

# **Das europäische Beihilferecht und die Schweiz: Neuere Entwicklungen unter Berücksichtigung des Entwurfs des institutionellen Abkommens Schweiz- EU**

CLAUDIA SEITZ/ANDRÉ S. BERNE

## **Inhaltsverzeichnis**

### **I. Einleitung**

### **II. Der Begriff der Beihilfe im EU-Beihilferecht**

1. Der Grundsatz des Beihilfeverbots
2. Grundlagen des europäischen Beihilferechts

### **III. Jüngste Entwicklungen im Beihilferecht**

1. Die Praxis der EU-Kommission
2. Die Auswirkungen des *Brexits* auf das EU-Beihilferecht

### **IV. Der Entwurf des institutionellen Abkommens**

1. Vorbemerkung
2. Das Beihilferecht in den bisherigen bilateralen Abkommen
3. Das Beihilferecht im Entwurf zum institutionellen Abkommen

### **V. Fazit**

## **I. Einleitung**

Die Vorgaben des europäischen Beihilferechts nach den Art. 107-109 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (nachfolgend „AEUV“) gelten grundsätzlich innerhalb der Europäischen Union (nachfolgend „EU“) für sämtliche Bereiche und Wirtschaftssektoren der Mitgliedstaaten der EU (nachfolgend „EU-Mitgliedstaaten“). Ziel dieser Vorschriften ist es, zu vermeiden, dass staatliche Zuwendungen den Wettbewerb im Binnenmarkt verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Die Kontrolle mitgliedstaatlicher Beihilfen durch die Europäische Kommission (nachfolgend „EU-Kommission“) erfasst zahlreiche Lebens- und Rechtsbereiche in den EU-Mitgliedstaaten und betrifft derweil nicht nur die Praxis der EU-Kommission: beihilferechtliche Klagen und Beschwerden gehören mittlerweile, wie die übliche zivilrechtliche Durchsetzung von Ansprüchen, immer mehr zum Rüstzeug von Unternehmen, um sich gegen Konkurrenten zu behaupten.

Wie das europäische Kartellrecht kommt dem europäischen Beihilferecht (nachfolgend „EU-Beihilferecht“) als Teil der europäischen Wettbewerbsregeln eine Integrationsfunktion zu und es verfolgt ebenso das Ziel, die vier Grundfreiheiten (d.h. freier Waren-, Dienstleistungs-, Personen- und Kapitalverkehr) durchzusetzen und damit einen funktionierenden Binnenmarkt zu ermöglichen. Daher hat die EU-Kommission, welche mit der Beihilfeaufsicht betraut ist, es verstanden, das EU-Beihilferecht nicht nur als Kontrollmechanismus im Hinblick auf wettbewerbsverzerrende und daher wettbewerbswidrige Beihilfen der EU-Mitgliedstaaten anzuwenden, sondern auch als Integrationswerkzeug zu nutzen, was z.T. auch zu Kompetenzkonflikten mit den Behörden der EU-Mitgliedsstaaten führt. Eine EU-weite, einheitliche Handhabung staatlicher Beihilfen an Unternehmen schützt aber nicht nur den europäischen Binnenmarkt, sondern auch die Unternehmen selbst, welche auf dem Binnenmarkt tätig sind: Diese werden vor einer staatlichen Verfälschung des Wettbewerbs aufgrund politisch gewährter und wettbewerbsverzerrender Subventionen an Wettbewerber geschützt. Um Unternehmen aus der EU auch vor unfairer Konkurrenz aus Drittstaaten zu schützen, wirbt die EU-Kommission auch ausserhalb der EU für eine strenge Handhabung gewisser Regeln bei der Gewährung von Subventionen. Handelsabkommen der EU mit Drittstaaten enthalten daher grundsätzlich ein Wettbewerbskapitel, das kartellrechtliche Vorschriften und Bestimmungen über staatliche Beihilfen enthält: So hat die EU z.B. mit China vereinbart, Gespräche über eine bilaterale Zusammenarbeit bei der Kontrolle staatlicher Beihilfen zu führen.<sup>1</sup> Auch das zuletzt ausgehandelte Freihandelsabkommen mit Singapur enthält Vorschriften über staatliche Beihilfen.<sup>2</sup> Es ist daher nur logisch und konsequent, dass im Rahmen der Verhandlungen über die zukünftigen bilateralen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz (als Drittstaat) die EU-Kommission im institutionellen Abkommen auf beihilfenrechtliche Vorschriften besteht.

Der vorliegende Beitrag widmet sich den aktuellen Entwicklungen im EU-Beihilferecht und analysiert die Regelungen des Entwurfs des Rahmenabkommens zwischen der EU und der Schweiz im Hinblick auf beihilferechtliche Regelungen und Aspekte. Dazu sollen im Folgenden zunächst der Begriff der „Beihilfe“ erläutert und die Grundzüge des EU-Beihilferechts dargestellt werden (II.), um danach einen Überblick über die neuere Praxis der EU-Kommission sowie über die Auswirkungen des *Brexit* auf das Beihilferecht zu geben (III.). Anschliessend werden die beihilferechtlichen Bestimmungen des Entwurfs des Abkommens Schweiz-EU vorgestellt und gewürdigt (IV.).

## II. Der Begriff der Beihilfe im EU-Beihilferecht

### 1. Der Grundsatz des Beihilfeverbots

Im europäischen Wettbewerbsrecht statuiert Art. 107 Abs. 1 AEUV, dass staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu

---

<sup>1</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 2. Juni 2017, Staatliche Beihilfen: Kommission und China wollen bei der Kontrolle staatlicher Beihilfen zusammenarbeiten, IP/17/1520.

<sup>2</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 15. Oktober 2018, EU-Singapur: Rat beschliesst Unterzeichnung von Handels- und Investitionsabkommen, IP/18/563.

verfälschen drohen, mit dem europäischen Binnenmarkt nicht vereinbar und damit verboten sind, soweit sie den Handel zwischen EU-Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.<sup>3</sup> Das Primärrecht manifestiert somit den Grundsatz der Unvereinbarkeit von wettbewerbsverfälschenden mitgliedstaatlichen Beihilfen mit dem Binnenmarkt. Damit wettbewerbsverfälschende Beihilfen nicht zurückgefordert werden müssen, nachdem sie bereits vorgängig gewährt wurden, besteht eine Notifizierungspflicht der EU-Mitgliedsstaaten. Dies hat zur Folge, dass vor jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von mitgliedstaatlichen Beihilfen die EU-Kommission, bzw. spezifischer die für Wettbewerbspolitik zuständige Generaldirektion Wettbewerb (*DG Competition*), rechtzeitig zu unterrichten ist, damit diese sich dazu äussern und die Beihilfen (durch Positiventscheid) genehmigen oder (durch Negativentscheid) verbieten kann.<sup>4</sup>

Das Primärrecht bestimmt in Art. 107 Abs. 1 AEUV aber auch, dass Beihilfen grundsätzlich nur dann unzulässig sind, „soweit [im AEUV] nicht etwas anderes bestimmt ist“. Der AEUV führt hierzu mehrere Ausnahmen vom Beihilfeverbot auf und unterscheidet dabei zwischen Legal- und Ermessensausnahmen: Die einerseits in Art. 107 Abs. 2 AEUV aufgeführten sog. Legalausnahmen nehmen drei Kategorien von Beihilfen von Vertrags wegen vom grundsätzlichen Beihilfeverbot aus.<sup>5</sup> Die EU-Kommission hat bei der Prüfung, ob solche Ausnahmetatbestände vorliegen, kein Ermessen.<sup>6</sup> Andererseits zählt Art. 107 Abs. 3 AEUV sog. Ermessensausnahmen auf: demnach können fünf Kategorien von Beihilfen vom Beihilfeverbot ausgenommen werden.<sup>7</sup> Die EU-Kommission verfügt bei der Anwendung dieser Ausnahmen und damit über die Entscheidung, ob die Beihilfen mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, über ein weites Ermessen, sowohl bei der Feststellung der Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestands, als auch in Bezug auf die Rechtsfolgen.<sup>8</sup> Dieses

<sup>3</sup> Vgl. für einen Überblick über die Systematik *Jürgen Kühling*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2018, Art. 107 AEUV Rz. 28 ff.

<sup>4</sup> Gemäss Art. 108 Abs. 3 AEUV. Vgl. auch *Carsten Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Hälde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 107 Rz. 14; *Werner Schroeder*, EU-Beihilfenverbot und Staatlichkeit der Mittel, EuZW 2015, 207.

<sup>5</sup> Bei diesen drei Kategorien handelt es sich um Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (Art. 107 Abs. 2 lit. a AEUV), Beihilfen bei Naturkatastrophen (Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV) und Beihilfen zum Ausgleich von Nachteilen, die durch die Teilung Deutschlands entstanden sind (Art. 107 Abs. 2 lit. c AEUV).

<sup>6</sup> Im Beihilfeverfahren hat die EU-Kommission lediglich zu prüfen, ob die Tatsachen, welche den Ausnahmetatbestand erfüllen, vorliegen. Vgl. *Bernd Martenczuk*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 107 AEUV Rz. 197; *Carsten Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Hälde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar, 2017, Art. 107 Rz. 47.

<sup>7</sup> Bei diesen fünf Kategorien handelt es sich um Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten mit niedriger Lebenshaltung [...] oder in äussersten Randlagen der EU nach Art. 349 AEUV (insb. Überseegebiete von Frankreich, Portugal und Spanien) (Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV), Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse (Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV), Beihilfen zur Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige und -gebiete (Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV) (in der Praxis ist dies die wichtigste Ausnahmenvorschrift), Beihilfen zur Förderung der Kultur und des kulturellen Erbes (Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV) und sonstige, vom Rat bestimmte Arten von Beihilfen (Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV).

<sup>8</sup> EuGH, Rs. C-730/79, ECLI:EU:C:1980:209 (Philip Morris/Kommission), Rz. 17, 24 ff.; EuGH, Rs. C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511 (Portugal/Kommission), Rz. 99 m.w.H.; *Wolfgang Mederer*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 107 AEUV Rz.

Ermessen hat die EU-Kommission nach Massgabe von wirtschaftlichen und sozialen Wertungen auszuüben, welche auf die EU als Ganzes bezogen sind.<sup>9</sup> Im Interesse der Rechtssicherheit hat die EU-Kommission eine Reihe von Verordnungen (z.B. die sog. „De-minimis-Verordnung“<sup>10</sup> oder die sog. „AGVO“<sup>11</sup>), Bekanntmachungen, Mitteilungen und Leitlinien erlassen, welche die Grundsätze und Kriterien zur Anwendung der Ausnahmebestimmungen aufführen und welche die EU-Kommission bei der Ausübung ihres Ermessens binden.<sup>12</sup> Der EU-Mitgliedsstaat, welcher eine Beihilfe gewähren möchte, hat der EU-Kommission die beabsichtigte Beihilfe zu notifizieren. Während des anschliessenden Verfahrens der EU-Kommission, d.h. bis zur Genehmigung einer staatlichen Beihilfe oder bis zu deren Genehmigung unter Auflagen, darf der betreffende EU-Mitgliedsstaat diese Massnahme nicht durchführen und die Beihilfe gewähren.<sup>13</sup> Verstösst ein EU-Mitgliedsstaat gegen diese Notifizierungspflicht und vergibt er damit rechtswidrige, weil nicht genehmigte Beihilfen, kann die EU-Kommission dem betreffenden EU-Mitgliedsstaat anordnen, alle notwendigen Massnahmen zu ergreifen, um die Beihilfe(n) von dem oder den empfangenden Unternehmen zurückzufordern.<sup>14</sup> Kommt der betreffende EU-Mitgliedsstaat dieser Anordnung nicht nach, kann die EU-Kommission gegen diesen ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV einleiten.

Die zuständigen Behörden der EU-Mitgliedsstaaten und die betroffenen Unternehmen können gegen einen Negativentscheid oder gegen Auflagen oder Bedingungen der EU-Kommission Nichtigkeitsklage beim Gericht der Europäischen Union (nachfolgend „EuG“) erheben. Bei einem Positiventscheid steht diese Möglichkeit auch Konkurrenten des oder der begünstigten Unternehmen nach Art. 263 Abs. 4 AEUV offen.<sup>15</sup>

213 f.; *Wolfram Cremer*, in *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV: Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar*, 2016, Art. 107 AEUV Rz. 49. Auch in Bezug auf die Flexibilität kommt der EuG der EU-Kommission erheblich entgegen: EuG, Rs. T-671/14, ECLI:EU:T:2017:599 (BMW/Kommission), Rz. 65 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Jürgen Kühling/Corinne Rüchardt*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 2018, Art. 107 AEUV Rz. 121 m.w.H.

<sup>10</sup> Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf De-minimis-Beihilfen vom 18. Dezember 2013, ABl. 2013 L 352, 1 („De-minimis-VO“). S. hierzu nachfolgend II.2.2.1.

<sup>11</sup> Verordnung (EU) Nr. 651/2014 vom 17. Juni 2014 der Kommission zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2014 L 187, 1, („AGVO“). Siehe hierzu unten III.1.1.1.a.

<sup>12</sup> EuGH, Rs. C-313/90, ECLI:EU:C:1993:111 (CIRFS u.a./Kommission), Rz. 32 ff.; EuGH, Rs. C-288/96, ECLI:EU:C:2000:537 (Deutschland/Kommission), Rz. 62; EuG, Rs. T-214/95, ECLI:EU:T:1998:77 (Vlaamse Gewest/Kommission), Rz. 79 m.w.N.

<sup>13</sup> Dies ist das sog. Durchführungsverbot gemäss Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV.

<sup>14</sup> Art. 16 Verordnung (EU) Nr. 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 AEUV, ABl. 2015 L 248, 9 („VerfVO“, „Verfahrensverordnung“). Vgl. zum Ganzen *Christian Koenig/Lucy Ghazarian*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 2018, Art. 108 AEUV Rz. 31.

<sup>15</sup> Gemäss der neusten Rechtsprechung des EuGH, können Wettbewerber von Unternehmen, die durch eine Beihilfe begünstigt werden, Nichtigkeitsklage erheben, ohne dabei ihre individuelle Betroffenheit nachweisen zu müssen: EuGH, Verb. Rs. C-622/16 bis C-624/16 P, ECLI:EU:C:2018:873 (*Scuola Elementare Maria Montessori/Kommission*), Rz. 58 ff.; vgl. auch *Thomas Jaeger*, *Verhaltens Quantensprung im Beihilferechtsschutz: Das Urteil Montessori*, *EuZW* 2019, 194.

Das europäische Beihilferecht hat daher nicht zum Ziel, die Subventionsausgaben der EU-Mitgliedsstaaten, die Entwicklung von Wirtschaftsstrukturen oder die wirtschaftspolitische Steuerung zu reduzieren, wenn Marktkräfte ein politisch gewolltes Ziel nicht erreichen. Vielmehr soll das europäische Beihilferecht Zuwendungen der EU-Mitgliedstaaten dahingehend lenken, dass Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt verhindert und/oder beseitigt werden.<sup>16</sup>

## 2. Grundlagen des europäischen Beihilferechts

### 2.1 *Der Begriff der Beihilfe als unbestimmter Rechtsbegriff*

Der Begriff der Beihilfe ist weder im Primär-, noch im Sekundärrecht definiert. Er wurde durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (nachfolgend „EuGH“) und der Praxis der EU-Kommission konkretisiert.<sup>17</sup> Da das europäische Beihilferecht in Art. 107 Abs. 1 AEUV von „Beihilfen gleich welcher Art“ spricht, ist der Begriff der Beihilfe weit auszulegen.<sup>18</sup> Er umfasst grundsätzlich sämtliche finanzielle Vorteile, die aus Mitteln der EU-Mitgliedstaaten selektiv an Unternehmen gewährt werden.<sup>19</sup> Neben positiven Leistungen durch ein Gemeinwesen (z.B. [Quer-]Subventionen, Darlehen, Bürgschaften, Sondertarife, Beteiligungen am Kapital von Unternehmen, u.ä.)<sup>20</sup>, werden auch Massnahmen umfasst, welche in verschiedener Form zu einer Verminderung der von einem Unternehmen normalerweise zu tragenden Belastungen führen<sup>21</sup> und die somit zwar keine Subventionen im strengen Sinne des Wortes darstellen, diesen aber nach Art und Wirkung gleichstehen.<sup>22</sup> Der Begriff der Beihilfe umfasst somit jegliche Art von geldwertem Vorteil.<sup>23</sup> Als Beihilfen gelten nach der Rechtsprechung des EuGH nicht nur positive Leistungen an den Begünstigten wie Geld- oder Sachleistungen, sondern auch Befreiungen von Leistungen, die der Begünstigte normalerweise zu erbringen hätte.<sup>24</sup> Entscheidend ist allein die Begünstigungswirkung. Auf eine Begünstigungsabsicht oder Begünstigungsintention kommt es

<sup>16</sup> Vgl. *Marcel Haag*, Staatliche Beihilfen, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Hrsg.), Die Europäische Union, 2019, 424, Rz. 5.

<sup>17</sup> Vgl. *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Beihilfenrecht/Sonderbereiche, 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rz. 1.

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-30/59, ECLI:EU:C:1961:2 (Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde), Rz. 42 ff.; EuGH, Rs. C-501/00, ECLI:EU:C:2004:438 (Spanien/Kommission), Rz. 90. Vgl. auch *Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser*, Das EG-Beihilferecht und die staatliche Finanzierung von Aufgaben im öffentlichen Interesse, in: Epiney/Rivière/Theuerkauf/Wyssling (Hrsg.), SJER 2004/2005, 2005, 129, 130; *Werner Schroeder/Judith Schild*, Kontrolldichte im EU-Beihilferecht, EuZW 2014, 12.

<sup>19</sup> Vgl. *Stephan Breitenmoser/Claudia Seitz*, Das Beihilferecht im Luftverkehrsbereich, in: Epiney/Theuerkauf/Rivière (Hrsg.), SJER 2003/2004, 2004, 197 ff.

<sup>20</sup> Vgl. für eine Übersicht der Einzelfälle *Dominik Eisenhut*, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV/AEUV, 2017, Art. 107 AEUV Rz. 10 f.

<sup>21</sup> EuGH, verb. Rs. C-182/03 und C-217/03, ECLI:EU:C:2005:266 (Belgien u.a./Kommission), Rz. 86; EuGH, Rs. C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), Rz. 66.

<sup>22</sup> EuGH, verb. Rs. C-399/10 P und C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175 (Bouygues u.a./Kommission u.a.), Rz. 101.

<sup>23</sup> Vgl. *Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser*, Das Europäische Beihilferecht im Bereich der Steuervergünstigungen, in: Epiney/Egbuna-Joss/Wyssling (Hrsg.), SJER 2005/2006, 2006, 159, 161.

<sup>24</sup> EuGH, Rs. C-387/92, ECLI:EU:C:2001:598 (Banco Exterior de España).

nicht an. Der Begriff der Beihilfe ist mithin bewusst als unbestimmter Rechtsbegriff ausgestaltet, damit möglichst viele beihilferelevante Sachverhalte dem grundsätzlichen Beihilfeverbot unterliegen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Dabei genügt es, wenn die Beihilfe den Wettbewerb zu verfälschen droht.

