

Avenue Louise 489
1050 Brüssel, Belgien
Tel: 32 (0)2 626 05 00
Fax: 32 (0)2 626 05 10
www.step toe.com
E-Mail: shirsbrunner@step toe.com

9. Oktober 2017/Rev. 1

Bericht
im Auftrag der
Konferenz der Kantonsregierungen
über
**die Folgen einer möglichen Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen
der EU durch die Schweiz**
Betroffene Politikbereiche und zu erwartende Auswirkungen
Praxis in den Nachbarstaaten der Schweiz

Erstellt von Simon Hirsbrunner, Rechtsanwalt (Schweiz, Deutschland)

INHALTSVERZEICHNIS

I. Einführung und Fragestellung	3
II. Grundzüge des EU-Beihilfenrechts	4
III. Vergleich zum Schweizer Recht	5
IV. Wahrscheinlicher Anwendungsbereich und zu erwartende Auswirkungen	6
A. Vorbemerkungen	6
1. Fehlende Bestimmtheit des Beihilfenbegriffs	6
2. Heausforderungen einer Abgrenzung nach bilateralen Abkommen bzw. betroffenen Wirtschaftssektoren	7
3. Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Kantonen nicht ausschlaggebend	9
4. Zum Argument des “Level Playing Field”	9
B. Sektorübergreifende Erwägungen	10
1. Begriff des Staates	10
2. Begriff der staatlichen Beihilfe	10
3. Durch staatliche Beihilfen begünstigte Unternehmen	10
4. Beteiligungen an öffentlichen Unternehmen	11
5. Nicht nur Beihilfen für international tätige Unternehmen	11
6. Bagatellfälle	13
C. Vom Beihilfenverbot nicht betroffene Sachverhalte	13
1. Keine Schuldenbremse	13
2. Kein Gebot zur Privatisierung	13
3. Kein Gebot zur Abschaffung der kantonalen Regale	14
D. Transparenzverpflichtungen	14
E. Auswirkungen auf einzelne Politikbereiche	14
1. Subventions-, Regional- und Umweltpolitik	15
2. Wirtschaftsförderung	15
3. Personenfreizügigkeit	15
4. Luftverkehr	16
5. Landverkehr	22
6. Stromsektor	22
7. Finanzdienstleistungen	23
V. Praxis in den Nachbarstaaten der Schweiz	29

I. Einführung und Fragestellung

Die EU macht eine Vertiefung der bilateralen Beziehungen bekanntlich unter anderem davon abhängig, dass die Schweiz das Verbot staatlicher Beihilfen nach dem Vorbild des EU-Rechts übernehmen soll. Im Vergleich zum Freihandelsabkommen von 1972¹ und dem Luftverkehrsabkommen aus dem Jahr 1999², die bereits beihilfenrechtliche Bestimmungen enthalten, soll dieses Verbot sehr viel verbindlicher ausgestaltet werden. Es soll insbesondere mit einem Überwachungsmechanismus verknüpft werden, der eine effektive Durchsetzung gewährleisten soll. Das Beihilfenverbot könnte entweder im noch zu abzuschliessenden institutionellen Rahmenabkommen, den betroffenen sektoriellen Abkommen oder sowohl im Rahmenabkommen als auch den sektoriellen Abkommen verankert werden. Die diesbezüglichen Forderungen der EU haben vor dem Hintergrund der Brexit-Verhandlungen, bei denen neben zahlreichen anderen Aspekten auch die Beihilfenkontrolle problematisiert wird, an Nachdruck gewonnen.³

Das Sekretariat der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) hat uns vor diesem Hintergrund gebeten, einen Bericht über die wahrscheinlichen Auswirkungen einer Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen durch die Schweiz zu verfassen. In diesem Bericht sollen die folgenden Fragen beantwortet werden:

1. Welche Politikfelder wären von der Einführung von Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen besonders betroffen? Welche kantonalen Regelungen wären betroffen? Welche Auswirkungen wären zu erwarten?
2. Welche Auswirkungen hätte die Einführung von Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen auf die kantonale Steuerpolitik?
3. Wie ist die diesbezügliche Praxis in den Nachbarstaaten der Schweiz?
4. Wie sollte eine föderalismusverträgliche Überwachung von Regelungen über die Staatsbeihilfen ausgestaltet sein?

¹ Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 0.632.401, ABl. 1972 L 300/189.

² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68, ABl. 2002 L 114/73.

³ Siehe dazu European Council (Art. 50) guidelines for Brexit negotiations, <http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2017/04/29-euco-brexit-guidelines/> (zuletzt abgerufen am 29. 9. 2017), Rn. 20; vgl. dazu z.B. Jose Luis Buendía Sierra, *'Brexit', a Stress Test for State Aid Control?*, European State Aid Law Quarterly (EStAL), Vol. 15 (2016), Issue 3, S. 33; Simon Hirsbrunner, *How to Please Your Sweethearts When You Are Divorcing: The UK Government's Ability to Offer Incentives to Foreign Investors After Brexit*, EStAL, Vol. 15 (2016), Issue 4, S. 504; ders / Alice Lauterjung, *Without EU State Aid Control No EU-UK Free Trade Deal?* EStAL, Vol. 16 (2017), Issue 2, S. 288; George Peretz QC, *A Star Is Torn: Brexit and State Aid*, EStAL, Vol. 15 (2016), Issue 3, S. 334.

Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über das materielle Beihilfenrecht, bevor die Fragen 1 und 3 behandelt werden sollen. Die Fragen 2 und 4 werden im Bericht von Prager Dreifuss abgehandelt.

II. Grundzüge des EU-Beihilfenrechts

Das Verbot staatlicher Beihilfen der EU geht auf den Vertrag über die Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) von 1957 zurück, der wiederum auf dem inzwischen beendeten Montanvertrag (Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl – EGKS) von 1951 aufbaute. Das Verbot figuriert heute in Artikel 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Gemeinschaft (AEUV) und ist wie folgt formuliert:

„Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen“.

Ähnlich wie beim Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen („Kartellverbot“) nach Artikel 101 Abs. 1 AEUV, handelt es sich um ein Verbot mit Genehmigungsvorbehalt. Staatliche Beihilfen im Anwendungsbereich des AEUV sind folglich grundsätzlich verboten, es sei denn, sie seien entweder aufgrund einer Bestimmung im Vertrag selbst oder einer Gruppenfreistellungsverordnung der Europäischen Kommission vom Verbot freigestellt.

Staatliche Beihilfen können zudem in begründeten Einzelfällen aufgrund eines Beschlusses der Kommission freigestellt werden. Dies setzt eine vorherige Notifizierung (Anmeldung) voraus. Die Massnahme darf solange nicht durchgeführt werden, als die Kommission keine Genehmigung erteilt hat, was mit dem Begriff des „Durchführungsverbots“ umschrieben wird. Stellt die Kommission nach einer Anmeldung fest, dass tatsächlich ein beihilferechtlich relevanter Tatbestand vorliegt, kann sie die Beihilfe entweder unbedingte oder unter Bedingungen freigeben oder sie kann der Beihilfe insgesamt die Genehmigung versagen.

Ist eine Beihilfe widerrechtlich ohne vorherige Notifizierung und Genehmigung vollzogen worden, kann die Kommission den Sachverhalt nachträglich aufgreifen. Sollte sich dabei herausstellen, dass die betroffene Massnahme nicht genehmigt werden kann, stellt die Kommission das Vorliegen einer verbotenen Beihilfe fest, und ordnet gleichzeitig an, dass der betroffene Mitgliedstaat die Beihilfe einschliesslich Zinsen zurückfordert. Sie kann ebenfalls nachträgliche Änderungen der streitigen Massnahme anordnen.

Das Durchführungsverbot ist unmittelbar anwendbar. In nationalen Gerichtsverfahren können sich Parteien auf das Verbot berufen, wenn sie der Auffassung sind, dass die Gegenpartei von

einer widerrechtlichen Beihilfe profitiert habe, die in Missachtung des Verbots gewährt worden ist.⁴

III. Vergleich zum Schweizer Recht

Das Schweizer Recht kennt kein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen. Einheitliche Vorschriften zur Kontrolle von Subventionen ergeben sich aus dem Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG).⁵ Dieses regelt geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten (Finanzhilfen), sowie Leistungen zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die den Empfängern dadurch entstehen, dass sie Aufgaben erfüllen, die ihnen vorgeschrieben werden oder die auf sie übertragen worden sind (Abgeltungen). Das Subventionsgesetz soll sicherstellen, dass Finanzhilfen und Abgeltungen des Bundes nur gewährt werden, wenn sie hinreichend begründet sind, ihren Zweck auf wirtschaftliche und wirkungsvolle Art erreichen, einheitlich und gerecht geleistet werden und schliesslich ihre Ausgestaltung den finanzpolitischen Erfordernissen entspricht.

Relevant ist ferner das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Regionalpolitik,⁶ das u.a. die Gewährung von Finanzhilfen im Zusammenhang mit regionalpolitischen Initiativen, Programmen und Projekten regelt. Es bestimmt u.a., dass Steuererleichterungen von der direkten Bundessteuer für industrielle Unternehmen oder produktionsnahe Dienstleistungsbetriebe geleistet werden können, die neue Arbeitsplätze schaffen oder bestehende neu ausrichten.

Darüber hinaus können die Kantone und Gemeinden über Massnahmen zur Wirtschaftsförderung entscheiden, solange dies dem Bundesrecht nicht widerspricht. Soweit die Kantone über Förderungsmassnahmen entscheiden, die auf Bundesrecht begründen, müssen sie dies in Übereinstimmung mit dem oben genannten Subventionsgesetz tun. Die Kantone müssen weiter bei der Ausgestaltung ihrer Steuergesetzgebung die Vorschriften des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz (StHG)) beachten.⁷ Die Revision dieses Gesetzes ist bekanntlich Teil der Steuervorlage 17, nach dem Scheitern der Unternehmenssteuerreform III. Für eine Auseinandersetzung mit den steuerpolitischen Aspekten wird auf die diesbezügliche Analyse von Prager Dreifuss verwiesen.

Schliesslich ist anerkannt, dass es nicht mit dem verfassungsrechtlich garantierten Grundsatz der Wettbewerbsneutralität vereinbar ist, wenn Staatsbetriebe ihre Tätigkeit in den

⁴ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABI 2009 C 85/1.

⁵ SR 616.1.

⁶ SR 901.0.

⁷ SR 642.14.

