem Oberlandesgericht Düsseldorf deshalb auf, es müsse erstens prüfen, „ob sowohl das Land Berlin als auch die Stadt Köln über den Quellcode der Software […] verfügen, zweitens, ob diese öffentlichen Auftraggeber im Fall der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Sicherstellung der Pflege, der Anpassung oder der Weiterentwicklung der Software potentiellen Bewerbern und Bietern den Quellcode übermitteln, und drittens, ob der Zugang allein zu dem Quellcode genügt, um sicherzustellen, dass an dem betreffenden Auftrag interessierte Wirtschaftsteilnehmer transparent, gleich und nicht diskriminierend behandelt werden."

d) EuGH: Zentrale Beschaffungsstellen – Anforderungen gemäss nationalem (italienischem) Recht im konkreten Fall zulässig?[5]

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

Italienische Gemeinden beteiligten sich an einer privatrechtlich organisierten Organisation, die als sogenannte Zentrale Beschaffungsstelle dienen sollte. An der Organisation waren auch Private beteiligt. Die Organisation sollte durch eine Entschädigung von je 1,5% der ausgeschriebenen Aufträge bezahlt werden; diese Entschädigung sollte durch die jeweiligen Zuschlagsempfänger bezahlt werden müssen.

Die zuständige italienische Antikorruptionsbehörde verbot deren Tätigkeit und erklärte die durch diese Organisation durchgeführten Vergabeverfahren als rechtswidrig. Begründet wurde dies damit, dass die Organisation nicht die nach italienischem Recht geltenden Anforderungen für Zentrale Beschaffungsstellen erfüllte.

Der EuGH kam in seinem Urteil zum Schluss, dass die Anforderungen des italienischen Rechts konform seien mit der Richtlinie 2004/18. Soweit nämlich das italienische Recht verlange, dass die Gemeinden nur rein öffentlich-rechtliche Organisationen als Zentrale Beschaffungsstellen beauftragen könnten, sei damit keine Benachteiligung von Wirtschaftsteilnehmern verbunden. Auch die italienische Vorschrift, dass die durch Gemeinden geschaffene Zentrale Beschaffungsstellen sich nur auf dem Gebiet der Gemeinden betätigen dürften, sei mit der Richtlinie 2004/18 vereinbar.

---

[5] EuGH, Urteil vom 4. Juni 2020 in der Rechtssache C-3/19, ECLI:EU:C:2020:423 – Vorabentscheidungsverfahren.

e) EuGH: Übertragung von öffentlichen Aufgaben auf eine Stadt als verantwortliche Gemeinde und Übertragung dieser Aufgaben auf eine vollständig im Eigentum der verantwortlichen Gemeinde stehenden Gesellschaft ohne Vergabeverfahren[6]

Zur Ausgangslage dieses Entscheids: Verschiedene finnische Gemeinden übertrugen mittels Kooperationsverträgen der Stadt Pori als „verantwortliche Gemeinde" die Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen. Diese beauftragte damit eine Organisation, die vollständig im Eigentum und unter vollständiger Kontrolle der Stadt Pori stand.

Der EuGH führte u.a. aus:

Die Übertragung der Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen auf die Stadt Pori stelle – vorbehältlich der näheren Prüfung durch das zuständige nationale Gericht – keinen öffentlichen Auftrag dar. Es stelle sich aber die Frage, ob es zulässig sei, dass die Stadt Pori als öffentlicher Auftraggeber eine Organisation in ihrem alleinigen Eigentum und unter ihrer alleinigen Kontrolle im Sinne einer inhouse-Vergabe auch mit Aufgaben beauftrage, welche die Bedürfnisse anderer Gemeinden decken, die mit der durch die Stadt Pori beigezogenen Organisation in keiner Verbindung standen. Der EuGH erachtete dies als zulässig, vorbehältlich einer Überprüfung durch das nationale Gericht.

f) EuGH: Öffentliche Aufträge zwischen Einrichtungen des öffentlichen Sektors – Begriff der Zusammenarbeit.[7]

In dieser Angelegenheit hatten die Landkreise Mayen-Koblenz und Cochem-Zell sowie die Stadt Koblenz dem Abfallzweckverband Rhein-Model-Eifel die Aufgabe übertragen, die in ihrem jeweiligen Gebiet anfallenden Abfälle zu verwerten und zu entsorgen. Der Abfallzweckverband übertrug als öffentlicher Auftraggeber einen Teil der übertragenen Aufgaben auf der Basis einer Vereinbarung ohne Vergabeverfahren wiederum dem Landkreis Neuwied. Die Unternehmung Remondis legte dagegen ein Rechtsmittel ein mit der Begründung, bei der zwischen dem Abfallzweckverband und dem Landkreis Neuwied handle es sich um einen unzulässige Direktvergabe eines öffentlichen Auftrags. Die zuständige Vergabekammer wies das Rechtsmittel als unzulässig zurück mit der Begründung, die vorgenannte Vereinbarung stelle eine Kooperation zweier öffentlicher Auftraggeber dar, die als solche nicht Gegenstand

---

6 EuGH, Urteil vom 18. Juni 2020 in der Rechtssache C-328/19, ECLI:EU:C:2020:483-Vorabentscheidungsverfahren.

7 EuGH, Urteil vom 4. Juni 2020 in der Rechtssache C-429/19, ECLI:EU:C:2020:436 – Vorabentscheidungsverfahren.

eines Nachprüfungsverfahrens sein könne. Dagegen erhob Remondis erneut Beschwerde an das Oberlandesgericht Koblenz mit der Begründung, die vorgenannte Vereinbarung stelle einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag dar.

Der EuGH befasste sich mit der Angelegenheit vor dem Hintergrund von Art. 12 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24. Dieser sieht vor, dass ein ausschliesslich zwischen zwei oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossener Vertrag nicht unter den Geltungsbereich der Richtlinie fällt, wenn er eine Zusammenarbeit zwischen den beteiligten öffentlichen Auftraggebern begründet oder erfüllt, um sicherzustellen, dass von ihnen zu erbringende öffentliche Dienstleistungen im Hinblick auf die Erreichung gemeinsamer Ziele ausgeführt werden. Der EuGH strich die Bedeutung des Begriffs „Zusammenarbeit" hervor. Dieser setze das Zusammenwirken aller Parteien für die Gewährleistung der von ihnen zu erbringenden öffentlichen Dienstleistungen voraus. Diese Voraussetzung sei aber nicht gegeben, wenn die Leistung eines oder mehrerer Partner einer Vereinbarung sich „auf eine blosse Erstattung von Kosten", wie in der vorgenannten Vereinbarung vorgesehen, beschränke. Eine Zusammenarbeit setze voraus, dass eine gemeinsame Strategie entwickelt werde und die beteiligten öffentlichen Auftraggeber gemeinsam ihren Bedarf und die Lösungen dafür definierten, was in der vorliegenden Angelegenheit gerade nicht der Fall sei. Der Ausnahmetatbestand gemäss Art. 12 Abs. 4 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24 sei – vorbehältlich einer näheren Prüfung durch das nationale Gericht – nicht erfüllt.

g) EuGH: Sind nationale Rechtsvorschriften, welche die Möglichkeit zur Teilnahme an Vergabeverfahren auf Anbieter beschränken, die in bestimmten Rechtsformen errichtet worden sind, zulässig?[8]

Eine nach italienischem Zivilgesetzbuch errichtete Stiftung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die im naturwissenschaftlichen Bereich tätig ist, stellte bei der italienischen Antikorruptionsbehörde den Antrag, in das Verzeichnis der zur Erbringung von Ingenieur- und Architekturdienstleistungen berechtigten Anbieter aufgenommen zu werden, was ihr die Behörde verweigerte, womit – gemäss italienischem Recht – der Stiftung die Teilnahme an Vergabeverfahren nicht möglich war. Denn das italienische Recht sah vor, dass die Dienstleistungen, um welche sich die Stiftung bewerben wollte, Anbietern ohne Gewinnerzielungsabsicht nicht zugänglich seien.

---

[8] EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 in der Rechtssache C-219/19, ECLI:EU:C:2020:470 – Vorabentscheidungsverfahren.

Der EuGH entschied, dass diese Gesetzgebung gegen die Richtlinie 2014/24/EU verstosse.

h) EuGH: Ist es zulässig, einer Unternehmung, die wegen einer begangenen Straftat mit einem Verbot der Teilnahme an Vergabeverfahren belegt wurde, zu verwehren, sich zu rehabilitieren ?[9]

Eine französische Unternehmung beantragte bei der zuständigen Institution die Aufhebung des Verbots der Teilnahme an Vergabeverfahren, was die Institution ablehnte.

Der EuGH entschied, dass die Richtlinie 2014/23 dahin auszulegen sei, dass es einem mit dem Verbot der Teilnahme an Vergabeverfahren belegten Anbieter möglich sein müsse, nachzuweisen, dass er Abhilfemassnahmen ergriffen hat, die geeignet sind, die Wiederherstellung seiner Zuverlässigkeit zu belegen.

i) EuGH: Angebot eines Anbieters mit einem Preis von null Euro – was der EuGH dazu zu sagen hat.[10]

Eine slowenische Unternehmung reichte ein Angebot für ein Los eines Auftrages mit dem Preis von null Euro ein. Die Vergabebehörde erachtete dieses Angebot als unzulässig und vergab das Los an die zweitplatzierte Unternehmung.

Der schliesslich mit der Angelegenheit befasste EuGH hielt fest, dass die „Richtlinie 2014/24 keine Rechtsgrundlage sein kann, auf die die Ablehnung eines Angebots mit einem vorgeschlagenen Preis von null Euro gestützt werden kann." Ein solches Angebot könne folglich nicht automatisch verworfen werden. Ein solches Angebot sei aber als „ungewöhnlich niedrig" im Sinne von Art. 69 der Richtlinie 2014/24 zu betrachten. Der Anbieter sei also durch die Vergabebehörde aufzufordern, das Angebot mit dem ungewöhnlich niedrigen Preis zu erläutern und sie könne ein solches Angebot nur ablehnen, wenn die Erläuterungen des Anbieters den niedrigen Preis nicht zufriedenstellend erklären könnten. Dabei könne allenfalls berücksichtigt werden, dass der Anbieter erkläre, „dass er im Fall der Annahme seines Angebots den Zugang zu einem neuen Markt oder zu Referenzen zu erhalten" gedenke.

---

9 EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 in der Rechtssache C-472/19, ECLI:EU:C:2020:468 – Vorabentscheidungsverfahren.

10 EuGH, Urteil vom 10. September 2020 in der Rechtssache C-367/19, ECLI:EU:C:2020:400 – Vorabentscheidungsverfahren.

II. Bedeutung für die Schweiz

Wie bereits in den Vorauflagen ausgeführt, sind weder die in den vorstehend besprochenen Urteilen erwähnten Rechtsgrundlagen der EU noch die dargestellte Rechtsprechung des EuGH für die Schweiz verbindlich.

Da die EU im Jahr 2020 keine neuen gesetzgeberischen Erlasse herausgegeben hat, kann nicht Neues berichtet werden.

Erneut 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.

Dieser Richtungswechsel hat sich bisher weder in der EU noch in der Schweiz in Gerichtsentscheiden niedergeschlagen. Man darf gespannt sein, wie der genannte Richtungswechsel in der *Vergabe*-Praxis vollzogen werden wird und zu welchen neuen Fragen dieser Richtungswechsel in der *Gerichts*-Praxis führen wird.

Die allfälligen Urteile des EuGH werden auch für die schweizerische Beschaffungs-Landschaft wertvolle Hinweise liefern, weshalb es sich mit Sicherheit auch in den nächsten Jahren lohnen wird, einen Blick in die EuGH-Rechtsprechung zu werfen.

Energie

Isabel Höhener/Brigitta Kratz

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Isabel Höhener) 192
1. Finanzierung 192
2. Klimaneutralität 194
a) Klimagesetz 194
b) Neuer Klimazielplan 195
c) Strategie zur Integration des Energiesystems 196
d) Wasserstoffstrategie 197
e) Strategie zur Verringerung der Methanemissionen 197
3. Energieinfrastruktur 198
a) Finanzierung spezifischer Projekte 198
b) Renovierungswelle 199
c) Offshore-Energie 200
d) Überarbeitung EU-Vorschriften über transeuropäische Energienetze 200
e) Koppelung Energiemärkte und Vereinheitlichung der Netz- und Marktkodizes 201
4. Kreislaufwirtschaft 202

II. Bedeutung für die Schweiz (Brigitta Kratz) 203
1. Energie- und Klimapolitik 206
a) Erneuerbare Energien 206
b) Verringerung der CO_2-Emissionen 208
c) Energieperspektiven 210
d) Energieeffizienz 211
aa) Allgemeines 211
bb) Wettbewerbliche Ausschreibungen 212
cc) Zielvereinbarungen 212
dd) Energieeffizienzvorschriften 212
ee) Gebäudebereich 213
2. Marktöffnung 213
a) Strom 213
b) Gas 214
3. Versorgungssicherheit 216
a) Strom 216
b) Energieinfrastrukturen 218
c) Gas 219
d) Kernkraft 219

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

Im Jahr 2020 stand energiepolitisch der am 11. Dezember 2019 geschlossene „Grüne Deal" im Fokus. Der damals vorgelegte Fahrplan zur Klimaneutralität 2050 soll nun in die Tat umgesetzt werden.[1] Die EU will bis im Jahr 2050 der erste klimaneutrale Kontinent der Welt werden. So wurde im Jahr 2020 u.a. ein Investitionsplan vorgestellt, das erste Klimagesetz vorgeschlagen, ein neuer Klimazielplan vorgestellt, eine Strategie für die Renovierungswelle, sowie Strategien für erneuerbare Energien vorangetrieben.[2]

Gemäss einer Eurobarometer-Umfrage ist für 94% der EU-Bürger der Schutz der Umwelt wichtig und 91% sind der Meinung, es sei ein ernstes Problem.[3] Der Bericht zur Lage der Energieunion hielt fest, dass die 27 vorgelegten nationalen Energie- und Klimapläne (NECP) vorzeigen, dass die Mitgliedstaaten in der Lage sind die gesetzten Ziele zu erreichen und zumeist gute Fortschritte machen. Der Energiebereich habe sich auch im Angesicht der Pandemie als robust erwiesen.[4]

1. Finanzierung

Da für die Erreichung des Klimaziels erhebliche Investitionen notwendig werden, hat die Europäische Kommission am 14. Januar 2020 einen Investitionsplan vorgestellt für ein zukunftsfähiges Europa, welches gleichzeitig einen Mechanismus für einen gerechten Übergang vorsieht. Der Finanzplan legt dar, wie die im Rahmen des europäischen Grünen Deals gesetzten Ziele finanziert werden. Dazu sollen sowohl öffentliche als auch private Mittel beitragen. Der Investitionsplan stützt sich auf drei Dimensionen:

---

1 Siehe Höhener Isabel, Energie, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 199.

2 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, der europäische Gründe Deal, Anhang, Fahrplan vom 11. Dezember 2019, 1 ff., COM(2019) 640 final.

3 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3. März 2020, IP/20/331.

4 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. Oktober 2020, IP/20/1837.

- Finanzierung: Mobilisierung von mindestens 1 Billion EUR an nachhaltigen Investitionen in den nächsten zehn Jahren.
- Schaffung der Voraussetzungen: Es sollen Anreize für die Mobilisierung und Neuausrichtung öffentlicher und privater Investitionen geschaffen werden.
- Praktische Unterstützung.[5]

Zudem wurde ein sog. „Mechanismus für den gerechten Übergang" geschaffen. Dieser soll gezielte Unterstützung für die durch den Übergang zu einer klimaneutralen Wirtschaft am stärksten betroffenen Regionen bieten, bzw. die sozioökonomischen Auswirkungen abfedern. Hierzu werden mindestens 100 Mrd. EUR im Zeitraum 2021–2027 mobilisiert werden.[6] So werden notwendige Investitionen ermöglicht werden, um Arbeitnehmern und Gemeinschaften zu helfen, die von Arbeitsplätzen im Zusammenhang mit fossilen Brennstoffen abhängig sind.[7] Hierfür gibt es drei Hauptfinanzierungsquellen: 1. Einen Fonds für den gerechten Übergang, welcher mit EU-Mitteln in der Höhe von 7.5 Mrd. EUR ausgestattet wird.[8] 2. Weitere 45 Mrd. EUR sollen mit einer speziellen Übergangsregelung im Rahmen von „InvestEU" mobilisiert werden. 3. Eine Darlehensfazilität bei der Europäischen Investitionsbank in der Höhe von 25 bis 30 Mrd. EUR, welche durch den EU-Haushalt abgesichert ist, soll als Darlehen an den öffentlichen Sektor verwendet werden (z.B. Renovierung von Gebäuden, Fernwärmenetze).[9,10] Am 29. Juni 2020 wurde zudem die Plattform für einen gerechten Übergang (JTP) gestartet. Die Plattform dient als Unterstützung für die Mitgliedstaaten, ihre gebietsspezifischen Pläne diesbezüglich auszuarbeiten und ihnen den Zugang zu den Finanzmitteln aus dem über 150 Mrd. EUR schweren Mechanismus zu erleichtern.[11]

Am 3. Juni 2020 forderte die Europäische Kommission dazu auf, Vorschläge im Rahmen des Innovationsfonds einzureichen. Der Fonds dient als Demonstrationsprogramm für innovative CO_2-arme Technik. Er wird durch die Einnahmen aus der Versteigerung von Emissionszertifikaten im Rahmen des EU-Emissionshandelssystems gespeist. Im Zuge dieser ersten Aufforderung zur Einreichung von Vorschlägen, werden Finanzhilfen in der Höhe von 1 Mrd. EUR für

---

5 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. Januar 2020, IP/20/17.

6 IP/20/17.

7 IP/20/17.

8 Siehe auch Europäische Kommission-Fragen und Antworten vom 15. Januar 2020, QANDA/20/2016.

9 IP/20/17.

10 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 28. Mai 2020, IP/20/930.

11 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 26. Juni 2020, IP/20/1201.

Grossvorhaben im Bereich der sauberen Technologien vergeben.[12] Ähnlich wie der Fonds sollen durch die EU weitere 1 Mrd. EUR (durch Horizont 2020 finanziert) in Forschungs- und Innovationsprojekte investiert werden, um auf die Klimakrise zu reagieren und dazu beizutragen, Europas einzigartige Ökosysteme und seine biologische Vielfalt zu schützen. Am 17. September 2020 forderte die Europäische Kommission daher dazu auf, Vorschläge für solche Projekte einzureichen.[13]

2. Klimaneutralität

a) Klimagesetz

Am 4. März 2020 wurde ein Vorschlag für ein neues Klimagesetz vorgelegt.[14] Das gesetzte Ziel bis 2050 klimaneutral (netto) zu werden soll so rechtlich verankert werden und Planungssicherheit schaffen.[15] Gleichzeitig wurde die öffentliche Konsultation zum geplanten Europäischen Klimapakt gestartet.[16] Die Kommission will einen Klimapakt ins Leben rufen, um alle Gesellschaftsschichten mit einzubinden und Verhaltensänderungen herbeizuführen.

Das Klimagesetz sieht auch Massnahmen vor, um die Fortschritte der vorgenommenen Handlungen zu verfolgen. Zu den gesetzten Zielen des Klimagesetzes gehören:

- Neue EU-Zielvorgabe bis 2030 (siehe unten).
- Bis 2021 Prüfung der Politikinstrumente und Vorschlag einer Überarbeitung, damit die Zielvorgabe 2030 erreicht werden kann. So wird die Kommission u.a. vorschlagen, die Richtlinie über das EU-Emissionshandelssystem, die Lastenteilungsverordnung, die Verordnung über Landnutzung, Landnutzungsänderung und Forstwirtschaft, die Energieeffizienz-Richtlinie und die CO_2-Emissionsnormen für Personenkraftwagen und leichte Nutzfahrzeuge zu überprüfen.[17]
- Neuer Zielpfad für die Verringerung der Treibhausgasemissionen von 2030 bis 2050.

---

12 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 3. Juli 2020, IP/20/1250.

13 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 17. September 2020, IP/20/1669.

14 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), COM(2020) 80 final.

15 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 4. März 2020, IP/20/335.

16 IP/20/335.

17 Europäische Kommission-Fragen und Antworten vom 4. März 2020, QANDA/20/336.

- Bis 2023 und danach alle fünf Jahre; Prüfung, ob die Massnahmen der EU und der Mitgliedstaaten mit dem Ziel der Klimaneutralität und dem Zielpfad 2030–2050 vereinbar sind.
- Die Kommission hat die Befugnis, entsprechende Empfehlungen auszusprechen.
- Die Mitgliedsstaaten werden verpflichtet, Anpassungsstrategien zu entwickeln und umzusetzen.[18]

b) Neuer Klimazielplan

Am 17. September 2020 legte die Europäische Kommission sodann den Klimazielplan für 2030 vor. Neu sollen Treibhausgasemissionen in der EU bis 2030 gegenüber 1990 um mindestens 55% gesenkt werden, anstatt des bisherigen Ziels von 40%,[19] da die bisherigen Massnahmen nicht ausreichen würden, um bis 2050 die Klimaneutralität zu erreichen. Der Legislativvorschlag zum Klimagesetz wurde entsprechend diesen neuen Zielvorgaben auch überarbeitet.[20] Das Europäische Parlament und der Europäische Rat wurden ersucht, dieses neue Ziel der EU im Rahmen des Übereinkommens von Paris zu bestätigen. Bis Juni 2021 sollen neue Legislativvorschläge gemacht werden, mit denen das neue Ziel umgesetzt werden kann so u.a. Überarbeitung und Auswertung des EU-Emissionshandelssystems, Anpassung der Lastenteilungsverordnung und des Rahmens für die Emissionen aus Landnutzung, Ausbau von Massnahmen in den Bereichen der Energieeffizienz und erneuerbare Energien, sowie Verschärfung der CO_2-Normen für Strassenfahrzeuge.[21] Später werden zudem weitere Rechtsvorschriften im Hinblick auf dieses neue Ziel überprüft, so die Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, die Ökodesign-Richtlinie, TEN-E und TEN-V, sowie die Richtlinie über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe und die Verordnung über das Governance-System für die Energieunion und den Klimaschutz.[22]

Gleichentags hat die Europäische Kommission eine Bewertung der nationalen Energie- und Klimapläne der Mitgliedstaaten für den Zeitraum 2021–2030 abgegeben. Die Bewertung zeigt, dass die EU ihr bisheriges Ziel von 40% über-

---

18 IP/20/335.

19 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 17. September 2020, IP/20/1599.

20 Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1999 (Europäisches Klimagesetz), COM(2020) 563 final.

21 IP/20/1599.

22 Europäische Kommission-Fragen und Antworten vom 17. September 2020, QANDA/20/1598.

treffen dürfte, für die Erreichung des neuen Zieles es jedoch weiterer Anstrengungen bedarf.[23] Eine Überarbeitung der Pläne ist für 2023 geplant.[24] Es wird geschätzt, dass bei einem Reduktionsziel von 55% die jährlichen Investitionen in das Energiesystem in den kommenden zehn Jahren (2021–2030) um rund 350 Mrd. EUR höher liegen werden, als in den vergangenen zehn Jahren (2011–2020).[25]

Um das Ziel der Verringerung der Treibhausgasemissionen um mindestens 55% zu erreichen, soll der Anteil an erneuerbaren Energien erhöht werden, zwischen 38% und 40% des Bruttoendverbrauchs. Bis im Jahr 2030 sollen weniger als 20% der Stromerzeugung der EU aus fossilen Brennstoffen betragen.[26] Deshalb muss Europa sein Energiesystem umgestalten. 75% der Treibhausgasemissionen in der EU entfallen auf das Energiesystem.[27] Aus diesem Grund wurde im Jahr 2020 eine Strategie zur Integration des Energiesystems, eine Wasserstoffstrategie und eine Methanstrategie ins Leben gerufen.

c) Strategie zur Integration des Energiesystems

Im Rahmen der Strategie zur Integration des Energiesystems soll ein stärkeres kreislauforientiertes Energiesystem geschaffen werden, dessen zentraler Bestandteil die Energieeffizienz ist. Die Elektrifizierung der Endverbrauchersektoren soll gestärkt werden (Wärmepumpen in Gebäuden, Elektrofahrzeuge, Netz von Ladestationen, Ausbau Wind- und Solarkraft). Andere Sektoren, in denen eine Elektrifizierung schwierig ist, sollen auf sauberere Brennstoffe wie z.B. auf erneuerbaren Wasserstoff, nachhaltige Biokraftstoffe und Biogas umschalten. Die Europäische Kommission beabsichtigt hierfür ebenfalls ein neues Klassifizierungs- und Zertifizierungssystem einzuführen.[28] Achtunddreissig Massnahmen sollen zur Schaffung eines stärker integrierten Energiesystems beitragen, dazu gehören die Überarbeitung der bestehenden Rechtsvorschriften, finanzielle Unterstützung, Forschung und Entwicklung, Leitlinien für die Mitgliedstaaten zu steuerlichen Massnahmen und dem Auslaufen von Subventionen für fossile Brennstoffe, Reform der Marktsteuerung und Infrastrukturplanung und bessere Informationen für Verbraucherinnen und Verbraucher.[29]

---

23 IP/20/1599.

24 QANDA/20/1598.

25 QANDA/20/1598.

26 QANDA/20/1598.

27 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 8. Juli 2020, IP/20/1259.

28 IP/20/1259.

29 IP/20/1259.

d) Wasserstoffstrategie

Zur Dekarbonisierung soll vermehrt auf Wasserstoff gesetzt werden.[30] Wasserstoff soll Sektoren mit Energie versorgen, welche nicht für die Elektrifizierung geeignet (z.B. Stahlerzeugung) sind, sowie Energie speichern, um variable Energieflüsse aus erneuerbaren Energieträgern auszugleichen.[31] Von 2020 bis 2024 sollen Elektrolyseure mit einer Elektroleistung von mindestens 6 Gigawatt und die Erzeugung von 1 Million Tonnen erneuerbaren Wasserstoff installiert werden.[32] Von 2025 bis 2030 soll Wasserstoff zu einem wesentlichen Bestandteil des integrierten Energiesystems werden (mindestens 40 Gigawatt installiert und bis zu 10 Millionen Tonnen erneuerbaren Wasserstoff erzeugt).[33] Ebenfalls ins Leben gerufen wurde daher die Europäische Allianz für sauberen Wasserstoff, an welcher die führenden Vertreter der Industrie, die Zivilgesellschaft, Minister der nationalen und regionalen Ebene und die Europäische Investitionsbank beteiligt sind. Die Allianz soll die Investition der Wasserstoffstrategie fördern.[34] Es soll auch auf die gemeinsame Einführung von Normen, Terminologien und Zertifizierungen hingearbeitet werden.[35]

e) Strategie zur Verringerung der Methanemissionen

Mit der EU-Strategie zur Verringerung der Methanemissionen soll der Ausstoss des zweitstärksten Treibhausgases nach Kohlendioxid bekämpft werden. Insbesondere wird die Messung von und die Berichterstattung über Methanemissionen verbessert werden.[36] Zudem werden eine Verpflichtung zur besseren Erkennung und Reparatur von Leckagen in der Gasinfrastruktur vorgeschlagen, sowie Rechtsvorschiften erwogen, mit denen Praktiken wie das routinemässige Abfackeln und Ablassen von Gasen verboten wird.[37] Auch soll die Lastenverteilungsverordnung überprüft werden und allfällig der Anwendungsbereich der Richtlinie über Industrieemissionen auch auf Methan ausgeweitet werden, welches bisher noch nicht darunter fiel.[38] Methanemissionen

---

30 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine Wasserstoffstrategie für ein klimaneutrales Europa COM(2020) 301 final.

31 IP/20/1259.

32 IP/20/1259.

33 IP/20/1259.

34 IP/20/1259.

35 IP/20/1259.

36 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. Oktober 2020, IP/20/1833.

37 IP/20/1833.

38 IP/20/1833.

aus landwirtschaftlichen Abfällen können zur Erzeugung von Biogas verwendet werden.[39] Hierzu beabsichtigt man, u.a. auch die Erneuerbare Energien-Richtlinie bis Juni 2021 zu überarbeiten, um die Entwicklung des Biogasmarktes zu beschleunigen.[40] Zudem wird in Partnerschaft mit dem Umweltprogramm der vereinten Nationen (UNEP), der Koalition für Klima und saubere Luft (CCAC) und der Internationalen Energieagentur (IEA) die Einrichtung einer unabhängigen internationalen Beobachtungsstelle für Methanemissionen unterstützt, welche u.a. einen Methanemissionsindex entwickeln soll.[41]

3. Energieinfrastruktur

Zur Umstellung auf eine saubere und moderne Wirtschaft in Europa wird die europäische Infrastruktur an die künftigen Erfordernisse des Energiesystems angepasst.[42]

a) Finanzierung spezifischer Projekte

Am 1. Oktober 2020 haben die EU-Mitgliedstaaten dem Vorschlag der Europäischen Kommission zugestimmt, 990 Mio. EUR in wichtige europäische Energieinfrastrukturvorhaben im Rahmen der Fazilität „Connecting Europe" zu investieren (Vorhaben von gemeinsamem Interesse, die sog. PCI-Liste wurde im Oktober 2019 veröffentlicht, die nächste Liste soll Anfang 2021 veröffentlicht werden).[43] 84% des Betrages sind für den Bereich Stromversorgung und intelligente Netze vorgesehen. Es werden Finanzhilfen in diesem Rahmen für zehn Vorhaben bereitgestellt.[44] Für das Vorhaben zur Synchronisation der Stromnetzte der baltischen Staaten (Phase II) ist der höchste Betrag von 720 Mio. EUR vorgesehen. 102 Mio. EUR erhält das Projekt Danube Ingrid für intelligente Stromnetze in Ungarn und in der Slowakischen Republik. Ebenfalls mit 102 Mio. EUR wird das Vorhaben Pathos für ein CO_2-Transportnetz, wo an drei wichtigen Europäischen Häfen (Rotterdam, Antwerpen und North Sea Port) ein offener Zugang zum CO_2 Transportnetz der zu einer CO_2-Lagerstätte in der Nordsee führt unterstützt werden. Weiter wird eine Erdgasver-

39 Europäische Kommission-Fragen und Antworten vom 14. Oktober 2020, QANDA/20/1834.

40 QANDA/20/1834.

41 QANDA/20/1834.

42 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 2. Oktober 2020, IP/20/1803.

43 IP/20/1803; siehe auch Höhener Isabel, Energie, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 204 f.

44 IP/20/1803.

bindungsleitung zwischen Bulgarien und Serbien mit 28 Mio. EUR und das Vorhaben North Sea Wind Power Hub mit 14 Mio. EUR (Offshore-Windkraftanlagen in der Nordsee) unterstützt.[45]

b) Renovierungswelle

Die von der Europäischen Kommission ebenfalls im Oktober 2020 veröffentlichte Strategie für eine Renovierungswelle soll die Energieeffizienz von Gebäuden verbessern und so zum neuen Reduktionsziel von 55% bis 2030 beisteuern. Beabsichtigt ist, die Renovierungsquote in den nächsten zehn Jahren mindestens zu verdoppeln und so mehr Energie- und Ressourceneffizienz zu erreichen.[46] 40% des Energieverbrauchs in der EU fallen auf Gebäude und machen 36% der durch den Energieverbrauch erzeugten Treibhausgasemissionen aus.[47] Viele der Gebäude in der Europäischen Union etwa 85% (über 220 Millionen Gebäude) wurden vor dem Jahr 2001 errichtet und sind nicht für die derzeitigen und zukünftigen Veränderungen gerüstet.[48] Momentan werden in der EU lediglich 1% des Gebäudebestandes energieeffizient renoviert, diese Quote soll bis 2030 mindestens verdoppelt werden.[49] Die Strategie setzt in drei Bereichen Prioritäten: Dekarbonisierung von Wärme- und Kälteerzeugung, Bekämpfung der Energiearmut und Massnahmen für Gebäude mit der geringsten Energieeffizienz, sowie Renovierung öffentlicher Gebäude.[50] Zur Umsetzung der Strategie sollen strengere Vorschriften, Standards und Informationen in Bezug auf die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, Finanzierungen leichter zugänglich gemacht werden, Ausbau der Kapazitäten für Renovierungen, Ausweitung des Marktes für nachhaltige Bauprodukte und Bauleistungen, Projekt „neues Europäisches Bauhaus“ (siehe sogleich), sowie die Entwicklung von quartierbezogenen Konzepten inkl. Initiative für bezahlbaren Wohnraum geschaffen werden.[51] Für Juni 2021 wird erwogen, in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie ein Mindestniveau an Energie aus erneuerbaren Quellen in Gebäuden einzuführen, zudem soll der Ökodesign-Rahmen weiterentwickelt werden.[52] Weiter werden die Energieeffizienzrichtlinie und die Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden überprüft und schrittweise verbindliche Mindestvorgaben für die Gesamtenergieeffizienz

---

45 IP/20/1803.

46 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. Oktober 2020, IP/20/1835.

47 IP/20/1835.

48 Europäische Kommission-Fragen und Antworten vom 14. Oktober 2020, QANDA/20/1836.

49 IP/20/1835; QANDA/20/1836.

50 IP/20/1835.

51 IP/20/1835.

52 IP/20/1835.

bestehender Gebäude eingeführt werden. Die Europäische Kommission geht davon aus, dass zur Erreichung der „Renovierungswelle" bzw. ihrer Ziele jährlich rund 275 Mrd. EUR investiert werden müssen.[53]

Dem interdisziplinären Projekt „ein neues Europäisches Bauhaus" steht ein Beratungsgremium aus externen Sachverständigen aus Wissenschaft, Architektur, Design, Kunst, Planung und Zivilgesellschaft vor. Das Projekt hat zum Ziel erschwingliche, ästhetische, grüne und digitale Lösungen, Technologien und Produkte voranzutreiben.[54]

c) Offshore-Energie

Am 19. November 2020 wurde die EU-Strategie für erneuerbare Offshore-Energie vorgestellt. Die Offshore-Windenergiekapazität Europas beträgt derzeit 12 GW und soll bis 2030 auf mindestens 60 GW und bis 2050 auf 300 GW ausgebaut werden.[55] Bis 2050 ist weiter geplant, 40 GW durch Meeresenergie sowie durch Energie neuer Technologien wie schwimmende Wind- und Solaranlagen zu ergänzen. Bis März 2021 sind die Küstenstaaten der EU verpflichtet, die Ziele für die Entwicklung erneuerbarer Offshore-Energie in die nationalen maritimen Raumordnungspläne aufzunehmen. Im Rahmen der Überarbeitung der TEN-E Verordnung[56] will die Europäische Kommission auch einen Rahmen für die langfristige Offshore-Netzplanung vorschlagen.[57] Die Europäische Kommission geht davon aus, dass Investitionen von knapp 800 Mrd. EUR erforderlich sein werden. Hierzu präzisierte die Europäische Kommission auch die Vorschriften für den Strommarkt und wird prüfen, ob noch weitere spezifische gezielte Vorschriften erforderlich sind.[58]

d) Überarbeitung EU-Vorschriften über transeuropäische Energienetze

Weiter hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für überarbeitete EU-Vorschriften über transeuropäische Energienetze (TEN-E Verordnung)

---

53 QANDA/20/1836.

54 QANDA/20/1836 vom 14. Oktober 2020; Europäische Kommission-Announcement, AC/20/1916 vom 15. Oktober 2020.

55 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 19. November 2020, IP/20/2096.

56 Verordnung (EU) Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 713/2009, (EG) Nr. 714/2009 und (EG) Nr. 715/2009, ABl L 115/39.

57 IP/20/2096.

58 IP/20/2096.

vorgelegt.[59] Sie soll die Modernisierung der grenzüberschreitenden Energieinfrastrukturen und die Umsetzung der Ziele des europäischen grünen Deals weiter vorantreiben.[60] Die Europäische Kommission schlägt folgende Punkte vor:

- Anforderung, dass alle Vorhaben obligatorische Nachhaltigkeitskriterien erfüllen müssen;
- aktualisierte Kategorien von Infrastrukturen;
- Offshore-Stromnetze als neuer Schwerpunkt;
- Wasserstoffinfrastrukturen als weiterer neuer Schwerpunkt;
- verbesserte Vorschriften zur Förderung der Verbreitung intelligenter Stromnetze;
- neue Bestimmungen für Investitionen in intelligente Netze;
- weitere Massnahmen zur Modernisierung der Stromnetze und zur Stromspeicherung;
- Bestimmungen für Verbindungsleitungen zwischen der EU und Drittstaaten;
- Überarbeiteter Governance-Rahmen;
- Massnahmen zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren.[61]

Mit Annahme der TEN-E Verordnung im Jahre 2013 wurde ein Konzept für die grenzüberschreitende Energieinfrastrukturplanung eingeführt.[62] Die Verordnung förderte die Entwicklung der sog. Projects of Common Interest (PCI), welche die Energienetze der Mitgliedstaaten miteinander verbinden. In der überarbeiteten TEN-E Verordnung kommen Erdgasinfrastrukturen und Ölpipelines nicht mehr als PCI in Betracht.[63]

e) Koppelung Energiemärkte und Vereinheitlichung der Netz- und Marktkodizes

Die Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACER) trägt zum Funktionieren des europäischen Strom- und Gasmarktes bei und unterstützt/koordiniert insbesondere die nationalen Regulierungsbehörden. Gemäss ACER konnte eine gute Entwicklung bezüglich der Integration der

---

59 Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 347/2013 COM(2020) 824 final.

60 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 15. Dezember 2020, IP/20/2394.

61 IP/20/2394.

62 Europäische Kommission-Fragen und Antworten vom 15. Dezember 2020, QANDA/20/2393.

63 QANDA/20/2393.

europäischen Gas- und Stromgrosshandelsmärkte verzeichnet werden. Etwa 75% des in der EU konsumierten Gases konnte vom integrierten Markt profitieren. Es sind jedoch immer noch Probleme wegen der verzögerten Marktkoppelung und dem unzureichenden Gebrauch der Interconnektoren zu verzeichnen. Der Einzelhandelsmarkt verzeichnet zwischen den EU-Mitgliedstaaten immer noch zu grosse Unterschiede bezüglich des Preises für Energie und der Partizipation der Endverbraucher.[64]

Im Jahr 2020 wurden keine neuen Netz- und Marktkodizes erlassen. Eine Übersicht über die aktuellen Entwicklungen diesbezüglich findet sich auf den Websites der ACER und dem Europäischen Verband für die Übertragungsnetzbetreiber im Stromsektor (ENTSO-E), sowie dem Verband Europäischer Fernleitungsnetzbetreiber für Gas (ENTSO-G).[65]

4. Kreislaufwirtschaft

Die Europäische Kommission hat am 11. März 2020 einen neuen Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft vorgestellt. Die Europäische Kommission beabsichtigt, Rechtsvorschriften für eine nachhaltige Produktionspolitik vorzuschlagen, welche sicherstellen sollen, dass die in der EU in Verkehr gebrachten Produkte so konzipiert sind, dass sie über eine längere Lebensdauer verfügen, leichter wiederverwendet, repariert und recycelt werden können und möglichst aus recyclierten Materialen hergestellt werden. Die Rechte der Verbraucher sollen in diesem Zusammenhang gestärkt werden, sodass diese besseren Zugang zu Informationen über Reparierbarkeit und Haltbarkeit von ihren Produkten erhalten und insbesondere ein „Recht auf Reparatur" erhalten.[66] Die Vorschriften haben auch zum Ziel, die Hersteller nach Massgabe ihrer Nachhaltigkeitsleistung zu belohnen und Anreize für ein hohes Leistungsniveau zu schaffen.[67] Im Sinne des Vorantreibens dieser Kreislaufwirtschaft hat die Europäische Kommission eine Modernisierung der EU-Rechtsvorschriften für Batterien vorgeschlagen.[68]

---

64 Pressemitteilung ACER und CEER, PR-02-20 und PR 20-04 vom 28. Oktober 2020.

65 Abrufbar unter: <https://acer.europa.eu/en/Electricity/Pages/default.aspx> (Strom); <https://acer.europa.eu/en/Gas/Pages/Network-Codes.aspx> (Gas); <https://www.entsoe.eu/network_codes/news/> (Strom); <https://www.entsog.eu/network-codes-and-guidelines> (Gas); siehe auch Höhener Isabel, Energie, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 200.

66 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 11. März 2020, IP/20/420.

67 Europäische Kommission-Fragen und Antworten vom 11. März 2020, QANDA/20/419.

68 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 10. Dezember 2020, IP/20/2312.

II. Bedeutung für die Schweiz

Der Blick auf die aktuellen Stossrichtungen der europäischen Energiepolitik (Green Deal, d.h. ganzheitlicher, Sektoren integrierender Ansatz der Energiepolitik mit einer Wasserstoffstrategie) führt vor Augen, dass die Stossrichtungen der schweizerischen Energiepolitik mit der Energiestrategie 2050 (ES2050) und dem 2020 verabschiedeten CO_2-Gesetz im grossen Ganzen zwar dieselben sind, dass die Schweiz den europäischen Entwicklungen in einzelnen – aber nicht unwesentlichen – Belangen doch hinterher hinkt.

Eine *Priorisierung der Klimaziele* ist auch hierzulande mittlerweile eine klare Stossrichtung der Energiepolitik des Bundes: Für die Umsetzung des Übereinkommens von Paris braucht es ein Netto-Null-Ziel für Treibhausgasemissionen bis 2050. Dieses Ziel hat der Bundesrat im August 2019 festgelegt; die entsprechende langfristige Klimastrategie folgte Anfang 2021. Die zum Ziel führenden Emissionspfade stützen sich dabei auf die jüngsten Energieperspektiven des Bundesamtes für Energie BFE, welche Ende November 2020 veröffentlicht wurden und in welchen verschiedene Szenarien mit entsprechenden Absenkungspfaden vorgesehen sind.

Die Eidgenössischen Räte haben in der Herbstsession 2020 die Totalrevision des CO_2-Gesetzes für die Zeit nach 2020 im zweiten Anlauf – drei Jahre, nachdem die Vorlage ans Parlament ging – nunmehr verabschiedet. Gegen dieses Gesetz wurde im Januar 2021 nun aber wie angekündigt das Referendum ergriffen. Das bedeutet, dass das Schweizer Stimmvolk – im Juni 2021 – darüber entscheiden wird, ob es mit der Klimapolitik des Bundesrates und des Parlaments sowie mit den beschlossenen Massnahmen einverstanden ist.