Dies hat zur Folge, dass Beihilfen, die keiner Legalausnahme unterstehen und deren Unzulässigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann, der EU-Kommission notifiziert und von dieser genehmigt werden müssen. Dies soll den unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt sicherstellen. Die rechtsverbindliche Auslegung und Interpretation der unbestimmten Rechtsbegriffe obliegt dabei allein den Unionsgerichten.<sup>25</sup>

Begünstigte einer Beihilfe müssen stets Unternehmen sein, wobei der funktionale Unternehmensbegriff der Art. 101 und 102 AEUV anzuwenden ist.<sup>26</sup> Die Unterscheidung zwischen „Unternehmen“ und „Produktionszweigen“ in Art. 107 Abs. 1 AEUV verdeutlicht, dass nicht nur Beihilfen an einzelne Unternehmen, sondern auch an bestimmte Kategorien von Unternehmen unter den Beihilfebegriff fallen.<sup>27</sup>

Entscheidend für die Qualifikation als Beihilfe ist, dass die staatliche Massnahme geeignet ist, einzelnen Unternehmen oder Produktionszweigen gegenüber anderen Unternehmen einen finanziellen Vorteil zu verschaffen.<sup>28</sup> Eine solche Vergünstigung muss dabei derart bestimmt sein, dass sie einen spezifischen Charakter hat und lediglich einzelnen oder einem bestimmten und konkreten Kreis von Unternehmen zugutekommt.<sup>29</sup> Aufgrund dieser selektiven Ungleichbehandlung von Unternehmen oder Produktionszweigen – auch Selektivität<sup>30</sup> genannt – muss das Gleichgewicht zwischen Wettbewerbern beeinträchtigt oder bedroht sein.

---

<sup>25</sup> Vgl. *Claudia Seitz*, Der Begriff der staatlichen Beihilfe im Europäischen Beihilferecht, in: Epiney/Kern/Hehemann (Hrsg.), SJER 2015/2016, 2016, 425, 432.

<sup>26</sup> Ein Unternehmen ist somit „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“, EuGH, Rs. C-41/90, ECLI:EU:C:1991:161. (Höfner und Elser/Macrotron), Rz. 21; EuGH, Rs. C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453 (FENIN/Kommission), Rz. 25; EuGH, verb. Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150 (AOK-Bundesverband u.a.), Rz. 46; EuGH, Rs. C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376 (MOTOE), Rz. 21. Vgl. auch EuGH, Rs. C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8 (Cassa di Risparmio di Firenze u.a.), Rz. 107 ff.; EuGH, Rs. C-74/16, ECLI:EU:C:2017:496 (Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania), Rz. 41 ff.; s. auch *Ernst-Joachim Mestmäcker/Heike Schweitzer*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 3, Beihilfenrecht/Sonderbereiche, 2016, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rz. 11.

<sup>27</sup> Vgl. *Marcel Haag*, Staatliche Beihilfen, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Hrsg.), Die Europäische Union, 2019, 424, Rz. 8; *Annette Kliemann*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2015, Art. 107 AEUV Rz. 38.

<sup>28</sup> EuG Rs. T-386/14, ECLI:EU:T:2016:474 (FIH / Kommission), Rz. 51f.; vgl. auch *Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser*, Neuste Entwicklungen zur Rückforderung von staatlichen Beihilfen im europäischen Wettbewerbsrecht, in: Epiney/Wyssling (Hrsg.), SJER 2006/2007, 2007, 173.

<sup>29</sup> Vgl. *Annette Kliemann*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), Europäisches Wettbewerbsrecht, 2014, Art. 107 AEUV Rz. 44.

<sup>30</sup> Vgl. *Andreas Bartosch*, Die Selektivität der Selektivität – Wie ist es um die Gestaltungsfreiräume der Mitgliedsstaaten in der Wirtschaftsförderung bestellt?, EuZW 2015, 99; *ders.*, (Neu-)Entwicklungen in der materiellen Selektivität, EuZW 2017, 756; *Christian Koenig/Beate Förtsch*, in: Streinz

Des Weiteren sind Zuwendungen aus staatlichen Mitteln lediglich dann als Beihilfen zu betrachten, wenn ein wirtschaftlich handelnder privater Investor diese nicht getätigt hätte, d.h., dass mit der Zuwendung kein wirtschaftlicher Nutzen und keine Renditeaussichten verbunden sind (sog. *Private Investor Test*).<sup>31</sup>

Auch der verhältnismässig geringe Umfang einer Zuwendung aus staatlichen Mitteln oder die verhältnismässig geringe Grösse eines begünstigten Unternehmens schliessen von vornherein die Qualifikation dieser Zuwendung als Beihilfe aus.<sup>32</sup> Um hier Rechtssicherheit zu schaffen, hat die EU-Kommission die sog. „De-minimis-Verordnung“<sup>33</sup> erlassen, wonach u.a. ein Gesamtbetrag bis zu EUR 200'000 innert drei Jahren vom Beihilfeverbot ausgenommen ist.<sup>34</sup>

Nicht als Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV gelten Beihilfen, soweit sie als Gegenleistung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (sog. „DAWI“) anzusehen sind, so dass diese begünstigten Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten.<sup>35</sup> Auch Beihilfen der EU selbst,<sup>36</sup> d.h. Zuwendungen, welche auf einer unionsrechtlichen Grundlage beruhen, wie z.B. in den Bereichen der Forschungsförderung<sup>37</sup> oder der Landwirtschaftsförderung<sup>38</sup> gelten nicht als Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

---

(Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2018, Art. 107 AEUV Rz. 81 ff.; *Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser*, Neuere Entwicklungen im europäischen Beihilferechtsverfahren, in: *Epiney/Civitella* (Hrsg.), SJER 2007/2008, 2008, 143 ff.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-303/88, ECLI:EU:C:1991:136 (Italien/Kommission), Rz. 20.; vgl. *Jürgen Kühling*, in: *Streinz* (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2018, Art. 107 AEUV Rz. 33. Nicht nur kurzfristige, sondern auch langfristige Gewinnaussichten sind dabei zu berücksichtigen: EuGH, Rs. C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142 (Italien/Kommission), Rz. 19 f. Abwandlungen des *Private Investor Test* bilden u.a. der sog. *Private Creditor Test* und der sog. *Private Vendor Test*.

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125 (Belgien/Kommission), Rz. 43.

<sup>33</sup> Vgl. Fn. 10.

<sup>34</sup> Art. 3 Abs. 2 S. 1 De-minimis-VO.

<sup>35</sup> EuGH, Rs. C-399/08 P, ECLI:EU:C:2010:481 (Kommission/Deutsche Post), Rz. 41 m.w.H.; vgl. insb. EuGH, Rs. C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 (Altmark Trans), Rz. 89 ff. Vgl. *Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser*, Rechtentwicklungen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Beihilferecht – Neuer Qualitätsrahmen der EU-Kommission unter besonderer Berücksichtigung der Investitionsförderung im Krankenhausbereich, in: *Epiney/Fasnacht* (Hrsg.), SJER 2011/2012, 2012, 239 ff.

<sup>36</sup> Vgl. hierzu *Joachim Englisch*, Zur Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Gleichheitssatzes im Recht der Gemeinschaftsbeihilfen, EuR 2009, 488.

<sup>37</sup> Vgl. *Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser*, Beihilfenrechtliche Grundsätze der Forschungsförderung in der Europäischen Union, in Deutschland und in der Schweiz, in: *Epiney/Diezig* (Hrsg.), SJER 2012/2013, 2013, 167.

<sup>38</sup> So sollen im Zeitraum 2014-2022 ca. 100 Milliarden Euro aus dem Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) bereitgestellt werden <[https://ec.europa.eu/agriculture/rural-development-2014-2020\\_de](https://ec.europa.eu/agriculture/rural-development-2014-2020_de)> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

## 2.2 Die Verfälschung des Wettbewerbs

Die gewährte Beihilfe muss eine Verfälschung des Wettbewerbs bewirken, d.h. eine Veränderung der Marktbedingungen, welche in ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Unternehmen eingreift.<sup>39</sup> Um eine solche Veränderung festzustellen, muss zuvor der sachlich und geografisch relevante Markt bestimmt werden. Art. 107 Abs. 1 AEUV formuliert eindeutig, dass eine Beihilfe untersagt ist, wenn diese auch nur dazu geeignet ist, eine Wettbewerbsverfälschung zu bewirken, z.B. indem einem neuem oder potentiellen Wettbewerber der Zutritt zum Markt erschwert wird.<sup>40</sup>

## 2.3 Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Als dritte Tatbestandsvoraussetzung ist schliesslich für die Anwendung des EU-Rechts i.S. der Zwischenstaatlichkeitsklausel erforderlich, dass die gewährte Beihilfe den Handel zwischen den EU-Mitgliedsstaaten beeinträchtigt. Wie die Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 101 und 102 AEUV hat diese Klausel das Ziel, die Zuständigkeit der EU zu begründen und gleichzeitig zu begrenzen: Ist der zwischenstaatliche Handel nicht beeinträchtigt, ist eine Zuständigkeit der EU ausgeschlossen. Allerdings ist der zwischenstaatliche Handel bereits dann schon beeinträchtigt, wenn sich die Beihilfe auf den Waren- und Dienstleistungsverkehr zwischen EU-Mitgliedsstaaten auswirkt, d.h. dass sich der Handelsverkehr ohne die Beihilfe anders entwickelt hätte.<sup>41</sup>

Wie bei der Verfälschung des Wettbewerbs reicht es daher bereits aus, dass die Beihilfe geeignet ist, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen.<sup>42</sup> So können auch Beihilfen an Unternehmen, welche ohne grenzüberschreitenden Bezug lediglich für den Heimatmarkt produzieren, den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, wenn dadurch die Chancen der in anderen EU-Mitgliedsstaaten niedergelassenen Unternehmen, ihre Produkte auf dem Markt dieses EU-Mitgliedsstaats auszuführen, verringert werden.<sup>43</sup>

## 2.4 Die Ausnahmen vom Beihilfeverbot

Die Möglichkeiten, Beihilfen vom grundsätzlichen Beihilfeverbot auszunehmen und damit trotzdem zu erlauben, wurden bereits oben erläutert.<sup>44</sup> Diese bestehenden Ausnahmen werden vor allem auf der sekundärrechtlichen Ebene geregelt: Neben der bereits erwähnten

---

<sup>39</sup> Vgl. *Annette Kliemann/Wolfgang Mederer*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2014, Art. 107 AEUV Rz. 56 ff.

<sup>40</sup> Vgl. *Marcel Haag*, *Staatliche Beihilfen*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Hrsg.), *Die Europäische Union*, 2019, 424, Rz. 11.

<sup>41</sup> Vgl. *Marcel Haag*, *Staatliche Beihilfen*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur (Hrsg.), *Die Europäische Union*, 2019, 424, Rz. 13.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-730/79, ECLI:EU:C:1980:209 (Philip Morris/Kommission), Rz. 11 f.; EuGH, Rs. C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234 (Italien/Kommission), Rz. 44. Vgl. auch *Wolfgang Mederer*, in: Schröter/Jakob/Klotz/Mederer (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2014, Art. 107 AEUV Rz. 56 ff.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-102/87, ECLI:EU:C:1988:391 (Italien/Kommission), Rz. 19.

<sup>44</sup> S.o. II.1.



De-minimis-Verordnung<sup>45</sup> bestehen die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung<sup>46</sup> sowie verschiedenste Gruppenfreistellungsverordnungen der EU-Kommission, welche sich auf entsprechende Ermächtigungsverordnungen des Rates<sup>47</sup> stützen und zahlreiche Wirtschaftssektoren und -bereiche vom Beihilfeverbot ausnehmen.<sup>48</sup>

In einem ersten Schritt ist somit zuerst zu prüfen, ob eine staatliche Fördermassnahme den Verbotstatbestand einer Beihilfe erfüllt. Erst in einem zweiten Schritt ist anschliessend zu prüfen, ob eine solche Beihilfe unter die Ausnahmetatbestände der Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV fällt oder von einer anwendbaren Freistellungsverordnung erfasst wird.<sup>49</sup> In ständiger Rechtsprechung hat der EuGH entschieden, dass der Verbotstatbestand ebenso wie der Beihilfebegriff weit auszulegen ist.<sup>50</sup> Die Auslegung der Ausnahmetatbestände hat dagegen eng zu erfolgen.<sup>51</sup>

### III. Jüngste Entwicklungen im Beihilferecht

#### 1. Die Praxis der EU-Kommission

##### 1.1 Abschluss der Modernisierung der europäischen Beihilfenkontrolle

Bereits im Jahr 2012 hatte die EU-Kommission eine Initiative zur Modernisierung des EU-Beihilferechts lanciert, welche zum Ziel hatte, sämtliche wichtige EU-Beihilfavorschriften zu aktualisieren und zu vereinfachen, sodass unproblematische Beihilfen rasch und ohne aufwendiges Verfahren durchgeführt werden können.<sup>52</sup> Insbesondere sollten das Notifizierungs- und Prüfverfahren vereinfacht werden, um den Aufwand der EU-Kommission, der Behörden der EU-Mitgliedsstaaten, sowie der beihilfeempfangenden Unternehmen zu reduzieren und die Rechtssicherheit zu stärken.<sup>53</sup> Hauptpunkte der Reform stellten daher eine Neufassung der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (nachfolgend „AGVO“),<sup>54</sup>

---

<sup>45</sup> Vgl. Fn. 10.

<sup>46</sup> Vgl. Fn. 11.

<sup>47</sup> Gemäss Art. 109 AEUV.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu *Seitz/Breitenmoser* (Fn. 28).

<sup>49</sup> Vgl. *Carsten Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Hälde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar*, 2017, Art. 107 Rz. 5.

<sup>50</sup> EuGH, Rs. C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551 (Kommission/Niederlande), Rz. 104.

<sup>51</sup> EuGH, verb. Rs. C-346/03 und C-529/03, ECLI:EU:C:2006:130 (Atzeni u.a.), Rz. 79.

<sup>52</sup> Vgl. für einen Überblick über das Modernisierungsprojekt *Claudia Seitz*, *Der Begriff der staatlichen Beihilfe im Europäischen Beihilferecht – Die neue Bekanntmachung der EU-Kommission zum Beihilfebegriff im Rahmen der Modernisierung des EU-Beihilferechts*, in: *Epiney/Kern/Hehemann* (Hrsg.), *SJER 2015/2016*, 2016, 425.

<sup>53</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 19. Mai 2016, *Staatliche Beihilfen: Kommission erläutert Anwendungsbereich der EU-Beihilfavorschriften zur Förderung öffentlicher Investitionen*, IP/16/1782.

<sup>54</sup> S.o. Fn. 11.

der Verfahrensverordnung in Beihilfesachen,<sup>55</sup> sowie der Bekanntmachung zum Beihilfegriff<sup>56</sup> dar.<sup>57</sup>

a) Die neue Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung

Wie bereits eingangs erwähnt, verfügt die EU-Kommission bei der Anwendung der Kann-Bestimmung von Art. 107 Abs. 3 AEUV über ein weites Ermessen.<sup>58</sup> Im Sinne der Rechtssicherheit hatte die EU-Kommission ermessensleitende Vorschriften erlassen, welche im Jahr 2008 durch eine besondere Gruppenfreistellungsverordnung ersetzt wurden. Diese bündelte die ermessensleitenden Vorschriften in einer einzigen Verordnung, was der Vereinfachung und der Transparenz diene. Im Rahmen der Modernisierung des Beihilferechts wurde diese Gruppenfreistellungsverordnung durch die neue AGVO im Jahr 2014 ersetzt.

Bereits die alte Gruppenfreistellungsverordnung von 2008 stellte Beihilfen insb. zugunsten der KMU, der Ausbildung, des Umweltschutzes, des Risikokapitals, der Forschung, der Entwicklung und der Innovation, sowie zugunsten behinderter oder benachteiligter Arbeitnehmer von der Anmeldepflicht an die EU-Kommission frei. Die neue AGVO stellt des Weiteren auch Beihilfen zugunsten der Beförderung von Einwohnern entlegener Gebiete, Breitbandförderung, der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes und zugunsten von Sportinfrastrukturen sowie multifunktionale Freizeitinfrastrukturen frei<sup>59</sup> und sieht zum Teil höhere Obergrenzen vor.

Die EU-Mitgliedsstaaten können daher durch die überarbeitete AGVO seit deren Inkrafttreten am 1. Juli 2014 bestimmte Beihilfemassnahmen und höhere Beihilfebeträge gewähren, ohne diese vorher der EU-Kommission zur Genehmigung anmelden zu müssen. Dadurch wurde den EU-Mitgliedstaaten in weiten Stücken und im Sinne des Subsidiaritätsprinzips<sup>60</sup> die Beihilfeaufsicht übertragen. Diese wurden damit letztendlich zur teilweisen Selbstkontrolle und zur Selbsteinschätzung ihres beihilferechtlichen Verhaltens verpflichtet. Eines der Ziele dieser Revision war es, die Rechtssicherheit zu erhöhen.<sup>61</sup> Es erscheint allerdings fraglich, ob dieses auch effektiv erreicht wurde: Da die EU-Kommission weniger Entscheidungen zu treffen hat, werden den rechtsanwendenden Behörden in den EU-Mitgliedsstaaten dementsprechend weniger Entscheide der EU-Kommission zur Verfügung stehen, an welchen sich die nationalen Behörden orientieren können. Durch den Rückgang an Entscheiden ist auch mit einem Rückgang an Anfechtungen und damit an (Leit-)Urteilen der Unionsgerichte zu rechnen. Die Situation ähnelt daher den Umständen im europäischen

---

<sup>55</sup> Vgl. Fn. 14.

<sup>56</sup> Bekanntmachung der Kommission vom 19. Juli 2016 zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 AEUV, ABl. 2016 C 262, 1 („Bekanntmachung zum Beihilfegriff“).

<sup>57</sup> Vgl. Seitz (Fn. 52), 429.

<sup>58</sup> S.o. II.1. sowie Fn. 8.

<sup>59</sup> Gemäss Art. 1 Abs. 1 AGVO.

<sup>60</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 3 EUV.

<sup>61</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 21. Mai 2014, Staatliche Beihilfen: Kommission stellt mehr Beihilfen von der Anmeldepflicht frei, IP/14/587.

Kartellverfahrensrecht, wo mit dem Wegfall der Anmeldepflicht durch die Kartellverfahrensordnung 1/2003<sup>62</sup> auch das Anmelde**recht** entfiel und die Unternehmen somit verpflichtet wurden, ihr kartellrechtliches Verhalten eigenverantwortlich selbsteinzuschätzen.<sup>63</sup> Dadurch besteht für die Unternehmen bei einer Fehleinschätzung aber das Risiko einer kartellrechtlichen Sanktion.<sup>64</sup> Ebenso besteht nun für die EU-Mitgliedstaaten ein höheres Risiko, eigentlich unzulässige Beihilfen fälschlicherweise als zulässig einzuschätzen, wodurch beihilfeempfangende Unternehmen allenfalls solche unzulässigen Beihilfen zurückzahlen haben – ein Risiko, dass allenfalls bilanzrelevant ist.