Bereichen, in denen sie mit Privaten im Wettbewerb stehen, systematisch aus ihrem Monopolbereich quersubventionieren.⁸

IV. Wahrscheinlicher Anwendungsbereich und zu erwartende Auswirkungen

A. Vorbemerkungen

Mit Ihrer ersten Frage möchten Sie wissen, welche Politikfelder, und insbesondere welche kantonalen Regelungen, vor allem von der Einführung einer Kontrolle staatlicher Beihilfen betroffen sein könnten. Sie möchten ferner wissen, welche Auswirkungen zu erwarten wären.

1. Fehlende Bestimmtheit des Beihilfenbegriffs

Vorweg zu schicken ist, dass diese Fragen nicht einfach zu beantworten sind. Abgesehen davon, dass der definitive Wortlaut einer Vereinbarung mit der EU derzeit nicht vorliegt, gestaltet sich jeder Versuch, den Anwendungsbereich einer neuen Beihilfenkontrolle im Verhältnis Schweiz–EU im Voraus abschliessend festzulegen, als äusserst anspruchsvoll.⁹

Dies ergibt sich zunächst aus der Unbestimmtheit des Beihilfenverbots selbst, das, wie vielfach in der Lehre angemerkt, eine regelrechte Wundertüte ist. Tatsächlich ist die Reichweite des Verbots staatlicher Beihilfen, die aufgrund des Wortlauts des oben erwähnten Artikel 107 Abs. 1 AEUV bereits sehr gross anmutet, durch die Praxis der Europäischen Kommission sowie des Gerichtshofs und des Gerichts der EU stetig erweitert worden. Ein Ende dieser Entwicklung ist noch nicht abzusehen. Der institutionelle Rahmen in der derzeit diskutierten Form wird zudem zu einer fortlaufenden dynamischen Anpassung des für die Schweiz verbindlichen „*Acquis*“, einschliesslich etwaiger beihilferechtlichen Vorschriften führen.

⁸ BGE 138 I 378 E 9.1 – „*Glarnersach*“.

⁹ Vgl. hiernach zu den Auswirkungen einer Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen durch die Schweiz im Allgemeinen: u.a. Stephan Breitenmoser / Claudia Seitz, *Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Europäischen Beihilferechts und des Subventionsrechts der WTO*, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2009/2010*; Simon Hirsbrunner, Könnte die Schweiz ein Verbot staatlicher Beihilfen verkraften? *EuZ* 3/2017, S. 60; Matthias Oesch, *Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone*, *AJP* 2013, S. 1337; spezifisch zum Luftverkehrsbereich: Stefan Ost, *Beihilfenkontrolle im europäischen Luftverkehr*, *ASDA/SVLR Bulletin* Nr. 146/2014, S. 6; zur Unternehmensbesteuerung: *Unternehmensbesteuerung und Steuerwettbewerb - Entwicklungen in der Europäischen Union*, Bericht des Bundesrates vom 7. November 2007 in Erfüllung des Postulats 07.3003 Po. Kommission für Wirtschaft und Abgaben SR (05.058); Thomas Cottier / René Matteoti, *Der Steuerstreit Schweiz- EG: Rechtslage und Perspektiven*, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2006/2007; Simon Hirsbrunner, *Wer hat Recht im Steuerstreit mit der EU? – Anmerkungen aus europarechtlicher Sicht*, *EuZ* Mai 2007, S. 46; ders. / Simone Seidl, *Kantonale Steuervergünstigungen im Visier der Europäischen Kommission*, *SZIER* 5/2006, S. 541; Thomas Linder / Cyrill Diefenbacher, *Darstellung der EU-Regionalbeihilferegulungen und Schlussfolgerungen für Steuererleichterungen in der Schweiz*, *ASA* 83 Nr. 9 2014/2015, S. 565; Christa Tobler, *Bilaterale Beziehungen (punktuell) auf den Prüfstand? Einige Bemerkungen zum sog. Steuerstreit aus juristischsystematischer Sicht*, in: Christa Tobler (Hrsgin), *Aspekte des Finanzdienstleistungs- und Unternehmenssteuerrechts nach dem EG-Recht und dem bilateralen Recht*, *Basler Schriften zur europäischen Integration* Nr. 86, 2008, S. 29.

Als der Bundesrat im 18. Mai 1992 zu der Übernahme des Beihilfenverbots im **EWR-Abkommen** Stellung nahm, war er noch der Ansicht, dass die Schweiz im Vergleich zu anderen Staaten nur sehr wenige Beihilfen gewähre.¹⁰ Soweit der Bund Beihilfen gewähre, könnten diese als vertragskonform eingestuft werden. Er räumte eine gewisse Unsicherheit bezüglich der Bewertung der regionalpolitischen Beihilfen ein, verneinte jedoch auch dort ein erhebliches Anpassungsrisiko. Was die Beihilfen auf kantonaler Ebene anbelangte, war der Bundesrat der Meinung, dass sich Anpassungen erübrigen sollten. Die Belastbarkeit dieser Annahmen des Bundesrats muss im Rückblick hinterfragt werden, insbesondere wenn man sich vor Augen führt, welche Umwälzung die Europäische Union mit ihren, auch beihilferechtlich motivierten, Interventionen im Bereich der Unternehmensbesteuerung in der Schweiz provoziert hat. Die Europäische Kommission und die EU-Gerichte haben zudem seit 1992 den Anwendungsbereich des EU-Beihilfenverbots stetig ausgebaut. Trotzdem macht es manchmal den Eindruck, als werde der Anpassungsbedarf, der sich bei einer Einführung des Beihilfenverbots in der Schweiz ergeben könnte, auch heute noch oft unterschätzt.

2. Heausforderungen einer Abgrenzung nach bilateralen Abkommen bzw. betroffenen Wirtschaftssektoren

Im Umfeld des schweizerischen Verhandlungsteams zirkuliert derzeit die These, es gehe lediglich darum, das Beihilfenverbot auf Abkommen mit einem Marktintegrationszweck wie insbesondere Marktzugangsabkommen anwendbar zu erklären. Gemeint sind wohl das Personenfreizügigkeitsabkommen, das bereits erwähnte Luftverkehrsabkommen, das Landverkehrsabkommen, ein künftiges Stromabkommen sowie ein denkbare Finanzdienstleistungsabkommen. Hierzu liegt derzeit keine öffentliche Stellungnahme vor und es ist auch nicht klar, ob diese Auffassung, soweit sie besteht, von der Europäischen Kommission geteilt wird, und insbesondere wie fest sie vertraglich verankert werden kann. Unklar ist ferner, ob und in welchem Umfang das Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen von 1999 und das Abkommen über die landwirtschaftlichen Verarbeitungsprodukte von 2004 mit betroffen sein könnten.

Offen ist insbesondere auch, ob das **Freihandelsabkommen** aus dem Jahr 1972 miteinbezogen werden muss. Dieses sieht bereits, wie eingangs erwähnt, ein Beihilfenverbot vor, das jedoch bisher nur äusserst selten angerufen worden ist. Es käme überraschend, wenn die Kommission oder die interessierten EU-Mitgliedstaaten keine Versuchung verspüren sollten, diesen Umstand argumentativ auszuschlachten. Die Kommission hat bekanntlich bereits einmal den diebezüglich massgebenden Artikel 23 (iii) des Freihandelsabkommens zu aktivieren versucht, als sie gewisse kantonale Steuerregeln für Holding- Verwaltungs- und gemischte Gesellschaften aufs Korn genommen hat, was inzwischen in den Vorschlag einer Unternehmenssteuerreform III und danach die Steuervorlage 17 gemündet ist. Dies wird in der betreffenden Stellungnahme von Prager Dreifuss erläutert.

¹⁰ Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBl 1992 IV 1, 363 ff.

Wenn die gesteigerte Beihilfendisziplin einschliesslich einer neuen Überwachungsfunktion auf das Freihandelsabkommen erweitert werden sollte, wären davon praktisch alle Industrieprodukte betroffen.

Ungeachtet der oben beschriebenen Unwägbarkeiten, steht fest, dass es in Anbetracht der dynamischen Natur des „*Acquis*“ kaum möglich sein wird, die vom Beihilfenverbot betroffenen Anwendungsfälle ein für alle Mal festschreiben zu wollen. Denn im EU-Recht, und somit auch dem „*Acquis*“, sofern dieser in Übereinstimmung mit der EU-Rechtsprechung interpretiert werden soll, spielt tendenziell die historische Auslegungsmethode, die auf die ursprünglichen Absichten der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Erlasses einer Norm abstellt, eine untergeordnete Rolle. Eine **zukünftige extensive Auslegung des Verbots**, eventuell gefördert durch einen Entscheid oder ein Gutachten einer Streitschlichtungsinstanz (EuGH, EFTA-Gerichtshof), kann unter diesen Umständen nicht ausgeschlossen werden. Zur dynamischen Entwicklung trägt auch das dem Beihilferecht eigene System der Rechtsanwendung bei, nach dem die Überwachungsbehörde einen grossen Spielraum zur Gestaltung der Beihilfenpolitik hat, der durch die Rechtsprechung von EuG und EuGH zwar in einem gewissen Mass, aber nicht vollständig begrenzt wird. Gleichzeitig spielen die Beschwerdeführer eine wichtige Rolle als Antreiber der Kommission zur stetigen Auslotung der sich bietenden Auslegungsspielräume.

Ohnehin stellen sich bei einem sektorbezogenen Ansatz schwierige **Abgrenzungsfragen**. Dies kann am Beispiel des Stromsektors wie folgt illustriert werden.

- Es dürfte wohl unstrittig sein, dass der für den Stromsektor relevante beihilfenrechtliche „*Acquis*“ alle staatlichen Beihilfen erfasst, die geeignet sind, den Wettbewerb zwischen Unternehmen zu verzerren, welche in der Erzeugung, dem Transport vom oder der Versorgung mit Strom tätig sind. Unklar ist jedoch, ob auch solche Beihilfen erfasst werden sollen, welche zwar den Stromsektor betreffen, aber dabei ausschließlich Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Märkten zugutekommen. Wenn z.B. bestimmte gewerbliche Stromkunden aufgrund einer staatlichen Massnahme von gewissen Abgaben befreit sind, liegt zwar eine staatliche Förderung vor, die beihilferechtlich relevant sein könnte. Doch wirkt sich diese primär auf den Wettbewerb auf den nachgelagerten Marktstufen aus, weil dann gewisse Stromkunden ihre Waren kostengünstiger produzieren können, als dies bei anderen der Fall ist. Ob dies rechtfertigt, solche Beihilfen in jedem Fall einer Kontrolle zu entziehen, ist fraglich.
- Ähnliche Abgrenzungsfragen stellen sich hinsichtlich von staatlichen Beihilfen zu Gunsten von Unternehmen, welche auf einer vorgelagerten Marktstufe tätig sind, wie dies etwa der Fall sein kann, wenn der Staat die Entwicklung und Produktion von Photovoltaikanlagen oder Windturbinen finanziell fördert.

3. Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Kantonen nicht ausschlaggebend

Wichtig ist ferner, dass die Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Bund und den Kantonen nicht den Ausschlag gibt, auf welcher Ebene sich das Beihilfenverbot auswirken kann. Wenn es z.B. in Artikel 91 Abs. 1 BV heisst, der Bund sei zuständig, über den Transport und die Lieferung von Elektrizität zu legiferieren, bedeutet dies nicht, dass eine Einführung des Beihilfenverbots im Stromsektor allein den Bund betreffe. Vielmehr ist das Beihilfenverbot geeignet, alle Stufen des Staates zu durchdringen, bis hin zu den Gemeinden und den öffentlichen Anstalten und Unternehmen, soweit diese selbst im Bereich der Stromwirtschaft selektive Vergünstigungen gewähren.

4. Zum Argument des “Level Playing Field”

Schliesslich ist eine schlichte Übernahme des EU-Beihilfenrechts nicht geeignet, gleich lange Spiesse im Wettbewerb zu gewährleisten. Das von Vertretern der EU oft bemühte Bild des „*Level Playing Field*“ ist nicht zutreffend. Vielmehr wäre die EU im Vorteil, hat sie sich doch selbst eine Ausnahme für die Beihilfen eingeräumt, die von ihr, und nicht ihren Mitgliedstaaten ausgerichtet werden.¹¹ Dies ist am deutlichen im Agrarsektor zu erkennen, wo sich die die EU „*Carte Blanche*“ für die von ihr selbst ausgerichteten Subventionen gegeben hat. Auch ausserhalb des Agrarsektors sind die von den EU-Institutionen selbst verwalteten Fördermittel gewissermassen immunisiert.

Ohne dass dies vorliegend vertieft erörtert werden kann, sei darauf hingewiesen, dass zudem diverse beihilferechtliche Regelungen, gerade im Stromsektor, mit anderen EU-Regelungen verknüpft sind, die nicht von der Schweiz übernehmen werden sollen. Unter diesen Umständen macht eventuell eine Spiegelung des EU-Beihilfenrechts mit Hilfe von äquivalenten Bestimmungen, nicht aber eine Übernahme Sinn.

¹¹ Vgl. Mestmäcker/Schweitzer in: Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht*, Bd. 3 *BeihilfenR/Sonderbereiche*, 5. Aufl. 2016, Rn. 43 ff, insbes. Rn. 44 Einl.

B. Sektorübergreifende Erwägungen

1. Begriff des Staates

Unter die Beihilfenkontrolle fallen staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen. Auf die Schweiz übertragen, können darunter sowohl Massnahmen des Bundes, als auch der Kantone, der Gemeinden, von öffentlichen Unternehmen¹² sowie von Privaten fallen, die aufgrund eines staatlichen Auftrags¹³ tätig werden.

2. Begriff der staatlichen Beihilfe

Das Verbot erfasst nicht nur Subventionen im engeren Sinne, sondern jede geldwerte Begünstigung eines Unternehmens, die den Staat verpflichtet, einschliesslich der Gewährung von Darlehen zu nicht markgerechten Bedingungen, der Befreiung von Steuern oder Abgaben, die Gewährung von Bürgschaften und Ausfallhaftungen sowie die Übertragung von Grundstücken unter dem Marktpreis.

3. Durch staatliche Beihilfen begünstigte Unternehmen

Auch der Begriff der „Unternehmen“, die durch eine Beihilfe gefördert werden, wird weit verstanden. Jede natürliche oder juristische Person, die gegen Entgelt einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgeht, kann ein Unternehmen im Sinn des EU-Beihilferechts sein. Eine Absicht der Gewinnerzielung ist nicht erforderlich. Unter den Begriff kann auch ein **Profisportverein** fallen¹⁴, ebenso wie ein **öffentliches Spital**,¹⁵ eine **Jugendherberge**¹⁶, ein **Alpinverein**¹⁷ oder ein **Schwimm- und Thermalbad**.¹⁸ Ferner kann z.B. der Betrieb von **Museen, Archiven, Bibliotheken, Kunst- und Kulturzentren oder -stätten, Theatern, Opernhäusern, Konzerthäusern, Einrichtungen für Live-Aufführungen, Einrichtungen zur Erhaltung und zum Schutz des Filmerbes und ähnlichen Infrastrukturen, Organisationen und Einrichtungen im Bereich der Kunst und Kultur** eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinn des EU-Beihilfenrechts darstellen, wenn er gegen Entgelt erfolgt.¹⁹

¹² Europäische Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2016 C 262/1, Rn. 49.

¹³ Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe (oben Fn. 12), Rn. 50.

¹⁴ Z.B. Europäische Kommission, Beschluss vom 4. 7. 2016, SA.33754 – Spanien, *Aid to Real Madrid*.

¹⁵ Europäische Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl 2012 C 8/4, Rn. 24.

¹⁶ Europäische Kommission, Beschluss vom 29.5.2017, SA.43145 (2016/FC) – Deutschland, *Mutmaßliche nichtsteuerliche Beihilfemaßnahmen zugunsten der Jugendherberge Berlin Ostkreuz gGmbH*.

¹⁷ Europäische Kommission, Beschluss vom 5. 12. 2012, SA.33952 - Deutschland, *Kletteranlagen des Deutschen Alpenvereins*.

¹⁸ Europäische Kommission, Beschluss vom 23.7.2014 - SA.33045 – Deutschland, *„Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG“*.

¹⁹ Vgl. Artikel 53 Abs. 2 lit. a Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV (Allg. Gruppenfreistellungsverordnung), ABl L 187 vom 26.6.2014, S. 1.

4. Beteiligungen an öffentlichen Unternehmen

Nach dem Beihilfenverbot wären der Bund, die Kantone und die Gemeinden zudem verpflichtet, zu den von ihnen kontrollierten öffentlichen Unternehmen eine wirtschaftliche Eigentümerbeziehung nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu unterhalten. Wenn die öffentliche Hand einem öffentlichen Unternehmen Kapital zuführen möchte, müsste sie folglich darlegen, dass ein privater, unter normalen Marktbedingungen handelnder Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in einer vergleichbaren Situation dieselbe Kapitalerhöhung zu vergleichbaren Bedingungen vorgenommen hätte (sog. „*Private Investor-Test*“).²⁰

Um zu prüfen, ob eine Kapitalbeteiligung marktwirtschaftlich gerechtfertigt ist, werden unter anderem die Finanzkennzahlen der begünstigten Unternehmung mit solchen von Unternehmen im selben Marktsegment und den Durchschnittszahlen in diesem Wirtschaftszweig verglichen. Anschließend wird geprüft, ob die Kapitalbeteiligung eine Mindestrendite in Höhe der Durchschnittsrendite im betreffenden Sektor erzielt oder mit einem durchschnittlichen Wertzuwachs der Unternehmung gerechnet werden kann. Dabei wird unterstellt, dass ein privater Investor mit seinem Kapital in erster Linie einen Gewinn erzielen will. Es gilt dabei einen objektiven Maßstab anzuwenden und alle Umstände des konkreten Falles zu würdigen.

Wenn es sich um ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen handelt, an dem auch private Gesellschafter beteiligt sind, kommt es wesentlich darauf an, ob sich die Privaten gleichzeitig und zu gleichen Bedingungen an der Kapitalerhöhung beteiligen (sog. „*pari passu-Transaktion*“), wobei dies auf die Umstände des Einzelfalls ankommt.²¹ Es wird mitunter anerkannt, dass es Fälle geben kann, in denen eine staatliche Beteiligung, entweder aufgrund ihres besonderen Charakters oder ihres Umfangs, so beschaffen ist, dass sich kein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsbeteiligter in derselben Weise beteiligen könnte.²²

5. Nicht nur Beihilfen für international tätige Unternehmen

Im oben erwähnten Tatbestand des Artikel 107 Abs.1 AEUV heisst es zwar, dass das Beihilfeverbot nur soweit anwendbar ist, als der „Handel zwischen Mitgliedstaaten“ beeinträchtigt wird. Dies bedeutet jedoch beileibe nicht, dass nur grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst werden. Im Gegenteil werden regelmässig staatliche Massnahmen am Beihilfenverbot gemessen, denen bei objektiver Betrachtung lediglich regionale oder sogar lokale Bedeutung zukommt, einschliesslich des Betriebs von **Theatern** oder **Museen**, der Durchführung von **regionalen Stadtentwicklungsprojekten** und **Investitionen in den Bau**

²⁰ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, ABI 2016 C 262/1, Rn. 74 mwN.

²¹ Ebenda, Rn. 86 ff.

²² Ebenda, Rn. 88.

und die Modernisierung von lokalen Infrastrukturen, sofern dies mit der selektiven Begünstigung von bestimmten Unternehmen oder Wirtschaftszweigen verbunden ist.²³

Für den Nachweis einer Handelsbeeinträchtigung ist keine detaillierte Auseinandersetzung mit den Marktgegebenheiten erforderlich. Sondern vielmehr kann ein mithin pauschaler Hinweis ausreichen, eine staatliche Finanzhilfe sei geeignet, die Stellung eines Unternehmens im internationalen Wettbewerb zu verstärken.²⁴ Nach der Rechtsprechung schliessen ferner

*„weder der verhältnismässig geringe Umfang einer Beihilfe noch die verhältnismässig geringe Grösse des begünstigten Unternehmens von vornherein die Möglichkeit einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten aus“.*²⁵

Nach Auffassung der Europäischen Kommission kann so ein staatlicher Zuschuss, der einem Unternehmen gewährt wird, das ausschliesslich örtliche oder regionale Dienste innerhalb seines Heimatstaats erbringt, sich dennoch auf den Handel zwischen Mitgliedstaaten auswirken, wenn diese Dienste von Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten erbracht werden könnten und diese Möglichkeit nicht rein hypothetischer Natur ist.²⁶ Die Kommission hat zwar vereinzelt Fälle, die nur lokale Tragweite hatten, als unbedenklich bezeichnet.²⁷ Doch ist dies bei weitem nicht die Regel und zudem behält sich die Kommission immer das letzte Wort vor.

Bei der Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Kommissionsbeschlüssen fällt es nicht immer leicht, das rechte Augenmass zu erkennen. So kann man sich mit Fug fragen, weshalb es sinnvoll sein soll, dass die EU ihre Ressourcen auf die Prüfung einer angeblichen staatlichen Beihilfe zugunsten der Jugendherberge Berlin Ostkreuz²⁸ oder eines Schwimm- und Thermalbads in der bayerischen Gemeinde Kochel am See²⁹ verwendet, wie sie dies im Mai dieses Jahres bzw. im Juli 2014 getan hat.