Im Übrigen ist die Schweiz daran, die vom Volk mehrheitlich unterstützte *ES2050 des Bundes umzusetzen*, und wird ihre Ziele teilweise sicher auch erreichen; dies geht aus den jährlichen Monitoringberichten des BFE hervor. U.a. bei der kantonalen Umsetzung der ES2050 im Sinne einer Umsetzung der gemeinsam erarbeiteten Mustervorschriften (MuKEn 2014) harzt es freilich noch, auch wenn diese mittlerweile von rund der Hälfte der Kantone bereits angewendet werden.

Abgesehen davon, betreibt die Schweiz nach wie vor *sektorielle Energiepolitik*: Es ist vorgesehen, dass 2021 eine Vorlage betreffend die Revision des Stromversorgungsgesetzes (StromVG) ans Parlament gehen soll; je nachdem wird eine weitere sektorielle Vorlage zum Erlass eines Gasversorgungsgesetzes (GasVG) folgen. Beim Vernehmlassungsentwurf eines GasVG 2019 hatte sich der Gesetzgeber zwar am StromVG orientiert. Was derzeit jedoch noch weitgehend *fehlt*, ist ein *sektorübergreifender Regulierungsansatz mit Blick auf*

das Gesamtsystem (die ES2050 ist, wie ihr Kritiker nicht ganz zu Unrecht vorwerfen, eine „Elektrizitätsstrategie") *unter Einbezug der verschiedenen Energieträger, Infrastrukturen und Verbrauchssektoren mit dem angestrebten Ziel der Dekarbonisierung*. Dies, obschon *der Zeitpunkt mit der geplanten gleichzeitigen Revision von StromVG und EnG sowie mit dem Erlass einer allfälligen Gesetzgebung für den Gassektor idealer* wohl nicht sein könnte.

Eine konsistente Energie- und Klimapolitik erfordert, wenn sie insgesamt zielgerichtet erfolgen (Dekarbonisierung) und zugleich möglichst effizient sein soll, nicht nur einen ganzheitlichen strategischen, sondern auch einen *grundsätzlich technologieneutralen Ansatz*, welcher die verschiedenen Energieträger, Infrastrukturen und Verbrauchssektoren miteinbezieht und koordiniert. In den Augen der EU-Kommission ist eine Energiepolitik, welche auf einem aus EU-Sicht überholten Modell separater, vertikaler Energie-Wertschöpfungsketten oder Sektoren basiert, für die Verwirklichung der Klimaneutralität nicht nur ungeeignet, sondern auch ineffizient.[69]

Dennoch dreht sich eine sektorielle Schweizer Energiepolitik seit bald einmal zwanzig Jahren immer noch um die Frage der Öffnung ihrer Energiemärkte, und dies mit je unterschiedlichen Marktöffnungsschritten für den Strom- sowie für den Gasbereich. Die Schweiz hat sich bisher stets dafür entschieden, ihre Stromversorgungssicherheit höher zu gewichten als eine konsequente Marktöffnung. Vor dem Hintergrund, dass die Schweiz, solange sie nicht über ein Stromabkommen mit der EU verfügt, nicht mehr ohne weiteres auf den Zugang zu den europäischen Energiebinnenmärkten bzw. auf die Solidarität ihrer Nachbarländer zählen kann, ist die hohe Gewichtung der Stromversorgungssicherheit zwar durchaus nachvollziehbar. Ohne geöffnete und funktionierende Märkte fehlt aber eine der Säulen, auf welcher nicht nur die Versorgungssicherheit, sondern auch eine möglichst kosteneffiziente Klimapolitik aufbauen könnte, welche sich die Marktkräfte zunutze machen will. Sind die Energiekosten wegen der fehlenden Marktöffnung vergleichsweise hoch, beeinträchtigt dies die Akzeptanz zusätzlicher Kosten für die Klimapolitik.

Eine Folge ihres sektoriellen Regulierungsansatzes ist, dass sich die Schweiz beispielsweise mit der Schaffung eines geeigneten Rahmens für Umwandlungs- und Speichertechnologien schwer tut. Solche Technologien stellen unabdingbare Bindeglieder im Energiesystem des Übergangs dar. Mit Ausnahme der Speicherung der Wasserkraft wird solchen Technologien, sprich: komplementären Umwandlungs- und Speichertechnologien oder auch anderweitigen Flexibilitäten noch immer mit einer gewissen Zurückhaltung begeg-

[69] So die Kommission in COM(2020) 299 final, 1.

net. Die EU strebt namentlich auch vor dem Hintergrund ihrer gezielten Wasserstoffstrategie eine Integration der Energiesektoren an. Die Schweiz dagegen läuft mit einer nicht technologieneutralen Energiepolitik und einer auch weiterhin sektoriellen Regulierung Gefahr, die sich aus einem technologieoffeneren und auf Marktkräften basierenden Ansatz ergebenden Chancen zu verpassen.

In ihrer Grussbotschaft an den (virtuellen) Stromkongresses im Januar 2021[70] hat die Vorsteherin des Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK *das Jahr 2021 zum „Jahr der Chancen" und zum „Energie-Jahr" erklärt*, in welchem energiepolitische Themen im Fokus stehen sollen. Dies zum einen mit Blick auf die Abstimmung über das CO_2-Gesetz, welches die gesetzliche Grundlage für die weitere Klimapolitik schaffen soll. Zum andern soll im Sommer 2021 die Vorlage eines „Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien" ans Parlament gehen, mit welcher die Produktion aus erneuerbaren Energiequellen weiter gefördert und die Voraussetzungen für deren Marktintegration verbessert werden sollen, unter gleichzeitiger Wahrung der Versorgungssicherheit. Diese Vorlage würde nun, wie gesagt, eigentlich die Gelegenheit bieten, die aktuellen Energiethemen ganzheitlicher, d.h. Sektoren übergreifend anzugehen, zumal die Zeit drängt und Schritte in den kommenden fünf bis zehn Jahren für den Aufbau eines Energiesystems, welches bis 2050 in die Klimaneutralität führt, entscheidend sein werden.

Ein mit Blick auf den Marktzugang und die Versorgungssicherheit nicht unwesentliches, aber weiterhin fehlendes Puzzleteil der Schweizer Energiestrategie bleibt schliesslich – wie bereits erwähnt – der *Abschluss eines Stromabkommens mit der EU*, welcher aus bundesrätlicher Sicht nach wie vor ein Ziel darstellt. Dies erfordert aber nicht nur den vorgängigen Abschluss eines Rahmenabkommens, sondern ebenso eine Anpassung an die zwischenzeitlichen Entwicklungen in der EU, namentlich auch im Sinne gekoppelter Märkte mit vereinheitlichten Regeln (Netz- und Marktkodizes). Es wird sich zeigen, ob sich aus den neueren Entwicklungen der EU-Energie- und Klimapolitik ein neues Interesse der EU am Abschluss eines Strom- bzw. Energieabkommens mit der Schweiz ergibt. Umgekehrt könnten sich daraus auch neue Anknüpfungspunkte und Chancen für die Schweiz ergeben. Vorerst bleibt aber auf europäischer Ebene wohl oder übel abzuwarten, ob die Verhandlungen über ein Rahmenabkommen mit der EU nach erfolgtem BREXIT wieder Fahrt aufnehmen.

---

[70] Vgl. dazu die Website des UVEK, <www.uvek.admin.ch>.

1. Energie- und Klimapolitik

a) Erneuerbare Energien

Der Ausbau der erneuerbaren Energien wurde mit der ES2050 im Rahmen der Totalrevision des EnG 2016 beschlossen und schreitet auch dank der weiterhin vielfältigen Fördermassnahmen[71] voran. Diese *Fördermassnahmen sollen* mit einer stärkeren Marktorientierung als bisher mit dem „Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien“[72] *verlängert werden.*

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 25. November 2020 punktuelle Änderungen von Verordnungen im Energiebereich beschlossen. Es handelt sich um Änderungen der Energieförderungsverordnung, der Energieverordnung, der Energieeffizienzverordnung, der Geoinformationsverordnung und der Stromversorgungsverordnung. Damit werden unter anderem die Einmalvergütungen für Photovoltaikanlagen angepasst, die Publikation der Geodaten zu allen Stromproduktionsanlagen in der Schweiz geregelt, die Vorschriften zur Reifenetikette angepasst und der Zugang zu Messdaten von Smart Metern präzisiert. Die revidierten Verordnungen traten mehrheitlich per 1. Januar 2021 in Kraft. Ausnahme ist die Energieeffizienzverordnung, deren Änderungen per 1. März und 1. Mai 2021 in Kraft traten.[73]

Am 26. November 2020 hat das BFE den *dritten Monitoringbericht zur Umsetzung der* ES2050 vorgelegt:

- Dieser zeigt, dass die kurzfristigen Richtwerte bis 2020 zum Ausbau der erneuerbaren Energien und zur Verbesserung der Energieeffizienz in der Schweiz sind in Griffweite oder bereits erreicht sind. Der Bericht ortet jedoch *langfristig „weiterhin grosse Herausforderungen für die Umsetzung und Weiterentwicklung der Energiestrategie* 2050“.[74]
- Schliesslich weist der dritte Monitoringbericht des BFE *erstmals auch Indikatoren zu Photovoltaik-Anlagen* (PV-Anlagen) *auf, bei denen die Anlagenbetreiber einen Teil des produzierten Stroms selbst verbrauchen.* „Der Eigenverbrauch ist ein wichtiger Treiber für den Ausbau und die Dezen-

---

71 Vgl. dazu die Website des BFE, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung.html>.

72 Vgl. dazu hinten, II.3.a).

73 Vgl. die entsprechende Medienmitteilung des Bundesrates, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-81305.html>.

74 Vgl. die entsprechende Medienmitteilung, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-81358.html>.

tralisierung der Stromversorgung. Ein besonders hohes Potenzial haben dabei so genannte Zusammenschlüsse zum Eigenverbrauch (ZEV) von benachbarten Anlagenbetreibern und Endverbrauchern.[...] Der berechnete Eigenverbrauch der PV-Anlagen (Einzelanlagen und ZEV) lag 2019 bei [...] *etwa 0,8% des Gesamtstromverbrauchs der Schweiz* [...]. Der *durchschnittliche Eigenverbrauchsgrad der* PV-*Anlagen* lag *bei rund* 39%. Soviel wurde also insgesamt direkt vor Ort verbraucht, der Rest wurde ins Verteilnetz eingespeist. [...] Die wachsende dezentrale Stromerzeugung stellt die Stromnetze vor Herausforderungen. Intelligente Netze (Smart Grid) helfen, diese zu lösen. Eine zentrale Komponente solcher Netze sind intelligente Stromzähler (Smart Meter). 2019 waren nach Angaben der Verteilnetzbetreiber schweizweit rund 944'220 Smart Meter installiert und werden als solche betrieben. Das ist ein Anteil von knapp 17%. Gemäss Stromversorgungsverordnung müssen bis 2027 80% aller Messeinrichtungen Smart Meter sein"[75].

Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 25. September 2020 das angepasste *Konzept Windenergie* verabschiedet. Mit dem Inkrafttreten des neuen Energiegesetzes im Jahr 2018 haben sich die Handlungsspielräume der Kantone bei Planungen von Windenergieanlagen verändert, teilweise auch erweitert. Entsprechend passt nun der Bund sein Windenergie-Konzept an. Dieses dient Planungs- und Projektträgern als Entscheid- und Planungshilfe.[76]

Die Daten zum *Schweizer Strom-Liefermix* (Strommix ab Steckdose) werden jährlich erhoben und auf <www.stromkennzeichnung.ch> veröffentlicht. Die Anfang September 2020 publizierten Daten geben Aufschluss über die Stromlieferungen 2019. Für die Stromkennzeichnung gilt seit 2018 die Pflicht zur Volldeklaration. 2019 stammte der *Strom aus Schweizer Steckdosen zu rund* 75% (2018: 74%) *aus erneuerbaren Energien*: Zu 66% aus Grosswasserkraft und zu rund 8.4% aus Photovoltaik, Wind, Kleinwasserkraft und Biomasse. 19% stammten aus Kernenergie und knapp 2% aus Abfällen und fossilen Energieträgern.[77]

---

75 Vgl. <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-81358.html>, Hervorhebungen durch die Verfasserin; weitere Details können dem dort verlinkten Bericht entnommen werden.

76 Vgl. die entsprechende Medienmitteilung vom 25. September 2020, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-80515.html>, mit link zum Konzept inkl Erläuterungsbericht.

77 Vgl. die Medienmitteilung des BFE vom 7. September 2020, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-80301.html>.

Mit diesem Erzeugungsmix schafft es die Schweiz ohne weiteres erneut auf Rang 1 des Rankings durch den World Energy Council.[78]

b) Verringerung der CO_2-Emissionen

Der Bundesrat hat das *Netto-Null-Emissionsziel bis* 2050 im August 2019 beschlossen. Gleichzeitig hat er beim UVEK die dazugehörige „*Langfristige Klimastrategie der Schweiz*" in Auftrag gegeben. Diese Strategie hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 27. Januar 2021 nun verabschiedet. Sie präsentiert die Leitlinien für die Klimapolitik bis 2050 und legt strategische Ziele für die verschiedenen Sektoren (Gebäude, Industrie, Verkehr, Landwirtschaft und Ernährung, Finanzmarkt, Luftfahrt sowie Abfallindustrie) fest. Dabei knüpft die Strategie an die Massnahmen und Ziel des revidierten CO_2-Gesetzes[79] an, welches für die Erreichung des Netto-Null-Ziels von zentraler Bedeutung ist.[80] Eine wichtige Grundlage der Strategie bilden die im Herbst 2020 veröffentlichen Energieperspektiven 2050 des BFE.[81] Die Strategie zeigt auch auf, in welchem Umfang bis 2050 voraussichtlich schwer vermeidbare Emissionen verbleiben werden, die mit CO_2-Abscheidungs- und Einlagerungstechnologien (CCS) oder aber mit sog. Negativemissionstechnologien (NET), wo die Emissionen nicht direkt abgefangen werden können wie z.B. in der Landwirtschaft, ausgeglichen werden müssen. In den Kontext der Klimastrategie des Bundes gehört sodann auch die ES2050, welche den Umbau der Energieversorgung bezweckt, und damit einen wichtigen Beitrag zum Erreichen der klimapolitischen Ziele leistet.[82]

Die *Totalrevision des CO_2-Gesetzes für die Zeit nach* 2020 konnte am 25. September 2020 nach drei Jahren im zweiten Anlauf vom Parlament *verabschiedet* werden. Nachfolgend eine Aufstellung der wichtigsten Entscheide:[83]

---

78 Vgl. die Website des WEC zum sog. Energy Trilemma Index, <https://trilemma.worldenergy.org/#!/energy-index>.

79 Vgl. dazu unten.

80 Vgl. dazu die Medienmitteilung vom 28. Januar 2021 auf der Website des Bundesrats, <www.admin.ch>, mit Link zum Dokument sowie zur Website des Bundesamtes für Umwelt BAFU.

81 Vgl. dazu hinten, lit. c).

82 Vgl. Bundesrat, Langfristige Klimastrategie, 23 sowie zur ES 2050 vorn, lit. a).

83 Vgl. dazu die Medienmitteilung des Parlaments vom 23. September 2020, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170071>., Die Verordnung wurde am 14. April 2021 in die Vernehmlassung geschickt, <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-83088.html>

- Ziel: Das Gesetz soll einen Beitrag dazu leisten, den Anstieg der durchschnittlichen Temperatur auf der Erde deutlich unter 2 Grad über dem vorindustriellen Niveau zu halten und Anstrengungen zu unternehmen, um den Temperaturanstieg auf 1,5 Grad zu begrenzen.
- Inlandanteil: Die Schweiz soll bis 2030 die Treibhausgasemissionen gegenüber 1990 halbieren. Dazu sollen mindestens 75 Prozent der Massnahmen im Inland erfolgen.
- Gebäude: Für Altbauten soll ab 2023 ein CO_2-Grenzwert gelten, wenn die Heizung ersetzt werden muss. Hausbesitzer können damit nur noch dann eine neue Ölheizung einbauen, wenn das Haus gut isoliert ist. Der Grenzwert von maximal 20 Kilogramm CO_2 pro Quadratmeter Energiebezugsfläche und Jahr soll in Fünfjahresschritten um jeweils fünf Kilogramm reduziert werden. Kantone, welche ihre Energiegesetzrevisionen beim Inkrafttreten des CO_2-Gesetzes bereits umgesetzt haben,[84] können die neuen Grenzwerte bis 2026 aufschieben.
- Neuwagen: CO_2-Zielwerte für den Durchschnitt neuer Fahrzeuge sollen weiter verschärft werden, im Einklang mit der EU. Neu sollen ausserdem nicht nur für Autos, Lieferwagen und leichte Sattelschlepper Vorgaben erlassen werden, sondern auch für schwere Lastwagen. Importeure müssen zahlen, wenn ihre Neuwagenflotte über den Zielvorgaben liegt.
- Benzinpreis: Die Hersteller und Importeure fossiler Treibstoffe sollen einen grösseren Teil des CO_2-Ausstosses kompensieren müssen – und mehr davon im Inland. Das schlägt sich auf den Benzin- und Dieselpreis nieder. Das Parlament will den Aufschlag aber begrenzen: Bis 2024 soll die Kompensation den Liter Treibstoff um höchstens 10 Rappen verteuern dürfen, ab 2025 um bis zu 12 Rappen.
- Brennstoffe: Der maximale Satz der CO_2-Abgabe auf Brennstoffen soll von heute 120 auf bis zu 210 Franken pro Tonne CO_2 steigen, wenn die Emissionen aus Brennstoffen nicht genügend zurückgehen.
- Öffentlicher Verkehr: Um die ökologische Umstellung des konzessionierten Verkehrs voranzutreiben, entfällt die Rückerstattung der Mineralölsteuer: ab 2026 für Fahrzeuge im Ortsverkehr und ab 2030 für alle im konzessionierten Verkehr eingesetzten Fahrzeuge. Eine Ausnahme gilt, wenn aus topografischen Gründen keine Busse mit Alternativantrieb fahren können.
- Flugticketabgabe: Auf Flugtickets soll eine Abgabe von mindestens 30 und höchstens 120 Franken erhoben werden, je nach Klasse und Reisedistanz. Belohnt werden jene, die wenig oder gar nicht fliegen: Gut die Hälfte der Einnahmen soll an die Bevölkerung zurückerstattet werden, die andere

[84] Vgl. dazu unten.

Hälfte fliesst in den neuen Klimafonds. Auch auf Flügen mit Privatjets soll eine Abgabe erhoben werden. Dies gilt für Flugzeuge ab einer höchstzulässigen Startmasse von 5700 Kilogramm, und die Spanne bewegt sich zwischen 500 und 3000 Franken.
- Unternehmen: Die CO_2-Abgabe soll schrittweise erhöht werden. Es sollen sich aber alle Unternehmen davon befreien können.
- Industrie: Wenn Betreiber von Industrieanlagen diese neu errichten oder wesentlich ändern wollen, müssen sie dafür sorgen, dass die verursachten Treibhausgasemissionen so weit begrenzt werden, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Ausgenommen sind grössere Anlagen, deren Betreiber am Emissionshandelssystem teilnehmen.
- Klimafonds: In den Fonds, der bisherige Gefässe ersetzt, sollen ein Drittel des Ertrags aus der CO_2-Abgabe und knapp die Hälfte aus der Flugticketabgabe fliessen.
- Strafbestimmungen: Wer vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit die CO_2-Abgabe hinterzieht, wird mit Busse bis zum Dreifachen des unrechtmässigen Vorteils bestraft.

Gegen das CO_2-Gesetz wurde im Januar 2021 wie angekündigt das Referendum ergriffen; die Volksabstimmung wird im Juni 2021 stattfinden. Die Inkraftsetzung soll auf den 1. Januar 2022 erfolgen.

Gemäss dem Willen des Bundesrates *sollen das Netto-Null-Ziel und der Ausstieg aus den fossilen Energien in der Verfassung verankert werden*, ohne dass es aber ein grundsätzliches Verbot fossiler Energien geben soll.[85] Der Bundesrat hat seinen Gegenvorschlag zur Gletscher-Initiative am 2. September 2020 in die Vernehmlassung gegeben.[86]

c) Energieperspektiven

Die im November 2020 veröffentlichten *Energieperspektiven 2050 liefern erstmals Szenarien, welche die Zielsetzungen der Energie- und der Klimapolitik im Hinblick auf das Netto-Null-Ziel 2050 gemeinsam abbilden.*

Die Hauptergebnisse der erarbeiteten Energieperspektiven 2050 zeigen, dass die Schweiz ihre Energieversorgung bis 2050 klimaneutral umbauen und

[85] Dies im Gegensatz zur sog. „Gletscher-Initiative", welche auch letzteres verlangt.

[86] Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. September 2020 auf seiner Website, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80266.html>, mit Links zum Entwurf und zum Erläuternden Bericht sowie zur Gletscher-Initiative.

gleichzeitig die Energieversorgungssicherheit gewährleisten kann. Anhand von Szenarien beschreiben die Energieperspektiven 2050 mögliche Technologie-Wege, die die Schweiz dabei gehen könnte. *Allen Wegen gemeinsam ist, dass die inländische erneuerbare Energieproduktion bis 2050 stark ausgebaut wird.* Dabei soll die Energieeffizienz verbessert werden, während die fossilen Energien weitgehend verschwinden und durch Elektrizität sowie strombasierte Energieträger wie Wasserstoff ersetzt werden sollen. Gemäss den Energieperspektiven 2050 soll das Schweizer Energiesystem 2050 sicher, sauber, und weniger auslandabhängig sein als heute.[87]

Dass die Fördermassnahmen zum Ausbau der inländischen erneuerbaren Energieproduktion mit der Vorlage eines „Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien“[88] verlängert werden sollen, hat von daher eine gewisse Logik.

d) Energieeffizienz

aa) Allgemeines

Die Senkung des Energie- und Stromverbrauchs durch verstärkte Effizienzmassnahmen ist eine der Hauptstossrichtungen der ES2050 und damit ein wichtiger Pfeiler der Energiegesetzgebung. Dementsprechend stehen im EnG Richtwerte für den Energie- und Stromverbrauch pro Person bis 2020 und 2035, deren Einhaltung im Rahmen der jährlichen Monitoringberichte des BFE mitverfolgt wird.

Dem dritten Monitoringbericht vom November 2020[89] lässt sich dazu Folgendes entnehmen:

- Der Richtwert für den Endenergieverbrauch für das Jahr 2020 wurde bereits unterschritten. Der witterungsbereinigte Endenergieverbrauch pro Kopf muss künftig im Mittel um 2,2 Prozent pro Jahr sinken, damit auch der Richtwert für 2035 erreicht werden kann. Der mittlere Rückgang betrug in den letzten 10 Jahren rund 1,4 Prozent pro Jahr.
- Auch der Richtwert für den Stromverbrauch für das Jahr 2020 wurde unterschritten. Der witterungsbereinigte Stromverbrauch pro Kopf muss

---

87 Vgl. dazu die entsprechende Medienmitteilung, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-81356.html>.

88 Siehe hinten, II.2.a).

89 Vgl. dazu vorn, II.1.a).

künftig im Mittel um 0,4 Prozent pro Jahr sinken, damit auch der Richtwert für 2035 (–13%) erreicht werden kann. Der mittlere Rückgang betrug in den letzten 10 Jahren rund 1,0 Prozent pro Jahr.

bb) Wettbewerbliche Ausschreibungen

2020 wurden zum elften Mal wettbewerbliche Ausschreibungen zum Stromsparen im Industrie- und Dienstleistungsbereich sowie in den Haushalten durchgeführt. 19 Projekte erhalten insgesamt 2.5 Millionen Franken an Förderbeiträgen. Zudem werden ab Frühling 2021 drei neue Programme zur Förderung von effizienten Haushaltgeräten mit insgesamt 8 Millionen Franken unterstützt.[90]

cc) Zielvereinbarungen

Zielvereinbarungen sollen von Unternehmen nicht nur im Hinblick auf eine Befreiung von der CO_2-Abgabe gemäss den Bestimmungen des totalrevidierten CO_2-Gesetzes auch weiterhin abgeschlossen werden können, und zwar neu von allen Unternehmen.

Zielvereinbarungen können auch der Steigerung der Energieeffizienz dienen, indem sich energieintensive Unternehmen mit der Erfüllung entsprechender Verpflichtungen eine teilweise oder vollständige Rückerstattung des Netznutzungsentgelts aushandeln können (Art. 39 ff. EnG).

dd) Energieeffizienzvorschriften

Eine vom BFE in Auftrag gegebene Analyse der in der Schweiz verkauften Haushaltgrossgeräte und Elektronikgeräte zeigt, dass der Gesamtenergieverbrauch der Geräte im beobachteten Zeitraum (2002–2019) wesentlich gesunken ist (-13,3%).[91]

Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hat die Energieeffizienz-Kategorien der Energieetikette für Personenwagen im Juli 2020 neu eingeteilt. Die Anpassung erfolgt im Rahmen der gemäss Energieeffizienzverordnung (EnEV) vorgeschriebenen jährlichen

---

90 Vgl. die Medienmitteilung des BFE vom 14. Dezember 2020, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-81605.html>.

91 Vgl. die Medienmitteilung des BFE vom 10. Dezember 2020, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-81534.html>.

Überprüfung. Dadurch wird sichergestellt, dass erneut nur ein Siebtel aller Neuwagenmodelle in die beste Effizienz-Kategorie A fällt. Die neuen Kategorien gelten ab 1. Januar 2021.[92]

ee) Gebäudebereich

Zum *Stand der kantonalen Umsetzung der* ES 2050 kann einerseits auf den entsprechenden Bericht der EnDK, Stand Ende März 2020[93] sowie anderseits auf den Monitoringbericht des BFE zur ES 2050 vom November 2020 (Stand Ende 2019)[94] verwiesen werden. Erst die Hälfte aller Kantone setzt die von der Konferenz Kantonaler Energiedirektoren (EnDK) erarbeiteten Mustervorschriften für den Gebäudebereich (MuKEn 2014) um.

2. Marktöffnung

a) Strom

Obschon sie im Stromversorgungsgesetz von 2007 vorgesehen ist[95], lässt die politische Umsetzung der vollständigen Öffnung des schweizerischen Strommarktes weiterhin auf sich warten.

Der Bundesrat hat sich in den letzten Jahren zwar wiederholt für eine *volle Marktöffnung* ausgesprochen. Auf der Basis der Vernehmlassungsergebnisse zur Revision des StromVG beschloss der Bundesrat am 27. September 2019, zugleich eine Vorlage zur Anpassung des Energiegesetzes[96] ausarbeiten zu lassen. Dies um, wie von vielen Seiten gefordert, die im EnG zum Ausbau der erneuerbaren Energien vorgesehenen *Fördermassnahmen – gewissermassen als flankierende Massnahme zur Marköffnung – in geeigneter Weise fortzuführen*, um die erforderliche Investitions- und Planungssicherheit für den Markt zu schaffen. Die Vernehmlassung zur entsprechenden Revision des EnG[97] wurde 2020 durchgeführt.

---

92 Vgl. die entsprechende Medienmitteilung des UVEK, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-79719.html>.

93 Vgl. dazu die Website der EnDK, <https://www.endk.ch/de/energiepolitik-der-kantone/muken>, von welcher der entsprechende Bericht heruntergeladen werden kann.

94 <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/statistik-und-geodaten/monitoring-energiestrategie-2050.html>.

95 Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23. März 2007; SR 734.7.

96 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG); SR 730.0.

97 Vgl. zur Revision des EnG i.Ü. hinten, II.3.a).

Der Bundesrat hat die Vernehmlassungsergebnisse am 11. November 2020 zur Kenntnis genommen und entschieden, diese Vorlage zusammen mit der geplanten Revision des StromVG zu einem *Mantelerlass unter dem Namen „Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien"* zusammenzufassen.[98] Ausserdem hat der Bundesrat die Eckwerte festgelegt bzw. präzisiert.[99] An der vollständigen Strommarktöffnung wird festgehalten, ebenso jedoch am Wahlmodell einer abgesicherten Versorgung für Haushalte und kleinere Betriebe mit einem Verbrauch bis 100'000 kWh/Jahr[100]. Der Bundesrat verspricht sich von der Neugestaltung des Strommarkts eine Stärkung der dezentralen Stromproduktion und damit eine bessere Integration der erneuerbaren Energien in den Markt. Zwecks Gewährleistung der langfristigen Stromversorgungssicherheit schlägt der Bundesrat die Einführung eines weiteren, spezifisch auf die Schweizer Situation (Winterstromlücke) zugeschnittenen Instruments vor.

Die entsprechende *Botschaft ans Parlament* soll vom UVEK *bis Ende Juni 2021 ausgearbeitet* und vorgelegt werden.

Die vollständige Schweizer Strommarktöffnung kommt also frühestens 2023 und damit über fünfzehn Jahre nach der vollständigen Strommarktöffnung in der EU. Der EU-Strombinnenmarkt hat sich in der Zwischenzeit weiterentwickelt und ist heute ein gekoppelter Markt mit entsprechend vereinheitlichten Regeln.[101] Will die Schweiz Zugang zu diesem Markt – was seit 2014 unverändert den Abschluss ein institutionellen Rahmenabkommens voraussetzte –, müssten wohl auch schweizerische Besonderheiten wie namentlich das Wahlmodell Abgesicherte Stromversorgung (WAS) , aber auch die weniger weitgehenden Entflechtungsvorgaben angepasst werden.

b) Gas

Was den Gasmarkt betrifft, war die Wettbewerbskommission (Weko) – wie seinerzeit beim Strom – schneller als der Gesetzgeber und hat den *Markt mit ihrem Entscheid im Sommer 2020 rechtlich geöffnet:*

---

98 <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-81068.html>.

99 Das entsprechende Faktenblatt ist der Medienmitteilung vom 11. November 2020 angehängt bzw. kann über den Link heruntergeladen werden.

100 Die EU-Kompatibilität einer solchen verbleibenden Tarifregulierung muss doch als fraglich bezeichnet werden.

101 Vgl. dazu vorn, I.3.e).

Beim Erdgas verfügen wir zwar bereits seit rund zehn Jahren ebenfalls über einen teilgeöffneten Markt, und zwar auf der Basis einer 2012 abgeschlossenen Verbändevereinbarung (VV).[102] Nachdem die Verhandlungen über weitere Marktöffnungsschritte im Rahmen der VV gescheitert waren, wurde bei der Weko eine Reihe von Anzeigen eingereicht, und die Weko nahm in der Folge Untersuchungen an die Hand.

Parallel zur Weko wurde 2018 auch das UVEK, welches dieses Dossier vorübergehend hatte ruhen lassen, wieder aktiv, so dass der Bundesrat im Herbst 2019 die Vorlage eines Gasversorgungsgesetzes (GasVG) in die Vernehmlassung schickte.[103] Diese Vorlage will es auch weiterhin bei einer Teilmarktöffnung bewenden lassen und legt die Schwelle analog zum StromVG bei einem Jahresverbrauch von mind. 100'000 kWh fest.

Dessen ungeachtet hat die Weko den Gasmarkt mit ihrem Entscheid vom 25. Mai 2020 gegen den Willen der Branche im Grundsatz für alle Verbraucher geöffnet.[104] Eine gesetzliche Teilmarktöffnung kommt damit zu spät bzw. eine gesetzliche Teilmarktöffnung – mit welcher Zugangsschwelle auch immer – käme damit einer teilweisen Rückkehr ins Monopol gleich.

Dies namentlich auch die Kritik des Preisüberwachers in seinem Newsletter vom 12. Dezember 2019, der sich im Rahmen seiner Vernehmlassung im Sinne des Subsidiaritätsprinzip für eine auf das Minimum reduzierte Gasregulierung ausgesprochen hat. In seinem Newsletter 5/20 vom 10. November 2020 betont er, dass „ein zentrales Element […] nichtdiskriminierende, kostenorientierte Netztarife" darstellen, für die zu sorgen er bestrebt sein werde.[105]

Dennoch gibt es gute Gründe, die für eine gesetzliche Gasmarktregulierung mit einer klaren Übergangsfrist sprechen, indem auf diese Weise klare Leitplanken geschaffen werden können, welche bei einer weiteren „wilden" Marktöffnung auf der Basis von Art. 13 des Rohrleitungsgesetzes[106] und/oder

---

102 <https://www.ksdl-erdgas.ch/koordinationsstelle/>

103 Vgl. dazu die 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>.

104 Vgl. Medienmitteilung der Weko vom 4. Juni 2020, <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/61546.pdf>.

105 Vgl. <https://www.preisueberwacher.admin.ch/pue/de/home/dokumentation/medieninformationen/newsletter/2021.html>.

106 Bundesgesetz über Rohrleitungsanlagen zur Beförderung flüssiger oder gasförmiger Brenn- oder Treibstoffe (Rohrleitungsgesetz, RLG) vom 4. Oktober 1963; SR 746.1.

Kartellgesetzes[107] weitestgehend fehlen. So hat sich neben der Branche namentlich auch die Weko für ein GasVG ausgesprochen und „ein Spezialgesetz mit detaillierten Vorgaben in den Bereichen Netzzugang, Kapazitätsvergabe, Netzbewertung und Bilanzierung" ausdrücklich begrüsst.[108]

Verbleiben wir also bei einer Anwendung der Missbrauchsgesetzgebung oder bedarf es einer über den bisherigen Art. 13 Abs. 2 RLG hinausgehenden Regulierung? Einstweilen bleibt einmal abzuwarten, ob und wie sich eine Marktdynamik entwickelt. Dies dürfte auch den Gesetzgeber je nachdem dazu veranlassen, nach Auswertung der Vernehmlassungsergebnisse aktiv zu werden oder nicht.

Dessenungeachtet steht ein sektorielles Gasversorgungsgesetz irgendwo quer in der aktuellen gesetzgeberischen Landschaft und dürfte wohl auch aus diesem Grund seitens des UVEK nicht ohne Notwendigkeit priorisiert werden.

Anders als im Strombereich besteht im Gasbereich schliesslich – jedenfalls spätestens, seitdem der bidirektionale Fluss aus der Transitgas-Pipeline Realität ist – keinerlei Druck seitens der EU, den Markt zu regulieren. Vielmehr steht dort die Umsetzung des „Green Deals" mit aus erneuerbaren Stromüberschüssen erzeugten gasförmigen oder flüssigen Energieträgern sowie die CO_2-Abscheidung im Vordergrund.

3. Versorgungssicherheit

a) Strom

Im Jahr 2020 haben sowohl das BFE als auch die ElCom weitere *System Adequacy Studien* veröffentlicht:

- Die Ergebnisse der *vom BFE in Auftrag gegebenen Studie* „decken sich [gemäss dem Schlussbericht vom 31. Januar 2020] mit den Erkenntnissen der SA-Studie 2017. Für die erwarteten politischen Entwicklungen der Referenzszenarien zeigen sich keine Lastabwürfe in der Schweiz, unabhängig von der nationalen Angebotsstruktur […]. Diese Beurteilung gilt damit auch für die Zeit nach der Abschaltung der Kernkraftwerke in der Schweiz. *Eine Verzögerung des Netzausbaus sowie eine Limitierung der Schweizer Importmöglichkeiten haben kaum Einfluss auf diese Versorgungslage*. Ebenso zeigt sich keine Verschärfung der Schweizer Versor-

[107] Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995; SR 251.

[108] Vgl. die Vernehmlassung der Weko vom 11. Februar 2020, 2 f.

gungslage bei den ausgewählten europäischen Kapazitätsreduktionen (KKW in Frankreich, Kohle in Deutschland). *Lokale Probleme treten erst bei einem deutlichen Auseinanderdriften von Nachfrage und Angebot auf, welche im Rahmen der Elektrifizierungsvariante analysiert wurden.* In Kombination mit weiteren netz- und angebotsseitigen Variationen führte die erhöhte Nachfrage auch zu erhöhten Versorgungsproblemen. Unter diesen Bedingungen kann der Ausbau lokaler Schweizer Erneuerbaren-Kapazität einen Beitrag zur Schweizer Versorgungssicherheit leisten, *wobei das Problem der gesamteuropäischen Versorgungssicherheit bestehen bleibt*"[109].

- Aus Sicht der *ElCom* ist bei der Betrachtung der Versorgungssicherheit „das Winterhalbjahr zentral. In den vergangenen zehn Wintern hat die Schweiz im Durchschnitt pro Winterhalbjahr netto rund vier Terawattstunden (TWh) Strom importiert. Vor diesem Hintergrund plädiert die ElCom dafür, mit dem Wegfall der Schweizer Kernkraftwerke den *Netto-Import im Winterhalbjahr nicht über zehn TWh steigen zu lassen und entsprechend im Inland Anreize zu schaffen für die Aufrechterhaltung einer substantiellen Stromproduktion im Winter aus neuen Erzeugungskapazitäten. Bei der zukünftigen Entwicklung gilt es, den mit den Klimazielen verbundenen Verbrauchszuwachs sowie die vorrausichtlich abnehmende Exportfähigkeit der Nachbarländer zu berücksichtigen.* Die ElCom hält geeignete Massnahmen für den Zubau von fünf bis zehn TWh inländischer Winterproduktion für unerlässlich"[110]. Auf der Netzseite dürften sich nach Einschätzung der ElCom gemäss ihrem Schlussbericht vom 17. Juni 2020 „die Herausforderungen durch ungeplante Lastflüsse in den nächsten Jahren erhöhen. Gründe dafür sind die geographische Ausdehnung der flussbasierten Marktkopplung in Kombination mit einer sukzessiven Erhöhung der grenzüberschreitenden Flüsse bis 2025. *Die Importrestriktion wurde in der ElCom Studie System Adequacy 2030 modelliert und als zentrales Risiko für die Versorgungssicherheit identifiziert.* Die ElCom ist deshalb bestrebt, mit den zuständigen Institutionen das Regelwerk zur

---

109 Vgl. BFE, Schlussbericht vom 30. Januar 2020, 1, Hervorhebungen durch die Verfasserin; dieser Bericht kann auf <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/stromversorgung/stromversorgungssicherheit.html> heruntergeladen werden.

110 So die Medienmitteilung der ElCom vom 4. Juni 2020, <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79322.html>; Hervorhebungen durch die Verfasserin.

> Gewährleistung der Netzsicherheit anzupassen. Mit Blick auf die internationale Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Stromwirtschaft ist ein Stromabkommen mit der EU nach wie vor anzustreben“[111].

Die *Problematik der zunehmenden Importabhängigkeit* der Schweiz im Winter und das sich daraus für die Stromversorgungssicherheit ergebende Risiko bei aussergewöhnlichen Situationen hat auch der Bundesrat erkannt und will dem mit zusätzlichen Massnahmen im Rahmen der Vorlage eines „Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien“ begegnen, damit eine ausreichende inländische Produktion im Winter gewährleistet bleiben soll.

Darüber, dass sich mit einem Stromabkommen zumindest ein Teil, wenn auch nicht alle Probleme lösen liessen, ist man sich in Bundesbern einig.

b) Energieinfrastrukturen

Die Swissgrid AG als nationale Übertragungsnetzbetreiberin wird – zu Recht – nicht müde, mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass für die weitere Systemsicherheit der Schweiz einerseits der gezielte Netzausbau und anderseits ein Stromabkommen mit der EU erforderlich sind, da das *Schweizer Stromübertragungsnetz durch die Entwicklungen der gekoppelten Märkte in der EU*[112] *unter Ausschluss bzw. Nichtberücksichtigung der Schweiz einem zunehmenden Stress ausgesetzt* ist. Eine weitere Akzentuierung der Importproblematik ist deshalb zu befürchten, weil in der EU 70% der grenzüberschreitenden Transportkapazitäten für den Handel reserviert bleiben müssen,[113] so dass weniger grenzüberschreitende Kapazität für den Export in Richtung Schweiz daraus resultieren könnte.

---

111 So die Medienmitteilung der ElCom vom 4. Juni 2020, <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79322.html>; Hervorhebungen durch die Verfasserin. Der Schlussbericht findet sich auf <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/berichte-und-studien.html>.

112 Vgl. zum Vorfall vom 8. Januar 2021 auf dem europäischen Verbundnetz die Informationen auf der Website von Swissgrid, <www.swissgrid.ch>.

113 Vgl. zum sog. 70% Target die Website von ACER, <https://www.acer.europa.eu/en/Electricity/Market monitoring/Pages/Cross-zonal-capacity-70-target.aspx>.

Im Sinne der Gewährleistung eines sicheren Netzbetriebes unterstützt die ElCom die aktuellen Bestrebungen der Swissgrid AG.[114]

Mitzuberücksichtigen ist, dass das Bundesamt für Bevölkerungsschutz (BABS) in seiner nationalen Risikoanalyse „Katastrophen und Notlagen Schweiz 2020" (KNS) die *„langandauernde Strommangellage im Winter" als eines der grössten Risiken* identifiziert.[115]

c) Gas

Die Thematik der Gasversorgungssicherheit der Schweiz, welche mangels eigener Produktion nur im europäischen Kontext gewährleistet werden kann, ist im Hinblick auf den angestrebten Ausstieg aus den fossilen Energien etwas in den Hintergrund getreten. Dennoch deckt Gas nach wie vor rund einen Achtel des Energiebedarfs der Schweiz ab.[116] Und auch wenn die Meinungen darüber auseinandergehen, ob und wie lange (zunehmend „grüne") Gas(e) in der Übergangsphase zu einem dekarbonisierten Energiesystem noch eine Rolle spielen dürfen, ist davon auszugehen, dass Erdgas sowie zunehmend nicht fossil erzeugte Gase für die Energieversorgung der Schweiz voraussichtlich doch noch eine längere Zeit eine gewisse Rolle spielen werden.

Vor diesem Hintergrund und auch im Hinblick auf das geplante Gasversorgungsgesetz stellt sich die Frage, wie die *Erdgas-Pflichtlagerung* künftig geregelt sein soll bzw. wer für die entsprechenden Kosten aufzukommen hat.[117]

d) Kernkraft

Gemäss der Medienmitteilung des Eidg. Nuklearsicherheitsinspektorat ENSI vom 25. Januar 2021[118] konnten die *Kernanlagen der Schweiz im Aufsichtsjahr*

---

114 Vgl. das entsprechende Papier der ElCom vom 26. Mai 2020 zur Berücksichtigung des Schweizer Netzes in der Kapazitätsberechnung der EU auf <https://www.elcom.admin.ch/elcom/de/home/dokumentation/berichte-und-studien.html>.