Des Weiteren sollte die neue AGVO zu einer Vereinfachung des EU-Beihilferechts beitragen.<sup>65</sup> Allerdings stellt diese Verordnung einen äusserst technischen und sehr komplexen Rechtstext dar. Allein der Katalog der Begriffsbestimmungen in Art. 2 AGVO enthält 143 Begriffe mit zahlreichen Ausnahmen und Detailregelungen. Eine solche Präzision des Rechtstexts ist an und für sich zu begrüssen, da dadurch unbestimmte Rechtsbegriffe soweit als möglich vermieden werden, was der Rechtssicherheit zugutekommt. In einer solchen Form entwickelt sich der Rechtstext jedoch zu einem sehr komplexen Werk, das dem Rechtsanwender eine grosse Fachkompetenz und technisches *Know-how* abverlangt. Unter diesen Umständen ist es wiederum fraglich, ob die gewünschte Vereinfachung des EU-Beihilferechts erreicht werden kann.<sup>66</sup>

Nach Einschätzung der EU-Kommission sei die revidierte AGVO allerdings ein voller Erfolg und auf ca. 90% der von EU-Mitgliedsstaaten gewährten Beihilfen anwendbar.<sup>67</sup> Dennoch hat die EU-Kommission die AGVO nach knapp drei Jahren im Jahr 2017 durch Erlass der VO 2017/1084<sup>68</sup> überarbeitet, verschiedene Vorschriften weiterentwickelt und insb. um Fördertatbestände im Bereich der Kulturbeihilfen und der Infrastruktur – vor allem für Häfen und Regionalflughäfen – erweitert.<sup>69</sup> Die komplexe und technische Art der Verordnung wurde dabei beibehalten: So enthält z.B. der Katalog der Begriffsbestimmungen nun ganze

---

<sup>62</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln („VO 1/2003“), ABl. 2003 L 1, 1.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu *Claudia Seitz*, Die Kartellverfahrensverordnung 1/2003 im „Freilandversuch“ der Praxis: Einige Forschungsergebnisse zu Versuchszwecken, Wildwuchs und Resistenzen im Europäischen Kartellverfahrensrecht, in: Müller-Graff/Schwarze (Hrsg.), Neues Europäisches Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht?, EuR 2011, Beiheft 2, 71 ff.

<sup>64</sup> Vgl. hierzu *Claudia Seitz/André S. Berne*, Das Legal Privilege im Europäischen Recht – Überblick über die Rechtslage und die Rechtsprechung der Unionsgerichte, in: Seitz/Wohlers (Hrsg.), Anwaltsgeheimnis – Legal Privilege im schweizerischen und internationalen Kontext, 2019, 143, 153; vgl. auch *Ulrich Soltész*, Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht im Jahre 2017, EuZW 2018, 60, 64.

<sup>65</sup> Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission (Fn. 61).

<sup>66</sup> So auch *Christian Koenig/Julia Paul* in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2018, Art. 109 AEUV Rz. 10.

<sup>67</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 13. Oktober 2016, Staatliche Beihilfen: Kommission titet um Stellungnahmen zum überarbeiteten Entwurf für Bestimmungen zur einfacheren Durchführung unproblematischer staatlicher Hilfen für Häfen und Flughäfen, IP/16/3398.

<sup>68</sup> Verordnung (EU) Nr. 2017/1084 der Kommission vom 14. Juni 2017 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 651/2014, ABl. 2017 L 156, 1.

<sup>69</sup> Hierzu ausführlich *Hans Arno Petzold/Maren Raguse/Patricia Sarah Stöbener de Mora*, Die Reform der AGVO zu Flughäfen und Häfen – ein Ende der Rechtsunsicherheit?, EuZW 2017, 717.

165 Begriffe, deren Definitionen und Ausnahmen bei der Interpretation der AGVO zu berücksichtigen sind. Im Zweifelsfall ist die AGVO allerdings eng auszulegen, wie dies der EuGH in der Rechtssache *Dilly's Wellnesshotel* entschieden hat.<sup>70</sup>

#### b) Die neue Verfahrensordnung in Beihilfesachen

Da Art. 108 AEUV das Verfahren in Beihilfesachen nur in groben Zügen reglementiert, wurde im Jahr 1999 mit der VO 659/1999 eine Verfahrensverordnung für das EU-Beihilferecht<sup>71</sup> erlassen, welche im Jahr 2013 durch die VO 734/2013<sup>72</sup> geändert wurde. Als weitere Massnahme zur Modernisierung des EU-Beihilferechts und um die Klarheit und die Übersichtlichkeit des Beihilferechts zu fördern,<sup>73</sup> wurde im Jahr 2015 mit der VO 1589/2015<sup>74</sup> erneut eine neue Verfahrensverordnung erlassen, die alle vorherigen Änderungen kodifizierte.<sup>75</sup> Sie normiert die einzelnen Verfahren und Verfahrensschritte, welche sich in der Verwaltungspraxis entwickelt haben, wodurch die Transparenz und die Rechtssicherheit sichergestellt werden sollen.<sup>76</sup>

Auch bei der Beihilfenverfahrensordnung sind die Einflüsse des EU-Kartellverfahrensrechts auf das EU-Beihilferecht, insb. eine Annäherung an die VO 1/2003, zu beobachten: Gegen vorsätzliche oder grobfahrlässige Zuwiderhandlungen eines beihilfempfangenden Unternehmens bei Untersuchungen der EU-Kommission hat diese nun die Kompetenz, Geldbussen und Zwangsgelder von bis zu 5% des Gesamtumsatzes des vorausgegangen Geschäftsjahrs gegen das Unternehmen auszusprechen.<sup>77</sup> Des Weiteren kann die EU-Kommission nunmehr eigenständig Sektoruntersuchungen einleiten<sup>78</sup> und stärker mit den Gerichten der EU-Mitgliedstaaten zusammenarbeiten.<sup>79</sup> Weitere Einzelheiten des Verfahrens sowie Bestimmungen betreffend Form, Inhalt, Fristenberechnung und der anzuwendende Zinssatz bei der Rückforderung von unzulässigen Beihilfen sind in der Durchführungsverordnung VO 794/2004<sup>80</sup> normiert, welche weiterhin anwendbar bleibt.

#### c) Die neue Bekanntmachung zum Beihilfebegriff

Als letzter Teil der Initiative zur Modernisierung des EU-Beihilferechts publizierte die EU-Kommission im Jahr 2016 die Bekanntmachung zum Begriff der Beihilfe. Sie hat zum Ziel,

---

<sup>70</sup> EuGH, Rs. C-493/14, ECLI:EU:C:2016:577 (*Dilly's Wellnesshotel*), Rz. 52.

<sup>71</sup> Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. 1999 L 83, 1.

<sup>72</sup> Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrags, ABl. 2013 L 204, 15.

<sup>73</sup> Vgl. E. I VerfVO.

<sup>74</sup> Vgl. Fn. 14.

<sup>75</sup> Vgl. zum Ganzen *Andreas Bartosch*, EU-Beihilfenrecht – Kommentar, 2015, 573.

<sup>76</sup> **A.a.O., Rz. I**; vgl. auch *Jürgen Kühling/Corinne Rüchardt*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2018, Art. 108 AEUV Rz. 2 m.w.H.

<sup>77</sup> Gemäss Art. 8 VerfVO; vgl. auch Art. 23 f. VO 1/2003.

<sup>78</sup> Gemäss Art. 25 VerfVO; vgl. auch Art. 17 VO 1/2003.

<sup>79</sup> Gemäss Art. 29 VerfVO; vgl. auch Art. 15 VO 1/2003.

<sup>80</sup> Verordnung (EG) Nr. 794/2004 der Kommission vom 21. April 2004 zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. 2004 L 140, 1.

die Praxis bei der Beurteilung der Frage zu unterstützen, ob eine öffentliche Fördermassnahme eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, mit der Folge, dass ein Beihilfeverfahren bei der EU-Kommission durchzuführen ist. Dadurch sollen öffentliche Investitionen in der EU erleichtert werden.<sup>81</sup> Die Bekanntmachung enthält eine umfassende Zusammenfassung der Rechtsprechung der Unionsgerichte zum Begriff der staatlichen Beihilfe<sup>82</sup> und der Entscheidpraxis der EU-Kommission sowie eine (nicht verbindliche) Interpretation des beihilferechtlichen Primärrechts durch die EU-Kommission.<sup>83</sup> Ausführungen, ob eine Beihilfe mit dem EU-Binnenmarkt vereinbar ist, sind dagegen nicht Gegenstand der Bekanntmachung. Soweit dieser zufolge eine Beihilfe nicht ausgeschlossen werden kann, kommt allenfalls eine Freistellung gemäss der AGVO in Betracht.<sup>84</sup>

## 1.2 Vorgehen gegen Aggressive Tax Planning Practices

Eine grössere mediale Resonanz hat in den letzten Jahren die Praxis der EU-Kommission in Bezug auf sog. *aggressive tax planning practices* erfahren. Gemeint sind hierbei unzulässige Steuervergünstigungen von EU-Mitgliedsstaaten, insb. zugunsten internationaler Grosskonzerne.<sup>85</sup>

So hatte die EU-Kommission am 30. August 2016 durch Beschluss festgestellt, dass Irland dem US-amerikanischen Technologieunternehmen *Apple* unzulässige Steuervergünstigungen i.H.v. bis zu 13 Milliarden Euro gewährt habe.<sup>86</sup> Durch eine selektive Behandlung im Rahmen zweier Steuervorbescheide der irischen Behörden habe das Unternehmen weniger Steuern zahlen müssen als andere Unternehmen, welche denselben irischen Steuervorschriften unterlägen und somit Gewinne mit 12,5% zu versteuern hätten. Gemäss den Feststellungen der EU-Kommission seien sämtliche im EU-Binnenmarkt erwirtschafteten Gewinne jeweils einem *Head Office* zweier irischer *Apple*-Tochterunternehmen zugewiesen worden, die derartige Gewinne gar nicht hätten erwirtschaften können und zudem nur auf dem Papier bestanden hätten. Aufgrund dieser steuerlichen Behandlung sei der gesamte Gewinn, den *Apple* durch den Verkauf seiner Produkte im gesamten EU-Binnenmarkt erwirtschaftet hatte, im Jahr 2014 mit einer Körperschaftssteuer i.H.v. lediglich 0,005% (anstatt 12,5%) besteuert worden, was eine Wettbewerbsverzerrung zur Folge gehabt habe. Die EU-Kommission qualifizierte dieses Modell daher als unzulässige Beihilfe und forderte Irland auf, die zu Unrecht in den Jahren 2003 bis 2014 nicht entrichteten Steuern i.H.v. bis zu 13 Milliarden Euro zzgl. Zinsen nachträglich nachzufordern.<sup>87</sup> Nachdem Irland diesem

<sup>81</sup> Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission (Fn. 53).

<sup>82</sup> S.o. II.1.1.1. Es ist *Soltész* zuzustimmen, wenn er anmerkt, dass diese Zusammenfassung mit der „Kommissionsbrille“ erfolgt und daher mit Vorsicht zu geniessen sei, insb. da der Begriff der Beihilfe weiterhin weit und in einigen Bereichen etwas unscharf gefasst werde, vgl. *Ulrich Soltész*, Die Entwicklung des europäischen Beihilferechts in 2016, *EuZW* 2017, 51, 55; *Seitz* (Fn. 52), 440.

<sup>83</sup> Vgl. für eine ausführliche Betrachtung der Bekanntmachung *Seitz* (Fn. 52), 432 ff.

<sup>84</sup> So auch *Soltész* (Fn. 82), 56.

<sup>85</sup> Zur Praxis von Steuervergünstigungen im Rahmen des Beihilferechts und zu Fragen der Selektivität vgl. *Claudia Seitz*, Autonomie der Regionen bei Steuerregelungen: Neuere Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht und ihre Bedeutung für die Schweiz, *AJP* 2007, 415 ff.

<sup>86</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 30. August 2016, Staatliche Beihilfen: Irland gewährte *Apple* unzulässige Steuervergünstigungen von bis zu 13 Mrd. EUR, IP/16/2923.

<sup>87</sup> Beschluss (EU) Nr. 2017/1283 der Kommission vom 30. August 2016 über die staatliche Beihilfe SA.38373 Irlands zugunsten von *Apple*, ABl. 2017 L 187, 1.

Negativentscheid nicht nachkam und gegen den Beschluss Rechtsmittel einlegte, eröffnete die EU-Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen Irland.<sup>88</sup> Nachdem Irland in der Sache dann doch nachgab und *Apple* zur Zahlung der nicht entrichteten Steuern verpflichtete, zog die EU-Kommission ihre Klage gegen Irland im Herbst 2018 zurück.<sup>89</sup>

In einem ähnlich gelagerten Fall stellte die EU-Kommission im Herbst 2017 fest, dass die luxemburgischen Steuerbehörden dem Onlineversandhändler *Amazon* durch einen Steuervorbescheid einen selektiven Vorteil gewährt hätten: Dieser habe es *Amazon* ermöglicht, den grössten Teil des Gewinns von einer Konzerngesellschaft, welche der Luxemburger Steuerpflicht unterstand, auf eine andere Konzerngesellschaft zu verlagern, bei welcher das nicht der Fall gewesen sei. Dadurch habe sich der steuerpflichtige Gewinn der luxemburgischen Gesellschaft wesentlich verringert, da diese nur ein Viertel der Steuern habe tragen müssen, die andere lokale Unternehmen entrichten mussten. Diese Handhabung betrachtete die EU-Kommission ebenfalls als unzulässige Beihilfe und verpflichtete Luxemburg die nicht entrichteten Steuern i.H.v. 250 Millionen Euro zzgl. Zinsen von *Amazon* nachzufordern.<sup>90</sup> Wie Irland legte Luxemburg gegen diesen Negativentscheid ein Rechtsmittel ein.<sup>91</sup>

Dass die EU-Kommission nicht nur gegen unzulässige Steuervergünstigungen zugunsten US-amerikanischer Grosskonzerne, sondern auch zugunsten europäischer Unternehmen vorgeht, zeigt ihr Beschluss, die steuerliche Behandlung des Einrichtungskonzerns *IKEA* in den Niederlanden zu prüfen.<sup>92</sup>

Nachdem die EU-Kommission im Jahr 2015 auch gegen den US-amerikanischen *Fast-Food*-Konzern *McDonald's* eine Überprüfung wegen des Verdachts unzulässiger Steuervergünstigungen durch Luxemburg eröffnete, stellte sie im September 2018 fest, dass die Nichtbesteuerung bestimmter Gewinne von *McDonald's* in Luxemburg keine unzulässige staatliche Beihilfe darstelle, da sie mit dem luxemburgischen Steuerrecht und dem Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Luxemburg und den USA im Einklang stehe. Erwähnenswert ist dabei jedoch, dass die EU-Kommission die steuerliche Behandlung des Unter-

---

<sup>88</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 4. Oktober 2017, Staatliche Beihilfen: Kommission verweist Irland an den Gerichtshof wegen Nichtrückforderung illegaler Steuervorteile von *Apple* in Höhe von 13 Mrd. EUR, IP/17/3702.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-678/17, ECLI:EU:C:2018:927 (Kommission/Irland).

<sup>90</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 4. Oktober 2017, Staatliche Beihilfen: Kommission stellt fest, dass Luxemburg *Amazon* unzulässige Steuervergünstigungen von rund 250 Mio. EUR gewährt hat, IP/17/3701; Beschluss (EU) Nr. 2018/859 der Kommission vom 4. Oktober 2017 über die staatliche Beihilfe Luxemburgs SA.38944 zugunsten von *Amazon*, ABl. 2018 L 153, 1. Interessanterweise wurde dieser Beschluss am selben Tag publiziert, an welchem die EU-Kommission mitteilte, gegen Irland ein Vertragsverletzungsverfahren anzustrengen, weil Irland es bis dahin unterlassen hatte, die nicht entrichteten Steuern i.H.v. 13 Milliarden Euro von *Apple* einzutreiben. Dies zeugt von der Entschlossenheit der EU-Kommission gegen unzulässige Steuervergünstigungen vorzugehen.

<sup>91</sup> EuG, Rs. T-816/17, Laufende Rechtssache (Luxemburg/Kommission).

<sup>92</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 18. Dezember 2017, Staatliche Beihilfen: Kommission leitet eingehende Prüfung der steuerlichen Behandlung von *Inter IKEA* in den Niederlanden ein, IP/17/5343; Staatliche Beihilfe SA.46470 — Mögliche staatliche Beihilfe zugunsten von *Inter IKEA*, Aufforderung zur Stellungnahme nach Artikel 108 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2018 C 121, 4.

nehmens als unfair bezeichnete, da das Doppelbesteuerungsabkommen zwischen Luxemburg und den USA zu einer „doppelten Nichtbesteuerung bestimmter Gewinne von *McDonald's*“ führe, was zwar der Steuergerechtigkeit widerspreche, jedoch nicht gegen das EU-Beihilferecht verstosse.<sup>93</sup>

Da unzulässige Steuervergünstigungen zu mehreren Rechtstreitigkeiten in Bezug auf die Selektivität einer staatlichen Beihilfe geführt haben, nimmt die EU-Kommission zu dieser Thematik in ihrer Bekanntmachung zum Beihilfebegriff<sup>94</sup> Stellung.<sup>95</sup>

### 1.3 Beihilfen im Energiesektor

In der Rs. *Kotnik*<sup>96</sup> hiess der EuGH die Praxis der EU-Kommission im Rahmen der Finanzkrise gut, wonach eine Beihilfe genehmigt werden kann, wenn das beihilfeempfangene Unternehmen einen angemessenen Beitrag an den Umstrukturierungskosten selbst leistet, was regelmässig auch eine Beteiligung der Anteilseigner und der nachrangigen Gläubiger voraussetzt. Bereits davor genehmigte die EU-Kommission Beihilfen der Bundesrepublik Deutschland an die Elektrizitätswerksbetreiber *RWE*, *Vattenfall* und *Mibrag* für die politisch gewollte Stilllegung von Braunkohlekraftwerken i.H.v. insgesamt 1,6 Mrd. Euro als Ausgleich für entgangene Gewinne.<sup>97</sup> Das Urteil des EuGH und die Entscheidung der EU-Kommission illustrieren beispielhaft das weite Ermessen der EU-Kommission im Beihilferecht und damit auch den grossen Einfluss, welche die EU-Kommission durch Art. 107 Abs. 3 AEUV auf die Politik der EU-Mitgliedsstaaten, insb. im Bereich der Energiepolitik, ausüben kann.<sup>98</sup>

## 2. Die Auswirkungen des *Brexits* auf das EU-Beihilferecht

### 2.1 Die bisherigen Ereignisse

Die Regierung des Vereinigten Königreichs hatte am 29. März 2017 die EU-Mitgliedsstaaten in Kenntnis gesetzt, dass das Land die EU verlassen wolle. Damit begann das von Art. 50 EUV vorgesehene Austrittsverfahren.<sup>99</sup> Dieser Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU, der sog. *Brexit*, sollte damit ursprünglich am 29. März 2019 erfolgen. Der in einer ersten Phase des Austrittsverfahrens ausgehandelte Entwurf des Vertrags zum Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union vom 14. November 2018<sup>100</sup> wurde

<sup>93</sup> Pressemitteilung der EU-Kommission vom 18. September 2018, Staatliche Beihilfen: Kommissionsuntersuchung ergibt keine selektive steuerliche Begünstigung von *McDonald's* durch Luxemburg, IP/18/5831.