²³ Vgl. Artikel 16 bzw. 56 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV (Allg. Gruppenfreistellungsverordnung), ABIL 2014 187/1.

²⁴ EuGH, Urteil vom 17. 9. 1980, Rs 730/79 - *Philip Morris Holland BV gegen Kommission (Beihilfen für einen Zigarettenhersteller)*, ECLI:EU:C:1980:209, Rn. 11.

²⁵ EuGH, Urteil vom 3.3.2005, Rs. C-172/03 – *Wolfgang Heiser / Finanzamt Innsbruck*, ECLI:EU:C:2005:130, Rn. 26; ausserdem Mestmäcker/Schweitzer (aaO Fn. 11), Rn. 327 zu Art. 107 Abs. 1 AEUV.

²⁶ Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV (oben Fn 20), Rn. 192.

²⁷ Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV (oben Fn 20), Rn. 196 f.; zum Ganzen vgl. Ulrich Soltész/Thomas Pflock, *Die „Wiederentdeckung“ der beihilferechtlichen Zwischenstaatlichkeitsklausel – vom Schattendasein ins Scheinwerferlicht?* EuZW 2017, 207.

²⁸ Europäische Kommission, Beschluss vom 29.5.2017, SA.43145 (2016/FC) – Deutschland, *Mutmaßliche nichtsteuerliche Beihilfemaßnahmen zugunsten der Jugendherberge Berlin Ostkreuz gGmbH*.

²⁹ Europäische Kommission, Beschluss vom 23.7.2014 - SA.33045 – Deutschland, *Möglicherweise unzulässige Beihilfe zugunsten der Kristall Bäder AG*.

6. Bagatellfälle

Bagatellbeihilfen werden bis zu einer bestimmten *De-minimis*-Schwelle von der Notifizierungspflicht freigestellt. In der Regel besteht keine Notifizierungspflicht, wenn die staatliche Bevorteilung eines Unternehmens nicht mehr als € 200.000 ausmacht. Dabei werden alle staatlichen Begünstigungen, welche ein Unternehmen unabhängig von der Quelle über einen Zeitraum von drei Jahren erhält, zusammengezählt. Wenn also ein Unternehmen im Jahr 1 € 60.000, im Jahr 2 € 100.000 und im Jahr 3 € 50.000 erhält, gilt die *De-minimis*-Schwelle als überschritten.

Bei staatlichen Beihilfen zugunsten von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse beträgt die Obergrenze € 500.000, ebenfalls über einen Zeitraum von drei Jahren.³⁰

C. Vom Beihilfenverbot nicht betroffene Sachverhalte

1. Keine Schuldenbremse

Das EU-Beihilfenverbot ist ausschliesslich darauf ausgerichtet, staatliche Beihilfen gleich welcher Art zu unterbinden, soweit diese im Sinn des bereits mehrmals erwähnten Artikels 107 Abs.1 AEUV eine Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken. Die Verhinderung einer Verschleuderung von Steuergeldern gehört nicht zum Regelungszweck. Solange der Staat mit seinen Beihilfen nicht in den Wettbewerb eingreift, ist dies aus Sicht des EU-Beihilfenrechts unerheblich. Wenn sich Bürger gegen eine unvernünftige Verwendung von Steuergeldern wehren, können sie zwar den Sachverhalt der Kommission zur Kenntnis bringen. Sie haben jedoch kein formelles Beschwerderecht und geniessen keine Parteistellung im Verfahren.³¹

2. Kein Gebot zur Privatisierung

Das Verbot findet sowohl auf Beihilfen für private als auch öffentliche Unternehmen und Anstalten Anwendung, soweit diese einer wirtschaftlichen Tätigkeit gegen Entgelt nachgehen. Es kann Quersubventionierungen erfassen und Transparenzvorschriften auferlegen. Es greift jedoch nicht die Eigentumsverhältnisse ein, es bezweckt nicht an sich eine Beschränkung der Staatsquote und schreibt folglich auch keine Privatisierung öffentlicher Unternehmen vor. Ganz im Gegenteil kann das Beihilfenrecht die Durchführung einer Privatisierung verkomplizieren. Denn will der Staat ein öffentliches Unternehmen privatisieren, muss er

³⁰ Verordnung Nr. 360/2011 der Kommission vom 25. 4. 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABI 2012 L 114/8.

³¹ Dies ergibt sich aus Artikel 24 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel AEUV, ABl. L 248 vom 24.9.2015, S. 9, wo es heisst, dass jeder „Beteiligte“ ein Beschwerderecht hat. Nach Artikel 1 lit. h derselben Verordnung gelten Mitgliedstaaten, Personen, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen als Beteiligte, wenn ihre Interessen aufgrund der Gewährung einer Beihilfe beeinträchtigt sein können, wie dies insbesondere bei Beihilfeempfängern, Wettbewerbern und Berufsverbänden der Fall sein kann.

beihilfenrechtliche Vorgaben beachten.³² Besondere Vorsicht ist dabei geboten, wenn eine Privatisierung nach Verhandlungen mit einem einzigen potenziellen Käufer oder einigen ausgewählten Bietern erfolgt, oder nach einer Schuldentilgung mit Hilfe der öffentlichen Hand, nach einer Umwandlung der Schulden des zu privatisierenden Unternehmens in Aktienkapital oder Kapitalaufstockungen, oder ganz allgemein wenn die Privatisierung zu Bedingungen erfolgt, die bei vergleichbaren Transaktionen zwischen Privatparteien nicht üblich sind.³³

3. Kein Gebot zur Abschaffung der kantonalen Regale

Wichtig ist auch, dass die Übernahme des EU-Beihilferechts keine Abschaffung der kantonalen Regale bedingt. Die Art und Weise, wie der Kanton diese Regale bewirtschaftet, kann hingegen unter Umständen eine beihilferechtliche Überprüfung auslösen, wenn eine wettbewerbsbeeinträchtigende Auswirkung vorliegt.

D. Transparenzverpflichtungen

Mit dem EU-Beihilferecht müssten die schweizerischen Behörden auch neue Transparenzpflichten übernehmen.³⁴ Auf der Ebene des Bundes, der Kantone und der Gemeinden müssten alle Einzelbeihilfen unter Angabe des Namens des Beihilfeempfängers, des Betrags, des Orts, des Wirtschaftszweig und des Ziels der Beihilfe gemeldet werden. Diese Daten könnten von jedermann eingesehen werden.

E. Auswirkungen auf einzelne Politikbereiche

Bei einer ersten Annäherung an das EU-Beihilfenrecht fällt auf, wie umfassend dessen Reichweite ist. Die Fallgruppen, die in der Praxis der Kommission und der EU-Gerichte als von beihilfenrechtlichem Interesse identifiziert werden, reichen von **Regionalbeihilfen**, über **Beihilfen für KMU**, **Umweltschutzbeihilfen**, **Beihilfen für Kultur**, **Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen**, **Beihilfen für weitere lokale Infrastrukturen**, **Beihilfen für den Breitbandausbau**, zahlreiche weitere Beihilfenarten, bis hin zu **Rettungs- und Sanierungsbeihilfen** für Fluggesellschaften, Banken und andere Unternehmen. Im Folgenden sollen einige Bereiche skizziert werden, auf die sich eine Einführung eines Beihilfenverbots in der Schweiz mit grosser Wahrscheinlichkeit auswirken könnte.

Diese Übersicht ist nicht abschliessend.

³² Vgl. Mestmäcker/Schweitzer (oben Fn. 11), Rn. 199 ff. zu Art. 107 Abs. 1 AEUV.

³³ EuG, Urteil vom 28.2.2012, verb. Rs. T-268/08 und T-281/08, Österreich, *Land Burgenland u.a. / Kommission*, Rn. 62; ausserdem EuGH, Urteil vom 24.10.2013, verb. Rs. C-214/12 P, C-215/12 P und C-223/12 P - *Land Burgenland u.a. / Kommission*.

³⁴ Vgl. insbes. Art. 9 Allg. Gruppenfreistellungsverordnung (oben Fn 23).

1. Subventions-, Regional- und Umweltpolitik

Es bedarf keiner weiteren Erläuterung, dass die Sachverhalte, die auf Bundesebene im Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz) sowie im Bundesgesetz über die Regionalpolitik geregelt werden, von der Übernahme des Beihilfenverbots betroffen wären. Die spiegelbildlichen Massnahmen auf kantonaler und Gemeindeebene wären auch erfasst. Dies gilt auch für umweltpolitische Regelungen, soweit sie Beihilfeelemente enthalten. Wenn wie oben ausgeführt, ein sektorbezogener Ansatz verwirklicht werden kann, wäre das Verbot anwendbar, soweit die staatlichen Massnahmen auf Unternehmen in den betroffenen Sektoren zur Anwendung kommen.

2. Wirtschaftsförderung

Praktisch sämtliche Massnahmen der Wirtschaftsförderung müssten auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht überprüft werden, sofern sie selektiv zugunsten bestimmter Unternehmen oder Wirtschaftszweige angewandt werden. Soweit schweizerische Behörden staatliche Anreize für die Ansiedlung von Unternehmen setzen, müssten sie sich diesbezüglich nach den massgebenden Vorschriften betreffend regionale Investitionsbeihilfen richten.³⁵ Von der Beihilfenkontrolle erfasst wären vor allem auch Massnahmen auf Gemeindeebene. Zu den Handlungen, die als staatliche Beihilfen dem Staat zugerechnet werden könnten, zählt unter anderem der **Verkauf oder die Verpachtung von Grundstücken unter dem Marktpreis**,³⁶ oder auch die **Befreiung von, oder Herabsetzung oder Stundung von öffentlichen Abgaben einschliesslich Sozialabgaben oder Steuern**.

3. Personenfreizügigkeit

Wenn das Beihilfenverbot auf den Bereich der Personenfreizügigkeit für anwendbar erklärt wird, müssten gegebenenfalls z.B. staatliche Programme zur Finanzierung der **Ausbildung von Arbeitnehmern** auf ihre beihilferechtliche Vereinbarkeit überprüft werden, ebenso wie staatliche Programme zur **Förderung der Einstellung von bestimmten Arbeitnehmergruppen**, die aufgrund ihres Alters, einer Behinderung oder anderer Merkmale besondere Schwierigkeiten bei der Eingliederung oder Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt haben.³⁷ Ferner betroffen könnte die staatliche Finanzierung der **berufsbegleitenden Weiterbildung von Beschäftigten in KMUs**³⁸ sein, oder die **Schulung**

³⁵ Vgl. Art. 13 f Allg. Gruppenfreistellungsverordnung (oben Fn. 19).

³⁶ Mitteilung der Kommission betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABl 1997 C209/3.