115 Vgl. die Medienmitteilung des BABS vom 26. November 2020, <https://www.babs.admin.ch/de/home.detail.nsb.html/81359.html>, mit Link zum Dokument.

116 Vgl. BFE, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2019, 4; diese im Juli 2020 publizierte Statistik kann von der Website des BFE, <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/statistik-und-geodaten/energiestatistiken/gesamtenergiestatistik.html>, herunter geladen werden.

117 Vgl. dazu den Artikel in der NZZ vom 25. Januar 2021 „Erdgas-Pflichtlager bestehen aus Heizöl", 21.

118 Vgl. <https://www.ensi.ch/de/2021/01/25/bilanz-2020-pandemie-hatte-keinen-einfluss-auf-die-sicherheit-der-kernanlagen/>.

2020 *sicher betrieben* werden. Die Anzahl der meldepflichtigen Vorkommnisse lag etwas unter dem Durchschnitt der Vorjahre, wie eine erste Bilanz des ENSI zeigt.

Wie namentlich in ihren Nachbarländern Deutschland und sukzessive auch in Frankreich wurde in der Schweiz 2020 ein erstes Kernkraftwerk, das KKW Mühleberg, das am 20. Dezember 2019 den Leistungsbetrieb eingestellt hatte, endgültig ausser Betrieb genommen. Damit wurde der Schritt vom Betrieb in die Stilllegung vollzogen. Im Gegensatz zu den Nachbarländern erfolgte dieser Schritt allerdings auf Gesuch der Betreiberin selber. Die übrigen KKW in der Schweiz können so lange weiter betrieben werden, als die notwendigen Sicherheitsnachweise erbracht werden können.

Steuerrecht

René Schreiber/Jana Fischer/Balthasar Denger

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (René Schreiber/Jana Fischer/Balthasar Denger) 223
1. Entwicklungen bei den direkten Steuern 223
a) Gesetzliche Entwicklungen 223
aa) Vorschläge der Europäischen Kommission für eine faire Besteuerung der digitalen Wirtschaft 223
bb) Liste der nicht kooperativen Steuergebiete 224
b) Beihilfeverfahren 225
aa) Steuervorbescheide Irland: Keine staatliche Beihilfe für Apple 225
bb) Förderung des Ausbaus des Batteriewerks für Elektrofahrzeuge in Polen 226
cc) Steuerbefreiung für Hafenbehörden in Italien 227
c) Entscheide des Europäischen Gerichtshofs 227
aa) Rechtsschutz gegen grenzüberschreitenden Informationsaustausch: Luxemburgischer Staat / B u.a. 228
bb) Gibraltar-Gesellschaft fällt nicht unter Mutter-Tochter-Richtlinie: GVC Services (Bulgaria) 229
cc) Wirtschaftliche Gründe für Verrechnungspreisanpassungen: Impresa Pizzarotti 230
dd) Luxemburgische Gruppenbesteuerung: B 231
ee) Dividendenausschüttungen an Investmentfonds: Köln-Aktienfonds Deka 231
ff) Dienstleistungsfreiheit: Google Ireland 233
2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern 233
a) Gesetzliche und politische Entwicklungen 233
aa) Steuerreform des EU Mehrwertsteuersystems 234
bb) Endgültige technische Massnahmen zur Schaffung eines betrugssicheren EU-Mehrwertsteuersystems 235
cc) Neue Vereinfachungen für Kleinunternehmen 236
dd) Flexibilisierung der Mehrwertsteuersätze 237
ee) Getrennte Zahlung der Mehrwertsteuer (Split Payment Model) 237
ff) Geltende MWST-Sätze in der EU 239
b) Entscheide des Europäischen Gerichtshofs 239
aa) Steuerbefreiung von Sportvereinen: Golfclub 239
bb) Hosting-Dienste in einem Rechenzentrum 240
cc) Bestimmung der Transportveranlassung – Auswirkungen auf Reihengeschäfte und die Versandhandelsregelung 241

II. Bedeutung für die Schweiz (René Schreiber/Jana Fischer/Balthasar Denger) 243
1. Entwicklungen bei den direkten Steuern 243
a) Unternehmensbesteuerung 243
b) Automatischer Informationsaustausch 245
c) Transparenzvorschriften für Intermediäre 247
d) Besteuerung der digitalen Wirtschaft 247
e) Relevanz der EuGH-Rechtsprechung 248
2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern 248
a) Entwicklungen auf EU-Ebene 248
b) Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs 248

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

In diesem Kapitel werden die wichtigsten steuerrechtlichen Entwicklungen des Jahres 2020 in der Europäischen Union (EU) dargelegt, die sowohl für das Gemeinschaftsrecht wie auch für die rechtlichen Beziehungen zur Schweiz von Relevanz sind.

1. Entwicklungen bei den direkten Steuern

Nachfolgend werden auf die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen, Verfahren der Kommission aufgrund staatlicher Beihilfen und bedeutsamen 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 bestimmte Erträge aus digitalen Tätigkeiten („Digital Service Tax") als kurzfristige Lösung und andererseits über die Einführung einer digitalen Betriebsstätte als langfristige Lösung.

Zur Einführung der Digital Service Tax sollte die Richtlinie zum gemeinsamen System einer Digitalsteuer auf Erträge aus der Erbringung bestimmter digitaler Dienstleistungen verabschiedet werden.[1] Mit dem Richtlinienentwurf wollte die 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. Verhandlungen der EU mit den USA über eine einheitliche Digitalsteuer wurden im Juni 2020 abgebrochen.

Am 14. Januar 2021 hat die Europäische Kommission einen Fahrplan („Roadmap") veröffentlicht und festgelegt, welche Aspekte sie bei der Ausarbeitung eines künftigen Gesetzgebungsvorschlages leiten werden. Im Juni 2021 will sie einen (ersten) Vorschlag für die Digitalsteuer vorlegen.

Ausweislich der Roadmap möchte die Kommission folgende drei Varianten einer Digitalsteuer bzw. Digitalabgabe näher untersuchen: (1) einen Aufschlag auf die Körperschaftsteuer von Unternehmen, die bestimmte digitale Geschäfte in der EU abschliessen, (2) eine Steuer auf den entsprechenden Aktivitäten oder, (3) eine Steuer auf digitale Transaktionen zwischen Unternehmen in der EU. Von der Variante einer Digitalsteuer hängt auch die Rechtsgrundlage ab, entweder Art. 113 AEUV (indirekte Steuern betreffend) oder 115 AEUV (direkte Steuer betreffend).

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. Am 6. Oktober 2020 ergänzte der Rat die Liste.

Die Liste von nicht kooperativen Steuergebieten war erstmals am 5. Dezember 2017 vorgelegt worden und umfasste ursprünglich insgesamt 17 Länder, in

[2] Vorschlag für eine Richtlinie des Rates für die Unternehmensbesteuerung einer signifikanten digitalen Präsenz vom 21. März 2018 – COM(2018) 148 final.

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] Obwohl diese Frist mittlerweile verpasst wurde, scheint dieser Umstand angesichts der Verabschiedung der Unternehmenssteuerreform durch das Schweizer Parlament im September 2018 keine unmittelbaren Konsequenzen zu haben.[5] Die Schweizer Stimmbevölkerung hat dieser Reform in der Referendumsabstimmung vom 19. Mai 2019 ihre Zustimmung erteilt.[6] Im Anschluss an die Veröffentlichung der Liste haben mehrere Länder und Gebiete neue Zusagen übersandt.

b) Beihilfeverfahren

Im Jahr 2020 führte die Kommission eine Reihe von Verfahren betreffend staatliche Beihilfen im Steuerbereich weiter und leitete neue ein. Keine neuen Entwicklungen gab es bei der Untersuchung zur Besteuerung von IKEA in den Niederlanden[7].

aa) Steuervorbescheide Irland: Keine staatliche Beihilfe für Apple

Am 15. Juli 2020 erliess das EuG sein Urteil in der Rechtssache T-778/16 und T-892/16 (Irland u.a./Kommission)[8]. Das EuG erklärte die Steuernachforderung der Kommission in Höhe von EUR 13 Milliarden aus dem Jahr 2016 für rechtswidrig und sah in den vereinbarten Konditionen zwischen Apple und Irland keine unzulässigen Beihilfen. Die Kommission habe nicht nachweisen

---

3 Landolf Urs/Rioult Christian/Sailer Julia, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2017/18, Zürich/St. Gallen 2018, (Zit. Landolf/Rioult/Sailer 2017), 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 Rat der Europäischen Union, Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen der EU zur Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19.02.2019, abgerufen unter <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/02/19/council-conclusions-on-eu-relations-with-the-swiss-confederation/>.

6 Siehe unten, II.1.a).

7 Landolf/Rioult/Sailer, Steuerrecht 2017, I.1.b)dd).

8 EuG, Urteil vom 15. Juli 2020 in der Rechtssache T-778/16, T-892/16; ECLI:EU:T:2020:338 – Irland u.a./Kommission.

können, dass die Steuervereinbarungen von Apple und Irland aus den Jahren 1991 und 2007 eine ungerechtfertigte staatliche Beihilfe darstellten. Der angefochtene Beschluss der Kommission betraf zwei Steuervorbescheide der irischen Steuerbehörden aus den Jahren 1991 und 2007, die eine bestimmte Gewinnzuweisung für irische Gesellschaften des Apple-Konzerns anerkannten. Nach Auffassung der Kommission waren die damit in Irland der Steuer unterworfenen Gewinne erheblich zu niedrig. Es ging dabei um die Besteuerung zweier Konzerngesellschaften, die nach irischem Recht gegründet waren, ihren Verwaltungssitz aber in den USA hatten und deshalb in Irland nicht als steueransässig galten. Weil sie in den USA ebenfalls nicht als steueransässig behandelt wurden, bezeichnete die Kommission sie als staatenlos. Die irischen Steuerbehörden genehmigten eine Gewinnzuweisung an die irischen Zweigniederlassungen der beiden Gesellschaften in Form eines prozentualen Aufschlags auf deren Betriebskosten.

Nach Auffassung der Kommission habe Irland nicht die notwendigen Analysen des gesamten Geschäfts der irischen Konzerngesellschaften durchgeführt, um begründet entscheiden zu können, welcher Anteil der Gewinne wo versteuert werden sollte. Insbesondere haben die irischen Konzerngesellschaften Innovationen des Konzerns durch Vereinbarungen zur Kostenteilung mitfinanziert. Das EuG bemängelte zwar, dass die damaligen Steuervereinbarungen nur unzureichend dokumentiert worden seien, hielten die Argumente der Kommission aber nicht für ausreichend.

Das Urteil ist nicht rechtskräftig, da die Kommission Rechtsmittel beim EuGH eingelegt hat.

bb) Förderung des Ausbaus des Batteriewerks für Elektrofahrzeuge in Polen

Die EU-Kommission hat am 11. August 2020 eine eingehende Untersuchung eingeleitet, um festzustellen, ob die staatliche Förderung, die Polen der Chemie-Gruppe Unternehmen LG Chem für Investitionen in die Erweiterung seiner Batteriezellenproduktionsanlage für Elektrofahrzeuge gewährt hat, mit den EU-Vorschriften für Regionalbeihilfen vereinbar ist.

Im Jahr 2017 beschloss LG Chem, mehr als EUR 1 Milliarde in den Ausbau der Produktionskapazität von Lithium-Ionen-Zellen, Batteriemodulen und Paketen für Elektrofahrzeugen zu investieren. Polen leistete für das Erweiterungsvorhaben eine staatliche Förderung von EUR 95 Mio.

Die EU-Kommission hegt Zweifel, ob die Massnahme Polens einen Anreizeffekt hat, ob die Beihilfe zur regionalen Entwicklung beiträgt, angemessen

und verhältnismässig ist und ob mit der Unterstützung die zulässige Beihilfehöchstintensität nicht überschritten ist. Die EU-Kommission wird nun eingehend prüfen, ob sich die Bedenken bestätigen.

cc) Steuerbefreiung für Hafenbehörden in Italien

Die EU-Kommission hat im Dezember 2020 Italien aufgefordert, die Befreiung seiner Häfen von der Körperschaftsteuer abzuschaffen, um seine Steuervorschriften an die EU-Beihilfevorschriften anzupassen. Erzielte Gewinne von Hafenverwaltungen aus wirtschaftlicher Tätigkeit sollen nach den normalen nationalen Körperschaftsteuervorschriften besteuert werden, damit es nicht zu Wettbewerbsverzerrungen kommt.

In Italien sind Häfen vollständig von der Körperschaftsteuer befreit. Im Januar 2019 hatte die EU-Kommission Italien aufgefordert, seine Rechtsvorschriften dahingehend anzupassen, dass Häfen auf Gewinne aus wirtschaftlichen Tätigkeiten in gleicher Weise besteuert werden wie andere Unternehmen in Italien. Im Anschluss an die im November 2019 eingeleitete Untersuchung gelangte die EU-Kommission zu dem Ergebnis, dass die Körperschaftsteuerbefreiung den begünstigten italienischen Häfen einen selektiven Vorteil verschafft und damit gegen die EU-Beihilfevorschriften verstösst. Insbesondere verfolge die Befreiung kein klar definiertes Ziel von allgemeinem Interesse. Die Hafenverwaltungen können vielmehr mit den Steuerersparnissen jede Art von Tätigkeit finanzieren oder die Preise subventionieren, die sie ihren Kunden berechnen. Dadurch werde der faire Wettbewerb beeinträchtigt.

Zur Rückforderung wurde Italien nicht verpflichtet, da die Steuerbefreiung für Häfen bereits bestand, bevor der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in Italien im Jahr 1958 in Kraft trat und deshalb als „bestehende Beihilfe" betrachtet wird.

c) Entscheide des Europäischen Gerichtshofs

Im Jahr 2020 fällte der Europäische Gerichtshof (EuGH) eine ganze Reihe von bedeutsamen Urteilen zu den direkten Steuern.

aa) Rechtsschutz gegen grenzüberschreitenden Informationsaustausch: Luxemburgischer Staat / B u.a.

Am 6. Oktober 2020 entschied der EuGH in den verbundenen Rechtssachen C-245/19 und C-246/19 (État luxembourgeois / B)[9], dass der Empfänger einer Anordnung zur Erteilung von Steuerauskünften Anspruch auf eine gerichtliche Überprüfung der Gültigkeit der Anordnung hat.

Im Jahr 2016 richteten die spanischen Steuerbehörden ein Auskunftsersuchen an die luxemburgischen Steuerbehörden, um die steuerliche Situation einer in Spanien ansässigen Steuerpflichtigen zu beurteilen. Die spanischen Behörden stützten ihr Auskunftsersuchen auf die EU-Richtlinie über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung[10] und auf das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Luxemburg und Spanien. Da die luxemburgischen Behörden selbst nicht über die geforderten Informationen verfügten, verpflichteten sie nach geltendem luxemburgischen Recht ein Unternehmen, Kopien zu Verträgen mit der in Spanien ansässigen Steuerpflichtigen und zugehörige Rechnungen einzusehen (Rechtssache C-245/19). Daneben verpflichteten sie eine Bank, Finanzinformationen, einschliesslich Kontonummern und Vermögensaufstellungen, zu übermitteln (Rechtssache C-246/19).

Nach dem damals geltenden Recht in Luxemburg waren Rechtsbehelfsmöglichkeiten ausgeschlossen. Erst die Geldbusse von bis zu EUR 250.000, die im Falle einer nicht fristgemässen Erteilung der Auskünfte verhängt werden konnte, hätte angefochten werden können. Dennoch gingen die spanische Steuerpflichtige, das Unternehmen und die Bank gegen die Auskunftsanordnung vor. Der luxemburgische Richter legte dem EuGH unter anderem die Frage vor, ob mit der unanfechtbaren Auskunftsanordnung der Behörden ein Verstoss gegen die EU-Grundrechte-Charta vorliegt. Darüber hinaus wurde der EuGH aufgefordert, das Erfordernis der „voraussichtlichen Erheblichkeit" nach der Richtlinie 2011/16/EU zu klären.

Der EuGH urteilte, dass die EU-Grundrechte-Charta verlangt, eine Person müsse in der Lage sein, eine im Rahmen eines internationalen Informationsaustauschs auf der Grundlage der Richtlinie 2011/16/EU erlassenen Anordnung gerichtlich anzufechten. Dieses Recht gelte nicht nur für Personen, die aufgefordert werden, Informationen über einen anderen Steuerpflichtigen zu liefern, wie im vorliegenden Fall das luxemburgische Unternehmen und die

---

9 EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2020 in der Rechtssache C-245/19; ECLI:EU:C2020:795 – État luxembourgeois / B.

10 Richtlinie 2011/16/EU vom 15. Februar 2011.

Bank. Luxemburg war allerdings nach Auffassung des EuGH nicht verpflichtet, die Möglichkeit der gerichtlichen Anfechtung für die spanische Steuerpflichtige oder für andere Dritte vorzusehen. Der EuGH stellte fest, dass die luxemburgischen Rechtsvorschriften nicht im Einklang mit der EU-Grundrechte-Charta stehen, wenn der Adressat der Auskunftsanordnung die Anordnung nur inzident im Rahmen der Klage gegen die Verhängung einer Geldstrafe bei Nichtbefolgung der Anordnung anfechten kann.

Hinsichtlich der „voraussichtlichen Erheblichkeit" wies der EuGH darauf hin, dass Informationen als „voraussichtlich erheblich" anzusehen seien, wenn sie die Identität der Person, die im Besitz der betreffenden Informationen ist, die Identität des Steuerpflichtigen, der Gegenstand der Ermittlungen ist, die den Anlass für das Ersuchen um Informationsaustausch bilden, und den Zeitraum, auf den sich diese Ermittlungen beziehen, angibt; und sich auf Verträge, Rechnungen und Zahlungen beziehen, die zwar nicht ausdrücklich identifiziert sind, aber durch persönliche, zeitliche und sachliche Kriterien definiert sind, die ihre Verbindung sowohl mit der Untersuchung als auch mit dem Steuerpflichtigen, der Gegenstand dieser Untersuchung ist, herstellen.

bb) Gibraltar-Gesellschaft fällt nicht unter Mutter-Tochter-Richtlinie: GVC Services (Bulgaria)

Der EuGH hat am 2. April 2020 in der Rechtssache C-458/18[11] über die Frage des Status von Gibraltar innerhalb der europäischen Union entschieden. Nach der Entscheidung des EuGH erfüllen in Gibraltar gegründete Gesellschaften hinsichtlich der von ihrer bulgarischen Tochtergesellschaft ausgeschütteten Dividenden nicht die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Mutter-Tochter-Richtlinie[12].

In dem entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob eine bulgarische Tochtergesellschaft für Dividendenausschüttungen an ihre in Gibraltar gegründete Muttergesellschaft Quellensteuern einzubehalten und abzuführen hat oder ob die Mutter-Tochter-Richtlinie diesbezüglich eine einschränkende Wirkung entfaltet.

Der EuGH verneinte das Vorliegen einer durch die Mutter-Tochter-Richtlinie erfassten Gesellschaft. Art. 2 Buchst. a Ziff. i und iii der Richtlinie 2011/96/EU in Verbindung mit deren Anhang I Teil A Buchst. a sowie Teil B letzter

---

11 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-458/18; ECLI:EU:C:2020:266 – GVC Services (Bulgaria).

12 Richtlinie 2011/96/EU des Rates vom 30. November 2011 über das gemeinsame Steuersystem der Mutter- und Tochtergesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten.

Spiegelstrich seien dahin auszulegen, dass die in diesen Bestimmungen enthaltenen Begriffe „nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Gesellschaften" und „corporation tax im Vereinigten Königreich" nicht die in Gibraltar gegründeten und dort körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaften erfassen. Der EuGH liess jedoch die Frage offen, ob in der Quellensteuerpflicht möglicherweise eine Beschränkung der Niederlassungs- oder Kapitalverkehrsfreiheit liegen könne.

cc) Wirtschaftliche Gründe für Verrechnungspreisanpassungen: Impresa Pizzarotti

Am 8. Oktober 2020 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-558/19 (Impresa Pizzarotti)[13].

Impresa Pizzarotti, eine rumänische Zweigniederlassung der italienischen Gesellschaft *Pizzarotti Italia* schloss als Darlehensgeberin zwei Darlehensverträge mit ihrer Muttergesellschaft. Die Darlehensverträge enthielten keine Klausel über die Erhebung von Zinsen. Da die rumänischen Verrechnungspreisregelungen bei nicht marktüblichen Übertragungen zwischen rumänischen und gebietsfremden verbundenen Personen eine Berichtigung der Steuerbemessungsgrundlage verlangten, berichtigten die rumänischen Steuerbehörden die Steuerbemessungsgrundlage zulasten von *Impresa Pizzarotti*.

Impresa Pizzarotti machte im Rechtsmittelverfahren geltend, dass die rumänischen Verrechnungspreisbestimmungen unionsrechtswidrig wären, weil sie nur Berichtigungen bei Übertragungen zwischen einer in einem Mitgliedstaat ansässigen Zweigniederlassung und ihrer in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Muttergesellschaft verlangten. Die Regelungen waren hingegen nicht anwendbar, wenn die Zweigniederlassung und ihre Muttergesellschaft in demselben Staat ansässig waren.

Der EuGH führt in seiner Entscheidung aus, dass mit der Niederlassungsfreiheit auch das Recht verbunden sei, die Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat durch eine Zweigniederlassung auszuüben. Die unterschiedliche steuerliche Behandlung von Zweigniederlassungen nach dem Ort des Sitzes ihrer Muttergesellschaften könne aus Sicht des EuGH eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellen. Weiter entschied er, dass Verrechnungspreisvorschriften prinzipiell aus Gründen der Wahrung der Aufteilung der Besteuerungszuständigkeit zwischen den Mitgliedstaaten gerechtfertigt seien. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sei allerdings nur dann gewahrt, wenn dem Steuerpflichtigen die Möglichkeit eingeräumt werde, wirtschaftliche

[13] EuGH, Urteil vom 8. Oktober 2020 in der Rechtssache C-558/19, ECLI:EU:C:2020:806 – Impresa Pizzarotti & C SPA Italia Sucursala Cluj.

Gründe für die beanstandete Transaktion nachzuweisen und sich die Berichtigung auf die Differenz zum Marktpreis beschränke. Im entschiedenen Fall schienen diese Voraussetzungen gegeben gewesen zu sein.

dd) Luxemburgische Gruppenbesteuerung: B

Am 14. Mai 2020 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-749/18 (B.)[14]. In dem Fall ging es um die luxemburgische Gruppenbesteuerung.

Nach luxemburgischem Steuerrecht war es nicht möglich, eine ertragsteuerliche Organschaft zwischen inländischen Schwestergesellschaften einer gebietsfremden Muttergesellschaft zu bilden. In den zugrundeliegenden Streitjahren setzte eine Organschaft zwischen unbeschränkt steuerpflichtigen gebietsansässigen Kapitalgesellschaften eine unbeschränkt steuerpflichtige gebietsansässige Muttergesellschaft oder eine inländische Betriebsstätte einer gebietsfremden Muttergesellschaft voraus. Dies verstösst nach Auffassung des EuGH gegen die Niederlassungsfreiheit. Bereits mit Urteil vom 12. Juni 2014[15] hatte der EuGH bei den niederländischen steuerlichen Regelungen zur Organschaft einen Verstoss gegen die Niederlassungsfreiheit bejaht, da diese bei einer gebietsansässigen Muttergesellschaft, die gebietsansässige Tochtergesellschaften hält, Anwendung finden, während der Anwendungsbereich bei gebietsansässigen Schwestergesellschaften, deren gemeinsame Muttergesellschaft weder ihren Sitz noch eine Betriebstätte in diesem Mitgliedstaat hat, nicht eröffnet ist. Mit seinem Urteil vom 14. Mai 2020 bestätigt der EuGH seine bisherige Rechtsprechung.

ee) Dividendenausschüttungen an Investmentfonds: Köln-Aktienfonds Deka

Mit Urteil vom 30. Januar 2020 hat der EuGH in der Rechtssache C-156/17 (Köln Aktienfonds Deka)[16] zu mehreren Gesichtspunkten betreffend die Möglichkeit ausländischer Fonds, die Rückerstattung von Quellensteuern zu beantragen, Stellung genommen.

In dem entschiedenen Fall ging es um einen deutschen Publikumsfonds, der unter anderem in niederländische Aktien investiert hatte und in den Nieder-

---

14 EuGH, Urteil vom 14. Mai 2020 in der Rechtssache C-749/18, ECLI:EU:C:2020:370 – B.

15 EuGH, Urteil vom 23. Juni 2014 in der Rechtssache C-39/13, C-40/13, C-41/13, ECLI:EU:C:2014:1758 – SCA Group Holding u.a.

16 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-156/17, ECLI:EU:C:2020:51 – Köln Aktienfonds Deka.

landen einen Antrag auf Rückerstattung der einbehaltenen Quellensteuern stellte. Nach der damals geltenden Rechtslage war der antragstellende Fonds kein Steuersubjekt im Ansässigkeitsstaat, sondern ein transparentes Vehikel.

Die niederländischen Rechtsvorschriften sehen eine gänzliche Befreiung von Quellensteuer für inländische Fonds vor, wenn diese die Voraussetzungen erfüllen, um als steuerlicher Anlageorganismus im Sinne des niederländischen Rechts zu qualifizieren. Dazu gehören ein Ausschüttungserfordernis (zeitnahe Ausschüttung der Fondserträge an die Anteilsinhaber) und ein Anteilsinhabererfordernis (Beachtung bestimmter Beteiligungsschwellen hinsichtlich der Art der Anteilsinhaber). Der antragstellende Fonds erfüllte diese Voraussetzungen nicht.

Der antragstellende Fonds machte geltend, dass er Ausschüttungen an seine Anleger zwar nicht in der geforderten Art und Weise vornehme, aber dennoch hinreichend mit einem steuerlichen Anlageorganismus vergleichbar sei, da nach deutschem Recht eine bei den Anlegern steuerpflichtige Ausschüttung fingiert werde. Darüber hinaus führe die Anknüpfung an Beteiligungsschwellen zu einer Schlechterstellung der nicht an der Amsterdamer Börse notierten ausländischen Investmentfonds.

Da sowohl das Ausschüttungs- als auch das Anteilsinhabererfordernis unterschiedslos für gebietsansässige und gebietsfremde Fonds galten, prüfte der EuGH eine mittelbare Diskriminierung. Wesentlich sei dabei nach Auffassung des EuGH, ob es die jeweilige Voraussetzung gebietsfremden Fonds ihrer Art nach oder *de facto* unmöglich machen, die geforderten Nachweise zu erbringen. In dem Fall liege ein Verstoss gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vor. Die Klärung dieser Frage hat durch das nationale Gericht zu erfolgen.

Hinsichtlich der Ausschüttungsverpflichtung sei die nationale Regelung im Hinblick auf das verfolgte Ziel zu überprüfen. Soweit es nur um das Ziel gehe, die Erträge des Fonds möglichst rasch den Anlegern zukommen zu lassen, könne darin keine Verletzung des Grundsatzes der Kapitalverkehrsfreiheit gesehen werden. Sei das Ziel hingegen die Besteuerung der Gewinne auf Ebene der Anteilsinhaber eines Fonds, befinde sich der Fonds in einer vergleichbaren Situation und die Regelung sei zumindest *de facto* nicht mit dem Grundsatz der Kapitalverkehrsfreiheit vereinbar.

ff) Dienstleistungsfreiheit: Google Ireland

Am 3. März 2020 fällte der EuGH seine Entscheidung in der Rechtssache C-482/18 (Google Ireland)[17].

In dem entschiedenen Fall ging es um die ungarische Besteuerung von Werbeeinnahmen. *Google Ireland* ist nicht in Ungarn ansässig, unterliegt aber mit ihrer Tätigkeit in Ungarn der Werbesteuer und hatte aus Sicht Ungarns seine Werbeeinnahmen nicht rechtzeitig gemeldet. Daraufhin verhängten die ungarischen Behörden zunächst ein Bussgeld von rund EUR 31'000. Innerhalb weniger Tage wurde die Strafe auf den Höchstbetrag von ca. EUR 3,1 Mio. angehoben.

Nach Ansicht von *Google Ireland* verstiess sowohl die Anmeldepflicht sowie das an das Unterlassen der Anmeldung geknüpfte Sanktionssystem gegen die Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH sah in der Verpflichtung zur Anmeldung der Steuer eine unbedenkliche Verwaltungsformalität. Die Strafen seien jedoch weit höher als für inländische Unternehmen mit dem gleichen Vergehen, worin der EuGH einen Verstoss gegen die Dienstleistungsfreiheit sah. Sie seien eine unverhältnismässige und somit nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung.

2. Entwicklungen bei den indirekten Steuern

Nachfolgend werden die wichtigsten gesetzlichen Entwicklungen und wichtigen Entscheide des EuGH im Rahmen der indirekten Steuern erläutert.

a) Gesetzliche und politische Entwicklungen

Das Jahr 2020 brachte eine ganze Reihe von bedeutsamen gesetzlichen Entwicklungen bei den indirekten Steuern.

[17] EuGH. Urteil vom 3. März 2020 in der Rechtssache C-482/18, ECLI:EU:C:2020:141 – Google Ireland.

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 (*Corner-stones*) 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;
- Die 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, einheitliche Regelungen bei Intra-EU Reihengeschäften sowie Regelungen betreffend die notwendigen Belege für eine Steuerbefreiung von innergemeinschaftlichen Lieferungen.

Diese Regelungen gelten ab dem 1. Januar 2020. 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]

---

18 Landolf Urs/Rioult Christian/Sailer Julia, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2016/2017, Zürich/St. Gallen 2017, (Zit. Landolf/Rioult/Sailer 2016), I.2.a)aa); Pressemitteilung der Europäische Kommission vom 7. April 2016; IP/16/1022.

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, 3–7.

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 soll.

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 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 besteuernde 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.

---

20 Siehe unten, I.2.a)bb).

21 Vgl. Landolf/Rioult/Sailer, Steuerrecht 2016, I.2.a)cc) sowie Landolf/Rioult/Sailer, Steuerrecht 2017, I.2.a)bb).

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.

Der MOSS (Mini One Stop Shop) bietet den Unternehmen die Möglichkeit, sich in einem EU-Mitgliedstaat (Mitgliedstaat der Identifizierung; MSI) zu registrieren und alle unter die Sonderregelung fallenden Umsätze über den MSI zu erklären und die daraus resultierende Umsatzsteuer zu bezahlen. Unternehmer, die in einem EU-Mitgliedstaat weder ihr Unternehmen betreiben noch über eine Betriebsstätte verfügen, können den MOSS für die an Nichtunternehmer elektronisch erbrachten sonstigen Leistungen, Telekommunikations-, Rundfunk- und Fernsehdienstleistungen in Anspruch nehmen. Ausserdem darf der Unternehmer nicht für die Verwendung des MOSS gesperrt sein. Die Verwendung des MOSS setzt eine UID-Nummer und einen rechtzeitigen Antrag voraus.

cc) Neue 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, für fairere Wettbewerbsbedingungen von KMU zu sorgen und gleichzeitig auch den Mehrwertsteuerbetrug zu reduzieren.[23]

Nach dem Vorschlag sollen Kleinunternehmen mit einem Jahresumsatz von maximal EUR 100‘000, die in einem Mitgliedsstaat die Kriterien für die Steuerbefreiung 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.

---

22 Vgl Landolf/Rioult/Sailer, Steuerrecht 2017, 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.

Der Rat der EU hat ausserdem am 18. Februar 2020 weitere Vereinfachungen für Kleinunternehmen beschlossen. Damit soll der Verwaltungsaufwand und sollen die entsprechenden Kosten für Kleinunternehmen verringert werden.

Die derzeit geltende Mehrwertsteuer-Regelung sieht vor, dass die Mehrwertsteuerbefreiung für Kleinunternehmen ausschliesslich von inländischen Unternehmen beansprucht werden kann. Gemäss der beschlossenen Reform, die am 1. Januar 2025 in Kraft treten soll, darf Kleinunternehmen, die ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, eine analoge Mehrwertsteuerbefreiung gewährt werden.

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 Mehrwertsteuersystems[25] 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

---

[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, abgerufen unter: <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/18012018_proposal_vat_rates_de.pdf>.

[25] Siehe oben, I.2.a)bb).

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 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 wurde in Rumänien der Mechanismus das Split Payment Model per 1. Februar 2020 bereits wieder abgeschafft und die dafür benötigten speziellen Konten können nicht mehr verwendet werden. Auslöser dieser Entwicklung war eine Warnung der EU-Kommission vom November 2018, dass diese Massnahme nicht mit der EU-Mehrwertsteuerrichtlinie und der Dienstleistungsfreiheit vereinbar sei, da sie aus Sicht der ehrlichen Unternehmen unverhältnismässig sei.

Polen hat beschlossen, die obligatorische Durchführung des Split Payment Model erst ab Januar 2020 einzuführen, obwohl das Land bereits im Februar 2019 vom EU-Rat „Wettbewerbsfähigkeit" ermächtigt wurde, das System ab dem 1. März 2019 obligatorisch einzuführen.

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.[27]

---

26 Vgl. Landolf/Rioult/Sailer, Steuerrecht 2017, Kap I.2.a)aa).

27 European Commission, Analysis of the impact of the split payment mechanism as an alternative VAT collection method, final report, December 2017, abgerufen <https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/split_payment_report2017_en.pdf>.

ff) Geltende MWST-Sätze in der EU

Zum 1. Januar 2020 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 2020 fällte der EuGH eine Reihe von bedeutsamen Urteilen zu den indirekten Steuern.

aa) Steuerbefreiung von Sportvereinen: Golfclub

Am 10. Dezember 2020 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-488/18 (Golfclub).[28]

Der klagende Golfclub ist ein privatrechtlicher Verein, dessen Zweck die Pflege und Förderung des Golfsports ist. Zu diesem Zweck betreibt er einen Golfplatz und die dazugehörigen Anlagen, die er von der Golfplatz-Y-Betriebs-GmbH gepachtet hat. Die Mittel des Golfclubs dürfen nur für die Zwecke seiner Satzung verwendet werden, die vorsieht, dass sein Vermögen bei Auflösung oder Aufhebung an eine von der Mitgliederversammlung bestimmte Person oder Institution fällt. Im Januar 2011 erwarb der Golfclub sämtliche Anteile an der Golfplatz-Y-Betriebs-GmbH zum Preis von EUR 38'0000. Zur Finanzierung dieses Vorhabens nahm er bei seinen Mitgliedern Darlehen auf, die mit einem Zinssatz von 4% jährlich zu verzinsen sind und ausserdem über einen Zeitraum von 20 Jahren alljährlich getilgt werden sollten.

Im selben Jahr erzielte der Golfclub Einnahmen von rund EUR 80'000 aus verschiedenen Tätigkeiten (z.B. Nutzung des Golfplatzes, Vermietung von Golfbällen, mietweise Überlassung von Caddies, Verkauf eines Golfschlägers, Durchführung von Golfturnieren und Veranstaltungen, bei denen der Golfclub Startgelder für die Teilnahme vereinnahmte). Das zuständige Finanzamt weigerte sich in der Folge, diese Tätigkeiten von der Umsatzsteuer zu befreien, da die Startgelder für Golfveranstaltungen nur dann gemäss § 4 Nr. 22 Umsatzsteuergesetz befreit seien, wenn der Antragsteller eine gemeinnützige Körperschaft i.S.d. §§ 51 ff. Abgabenordnung sei, was beim betreffenden Golfclub nicht der Fall sei. Seine Vereinssatzung enthalte keine genauen Regelungen darüber, was im Fall seiner Auflösung mit dem Vereinsvermögen zu geschehen

[28] EuGH, Urteil vom 10. Dezember 2020 in der Rechtssache C-488/18 – Golfclub Schloss Igling e.V..

habe. Der Erwerb der Golfplatz-Y-Betriebs-GmbH zeige, dass der Golfclub nicht ausschliesslich nicht-gewinnstrebige Zwecke verfolge. Das Finanzamt erliess daher einen Umsatzsteuerbescheid, mit dem alle genannten Tätigkeiten der Umsatzsteuer unterworfen wurden.

Der entsprechenden Klage wurde vom zuständigen Finanzgericht stattgegeben. Das Finanzamt verlangte daraufhin Revision gegen den Entscheid des Finanzgerichts. Der Bundesfinanzhof hat das Verfahren ausgesetzt und ersucht nunmehr den EuGH im Wege des Vorabentscheidungsersuchens um Auslegung von Art. 132 Abs. 1 Bst. m der Richtlinie 2006/112/EG (Mehrwertsteuerrichtlinie).

Der EuGH entschied, dass Sportvereine, die bestimmte Leistungen gegen ein gesondertes Entgelt erbringen, sich nicht direkt und unmittelbar auf die Umsatzsteuerfreiheit gemäss Art. 132 Abs. 1 Bst. m der Mehrwertsteuerrichtlinie berufen können, um gegen eine Steuerpflicht nach nationalem Recht vorzugehen. Beim Begriff „Einrichtung ohne Gewinnstreben" im Sinne der genannten Regelung handelt es sich um einen autonomen unionsrechtlichen Begriff. Entsprechend wird zwingend verlangt, dass eine solche Einrichtung (im konkreten Fall der Golfclub) im Fall ihrer Auflösung die einbehaltenen Gewinne, welche die von den Mitgliedern einbezahlten Beiträge sowie den Verkehrswert der von diesen geleisteten Sacheinlagen übersteigen, nicht an ihre Mitglieder ausrichten darf.

bb) Hosting-Dienste in einem Rechenzentrum

Am 2. Juli 2020 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtssache C-215/19-A.[29] In dieser Entscheidung ging es um Fragen betreffend die umsatzsteuerliche Behandlung von Hosting-Diensten in einem Rechenzentrum und insbesondere darum, ob der Belegenheitsort des betreffenden Grundstücks als Leistungsort gilt. Die Unternehmung A bietet ihren Kunden Hosting-Dienste an. Die Kunden sind IT-Unternehmen, die in Finnland und anderen EU-Staaten tätig sind. Sie nutzen ihre eigenen Server, um wiederum ihren Kunden Datenverkehrsverbindungen anzubieten. Die Unternehmung A stellt ihren Kunden Geräteschränke zur Unterbringung von Serveranlagen zur Verfügung, die mit einer Türe abschliessbar sind. Ausserdem werden die Kunden von A mit Strom und verschiedenen Dienstleistungen versorgt, damit die in den Schränken untergebrachten Server optimal und sicher genutzt werden können. Den Kun-

[29] EuGH, Urteil vom 2. Juli 2020 in der Rechtssache C-215/19 – A.

den wird weiter nur dann Zutritt zu dem Ihnen zugewiesenen Geräteschrank gewährt, wenn sie nach Vorlage eines Ausweises den betreffenden Schlüssel von einer Drittperson ausgehändigt erhalten haben.

Der EuGH verneint zunächst die Frage, ob die erbrachten Hosting-Dienste steuerfreie Umsätze aus der Vermietung von Grundstücken seien. Eine solche Steuerbefreiung kann nach Meinung des EuGH nur gewährt werden, wenn ein Grundstück rein passiv zur Verfügung gestellt wird, nicht aber bei Erbringung von verschiedenen Leistungen seitens des Eigentümers wie Aufsicht, Verwaltung, ständiger Unterhalt sowie Zurverfügungstellung anderer Anlagen. In diesem Fall kann die Vermietung des Grundstücks keine ausschlaggebende Dienstleistung darstellen. Weiter sind die von den Kunden zur Unterbringung der Server genutzten Geräteschränke keine Grundstücke, da sie zum einen nicht wesentlicher Bestandteil des Gebäudes sind, in dem sie stehen. Zum anderen sind sie nicht dauerhaft installiert, da sie lediglich im Boden verschraubt sind und somit ohne Beschädigung des Gebäudes wieder entfernt werden können. Weiter hält der EuGH fest, dass für die von A erbrachten Hosting-Dienste nicht das Belegenheitsprinzip des Grundstücks gilt. Die Dienstleistungen unterliegen der Umsatzsteuer vielmehr am Ort, wo die Kunden ihre Dienstleistungen erbringen.

cc) Bestimmung der Transportveranlassung – Auswirkungen auf Reihengeschäfte und die Versandhandelsregelung

Am 18. Juni 2020 fällte der EuGH sein Urteil in der Rechtsache, KrakVet Marek Batko sp.k., C-276/18[30] und hat grundsätzliche Kriterien zur Bestimmung der Transportveranlassung beim Versandhandel aufgestellt. In erster Linie bestimmt sich die Transportverantwortlichkeit („Lieferung von Gegenständen, die durch den Lieferer oder für dessen Rechnung […] versandt oder befördert werden") aufgrund der zivilrechtlichen Vereinbarung. Je nach tatsächlicher Sachlage kann aber von dieser zivilrechtlichen Sachlage abgewichen werden. Das vorliegende Urteil des EuGH entfaltet Wirkung über den reinen Versandhandel hinaus, etwa auf die Einfuhrumsatzsteuer oder auch auf Reihengeschäfte. Im vorliegenden Fall betrieb ein in Polen ansässiges Unternehmen einen Onlinehandel, allerdings unter einer ungarischen Domain. Für den Versand an Privatkunden in Ungarn wurde ein polnisches Speditionsunternehmen beauftragt. Im Rahmen des Bestellvorgangs bot das in Polen ansässige Unter-

[30] EuGH, Urteil vom 18. Juni 2020 in der Rechtssache C-276/18, ECLI:EU:C:2020:485, KrakVet Marek Batko.

nehmen dem ungarischen Käufer an, einen Liefervertrag direkt mit dem polnischen Spediteur abzuschliessen, ohne dass das polnische Unternehmen selbst Vertragspartner der polnischen Spedition wurde.

Das polnische Unternehmen, das seine Umsätze in Polen versteuert hatte, vertrat die Auffassung, es liege keine Versendung vor. Als Begründung wurde angeführt, die Kunden hätten die Spedition beauftragt. Demgegenüber brachten die ungarischen Steuerbehörden die Versandhandelsregelung zur Anwendung an und besteuerten die Umsätze ebenfalls in Ungarn. Dabei vertraten sie den Standpunkt, trotz der direkten Beauftragung der polnischen Spedition durch den Kunden selbst liege die Verantwortung für den Transport der Ware im Ergebnis bei dem in Polen ansässigen Unternehmen.

Der EuGH führte aus, dass in Abweichung zur zivilrechtlichen Regelung die Transportverantwortlichkeit dem polnischen Unternehmen zugerechnet werden könne. Es sei zwar üblicherweise zutreffend, dass die vertragliche Situation der wirtschaftlichen entspreche. Aufgrund der Tatsache, dass in Abweichung von der vertraglichen Regelung aber alle zentralen Entscheidungen über den Transport durch den Lieferanten getroffen würden und diese vom Käufer stillschweigend akzeptiert würden, sei die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung nicht entscheidend. Mit anderen Worten ist aus Sicht des EuGH entscheidend, ob die Rolle des Lieferanten in der gesamten Transaktion überwiege. Dies sowohl in Bezug auf die Beauftragung als auch auf die Organisation der wesentlichen Phasen des Versands und der Beförderung der Gegenstände.

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.

1. 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 5. Dezember 2017 legten die Finanzminister der EU-Mitgliedstaaten erstmals eine Liste von nicht kooperativen Steuergebieten vor.[31] 47 Länder hatten sich nach Kontakten mit der EU verpflichtet, ihre Steuersysteme bis Ende 2018 anzupassen, um die Kriterien der EU zu erfüllen. Darunter fällt auch die Schweiz, die sich gegenüber der EU verpflichtet hat, ihre gemäss Auffassung der EU schädlichen Steuerregime abzuändern oder abzuschaffen. Alle Länder und Gebiete auf der EU-Liste erhielten ein Schreiben mit einer Erläuterung der Entscheidung und Hinweisen, was sie tun können, um von der Liste wieder gestrichen zu werden.

Die revidierte Gesetzesvorlage (Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF)) wurde vom Schweizer Stimmvolk am 19. Mai 2019 mit 66.4% Ja-Stimmen angenommen und ist per 1. Januar 2020 in Kraft getreten[32]. Die Kantone haben die Umsetzung der steuerlichen Vorgaben aus dem Bundessteuerharmonisierungsgesetz in ihren kantonalen Steuergesetzen mit Wirkung zum 1. Januar 2020 ebenfalls vorgenommen.

Um die aus der Abschaffung der Steuerregime resultierenden Nachteile für die betroffenen Unternehmen etwas zu mildern, hat der Gesetzgeber eine Reihe von Massnahmen vorgesehen, die von den Kantonen teils freiwillig, teils zwingend umgesetzt werden. Dazu gehört die steuerfreie Aufdeckung von unter dem Steuerstatus gebildeten stillen Reserven. Diese stillen Reserven inklusive Mehrwert aus der Zeit der Besteuerung unter einem kantonalen Steuerstatus können bei dessen Wegfall grundsätzlich im Umfang der bisherigen steuerli-

---

31 Siehe oben, I.1.a)bb).

32 In einzelnen Kantonen (z.B. Kanton Bern) verzögerte sich der Gesetzgebungsprozess bis ins Jahr 2020, was dazu führte, dass eine rückwirkende Inkraftsetzung der entsprechenden kantonalen Bestimmungen zu erfolgen hatte.

chen Freistellung ohne Steuerfolgen, durch Bildung einer als Gewinn besteuert geltenden stillen Reserve, aufgedeckt werden. Nach Einsetzen der ordentlichen Besteuerung können die so aufgedeckten stillen Reserven in der Folge steuerwirksam abgeschrieben werden. Als weiteres Instrument zur Abfederung der deutlich höheren Steuerbelastung nach Wegfall der speziellen Regelungen für Statusgesellschaften haben die Kantone die Möglichkeit erhalten, mittels Übergangsregelung eine gesonderte Besteuerung der bei Ende des Sonderstatus bestehenden stillen Reserven während fünf Jahren vorzunehmen. Die Höhe des Sondersatzes kann von den Kantonen bestimmt werden.[33]

Als weitere Neuerung können bei Verlegung des Sitzes oder der tatsächlichen Verwaltung einer Gesellschaft in die Schweiz die stillen Reserven sowohl bei der direkten Bundessteuer als auch bei den Staats- und Gemeindesteuern steuerneutral (sprich: ohne Steuerfolgen) aufgedeckt werden. Damit wird im Ergebnis nur der während der Dauer der Ansässigkeit in der Schweiz erzielte Reingewinn besteuert. Diese nicht steuerwirksame Aufdeckung der stillen Reserven wird auf gewissen nicht versteuerten stillen Reserven einschliesslich des selbst geschaffenen Mehrwertes (Goodwill) der betreffenden Gesellschaft gewährt. Hingegen können stille Reserven auf Beteiligungen von mindestens zehn Prozent an Kapitalgesellschaften oder Genossenschaften nicht aufgedeckt werden, soweit sie inskünftig dem Beteiligungsabzug unterliegen. Der für die so aufgedeckten stillen Reserven anzuwendende jährliche Abschreibungssatz richtet sich nach den von den Steuerbehörden veröffentlichten Abschreibungssätzen. Für den aufgedeckten selbst geschaffenen Mehrwert gilt eine Abschreibungsperiode von fünf bis maximal zehn Jahren.

Im Falle einer Verlagerung von Vermögenswerten oder Funktionen wie auch einer Betriebsstätte aus dem Ausland in die Schweiz gelten dieselben Regeln.

Wie bis anhin werden bei Beendigung der Steuerpflicht, d.h. Verlegung von Vermögenswerten oder Funktionen ins Ausland, Sitzverlegung ins Ausland oder Verlegung der tatsächlichen Verwaltung ins Ausland die stillen Reserven (inkl. Goodwill) als Gewinn besteuert.

Weiterhin wurden die Kantone verpflichtet, für die Unternehmungen die Bildung einer sog. Patentbox vorzusehen. Dieser Box können die interessierten Kapitalgesellschaften ihre Patente oder auch damit vergleichbare Rechte zuweisen. Die aus der Patentbox stammenden Erträge werden lediglich

[33] Die anwendbaren kantonalen Sondersätze (einfache Steuer ohne Berücksichtigung der anwendbaren Steuerfüsse) bewegen sich zwischen 0.4% (Kanton Schwyz) und 4% (Kanton Freiburg).

anteilsmässig für die Ermittlung des steuerbaren Gewinns erfasst, wobei der Umfang der konkreten Ermässigung ab einer minimalen steuerbaren Quote von 10% von den Kantonen selbst bestimmt werden kann.[34]

Auf eidgenössischer Ebene regeln die Verordnung über die ermässigte Besteuerung von Gewinnen aus Patenten und vergleichbaren Rechten (Patentbox-Verordnung), die Verordnung über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen und die Änderung der Verordnung über die pauschale Steueranrechnung (neu: Verordnung über die Anrechnung ausländischer Quellensteuern) die wesentlichen Elemente dieser steuerlichen Neuerungen.

Zusätzlich sind die Änderungen der Richtlinie zur Bekämpfung von Steuervermeidungspraktiken zu berücksichtigen (ATAD II). Durch diese Änderung fallen neu hybride Gestaltungen mit Drittstaaten in den Anwendungsbereich der Richtlinie. Betroffen von ATAD II sind somit neben den in den EU-Mitgliedstaaten der Körperschaftsteuer unterliegenden Unternehmen auch EU-Betriebsstätten von Unternehmen, die steuerlich in einem Staat ausserhalb der EU ansässig sind. Davon sind auch Unternehmen betroffen, die steuerliche Betriebsstätten in der Schweiz unterhalten.

b) Automatischer Informationsaustausch

Die Rechtsgrundlagen für die Einführung des automatischen Informationsaustausches sind am 1. Januar 2017 in Kraft getreten.[35] 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 38 Staaten und Territorien wurde der automatische Informationsaustausch auf diesen Zeitpunkt aktiviert.[36] Seitdem sammeln meldepflichtige schweizerische Finanzinstitute Kontoinformationen von in diesen Partner-

---

34 Die vom Bundesgesetzgeber vorgesehene maximale Ermässigung bei der Patentbox beträgt somit 90%.

35 Landolf Urs/Rioult Christian/Sailer Julia, Steuerrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2015/16, Zürich/St. Gallen 2016, 266 f.

36 Die aktuelle Liste der Länder ist abrufbar unter <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/themen/informationsaustausch/automatischer-informationsaustausch/automatischer-informationsaustausch1.html>.

staaten steuerlich ansässigen Personen. Das Parlament hat im Dezember 2017 die Bundesbeschlüsse über die Einführung des automatischen Informationsaustausches mit weiteren Partnerstaaten verabschiedet, so dass die schweizerischen Finanzinstitute ab 1. Januar 2018 in Bezug auf weitere 40 Partnerstaaten Kontoinformationen sammeln, die erstmals im Herbst 2019 ausgetauscht wurden.

Kritisiert wurde am automatischen Informationsaustausch, dass manche designierten Partnerländer die Voraussetzungen bezüglich Datenschutzes oder Rechtsstaatlichkeit nicht erfüllen würden. Zum andern sei nicht gesichert, dass auch alle wichtigen Konkurrenzfinanzplätze Abkommen mit allen designierten Partnerländern der Schweiz abschliessen würden. In regelmässigen Abständen prüft das *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* (*Global Forum*), ob der Standard für den internationalen automatischen Informationsaustausch in Steuersachen (AIA-Standard) im innerstaatlichen Recht korrekt umgesetzt wird. Im Rahmen dieses Prüfverfahrens hat das Global Forum gegenüber der Schweiz Empfehlungen ausgesprochen[37], welche die Schweiz grundsätzlich bis Ende 2020 umsetzt.

Bereits am 19. Juni 2020 hat das Eidgenössische Parlament die Änderungen am AIAG gutgeheissen. Diese beinhalten die Aufhebung der Ausnahmebestimmung für Stockwerkeigentumsgemeinschaften sowie eine Anpassung der geltenden Sorgfaltspflichten. Des Weiteren werden die Beträge in US-Dollar ausgewiesen und es wird eine Dokumentenaufbewahrungspflicht für meldende schweizerische Finanzinstitute eingeführt.

Mit dem Entscheid vom 11. November 2020 hat der Bundesrat die Verordnung über den Automatischen Informationsaustausch (AIAV) an das geänderte Bundesgesetz über den Automatischen Informationsaustausch (AIAG) angepasst. Die entsprechenden Änderungen des AIAG und der AIAV sind per 1. Januar 2021 in Kraft getreten.

---

37 Diese stufenweise Vorprüfung beinhaltet als erstes Element die Einhaltung der Bestimmungen zur Vertraulichkeit und Datensicherheit. Als zweites Element prüft das Global Forum, ob der AIA-Standard von den betreffenden Staaten in ihrem Landesrecht gänzlich umgesetzt wird. Als drittes Element hat das Global Forum einen Prüfprozess entwickelt, der den Aufbau eines angemessenen Netzes von AIA-Partnerstaaten betrifft. Schliesslich betrifft das vierte Element die Bereitstellung der für das einwandfreie Funktionieren des AIA erforderlichen Ressourcen in administrativer und informationstechnischer Hinsicht. Bis Ende 2020 wurde die Schweiz auf zwei der vier Elemente vorgeprüft.

c) *Transparenzvorschriften für Intermediäre*

Am 21. Juni 2017 legte die EU-Kommission ihren Vorschlag für Transparenzvorschriften für Intermediäre im Bereich der Steuerplanung vor.[38] Am 5. Juni 2018 wurde die „Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustauschs im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen" im Amtsblatt der EU veröffentlicht und trat am 25. Juni 2018 in Kraft.[39] Die geänderte Richtlinie verpflichtet Intermediäre, gewisse Steuerplanungsarrangements, in die sie involviert sind oder die sie für einen Kunden gestaltet haben, den Steuerbehörden zu melden. Sitzt der Vermittler in einem Drittstaat und unterliegt daher nicht der Meldepflicht, muss der betroffene Steuerzahler in der EU die Steuerbehörden selbst informieren (so wie dies auch der Fall ist bei Intermediären innerhalb der EU, welche Verschwiegenheitspflichten unterliegen). Betroffen wären zum Beispiel Kunden in der EU, die sich in solchen Fragen von Banken oder Anwälten aus der Schweiz beraten lassen. Besondere Fragestellungen ergeben sich zudem für in der Schweiz tätigen Intermediären (z.B. Steuerberatern) mit einer Zulassung in einem EU-Staat.

d) *Besteuerung der digitalen Wirtschaft*

Am 21. März 2018 legte die EU-Kommission dem Europäischen Parlament und dem Europäischen Rat zwei Vorschläge für Richtlinien betreffend die digitale Betriebsstätte sowie betreffend die Besteuerung gewisser digitaler Dienstleistungen.[40] Damit hat die EU-Kommission konkrete Vorschläge ausgearbeitet, obwohl die OECD sich diesbezüglich für globale Lösungen ausgesprochen hat. Die Schweiz ist diesbezüglich zurückhaltender. Das SIF hat dazu am 8. März 2018 Position bezogen und sich für multilaterale Lösungsansätze ausgesprochen. Demnach sollen Gewinne am Ort der Wertschöpfung besteuert, dabei jedoch Überbesteuerungen vermieden werden.[41]

---

38 Siehe oben, I.1.a)bb).

39 Artikel 3 der Richtlinie (EU) 2018/822 des Rates vom 25. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie 2011/16/EU bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustausches im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen.

40 Siehe oben, I.1.a)aa).

41 Staatssekretariat für internationale Finanzfragen, Position des SIF zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft vom 8. März 2018, abgerufen: <https://www.sif.admin.ch/dam/sif/de/dokumente/Unternehmensbesteuerung/Position_SIF_Digitale_Wirtschaft.pdf.download.pdf/20180308 Position SIF digitale Wirtschaft_D.pdf>.

e) Relevanz der EuGH-Rechtsprechung

Sämtliche Entscheide des EuGH 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 Steuerpflichtigen 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. 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.[42]

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

---

[42] Bericht des Bundesrates zu den Auswirkungen der EU-Strategie für einen digitalen Binnenmarkt auf die Schweiz vom 7. Dezember 2018, Bericht in Erfüllung des Postulates 16.3080 Vonlanthen vom 15.30.2016, abgerufen unter: <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55040.pdf>, 17 ff.

Vorschriften und damit von der Rechtsprechung des EuGH desgleichen betroffen. Daher gilt es auch für schweizerische Unternehmungen, die weitere Entwicklung im Bereich von EuGH-Entscheidungen im Umsatzsteuerrecht sorgfältig zu verfolgen.

Immaterialgüterrecht

Ulrike I. Heinrich

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Ulrike I. Heinrich) 253
1. Einleitung 253
2. Patentrecht 253
a) Auswirkungen der Corona-Pandemie 253
b) Temporäre Aufhebung des Patentschutzes für Covid-Impfstoffe? 254
c) Einheitliches Europäisches Patentsystem 254
d) Brexit und Patente 256
e) Widerruf Patent CRISPR Gen-Schere 256
f) EuGH: Pharma- und Generika-Hersteller sind potentielle Wettbewerber 257
g) EPA Stellungnahme: Patentierbarkeit als Bio-Patent 257
h) Kein Europäisches Patent auf genetisch veränderte Menschenaffen 258
i) EUIPO bei WIPO DAS dabei 258
j) Ranking Patentanmeldungen 259
3. Markenrecht 259
a) Brexit und Marken 259
b) EuGH: Blosse Lagerung ist keine Markenrechtsverletzung 260
c) EuGH: Ernsthafte Benutzung einer Marke 260
d) EuGH: MESSI/MASSI 261
e) EuGH: Morbier-Käse 262
f) EuG: Keine Sanitärprodukte unter der Marke „Adlon“ 263
g) EUIPO: Unionsmarke „Malle“ für nichtig erklärt 264
4. Urheberrecht 264
a) EU-Urheberrecht 264
b) EuGH: Vermietung von Kraftfahrzeugen mit eingebauten Radiogeräten 265
c) EuGH: Form eines Fahrrads unter Urheberschutz 266
d) EuGH: Auskunftsanspruch betrifft nur die Postadresse 266
e) EuGH: Providerhaftung geht in die nächste Runde 267
f) EuGH: Update zum Framing 268
5. Designrecht 269
a) Brexit: Auswirkungen auf Gemeinschaftgeschmacksmuster 269

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2020 (Ulrike I. Heinrich) 271
1. Einleitung 271
2. Patentrecht 272
a) Temporäre Aufhebung des Patentschutzes für Covid-Impfstoffe? 272
b) Vernehmlassung Teilrevision Patentgesetz eröffnet 272
c) Überarbeitete Patentprüfungsrichtlinien 273

d) Schweizer Patentanmeldungen 274
e) Schweizer Patentbox 274
f) BGer: Erfinderische Tätigkeit 275
g) BPatGer: Verfassungsrechtliches Beschleunigungsgebot 275
h) BPatGer: Voraussetzung für Beitrag zur Erfindung 275
i) BPatGer: Auslagen für patentanwaltliche Arbeiten 276
3. Markenrecht 276
a) Besserer internationaler Schutz für schweizerische geografische Angaben 276
b) Swissness 277
c) BGer: We make the world more resilient 277
d) BGer: Markennutzung im Internet 277
e) BGer: Irreführung über geografische Herkunft: Voraussetzungen für einen markenrechtlichen Abtretungsanspruch 278
f) BGer: Otto's vs. Otto 279
g) BVGer: Sittenwidrigkeit eines Zeichens 279
h) BVGer: Fehlende Berechtigung zur Benützung des Schweizer Wappens 280
4. Urheberrecht 281
a) URG-Revision 281
b) Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 19.3956: Urheberrechtsvergütung: Rechtslage und Praxis der Suisa 282
c) BGer: Schätzung bei Verletzung der Mitwirkungspflicht 283
d) BGer: Online- Zugänglichmachung von Sendeinhalten 283
e) HGer Zürich: Abmahnung gemäss deutschem Urheberrecht 283

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

1. Einleitung

In der Berichtsperiode waren die Corona-Pandemie und ihre Auswirkungen auf Wirtschaft, Politik und nicht zuletzt das tägliche Leben das zentrale, alles dominierende Thema. Dennoch gibt es in der EU auch im Immaterialgüterrecht eine Reihe interessanter Entwicklungen.

So konnte das Europäische Patentamt (EPA) trotz Pandemie hohe Anmeldezahlen verzeichnen. Inhaltlich befasste sich das EPA wiederholt mit der Patentierbarkeit von Pflanzen und Tieren und hat zwei Patente auf gentechnisch veränderte Menschenaffen eingeschränkt. Die Umsetzung des Einheitlichen Patentgerichts ist weiterhin durch deutsche Verfassungsbeschwerden blockiert.

Markenrechtlich sind die Vorabentscheidungsverfahren des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zur ernsthaften Benutzung von Marken und zu geschützten Ursprungsbezeichnung hervorzuheben.

Im Bereich des Urheberrechts hat der EuGH u. a. entschieden, dass YouTube bei Urheberrechtsverletzungen nur die Anschrift der Nutzer herausgeben muss, nicht jedoch E-Mail-Adressen, Telefonnummern oder IP-Adressen. Da die Postanschrift im Anmeldeprozess von YouTube bzw. Google nicht abgefragt wird, läuft der Auskunftsanspruch ins Leere. Die Identifizierung des Rechtsverletzers über die Postanschrift ist nicht möglich, was die Effektivität der Durchsetzung von Urheberrechten im Internet einschränkt.

2. Patentrecht

a) Auswirkungen der Corona-Pandemie

Im Berichtsjahr hat das EPA aufgrund der Corona-Situation eine Reihe von Schutzmassnahmen ergriffen. So hat es bspw. Fristen für Patente verlängert, die am oder nach dem 15. März 2020 abgelaufen wären, und mündliche Verhandlungen vorübergehend ausgesetzt. Mit Wirkung vom 4. Januar 2021 werden mündliche Verhandlungen vor Einspruchsabteilungen des EPA als Videokonferenz durchgeführt.[1]

[1] <https://www.epo.org/news-events/covid-19_de.html>.

b) *Temporäre Aufhebung des Patentschutzes für Covid-Impfstoffe?*

Am WTO/TRIPS-Rat vom 15. und 16. Oktober 2020 haben Indien und Südafrika den „TRIPS Waiver request“[2] eingereicht. Der Antrag mit dem Titel „Verzicht auf einige Bestimmungen des TRIPS-Abkommens zur Prävention, Eindämmung und Behandlung von Covid-19“ sieht die Möglichkeit vor, das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS-Abkommen) für die Dauer der Corona-Pandemie (grösstenteils) zu suspendieren, um den weltweiten Zugang zu COVID-19 Impfstoffen, Medikamenten und Diagnostika zu erleichtern. Dadurch sollen insbesondere Entwicklungsländer in die Lage versetzt werden, Produkte und Technologien, die zur Prävention, Eindämmung oder Behandlung von COVID-19 beitragen, rechtzeitig selbst zu produzieren.

Der Antrag wird von der Gruppe der afrikanischen Länder, der Gruppe der am wenigsten entwickelten Länder (least-developed countries), sowie von Bolivien, Mongolei, Pakistan und Venezuela unterstützt. Die Industriestaaten, darunter die USA und die Mitgliedstaaten der EU, haben sich zunächst gegen einen TRIPS Waiver ausgesprochen.

Am 5. Mai 2021 gaben die USA bekannt, die Aussetzung des Patentschutzes für Corona-Impfstoffe nun doch zu unterstützen.[3] Die entsprechende Stellungnahme der US-Handelsbeauftragen ist enger gefasst als der ursprüngliche Vorschlag von Indien und Südafrika, der neben Impfstoffen auch Medikamente und Technologien zur Behandlung von Infektionen sowie Tests einschloss.

c) *Einheitliches Europäisches Patentsystem*

Die Einführung des Einheitspatents, das in allen teilnehmenden EU-Mitgliedstaaten einheitlichen Schutz bieten soll, verzögert sich weiterhin. Es wird nun für Anfang 2022 erwartet.[4]

---

2 Zum Inhalt vgl. WTO, Waiver from certain provisions of the TRIPS Agreement for the prevention, containment and treatment of Covic-19, Communication from India and South Africa, 2. Oktober 2020, <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/IP/C/W669.pdf&Open=True>.

3 Statement from Ambassador Katherine Tai on the Covid-19 Trips Waiver, 5. Mai 2021, <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>.

4 <https://www.epo.org/law-practice/unitary/unitary-patent/start_de.html>.

Das Einheitspatent ist untrennbar mit der Errichtung des Einheitlichen Patentgerichts verbunden.[5] Die hierfür geschaffenen EU-Verordnungen Nr. 1257/2012[6] und Nr. 1260/2012[7] sind bereits am 20. Januar 2013 in Kraft getreten, gelten aber erst ab dem Inkrafttreten[8] des Übereinkommens über ein Einheitliches Patentgericht (EPG-Übereinkommen).[9]

Das EPG-Übereinkommen tritt am ersten Tag des vierten Monats nach Hinterlegung der 13. Ratifikations- oder Beitrittsurkunde in Kraft, sofern dem Kreis der Vertragsmitgliedstaaten, die ihre Urkunden hinterlegt haben, die drei Staaten angehören, in denen es im Jahr vor dem Jahr der Unterzeichnung des Übereinkommens, also 2012[10], die meisten gültigen europäischen Patente gab.[11] Hierzu zählen Deutschland, Frankreich und (neu) Italien, das durch den Austritt Grossbritanniens (UK) aus der EU (Brexit)[12] in die Gruppe der drei relevanten Staaten aufgerückt ist.

Frankreich und Italien haben das EPG-Übereinkommen bereits 2014 bzw. 2017 ratifiziert, die Ratifizierung durch Deutschland steht nach wie vor aus. Am 13. Februar 2020 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfG) den Gesetzentwurf der deutschen Bundesregierung[13] zum EPG-Übereinkommen für nichtig erklärt.[14] Insbesondere sei der Beschluss im deutschen Bundestag nicht mit der notwendigen Zweidrittelmehrheit erfolgt. Der Bundestag hat

---

5 Vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Immaterialgüterrecht – Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 261 f.

6 Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes, ABl. L 361 vom 31. Dezember 2012, 1.

7 Verordnung (EU) Nr. 1260/2012 des Rates vom 17. Dezember 2012 über die Umsetzung der verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Schaffung eines einheitlichen Patentschutzes im Hinblick auf die anzuwendenden Übersetzungsregelungen, ABl. L 361 vom 31. Dezember 2012, 89.

8 Vgl. Art. 18 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 1257/2012 und Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EU) Nr. 1260/2012.

9 Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (2013/C 175/01), ABl. C 175, 1.

10 Im Februar 2013 unterzeichneten mit Ausnahme von Spanien, Polen und Kroatien alle damaligen EU-Mitgliedstaaten das Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht.

11 Übereinkommen über ein Einheitliches Patentgericht (Fn. 6), Erwägung.

12 Grossbritannien ist zum 31. Januar 2020 aus der EU ausgetreten.

13 Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19. Februar 2013 über ein Einheitliches Patentgericht, Drucksache 19/22847, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/228/1922847.pdf>.

14 BVerfG, Beschluss vom 13. Februar 2020, 2 BvR 739/17.

die Beschlussfassung am 26. November 2020 entsprechend nachgeholt. Am 18. Dezember 2020 hat auch der deutsche Bundesrat dem Gesetzesentwurf mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit zugestimmt.[15]

Ende 2020 gingen beim BVerfG zwei weitere Verfassungsbeschwerden[16] gegen den Gesetzesentwurf der deutschen Bundesregierung ein. Damit blockieren wiederholt deutsche Verfassungsbeschwerden die Umsetzung des Einheitlichen Patentgerichts. Das BVerfG hat den deutschen Bundespräsidenten Frank-Walter Steinmeier gebeten, mit der Ausfertigung des notwendigen Gesetzes vorerst zu warten, bis über einen Eilantrag entschieden ist. Der Zeitpunkt der Entscheidung ist derzeit noch offen.

Das Einheitspatent gilt zunächst nur in den Mitgliedstaaten, die das EPG-Übereinkommen zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens ratifiziert haben werden. Die territoriale Reichweite eines einmal eingetragenen Einheitspatents bleibt während seiner gesamten Laufzeit unverändert und wird nicht auf andere Mitgliedstaaten ausgedehnt, die das EPG-Übereinkommen später ratifizieren. Daher wird es in der Anfangszeit verschiedene Generationen von Einheitspatenten mit einer unterschiedlichen territorialen Reichweite geben.

d) Brexit und Patente

Der Patentschutz bleibt vom EU-Austritt Grossbritanniens weitgehend unberührt. Grossbritannien bleibt Vertragspartner des Europäischen Patentübereinkommens (EPÜ)[17]. Hierbei handelt es sich nicht um Unionsrecht, sondern um einen völkerrechtlichen Vertrag. Patente, die nach dem EPÜ erteilt wurden, werden automatisch in ein UK-Register übertragen.

Am 28. Juli 2020 hat Grossbritannien seine Ratifizierung des EPG-Übereinkommens widerrufen. Um Geltung in Grossbritannien zu erhalten, bräuchten EU-Einheitspatente dort eine eigene Registrierung.

e) Widerruf Patent CRISPR Gen-Schere

Am 16. Januar 2020 bestätigte die Beschwerdekammer des EPA den Widerruf eines Patents[18] auf die CRISPR Genombearbeitung (sog. Gen-Schere).

---

15 <https://www.bundesrat.de/DE/plenum/bundesrat-kompakt/20/998/10.html;jsessionid=64BFC89D5E02DD14D468A266098D2E33.1_cid365?nn=4352768#top-10>.

16 Az. 2 BvR 2216/20 u. a.

17 Europäisches Patentübereinkommen vom 5. Oktober 1973.

18 EP 2771468 B1.

Die Einspruchsabteilung des EPA hatte das Patent des Broad Institute[19] Anfang 2018 wegen mangelnder Neuheit im Hinblick auf den mittleren Stand der Technik widerrufen. Dieser Stand der Technik wurde relevant, weil die Einspruchsabteilung den Prioritätsanspruch des Patents aus einer vorläufigen US-Anmeldung nicht anerkannt hat. In dieser wurden mehr Anmelder genannt, als in der nachfolgenden PCT-Anmeldung, von der das fragliche Patent abgeleitet ist. Da der ausgelassene Antragsteller seine Rechte nicht auf die Antragsteller des PCT-Antrags übertragen hatte, wurde der Prioritätsanspruch als ungültig angesehen.

f) EuGH: Pharma- und Generika-Hersteller sind potentielle Wettbewerber

Im Vorabentscheidungsverfahren C-307/18 des britischen Competition Appeal Tribunal urteilte der EuGH am 30. Januar 2020, dass Generikahersteller und der Inhaber eines Arzneimittelpatents auch dann als potenzielle Wettbewerber anzusehen sind, wenn im Rechtsstreit über die Gültigkeit des Patents eine streitschlichtende Vereinbarung getroffen wurde.[20] Nach Ansicht des Gerichts stellt eine zwischen dem Hersteller des Originalpräparats und einem Generikahersteller geschlossene Vereinbarung über die gütliche Beilegung eines anhängigen Rechtsstreits, in der sich der Generikahersteller gegen Wertübertragungen seitens des Herstellers des Originalpräparats dazu verpflichtet, während der Laufzeit der Vereinbarung nicht in den Markt für Arzneimittel mit dem betreffenden Wirkstoff einzutreten und seine Klage auf Nichtigerklärung des Patents nicht weiter zu verfolgen, eine Vereinbarung dar, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezweckt.[21]

g) EPA Stellungnahme: Patentierbarkeit als Bio-Patent

Am 14. Mai 2020 hat die Grosse Beschwerdekammer des EPA ihre Stellungnahme G 3/19 zu Fragen der Patentierbarkeit von Pflanzen und Tieren erlassen.[22]

Pflanzen und Tiere, die ausschliesslich durch im Wesentlichen biologische Verfahren gewonnen wurden, sind in der EU weiterhin nicht patentierbar. Um Rechtssicherheit zu gewährleisten und die berechtigten Interessen von

---

19 Joint Venture zwischen Harvard University und MIT.

20 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 in der Rechtssache C-307/18, ECLI:EU:C:2020:52 ECLI:EU:C:2020:52 – Generics (UK) Ltd u. a./Competition and Markets Authority.

21 EuGH, Urteil vom 30. Januar 2020 (Fn. 20), Tenor 1, 2.

22 EPA, Grosse Beschwerdekammer erlässt Stellungnahme zur Vorlage des EPA-Präsidenten zur Ausnahme von Pflanzen und Tieren von der Patentierbarkeit, 14. Mai 2020, <https://www.epo.org/news-events/news/2020/20200514a_de.html>.

Patentinhabern und -anmeldern zu schützen gelte dies nicht rückwirkend für Patente, die vor dem 1. Juli 2017 erteilt wurden oder für europäische Patentanmeldungen, die vor diesem Datum eingereicht wurden und noch anhängig sind.[23] Art. 53(b) EPÜ werde „dynamisch" ausgelegt.[24]

h) Kein Europäisches Patent auf genetisch veränderte Menschenaffen

Am 5. Juni 2020 hat das EPA zwei Patente[25] des U. S. Unternehmens Intrexon Corporation[26] auf gentechnisch veränderte Menschenaffen aus ethischen Gründen stark eingeschränkt.[27] Die Beschwerdekammer des EPA entsprach damit Einsprüchen und Beschwerden, die von einem breiten Bündnis von Tier- und Umweltschutzorganisationen eingereicht worden waren. Das europäische Patentrecht verbietet Patente auf die genetische Veränderung von Tieren, wenn daraus „Leiden dieser Tiere ohne wesentlichen medizinischen Nutzen für den Menschen oder das Tier" resultieren können (Regel 28(d) EPÜ). Ein erheblicher medizinischer Nutzen war nach Ansicht des EPA nicht vorhanden.

Die Patente werden zurück an die Prüfungsabteilung verwiesen und können nur in veränderter Form aufrechterhalten werden. Dabei müssen alle Ansprüche auf Tiere gestrichen werden.

i) EUIPO bei WIPO DAS dabei

Seit dem 11. Juli 2020 ist das Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum (EUIPO) als Amt der ersten Anmeldung ein beteiligtes Amt für geistiges Eigentum des „Digital Access Service" der WIPO (WIPO DAS).[28] Das WIPO DAS unterstützt Anmelder auf elektronischem Weg bei der Einhaltung der Bestimmungen der Pariser Verbandsübereinkunft[29] in Bezug auf die Vorlage von Prioritätsunterlagen und ähnlichen Dokumenten, indem es einen sicheren Austausch dieser Dokumente zwischen den teilnehmenden Ämtern für geistiges Eigentum ermöglicht.

---

23 EPA, Press Communiqué of 14 May 2020 concerning opinion G 3/19 of the Enlarged Board of Appeal.

24 EPA, Opinion G 3/19 of the Enlarged Board of Appeal.

25 EP1456346 und EP1572862.

26 Jetzt: Precigen.

27 EPA, Beschwerdekammer, Entscheidungen T0682/16 vom 5. Juni 2020, ECLI:EP:BA:2020:T068216.20200605, und Entscheidung T0789/16 vom 5. Juni 2020, ECLI:EP:BA:2020:T078916.20200605.

28 <https://euipo.europa.eu/ohimportal/de/news/-/action/view/8282819>.

29 Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883.

Darüber hinaus ist das EUIPO seit dem 12. September 2020 auch ein Amt für die Zweitanmeldung im Rahmen des WIPO DAS. Patentanmelder, die eine elektronische Anmeldung vornehmen, können die für Prioritätsansprüche erforderlichen Unterlagen ohne Zeitverlust durch Angabe des WIPO DAS-Zugangscodes übermitteln, der ihnen vom Amt der ersten Anmeldung bereitgestellt wird.

j) Ranking Patentanmeldungen

Mit 180'250 Patentanmeldungen[30] erreichte das EPA im Berichtsjahr trotz Corona-Pandemie fast die Anmeldezahlen vom Vorjahr (181'000)[31]. Das anmeldestärkste Technologiefeld war die Medizintechnik mit 14'295 Patentanmeldungen. Die grössten Zuwächse im Vergleich zum Vorjahr konnten die Bereiche Arzneimittel (+10,2% gegenüber 2019) und die Biotechnologie (+6,3%) verzeichnen.

Die meisten Patentanmeldungen kamen wie auch in den Vorjahren aus den USA (44'293); in grösserem Abstand folgen Deutschland (25'954), Japan (21'841) und China (13'432). Das Unternehmensranking wird von Samsung angeführt mit 3'276 Anmeldungen, gefolgt vom Vorjahres-Erstplatzierten Huawei mit 3'113 und von LG mit 2'909 Anmeldungen.[32]

3. Markenrecht

a) Brexit und Marken

Im Anschluss an den Austritt Grossbritanniens aus der EU[33] zum 31. Januar 2020 endete am 31. Dezember 2020 auch die mit der EU ausgehandelte Übergangsphase („Transition Period"). Damit entfalten die Regeln der EU für Grossbritannien keine weitere Wirkung.

Um den Markenschutz in Grossbritannien weiterhin sicherzustellen, müssen die Inhaber von eingetragenen Unionsmarken nicht weiter tätig werden. Sie

---

30 Vgl. EPA, Welcome to the Patent Index 2020, Key Figures, <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2020.html>.

31 Vgl. Heinrich Ulrike I., Immaterialgüterrecht – Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (Fn. 5), 263f.

32 EPA, Welcome to the Patent Index 2020 (Fn. 23).

33 Vgl. hierzu Heinrich Ulrike I., Immaterialgüterrecht, Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2018, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/2019, Zürich/St. Gallen 2019, 348.

erhalten automatisch, kostenfrei und ohne erneute Prüfung eine entsprechende UK-Marke („comparable UK trade mark"). In den EU-Mitgliedstaaten bleiben die Unionsmarken unverändert in Kraft.[34]

Unionsmarken, die sich am 1. Januar 2021 noch im Anmeldeverfahren befanden, erfordern ein gesondertes Tätigwerden des Anmelders bis zum 30. September 2021, um Markenschutz in Grossbritannien zu erhalten. Die Marke behält dann das Anmeldedatum und die Priorität der Unionsmarkenanmeldung.[35]

b) EuGH: Blosse Lagerung ist keine Markenrechtsverletzung

Die blosse Lagerung von Waren im Rahmen eines Online-Marktplatzes stellt nach Ansicht des EuGH noch keine Markenrechtsverletzung dar.[36] Amazon hafte nicht für Markenrechtsverletzungen, die Dritte auf seinem Marktplatz begehen.[37]

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit hat ein Parfüm- und Kosmetikkonzern verschiedene Unternehmen des Amazon-Konzerns auf Unterlassung und Schadensersatz verklagt, nachdem ein Drittanbieter auf dem Online-Marktplatz das Parfüm „Davidoff Hot Water" ohne seine Zustimmung angeboten hatte. Der Parfüm- und Kosmetikkonzern vertrat die Auffassung, dass Amazon durch die Lagerung und den Versand des Parfums ebenfalls Markenrechte verletze. Amazon selbst hatte von der Markenrechtsverletzung keine Kenntnis.

c) EuGH: Ernsthafte Benutzung einer Marke

Im Berichtsjahr befasste sich der EuGH wiederholt mit der Frage der ernsthaften Benutzung von Marken.

---

34 Ausführlicher hierzu vgl. <https://www.gov.uk/guidance/eu-trade-mark-protection-and-comparable-uk-trade-marks>.

35 Registering a pending EUTM application as a UK trade mark, <https://www.gov.uk/guidance/eu-trade-mark-protection-and-comparable-uk-trade-marks>.

36 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267 – Coty Germany, Rz. 53.

37 Damit widerspricht der EuGH den Schlussanträgen des Generalanwalts. Dieser hatte die Meinung vertreten, dass sich der Marktplatz-Anbieter aktiv am Vertrieb der Waren beteiligt und sie zum Zweck des Anbietens oder des Inverkehrbringens gelagert hat. Die fehlende Kenntnis von etwaigen Markenrechtsverletzungen sei haftungstechnisch irrelevant, vgl. Schlussanträge des Generalanwalts Manuel Campos Sánchez-Bordona vom 28. November 2019 in der Rechtssache C-567/18.

In der Rechtssache C-714/18 P[38] ging der EuGH u.a. der Frage nach, wann eine Marke, die für eine Gruppe von Waren/Dienstleistungen eingetragen ist, aber nur teilweise für diese benutzt wurde, gleichwohl für alle oder eben nur für einen Teil dieser Waren/Dienstleistungen als ernsthaft benutzt anzusehen ist. Im Ergebnis komme es darauf an, ob die jeweilige Waren-/Dienstleistungsgruppe in selbständige Untergruppen unterteilbar ist. Diese Beurteilung wiederum sei anhand des Zwecks oder der Bestimmung der Ware/Dienstleistung für den Verbraucher zu treffen.

In den verbundenen Rechtssachen C-720/18 und C-721/18 hat der EuGH mit Urteil vom 22. Oktober 2020 die Anforderungen an die „ernsthafte Benutzung" einer Marke konkretisiert.[39] Beispielsweise könne eine Marke von ihrem Inhaber ernsthaft benutzt werden, indem er gebrauchte, unter dieser Marke in den Verkehr gebrachte Waren vertreibt.[40]

d) EuGH: MESSI/MASSI

Am 17. September 2020 urteilte der EuGH, dass die Unionsmarke „MESSI" für Sportbekleidung und Sportartikel des Fussballspielers Lionel Messi wirksam eingetragen ist[41] und bestätigt damit die Entscheidung des vorinstanzlichen Gerichts der Europäischen Union (EuG) vom 26. April 2018.[42] Insbesondere bestehe keine Verwechslungsgefahr mit der u.a. für Radsportausrüstung und

---

38 EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache C-714/18 P, ECLI:EU:C:2020:573 – ACTC v EUIPO.

39 EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-720/18 und 721/18, ECLI:EU:C:2020:854 – Ferrari.

40 EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2020 (Fn. 39), 54ff.

41 EuGH, Urteil vom 17. September 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-449/18 P, ECLI:EU:C:2020:722 – EUIPO/Messi Cuccittini und C-474/18, ECLI:EU:C:2020:722 – J-M.-E.V. e hijos/ Messi Cuccittini.

42 Ausführlich hierzu Heinrich Ulrike I., Immaterialgüterrecht, Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2018 (Fn. 33), 356.

-bekleidung eingetragenen Unionswortmarke „MASSI“.[43] Der Bekanntheitsgrad des Fussballers Messi schliesse eine Verwechslungsgefahr zwischen beiden Marken aus.[44]

e) EuGH: Morbier-Käse

Das Systems der geschützten Ursprungsbezeichnungen und der geschützten geografischen Angaben soll dem Verbraucher Gewähr bieten für bestimmte besondere Eigenschaften. Im Vorabentscheidungsverfahren C-490/19 über die Auslegung von Art. 13 Abs. 1 der Verordnungen Nr. 510/2006[45] und Nr. 1151/2012[46] urteilte der EuGH am 17. Dezember 2020[47], dass eine geschützte Ursprungsbezeichnung nicht nur den Namen schützt, sondern unter Umständen auch die Form von Lebensmitteln. Dies sei dann der Fall, wenn die Wiedergabe geeignet sei, den Verbraucher in Bezug auf den tatsächlichen Ursprung des fraglichen Erzeugnisses zu täuschen.[48]

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit hat ein berufsübergreifender Verband zur Verteidigung des Morbier-Käses[49] gegen ein französisches Unternehmen[50] geklagt. Das Unternehmen produziert einen (anders bezeichneten) Käse, der aussieht wie Milcherzeugnisse, die unter dem Begriff „Morbier“ geschützt sind, ohne in dem geografischen Gebiet ansässig zu sein, dem die Bezeichnung Morbier vorbehalten ist. Hierbei handle es sich um ein unlauteres Verhalten, das den guten Ruf des Morbier ausnutze.

---

43 Die Rechte aus diesen Marken wurden im Mai 2012 auf das spanische Unternehmen J.M.-E.V. e hijos übertragen, vgl. hierzu auch EuGH, Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-449/18PEUIPO/Messi Cuccittini und C-474/18P J.M.-E.V.e hijos/Messi Cuccittini, Pressemitteilung Nr. 108/20 vom 17. September 2020.

44 Nach Ansicht des Gerichts beurteilt sich die Verwechslungsgefahr nach der etwaigen Bekanntheit der Person, die die Eintragung ihres Namens als Marke beantragt hat, und der Bekanntheit des älteren Markeninhabers. Diese Bekanntheit könne sich darauf auswirken, wie die Marke von den massgeblichen Verkehrskreisen wahrgenommen wird.

45 Verordnung (EG) Nr. 510/2006 des Rates vom 20. März 2006 zum Schutz von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 93 vom 31. März 2006, 12.

46 Verordnung (EU) Nr. 1151/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 über Qualitätsregelungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, ABl. L 343 vom 14. Dezember 2012, 1.

47 EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 in der Rechtssache C-490/19, ECLI:EU:C:2020:1043 – Syndicat interprofessionnel de défense du fromage Morbier.

48 EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 (Fn. 47), Würdigung durch den Gerichtshof.

49 Syndicat interprofessionnel de défense du fromage Morbier.

50 Société Fromagère du Livradois SAS.

Der Morbier-Käse trägt seit dem 22. Dezember 2000 eine geschützte Ursprungsbezeichnung. Sein charakteristisches Merkmal ist der schwarze Kohlestreifen, der den Käse horizontal in zwei Hälften teilt. Dieser Streifen wird in der Spezifikation der geschützten Ursprungsbezeichnung im Zusammenhang mit der Beschreibung des Erzeugnisses ausdrücklich genannt.

Das vorlegende Gericht müsse nun prüfen, „ob ein Bestandteil des Erscheinungsbilds des Erzeugnisses, das von dem eingetragenen Namen erfasst wird, eine besonders unterscheidungskräftige Referenzeigenschaft dieses Erzeugnisses darstellt, so dass dessen Wiedergabe in Verbindung mit allen massgeblichen Umständen den Verbraucher zu der Annahme veranlassen kann, dass das Erzeugnis, das diese Wiedergabe enthält, von diesem eingetragenen Namen erfasst wird“[51].

f) EuG: Keine Sanitärprodukte unter der Marke „Adlon“

Ein Sanitärhersteller wollte Badarmaturen unter dem Namen „Adlon“ verkaufen und meldete die Wortmarke Mitte 2012 als Unionsmarke an.[52] Hiergegen legte die Adlon Brand GmbH & Co. KG (Unternehmen Adlon) beim EUIPO Anfang 2013 Widerspruch ein. Die Betreiber des Luxushotels hatten den Traditionsnamen Adlon bereits 2005 als EU-Marke für Hotel- und Restaurationsdienstleistungen schützen lassen.

Die Widerspruchsabteilung des EU-Markenamts wies den Widerspruch zunächst vollumfänglich zurück. Ihrer Ansicht nach reichten die vorgelegten Beweise nicht aus, um die Bekanntheit der älteren Marke nachzuweisen. Der hiergegen eingelegten Beschwerde des Unternehmens Adlon gab die Zweite Beschwerdekammer des EUIPO am 26. November 2018 statt. In seiner Begründung zur Zurückweisung der Markenanmeldung verwies das EUIPO auf die nachgewiesene Bekanntheit der älteren Marke zum Zeitpunkt der Markenanmeldung durch den Sanitärhersteller.[53] Auch könne die Benutzung der angemeldeten Marke zur Gefahr einer unlauteren Ausnutzung der Wertschätzung der älteren Marke führen und deren Wertschätzung beeinträchtigen.[54] Der Sanitärhersteller klagte daraufhin vor dem EuG auf Aufhebung der Entscheidung des EUIPO.

---

51 EuGH, Urteil vom 17. Dezember 2020 (Fn. 47), Würdigung durch den Gerichtshof.

52 Die Anmeldung erfolgte am 13. August 2012.

53 Zumindest für „Dienstleistungen der Hotellerie und Restauration, nämlich Beherbergung und Verpflegung von Gästen“, vgl. EuG, Urteil vom 9. September 2020 in der Rechtssache T-144/19, ECLI:EU:T:2020:404 – Kludi/ EUIPO – Adlon Brand (ADLON), Rz. 12.

54 EuG, Urteil vom 9. September 2020 (Fn. 53), Rz. 12.

Mit Urteil vom 9. September 2020 bestätigte das EuG die Entscheidung des EUIPO. Bei einer Verwendung der Marke für Sanitärprodukte bestehe die Gefahr, dass die Verbraucher beide Marken miteinander verbinden und der Sanitärhersteller so ohne jede Gegenleistung von Ruf und Wertschätzung des Luxushotels profitiere.[55]

g) EUIPO: Unionsmarke „Malle" für nichtig erklärt

Am 18. Mai 2020 hat das EUIPO die 2004 eingetragene EU-Wortmarke „MALLE"[56] für nichtig erklärt.[57] Nach Ansicht der Löschungsabteilung ist der Begriff bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung der Unionsmarke zumindest dem deutschen Verkehrskreis als Bezeichnung für die Baleareninsel Mallorca bekannt gewesen. Folglich könne er keinen markenrechtlichen Schutz geniessen.

Das Verfahren um die Löschung der wortgleichen deutschen Marke[58] war zum Ende des Berichtszeitraums noch am Landgericht Düsseldorf anhängig.

4. Urheberrecht

a) EU-Urheberrecht

Am 6. Juni 2019 ist die neue Urheberrechts-Richtlinie[59] in Kraft getreten.[60] Die EU-Mitgliedstaaten haben bis zum 7. Juni 2021 Zeit, die Richtlinie in innerstaatliches Recht umzusetzen. Bis zum Ende des Berichtszeitraums haben einige Staaten erste Artikel der Urheberrechtsrichtlinie umgesetzt, so beispielsweise die Niederlande, Frankreich und Ungarn.[61]

---

55 EuG, Urteil vom 9. September 2020 (Fn. 53), Rz. 170, 172.

56 <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/002631166>.

57 EUIPO, Beschluss vom 18. Mai 2020, Az. 32 783 C.

58 Die Eintragung der deutschen Wortmarke „Malle" mit der Registernummer 30146994 erfolgte am 11. Oktober 2001.

59 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.

60 Ausführlicher hierzu vgl. Heinrich Ulrike I., Immaterialgüterrecht – Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2019 (Fn. 5), 268 f.

61 Für eine Übersicht zum Stand der Implementierung vgl. <https://www.notion.so/DSM-Directive-Implementation-Tracker-361cfae48e814440b353b32692bba879>.

b) EuGH: Vermietung von Kraftfahrzeugen mit eingebauten Radiogeräten

Am 2. April 2020 urteilte der EuGH, dass Autovermieter für die blosse Bereitstellung von Fahrzeugen mit eingebautem Radioempfangsgerät keine Vergütung an eine Verwertungsgesellschaft zahlen müssen.[62] Nach Ansicht des EuGH handelt es sich hierbei nicht um einen kommunikativen Akt urheberrechtlich geschützter Werke im Sinne der Richtlinien 2001/29/EG[63] und 2006/115/EG[64].[65] Die Vermietung von Fahrzeugen mit eingebauten Radiogeräten stelle keine öffentliche Wiedergabe im Sinne dieser EU-Richtlinien dar.[66]

In seiner Begründung verweist der EuGH auf die ständige Rechtsprechung zum Begriff „öffentliche Wiedergabe". Dieser vereine zwei kumulative Tatbestandsmerkmale, nämlich die „Handlung der Wiedergabe" eines Werks und dessen „öffentliche" Wiedergabe.[67] Die blosse Bereitstellung von Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, stelle selbst keine Wiedergabe im Sinne der Richtlinie 2001/29 dar.[68] Durch die „Bereitstellung eines Radioempfangsgeräts, das in ein Mietfahrzeug eingebaut ist und das ohne weiteres Tätigwerden seitens der Autovermietung die terrestrische Rundfunksendung empfangen kann, die in dem Gebiet, in dem sich das Fahrzeug befindet, zugänglich ist"[69], würden Autovermietungen keine öffentliche Handlung der Wiedergabe geschützter Werke vornehmen. Der Sachverhalt wäre anders zu beurteilen, wenn Dienstleister geschützte Werke dadurch an ihre Kunden übertragen, dass sie ein Signal über Fernseh- oder Radioempfänger, die sie in ihrer Einrichtung installiert haben, verbreiten und so willentlich geschützte Werke auf installierten Einrichtungen zugänglich machen.[70]

---

62 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-753/18, ECLI:EU:C:2020:268 – Stim und SAMI.

63 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.

64 Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), ABl. L 376 vom 27. Dezember 2006, 28.

65 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 (Fn. 62), Rz. 41.

66 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 (Fn. 62), Rz. 36.

67 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 (Fn. 62), Rz. 30.

68 Richtlinie 2001/29/EG (Fn. 63), Erwägungsgrund 27.

69 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 (Fn. 62), Rz. 34.

70 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 (Fn. 62), Rz. 35.

c) EuGH: Form eines Fahrrads unter Urheberschutz

Mit Urteil vom 11. Juni 2020 hat der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren Brompton Bicycle gegen Chedech/Get2Get[71] in Bezug auf ein Faltfahrrad den urheberrechtlichen Schutz von Gebrauchsgegenständen bejaht. Mit dieser Entscheidung ermöglicht der EuGH in bestimmten Fällen eine Überschneidung von Urheber- und Patentschutz.[72]

Nach Ansicht des EuGH findet der in den Artikeln 2 bis 5 der Richtlinie 2001/29/EG[73] vorgesehene Urheberrechtsschutz auch auf Erzeugnisse Anwendung, deren Form – zumindest teilweise – zur Erreichung eines technischen Ergebnisses erforderlich ist, vorausgesetzt es handelt sich im Einzelfall um ein aus einer geistigen Schöpfung entspringendes Originalwerk. Der Urheber des Werks müsse mit der Wahl der Form des Erzeugnisses seine schöpferische Fähigkeit in eigenständiger Weise zum Ausdruck bringen, indem er freie und kreative Entscheidungen trifft, so dass die gewählte Form seine Persönlichkeit widerspiegelt.[74] Dies sei ausgeschlossen, wenn technische Erwägungen, Regeln oder andere Zwänge dem Urheber keinen Raum mehr in der Ausübung seiner künstlerischen Freiheit liessen.[75]

d) EuGH: Auskunftsanspruch betrifft nur die Postadresse

Im Berichtsjahr hat sich der EuGH zum Umfang des Auskunftsanspruchs geäussert. Mit Urteil vom 9. Juli 2020 hat er entschieden, dass Online-Plattformen bei Urheberrechtsverletzungen weder E-Mail-Adressen noch Telefonnummern oder IP-Adressen herausgeben müssen.[76] Nach Ansicht des Gerichts erfasst der gewöhnliche Sinn des Begriffs „Adresse“ aus Art. 8 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/48/EG[77] – soweit er ohne weitere Präzisierung verwen-

---

71 EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 in der Rechtssache C-833/18, ECLI:EU:C:2020:461 – Brompton Bicycle.

72 In ähnlicher Weise hatte der EuGH Anfang 2018 auch für das Geschmacksmusterrecht entschieden, vgl. EuGH, Urteil vom 8. März 2018 in der Rechtssache C-395/16, EU:C:2018:172 – DOCERAM.

73 Art. 2 (Vervielfältigungsrecht), Art. 3 (Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände), Art. 4 (Verbreitungsrecht), Art. 5 (Ausnahmen und Beschränkungen).

74 EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 (Fn. 71), Rz. 38.

75 EuGH, Urteil vom 11. Juni 2020 (Fn. 71), Rz. 24.

76 EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020 in der Rechtssache C-264/19, ECLI:EU:C:2020:542 – Constantin Film Verleih, Rz. 40.

77 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 194 vom 2. Juni 2004, 16.

det wird – nur die Postanschrift, also den Wohnsitz oder Aufenthaltsort einer bestimmten Person.[78] Eine andere Auslegung folge weder aus den Vorarbeiten zum Erlass der Richtlinie 2004/48 noch aus anderen entsprechenden Unionsrechtsakten.[79] Den Mitgliedstaaten stehe es aber frei, den zuständigen Gerichten für Verfahren wegen Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums die Erteilung von Auskunft über die E-Mail-Adresse, die Telefonnummer oder die IP-Adresse der in dieser Bestimmung aufgeführten Personen anzuordnen. So habe der Unionsgesetzgeber für die Mitgliedstaaten in Art. 8 Abs. 3 Buchst. a der Richtlinie 2004/48 ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, den Inhabern von Rechten des geistigen Eigentums einen weitergehenden Auskunftsanspruch einzuräumen.[80]

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit zwischen der Constantin Film Verleih GmbH, einer Filmverwertungsgesellschaft mit Sitz in Deutschland, und der YouTube LLC sowie der Google Inc., beide Unternehmen mit Sitz in den Vereinigten Staaten, hatte die Constantin GmbH von YouTube und Google Auskunft über Nutzer verlangt, die zwei Filme[81] illegal hochgeladen haben, an denen die Filmverwertungsgesellschaft die ausschliesslichen Nutzungsrechte besitzt. Um Videos auf die YouTube-Plattform hochzuladen, benötigt der Nutzer ein Benutzerkonto bei Google. Hierfür muss er einen Namen, eine E-Mail-Adresse und ein Geburtsdatum hinterlegen; die Postanschrift wird nicht abgefragt. YouTube und Google hatten sich geweigert, der Constantin GmbH die E-Mail-Adressen, Telefonnummern oder IP-Adressen der fraglichen Nutzer herauszugeben.

e) EuGH: Providerhaftung geht in die nächste Runde

Die neue Urheberrechtsrichtlinie[82] führt für die Betreiber von Online-Plattformenwie wie beispielsweise *YouTube* eine neue spezifische Haftungsregelung ein für solche Werke, die von den Nutzern dieser Plattformen rechtswidrig online gestellt werden. Neu müssen die Plattformbetreiber für die von ihren Nutzern online gestellten Werke die Zustimmung von deren Rechtsinhabern einholen, so beispielsweise durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung. Die Frist der EU-Mitgliedstaaten zur Umsetzung der Richtlinie und damit auch dieser Regelung in innerstaatliches Recht läuft noch bis zum 7. Juni 2021.

---

78 EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020 (Fn. 76), Rz. 30.

79 EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020 (Fn. 76), Rz. 31.

80 EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020 (Fn. 76), Rz. 39.

81 „Parker“ und „Scary Movie 5“.

82 Richtlinie (EU) 2019/790 (Fn. 59).

In der Zwischenzeit sollen die Plattformbetreiber nach den derzeit geltenden Richtlinien 2000/31[83], 2001/29[84] und 2004/48[85] nicht unmittelbar für das rechtswidrige Hochladen geschützter Werke durch ihre Nutzer haften, so der Generalanwalt des EuGH in seinen Schlussanträgen zu den verbundenen Rechtssachen C-682/18 und C-683/18 vom 16. Juli 2020.[86] Nach Ansicht des Generalanwalts liegt bei diesen, sich jeweils mit dem illegalen Hochladen von Musikwerken befassenden Rechtssachen keine „öffentliche Wiedergabe" von Werken durch die beklagten Plattformbetreiber vor. Der Plattformbetreiber nehme vielmehr die Rolle eines Vermittlers ein, der die Einrichtungen bereitstelle, die den Nutzern die „öffentliche Wiedergabe" ermöglichen.[87] Die Primärhaftung aus dieser „öffentlichen Wiedergabe" treffe in der Regel allein die fraglichen Nutzer.[88]

Unabhängig von der Haftungsfrage sollten Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen die Plattformbetreiber erwirken können, durch die diesen Verpflichtungen aufgegeben werden könnten. Nach Ansicht des Generalanwalts müssten Rechtsinhaber die Möglichkeit haben, eine solche Anordnung zu beantragen, ohne einen Wiederholungsfall abwarten und ein Fehlverhalten des Vermittlers beweisen zu müssen, wenn feststeht, dass Dritte über den Dienst des Plattformbetreibers ihre Rechte verletzten.[89]

f) EuGH: Update zum Framing

Am 9. März 2021 urteilte der EuGH, dass die Einbettung eines Werks in die Webseite eines Dritten mittels Framing-Technik dann eine Zugänglichmachung des Werks für ein neues Publikum darstellt, wenn der Urheberrechtsinhaber beschränkende Massnahmen gegen Framing getroffen hat und die

---

83 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr"), ABl. L 178 vom 17. Juli 2000, 1.

84 Richtlinie 2001/29/EG (Fn. 63).

85 Richtlinie 2004/48/EG (Fn. 77).

86 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 16. Juli 2020 in den verbundenen Rechtssachen C-682/18 (Frank Peterson/GoogleLLC, YouTube LLC, YouTube Inc. Und Google Germany GmbH) und C-683/18 (Elsevier Inc./Cyando AG), Pressemitteilung Nr. 96/20.

87 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts in den verbundenen Rechtssachen C-682/18 und C-683/18 (Fn. 86), 2.

88 EUGH, Schlussanträge des Generalanwalts in den verbundenen Rechtssachen C-682/18 und C-683/18 (Fn. 86), 2.

89 EUGH, Schlussanträge des Generalanwalts in den verbundenen Rechtssachen C-682/18 und C-683/18 (Fn. 86), 1, 3.

Einbettung unter Umgehung dieser Schutzmassnahmen erfolgt.[90] Für diese öffentliche Wiedergabe muss die Erlaubnis des Urheberrechtsinhabers vorliegen.[91]

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit zwischen der Deutschen Digitalen Bibliothek (DDB), deren Trägerin die Stiftung Preussischer Kulturbesitz (SPK) ist, und der Verwertungsgesellschaft VG Bild-Kunst geht es um den Abschluss eines Lizenzvertrages über die Nutzung des Repertoires der Verwertungsgesellschaft. Die DDB zeigt auf ihrer Internetseite Vorschaubilder urheberrechtlich geschützter Werke, die via Framing auch auf anderen Webseiten eingebettet werden können. Die VG Bild-Kunst macht die Nutzung ihres Repertoires davon abhängig, dass sich die Lizenznehmerin verpflichtet, die Vorschaubilder mittels wirksamer technischer Massnahmen gegen Framing abzusichern. Die SPK hält diese Forderung für unangemessen und hat vor den deutschen Gerichten Klage erhoben auf Feststellung einer Verpflichtung der VG Bild-Kunst, der DDB die fragliche Lizenz „bedingungslos" zu erteilen.[92]

Vor diesem Hintergrund hat der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) dem EuGH die Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt, ob das Framing als eine öffentliche Wiedergabe gemäss Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29[93] anzusehen ist. Dies würde es der VG Bild-Kunst erlauben, die SPK zur Durchführung der Massnahmen zur Verhinderung von Framing zu verpflichten. Der EuGH hat die Vorlagefrage nun bejaht. Zwar erfolge die Framing-Technik nach demselben technischen Verfahren wie das zur öffentlichen Wiedergabe des Werks verwendete Verfahren, was mangels „neuem Publikum" keine „öffentliche" Wiedergabe im Sinne der Richtlinie 2001/29 darstelle. Dies gelte aber nur dann, wenn der Zugang zu den betreffenden Werken auf der ursprünglichen Website keinen Beschränkungen unterliegt.

5. Designrecht

a) Brexit: Auswirkungen auf Gemeinschaftgeschmacksmuster

Nach dem Austritt Grossbritanniens aus der EU am 1. Februar 2020 kam noch bis zum 31. Dezember 2020 EU-Recht zur Anwendung. Mit dem Ablauf die-

---

90 EuGH, Urteil vom 9. März 2021 in der Rechtssache C-392/19, ECLI:EU:C:2021:181 – VG Bild-Kunst, Rz. 55.

91 EuGH, Urteil vom 9. März 2021 (Fn. 90), Rz. 43.

92 Die deutschen Verwertungsgesellschaften unterliegen einem Kontrahierungszwang und müssen jedermann auf Verlangen zu angemessenen Bedingungen eine Lizenz zur Nutzung der ihnen übertragenen Rechte einräumen, Art. 34 Abs. 1 Verwertungsgesellschaftengesetz.

93 Richtlinie 2001/29/EG (Fn. 63).

ses Übergangszeitraums ergibt sich für die Inhaber von Registrierungen für Gemeinschaftsgeschmacksmuster und laufende Anmeldungen unterschiedlicher Handlungsbedarf.

Die Inhaber von Gemeinschaftsgeschmacksmusterregistrierungen müssen nicht aktiv tätig werden. Sie erhalten seit dem 1. Januar 2021 automatisch und ohne zusätzliche Kosten eine vergleichbare UK-Designregistrierung.[94] Wer an einer Umwandlung seiner Gemeinschaftsgeschmacksmusterregistrierung in eine nationale Designregistrierung nicht interessiert ist, muss dies dem UK Intellectual Property Office (IPO) kommunizieren.[95]

Handlungsbedarf besteht hingegen bei laufenden Gemeinschaftsgeschmacksmusteranmeldungen, deren Eintragung nicht bis zum 31. Dezember 2020 erfolgt ist. Wenn dieses Recht auch in Grossbritannien weiterverfolgt werden soll, muss bis zum 30. September 2021 ein Antrag auf Anmeldung des Geschmacksmusters beim IPO gestellt werden. Später eingereichte Anträge behandelt das IPO wie eine separate neue Anmeldung eines Geschmacksmusters in Grossbritannien.[96]

---

94 Das Datum der Anmeldung und das Registrierungsdatum werden übernommen.

95 Beispielsweise weil der Inhaber der Geschmacksmusterregistrierung bereits durch ein vorheriges nationales Recht über Schutz verfügt.

96 Für weitere Informationen vgl. <https://www.gov.uk/guidance/changes-to-eu-and-international-designs-and-trade-mark-protection#what-will-change-after-the-end-of-the-transition-period>.

II. Rechtsentwicklungen in der Schweiz im Jahr 2020

1. Einleitung

In der Berichtsperiode überschattete die Corona-Pandemie auch das gesellschaftliche und wirtschaftliche Leben in der Schweiz. Dennoch kann die Schweiz auch im Immaterialgüterrecht interessante Entwicklungen und Entscheide verzeichnen.

So führt die Schweiz trotz leicht gesunkener Anmeldezahlen weiterhin die Liste der Länder mit der höchsten Anzahl von Patentanmeldungen pro Einwohner an. Um das Schweizer Patentsystem internationalen Standards anzupassen, hat der Bundesrat die Vernehmlassung zur Teilrevision des Patentgesetzes eröffnet. Und Unternehmen mit Sitz in der Schweiz können neu von Steuervorteilen der sogenannten Patentbox profitieren.

Im Bereich des Markenrechts kommt der Bundesrat in seinem Ende 2020 veröffentlichten Bericht zum Ergebnis, dass die Swissness-Gesetzgebung ihr Ziel insgesamt erreicht hat. Zudem können Schweizer Produzenten künftig geografische Angaben mit einem einfachen und kostengünstigen Verfahren in zahlreichen Staaten gleichzeitig zum Schutz anmelden.

Nach neunjähriger Arbeit ist im Berichtsjahr das neue Urheberrechtsgesetz in Kraft getreten. Im Bereich des Urheberrechts gab es zudem eine Reihe interessanter Entscheide. Unter anderem bestätigte das Handelsgericht Zürich im Zusammenhang mit einer negativen Feststellungsklage die neuere deutsche Rechtsprechung, wonach kostenlos zur Nutzung freigegebene Bilder keinen wirtschaftlichen Wert haben, sofern Rechteinhaber nicht konkrete Anhaltspunkte für ein übliches Honorar vorlegen.

Am 3. September 2020 hat die Schweiz die konstitutionelle Reform der Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO) ratifiziert.[97] Die Reform vereinfacht die Strukturen und Verfahren der WIPO und nimmt Änderungen an zehn Staatsverträgen vor, bei denen die Schweiz Vertragspartei ist, so beispielsweise die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigen-

[97] IGE, Die Schweiz ratifiziert die konstitutionelle Reform der WIPO, <https://www.ige.ch/de/uebersicht-dienstleistungen/newsroom/news/news-ansicht/die-schweiz-ratifiziert-die-konstitutionelle-reform-der-wipo.html>.

tums[98] oder den Vertrag über die internationale Zusammenarbeit im Patentwesen[99]. Die Reform tritt in Kraft, sobald 135 Mitgliedstaaten der WIPO sie formell akzeptiert haben.

2. Patentrecht

a) Temporäre Aufhebung des Patentschutzes für Covid-Impfstoffe?

Die Schweiz lehnt den TRIPS-Waiver Vorschlag von Indien und Südafrika, für die Dauer der Corona-Pandemie auf bestimmte geistige Eigentumsrechte zu verzichten, ab.[100] Sie wird den neuen Positionsbezug der USA[101] analysieren und anschliessend dazu Stellung nehmen.

b) Vernehmlassung Teilrevision Patentgesetz eröffnet

Um das Schweizer Patentsystem internationalen Standards anzupassen und so interessanter zu machen, hat der Bundesrat am 14. Oktober 2020 die Vernehmlassung zur Teilrevision des Patentgesetzes (PatG) eröffnet.[102] Damit erfüllt der Bundesrat die am 21. März 2019 eingereichte Motion „Für ein zeitgemässes Schweizer Patent"[103]. Die Vernehmlassung dauerte bis zum 1. Februar 2021.

---

98 Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums revidiert in London am 2. Juni 1934, SR 0.232.02

99 Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens (PCT) vom 19. Juni 1970, SR 0.232.141.1.

100 Für weitere Informationen vgl. IGE, Suspendierung des TRIPS-Abkommens während der COVID-19 Pandemie?, <https://www.ige.ch/de/uebersicht-geistiges-eigentum/gesellschaftliche-bedeutung/gesundheitsaussenpolitik-und-der-zugang-zu-heilmitteln/suspendierung-trips-abkommen.html>.

101 Vgl. I.2.b) oben.

102 Bundesrat, Attraktiveres Schweizer Patentsystem für KMU und Einzelerfinderinnen und –erfinder, Medienmitteilung vom 14. Oktober 2020.

103 Motion 19.3228, Für ein zeitgemässes Schweizer Patent, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20193228>.

Bei einer Patentanmeldung prüft das Eidgenössische Institut für Geistiges Eigentum (IGE) im Unterschied zum EPA[104] bislang nur wenige gesetzliche Vorgaben, so beispielsweise, ob die Erfindung gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstösst. Ungeprüft bleibt, ob die Erfindung neu und innovativ ist, also ob sie tatsächlich auf einer „erfinderischen Tätigkeit" beruht. Diese beiden Kriterien sind zwar Voraussetzung für ein rechtsbeständiges Patent, werden aber nicht im Rahmen der Patentanmeldung, sondern erst bei einer allfälligen späteren Nichtigkeitsklage im Zivilprozess überprüft. Um mehr Klarheit und Rechtssicherheit zu schaffen, soll das IGE künftig alle Patentierungsvoraussetzungen prüfen.

Technische Erfindungen sollen zudem auch mit einem sog. Gebrauchsmuster geschützt werden können. Gebrauchsmuster werden ohne inhaltliche Prüfung der Erfindung und damit rascher und kostengünstiger als ein Patent erteilt. Die Schutzdauer des sogenannten „kleinen Patents" beträgt mit zehn Jahren die Hälfte der maximalen Laufzeit eines Patents. Wie das Patent qualifiziert auch das Gebrauchsmuster für die sogenannte Patentbox, welche Steuererleichterungen ermöglicht.

c) Überarbeitete Patentprüfungsrichtlinien

Im Berichtsjahr hat das IGE die Richtlinien für die Sachprüfung der nationalen Patentanmeldungen aktualisiert.[105] Die neuen Richtlinien[106] gelten ab 1. Januar 2021 für alle hängigen Verfahren.

Neben der Präzisierung der Kriterien für die Prüfung von ergänzenden Schutzzertifikaten (ESZ) und pädiatrischen ESZ wurden unter anderem die Angaben zu den Fristen, die für Beanstandungen des IGE einzuhalten sind, der Praxis angepasst: Für alle Beanstandungen, die im Rahmen der Sachprüfung einer Patentanmeldung erlassen werden, gewährt das IGE eine Frist von

---

104 Erfinderinnen und Erfinder kommen in der Schweiz auf zwei Arten zu einem Patent. Im Unterschied zum IGE prüft das EPA europäischen Patente zentral für 38 europäische Staaten in einem vollständigen Prüfungsverfahren, registriert sie und leitet sie schliesslich an die vom Anmelder gewünschten nationalen Patentämter weiter, so beispielsweise das IGE in der Schweiz. Das IGE trägt ein solches Patent anschliessend in das nationale Register ein. Dieser Weg der Patenteintragung ist umständlich und zudem kostenintensiv.

105 IGE, Überarbeitete Patentprüfungsrichtlinien ab 1. Januar 2021, <https://www.ige.ch/de/uebersicht-dienstleistungen/newsroom/news/news-ansicht/ueberarbeitete-patent-pruefungsrichtlinien-ab-1-januar-2021.html>.

106 Richtlinien für die Sachprüfung der nationalen Patentanmeldungen, abrufbar unter: <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/schuetzen/patente/d/richtlinien_patente/RiLi_Sachpruefung_CH-Patent_DE_202101.pdf>.

drei Monaten; Beanstandungen zu ESZ und pädiatrischen Verlängerungen sind binnen zwei Monaten einzureichen. Diese Fristen sind nach wie vor verlängerbar.[107]

d) Schweizer Patentanmeldungen

Die Zahl der Patentanmeldungen aus der Schweiz beim EPA ist im Berichtsjahr um 1,9% auf 8112 gesunken.[108] Damit belegt die Schweiz im Ranking der 50 grössten Patentanmelder – wie auch schon im Vorjahr – hinter den USA, Deutschland, Japan, China, Frankreich und Südkorea den siebten Platz.[109] Trotz gesunkener Anmeldezahlen führt die Schweiz mit 966 Anmeldungen pro Million Einwohner weiterhin die Liste der Länder mit der höchsten Anzahl von Patentanmeldungen pro Einwohner.[110]

Der Innovationsgeist der Schweizer widerspiegelt sich auch in der Anzahl der im Berichtsjahr durch das IGE durchgeführten Begleiteten Patentrecherchen. Mithilfe dieser Dienstleistung finden Interessierte heraus, ob es sich lohnt, eine Idee oder Erfindung zum Patentschutz anzumelden und worauf sie bei der Erteilung eines Patents achten sollten. Im Berichtsjahr hat das IGE über 1000 Patentrecherchen durchgeführt.[111]

e) Schweizer Patentbox

Am 1. Januar 2020 trat das Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF) vollständig in Kraft.[112] Das STAF sieht neben der Abschaffung kantonaler Steuerprivilegien verschiedene Steuerentlastungsmassnahmen vor, so beispielsweise die sogenannte Schweizer Patentbox, bei der Aufwendungen für Forschung und Entwicklung sowie Erträge aus in- oder ausländischen Patenten steuerrechtlich privilegiert behandelt werden.[113] Von

---

107 Richtlinien für die Sachprüfung der nationalen Patentanmeldungen (Fn. 106).

108 Im Vorjahr entfielen auf die Schweiz 8249 Anmeldungen, vgl. EPA, Patent Index 2019, <https://www.epo.org/about-us/annual-reports-statistics/statistics/2019/statistics/patent-applications.html#tab2>.

109 Vgl. EPA, Top 50 countries for patent applications at the EPO in 2020, <https://www.epo.org/news-events/press/releases/archive/2021/20210316_de.html> und EPA, Patent Index 2019 (Fn. 108).

110 Im Vorjahr waren es sogar 988 Anmeldungen pro Million Einwohner, vgl. EPA, Patent Index 2019 (Fn. 108).

111 IGE, Neuer Rekord: Über tausend Schweizer Erfindungen unter der Lupe, Medienmitteilung vom 17. Dezember 2020

112 Den entsprechenden Beschluss fällte der Bundesrat an seiner Sitzung vom 14. Juni 2019.

113 Ausführlich hierzu vgl. <https://www.patent-box.ch/>.

dieser Regelung profitieren neben grösseren Firmen auch die kleinen und mittleren Unternehmen in der Schweiz (KMU), die im Bereich Forschung, Entwicklung und Innovation tätig sind.

f) BGer: Erfinderische Tätigkeit

Nach Ansicht des Bundesgerichts (BGer) sind Informationen zu pharmazeutischen Wirkstoffen in verschiedenen, von unterschiedlichen Autoren verfassten Kapiteln eines Fachbuchs für die Beurteilung der erfinderischen Tätigkeit nicht zwingend zu kombinieren. Dies gelte auch dann, wenn die chemischen Formeln der beschriebenen Wirkstoffe über strukturelle Ähnlichkeiten verfügen.[114]

Im zugrundeliegenden Rechtsstreit stand der schweizerische Teil eines Patents zur Diskussion. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hatte das Bundespatentgericht (BPatGer) zu Unrecht eine erfinderische Tätigkeit bejaht.

g) BPatGer: Verfassungsrechtliches Beschleunigungsgebot

In der Rechtssache O2018_017 befasste sich das Bundespatentgericht u.a. mit den Voraussetzungen für die Sistierung von Verfahren (Art. 128 lit. b PatG). Danach kann das Patentgericht ein Verfahren und dabei insbesondere das Urteil aussetzen, wenn die Gültigkeit eines europäischen Patents streitig ist und eine Partei nachweist, dass beim EPA ein Einspruch noch möglich oder über einen Einspruch noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist.

Wichtig sei in diesem Zusammenhang vor allem der Zeitmoment.[115] Soweit mit einer baldigen rechtskräftigen Entscheidung durch das EPA bzw. dessen Beschwerdekammern gerechnet werden könne, rechtfertige es sich, zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen das nationale Verfahren oder allenfalls auch nur das Urteil, auszusetzen. Ist jedoch davon auszugehen, dass es bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung des EPA noch länger dauern werde, sei regelmässig das verfassungsmässige Recht auf eine Beurteilung innert angemessener Frist höher zu gewichten.

h) BPatGer: Voraussetzung für Beitrag zur Erfindung

Ein Beitrag zur einer Erfindung lässt sich gemäss Bundespatentgericht nicht damit begründen, dass Probleme aufgezeigt werden. Vielmehr gehe es bei einem Beitrag zu einer Erfindung gerade darum, technische Lösungen für

---

114 BGer, Urteil vom 1. Mai 2020 in der Rechtssache 4A_570/2019, E. 2.3.4.

115 BPatGer, Urteil vom 31. Januar 2020 in der Rechtssache O2018_017, E. 17.

technische Probleme bereitzustellen oder zumindest wesentliche Hinweise darauf, wie derartige Lösungen aussehen könnten.[116] Das Bundespatentgericht schliesst zwar nicht grundsätzlich aus, dass die Erkenntnis von Problemen ebenfalls einen erfinderischen Beitrag darstellen kann. Dies setze aber voraus, dass der Beitrag eben gerade darin bestehe, das Problem an sich überhaupt zu erkennen.[117]

i) BPatGer: Auslagen für patentanwaltliche Arbeiten

In der Rechtssache O2020_013 hatte das Bundespatentgericht u.a. über eine Auslage zu entscheiden, die das rechtsanwaltliche Honorar um das Vielfache übersteigen sollte. So sei weder ersichtlich noch begründet, warum ein nicht weiter begründeter patentanwaltlicher Aufwand das anwaltliche Honorar um das 10-fache übersteigen sollte.[118] Zur Beantwortung der Frage, ob eine Auslage als notwendig zu ersetzen ist, verfüge das Gericht über Ermessen. Der geltend gemachte Aufwand liege der Höhe nach weit ausserhalb des Tarifrahmens für die rechtsanwaltliche Entschädigung und sei daher zu kürzen.

3. Markenrecht

a) Besserer internationaler Schutz für schweizerische geografische Angaben

An seiner Sitzung vom 5. Juni 2020 hat der Bundesrat die Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung (Änderung des Markenrechts) der Genfer Akte des Lissabonner Abkommens über Ursprungsbezeichnungen und geografische Angaben zuhanden des Parlaments verabschiedet.[119]

Damit können Schweizer Produzenten künftig geografische Angaben mit einem einfachen und kostengünstigen Verfahren in zahlreichen Staaten gleichzeitig zum Schutz anmelden.[120]

---

116 BPatGer, Urteil vom 8. Mai 2020 in der Rechtssache O2017_002, E. 70.

117 BPatGer, Urteil vom 8. Mai 2020 (Fn. 116), E. 70.

118 BPatGer, Urteil vom 14. September 2020 in der Rechtssache O2020_013, E. 30.

119 Bundesrat, Besserer internationaler Schutz für schweizerische geografische Angaben, Medienmitteilung vom 5. Juni 2020.

120 Bislang müssen Schweizer Produzenten für den Schutz ihrer geografischen Angabe in jedem Land einen separaten Antrag stellen.

b) *Swissness*

In seinem am 18. Dezember 2020 veröffentlichten Bericht zur Evaluation der „Swissness"-Gesetzgebung[121] kommt der Bundesrat zum Ergebnis, dass die am 1. Januar 2017 in Kraft getretene Swissness-Gesetzgebung ihr Ziel insgesamt erreicht hat.[122] Sie regelt unter anderem, unter welchen Voraussetzungen ein Produkt oder eine Dienstleistung als „schweizerisch" bezeichnet werden darf und verstärkt so den Schutz der Bezeichnung „Schweiz" und des Schweizerkreuzes.[123]

Dem Bundesrat zufolge drängen sich keine grundlegenden Änderungen des Systems auf. Dort, wo sich Verbesserungspotenzial ergeben habe, sollen das IGE und das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) konkrete Massnahmen prüfen.[124]

c) *BGer: We make the world more resilient*

Das Zeichen „Swiss Re – we make the world more resilient" der Schweizerischen Rückversicherungs-Gesellschaft (Swiss Re) für „Geldgeschäfte; Immobilienwesen; Finanzwesen; Versicherungswesen" in Klasse 36 ist zur Eintragung ins Markenregister zuzulassen, ohne zusätzliche Deklaration, dass es sich um „Dienstleistungen Schweizer Herkunft" handle. Nach Ansicht des Bundesgerichts gibt es keinen Anlass für eine solche Einschränkung des Waren- oder Dienstleistungsverzeichnisses, wenn von vornherein keine Täuschungsgefahr besteht.[125]

d) *BGer: Markennutzung im Internet*

In der Berichtsperiode befasste sich das Bundesgericht u.a. mit der Frage, welche Voraussetzungen in territorialer Hinsicht erfüllt sein müssen, um bei der Verwendung von Kennzeichen im Internet eine Verletzung eines in der Schweiz geschützten Kennzeichens zu begründen.[126]

---

121 Bericht des Bundesrates zur Evaluation der „Swissness"-Gesetzgebung, 18. Dezember 2020.

122 Bundesrat, Die Marke „Schweiz" ist angemessen geschützt, Medienmitteilung vom 18. Dezember 2020.

123 Ausführlich hierzu vgl. IGE, Die „Swissness"-Gesetzgebung, <https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/herkunftsangaben/herkunftsangabe-schweiz.html>.

124 Bericht des Bundesrates zur Evaluation der „Swissness"-Gesetzgebung (Fn. 121), Executive Summary.

125 BGer, Urteil vom 8. März 2021 in der Rechtssache 4A 361/2020.

126 BGer, Urteil vom 29. April 2020 in der Rechtssache 4A_335-2019.

Im zugrundeliegenden Fall ging es um die gemeinsame Kennzeichennutzung durch zwei unabhängige Pharmaunternehmen, die derselben Familienunternehmung entstammen und beide in den Firmenbezeichnungen ihrer Gesellschaften das gleiche Zeichen („Merck“) benutzen. Um Verwechslungen zu vermeiden, hatten die Parteien vereinbart, dass ein Pharmaunternehmen nur innerhalb der USA und Kanada und das andere Pharmaunternehmen nur ausserhalb dieser Gebiete unter dem Zeichen „Merck“ auftreten darf.

Nach Ansicht des Bundesgerichts stellt die blosse Abrufbarkeit einer Internetseite – im Sinne einer technischen Möglichkeit – noch keinen rechtlich relevanten Gebrauch eines Kennzeichens in einem bestimmten Staat dar. Um virtuelle Nutzungen einem Schutzland zuzuordnen und vom Geltungsbereich eines territorial beschränkten Schutzrechts erfasst zu werden, bedürfe es einer qualifizierten Beziehung der Zeichennutzung zu einem bestimmten Gebiet. Dieser wirtschaftliche Inlandbezug („commercial effect“) sei gestützt auf eine Gesamtwürdigung der konkreten Umstände einer Online-Nutzung sowie einer Abwägung der gegenüberstehenden Interessen zu beurteilen.[127] Die technische Möglichkeit des Geoblockings führt gemäss Bundesgericht aber dazu, den hinreichenden Bezug zur Schweiz relativ rasch anzunehmen, sobald der strittige Inhalt hierzulande abgerufen werden kann.[128]

e) BGer: Irreführung über geografische Herkunft

Am 18. August 2020 urteilte das Bundesgericht, dass sich Irreführungen über Herkunftsangaben bei Werbeprospekten nur aus deren Gesamteindruck ergeben können.[129] Gehe aus diesem hervor, dass die massgebenden Verkehrskreise die im Werbematerial verwendeten Bezeichnungen „Vals“ und „Valser“ als Hinweise auf die ästhetische Gestaltung von aus Frankreich stammenden Keramikplatten verstehen (Oberflächenstruktur, Farbe des Valser Quarzsteins, dem die Keramikplatten nachempfunden sind etc.), handele es sich nicht um geografische Herkunftsangaben und es drohe unabhängig vom Herstellungsort keine Irreführung über die geografische Herkunft.[130] Für eine solche Irreführung müsse beim Publikum der Eindruck entstehen, die Keramikplatten würden in Vals hergestellt oder verfügten über besondere Qualitätsmerkmale in Vals hergestellter Keramikplatten, obschon dies nicht zutrifft.[131]

---

127 BGer, Urteil vom 29. April 2020 (Fn. 126), E. 3.3.1.

128 BGer, Urteil vom 29. April 2020 (Fn. 126), E. 3.3.2.

129 BGer, Urteil vom 18. August 2020 in der Rechtssache 4A_11/2020, E. 7.3.

130 BGer, Urteil vom 18. August 2020 (Fn. 129), E. 7.3.3-7.3.6.

131 BGer, Urteil vom 18. August 2020 (Fn. 129), E. 7.3.4.

f) BGer: Voraussetzungen für einen markenrechtlichen Abtretungsanspruch

Gemäss Bundesgericht besteht der Anspruch auf Übertragung einer Marke auch in Bezug auf Marken im Anmeldestadium. Ungeachtet des Wortlauts in Art. 53 Abs. 1 Markenschutzgesetz (MSchG) könne eine Klage auf Übertragung der Marke nicht nur gegen eine eingetragene Marke, sondern auch gegen eine einfache Anmeldung erhoben werden.[132] Auf den Gebrauch der angegriffenen Marke könne es nicht ankommen.[133]

Im zugrundeliegenden Fall war unter anderem strittig, ob die für das Unterlassungsbegehren notwendige Wiederholungsgefahr auch dann angenommen werden kann, wenn der Name des verletzenden Unternehmens geändert wurde und sich die streitgegenständliche Marke noch im Anmeldestadium befindet.

g) BGer: Otto's vs. Otto

Mit Urteil vom 26. Oktober 2020[134] hat das Bundesgericht eine Beschwerde der Otto Group gegen ein Urteil des Luzerner Kantonsgerichts vom 13. Februar 2020 abgewiesen. Das Kantonsgericht hatte der Otto Group verboten, in der Schweiz unter dem Namen „Otto" oder „Otto-Versand" als Versandhändlerin aufzutreten sowie einen entsprechenden Domainnamen zu registrieren. Nach Ansicht des Bundesgerichts würde der Markteintritt der Otto Group in der Schweiz zu einer Verwechslungsgefahr mit der Marke OTTO's führen.[135] Zwar stütze sich die Otto Group auf ältere registrierte Markenrechte als OTTO's. Letztere konnten aber erfolgreich darlegen, dass sie aufgrund ihrer schutzwürdigen Marktstellung und der hohen Bekanntheit ihrer Marke über einen stärkeren lauterkeitsrechtlichen Schutz verfügen.[136] Dem Vortrag der Otto Group, gemäss dem Staatsvertrag zwischen der Schweiz und Deutschland betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz aus dem Jahr 1892 genüge die Benützung einer Marke in Deutschland zur Aufrechterhaltung des Markenschutzes auch in der Schweiz, ist das Bundesgericht nicht gefolgt. Vielmehr sei der Staatsvertrag eng auszulegen und fingiere keinen tatsächlichen Gebrauch einer Marke in der Schweiz.[137]

---

132 BGer, Urteil vom 7. September 2020 in der Rechtssache 4A_297/2020, E. 3.2.1.

133 BGer, Urteil vom 7. September 2020 (Fn. 132), E. 3.2.2.

134 BVGer, Urteil vom 26. Oktober 2020 in der Rechtssache 4A_152/2020.

135 BVGer, Urteil vom 26. Oktober 2020 (Fn. 134), E. 8.3.

136 BVGer, Urteil vom 26. Oktober 2020 (Fn. 134), E. 10.3.2.2.

137 BVGer, Urteil vom 26. Oktober 2020 (Fn. 134), E.6.2.3.2.

h) BVGer: Sittenwidrigkeit eines Zeichens

Jägermeister darf seinen Kräuterlikör mit dem Hirschlogo mit dem Kreuz zwischen dem Geweih auch in der Schweiz vermarkten.[138] Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts werden die religiösen Gefühle durchschnittlicher Christen durch die Bildmarke infolge Gewöhnung[139] nicht mehr verletzt.[140] Dies gelte nicht nur für den Kräuterlikör, für den die Bildmarke notorische Bekanntheit erlangt hat, sondern für das Zeichen an sich. Das Kreuz werde vorliegend in keiner verletzenden oder respektlosen Weise dargestellt.[141]

i) BVGer: Fehlende Berechtigung zur Benützung des Schweizer Wappens

Die Candrian Catering AG darf das Zeichen „Brasserie Federal" mit Schweizerkreuz im Zürcher HB nicht weiterbenützen.[142] Nach Ansicht des BVGer ist es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, nachzuweisen, dass sie ein schutzwürdiges Interesse an der Weiterbenützung des mit dem Schweizerwappen verwechselbaren Zeichens hat.[143]

Art. 8 Wappenschutzgesetz (WSchG) erlaubt den Gebrauch des Schweizerwappens, der Wappen der Kantone, Bezirke, Kreise und Gemeinden, der charakteristischen Bestandteile der Kantonswappen im Zusammenhang mit einem Wappenschild sowie von mit ihnen verwechselbaren Zeichen nur dem Gemeinwesen, zu dem sie gehören. In Ausnahmefällen ist der Gebrauch des Schweizerwappens auch durch andere Personen zulässig (Art. 8 Abs. 4 WSchG), so beispielsweise wenn ein Weiterbenützungsrecht nach Artikel 35 vorliegt (Art. 8 Abs. 4 lit. f WSchG). Dieses Weiterbenützungsrecht kann nur etablierten Zeichen zukommen, die durch sogenannte Schweizer Traditionsunternehmen verwendetet werden. Die Einstufung als Traditionsunterneh-

---

138 BVGer, Urteil vom 5. Februar 2020 in der Rechtssache B-1440/2019.

139 Die Beschwerdeführerin verwendet den strittigen Hirschkopf mit dem Kreuz zwischen den Geweihsprossen seit 1935 als Logo, in diversen Warenzeichen und in verschiedenen Bildmarken.

140 Das IGE als Vorinstanz hatte beanstandet, dass in der Bildmarke ein christliches Kreuz erkennbar sei, was im Zusammenhang mit einem Teil der beanspruchten Waren und Dienstleistungen das Empfinden der christlichen Abnehmer verletzen könne. Es wollte die Marke daher nur für Bekleidung und alkoholische Getränke eintragen, vgl. BVGer, Urteil vom 5. Februar 2020 (Fn. 138), Sachverhalt.

141 BVGer, BVGer, Urteil vom 5. Februar 2020 (Fn. 138), E. 6.5.

142 BVGer, Urteil vom 19. August 2020 in der Rechtssache B-6343/2019.

143 BVGer, Urteil vom 19. August 2020 (Fn. 142), E. 6.

men setze voraus, dass ein Unternehmen bereits seit mindestens zwei Generationen besteht und eine landesweite Tätigkeit aufweisen kann.[144] Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt.

4. Urheberrecht

a) URG-Revision

Am 20. April 2020 ist das neue Urheberrechtsgesetz (URG) in Kraft getreten. Die Gesetzesrevision beabsichtigt, das Urheberrecht zu modernisieren und an das Zeitalter des Internets anzupassen. Sie beruht auf einem Kompromiss, den die interessierten Kreise im Rahmen einer Arbeitsgruppe geschlossen hatten (AGUR12 Kompromiss). Die Änderungen sollen gleichzeitig die Kulturschaffenden stärken und der Öffentlichkeit den Zugang zu Werken verbessern.[145] Mit der Revision wurden auch zwei Abkommen der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) ratifiziert (Vertrag von Peking und Vertrag von Marrakesch).[146]

Mit dem revidierten URG wird die Piraterie-Bekämpfung im Internet effizienter. Neu müssen Hosting-Provider, die eine besondere Gefahr für Urheberrechtsverletzungen schaffen, dafür sorgen, dass einmal entfernte urheberrechtsverletzende Inhalte dauerhaft entfernt bleiben. Diese Massnahme richtet sich spezifisch gegen Pirateriеplattformen. Zudem wird klargestellt, dass die Datenbearbeitung zur strafrechtlichen Verfolgung von Urheberrechtsverletzungen zulässig ist. Für Konsumenten illegaler Angebote ändert sich nichts. Sie dürfen beispielsweise ein Musikstück, das ohne Erlaubnis des Rechteinhabers im Internet veröffentlicht worden ist, weiterhin für den privaten Gebrauch herunterladen. Die Stellung der Kulturschaffenden wird weiter gestärkt durch einen erweiterten Schutz für Fotografien, die Verlängerung der Schutzdauer für Interpreten und Produzenten und eine effizientere Verwertung der Video-on-Demand-Rechte. Im Interesse eines erleichterten Zugangs zu Werken enthält das URG neu ein Verzeichnisprivileg, eine vergütungsfreie

---

144 BVGer, Urteil vom 19. August 2020 (Fn. 142), E. 5.3.

145 Ausführlich zur Revision vgl. IGE, Revision des Urheberrechts, <https://www.ige.ch/de/recht-und-politik/immaterialgueterrecht-national/urheberrecht/revision-des-urheberrechts.html>.

146 Auf internationaler Ebene können sich heute Musiker, nicht aber Schauspieler gegen eine unerlaubte Verwendung ihrer Darbietungen wehren. Der Vertrag von Peking beseitigt diese Ungleichbehandlung. Der Vertrag von Marrakesch verbessert den Zugang zu Werken für Menschen mit Sehbehinderungen, indem er die Herstellung und den grenzüberschreitenden Austausch von Werkexemplaren in einer für sie zugänglichen Form gesetzlich erlaubt.

Wissenschaftsschranke, eine Regelung für die Nutzung von verwaisten Werken und sieht die Einführung von erweiterten Kollektivlizenzen vor. Durch Verbesserungen im Tarifgenehmigungsverfahren und die elektronische Nutzermeldung an die Verwertungsgesellschaften soll zudem die Effizienz der Kollektivverwertung gefördert werden.

b) Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 19.3956: Urheberrechtsvergütung; Rechtslage und Praxis der Suisa

Bis Ende 2018 stellte die Billag AG neben den Empfangsgebühren für Radio und Fernsehen auch die Urheberrechtsvergütung für das Wahrnehmbarmachen von Radio- und Fernsehprogrammen sowie Ton- und Tonbildträgern gemäss GT 3a in Rechnung. Seit 2019 ist ausschliesslich die Suisa für das Inkasso der Urheberrechtsvergütung gemäss GT 3a zuständig.[147] Mit Postulat vom 4. Juli 2019 beauftragte die Kommission für Rechtsfragen den Bundesrat, zu prüfen und Bericht zu erstatten, wie die Rechtslage im Hinblick auf die Tarifpflicht des Arbeitgebers im Zusammenhang mit Musikkonsum von Angestellten im Gemeinschaftsbüro sowie in einem Dienstwagen (z. B. Autoradio) ausgestaltet ist. Hierzu sollte der Bundesrat eine Analyse der diesbezüglichen Praxis der Suisa als Verwertungsgesellschaft für Musik und der Rechtsprechung der Gerichte vornehmen und aufzeigen, wo gesetzlicher Handlungsbedarf besteht, um Kleinbetriebe, welche Musik nicht als Teil ihres Geschäftsmodells einsetzen, tariflich zu entlasten.

An seiner Sitzung vom 13. Januar 2021 hat der Bundesrat den Bericht „Urheberrechtsvergütung; Rechtslage und Praxis der Suisa“ gutgeheissen.[148] Der Bericht kommt unter anderem zum Ergebnis, dass die wirtschaftliche Verwertung beim Inkasso der GT 3a-Urheberrechtsvergütung trotz des Wegfalls des Synergieeffekts (Trennung des Inkassos für die Abgabe für Radio und Fernsehen und für die Hintergrundunterhaltung) noch gegeben ist. Die Entrichtung einer Vergütung für die Hintergrundunterhaltung, beispielsweise für Hintergrundmusik in Bars oder Verkaufsräumen, sei grundsätzlich unbestritten. Schwierigkeiten ergäben sich indessen aus der Abgrenzung zwischen der vergütungspflichtigen Hintergrundunterhaltung und dem vergütungsfreien Privatgebrauch einer natürlichen Person, der nicht zwingend in den eigenen vier Wänden erfolgend muss. So könne Privatgebrauch auch in Unternehmensräumen vorliegen, beispielsweise, wenn Angestellte in ihren Einzelbüros

147 Bei der Revision des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG) wurde bewusst eine Entflechtung vorgenommen.

148 Bundesrat, Urheberrechtsvergütung; Rechtslage und Praxis der Suisa, Medienmitteilung vom 13. Januar 2021.

mit selbst mitgebrachten Radioempfangsgeräten Radio hören. Anders könnte es aber aussehen, wenn Angestellte in Gemeinschaftsbüros mit eigenen Geräten oder mit dem Firmencomputer Hintergrundunterhaltung abspielen. Nach Ansicht des Bundesrats verbleiben hier zwei offene Fragen, die entweder einer Klärung im Tarifverfahren oder einer gerichtlichen Überprüfung bedürfen. Fraglich sei zum einen, ob die unternehmensseitige Bereitstellung beispielsweise eines Computers oder eines Autoradios, die auch Hintergrundunterhaltung ermöglichen, bereits eine urheberrechtlich relevante und damit vergütungspflichtige Handlung darstellt. Zum anderen wäre zu klären, wen die Vergütungspflicht trifft – das Unternehmen oder die betreffenden Angestellten, die eine vergütungspflichtige Hintergrundunterhaltung aktiv vornehmen. In beiden Fällen würden gewichtige Argumente gegen eine Vergütungspflicht des Unternehmens unter dem geltenden Recht sprechen. Abschliessend könnten dies jedoch nur die Gerichte beurteilen.

c) BGer: Schätzung bei Verletzung der Mitwirkungspflicht

Nach Ansicht des Bundesgerichts kann eine fehlende oder mangelhafte Mitwirkung der Nutzer in der Tarifgestaltung berücksichtigt werden.[149] So könne ein Tarif vorsehen, dass ein Nutzer bei Verletzung der Mitwirkungspflicht geschätzt wird. Diese Schätzung könne nach Ablauf einer bestimmten Frist als anerkannt gelten. Der erst später vorgebrachte Einwand, über kein Kopiergerät oder Netzwerk zu verfügen, sei unbeachtlich.[150]

d) BGer: Online- Zugänglichmachung von Sendeinhalten

In der Rechtssache 2C_306/2019 urteilte das Bundesgericht am 27. April 2020, dass das Recht zur Online-Zugänglichmachung von Sendeinhalten gemäss Art. 22c URG zeitlich unlimitiert ist.[151] So können Sendeunternehmen beispielsweise Podcasts von ausgestrahlten Radiosendungen, die nicht einem musikalischen Thema gewidmet sind, auf unbestimmte Zeit online stellen, soweit die tariflich für diese Nutzungen festgelegten Vergütungen bezahlt werden.

e) HGer Zürich: Abmahnung gemäss deutschem Urheberrecht

In der Berichtsperiode befasste sich das Handelsgericht Zürich im Rahmen einer negativen Feststellungsklage mit dem Vorwurf der Verletzung deutschen

149 BGer, Urteil vom 17. April 2020 in der Rechtssache 4A_41/2020, E. 2.2.3.

150 BGer, Urteil vom 17. April 2020 (Fn. 149), E. 2.2.3.

151 BGer, Urteil vom 27. April 2020 in der Rechtssache 2C_306/2019, E. 4 ff.

Urheberrechts.[152] Hintergrund war die Verwendung von 10 Bildern, die auf einer Internet-Bilderplattform unter einer Creative-Commons Lizenz kostenlos zur Verfügung gestellt wurden.[153]

Mit Urteil vom 6. Mai 2020 stellte das HGer Zürich fest, dass weder Schadenersatz noch eine vorprozessuale Parteientschädigung geschuldet sind.[154] So sei dem abmahnenden Fotografen schon nicht der Nachweis der Urheberrechtsverletzung gelungen. Nach Ansicht des Gerichts haben Bilder, die kostenlos zur kommerziellen und nichtkommerziellen Nutzung unter einer Creative-Commons-Lizenz zur Verfügung gestellt werden, und bei denen keine konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie auch auf andere Weise als unter einer Creative-Commons-Lizenz lizenziert worden sind, keinen wirtschaftlichen Wert. Daher könne dem Rechteinhaber kein Schaden entstehen. Der Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlich angefallenen Anwaltskosten sei daran gescheitert, dass die streitgegenständliche Abmahnung nach deutschem Recht unwirksam gewesen sei.

152 HGer Zürich, Urteil vom 6. Mai 2020 in der Rechtssache HG180107-O.

153 HGer Zürich, Urteil vom 6. Mai 2020 (Fn. 152), Prozessgegenstand.

154 HGer Zürich, Urteil vom 6. Mai 2020 (Fn. 152), E. 2.5-2.7.

Verbraucherrecht

Michael Mayer/Alexander Brunner

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Michael Mayer) 286
1. Allgemeine Entwicklungen 286
2. Medien und Telekommunikation 287
3. Gesundheit, Umwelt und Sicherheit 288
4. Information 289
5. Rechtliche Interessen 290
6. Politische Interessen 291

II. Bedeutung für die Schweiz (Alexander Brunner) 293
1. Allgemeine Entwicklungen und Übersicht 293
2. Sicherheit und Gesundheit 293
3. Information 294
4. Wirtschaftliche Interessen 295
a) Allgemeiner Hinweis zu den wirtschaftlichen Interessen 295
b) Wettbewerbsrecht und Kartellrecht (KG) 295
c) Wettbewerbsrecht und Lauterkeitsrecht (UWG) 296
d) Anlegerschutz 296
e) Konsumkreditrecht (KKG) 297
f) Versicherungsvertragsgesetz (VVG) 297
5. Rechtliche Interessen 298
a) Vorbemerkung 298
b) Systematisches Scheitern von Massenklagen von Konsumenten 299
c) Runder Tisch der EKK zum Thema kollektiver Rechtsschutz 299
6. Politische Interessen 300
a) Erneuerung der Kommission für Konsumentenfragen 300
b) EKK-Empfehlungen 2020, insb. „Internet der Dinge“ 300

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

1. Allgemeine Entwicklungen

Das Verbraucherrecht als Querschnittsmaterie erfuhr im Berichtsjahr 2020 einige Änderungen und Neuerungen. In der politischen Agenda von Kommission, Parlament und Rat spielt der Verbraucherschutz nach wie vor eine gewichtige Rolle, nicht zuletzt deshalb, weil das Verbrauchervertrauen in den Binnenmarkt gestärkt werden soll. Am 13. November 2020 hat die Kommission in einer neuen Verbraucheragenda eine Vision für die Verbraucherpolitik der Europäischen Union für den Zeitraum 2021-2025 vorgestellt, die sich auf fünf Schwerpunktbereiche konzentriert:

- Grüner Wandel: Die Kommission will sicherstellen, dass den Verbrauchern auf dem EU-Markt nachhaltige Produkte zur Verfügung stehen und sie über bessere Informationen verfügen, um eine fundierte Entscheidung treffen zu können. Im nächsten Jahr wird die Kommission einen Vorschlag vorlegen, um die Verbraucher besser über die Nachhaltigkeit von Produkten zu informieren und Praktiken wie Grünfärberei oder vorzeitige Obsoleszenz zu bekämpfen. Die Kommission wird auch Reparaturen und nachhaltigere „kreislauforientierte" Produkte fördern.
- Digitaler Wandel: Der digitale Wandel verändert das Leben der Verbraucher grundlegend und bringt neben neue Chancen auch Herausforderungen mit sich. Die Kommission will gegen Online-Geschäftspraktiken wie „Dark Patterns" und versteckte Werbung vorgehen, die das Recht der Verbraucher auf eine fundierte Wahl missachten, ihre Verhaltensweisen missbrauchen oder ihre Entscheidungsprozesse verzerren. Darüber hinaus sollen die Interessen der Verbraucher bei der Festlegung von Vorschriften für die digitale Wirtschaft und Anforderungen an künstliche Intelligenz (KI) gebührend berücksichtigt werden. Um die derzeitigen Vorschriften an die fortschreitende Digitalisierung und die Zunahme verbundener Produkte anzupassen, wird die Kommission auch die Richtlinie zur Produktsicherheit überarbeiten. Da der Verbraucherschutz im Hinblick auf die Digitalisierung von Finanzdienstleistungen für Privatkunden gestärkt werden soll, werden die Richtlinien über Verbraucherkredite und die Vermarktung von Finanzdienstleistungen überarbeitet.
- Wirksame Durchsetzung der Verbraucherrechts: Zwar fällt die Durchsetzung der Verbraucherrechte in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, doch hat die Kommission eine koordinierende und unterstützende Rolle. Die Kommission beabsichtigt, die Mitgliedstaaten bei der rechtzeitigen Umsetzung und Durchsetzung des Verbraucherrechts zu unterstützen,

unter anderem durch das Netz für die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz. Die Kommission will auch die nationalen Behörden unterstützen, indem sie beispielsweise ein Instrumentarium innovativer E-Tools einsetzt, um die nationalen Behörden besser in die Lage zu versetzen, gegen illegale Online-Geschäftspraktiken vorzugehen und unsichere Produkte zu ermitteln.

- Besondere Bedürfnisse bestimmter Verbrauchergruppen: Nach Ansicht der Kommission können gewisse Verbrauchergruppen in bestimmten Situationen besonders schutzbedürftig sein und besondere Schutzvorkehrungen benötigen, z. B. Kinder, ältere Menschen oder Menschen mit Behinderungen. Die Kommission wird sich deshalb etwa mit den Anforderungen an Standards für Babyartikel befassen.
- Internationale Zusammenarbeit: Die Kommission ist der Auffassung, dass in einer globalisierten Welt, in der Online-Käufe über Grenzen hinweg getätigt werden, die Zusammenarbeit mit internationalen Partnern von entscheidender Bedeutung ist. Sie wird deshalb 2021 einen Aktionsplan mit China ausarbeiten, um die Sicherheit von online verkauften Produkten zu erhöhen. Ab 2021 wird die Kommission zudem regulatorische Unterstützung, technische Hilfe und Kapazitätsaufbau für EU-Partnerregionen, auch in Afrika, entwickeln.

2. Medien und Telekommunikation

Seit dem 19. September 2020 muss die EU-Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste in allen Mitgliedstaaten umgesetzt sein. Die darin enthaltenen Regeln dienen vor allem dem Schutz Minderjähriger vor Hassreden und anderen schädlichen Inhalten auf Video-Streaming- und -Sharing-Plattformen. Ausserdem sollen sie die Produktion europäischer Werke erleichtern und eine vielfältigere Auswahl an Produkten und Dienstleistungen ermöglichen.

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 15. September 2020[1] erstmals die EU-Verordnung ausgelegt, mit der die „Neutralität des Internets" festgeschrieben wird. Der Gerichtshof stellte klar, dass ein Internetzugangsanbieter nicht bestimmte Anwendungen und Dienste bevorzugt behandeln darf, indem er ihre Nutzung zum „Nulltarif" anbietet, die Nutzung der übrigen Anwendungen und Dienste dagegen blockiert oder verlangsamt. Im Ausgangsfall stellte die ungarische Gesellschaft Telenor zwei Pakete für einen bevorzugten Zugang (sog. „Nulltarif") zur Verfügung, deren Datenverkehr nicht auf den Verbrauch

[1] EuGH, Urteil vom 15. September 2020 in der Rechtssache C-807/18 und C-39/19, ECLI:EU:C:2020:708, Telenor Magyarország Zrt. Gegen Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnöke.

des von den Kunden gebuchten Datenvolumens angerechnet wird. Ausserdem können die Kunden diese speziellen Anwendungen und Dienste nach der Ausschöpfung ihres Datenvolumens weiterhin uneingeschränkt nutzen, während der Datenverkehr bei den übrigen verfügbaren Anwendungen und Diensten dann blockiert oder verlangsamt wird.

In seinem Urteil vom 16. Juli 2020[2] erklärte der EuGH den Beschluss der Kommission aus dem Jahr 2016 über die Angemessenheit des vom EU-US-Datenschutzschild gebotenen Schutzes für ungültig. Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) bestimmt, dass personenbezogene Daten grundsätzlich nur dann in ein Drittland übermittelt werden dürfen, wenn das betreffende Land für die Daten ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet. Nach dieser Verordnung kann die EU-Kommission feststellen, dass ein Drittland aufgrund seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften oder seiner internationalen Verpflichtungen ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet. Laut dem Gerichtshof besteht jedoch kein angemessenes Schutzniveau in den Vereinigten Staaten (USA). Wie in der Safe-Harbour-Entscheidung aus dem Jahr 2000 werde den Erfordernissen der nationalen Sicherheit, des öffentlichen Interesses und der Einhaltung des amerikanischen Rechts Vorrang eingeräumt, was Eingriffe in die Grundrechte der Personen ermöglicht, deren Daten in die Vereinigten Staaten übermittelt werden. Überwachungsprogramme würden in den USA nicht auf das zwingend erforderliche Mass beschränkt. Betroffene hätten keine Rechte, die gegenüber den amerikanischen Behörden gerichtlich durchgesetzt werden können. Auch die Ombudsperson könne keine gegenüber den amerikanischen Nachrichtendiensten verbindliche Entscheidungen erlassen. Der Gerichtshof bestätigte jedoch den Beschluss der Kommission aus dem Jahr 2010 über Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Auftragsverarbeiter in Drittländern. Diese ermöglichen eine Datenübertragung, wenn kein Angemessenheitsbeschluss über das Datenschutzniveau in einem Drittstaat vorliegt.

3. Gesundheit, Umwelt und Sicherheit

Am 1. September 2020 sind vor dem Hintergrund des Dieselskandals neue Vorschriften in Kraft getreten, nach denen Fahrzeugtypen in der EU genehmigt werden müssen. Nationale Typgenehmigungsbehörden werden nun gegenseitigen Begutachtungen (Peer Reviews) unterzogen, um dafür zu sorgen, dass die geltenden Bestimmungen in der gesamten Europäischen Union konsequent durchgesetzt werden. Nunmehr sind die Mitgliedstaaten auch verpflichtet,

[2] EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, Data Protection Commissioner / Maximillian Schrems und Facebook Ireland.

regelmässig eine Mindestzahl von bereits auf dem Markt befindlichen Fahrzeugen zu prüfen. Darüber hinaus kann die Kommission an Fahrzeugen Einhaltungs- und Konformitätsprüfungen in Laboratorien oder auf der Strasse durchzuführen. In Fällen, in denen Hersteller gegen die Typgenehmigungsvorschriften verstossen (z. B. im Fall von Abschalteinrichtungen oder gefälschten Erklärungen), kann die Kommission EU-weite Rückrufe anordnen und Sanktionen in Höhe von bis zu 30.000 Euro pro Fahrzeug verhängen.

Die Kommission veröffentlichte am 2. Oktober 2020 den Entwurf einer delegierten Verordnung über die Überarbeitung spezifischer Vorschriften zur Lebensmittelsicherheit tierischer Erzeugnisse. Mit dieser Initiative sollen bestehende Vorschriften aktualisiert werden, um mehr Flexibilität in Bezug auf die Hygienevorschriften für Fleisch zu ermöglichen, gleichzeitig jedoch das hohe Mass an Lebensmittelsicherheit aufrechtzuerhalten. So soll erreicht werden, dass die Vorschriften im Allgemeinen klarer werden, dass auf neue Verbraucheranforderungen reagiert wird und dass bestimmte Probleme gelöst werden, die die Umsetzung in der Praxis erschwert haben.

Am 17. September 2020 legte die Kommission eine Änderung des vorgeschlagenen Europäischen Klimagesetzes vor, um das Emissionsreduktionsziel von mindestens 55 Prozent bis 2030 als Zwischenziel auf dem Weg zur angestrebten Klimaneutralität bis 2050 festzuschreiben. Sie hat auch die bis Juni 2021 vorzulegenden Legislativvorschläge genannt, mit denen das neue Ziel umgesetzt werden soll, darunter: Überarbeitung und Ausweitung des EU-Emissionshandelssystems, Anpassung der Lastenteilungsverordnung und des Rahmens für Emissionen aus der Landnutzung, Ausbau der Massnahmen in den Bereichen Energieeffizienz und erneuerbare Energien sowie Verschärfung der CO_2-Normen für Strassenfahrzeuge.

4. Information

Die Kommission veröffentlichte am 5. Oktober 2020 den Entwurf einer für das erste Quartal 2021 geplanten Durchführungsverordnung über klarere Informationen zur Neubewertung zugelassener Lebensmittelzusatzstoffe. Die Vorschriften über die Neubewertung zugelassener Lebensmittelzusatzstoffe müssen vor dem Hintergrund der EU-Transparenzverordnung über die Risikobewertung im Bereich der Lebensmittelkette geändert werden. Die Transparenzverordnung enthält neue Vorschriften über die Beratung der Antragsteller, in Auftrag gegebene Studien, öffentliche Konsultationen zu wissenschaftlichen Studien, Offenlegung der Anträge und der stützenden wissenschaftlichen Studien/Daten, Vertraulichkeit und Standardformulare.

Am 11. März 2020 stellte die Kommission einen neuen Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft vor. Er ist einer der einer der wichtigsten Bausteine des europäischen Grünen Deals und enthält Massnahmen, die sich über den gesamten Lebenszyklus von Produkten erstrecken. Diese sollen länger nutzbar sein und leichter wiederverwendet, repariert und recycelt werden können. Deshalb sollen die Verbraucher Zugang zu zuverlässigen Informationen im Hinblick auf die Reparierbarkeit und Haltbarkeit von Produkten haben, um ökologisch nachhaltige Entscheidungen treffen zu können. Die Verbraucher sollen ein echtes „Recht auf Reparatur" haben.

5. Rechtliche Interessen

Mehr als zweieinhalb Jahre nachdem die Kommission im April 2018 ihren Vorschlag über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen von Verbrauchern als Teil ihres Verbraucherpaktes, dem sog. „New Deal for Consumers", vorgelegt hatte, nahm das Europäische Parlament am 24. November 2020 die Richtlinie zur Einführung der Europäischen Verbandsklage an. Die neuen Regeln ermöglichen es Verbrauchergruppen, ihre Kräfte zu bündeln und schaffen einheitliche Vorgaben für Sammelklagen in allen Mitgliedstaaten. So werden zum einen die Verbraucher vor Massenschäden geschützt. Zum anderen bieten die neuen Vorschriften angemessene Garantien, dass es nicht zu missbräuchlichen Klagen kommt; es greift das Verursacherprinzip, d.h. die unterlegene Partei trägt die Verfahrenskosten der obsiegenden Partei. Alle Mitgliedstaaten müssen mindestens eine wirksame Verfahrensform einführen, die es qualifizierten Einrichtungen (z. B. Verbraucherschutzorganisationen oder öffentlichen Stellen) erlaubt, Klagen vor Gericht zu erheben, um die Unterlassung (Einstellung oder Verbot) der jeweiligen Praxis oder eine Entschädigung zu erwirken. Mit denen neuen Vorschriften soll illegales Vorgehen unterbunden und Verbrauchern der Zugang zur Justiz erleichtert werden, damit der Binnenmarkt in diesem Bereich besser funktioniert.

Der EuGH entschied in seinem Urteil vom 11. November 2020,[3] dass es sich nach der Richtlinie über Zahlungsdienste im Binnenmarkt bei der Nahfeldkommunikationsfunktion (Near Field Communication, NFC) um ein „Zahlungsinstrument" im Sinne dieser Richtlinie handelt. Eine Bank könne die Haftung für eine nicht autorisierte Nutzung nicht dadurch ausschliessen, dass sie behauptet, das betreffende Zahlungsinstrument könne nicht gesperrt oder seine weitere Nutzung nicht verhindert werden, obwohl dies nach dem Stand der Technik nicht nachweislich unmöglich ist. Im Ausgangsfall beanstandet

[3] EuGH, Urteil vom 11. November 2020 in der Rechtssache C-287/19, ECLI:EU:C:2020:897, DenizBank AG gegen Verein für Konsumenteninformation.

der österreichische Verein für Konsumenteninformation die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DenizBank, welche die Haftung der Bank für nicht autorisierte Zahlungen ausschliesst. In diesen Geschäftsbedingungen wird darauf hingewiesen, dass der Kontoinhaber das Risiko eines Missbrauchs der Karte für Kleinbetragszahlungen ohne Eingabe des persönlichen Codes trägt und dass bei Abhandenkommen der Karte eine Sperrung für Kleinbetragszahlungen nicht möglich sei.

In seinem Urteil vom 21. Oktober 2020 entschied der EuGH,[4] dass einem Verbraucher bei Geschäften, die ausserhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden sind, das Widerrufsrecht aus der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher nicht zusteht, wenn die Ware nach den Spezifikationen des Kunden herzustellen ist. Dies gelte auch dann, wenn der Unternehmer noch nicht mit der Herstellung begonnen hat. Im Ausgangsfall verlangt ein Anbieter von Einbauküchen vor dem Amtsgericht Potsdam Schadensersatz von einem Kunden, der bei ihm auf einer Landwirtschaftsmesse eine solche Küche gekauft, sie aber nicht abgenommen, sondern den Vertrag widerrufen hat.

6. Politische Interessen

Die Europäische Kommission hat am 24. Dezember 2020 eine Einigung mit Grossbritannien über die Modalitäten seiner künftigen Zusammenarbeit mit der Europäischen Union erzielt. Wesentlicher Inhalt ist ein Freihandelsabkommen mit Nullzollsätzen und Nullkontingenten für alle Waren. Beide Parteien haben sich verpflichtet, durch Aufrechterhaltung eines hohen Schutzniveaus in Bereichen wie Verbraucherschutz, Umweltschutz, Sozial- und Arbeitnehmerrechte und Steuertransparenz solide und gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten. Um Verbrauchern und Unternehmen grösstmögliche Rechtssicherheit zu bieten, wird in einem speziellen Kapitel über die Governance dargelegt, wie das Abkommen gehandhabt und kontrolliert wird.

Die Europäische Union und China haben am 14. September 2020 ein Abkommen unterzeichnet, mit dem jeweils 100 europäische und chinesische geografische Angaben geschützt werden. Die EU-Liste der in China zu schützenden geografischen Angaben umfasst Erzeugnisse wie Cava, Champagner, Feta, Irish Whiskey, Münchener Bier, Ouzo, Polska Wódka, Porto und Prosciutto di Parma. Zu den chinesischen Erzeugnissen mit geografischer Angabe zählen

[4] EuGH, Urteil vom 21. Oktober 2020 in der Rechtssache C-529/19, ECLI:EU:C:2020:846, Möbel Kraft GmbH & Co. KG gegen ML.

beispielsweise Pixian Dou Ban (Pixian-Bohnenpaste), Anji Bai Chaa (Anji Weisser Tee), Panjin Da Mi (Panjin-Reis) und Anqiu Da Jiang (Anqiu-Ingwer). Das Abkommen tritt Anfang 2021 in Kraft.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Allgemeine Entwicklungen und Übersicht

Das Europarecht hat einen massgebenden Einfluss auf das Schweizer Konsumrecht. Im Berichtjahr 2020 haben sich denn auch keine Veränderungen dieses „Status quo" ergeben. Das Verbraucherrecht ist eine sogenannte *Querschnittmaterie*, was bedeutet, dass es in allen wirtschaftsrechtlichen Erlassen dann eine wesentliche Funktion erhält, wenn (auch) die Interessen der Nachfrager am Markt (Konsumenten) betroffen sind. Aus diesem Grund sind Überschneidungen mit anderen Materien des Wirtschaftsrechts nicht zu vermeiden und kann die Darstellung vorliegend auf die wesentlichen Punkte des Konsumrechts beschränkt werden.

Der Bericht 2020 folgt erneut der bewährten Einteilung des Schweizer Konsumrechts[5] 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 Berichtjahr hinzuweisen. Vor der Gesetzgebung und dem Erlass des Schweizer Produktsicherheitsgesetzes (PrSG)[6] waren Produktrückrufe in das Ermessen der Unternehmen gestellt und wurden daher auch selten publiziert.

2020 publizierte das Büro für Konsumentenfragen[7] in Zusammenarbeit mit den zuständigen Marktaufsichtsbehörden und den betroffenen Unternehmen erneut zahlreiche Produktrückrufe und Sicherheitswarnungen. Dafür steht ein Online-Formular und ein SMS Warnservice zur Verfügung, womit Meldungen über fehlerhafte Produkte rasch und einfach erfasst werden können. Zur Illustration solcher Rückrufe können für 2020 folgende Vorfälle genannt werden: Ladegerät für Smartphones wegen Brand- und Stromschlaggefahr; E-Scooter M. und M. wegen Brand- und Unfallgefahr; Campingtöpfe mit einer schwarzen Nylon-Verriegelung (ohne Schraube) wegen Verbrühungsgefahr;

---

5 Mit Bezug auf die Quellen wird für die folgende Dokumentation insbesondere auf die Homepage der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen (EKK) sowie auf das Büro für Konsumentenfragen (BfK) der Bundesverwaltung hingewiesen; vgl. <www.konsum.admin.ch>.

6 SR 930.11.

7 Vgl. Fn. 1.

Fahrräder wegen Sturzgefahr; Knäckebrot-Cracker wegen Pestizidrückständen; Kinderbesteck wegen einer Grenzwertüberschreitung von Blei; Atemschutzmasken wegen ungenügender Schutzwirkung, usw.

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.

3. Information

Im Bereich des Informationsrechts blieb es im Berichtjahr 2020 grundsätzlich beim Status quo. Bedeutsam sind jedoch Anpassungen verschiedener lebensmittelrechtlicher Verordnungen durch den Bundesrat[8]. Sie werden mit den in der EU geltenden Bestimmungen harmonisiert. Neu wird die *Kennzeichnung* „GVO-*frei*" für Lebensmittel tierischer Herkunft sowie ein neues Höchstmengenkonzept für Vitamine und Mineralstoffe eingeführt.

Das Ziel der Revision ist es, den Gesundheitsschutz der Konsumentinnen und Konsumenten zu gewährleisten. Zudem werden durch die Harmonisierung der Schweizer Gesetzgebung mit der europäischen Union (EU) Handelshemmnisse abgebaut. In der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung (LGV) kommt es deshalb zu Änderungen im Bereich der Gentechnik. Lebensmittel tierischer Herkunft werden neu mit dem Hinweis „ohne GVO" (ohne gentechnisch veränderte Organismen) gekennzeichnet, wenn für die Fütterung der Tiere keine gentechnisch veränderten Futterpflanzen verwendet wurden. Dies hilft Konsumentinnen und Konsumenten, eine rationale und autonome Wahl zu treffen. Weiter wird das Bewilligungsverfahren für Stoffe, die durch GVO veränderte Mikroorganismen produziert werden (zum Beispiel Enzyme für die Lebensmittelproduktion), dem Verfahren in der EU angepasst.

Unter dem vorstehenden Kapitel „Sicherheit und Gesundheit" wurde bereits auf die zahlreichen Rückrufe hingewiesen. Dies wird auch *durch das Informationsrecht abgesichert.* In Zusammenarbeit mit den betroffenen Unternehmen publizieren die Bundesbehörden Sicherheitshinweise (Produktrückrufe, Sicherheitswarnungen und Öffentliche Warnungen) zu gefährlichen Produkten. Im Bereich der Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände erfolgt die Publikation von Öffentlichen Warnungen und Produktrückrufen durch das Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen BLV, in Absprache mit den zuständigen kantonalen Laboratorien. In allen anderen Produktberei-

[8] <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-79260.html>.

chen erfolgt die Publikation durch das Büro für Konsumentenfragen BFK in Absprache mit den zuständigen Marktaufsichtsbehörden. Seit dem 8. Dezember 2020 werden alle Sicherheitshinweise über die Web App „RecallSwiss" <www.recallswiss.admin.ch> publiziert.

4. Wirtschaftliche Interessen

a) Allgemeiner Hinweis zu den wirtschaftlichen Interessen

Zu den wirtschaftlichen Interessen der Konsumenten werden gezählt die Gesetzgebung zur *Aufsicht* über Waren und Dienstleistungen, das *Wettbewerbsrecht* (insb. Kartell- und Lauterkeitsrecht) sowie das allgemeine und besondere *Vertragsrecht*. Für das Berichtjahr 2020 kann auf Entwicklungen hingewiesen werden, die für Konsumenten ins Gewicht fallen.

b) Wettbewerbsrecht und Kartellrecht (KG)

Nachdem die Botschaft[9] des Bundesrates (19.037) zur Volksinitiative „Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)" und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) vom 29. Mai 2019 vorliegt, beschäftigt sich das Parlament intensiv mit den entsprechenden Anpassungen des Kartellgesetzes.

Im Fokus steht die *Kaufkraft der Privathaushalte*, die gesichert werden soll. Zwar stehen die Schweizer Konsumenten im internationalen Vergleich sehr gut da. Der dafür mitursächliche Abbau von *staatlichen Handelsschranken* (Zölle und ungerechtfertigte Handelshemmnisse) wird jedoch oft dadurch zunichte gemacht, dass durch die privaten Unternehmen neue Hindernisse aufgebaut werden durch Gebietsabsprachen und missbräuchliche Marktbeherrschung. Solche neu begründete *private Vertragsschranken* sind ein Treiber für überhöhte Preisfestsetzungen der Anbieter zulasten der Schweizer Konsumenten.

In diesem Zusammenhang wird auch das sogenannte *Geoblocking* beobachtet, d.h., der Ausschluss von Schweizer Konsumenten bei der Nachfrage preiswerter Waren und Dienstleistungen aus bestimmten regionalen Märkten. Private Nachfrager werden dadurch digital „umgeleitet" zu Anbietern, die erhöhte

[9] Botschaft zur Volksinitiative „Stop der Hochpreisinsel – für faire Preise (Fair-Preis-Initiative)" und zum indirekten Gegenvorschlag (Änderung des Kartellgesetzes) vom 29. Mai 2019, BBl 2019, 4877 ff.

„Schweizer Preise“ verrechnen. Es wird interessant sein und bleibt abzuwarten, wie das Parlament diese Tatbestände bei der Anpassung des Kartellgesetzes einer Lösung zuführen wird.

c) Wettbewerbsrecht und Lauterkeitsrecht (UWG)

Am 1. Januar 2021 ist die Anpassung des UWG[10] in Kraft getreten; Art. 3 lit. u, v und w UWG befassen sich mit den *sogenannten Kaltanrufen* bei privaten Nachfragern. Unlauter handelt danach, wer insbesondere den Vermerk im Telefonverzeichnis nicht beachtet, dass ein *Kunde keine Werbemitteilungen von Personen erhalten möchte, mit denen er in keiner Geschäftsbeziehung steht*, und dass seine Daten zu Zwecken der Direktwerbung nicht weitergegeben werden dürfen; Kunden ohne Verzeichniseintrag sind den Kunden mit Verzeichniseintrag und Vermerk gleichgestellt.

d) Anlegerschutz

Ein sehr altes Anliegen aus Konsumentensicht ist sodann der Anlegerschutz. Frühe Bestrebungen, das Einlagesicherungssystem der Europäischen Union in das Schweizer Recht zu überführen, sind vormals gescheitert mit der Begründung, hiesige Banken und Finanzinstitute seien nachlass- und konkurssicher. Erst der Bankrott der Spar- und Leihkasse Thun und die vorübergehende Sanierung einer Grossbank durch den Staat hat zu einem Umdenken geführt. Aus Sicht des Konsumrechts ist entscheidend, dass in solchen Stress-Situation die Privathaushalte rasch zu ihren Einlagen kommen können. Dabei ist auch anzuerkennen, dass die Schweizer Bankiervereinigung eine Branchen-Vereinbarungen dazu abgeschlossen hat.

Die Botschaft[11] des Bundesrates (20.059) zur Änderung des Bankengesetzes (BankG) (Insolvenz, Einlagensicherung, Segregierung) vom 19. Juni 2020 regelt dies auf staatlicher Ebene und gibt die Rahmenbedingungen vor. Nach heutiger Rechtslage (vgl. insb. Art. 37a und 37b sowie 37h–37k BankG) werden im Konkurs einer Bank (oder eines Wertpapierhauses) die Einlagen bis zur Höhe von maximal 100‘000 Franken pro Kundin oder Kunde privilegiert behandelt. Die Forderungen werden der zweiten Klasse nach Artikel 219 Absatz 4 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) zugewiesen. Soweit das im Konkurs befindliche Institut über genü-

---

10 Fassung gemäss Anhang Ziff. 2 des BG vom 22. März 2019, in Kraft seit 1. Jan. 2021 (AS 2020 6159; BBl 2017 6559).

11 Botschaft des Bundesrates vom 19. Juni 2020 zur Änderung des Bankengesetzes (BankG), BBl 2020, 6359 ff. mit Begründung der Einlagensicherung auf Seite 6364 f.

gend liquide Mittel verfügt, werden die privilegierten Einlagen bis zum genannten Maximalbetrag sofort und ausserhalb des ordentlichen Kollokationsverfahrens zurückerstattet. Reichen diese Mittel nicht aus, so kommt für die Einlagen bis 100‘000 Franken bei Schweizer Geschäftsstellen ergänzend die Einlagensicherung zum Tragen (Art. 37h Abs. 1 BankG; gesicherte Einlagen). Diese wird durch die übrigen Banken mit Beiträgen finanziert, die in jedem Ereignisfall von der Selbstregulierung (Esisuisse) erhoben werden, was dafür sorgt, dass die gesicherten Einlagen im Sinne einer Bevorschussung möglichst rasch ausbezahlt werden können. Dieses System der Einlagensicherung hat sich grundsätzlich bewährt. Die Botschaft schlägt dabei aber unter anderem vor, dass die *Auszahlungsfrist* massgeblich verkürzt werden soll.

e) Konsumkreditrecht (KKG)

Der nach KKG *zulässige Höchstzinssatz* wird seit dem Jahr 2016 gemäss einem in der Verordnung zum Konsumkreditgesetz (VKKG) festgeschriebenen Berechnungsmechanismus bestimmt und wird jährlich überprüft und gegebenenfalls angepasst. Er wird festgelegt, indem zum Dreimonatslibor ein Zuschlag gemacht und der auf diese Weise ermittelte Wert auf die nächstliegende ganze Zahl auf- oder abgerundet wird. – Inskünftig wird diese Berechnungsmethode nach dem Wegfall des „Libor“ anzupassen sein.

Bei Barkrediten beläuft sich dieser Zuschlag auf 10 Prozentpunkte, wobei der Höchstzinssatz mindestens 10 Prozent betragen muss. Bei Überziehungskrediten, zum Beispiel bei Kreditkarten, beläuft sich der Zuschlag auf 12 Prozentpunkte, wobei der Höchstzins mindestens 12 Prozent betragen muss. Gemäss KKG müssen bei der Bestimmung des Höchstzinssatzes die Refinanzierungskosten der Kreditinstitute berücksichtigt werden. 2020 hat der Bundesrat[12] keine Anpassung verfügt.

f) Versicherungsvertragsgesetz (VVG)

Im Berichtjahr 2020 hat der Bundesrat das Inkrafttreten des *revidierten* VVG auf den 1. Januar 2022 verfügt. Das Gesetz regelt die Beziehungen zwischen Versicherungen und ihren Kundinnen und Kunden. Eine Expertenkommission unter dem Vorsitz von Professor *Anton K. Schnyder* hatte 2006 einen ausgearbeiteten Vorentwurf für eine *Totalrevision des* VVG vorgelegt. In der Folge hat

[12] <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77176.html>.

das Parlament jedoch eine Totalrevision abgelehnt, was zu verschiedenen kleineren Anpassungen geführt hat, unter anderem verbesserte Informationen für Konsumenten.

Am 19. Juni 2020 haben nun die Eidgenössischen Räte eine grössere Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) verabschiedet. Den Versicherungsgesellschaften steht bis Anfang 2022 ausreichend Zeit zur Verfügung, um die umfangreichen Neuerungen zu implementieren, insbesondere in der Produktgestaltung, im Vertrieb, bei der Schadenserledigung und bei der Vertragsauflösung.

Das revidierte Gesetz bringt Verbesserungen für Kundinnen und Kunden und passt Bestimmungen an veränderte Gegebenheiten an. So wird beispielsweise neu für Versicherungsverträge ein *Widerrufsrecht von 14 Tagen* eingeführt und auch Verträge mit langer Laufzeit können nach drei Jahren beendet werden. Die Verjährungsfrist für Ansprüche aus Versicherungsverträgen wird von zwei auf fünf Jahre erhöht. Zudem wird das Gesetz an die heutigen Anforderungen des elektronischen Geschäftsverkehrs angepasst.

5. Rechtliche Interessen

a) Vorbemerkung

Im Berichtjahr hat sich zu den rechtlichen Interessen der Konsumenten im Schweizer Recht de lege lata noch nichts verändert. Interessant wird es jedoch sein zu sehen, wie das Parlament die Teil-Revision der Schweizer Zivilprozessordnung in Angriff nimmt, nachdem in der Zwischenzeit die Botschaft[13] des Bundesrates erschienen ist.

Im Bericht zum Jahr 2019 konnte noch von der Ausgangslage des Vorentwurfs berichtet werden mit der für Konsumenten möglichen Senkung der Kostenschranken und *vor allem mit Bezug auf die Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes.* Nun hat die Botschaft den kollektiven Rechtschutz jedoch nicht aufgenommen. In diesem Kontext ist daher kurz von Entwicklungen zu berichten, die für den Entscheid des Parlaments massgeblich sein müssten.

Die Europäische Union hat die Richtlinie (EU) 2020/1828 vom 25. November 2020 zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher erlassen (vgl. dazu

[13] Botschaft und Entwurf Botschaft zur Änderung der Zivilprozessordnung, BBl 2020 2697, und Entwurf, BBl 2020 2785.

den vorstehenden Bericht 2020 von *Michael Mayer*) und das Schweizer Bundesgericht hat *wegen der mangelhaften Gesetzgebung* an sich berechtigte Klagen betreffend Massenschäden abweisen müssen.

b) Systematisches Scheitern von Massenklagen von Konsumenten

Das Zürcher Handelsgericht ist in zwei aufsehenerregenden Fällen auf die Verbandsklage einer Stiftung und auf die Klage des Bundes nicht eingetreten. In einem Fall blieben rund 6000 Kläger (*vgl. Bericht im Vorjahr zu „Dieselgate"*) ohne Rechtsschutz (Nichteintreten auf Schadenersatzklage) und im anderen Fall blieben viele Nachfrager von Tickets für Veranstaltungen ohne Rechtsschutz, die über eine digitale Plattform angeboten worden waren und noch immer werden (Nichteintreten auf Klage wegen UWG-Verstosses). Das Bundesgericht[14] hat – aufgrund der geltenden Gesetzeslage – beide Entscheide bestätigt.

c) Runder Tisch der EKK zum Thema kollektiver Rechtsschutz

Diese *missliche Gesetzeslage* hat die Eidg. Kommission für Konsumentenfragen (EKK) bewogen, die interessierten Kreise zu einer Aussprache einzuladen, was am 10. Dezember 2020 online stattfand.

An diesem Runden Tisch nahmen Expertinnen und Experten aus verschiedenen Bereichen und mit unterschiedlichen Blickwinkeln teil. Sie diskutierten über die Bedeutung des kollektiven Rechtsschutzes und über die Notwendigkeit, in der Schweiz eine entsprechende neue Regelung zu schaffen.

So wurden Vorschläge des Bundesrats besprochen, die dieser bereits 2018 im Rahmen des Vorentwurfs zur Reform der Schweizerischen Zivilprozessordnung zum kollektiven Rechtsschutz (Art. 89a VE-ZPO) unterbreitet hatte. Die Vertreterinnen und Vertreter aus der Hochschullehre, von Konsumentenschutzorganisationen und von economiesuisse legten ihre Argumente für eine solche Regelung dar, wiesen jedoch auch auf die möglichen Risiken hin.

Hervorgehoben wurden unter anderem die Schwierigkeiten und finanziellen Belastungen für Konsumentinnen und Konsumenten, individuell gegen einzelne Unternehmen vorzugehen. Ausserdem wurde auch erwogen, dass es aus

---

[14] Urteil des Bundesgerichts 4A_43/2020 vom 16. Juli 2020; Beschwerde gegen den Beschluss des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2019 (HG170257) und BGer 4A_235/2020, Urteil vom 1. Dezember 2020; Beschwerde gegen den Beschluss und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 11. März 2020 (HG170194); alle digital abrufbar.

Sicht eingeklagter Unternehmen einfacher sei, mit einer Gruppe zu verhandeln, statt sich mit vielen ähnlichen Klagen konfrontiert zu sehen. Hingewiesen wurde auf die Tatsache, dass die Europäische Union 2020 eine Richtlinie verabschiedet hat, die Verbandsklagen vorsieht und damit die Verfahren in allen Mitgliedstaaten vereinheitlicht.

Dies führt zum letzten Abschnitt des vorliegenden Berichts.

6. Politische Interessen

In diesem Sinn hat auch im Berichtjahr die Eidgenössische Kommission für Konsumentenfragen (EKK) gestützt auf das KIG[15] ihre Arbeiten fortgesetzt. Das Sekretariat der EKK führt das Büro für Konsumentenfragen (BfK).

a) Erneuerung der Kommission für Konsumentenfragen

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.

b) EKK-Empfehlungen 2020, insb. „Internet der Dinge"

Die EKK unterbreitet dem Bundesrat regelmässig *Empfehlungen*, um die Gesetzgebung den aktuellen wirtschaftlichen Entwicklungen anzupassen. Bemerkenswert ist hier die Empfehlung[16] der EKK vom 27. Januar 2021 betreffend Internet *der Dinge, funktioniert ein Ding ohne Datenverkehr*? Darin hält sie mehrere Grundprinzipien fest. Sie empfiehlt dem Bundesrat einen Bericht zum Thema *Internet der Dinge* zu erstellen, der unter anderem untersuchen soll, ob und inwiefern die erwähnten Prinzipien schon von bestehenden Gesetzen abgedeckt sind. Der Bericht soll dann auch darstellen, inwiefern ein besonderes Gesetz oder punktuelle Anpassungen an verschiedenen Gesetzen notwendig sind.

Obwohl dies in der Empfehlung nicht erwähnt wird, ist damit auch das Rechtsproblem der sogenannten *Obsoleszenz* betroffen. Viele Gebrauchsgegenstände sind in der Informationsgesellschaft digital mit den Herstellern verbunden, was unbestreitbare Vorteile für alle Seiten mit sich bringt. *Reparaturen von Gebrauchsgegenständen* lassen sich auf diese Weise bereits beim Hersteller planen und überwachen und gewährleisten damit eine einwandfreie und

---

15 SR 944.1. Reglement der Eidgenössischen Kommission für Konsumentenfragen vom 1. Februar 1966 (Stand am 1. Januar 2013).

16 Abrufbar unter <www.konsum.admin.ch>.

rasche Behebung von Mängeln von Kaufgegenständen und Fehlern von Produkten. Diese neuen Möglichkeiten können indessen auch zu einer digital bestimmbaren Unbrauchbarkeit missbraucht werden (Obsoleszenz), um den Absatz zu fördern. Dabei wäre nach der hier vertretenen Meinung zu unterscheiden zwischen *kausaler und finaler Obsoleszenz*, denn nicht jede kausale Ursache für die Unbrauchbarkeit ist (final) „geplant", sondern durch Alterung, Abnützung und Fehlgebrauch (kausal) verursacht.

Internationales Privatrecht

Kurt Siehr

Inhalt

I. Rechtsentwicklung in der EU im Jahr 2020 (Kurt Siehr) 304
1. Richtlinie 2020/1828 zu Verbandsklagen 304
2. Brexit zum Ende der Übergangszeit am 31. Dezember 2020 304
3. Rechtsprechung des EuGH 305
a) EuGH, Urteil vom 7. Mai 2020: Immunität (LG u.a. gegen Rina SpA) 305
b) EuGH, Urteil vom 28. Februar 2019: öffentliches Recht (BUAK gegen Gradbeništvo Korana d. o.o.) 305
c) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020: Zivil- und Handelssache (Belgischer Staat gegen Movic BV) 306
d) EuGH, Urteil vom 3. September 2020: Zivil- und Handelssache (Supreme Site Services GmbH u.a. egen SHAPE) 307
e) EuGH, Urteil vom 7. November 2019: Fluggastrechte (Adriano Guaitoli u.a. gegen EasyJet Airline Co, Ltd.) 307
f) EuGH, Urteil vom 26. März 2020: Fluggastrechte (Libuše Králová gegen Primera Air Scandinavia A/S) 308
g) EuGH, Urteil vom 9 Juli 2020: Delikt wegen Kfz-Mängeln (Verein für Konsumenteninformation gegen Volkswagen AG) 308
h) EuGH, Urteil vom 24. November 2020: Delikt oder Vertrag? (Wikingerhof gegen Booking.com BV) 309
i) EuGH, Urteil vom 2. April 2020: Verbraucher und Differenzgeschäft (AU gegen Reliantco Investments Ltd.) 309
j) EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020: Versicherter und Grossrisiken (AAS „Balta“ gegen UAB „Grifs AG“) 310
k) EuGH, Urteil vom 11. April 2019: Einlassung (ZX gegen Ryanair DAC) 311
l) EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2019: Hauptinsolvenz (UB gegen VA) 311
m) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020: COMI (MH gegen OJ). 312

II. Bedeutung für die Schweiz (Kurt Siehr) 313
1. Richtlinie 2020/1828 zu Verbandsklagen 313
2. Brexit nach Ende der Übergangszeit bis zum 31. Dezember 2020 313
3. Rechtsprechung des EuGH 313
a) Rechtsprechung zur Brüssel Ia – VO 313
b) Rechtsprechung zur EuInsVO 315

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

Das Europäische IPR und IZVR ist durch die Corona-Epidemie 2020 zum Stillstand gekommen. Es fehlen immer noch das Internationale Sachenrecht, das Internationale Eheschliessungerecht 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. Richtlinie 2020/1828 zu Verbandsklagen

Die Richtlinie (EU) 2020/1828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2020 über Verbandsklagen zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher und zur Aufhebung der Richtlinie 2009/22/EG[2] verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Richtlinie bis zum 25. Dezember 2022 umzusetzen. Diese Richtlinie gilt für innerstaatliche und grenzüberschreitende Verstösse (Art.2 Abs. 1 Satz 3 RL) und lässt gemäss Erwägungsgrund 21 die Rom I- und Rom II-VO sowie die Brüssel Ia-VO unberührt. Ob dies genügt, erscheint zweifelhaft und könnte dazu führen, dass die Richtlinie bald ergänzt werden muss.

2. Brexit zum Ende der Übergangszeit am 31. Dezember 2020

Bis zum 31.12 2020 hatten die EU und das U.K. Zeit, ihr gegenseitiges Verhältnis zu klären und zu fixieren.[3] Dies haben sie in letzter Minute getan. Mit dem 1. Januar 2021 ist das U.K. definitiv kein Mitglied der EU mehr. Es ist Drittstaat, dessen justizielle Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten der EU sich in Zukunft vor allem durch Staatsverträge (Haager Übereinkommen, LugÜ) bestimmt wird.[4]

---

1 Vgl. die Übersicht im vorigen Bericht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 397.

2 ABl L 409 vom 4. Dezember 2020, 1; Zum Entwurf vgl. Tanja Domej, Die geplante EU-Verbandsklagenrichtlinie – Sisyphus vor dem Gipfelsieg? ZEuP 2019, 446-471.

3 Rühl G., Im Schatten des Brexit-Abkommens – Perspektiven für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht, Neue Juristische Wochenschrift 2020, 443-447; Ungerer J., Brexit von Brüssel und anderen EU-Verordnungen zum Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrecht, bei: Kramme M./Baldus C./Schmidt-Kessel M. (Hrsg.), Brexit. Privat- und wirtschaftsrechtliche Folgen, 2. Aufl., Baden-Baden 2020, 605-627.

4 European Commission: Notice to Stakeholders. Withdrawal of the United Kingdom and EU Rules on the Field of Civil Justice and Private International Law, Brussels, 27 August 2020, REV2; Wagner Rolf, Justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen nach dem Brexit: IPRax 2021, 2-15.

3. Rechtsprechung des EuGH

Aus der reichhaltigen Rechtsprechung des EuGH sind einige Entscheidungen ausgewählt worden, die vor allem für die schweizerische Rechtspraxis bedeutsam sein können.

a) EuGH, Urteil vom 7. Mai 2020: Immunität (LG u.a. gegen Rina SpA)[5]

In der Nacht 2./3. Februar 2006 ging das Passagierschiff Al Salam Boccaccio '98 im Roten Meer unter. Mehr als 1000 Personen fanden den Tod. Die Kläger sind Hinterbliebene von Opfern und Geretteten. Sie klagen in Genua gegen Rina, Schiffsklassifikations- und Schiffszertifizierungsgesellschaften mit Sitz in Genua. Die Gesellschaften Rina hatten mit der Republik Panama einen Vertrag über die Klassifizierung und Zertifizierung des Schiffes Al Salem Boccaccio abgeschlossen, damit das Schiff die Flagge des Staates Panama führen durfte. Die Gesellschaften Rina hätten nach Behauptung der Kläger ihre Aufgaben schlecht erfüllt, das habe zu dem Untergang des Schiffes geführt und deshalb seien die Gesellschaften Rina für den daraus entstandenen Schaden verantwortlich. Die Gesellschaften Rina erheben den Einwand der Immunität; denn sie hätten im Auftrag eines Staates ihre Arbeiten vorgenommen und könnten deshalb gegen ihren Willen nicht verklagt werden.

Der EuGH entschied, dass die EU sich an Völkergewohnheitsrecht halte und eine Immunität anerkenne, wenn sie gegeben sei. Nach Völkerrecht sei nicht jede Handlung eines Staates *iure imperii*, sondern könne auch *iure gestionis* erfolgen mit dem Ergebnis, dass eine Immunität zu vereinen sei. Die Aufgaben der Gesellschaften Rina waren privatrechtlicher Natur, für die nach der Lehre einer auf hoheitliches Handeln beschränkten Immunität keine Gerichtsfreiheit in Anspruch genommen werden dürfe. Ob sich das vorlegende Gericht dieser Haltung anschliessen möchte, muss dieses Gericht entscheiden.

b) EuGH, Urteil vom 28. Februar 2019: öffentliches Recht (BUAK gegen Gradbeništvo Korana d. o.o.)[6]

Die österreichische Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK; Körperschaft des öffentlichen Rechts) in Wien ist nach dem österreichischen Bau-

---

[5] EuGH, Urteil vom 7. Mai 2020 in der Rechtssache C-641/18, ECLI:EU:C:2020:349, Rina.

[6] EuGH, Urteil vom 28. Februar 2019 in der Rechtssache C-579/17, ECLI:EU:C:2019:162, Korana; IPRax 2021, 77. Hierzu Temming Felipe, Der internationalverfahrensrechtliche Schlussstein: Die Forderung von Sozialkassenbeiträgen zugunsten einer Urlaubskasse der Bauwirtschaft als Zivil- und Handelssache i.S.v. Art. 1 EuGVVO: IPRax 2021, 52-63.

arbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG)[7] dafür zuständig, für die aus dem Ausland entsandten Bauarbeiter Urlaubsentgelte, die für ihre Arbeit in Österreich anfallen, einzuziehen und zu gewähren. Die slowenische Baugesellschaft Korana entsandte Arbeitnehmer nach Österreich. Die BUAK erhob Klage gegen Korana beim Arbeits- und Sozialgericht Wien und verlangte ca. € 38.000 für Arbeitstage, die Koranas Arbeitnehmer in Österreich während der Monate Februar bis Juni 2016 gearbeitet hatten. Es erging Versäumnisurteil und das Gericht verlangte nach Art. 53 Brüssel Ia – VO eine Rechtkraftbescheinigung für die Vollstreckung im Ausland. Die hierfür zuständige Stelle des Arbeits- und Sozialgerichts hatte Zweifel, ob die Brüssel Ia – VO überhaupt anwendbar ist, und legte diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Der EuGH entschied, dass es sich bei dem Rechtsstreit um eine Zivil- und Handelssache im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia – VO handele; denn die BUAK als Körperschaft des öffentlichen Rechts mache nur Ansprüche geltend, deren Höhe von den Parteien des Arbeitsvertrages bestimmt werde. Es komme also nicht darauf an, ob diese Ansprüche von einer Privatperson oder einer Amtsperson geltend gemacht werden. Da ein rechtskräftiges Urteil vorlag, brauchte die internationale Zuständigkeit der österreichischen Gerichte nicht geprüft zu werden.

c) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020: Zivil- und Handelssache (Belgischer Staat gegen Movie BV)[8]

Der belgische Staat, vertreten durch sein Wirtschaftsministerium, machte vor der Rechtbank van koophandel Antwerpen Ansprüche wegen Verletzung des belgischen Wetboek economisch recht (WER) gegen niederländische Gesellschaften geltend, die entgegen dem WER Karten für Veranstaltungen in Belgien verkauften und dafür einen höheren Preis als den ursprünglich festgesetzten Preis verlangten. Der belgische Staat klagte auf Feststellung eines Verstosses gegen das WER und auf Unterlassung dieser Geschäftspraktiken. Die beklagten Parteien rügten die Zuständigkeit der Gerichte von Antwerpen und verneinten eine Zivil- und Handelssache im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Brüssel Ia – VO. Der EuGH bejahte die Anwendung der Brüssel Ia – VO und entschied, dass es keinen Unterschied mache, ob ein Verbraucherverband oder der Staat ein wettbewerbwidriges Verhalten rüge.

---

7 Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich Nr. 414/1972 mit späteren Änderungen.

8 EuGH, Urteil vom 17. Januar 2020 in der Rechtssache C-73/19, ECLI:EU:C:2020:68, Sandoz und Hexal; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020. 608.

d) EuGH, Urteil vom 3. September 2020: Zivil- und Handelssache (Supreme Site Services GmbH u.a. gegen SHAPE)[9]

Supreme Headquarters Allied Powers Europe (SHAPE) ist das europäische Hauptquartier der NATO mit Sitz in Mons/Belgien und einem regionalen Hauptquartier in Brunssum/Niederlande (JFCB). Ende 2001 genehmigte der Sicherheitsrat der UN eine Sicherheitstruppe zur Verstärkung der Sicherheit in Afghanistan. Die klagenden Service-Gesellschaften (eine davon mit Sitz in der Schweiz) lieferten Kraftstoff an SHAPE für die Zwecke der Sicherheitstruppe in Afghanistan. Da sie nach ihrer Meinung für ihre Lieferungen honoriert werden, klagten sie in Limburg/Niederlande auf Zahlung gegen SHAPE und JFBC. Dieser Rechtstreit gelangte schliesslich an den Hoge Raad der Nederlanden. Dieses Gericht legte dem EuGH die Frage vor, ob der Einwand der Besteller SHAPE und JFCB, sie genössen Immunität, zutreffend sei. Der EuGH verneinte diese Frage; denn die Lieferung von Kraftstoff sei eine Zivil- und Handelssache, es sei denn, Shape und JFCB könnten beweisen, dass sie hoheitlich gehandelt hätten.

e) EuGH, Urteil vom 7. November 2019: Fluggastrechte (Adriano Guaitoli u.a. gegen EasyJet Airline Co. Ltd.)[10]

Die Kläger mit Wohnsitz in Rom buchten im Jahr 2015 bei EasyJet einen Flug von Rom Fiumicino nach Korfu und zurück. Für diese verschobenen oder verspäteten Flüge verlangen sie Ersatz für die Annullierung und die Verspätung der Flüge. Das vorlegende Gericht in Rom erhielt vom EuGH folgende Antworten: (1) Ansprüche aus Verspätung der Flüge könnten nach Art. 7 Nr. 1 lit. b Unterabsatz 2 Brüssel Ia – VO als Vertragsansprüche aus Beförderungsvertrag geltend gemacht werden und Ansprüche auf Schadenersatz nach Art. 33 des Montrealer Luftverkehrsübereinkommen von 1999, der nach Art. 71 Brüssel Ia – VO dieser Verordnung vorgehe.

---

9 EuGH, Urteil vom 20. September 2020 in der Rechtssache C-186/19, ECLI:EU:C:2020:638, Supreme Site Services u.a.; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 688.

10 EuGH, Urteil vom 7. November 2019 in der Rechtssache C-213/18, ECLI:EU:C:2019:927; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 44.

f) EuGH, Urteil vom 26. März 2020: Fluggastrechte (Libuše Králová gegen Primera Air Scandinavia A/S)[11]

Frau Králová, wohnhaft in Prag, hatte im Jahr 2013 mit einem Pauschalreisevertrag mit einem Reisebüro in Prag eine Reise nach Island (Keflavik) mit der beklagten Primera Air Scandinavia gebucht und angetreten. Der Flug hatte mehr als vier Stunden Verspätung, wofür Frau Králová Ausgleichszahlungen in Höhe von € 400,00 von Primera verlangte. Da nicht gezahlt wurde, verklagte sie die Primera in Prag. Die Prager Gerichte lehnten ihre Zuständigkeit ab und legten dem EuGH drei Fragen zur Vorabentscheidung vor: (1) Gelten die Art. 15 – 17 der Brüssel I – VO? (2) Ist ein Gerichtstand nach Art. 5 Abs. 1 Brüssel I – VO gegeben? (3) Ist die EU-VO über Fluggastrechte von 2004 verletzt worden? Diese Fragen konnten auch gegenüber Dänemark, wo die Beklagte ihren Sitz hatte, durch den EuGH geklärt werden, denn die EU hatte die Anwendung der Brüssel I – VO durch das Abkommen mit Dänemark vom 19. Oktober 2005 auf Dänemark ausgedehnt und die Auslegungszuständigkeit des EuGH festgelegt.[12]

Die erste Frage wurde verneint, weil die Klägerin gegenüber der Beklagten keinen Verbrauchervertrag abgeschlossen hatte; die zweite Frage wurde bejaht, denn der Beziehung zwischen den Parteien beruhte durch Zwischenschaltung eine Reisebüros auf einem Vertrag, und dieser sei, in Antwort auf die dritte Frage, verletzt worden.

g) EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020: Delikt wegen Kfz-Mängeln (Verein für Konsumenteninformation gegen Volkswagen AG)[13]

Fünf Jahre nach dem VW-Dieselskandal erreicht dieser endlich auch den EuGH mit der Klage des Vereins für Konsumenteninformation (VKI), der in Klagenfurt/Österreich für 574 Verbraucher in Österreich von VW in Deutschland über 3 Millionen Schadenersatz verlangte und die Haftung von VW für

---

11 EuGH, Urteil vom 26. März 2020 in der Rechtssache C-215/18, ECLI:EU:C:2020:235, Primera Air Scandinavia; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 359.

12 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 299 vom 16. November 2005, 62; Beschluss des Rates vom 30. November 2009, ABl L 331 vom 16. Dezember 2009, 24.

13 EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020 in der Rechtsache C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534, Verein für Konsumenteninformation; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 603 mit Anm. Bachmeier Tobias/Freytag Martin, IPRax 2020, 551, mit Bespr. Stadler Astrid/Krüger Christian, Internationale Zuständigkeit und deliktischer Erfolgsort im VW-Dieselskandal, IPRax 2020, 512-519.

alle künftig eintretenden Schäden. Die Beklagte widersprach der Zuständigkeit Österreichs, weshalb das österreichische Gericht die Frage der Zuständigkeit dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegte. Der Schaden, der geltend gemacht wird, besteht in der Different zwischen dem Kaufpreis eines Autos und dem tatsächlichen Wert des Wagens mit eingebauter manipulierter Software über den Abgasausstoss. Diese sei ein Primärschaden und kein reiner Vermögensschaden, der an dem Ort eingetreten sei, an dem der Wagen angepriesen, vertrieben und schliesslich erworben worden sei, nämlich Österreich.

h) EuGH, Urteil vom 24. November 2020: Delikt oder Vertrag? (Wikingerhof gegen Booking.com BV)[14]

Der Wikingerhof, ein Hotel in Schleswig-Holstein/Deutschland, klagte in Kiel gegen Booking.com, die von Amsterdam/Niederlande aus eine Buchungsplattform für Hotels betreibt. Wikingerhof, das mit Booking.com in vertraglichen Beziehungen mit Gerichtsstandsklausel Amsterdam stand, machte geltend, dass Booking.com bei ihrem Geschäftsgebaren gegen gesetzliche Bestimmungen des Wettbewerbsrechts verstosse und solche Verstösse in Zukunft zu unterlassen seien. Das vorlegende deutsche Gericht wollte wissen, ob am Vertragsgerichtsstand mit Klausel über die Zuständigkeit der Gerichte von Amsterdam geklagt werden müsse oder ob ein Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel Ia – VO am Ort der Schädigung in Deutschland (Kiel) geklagte werden dürfe. Der EuGH gab zur Antwort, dass ein Deliktsgerichtsstand zur Verfügung stehe, sobald sich der Kläger auf die Verletzung gesetzlicher Verbote berufe und nicht auf einen Verstoss gegen vertragliche Abmachungen.

i) EuGH, Urteil vom 2. April 2020: Verbraucher und Differenzgeschäft (AU gegen Reliantco Investments Ltd.)[15]

AU aus Rumänien eröffnete im November 2016 auf der Online-Plattform, das von der Beklagten mit Sitz ebenfalls in Rumänien geführt wurde, ein Transaktionskonto für finanzielle Differenzgeschäfte. Bei der Eröffnung dieses Kontos gab sich AU als Entwicklungsleiter einer Handelsgesellschaft aus. Am 11. Januar 2017 schloss AU mit der Beklagten einen Vertrag über Gewinne aus dem Handel mit Finanzinstrumenten ab, in dem sie die Zuständigkeit der Gerichte in Zypern und zyprisches Recht als Vertragsstatut vereinbarten. Bis zum 13. Januar 2017 machte AU bei fast 200 Transaktionen Gewinne in Höhe von ca.

---

14 EuGH, Urteil vom 24. November 2020 in der Rechtssache C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950, Booking.com; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2021, 39 mit Anm. Sujecki Bartosz.

15 EuGH, Urteil vom 2. April 2020 in der Rechtssache C-500/18, ECLI:EU:C:2020:264, AU; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 353.

€ 600.000. Am 13. Januar 2017 platzierte AU eine Order, mit der AU auf den Rückgang des Erdölpreises setze, und verlor dabei das gesamte Kapital seines Kontos in Höhe von ca. € 2 Millionen.

Der EuGH bestätigte seine Rechtsprechung, dass drei Voraussetzungen für Art. 17 Abs. 1 Brüssel Ia – VO erfüllt sein müssen: (1) ein Vertragspartner muss Verbraucher sein, der nicht im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit gehandelt haben darf; (2) der Vertrag mit einem Nicht-Verbraucher muss tatsächlich geschlossen worden sein; und (3) dieser Vertrag muss zu einer der Kategorien von Art. 17 Abs. 1 lit. a bis c Brüssel Ia – VO gehören. Zusätzlich betonte der EuGH, dass es nicht darauf ankomme, ob der Verbraucher in grosser Zahl riskante Geschäfte ausserhalb von Beruf oder Gewerbe getätigt hat oder ob er „Kleinanleger" im Sinne gewisser Richtlinien der EU sei. Dies spiele keine Rolle für Verbrauchergeschäfte des Art. 17 Brüssel Ia – VO.

j) EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020: Versicherter und Grossrisiken (AAS „Balta" gegen UAB „Grifs AG")[16]

Die Versicherungsgesellschaft Balta mit Sitz in Lettland und das Bewachungsunternehmen UAB Grifs AG mit Sitz in Litauen schlossen einen Versicherungsvertrag, in dem UAB und seine Untergesellschaften gegen Haftpflicht versichert wurden. Balta und UAB vereinbarten die Zuständigkeit der lettischen Gerichte. Im Jahr 2012 wurden aus einem Geschäft in Litauen, dessen Bewachung eine Untergesellschaft der UAB übernommen hatte, Schmuck gestohlen. Das Geschäft und dessen Versicherer hielten die zuständige Bewachungsfirma Grifs für verantwortlich für den Einbruch und klagten gegen diese Firma. Streitig wurde, ob Grifs an die Gerichtsstandsklausel im Vertrag Balta – UAB (Muttergesellschaft von Grifs) gebunden ist oder nicht. Deshalb wurde die Frage dem EuGH vorgelegt, ob ein Versicherter an eine Gerichtsstandsklausel gebunden ist, die ein Versicherungsnehmer (hier: UAB Grifs AG) in einem Vertrag über Grossrisiken (Art. 15 Nr. 5, 16 Nr. 5 Brüssel Ia – VO) abgeschlossen hat, dem jedoch lokale Versicherte nicht zugestimmt haben. Der EuGH verneinte diese Frage und gestattete damit die Klage gegen Grifs in Litauen.

[16] EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020 in der Rechtssache C-803/18, ECLI:EU:C:2020:123, BALTA; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 219.

k) EuGH, Urteil vom 11. April 2019: Einlassung (ZX gegen Ryanair DAC)[17]

Der Kläger buchte on-line einen Flug mit Ryanair von Porto/Portugal nach Barcelona/Spanien. Der Kläger macht eine Ausgleichszahlung in Höhe von € 350,00 wegen verspäteten Abflugs geltend und beruft sich auf die Niederlassungszuständigkeit des Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia – VO (Ryanair hat eine Niederlassung in Gerona/Spanien) und – wegen Nichteingehens auf Fragen der Zuständigkeit des Gerichts – auf Art. 26 Abs. 1 Brüssel Ia – VO (Einlassung der Beklagten). Die Antworten des EuGH zu diesen Zweifelsfragen sind kurz und bündig: Art. 7 Nr. 5 Brüssel Ia – VO gilt nur für Geschäfte mit der Zweigniederlassung, was bei einem Ticketkauf im Internet nicht vorliege; eine Einlassung nach Art. 26 Abs. 1 Satz 1 Brüssel Ia – VO komme bei einem Nichteingehen auf gerichtliche Fragen nicht infrage.

l) EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2019: Hauptinsolvenz (UB gegen VA)[18]

UB, niederländischer Staatsangehöriger, meldete im Vereinigten Königreich Insolvenz an und als Insolvenzverwalter wurde WZ ernannt. UB hatte in Frankreich Grundvermögen, das er ca. drei Jahre vorher seiner Schwester VA ohne Gegenleistung übertragen hatte. WZ bat mit Zustimmung des englischen Insolvenzgerichts die Gerichte in Frankreich, die Unwirksamkeit der Übertragung des Grundvermögens an VA festzustellen. Das geschah auch. Über diese Rechtsfragen betreffend die Art. 3 Abs. 1 und 25 Abs. 2 EuInsVO wurde eine Vorabentscheidung beim EuGH eingeholt. Der EuGH stellte fest: Art. 3 Abs. 1 EuInsVO begründet die Zuständigkeit am „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen" des Schuldners (centre of main interests = COMI) auch für die in einem anderen Mitgliedstaat belegenen Grundstücke des insolventen Schuldners; denn es fehle eine spezielle Zuständigkeit für Grundstücke ausserhalb des COMI. Diese Zuständigkeit werde und könne nicht übertragen werden; jedoch können die Gerichte in anderen Mitgliedstaaten um Hilfe gebeten werden, gewisse Fragen für Vermögensgegenstände in ihrem Bereich für das Insolvenzverfahren zu klären.

---

17 EuGH, Urteil vom 11. April 2019 C-464/18, ECLI:EU:C:2019:311, Ryanair; vgl. IPRax 2020, 560 mit Bespr. Koechel Felix, Art. 26 EuGVVO als (vermeintlich) subsidiärer Gerichtsstand und rügelose Einlassung durch „beredtes Schweigen": IPRax 2020, 524-532.

18 EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2019 in der Rechtssache C-493/18, ECLI:EU:C:2019:1046, Tiger u.a.; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 38.

m) EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020: COMI (MH u.a. gegen OJ u.a.)[19]

Die Eheleute MH und NI sind seit 2016 Arbeitnehmer in Norfolk/U, K, und haben in Portugal die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen beantragt. Das portugiesische Gericht erklären sich unzuständig; denn der „Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen" (COMI) der Antragsteller liege im Vereinigten Königreich. Die Antragsteller machten demgegenüber geltend, dass ihre einzige Immobilie in Portugal liege und von dort aus regelten sie alle Geschäfte, die zu ihrer Insolvenz geführt hätten. Die Vorlagefrage des portugiesischen Gerichts beantwortete der EuGH wie folgt: Bei Personen ohne selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit werde das COMI am gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. Art. 3 Abs. 1 Unterabsatz 4 EuInsVO) nicht allein dadurch widerlegt, dass sich die einzige Immobilie des insolventen Schuldners in einem anderen Mitgliedsstaat befindet.

[19] EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020 in der Rechtssache C-253/19, ECLI:EU:C:2020:585, Novo Banco; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 613.

II. Bedeutung für die Schweiz

1. Richtlinie 2020/1828 für Verbandsklagen

Bevor die Mitgliedstaaten die Richtlinie nicht umgesetzt und dabei die europarechtlichen Vorgaben des Verbraucherschutzes eingehalten haben, lässt sich schwer etwas zu der Richtlinie sagen. Wichtig ist, dass die Richtlinie nicht nur grenzüberschreitende Sammelklagen betrifft, sondern auch den rein lokalen kollektiven Rechtsschutz umfasst.

2. Brexit nach Ende der Übergangszeit bis zum 31. Dezember 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.[20] 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.

3. Rechtsprechung des EuGH

Die Rechtsprechung des EuGH interessiert unter vor allem zwei Gesichtspunkten, nämlich vor allem die Rechtsprechung zur Brüssel Ia – VO und zur EuInsVO.

a) Rechtsprechung zur Brüssel Ia – VO

Die Rechtsprechung zur Brüssel Ia – VO interessiert die Schweiz besonders im Hinblick auf parallele Vorschriften im LugÜ hinsichtlich der Anwendbarkeit der VO, des Art. 7 VO (= Art. 5 LugÜ) und des Schutzes schwächerer Parteien (Art. 10 – 23 Brüssel Ia – VO = Art. 8 – 21 LugÜ).

(1) Von den Entscheidungen zum Anwendungsbereich der Brüssel Ia – BVO interessieren vor allem die Erkenntnisse zum Begriff „Zivil- und Handelssachen“ im Gegensatz zu Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Auffallend ist, dass der EuGH dazu neigt, den Begriff „Zivil- und Handelssachen“ weit auszu-

[20] Epiney Astrid, Brexit und die bilateralen Abkommen Schweiz – EU, in: Kramme M/Baldus C/Schmidt-Kessel C. (Hrsg.), Brexit. Privat- und Wirtschaftsrechtliche Folgen, 2. Aufl. Baden-Baden 2020, 201-233.

legen und zu befinden, dass Ansprüche des Privatrechts, die von Hoheitsträgern geltend gemacht werden, unter den Begriff „Zivilsache“ fallen. Bezeichnend hierfür ist das Urteil vom 28. Februar 2019.[21] Hier beantragte die österreichische Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) die Ausstellung einer Bescheinigung zur Vollstreckung eines Titels zum Urlaubsentgelt für slowenische Bauarbeiter, geliehen von dem slowenischen Schuldner. Diesen Rechtsstreit über zivilrechtliche Ansprüche von Bauarbeitern ist nach dem EuGH eine Zivilsache, während das Bundesgericht ihn im Jahr 2014 als öffentlich-rechtliche Streitigkeit vom LugÜ ausgenommen hatte.[22] Für künftige Streitigkeiten derselben Art gibt das Urteil des EuGH neue Argumente für eine Revision der schweizerischen Rechtsprechung.

(2) Was den Art. 7 Brüssel Ia – VO und Art. 5 LugÜ angeht, ist es durchaus verständlich, dass die Haftungsansprüchen österreichischer Käufer von VW-Fahrzeugen wegen Mängeln der Abgasanlagen in Österreich klagen können und für die Klage eine Verbandsklage des Vereins für Konsumenteninformation zulässig ist.[23] Fraglich dagegen erscheint das Urteil vom 24. November 2020 über due Abgrenzung von Vertrag und Delikt.[24] Darf man wirklich danach unterscheiden, ob vertragliche Verpflichtungen verletzt werden oder gesetzliche Pflichten? Sind nicht auch vertragliche Pflichten auch gesetzliche, zumal beim Vertrag ebenfalls gesetzliche Rahmenvorschriften zu beachten sind?

(3) Schwächere Parteien werden nur geschützt, wenn sie einen Vertrag mit dem Unternehmen haben, das sie verklagen. Dies ist nicht der Fall bei Pauschalreisen, in denen nur ein Vertrag mit dem Reisebüro vorliegt und nicht direkt mit der Luftfahrtgesellschaft, welche den Flug zum Ziel der Pauschalreise übernimmt. Trotzdem sind jedoch Ansprüche wegen verspäteter Flüge

---

21 EuGH, Urteil vom 28 Februar 2019 in der Rechtssache C-579/17, ECLI:EU:C:2019:162, Korana; Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax) 2021, 77, und oben bei I.3.b). Hierzu Temming Felipe, Der internationalverfahrensrechtliche Schlussstein: Die Forderung von Sozialkassenbeiträgen zugunsten einer Urlaubskasse der Bauwirtschaft als Zivil- und Handelssache i.S.v. Art. 1 EuGVVO: IPRax 2021, 52-63.

22 BGer. 19. November 2014, BGE 141 III 28, vgl. IPRax 2016, 393 mit abl. Bespr. Kohler Christian, Erhebung von Lohnzuschlägen durch staatliche Urlaubskasse – Zivilsache oder öffentlich-rechtliche Angelegenheit?: IPRax 2016, 398-400.

23 EuGH, Urteil vom 9. Juli 2020 in der Rechtssache C-343/19, ECLI:EU:C:2020:534, Verein für Konsumenteninformation; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 603 mit Anm. Bachmeier Tobias/Freytag Martin, IPRax 2020, 551 mit Bespr. Stalder Astrid/Krüger Christian, Internationale Zuständigkeit und deliktischer Erfolgsort im VW-Dieselskandal: IPRax 2020, 512-519 und oben bei I.3.g).

24 EuGH, Urteil vom 24. November 2020 in der Rechtssache C-59/19, ECLI:EU:C:2020:950, Booking.com; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2021, 39 mit Anm. Sujecki Bartosz und oben bei I.3.h).

vertragliche Ansprüche nach Art. 7 Abs. 1 Brüssel Ia – VO oder Art. 5 Abs. 1 LugÜ.[25] Versicherte dagegen, die durch einen Versicherungsvertrag zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer begünstigt werden, verlieren nicht die Begünstigungen, die ihnen die Art. 8 – 14 LugÜ oder Art. 10 – 16 Brüssel Ia – VO einräumen.[26]

b) Rechtsprechung zur EuInsVO

Insbesondere das Urteil des EuGHs vom 4. Dezember 2019 ist deswegen interessant für die Schweiz, weil bei einer Insolvenz, die in einem Mitgliedstaat angemeldet worden ist, eine Instanz in der Schweiz um Rechtshilfe bei der Liquidation eines Grundstückes in der Schweiz bitte darf, ohne gegen die EuInsVO zu verstossen.[27]

---

25 EuGH, Urteil vom 26. März 2020 in der Rechtssache C-215/18, ECLI:EU:C:2020:235, Primera Air Scandinavia; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 359; oben bei I.3.f).

26 EuGH, Urteil vom 27. Februar 2020 in der Rechtssache C-803/18, ECLI:EU:C:2020:123, BALTA; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 219; oben bei I.3.j).

27 EuGH, Urteil vom 4. Dezember 2019 in der Rechtssache C-493/18, ECLI:EU:C:2019:1046, Tiger u.a.; vgl. Recht der Internationalen Wirtschaft 2020, 38; oben bei I.3.l).

Aussenwirtschaftsrecht

Janick Elsener/Andreas Ziegler

Inhalt

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020 (Janick Elsener) 318
1. Allgemeine Übersicht und Entwicklungen 318
2. Multilaterale Zusammenarbeit 318
a) WTO 318
aa) WTO-Streitbeilegungsmechanismus 319
b) OECD und G20 320
3. Bilaterale Zusammenarbeit 320
a) Handels-und Kooperationsabkommen mit Grossbritannien 320
b) Investitionsabkommen mit China 322
c) Handelsabkommen mit Vietnam 322
d) Laufende Verhandlungen 323

II. Rechtsentwicklung in der Schweiz im Jahr 2020 (Andreas Ziegler) 324
1. Allgemeine Übersicht und Entwicklung 324
2. Multilaterale Zusammenarbeit 324
a) WTO 324
aa) Doha-Runde 325
bb) Streitschlichtungsmechanismus der WTO 326
b) OECD und G20 326
3. Bilaterale Zusammenarbeit 327
a) Freihandelsabkommen (FHA) 328
b) Investitionsschutzabkommen 329
4. Interne Handelsinstrumente der Schweiz 330
a) Exportkontrolle 330
b) Sanktionsmassnahmen 331
c) Rüstungspolitik 331

I. Rechtsentwicklungen in der EU im Jahr 2020

1. Allgemeine Übersicht und Entwicklungen

Seit geraumer Zeit gab es kein Ereignis mehr, welches so starken Einfluss auf die Welt hatte, wie das COVID-19-Virus. Das Virus nahm China zu Beginn des Jahres seinen Anfang und verbreitete sich über die ganze Welt. Der internationale Handel nahm zum ersten Mal seit der Finanzkrise 2008-09 drastisch ab und es gab weniger Entwicklungen im Bereich der aussenwirtschaftlichen Beziehungen.

Speziell der multilaterale Ansatz geriet bereits die letzten Jahre in den Hintergrund und es werden vermehrt bilaterale Abkommen geschlossen. Zusätzlich dazu waren die Brexit-Verhandlungen ein dominierendes Thema in der EU.

Inhaltlich ist das Kapitel in folgende Teile gegliedert: Multilaterale Zusammenarbeit, bilaterale Zusammenarbeit im speziellen Brexit.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

Auch in der WTO war das COVID-19 Virus das bestimmende Thema. So war für 2020 eine WTO-Ministerkonferenz in Kasachstan angesetzt, welche nicht stattfand.[1] Es ist anzunehmen, dass diese stattdessen im Jahr 2021 in Nur-Sultan stattfinden wird.

Die WTO befindet sich seit geraumer Zeit in einer Krise. Die Ausführungen der letzten zwei Jahre zu dieser Thematik sind nach wie vor aktuell. Die WTO sieht sich insbesondere seitens der USA dem Vorwurf ausgesetzt, dass sie es nicht schaffe, die Herausforderungen im Handel mit der autokratischen Staatswirtschaft Chinas zu regeln.[2] Dazu kommt, dass die aussenpolitische Haltung der USA schädlich für das System des Multilateralismus ist. Ein weiteres Symptom dieser Krise ist der überraschende Rücktritt des Generaldirektor Azevedo und die darauffolgende Vakanz. Zum ersten in der Geschichte WTO wird dieser Posten von einer Generaldirektorin bekleidet werden. Die Entscheidung wird

1 Siehe: <https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc12_e/mc12_e.htm>

2 Schnegg Antoine, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 318.

zwischen der Südkoreanerin Yoo Myung und der aus Nigeria stammenden Ngozi Okonjo-Iweala. Allerdings wurde die Neuernennung wurde auf unbekannte Zeit verschoben.[3]

Um dieser Krise zu begegnen, haben sich die EU und die Schweiz mit 11 anderen WTO-Mitgliedern zusammengetan. Diese sognannte Ottawa-Group versucht mit bottom-up Prozessen die WTO zu reformieren.[4] Ihren Fokus legt sie dabei auf die Stärkung der deliberativen Funktion der WTO und im Speziellen des Streitbeilegungsmechanismus. So hat sich die Gruppe auch im Berichtsjahr virtuell getroffen und eine Initiative vorgelegt.[5] Inhalt dieser „Trade and Health-Initiative" sind mehrere Vorschläge, wie man die aktuelle COVID-19 Situation bewältigen kann, ferner soll auch eine Basis für zukünftige Krisenbewältigung geschaffen werden.[6] Über diese Initiative soll an der nächsten Ministerkonferenz abgestimmt werden.

aa) WTO-Streitbeilegungsmechanismus

Auch in diesem Berichtsjahr war die Streitigkeit zwischen der EU und den USA bezgl. der Subventionierung der jeweiligen Flugzeughersteller Airbus und Boeing nach wie vor aktuell. Im letzten Jahr hat die Berufungskammer, den USA das Recht eingeräumt, Strafzölle in Höhe von 7.5 Mia. jährlich gegen die EU zu erheben.[7]

Nun hat sie in diesem Jahr der EU das Recht zugesprochen, Strafzölle in Höhe von bis zu 4 Mia. jährlich gegen die USA zu verhängen. Die EU will vorerst davon absehen solche Massnahmen zu ergreifen und sieht Verhandlungslösungen vor.[8] Somit findet dieser seit knapp 16 Jahren andauernde Handelsstreit sein vorläufiges Ende.

---

3 Pressemitteilung der WTO vom 6. November 2020, abrufbar unter: <https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/dgsel_06nov20_e.htm>

4 Siehe: <https://www.canada.ca/en/global-affairs/news/2019/05/ottawa-group-and-wto-reform.html>

5 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 23. November 2020, C/MIN(2020)7/FINAL, abrufbar unter: <https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=2215&title=Ottawa-Group-proposes-a-global-Trade-and-Health-Initiative>

6 Siehe: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/WT/GC/223.pdf>

7 Schnegg Antoine, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2019/20, Zürich 2020, 321.

8 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 14. November 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/germany/news/20201014-wto-strafzoelle-boeing_de>

Der Streitbeilegungsmechanismus der WTO ist das zentrale Mittel zur regelbasierten, internationalen Schlichtung von Handelsstreitigkeiten. Seit 2017 blockiert die USA die Neuernennung von Panellisten und hat so das WTO-Berufungsgremium faktisch funktionsunfähig gemacht. Um dieser Problematik zu begegnen, haben sich die EU und unter anderem China, Australien, Brasilien und die Schweiz auf gewisse Notfallmassnahmen geeinigt. Diese ermöglichen ein zweistufiges Streitbeilegungsverfahren, welches für die teilnehmenden Staaten verbindlich ist. Wenn das WTO-Berufungsgremium seine Arbeit wieder aufnehmen kann, werden diese Massnahmen ausser Kraft gesetzt.[9]

b) OECD und G20

Die OECD-Ministerkonferenz fand im Oktober statt. Das Hauptthema war die gemeinsame, nachhaltige Erholung bzw. Überwindung von COVID-19. Zum ersten Mal seit vier Jahren konnten sich alle Mitglieder auf ein gemeinsames Statement einigen.[10]

Die G20 traf sich im März zu einem virtuellen Notfallgipfel, an welchem es auch um die Bewältigung von COVID-19 ging. Später im Jahr trafen sich die Mitglieder erneut auf einem von Saudi-Arabien ausgerichteten virtuellen Gipfeltreffen. Dabei ging es neben COVID-19 auch um den Klimawandel, so konnte zum ersten Mal seit drei Gipfeltreffen eine Einigung in diesem Bereich realisiert werden.[11]

3. Bilaterale Zusammenarbeit

a) Handels-und Kooperationsabkommen mit Grossbritannien

Beim Brexit-Referendum 2016 hatte sich eine Mehrheit der britischen Wähler (51.4%) für den Austritt von Grossbritannien aus der EU entschieden. Seither stand die Frage im Raum, wie dieser Austritt von statten gehen soll. Es gab im Wesentlichen zwei Szenarien: Entweder kommt ein Deal zustande, oder die Übergangsbestimmungen laufen am 31. Dezember 2020 aus und werden nicht durch ein Abkommen zwischen der EU und Grossbritannien ersetzt. Dies hätte gemäss Experten drastische Folgen für beide Seiten gehabt. Lange

---

9 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24. Januar 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/germany/news/20200124-wto-streitbeilegung_de>

10 Ministerial Council Statement der OECD vom 29. Oktober 2020, aufrufbar unter: <https://www.oecd.org/mcm/C-MIN-2020-7-FINAL.en.pdf>

11 Leaders' Declaration der G20 vom 21. November 2020, aufrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/media/46883/g20-riyadh-summit-leaders-declaration_en.pdf>

sah es nach einem No-Deal Szenario aus. Die EU-Kommissionspräsidentin von der Leyen präsentierte noch am 10. Dezember 2020 Notfallmassnahmen, welche im Falle eines No-Deals in Kraft treten würden.[12] Schlussendlich einigten sich die EU und Grossbritannien auf ein Handels-und Kooperationsabkommen. Dieses wird in der Folge kurz zusammengefasst.[13]

Nie zu vor wurde ein derart umfassendes Abkommen zwischen der EU und einem Drittstaat abgeschlossen. Im Vordergrund steht ein Freihandelsabkommen, welches eine neue Wirtschafts- und Sozialpartnerschaft anstrebt. Dieses Abkommen beschränkt sich nicht auf den Handel mit Waren und Dienstleistungen, vielmehr wird eine ganze Reihe von Bereichen abgedeckt, welche im Interesse der EU liegen.

So sind durch dieses auch der Wettbewerb, Investitionen, staatliche Beihilfen, Energie und Nachhaltigkeit, Fischerei, Steuertransparenz, Fischerei, Luft- und Strassenverkehr und auch Datenschutz und Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Grundsätzen geregt. Des Weiteren treten die beiden Parteien auch in eine neue Partnerschaft für die Sicherheit der Bürger und Bürgerinnen ein. Es geht in erster Linie um die Kooperation in Straf- und Zivilsachen. Eine enge Zusammenarbeit zwischen den nationalen Polizei- und Justizbehörden bei der grenz-überschreitenden Kriminalität und Terrorismus ist eine Notwendigkeit. Dabei muss Rücksicht auf den Umstand genommen werden, dass Grossbritannien weder EU-Mitglied noch Teil des Schengen-Raums ist. Zentral bei einem solchen Abkommen die grösstmögliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Daher wurde Wert auf ein spezielles Kapitel zur Governance gelegt. In diesem wird dargestellt, wie das Abkommen gehandhabt und kontrolliert wird. Dazu wurde ein gemeinsamer Partnerschaftsrat gebildet. Um die gleichen Wettbewerbsbedingungen zu gewähren, sind verbindliche Durchsetzungs- und Streitbeilegungsmechanismen angedacht. Im Falle eines Verstosses können beide Parteien sektorenübergreifende Gegenmassnahmen ergreifen. Wichtig zu erwähnen ist, dass die Bereiche Aussenpolitik und äussere Sicherheit bzw. Verteidigung auf Wunsch Grossbritanniens nicht Teil des Abkommens ist. Dieses Abkommen ist mit Sicherheit nicht das letzte zwischen Grossbritannien und der EU.

---

12 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 10. Dezember 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2368>

13 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24. Dezember 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_2531>

b) *Investitionsabkommen mit China*

Am 30. Dezember 2020 haben sich die EU und China im Grundsatz auf ein umfassendes Investitionsabkommen geeinigt.[14] Durch die Marktzugangsverpflichtung wird es in Zukunft Investoren aus der EU deutlich leichter fallen, in den chinesischen Markt zu investieren. Zukünftig werden Subventionen transparent gemacht und Unternehmen der EU sollen im Vergleich zu den chinesischen Staatsunternehmen fairer behandelt werden. Im Zuge dieses Abkommens verpflichtet sich China zur Übernahme gewisser Standards der IAO. Im Speziellen soll das IAO-Übereinkommen zur Zwangsarbeit von China ratifiziert werden. Weil Nachhaltigkeit ebenfalls durch dieses Abkommen gestärkt werden soll, muss China auch im Umweltbereich verbindliche Verpflichtungen eingehen. Der erzwungene Technologietransfer wird durch diese Einigung absolut verboten.[15]

Der grundlegende Text muss juristisch geprüft und übersetzt werden, ehe er dem Europäischen Parlament zur Annahme vorgelegt wird.

c) *Handelsabkommen mit Vietnam*

Am 1. August 2020 trat das umfassende Handelsabkommen zwischen der EU und Vietnam in Kraft.[16] Das Handelsabkommen sieht vor, dass 99% der Zölle in den nächsten Jahren abgeschafft werden. Mit dem Inkrafttreten entfielen bereits 65% der Zölle auf EU-Exporte nach Vietnam, während der Rest schrittweise bis 2030 abgeschafft wird. Auf der anderen Seite entfielen mit dem Inkrafttreten 71% der Zölle auf vietnamesische Exportgüter. In den nächsten sieben Jahren werden die übrigen Zölle reduziert. Diese leichte Asymmetrie kommt zu Stande, da Vietnam als Entwicklungsland gilt. 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

---

14 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 30. Dezember 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/germany/news/20201230-eu-und-china-erzielen-grundsatzeinigung-ueber-investitionsabkommen_de>

15 Factsheet der Europäischen Kommission vom 30. Dezember 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/FS_20_2544>

16 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 31. Juli 2020, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_20_1412>

(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 die einschlägigen nationalen Ratifizierungsverfahren in beiden Mitgliedstaaten durchlaufen muss, bevor es in Kraft treten kann, ist hier mit einer längeren Zeitdauer zu rechnen, bis dieses in Kraft treten kann.

d) Laufende Verhandlungen

Auch in diesem Jahr hat die EU sich an mehreren Verhandlungen zu Handelsabkommen beteiligt.[17] Bei Australien und Neuseeland sieht es vielversprechend aus. Mit beiden hat man bereits acht Runden verhandelt. Ob das Freihandelsabkommen mit den MERCOSUR-Staaten tatsächlich zustande kommt ist noch unklar.[18] Dieses steht auch für 2021 auf der Agenda und es wird sich zeigen, ob und wie die Vertragspartner sich einigen.

---

17 Eine aktualisierte Übersicht, abrufbar unter: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_118238.pdf>

18 Siehe: <https://www.handelsblatt.com/politik/international/handelspakt-mercosur-abkommen-droht-der-stille-tod/26133778.html>

II. Rechtsentwicklung in der Schweiz im Jahr 2020

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.

2. Multilaterale Zusammenarbeit

a) WTO

Die bereits in den letztjährigen Berichten dargelegte Krise der WTO[19] dauerte auch im Berichtsjahr an. Angesichts der bevorstehenden Wahl in den USA im November 2020 wurden dabei im Vorfeld keine grösseren Fortschritte erwartet. Auf Nebenschauplätzen wurde aber versucht, die grundsätzliche Bereitschaft zu signalisieren, als Forum für globale Lösungen weiterzubestehen. Der überraschende Rücktritt (und Eintritt in die Privatindustrie – *PepsiCo*) des langjährigen Generaldirektors *Roberto Azevêdo* und die unter der Trump-Administration in den USA nicht von Erfolg gekrönte Suche nach einer Nachfolgerin kann ebenfalls als Ausdruck dieser Krise gesehen werden. Aufgrund erster Ankündigungen der neuen amerikanischen Präsidentschaft scheint jetzt aber der Weg für die Ernennung der Nigerianerin *Ngozi Okonjo-Iweala* offen.

Im Rahmen der COVID-19-Krise wurden von den Mitgliedern zumindest Versuche unternommen, Präsenz zu zeigen, wobei hier kaum die Möglichkeit bestand effektiv auf die Politik der Mitglieder einzuwirken. Erwähnenswert sind sicherlich die von Südafrika und Indien angestossenen Diskussionen im TRIPS-Rat bezüglich der Möglichkeit den Patentschutz für Impfstoffe und Medikamente gegen den COVID-19-Erreger einzuschränken, welche aber politisch höchst umstritten sind. Mit Berichten und Analysen wurde zumindest indirekt die Relevanz der WTO bezüglich der bestehenden Handels- und Reisebeschränkungen signalisiert.

---

[19] Vgl. Schnegg Antoine, Aussenwirtschaftsrecht, in: Kellerhals/Baumgartner (Hrsg.), Wirtschaftsrecht Schweiz – EU 2018/19, Zürich/St. Gallen 2019, 432.

Die ursprünglich für den Juni 2020 vorgesehene 12. ordentlichen Ministerkonferenz in Nursultan (Kasachstan) musste abgesagt werden. Sie soll nun im November 2021 stattfinden.

aa) Doha-Runde

Obwohl die seit mehreren Jahren geführten Verhandlungen im Bereich der Fischereisubventionen weiter vorangetrieben wurden, fehlte auch 2020 am Schluss der politische Wille verbindliche Ergebnisse innerhalb der selbst gesetzten Frist zu verabschieden. Die Arbeiten sollen aber 2021 weitergeführt werden, und es bestehen durchaus Chancen, dass es zu einem Abschluss kommt. Ein solches Abkommen könnte zur Verminderung der Überfischung der Meere beitragen. Hauptakteure sind hierbei China, die EU, die USA, Südkorea und Japan.

Am ehesten erfolgversprechend sind die 2020 intensivierten Verhandlungen zu einem *Investment Facilitation Agreement*.[20] Die Schweiz engagiert sich aufgrund ihrer offensiven Interessen aktiv in diesen Verhandlungen. Im Kontext der WTO bedeutet Investitionserleichterung die Schaffung eines transparenteren, effizienteren und investitionsfreundlicheren Geschäftsklimas, indem in- und ausländischen Investoren die Investition, die Abwicklung des Tagesgeschäfts und die Ausweitung bestehender Investitionen erleichtert wird. Der Fokus auf Investitionserleichterung kommt mit der Erkenntnis, dass in der heutigen integrierten globalen Wirtschaft die Ausweitung der Investitionsströme, wie auch der Handelsströme, von der Vereinfachung, Beschleunigung und Koordinierung der Prozesse abhängt. In der Tat entstehen die Engpässe, Ineffizienzen und Unsicherheiten, die durch Investitionserleichterungen beseitigt werden sollen, in vielen Fällen durch unnötige Bürokratie, bürokratische Überschneidungen oder veraltete Verfahren, die zu kostspieligen Investitionshemmnissen werden können.

Auch im Bereich des E-Commerce konnten erneut erfolgversprechende Fortschritte erzielt werden, ohne dass es aber bereits zu Beschlüssen gekommen wäre. Auch in diesem Bereich führte die COVID-19-Krise zu einer Verzögerung weiterer Verhandlungen. Zudem wurden in einem kleineren plurilateralen Rahmen Verhandlungen für ein Abkommen über Klimawandel, Handel und Nachhaltigkeit (ACCTS; *Agreement on Climate Change, Trade and Sustainability*) aufgenommen.

---

[20] Vgl. Calamita, N. Jansen, Multilateralizing Investment Facilitation at the WTO: Looking for the Added Value, Journal of International Economic Law, Volume 23, Issue 4, December 2020, Pages 973–988.

bb) Streitschlichtungsinstrumente der WTO

Die Blockade der Ernennung von Richtern für das Berufungsorgan des WTO-Streitschlichtungsmechanismus durch die USA hält an. Somit können auch weiterhin keine Berufungsverfahren durchgeführt werden. Bezüglich dieses Problems ist es weniger klar, ob der Wechsel in der Präsidentschaft in den USA ohne Weiteres zu einer Deblockierung führen wird. Gleichzeitig nutzen die Mitglieder das Streitschlichtungsverfahren (in der ersten Instanz) weiterhin intensiv und legen auch regelmässig Berufung ein (womit diese Verfahren aufgrund der unbesetzten Berufungsinstanz nicht abgeschlossen werden können).

Eine Gruppe um die EU (einschliesslich der Schweiz) hat ein WTO *Multi-Party Interim Appeal Arrangement* (MPIA) ins Leben gerufen, um zumindest den weiterhin an der Berufungsmöglichkeit interessierten Mitgliedern eine vergleichbare Alternative ausserhalb der WTO zur Verfügung zu stellen.[21] Die Schweiz nominierte Professor em. *Thomas Cottier* (Universität Bern) als Schiedsrichter für diese Institution, da er über grosse Erfahrung als WTO-Panelist verfügt. Er wurde am 3. August 2020 von den Mitgliedern dieses Mechanismus bestätigt.

b) OECD und G20

Die Schweiz musste erneut verschiedenen Anpassungen ihrer Gesetze in den Bereichen Korruptionsbekämpfung und Geldwäscherei aufgrund der OECD-Vorgaben vornehmen. Im von der NGO *Transparency International* im Oktober 2020 publizierten *Exporting Corruption Report 2020* konnte sich die Schweiz dabei als viertbester Mitgliedstaat bezüglich der Umsetzung der OECD-Konvention zur Bekämpfung der Korruption ausländischer Beamter platzieren.[22] Allerdings scheiterte im März 2020 im Nationalrat eine Vorlage des Bundesrates für einen besseren Schutz von Whistleblowern, der auf die Kritik in der OECD zurückzuführen war (Geschäft 13.094 Obligationenrecht – Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz). Ebenso scheiterte in beiden Räten der bundesrätliche Vorschlag einer breiteren Unterstellung von Anwälten und Treuhändern unter das Geldwäschereigesetz (Geschäft 19.044 Geldwäschereigesetz. Änderung), welcher ebenfalls auf Kritik innerhalb der OECD zurückging. Der Bundesrat hat angekündigt, das Thema erneut

---

21 Statement on a Mechanism for Developing, Documenting and Sharing Practices and Procedures in the Conduct of WTO Disputes, JOB/DSB/1/Add.12.

22 Transparency International, Exporting Corruption – Progress report 2020: Assessing enforcement ofthe OECD Anti-Bribery Convention, 2020, abrufbar unter <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-2020#>.

angehen zu wollen. Im Rahmen der andauernden Verhandlungen für eine internationale Besteuerung der digitalisierten Wirtschaft will sich der Bundesrat weiterhin bemühen eine Lösung zu erreichen, die den Interessen der Schweiz angemessen Rechnung trägt. Nachdem im Berichtsjahr kein Ergebnis erzielt werden konnte, streben die Mitglieder jetzt eine konsensbasierte Lösung bis Mitte 2021 an. Für den 2021 freiwerdenden Posten des OECD-Generalsekretärs hat der Bundesrat am 28. Oktober 2020 den ehemaligen SNB-Präsidenten *Philipp Hildebrand* als Kandidaten vorgeschlagen. Er ist zurzeit *Vice Chairman* bei *BlackRock*, einer international tätigen US-amerikanischen Investmentgesellschaft mit Sitz in New York, die als weltgrösste Vermögensverwalterin gilt.

Am 19. November 2020 setzte die Schweiz zusammen mit der Europäische Union, Australien, Brasilien, Kanada, Japan, Korea, Neuseeland, Norwegen, der Schweiz, der Türkei und den Vereinigten Staaten ihre Teilnahme an technischen Verhandlungen in der Internationalen Arbeitsgruppe für Exportkredite aus. Es handelt sich dabei um das wichtigste Forum für den Dialog mit den Exportkreditanbietern ausserhalb der OECD, welche zunehmend wichtiger werden. Der Schritt soll in erster Linie aus Frustration über das mangelnde Entgegenkommen Chinas zurückzuführen sein. Man hofft 2021 ein Treffen von hohen Regierungsvertretern organisieren zu könne, um die Blockierung zu beenden.

Die Schweiz konnte ihre Interessen aufgrund der erwirkten Einladung Saudi-Arabiens im Berichtsjahr auch in der G20 erneut einbringen.

3. Bilaterale Zusammenarbeit

Auch hier wurde die Fortführung begonnener Verhandlungen durch die Pandemie behindert. Insgesamt muss man sagen, dass es für die Schweiz erneut schwieriger wurde geeignete Partner für bilaterale Verhandlungen zu finden. Dies liegt einerseits daran, dass die einfacheren Verhandlungen bereits abgeschlossen wurden. Die verbleibenden potentiellen Partner haben oft eigene Verhandlungspositionen, die schwierig mit den Schweizer Interessen in Einklang gebracht werden können. Ausserdem hält die Kritik von NGOs und gewissen Parteien an der Politik des Bundesrates an. Dabei stehen eine bessere Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien und v.a. Menschenrechte im Vordergrund, aber selbstverständlich sind dabei auch protektionistische Interessen relevant. *Alliance Sud*, die *Gesellschaft für bedrohte Völker* und *Public Eye* haben von Prof. em. *Thomas Cottier* (Universität Bern) im Hinblick auf die Bedeutung von Menschenrechtsverletzungen in China für die Handelspolitik der Schweiz ein Gutachten erstellen lassen, welches vorschlägt,

auf Gesetzesstufe einen konkreteren Zielkatalog für die schweizerische Aussenwirtschaftspolitik zu formulieren, der eine Beachtung anderer Politikziele konkretisiert.[23]

a) Freihandelsabkommen (FHA)

Gegen den Bundesbeschluss vom 20. Dezember 2019 über die Genehmigung des umfassenden Wirtschaftspartnerschaftsabkommens (CEPA) zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien ist das Referendum zustande gekommen. Die Abstimmung findet am 7. März 2021 statt. Das einzige in der Öffentlichkeit diskutierte Thema stellt dabei die vereinfachte Einfuhr von Palmöl dar.

Der Relevanz von Nachhaltigkeitsthemen zollte der Bundesrat in den Verhandlungen zu einem Freihandelsabkommen zwischen den EFTA- und Mercosur-Staaten insofern Tribut, als er im Juni 2020 im Juni eine Umweltverträglichkeitsprüfung veröffentlichte, die zum Schluss kommt, dass die Auswirkungen des Abkommens auf verschiedene Umweltfaktoren gering ausfallen.[24]

Aufgrund des Brexits war der Bundesrat bemüht, die Auswirkungen auf die bilateralen Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich so gering wie möglich zu halten oder sogar eine Verbesserung zu erreichen. Dies führte zum Abschluss verschiedener Abkommen. Im Dezember konnte ein Handelsabkommen ratifiziert werden. Hinzu kam ein befristetes Abkommen über die Mobilität von Dienstleistungserbringern. Dieses und eine Reihe weiterer Abkommen zwischen der Schweiz und dem UK sind am 1. Januar 2021 in Kraft getreten.[25] Aufgrund des Austritts des UK aus der Zollunion und dem Binnenmarkt mit der EU konnten nach dem Auslau-

---

23 Vgl. Thomas Cottier, Menschenrechtsverstösse und Umweltschäden im internationalen HandelsrechtWelchen rechtlichen Handlungsspielraum hat die Schweiz, um im Rahmen von WTO Recht und Freihandelsabkommen Verstösse gegen Menschen- Arbeits- und Umweltrechte zu sanktionieren? Rechtsgutachtenerstattet Alliance Sud, der Gesellschaft für bedrohte Völker und Public Eye vom 27. Juni 2020.

24 Vgl. Assessment of the potential environmental impacts of the EMFTA, 30.06.2020, abrufbar unter <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/61957.pdf>.

25 Texte des am 11. Februar 2019 zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich unterzeichneten Abkommen; Botschaft vom 15. Januar 2020 zur Genehmigung des Handelsabkommens zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich und des Zusatzabkommens über die Einbeziehung Liechtensteins in das Handelsabkommen; Text des zwischen dem SECO und dem Department for International Trade unterzeichneten Memorandum of Understanding; Abkommen zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich über die Mobilität von Dienstleistungserbringern, unterzeichnet am 14. Dezember 2020, alle abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/brexit.html>.

fen der Übergangsregelung am 31. Dezember neue Zollformalitäten und weitere Einschnitte in den Handelsbeziehungen jedoch nicht verhindert werden. Hingegen wurden nun die gegenseitigen Börsenbeziehungen normalisiert. Die britische Regierung hat hierzu die Schweizer Börsenregulierung als gleichwertig anerkannt und diesen Entscheid dem britischen Parlament vorgelegt. Die Anerkennung der Gleichwertigkeit trat am 3. Februar 2021 in Kraft, woraufhin die Schweiz ihre Schutzmassnahme gegenüber dem Vereinigten Königreich deaktivieren konnte. Am gleichen Tag erteilte die FINMA den britischen Handelsplattformen die notwendige Anerkennung, so dass der Handel mit Schweizer Aktien an den britischen Börsen wieder aufgenommen werden konnte.[26]

b) Investitionsschutzabkommen

Mit einem Bestand von über 1 467 Milliarden Schweizerfranken Direktinvestitionen im Ausland gehört die Schweiz weltweit zu den zehn grössten Kapitalexporteuren. Gleichzeitig ist sie ein bedeutender Importeur von ausländischem Kapital. Es liegt somit weiterhin im Interesse der Schweiz, günstige Rahmenbedingungen für Investitionen zu schaffen und aufrechtzuerhalten.

Die bilateralen Investitionsschutzabkommen tragen dazu bei, indem sie Investoren dank der darin enthaltenen Garantien und der Übersetzungsmechanismen zusätzliche Rechtssicherheit und Schutz vor politischen Risiken gewähren. Vor diesem Hintergrund versucht die Schweiz, die momentan über 111 geltende ISA verfügt, ihr Netz von ISA fortlaufend durch den Abschluss neuer oder die Revision bestehender Abkommen zu erneuern. Dies war im Berichtsjahr jedoch schwierig, was erneut einerseits auf die Pandemie und andererseits auf bestehende Divergenzen betreffen der Ausgestaltung solcher Abkommen zurückzuführen war. Diese Problematik ist besonders beunruhigend für die Verhandlungen mit Ländern, die teilweise lang bestehende Abkommen gekündigt haben.

Weiter beteiligte sich die Schweiz hingegen an Verhandlungen zur Aktualisierung des Vertrages über die Energiecharta, die weitergeführt werden.

Am 29. Januar hat das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO eine neue Schweizer Liste der ICSID-Schiedsrichter und Schlichter publiziert. Hierfür hatte im Herbst 2020 erstmals eine öffentliche Ausschreibung stattgefunden.

---

[26] Vgl. Joint Statement between the Federal Department of Finance and Her Majesty's Treasury on deepening cooperation in financial services of 30 June 2020, abrufbar unter <https://www.sif.admin.ch/sif/de/home/bilateral/lander/vereinigtes-koenigreich-uk-.html>.

Bei der neuen Liste fällt auf, dass ebenfalls als Premiere eine Parität zwischen Frauen und Männern vom Bundesrat durchgesetzt wurde. Ausserdem sind sechs von acht Personen auf der Liste Praktiker, die kommerziell ihre Dienstleistungen anbieten, während nur zwei der auf der Liste genannten Frauen als eigentliche Wissenschaftlerinnen bezeichnet werden können. Hieraus kann eine grundsätzliche Unterstützung durch den Bundesrat des stark kommerziellen und praktisch ausgerichteten Charakters der heutigen Investitionsschiedsgerichtsbarkeit abgeleitet werden, was sicherlich auch auf die Bedeutung der Schweiz als Schiedsplatz zurückzuführen ist. Andere Akteure, insbesondere die EU, sind hierbei wesentlich kritischer eingestellt. Die entsprechenden Verhandlungen zur Realisierung von Reformbestrebungen in UNCITRAL[27] und ICSID[28] halten an.

4. Interne Handelsinstrumente der Schweiz

a) Exportkontrolle

Der Bundesrat führte im Rahmen der Covid-19-Verordnung[29] vorübergehend eine Ausfuhrkontrolle für medizinische Schutzausrüstung und gewisse Medikamente ein. Obwohl diese Art von Massnahmen von weiten Kreisen bedauert wurde, muss man sehen, dass aufgrund der ungewohnten Umstände zahlreiche Staaten zu ähnlichen Massnahmen gegriffen haben. Für das Ausfuhrbewilligungsverfahren für Güter zur Internet- und Mobilfunküberwachung wurde im Berichtsjahr mit einer Änderung des Güterkontrollgesetzes[30] eine neue Rechtsgrundlage auf Gesetzesstufe geschaffen. Sie trat auf den 1. Januar 2021 in Kraft.[31] Zuvor hatte insofern eine unbefriedigende Situation geherrscht, dass die entsprechende Verordnung direkt auf die Verfassung gestützt werden musste. Zweck der Regelung bleibt es, Bewilligungen zur Ausfuhr oder Vermittlung dieser Güter verweigern zu können, wenn Grund zur Annahme besteht, dass sie zur Unterdrückung von politischen Gegnern missbraucht werden.

---

27 UNCITRAL – Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform, 40 th session 8-12 February 2021, Vienna.

28 ICSID hat den aktuellen Änderungsprozess im Oktober 2016 eingeleitet und die Mitgliedsstaaten aufgefordert, Themen vorzuschlagen, die eine Berücksichtigung verdienen. Im Januar 2017 hat das ICSID-Sekretariat eine ähnliche Einladung an die Öffentlichkeit herausgegeben, in der Vorschläge für Regeländerungen erbeten wurden.

29 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020, (SR 818.101.26).

30 SR 946.202.

31 AS 2020 6349, BBl 2018 4529.

b) Sanktionsmassnahmen

Am 24. Juni erliess der Bundesrat aufgrund der anhaltenden Beeinträchtigung der Menschenrechte, der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit in Nicaragua eine neue Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in diesem Land.[32] Bei den Anpassungen bestehender Sanktionen ist speziell die Ausweitung gegenüber Belarus erwähnenswert. Gegenüber 15 Personen, darunter Präsident Alexander Lukaschenko, wurden Finanzsanktionen sowie ein Ein- und Durchreiseverbot erlassen. Gleichzeitig wurde ein Embargo für Rüstungsgüter und Güter, die zur internen Repression verwendet werden können, in die Verordnung übernommen.[33]

Ausserdem trat am 27. Februar 2020 der Zahlungsmechanismus für die Lieferung humanitärer Güter in den Iran in Kraft, den die Schweiz im Rahmen ihrer Politik der Guten Dienste bzw. Als Schutzmacht eingerichtet hat.[34] Das *Swiss Humanitarian Trade Arrangement* (SHTA) wurde von der Schweiz in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen Stellen in den USA und im Iran sowie ausgewählten Schweizer Banken und Unternehmen erarbeitet. Das SHTA steht Schweizer Firmen im Nahrungsmittel-, Pharma- und Medizinalbereich offen.

c) Rüstungspolitik

Am 29. November wurde die Volksinitiative „Für ein Verbot der Finanzierung von Kriegsmaterialproduzenten“ relativ klar abgelehnt (57,45% der Stimmen und 17.5 Stände). Offensichtlich wurden die wirtschaftlichen Einschränkungen als zu weitgehend angesehen.

Der Bundesrat empfiehlt die weiterhin anhängige Volksinitiative „Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer (Korrektur-Initiative)“ zur Ablehnung und bereitet einen Gegenvorschlag vor. Mit diesem Vorstoss möchten die Initiantinnen und Initianten die Bewilligungskriterien für Kriegsmaterialexporte in der Verfassung verankern und eine Verbesserung der demokratischen Kontrolle erreichen, indem Parlament und Bevölkerung bei der Ausgestaltung der Ausschlusskriterien mitbestimmen können. Der Bundesrat wird die Botschaft zur Volksinitiative „Gegen Waffenexporte in Bürgerkriegsländer“ im März 2021 verabschieden. Die Volksabstimmung wird voraussichtlich im Jahr 2022 statt-

---

32 SR 946.231.158.5.

33 SR 946.231.116.9.

34 Vgl. U.S. Department of the Treasury, Financial Channels to Facilitate Humanitarian Trade with Iran and Related Due Diligence and Reporting Expectations (October 25, 2019), abrufbar unter <https://home.treasury.gov/system/files/126/iran_humanitarian_20191025.pdf>.

finden. Der Bundesrat hat angekündigt in seinem Gegenvorschlag die Bewilligungskriterien zumindest von der Kriegsmaterialverordnung (KMV, SR 514.511) in das Kriegsmaterialgesetz (KMG, SR 514.51) überführen zu wollen.

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 Barskyy, Itay Fischhendler, Verena Murschetz, Jürgen Scheffran, Tobias Baumgartner, 2019 – CHF 49.90/39.90.

Band 202 **Elftes Zürcher Präventionsforum**
Neue Technologien im Dienste der Prävention:
Möglichkeiten – Risiken
Christian Schwarzenegger/Rolf Nägeli (Hrsg.), mit Beiträgen von Ulf Blanke, Ladina Cavelti, Ulrich Schimpel, Jasmine Stössel, Thomas Wenk, Bettina Zahnd, 2020 – CHF 49.90/39.90.

Band 203 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2019/2020
Andreas Kellerhals/Tobias Baumgartner (Hrsg.), mit Beiträgen von Tobias Baumgartner, Mathis Berger, Alexander Brunner, Theodor Bühler, Balthasar Dengler, Jana Fischer, Alfred Früh, Thomas Geiser, Pascal Grolimund, Stefan Härtner, Ulrike I. Heinrich, Isabel Höhener, Samuel Jost, Brigitta Kratz, David Mamane, Laura Manz, Michael Mayer, Urs Meier, Peter Rechsteiner, Antoine Schnegg, René Schreiber, Kurt Sieht, Stefan Sulzer, Wesselina Uebe, 2020 – CHF 49.90.

Band 204 **Kapitalmarkt – Recht und Transaktionen XV**
Thomas U. Reutter/Thomas Werlen (Hrsg.), mit Beiträgen von Marion Bähler, Christina Del Vecchio, Olivier Favre, Jürg Frick, Arie Gerszt, Sonja Maire, Alex Nikitine, Thomas U. Reutter, Annette Weber, 2020 – CHF 39.90.

Band 205 **Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht X**
Verantwortlichkeitsprozesse – Tagungsband 2020
Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), mit Beiträgen von Lukas Fahrländer, Peter Forstmoser, Peter R. Isler, Marcel Küchler, Stephan Mazan, Peter Reichart, Ernst F. Schmid, Rolf Sethe, Martin Waldburger, 2021 – CHF 44.90.

Band 206 **Gewalt gegen Frauen**
Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2019
Christian Schwarzenegger, Reinhard Brunner (Hrsg.), mit Beiträgen von Reinhard Brunner, Regina Carstensen, Rosa Maria Martinez, Rahel Ott, Christian Schwarzenegger, Luzia Siegrist, Claudia Wiederkehr, 2021 – CHF 39.90.

Band 207 **Venture Capital Reinvented: Markt, Recht, Steuern**
7. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2020
Dieter Gericke (Hrsg.), mit Beiträgen von Martin Frey, Dieter Gericke, Reto Heuberger, Margrit Marti, Lukas Morscher, Daniel Oehri, Julia Schieber, Lukas Staub, Oliver Triebold, Christian Wenger, 2021 – CHF 44.90.

Band 208 **Die aktienrechtliche Sanierung**
11. Tagung Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2020
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Marc Bernheim, Sikander von Bhicknapahari, Gaudenz Geiger, Oliver Kälin, Livia Keller, Brigitte Knecht, Giorgio Meier-Mazzucato, Reto Schiltknecht, 2021 – CHF 39.90.

Zuletzt erschienene Monografien bei EIZ Publishing, Zürich

Schweiz – Europäische Union
Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug
MATTHIAS OESCH, 2020 – CHF 44.90.

Ein Plus für die Demokratie
Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU
THOMAS PFISTERER, 2021 – CHF 44.90/34.90.

Internet Governance at the Point of No Return
ROLF H. WEBER, 2021 – CHF 39.00.

Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung
PHILIPP EGLI, MARTINA FILIPPO, THOMAS GÄCHTER, MICHAEL E. MEIER, 2021 – CHF 54.90/44.90.

Begegnungen
Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter
KERSTIN NOËLLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg;), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradolfer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tremp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

Banken- und Kapitalmarktrecht
Stefan Sulzer

Versicherungsrecht
Helmut Heiss, Violeta Kuzmanovic, Laura P. Zilio

Kommunikation und Medien
Tobias Baumgartner, Ulrike I. Heinrich

Wettbewerbsrecht
André S. Berne, Laura P. Zilio, David Mamane

Arbeitsrecht
Wesselina Uebe, Thomas Geiser

Öffentliches Auftragswesen
Peter Rechsteiner

Energie
Isabel Höhener, Brigitta Kratz

Steuerrecht
René Schreiber, Jana Fischer, Balthasar Denger

Immaterialgüterrecht
Ulrike I. Heinrich

Verbraucherrecht
Michael Mayer, Alexander Brunner

Internationales Privatrecht
Kurt Siehr

Aussenwirtschaftsrecht
Janick Elsener, Andreas R. Ziegler