<sup>94</sup> S.o. III.1.1.1.c.

<sup>95</sup> Europäische Kommission (Fn. 56), Rz. 117 ff. und 169 ff.

<sup>96</sup> EuGH, Rs. C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570 (Kotnik u.a./Slowenien).

<sup>97</sup> Europäische Kommission, Mitteilung vom 27. Mai 2016 - Genehmigung staatlicher Beihilfen nach den Artikeln 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Vorhaben gegen die von der Kommission keine Einwände erhoben werden, ABl. 2016 C 258, 4.

<sup>98</sup> Vgl. *Soltész* (Fn. 82), 57.

<sup>99</sup> EuZ 2019, 51.

<sup>100</sup> Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Grossbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. 2019 C 66 I, 1 („Austrittsabkommen“, „AA“).

bereits im Februar 2019 durch die Europäische Union genehmigt.<sup>101</sup> Da eine Ratifizierung des Abkommens durch das britische Parlament jedoch ausblieb, wurde der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union spätestens auf den 31. Oktober 2019 terminiert, wobei das Vereinigte Königreich die EU auch zu einem früheren Zeitpunkt, jeweils auf den ersten Tag des Monats nach Abschluss des Ratifizierungsverfahrens, verlassen kann, spätestens jedoch am 1. November 2019.<sup>102</sup>

## 2.2 Das Beihilferecht im Entwurf des Austrittsabkommens

### a) Im Allgemeinen

Bereits nachdem ersichtlich war, dass das Vereinigte Königreich die EU verlassen will, stellte sich die Frage, wie sich dieser Prozess auf das EU-Beihilferecht und dessen Gültigkeit im Vereinigten Königreich auswirken würde. So wurden bereits vor Beginn der Verhandlungen zum Austrittsabkommen verschiedene mögliche Modelle herausgearbeitet.<sup>103</sup>

Der Entwurf des Austrittsabkommens ist ein 585 Seiten langes und komplexes Vertragswerk, das sehr viele Verweise auf andere Bestimmungen, Anhänge und Protokolle des Vertrags enthält. Bestimmungen zum Beihilferecht sind in allen diesen Vertragsbestandteilen enthalten. Auffällig ist dabei das Ausmass an Zusammenarbeit in der Beihilfeaufsicht, die auch nach dem *Brexit* zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU geplant ist.<sup>104</sup>

Die grundlegende Essenz des EU-Beihilferechts wird im Entwurf des Austrittsabkommens beibehalten und soll im Vereinigten Königreich auch nach dem *Brexit* weiterhin Anwendung finden. Der Entwurf enthält weiter Bestimmungen, die eine einheitliche Auslegung sowie einvernehmliche Lösungen bei Streitigkeiten ermöglichen sollen.<sup>105</sup>

### b) Der Übergangszeitraum und die Kompetenzen der EU-Kommission

Der Entwurf des Austrittsabkommens sieht nach dem offiziellen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU einen Übergangszeitraum vor, in welchem das Vereinigte Königreich vorläufig im Binnenmarkt der EU verbleibt. Dieser Übergangszeitraum soll eigentlich gemäss dem Austrittsabkommen bis zum 31. Dezember 2020 dauern.<sup>106</sup> Aufgrund des neuen Austrittsdatums ist aber auch eine Verlängerung des Übergangszeitraums denkbar.

---

<sup>101</sup> Beschluss (EU) 2019/274 des Rates vom 11. Januar 2019 über die Unterzeichnung des Abkommens über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft im Namen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. 2019 L 47 I, 1.

<sup>102</sup> Beschluss (EU) 2019/584 des Europäischen Rates vom 11. April 2019, im Einvernehmen mit dem Vereinigten Königreich gefasst, zur Verlängerung der Frist nach Artikel 50 Absatz 3 EUV, ABl. 2019 L 101, 1, Erwägung 9. Vgl. auch *Reinhard Priebe*, *Brexit: (29.3.), (12.4.), 1.6., 1.x., 31.10. ...*, *EuZW* 2019, 356 m.w.H.

<sup>103</sup> Vgl. *José L. Buendía Sierra*, *Brexit – a Stress Test for State aid Control?*, *EStAL* 2016, 331.

<sup>104</sup> Vgl. *Phedon Nicolaidis*, *State Aid Provisions in the Draft Agreement on the Withdrawal of the UK from the EU*, abrufbar unter: <<http://www.stateaidhub.eu/blogs/stateaidun-covered/post/9362>> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

<sup>105</sup> Vgl. *Maria Segura/Egill Olafsson/Marianne Clayton*, *Brexit, the EEA and the EU State aid Rules – The Future of State aid Control in Turmoil?*, *EStAL* 2019, 3, 12.

<sup>106</sup> Art. 126 AA.



Bis zum Ende dieses Übergangszeitraums behalten sämtliche EU-Vorschriften, d.h. auch die des Europäischen Beihilferechts, ihre Gültigkeit im Vereinigten Königreich.<sup>107</sup> Der einzige Unterschied zum aktuellen Rechtszustand wird darin bestehen, dass das Vereinigte Königreich die Rechtssetzung in Bezug auf diese Bestimmungen nicht mehr beeinflussen kann.<sup>108</sup> Das EU-Recht findet somit Anwendung auf sämtliche beihilferechtliche Verfahren, welche bis zum Ende des Übergangszeitraums von der EU-Kommission eröffnet werden und natürliche oder juristische Personen des Vereinigten Königreichs oder dieses selber betreffen.<sup>109</sup> Da solche Verfahren erfahrungsgemäss mehrere Jahre dauern können, ist davon auszugehen, dass sich das EU-Beihilferecht auch noch mehrere Jahre nach dem Ende der Übergangszeit im Vereinigten Königreich bemerkbar machen wird, dies auch deshalb, weil das Austrittsabkommen vorsieht, dass die EU-Kommission vier Jahre nach Ablauf des Übergangszeitraums ihre Zuständigkeit auch im Hinblick auf Beihilfen behält, welche vor Ende des Übergangszeitraums gewährt werden und einen Zusammenhang mit dem Vereinigten Königreich aufweisen.<sup>110</sup>

Anhang vier, vierter Teil des Austrittabkommens<sup>111</sup> widmet sich ausschliesslich den staatlichen Beihilfen und der Zusammenarbeit zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU zur Aufsicht und Durchsetzung der beihilferechtlichen Bestimmungen. So soll das EU-Beihilferecht im Vereinigten Königreich auf alle Massnahmen anwendbar sein, welche die Europäische Zollunion betreffen.<sup>112</sup> Das Vereinigte Königreich muss ausserdem das derzeitige Transparenzsystem für staatliche Beihilfen von mehr als EUR 500'000 beibehalten.<sup>113</sup>

Die Beihilfenaufsicht soll im Vereinigten Königreich durch eine neu zu errichtende unabhängige Behörde erfolgen.<sup>114</sup> Diese muss „ihre Aufgaben und Befugnisse unabhängig von politischer oder sonstiger externer Einflussnahme wahrnehmen und unparteiisch handeln“ können.<sup>115</sup> Die Befugnisse und Aufgaben dieser Behörde gegenüber staatlichen Behörden müssen denjenigen der EU-Kommission entsprechen.<sup>116</sup> Die britische unabhängige Behörde und die EU-Kommission unterliegen beide einer gemeinsamen Pflicht zur Zusammenarbeit, die „eine kohärente Überwachung im Bereich der staatlichen Beihilfen [...] gewährleisten“ soll.<sup>117</sup> Die britische unabhängige Behörde hat dabei die EU-Kommission zu allen Entwürfen von Beschlüssen zu konsultieren. Letztere wird drei Monate Zeit haben,

<sup>107</sup> Art. 127 Abs. 1 AA.

<sup>108</sup> Vgl. *George Peretz*, State Aid and the Withdrawal Agreement: Key Points, abrufbar unter: <<https://uksala.org/state-aid-and-the-withdrawal-agreement-key-points/>> (zuletzt besucht am 20. 05.2019).

<sup>109</sup> Art. 92 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 AA. Vgl. auch *Ulrich Soltész*, Wichtige Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht im Jahre 2018, *EuZW* 2019, 53, 60.

<sup>110</sup> Art. 93 Abs. 1 AA.

<sup>111</sup> Art. 7-15 Anhang 4 AA.

<sup>112</sup> Art. 7 Abs. 1 Anhang 4 AA.

<sup>113</sup> Art. 12 Anhang 4 AA; vgl. auch *Nicolaidis* (Fn. 104).

<sup>114</sup> Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Anhang 4 AA.

<sup>115</sup> Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Anhang 4 AA.

<sup>116</sup> Art. 9 Abs. 2 Satz 1 Anhang 4 AA.

<sup>117</sup> Art. 10 Abs. 1 Anhang 4 AA. Zu den genauen Modalitäten dieser Zusammenarbeit siehe Art. 10 Abs. 2-4 Anhang 4 AA.

ihre Stellungnahme zu übermitteln. Die britische unabhängige Behörde hat dieser Stellungnahme „weitestgehend“ Rechnung zu tragen.<sup>118</sup>

Im Falle von Streitigkeiten zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich konsultieren sich beide Parteien in einem Gemeinsamen Ausschuss.<sup>119</sup> Ist die EU der Auffassung, dass eine ernsthafte Beeinträchtigung der gleichen Wettbewerbsbedingungen durch staatliche Beihilfen droht, kann sie eine Konsultation im Gemeinsamen Ausschuss beantragen.<sup>120</sup> Dieser Anspruch scheint dem Vereinigten Königreich dagegen nicht zuzustehen, wenn es gegen Beihilfen der EU oder eines EU-Mitgliedsstaat vorgehen will.<sup>121</sup> Kann im Gemeinsamen Ausschuss keine einvernehmliche Lösung erzielt werden, kann jede Partei um die Einsetzung eines Schiedsgerichts ersuchen.<sup>122</sup>

c) Beihilfen zugunsten von Nordirland und der sog. *Backstop*

Das Protokoll zu Irland und Nordirland sieht vordergründig vor, dass das EU-Beihilferecht im Vereinigten Königreich und auf den Handel zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU Anwendung findet.<sup>123</sup> Diese Bestimmung hat allerdings vor allem zur Folge, dass das EU-Beihilferecht auf alle Massnahmen anzuwenden ist, welche den Handel zwischen Nordirland und der EU – und hier in erster Linie zwischen Nordirland und Irland – betreffen. Diese Bestimmung hat daher das Potenzial, auf viele Fördermassnahmen anwendbar zu sein, welche die Regionalregierung von Nordirland treffen wird. Auch Massnahmen der Regierung des Vereinten Königreichs zur Förderung ihres Überseegebiets Nordirland (wie z.B. Steuervergünstigungen, Subventionen oder Sondertarife) könnten aber die Vorgaben des EU-Beihilferechts einhalten müssen, um gewährt werden zu können.<sup>124</sup>

Nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU soll bis zum Ende des Übergangszeitraums das zukünftige Verhältnis der beiden Parteien festgelegt werden, u.a. in den Bereichen Handel, Migration und Zusammenarbeit in der Sicherheitspolitik. Aus Schweizer Sicht könnte von sog. „bilateralen Abkommen“ gesprochen werden. Wie bei den jüngeren Abkommen, welche die EU mit Japan, Singapur und der Schweiz ausgehandelt hat,<sup>125</sup> ist davon auszugehen, dass auch die zukünftigen Abkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der EU beihilferechtliche Bestimmungen beinhalten werden.

Für den Fall, dass sich die EU und das Vereinigte Königreich bis zum Ende des Übergangszeitraums nicht auf eine konkrete Ausgestaltung ihres zukünftigen Verhältnisses geeinigt haben, bestimmt das Austrittsabkommen, dass sämtliche Regelungen des Europäischen Beihilferechts im Rahmen der dann anwendbaren *Backstop*-Lösung weiterhin im Vereinigten Königreich anwendbar sind.<sup>126</sup> Der *Backstop* ist eine Notfalllösung, welche Grenzkontrollen zwischen dem EU-Mitgliedstaat Irland und dem britischen Nordirland verhindern

---

<sup>118</sup> Art. 10 Abs. 4 Anhang 4 AA.

<sup>119</sup> Art. 169 Abs. 1 AA.

<sup>120</sup> Art. 13 Abs. 1 Anhang 4 AA.

<sup>121</sup> So auch *Nicolaides* (Fn. 104).

<sup>122</sup> Art. 170 Abs. 1 AA.

<sup>123</sup> Art. 12 Protokoll Irland/Nordirland AA.

<sup>124</sup> Vgl. *Peretz* (Fn. 108).

<sup>125</sup> Siehe hierzu IV.1.

<sup>126</sup> Art. 6 Abs. 1 Protokoll Irland/Nordirland AA.

soll, falls die späteren Verhandlungen über die zukünftigen Beziehungen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich scheitern. Die Regelung sieht vor, dass das Vereinigte Königreich in einer Zollunion mit der EU verbleibt, bis eine bessere Lösung gefunden ist.

### 2.3 Folgen des Brexits für die Anwendung des EU-Beihilferechts

Auch wenn das Vereinigte Königreich bald die EU verlassen sollte, würden die Bestimmungen des EU-Beihilfesystems weiterhin im Vereinigten Königreich anzuwenden sein. Die unabhängige Behörde kann zwar formell eigenständig die Aufsicht über die britischen Beihilfen durchführen, wird allerdings nur wenig Ermessen haben und *de facto* an Stellungnahmen der EU-Kommission gebunden sein.

Im Dezember 2018 hielt der EuGH fest, dass eine Austrittserklärung nach Art. 50 EUV unilateral vom zuvor austrittswilligen EU-Mitgliedsstaat zurückgezogen werden kann, solange ein Austrittsabkommen noch nicht in Kraft getreten ist.<sup>127</sup> Die EU-Kommission und der Rat hatten dagegen vorgebracht, dass für eine Beendigung des Austrittsverfahrens ein einstimmiger Beschluss des Rates notwendig sei.<sup>128</sup> Der Rückzug der Austrittserklärung ist daher immerhin auch noch eine Option. Damit würde nicht nur der *Brexit* nicht stattfinden, sondern die beihilferechtlichen Konsequenzen des Austrittsabkommens würden nicht zur Anwendung gelangen und alles würde wie bisher bleiben.

## IV. Der Entwurf des institutionellen Abkommens

### 1. Vorbemerkung

Das in den letzten Jahren gestiegene internationale Handelsvolumen und die damit weltweite Verflechtung der Wirtschaft hat eine zunehmende Internationalisierung des Wettbewerbs zur Folge. Damit die wirtschaftlichen Vorteile der Handelsliberalisierung nicht durch private oder staatliche Wettbewerbsbeschränkungen reduziert werden, ist eine ebenfalls internationale Orientierung der Wettbewerbspolitik notwendig. Aus diesem Grund ist die EU-Kommission bestrebt, auf bilateraler und multilateraler Ebene gemeinsame Grundsätze für Wettbewerbsregeln zu finden und durch deren Konvergenz einen internationalen Entscheidungseinklang herzustellen.<sup>129</sup> Ganz besonders gilt dies, wenn Drittstaaten am EU-Binnenmarkt teilnehmen wollen. So enthalten zahlreiche Abkommen der EU mit Drittstaaten Bestimmungen, welche die Grundsätze des Wettbewerbsrechts festlegen.<sup>130</sup> Auch im Bereich

---

<sup>127</sup> EuGH, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 (Wightman u.a.), Rz. 69.

<sup>128</sup> Vgl. zum Ganzen *Jens Brauneck*, Brexit-Urteil des EuGH: Einseitige und missbräuchliche Widerrufbarkeit eines EU-Austritts?, EuZW 2019, 20 sowie *Friedemann Kainer*, Anmerkung zum Brexit-Urteil des EuGH, EuZW 2019, 36.

<sup>129</sup> *Neeli Kroes*, European competition policy in the age of globalisation – towards a global competition order?, Rede beim FIW-Symposium in Innsbruck am 7. Februar 2008, abrufbar unter: <[http://ec.europa.eu/competition/speeches/index\\_speeches\\_by\\_the\\_commissioner.html](http://ec.europa.eu/competition/speeches/index_speeches_by_the_commissioner.html)> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

<sup>130</sup> Siehe hierzu die Auflistung bei *Thinam Jakob/Christian Schultheiß*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 2015, Nach Art. 109 AEUV Rz. 1.

der öffentlichen Beihilfen ist die EU-Kommission bestrebt, im Rahmen bilateraler Abkommen Drittstaaten zu verpflichten, eine gewisse Subventionsdisziplin einzuhalten, um damit die Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen beider Vertragsparteien zu verbessern.<sup>131</sup> Aus diesem Grund enthalten auch die jüngeren Handelsabkommen der EU mit Singapur,<sup>132</sup> Japan,<sup>133</sup> Kanada,<sup>134</sup> Süd-Korea<sup>135</sup> und Bosnien und Herzegowina<sup>136</sup> Bestimmungen zu öffentlichen Beihilfen. Solche Abkommen haben bewusst das Ziel, über die Verpflichtungen hinauszugehen, die das WTO-Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen vorsieht.<sup>137</sup> Letzteres wurde von der Schweiz ebenfalls ratifiziert.<sup>138</sup>

Seit den 1960er Jahren haben die Schweiz und die EU sowie deren Vorgängerorganisationen, z.T. mit ihren Mitgliedstaaten, über 120 bi- und multilaterale Abkommen abgeschlossen. Neben dem Freihandelsabkommen von 1972<sup>139</sup> sind insb. die sektoriellen Abkommen von 1999 und 2004 – die sog. Bilateralen I- und II-Verträge – von Bedeutung. Diese haben das Ziel, Unternehmen, welche ihren Sitz in einem Vertragsstaat haben, in bestimmten Sektoren einen diskriminierungsfreien Zugang zum schweizerischen Markt oder EU-Binnenmarkt zu gewährleisten. Mehrere dieser Abkommen enthalten auch wettbewerbsrechtliche Bestimmungen im Allgemeinen und Bestimmungen zu öffentlichen Beihilfen im Besonderen.<sup>140</sup> Auch der jüngste Entwurf zu einem weiteren bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU, dem institutionellen Abkommen (nachfolgend „InstA“), den der Bundesrat am 7. Dezember 2018 zur Kenntnis genommen hat, enthält Bestimmungen zu öffentlichen Beihilfen.

<sup>131</sup> Vgl. *Ansgar Held*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2015, Nach Art. 109 AEUV Rz. 6.

<sup>132</sup> Vgl. Art. 11.7 f. und Anhang 11-A des unterzeichneten aber von Singapur noch nicht ratifizierten Freihandelsabkommens zwischen der EU und der Republik Singapur, abrufbar unter: <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=961>> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

<sup>133</sup> Vgl. Art. 12.1 ff. des Abkommens zwischen der EU und Japan über eine Wirtschaftspartnerschaft vom 17. Juli 2018, ABl. 2018 L 330, 3.

<sup>134</sup> Vgl. Art. 7.1 ff. des Umfassenden Wirtschafts- und Handelsabkommen (CETA) zwischen Kanada einerseits und der EU und ihren Mitgliedsstaaten andererseits vom 30. Oktober 2016, ABl. 2017 L 11, 23. Das Abkommen ist vorerst nur provisorisch in Kraft, da es erst endgültig und vollständig in Kraft treten kann, wenn es alle Parlamente der EU-Mitgliedsstaaten ratifiziert haben.

<sup>135</sup> Vgl. Art. 11.9 ff. des Freihandelsabkommens zwischen der EU und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits vom 6. Oktober 2010, ABl. 2011 L 127, 6.

<sup>136</sup> Vgl. Art. 71 Abs. 1 lit. c und Abs. 4 ff. des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedsstaaten einerseits und Bosnien und Herzegowina andererseits vom 16. Juni 2008, ABl. 2015 L 164, 2.

<sup>137</sup> *James Fleet/Anders C. Jessen/Klara Talaber-Ritz*, *The Relationship between WTO Subsidies Law and EC State Aid Law*, in: Rodríguez Iglesias/van Miert/Monti/Kroes (Hrsg.), *EC State Aid Law, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, 2008, 441, 442.

<sup>138</sup> Anhang 1A.13 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, SR 0.632.20.

<sup>139</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401, ABl. 1972 L 300, 189 („Freihandelsabkommen“, „FHA“).

<sup>140</sup> Zu den Verträgen zwischen der EU und der Schweiz, die wettbewerbsrechtliche Bestimmungen enthalten, vgl. *Carl Baudenbacher*, *Swiss Economic Law Facing the Challenges of International and European Law*, ZSR 2012, 419 ff. und insb. *Christa Tobler*, *Bilaterales Wettbewerbsrecht Schweiz – EU: Uneinheitlich, ineffizient und irrelevant?*, ZSR 2013, 3 ff.

In der Schweiz sind solche Beihilfen verbreitet und insb. auf kantonaler Ebene ein in der Politik beliebtes Werkzeug zur Wirtschaftsförderung. In der EU herrscht dagegen die Ansicht, dass solche Beihilfen grundsätzlich verboten sind, wenn diese den Wettbewerb verfälschen. Wie eingangs bereits erwähnt,<sup>141</sup> soll dadurch ein funktionierender EU-Binnenmarkt sichergestellt werden. Dies soll auch für Drittstaaten gelten, welche, wie EWR-Staaten, ganz oder, wie die Schweiz, teilweise am EU-Binnenmarkt teilnehmen wollen (sog. *level playing field*). Ausser in einigen bilateralen Abkommen mit der EU, insbesondere im Luftverkehrsbereich,<sup>142</sup> kennt die Schweiz kein Beihilferecht, das mit demjenigen der EU vergleichbar wäre.<sup>143</sup> Das EU-Beihilferecht schützt den EU-Binnenmarkt vor Wettbewerbsverzerrungen durch Beihilfen der EU-Mitgliedstaaten und setzt einen zwischenstaatlichen Bezug voraus. Da auch die einzelnen EU-Mitgliedstaaten für ihren jeweiligen Staat kein entsprechendes nationales Beihilferecht kennen und die Schweiz als Drittstaat nicht am EU-Binnenmarkt wie die EU-Mitgliedstaaten partizipiert, kennt die Schweiz kein Beihilferecht. Dies erklärt, warum sich die Schweiz mit dieser Thematik eher ziert.<sup>144</sup> Mithin könnte es bei einer Inkraftsetzung des institutionellen Abkommens zu Konflikten kommen.

Nachfolgend werden zuerst die Bestimmungen zu öffentlichen Beihilfen in den bereits bestehenden bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU kurz präsentiert. Anschliessend werden die Bestimmungen zu öffentlichen Beihilfen im Entwurf des institutionellen Abkommens näher in Augenschein genommen und gewürdigt.

## 2. Das Beihilferecht in den bisherigen bilateralen Abkommen

### 2.1 Das Freihandelsabkommen Schweiz-EU von 1972

Das Freihandelsabkommen von 1972 enthält in Art. 23 FHA ein Beihilfeverbot, das den Bestimmungen des EU-Wettbewerbsrechts nachgebildet ist und u.a. eine öffentliche Wettbewerbsverzerrung verhindern soll. Demnach ist „jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht“ mit „dem guten Funktionieren“ des Freihandelsabkommens unvereinbar.<sup>145</sup> Die praktische Bedeutung dieser Bestimmung ist bisher eher gering geblieben,<sup>146</sup> insb. weil das Bundesgericht deren direkte Anwendbarkeit trotz Kritik aufgrund ihres justiziablen Charakters<sup>147</sup> vereinte.<sup>148</sup> Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, als

<sup>141</sup> S.o. I und II.1.

<sup>142</sup> Vgl. hierzu *Breitenmoser/Seitz* (Fn. 19).

<sup>143</sup> Vgl. hierzu ausführlich *Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser*, Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Beihilferechts der EU und des Subventionsrechts der WTO, in: *Epiney/Gammenthaler* (Hrsg.), *SJER* 2009/2010, 2010, 139 ff.; vgl. auch *Livio Bundi*, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, 2016, 286.

<sup>144</sup> So auch *Christa Tobler*, Rahmenabkommen und staatliche Beihilfen, *Gastkommentar*, *NZZ* vom 14. März 2019, 10.

<sup>145</sup> Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii) FHA.

<sup>146</sup> Der Gemischte Ausschuss hat sich bisher erst dreimal mit Wettbewerbsproblemen beschäftigt, vgl. *Philipp Zurkinden/Laura M. Baudenbacher*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 2015, Nach Art. 109 AEUV Rz. 52.

<sup>147</sup> So auch *Stefan Breitenmoser/Robert Weyeneth*, *Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU*, 2017, Rz. 664.

<sup>148</sup> BGE 104 IV 175 E. 2; BGE 105 II 49 E. 3; vgl. auch *Tobler* (Fn. 140), 19 ff.

Vorgängerin der EU, hat dagegen (einseitig) erklärt, dass sie, im Rahmen der den Vertragsparteien obliegenden selbständigen Anwendung des Art. 23 FHA, die diesem Artikel zuwiderlaufenden Praktiken auf der Grundlage der Kriterien beurteilen würde, die sich u.a. aus der Anwendung des Art. 107 AEUV ergäben.<sup>149</sup>

Ist eine Partei der Auffassung, dass eine Unvereinbarkeit vorliegt, muss sie den Gemischten Ausschuss anrufen, der eine Prüfung vorzunehmen und eine einvernehmliche Einigung zu ermöglichen hat.<sup>150</sup> Erst wenn eine solche nicht zustande kommt, kann eine Partei Schutzmassnahmen ergreifen.<sup>151</sup> Der Zweck dieses Verfahrens besteht darin, dass ein Konflikt auf politischer Ebene durch vertragliche Einigung gelöst wird.<sup>152</sup>

Diese Konfliktlösungsstrategie zeigt sich beispielhaft im sog. Steuerstreit zwischen der EU und der Schweiz: Hier nahm die EU-Kommission den Standpunkt ein, dass die in einzelnen kantonalen Steuergesetzen vorgesehene privilegierte Besteuerung der Gewinne von Holding-, Gemischten und Verwaltungsgesellschaften, die im Ausland erzielt wurden (das sog. Holdingprivileg), gegen das Beihilfeverbot des Freihandelsabkommens verstosse. Unternehmen mit Sitz in der Schweiz, auf welche das sog. Holdingprivileg anwendbar ist, würden somit durch unzulässige selektive Beihilfen einen geldwerten Vorteil erhalten, wodurch der Wettbewerb verfälscht werde. Während die EU-Kommission von der Schweiz verlangte, den EU-Kodex zur Unternehmensbesteuerung<sup>153</sup> zu übernehmen, berief sich die Schweiz darauf, dass der Geltungsbereich des Freihandelsabkommens auf den Warenverkehr beschränkt sei.<sup>154</sup> Im darauffolgenden Dialog einigten sich die EU und die Schweiz am 14. Oktober 2014 in einer gemeinsamen Verständigung über die Unternehmensbesteuerung<sup>155</sup> darauf, dass der Bundesrat beabsichtige, Massnahmen zu ergreifen, um das Holdingprivileg abzuschaffen – allerdings unter Vorbehalt einer entsprechenden Entscheidung des Gesetzgebers.<sup>156</sup> Das daraufhin ausgearbeitete sog. Unternehmenssteuerreformgesetz

---

<sup>149</sup> Schlussakte vom 22. Juli 1972 zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (mit Anhang), SR 0.632.401.7; Erklärung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu Artikel 23 Absatz 1 des Abkommens zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22. Juli 1972, ABl. 1972 L 300, 189, 280.

<sup>150</sup> Vgl. hierzu bereits *Breitenmoser/Seitz* (Fn. 19).

<sup>151</sup> Art. 27 Abs. 2 und Abs. 3 lit. a FHA.

<sup>152</sup> So auch *Marino Baldi*, Zu den Auswirkungen des geplanten Rahmenabkommens mit der EU, Jusletter vom 18. März 2019, Rz. 9.

<sup>153</sup> Schlussfolgerungen des Rates „Wirtschafts- und Finanzfragen“ zur Steuerpolitik vom 1. Dezember 1997, ABl. 1998 C 2, 1.

<sup>154</sup> Vgl. *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 147), Rz. 777.

<sup>155</sup> Joint Statement of the Representatives of the Governments of the Member States, Meeting within the Council of the EU and The Swiss Federal Council dated 14 October 2014, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/36882.pdf>> (zuletzt besucht am 20.05.2019). Die online öffentlich zugängliche Version des Dokuments ohne Unterschrift stimmt mit der unterzeichneten überein, gemäss Auskunft des Staatssekretariats für Internationale Finanzfragen (SIF).

<sup>156</sup> Art. 3 Abs. 2 des *Joint Statements*. Vgl. auch die Botschaft zum Unternehmenssteuerreformgesetz III, BBl 2015 5069, 5089, 5195. Das *Joint Statement* enthält als *Memorandum of Understanding* keine völkerrechtlichen Verpflichtungen und zählt lediglich Prinzipien und gegenseitige Absichten auf.

III wurde in einer ersten Volksabstimmung abgelehnt,<sup>157</sup> jedoch an einer zweiten Volksabstimmung am 19. Mai 2019 angenommen.<sup>158</sup> Nachdem das Unternehmenssteuerreformgesetz III in Kraft getreten ist, sind allerdings die Kantone in der Pflicht, ihr jeweiliges kantonales Steuerrecht – sofern notwendig – an die bundesrechtlichen Vorgaben anzupassen, um den sog. Steuerstreit zu beenden.

## 2.2 Die Bilateralen I von 1999

### a) Die Bilateralen I im Allgemeinen

Von den sieben sektoriellen Abkommen zur gegenseitigen Öffnung der Märkte, welche die Schweiz am 21. Juni 1999 mit der EU abgeschlossen hat und die am 1. Juni 2002 in Kraft getreten sind, enthalten lediglich das Luftverkehrs- und das Landverkehrsabkommen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen zu staatlichen Beihilfen. Nachfolgend wird daher nur auf diese näher eingegangen.

### b) Das Luftverkehrsabkommen

Durch das Luftverkehrsabkommen<sup>159</sup> erhalten Luftfahrtunternehmen mit Sitz in der Schweiz Verkehrsrechte, durch welche sie ihren europäischen Konkurrenten weitestgehend gleichgestellt sind. Schweizer Fluggesellschaften können daher Flüge zwischen der Schweiz und EU-Mitgliedsstaaten sowie zwischen EU-Mitgliedsstaaten durchführen.<sup>160</sup> Das Luftverkehrsabkommen sichert ihnen somit nahezu dieselben Wettbewerbsbedingungen zu, die auch für ihre Konkurrenten aus der EU gelten.

Neben den Art. 8 und 9 LVA, welche den Kartell- und Marktmissbrauchsverboten von Art. 101 und 102 AEUV nachgebildet sind, enthält Art. 13 Abs. 1 LVA ein Verbot wettbewerbswidriger Beihilfen, soweit diese den zwischenstaatlichen Handel zwischen der Schweiz und der EU beeinträchtigen. Aufgrund des Umstandes, dass Art. 13 Abs. 2 und Abs. 3 LVA im Wesentlichen mit Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV übereinstimmen, hat die Schweiz für den Bereich des Luftverkehrs das europäische Beihilferecht in umfassender Weise übernommen, wie es bis zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Luftverkehrsabkommens galt.<sup>161</sup> Die Gesamtheit der Praxis der EU-Kommission, inkl. ihrer Mitteilungen und Leitlinien, sowie der Urteile der Unionsgerichte, welche vor Abschluss des Luftverkehrsabkommens erlassen wurden (d.h. der sog. *acquis communautaire*), sind daher bei der Auslegung des

---

<sup>157</sup> Volksabstimmung vom 12. Februar 2017, BBl 2017 3387.

<sup>158</sup> Fabian Schäfer, AHV-Deal lohnt sich für die Linke, NZZ vom 20. Mai 2019, 11.

<sup>159</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999, SR 0.748.127.192.68, ABl. 2002 L 114, 73 („Luftverkehrsabkommen“, „LVA“).

<sup>160</sup> Art. 15 Abs. 1 LVA. Nicht durchführen können schweizerische Luftfahrtunternehmen dagegen die sog. „Kabotage“, d.h. das Anbieten von Flügen innerhalb eines einzigen EU-Mitgliedsstaats. Die Verhandlungen zu einem solchen Kabotage-Recht wurden zwar abgeschlossen, die Umsetzung wurde seitens der EU allerdings von einer Einigung u.a. über die institutionellen Fragen abhängig gemacht.

<sup>161</sup> Art. 1 Abs. 2 Satz LVA. Zum Verhältnis des schweizerischen zum europäischen Luftrechts sowie Auslegung der europäischen Rechtsgrundlagen siehe BGE 138 II 42.

Luftverkehrsabkommens zu berücksichtigen.<sup>162</sup> Später ergangene Urteile der Unionsgerichte werden der Schweiz übermittelt. Auf Verlangen einer Vertragspartei werden die Folgen dieser Urteile von einem Gemischten Ausschuss festgestellt und beschlossen.<sup>163</sup>

Will die Schweiz Beihilfen im Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens gewähren, kann sie im Unterschied zu den EU-Mitgliedsstaaten selbstständig entscheiden, ob solche Beihilfen mit den Verpflichtungen aus dem Luftverkehrsabkommen vereinbar sind oder nicht. Die EU-Kommission hat daher keine Kompetenz, solche Beihilfen durch Positiv- oder Negativentscheid<sup>164</sup> zu genehmigen oder zu verbieten. Allerdings hat die Schweiz vor ihrer Entscheidung vorgängig die EU-Kommission zu informieren. Durch diese Notifikation erhält die EU-Kommission die Gelegenheit, ihre Ansicht zur Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Luftverkehrsabkommen zu äussern. Kommt sie zu dem Schluss, dass keine Vereinbarkeit vorliegt, kann die EU-Kommission verlangen, dass das weitere Vorgehen im Gemischten Ausschuss, also durch Verhandlungen, erörtert wird.<sup>165</sup> Kommt im Rahmen dieses Verfahrens keine Einigung zustande, kann die EU-Kommission geeignete zeitweilige Schutzmassnahmen treffen, um das Gleichgewicht dieses Abkommens aufrechtzuerhalten.<sup>166</sup> Diese Schutzmassnahmen müssen aber nicht verhältnismässig sein und können auch Bereiche betreffen, welche nicht in den Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens fallen und mitunter sachfremd sind.

#### c) Das Landverkehrsabkommen

Das Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, das sog. Landverkehrsabkommen (nachfolgend „LandVA“),<sup>167</sup> soll schrittweise den Güter- und Personenverkehrsmarkt in der Schweiz liberalisieren und die Bedingungen für eine abgestimmte Verkehrspolitik zwischen der Schweiz und der EU festlegen.<sup>168</sup> Damit wurde vereinbart, dass Verkehrsunternehmen, welche ihren Sitz in der Schweiz oder in einem EU-Mitgliedsstaat haben, grundsätzlich dieselben Marktzugangsmöglichkeiten im Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei haben sollen.<sup>169</sup>

Das Landverkehrsabkommen enthält in Art. 23, Art. 28, Art. 35 sowie Art. 38 LandVA Bestimmungen zu staatlichen Beihilfen, welche jedoch programmatischer Natur sind. Konkrete Verpflichtungen ergeben sich lediglich hinsichtlich der Bilanzierung von staatlichen Beihilfen zu Gunsten des grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehrs.<sup>170</sup> Die Schweiz sowie die EU haben dafür zu sorgen, dass der Eisenbahngüterverkehr durch die Schweiz wettbe-

---

<sup>162</sup> Vgl. zum Ganzen *Breitenmoser/Seitz* (Fn. 19).

<sup>163</sup> Art. 1 Abs. 2 Satz LVA. Vgl. *Stephan Breitenmoser*, Sectoral Agreements between the EC and Switzerland: Contents and Context, CMLRev 2003, 1137, 1159 f., 1172 f.

<sup>164</sup> S.o. I.2.2.1.

<sup>165</sup> Art. 14 LVA.

<sup>166</sup> Art. 31 LVA. Vgl. auch *Breitenmoser/Seitz* (Fn. 19), 201.

<sup>167</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999, SR 0.740.72, ABl. 2002 L 114, 91 („LandVA“).

<sup>168</sup> Art. 1 Abs. 1 LandVA.

<sup>169</sup> Vgl. *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 147), Rz. 727 f.

<sup>170</sup> Art. 23 und Art. 28 Abs. 1 LandVA.



werbsfähig bleibt und mit dem Preis- und Qualitätsniveau des Strassengüterverkehrs vergleichbar ist.<sup>171</sup> Dabei achten sie im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten darauf, dass die marktwirtschaftlichen Auswirkungen etwaiger staatlicher Beihilfen einer Vertragspartei nicht durch das Verhalten der anderen Vertragspartei oder eines Organs beeinträchtigt werden.<sup>172</sup> Dies wird durch den Gemischten Ausschuss überwacht.<sup>173</sup> Ein allgemeines Beihilfeverbot oder konkrete Massnahmen, um allfällige Beihilfen zu verhindern, sieht das LandVA dagegen nicht vor. Ganz im Gegenteil geht es davon aus, dass die Schweiz und die EU bzw. ihre Mitgliedsstaaten Beihilfen erteilen dürfen (und werden), solange diese offen bilanziert und die Ziele der Beihilfen einer Vertragspartei nicht durch Beihilfen der anderen Vertragspartei verhindert werden.

### 2.3 Die Bilateralen II von 2004

In einer zweiten Verhandlungsrunde im Jahr 2004 haben die Schweiz und die EU neun weitere sektorielle Abkommen abgeschlossen, wobei es sich teilweise um sog. *left-overs* handelte, d.h. Bereiche, welche in der ersten Verhandlungsrunde im Jahr 1999 nicht mehr berücksichtigt wurden. Während sich die Abkommen der ersten Verhandlungsrunde vor allem mit wesentlichen (Teil-)Bereichen des Aussenwirtschaftsrechts befassten, gehen die Abkommen der zweiten Verhandlungsrunde über diese Bereiche hinaus und erfassen auch die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit sowie die Einbindung der Schweiz in das von der EU angestrebte System der grenzüberschreitenden Besteuerung von Zinserträgen und der Betrugsbekämpfung.<sup>174</sup> Keines dieser Abkommen enthält wettbewerbsrechtliche Bestimmungen zu staatlichen Beihilfen.

### 2.4 Das Abkommen zur Zusammenarbeit im Wettbewerbsrecht von 2013

Das am 1. Dezember 2014 in Kraft getretene Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (nachfolgend „Wettbewerbsabkommen“)<sup>175</sup> ist gemäss dessen Art. 2 Ziff. 3 nur auf das Wettbewerbsrecht nach Art. 101, 102 und 105 AEUV anwendbar. Auf das EU-Beihilferecht, welches in den Art. 107-109 AEUV normiert ist, findet dieses Abkommen daher keine Anwendung.<sup>176</sup>

## 3. Das Beihilferecht im Entwurf zum institutionellen Abkommen

### 3.1 Anwendungsbereich

Nachdem das institutionelle Abkommen zwischen der Schweiz und der EU seit dem Jahr 2014 verhandelt wurde, hat der Bundesrat den Entwurf des institutionellen Abkommens im

<sup>171</sup> Art. 35 Abs. 1 LandVA.

<sup>172</sup> Art. 35 Abs. 4 LandVA.

<sup>173</sup> Art. 35 Abs. 5 LandVA.

<sup>174</sup> Vgl. *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 147), Rn. 744 ff.

<sup>175</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts vom 17. Mai 2013, SR 0.251.268.1.

<sup>176</sup> So auch die Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts, BBl 2013, 3959, 3961.

Dezember 2018 veröffentlicht.<sup>177</sup> Da der Entwurf des Abkommens zwischen der Schweiz und der EU auf Französisch ausgearbeitet wurde, ist die französische Originalversion massgebend. Der Bundesrat hat allerdings eine deutsche Übersetzung dieses Abkommens (Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt [nachfolgend „InstA“]) in Auftrag gegeben.<sup>178</sup> Zum besseren Verständnis hat das EDA Erläuterungen zum institutionellen Abkommen erlassen, die sich wie eine erste (subjektive) Kommentierung des Entwurfs zum institutionellen Abkommen lesen.<sup>179</sup>

Nach Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 InstA ist das institutionelle Abkommen auf fünf der bestehenden sektoriellen Marktzugangsabkommen anwendbar, welche im Rahmen der sog. Bilateralen-I geschlossen wurden, darunter das Luftverkehrs- und das Landverkehrsabkommen sowie auf alle Marktzugangsabkommen, die in der Zukunft zwischen der EU und der Schweiz abgeschlossen werden. Diese Auflistung ist als abschliessend zu betrachten.<sup>180</sup> Das Beschaffungs- und das Freihandelsabkommen sind in dieser Auflistung nicht aufgeführt, womit das institutionelle Abkommen *a priori* nicht auf das Freihandelsabkommen anwendbar ist.<sup>181</sup>

Bemerkenswert ist, dass die französische Originalversion von Art. 2 Abs. 1 InstA explizit bestimmt, dass das institutionelle Abkommen auf die „*accords bilatéraux dans les domaines relatifs au marché intérieur*“, also frei übersetzt auf die „bilaterale Abkommen in den Bereichen des Binnenmarkts“ anwendbar sei. Der Begriff der „bilateralen Abkommen“ wird allerdings nur in der Schweiz umgangssprachlich als allgemeiner Begriff für die völkerrechtlichen Staatsverträge zwischen der Schweiz und der EU verwendet. Aus diesem Grund hat die EU-Kommission bislang immer den Begriff „sektorielle Abkommen“ für diese Staatsverträge verwendet.<sup>182</sup> Die deutschsprachige Übersetzung, die vom Bundesrat in Auftrag gegeben wurde, übersetzt diesen Passus lediglich mit dem Begriff „Marktzugangsabkommen“ ohne den Begriff der „bilaterale[n] Abkommen“ aus dem massgeblichen französischen Originalentwurf in die deutsche Übersetzung zu übernehmen. Man kann dies als simplen Übersetzungsfehler der Bundesverwaltung ansehen, allerdings würde dadurch übersehen werden, dass der französische Originalentwurf den Anwendungsbereich des in-

---

<sup>177</sup> Accord facilitant les relations bilatérales entre l'Union Européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe, abrufbar unter: <[https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte\\_fr.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf)> (zuletzt besucht am 20.05.2019) („InstA“).

<sup>178</sup> Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt, abrufbar unter: <[https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_de.pdf)> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

<sup>179</sup> Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU vom 16. Januar 2019, abrufbar unter: <[https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/docu-ments/abkommen/InstA-Erlaeuterungen\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/docu-ments/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf)> (zuletzt besucht am 20.05.2019) („Erläuterungen“).

<sup>180</sup> So auch *Astrid Epiney*, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU, Jusletter vom 17. Dezember 2018, Fn. 12.

<sup>181</sup> Siehe hierzu untenstehend IV.3.3.4.c.

<sup>182</sup> So auch *Epiney* (Fn. 180), Fn. 13.

stitutionellen Abkommens bewusst eng halten will: Durch den Umstand, dass der verbindliche französische Entwurf das institutionelle Abkommen nur auf „bilaterale Abkommen“ zwischen der Schweiz und der EU anwenden will, wird ausgeschlossen, dass der Anwendungsbereich des institutionellen Abkommens auf alle nicht-bilaterale bzw. multilaterale Abkommen ausgeweitet wird.

### 3.2 Die beihilferechtlichen Bestimmungen im institutionellen Abkommen

#### a) Der Tatbestand und die Ausnahmen

Der Rat der EU hatte bereits in den Jahren 2010<sup>183</sup> und 2012<sup>184</sup> festgehalten, dass für die weitere Entwicklung der bilateralen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz der Abschluss eines Abkommens über institutionelle Fragen notwendig und ein solches sogar Voraussetzung für den Abschluss weiterer sektorieller Marktzugangsabkommen sei.<sup>185</sup> Neben einer schweizerischen Übernahme des neueren EU-Binnenmarktrechts sowie der Schaffung eines Streitbeilegungsmechanismus war es das Ziel der EU, dass die jeweils geltenden Binnenmarktregeln in allen Staaten zur Anwendung kommen, welche dem EU-Binnenmarkt zugehören oder (wie die Schweiz) sektoriell an diesem teilnehmen.<sup>186</sup> Hintergrund ist, dass alle Staaten, welche am EU-Binnenmarkt teilnehmen oder teilnehmen wollen, die gleichen Bedingungen und Grundsätze erfüllen (müssen), um somit ein sog. *level playing field*<sup>187</sup> und die Homogenität des EU-Binnenmarkts zu gewährleisten. Einer dieser Grundsätze enthält ein allgemeines Verbot von wettbewerbsverfälschenden staatlichen Beihilfen.

Auf ein solches grundsätzliches Beihilfeverbot haben sich die EU und die Schweiz in den Grundsätzen über staatliche Beihilfen in Art. 8A ff. InstA geeinigt. Die Formulierung der Bestimmungen in Art. 8A Abs. 2 lit. a InstA lehnt sich dabei an das europäische Beihilferecht an und übernimmt zum grössten Teil wortwörtlich Art. 107 Abs. 1 AEUV. Auch die dem AEUV analog übernommenen Legalausnahmen vom Beihilfeverbot in Art. 8A Abs. 2 lit. b InstA und die in Art. 8A Abs. 2 lit. c InstA übernommenen Ermessensausnahmen zitieren grösstenteils wortwörtlich die Ausnahmebestimmungen von Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV.<sup>188</sup>

Zwei Unterschiede zwischen den Ausnahmebestimmungen des AEUV und denjenigen des institutionellen Abkommens fallen jedoch auf: Während der AEUV erstens bestimmt, dass die im AEUV aufgeführten Legalausnahmen „mit dem Binnenmarkt vereinbar sind“<sup>189</sup> bzw. bestimmt, dass diese „als mit dem Binnenmarkt vereinbar [...] angesehen werden

<sup>183</sup> Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 14. Dezember 2010, Ratsdokument 17423/10, Rz. 6 und 48.

<sup>184</sup> Schlussfolgerungen des Rates zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-Ländern vom 20. Dezember 2012, Ratsdokument 17151/12, Rz. 31 ff.

<sup>185</sup> Vgl. auch das Informationsblatt zum Institutionellen Abkommen der Direktion für Europäische Angelegenheiten (DEA), abrufbar unter: <[https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/11-FS-Institutionelles-Abkommen\\_de.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/fs/11-FS-Institutionelles-Abkommen_de.pdf)> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

<sup>186</sup> Vgl. *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 147), Rz. 780.

<sup>187</sup> S.o. IV.1. Vgl. auch die Erläuterungen (Fn. 179), 10.

<sup>188</sup> S.o. II.1.

<sup>189</sup> Art. 107 Abs. 2 AEUV.

[können]“,<sup>190</sup> geht das institutionelle Abkommen davon aus, dass die im institutionellen Abkommen aufgeführten Legalausnahmen „mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar sind“<sup>191</sup> bzw. „als mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar angesehen werden“ können.<sup>192</sup> Der unbestimmte Rechtsbegriff des „ordnungsgemässen Funktionieren“ im institutionellen Abkommen beruht wohl auf dem ähnlichen Begriff „des guten Funktionierens“ des Freihandelsabkommens,<sup>193</sup> engt jedoch den Anwendungsbereich der Ausnahmebestimmungen im Vergleich zum AEUV ein: Die Gewährung einer an und für sich verbotenen Beihilfe kann nun nicht mehr durch das Erfüllen eines der aufgelisteten Ausnahmetatbestände gerechtfertigt werden, sondern darf zusätzlich das „ordnungsgemässe Funktionieren“ des Binnenmarkts nicht behindern. Was unter dem „ordnungsgemässen Funktionieren“ des Binnenmarkts zu verstehen ist, müsste in einem allfälligen Streitfall zwischen der EU und der Schweiz konkretisiert werden. Das EU-Primärrecht erwähnt diesen unbestimmten Rechtsbegriff lediglich in Art. 65 Abs. 4 AEUV im Rahmen der zulässigen Beschränkungen der Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit mit Drittstaaten. Ausserhalb dieses Bereichs ist dieser unbestimmte Rechtsbegriff nicht als unionsrechtlicher Begriff<sup>194</sup> zu interpretieren, womit der Gemischte Ausschuss und am Schluss das Schiedsgericht (falls es angerufen werden sollte) mit der Auslegung des Begriffs des „ordnungsgemässen Funktionieren“ im konkreten Fall zuständig wären. Beide Institutionen hätten damit durch ihr Ermessen diesen unbestimmten Rechtsbegriff in Bezug auf den Einzelfall zu konkretisieren. Eine Anrufung des EuGH<sup>195</sup> scheidet damit aus.

Der zweite Unterschied zu den Ausnahmebestimmungen des AEUV besteht darin, dass einige Textpassagen des AEUV im institutionellen Abkommen fehlen. So sind Art. 107 Abs. 2 lit. c sowie Teile von Art. 107 Abs. 3 lit. a und lit. d AEUV nicht in den Entwurf des institutionellen Abkommens übernommen worden. Dies lässt sich jedoch damit erklären, dass es sich hierbei um Bestimmungen handelt, welche Beihilfen zugunsten von Gebieten der Bundesrepublik Deutschland, welche durch die Teilung Deutschlands besonders betroffen waren, sowie zugunsten von bestimmten aussereuropäischen Territorien einiger EU-Mitgliedsstaaten (insb. von Frankreich, Spanien und Portugal) genehmigen.

Im Bereich der Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes ist des Weiteren erwähnenswert, dass solche Beihilfen mit dem Binnenmarkt als vereinbar angesehen werden können, „soweit sie den Handelsbedingungen“ zwischen der Schweiz und der EU nicht zuwiderlaufen.<sup>196</sup> Die Rechtfertigungsbestimmungen des AEUV sind dagegen weiter gefasst und sehen vor, dass Beihilfen als vereinbar angesehen werden können, „soweit sie die Handels- und Wettbewerbsbedingungen [...] nicht in einem Mass beeinträchtigen, das dem gemeinsamem Interesse zuwiderläuft“.<sup>197</sup> Aus schweizerischer Sicht erfreulich ist dagegen, dass der in der Praxis wichtigste Rechtfertigungsgrund für Beihilfen

---

<sup>190</sup> Art. 107 Abs. 3 AEUV.

<sup>191</sup> Art. Art. 8A Abs. 2 lit. b InstA.

<sup>192</sup> Art. Art. 8A Abs. 2 lit. c InstA.

<sup>193</sup> Art. 23 Abs. 1 FHA; vgl. auch IV.2.2.1.

<sup>194</sup> Nach Art. 4 Abs. 2 InstA.

<sup>195</sup> Gemäss Art. III.9 Abs. 1 des Protokolls 3 des InstA über das Schiedsgericht.

<sup>196</sup> Art. 8A Abs. 2 lit. c Ziff. iv InstA.

<sup>197</sup> Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV.

zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete<sup>198</sup> eins zu eins im Entwurf des institutionellen Abkommens übernommen wurde.<sup>199</sup> Damit besteht die Möglichkeit, relativ viele Ausnahmen vom grundsätzlichen Beihilfeverbot zu genehmigen.

b) Der Anwendungsbereich der beihilferechtlichen Bestimmungen

Die beihilferechtlichen Bestimmungen der Art. 8A-8C InstA sind nur auf das Luftverkehrsabkommen direkt anwendbar; gleichzeitig stellen sie den beihilferechtlichen Rahmen dar, welcher auf die zukünftigen sektoriellen Abkommen anzuwenden und ggf. zu ergänzen ist.<sup>200</sup> Dies dürfte insb. für das geplante Stromabkommen relevant sein<sup>201</sup> und damit auch für die geplante Liberalisierung des schweizerischen Strommarkts. Es kann also damit gerechnet werden, dass in Zukunft die Rechtsprechung der Unionsgerichte in Bezug auf Beihilfen im Energiesektor in der Schweiz vermehrt zu berücksichtigen sein wird.<sup>202</sup>

Da die beihilferechtlichen Bestimmungen des institutionellen Abkommens nicht direkt anwendbar sind, müssten die zukünftigen sektoriellen Abkommen explizit auf die beihilferechtlichen Bestimmungen des institutionellen Abkommens Bezug nehmen, damit diese auf das einzelne sektorielle Abkommen anwendbar sind.<sup>203</sup> Die Art. 8A ff. InstA stellen daher keinen beihilferechtlichen „allgemeinen Teil“ der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU dar, sondern formulieren lediglich in einem allgemeinen Rahmen die beihilfenrechtlichen Grundsätze, welche in jedem einzelnen zukünftigen sektoriellen Abkommen abgeändert und auf das konkrete Abkommen massgeschneidert werden können. Sie sind daher auch nicht justiziabel.<sup>204</sup> Die Schweiz würde daher nicht das EU-Beihilferecht eins zu eins übernehmen, sondern hat die Möglichkeit, bei den Verhandlungen zu den zukünftigen sektoriellen Abkommen eigene Positionen einzubringen und durchzusetzen. Somit werden auch für jedes einzelne zukünftige sektorielle Abkommen Schwellenwerte vereinbart werden können, bis zu deren Erreichen Beihilfen gewährt werden können. Art. 8A Abs. 2 InstA hält fest, dass die Bestimmungen dieser zukünftigen Abkommen den beihilferechtlichen Bestimmungen des Institutionellen Abkommens vorgehen. Soweit das EU-Beihilferecht übernommen werden würde, wäre dieses allerdings gemäss der Rechtsprechung des EuGH auszulegen und anzuwenden.<sup>205</sup> Auch nach Abschluss eines zukünftigen sektoriellen Abkommens hat deren sektorieller Ausschuss die Kompetenz, Beihilfen, gemäss den Vorgaben des betreffenden sektoriellen Abkommens, als mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar anzusehen.<sup>206</sup>

Das Beihilfeverbot des Art. 8A Abs. 2 InstA erfasst Beihilfen der Schweiz und Beihilfen eines EU-Mitgliedsstaats, nicht jedoch Beihilfen der EU, sog. Unionsbeihilfen: Obwohl das

<sup>198</sup> Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV.

<sup>199</sup> Art. 8A Abs. 2 lit. c Ziff. iii InstA.

<sup>200</sup> Art. 8A Abs. 1 InstA.

<sup>201</sup> So auch *Epiney* (Fn. 180), Rz. 43.

<sup>202</sup> S.o. z.B. III.1.1.3. Vgl. auch nachfolgend IV.3.3.2.c.

<sup>203</sup> So auch *Epiney* (Fn. 180), Rz. 43.

<sup>204</sup> So auch die Erläuterungen (Fn. 179), 11.

<sup>205</sup> Art. 4 Abs. 2 InstA.

<sup>206</sup> Art. 8A Abs. 2 lit. c Ziff. V InstA.

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (nachfolgend „Landwirtschaftsabkommen“)<sup>207</sup> vom Anwendungsbereich des institutionellen Abkommens erfasst ist,<sup>208</sup> unterliegen die Agrarbeihilfen der EU für Landwirte in der EU<sup>209</sup> nicht dem grundsätzlichen Beihilfeverbot des institutionellen Abkommens. Dies gilt sogar dann, wenn das Landwirtschaftsabkommen dahingehend abgeändert werden würde, dass die Grundsätze des Beihilferechts auf das Landwirtschaftsabkommen zukünftig anwendbar sein sollten.

### c) Die Auslegung der beihilferechtlichen Bestimmungen

Gemäss Art. 8A Abs. 3 InstA werden die Bestimmungen des institutionellen Abkommens und der Abkommen, auf welche die beihilferechtlichen Bestimmungen anzuwenden sind, nach Art. 4 Abs. 2 InstA ausgelegt. Dieser sieht vor, dass unionsrechtliche Begriffe in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auszulegen sind, wobei explizit auch die Rechtsprechung zu berücksichtigen ist, welche nach der Unterzeichnung des institutionellen Abkommens erfolgt. Damit soll die parallele Auslegung der Bestimmungen des institutionellen Abkommens nach Art. 4 Abs. 1 InstA sichergestellt werden, wonach die Schweiz und die EU das institutionelle Abkommen zwar eigenständig aber möglichst einheitlich und nach den Grundsätzen des Völkerrechts auslegen.<sup>210</sup> Schweizerische Behörden werden aber unionsrechtliche Begriffe des EU-Beihilferechts – im Rahmen des jeweils anwendbaren sektoriellen Abkommens – gemäss der Rechtsprechung des EuGH auszulegen haben.

## 3.3 Überwachungsbehörden und Verfahrensrecht

### a) Die Vorgaben des institutionellen Abkommens

Die Schweiz und die EU sorgen, jeweils gemäss ihrer verfassungsmässigen Kompetenzordnung, dafür, dass die beihilferechtlichen Regelungen des institutionellen Abkommens auf ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet angewandt werden.<sup>211</sup> Beide Parteien haben dafür jeweils eine unabhängige Überwachungsbehörde einzurichten, die über die notwendigen Befugnisse für die vollständige Anwendung dieser Bestimmungen verfügt und welche eigenständig überwacht, dass staatliche Beihilfen mit den Bestimmungen des institutionellen Abkommens vereinbar sind.<sup>212</sup> Zu diesem Zweck wird – in der Schweiz und in der EU – ein Notifizierungsverfahren für staatliche Beihilfen eingeführt.<sup>213</sup> Die schweizerische und die EU-Überwachungsbehörde sollen die ausschliessliche Befugnis haben, einzelne Beihilfen

---

<sup>207</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen vom 21. Juni 1999, SR 0.916.026.81, ABl. 2002 L 114, 132 („Landwirtschaftsabkommen“).

<sup>208</sup> Art. 2 Abs. 2 InstA.

<sup>209</sup> Siehe hierzu Fn. 38.

<sup>210</sup> Vgl. zur bisherigen parallelen Auslegung des Bundesgerichts und der Unionsgerichte auch *Epiney* (Fn. 180), Rz. 17 sowie *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 147), Rz. 813 ff.

<sup>211</sup> Art. 8B Abs. 1 InstA.

<sup>212</sup> Art. 8B Abs. 2 InstA.

<sup>213</sup> Art. 8B Abs. 3 Satz 1 InstA.

– nach einer vorgängigen Genehmigung – zu bewilligen und sollen sicherstellen, dass rechtswidrig gewährte staatliche Beihilfen zurückgefordert werden.<sup>214</sup> Dies wird auch dadurch deutlich, dass geplante Beihilferegulungen erst dann umgesetzt werden können, wenn die jeweilige Überwachungsbehörde abschliessend entschieden hat<sup>215</sup> und diese Verfügung rechtskräftig ist.

Das InstA sieht damit vor, dass die Schweiz und die EU mit jeweils eigenen Behörden, welche über Untersuchungs- und Entscheidungskompetenzen verfügen, die Beihilferegulungen des institutionellen Abkommens im jeweiligen Hoheitsgebiet überwachen und damit das Zwei-Pfeiler-Modell verankern.<sup>216</sup> Ein solches Zwei-Pfeiler-Modell konnte das Vereinigte Königreich (als EU-Mitgliedstaat) in den Verhandlungen zum *Brexit*-Austrittsabkommen nicht durchsetzen.<sup>217</sup> Obwohl das Beihilferecht des institutionellen Abkommens zum grössten Teil auf dem EU-Beihilferecht beruht, würde damit jedoch nicht eine EU-Behörde, sondern eine schweizerische Behörde überwachen, dass staatliche Beihilfen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden mit dem institutionellen Abkommen vereinbar sind. Die Schweiz hat dafür, gemäss ihrer verfassungsmässigen Kompetenzordnung, erforderliche Regeln zu erlassen und diese anzuwenden, damit ein Überwachungsniveau sichergestellt werden kann, das jenem der EU entspricht.<sup>218</sup> Diese hat bereits im institutionellen Abkommen erklärt, dass sie ihrerseits die Art. 107 ff. AEUV anwenden würde,<sup>219</sup> womit sie auch im Bereich des institutionellen Abkommens das bestehende EU-Beihilferecht anwenden wird. Es ist daher davon auszugehen, dass auf Seite der EU die EU-Kommission, spezifischer die für Wettbewerbspolitik zuständige Generaldirektion Wettbewerb (*DG Competition*), für die Überwachung dieser Regelungen zuständig sein wird.

#### b) Die Umsetzung in der Schweiz

Die Schweiz wird somit entsprechende Regelungen erlassen müssen und eine oder mehrere Behörden zu Überwachung der beihilferechtlichen Bestimmungen gründen oder eine oder mehrere bestehende Behörden auf Bundes- oder Kantonsebene mit diesen Aufgaben betrauen müssen. Da der Anwendungsbereich der beihilferechtlichen Regelungen des institutionellen Abkommens in den kommenden Jahren noch verhältnismässig gering ausfallen dürfte, um eine *Know-how*-Konzentration dieses (für die Schweiz) neuen Rechtsbereichs zu ermöglichen und um ein einheitliches Notifizierungsverfahren einzurichten, ist das Modell vorzuziehen, wonach nur einer einzelnen schweizerischen Behörde die Überwachungskompetenz übertragen wird. Das schweizerische Überwachungssystem muss demjenigen der EU äquivalent sein, d.h. die Überwachungsbehörde muss über eine grosse Unabhängigkeit und über eine eigenständige Untersuchungs- und Entscheidungskompetenz verfügen. Analog zum *Brexit*-Austrittsabkommen ist davon auszugehen, dass die schweizerische Aufsichtsbehörde in der Lage sein muss, „ihre Aufgaben und Befugnisse unabhängig von

---

<sup>214</sup> Art. 8B Abs. 4 InstA.

<sup>215</sup> Art. 8B Abs. 3 Satz 2 InstA.

<sup>216</sup> So auch die Erläuterungen (Fn. 179), 4, 8, 11; *Epiney* (Fn. 180), Rz. 44.

<sup>217</sup> S.o. III.2.2.2.b.

<sup>218</sup> Art. 8B Abs. 6 Ziff. 1 InstA.

<sup>219</sup> Art. 8B Abs. 5 InstA.

politischer oder sonstiger externer Einflussnahme wahr[zunehmen und unparteiisch handeln [zu können]“,<sup>220</sup> um von der EU als äquivalent mit der EU-Kommission angesehen zu werden.

In Bezug auf Beihilfen, die nicht von einer Legalausnahme erfasst sind, muss die Überwachungsbehörde auch das Ermessen haben, eine Beihilfe unter Auflagen genehmigen zu können, wobei sie bei der Festsetzung solcher Auflagen frei entscheiden können muss. Zu einer solchen Entscheidungskompetenz gehört auch eine Sanktionskompetenz, welche derart ausgestaltet sein muss, dass die Überwachungsbehörde die Rückzahlung von unzulässigen Beihilfen durchsetzen können muss. Geplante Beihilfen, die nicht von einer Ausnahmeregelung erfasst sind, werden daher der Überwachungsbehörde zur vorgängigen Genehmigung unterbreitet werden müssen.<sup>221</sup> Gegen Verfügungen dieser Behörde muss zuletzt den Betroffenen der Rechtsweg offen stehen.

Auf schweizerischer Ebene erscheint es daher sinnvoll, der Wettbewerbskommission (nachfolgend „WEKO“) die Überwachungskompetenz zu übertragen, da diese bereits mit ihrem Sekretariat im Bereich von kartellrechtlichen Verfahren über ähnliche Kompetenzen und Erfahrung verfügt. Da ausserdem auf EU-Ebene die Generaldirektion Wettbewerb (*DG Competition*) für die Aufsicht über das Kartellrecht und das Beihilferecht zuständig ist, erscheint es sinnvoll, auch auf schweizerischer Ebene diese beiden verwandten Rechtsbereiche durch ein und dieselbe Behörde überwachen zu lassen. Durch die Zentralisierung der Beihilfeaufsicht auf eine einzelne Behörde könnte auch verhindert werden, dass das beihilferechtliche Verfahren in jedem zukünftigen sektoriellen Abkommen allzu detailliert und konkret geregelt werden müsste, da der EU-Kommission und der WEKO ein gewisses Ermessen eingeräumt werden könnte. Eine solche weitreichende Befugnis zur Ermessensausübung ist sogar Voraussetzung, um eine gerechte Rechtsanwendung im Einzelfall zu gewährleisten. Eine gewisse Vorausssehbarkeit der Praxis und eine Rechtssicherheit kann durch Bekanntmachungen – wie sie die WEKO bereits im Bereich des Kartellrechts erlässt – erreicht werden.

Auf eine vertiefte verfassungsrechtliche Untersuchung muss an dieser Stelle verzichtet werden, jedoch scheinen die Art. 27 Abs. 1, Art. 95 Abs. 2 Satz 1, Art. 96 Abs. 1, Art. 101 Abs. 1 BV eine verfassungsrechtliche Grundlage für eine solche Tätigkeit der WEKO zu erlauben.<sup>222</sup> Somit könnte die Schweiz, wie angestrebt, auf eine Verfassungsänderung zur Einräumung einer besonderen Bundeskompetenz zur Überwachung von staatlichen Beihilfen verzichten<sup>223</sup> und müsste auch keine neue Behörde gründen.

Positiv- und Negativentscheide sowie Rückzahlungsaufforderungen der WEKO könnten durch die Betroffenen auf dem Weg der allgemeinen Verwaltungsrechtspflege beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden, wie dies auch bei Verfahren der WEKO in Kartellrechtsangelegenheiten der Fall ist. Mit dem Bundesverwaltungsgericht besteht be-

---

<sup>220</sup> Art. 9 Abs. 1 Satz 2 Anhang 4 AA; s.o. III.2.2.2.b., Fn. 115.

<sup>221</sup> So auch die Erläuterungen (Fn. 179), 11.

<sup>222</sup> So auch *Ylber Hasani*, Die Beihilfenkontrolle in der Europäischen Union, Jusletter vom 29. April 2019, Rz. 44; a.A. *Baldi* (Fn. 152), Rz. 27 f.

<sup>223</sup> Vgl. die Erläuterungen (Fn. 179), 11.



reits eine Beschwerdeinstanz, womit durch bestehende Strukturen für Anfechtungsmöglichkeiten die Anforderungen an die grundrechtlichen Verfahrensgarantien ebenfalls erfüllt werden würden. Da das Bundesverwaltungsgericht, als Gericht eines EU-Drittstaats, keiner Pflicht unterliegt, dem EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens<sup>224</sup> Fragen zur Auslegung des EU-Rechts zu unterbreiten, könnte es eigenständig entscheiden. Dasselbe gilt für einen allfälligen Weiterzug der Beschwerde an das Bundesgericht. Dabei ist anzunehmen, dass beide Gerichte auch im Bereich des Beihilferechts, im Rahmen des sog. „technischen Ermessens“, der verfügenden Behörde bei der Bewertung von ausgesprochenen Fachfragen einen gewissen Beurteilungsspielraum überlassen würden.<sup>225</sup>

Gemäss dem Zwei-Pfeiler-Modell sind damit die Schweiz und die EU jeweils selbst für Überwachung in ihrem jeweiligen Hoheitsgebiet und gegenseitige Kontrolle der beihilferechtlichen Bestimmungen zuständig, womit letztendlich klassische völkerrechtliche Prinzipien zur Anwendung kommen.<sup>226</sup> Dies bedeutet, dass die Bestimmungen nach ihrem Wortlaut sowie nach Sinn und Zweck des anzuwendenden Abkommens auszulegen sind.<sup>227</sup> Komplettiert werden diese beihilferechtlichen Bestimmungen durch das Streitschlichtungsverfahren des institutionellen Abkommens.<sup>228</sup>

#### c) Modalitäten der Zusammenarbeit und Transparenz der Entscheide

Das institutionelle Abkommen sieht in allgemeiner Weise eine Zusammenarbeit zwischen der EU-Kommission und den zuständigen schweizerischen Behörden mit gegenseitiger Unterstützung vor.<sup>229</sup> Dies beinhaltet auch den Austausch von Informationen.<sup>230</sup> Im Bereich der staatlichen Beihilfen sollen sich die zuständigen Behörden der EU und der Schweiz über Programme und Fälle staatlicher Beihilfen austauschen, „einschliesslich Aufforderung an die jeweils [andere] zuständige Behörde, angemessene Massnahmen zu ergreifen“.<sup>231</sup>

Um allerdings auch eine Übermittlung von Informationen, welche die Vertragsparteien in ihren Untersuchungsverfahren erlangt haben, sowie einen gegenseitigen Informationsaustausch zu ermöglichen, erscheint eine Erweiterung des Wettbewerbsabkommens von 2013<sup>232</sup> auf beihilferechtliche Verfahren notwendig, da eine gesetzliche Grundlage für eine ebensolche Übermittlung erforderlich ist. Ob eine solche Erweiterung jedoch sinnvoll wäre, darf allerdings zumindest aus schweizerischer Sicht bezweifelt werden: Da die EU-Kommission gemäss den Bestimmungen des institutionellen Abkommens überwacht, ob die zuständige schweizerische Behörde die beihilferechtlichen Bestimmungen korrekt anwendet und bei Bedenken den sektoriellen Ausschuss anrufen muss,<sup>233</sup> würde eine solche Informa-

<sup>224</sup> Art. 267 Abs. 2 AEUV.

<sup>225</sup> BGE 135 II 384 E. 2.2.2.

<sup>226</sup> Vgl. *Epiney* (Fn. 180), Rz. 42.

<sup>227</sup> Art. 31 Abs. 1 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, SR. 0.111. Vgl. auch *Wolff Heintschel von Heinegg*, in: *Epping/Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2018, 476.

<sup>228</sup> Art. 10 Abs. 1 InstA.

<sup>229</sup> Art. 6 Abs. 1 InstA.

<sup>230</sup> Art. 6 Abs. 2 InstA.

<sup>231</sup> Art. 8C Abs. 1 InstA.

<sup>232</sup> S.o. IV.2.2.4.

<sup>233</sup> Art. 7 Abs. 3 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 InstA.

tionsübermittlung nicht zu einer Zusammenarbeit, sondern zu einer permanenten Überwachung der schweizerischen Behörde durch die EU-Kommission führen. Dabei würde die schweizerische Behörde durch die Übermittlung von Informationen an die EU-Kommission dieser sogar gleich die Dokumente beschaffen, mit denen die EU-Kommission die schweizerische Behörde überwachen könnte. Eine partnerschaftliche Zusammenarbeit und eine gleichzeitige einseitige Überwachung erscheinen somit in diesem Bereich unvereinbar. Eine Erweiterung des Abkommens von 2013 auf beihilferechtliche Verfahren ist daher aus schweizerischer Sicht abzulehnen. Das institutionelle Abkommen gewährt den Überwachungsbehörden der EU und der Schweiz jedoch die Möglichkeit, die Modalitäten für einen regelmässigen Informationsaustausch selbst zu bestimmen.<sup>234</sup> Ein solcher Austausch müsste sich jedoch an den bestehenden gesetzlichen Rahmen halten und würde daher einen Austausch von Informationen, welche die Vertragsparteien in Untersuchungsverfahren erlangt haben, nicht zulassen.

Die Schweiz und die EU haben für eine Transparenz zu sorgen, die bezüglich Inhalt und Verfahren jener entspricht, welche in der EU bei den staatlichen Beihilfen besteht.<sup>235</sup> So haben sie u.a. die Entscheide zu veröffentlichen.<sup>236</sup> Da eine solche Veröffentlichung jener im EU-Beihilfverfahren entsprechen muss, bedeutet dies, dass alle Positiv- und Negativentscheide, also alle Verfügungen der schweizerischen Überwachungsbehörde, veröffentlicht werden müssen. Dies hat dann unter Angabe der beteiligten Beihilfenempfänger und -geber, allfälliger beteiligter Dritter und der beabsichtigten Massnahme zu erfolgen. So wie die EU-Kommission diese Angaben im Amtsblatt der EU veröffentlicht, erscheint eine Veröffentlichung der aufgeführten Angaben im Bundesblatt angezeigt, um dem EU-Beihilfverfahren zu entsprechen.

Die konkreten Modalitäten für die Anwendung der Bestimmungen über die Zusammenarbeit, die Transparenz und den Informationsaustausch sollen allerdings inskünftig durch die sektoriellen Ausschüsse der einzelnen sektoriellen Abkommen bestimmt werden.<sup>237</sup>

### 3.4 Auswirkungen auf bestehende sektorielle Abkommen

#### a) Die Auswirkungen auf das Luftverkehrsabkommen

Die beihilferechtlichen Bestimmungen des institutionellen Abkommens sind ab dessen Inkrafttreten auf das Luftverkehrsabkommen direkt anwendbar.<sup>238</sup> Anders als in den Erläuterungen des Bundesrats angegeben,<sup>239</sup> ist das Luftverkehrsabkommen, wie oben bereits dargestellt,<sup>240</sup> nicht das einzige bestehende sektorielle Abkommen, das Beihilferegeln enthält. Trotzdem wäre es – vorerst – das einzige sektorielle Abkommen, auf welches die Beihilfebestimmungen des institutionellen Abkommens bei dessen Inkrafttreten direkt anwendbar

---

<sup>234</sup> Art. 8C Abs. 3 Satz 1 InstA.

<sup>235</sup> Art. 8C Abs. 2 Satz 1 InstA.

<sup>236</sup> Art. 8C Abs. 2 Satz 2 InstA.

<sup>237</sup> Art. 8C Abs. 4 InstA.

<sup>238</sup> Art. 8A Abs. 1 InstA.

<sup>239</sup> Erläuterungen (Fn. 179), 10.

<sup>240</sup> S.o. IV.2.

wären.<sup>241</sup> Diese entsprechen weitestgehend den beihilferechtlichen Bestimmungen des Luftverkehrsabkommens.<sup>242</sup> Auffällig ist wiederum, dass das institutionelle Abkommen bestimmt, dass wettbewerbsverfälschende Beihilfen unzulässig sind, wenn sie „nicht mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar“<sup>243</sup> sind, während das Luftverkehrsabkommen vorsieht, dass solche Beihilfen einfach nur mit dem Luftverkehrsabkommen unvereinbar sind.<sup>244</sup> Erst die konkrete Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des „ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts“ durch den Gemischten Ausschuss würde es erlauben zu prüfen, ob eine Inkompatibilität zwischen dem institutionellen Abkommen und dem Luftverkehrsabkommen besteht, wobei dann ersterem Vorrang zukommen würde.<sup>245</sup>

Das institutionelle Abkommen sieht vor, dass die bestehenden beihilferechtlichen Regelungen des Luftverkehrsabkommens durch spezifische für die Luftfahrt relevante Bestimmungen des EU-Beihilferechts ergänzt werden.<sup>246</sup> Diese sind im Anhang X des institutionellen Abkommens aufgelistet. Hierbei handelt es sich um eine Auflistung von Verordnungen sowie Bekanntmachungen, Leitlinien und Mitteilungen der EU-Kommission, welche im Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens zur Anwendung kommen sollen. Die Integration dieser Vorschriften erfolgt jedoch nicht *eo ipso* mit dem Inkrafttreten des institutionellen Abkommens, sondern durch speziellen Beschluss des sektoriellen Gemischten Ausschusses im Zeitpunkt der Unterzeichnung des institutionellen Abkommens.<sup>247</sup> Ab diesem Zeitpunkt wäre die Schweiz verpflichtet, Regeln zu erlassen, welche dem Rechtsrahmen der im Anhang X aufgelisteten Erlasse entspricht.

In der Auflistung des Anhangs X befinden sich u.a. die De-Minimis-Verordnung<sup>248</sup>, die Verfahrensverordnung in Beihilfesachen<sup>249</sup> (soweit diese zur Präzisierung der Art. 8A-8C InstA erforderlich ist) sowie die neue AGVO,<sup>250</sup> deren Anwendungsbereich im Jahr 2017 u.a. auf die Unterstützung von Flughäfen ausgeweitet wurde. So können unter zahlreichen und eng definierten Voraussetzungen Investitionen in Regionalflughäfen mit bis zu 3 Mio. Passagieren pro Jahr gefördert und auch Betriebsbeihilfen für sehr kleine Flughäfen gewährt werden. Die drei Landesflughäfen Zürich, Genf und Basel-Mülhausen werden mit ihren jeweils 31 Mio., 17,5 Mio. bzw. 8,5 Mio. Passagieren im Jahr 2018<sup>251</sup> aufgrund der

<sup>241</sup> Art. 8A Abs. 1 und Art. 8B Abs. 6 InstA.

<sup>242</sup> S.o. IV.2.2.2.b.

<sup>243</sup> Art. 8A Abs. 2 lit. a InstA.

<sup>244</sup> Art. 13 Abs. 1 LVA.

<sup>245</sup> Art. 17 Abs. 2 InstA; siehe zum Verhältnis des institutionellen Abkommens zu den anderen sektoriellen Abkommen *Epiney* (Fn. 180), Rz. 49 f.

<sup>246</sup> Art. 8B Abs. 6 erster Spiegelstrich InstA.

<sup>247</sup> Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zur Integration des Anhangs X über die gemäss Artikel 8B Absatz 6 erster Spiegelstrich erforderlichen Massnahmen in Bezug auf das Abkommen vom 21. Juni 1999 über den Luftverkehr in das genannte Abkommen.

<sup>248</sup> Vgl. Fn. 10.

<sup>249</sup> Vgl. Fn. 14; s.o. auch III.1.1.1.b.

<sup>250</sup> S.o. III.1.1.1.a.

<sup>251</sup> Übersicht zu Zivilluftfahrt, Bundesamt für Statistik, abrufbar unter: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/mobilitaet-verkehr/querschnittsthemen/zivilluftfahrt.assetdetail.8006290.html>> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

niedrigen Schwellen der AGVO nicht vom Ausnahmehereich der AGVO erfasst sein. Staatliche Beihilfen an diese drei Flughäfen werden daher zukünftig genau untersucht und anhand der im Anhang X aufgeführten Verordnungen, Bekanntmachungen, Leitlinien und Mitteilungen auf ihre Konformität mit dem Binnenmarkt überprüft werden müssen.<sup>252</sup> Dasselbe gilt für schweizerische Luftfahrtunternehmen. Der Flughafen Bern-Belp, als grösster schweizerischer Regionalflughafen, würde allerdings mit seinen ca. 176'000 Passagieren im Jahr 2017<sup>253</sup> als Regionalflughafen i.S. der AGVO gelten, womit deren komplexe und technische Bestimmungen inskünftig bei der Gewährung von Beihilfen zu berücksichtigen wären.

Auch die Verfahrensordnung ist in der Auflistung des Anhangs X aufgeführt. Diese sieht u.a. vor, dass die EU-Mitgliedsstaaten zur jährlichen Unterbreitung eines Jahresberichts über alle bestehenden Beihilferegulungen an die EU-Kommission verpflichtet sind.<sup>254</sup> Fraglich ist allerdings, ob die Schweiz dieser Pflicht unterliegen würde, da diese lediglich die „[EU-]Mitgliedsstaaten“ betrifft. Dass die Schweiz zur Unterbreitung eines solchen jährlichen Berichts verpflichtet wäre, erscheint allerdings mit dem Sinn und Zweck des bereits erwähnten Zwei-Pfeiler-Modells nicht vereinbar.

Die Unterschiede im Vergleich zur bestehenden Rechtslage sind daher überschaubar, aber dennoch erheblich. Wie beim derzeit anwendbaren Luftverkehrsabkommen würden ab Inkrafttreten des institutionellen Abkommens weiterhin schweizerische Behörden die Kompetenz zur Beihilfebeaufsichtigung im Luftverkehrsbereich innehaben. Für den Fall, dass eine Partei jedoch zu dem Schluss gelangt, dass durch die andere Partei genehmigte Beihilfen gegen die vereinbarten beihilferechtlichen Bestimmungen des Luftverkehrsbereichs verstossen, würde neu das Verfahren bei Streitigkeiten gemäss Art. 10 InstA zur Anwendung gelangen: Damit wäre der sektorielle Ausschuss zuständig, eine für beide Seiten akzeptable Lösung zu finden<sup>255</sup> und allenfalls das Schiedsgericht anzurufen.<sup>256</sup> Die einseitige Verhängung unverhältnismässiger und/oder gar sachfremder Schutzmassnahmen, welche das Luftverkehrsabkommen zurzeit gestattet,<sup>257</sup> wäre damit nicht mehr möglich. Des Weiteren unterlägen die spezifischen, für die Luftfahrt relevanten Bestimmungen des EU-Beihilferechts des Anhangs X den Rechtsentwicklungsgrundsätzen der Art. 5 i.V.m. Art- 12-14 InstA. Werden die im Anhang X aufgeführten Erlasse zukünftig abgeändert, wäre die Schweiz daher zur schnellstmöglichen Übernahme verpflichtet.

---

<sup>252</sup> Vgl. Fn. 69.

<sup>253</sup> Geschäftsbericht 2017 der Flughafen Bern AG, 22, abrufbar unter: <[https://www.bernairport.ch/images/content/pdf-dokumente/geschaeftsberichte/Geschaefts-bericht\\_2017.pdf](https://www.bernairport.ch/images/content/pdf-dokumente/geschaeftsberichte/Geschaefts-bericht_2017.pdf)> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

<sup>254</sup> Art. 26 Abs. 1 VerfVO.

<sup>255</sup> Art. 10 Abs. 1 InstA.

<sup>256</sup> Art. 10 Abs. 2 InstA.

<sup>257</sup> S.o. IV.2.2.2.c.

## b) Die Auswirkungen auf das Landverkehrsabkommen

Die beihilferechtlichen Bestimmungen der Art. 8A-8C InstA sind nicht direkt anwendbar und stellen lediglich den beihilferechtlichen Rahmen dar, welcher auf die zukünftigen sektoriellen Abkommen anzuwenden und ggf. zu ergänzen ist.<sup>258</sup> Damit sind die Beihilfebestimmungen des institutionellen Abkommens nicht auf das Landverkehrsabkommen anwendbar. Das institutionelle Abkommen hätte damit bei dessen Inkrafttreten keine Auswirkungen auf die bestehenden beihilferechtlichen Bestimmungen des Landverkehrsabkommens.

## c) Die Auswirkungen auf das Freihandelsabkommen

Wie oben bereits erwähnt, ist das Freihandelsabkommen nicht in der Auflistung von Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 InstA aufgeführt, welche den Geltungsbereich des institutionellen Abkommens beschreibt. Im streng juristischen Sinne wird das Freihandelsabkommen damit nicht vom institutionellen Abkommen tangiert.<sup>259</sup> Die Schweiz und die EU haben aber im institutionellen Abkommen drei gemeinsame Erklärungen angenommen, welche nach völkerrechtlichen Grundsätzen zwar nicht rechtsverbindlich sind, aber bei der Auslegung des institutionellen Abkommens herangezogen werden und einen Einblick in dessen zukünftige Entwicklung geben können.<sup>260</sup> Auf eine Erklärung wurde bereits oben eingegangen.<sup>261</sup> Eine andere Erklärung, die „Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen“, sieht vor, dass das Freihandelsabkommen modernisiert werden soll.<sup>262</sup> Dies wird bereits in der Präambel des institutionellen Abkommens erwähnt. Diese Modernisierung betrifft mehrere Bereiche, darunter „Regeln betreffend staatliche Beihilfen, die auf die zwischen den Parteien gehandelten Industrieerzeugnisse und Dienstleistungen anwendbar sind, um einheitliche Wettbewerbsbedingungen im Hinblick auf ein ordnungsgemässes Funktionieren des Binnenmarkts sicherzustellen“.<sup>263</sup> Angehängt an diese Erklärung ist ein Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Art. 29 FHA.<sup>264</sup> Bereits die Erwägungen zu diesem Entwurf halten fest, dass für die Auslegung des Art. 23 Abs. 1 Ziffer iii FHA (welcher das Beihilfeverbot des Freihandelsabkommens normiert<sup>265</sup>) die Bestimmungen von Teil II des institutionellen Abkommens massgebend sind.<sup>266</sup> Die Anwendung von Art. 23 Abs. 1 Ziffer iii FHA solle daher fortan von der Auslegung im Sinne der Bestimmungen von Teil II des institutionellen Abkommens geleitet werden.<sup>267</sup> Damit wären die beihilferechtlichen Bestimmungen des Freihandelsabkommens gemäss Art. 6-14 InstA auszulegen – inkl. den beihilferechtlichen Bestimmungen des institutionellen Abkommens,

<sup>258</sup> Art. 8A Abs. 1 InstA.

<sup>259</sup> *Baldi* (Fn. 152), Rz. 7; Erläuterungen (Fn. 179), 3.

<sup>260</sup> Vgl. *Epiney* (Fn. 180), Rz 8; Erläuterungen (Fn. 179), 15.

<sup>261</sup> S.o. IV.3.3.4.a., Fn. 247.

<sup>262</sup> Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen, Erwägung 6.

<sup>263</sup> A.a.O., zehnter Spiegelstrich.

<sup>264</sup> Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Artikel 29 des am 22. Juli 1972 in Brüssel abgeschlossenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft („Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses“).

<sup>265</sup> Vgl. Fn 145.

<sup>266</sup> Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses, Erwägung 4.

<sup>267</sup> Ebenda.

welche in Art. 8A-8C InstA normiert sind und die den materiellen Grundsätze des EU-Beihilferechts entsprechen.<sup>268</sup> Dies hätte weitreichende Konsequenzen, da dadurch eine Richtung vorgegeben werden würde, die künftig dazu führen könnte, dass sämtliche Bereiche, die in den Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens fallen, auch vom grundsätzlichen Beihilfeverbot erfasst werden. Damit wäre auch das EU-Beihilferecht auf einen Grossteil der schweizerischen Wirtschaft anwendbar.<sup>269</sup>

Die Beihilfenkontrolle soll dabei in zwei Stufen aktiviert werden. In einer ersten Stufe nach Inkrafttreten des institutionellen Abkommens, erlässt der Gemischte Ausschuss den o.g. Beschluss des Gemischten Ausschusses zum Freihandelsabkommen, der bereits als Entwurf im institutionellen Abkommen vorliegt.<sup>270</sup> In diesem würden die EU und die Schweiz vereinbaren, dass sie zukünftig bei allfälligen Streitigkeiten in Bezug auf die Auslegung oder Anwendung des Freihandelsabkommens den Gemischten Ausschuss und, falls notwendig und gewünscht, das durch das institutionelle Abkommen geschaffene Schiedsgericht anrufen.<sup>271</sup> Der Gemischte Ausschuss und das Schiedsgericht hätten dann die beihilferechtlichen Bestimmungen des Freihandelsabkommens gemäss den beihilferechtlichen Bestimmungen des institutionellen Abkommens auszulegen.<sup>272</sup> Die Schweiz und die EU haben ihre Absicht bekundet, in einer zweiten Stufe, innerhalb von sechs Monaten nach Verabschiedung des o.g. Beschlusses und im Laufe des Jahres 2020, Verhandlungen über eine Modernisierung des Freihandelsabkommens aufzunehmen.<sup>273</sup> Diese Erklärung tritt an die Stelle des begründeten Antrags der bisher kaum beachteten Entwicklungsklausel des Freihandelsabkommens<sup>274</sup> in Art. 32 FHA.<sup>275</sup> Da durch die Konsultation des Bundesrats zum Entwurf des institutionellen Abkommens sich dessen Ratifizierung verzögert und auch die notwendige Zeit für ein allfälliges Referendum berücksichtigt werden muss, erscheint es allerdings fraglich, ob die Verhandlungen zur Modernisierung des Freihandelsabkommens bereits im Jahr 2020 beginnen können.

Im Endeffekt soll das modernisierte Freihandelsabkommen damit dem institutionellen Abkommen unterstellt werden. Dies hätte auch zur Folge, dass die beihilferechtlichen Bestimmungen in Art. 8A-8C InstA auf das modernisierte Freihandelsabkommen anzuwenden wären.<sup>276</sup> Im Sinne des sog. *level playing field* erscheint dieser Ansatz folgerichtig und konsequent, wenn es das Ziel der Modernisierung des Freihandelsabkommens sein soll, den gegenseitigen Marktzugang zwischen der Schweiz und der EU zu vertiefen und den gegenseitigen Handel zu erleichtern.<sup>277</sup> Die Anwendung des Beihilferechts muss aus schweizerischer Sicht nicht unbedingt negativ sein, da die beihilferechtlichen Bestimmun-

---

<sup>268</sup> So auch *Baldi* (Fn. 152), Rz. 12.

<sup>269</sup> So auch *Stephan Breitenmoser/Simon Hirsbrunner*, EU-Rahmenabkommen – Grosse Tragweite für staatliche Beihilfen, Gastkommentar, NZZ vom 29. März 2019, 10.

<sup>270</sup> Erläuterungen (Fn. 179), 16.

<sup>271</sup> Art. 1 Abs. 1 Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses.

<sup>272</sup> So auch die Erläuterungen (Fn. 179), 3, 11, 16.

<sup>273</sup> Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen, Erwägungen 5 und 11, Satz 1; vgl. auch Erläuterungen (Fn. 179), 15.

<sup>274</sup> Vgl. *Breitenmoser/Weyeneth* (Fn. 147), Rn. 667.

<sup>275</sup> Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen, Erwägung 11, Satz 2.

<sup>276</sup> So auch *Breitenmoser/Hirsbrunner* (Fn. 269).

<sup>277</sup> So die Erläuterungen (Fn. 179), 15.

gen des institutionellen Abkommens, insb. durch den Verweis auf das geltende EU-Beihilferecht und im Gegensatz zum bestehenden Freihandelsabkommen, explizit viele Ausnahmen vom grundsätzlichen Beihilfeverbot enthalten.

Auch wenn die Erläuterungen des Bundesrats davon ausgehen, dass die Erklärung, das Freihandelsabkommen zu modernisieren, rein politischer Natur sei, d.h. unverbindlich (sic!) und folglich ergebnisoffen, womit keine künftige Unterstellung des Freihandelsabkommens unter das institutionelle Abkommen präjudiziert würde,<sup>278</sup> überzeugt dieser Ansatz nicht, denn ein solches widersprüchliches Verhalten der schweizerischen Verhandlungsführer widerspräche nicht nur den völkerrechtlichen Grundprinzipien, sondern würde die Schweiz erneut politischem Druck seitens der EU aussetzen.<sup>279</sup> Die Schweiz hat sich in den Verhandlungen zum institutionellen Abkommen – und dort insb. in der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen – *de facto* bereits bereit erklärt, zukünftig eine weitgehende Beihilfenaufsicht im Anwendungsbereich des Freihandelsabkommens einzuführen. Es ist daher *Breitenmoser* und *Hirsbrunner* zuzustimmen, wenn sie dafür plädieren, dass die Schweiz sich überlegen sollte, eine eigene Beihilfenkontrolle einzuführen.<sup>280</sup> Somit würde die Schweiz auch ihrem verfassungsrechtlichen Auftrag nachkommen und für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum sorgen.<sup>281</sup> Die kantonal unterschiedlichen Beihilferegimes können nämlich in der Tat eine Behinderung zur Verwirklichung eines schweizerischen Binnenmarkts darstellen.<sup>282</sup> Ein landesweit einheitliches Beihilferegime würde jedoch erheblich in die Souveränität der Kantone eingreifen, was wohl auch erklärt, warum die Kantone dem Entwurf des institutionellen Abkommens äusserst skeptisch gegenüberstehen.<sup>283</sup>

## V. Fazit

Das EU-Beihilferecht ist und bleibt ein praktisch äusserst relevanter und spannender Bereich des europäischen Wettbewerbsrechts. Es ist davon auszugehen, dass die EU-Kommission es auch in Zukunft weiterhin als Integrationswerkzeug nutzen wird. Der Rechtsanwender wird somit weitere interessante Entscheide aus Brüssel und Urteile aus Luxemburg erwarten können. Dies betrifft auch verschiedenste Wirtschaftssektoren im Vereinigten Königreich, auch nachdem es aus der EU ausgetreten ist. Das Vorgehen der EU-Kommission

<sup>278</sup> Erläuterungen (Fn. 179), 3.

<sup>279</sup> So auch *Breitenmoser/Hirsbrunner* (Fn. 269).

<sup>280</sup> Ebenda.

<sup>281</sup> Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV.

<sup>282</sup> So scheine es „prüfenswert, die Gewährung von Beihilfen auch in der Schweiz stärker zu disziplinieren“, *Matthias Oesch/Nina Burghartz*, Die fehlende Disziplinierung staatlicher Beihilfen in der Schweiz, *Die Volkswirtschaft* vom 24. April 2018, abrufbar unter: <https://dievolkswirtschaft.ch/de/2018/04/oesch-burghartz-05-2018/> (zuletzt besucht am 20.05.2019).

<sup>283</sup> Medienmitteilung der Konferenz der Kantonsregierungen vom 29. März 2019: Institutionelles Abkommen: Klärung offener Punkte notwendig; *Hansueli Schöchli*, Kantone schiessen gegen den EU-Vertrag – Neue Regeln gegen Staatsbeihilfen stossen auf heftige Kritik, *NZZ* vom 23. Januar 2019, 15.

gegen die sog. *aggressive tax planning practices* wird auch zukünftig für verschiedenste Behörden eine grosse Bedeutung haben und mediale Resonanz erfahren.

Das EU-Beihilferecht wird daher auch weiterhin von grosser Relevanz sein und für viele Wirtschaftssektoren, die am EU-Binnenmarkt teilnehmen oder teilnehmen wollen, von zentraler Bedeutung bleiben. Dies betrifft nicht nur Marktteilnehmer aus der EU, sondern auch aus Drittstaaten, welche aufgrund eines (Handels-)Abkommens am EU-Binnenmarkt teilnehmen wollen. Es ist davon auszugehen, dass die EU-Kommission auch weiterhin Unternehmen aus der EU vor unfairer Konkurrenz aus Drittstaaten schützen wird und daher zukünftigen Handels- und sektoriellen Marktzugangsabkommen nur dann zustimmen wird, wenn diese beihilfenrechtliche Bestimmungen enthalten. Dies hat zur Folge, dass Unternehmen aus Drittstaaten nur dann am EU-Binnenmarkt teilnehmen können, wenn sie dieselben Regeln befolgen, wie die Unternehmen, die bereits am EU-Binnenmarkt teilnehmen.

Es ist daher nur logisch und konsequent, dass die EU im Entwurf des InstA auf beihilfenrechtliche Vorschriften besteht. Der vorliegende Beitrag hat die beihilfenrechtlichen Bestimmungen des InstA durchleuchtet und die möglichen Auswirkungen auf die bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU sowie auf das schweizerische Recht skizziert. Ob die Schweiz das InstA schlussendlich ratifizieren wird, ist eine politische Entscheidung. Insbesondere die beihilfenrechtlichen Bestimmungen im ausgehandelten Entwurf werden in den Medien und in der Lehre verstärkt diskutiert, wobei nicht selten Befürchtungen auf Fehlinterpretationen und Irrtümern beruhen. Dieser Beitrag hatte das Ziel, der Debatte eine fundierte Grundlage zu bieten, auf deren Basis verantwortungsvolle Entscheidungen getroffen werden können.