³⁷ Europäische Kommission, Beschluss vom 17. April 2000, Staatliche Beihilfe Nr. N 127/2000 – *Integrationshilfen Bremen*.

³⁸ Europäische Kommission, Beschluss vom 12. Januar 2001, Staatliche Beihilfe Nr. N 133/2000 – *Richtlinie zur Förderung von Qualifizierungsmaßnahmen im Rahmen des Beschäftigungspolitischen Aktionsprogramms für Bremen und Bremerhaven (BAP)*.

von Arbeitnehmern in den Bereichen Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz.³⁹

Offen ist, inwiefern der **Dienstleistungsbereich** erfasst werden könnte. Dieser wird bekanntlich vom Personenfreizügigkeitsabkommen ebenfalls, wenn auch nur ansatzweise geregelt. Tatsächlich sieht das Abkommen eine Teilliberalisierung in diesem Bereich vor. Die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen sollte nicht durch restriktive nationale Bestimmungen über den Personenverkehr erschwert werden. Ausserdem sieht das Abkommen vor, dass Dienstleister bis zu 90 Tage pro Jahr bewilligungsfrei eine Dienstleistung im Gaststaat erbringen können.

4. Luftverkehr

Aufgrund des bilateralen Luftverkehrsabkommens hat die Eidgenossenschaft bekanntlich bereits Vorschriften über die Kontrolle von staatlichen Beihilfen eingeführt. Nach Artikel 103 Luftfahrtgesetz⁴⁰ kann die Wettbewerbskommission (Weko) zu Entwürfen von Beschlüssen des Bundesrats, und ausserdem zu gleichartigen Unterstützungsmassnahmen von Kantonen und Gemeinden oder anderen schweizerischen öffentlich-rechtlichen oder gemischt-wirtschaftlichen Körperschaften oder Anstalten Stellung nehmen.⁴¹ Die für den Beschluss zuständigen Behörden müssen das Ergebnis der Prüfung der Weko berücksichtigen. Die Weko kann jedoch keine Bundesgesetze prüfen.

Sollte ein mit einem Überwachungsmechanismus verknüpftes Beihilfenverbot auch für den Luftverkehr eingeführt werden, könnte dies nicht nur hinsichtlich der Modalitäten einer Überwachung als auch der Dichte einer Kontrolle erhebliche Veränderungen bewirken. Zu den Sachverhalten, die unter Umständen einer eingehenderen Kontrolle unterworfen werden könnten, gehören:

- selbstverständlich staatliche Unterstützungsmassnahmen, die an Fluggesellschaften gewährt werden, einschliesslich von Sanierungs- und Rettungsbeihilfen;
- die staatliche Förderung des Baus oder Umbaus von Infrastrukturen, wenn dies selektiv bestimmten Fluggesellschaften zugute kommt;
- Vergünstigungen, die durch den Betreiber eines Flughafens zugunsten einer Fluggesellschaft ausgerichtet werden, einschliesslich des selektiven Erlasses oder der Reduzierung von Benutzungsgebühren, wenn diese Entscheidung dem Staat zugerechnet werden kann; oder

³⁹ Europäische Kommission, Beschluss vom 15. März 2001, Staatliche Beihilfe Nr. N 212/2000 – *Ausbildungsbeihilfen für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Land Brandenburg*.

⁴⁰ Bundesgesetz über die Luftfahrt, SR 748.0.

⁴¹ Vgl. z.B. Gutachten der Weko) vom 27. 9. 2004 *betreffend die Wiederinbetriebnahme des Terminals 2 des Flughafen Genf-Cointrin*, Recht und Politik des Wettbewerbs – Droit et politique de la concurrence – Diritto e politica della concorrenza – RPW/DPC 2004/4, S. 1300 ff.

- staatliche Fördermassnahmen anlässlich der Umwidmung von Militärflugplätzen zu Zivilflugplätzen, sofern sich dies in einer selektiven Begünstigung eines bestimmten Nutzers auswirkt.

Die Relevanz einer gesteigerten Kontrolle von staatlichen Beihilfen im Luftverkehrsbereich wird im folgenden, in französischer Sprache abgefassten, Beitrag besprochen.

Dans le secteur des transports aériens, notre étude révèle que certaines pratiques nationales risquent d'être jugées incompatibles avec le droit européen de la concurrence, en matière d'aides d'Etat.

Tout d'abord, il convient de préciser qu'actuellement, l'accord bilatéral sur le transport aérien, conclu le 21 juin 1999 entre l'UE et la Confédération prévoit l'application, en matière d'aides d'Etat, de dispositions quasi-identiques à celles prévues par le Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE). Cependant, à ce jour, l'application de ces dispositions n'est contrôlée que par la Commission de la concurrence (COMCO) suisse. Celle-ci émet des avis sur les pratiques observées, mais ne se prononce guère sur les lois fédérales.

De fait, l'introduction du droit européen de la concurrence en matière d'aides d'Etat modifierait les pratiques dans ce secteur car elle imposerait, non pas tant un changement des règles en vigueur, mais essentiellement une application plus stricte et un contrôle plus rigoureux de celles-ci par une autorité de surveillance.

Bien que les Etats membres de l'UE continuent à investir généreusement dans le secteur des transports, les dépenses publiques dans ce domaine doivent se conformer aux règles établies en matière d'aides d'Etat, sous peine d'être condamnées par la Commission européenne. Plusieurs chiffres permettent d'illustrer ce propos. Tout d'abord, en 2015 les Etats membres ont consacré en moyenne 0,67% de leur PIB à des aides au sens du droit de l'UE. Plus spécifiquement, dans le domaine du transport aérien, les aides allouées par les Etats cette même année se sont montées à 64,7 millions d'euros pour la France et 3,8 millions d'euros (après un pic de 127,5 millions en 2014) pour l'Allemagne.

Cependant, la volonté des Etats membres d'aider certaines entreprises ou certains secteurs industriels doit se conformer aux règles du droit de la concurrence. Pour ce faire, les Etats membres doivent notifier à la Commission européenne tout projet d'aide envisagé et attendre son aval afin de mettre en place les investissements prévus. Si la Commission européenne rend une décision négative alors que l'aide en question a déjà été versée, l'entreprise concernée doit alors restituer le montant de l'aide à l'Etat membre. Ce principe, dégagé par la Cour de justice de l'UE (CJUE)⁴², est fréquemment appliqué.

⁴² CJUE, arrêt du 24 février 1987, Affaire 310/85, *Deufil GmbH & Co. KG contre Commission des communautés européennes*

Dans le secteur des transports aériens, plusieurs pratiques spécifiques ont été identifiées comme étant problématiques au regard du droit de l'UE. Ces pratiques concernent, notamment :

- des avantages accordés à certaines compagnies aériennes au moyen de ressources publiques ;
- les conditions entourant le financement par un aéroport de la construction d'une nouvelle infrastructure ; ou encore
- la conversion d'un aéroport régional pour une autre fin.

Concernant le premier point, la Commission européenne a déjà condamné à plusieurs reprises l'octroi d'aides publiques, sous quelque forme que ce soit, à des **compagnies aériennes** spécifiques. Prenons, par exemple, le cas de l'aéroport de Klagenfurt, en Autriche. Des accords bilatéraux avaient été conclus entre l'exploitant aéroportuaire (KFBG) et différentes compagnies aériennes (Ryanair, HLX et Tuifly) déterminant le niveau des redevances aéroportuaires dues sur certaines liaisons pour une période donnée à condition que les compagnies aériennes effectuent des services de commercialisation pour l'exploitant contre rémunération. Après avoir analysé ce système, la Commission européenne a considéré que les accords de prestation de services aéroportuaires et de commercialisation conféraient aux compagnies aériennes bénéficiaires un avantage qui ne saurait être justifié à la lumière des règles de l'UE en matière d'aides d'Etat. De ce fait, la Commission a ordonné la récupération, auprès des compagnies aériennes, de ces aides jugées incompatibles avec le marché intérieur.

Cette conclusion est basée sur plusieurs éléments. Tout d'abord, la Commission établit que ces contrats constituent des avantages sélectifs qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises, au sens de l'article 107 (1) TFUE. Pour parvenir à cela, elle utilise le critère dit de l'investisseur en économie de marché. Ce test, fréquemment employé en matière d'aides d'Etat, prend pour référence le comportement qu'un acteur privé opérant dans les conditions du marché aurait eu, son objectif étant de réaliser un profit.

Or, en l'espèce, la Commission constate qu'au moment où ont été conclus les accords sur la prestation de services aéroportuaires et la commercialisation avec Ryanair, HLX et Tuifly, l'exploitant aéroportuaire ne pouvait s'attendre à ce que les recettes générées soient supérieures aux coûts supplémentaires induits. Etant donné qu'aucun exploitant d'aéroport souhaitant réaliser un profit n'aurait conclu de tels accords non rentables, ceux-ci constituent une aide d'Etat en faveur des compagnies aériennes. En outre, la Commission souligne que les accords considérés ne font que réduire les coûts d'exploitation des compagnies aériennes et ne contribuent nullement aux objectifs de l'UE en matière de transport. Ainsi, elle en conclut qu'ils faussent la concurrence dans le marché unique en violation des règles de l'UE concernant les aides d'Etat.

Il convient de préciser que les avantages conférés aux compagnies aériennes par l'exploitant d'aéroport sont qualifiées d'aides publiques car l'aéroport de Klagenfurt appartient à au Land de Carinthie et à la ville de Klagenfurt. Il s'agit donc bien d'aides octroyées « au moyen de ressources d'Etat », au sens de l'article 107 (1) TFUE.

Un autre exemple illustrant l'approche de la Commission européenne concerne l'Italie, récemment épinglée pour avoir accordé une aide incompatible à certaines compagnies aériennes en Sardaigne. La région de Sardaigne avait adopté un régime qui, pour développer le transport aérien, finançait les aéroports sardes de Cagliari et d'Olbia. A leur tour, ceux-ci utilisaient les fonds publics reçus pour accorder une compensation financière à certaines compagnies aériennes. Cette compensation avait pour objectif de permettre aux compagnies bénéficiaires d'accroître le trafic aérien vers les aéroports sardes et de mener des activités commerciales connexes. Cependant, l'enquête approfondie menée par les services de la Commission européenne a révélé qu'aucun investisseur privé n'aurait accepté de financer une telle augmentation du trafic aérien, pas plus que les activités commerciales qui s'y rapportent.

Ainsi, le financement public accordé à des compagnies aériennes afin de leur permettre d'ouvrir de nouvelles lignes, d'étendre leurs activités sur des lignes existantes et de mener des opérations commerciales peut constituer une aide d'Etat au sens du droit de l'UE.

Cependant, une aide d'Etat accordée à des compagnies aériennes peut être justifiée à condition qu'elle réponde à un objectif d'intérêt général, comme le développement régional ou l'accessibilité du territoire. En effet, dans ses lignes directrices de 2014⁴³ concernant l'aviation, la Commission autorise les Etats membres à aider les aéroports régionaux à certaines conditions. Dans le cas d'espèce pris en exemple, la Commission a ordonné la récupération des aides auprès des compagnies aériennes, mais a bien autorisé l'aide en faveur de l'aéroport de Klagenfurt. Lors de l'enquête menée, la Commission a reconnu que l'aéroport jouait un rôle majeur dans le développement et l'accessibilité de la Carinthie. Cette situation réduit donc les effets négatifs potentiels de l'aide sur la concurrence et les échanges, les avantages en matière de desserte du territoire faisant plus que les compenser, comme l'exige les règles de l'UE en la matière.

Par ailleurs, dans ses lignes directrices précitées, la Commission européenne rappelle clairement le principe suivant lequel les interventions des pouvoirs publics en faveur des sociétés ne constituent pas des aides d'Etat au sens des règles de l'UE dès lors qu'elles sont effectuées à des conditions qu'un acteur privé opérant en économie de marché aurait acceptées (principe dit de l'investisseur en économie de marché).

D'autre part, le financement par un aéroport de la **construction d'une infrastructure aéroportuaire** ainsi que la **conversion d'un aéroport régional** (ou d'une partie de ce dernier) pour d'autres fins peuvent également s'avérer problématiques au regard du droit

⁴³ Lignes directrices sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes du 4 avril 2014, JOUE 2014/C 99/03, page 18, paragraphe 79.

européen des aides d'Etat.

Ce cas de figure peut être illustré par l'exemple de l'aéroport de Leipzig/Halle, en Allemagne. Les autorités allemandes ont notifié à la commission européenne le projet d'installation de la plate-forme européenne de la société de colis express DHL au sein de l'aéroport de Leipzig/Halle. Dans le cadre de ce projet :

- un investissement public d'un montant d'environ 350 millions d'euros a été accordé en faveur de la construction d'une nouvelle piste sud à l'aéroport de Leipzig/Halle ;
- des garanties à concurrence de 500 millions d'euros ont été accordées à la société DHL, au cas où l'aéroport ne serait pas en mesure de remplir les conditions d'un accord-cadre concernant l'installation par DHL de sa plate-forme européenne au sein de l'aéroport. Les garanties accordées sont, en réalité, doubles :
 - d'une part, un accord-cadre a été conclu entre l'aéroport, sa société mère et DHL, en vertu duquel l'aéroport est tenu de construire la nouvelle piste sud et d'honorer de nouveaux engagements pendant la durée totale de l'accord (30 ans), notamment des exigences opérationnelles (dont la possibilité d'opérer la nuit) ;
 - d'autre part, une lettre de garantie a été émise par le Land de Saxe en faveur de l'aéroport et de DHL, offrant ainsi à DHL des garanties à concurrence de 500 millions d'euros dans l'hypothèse où l'aéroport ne serait pas en mesure de répondre aux conditions de l'accord-cadre.

Un tel investissement représente une aide d'Etat au regard du droit européen ; il s'agit désormais de savoir si elle peut être jugée compatible avec le marché intérieur. Concernant les garanties illimitées accordées à DHL, il est évident qu'un investisseur privé agissant dans les conditions du marché n'aurait pas accepté la couverture des risques commerciaux de DHL dans de telles conditions. Cela pousse donc la Commission européenne à considérer qu'il s'agit d'une aide publique incompatible.

En revanche, l'aide à la construction d'une infrastructure ainsi que la conversion d'un aéroport régional à une autre fin peuvent être acceptées par la Commission dans certains cas. Concernant l'aéroport de Leipzig/Halle, la Commission a considéré que l'apport en capital de 350 millions d'euros en faveur des infrastructures aéroportuaires est conforme aux règles européennes en la matière. Ainsi, DHL a donc pu bénéficier d'une aide à l'investissement dans le cadre des dispositions de l'article 107 (3) (a) TFUE, destinées aux régions souffrant d'un niveau de vie anormalement bas et d'un grave sous-emploi.

Plus généralement, les aides d'Etat octroyées aux aéroports et aux compagnies aériennes seront considérées comme étant compatibles avec le marché intérieur conformément au paragraphe 3 de l'article 107 TFUE si les conditions cumulatives⁴⁴ suivantes sont remplies :

- contribution à un objectif d'intérêt commun bien défini: une aide d'État doit viser un objectif d'intérêt commun conformément à l'article 107, paragraphe 3, du traité;
- nécessité de l'intervention de l'État: une aide d'État doit cibler une situation où l'aide peut apporter une amélioration significative que le marché est incapable d'apporter lui-même, en corrigeant, par exemple, une défaillance du marché ou en résolvant un problème d'équité ou de cohésion;
- caractère approprié de l'aide: l'aide doit constituer un instrument d'intervention approprié pour atteindre l'objectif d'intérêt commun;
- effet d'incitation: l'aide doit modifier le comportement des entreprises concernées de manière à ce qu'elles créent de nouvelles activités qu'elles n'exerceraient pas sans l'aide ou qu'elles exerceraient d'une manière limitée ou différente ou sur un autre site;
- proportionnalité de l'aide (limitation de l'aide au minimum nécessaire): le montant de l'aide doit être limité au minimum nécessaire pour susciter des investissements ou des activités supplémentaires dans la zone concernée;
- prévention des effets négatifs non désirés sur la concurrence et les échanges entre États membres: les effets négatifs de l'aide doivent être suffisamment limités pour que l'équilibre général de la mesure soit positif;
- transparence des aides: les États membres, la Commission, les opérateurs économiques et le public intéressé doivent avoir facilement accès à tous les actes pertinents et à toutes les informations utiles sur l'aide accordée.

Dans l'hypothèse d'une reprise par la Confédération du droit européen de la concurrence et au regard de la pratique décisionnelle de la Commission européenne, les pratiques identifiées comme étant susceptibles d'être soumises à un contrôle renforcé en matière d'aides d'Etat en Suède sont les suivantes :

- le sauvetage ou l'assainissement d'une compagnie aérienne au moyen de ressources d'Etat ;
- le financement de la construction ou de la rénovation d'une infrastructure aéroportuaire destinée à être utilisée par une compagnie aérienne par une (ou plusieurs) compagnie aérienne spécifique ;

⁴⁴ Ces critères sont énoncés par la Commission européenne dans ses Lignes directrices sur les aides d'Etat aux aéroports et aux compagnies aériennes du 4 avril 2014, JOUE 2014/C 99/03, page 18, paragraphe 79.

- une decision d'un aéroport public sous quelque forme qu'il soit prévoyant un calcul discriminatoire des redevances dues par une (ou plusieurs) compagnie aérienne par l'utilisation de l'infrastructure (il convient de préciser que ce cas de figure est in principe valable uniquement pour un aéroport public ou agissant selon des directives d'une autorité publique, étant donné que le financement accordé par ce dernier sera donc considéré comme étant octroyé « au moyen de ressources d'Etat », au sens de l'article 107 (1) TFUE);
- l'aide publique accordée pour la transformation d'un aéroport militaire en aéroport civil si ce financement bénéficie à une entreprise ou un secteur économique spécifique.

5. Landverkehr

Ohne dass dies in der Kürze der Zeit ausgeführt werden kann, sei darauf hingewiesen, dass im Landverkehr die beihilfenrechtliche Sektor-Regelung zu berücksichtigen wäre, insbesondere die EU-Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Strasse⁴⁵ sowie die Gemeinschaftlichen Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen.⁴⁶

6. Stromsektor

Im Bereich der Stromwirtschaft hätte eine Einführung des Beihilfenverbots tiefgreifende Auswirkungen sowohl auf der Ebene des Bundes als auch der Kantone und der Gemeinden. Auf Bundesebene hat sich zunächst die jüngste Energiegesetzgebung in einer Weise entwickelt, die so nur schwer Bestand haben könnte. Beihilfenrechtlich kritisch könnte insbesondere die Marktprämie sein, die nach dem revidierten Energiegesetz während fünf Jahren für bestehende Grosskraftwerke beantragt werden kann. Diese Prämie soll als Kompensation dafür dienen, dass die Stromunternehmen ihre Leistungen wegen der tiefen Marktpreise unter ihren Gestehungskosten abgeben müssen.⁴⁷ Dass die Prämie für Kraftwerke beantragt werden kann, die bereits im Betrieb sind, ist nicht ohne weiteres mit EU-beihilfenrechtlichen Grundsätzen zu vereinbaren und müsste daher gegebenenfalls eingehender geprüft werden.

⁴⁵ Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Strasse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABI 2007 L 315/1.

⁴⁶ ABI 2008 C 184/13.

⁴⁷ Siehe Art. 30 Abs. 1 des Energiegesetzes (EnG) in der Fassung vom 30. September 2016, BBl 2016 7683.

Die revidierte Einspeisevergütung und die ebenfalls vorgesehenen Investitionsbeiträge für den Ausbau der Stromproduktion aus erneuerbaren Anlagen wären unter anderem darauf hin zu überprüfen, dass sie nicht überschüssend ausgestaltet sind.⁴⁸

Zu den zahlreichen staatlichen Vergünstigungen, die im Energiebereich einer Überprüfung auf ihre beihilferechtliche Vereinbarkeit überprüft werden müssen, gehören auch solche steuerlicher Natur. Im Kanton Zürich sind z.B. die Elektrizitätswerke von allen Staats- und Gemeindesteuern befreit, ebenso wie übrigens von den Grundsteuern, sofern die betroffenen Grundstücke unmittelbar öffentlichen Zwecken gedient haben oder dienen werden.⁴⁹ Es ist davon auszugehen, dass in anderen Kantonen ähnliche Ausnahmen gelten.

Auf ihre Vereinbarkeit mit EU-Beihilfenrecht zu überprüfen wären insbesondere auch

- von der öffentlichen Hand finanzierte Investitionen und Kapitalerhöhungen bei staatlich oder gemeinwirtschaftlich kontrollierten Energieunternehmen;
- die staatliche Förderung von bestimmten Energieträgern;
- die Förderung von Forschung und Entwicklung im Stromsektor durch den Bund, die Kantone und die Gemeinden;
- die staatliche Förderung der Entwicklung oder Herstellung von Technologien zur Erzeugung erneuerbaren Energien, wie etwa Photovoltaik-, Windenergie- oder Biomasse-Energietechnologien;
- eine bedingungsfreie, vollständige oder teilweise Befreiung von Energieversorgungsunternehmen oder anderen im Energiebereich tätigen Unternehmen von kantonalen oder Gemeindesteuern;
- die vollständige oder teilweise Befreiung von gewerblichen Stromkunden von ansonsten geschuldeten Umwelt- oder anderen Abgaben oder Steuern; oder
- die staatliche Förderung von Energieeffizienzmassnahmen, einschliesslich der Förderung von energieeffizienten Gebäuden.

7. Finanzdienstleistungen

a. Banken

Wenn die Schweiz und die EU ein Finanzdienstleistungsabkommen abschliessen, wird die EU voraussichtlich auf die Ausdehnung des Beihilfenverbots auf den Finanzdienstleistungssektor drängen. Dies könnte insbesondere die folgenden Auswirkungen auf den Bankensektor haben.

Die Schweiz könnte zunächst nicht mehr frei über eine **staatliche Rettung oder eine mit staatlichen Mitteln gestützte Abwicklung konkursbedrohter schweizerischer Institute**

⁴⁸ Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilfenrecht tendenziell bejaht durch den Bundesrat in dessen Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7561 7653.

⁴⁹ Gesetz betreffend die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ-Gesetz) vom 19. Juni 1983, 732.1. § 13.

entscheiden. Die Rettung oder Abwicklung müsste bei der künftigen Aufsichtsbehörde notifiziert werden. Eine staatliche Unterstützung müsste in Übereinstimmung mit der Bankenmitteilung der Kommission⁵⁰ ausgestaltet werden. Dies bedeutet, die Bank müsste eine Umstrukturierung vornehmen, wobei sich die Anteilseigner und die nachrangigen Gläubiger möglichst weitgehend mit eigenen Mitteln beteiligen müssten. Auch die Rettung einer systemrelevanten Bank durch den Bund und die Schweizer Nationalbank, wie jene im Fall der UBS aus dem Jahr 2008, müsste vorgängig notifiziert werden.

Die **Staatsgarantien zugunsten der betroffenen Kantonalbanken** wären ebenfalls gefährdet, wenn von vergleichbaren Präzedenzfällen der Europäischen Kommission ausgegangen wird.⁵¹ Dies gälte auch für die Kantonalbanken, die vorwiegend national oder regional tätig sind. Es wäre unter Umständen denkbar, dass die Staatsgarantien lediglich angepasst werden müssten, wenn vom Beispiel der liechtensteinischen Staatsgarantie zugunsten der dortigen Landesbank ausgegangen wird. Die EFTA-Überwachungsbehörde, die bekanntlich im EWR für die Durchsetzung des Beihilfeverbots zuständig ist, hat die liechtensteinische Garantie weitergelten lassen. Sie hat jedoch dem Fürstentum am 15. Juli 2005 zur Auflage gemacht, dass die Garantie nicht mehr unbegrenzt gelten dürfe. Ferner muss das Fürstentum der Landesbank jährlich eine Prämie für die Bereitstellung der Staatsgarantie berechnen.⁵² Die Prämie wird so berechnet, dass sie dem Marktpreis entspricht.

Die liechtensteinische Staatsgarantie deckt die Sparguthaben sowie die Kassenobligationen bei der Landesbank, soweit die eigenen Mittel der Bank nicht ausreichen.⁵³ Der Bestand der Bank wird hingegen nicht garantiert. Die Freistellung der Garantie wird im Jahr 2020 ablaufen.⁵⁴ Eine Verlängerung über diesen Zeitraum hinaus wird vom Fürstentum angestrebt.⁵⁵

Sämtliche Kantone, einschliesslich derjenigen, die keine Staatsgarantie kennen, müssten zudem überprüfen, ob die **Eigentümerbeziehung** zu ihren jeweiligen Kantonalbanken mit marktwirtschaftlichen Grundsätzen nach dem oben (unter Ziff. IV.B.4.) erwähnten *“Private-Investor-Test”* übereinstimmt. Diesen Schluss legen jedenfalls die Anordnungen nahe, die die

⁵⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen ab dem 1. August 2013 auf Maßnahmen zur Stützung von Banken im Kontext der Finanzkrise, ABl. 2013 C 216/1.

⁵¹ Vgl. Kommission, Staatliche Beihilfe Nr. E 10/2000 – Deutschland, *Anstaltslast und Gewährträgerhaftung*, C(2002) 1286; Staatliche Beihilfe E 8/2992 – Österreich, *Ausfallhaftung des Bundes, der Länder und der Gemeinden in Österreich für bestimmte Kreditinstitute (Landeshypothekenbanken und Sparkassen)*, C(2003) 1329; Staatliche Beihilfe E 50/2001 – Frankreich, *CDC IXIS*, C(2003) 1328.

⁵² Dec. No: 177/05/COL; EFTA Surveillance Authority Decision of 15 July 2005 to amend the Authority’s decision of 15 December 2004 to propose appropriate measures to the Principality of Liechtenstein regarding a State guarantee in favour of Liechtensteinische Landesbank (Liechtenstein).

⁵³ Siehe Artikel 5 des Gesetzes vom 21. Oktober 1992 über die Liechtensteinische Landesbank (LLBG).

⁵⁴ Im erwähnten Beschluss der EFTA-Überwachungsbehörde vom 15. Juli 2005 heisst es dazu, die Staatsgarantie sei auf 15 Jahr begrenzt („the State guarantee will be limited to a period of 15 years“).

⁵⁵ Vgl. Interpellationsbeantwortung der Liechtensteinischen Regierung vom 8. Juli 2014 an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend Liechtensteinische Landesbank AG, Nr. 68/2014, S. 23, Ziff. 8.

Kommission für die deutschen Landesbanken anlässlich der Aufhebung der Gewährträgerhaftung in Deutschland formulierte.⁵⁶ Dies könnte vor allem eine Rolle spielen, wenn ein Kanton einer Kantonalbank Kapital zuführen möchte.⁵⁷

Ob daneben andere Beziehungen des Staats zu Bankinsituten, wie insbesondere jene des Bundes (über die Post) zur **Postfinance**, betroffen sein könnten, ist offen. Zu prüfen wäre gegebenenfalls, in welchem Umfang die Post der Postfinance Dienstleistungen und Ressourcen zur Verfügung stellt. Die von der Post übernommenen Leistungen müssten zu Marktbedingungen vergütet werden. Ansonsten bestünde das Risiko, dass unter Zugrundelegung der Praxis der Kommission eine staatliche Beihilfe angenommen werden könnte.⁵⁸ Wir haben derzeit keinen Grund zur Annahme, dass dies der Fall sein könnte. Dies wäre gegebenenfalls vertieft zu überprüfen.

b. Versicherungen, insbes. kantonale Gebäudeversicherungen

Das bilaterale Abkommen über die Direktversicherungen sieht kein Verbot staatlicher Beihilfen vor. Sofern ein künftiges Finanzdienstleistungsabkommen Versicherungen erfassen sollte, wird dies voraussichtlich auch das Beihilfenverbot auf diesen Sektor erstrecken.

Dies hätte vor allem Konsequenzen für die kantonalen Gebäudeversicherungen, die ausserhalb des ihnen zugewiesenen Monopolbereichs tätig sind, entweder indem sie Dienstleistungen ausserhalb ihres öffentlichen Auftrags anbieten oder ausserhalb ihres Heimatkantons tätig werden. Dies wäre beihilfenrechtlich relevant, wenn die Gebäudeversicherungen bei der Durchführung von gewerblichen Aktivitäten im nicht-monopolisierten Bereich von einer geldwerten Unterstützung profitieren, die der öffentlichen Hand zugerechnet werden kann.

Dies wird im folgenden, in französischer Sprache abgefassten, Abschnitt näher beleuchtet.

Danach wird die Frage aufgeworfen, ob es ferner erforderlich sein könnte, die Beziehung des Bundes zu bestimmten Instituten, wie etwa der **SUVA**, beihilferechtlich zu überprüfen.

Notre analyse du fonctionnement de certains établissements cantonaux d'assurance contre les incendies et les dommages causés par des éléments naturels (ECA) révèle d'éventuelles incompatibilités avec le droit de l'Union européenne (UE) en matière d'aides d'Etat.

A titre préliminaire, il convient de préciser que les 19 ECA que compte la Suisse se trouvent actuellement exclus du champ d'application de l'Accord bilatéral conclu entre la

⁵⁶ Vgl. Kommission, Schreiben vom 27. 3. 2002, S. 2, staatliche Beihilfe Nr. E 10/2000 –*Anstaltslast und Gewährträgerhaftung*.

⁵⁷ Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Abs. 1 AEUV, ABI 2016 C 262/1, Rn. 74 mwN.

⁵⁸ Kommission, Beschluss vom 21. 12. 2005, staatliche Beihilfe Nr. N531/2005 –*Mesures liées à la création et au fonctionnement de la Banque Postale*.

Confédération et l'UE le 10 octobre 1989 concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie⁵⁹. Cependant, dans la perspective des relations futures avec l'UE, éventuellement susceptibles de déboucher sur la reprise par la Suisse de l'acquis communautaire dans le cadre d'un accord sur les services financiers, il est probable que les ECA soient soumis au respect des normes de l'UE en matière de concurrence et notamment d'aides d'Etat.

A cette fin, il convient tout d'abord de préciser que l'exclusivité accordée aux ECA étudiés n'est guère de nature à constituer une aide d'Etat, si toutefois les conditions cumulatives suivantes sont respectées⁶⁰ :

- Il s'agit d'un monopole légal (établi conformément au droit de l'UE) ;
- le monopole légal exclut non seulement la concurrence sur le marché, mais aussi pour le marché, en ce sens qu'il exclut toute concurrence potentielle pour devenir le prestataire exclusif du service en question ;
- le service n'est pas en concurrence avec d'autres services ; et
- si le prestataire de services exerce des activités sur un autre marché (géographique ou de produit) ouvert à la concurrence, les subventions croisées doivent être exclues. Cela nécessite de recourir à une comptabilité séparée, de répartir les coûts et les revenus de manière appropriée et de faire en sorte que les financements publics fournis pour les services soumis au monopole légal ne puissent bénéficier à d'autres activités.

Ainsi, le monopole légal conféré aux ECA ou encore le fait que ceux-ci interviennent également dans des secteurs économiques non monopolisés ne sont guère problématiques, l'important étant de veiller à établir une comptabilité séparée en fonction des activités.

Des difficultés surviennent, en revanche, si l'ECA reçoit, selon la formulation de l'article 107 (1) TFUE, des « aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelques formes que ce soit ». Notre étude indique que le financement des ECA peut varier grandement d'un canton à l'autre. Afin d'illustrer les risques ainsi que les contraintes nouvelles que le droit européen des aides d'Etat ferait peser sur ces établissements, le cas particulier du Canton du Vaud sera ici pris en exemple.

La législation vaudoise prévoit que l'ECA se finance grâce aux primes versées par les habitants et les entreprises du Canton. Mais cet ECA bénéficie, par ailleurs, de diverses exemptions fiscales, concernant les impôts cantonaux et communaux. Prévues par la loi du 17 novembre 1952 concernant l'assurance des bâtiments et du mobilier contre l'incendie et les éléments naturels, ces exemptions fiscales constituent un avantage accordé au moyen de ressources d'Etat, au sens de l'article 107 (1) TFUE. Il s'agit là d'un élément caractéristique

⁵⁹ Cf. Article 3 et Annexe 2 de l'Accord bilatéral du 10 octobre 1989, précisant la liste des organismes cantonaux non soumis au champ d'application de l'accord.

⁶⁰ Ces conditions cumulatives sont énoncées par la Commission européenne dans sa Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'Etat» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO 2016 C 262/1.

d'une aide d'Etat, tout comme le serait, par exemple, la mise à disposition d'un ECA de terrains ou d'immeubles appartenant à l'Etat. Cela signifie que le critère énoncé à l'article 107 (1) TFUE s'applique aux subventions classiques accordées par l'Etat, mais aussi à toute une série de mesures plus subtiles, mais tout aussi problématiques.

De manière générale, le critère retenu par la Cour de justice de l'UE afin de qualifier une mesure d'aide d'Etat est celui de l'avantage conféré à l'entreprise. Plus précisément, il doit s'agir d'un avantage économique que l'entreprise n'aurait pas pu obtenir dans les conditions normales du marché, à savoir sans intervention étatique⁶¹. Seul l'effet de la mesure est pris en compte par la Cour dans son analyse, et non l'intention du législateur ou l'objectif poursuivi par l'Etat. La Commission européenne précise, dans l'une de ses communications officielles, qu'un avantage existe dès lors que la situation financière d'une entreprise est améliorée du fait d'une intervention de l'Etat réalisée à des conditions autres que les conditions normales du marché⁶². En l'occurrence, les exemptions fiscales procurées à l'ECA du Canton du Vaud correspondent à un tel avantage.

A la lumière de notre analyse, il apparaît que les lois cantonales imposant à tous les citoyens et à toutes les entreprises locales de souscrire auprès de l'ECA sont compatibles avec le droit de l'UE régissant les aides d'Etat, pour autant que certaines conditions soient respectées et, notamment, que les ECA veillent à tenir une comptabilité séparée, suivant la nature des activités.

Dans la pratique, la Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises indique qu'établir une comptabilité séparée consiste à présenter :

- d'une part, les comptes correspondant aux produits et services pour lesquels l'Etat a accordé des droits spéciaux ou exclusifs ou chargé une entreprise de la gestion d'un service d'intérêt économique général ;
- d'autre part, les comptes correspondant à tout autre produit ou service relevant du champ d'activité de l'entreprise.

Ainsi, la prise en charge d'activités de nature commerciales autres que la simple assurance incendie sont parfaitement compatibles avec le droit de l'UE, pour peu que ces activités fassent l'objet de comptes séparés.

⁶¹ Arrêt de la Cour de justice du 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, point 60; arrêt de la Cour de justice du 29 avril 1999, *Espagne/Commission*, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, point 41.

⁶² Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'Etat» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO 2016 C 262/1.

Es kann nicht völlig ausgeschlossen werden, dass sich ähnliche Fragen bezüglich der **SUVA** stellen könnten, die neben den Aufgaben, die ihr zugewiesen worden sind, im Kreditgeschäft, insbesondere für Renditeimmobilien, tätig ist und somit ebenfalls einer gewerblichen Tätigkeit nachgeht. Soweit im vorliegenden Rahmen eine erste oberflächliche Studie der massgebenden gesetzlichen Regelungen durchgeführt werden kann, ergeben sich keine Anhaltspunkte, die etwaige diesbezügliche beihilfenrechtliche Bedenken bestätigen könnten. Dies wäre gegebenenfalls noch vertieft zu prüfen.

V. Praxis in den Nachbarstaaten der Schweiz

Mit Ihrer dritten Frage möchten Sie im Wesentlichen wissen, wie sich die Nachbarstaaten der Schweiz mit dem EU-Beihilfenverbot arrangieren. Wenn man die Situation in den Nachbarstaaten betrachtet, fällt auf, dass dort trotz Beihilfenverbot nach wie vor in grossem Umfang wirtschaftliche Tätigkeiten durch die öffentliche Hand gefördert werden. So hat die Kommission in ihrem neuesten „State Aid Scoreboard“ errechnet, dass z.B. Deutschland im Jahr 2015 1,22 % seines BIP oder € 36,9 Mrd. auf staatliche Beihilfen verwendet hat (Schienenverkehr nicht mitberücksichtigt).⁶³ Auf den Umweltschutz und Energie sollen dabei € 30,7 Mrd. entfallen sein. Frankreich und Österreich deklarierten gleichzeitig 0,62% ihres jeweiligen BIP und Italien 0,33%. Dieser Eindruck trägt in einem gewissen Masse. Denn tatsächlich ist in der Praxis zu beobachten, dass die Einhaltung des EU-Beihilfenrechts für die ausführenden Behörden in den EU-Mitgliedstaaten mit andauerndem, sehr erheblichem Aufwand verbunden sein kann, und zahlreiche Projekte auf regionaler und kommunaler Ebene verkomplizieren, wenn nicht gar verhindern kann. Gerade für die Behörden auf regionaler und kommunaler Ebene stellt die Beurteilung der beihilfenrechtlichen Vorgaben eine grosse Herausforderung dar. Dass die Kommission und der EuGH, wie einleitend ausgeführt, den Beihilfenbegriff sehr weit interpretieren, ist in diesem Zusammenhang nicht hilfreich, führt dies doch dazu, dass potenziell eine Vielzahl von Projekten auf ihre beihilfenrechtliche Vereinbarkeit überprüft werden müssen.

Man sollte sich von einzelnen Anwendungsbeispielen, die vielleicht in der öffentlichen Wahrnehmung den Eindruck einer gewissen Beisshemmung der Kommission erwecken könnten, nicht täuschen lassen. So kann es zwar auf den ersten Blick irritierend sein, wenn die öffentliche Hand in Deutschland, wie oben ausgeführt, nach wie vor Riesensummen in die Energiewende investiert, während die Kommission in den Verfahren, die in dieser Sache gegen die deutsche Regierung geführt hat, dem nicht hat Einhalt bieten können. Es war aber nicht so, dass die Kommission die Situation einfach hingenommen hätte, sondern sie setzte Änderungen durch, die in Deutschland als schmerzhaft empfunden wurden.⁶⁴

Die Kommission hat zudem wiederholt gezeigt, dass sich auch gegen grosse, alteingesessene Mitgliedstaaten wie Deutschland, Frankreich oder Italien mit Nachdruck vorgehen kann. Dies wird durch die zahlreichen Beschlüsse belegt, mit denen die Kommission eine Rückforderung von widerrechtlich gewährten Beihilfen anordnet. Zum 31. August 2017 waren nach Angaben der Kommission 7 Rückforderungsbeschlüsse gegen Deutschland anhängig, 11 gegen Frankreich und gar 23 gegen Italien. Wenn sich die betroffenen Mitgliedstaaten den

⁶³ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/scoreboard/index_en.html#main, zuletzt abgerufen am 28. 9. 2017.

⁶⁴ Vgl. zur EU-beihilferechtlichen Beurteilung der deutschen Energiewende z.B. Carmen Klausbruckner / Richard Volgger, *Ökostromförderung – Das neue deutsche EEG 2014*, in: Thomas Jaeger / Birgit Haslinger (Hrsg.), *Jahrbuch Beihilferecht* 15, Wien/Graz 2015, S. 343.

Rückforderungsbeschlüssen nicht fristgemäss unterziehen, muss die Kommission den EuGH anrufen, damit dieser eine Vertragsverletzung feststellt.⁶⁵

Deshalb zu behaupten, dass sich die Europäische Kommission überhaupt nicht von politischen Opportunitätserwägungen beeinflussen lässt, wäre sicherlich nicht zutreffend. Politische Erwägungen spielen immer, mithin oft eine erhebliche Rolle, gerade für die Juncker-Kommission, die bewusst stärker politisch agieren will als ihre Vorgängerinnen. Man muss sich auch vor Augen führen, dass die beihilfenrechtlichen Verfahren immer gegen die Mitgliedstaaten geführt werden, und nicht wie im Kartellrecht gegen die Unternehmen. Alles Andere als eine Rücksichtnahme auf politische Empfindlichkeiten wäre unter diesen Umständen eine Überraschung.

Die politische Komponente ist immer dann deutlich spürbar, wenn die Kommission darüber zu entscheiden hat, ob sie ein bestimmtes Verfahren eröffnet. In der Praxis ist zu beobachten, dass bei solchen Entscheidungen immer auch – nebst anderen, technischen und praktischen Erwägungen – die Frage eine Rolle spielt, wie das Vorgehen der Kommission von den Mitgliedstaaten politisch wahrgenommen werden könnte. Weil sich die Kommission mit solchen Entscheidungen oft sehr schwer tut, müssen sich die privaten Wirtschaftsteilnehmer, die gegen die staatliche Begünstigung eines Wettbewerbers Beschwerde führen möchten, nicht selten mit viel Geduld wappnen. Die Kommission eröffnet mit Vorliebe mehrere Verfahren wegen vergleichbarer Sachverhalte gegen mehrere Mitgliedstaaten gleichzeitig, damit bei den Mitgliedstaaten nicht der Eindruck einer gezielten Benachteiligung entsteht.

Ebensowenig kann überraschen, dass das Ausmass, in dem politisches Ermessen ausgeübt wird, mit der Dimension eines Beihilfenfalls zunimmt. Je grösser die wirtschaftliche Bedeutung des Projekts, desto wahrscheinlicher ist, dass der betroffene Staat grosses Prestige gefährdet sieht und sich entsprechend energisch für das Gelingen des Projekts einsetzt. Die Kommission wird wiederum bei der Beurteilung einer Beihilfenmassnahme die Ernsthaftigkeit der wahrscheinlichen Gegenwehr in Betracht ziehen.

Aus Sicht der Schweiz ist letztlich Folgendes wichtig: wenn sich die Schweiz zur Einhaltung des EU-Beihilfenrechts verpflichten sollte, könnte sie daraus, dass die Kommission im Rahmen ihres Entscheidungsermessens es hin und wieder unterlassen sollte, mit letzter Konsequenz durchzugreifen, keinen rechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung herleiten.

Brüssel, 30. September 2017

- Simon Hirsbrunner -

⁶⁵ Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV.