

Andreas Kellerhals /  
Dirk Trüten (Hrsg.)

Fatum Ademi / André S. Berne /  
Janine Dumont / Dirk Trüten /  
Wesselina Uebe

**Subventionen in  
der Schweiz**  
*Implikationen einer  
Übernahme des  
EU-Beihilferechts in  
ausgewählten Sektoren*



Andreas Kellerhals /  
Dirk Trüten (Hrsg.)

Fatum Ademi / André S. Berne /  
Janine Dumont / Dirk Trüten /  
Wesselina Uebe

# Subventionen in der Schweiz

*Implikationen einer  
Übernahme des  
EU-Beihilferechts in  
ausgewählten Sektoren*



*Subventionen in der Schweiz* Copyright © by Andreas Kellerhals und Dirk Trüten is licensed under a [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/), except where otherwise noted.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

**Verlag:** EIZ Publishing ([eizpublishing.ch](https://eizpublishing.ch))

**Herausgeber:** Andreas Kellerhals, Dirk Trüten, Europa Institut an der Universität Zürich

**Produktion, Satz und Vertrieb:** buch & netz ([buchundnetz.com](https://buchundnetz.com))

**ISBN:**

978-3-03805-601-0 (Print – Softcover)

978-3-03805-602-7 (Print – Hardcover)

978-3-03805-603-4 (PDF)

978-3-03805-604-1 (ePub)

**DOI:** <https://doi.org/10.36862/eiz-601>

**Version:** 1.03 – 202300818

Das Werk wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

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

<https://eizpublishing.ch/publikationen/subventionen-in-der-schweiz/>.

# Vorwort der Herausgeber

Die vorliegende Studie befasst sich mit den Implikationen einer möglichen Übernahme des EU-Beihilferechts in der Schweiz. Sie wurde im Rahmen eines vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) geförderten Projekts verfasst. Die Studie wurde im Zeitraum von 2019 bis 2022 am Europa Institut an der Universität Zürich verfasst.

Staatliche Subventionen spielen sowohl in der Schweiz als auch in der Europäischen Union eine wichtige Rolle bei der Förderung politischer Kernanliegen und zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit. In beiden Rechtssystemen gehören sie seit jeher zum gefestigten Instrumentarium öffentlicher Regulierung. Subventionen werden u.a. genutzt, um Innovationen und Investitionen zu fördern, regionale Disparitäten abzubauen, negative Auswirkungen von Marktberaumigungsprozessen abzumildern oder lenkend in den Strukturwandel einzugreifen. Im Zuge der Bemühungen zur Begrenzung der negativen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Folgen der Covid 19-Pandemie war europaweit ein markanter Anstieg staatlicher Subventionen zu verzeichnen. Die derzeit diskutierten Programme zum Klimaschutz, zur digitalen Transformation und zur Zukunft der Mobilität lassen eine Fortsetzung dieses Trends erwarten.

Aus volkswirtschaftlicher Perspektive wird allerdings seit langem darauf hingewiesen, dass Subventionen generell mit Fehlanreizen und negativen ökonomischen Effekten einhergehen und ein ungünstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen können. Mit der Abschaffung wettbewerbsverzerrender Subventionen könnte aus dieser Sicht die Funktionalität der Märkte gestärkt und die Produktivität erhöht werden. Subventionen bedürfen daher zumindest einer besonderen Rechtfertigung und einer regelmässigen Erfolgskontrolle.

Dennoch sind Subventionen in der Schweiz nur rudimentär geregelt. So enthält das schweizerische Subventionsgesetz zwar Bestimmungen im Hinblick auf die Rechtsformen, Modalitäten der Gewährung und Verfahrensvorschriften, nicht jedoch zu der eigentlichen Frage der Zulässigkeit von Subventionen. Die EU verfügt dagegen mit Art. 107-109 AEUV und einer breitgefächerten Sekundärgesetzgebung über ein engmaschiges Regelungsumfeld, welches berechtigten wettbewerbstheoretischen Bedenken durch ein grundsätzliches Verbot staatlicher Beihilfen Rechnung trägt, aber gleichzeitig den Mitgliedstaaten mit einem breiten Katalog an Ausnahmetatbeständen politische Handlungsspielräume belässt. Alles in allem handelt es sich um einen umfassenden

und transparenten Rechtsrahmen, der auch Verfahrensvorschriften einschliesst und zusammen mit den Bestimmungen für Unternehmen (Art. 101 ff. AEUV) ein kohärentes wettbewerbsrechtliches Gesamtsystem bildet.

Sollte sich die Schweiz im Rahmen einer allfälligen politischen Einigung mit der EU staatsvertraglich zur – zumindest teilweisen – Übernahme des EU-Beihilferechts verpflichten, würde dies einen Paradigmenwechsel im schweizerischen Subventionsrecht bedeuten. Aber auch unabhängig von einer solchen staatsvertraglichen Verpflichtung ist der Gesetzgeber aufgerufen, über eine Modernisierung und Komplettierung des schweizerischen Subventionsrechts nachzudenken, wobei das EU-Beihilferecht aufgrund seiner Praxistauglichkeit eine Inspirationsquelle darstellen könnte.

Mit der vorliegenden Studie soll ein Beitrag zu diesem notwendigen Reflexionsprozess geleistet werden. Hierbei kann ein allgemeiner Rechtsvergleich zwischen dem schweizerischen Recht und dem EU-Recht, wie er im ersten Teil unserer Studie enthalten ist, nur eine erste Annäherung darstellen. Tatsächlich sind die in den einzelnen Politikfeldern relevanten subventionsrechtlichen Fragen aber so unterschiedlich, dass ein genereller Forschungsansatz nicht zielführend gewesen wäre. Daher drängte es sich auf, jeweils sektorspezifisch zu untersuchen, welche konkreten Auswirkungen die Übernahme des EU-Beihilferechts durch die Schweiz in bestimmten Politikfeldern mit sich brächte. Diesem Ansatz folgt der zweite Teil der vorliegenden Studie, der die eigentliche Essenz unserer vierjährigen Forschungsarbeit bildet. Im Zentrum dieses sektoralen Ansatzes stehen Fallstudien aus den für die Schweiz besonders relevanten Bereichen Unternehmensbesteuerung, Staatsgarantien für Banken, regionaler Personenverkehr und erneuerbare Energien. Insgesamt zeigen diese Einzelanalysen, dass eine Übernahme des EU-Beihilferechts in vielen Fällen trotz gegenteiliger rechtstheoretischer Ausgangspunkte in der Schweiz und in der EU keine grundlegenden Änderungen der bestehenden schweizerischen Praxis mit sich bringen würde.

Den zur Verfügung stehenden zeitlichen und personellen Ressourcen geschuldet, mussten wir hinsichtlich der zu untersuchenden Sektoren eine Auswahl treffen. Viele Bereiche bleiben daher nachfolgenden Untersuchungen vorbehalten. Dennoch sind wir zuversichtlich, mit dem vorliegenden Werk einen Beitrag zu einer vertieften und sachlichen Diskussion um das Für und Wider einer Modernisierung des schweizerischen Subventionsrechts leisten zu können. Die Rechtsentwicklung wurde bis November 2022 berücksichtigt.

Unser Dank gebührt vorab dem SNF, ohne dessen grosszügige Förderung die Erarbeitung der vorliegenden Studie nicht möglich gewesen wäre. Darüber

hinaus danken wir unseren Autorinnen und Autoren, die mit grossem Engagement zum Gelingen dieses komplexen Forschungsvorhabens massgeblich beigetragen haben, sowie allen Experten und Expertinnen, die ihr Fachwissen im Rahmen zahlreicher Interviews und Konferenzen bereitwillig mit uns geteilt haben. Hervorzuheben ist auch der immer konstruktive und wohlwollende Input unseres wissenschaftlichen Beirats. Insoweit geht unser Dank an Prof. Dr. Andreas Heinemann (Universität Zürich) und an Prof. Dr. habil. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff (Universität Heidelberg) sowie an Prof. Dr. Matthias Oesch (Universität Zürich), Prof. Dr. Peter Picht (Universität Zürich) und RA Dr. Livio Bundi (Zürich). Für die formale Bearbeitung danken wir Leonie von Dach (MLaw Student), für den Satz und das Layout Dr. Petra Bitterli.

Zürich, im Sommer 2023

Andreas Kellerhals / Dirk Trüten





# Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>xviii</b>
<b>Materialienverzeichnis</b>	<b>xxxvii</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>lvii</b>
<b>Teil 1: Grundlagen</b>	<b>1</b>
I. Einführung	3
1. Allgemeines	3
2. Ziel und Aufbau der Studie	7
3. Methodik	9
4. Begriff der Beihilfe und Subvention	9
5. Räumlicher Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts	10
II. Subventionen aus ökonomischer Sicht	12
1. Wettbewerb als Grundlage der Marktwirtschaft	12
2. Marktversagen	13
3. Staatliche Intervention	15
4. Zusammenspiel zwischen Wettbewerb und Freihandel	17
III. Rechtslage in der EU	19
1. Historische Grundlagen der EU-Beihilferegelungen	19
a) Ursprung	19
b) 1958 bis 1970	21
c) 1971 bis Mitte der Achtzigerjahre	22
d) Mitte der Neunzigerjahre bis 2005	24
e) 2005 bis 2012	25
f) 2012 bis heute	26
2. Wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft als Verfassungsvorgabe	28
3. Rechtsetzungskompetenzen der EU im Beihilfebereich	30
a) Prinzipien der Kompetenzordnung	30
b) Kompetenzgrundlagen mit Relevanz für das Beihilferecht	31
4. Beihilfebegriff und Systematik	32
a) Grundtatbestand des Art. 107 AEUV	34
aa) Begünstigung	34
aaa) Allgemeines	34
bbb) Altmark-Trans-Rechtsprechung	35
ccc) Effet-utile-Prinzip	38
ddd) Unterscheidung direkte und indirekte Begünstigung	39
eee) Private Investor Test	40
fff) Private Creditor Test	40
ggg) Private Vendor Test	41
bb) Staatlich oder aus staatlichen Mitteln	41
cc) Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)	44
dd) Wettbewerbsverfälschung	45
ee) Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten	48
b) Beihilfebegriffe in der Verfahrensordnung	49

5.	<a href="#">Freistellung</a>	50
	a) <a href="#">Spürbarkeit</a>	51
	b) <a href="#">Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse</a>	53
	c) <a href="#">Nach der AGVO freigestellte Beihilfen</a>	55
6.	<a href="#">Primärrechtliche Spezialbestimmungen</a>	56
	a) <a href="#">Agrarpolitik</a>	57
	b) <a href="#">Koordination des Verkehrs und Abgeltung bestimmter Leistungen</a>	59
	c) <a href="#">Besonderes Verbot von Unterstützungsmassnahmen</a>	61
	d) <a href="#">Teilungsbedingte Ausnahmen für bestimmte deutsche Gebiete</a>	61
	e) <a href="#">Rüstungsgüter</a>	62
7.	<a href="#">Ausnahmen</a>	63
	a) <a href="#">Legalausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV</a>	64
	aa) <a href="#">Beihilfen sozialer Art an Verbraucher</a>	64
	bb) <a href="#">Katastrophenbeihilfen</a>	64
	cc) <a href="#">Beihilfen aus Gründen der Teilung Deutschlands</a>	66
	b) <a href="#">Ermessensausnahmen gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV</a>	67
	aa) <a href="#">Regionalbeihilfen</a>	67
	bb) <a href="#">Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse</a>	69
	cc) <a href="#">Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats</a>	71
	dd) <a href="#">Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige</a>	72
	aaa) <a href="#">Regionalbeihilfen</a>	72
	bbb) <a href="#">Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation</a>	72
	ccc) <a href="#">Umweltschutzbeihilfen</a>	73
	ddd) <a href="#">KMU-Beihilfen</a>	74
	eee) <a href="#">Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen</a>	74
	fff) <a href="#">Beschäftigungs- und Ausbildungsbeihilfen</a>	75
	ggg) <a href="#">Sektorspezifische Regeln</a>	76
	ee) <a href="#">Beihilfen zur Förderung der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes</a>	78
	c) <a href="#">Sonstige Arten von Beihilfen</a>	79
	d) <a href="#">Prüfungsschema für Ermessensausnahmen</a>	79
	e) <a href="#">Mit dem Binnenmarkt nach Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbare Ausnahmen</a>	80
	f) <a href="#">Zusätzliche Ausnahmegenehmigung durch den Rat</a>	81
8.	<a href="#">Verfahren und Kontrolle</a>	82
	a) <a href="#">Allgemeines</a>	82
	b) <a href="#">Sekundärrechtliche Rechtsgrundlagen</a>	82
	c) <a href="#">Verfahrensarten und -grundsätze</a>	83
	d) <a href="#">Bestehende Beihilfen</a>	85
	aa) <a href="#">Laufende Überprüfung</a>	85
	bb) <a href="#">Förmliches Prüfverfahren</a>	86
	e) <a href="#">Neue Beihilfen</a>	87
	aa) <a href="#">Anmelde- und Notifizierungspflicht bei neuen Beihilfen</a>	87
	bb) <a href="#">Vorprüfung neuer Beihilfen</a>	88
	cc) <a href="#">Durchführungsverbot</a>	89
	dd) <a href="#">Förmliches Prüfverfahren</a>	90

f)	<a href="#">Weitere Verfahren</a>	90
aa)	<a href="#">Rechtswidrige Beihilfen</a>	90
aaa)	<a href="#">Prüfungsverfahren</a>	91
bbb)	<a href="#">Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen</a>	92
bb)	<a href="#">Missbräuchliche Anwendung von Beihilfen</a>	95
cc)	<a href="#">Sektoruntersuchung</a>	95
g)	<a href="#">Rechtsschutz</a>	96
aa)	<a href="#">Rechtsschutz vor dem EuGH</a>	96
aaa)	<a href="#">Nichtigkeitsklage</a>	97
bbb)	<a href="#">Untätigkeitsklage</a>	99
ccc)	<a href="#">Vorabentscheidung</a>	100
ddd)	<a href="#">Schadenersatzklage</a>	101
eee)	<a href="#">Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes</a>	102
fff)	<a href="#">Vertragsverletzungsklage</a>	102
bb)	<a href="#">Rechtsschutz vor nationalen Gerichten</a>	104
9.	<a href="#">Drittstaatliche Subventionen</a>	105
a)	<a href="#">Allgemeines</a>	105
b)	<a href="#">Inhalt des Verordnungsvorschlags</a>	107
c)	<a href="#">Bedeutung für die Schweiz</a>	109
10.	<a href="#">Zusammenfassung</a>	109
IV.	<a href="#">Rechtsslage in der Schweiz</a>	112
1.	<a href="#">Wirtschaftsverfassung der Schweiz</a>	112
a)	<a href="#">Historische Grundlagen</a>	112
b)	<a href="#">Geltende Bundesverfassung</a>	113
aa)	<a href="#">Wirtschaftsfreiheit</a>	113
bb)	<a href="#">Konzeption der Wettbewerbspolitik</a>	115
2.	<a href="#">Bundesrechtlicher Subventionsbegriff</a>	118
a)	<a href="#">Subventionsarten</a>	120
aa)	<a href="#">Finanzhilfen</a>	121
bb)	<a href="#">Abgeltungen</a>	122
cc)	<a href="#">Beiträge an internationale Organisationen</a>	122
b)	<a href="#">Weitere Abgrenzungen</a>	123
3.	<a href="#">Kantonaler Subventionsbegriff</a>	125
4.	<a href="#">Zulässigkeit</a>	126
a)	<a href="#">Verfassungsrechtliche Zulässigkeit</a>	126
aa)	<a href="#">Grundsatzkonformität bzw. Verfassungsvorbehalt</a>	127
bb)	<a href="#">Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen gem. Art. 36 BV</a>	130
aaa)	<a href="#">Gesetzliche Grundlage</a>	130
bbb)	<a href="#">Öffentliches Interesse</a>	131
ccc)	<a href="#">Verhältnismässigkeit</a>	131
ddd)	<a href="#">Kerngehaltsgarantie</a>	132
cc)	<a href="#">Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten</a>	132
b)	<a href="#">Vorgaben nach dem Subventionsgesetz</a>	133
aa)	<a href="#">Finanzhilfen</a>	133
bb)	<a href="#">Abgeltungen</a>	135
c)	<a href="#">Spezialgesetzliche Vorgaben des Bundes</a>	137
d)	<a href="#">Vorgaben für kantonale Subventionen</a>	137

5.	<u>Verfahren und Kontrolle</u>	138
a)	<u>Bundessubventionen</u>	139
b)	<u>Subventionswiderrufsverfahren und Subventionsrückforderungsverfahren</u>	141
aa)	<u>Subventionswiderrufsverfahren bei Subventionsgewährung durch Verfügung</u>	142
bb)	<u>Subventionswiderrufsverfahren bei Subventionsgewährung durch Vertrag</u>	143
cc)	<u>Rückforderung von Finanzhilfen</u>	143
c)	<u>Kantonale Subventionen</u>	144
d)	<u>Rechtsschutz Dritter</u>	144
6.	<u>Beihilfebestimmungen in den bilateralen Abkommen</u>	146
a)	<u>Freihandelsabkommen</u>	146
b)	<u>Luftverkehrsabkommen</u>	148
c)	<u>Landverkehrsabkommen</u>	151
7.	<u>Zusammenfassung</u>	152

## **Teil 2: Fallstudien zu ausgewählten Sektoren** **155**

### **A. Methodik** **157**

### **B. Unternehmensbesteuerung** **159**

I.	<u>In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken und -bestimmungen</u>	161
1.	<u>Grundsätzliches</u>	161
a)	<u>Kantonale und kommunale Steuerhoheit per se</u>	161
b)	<u>Steuererleichterungen für Neugründungen auf Bundes- und kantonaler Ebene</u>	165
2.	<u>Verrechnungspreise</u>	167
a)	<u>Rulingpraxis</u>	169
b)	<u>Safe-Harbour-Zinssätze</u>	170
3.	<u>Massnahmen der Unternehmenssteuerreform III/des STAF</u>	171
a)	<u>Patentbox</u>	172
b)	<u>Eigenfinanzierungsabzug</u>	173
c)	<u>Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen</u>	174
4.	<u>Weitere Elemente des schweizerischen Steuersystems</u>	175
a)	<u>Pauschalisierungen</u>	175
b)	<u>Umsatzabgabe</u>	177
II.	<u>Beurteilung der in der Schweiz bestehenden Massnahmen aus Sicht des EU-Beihilferechts</u>	179
1.	<u>Grundsätzliches</u>	179
a)	<u>Steuerhoheit unterhalb der Nationalstaatsebene per se</u>	184
b)	<u>Steuererleichterungen für Neugründungen</u>	188
2.	<u>Verrechnungspreise</u>	191
a)	<u>Rulingpraxis</u>	191
b)	<u>Safe-Harbour-Zinssätze</u>	196
3.	<u>Massnahmen der Unternehmenssteuerreform III/des STAF</u>	199
a)	<u>Patentbox</u>	199
b)	<u>Eigenfinanzierungsabzug</u>	206
c)	<u>Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen</u>	208
4.	<u>Weitere Elemente des schweizerischen Steuersystems</u>	211
a)	<u>Pauschalisierungen</u>	211
b)	<u>Umsatzabgabe</u>	212

III. <a href="#">Fazit: Auswirkungen einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz</a>	213
<b>C. Staatsgarantie für Kantonalbanken</b>	<b>217</b>
I. <a href="#">In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken und -bestimmungen</a>	219
1. <a href="#">Einführung</a>	219
2. <a href="#">Historischer Entwicklung und Rechtsgrundlagen</a>	221
a) <a href="#">Gründungsphase und Idee</a>	221
b) <a href="#">Bankengesetz 1934</a>	222
c) <a href="#">Bankengesetz 1999</a>	223
d) <a href="#">Strukturwandel hin zu Universalbanken</a>	224
e) <a href="#">Gesetzliche Grundlage und Rechtsformen der Kantonalbanken</a>	225
3. <a href="#">Leistungsauftrag</a>	229
4. <a href="#">Die Staatsgarantie</a>	232
a) <a href="#">Definition und Abgrenzung des Begriffes Staatsgarantie</a>	232
b) <a href="#">Untergruppen der Staatsgarantie</a>	234
aa) <a href="#">Primäre und sekundäre Staatsgarantie</a>	234
bb) <a href="#">Beschränkte und unbeschränkte Staatsgarantie</a>	237
c) <a href="#">Institutsgarantie oder Ausfallhaftung</a>	240
5. <a href="#">Abgeltung der Vorteile für die Staatsgarantie</a>	244
a) <a href="#">Abgrenzungsfragen</a>	245
b) <a href="#">Abgeltungsmodelle</a>	246
aa) <a href="#">Risikoorientierte Abgeltung (Eigenmittelvariante)</a>	246
bb) <a href="#">Abgeltung mit Versicherungsmodell</a>	248
cc) <a href="#">Gewinnorientierte Abgeltung</a>	249
dd) <a href="#">Risiko- und erfolgsorientierte Abgeltung</a>	250
ee) <a href="#">Abgeltung des Kostenvorteils</a>	250
c) <a href="#">Zwischenergebnis</a>	252
6. <a href="#">Vorstösse in der Politik</a>	255
a) <a href="#">Kantonalbank Zürich</a>	255
b) <a href="#">Kantonalbank Aargau</a>	255
c) <a href="#">Kantonalbank Glarus</a>	256
II. <a href="#">Vereinbarkeit der Staatsgarantie für Kantonalbanken mit EU-Beihilferecht</a>	258
1. <a href="#">Beispiele aus der bisherigen Praxis</a>	259
a) <a href="#">Österreich: Ausfallhaftung für Sparkassen und Landeshypothekenbanken</a>	259
b) <a href="#">Österreich: Dornbirner Sparkasse</a>	260
c) <a href="#">Deutschland: Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Sparkassen und Landesbanken</a>	261
d) <a href="#">Liechtenstein: Staatsgarantie für die Liechtensteinische Landesbank</a>	263
2. <a href="#">Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV</a>	264
a) <a href="#">Geldwerter Vorteil</a>	265
aa) <a href="#">Bürgschaftsmittelteilung der Europäischen Kommission</a>	265
bb) <a href="#">Private Investor Test</a>	266
cc) <a href="#">Wert der Staatsgarantie</a>	268
aaa) <a href="#">Begünstigung durch Refinanzierungsvorteile</a>	268
i) <a href="#">Rechtsgrundlagen</a>	268
ii) <a href="#">Rating von Kantonalbanken mit Staatsgarantie</a>	270
iii) <a href="#">Rating von Kantonalbanken ohne Staatsgarantie</a>	272
iv) <a href="#">Kantonalbanken ohne (internationales) Rating</a>	273

bbb)	<a href="#">Weitere geldwerte Vorteile</a>	274
i)	<a href="#">Moral Hazard</a>	274
ii)	<a href="#">Kundenwerbung / Kundenvertrauen</a>	275
ccc)	<a href="#">Zwischenergebnis</a>	275
b)	<a href="#">Angemessene Gegenleistung</a>	276
aa)	<a href="#">Abgeltungszahlungen und bisherige Präzedenzfälle</a>	277
bb)	<a href="#">Ausgleich der Kosten für DAWI</a>	280
c)	<a href="#">Zwischenergebnis</a>	282
3.	<a href="#">Selektivität und Wettbewerbsverfälschung</a>	282
4.	<a href="#">Zwischenstaatlichkeitsklausel</a>	283
5.	<a href="#">Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse</a>	285
a)	<a href="#">DAWI-Definition</a>	285
b)	<a href="#">Leistungsauftrag als DAWI</a>	287
c)	<a href="#">Zwischenergebnis</a>	291
6.	<a href="#">Ausblick</a>	292

## **D. Regionaler Personenverkehr** **293**

I.	<a href="#">Einleitung</a>	295
II.	<a href="#">Regionaler Personenverkehr</a>	297
1.	<a href="#">Ursprünge</a>	297
a)	<a href="#">Marktöffnungen und Liberalisierungen in der EU</a>	297
b)	<a href="#">Entwicklung eines koordinierten Verkehrs in der Schweiz</a>	304
c)	<a href="#">Würdigung</a>	309
2.	<a href="#">Rechtliche Ausgangslage</a>	311
a)	<a href="#">Rechtliche Grundlagen und Kompetenzzuteilungen</a>	311
b)	<a href="#">Bedeutung des Landverkehrsabkommens Schweiz-EU</a>	315
c)	<a href="#">Rechtliche Rahmenbedingungen des Personenverkehrs</a>	318
3.	<a href="#">Ausgestaltung des regionalen Personenverkehrs</a>	321
a)	<a href="#">Bestellprinzip</a>	321
b)	<a href="#">Bestellverfahren</a>	322
c)	<a href="#">Aufsicht und Controlling</a>	325
d)	<a href="#">Pflichten zum Direktem Verkehr und zur Koordinierung</a>	329
e)	<a href="#">Verkehrsunternehmen in der Schweiz</a>	330
aa)	<a href="#">Schweizerische Bundesbahnen SBB</a>	330
bb)	<a href="#">Weitere Eisenbahnunternehmen</a>	333
cc)	<a href="#">Verkehrsunternehmen der Kantone</a>	335
dd)	<a href="#">PostAuto AG</a>	337
III.	<a href="#">In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken</a>	338
1.	<a href="#">Übersicht</a>	338
2.	<a href="#">Praxisübliche Direktvergabe</a>	339
3.	<a href="#">Abgeltungen für ungedeckte Plankosten, Gewinnverbot und Anreizeffekte</a>	343
4.	<a href="#">Finanzhilfen und finanzielle Entlastungen</a>	347
a)	<a href="#">Bürgschaften</a>	348
b)	<a href="#">Beiträge und Darlehen</a>	349
c)	<a href="#">Umwandlung von Darlehen</a>	350
d)	<a href="#">Verzinsung von Eigenkapital</a>	351
e)	<a href="#">Steuerbefreiungen</a>	351

IV. <u>Beurteilung der bestehenden Praktiken aus Sicht des EU-Beihilferechts</u>	354
1. <u>Beihilferechtlicher Rahmen im regionalen Personenverkehr</u>	354
a) <u>Primärrechtliche Grundlagen</u>	354
b) <u>Sekundärrechtliche Ausgestaltungen</u>	357
c) <u>Anwendung der VO 1370/2007 auf den schweizerischen Verkehr</u>	361
2. <u>Praxisübliche Direktvergabe</u>	365
a) <u>Grundsätzliche Vergabepflicht und Ausnahmen</u>	365
b) <u>Direktvergabe von Verkehrsleistungen auf der Schiene</u>	368
c) <u>Direktvergabe von Verkehrsleistungen auf der Strasse</u>	370
aa) <u>Anzuwendendes Vergaberegime</u>	370
bb) <u>Direktvergabe an interne Betreiber</u>	376
cc) <u>Weitere Möglichkeiten der Direktvergabe</u>	379
d) <u>Fazit</u>	380
3. <u>Abgeltungen für ungedeckte Plankosten, Gewinnverbot und Anreizeffekte</u>	381
a) <u>Allgemeines</u>	381
b) <u>Abgeltungen für ungedeckte Plankosten</u>	383
aa) <u>Berechnungsformel</u>	383
bb) <u>Kosten der Verkehrsleistung</u>	385
cc) <u>Interne positive Netzeffekte</u>	385
dd) <u>Externe positive Netzeffekte</u>	386
ee) <u>Zeitpunkt und Intervalle der Kontrollen</u>	388
ff) <u>Rechungslegung und Quersubventionierungsverbot</u>	390
gg) <u>Fazit</u>	398
c) <u>Gewinnverbot</u>	400
d) <u>Anreizeffekte</u>	402
4. <u>Finanzhilfen und finanzielle Entlastungen</u>	406
a) <u>Bürgschaften, Beiträge und Darlehen</u>	406
b) <u>Steuerbefreiungen</u>	408
V. <u>Auswirkungen einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz</u>	410
1. <u>Landverkehrsabkommen</u>	410
2. <u>Praxisübliche Direktvergabe</u>	411
3. <u>Abgeltungen für ungedeckte Plankosten, Gewinnverbot und Anreizeffekte</u>	415
4. <u>Finanzhilfen und finanzielle Entlastungen</u>	418
<b><u>E. Erneuerbare Energien</u></b>	<b>421</b>
I. <u>Einleitung</u>	423
II. <u>Strommarkt</u>	425
1. <u>Funktion des Strommarktes</u>	425
2. <u>Stromhandel und Preiszusammensetzung</u>	427
3. <u>Struktur der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft</u>	429
4. <u>Rechtliche Ausgestaltung und technische Eigenheiten</u>	432
5. <u>Liberalisierung: wo steht die Schweiz?</u>	433
6. <u>Erhöhung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien</u>	438
III. <u>In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken</u>	441
1. <u>Fördermassnahmen auf Bundesebene</u>	441
a) <u>Einspeisevergütung</u>	446
b) <u>Investitionsbeiträge/Einmalvergütung</u>	451
c) <u>Marktprämie</u>	454
2. <u>Fördermassnahmen auf kantonaler Ebene</u>	458

IV. <u>Beurteilung der in der Schweiz bestehenden Massnahmen aus Sicht des EU-Beihilferechts</u>	462
1. <u>Grundsätzliches</u>	462
a) <u>Einspeisevergütung</u>	466
aa) <u>Anwendungsbereich</u>	467
bb) <u>Begünstigung</u>	467
cc) <u>Staatlichkeit oder aus staatlichen Mitteln</u>	470
b) <u>Investitionsbeiträge/Einmalvergütung</u>	476
aa) <u>Anwendungsbereich</u>	477
bb) <u>Begünstigung</u>	477
cc) <u>Staatlichkeit oder aus staatlichen Mitteln</u>	479
c) <u>Marktprämie</u>	486
aa) <u>Anwendungsbereich</u>	487
bb) <u>Begünstigung</u>	487
cc) <u>Staatlichkeit oder aus staatlichen Mitteln</u>	491
d) <u>Fördermassnahmen auf kantonaler Ebene</u>	491
aa) <u>Anwendungsbereich</u>	493
V. <u>Auswirkungen einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz</u>	494

### **Teil 3: Impulse für die Weiterentwicklung des schweizerischen Subventionsrechts** **499**

I. <u>Handlungsbedarf in der Schweiz</u>	501
II. <u>Divergierende wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidungen</u>	506
1. <u>Gemeinsamkeiten</u>	506
2. <u>Unterschiede</u>	508
3. <u>Handlungsoptionen</u>	510
a) <u>Modell 1 «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt»</u>	511
b) <u>Modell 2 «Erlaubnis mit verstärkten Kontrollanforderungen»</u>	513
c) <u>Modell 3 «Verstärkte Transparenzvorschriften ohne Zulässigkeitsregeln»</u>	515
III. <u>Ergebnisse der Fallstudien</u>	517
1. <u>Allgemeines</u>	517
2. <u>Unternehmensbesteuerung</u>	517
3. <u>Staatsgarantie für Kantonalbanken</u>	519
4. <u>Regionaler Personenverkehr</u>	521
5. <u>Erneuerbare Energien</u>	523
IV. <u>Schlussbetrachtung</u>	526



# Autorenverzeichnis

FATLUM ADEMI, MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Europa Institut an der Universität Zürich

ANDRÉ S. BERNE, LL.M., Advokat, Wenger Plattner, Basel

Dr. JANINE DUMONT, LL.M., Stv. Chefin i.a., Sektion Recht und Verträge, Abteilung Europa, Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten, Bern

Prof. Dr. ANDREAS KELLERHALS, LL.M., Ordentlicher Professor ad personam für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht, Universität Zürich, Direktor des Europa Instituts an der Universität Zürich, Rechtsanwalt bei SwissLegal (Zürich) AG

PD Dr. DIRK TRÜTEN, LL.M., Privatdozent für Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern

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

# Literaturverzeichnis

- ABEGG, ANDREAS/SEFEROVIC, GORAN, Abgeltung ungedeckter Kosten im regionalen Personenverkehr unter besonderer Berücksichtigung von Konzernstrukturen, *sui-generis* 2018, 360 ff.
- ACHERMANN, URS PHILIPP, Privatisierung im öffentlichen Verkehr, Voraussetzungen der Privatisierung und Steuerung des privatisierten Vollzugs am Beispiel des öffentlichen Verkehrs, Diss., Zürich 2008.
- ALTROCK MARTIN, Subventionierende Preisregelungen: Die Förderung erneuerbarer Energieträger durch das EEG, Schriftenreihe Energie- und Infrastrukturrecht, Band 1, 2002.
- ANREITER WILFRIED/NUSSBAUMER MICHAEL/BÜTIKOFER MARTIN, Wo steht der öffentliche Regionalverkehr der Schweiz? Neue Entwicklungen bei Bestellung und Finanzierung, *Der Nahverkehr* 2008, 1 ff.
- ARHOLD CHRISTOPH, Steuerhoheit auf regionaler oder lokaler Ebene und der europäische Beihilfenbegriff – wie weit reicht das Konzept von der regionalen Selektivität, *EuZW* 2006, 717 ff.
- ARPAGAU RETO/STALDER RALPH/WERLEN THOMAS, *Das Schweizerische Bankgeschäft*, 8. Aufl., Zürich 2021.
- BAER ARNT, Abnahmepflichten und Vergütungspflichten in der Energiewirtschaft, Gemeinschaftsrechtliche und verfassungsrechtliche Problemstellungen, in: WOLF GOTTSCHALK (Hrsg.), *Kommunalwirtschaftliche Forschung und Praxis*, Band 15, Diss., 2005.
- BALDWIN JOHN RUSSEL, *The Dynamics of Industrial Competition*, Cambridge 1993.
- BALTHASAR MICHÈLE, Elektrizitätslieferungsverträge im Hinblick auf die Strommarktöffnung: Unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrechts, Diss., Zürich 2007.
- BANFI FROST SILVIA/MINSCH JÜRIG, Wie soll Strom aus erneuerbaren Energien gefördert werden?, *Schweizerische Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW)*, 2012.
- BAQUERO CRUZ JULIO, What's left of the law of integration?, *Decay and resistance in European Union law*, Oxford 2018.
- BÄR-BOUYSSIÈRE BERTOLD, in: SCHWARZE JÜRGEN/BECKER ULRICH/HATJE ARMIN/SCHOO JOHANN (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Auflage 2019, Art. 107.
- BARTOSCH ANDREAS, *EU-Beihilfenrecht, Kommentar*, Art. 106–109 AEUV, De-minimis-Verordnung, DAWI-Paket, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung sowie Verfahrensverordnung, 3. Aufl., München 2020 (zit. BARTOSCH, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Bankengesetz*, in: WATTER ROLF et al. (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK BankG-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- Basler Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht*, in: ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL/BAUER-BALMELLI MAJA (Hrsg.), 2. Aufl., Basel 2019 (zit. BSK StHG-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

- Basler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, in: WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA-MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- BASTEN CHRISTOPH/BIRCHLER URS, Gutachten zur Eigentümerstrategie für die Glarner Kantonbank, vom 5. November 2019.
- BAUMANN PHIL, Können Investitionskontrollen für gleich lange Spiesse sorgen?, SZW 2021, 73 ff. (zit. BAUMANN, Investitionskontrollen).
- BAUMANN PHIL, Wettbewerbsverzerrungen durch privatwirtschaftliche Staatstätigkeit, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, 138, Zürich 2019 (zit. BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen).
- BEHNISCH URS, Zur Massgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz, in: VON BÜREN RO-LAND (Hrsg.), Aktienrecht 1992-1997, Versuch einer Bilanz, Festschrift für Rolf Bär, Bern 1998, 21 ff.
- BIAGGINI GIOVANNI *et al.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Basel 2016.
- BIAGGINI GIOVANNI, BV, Orell Füssli Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, Art. XX, N YY).
- BIAGGINI GIOVANNI, Über Strukturprobleme zweier wettbewerbsorientierter Wirtschaftsverfassungen, ZBl 1996, 49 ff. (zit. BIAGGINI, Strukturprobleme).
- BLAUBERGER MICHAEL/KRÄMER RIKE U., European competition vs. global competitiveness transferring EU rules on state aid and public procurement beyond Europe, Journal of industry, competition and trade 13/2013, 171 ff.
- BLECKMANN ALBERT/KOCH TANJA, Staatliche Beihilfen, in: ALBERT BLECKMANN (Hrsg.): Europarecht. Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., 1997, 743 ff.
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. Aufl., Zürich 2016.
- BOBBY CHRISTOPHER, A Method Inside the Madness: Understanding the European Union State Aid and Taxation Rulings, Chicago Journal of International Law 2017, 186 ff.
- BOND ERIC, Trade policy and competition policy: conflict vs. mutual support, in: NEUMANN MANFRED/WEIGAND JÜRGEN (Hrsg.), The International Handbook of Competition, 2. Aufl., Cheltenham 2013, 108 ff.
- BÖTTGER ULRICH, Ansätze für eine ökonomische Analyse des Subsidiaritätsprinzips des EG Art. 5 Abs. 2, Diss., Berlin 2004.
- BRANDENBERG ALEXANDRA, Entwicklungen in der Eisenbahnregulierung aus europäischer Sicht, EuZW 2009, 359 ff.
- BRAUNECK JENS, Zum Vorschlag einer EU-Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, WM 2021, 2319 ff.
- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021.

- BÜHLER CHRISTOPH, Rechtsgutachten, erstattet an den Regierungsrat des Kantons Glarus, Gesetzliche Rahmenbedingungen für die Umwandlung der Glarner Kantonalbank (GLKB) in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und zur Minimierung des Risikos einer impliziten Staatsgarantie nach Abschaffung der formellen Staatsgarantie, vom 15. April 2020.
- BÜHLMANN JÜRIG, Privatisierung von Kantonalbanken, dargestellt am Beispiel der Zürcher Kantonalbank, Diss., Bern 1996.
- BUNDI LIVIO, Die Subventionsüberprüfung im Rahmen von Art. 5 SuG, Ein Überblick über die bundesrätliche Kontrolltätigkeit im schweizerischen Subventionswesen, in: CARONI MARTINA *et al.* (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtsetzungslehre; Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/Baden-Baden 2011, 423 ff. (zit. BUNDI, Subventionsüberprüfung).
- BUNDI LIVIO, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016 (zit. BUNDI, System).
- BÚRCA GRÁINNE DE, Reappraising Subsidiarity's Significance after Amsterdam, Jean Monnet Working Papers 1999.
- BUTLER JANET KERSTIN/BÄRENBRINKER VERENA ANNE, Die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte auf dem Gebiet des Beihilferechts in den Jahren 2015 bis 2017 (Teil 1), EWS 2018, 131 ff.
- CALLIÈS CHRISTIAN, Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV nach dem Vertrag von Amsterdam, 2. Aufl., Baden-Baden 1999.
- CELİK HÜSEYİN, Die Einspeisung netzgebundener Energie gemäss Art. 15 EnG, AJP 2020, 907 ff.
- CHABENET ALEXANDRE, Les Aides d'Etat aux Banques Cantonales, Jusletter, 7. Februar 2022.
- COCKBORNE JEAN-ERIC DE, Les règles communautaires de concurrence applicables aux entreprises dans le domaine agricole, RTDE 1988, 293.
- Commentaire romand, Constitution fédérale, in: MARTENET VINCENT/DUBÉY JACQUES (Hrsg.), Basel 2021 (zit. CR Cst.-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- DANNENBAUM JOACHIM, Besonderheiten der Prüfung nach dem Anhang der VO 1370, Der Nahverkehr 2015, 45 ff.
- Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, in: GRABITZ EBERHARD/MEINHARD HILF/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.), 76. Aufl., München 2022 (zit. Grabitz/Hilf/Nettesheim EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- DERRER REGINA/THUMMEL SIMON, Die trinationale Regio-S-Bahn Basel, Zürich/St. Gallen 2009.
- DEUSTER JAN, Vom Auskunftsanspruch zur Veröffentlichungspflicht – Zur europäischen Dimension des Liniengenehmigungsverfahrens im Personenbeförderungsgesetz gemäß der VO (EG) 1370/2007, DÖV 2010, 591 ff.
- Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, in: EHRENZELLER *et al.* (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

- DONATSCH, ANDREAS/BACHMANN, STEPHAN A.J./UHLMANN, FELIX, Gutachten: PostAuto Schweiz AG erstattet zuhanden des Präsidenten der Schweizerischen Post AG vom 29. Mai 2018, Zürich 2018 (zit. DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN).
- DREXL JOSEF, Wettbewerbsverfassung, in: BOGDANDY ARMIN/BAST JÜRGEN (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin, Heidelberg 2009, 905 ff.
- DRYSCH MICHAEL/ROSARIUS LOTHAR, Investitionen in erneuerbare Energien, Bonn 2013.
- DUSS FABIAN, Grenzüberschreitende Leistungsbeziehungen im Konzern Transferpreiskorrekturen aus Sicht des internationalen Steuerrechts der Schweiz, IFF Forum für Steuerrecht 2015, 103 ff.
- EDEN LORRAINE, Taxes, Transfer Pricing and the Multinational Enterprise, in: RUGMAN ALAN M. (Hrsg.), Oxford Handbook of International Business, 2. Aufl., Oxford 2009, 591 ff. (zit. EDEN, Oxford Handbook).
- EDEN LORRAINE, The Arm's Length Standard: Making It Work in a 21<sup>st</sup> Century World of Multinationals and Nation States, in: POGGE THOMAS/MEHTA KRISHEN (Hrsg.), Global Tax Fairness, Oxford 2016, 1 ff. (zit. EDEN, Tax Fairness).
- EDEN LORRAINE/BYRNES WILLIAM, Transfer pricing and state aid: The unintended consequences of advance pricing agreements, Transnational Corporations 2018, 9 ff.
- EISENHUT DOMINIK, in: GEIGER RUDOLF/KHAN DANIEL-ERASMUS/KOTZUR MARKUS (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 6. Aufl. 2017, Art. 107.
- EKKENGA JENS/SAFAEI JAVID, Bedroht die EU-Beihilfenaufsicht die Steuerautonomie der EU-Mitgliedstaaten?, DStR 2018, 1993, 1996 f.
- ELLENRIEDER BENEDIKT, Verhandlung der Grundsätze der beihilferechtlichen Selektivität – Grundlegende Gedanken im Nachgang zur mündlichen Verhandlung des EuG in den Rechtssachen World Duty Free und Banco Santander und Santusa, IStR 2018, 480.
- EMCH URS/RENZ HUGO/ARPAGAU RETO, Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011.
- ENGELBERGER LUKAS, Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der Schweiz, Bern 2004, 175 ff.
- EPINEY ASTRID/METZ BEATE, Zur Vereinbarkeit eines Mindestpreises für Alkoholika mit dem Freihandelsabkommen Schweiz-EU und der Wirtschaftsfreiheit, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr 12a, 2010.
- EPINEY, ASTRID, Art. 93 AEUV, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, 603 ff.
- EU-Kommentar, in: SCHWARZE JÜRGEN *et al.*, 4. Aufl., Baden-Baden/Wien/Basel 2019 (zit. Nomos EU-Kommentar-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- Europäisches Unionsrecht, Handkommentar, in: VEDDER CHRISTOPH/HEINTSCHEL VON HEINEGG WOLF (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (HK EU-Recht-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Band 2, in: VON DER GROEBEN HANS/SCHWARZE JÜRGEN/HATJE ARMIN (Hrsg.), 7. Aufl., München 2015 (zit. Nomos EU-Recht-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).

- Europäisches Wettbewerbsrecht: Grosskommentar, in: SCHRÖTER HELMUTH *et al.*, 2. Aufl., Baden-Baden 2014 (zit. Nomos EU-Wettbewerbsrecht-BEARBEITER/IN).
- EUV/AEUV Kommentar, in: GEIGER RUDOLF/KHAN DANIEL-ERASMUS/KOTZUR MARKUS (Hrsg.), 6. Aufl., München 2016 (zit. Geiger/Khan/Kotzur EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- EUV/AEUV Kommentar, in: STREINZ RUDOLF (Hrsg.), 2. Aufl., Köln 2012 (zit. Streinz EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- EUV/AEUV, mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, in: CALLIESS CHRISTIAN (Hrsg.), 6. Aufl., München 2021 (zit. Calliess EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- EU-Verträge Kommentar, in: LENZ CARL OTTO/BORCHARDT KLAUS-DIETER (Hrsg.), 6. Aufl., Köln 2012 (zit. EU-Verträge BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- FEHLING, MICHAEL, Art. 93 AEUV, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Kommentar, Band 2, 7. Aufl., München 2015, 490 ff.
- FEHLING, MICHAEL/LINKE, BENJAMIN, Einleitung, in: Bayreuther/Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007 – Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, Kommentar, 2. Aufl., München 2019, 28 ff.
- FÖHSE KATHRIN S., Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft im Stromversorgungsgesetz (StromVG), Unter besonderer Berücksichtigung der Regulierung und Entflechtung des Übertragungsnetzbereichs im 3. Energiebinnenmarktpaket der EU, 2014.
- FOLKO BÜHRLE, Gründe und Grenzen des «EG-Beihilfenverbots»: Art. 87 Abs. 1 EG-Vertrag: eine europäische Norm im Spannungsfeld von ökonomischer Rationalität und staatlichem Gestaltungsanspruch, Tübingen 2006.
- Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, in: PECHSTEIN MATTHIAS/NOWAK CARSTEN/HÄDE ULRICH (Hrsg.), Frankfurt 2017 (zit. Frankfurter Komm.-EUV/GRC/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- FRENZ WALTER, Beihilferückforderung beim EEG?, ZNER 2014, 25 ff. (zit. FRENZ, Beihilferückforderung).
- FRENZ WALTER, Handbuch Europarecht, Berlin 2006 (zit. FRENZ, Handbuch).
- FRENZ WALTER, in: Energierecht: Energiewirtschaftsgesetz mit Verordnungen, EU-Richtlinien, Gesetzesmaterialien, Gesetze und Verordnungen zu Energieeinsparung und Umweltschutz sowie andere energiewirtschaftlich relevante Rechtsregelungen; Kommentar DANNER WOLFGANG UND THEOBALD CHRISTIAN (Hrsg.). – Erg.-Lfg. 86, Seiten/Artikel-Nr: 1-78, 2016.
- GAFAFER TOBIAS, Die Südostbahn fährt neu bis in den Westen, NZZ vom 6. Dezember 2021, 7.
- GEIGER HANS/KRÄUCHLI BEAT, Umstrittene Staatsgarantie der Kantonalbanken – Moral-Hazard-Risiken und hohe Kosten, NZZ vom 11. Oktober 2003, 3.
- GHOSAL VIVEK, Assessing potential competition in antitrust markets, in: NEUMANN MANFRED/WEIGAND JÜRGEN (Hrsg.), The International Handbook of Competition, 2. Aufl., Cheltenham 2013, 265 ff.

- GIENSCH ANNABEL, *Umweltschutzbeihilfen im Spannungsfeld zw. Wettbewerb und Umweltschutz*, Diss., Hamburg 2000/2001.
- GLASER ANDREAS, *Regionale Steuerautonomie im Fokus des EG-Beihilfenrechts*, EuZW 2009, 363 ff.
- GÖCKE MATTHIAS, *Verzerrende Auswirkungen staatlicher Subventionen – eine ökonomische Analyse*, in: EHLERS DIRK/WOLFFGANG HANS-MICHAEL/SCHRÖFER JAN (Hrsg.), *Subventionen im WTO- und EG-Recht*, 2007, 9.
- GÖTZ VOLKMAR, H. III. *Staatliche Beihilfen*, in: DAUSES MANFRED A./LUDWIGS MARKUS (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 56. Aufl., München 2022.
- GÖTZ VOLKMAR/THIELE ALEXANDER/LUDWIGS MARKUS, H. III. *Staatliche Beihilfen*, in: DAUSES MANFRED A./MARKUS LUDWIGS (Hrsg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 56. Aufl., München 2022.
- GRABMAYR NORA *et al.* (Hrsg.), *Förderung erneuerbarer Energien und EU-Beihilferahmen – insbesondere eine Untersuchung des Entwurfs der Generaldirektion Wettbewerb der Kommission zu Leitlinien für Umwelt- und Energiebeihilfen für die Jahre 2014-2020*, 2014.
- GRISCHKAT SYLVIE *et al.*, *Allgemeine Vorschriften gemäß Art. 3 Abs. 2 der VO (EG) Nr. 1370/2007*, V+T 2010, 466 ff.
- GUNDEL JÜRIG, *Europäisches Energierecht*, in: DANNER WOLFGANG/THEOBALD CHRISTIAN (Hrsg.), *Energierecht*, Band 2, München, 2016, Kap. IV, N 79 ff.
- GUROVITS ANDRAS A./MÜLLER JÜRIG/ASSFALG MARKUS, *Das reformierte schweizerische Eisenbahnverkehrsrecht*, Zürich 2000.
- GÜRPINAR ENGIN, *Die Umsetzung der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Europäischen Kommission in den EU-Beihilferregeln*, Baden-Baden 2018.
- HÄFELIN ULRICH *et al.*, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 10. Aufl., Zürich 2020.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016.
- HAHN MICHAEL, *Rechtsentwicklung in der Europäischen Union und die Schweiz, Aktuelle Entwicklungen im EU-Aussenwirtschaftsrecht: «Offene strategische Autonomie» und EU-Aussenwirtschaftsrecht: Legitimer Durchsetzungswille oder Unilateralismus?* in: EPINEY ASTRID/ZLATESCU PETRU EMANUEL, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire suisse de droit européen 2020/2021*, Zürich 2021, 157 ff.
- HAMMER THOMAS, *Aufgabenwandel bei öffentlich-rechtlichen Unternehmungen, dargestellt am Beispiel der Kantonbanken*, in: ARTHUR HÄFLIGER SEN. *et al.* (Hrsg.), *Festgabe Alfred Röheli*, Solothurn 1990, 417 ff.
- HÄNER ISABELLE *et al.*, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 8. Aufl., Basel 2014.
- HATJE ARMIN, *Wirtschaftsverfassung im Binnenmarkt*, in: BOGDANDY ARMIN/BAST JÜRGEN (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, Berlin, Heidelberg 2009, 801 ff.
- HAYEK FRIEDRICH AUGUST, *The constitution of liberty, The definite edition*, London/New York 2011.

- HEIDENHAIN MARTIN *et al.*, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilfenrechts*, München 2003.
- HEIDENHAIN MARTIN, *Entwicklung des Beihilfenrechts*, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilfenrechts*, München 2003.
- HEIMLER ALBERTO/JENNY FRÉDÉRIC, *The limitations of European Union control of state aid*, *Oxford review of economic policy* 2012, 347 ff.
- HEINEMANN ANDREAS/KELLERHALS ANDREAS, *Wettbewerbsrecht*, In a nutshell, 2. Aufl., Zürich 2018.
- HESELHAUS SEBASTIAN, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Energierecht*, in: EPINEY, ASTRID/ZLÂTESCU. PETRU EMANUEL (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021*, Zürich/Basel/Genf/Bern 2021, S. 243–264.
- HESELHAUS SEBASTIAN/CUCÈ TANIA, *Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Energierecht*, in: EPINEY ASTRID/HEHEMANN LENA (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Basel/Genf/Bern 2018, 231 ff.
- HESKAMP DIETER, *Die Vereinbarkeit allgemeiner und horizontaler Beihilfen und Beihilferegelungen mit Art. 87 EGV*, 2001.
- HETTICH PETER/WALTHER SIMONE, *Rechtsfragen um die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) für Elektrizität aus erneuerbaren Energien*, *ZBl* 2011, 143 ff.
- HETTICH PETER/WALTHER SIMONE/TSCHUDIN SCHREIBER SABINE, *Schweiz ohne Stromabkommen*, in: ABEGG ANDREAS *et al.* (Hrsg.), *Schriften zum Energierecht*, 1, Zürich/St. Gallen 2015.
- HEUBERGER RETO, *Die verdeckte Gewinnausschüttung aus Sicht des Aktienrechts und des Gewinnsteuerrechts*, Diss., Bern 2001.
- HIRSBRUNNER SIMON, *Könnte die Schweiz ein Verbot staatlicher Beihilfen verkraften?*, *EuZ* 2017, 60 ff. (zit. HIRSBRUNNER, *Verbot*).
- HIRSBRUNNER SIMON, *Überschätzter autonomer Nachvollzug?*, in: *Jusletter* 22. November 2021 (zit. HIRSBRUNNER, *Nachvollzug*).
- IMMENGA ULRICH/RUDO JOACHIM, *Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht*, Baden-Baden 1997.
- ISENSEE JOSEF, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, 2. Aufl., Berlin 2001.
- JAAG TOBIAS/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 7. Aufl., Basel 2009.
- JÄGER THOMAS, *Staatliche Agrarbeihilfen und Gemeinschaftsrecht, Eine Zwischenbilanz anlässlich der neuen Gruppenfreistellungsverordnungen 2004 für Agrar- und Fischereibeihilfen*, *AUR* 2005, 189.
- JAGMETTI RICCARDO, *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VII, Energierecht*, Basel 2005.
- JESTÄDT THOMAS, § 16, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilfenrechts*, München 2003.
- KARLEN, PETER, *Schweizerisches Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2018.



- KAUFMANN CHRISTINE/UTZ FLORIAN, in: WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Art. 98.
- KAUFMANN, MARCEL/LINKE, BENJAMIN, Art. 1, in: Bayreuther/Kaufmann/Lübbig/Priß/Pün-der (Hrsg.), *VO (EG) 1370/2007 – Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße*, Kommentar, 2. Aufl., München 2019, 67 ff.
- KELLER MARIO *et al.*, *Evaluation Bahn 2000 1. Etappe*, Schlussbericht vom 14. Dezember 2006, Bern 2006.
- KERN MARKUS, *Weiterentwicklung der Eisenbahnrechtsordnung in der Schweiz – Rahmenbedingungen und Spielräume vor dem Hintergrund des Landverkehrsabkommens*, ZBl 2012, 631 ff. (zit. KERN, *Eisenbahnrechtsordnung*).
- KERN MARKUS, *Zwischen Effizienz- und Qualitätsbestrebungen: Die Vergabe von Transportleistungen im öffentlichen Personenverkehr in der EU und der Schweiz*, AJP 2013, 1806 ff. (zit. KERN, *Transportleistungen*).
- KERN MARKUS/KÖNIG PETER, *Verkehr: Öffentlicher Verkehr*, in: BIAGGINI GIOVANNI *et al.* (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, 389 ff.
- KIRCHNER CHRISTIAN, *Reconceptualizing competition and competition policy in a new institutional economics -perspective*, in: NEUMANN MANFRED/WEIGAND JÜRGEN (Hrsg.), *The International Handbook of Competition*, 2. Aufl., Cheltenham 2013, 221 ff.
- KISHORE VISHAAL, *Free trade and comparative advantage: a study in economic sleight of hand*, in: MATTEI UGO/HASKELL JOHN D. (Hrsg.), *Research handbook on political economy and law*, Cheltenham, UK/Northampton, MA, USA 2015, 90 ff.
- KLINGER HEINZ, *Das Stromeinspeisungsgesetz vom 14. Dezember 1990, ein ordnungspolitischer Sündenfall*, in: BAUR JÜRGEN F./MÜLLER-GRAFF PETER-CHRISTIAN/ZULEEG MARTIN (Hrsg.), *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, 2020, 541 ff.
- KNAUFF, MATTHIAS, Art. 93 AEUV, in: Becker/Hatje/Schoo/Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden 2019, 1351 ff. (zit. Art. 93 AEUV).
- KNAUFF, MATTHIAS, *Öffentlicher Personenverkehr*, in: Birnstiel/Bungenberg/Heinrich (Hrsg.), *Europäisches Beihilfenrecht*, Baden-Baden 2013, 1167 ff. (zit. *Öffentlicher Personenverkehr*).
- KÖKE JANNA, *Kommunale Unternehmen in Europa*, Diss., Baden-Baden 2015.
- KOKOTT JULIANE, *Das Steuerrecht der Europäischen Union*, München 2018.
- Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, in: AUER CHRISTOPH/MÜLLER MARKUS/SCHINDLER BENJAMIN (Hrsg.), Zürich 2008 (zit. *Kommentar VwVG-BEARBEITER/IN*, Art. XX, N YY).
- Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, in: ZOBL DIETER *et al.* (Hrsg.), Zürich 2015 (zit. *Kommentar BankenG-BEARBEITER/IN*, Art. XX, N YY).
- Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, in: ZWEIFEL MARTIN/BEUSCH MICHAEL (Hrsg.), 3. Aufl., Basel 2017 (zit. *BSK StHG-BEARBEITER/IN*, Art. XX, N YY).

- Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, in: RHINOW RENÉ et al. (Hrsg.), Basel/Zürich/Bern 1987-1996 (zit. Komm. aBV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- Kommentar zur VO (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste, in: LINKE BENJAMIN (Hrsg.), 2. Aufl., München 2019 (zit. Komm. VO 1370/2007-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, in: HÄNER ISABELLE/RÜSSLI MARKUS/SCHWARZENBACH EVI (Hrsg.), Zürich 2007 (zit. Kommentar ZH-Verfassung-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- KÖNIG CHRISTIAN/FÖRTSCH BEATE, in: STREINZ RUDOLF (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl., 2018.
- KÖNIG CHRISTIAN/KÜHLING JÜRGEN/RITTER NICOLAI, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2005.
- KÖNIG PETER/JAMPEN MICHEL/STIRNIMANN PASCAL, Bestellung, Subventionierung und Aufsicht im regionalen Personenverkehr, Schweizer Eisenbahn-Revue 2021, 1 ff.
- KÖPPEL SONJA, Energiebedarf für Gebäude halbieren, Energieexperte vom 20. Juni 2019, abrufbar unter: <<https://www.energie-experten.ch/de/wohnen/detail/energiebedarf-fuer-gebaeude-halbieren.html>>.
- KRAUSSER HANS-PETER, Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, Berlin 1991.
- KREUZER WOLFGANG, Die öffentliche Förderung von Fussballstadien, Diss., Baden-Baden 2011.
- KRÖGER JAMES, Schriften zum Umweltenergie recht, 19, Die Förderung erneuerbarer Energien im Europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt, Binnenmarktintegration erneuerbarer Energien durch Europäisierung nationaler Fördersysteme, Baden-Baden 2015.
- KRUSE EBERHARD, Kommunale Sparkassen im Blickfeld des europäischen Beihilferechts – Beihilferechtliche Erwägungen im Anschluss an die gegenwärtig geführte Diskussion zu den Landesbanken, NVwZ 2000, 721 ff.
- KÜHLING JÜRGEN, in: STREINZ, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 107.
- LAPRÉVOTE FRANÇOIS-CHARLES, A Missed Opportunity? State aid Modernization and Effective Third Parties Rights in State aid Proceedings, EStAL 2014, 426 ff.
- LAVOYER SÉBASTIAN, Die Staatsgarantie im Aargau wankt: Was hätte eine Abschaffung für Folgen? Ein Blick über die Kantongrenze, AZ vom 29. Februar 2020, <<https://www.aargauerzeitung.ch/aargau/kanton-aargau/die-staatsgarantie-im-aargau-wankt-was-hatte-eine-abschaffung-fur-folgen-ein-blick-uber-die-kantongrenze-ld.1199390>>.
- LEHNERT WIELAND/VOLLPRECHT JENS, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare Energien-Richtlinie der EU, ZUR 2009, 307 ff.
- LENGWILER CHRISTOPH/KILCHOER CYRILL, Kantonalbanken und die Staatsgarantie, in: JANS ARMIN/LENGWILER CHRISTOPH/PASSARDI MARCO (Hrsg.), Krisenfeste Schweizer Banken?, Die Regulierung von Eigenmitteln, Liquidität und «Too Big to Fail», Zürich 2017, 559 ff.
- LEU ROBERT E., Ist eine Staatsgarantie für Banken ökonomisch sinnvoll?, in: WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.), Aktuelle Probleme im Bankenrecht, Bern 1994, 47 ff.
- LIENHARD ANDREAS/MÄCHLER AUGUST/ZIELNIEWICZ AGATA, Öffentliches Finanzrecht, Bern 2017.

- LIENHARD ANDREAS/ZIELNIEWICZ AGATE, Zum Legalitätsprinzip bei Einzelfallsubventionen, in: CARONI MARTINA/HESELHAUS SEBASTIAN/MATHIS KLAUS (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen: Verwaltungsrecht – Staatsrecht – Rechtssetzungslehre, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2011, 453 ff.
- LINDER THOMAS/DIEFENBACHER CYRILL, Darstellung der EU-Regionalbeihilferegelungen und Schlussfolgerungen für Steuererleichterungen in der Schweiz, ASA 2014/2015, 565 ff.
- LINKE BENJAMIN, Die staatliche Finanzierung öffentlicher Personenverkehrsdienste, EuZW 2014, 766 ff.
- LINKE, BENJAMIN/LÜBBIG, THOMAS, Anhang, in: Bayreuther/Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007 – Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, Kommentar, 2. Aufl., München 2019, 444 ff.
- LINKE, BENJAMIN/LÜBBIG, THOMAS, Art. 6, in: Bayreuther/Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007 – Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, Kommentar, 2. Aufl., München 2019, 444 ff.
- LINKE, BENJAMIN/LÜBBIG, THOMAS, Art. 9, in: Bayreuther/Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007 – Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, Kommentar, 2. Aufl., München 2019, 536 ff.
- LINKE, BENJAMIN/PRIESS, HANS-JOACHIM, Art. 5, in: Bayreuther/Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder (Hrsg.), VO (EG) 1370/2007 – Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, Kommentar, 2. Aufl., München 2019, 222 ff.
- LÜBBIG THOMAS/MARTÍN-EHLERS ANDRÉS, Beihilfenrecht der EU, Das Recht der Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2009.
- LUDWIGS MARKUS, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, Zugleich Band 5 der Enzyklopädie Europarecht, in: RUFFERT MATTHIAS et al. (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2020.
- LUTS JORIS, Compatibility of IP Box Regimes with EU State Aid Rules and Code of Conduct, ec Tax Review 2014, 258 ff.
- LYAL RICHARD, Fordham International Law Journal 2015, 1042 ff.
- MARSZALEK DIETER et al. Anreize für attraktiven und wirtschaftlichen Nahverkehr, Der Nahverkehr 2010, 52 ff.
- MARTIN STEPHEN, Globalization and the natural limits of competition, in: NEUMANN MANFRED/WEIGAND JÜRGEN (Hrsg.), The International Handbook of Competition, 2. Aufl., Cheltenham 2013, 4 ff.
- MARTIN-EHLERS ANDRÉS, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung – Much ado about nothing?, EWS 2001, 263 ff.
- MARTINEZ JOSÉ, Landwirtschaft und Wettbewerbsrecht, Bestandsaufnahmen und Perspektiven, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht: EuZW 2010, 368.
- MATTEOTTI RENÉ/ROTH PHILIPP, Die Unternehmenssteuerreform III zwischen Kompetitivität und Kompatibilität, ASA 2013, 681 ff.
- MAYORAZ JEAN-FRANÇOIS, Staatliche Beihilfen in den Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Zürich 2018.

- MELCHER MARTINA, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im europäischen Privatrecht, Tübingen 2016.
- METTLER JON, So trickste Postauto in Liechtenstein, Tagesanzeiger vom 16. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://www.tagesanzeiger.ch/sonntagszeitung/so-trickste-postauto-in-liechtenstein/story/17543388>>.
- MIETZSCH, OLIVER, Neuordnung des europäischen Rechtsrahmens für den ÖPNV, EuZW 2006, 11 ff.
- MÖLLER FABIAN, Rechtsschutz bei Subventionen – Die Rechtsschutzmöglichkeiten Privater im Subventionsverfahren des Bundes unter Berücksichtigung der neueren Entwicklungen des nationalen und internationalen Subventions- und Beihilferechts, Basel 2006.
- MÖLLER FABIAN/BAUMANN CLAUDIA, Abwicklung KEV – Einführung EVS, in: HESELHAUS SEBASTIAN/SCHREIBER MARKUS (Hrsg.), Energierechtstagung 2019, Schriften zum Energierecht Band 12, Zürich/St. Gallen 2019, 99 ff.
- MORGENBESSER MISCHA, Die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG, Jusletter, 9. April 2018.
- MOSER STEFAN/PESARESI NICOLA/SOUKUP KARL, State guarantees to German public banks: a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community, in: Competition Policy Newsletter 2/2002, S. 8.
- MÜCKENHAUSEN, PETER, Art. 93, in: Lenz/Borchartd (Hrsg.), EU-Verträge Kommentar, 6. Aufl., Köln 2012, 1210 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.
- MÜLLER-GRAFF PETER CHRISTIAN, Das «Soft Law» der europäischen Organisationen, EuR 2012, 18 ff.
- MÜLLER-TERPITZ RALF/OUERTANI WIAM, Das EEG 2014 im Licht des EU-Beihilfenrechts, EnWZ 2016, 536 ff.
- Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 5. Band Beihilfenrecht, in: SÄCKER FRANZ JÜRGEN/KARPENSTEIN ULRICH/LUDWIGS MARKUS (Hrsg.), 4. Aufl., München 2022 (zit. MüKo Wettbewerbsrecht-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- NETTESHEIM MARTIN, Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, 253 ff.
- NEUHAUS MARKUS RUDOLF, Die Besteuerung des Aktienertrages, Diss., Zürich 1988.
- NEUMANN MANFRED, Competition policy, History, theory and practice, Cheltenham 2003.
- NOBEL PETER, Lageanalyse und rechtliche Entwicklungsperspektiven der Kantonalbanken, AJP 1994, 1554 ff. (zit. NOBEL, Lageanalyse).
- NOBEL PETER, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019 (zit. NOBEL, Finanzmarktrecht).
- NOBEL PETER, Wolken über dem Begriff der Staatsgarantie, Der Schweizer Treuhänder 1996, 229 ff. (zit. NOBEL, Staatsgarantie).

- Nomos Kommentar, Europäisches Beihilfenrecht, in: BIRNSTIEL ALEXANDER/BUNGENBERG MARC/HEINRICH HELGE (Hrsg.), Baden-Baden 2013 (zit. Nomos EU-Beihilfenrecht-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- NUÑEZ MÜLLER MARCO, Landverkehr (insbesondere Straßenverkehr), in: SÄCKER FRANZ JÜRGEN/KARPENSTEIN ULRICH/LUDWIGS MARKUS (Hrsg.), Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5, 2. Aufl., München 2018, 1119 ff. (zit. NUÑEZ MÜLLER, Landverkehr).
- NUÑEZ MÜLLER MARCO, Schienenverkehr, in: SÄCKER FRANZ JÜRGEN/KARPENSTEIN ULRICH/LUDWIGS MARKUS (Hrsg.), Münchener Kommentar: Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 5, 2. Aufl., München 2018, 1145 ff. (zit. NUÑEZ MÜLLER, Schienenverkehr).
- NYFFENEGGER MANUELA, PostAuto Schweiz investiert in Frankreich – und verliert Millionen, NZZ vom 19. Februar 2018, abrufbar unter: <<https://www.nzz.ch/panorama/postauto-schweiz-verliert-in-frankreich-millionen-ld.1358802>>.
- OESCH MATTHIAS, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 2013, 1337 ff. (zit. Oesch, Disziplinierung staatlicher Beihilfen).
- OESCH MATTHIAS, Schweiz – Europäische Union: Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020 (zit. OESCH, Grundlagen).
- OESCH MATTHIAS, Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer, ZSR 2012, 255 ff. (zit. OESCH, Staatliche Subventionen).
- OESTERHELT STEFAN, Bindungswirkung kantonaler Steuerrulings gegenüber ESTV, STR 2013, 188 ff.
- Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz (KG), in: BORER JÜRIG (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2011 (zit. OFK-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- OTTING OLAF/SOLTÉSZ ULRICH/MECHLER PHILIPP, Verkehrsverträge vor der dem Hintergrund des Europäischen Beihilferechts – Verwaltungsrichter weisen Brüssel in die Schranken, EuZW 2009, 444 ff.
- OVERKAMP PHILIPP/BRINKSCHMIDT JOHANNES, Der Beihilfenbegriff im Wandel: Die Entscheidung des EuGH zum EEG 2012 als Wendepunkt der «Beihilfenpolitik»? , DöV 2019, 868 ff.
- PAPENKORT KATJA/WELLERSHOFF JAN-KRISTOF, Der Energietitel im Vertrag von Lissabon, RdE 2010, 77 ff.
- PECHSTEIN MATTHIAS/GÖRLITZ NIKLAS, EU-Prozessrecht, Mit Aufbaumustern und Prüfungsübersichten, 4. Aufl., Tübingen 2011.
- PFAMMATTER HANNES, Das Abgeltungsmodell für die Staatsgarantie bei Kantonalbanken (Master-Arbeit), Institut für Banking und Finance, Universität Zürich, Zürich 2013.
- PIAZZA DANIEL, Dimensionen zur Positionierung der Public Corporate Governance bei Kantonalbanken zwischen Politik und Ökonomie, Diss., St. Gallen 2012.
- PIEPER STEFAN U., Subsidiarität, Ein Beitrag zur Begrenzung der Gemeinschaftskompetenzen, Köln/Berlin 1994.
- PIERNAS LÓPEZ JUAN JORGE, The concept of state aid under EU law, From internal market to competition and beyond, Oxford 2015.

- PRUSKO ANSELM, Steuerliche Missbrauchsvermeidung im Europäischen Binnenmarkt, Diss., Berlin 2018.
- PÜNDER HERMANN, Beschränkungen der In-house-Vergabe im öffentlichen Personenverkehr, NJW 2010, 263 ff.
- RECHSTEINER STEFAN, Rechtsfragen des liberalisierten Strommarktes in der Schweiz: mit Blick nach Europa insbesondere Deutschland und Österreich, Zürich 2001.
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Basel, Zürich/St. Gallen 2011.
- REICH MARKUS/HUNZIKER SILVIA/ROBINSON PHILIP, in: REICH MARKUS (Hrsg.), Steuerrecht, 3. Aufl., Zürich 2020.
- RENFER STEFAN, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesetz, Jusletter, 14. März 2022.
- RHINOW RENÉ *et al.*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011.
- RHINOW RENÉ, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Basel/Stuttgart 1971 (zit. RHINOW, Subvention).
- RHINOW RENÉ, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: THÜRER DANIEL/DIGGELMANN OLIVER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel Suisse, Zürich 2001 (zit. RHINOW, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung).
- RHINOW RENÉ/BIAGGINI GIOVANNI, Verfassungsrechtliche Aspekte der Kartellgesetzrevision, in: ZÄCH ROGER/ZWEIFEL PETER (Hrsg.), Grundfragen der schweizerischen Kartellrechtsreform, 1995, 93 ff.
- RICHLI PAUL, in: RICHLI PAUL (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band XIII, Wirtschaftsstrukturrecht unter besonderer Berücksichtigung des Agrar- und Filmwirtschaftsrechts, 2. Aufl., Basel 2018.
- RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007, 47 ff.
- RIHS GEORG, Liberalisierung von Infrastrukturnetzen: Festnetztelefon-, Elektrizitäts-, und Schienennetz in der österreichischen Rechtsordnung, Diss., Wien 2009.
- ROSENFELD ANDREAS, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 5. Band Beihilfenrecht, 4. Aufl. 2022, Teil 9, Beurteilung staatlicher Beihilfen in bestimmten Sektoren.
- ROSENFELD ANDREAS, Rückforderungen gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen, in: EHLERS DIRK/BOHANES JAN (Hrsg.), Subventionen im WTO- und EG-Recht, Tagungsband zum 11. Münsteraner Aussenwirtschaftsrechtstag 2006, Frankfurt am Main 2007, 181 ff.
- RUANE FRANCES P./GÖRG HOLGER, Irish FDI policy and investment from the EU, in: BARRELL RAY/PAIN NIGEL (Hrsg.), Innovation, Investment and the Diffusion of Technology in Europe: German Direct Investment and Economic Growth in Postwar Europe, Cambridge 1999, 44 ff.
- RUSCHE TIM MAXIAN, EU Renewable Electricity Law and Policy, Cambridge 2015, 82 ff.
- RUSSENBERGER MARC, Die Sonderstellung der schweizerischen Kantonalbanken, Diss., Zürich 1998 (zit. RUSSENBERGER, Sonderstellung).

- RUSSENBERGER MARC, Kantonalkassen im Umbruch – Vom staatlichen Institut zur privatrechtlichen Aktiengesellschaft, SZW 1995, 1 ff. (zit. RUSSENBERGER, Umbruch).
- RUTZ SAMUEL, Avenir Suisse, Die Schweiz – das Land der Subventionen, 2022, S. 55.
- SAGER FRITZ, Politisch-administrative Strukturen und Umsetzungsprozesse der Verkehrspolitik, in: LADNER ANDREAS *et al.* (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013, 807 ff.
- SANCHEZ RYDELSKI MICHEAL, Handbuch EU Beihilferecht, Baden-Baden 2003.
- SAXER URS/BRUNNER FLORIAN, Rundfunkrecht, in: BIAGGINI GIOVANNI *et al.* (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, 279 ff.
- SCHALCH STEFAN H./SALLENBACH HANSUELI, Abschied vom Solidaritätsprinzip im Strommarkt durch Rosinenpicker?, AJP 2005, 1491 ff.
- SCHÄRER BARBARA, Subventionen des Bundes, Zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Chur/Zürich 1992.
- SCHARF DANIEL, Die Kompetenzordnung im Vertrag von Lissabon – zur Zukunft Europas: Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, Halle (Saale) 2009.
- SCHEFER MARKUS, Die Kerngehalte von Grundrechten, Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.
- SCHIRMER SARAH N., Die Durchsetzung des EU- und EWR-Beihilferechts vor nationalen Gerichten, LJZ 2020, 65 ff.
- SCHIRMER SARAH N., Die Durchsetzung des EU- und EWR-Beihilferechts vor nationalen Gerichten, LJZ 2020, S. 65 ff.
- SCHLACKE SABINE/KRÖGER JAMES, Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG, Eine unionsrechtliche Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung (§§ 40 ff. EEG), NVwZ 2013, 313 ff.
- SCHLEINIGER RETO/BETZ REGINA/WINZER CHRISTIAN, Strommarkt Schweiz, in: ABEGG ANDREAS *et al.* (Hrsg.), Schriften zum Energierecht, Zürich 2019, 15 ff.
- SCHLEINIGER RETO/WINZER CHRISTIAN, Zukünftiges Marktdesign für erneuerbare Energien in der Schweiz, Studie im Auftrag von AEE/SUISSE, Dachorganisation der Wirtschaft für erneuerbare Energien und Energieeffizienz, Winterthur 2018.
- SCHMIDT-PREUSS MATTHIAS, in: HENDLER REINHARD *et al.* (Hrsg.), Energierecht zwischen Umweltschutz und Wettbewerb, Umwelt- und Technikrecht, Band 61, 2002, 27 ff.
- SCHOLL PHYLLIS, Kapitel 13: Elektrizität, in: GIOVANNI BIAGGINI *et al.* (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 509 ff., N 13.1 ff.
- SCHÖN WOLFGANG, Tax Legislation and the Notion of Fiscal Aid: A Review of 5 Years of European Jurisprudence, in: RICHELLE ISABELLE/SCHÖN WOLFGANG/TRAVERSA EDOARDO (Hrsg.), State Aid Law and Business Taxation, Heidelberg 2016, 3 ff.
- SCHÖNBÄCHLER PATRICK, Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen, Diss., Zürich 1998.
- SCHREIBER MARKUS, Rechtliche Innovationssteuern am Beispiel der Power-to-Gas-Stromspeichertechnologie, in: SCHMID JÖRG (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 136, Zürich/Basel/Genf 2019.

- SCHREIBER RENÉ/JAUN ROGER/KOBIERSKI MARLENE, *Steuerruling – eine systematische Auslegung unter Berücksichtigung der Praxis*, ASA 2011/2012, 310 ff.
- SCHUMPETER JOSEPH, *Capitalism, socialism and democracy*, New York/London 1942.
- SCHWARZ MARTINEZ PALOMA, *IP Box Regime im Europäischen Steuerrecht*, Baden Baden 2017.
- SCHWITZER GAUDENZ, *Die Privatisierung von Kantonalbanken – rechtliche Aspekte der Privatisierung öffentlicher Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung der Kantonalbanken*, Freiburg 2000.
- SEIKEL DANIEL, *Der Kampf um öffentlich-rechtliche Banken – Wie die Europäische Kommission Liberalisierung durchsetzt*, Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, Band 77, Frankfurt am Main 2013.
- SEITZ CLAUDIA, *Autonomie der Regionen bei Steuerregelungen, Neuere Entwicklungen im Europäischen Beihilferecht und ihre Bedeutung für die Schweiz*, AJP 2007, 415 ff. (zit. SEITZ, *Autonomie*).
- SEITZ CLAUDIA, *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 ASTRID (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2015/2016/Annuaire suisse de droit européen 2015/2016*, Zürich 2016, 325 ff. (zit. SEITZ, *Beihilfebegriff*).
- SEITZ CLAUDIA/BERNE ANDRÉ S., *Das Europäische Beihilferecht und die Schweiz: Neuere Entwicklungen unter Berücksichtigung des Entwurfs des institutionellen Abkommens zwischen der Schweiz und der EU*, in: EPINEY ASTRID/HEHEMANN LENA/ZLATESCU PETRU EMANUEL (Hrsg.), *SJER 2018/2019, Zürich/Basel/Genf 2019*, 413 ff. (zit. SEITZ/BERNE, *Europäisches Beihilferecht*).
- SEITZ CLAUDIA/BERNE ANDRÉ S., *Der Entwurf des institutionellen Abkommens Schweiz-EU: Eine erste Analyse der beihilferechtlichen Bestimmungen*, *EuZW* 2019, 594 ff. (zit. SEITZ/BERNE, *Analyse beihilferechtlicher Bestimmungen*).
- SEITZ CLAUDIA/BREITENMOSER STEPHAN, *Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Beihilferechts der EU und des Subventionsrechts der WTO*, in: EPINEY ASTRID/GAMMENTHALER NINA (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2009/2010 – Annuaire suisse de droit européen 2009/2010*, Zürich 2010, 139 ff.
- SETHE ROLF, *Einlagensicherung und Systemstabilität – Einige Gedanken zur Reform des Schweizer Einlegerschutzes*, *SZW* 2012, 507 ff.
- SIMONEK MADELEINE, *Massgeblichkeitsprinzip und Privatisierung*, *IFF Forum für Steuerrecht* 2002, 3 ff. (zit. SIMONEK, *Massgeblichkeitsprinzip*).
- SIMONEK MADELEINE, *Unternehmenssteuerrecht, Grundlagen für das Studium und die Praxis*, Zürich 2019 (zit. SIMONEK, *Unternehmenssteuerrecht*).
- SINNAEVE ADINDA, § 32, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), *Handbuch des europäischen Beihilferechts*, München 2003.
- SMITH ADAM, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Edited with an introduction, notes, marginal summary and an enlarged index, London 1904.



- SOLLBERGER, KASPAR, Konvergenzen und Divergenzen im Landverkehrsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz, Diss., Freiburg i.Ü. 2003.
- SOLTÉSZ ULRICH, § 43, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (zit. SOLTÉSZ, § 43).
- SOLTÉSZ ULRICH, § 44, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (zit. SOLTÉSZ, § 44).
- SOLTÉSZ ULRICH/HELLSTERN MARA, Mittelbare Beihilfen – Indirekte Begünstigungen im EU-Beihilferecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht: EuZW 2013, 481 ff.
- Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz (KG), in: Stämpfli (Hrsg.), Bern 2007 (zit. SHK KG-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- STÖBENER DE MORA PATRICIA SARAH, Handelsrecht: Kommissionsvorschlag zu Subventionen aus Drittstaaten, EuZW 2021, 515 f. (zit. STÖBENER DE MORA, Subventionen).
- STÖBENER DE MORA PATRICIA SARAH, Überall Beihilfen? – Die Kommissionsbekanntmachung zum Beihilfebegriff, EuZW 2016, 685 ff. (zit. STÖBENER DE MORA, Beihilfebegriff).
- STOCKER RAOUL/STUDER CHRISTOPH, Bestimmung von Verrechnungspreisen: Ausgewählte Aspekte der schweizerischen Praxis, Schweizer Treuhänder 2009, 386 ff.
- STOFFEL WALTER A./NYDEGGER THOMAS, Banken, Korporatismus und Wettbewerbsrecht in der Schweiz, in: MONTI MARIO et al. (Hrsg.), Economic Law and Justice in Times of Globalisation, Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung, Festschrift für Carl Baudenbacher, Bern 2007, 643 ff.
- STRASSER OTHMAR, in: WATTER, ROLF / VOGT, NEDIM PETER/ BAUER, THOMAS / WINZELER, CHRISTOPH (Hrsg.), Bankengesetz, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1. Aufl., 2005, Art. 3a.
- STRAUB PHILIPP, Der Zugang zu den Elektrizitätsnetzen in Europa und in der Schweiz, Basel 2005.
- STREINZ, RUDOLF/SCHÄFER, PETER, Art. 93, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, 2. Aufl., Köln 2012.
- STUART EUGENE/ROGINSKA-GREEN IANA, Sixty years of EU state aid law and policy, Analysis and assessment, Alphen aan den Rijn, The Netherlands 2018.
- STÜCKELBERGER UELI/HALDIMANN CHRISTOPH, Schienenverkehrsrecht, in: MÜLLER GEORG (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band IV, Verkehrsrecht, Basel 2008, 253 ff.
- STUMPF GERRIT HELLMUTH, Forum: Die EEG-Entscheidung des EuG, Kommissionsleitlinien als Instrument zur Durchsetzung einer europäischen Energieumweltpolitik? Zugleich ein Beitrag zur Einordnung privater Finanzmittel als Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV am Beispiel der EEG-Umlage, EurUP 3/2016, 221 ff.
- STURNY MONIQUE, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht – Historische Entwicklung und Analyse, Schriften zum Steuer- und Wirtschaftsrecht, Band 23, Bern 2014.
- THOMAS STEFAN, Die Bindungswirkung von Mitteilungen, Bekanntmachungen und Leitlinien der EG-Kommission, EuR 2009, 423 ff. (zit. THOMAS, Bindungswirkung).

- THOMAS STEFAN, Die kartellrechtliche Bewertung des sparkassenrechtlichen Regionalprinzips, Tübingen 2002 (zit. THOMAS, Regionalprinzip).
- THÜRER DANIEL, WTO-Teilordnung im System des Völker- und Europarechts, in: THÜRER DANIEL/KUX STEPHAN (Hrsg.), GATT 1994 und die Welthandelsorganisation, Zürich 1994, 52 ff.
- TOBLER CHRISTA, Bilaterale Beziehungen (punktuell) auf den Prüfstand? Einige Bemerkungen zum sog. Steuerstreit aus juristisch-systematischer Sicht, in: TOBLER CHRISTA (Hrsg.), Aspekte des Finanzdienstleistungs- und Unternehmenssteuerrechts nach dem EG-Recht und dem bilateralen Recht, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 86, Basel: Europa Institut der Universität Basel 2008, 29 ff. (zit. TOBLER, Bilaterale Beziehungen).
- TOBLER CHRISTA, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts Schweiz-EU, Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Zürich 2013 (zit. TOBLER, Systematische Darstellung).
- TRAPP PATRICIA, Chinesische Staatsunternehmen – Eine Herausforderung für das europäische Wettbewerbsrecht?, ZEuS 2020, 327 ff. (zit. TRAPP, Chinesische Staatsunternehmen).
- TRAPP PATRICIA, Das Weißbuch der Kommission zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten, EuZW 2020, 964 ff. (zit. TRAPP, Weissbuch der Kommission).
- UHLMANN, FELIX, Verkehrsverwaltungsrecht, in: Müller (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band IV, Verkehrsrecht, Basel 2008, 105 ff.
- VALLENDER KLAUS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006.
- VATTER ADRIAN *et al.*, Akzeptanz der schweizerischen Verkehrspolitik bei Volksabstimmungen und im Vollzug, Bericht D 12 des Nationalen Forschungsprogramms 41 «Verkehr und Umwelt», Bern 2000.
- VEDDER HANS *et al.*, EU Energy Law, in: MARTHA M. ROGGENKAMP *et al.* (Hrsg.), Energy Law in Europe, National, EU and International Regulation, 3. Aufl., Oxford 2016, N 4.173.
- VO (EG) 1370/2007 – Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, Kommentar, in: BAYREUTHER FRANK *et al.* (Hrsg.), 2. Aufl., München 2019 (zit. Linke VO (EG)-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- VOET VAN VORMIZEELE PHILIPP, in: SCHWARZE JÜRGEN/BECKER ULRICH/HATJE ARMIN/SCHOO JOHANN (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Auflage 2019, Art. 106.
- VOGEL LOUIS, European state aid law, Paris/Bruelles 2017.
- VÖGELI ANDREAS, Staatsgarantie und Leistungsauftrag bei Kantonalbanken – Hindernisse für einen Zusammenschluss?, Diss., Zürich 2009.
- VON DANWITZ THOMAS, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Gemeinschaftsrecht, Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht: EWS: Betriebs-Berater Europa 2003, 393 ff.
- VON FRIESEN ALEXANDER, Umgestaltung des öffentlich-rechtlichen Bankensektors angesichts des Europäischen Beihilfenrechts, EuZW 1999, 581 ff.
- VON WALLENBERG GABRIELA/SCHÜTTE MICHAEL, in: GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESTHEIM MARTIN (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEU, 75. Aufl., München 2022.

- VON WINTERFELD ACHIM, Möglichkeiten der Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, NJW 1988, 1409 ff.
- WALTHER SIMONE, Schweizerische Energieversorgungssicherheit, Sicherheit & Recht, Zürich 2014.
- WEBER ROLF H./KRATZ BRIGITTA, Stromversorgungsrecht, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009.
- WEBER, ROLF H./FRIEDLI, MAX, Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, in: Thürer/Weber/Portmann/Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz-EU, Zürich/Basel/Genf 2007, 407 ff.
- WEBER-DÜRLER BEATRICE, Staatliche Finanzhilfe und individuelle Freiheit, recht 1987, 1 ff.
- WEILER J. H. H., Europe: The Case Against the Case for Statehood, Eur Law J 1998, 43 ff.
- WEISS WOLFGANG, Der Subventionsbegriff im EG- und im WTO-Recht – ein Vergleich, in: EHLERS DIRK/BOHANES JAN (Hrsg.), Subventionen im WTO- und EG-Recht, Tagungsband zum 11. Münsteraner Aussenwirtschaftsrechtstag 2006, Frankfurt am Main 2007, 21 ff.
- WERNICKE STEPHAN, in: GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I, 75. EL 2022, Art. 106.
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, das Subventionsrückforderungsverfahren, in: WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL (Hrsg.), Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014, 1581 ff.
- WINSTÖRFER MARC M, Die Wirtschaftsfreiheit als Grundlage der Wirtschaftsverfassung, Grundrecht und Grundsatz im Lichte der Verfassungsdogmatik und der ökonomischen Theorie, in: JÖRG SCHMID (Hrsg.), Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Band 160, 2021.
- WINNES MICHAEL, Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Rahmen der Verordnung 1370/07, DÖV 2009, 1135 ff.
- WINNES MICHAEL/SCHWARZ ANDREAS/MIETZSCH OLIVER, Zu den Auswirkungen der VO 1370/2007 für den öffentlichen Nahverkehr in Deutschland, EuR 2009, 290 ff.
- WITTHOHN ALEXANDER, Förderregelungen für erneuerbare Energien im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Reihe Umweltrecht und Umweltpolitik, Band 16, 2005.
- WITTIG OLIVER/SCHIMANEK PETER, Sondervergaberecht für Verkehrsdienstleistungen – Die neue EU-Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, NZBau 2008, 222 ff.
- WOLF MAIK, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 5. Band Beihilfenrecht, 4. Aufl. 2022, Teil 3, DAWI.
- WÜRFEL PHILIP, Unter Strom, Die neuen Spielregeln der Stromwirtschaft, 2. Aufl., Wiesbaden 2017.
- WYPLOSZ CHARLES/BALDWIN RICHARD E., The Economics of European Integration, 6. Aufl., London 2020.
- ZOBL DIETER, Das Haftungskonzept der Kantonalbanken, in: ACKERMANN JÜRIG-BEAT/DONATSCH ANDREAS/REHBERG JÖRG (Hrsg.), Wirtschaft und Strafrecht, Festschrift für Niklaus Schmid zum 65. Geburtstag, Zürich 2001, 517 ff.

ZOBL DIETER, in: ZOBL DIETER/SCHWOB RENATE/WEBER ROLF H./WINZELER CHRISTOPH/KAUFMANN, CHRISTINE/KRAMER, STEFAN (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen, 2015, Art. 3a.

ZUBERBÜHLER DANIEL, Die Kantonalbanken im Bankengesetz, in: Verband Schweizerischer Kantonalbanken 1907-2007 (Hrsg.), Basel 2007, 159 ff.

# Materialienverzeichnis

## Materialienverzeichnis EU

- Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl 1994, 3 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl L 1 vom 3. Januar 1994, 3).
- Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung über Kapazitätsmechanismen, KOM (2016) vom 2016.
- Aktionsplan staatliche Beihilfen, Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005–2009, KOM (2005) vom 2005.
- Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Massnahmen betreffend Postdienste, ABl C 39 vom 6. Februar 1998, 2, ABl, 2 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Massnahmen betreffend Postdienste, ABl C 39 vom 6. Februar 1998, 2).
- Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2016 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 1).
- Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl 2004, 81 ff. (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl C 101 vom 27. April 2004, 81).
- Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, ABl (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, ABl C 312 vom 23. November 1995, 8).
- Europäische Kommission, Anschreiben an die Deutsche Bundesregierung, Staatliche Beihilfe Nr. E 10/2000 – Deutschland, Anstaltslast und Gewährträgerhaftung, SG (2001) D/288482 vom 8. Mai 2001.
- Europäische Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfenvorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC (2011) 397 vom 23. März 2011.

- Europäische Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäss Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag, Staatliche Beihilfe C8/2006 (ex N 536/2005), Beihilfe zugunsten der Dornbirner Sparkasse, ABl. C 92 vom 20. April 2006, S. 4-10.
- Europäische Kommission, [Bericht](#) über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor vom 17. Juni 1998.
- Europäische Kommission, Beschluss (EU) 2017/1283 der Kommission vom 30. August 2016 über die staatliche Beihilfe SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) Irlands zugunsten von Apple (bekannt gegeben unter Aktenzeichen C(2016) 5605), ABl 2017, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Beschluss (EU) 2017/1283 der Kommission vom 30. August 2016 über die staatliche Beihilfe SA.38373, ABl L 187 vom 19. Juli 2017).
- Europäische Kommission, Beschluss 2012/321/EU vom 25. Januar 2012 über die Massnahme SA.14588 (C 20/09) Belgiens zugunsten von De Post – La Poste, Aktenzeichen C(2012) 178, ABl. L 170 vom 29. Juni 2012, S. 1-44.
- Europäische Kommission, Beschluss vom 25. Januar 2012 über die Maßnahme C 36/07 (ex NN 25/07) Deutschlands zugunsten der Deutschen Post AG (Bekanntgegeben unter Aktenzeichen C(2012) 184), ABl. L 289 vom 19. Oktober 2012, S. 1 ff.
- Europäische Kommission, Beschwerdeformular Staatliche Beihilfen, abrufbar unter: [https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/complaints\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/complaints_en).
- Europäische Kommission, Commission's activity in the recovery of unlawful aid, Excel-Dokument, abrufbar unter: [https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/procedures/recovery-unlawful-aid\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/procedures/recovery-unlawful-aid_en).
- Europäische Kommission, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM (2011) 900 endg. vom 20. Dezember 2011.
- Europäische Kommission, Entscheidung C(2003) 1329 endg, ABl. C 175 vom 24. Juli 2003, S. 8-9.
- Europäische Kommission, Entscheidung über eine staatliche Beihilfe Österreichs in Form einer Befreiung von der Getränkesteuer auf Wein und andere gegorene Getränke bei Direktverkauf an den Verbraucher am Ort der Erzeugung, ABl 1999, 27 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Entscheidung über eine staatliche Beihilfe Österreichs in Form einer Befreiung von der Getränkesteuer auf Wein und andere gegorene Getränke bei Direktverkauf an den Verbraucher am Ort der Erzeugung, ABl L 305 vom 30. November 1999, 27).
- Europäische Kommission, Entscheidung vom 21. Oktober 2008 über die staatliche Beihilfe C 35/04 der Republik Ungarn zugunsten der Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt., 2009/174/EG, ABl. L 62 vom 6. März 2009, S. 14.
- Europäische Kommission, Entscheidung vom 21. Oktober 2008 über die staatliche Beihilfe C 10/08 (ex NN 7/08), die Deutschland für die Umstrukturierung der IKB Deutsche Industriebank AG gewährt hat, 2009/775/EG, ABl. L 278 vom 23. Oktober 2009, S. 32.
- Europäische Kommission, Entscheidung vom 26. Januar 2010, C 56/2007 – Frankreich, La Poste, ABl. L 274 vom 19. Oktober 2010, S. 1.

- Europäische Kommission, EU budget 2018: Financial report (nicht auf Deutsch verfügbar); abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/info/publications/eu-budget-2018-financial-report\\_de](https://ec.europa.eu/info/publications/eu-budget-2018-financial-report_de)>.
- Europäische Kommission, Informationsseite der Vertretung in Deutschland.
- Europäische Kommission, Kommissarin für Wettbewerb, Rede von Neelie Kroes vom 8. Oktober 2007 an der EStALI/ESMT-Konferenz zum Thema «The Law and Economics of European State Aid Control», Berlin, abrufbar unter: <[ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH\\_07\\_601](https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/en/SPEECH_07_601)>.
- Europäische Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 82 vom 1. April 2008, 1).
- Europäische Kommission, Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014- 2020, ABl C 209 vom 23. Juli 2013, 1).
- Europäische Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. 2008 C 155/10.
- Europäische Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4 ff.
- Europäische Kommission, Mitteilung, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 2001/C 17/04, ABl. 2001 C 17, S. 4 ff.
- Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C8/2006 (ex N 536/2005) – Beihilfe zugunsten der Dornbirner Sparkasse, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag, vom 20. April 2006.
- Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe E 8/2002 – Österreich Ausfallhaftung des Bundes, der Länder und der Gemeinden in Österreich für bestimmte Kreditinstitute (Landeshypothekenbanken und Sparkassen), C(2003)1329 final vom 30. April 2003.
- Europäische Kommission, Staatliche Beihilfen: Kommission gibt Orientierungshilfe zur Zulässigkeit der Gewährung lokaler staatlicher Fördermassnahmen ohne vorherige Genehmigung der Kommission 2015 (zit. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 29. April 2015, Staatliche Beihilfen: Kommission gibt Orientierungshilfe zur Zulässigkeit der Gewährung lokaler staatlicher Fördermassnahmen ohne vorherige Genehmigung der Kommission).
- Europäische Kommission, Tenth Report on Competition Policy (nicht übersetzt), 1980, abrufbar unter: <[https://competition-policy.ec.europa.eu/index\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/index_en)>, 1981 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Tenth Report on Competition Policy (nicht übersetzt), 1980, abrufbar unter: <[https://competition-policy.ec.europa.eu/index\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/index_en)>.
- Europäische Kommission, Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren 2009, 13 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABl C 136 vom 16. Juni 2009, 13.).

- Europäische Kommission, Zeitstrahl zur Gemeinsamen Agrarpolitik, abrufbar unter: [https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance\\_en#Timeline](https://agriculture.ec.europa.eu/common-agricultural-policy/cap-overview/cap-glance_en#Timeline).
- Europäische Union, Beihilfeanzeiger, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_19\\_663](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_19_663).
- Europäische Union, Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl L 11 vom 14. Januar 2017, 23, ABl 2017, 23 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl L 11 vom 14. Januar 2017, 23).
- Europäischer Rat, Erklärung Nr. 37 zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, vom 18. Juni 1997, ABl. C 340 vom 10. November 1997, S. 138.
- Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom 21. Mai 2004, COM(2003) 270 final.
- Mitteilung der Kommission – Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken (De-minimis-Bekanntmachung), ABl 2014 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, De-minimis-Bekanntmachung, ABl C 291 vom 30. August 2014, 2).
- Mitteilung der Kommission – Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl, 3 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 37 vom 3. Februar 2001, 3).
- Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 1).
- Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender staatlicher Beihilfen für die Beschäftigung von benachteiligten und behinderten Arbeitnehmern mit dem gemeinsamen Markt, ABl, 6 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender staatlicher Beihilfen für die Beschäftigung von benachteiligten und behinderten Arbeitnehmern mit dem gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 6).
- Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, ABl, 4 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, ABl C 188 vom 20. Juni 2014, 4).



- Mitteilung der Kommission – Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau ABl C 25 vom 26. Januar 2013, 1).
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl, 3 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften ABl C 99 vom 4. April 2014, 3).
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl, 4 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl 19 vom 22. Januar 2014, 4).
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (URLL), ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (URLL), ABl C 249 vom 31. Juli 2014, 1).
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl C 200 vom 28. Juni 2014, 1).
- Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für grosse Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl, 8 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für grosse Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl C 70 vom 19. März 2002, 8).
- Mitteilung der Kommission – Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission – Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl C 198 vom 27. Juni 2014, 1).
- Mitteilung der Kommission – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung – Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl C 16 vom 22. Januar 2009, 1).
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa, Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal vom 14. Januar 2020, COM(2020) 21 final.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank Saubere Energie für alle Europäer vom 30. November 2016, COM(2016) 860 final.

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Modernisierung des EU-Beihilfenrechts, KOM (2012) vom 2012 Mitteilung über die Politik der Kommission auf dem Gebiet der sektoralen Beihilfen, KOM (1978) vom 1978.

Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Aussichten für den Erdgas- und Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM(2006) 841 endgültig, Brüssel 10.01.2007.

Mitteilung der Kommission betreffend die Kriterien für die eingehende Prüfung staatlicher Beihilfen mit regionaler Zielsetzung zur Förderung grosser Investitionsvorhaben, ABL, 3 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission betreffend die Kriterien für die eingehende Prüfung staatlicher Beihilfen mit regionaler Zielsetzung zur Förderung grosser Investitionsvorhaben ABL C 223 vom 16. September 2009, 3).

Mitteilung der Kommission über «De minimis»-Beihilfen, ABL 1996, 9 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission über *De-minimis*-Beihilfen, ABL C 68 vom 6. März 1996, 9).

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABL, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABL C 257 vom 27. Oktober 2009, 1).

Mitteilung der Kommission über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke, ABL C 332 vom 15. November 2013, 1, ABL, 1 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke, ABL C 332 vom 15. November 2013, 1).

Mitteilung der Kommission zur Aktualisierung des Anhangs der Mitteilung C(2004) 43 der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABL, 10 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilung der Kommission zur Aktualisierung des Anhangs der Mitteilung C(2004) 43 der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABL C 120 vom 13. April 2017, 10).

Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen, ABL 2019 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen, ABL C 247 vom 23. Juli 2019, 1).

Mitteilung über die Politik der Kommission auf dem Gebiet der sektoralen Beihilfen, KOM (1978) vom 1978.

Mitteilungen über Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABL 1992 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Mitteilungen über Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABL vom 19. August 1992, 2).

- Rahmenbestimmungen über Beihilfen für den Schiffbau, ABl C 364 vom 14. Dezember 2011, 9 (Gültigkeit verlängert durch Mitteilung der Kommission – Verlängerung der Geltungsdauer der Rahmenbestimmungen über Beihilfen für den Schiffbau, ABl C 357 vom 6. Dezember 2013, 1), ABl, 9 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Rahmenbestimmungen über Beihilfen für den Schiffbau, ABl C 364 vom 14. Dezember 2011, 9 (Gültigkeit verlängert durch Mitteilung der Kommission – Verlängerung der Geltungsdauer der Rahmenbestimmungen über Beihilfen für den Schiffbau, ABl C 357 vom 6. Dezember 2013, 1).
- Richtlinie (EWG) 80/723 der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (nicht mehr in Kraft), ABl L 195 vom 29. Juli 1980, 35, ABl, 35 (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Richtlinie (EWG) 80/723 der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (nicht mehr in Kraft), ABl L 195 vom 29. Juli 1980, 35).
- Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 283/33 vom 27. Oktober 2001.
- Richtlinie 2006/111 (EG) der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen, (Transparenzrichtlinie), ABl, 17 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Richtlinie 2006/111 (EG) der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (Transparenzrichtlinie), ABl L 318 vom 17. November 2006, 17).
- Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG, ABl. L 140/16 vom 5. Juni 2009.
- Richtlinie 2018/2001/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. L 328/82 vom 21. Dezember 2018.
- Richtlinie 2019/944/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/17/EU, ABl L 158 vom 14. Juni 2019, 125.

- Schreiben der Kommission SG(2001) D/290869, Mitteilung der Kommission über die Methode für die Analyse staatlicher Beihilfen in Verbindung mit verlorenen Kosten vom 6. August 2001, abrufbar unter: <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/stranded\\_costs\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_de.pdf)>, nicht im ABl veröffentlicht (zit. EUROPÄISCHE KOMMISSION, Schreiben der Kommission SG(2001) D/290869, Mitteilung der Kommission über die Methode für die Analyse staatlicher Beihilfen in Verbindung mit verlorenen Kosten vom 6. August 2001, abrufbar unter: <[http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/stranded\\_costs\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_de.pdf)>).
- Verordnung (EG) 1184/2006 des Rates vom 24. Juli 2006 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen (kodifizierte Fassung), ABl. L 214 vom 4. August 2006, 7, ABl, 6 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Verordnung (EG) 1184/2006 des Rates vom 24. Juli 2006 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen (kodifizierte Fassung), ABl. L 214 vom 4. August 2006, 7).
- Verordnung (EG) 1407/2002 des Rates vom 23. Juli 2002 über staatliche Beihilfen für den Steinkohlenbergbau (nicht mehr in Kraft), ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Verordnung (EG) 1407/2002 des Rates vom 23. Juli 2002 über staatliche Beihilfen für den Steinkohlenbergbau (nicht mehr in Kraft), ABl L 205 vom 2. August 2002, 1).
- Verordnung (EG) 1540/98 des Rates vom 29. Juni 1998 zur Neuregelung der Beihilfen für den Schiffbau (nicht mehr in Kraft), ABl, 1 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Verordnung (EG) 1540/98 des Rates vom 29. Juni 1998 zur Neuregelung der Beihilfen für den Schiffbau (nicht mehr in Kraft), ABl L 202 vom 18. Juli 1998, 1).
- Verordnung (EG) 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl 1999, 1 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Verordnung (EG) 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl L 83 vom 22. März 1999, 1).
- Verordnung (EG) 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl 1998, 1 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Verordnung (EG) 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl. L 142 vom 27. März 1999, 1).
- Verordnung (EU) 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) 922/72, (EWG) 234/79, (EG) 1037/2001 und (EG) 1234/2007 ABl. L 347 vom 20. Dezember 2013, 671, ABl, 671 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Verordnung (EU) 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) 922/72, (EWG) 234/79, (EG) 1037/2001 und (EG) 1234/2007 ABl. L 347 vom 20. Dezember 2013, 671).

- Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Verfahrensverordnung, VVO), ABl 2015, 9 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Verfahrensverordnung (VVO), ABl L 248 vom 24. September 2015, 9).
- Verordnung (EU) 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 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2014, 1 (zit. EUROPÄISCHE UNION, AGVO, ABl L 187 vom 26. April 2016, 1).
- Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Paris 1951, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE>>.
- Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 25. März 1957 (zit. EUROPÄISCHE UNION, Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, vom 25. März 1957, abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=EN>>.
- Weissbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes vom 14. Juni 1985, COM(1985) 0310.
- Weissbuch der Kommission, Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen bei Subventionen aus Drittstaaten vom 17. Juni 2020, COM(2020) 253 final, 9.

## Entscheide EU:

- Urteil des EuG T-227-229/01, T-265/01, T-266/01 und T-270/01 vom 9. September 2009
- Urteil des EuG T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04 vom 22. Oktober 2008
- Urteil des EuG T-95/96 vom 15. September 1998
- Urteil des EuG T-204/97 und T-270/97 vom 13. Juni 2000
- Urteil des EuG T-152/99 vom 11. Juli 2002
- Urteil des EuG T-351/02 vom 5. April 2006
- Urteil des EuG T-217/02 vom 23. November 2006
- Urteil des EuG T-268/06 vom 25. Juni 2008
- Urteil des EuG T-319 und T-321/12 vom 3. Juli 2014
- Urteil des EuG T-251/11 vom 11. Dezember 2014
- Urteil des EuG T-461/13 vom 26. November 2015
- Urteil des EuG T-162/13 vom 9. Juni 2016
- Urteil des EuGH 30/59 vom 23. Februar 1961
- Urteil des EuGH 25/62 vom 15. Juli 1963
- Urteil des EuGH C-23/67 vom 12. Dezember 1967
- Urteil des EuGH 29/69 vom 12. November 1969
- Urteil des EuGH 11/70 vom 17. Dezember 1970
- Urteil des EuGH 5/71 vom 2. Dezember 1971

Urteil des EuGH 70/72 vom 12. Juli 1973  
Urteil des EuGH 120/73 vom 11. Dezember 1973  
Urteil des EuGH 173/73 vom 2. Juli 1974  
Urteil des EuGH 36/75 vom 28. Oktober 1975  
Urteil des EuGH 40/75 vom 21. Januar 1976  
Urteil des EuGH 4/73 vom 11. Januar 1977  
Urteil des EuGH 78/76 vom 22. März 1977  
Urteil des EuGH 74/76 vom 22. März 1977  
Urteil des EuGH 82/77 vom 24. Januar 1978  
Urteil des EuGH C-12/77 vom 2. März 1978  
Urteil des EuGH 44/79 vom 13. Dezember 1979  
Urteil des EuGH 730/79 vom 17. September 1980  
Urteil des EuGH 139/79 vom 29. Oktober 1980  
Urteil des EuGH 61/80 vom 25. März 1981  
Urteil des EuGH C-172/80 vom 14. Juli 1981  
Urteil des EuGH C-296/82 vom 13. März 1985  
Urteil des EuGH C-40/85 vom 10. Juli 1986  
Urteil des EuGH C-310/85 vom 24. Februar 1987  
Urteil des EuGH C-62/87 und 72/87 vom 8. März 1988  
Urteil des EuGH C-57/86 vom 7. Juni 1988  
Urteil des EuGH C-301/87 vom 14. Februar 1990  
Urteil des EuGH C-354/90 vom 21. November 1991  
Urteil des EuGH C-257/90 vom 14. Januar 1993  
Urteil des EuGH C-72/91 und 73/91 vom 17. März 1993  
Urteil des EuGH C-356/90 und C-180/91 vom 18. Mai 1993  
Urteil des EuGH C-387/92 vom 15. März 1994  
Urteil des EuGH C-42/93 vom 14. September 1994  
Urteil des EuGH C-250/92 vom 15. Dezember 1994  
Urteil des EuGH C-56/93 vom 29. Februar 1996  
Urteil des EuGH C-39/94 vom 11. Juli 1996  
Urteil des EuGH C-311/94 vom 15. Oktober 1996  
Urteil des EuGH C-24/95 vom 20. März 1997  
Urteil des EuGH C-367/95 P vom 2. April 1998  
Urteil des EuGH C-386/96 P vom 5. Mai 1998  
Urteil des EuGH C-52/97 vom 7. Mai 1998  
Urteil des EuGH T-371/94 und T-394/94 vom 25. Juni 1998  
Urteil des EuGH C-200/97 vom 1. Dezember 1998  
Urteil des EuGH T-14/96 vom 28. Januar 1999  
Urteil des EuGH C-75/97 vom 17. Juni 1999  
Urteil des EuGH C-256/97 vom 29. Juni 1999  
Urteil des EuGH C-83/98 P vom 16. Mai 2000

Urteil des EuGH C-156/98 vom 19. September 2000  
Urteil des EuGH C-376/98 vom 5. Oktober 2000  
Urteil des EuGH C-480/98 vom 12. Oktober 2000  
Urteil des EuGH C-379/98 vom 13. Januar 2001  
Urteil des EuGH C-379-98 vom 13. März 2001  
Urteil des EuGH C-261/99 vom 22. März 2001  
Urteil des EuGH C-143/99 vom 8. November 2001  
Urteil des EuGH C-53/00 vom 22. November 2001  
Urteil des EuGH T-195/01 und T-207/01 vom 30. April 2002  
Urteil des EuGH C-482/99 vom 16. Mai 2002  
Urteil des EuGH C-253/00 vom 17. September 2002  
Urteil des EuGH C-409/00 vom 13. Februar 2003  
Urteil des EuGH C-280/00 vom 24. Juli 2003  
Urteil des EuGH C-57/00 und C-61/00 vom 30. September 2003  
Urteil des EuGH C-301/96 vom 30. September 2003  
Urteil des EuGH C-372/97 vom 29. April 2004  
Urteil des EuGH C-327/97 vom 29. April 2004  
Urteil des EuGH C-277/00 vom 29. April 2004  
Urteil des EuGH C-110/02 vom 29. Juni 2004  
Urteil des EuGH C-73/03 vom 11. November 2004  
Urteil des EuGH C-71/04 vom 21. Juli 2005  
Urteil des EuGH C-276/03 P vom 6. Oktober 2005  
Urteil des EuGH C-66/02 vom 15. Dezember 2005  
Urteil des EuGH C-237/04 vom 23. März 2006  
Urteil des EuGH C-442/03 P und C-471/03 P vom 1. Juni 2006  
Urteil des EuGH C-182/03 und C-217/03 vom 22. Juni 2006  
Urteil des EuGH C-206/06 vom 17. Juli 2008  
Urteil des EuGH T-354/05 vom 11. März 2009  
Urteil des EuGH C-494/06 P vom 30. April 2009  
Urteil des EuGH C-1/109 vom 11. März 2010  
Urteil des EuGH C-521/09 P vom 29. September 2011  
Urteil des EuGH C-47/10 P vom 27. Oktober 2011  
Urteil des EuGH C-617/10 vom 26. Februar 2013  
Urteil des EuGH C-197/11 und C-203/11 vom 8. Mai 2013  
Urteil des EuGH C-583/11 P vom 3. Oktober 2013  
Urteil des EuGH C-284/12 vom 21. November 2013  
Urteil des EuGH C-573/12 vom 1. Juli 2014  
Urteil des EuGH C-518/13 vom 14. Januar 2015  
Urteil des EuGH C-185/14 vom 22. Oktober 2015  
Urteil des EuGH C-574/14 vom 15. September 2016  
Urteil des EuGH C-671/15 vom 14. November 2017

Urteil des EuGH C-349/17 vom 5. März 2019

Urteil des EuGH C-405/16 vom 29. März 2019

Urteil des EuGH C-278/92, C-279/92, C-280/92 vom 14. September 1994

Urteil des EuGH C-286/12 vom 19. Dezember 2019

Urteil des EuGH C-262/12 vom 19. Dezember 2019

## Materialienverzeichnis Schweiz

### Materialien des Bundes

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 (zit. SCHWEIZ, 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).

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999, SR 0.748.127.192.68 (zit. SCHWEIZ, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999, SR 0.748.127.192.68).

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401 (zit. SCHWEIZ, Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972, SR 0.632.401).

Bericht der VSE über den Wasserzins vom 18. Februar 2019, abrufbar unter: <https://www.strom.ch/de/media/9684/download>.

Bericht des BFE zu Globalbeiträgen an die Kantone nach Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz und die Prozessbeschreibung für die im Jahr 2020 eingegangenen Verpflichtungen bis zu deren Abschluss vom 27. August 2019, S. 16. Botschaft des Bundesrates vom 13. November 1996 zur Bahnreform, BBl 1997, 909 ff.

Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Revision des Energiegesetzes (Fördermassnahmen ab 2023) vom September 2020.

BFE, Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2020, abrufbar unter: <http://www.bfe.admin.ch> > Themen > Energiestatistiken > (zit. Elektrizitätsstatistik 2020).

Botschaft des Bundesrates vom 14. September 2013 zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)», BBl 2013, 7561 ff. (zit. BBl 2013, Energiestrategie 2050).

Botschaft des Bundesrates vom 15. Dezember 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, BBl 1987, 369 ff.



Botschaft des Bundesrates vom 17. November 1993 über die Revision des Eisenbahngesetzes  
Abgeltung und Finanzhilfen für den Regionalverkehr, BBl 1994, 497 ff. (zit. BBl 1994, Re-  
gionalverkehr).

Botschaft des Bundesrates vom 18. Juni 2021 zum Bundesgesetz über eine sichere Stromver-  
sorgung mit erneuerbaren Energien, BBl 2021, 1666 ff. (zit. BBl 2021, EnG, StromVG).

Botschaft des Bundesrates vom 19. September 1994 zur Genehmigung der GATT/WTO-  
Übereinkommen (Uruguay-Runde, GATT-Botschaft 1), BBl 1994, 959 ff. (zit. BBl 1994,  
GATT).

Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl  
1996, 8 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 20. November 2002 zur Änderung des Bundesgesetzes über  
die Banken und Sparkassen, BBl 2002, 8060 ff. (zit. BBl 2002, BankG).

Botschaft des Bundesrates vom 20. November 2013 über die Weiterentwicklung der ziel-  
und ergebnisorientierten Verwaltungsführung – Neues Führungsmodell für die Bundes-  
verwaltung (NFB), BBl 2014, 767 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 20. Oktober 2020 zum zweiten Schritt der Bahnreform 2, BBl  
2011, 911 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 21. März 2018 zum Bundesgesetz über die Steuervorlage 17  
(SV17), BBl 2018, 2527 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 22. Februar 2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum  
Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 23. Februar 2005 zur Bahnreform 2, BBl 2005, 2415 ff. (zit. BBl  
2005, Bahnreform 2).

Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen  
zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999, 6128 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Bin-  
nenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), BBl 1995, 1213 ff. (zit. BBl 1995, BGBM).

Botschaft des Bundesrates vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle  
und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995, 468 ff. (zit. BBl  
1995, KG).

Botschaft des Bundesrates vom 24. August 1977 über erste Überbrückungsmassnahmen  
zur Vermeidung untragbarer Defizite im Bundeshaushalt (Finanzmassnahmen 1977), BBl  
1977, 1453 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 25. Oktober 1972 zu einem Bundesgesetz über die Stempel-  
abgaben, BBl 1972, 1278 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 27. Mai 1998 über die Revision des Bundesgesetzes über die  
Banken und Sparkassen, BBl 1998, 3847 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 28. Dezember 2021 über die Banken und Sparkassen (Ban-  
kengesetz, BankG) (Insolvenz und Einlagensicherung), BBl 2021, 3001 ff. (zit. BBl 2021,  
BankG).

Botschaft des Bundesrates vom 28. Oktober 2015 zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem, BBl 2015, 7877 ff.

Botschaft des Bundesrates vom 3. Dezember 2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, BBl 2005, 1611 ff. (zit. BBl 2005, Stromversorgungsgesetz).

Botschaft des Bundesrates vom 4. Juni 2021 zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung), BBl 2021, 1485 ff. (zit. BBl 2021, PBG).

Botschaft des Bundesrates vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, 2022 ff. (zit. BBl 2002, KG).

Botschaft des Bundesrates vom 8. Mai 2013 zu einer allgemeinen Verfassungsbestimmung über die Grundversorgung, BBl 2013, 3407 ff. (zit. BBl 2013, Grundversorgung).

Botschaft über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 27. Mai 1998, BBl 1998, S. 3853.

Botschaft über die Weiterentwicklung der ziel- und ergebnisorientierten Verwaltungsführung – Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung (NFB), Bundesgesetz vom 26. September 2014, AS 2015, 1583 ff.; BBl 2014, 767 ff. (zit. SCHWEIZ, Neues Führungsmodell für die Bundesverwaltung, Bundesgesetz vom 26. September 2014, AS 2015, 1583 ff.; BBl 2014, 767 ff.).

Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, S. 38.

Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegssinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7561 (zit. Botschaft Energiestrategie 2050).

Bundesamt für Verkehr, Prüfungsbericht Revision BAV, Leistungsverrechnungen zwischen den PostAuto-Gesellschaften vom 1. Februar 2018, Bern 2018 (zit. BAV-Prüfungsbericht).

Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung: Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Oktober 2014, abrufbar unter: <<http://www.admin.ch>> Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2014> (zit. Erläuternder Bericht Strommarktöffnung).

Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995, SR. 943.02 (zit. SCHWEIZ, Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995, SR. 943.02).

Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt, (Finanzhaushaltgesetz, FHG), vom 7. Oktober 2005, SR 611.0 (zit. SCHWEIZ, Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt, (Finanzhaushaltgesetz, FHG), vom 7. Oktober 2005, SR 611.0).

Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990, SR. 642.14 (zit. SCHWEIZ, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990, SR. 642.14).

Bundesgesetz über die Luftfahrt, (Luftfahrtgesetz, LFG), vom 21. Dezember 1948 (Stand 1. Januar 2020), SR 748.0 (zit. SCHWEIZ, Bundesgesetz über die Luftfahrt, (Luftfahrtgesetz, LFG), vom 21. Dezember 1948 (Stand 1. Januar 2020), SR 748.0).

Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG),SR 721.80.

Bundesrat, Staat und Wettbewerb: Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrats in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015, Bern 2017 (zit. BUNDESRAT, Staat und Wettbewerb).

Datenbank der Bundessubventionen, abrufbar unter: <[https://www.data.efv.admin.ch/subventionen/d/dokumentation/finanzpolitik\\_grundlagen/subv/detail\\_08.php?recordID=254](https://www.data.efv.admin.ch/subventionen/d/dokumentation/finanzpolitik_grundlagen/subv/detail_08.php?recordID=254)>.

EFV, Leitfaden zur Subventionsberichterstattung in Botschaften, April 2018 (zit. SCHWEIZ, EFV, Leitfaden zur Subventionsberichterstattung in Botschaften, April 2018, abrufbar unter: <[https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik\\_grundl/subv/Leitfaden%20zur%20Subventionsberichterstattung%20in%20Botschaften.pdf.download.pdf/Leitfaden\\_Subventionsberichterstattung\\_Botschaften\\_d.pdf](https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/subv/Leitfaden%20zur%20Subventionsberichterstattung%20in%20Botschaften.pdf.download.pdf/Leitfaden_Subventionsberichterstattung_Botschaften_d.pdf)>.

Energate, messenger.ch, Wie funktioniert die Marktprämie Grosswasserkraft, vom 31. Januar 2018, abrufbar unter: <<https://www.energate-messenger.ch/news/180540/wie-funktioniert-die-marktpraemie-grosswasserkraft->>.

Energiegesetz (EnG), vom 30. September 2016, SR 730.0 (zit. SCHWEIZ, Energiegesetz (EnG), vom 30. September 2016, SR 730.0).

Entwurf des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung (Personenbeförderungsgesetz, PBG) (Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung) vom 29. Juni 2021, BBl 2021, 1486 ff.

Ergebnisbericht: Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung, April 2016, abrufbar unter: <<http://www.admin.ch> > Bundesrecht > Vernehmlassungen > Abgeschlossene Vernehmlassungen > 2014> (zit. Ergebnisbericht Strommarktöffnung).

Erläuterungen des UVEK vom November 2017 über die Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016.

Executive Summary of the Impact Assessment; COM SWD (2014) 140, S. 3 (nur in Englisch auffindbar).

Expertengruppe Organisation Bahninfrastruktur (EOBI), Schlussbericht, Bern 2013 (zit. EOBI-Schlussbericht).

Faktenblatt 1 des BFE über das Bundesgesetz für eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien zur Revision Energiegesetz und Stromversorgungsgesetz vom 11. November 2020.

Faktenblatt 2 des BFE über die Revision des Energiegesetzes (EnG) vom 3. April 2020.

Faktenblatt des BFE vom 5. November 2020 zur Marktprämie 2020.

Faktenblatt des BFE vom 8. November 2018 zur Marktprämie 2018.

Faktenblatt des BFE zur Direktvermarktung vom 22. November 2017.

Faktenblatt des BFE zur Marktprämie 2021, vom 20. Dezember 2021.

Kartellkommission, Stellung der Kantonalbanken im Bankgewerbe, Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers 1995, Heft 3, S. 1 ff.

KELLERHALS CARRARD, PostAuto: Untersuchungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats der Schweizerischen Post AG vom 31. Mai 2018, Publikationsexemplar, Bern 2018 (zit. KC-Untersuchungsbericht).

Medienmitteilung des BFE vom 14. April 2022 über den Stromverbrauch der Schweiz, wonach der Stromverbrauch 2021 um 4,3% gegenüber dem Vorjahr gestiegen ist.

Medienmitteilung des BFE vom 31. August 2021 über den Strom aus Schweizer Steckdosen und zur Entwicklung der erneuerbaren Energien ausserhalb der Wasserkraft siehe BFE, Bundesamt für Energie, Gesamtenergiestatistik, abrufbar unter: <[www.bfe.admin.ch](http://www.bfe.admin.ch)>.

Medienmitteilung des BFE vom 5. November 2020 über die Marktprämie für Grosswasserkraft, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81004.html>>.

Medienmitteilung vom Bundesrat zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, abrufbar unter: <[https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html?utm\\_source=SES-Newsletter&utm\\_campaign=f472f4e010-SES+Newsletter+April+2020\\_COPY\\_01&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_849ff70334-f472f4e010-183622505](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html?utm_source=SES-Newsletter&utm_campaign=f472f4e010-SES+Newsletter+April+2020_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_849ff70334-f472f4e010-183622505)>.

Modellierung des System Adequacy in der Schweiz im Bereich Strom, abrufbar unter: <<http://www.bfe.admin.ch>> Themen > Stromversorgung > Stromversorgungsgesetz > Strommarktdesign> (zit. Modellierung).

Monitoringbericht des BFE vom Dezember 2021 über die Energiestrategie 2050.

Nationale Risikoanalyse Katastrophen und Notlagen Schweiz 2020, Risikobericht des Bundes vom 26. November 2020, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81359.html>> (zit. Risikobericht 2020).

Nationale Risikoanalyse Katastrophen und Notlagen Schweiz 2020, Technischer Risikobericht des Bundes vom 30. Juni 2015, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-57955.html>> (zit. Risikobericht 2015).

Revision Energiegesetz und Stromversorgungsgesetz vom 11. November 2020.

Staat und Wettbewerb: Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015, 8. Dezember 2017 (zit. Bundesrat, Staat und Wettbewerb).

Staatsrechnung 2018, Band I, 63 ff., abrufbar unter: <<https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/Finanzberichte/finanzberichte/rechnung/2018/RG1.pdf.download.pdf/RG1-d.pdf>>.

Stellung der Wettbewerbskommission vom 5. Mai 1997 zum Bericht der Expertenkommission im Vernehmlassungsverfahren, RPW 1997/2, S. 217 f.

Stellungnahme der aeesuisse zur Vernehmlassung zur Revision des Stromversorgungsgesetzes, abrufbar unter: <<https://aeesuisse.ch/wp-content/uploads/2021/08/AEE-SU-ISSE-Stellungnahme-Vernehmlassung-Stromversorgungsgesetz.pdf>>.

Stellungnahme der BKW zur Revision des Energiegesetzes vom 8. Mai 2020.

Strompreisbildung, Basiswissen-Dokument, Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen, Stand März 2020.

Stromversorgungssicherheit der Schweiz 2016: Bericht der ElCom vom 9. Juni 2016, abrufbar unter: <<https://www.elcom.admin.ch>> (zit. ElCom Stromversorgungssicherheit 2016).

Stromversorgungsverordnung: Bricht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung Netzregulierung), vom September 2019, abrufbar unter: <<http://www.bfe.admin.ch>> Themen > Stromversorgung > Stromversorgungsgesetz> (zit. Bericht Revision StromVG).

Studie, vom 14. März 2018 der Axpo Schweiz, abrufbar unter: <<https://www.axpo.com/ch/de/ueber-uns/magazin.detail.html/magazin/erneuerbare-energien/es-fehlt-geld.html>>.

Subventionsbericht 2008 des Bundesrates vom 30. Mai 2008, BBl 2008, 6229 ff.

Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser (Eigenmittelverordnung, ERV), SR 952.03.

WEKO, Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève, Gutachten, RPW 27. September 2004, S. 1300 (zit. WEKO, Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève, Gutachten vom 27. September 2004, RPW 2004/4, S. 1300 ff.).

Wettbewerbskommission, Stellung der Kantonalbanken im Bankgewerbe, Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission und des Preisüberwachers 1995, 1 ff. (zit. Bericht der Kartellkommission 1995).

Zusatzbotschaft des Bundesrates vom 9. März 2007 zur Bahnreform 2, BBl 2007, 2681 ff.

## Kantonale Materialien

Bericht zum Anzug David Wüest-Rudin und Konsorten betreffend «Anpassung der Berechnung der Abgeltung der Staatsgarantie für die Basler Kantonalbank im Zuge der Revision des BKB-Gesetzes», 20.5442.02, FD/P211809/P205442 vom 19. Januar 2022.

Factsheet Förderbeiträge für Energieprojekte im Kanton Bern von 2022.

Finanzdepartement des Kantons Basel-Stadt, Berechnung Abgeltung Staatsgarantie der BKB.

Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt, Basler Kantonalbank (BKB) / Finanzverwaltung Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung in den Bereichen Übernahme der Bank Cler durch die BKB / Abgeltung der Staatsgarantie durch die BKB, durchgeführt 2019/2020 im Auftrag der Geschäftsprüfungskommission (GPK) des Grossen Rates, Bericht Nr. 71 vom 25. März 2020, Form 4.1.02b V3.

Kanton Aargau, Botschaft an den Grossen Rat, Nr. 19.233, vom 21. August 2019.

Kommunaler Richtplan Energie vom Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern, von 2011.

Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien des BFE, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/politik/energiestrategie-2050/erstes-massnahmenpaket/massnahmen-zum-ausbau-der-erneuerbaren-energien.html>.

MuKE n 2014: So setzen die Kantone sie um, vom 9. Oktober 2020, abrufbar unter: <https://www.energie360.ch/magazin/de/erneuerbare-energien-nutzen/muken-2014-so-setzen-die-kantone-sie-um/>.

[Parlamentarische Initiative](#), von Daniel Häuptli (GLP, Zürich), Daniel Hodel (GLP, Zürich) und Michael Zeugin (GLP, Winterthur), vom 25. Februar 2019, KR-Nr. 69/2019.

Regierungsrat des Kantons Aargau, Botschaft an den Grossen Rat, Aargauische Kantonalbank (AKB); Rechtsform der Staatsgarantie; Festlegung strategische Stossrichtung, vom 21. August 2019, 19.233, S. 6.

Regierungsrat des Kantons Basel an den Grossen Rat, Ratschlag betreffend Teilrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 9. Dezember 2015, SG 915.200.

Reglement über die Entschädigung der Staatsgarantie durch die Zürcher Kantonalbank, 951.14.

Richtlinien für die Erfüllung des Leistungsauftrages der Zürcher Kantonalbank, vom 24. Februar 2015, LS 951.13.

Richtlinien für die Erfüllung des Leistungsauftrages der Zürcher Kantonalbank vom 24. Februar 2005, 951.13.

[Vernehmlassungsbericht](#) zur Teilrevision des Gesetzes und der Verordnung über die Urner Kantonalbank; Eigentümerstrategie des Regierungsrates.

Vernehmlassungsvorlage, Antrag an den Landrat, Abschaffung der Staatsgarantie im Kanton Glarus, S. 20 ff.

[Verordnung](#) über die Entschädigung der Staatsgarantie für die Kantonalbank, IX B/31/2. Vor der Änderung aus dem Jahr 2012 betrug sie mechanisch 0,3% des gesetzlichen Eigenmittelbedarfs.

ZKB, Reglement über die Organisation des Konzerns der Zürcher Kantonalbank (Organisationsreglement Konzern und Stammhaus) vom 23. Juni 2011, Fassung vom 26. Oktober 2017.

Energiegesetz des Kantons Zürich, (EnerG), vom 19. Juni 1983; Der Kanton Zürich hat die Revision des kantonalen Energiegesetzes am 28. November 2021 per Volksabstimmung angenommen. Neu sollen klimaneutrale Heizungen mit mehreren Tausend CHF gefördert werden, wenn die alten Öl- und Gasheizungen an ihr Lebensende gekommen sind.

Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 30. September 2021 über das Geänderte Energiegesetz für mehr Klimaschutz, abrufbar unter: <<https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2021/09/geaendertes-energiegesetz-fuer-mehr-klimaschutz.html>>; So hat sich beispielsweise eine Mehrheit im Kanton Zürich bei der Abstimmung vom 28. November 2021 dafür ausgesprochen, Ölheizungen durch Wärmepumpen zu ersetzen und dadurch 40 % der CO<sub>2</sub>-Emissionen im Kanton Zürich zu eliminieren.

## Entscheide Schweiz:

Urteil des Bundesgerichts, BGE 102 Ia  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 103 Ia  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 105 II  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 109 Ia  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 116 Ib  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 118 Ib  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 120 II 321  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 121 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 123 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 124 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 126 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 127 II 113  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 128 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 129 II 497  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 131 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 131 II  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 132 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 132 II 408  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 138 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 140 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 140 IV  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 142 I  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 143 II  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 2A.254/2000/bol.  
Urteil des Bundesgerichts, BGE 2C\_966/2018, 2C\_967/2018

## Internationale Quellen

Ausarbeitung des Deutschen Bundestags über die Netzentgeltbefreiung nach dem StromNEV und das EEG im Lichte des EU-Beihilferechts vom 8. April 2013, S. 36.

Deutsches Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, Nationale Industriestrategie 2030 Februar 2019.

EFTA Surveillance Authority, Decision of 15 December 2004 regarding a State guarantee in favour of Liechtensteinische Landesbank, Case-No. 48084, Dec.-No 385/04/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), Case No: 48084, Event No: 324014, Dec. No: 177/05/COL.

[Interpellationsbeantwortung](#) der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend Liechtensteinische Landesbank AG, BuA 2014/68 (zit. Interpellationsbeantwortung Liechtenstein).

Urteil des BVerfGer 2 BvR 213/92; 2 BvR 2159/92 vom 12. Oktober 1993.



# Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
Aeesuisse	Dachorganisation der Wirtschaft für erneuerbare Energien und Energieeffizienz
AGVO	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
Aufl.	Auflage
BAV	Bundesamt für Verkehr
BBl	Bundesblatt
BFE	Bundesamt für Energie
BGE	Bundesgerichtsentscheid (Leitentscheid)
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BLS	BLS AG mit Sitz in Bern
BSK	Basler Kommentar
BVerfGer	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution
d.h.	das heisst
Diss	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EIV	Einmalvergütungen
ElCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EMG	Elektrizitätsmarktgesetz
EnEV	Energieeffizienzverordnung
EnFV	Energieförderungsverordnung

EnG	Energiegesetz
EnV	Energieverordnung
Erw.	Erwegungsgrund
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
EuG	Das Gericht der Europäischen Union
EUR	Euro
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVS	Einspeisevergütungssystem
EVU	Eisenbahnverkehrsunternehmen
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f./ff.	folgende
FuEuI	Forschung, Entwicklung, Innovation
GebV-En	Verordnung über die Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich
gem.	gemäss
ggf.	gegebenenfalls
GWB	(Deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HKSV	Verordnung über den Herkunftsnachweis und die Stromkennzeichnung
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren/eigentlichen Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
insb.	Insbesondere/insbesondere
Kap.	Kapitel
KELS	Klima- und Energielenkungssystem
KEV	Kernenergieverordnung
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
lat.	lateinisch
LGeoIV	Landesgeologieverordnung
lit.	litera (lat.) Buchstabe
LL	Leitlinien

m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
Mio.	Million/-en
Mrd.	Milliarde/-n
MuKE n	Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich
N	Nummer
NJW	Neue juristische Wochenschrift
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite(n)
SA	State Aid
SBB	<i>Schweizerische Bundesbahnen SBB</i> mit Sitz in Bern
SDL	Systemdienstleistungen des Netzbetreibers Swissgrid
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
SOB	<i>Schweizerische Südostbahn AG</i> mit Sitz in St. Gallen
sog.	sogenannt(e)
Spglstr.	Spiegelstrich
SR	Systematische Rechtssammlung
SRF	Schweizer Radio und Fernsehen
StromEG	Deutsches Stromeinspeisungsgesetz
StromVG	Stromversorgungsgesetz
StromVV	Stromversorgungsverordnung
u.a.	unter anderem
u.E.	unseres Erachtens
Uabs.	Unterabsatz
UREK-N	Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates

UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
v. Chr.	vor Christus
v.a.	vor allem
V+T	Verkehr und Technik (Zeitschrift)
Vers.	Version
VG	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung
VSE	Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen
VVO	Verfahrensverordnung
WRG	Wasserrechtsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert

# Teil I: Grundlagen



---

# I. Einführung

Janine Dumont\* / Fatlum Ademi

## i. Allgemeines

Sowohl in der Schweiz als auch im europäischen Ausland werden staatliche Mittel in erheblichem Umfang zur Subventionierung wirtschaftlicher Tätigkeiten eingesetzt. Subventionen gehören in den meisten Staaten seit jeher zum gefestigten Instrumentarium öffentlicher Regulierung. Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie hat die Problematik weiter an praktischer Relevanz gewonnen. So richtete in der Schweiz allein der Bund im Jahr 2021 Subventionen<sup>1</sup> in der Höhe von ca. CHF 57 Mrd. auf der Basis von ca. 300 Tatbeständen in Verfassung und Gesetzen aus.<sup>2</sup> Damit erreichten diese einen Anteil von 64% Prozent der jährlichen Bundesaussgaben. 2021 entfielen knapp die Hälfte dieser Mittel auf den Bereich der sozialen Wohlfahrt (46%), gefolgt von den Bereichen Bildung und Forschung (12%) sowie Verkehr (13%). 6% der jährlichen Subventionen flossen in den Bereich Landwirtschaft und Ernährung, 6% entfielen auf die Beziehungen zum Ausland und 11% auf die Wirtschaft.<sup>3</sup> Neben den Subventionen des Bundes besteht ein umfangreiches Engagement der Kantone und Gemeinden.

---

\* Dr. Janine Dumont, LL.M. hat die Mitarbeit an den von ihr verfassten Texten im Wesentlichen im November 2020 – also vor Aufnahme ihrer Tätigkeit im EDA – beendet. Die in diesen Beiträgen geäußerten Ansichten geben ausschliesslich die Haltung der Autorin (und der übrigen Autoren) wieder und sind keinesfalls als offizieller Standpunkt der Abteilung Europa des Staatssekretariats EDA zu betrachten.

<sup>1</sup> Der in der Quelle für diese Zahlen verwendete Begriff der «Subvention» ist nicht *tel quel* mit dem Begriff der staatlichen Beihilfe gleichzusetzen. Auf die schweizerische Subventionsdefinition wird noch im Detail eingegangen, vgl. dazu unten, [Teil 1, I.4.](#)

<sup>2</sup> Vgl. dazu die Subventionsausgaben des Bundes, abrufbar unter: [https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik\\_grundlagen/subv\\_subvueberpruef.html](https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/subv_subvueberpruef.html).

<sup>3</sup> Subventionsausgaben des Bundes, abrufbar unter: [https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik\\_grundlagen/subv\\_subvueberpruef.html](https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/subv_subvueberpruef.html); anzumerken bleibt, dass die Subventionsausgaben sowie der Anteil der Subventionsausgaben an den Gesamtausgaben aufgrund der ausserordentlichen Ausgaben zur Bewältigung der COVID-19-Pandemie auf einem deutlich höheren Niveau als in den Jahren zuvor liegen.

- 2 Trotz ihrer enormen wirtschaftlichen Bedeutung sind Subventionen in der Schweiz auf gesetzlicher Ebene nur rudimentär geregelt. Zwar besteht mit dem Subventionsgesetz (SuG)<sup>4</sup> seit 1991 ein Rechtsrahmen, der zu einer Systematisierung und einheitlichen Begriffsbildung im Hinblick auf alle im Bundesrecht vorgesehenen Finanzhilfen und Abgeltungen geführt hat. Das Gesetz regelt jedoch nicht die Zulässigkeit solcher Praktiken. Gleiches gilt für die im Gefolge des SuG entstandenen kantonalen Bestimmungen.<sup>5</sup>
- 3 In Ermangelung spezifischer Regeln ist im Hinblick auf die Zulässigkeit staatlicher Subventionen auf allgemeine Verfassungsgrundsätze zurückzugreifen. Da sich die Schweiz in Art. 94 BV zu einer freiheitlichen und wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung bekennt, sind staatliche Subventionen nicht *per se* unproblematisch (vgl. zum Ganzen unten [Teil 1, IV.1 ff.](#)). Insbesondere wirtschaftspolitisch motivierte Subventionen können unter dem Aspekt der Wettbewerbsverfälschung einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit darstellen.<sup>6</sup> Als Eingriffe in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit sind v.a. strukturprotektionistische und dirigistische Subventionen zu qualifizieren.<sup>7</sup> Zu solchen Eingriffen in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit zählen insbesondere auch Massnahmen, die dem Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten widersprechen. Diese sind nur gerechtfertigt, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Entsprechende Verfassungsgrundlagen finden sich v.a. im Hinblick auf die Filmproduktion (Art. 71 BV), die Landesversorgung (Art. 102 BV), die Strukturpolitik (Art. 103 BV) und die Landwirtschaft (Art. 104 BV). Diese Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit unterliegen jedoch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Darauf deutet die Formulierung in Art. 102 Abs. 2, 103 Satz 2, 104 Abs. 2 BV, der Bund könne «nötigenfalls» vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen. Bei anderen Massnahmen, wie etwa bei sozial-, umwelt- und kulturpolitischen Subventionen, bedarf es der Abwägung zwischen dem öffentlichen Regelungsinteresse und den wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen im Einzelfall.<sup>8</sup> Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen verlangt schliesslich auch die

---

<sup>4</sup> Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1).

<sup>5</sup> Z.B. Staatsbeitragsgesetz des Kanton Bern (StBG, BSG 641.1), Staatsbeitragsgesetz des Kanton Zürich (LS 132.2), Subventionsgesetz des Kanton Wallis (SGS 616.1), Loi sur les indemnités et les aides financières Canton de Genève (D1 11).

<sup>6</sup> WEBER-DÜRLER, 7; RICHLI, N 79; BUNDI, System, 99 ff.

<sup>7</sup> SCHÖNBÄCHLER, N 250; BGE 130 I 26 E. 4.5, 42 f.

<sup>8</sup> RHINOW *et al.*, 118 ff.



Einhaltung der allgemeinen Anforderungen an Grundrechtseinschränkungen gemäss Art. 36 BV sowie die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl. dazu unten [Teil 1, IV.4](#)).

Die EU verfügt dagegen mit Art. 107 Abs. 1 AEUV über eine spezifische Grundnorm für den Umgang mit staatlichen Beihilfen. Dieses primärrechtlich (d.h. quasi verfassungsrechtlich) verankerte Regime verbietet staatliche Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Daneben bestehen gemäss Art. 107 Abs. 2 und 3 und Art. 106 Abs. 2 AEUV verschiedene Ausnahmen u.a. im Hinblick auf Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher, die Beseitigung von durch Naturkatastrophen verursachten Schäden sowie den Ausgleich der durch die deutsche Teilung verursachten Nachteile, den Ausgleich regionaler Unterschiede, die Realisierung von Vorhaben zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse, die Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, die Förderung der Kultur sowie Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind.

Das EU-Beihilferecht ist für die Schweiz grundsätzlich nicht verbindlich.<sup>9</sup> Eine Ausnahme bilden einige wenige Bestimmungen im Bereich der Luftfahrt, die dem AEUV nachempfunden sind. So sind nach Art. 13 Abs. 1 des Luftverkehrsübereinkommens Schweiz-EU (LVA)<sup>10</sup> «staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz oder eines EG-Mitgliedstaats gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Abkommen unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen» (vgl. dazu näher [Teil 1, IV.6.b](#)).

In den letzten Jahren wurde eine weitergehende Übernahme des EU-Beihilferechts v.a. im Rahmen der Verhandlungen über das – letztlich gescheiterte – institutionelle Rahmenübereinkommen (InstA) kontrovers diskutiert. Die darin enthaltenen Beihilfebestimmungen waren denjenigen des AEUV nachempfunden und betrafen im Hinblick auf die bestehenden Abkommen Schweiz-EU nur das LVA (Art. 8A Abs. 1 InstA). Allerdings sollten auch künftige Marktzugangsabkommen vom Rahmenabkommen erfasst sein, wodurch dessen Beihilfebestimmungen auch in solchen Bereichen (z.B. geplantes Stromabkommen,

<sup>9</sup> Artikel 23 des Freihandelsabkommens wird von den Vertragsparteien autonom ausgelegt.

<sup>10</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (SR 0.748.127.192.69).

Art. 8B Abs. 6 zweiter Spiegelstrich) – unter dem Vorbehalt abweichender Regelung – den Rahmen für die Regelung staatlicher Beihilfen dargestellt hätten. Auch bestanden auf schweizerischer Seite Befürchtungen, dass die in den Begleitdokumenten des InstA erwähnte Revision des Freihandelsabkommens von 1972<sup>11</sup> zu einer breiteren Anwendbarkeit der Beihilfebestimmungen führen könnte (vgl. dazu näher [Teil 1, IV.6.a](#)).

- 7 Auch wenn es in näherer Zukunft nicht zu einer staatsvertraglichen Übernahme des EU-Beihilferechts kommen sollte, haben die Diskussionen um das Rahmenabkommen das Bewusstsein für das Fehlen eines adäquaten Rechtsrahmens in der Schweiz geschärft. Befürworter einer stärkeren Subventionskontrolle in der Schweiz halten entsprechende Regeln für erforderlich, um «gleich lange Spiesse» im Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Wettbewerbern zu gewährleisten, generell die Transparenz in der Subventionspolitik zu verbessern sowie die Tätigkeiten von Unternehmen mit einem staatlichen Leistungsauftrag auf die Bereiche zu beschränken, die ihnen vom Staat zugewiesen worden sind.<sup>12</sup>
- 8 Die Tatsache, dass problematische Praktiken in den vergangenen Jahren lediglich über die Medien bekannt geworden sind, deutet auf das Bestehen einer entsprechenden Regelungslücke hin. In der Vergangenheit sorgten insbesondere Steuervergünstigungen für Unmut, denn hier könnte ein Missbrauchspotential von staatlichen Beihilfen im interkantonalen und -kommunalen Verhältnis bestehen.<sup>13</sup> Im Verhältnis zur EU wurde der Schweiz im inzwischen beigelegten «Steuerstreit» vorgeworfen, bestimmte Gestaltungen des kantonalen Steuerrechts betreffend Holding-, Domizil- und gemischte Gesellschaften sowie bestimmten Besteuerungspraxen des Bundes stellten als staatliche Beihilfen einen Verstoß gegen das FHA dar (vgl. dazu näher unten [Teil 1, IV.6.a](#)).
- 9 Was all dies im Hinblick auf die Weiterentwicklung des schweizerischen Subventionsrechts konkret bedeutet, ist noch weitgehend ungeklärt. Es zeigt jedoch die Notwendigkeit einer intensiven wissenschaftlichen Diskussion und

---

<sup>11</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401).

<sup>12</sup> HIRSBRUNNER, Verbot, 60.

<sup>13</sup> Vgl. dazu OESCH, Disziplinierung staatlicher Beihilfen, 1344, worin dargestellt wird, wie kantonale und kommunale Finanzdirektoren und Gemeindevertreter einheimischen Firmen substantielle Steuervergünstigungen gewähren und damit ursprünglich bezweckte Wirkungen des Wegfalls von Handelsbarrieren auf Bundesebene untergraben.

---

einer Bereitschaft der Verantwortungsträger in Bund und Kantonen, sich den hier aufgeworfenen Problemen unabhängig von der Frage einer staatsvertraglichen Übernahme des EU-Beihilferechts zu widmen.

## 2. Ziel und Aufbau der Studie

Ziel der vorliegenden Studie ist es, Denkanstösse im Hinblick auf die Weiterentwicklung des schweizerischen Subventionsrechts zu liefern, wobei das EU-Beihilferecht aufgrund seines hohen Entwicklungsstandes und seiner umfangreichen Kasuistik als Referenzgrösse dienen kann. Es soll insbesondere gezeigt werden, ob gewisse Praktiken der öffentlichen Hand nach schweizerischem Recht als zulässig, aber unter dem EU-Beihilferegime als unzulässig anzusehen wären. Diese Ergebnisse werden Erkenntnisse darüber liefern, inwieweit die Anwendung des EU-Beihilferechts (oder bestimmter Teile desselben) in der Schweiz zu grundlegenden Änderungen in der Subventionspraxis von Bund, Kantonen und Gemeinden führen würde.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur der Schweiz wurde der hier verfolgte Ansatz bislang kaum fruchtbar gemacht. Es finden sich allenfalls Stimmen, die die Einführung einer allgemeinen Regelung vorschlagen, wonach es sich bei den subventionierten Wirtschaftszweigen um solche von gesamtwirtschaftlichem Interesse handeln müsse oder dass für die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichenden Subventionen wichtige gesellschafts- und staatspolitische Argumente ins Feld geführt werden müssten.<sup>14</sup> Kaum Beachtung finden weiterhin die Fragen der subventionsrechtlichen Zulässigkeit bestimmter Tätigkeiten staatlich beherrschter Unternehmen und der Bedeutung des EU-Beihilferechts als Inspirationsquelle für den schweizerischen Gesetzgeber.

Vor allem letzterem soll im Rahmen der vorliegenden Studie nachgegangen werden. Dies erscheint umso wichtiger, als der schweizerische Bundesrat das Verhältnis zur EU nach dem Scheitern des Rahmenabkommens mittels autonomer Anpassungen zur Reduktion von Regelungsunterschieden im nationalen Recht stabilisieren möchte.<sup>15</sup> Die Idee hinter dieser Strategie ist, mit einer einseitigen Rechtsübernahme in wirtschaftlich relevanten Bereichen der EU entgegenzukommen, soweit dies im Interesse der Schweiz ist. Dieser Prozess

---

<sup>14</sup> BUNDI, System, 133.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Juni 2021 auf die Dringliche Interpellation 21.3622, worin der Bundesrat den bewährten bilateralen Weg mit der EU bekräftigt, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20213622>>; HIRSBRUNNER, Nachvollzug.

soll ohne Druck internationaler Verhandlungen im Rahmen autonomer Rechtssetzungsverfahren ablaufen. In seiner Antwort auf eine dringliche Interpellation vom 1. Juni 2021 betonte der Bundesrat sein grundsätzliches Interesse an Regeln, «die mit jenen unserer wichtigsten Handelspartner gleichwertig sind». Der Bundesrat wolle «diesen Weg konsequent weiterführen und unterschiedliche Regulierungen möglichst vermeiden».<sup>16</sup> In seiner Pressemitteilung vom 30. Juni 2021 hält der Bundesrat ausdrücklich fest, es seien relevante Regelungsunterschiede nicht zuletzt im Bereich der staatlichen Beihilfen festgestellt worden.

- 13 Die vorliegende Studie soll somit primär Hinweise darauf liefern, ob und inwieweit das EU-Beihilferecht tatsächlich geeignet wäre, als Referenzgrösse für eine allfällige autonome schweizerische Gesetzgebung auf diesem Gebiet zu dienen. Dazu wird die Problematik staatlicher Subventionen in einem ersten Teil zunächst unter wettbewerbstheoretischen Gesichtspunkten erörtert (vgl. unten [Teil 1 II.](#)). Anschliessend werden die beihilferechtlich relevanten Bestimmungen der Schweiz und der EU einer rechtsvergleichenden Analyse unterzogen (vgl. unten [Teil 1 III.](#) und [IV.](#)). Nur am Rande berücksichtigt wird in der vorliegenden Untersuchung das ebenfalls für Subventionen relevante Regime der Welthandelsorganisation (WTO), insb. ihres *Subventionsübereinkommens* (ASÜ), zu welchem sowohl die EU als auch die Schweiz Vertragsparteien sind. Das WTO-Recht beinhaltet zwar das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen<sup>17</sup>, worin wiederum bestimmte Regeln für Ein- und Ausfuhrsubventionen aufgeführt sind. Jedoch ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit strittig. Daher wurde eine Anpassung des internen Rechts bislang unterlassen, sodass das ASÜ in der Schweiz praktisch wirkungslos geblieben ist.<sup>18</sup> Hierzu wird auf die bestehende Literatur verwiesen.<sup>19</sup>
- 14 Im zweiten Teil finden die gewonnenen Erkenntnisse Anwendung auf verschiedene Szenarien, die in der schweizerischen Subventionspraxis von besonderer Bedeutung sind. Im Rahmen dieser Fallstudien werden die entsprechenden Praktiken insbesondere auf ihre Vereinbarkeit mit dem derzeit geltenden EU-Beihilferecht untersucht, um auf diese Weise die Auswirkungen einer Nutzbarmachung des EU-Beihilferechts für die Weiterentwicklung des schweizerischen Subventionsrechts beurteilen zu können. Diese Prüfung wird

---

<sup>16</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Juni 2021 auf die Dringliche Interpellation 21.3622, zu Punkt 3 ff., abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20213622>>.

<sup>17</sup> Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20).

<sup>18</sup> BBI 1994, GATT, 235.

<sup>19</sup> BUNDI, System, 37 ff.

---

zeigen, ob und inwieweit beide Rechtssysteme mit ihren unterschiedlichen regulatorischen Ausgangspunkten zu unterschiedlichen oder auch übereinstimmenden Ergebnissen gelangen. Dabei erhebt die vorliegende Studie keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Ein solches Vorhaben wäre nicht zuletzt aufgrund der – vor allem auf kantonaler und kommunaler Ebene – teilweise nur wenig dokumentierten Sachverhalte kaum möglich gewesen. Die Studie konzentriert sich daher auf die u.E. wesentlichen Bereiche der Unternehmensbesteuerung ([Teil 2 B.](#)), der erneuerbaren Energien ([Teil 2 E.](#)), der Kantonalbanken ([Teil 2 C.](#)) sowie des regionalen Personenverkehrs auf Schiene und Strasse ([Teil 2 D.](#)) Bewusst ausgenommen werden die Bereiche der Kultur und der Landwirtschaft, die zwar staatliche Unterstützung, aber im EU-Beihilferecht umfangreiche Ausnahmen erfahren (vgl. Art. 42 AEUV oder *De-minimis*-Beihilfen im Agrarsektor). Der dritte und abschliessende Teil der Studie systematisiert die Ergebnisse der Fallstudien und gibt Empfehlungen an den schweizerischen Gesetzgeber ab.

### 3. Methodik

Methodisch folgt die Studie einem funktional-rechtsvergleichenden Ansatz. Dieser geht von einem bestimmten Sachverhalt aus, welcher sich in den beteiligten Rechtsordnungen in vergleichbarer Weise darstellt und als Bezugspunkt des Vergleiches für die gesamte Arbeit dient. Insoweit steht die Gewährung staatlicher Subventionen in der Schweiz und in der EU im Vordergrund. Dabei wird insbesondere auf die Funktion der zu untersuchenden Normen innerhalb des Rechtssystems und ihrer Entsprechung in dem zu vergleichenden Rechtssystem abgestellt (BV und Subventionsgesetzgebung bzw. sonstiger Rechtsrahmen in der Schweiz auf der einen Seite, Art. 107 ff. AEUV und das entsprechende EU-Sekundärrecht und die dazugehörige Praxis auf der anderen Seite).

15

### 4. Begriff der Beihilfe und Subvention

Der Begriff der Beihilfe im EU-Recht ist im Prinzip vergleichbar mit dem Begriff der Subvention im schweizerischen Recht, wie im weiteren Verlauf dieser Studie erörtert wird. Dem EU-Beihilfebegriff liegt grundsätzlich ein weiterer Anwendungsbereich zugrunde. Insbesondere beschränken sich Beihilfen nicht nur auf positive Leistungen seitens des Gemeinwesens, sondern schliessen

16

auch die Minderung von Belastungen ein.<sup>20</sup> In der Schweiz findet der Begriff der Subvention Verwendung, worauf unten noch detailliert eingegangen wird. Andere Sprachversionen des EU-Primärrechts verwenden ebenfalls nicht die Entsprechung zum Begriff «Subvention» (fr: *subventions*; it: *sussidi*; en: *subsidies*), sondern die Entsprechung zum Begriff «mitgliedstaatliche Hilfe» (fr.: *aides accordées par les États*; it: *aiuti concessi dagli Stati*; en: *aid granted by a Member State*). Ein Blick auf den Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen 223 vom 5. Mai 2021<sup>21</sup> zeigt ferner auf, dass sich auch in jüngster Zeit keine eindeutige Diktion des Begriffs der Beihilfe und Subvention abzeichnet.<sup>22</sup> Daher lässt sich bereits an dieser Stelle sagen, dass die Erlasse und Praxisfestlegungen der EU derzeit nicht zur Klarheit betreffend die systematische Abgrenzung zwischen den Begriffen Beihilfe und Subvention beitragen. Wichtig ist an dieser Stelle, dass Beihilfen im EU-Recht jeweils durch die Mitgliedstaaten gewährt werden. Leistungen der EU werden dagegen als Finanzhilfen bezeichnet. Sie dienen der Förderung von Projekten zur Verwirklichung politischer Ziele der EU. Nachfolgend wird der allgemeinere Begriff der Subvention für generelle Ausführungen und für die Schweiz verwendet, der Begriff der Beihilfe dagegen wird im Hinblick auf Zuwendungen durch EU-Mitgliedstaaten genutzt.

## 5. Räumlicher Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts

- 17 Der räumliche Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts erstreckt sich auf das gesamte Gebiet der EU-Mitgliedstaaten einschliesslich ihrer ozeanischen Gebiete. Darüber hinaus finden sich beihilferechtliche Bestimmungen auch in Abkommen mit Drittstaaten. Zu nennen ist hier zunächst der EWR, der das

---

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 23. Februar 1961 in der Rechtssache 30/59, ECLI:EU:C:1961:2 - De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Hohe Behörde der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Rz. 44.

<sup>21</sup> COM(2021) 223 final.

<sup>22</sup> Die EU verwendet den Begriff der Beihilfe im Zusammenhang mit den Mitgliedstaaten der EU. Bei Drittstaaten spricht die Kommission gem. COM(2021) 223 final, zunächst von Subventionen. Untersucht man die Begriffsdefinition, wird ersichtlich, dass offenbar lediglich ein terminologischer Unterschied besteht und die Kommission die beiden Begriffe unterschiedslos verwendet. So findet sich im Vorschlag dann auch keine genauere Umschreibung, was der Unterschied zwischen einer Beihilfe und Subvention ist. Unter Abs. (8) ff. wird definiert, dass für das Vorliegen einer Subvention aus einem Drittstaat drei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Diese sind weitestgehend deckungsgleich mit den Voraussetzungen des Beihilfebegriffs von Art. 107 AEUV; vgl. dazu auch Ausführungen unten, [Teil I, III.9.](#)

EU-Beihilferecht zu grossen Teilen gem. Art. 49, Art. 59 und Art. 61 ff. EWR-Abkommen<sup>23</sup> übernommen hat. Anhang XV zum EWR-Abkommen listet diverse EU-Sekundärrechtsakte auf, die auch für den EWR gelten. Dazu gehören insb. die einschlägigen Freistellungsverordnungen (dazu unten [Teil 1, III.5](#)). Die Zusammenarbeit zwischen Kommission und EFTA-Überwachungsbehörde wird im Protokoll 27 zum EWR-Abkommen geregelt. Protokoll 26 umschreibt die Aufgaben und Kompetenzen der EFTA-Überwachungsbehörde. Diese nimmt im Rahmen der Beihilfekontrolle des EWR eine der Europäischen Kommission der EU ähnliche Rolle ein.

Auch *Beitrittskandidaten* übernehmen bereits in der Vorbereitung des Beitritts zumindest teilweise das EU-Beihilferechtsregime. Am Beispiel Kroatiens, das seit 2013 EU-Mitglied ist, wurde ersichtlich, dass die Umstellung des nationalen Rechts sowie v.a. die Schaffung der konkret benötigten Prozesse und Institutionen anspruchsvolle und langwierige Aufgaben sein können.<sup>24</sup> Ähnlich weitgehende Bestimmungen finden sich in den *Assoziierungsabkommen* etwa mit den sonstigen Balkanstaaten sowie den Abkommen mit den jenseitigen *Mittelmeerstaaten*.<sup>25</sup> Ein besonderes Verhältnis betreffend die Beihilferegelungen gilt nach dem Austritt *Grossbritanniens* aus der EU auch dort.

*Handelsabkommen der EU mit Drittstaaten* beinhalten ebenfalls zumindest rudimentäre Regelungen zu Subventionen. Zu nennen ist hier insbesondere das derzeit in Ratifikation befindliche Wirtschafts- und Handelsabkommen mit Kanada<sup>26</sup>. Dort wird betreffend Subventionen im Wesentlichen auf das WTO-Recht Bezug genommen.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, ABl L 1 vom 3. Januar 1994, 3 (EWR).

<sup>24</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 134 f.

<sup>25</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 133 ff.

<sup>26</sup> Umfassendes Wirtschafts- und Handelsabkommen zwischen Kanada einerseits und der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl L 11 vom 14. Januar 2017, 23.

<sup>27</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 145.

## II. Subventionen aus ökonomischer Sicht

Janine Dumont

«State aid [...] [a]t best, [...] is a drug to enhance short term performance...»<sup>28</sup>

Neelie Kroes, ehemalige EU-Wettbewerbskommissarin

- 20 Um zu verstehen, warum Gemeinwesen sich zur Vergabe von Subventionen entscheiden und warum Subventionen kritisiert werden, wird zunächst die Bedeutung des Wettbewerbs für die Marktwirtschaft in Erinnerung gerufen. Im Anschluss werden Fälle des sog. «Marktversagens» aufgezeigt. Dies ist wichtig, da Staaten häufig dann Subventionen gewähren, wenn sie der Ansicht sind, der freie Markt könne wichtige öffentliche Interessen nicht verwirklichen bzw. einzelne Marktteilnehmer seien benachteiligt. Ein Marktversagen stellt in einem marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystem also die Legitimation staatlicher Intervention in den freien Markt dar.

### I. Wettbewerb als Grundlage der Marktwirtschaft

- 21 Das Verhältnis von Angebot und Nachfrage entscheidet – unter optimalen Bedingungen – über den Marktpreis von Gütern und Dienstleistungen.<sup>29</sup> Im Wettbewerb stehende Güter und Dienstleistungen setzen sich v.a. anhand ihres Preises auf dem Markt durch.<sup>30</sup> Mitbestimmend sind weitere Dimensionen wie Quantität, Varietät und Qualität des Angebots.<sup>31</sup> Aufgrund der Wichtigkeit des Marktpreises ist es für Anbieter ausserordentlich attraktiv, ihren Aufwand zur Bereitstellung von Gütern und Dienstleistungen zu senken,<sup>32</sup> um die Gewinnmarge zu steigern oder den Preis zu senken. Die Profitorientierung motiviert die Anbieter also zu erhöhter Effizienz und Innovation. Würde sich allerdings das Gemeinwesen in das Verhältnis von Angebot und Nachfrage, z.B. mittels Subventionen, einmischen, würde kein oder weniger Innovationsdruck

---

<sup>28</sup> Rede von Neelie Kroes, Kommissarin für Wettbewerb, vom 8. Oktober 2007 an der EStALI/ESMT-Konferenz zum Thema «The Law and Economics of European State Aid Control», Berlin, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-07-601\\_en.htm?locale=en](https://ec.europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-601_en.htm?locale=en)>.

<sup>29</sup> NEUMANN, 5.

<sup>30</sup> KIRCHNER, 230.

<sup>31</sup> GHOSAL, 265.

<sup>32</sup> SCHUMPETER, 67.



freigesetzt. Wenn beispielsweise ein Unternehmen eine Betriebssubvention, also eine Unterstützung zur Bestreitung der laufenden Kosten, erhält, hat es wenig Anreiz diese Kosten durch Innovation zu senken. Folglich wird eine ineffiziente Wirtschaftstätigkeit aufrechterhalten.

Soweit die oben beschriebenen Marktmechanismen funktionieren, fördert staatliche Nichtintervention entsprechend langfristig die Wirtschaftlichkeit von Unternehmen, da sich diese besser aufstellen müssen, um im Wettbewerb zu bestehen (dynamische Effizienz<sup>33</sup>).<sup>34</sup> Ein Sektor, in dem dieser positive Effekt vielfach empirisch nachgewiesen werden konnte, ist die Zivilluftfahrt.<sup>35</sup> Gänzlich unrentable Unternehmen hingegen sind gemessen an ihrer Relevanz für das gesellschaftliche Fortkommen aus rein marktwirtschaftlicher Sicht auch nicht schützenswert und gehen unter.<sup>36</sup> 22

Zusammenfassend erfüllt der freie Wettbewerb also wertvolle Funktionen zur Effizienzsteigerung und Freisetzung von Innovation. Folglich haben die meisten westlichen Staaten tendenziell eine Grundentscheidung für eine wettbewerblich organisierte Wirtschaftsordnung getroffen. Allerdings gibt es auch Fälle, in denen der Wettbewerb nicht zum erwünschten Ergebnis führt. In diesen Fällen spricht man auch von Marktversagen, worauf in der Folge einzugehen sein wird. 23

## 2. Marktversagen

Nach der oben beschriebenen Idealvorstellung sollte die Marktwirtschaft ausschliesslich Vorteile für alle Marktteilnehmenden hervorbringen,<sup>37</sup> da der Markt nach SMITH von einer «invisible hand»<sup>38</sup> geführt wird. Allerdings gibt es verschiedene Situationen, in denen der Markt ohne staatlichen Eingriff nicht in ökonomischer Terminologie «perfekt»<sup>39</sup> ist, d.h. nicht unter optimalen Bedingungen abläuft oder aus anderen Gründen nicht zu einem als angemessen 24

---

<sup>33</sup> KIRCHNER, 230.

<sup>34</sup> BLAUBERGER/KRÄMER, 173.

<sup>35</sup> MARTIN, 35.

<sup>36</sup> BALDWIN, 235.

<sup>37</sup> KIRCHNER, 229.

<sup>38</sup> SMITH, 421.

<sup>39</sup> Tatsächlich wird angezweifelt, ob ein perfekter Markt ausserhalb der Theorie überhaupt je erwartet werden kann, vgl. NEUMANN, 28.

empfundenen Ergebnis führt.<sup>40</sup> Ein Markt versagt in sich, wenn die oben eingeführte Dynamik zwischen Angebot und Nachfrage nicht optimal wirken kann.<sup>41</sup>

- 25 Als Beispiele von Marktversagen sind insbesondere die folgenden Vorkommnisse zu nennen:<sup>42</sup>
- Informationsmängel bzw. Informationsasymmetrien<sup>43</sup> bei den Wirtschaftsteilnehmenden;
  - marktbeherrschende Stellung bzw. Monopole;<sup>44</sup>
  - Preisabsprachen.
- 26 Davon abzugrenzen, aber i.d.R. ebenfalls unter den Begriff des «Marktversagens» subsumiert werden Fälle, in denen an sich kein Versagen des Marktes aus Zusammenspiel aus Angebot und Nachfrage stattfindet, sondern ausserhalb des Marktes stehende, z.B. heteronom gesetzte öffentliche Ziele nicht durch den Marktmechanismus erreicht werden. Dazu gehören etwa:
- externe Effekte,<sup>45</sup> die sich nicht direkt auf die Beziehung zwischen den Marktteilnehmenden auswirken, wie z.B. Umweltschäden;
  - Gefährdung oder Beeinträchtigung öffentlicher Interessen bzw. distributive Erwägungen<sup>46</sup>.
- 27 Ein häufig anzutreffendes Beispiel für ausserhalb des Marktes stehende Ziele ist etwa die Entwicklung von ländlichen Gebieten: Soweit in einem Gebiet die benötigte Infrastruktur und ggf. auch die Fachkräfte oder andere wichtige Produktionsfaktoren fehlen, ist es für ein Unternehmen nicht wirtschaftlich, dort zu investieren. Stattdessen wählen sich Unternehmen Standorte aus, die ihren Bedürfnissen möglichst nahekommen. Diese – betriebswirtschaftlich nachvollziehbare – Orientierung in bereits stärker entwickelte Regionen trägt dazu bei, dass Gebiete ohne nennenswerte wirtschaftliche Attraktivität keine Chance erhalten, ihren wirtschaftlichen Entwicklungsstand zu verbessern. In

---

<sup>40</sup> NEUMANN, 5.

<sup>41</sup> Ähnlich NEUMANN, 17.

<sup>42</sup> Wenngleich ein Marktversagen im Sinne einer Abweichung des tatsächlichen Wirtschaftsgeschehens vom unter idealen Bedingungen funktionierenden Modell der Normalzustand sein dürfte, dazu VALLENDER, 116, N 4.

<sup>43</sup> GÜRPINAR, 22.

<sup>44</sup> GÜRPINAR, 23.

<sup>45</sup> GÜRPINAR, 19 ff.

<sup>46</sup> GÜRPINAR, 25.

ferner Zukunft würden die ländlichen Gebiete nach streng marktwirtschaftlicher Betrachtung eventuell eine Chance erhalten, nämlich dann, wenn z.B. der Raum oder die Lohnkosten in Ballungsgebieten unwirtschaftlich teuer werden. Allerdings kann diese Entwicklung sehr viel länger dauern, als es politisch bzw. gesellschaftlich akzeptabel wäre. In solchen Fällen kann es aus Sicht des Gemeinwesens sinnvoll erscheinen, der Entwicklung in ländlichen Regionen eine Starthilfe zu verschaffen.

### 3. Staatliche Intervention

Sehr anschaulich zu den möglichen Folgen staatlicher Intervention ist das Beispiel der «Milchseen und Butterberge», welche in der Vergangenheit von der EU-Agrarpolitik hervorgebracht wurden.<sup>47</sup> Der Intervention lag das dem Markt übergeordnete Ziel zugrunde, Ernährungssicherheit innerhalb der EU zu gewährleisten. Durch unbeschränkte Preisgarantien, die teilweise 50-100% über dem Weltmarktpreis lagen,<sup>48</sup> schuf die damalige EWG ab 1962 mit der Gemeinsamen Agrarpolitik einen Anreiz, möglichst grosse Mengen zu produzieren. Im Zusammenwirken mit der gesteigerten Effizienz in der Landwirtschaft resultierte v.a. in den Achtzigerjahren ein Überfluss an Agrarprodukten.<sup>49</sup> Um dann dem mit dem Überangebot einhergehenden Preisabfall zu begegnen, wurde das Angebot durch die Gemeinsame Agrarpolitik mittels Einlagerung und teilweiser Vernichtung von Agrarprodukten reduziert.<sup>50</sup>

Auch durch EU-Mitgliedstaaten gewährte Subventionen haben einen «*track record of keeping inefficient firms alive, blocking one of the avenues for gains from EU market integration*», wie der Ökonom MARTIN ausführt.<sup>51</sup> Deshalb überrascht es nicht, dass das Unionsrecht Beihilfen seitens der Mitgliedstaaten zu unterbinden sucht.

In Fällen des Marktversagens wird die staatliche Intervention also als notwendig erachtet, um die marktwirtschaftliche Ordnung wiederherzustellen oder öffentliche Interessen – im Beispiel der Milchseen und Butterberge die Ernährungssicherheit – zu verwirklichen. Dieser Eingriff wird auch als zielkonforme

<sup>47</sup> Europäische Kommission, Zeitstrahl zur Gemeinsamen Agrarpolitik, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy/cap-glance#Timeline>; WYPLOSZ/BALDWIN, 206 ff.

<sup>48</sup> WYPLOSZ/BALDWIN, 207.

<sup>49</sup> WYPLOSZ/BALDWIN, 212.

<sup>50</sup> WYPLOSZ/BALDWIN, 207 ff.

<sup>51</sup> MARTIN, 43.

Verbesserung einer suboptimalen Allokation oder Veränderung aus Gerechtigkeitsanliegen bezeichnet.<sup>52</sup> Mittels Wettbewerbspolitik soll eine «*workable competition*»<sup>53</sup>, also ein funktionierender Wettbewerb, erreicht werden.

- 31 In der politischen Ökonomie bestehen zwei gegensätzliche Konzepte des Wettbewerbs, die die Rechtfertigungslogik staatlicher Intervention beeinflussen.<sup>54</sup> Nach dem *konstruktivistischen Ansatz* ist der Wettbewerb durch den Staat geschaffen («Was nicht erlaubt ist, ist verboten.»). Nach dem *evolutionären Ansatz* hingegen entsteht der Wettbewerb als dynamischer Entdeckungsprozess aus dem individuellen Streben nach Eigennutzen («Was nicht verboten ist, ist erlaubt.»). Während der konstruktivistische Ansatz also dem Staat eine starke Rolle in der Bestimmung der für einen funktionierenden Wettbewerb nötigen Voraussetzungen zuteilt, vertraut der evolutionäre Ansatz auf den Selbstverbesserungsprozess des Marktes und den Beitrag der Unternehmer. So will der evolutionäre Ansatz dem Umstand Rechnung tragen, dass von vornherein nicht alle Wirtschaftsziele und die zu ihrer Erreichung nötigen Massnahmen bekannt sind.<sup>55</sup> Der Markt entwickelt sich nach evolutionärem Ansatz schrittweise fort; den Wettbewerbsprozess beschreibt HAYEK als ein «Entdeckungsverfahren»<sup>56</sup>.
- 32 Da der Staat nach konstruktivistischem Verständnis den Wettbewerb aufgrund von Annahmen über die wirtschaftliche Entwicklung z.B. mittels Subventionen lenkt, besteht ein Risiko, dass die staatliche Intervention zu unerwünschten Ergebnissen führt («Staatsversagen»<sup>57</sup>). In solchen Fällen kommt dem Staat eine gewisse Verantwortlichkeit zu. Unerwünschte Ergebnisse gleicht der Staat in der Folge wiederum mit Lenkungsmassnahmen, wie z.B. Subventionen aus, welche dann den Wettbewerb erneut beeinflussen.<sup>58</sup> Das Gemeinwesen gleicht also unerwünschte Ergebnisse aus Subventionen mit neuen Subventionen aus. Genau diese Entwicklung trug sich im eingangs erwähnten Beispiel der Milchseen und Butterberge zu.
- 33 Wie im Beispiel zur Förderung der ländlichen Entwicklung dargelegt, kann es auch im Interesse eines Gemeinwesens liegen, Starthilfen zur Entwicklung einer Region zu geben. Dies trägt nicht nur zum sozialen Frieden, sondern auch

---

<sup>52</sup> VALLENDER, 116.

<sup>53</sup> NEUMANN, 30.

<sup>54</sup> Zum Ganzen: NEUMANN, 29 m.w.N.

<sup>55</sup> NEUMANN, 29.

<sup>56</sup> HAYEK, 94.

<sup>57</sup> GÜRPINAR, 19.

<sup>58</sup> NEUMANN, 30.

zur Nutzung grösserer Flächen eines Staatsgebietes bei. Zudem erachten es zahlreiche Gemeinwesen auch als ihre Aufgabe, möglichst günstige Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Entwicklung zu bieten. Entsprechend findet Wirtschaftsförderung auf allen Ebenen des Gemeinwesens statt. Hier stehen z.B. auch Kommunen im Wettbewerb miteinander, durch günstige Bedingungen möglichst viele Unternehmen und damit Arbeitsplätze und Steuereinnahmen in ihren Hoheitsbereich zu bewegen. Dabei verlaufen die Grenzen zwischen gesunder Standortförderung und übermässiger Vorteilsgewährung fließend.

#### 4. Zusammenspiel zwischen Wettbewerb und Freihandel

Die Überlegungen zur Bedeutung des Wettbewerbs setzen sich bei Vergrößerung des Marktes über nationale Grenzen hinweg fort. Global freier Handel erhöht grundsätzlich die Wohlfahrt auf globaler Ebene.<sup>59</sup> Allerdings kann der Freihandel punktuell die Wohlfahrt auf nationaler Ebene verschlechtern. Dies kann dann vorkommen, wenn Produkte, die sich zuvor nur auf dem nationalen Markt durchsetzen mussten, neu auch gegen globale Konkurrenten antreten.<sup>60</sup> Dabei ist es möglich, dass die globale Konkurrenz die nationalen Unternehmen aufgrund geringerer Bereitstellungskosten aussticht. Die Bereitstellungskosten können z.B. durch ein geeigneteres Klima, in grösserem Umfang vorhandene Ressourcen oder aber durch eine höhere Spezialisierung in der Vergangenheit in einem Land im Vergleich zu einem anderen geringer ausfallen.<sup>61</sup>

Bei der Marktöffnung kann daher ein Anreiz bestehen, Unternehmen, die vorwiegend im eigenen Land für Arbeitsplätze sorgen und die nationale Wirtschaft tragen, zu unterstützen.<sup>62</sup> Entsprechend benötigt ein Binnenmarkt aus zuvor eigenständigen Volkswirtschaften nicht nur Marktzugangs- sondern auch Wettbewerbsregeln. Daher haben die Mitgliedstaaten für die EU nicht nur die vier Wirtschaftsfreiheiten, sondern auch ein umfangreiches Wettbewerbsregime geschaffen, zu welchem auch das EU-Beihilferecht zählt. Die Regulierung der Verteilung von staatlichen Subventionen liefert dabei eine Antwort auf das sowohl in Bundesstaaten als auch global bestehende Problem der möglicherweise mangelnden Transparenz. Das EU-Beihilferecht versucht mit der verbindlichen Kontrolle über die Beihilfen in ihren Mitgliedstaaten, Wettbewerbsbeschränkungen sowohl im Verhältnis zwischen mehreren EU-Mit-

---

<sup>59</sup> BOND, 117.

<sup>60</sup> BOND, 117.

<sup>61</sup> KISHORE, 93 ff.

<sup>62</sup> WYPLOSZ/BALDWIN, 256, 266; HEIMLER/JENNY, 351.

gliedstaaten (*inter iurisdictiones*) als auch zwischen Unternehmen innerhalb eines EU-Mitgliedstaats (*intra iurisdictionem*) auf diese Weise zu unterbinden.<sup>63</sup> Nachfolgend wird zunächst der historische und rechtliche Gesamtkontext umrissen und im Anschluss auf das EU-Beihilferegime im Einzelnen eingegangen.

---

<sup>63</sup> Die von der EU selbst ausgerichteten Finanzhilfen unterstehen dabei keiner Beihilfekontrolle.

### III. Rechtslage in der EU

Janine Dumont / Fatlum Ademi

#### I. Historische Grundlagen der EU-Beihilferegeln

##### a) Ursprung

Die EU hat ihre Ursprünge in der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS). Mit einer Vergemeinschaftung und Kontrolle kriegswichtiger Industrien sollte dem Ausbruch eines erneuten bewaffneten Konflikts innerhalb Europas entgegengewirkt werden. Durch den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)<sup>64</sup> wurden weitere Wirtschaftsbereiche miteingefasst, mit dem Ziel, einen umfangreichen Binnenmarkt zwischen den Mitgliedstaaten zu errichten. Nach diversen institutionellen Umgestaltungen wird seit dem Vertrag von Maastricht<sup>65</sup> von der EU gesprochen, welche inzwischen sogar über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (Art. 47 EUV)<sup>66</sup>. Obwohl der EU mittlerweile weite Befugnisse zukommen, tritt sie nach herrschender Auffassung nicht an die Stelle der Mitgliedstaaten.<sup>67</sup> Stattdessen stützt sich die EU-Rechtsordnung als supranationale Organisation gewissermaßen über die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, mit denen sie in wechselseitiger Beziehung steht. 36

Das Beihilferecht der EU nahm seinen Anfang bereits mit dem EGKS-Vertrag von 1951<sup>68</sup> und dem EWG-Vertrag von 1957.<sup>69</sup> Die dem EGKS-Vertrag zugrundeliegende Idee der gemeinsamen Aufsicht über kriegswichtige Güter war an sich bereits wegweisend. Darüber hinaus bedeutete die Einführung gemeinsa- 37

<sup>64</sup> Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957, abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=EN>>.

<sup>65</sup> Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte, ABl C 340 vom 10. November 1997, 1.

<sup>66</sup> Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 13 (EUV).

<sup>67</sup> WEILER, 43.

<sup>68</sup> Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951, Paris, abrufbar unter: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:11951K/TXT&from=DE>>.

<sup>69</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 7 f.

mer Wettbewerbsregeln und einer supranationalen Aufsicht eine Weiterentwicklung des bisher gekannten Verständnisses internationaler Zusammenarbeit. Dennoch bestand das wirtschaftspolitische Ziel des durch den EGKS-Vertrag eingeführten Beihilfeverbots nicht in erster Linie in der Gewährleistung des freien Wettbewerbs.<sup>70</sup> Stattdessen sollten die bisher durch die Mitgliedstaaten gewährten Beihilfen durch Finanzhilfen der Gemeinschaft ersetzt werden.<sup>71</sup> Die Beihilfebestimmung in Art. 4 EGKS-Vertrag lautete:

«Als unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt für Kohle und Stahl werden innerhalb der Gemeinschaft gemäss den Bestimmungen dieses Vertrages aufgehoben und untersagt:

[...]

c) von den Staaten bewilligte Subventionen oder Beihilfen oder von ihnen auferlegte Sonderlasten, in welcher Form dies auch immer geschieht».

- 38 Bereits in dieser Bestimmung zeigt sich, dass die Vertragsstaaten einen weiten Beihilfebegriff wählten. Ganz deutlich wird in der Formulierung auch, dass mitgliedstaatliche Subventionen, Beihilfen oder Sonderlasten «aufgehoben oder untersagt» werden. Der Ingress klärt, dass solche Massnahmen unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt sind, lässt aber offen, ob die Massnahmen deshalb untersagt sind, weil sie mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar sind. In der französischen Fassung wird das Kausalitätsverhältnis zwischen Unvereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt und Verbot deutlicher:

« Sont reconnus incompatibles avec le marché commun du charbon et de l'acier **et, en conséquence**, sont abolis et interdits dans les conditions prévues au présent Traité, à l'intérieur de la Communauté :

[...]

c) les subventions ou aides accordées par les Etats ou les charges spéciales imposées par eux, sous quelque forme que ce soit » [eigene Hervorhebung].

- 39 Gleiches gilt für die italienische, nicht aber die niederländische Fassung, die der deutschen entspricht.
- 40 Der EWG-Vertrag von 1957 verfügte bereits im Wesentlichen über die heutige Vertragsstruktur und führte die Beihilfebestimmungen in einem eigenen Wettbewerbskapitel auf. Art. 92 Abs. 1 EWG-Vertrag lautete:

---

<sup>70</sup> PIERNAS LÓPEZ, 34.

<sup>71</sup> EuGH, 30/59, Rz. 22.



«Soweit in diesem Vertrag 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 Gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.»

Im Vergleich zum EGKS-Vertrag war nun auch in den romanischen Sprachfassungen kein ausdrücklicher Hinweis mehr auf eine Kausalität zwischen Unvereinbarkeit und Verbot vorhanden. Offenbar erachteten die Vertragsstaaten die Feststellung der Unvereinbarkeit als ausreichend. In den Abs. 2 und 3 enthielt Art. 92 EWG-Vertrag Kataloge von Legal- bzw. Ermessensausnahmen. Art. 93 und 94 EWG-Vertrag erläuterten die Aufsichtsfunktion der Kommission und vermittelten den Institutionen Kompetenzen. 41

Im Rahmen der nachfolgenden Vertragsrevisionen blieben die Beihilferegeln von 1957 materiell weitgehend unverändert und finden sich – abgesehen von kleineren historisch- bzw. institutionell-bedingten Anpassungen fast wortgleich – in den heutigen Art. 107 bis 109 AEUV<sup>72</sup>. Relevant für die historische Betrachtung des EU-Beihilferechts sind also weniger die primärrechtlichen als vielmehr die sekundärrechtlichen Entwicklungen sowie diejenigen in Rechtsprechungs- und Verwaltungspraxis. 42

In den Anfangsjahren blieb die Bedeutung des EU-Beihilferechts gemessen an der Anzahl der Verfahren zunächst gering. Erst ab Mitte der Achtzigerjahre stieg deren Zahl an.<sup>73</sup> Ein Grund hierfür dürfte sein, dass der Rat zunächst nicht wie vorgesehen Regeln über die anzuwendenden Verfahren erliess, sondern dies der Praxis der Kommission überliess. Im Einzelnen lässt sich die Entwicklung des EU-Beihilferechts in sechs Phasen aufteilen:<sup>74</sup> 43

#### b) 1958 bis 1970

Die Fünfzigerjahre bildeten nicht nur den Beginn der ersten Phase in der Entwicklung des Beihilferechts, sondern auch der europäischen Integration insgesamt. Daher lag der Fokus der Kommission darauf, Handelshemmnisse und Diskriminierungen abzubauen. Deshalb zielte auch die Beihilfepraxis zunächst v.a. auf Exportsubventionen ab.<sup>75</sup> Sachverhalte, die nur innerstaatliche Effekte 44

<sup>72</sup> Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 47 (AEUV); STUART/ROGINSKA-GREEN, 8.

<sup>73</sup> HEIDENHAIN, N 1.

<sup>74</sup> Aufteilung angelehnt an PIERNAS LÓPEZ, 45 ff., jedoch erweitert; eine abweichende Aufteilung findet sich bei STUART/ROGINSKA-GREEN, 155 ff.

<sup>75</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 156.

hatten, wurden auch vom EuGH noch als unbedenklich eingestuft.<sup>76</sup> Zudem musste der Anwendungsbereich der Beihilfebestimmungen näher bestimmt und die Akzeptanz des Regimes durch die Mitgliedstaaten überhaupt erst etabliert werden.<sup>77</sup> So verlief die Entwicklung zunächst schleppend, wofür PIERNAS LOPEZ drei Gründe herausarbeitet:<sup>78</sup>

- Es fehlte noch an einem klaren Verständnis der als problematische Beihilfe qualifizierenden Tatbestände.
- Ausserdem fehlten sowohl Verfahrensbestimmungen als auch Akzeptanz durch die Mitgliedstaaten und ein klares Bekenntnis zur Umsetzung.
- Die Kommission legte ihren Fokus auf solche Tatbestände, die grenzüberschreitend tätige Unternehmen betrafen.

c) 1971 bis Mitte der Achtzigerjahre

- 45 Den Beginn der zweiten Phase markiert das Jahr 1971, in dem die Kommission begann, detaillierter über ihre Beihilfeentscheidungen zu berichten. Für dieses Jahr veröffentlichte sie erstmals einen eigenen Jahresbericht über die Wettbewerbspolitik, während sie dem Thema in den Vorjahren nur einen Abschnitt innerhalb ihres allgemeinen Jahresberichts widmete.<sup>79</sup> Wenig später liess die Ölkrise von 1973 protektionistische Tendenzen wiederaufflammen und die Akzeptanz des EU-Beihilferechts durch die Mitgliedstaaten herabsinken.<sup>80</sup> Dies führte auch zu diversen sektorspezifischen Beihilfemassnahmen in den Mitgliedstaaten, z.B. zugunsten der Schifffahrtsindustrie.<sup>81</sup> Die Kommission sah sich dadurch zunächst nicht in der Lage, ihre Kontrollfunktion durchzusetzen. Im Jahr 1978 kündigte sie an, künftig stärker an der Durchsetzung des Beihilferechts zu arbeiten.<sup>82</sup> In ihrem zehnten jährlichen Report traf die Kommission eine eindrückliche Aussage:

---

<sup>76</sup> EuGH, Urteil vom 21. Januar 1976 in der Rechtssache 40/75, ECLI:EU:C:1976:4 - Société des produits Bertrand SA/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 9 ff.

<sup>77</sup> PIERNAS LÓPEZ, 46 f.

<sup>78</sup> PIERNAS LÓPEZ, 49.

<sup>79</sup> Erster Bericht der Europäischen Kommission über die Wettbewerbspolitik, April 1972 (nur auf Englisch verfügbar), abrufbar unter: <<https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/418817dc-c69b-42b1-a787-013fd545017d>>.

<sup>80</sup> PIERNAS LÓPEZ, 50.

<sup>81</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 160.

<sup>82</sup> Mitteilung über die Politik der Kommission auf dem Gebiet der sektoralen Beihilfen, COM(78) 221 final.

«The Commission considered that in some cases, indeed, the extent of the tendency towards non-notification would appear to indicate the possible existence of a general decision not to respect the provisions in question.»<sup>83</sup>

Ihre Ankündigung, das Beihilferecht stärker durchzusetzen, setzte die Kommission ab Anfang der Achtzigerjahre um, indem sie regelmässiger Ermittlungsverfahren anstrebte (heute Art. 108 Abs. 2 AEUV).<sup>84</sup> Zudem entwickelte sie diverse *Soft-Law*-Dokumente<sup>85</sup>, deren Prinzipien zur korrekten Ausgestaltung von Beihilfen durch den EuGH bestätigt wurden.<sup>86</sup> Zu diesen Dokumenten gehörten diverse Standpunkte, Mitteilungen und Leitlinien (LL), wie z.B. der Standpunkt der Kommission zur Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften.<sup>87</sup> Mehrere Vorschläge für Rechtsakte, welche inzwischen überwiegend umgesetzt wurden,<sup>88</sup> scheiterten zu dieser Zeit noch im Rat.<sup>89</sup> Zu diesen Vorschlägen gehörte etwa der Vorschlag einer auf Artikel 94 EWGV gestützten Verordnung des Rates zur Festsetzung der Überwachungsmodalitäten seitens der Kommission bei der Anwendung der Grundsätze für die Koordinierung der allgemeinen Beihilferegulungen mit regionaler Zielsetzung in den Zentralgebieten der Gemeinschaft.<sup>90</sup>

46

Der EuGH ging von Anfang an von einem weiten Beihilfebegriff aus und konnte dies in der Entscheidung *Italienische Textilien* auch mit dem Wirkungsprinzip begründen: Entscheidend sei nicht die Form oder Zielrichtung einer Massnahme, sondern deren Auswirkung.<sup>91</sup> Dieselbe Entscheidung nutzte der EuGH übrigens auch, um klarzustellen, dass auch Massnahmen mit sozialpolitischem Charakter Beihilfen darstellen können.<sup>92</sup>

47

<sup>83</sup> Tenth Report on Competition Policy der Europäischen Kommission, (nicht übersetzt), 1980, 162, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/ar\\_1980\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/ar_1980_en.pdf)>.

<sup>84</sup> PIERNAS LÓPEZ, 51.

<sup>85</sup> Zu Begriff und Bedeutung von *Soft Law* im Europarecht MÜLLER-GRAFF.

<sup>86</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 184.

<sup>87</sup> Standpunkt der Europäischen Kommission zur Anwendung der Art. 92 und 93 EWG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften. Weitere Beispiele bei Nomos EU-Beihilfenrecht-HEINRICH, Einleitung, N 55.

<sup>88</sup> PIERNAS LÓPEZ, 52 f.

<sup>89</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 162.

<sup>90</sup> COM (1972) 1523 final.

<sup>91</sup> EuGH, Urteil vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache 173/73, ECLI:EU:C:1974:71 - Italienische Republik/Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Italienische Textilien), Rz. 35.

<sup>92</sup> EuGH, C-173/73, Rz. 40.

- 48 Nun wurde auch die Befugnis der Kommission, die Rückforderung unrechtmässiger Beihilfen anzuordnen, durch den EuGH in einem Fall betreffend Unterstützungsmassnahmen zugunsten des Steinkohlebergbaus in Deutschland bestätigt.<sup>93</sup> Ausserdem wurde im Jahre 1980 die erste Transparenzrichtlinie<sup>94</sup> angenommen, welche sich mit den finanziellen Verbindungen zwischen Mitgliedstaaten und öffentlichen Unternehmen auseinandersetzte, da diese die Gefahr bergen, zur Umgehung der Beihilferegeln genutzt zu werden.
- 49 Die dritte Entwicklungsphase des EU-Beihilferechts wurde durch die Bestrebungen zur Vollendung des EU-Binnenmarkts angestossen.<sup>95</sup> Die Kommission nutzte nun deutlich häufiger ihre Untersuchungsbefugnisse und die Möglichkeit der Rückforderungsanordnung unrechtmässig gewährter Beihilfen.<sup>96</sup> Bezeichnend für die dritte Entwicklungsphase war auch der inzwischen beim Rat gewachsene Wunsch nach einer Verfahrensverordnung und die Einführung von *De-minimis*-Bestimmungen (dazu unten [Teil 1, III.5.a](#)), welche als Anwendung des im Vertrag von Maastricht kodifizierten Subsidiaritätsprinzips verstanden wurden.<sup>97</sup> In der dritten Phase wurde nun auch deutlicher der Ansatz hin zum Schutz des Wettbewerbs innerhalb eines Mitgliedstaats (*intra iurisdictionem*) und nicht nur zwischen Konkurrenten aus verschiedenen Mitgliedstaaten (*inter iurisdictiones*) verfolgt.<sup>98</sup>
- d) Mitte der Neunzigerjahre bis 2005
- 50 In der vierten Phase legte die EU ihren Fokus auf eine erhöhte Transparenz und Rechtssicherheit sowie auf die Klarstellung der Verfahrensregeln im Beihilferecht.<sup>99</sup> So verabschiedete der Rat nach mehrmaligen gescheiterten Kommissionsvorlagen die erste Verfahrensverordnung<sup>100</sup>. Zudem ermöglichte es

---

<sup>93</sup> EuGH, Urteil vom 12. Juli 1973 in der Rechtssache 70/72, ECLI:EU:C:1973:87 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Bundesrepublik Deutschland (Steinkohlebergbau), Rz. 13.

<sup>94</sup> Richtlinie (EWG) 80/723 der Kommission vom 25. Juni 1980 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen (nicht mehr in Kraft), ABl L 195 vom 29. Juli 1980, 35.

<sup>95</sup> COM(1985) 0310 final; PIERNAS LÓPEZ, 55.

<sup>96</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 168 f.

<sup>97</sup> PIERNAS LÓPEZ, 56 f.

<sup>98</sup> PIERNAS LÓPEZ, 58.

<sup>99</sup> PIERNAS LÓPEZ, 59.

<sup>100</sup> Verordnung (EG) 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl L 83 vom 22. März 1999, 1.

die Verordnung (EG) 994/98<sup>101</sup> der Kommission, diverse Fälle von der Meldepflicht freizustellen, um sich auf wirklich wichtige Fälle zu konzentrieren. Dies war nicht zuletzt deshalb wichtig, da sie zuvor ca. 98% der gemeldeten Beihilfen genehmigt hatte.<sup>102</sup> Zudem bestimmte die Kommission in dieser Phase den Begriff der «Dienstleistungen von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung»,<sup>103</sup> worauf später (unten [Teil 1, III.5.b\)](#) detailliert eingegangen wird. Aufgrund dieser Durchbrüche bezeichnet die Literatur diese Phase auch als «dramatisch».<sup>104</sup> 1999 wechselte der zuvor für Steuern zuständige Kommissar *Mario Monti* in die Generaldirektion Wettbewerb und brachte seine Expertise zu schädlichen Steuerpraktiken dort ein.<sup>105</sup> Er legte damit einen wichtigen Grundstein für die beihilferechtliche Erfassung solcher Praktiken.

e) 2005 bis 2012

Von zentraler Bedeutung war die Umorientierung der Beihilfepolitik mit dem Aktionsplan<sup>106</sup> von Wettbewerbskommissarin *Neelie Kroes* im Jahr 2005. Der Aktionsplan ging von vier Grundsätzen aus:<sup>107</sup>

- weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen;
- eine verfeinerte wirtschaftliche Betrachtungsweise;
- effizientere Verfahren, bessere Rechtsanwendung, grössere Berechenbarkeit und mehr Transparenz;
- geteilte Verantwortung zwischen Kommission und Mitgliedstaaten.

Mit der damit eingeführten verfeinerten wirtschaftliche Betrachtungsweise (*more economic approach*)<sup>108</sup> ist konkret zweierlei gemeint: Erstens wollte sich die Kommission stärker auf die Auswirkungen (*effects-based approach*) statt

<sup>101</sup> Verordnung (EG) 659/1999; Verordnung (EG) 994/98 des Rates vom 7. Mai 1998 über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen, ABl L 142 vom 27. März 1999, 1.

<sup>102</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 180.

<sup>103</sup> Etwa Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 29. September 1996, COM(1996) 443 final; Mitteilung der Kommission über Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa vom 20. September 2000, COM(2000) 580 final; COM(2003) 270 final; weitere Nachweise bei: *ead.*, 24; vgl. auch PIERNAS LÓPEZ, 60.

<sup>104</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 179.

<sup>105</sup> STUART/ROGINSKA-GREEN, 182.

<sup>106</sup> Aktionsplan staatliche Beihilfen, Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009 vom 7. Juni 2005, COM(2005) 107 final.

<sup>107</sup> COM(2005) 107 final, 18.

<sup>108</sup> Dazu ganz ausführlich Gürpınar, *in toto*.

auf die Erfüllung gewisser formaler Merkmale konzentrieren.<sup>109</sup> Zweitens sollte zur Rechtfertigung von Beihilfen eine genauere Betrachtung des vorliegenden Marktversagens erfolgen.<sup>110</sup> Das zentrale Element zur Umsetzung waren die allgemeinen Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung (sog. «Abwägungsprüfung»), die die Kommission 2009 in einem Konsultationspapier<sup>111</sup> veröffentlichte. Für die Abwägungsprüfung waren drei Haupt- und diverse Unterfragen zu berücksichtigen:

- «1. Dient die Beihilfemassnahme einem klar definierten Ziel von gemeinsamem Interesse?
2. Ist die geplante Beihilfemassnahme zielführend ausgestaltet, d. h., dient sie der Beseitigung von Marktversagen oder anderen Zielen?
  - i. Ist die Beihilfemassnahme ein geeignetes Instrument, um das betreffende Ziel zu erreichen?
  - ii. Hat die Beihilfemassnahme einen Anreizeffekt, d. h., veranlasst sie den Beihilfempfänger zu einer Verhaltensänderung?
  - iii. Ist die Beihilfemassnahme angemessen, d. h., könnte dieselbe Verhaltensänderung mit einer geringeren Beihilfe nicht erreicht werden?
3. Sind die Wettbewerbsverzerrungen und die Handelsbeeinträchtigungen so gering, dass die Gesamtbilanz positiv ausfällt?»<sup>112</sup>

f) 2012 bis heute

- 53 Die Kommission hat das als kompliziert geltende EU-Beihilferecht im Rahmen einer umfassenden Modernisierungsinitiative (*Sate Aid Modernisation*) im Jahre 2012 vereinfacht. Diese Reform betraf sowohl den Beihilfebegriff als auch diverse Verfahrensaspekte.<sup>113</sup> Sie bezweckte die Schaffung eines geeigneten Rahmens für eine nachhaltige, intelligente und integrative Wachstumsförderung in einem wettbewerbsfähigen Binnenmarkt. Der Fokus lag dabei auf staatlichen Massnahmen mit besonders grossen Auswirkungen auf den Wett-

---

<sup>109</sup> Gürpınar, 7.

<sup>110</sup> Gürpınar, 13.

<sup>111</sup> Konsultationspapier der Europäischen Kommission über allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag, 2009, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/reform/economic\\_assessment\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_de.pdf)>.

<sup>112</sup> Konsultationspapier der Europäischen Kommission über allgemeine Grundsätze für eine ökonomisch ausgerichtete Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen nach Artikel 87 Absatz 3 EG-Vertrag, 2009, N 9, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/reform/economic\\_assessment\\_de.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_de.pdf)>.

<sup>113</sup> SEITZ, Autonomie, 425.

bewerb im Binnenmarkt. Die Kommission war bestrebt, insbesondere «gute Massnahmen» zu genehmigen. Mit «guten Massnahmen» waren Beihilfen gemeint, die auf die Aufhebung eines ausgewiesenen Marktversagens und auf die Förderung von im gemeinsamen Interesse liegenden Zielen ausgerichtet waren.<sup>114</sup>

Als neuere Entwicklung kann auch der Fokus der beihilferechtlichen Untersuchungen auf bestimmte Steuergestaltungen innerhalb der EU bezeichnet werden.<sup>115</sup> Der erste wichtige Fall war die Untersuchung gegen den IT-Konzern Apple. Konkret stellte die Kommission mit Beschluss vom 30. August 2016 fest, dass Irland dem Konzern im Rahmen zweier Steuervorbescheide (sog. Rulings) eine Beihilfe in Höhe von rund EUR 13 Mrd. gewährt habe.<sup>116</sup> Diese Zahl ist v.a. deshalb beachtlich, da sie fast der Gesamthöhe aller Beihilferückforderungsanordnungen seit 1999 entspricht, die sich exklusive Zinsen und der von Apple zurückgeforderten Beträge auf EUR 14 Mrd. beläuft.<sup>117</sup>

Grosse Bedeutung für die jüngere Entwicklung des europäischen Beihilferechts hatte zudem die seit Anfang 2020 herrschende COVID-19-Pandemie. Um die wirtschaftlichen Folgen dieser Pandemie abzufedern, ergriffen die EU-Mitgliedstaaten zahlreiche finanzielle Unterstützungsmassnahmen in bis dahin nicht gekannter Höhe, die den EU-Beihilferegeln unterlagen. Um die Abwicklung dieser Programme zu erleichtern, hat die Kommission eine Mitteilung über einen «Befristeten Beihilferahmen» erlassen. Im Hinblick auf die weitere Entwicklung des EU-Beihilferechts ist dabei von Bedeutung, dass sie den Mitgliedstaaten nunmehr ein weites Ermessen bei der Beurteilung ihrer Unterstützungsmassnahmen einräumt.<sup>118</sup>

Auf eine partielle Neuausrichtung der EU-Beihilfepolitik zielt auch der Ende 2019 präsentierte «Green Deal» der EU-Kommission. In dieser Mitteilung erläutert die Kommission ihre «Wachstumsstrategie» zur Bewältigung der gegenwärtigen klima- und umweltbezogenen Herausforderungen. Sie soll die EU in eine «faire und wohlhabende Gesellschaft umwandeln, mit einer modernen,

<sup>114</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Modernisierung des EU-Beihilfenrechts vom 8. Mai 2016, COM(2012) 209.

<sup>115</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 426.

<sup>116</sup> Beschluss (EU) 2017/1283 der Kommission vom 30. August 2016 über die staatliche Beihilfe SA.38373, ABI L 187 vom 19. Juli 2017.

<sup>117</sup> Beschluss (EU) 2017/1283; Commission's activity in the recovery of unlawful aid, Excel-Dokument, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/recovery.html](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/recovery.html)>.

<sup>118</sup> SEITZ/BERNE, Analyse beihilferechtlicher Bestimmungen, 597 ff.

ressourceneffizienten und wettbewerbsfähigen Wirtschaft, in der es 2050 keine Netto-Treibhausgasemissionen mehr gibt, in der die Umwelt sowie die Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger geschützt sind und das Wirtschaftswachstum von der Ressourcennutzung abgekoppelt ist».<sup>119</sup> Bei der Umsetzung dieser Ziele soll dem Beihilferecht eine wichtige Rolle zukommen. Die neuen Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen vom Januar 2022 umfassen grössere Spielräume nicht nur im Hinblick auf Beihilfen für Technologien, die einen Beitrag zum Green Deal leisten können, sondern auch Massnahmen zur Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit. Geschäftsaktivitäten, die auf dem Verbrauch von fossilen Energieträgern beruhen, sollen künftig nicht mehr förderfähig sein.

## 2. Wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft als Verfassungsvorgabe

- 57 Zur Verwirklichung des Binnenmarktes hat die EU ein umfangreiches Regime zur Gewährleistung des Wettbewerbs zwischen den Marktteilnehmern geschaffen. Relevant sind hier einerseits die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben für die privaten Marktteilnehmer, die etwa Preisabsprachen und Monopole adressieren, andererseits das an die Mitgliedstaaten gerichtete Beihilferecht, die Bestimmungen über öffentliche Unternehmen sowie das EU-Vergaberecht. Für die vorliegende Untersuchung relevant sind in erster Linie die beihilferechtlichen Bestimmungen gem. Art. 107 ff. AEUV. Zunächst werden jedoch die allgemeinen Regelungen erläutert.
- 58 Art. 3 Abs. 1 EUV stellt klar, dass die EU darauf abzielt, «den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern.»<sup>120</sup> Um dieses übergeordnete Ziel zu erreichen, errichtet die Union u.a. einen Binnenmarkt (Art. 3 Abs. 3 Uabs. 1 EUV) und eine Wirtschaftsunion (Art. 3 Abs. 4 EUV). Grundsätzlich wirkt die EU gem. Art. 3 Abs. 3 EUV auf eine «in hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft» hin.<sup>121</sup> Dieselbe Bestimmung begrenzt dieses ökonomische Modell durch weitere Zielsetzungen der Union. Danach soll die

---

<sup>119</sup> COM(2019) 640 final.

<sup>120</sup> Zu diesem Thema detailliert auch BAQUERO CRUZ, 1 ff.

<sup>121</sup> Der Begriff der sozialen Marktwirtschaft wurde v.a. in Deutschland durch die ordoliberalen «Freiburger» Schule geprägt. Dort wurde bereits ab 1930 die Vorstellung einer sozialen Form der Marktwirtschaft durch den Juristen Franz Böhm und den Ökonom Walter Eucken propagiert. Der Ordoliberalismus wurde als Alternative zu SMITHS von unsichtbarer Hand geführtem laissez faire-Liberalismus als auch MARX' sozialistischem Planwirtschaftsmodell entwickelt. Damit bildete der Ordoliberalismus die Grundlage für das heutige Verständnis der sozialen Marktwirtschaft, welche nun auch in Art. 3 Abs. 3 EUV verankert ist, NEUMANN, 37; HEINEMANN/KELLERHALS, 17.



in hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft gemeinsam mit der Preisstabilität die Grundlage für eine nachhaltige Entwicklung Europas sein. Weitere Ziele sind Vollbeschäftigung und sozialer Fortschritt sowie ein hohes Mass an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität. Die Marktwirtschaft ist also nicht nur Selbstzweck, sondern dient auch weiteren Zielen der EU.

Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV)<sup>122</sup> in der Fassung des Vertrags von Amsterdam (1999) nannte den «Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb» an zentraler Stelle (Art. 4 Abs. 1 EGV). Seit dem Vertrag von Lissabon (2009) ist diese Zielsetzung nicht mehr an einer vergleichbar prominenten Stelle in den Zielen der Union aufgeführt. Stattdessen findet sich die Verpflichtung zum Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb in Art. 119 Abs. 1 AEUV unter dem Titel VIII «Wirtschafts- und Währungspolitik» des AEUV. Da der Titel VIII sich im Speziellen mit der Wirtschaftspolitik befasst, bleibt die Geltung des Grundsatzes für die Wirtschaftsverfassung erhalten.<sup>123</sup>

Die Systemscheidung zur (sozialen) Marktwirtschaft bedingt die Gewährleistung der notwendigen Funktionsbedingungen. Hierunter sind zu nennen: die Wirtschaftsfreiheit, die Koordination von Angebot und Nachfrage im Wettbewerb sowie der freie Marktein- und -austritt.<sup>124</sup> Die Gewährleistung dieser Bedingungen kann auch in sog. Funktionsgarantien ausgedrückt werden. Hierzu gehören die *wirtschaftsrelevanten Grundrechte*, welche in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)<sup>125</sup> festgeschrieben sind. Im Einzelnen handelt es sich um die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten (Art. 15 GRC), die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GRC), das Eigentumsrecht (Art. 17 GRC), sowie eine Reihe von Solidaritätsgrundrechten im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit (Art. 27-33 GRC). Normadressaten der GRC-Garantien sind die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU sowie die Mitgliedstaaten, soweit sie das Unionsrecht durchführen (Art. 51 Abs. 1 Uabs. 1 GRC).<sup>126</sup> Die GRC ist erst seit dem Vertrag von Lissabon rechtsverbindlich. Vor dieser Zeit wurde der Grundrechtsschutz in der heutigen EU durch die Recht-

<sup>122</sup> Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Amsterdam konsolidierte Fassung), ABl C 340 vom 10. November 1997, 173 (inzwischen revidiert und umbenannt).

<sup>123</sup> Im Ergebnis, obwohl eine gewisse Erschwerung des Verständnisses bemängelt wird: DREXL, 918.

<sup>124</sup> Zum Ganzen: HATJE, 810.

<sup>125</sup> Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 389 (GRC).

<sup>126</sup> Zum Begriff der Durchführung des Unionsrechts: EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013 in der Rechtssache C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 - Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson, Rz. 16.

sprechung des EuGH sowohl auf die mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen als auch auf die EMRK<sup>127</sup> als Teil der allgemeinen Grundsätze der EU gegründet.<sup>128</sup> Heute bilden die GRC, die EMRK und die mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen gemeinsam den primärrechtlich verankerten Grundrechtsschutz in der EU (Art. 6 Abs. 3 EUV).

- 61 Eine weitere Funktionsgarantie der Marktwirtschaft ist der *Wettbewerb als Marktkoordinationsinstrument*. Zur Erfüllung dieser Funktionsbedingungen durch das Gemeinwesen sind die entsprechenden Kompetenzen entscheidend, worauf in der Folge eingegangen wird.

### 3. Rechtsetzungskompetenzen der EU im Beihilfebereich

#### a) Prinzipien der Kompetenzordnung

- 62 Für die EU als internationale Organisation gilt das *Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung* (Art. 4 Abs. 1 EUV, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV, Art. 5 Abs. 2 EUV): Danach darf die EU nur diejenigen Aufgaben übernehmen, die ihr primärrechtlich übertragen wurden.<sup>129</sup> Die EU kann ihre eigene Wirkungsmacht also nicht selbst vergrößern.<sup>130</sup> Deshalb ist die Kompetenzverteilung und -abgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten von besonderer Relevanz. Für die Kompetenzausübung gelten die Prinzipien der Subsidiarität<sup>131</sup> und der Verhältnismässigkeit<sup>132</sup> (Art. 5 Abs. 1 EUV).

---

<sup>127</sup> Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101).

<sup>128</sup> Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 12. November 1969 in der Rechtssache 29/69, ECLI:EU:C:1969:57 - Erich Stauder/Stadt Ulm - Sozialamt; EuGH, Urteil vom 17. Dezember 1970 in der Rechtssache 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 - Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel; EuGH, Urteil vom 11. Januar 1977 in der Rechtssache 4/73, ECLI:EU:C:1974:51 - J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung/Kommission der Europäischen Gemeinschaften; EuGH, Urteil vom 28. Oktober 1975 in der Rechtssache 36/75, ECLI:EU:C:1975:137 - Roland Rutili/Ministre de l'intérieur; EuGH, Urteil vom 13. Dezember 1979 in der Rechtssache 44/79, ECLI:EU:C:1979:290 - Liselotte Hauer/Land Rheinland-Pfalz.

<sup>129</sup> Grundlegend: KRAUSSER, *in toto*.

<sup>130</sup> EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-376/98, ECLI:EU:C:2000:544 - Deutschland/Rat (Tabakwerbung), Rz. 11.

<sup>131</sup> Grundlegend BÖTTGER, *in toto*; BÜRCA, *in toto*; CALLIESS, *in toto*; ISENSEE, *in toto*; PIEPER, *in toto*.

<sup>132</sup> Grundlegend DANWITZ, 393; unter Einbezug der Änderungen durch den Vertrag von Lissabon SCHARF, *in toto*.

## b) Kompetenzgrundlagen mit Relevanz für das Beihilferecht

Im Bereich des Wettbewerbsrechts hat die Union eine ausschliessliche Zuständigkeit für die «Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln» (Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV). Die dazugehörigen Kompetenzgrundlagen sind die Art. 103, 105 Abs. 3, 106 Abs. 3, 108 und 109 AEUV. 63

Für die folgende Untersuchung ist zunächst Art. 106 Abs. 3 AEUV über öffentliche Unternehmen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse relevant. Danach achtet die Kommission auf die Anwendung der Wettbewerbsregeln in Bezug auf öffentliche Unternehmen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Als Massnahmen richtet die Union erforderlichenfalls geeignete Richtlinien und Beschlüsse an die Mitgliedstaaten. Bei der Ausübung ihrer Befugnisse verfügt die Kommission über ein weites Ermessen: Sie kann sowohl entscheiden, ob sie in einem Bereich tätig wird als auch wie sie dies tut (Auswahlermessen).<sup>133</sup> 64

Im Übrigen umschreibt Art. 108 AEUV die Aufsicht über die mitgliedstaatlichen Beihilfen und die möglichen Massnahmen, die die Union treffen kann. Von zentraler Bedeutung ist die starke Rolle der Kommission bei der Überprüfung von Beihilferegulungen (Art. 108 Abs. 1 AEUV, dazu unten [Teil 1, III.8.](#)). Zudem hat der Rat nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 3 Satz 1 AEUV die Möglichkeit, einstimmig die Vereinbarkeit von Massnahmen mit dem Binnenmarkt zu bestimmen. Ein solches Verfahren wird auf Antrag eines Mitgliedstaats ausgelöst (dazu unten [Teil 1, III.7.c.](#)). Die eigentliche Rechtsetzungskompetenz enthält Art. 108 Abs. 4 AEUV: Danach kann die Kommission Verordnungen zu den Arten von staatlichen Beihilfen erlassen, für die der Rat festgelegt hat, dass sie nicht dem Notifikationsverfahren an die Kommission gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV unterliegen. 65

Zudem wird dem Rat in Art. 109 AEUV die Kompetenz eingeräumt, nach Konsultation des Parlaments Durchführungsverordnungen zu den Art. 107 und 108 AEUV zu erlassen. Mit diesen Rechtsakten kann der Rat insbesondere die Bedingungen für die Anwendung des Notifikationsverfahrens und die davon ausgenommenen Arten von Beihilfen festlegen. 66

Im Übrigen kann die Union selbst sog. Finanzhilfen ausgeben, welche i.d.R. an die Stelle von nationalen Beihilfen treten. Dabei handelt es sich grundsätzlich auch um Unterstützungszahlungen. Die wichtigsten Ausgaben sind Finanzhilfen. 67

<sup>133</sup> Streinz-EUV/AEUV-STREINZ, Art. 106 AEUV, N 95.

fen für den Agrarsektor (auf der Basis von Art. 40 Abs. 2 und 3 AEUV), die Kohäsionspolitik (auf der Basis von Art. 174 ff. AEUV) sowie der Bereich Forschung und Entwicklung (Art. 180 ff. AEUV). Die in diversen Fonds eingeplanten Gelder machen fast den gesamten EU-Haushalt aus und werden grundsätzlich gemeinsam mit den Mitgliedstaaten verwaltet.<sup>134</sup> Finanzhilfen der EU sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

#### 4. Beihilfebegriff und Systematik

- 68 Weder das geltende EU-Primärrecht noch dessen Vorgängerbestimmungen enthalten eine Definition des Begriffs «Beihilfe». Stattdessen wird der Beihilfebegriff gewissermassen vorausgesetzt. Noch unter dem EGKS-Vertrag hielt der EuGH in der Entscheidung *Steenkolenmijnen* fest, dass der Beihilfebegriff zumindest weiter gefasst sei als der herkömmliche Subventionsbegriff:

«Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch ist eine Subvention eine Geld- oder Sachleistung, die einem Unternehmen zu dessen Unterstützung gewährt wird und die ausserhalb des Entgelts liegt, welches der Käufer oder Verbraucher für die von dem betroffenen Unternehmen produzierten Güter oder Dienstleistungen entrichtet. In der Beihilfe wird allgemein ein hiermit eng verwandter Vorgang gesehen, der jedoch insofern in stärkerem Masse zweckbetont ist, als Beihilfen speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele angesehen werden, die in der Regel nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden könnten.»<sup>135</sup>

- 69 In der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe von 2016 erläutert die Kommission Schlüsselkonzepte, welche eine einfachere, transparentere und kohärentere Anwendung des Begriffs ermöglichen sollen.<sup>136</sup> Der Grundtatbestand der Beihilfe nach Artikel 107 Abs. 1 AEUV erfasst demnach jede staatliche oder aus mitgliedstaatlichen Mitteln gewährte Begünstigung von bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen, die zu einer (drohenden) Wettbewerbsverfälschung führt, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt. Werden gewisse weitere Tatbestandselemente erfüllt, erklärt Art. 107 Abs. 1 AEUV die Beihilfen als nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar. In der Praxis wird hieraus ein Verbot von Beihilfen abgelesen.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> Europäische Kommission, Informationsseite der Vertretung in Deutschland, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/germany/business-funding\\_de](https://ec.europa.eu/germany/business-funding_de)>.

<sup>135</sup> EuGH, 30/59, Rz. 42.

<sup>136</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 1.

<sup>137</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 415.

Das Vorliegen einer Beihilfe und die Erfüllung der Tatbestandselemente führen allerdings zunächst dazu, dass die geplanten Massnahmen der Kommission zu melden sind. Sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, werden infrage stehende Beihilfen genehmigt und dürfen gewährt werden. Hierfür stehen diverse Ausnahmebestimmungen zur Verfügung.

70

In der Praxis noch relevanter sind aber die Fälle der Freistellung. In diesen Fällen geht die Kommission davon aus, dass ausnahmsweise keine Meldung vorzunehmen ist. Konkret ist also zunächst zu prüfen, ob der Grundtatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt ist. In der Folge bestünde eigentlich eine Meldepflicht. Sofern die infrage stehende Beihilfe aber einen Freistellungstatbestand erfüllt, ist sie von der Meldepflicht ausgenommen. Besteht kein Freistellungstatbestand, ist die Beihilfe zu melden und zu prüfen, ob sie aufgrund einer Ausnahme genehmigt und damit durchgeführt werden darf.

71



Abbildung 1: Prüfungsschema Beihilfen im EU-Recht

Das sich aus diesen Elementen ergebende Prüfungsschema wurde durch Sekundärrechtsakte, die Rechtsprechung von EuGH und EuG sowie die durch Verwaltungspraxis der Kommission konkretisiert. Nachfolgend werden zunächst die Tatbestandselemente im Einzelnen abgehandelt.

72

a) Grundtatbestand des Art. 107 AEUV

- 73 Der Grundtatbestand der Beihilfe nach Artikel 107 Abs. 1 AEUV erfasst jede staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Begünstigung von bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen, die zu einer (drohenden) Wettbewerbsverfälschung führt, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt.<sup>138</sup>

aa) *Begünstigung*

aaa) *Allgemeines*

- 74 Die Begünstigung ist das zentrale Element des Beihilfetatbestands nach Art. 107 Abs. 1 AEUV. Dieses Tatbestandsmerkmal umfasst sowohl positive Leistungen als auch Massnahmen jeglicher Form, welche dazu beitragen, Belastungen für den Empfänger zu vermindern, die dieser ohne die Begünstigung tragen müsste. Eine Leistung stellt dabei jeder geldwerte und damit wirtschaftliche Vorteil für den Empfänger dar.<sup>139</sup> Der Begriff ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen.<sup>140</sup> Ein wirtschaftlicher Vorteil stellt sich nur ein, wenn der staatlichen Zuwendung keine angemessene, d.h. marktmässige Gegenleistung gegenübersteht.<sup>141</sup> Die angemessene und marktübliche Gegenleistung steht allerdings nicht in Abhängigkeit zur Leistung; ein synallagmatisches Verhältnis wird nicht verlangt. Ausschlaggebend ist vielmehr eine «wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vor dem Hintergrund normaler Marktbedingungen»<sup>142</sup>. Daher liegt ebenfalls keine angemessene Gegenleistung vor, wenn das begünstigte Unternehmen zwar eine Gegenleistung erbringt, diese jedoch nicht dem Wert der staatlichen Leistung entspricht.<sup>143</sup> Von Belang für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils sind weder der Grund noch das Ziel des staatlichen Eingreifens, sondern lediglich die Auswir-

---

<sup>138</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 1.

<sup>139</sup> EuGH, Urteil vom 23. März 2006 in der Rechtssache C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197 - Eni-rosore SpA/Sotacarbo SpA, Rz. 42.

<sup>140</sup> VOGEL, 34.

<sup>141</sup> BUNDI, System, 153.

<sup>142</sup> WEISS, 23.

<sup>143</sup> EuGH, Urteil vom 28. Januar 1999 in der Rechtssache T-14/96, ECLI:EU:C:1999:12 - BAI/Kommission, Rz. 71.

kung der Massnahme auf das Unternehmen. Greift der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen ein und verbessert sich dadurch die finanzielle Lage eines Unternehmens, liegt bereits ein Vorteil vor.<sup>144</sup>

*bbb) Altmark-Trans-Rechtsprechung*

Wie der EuGH anhand des *Altmark-Trans-Urteils*<sup>145</sup> gezeigt hat, erfährt der grundsätzlich weit auszulegende Begünstigungsbegriff aber auch Einschränkungen. Staatliche Massnahmen fallen nämlich dann nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV, wenn der Vorteil eines Unternehmens lediglich einen Ausgleich für Kosten der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben des Staates schaffen soll. Der der *Altmark-Trans-Rechtsprechung* zugrundeliegende Sachverhalt gestaltete sich folgendermassen:

Das Ausgangsverfahren betraf die Erteilung von Genehmigungen von Busliniendiensten. Das private Verkehrsunternehmen Altmark Trans GmbH erhielt für die Zeit vom 25. September 1990 bis 19. September 1994 Genehmigungen und Zuschüsse für den Linienverkehr mit Omnibussen im Landkreis Stendal, Deutschland. Das Regierungspräsidium Magdeburg erteilte der Altmark Trans GmbH am 27. Oktober 1994 eine neue Liniengenehmigung bis zum 31. Oktober 1996. Gleichzeitig lehnte es den Antrag auf Erteilung der Genehmigung zur Bedienung dieser Linie durch die kommunale Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH ab. Das Regierungspräsidium begründete diesen Entscheid damit, dass die Altmark Trans GmbH die Zulassungsvoraussetzungen erfülle und sie zugleich als Altunternehmerin den gesetzlich vorgesehenen Besitzstandsschutz geniesse. Im konkreten Fall stellte die ordnungsgemässe Verkehrsbedienung durch die Altmark Trans GmbH aus Sicht des Regierungspräsidiums Magdeburg ein besseres Verkehrsangebot dar und benötigte mit DM 0.58 pro Fahrplankilometer die geringste Finanzierung durch die öffentliche Hand, während die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH kein besseres Angebot unterbreiten konnte.

<sup>144</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 67.

<sup>145</sup> EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 - Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH.

- 77 Die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH klagte gegen diesen Entscheid. Sie argumentierte, dass ohne die öffentlichen Zuschüsse des Landkreises Stendal die begünstigte Altmark Trans GmbH nicht hätte überleben können und deswegen nicht leistungsfähig sei.
- 78 Zwar hielt das deutsche BVerwG als letzte Instanz fest, dass die Subventionierung eines Unternehmens des öffentlichen Personenverkehrs nicht geeignet sei, diesem die sog. Eigenwirtschaftlichkeit i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 2 Personenbeförderungsgesetz abzusprechen, weil dies der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten und bis anhin praktizierten Auslegung des Begriffs der Eigenwirtschaftlichkeit entspräche.<sup>146</sup> Die Eigenwirtschaftlichkeit wird i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 2 Personenbeförderungsgesetz von Verkehrsleistungen erfüllt, die sich selber finanzieren können.<sup>147</sup> Hingegen bezweifelte das BVerwG die Vereinbarkeit dieser Auslegung des genannten Artikels mit dem damals geltenden Gemeinschaftsrecht. Deswegen legte es diese Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.<sup>148</sup>
- 79 Der erste Teil der vorgelegten Frage ging dahin, ob Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personenverkehr überhaupt Art. 107 Abs. 1 AEUV (ex-Art. 87 Abs. 1 EGV) unterliegen oder ob ihnen wegen des örtlichen oder regionalen Charakters der erbrachten Verkehrsdienste und ggf. wegen der Bedeutung des betreffenden Tätigkeitsgebiets die Eignung fehlte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.
- 80 Der zweite Teil der Frage ging dahin, ob Art. 93 AEUV<sup>149</sup> (ex-Art.73 EGV) auf öffentliche Zuschüsse angewendet werden kann, mit denen die Mehrkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ohne Rücksicht auf die Verordnung (EWG) 1191/69 ausgeglichen werden. Diese Verordnung regelt die gemeinsame Verkehrspolitik und hat zum Ziel, die Unterschiede, die sich da-

---

<sup>146</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 40.

<sup>147</sup> Konkret sind Verkehrsleistungen gemeint, deren Aufwand gedeckt wird durch Beförderungserlöse, Ausgleichsleistungen auf der Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 2 und 3 der Verordnung (EG) 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) 1191/69 und (EWG) 1107/70 des Rates, ABl L 315 vom 3. Dezember 2007, 1 ff. und sonstige Unternehmenserträge im handelsrechtlichen Sinne, soweit diese keine Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung (EG) 1370/2007 darstellen und keine ausschließlichen Rechte gewährt werden.

<sup>148</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 30.

<sup>149</sup> «Mit den Verträgen vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen».



durch ergeben, dass die Mitgliedstaaten den Verkehrsunternehmen mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Verpflichtungen auferlegt haben, zu beseitigen. Diese Unterschiede führen nämlich zu erheblichen Verfälschungen der Wettbewerbsbedingungen.

Der EuGH stellte im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung zur ersten Frage fest, dass öffentliche Zuschüsse mit rein örtlichem oder regionalem Charakter den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Die öffentlichen Zuschüsse seien aber nicht notwendigerweise als Beihilfe anzusehen, denn ein Zuschuss sei eben nicht als Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu werten, soweit er lediglich als Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ausgezahlt werde. Vielmehr sei entscheidend, ob das bezuschusste Unternehmen einen finanziellen Vorteil erhalte oder nicht. Der EuGH hielt schliesslich fest, dass bei kumulativer Erfüllung der folgenden vier Voraussetzungen keine Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vorliege:<sup>150</sup>

81

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung einer klar definierten Gemeinwohlaufgabe betraut worden sein;
- die Parameter für die Berechnung des Ausgleichs wurden zuvor objektiv und transparent aufgestellt;
- der Ausgleich darf die Kosten der Aufgabenerfüllung nicht übersteigen (Nettomehrkosten), d.h., der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken;
- das Unternehmen wurde im Wege eines öffentlichen Vergabeverfahrens betraut oder die Ausgleichshöhe in einer Vergleichsmarktanalyse ermittelt.

Nur bei Einhaltung dieser Voraussetzungen sei gewährleistet, dass dem betreffenden Unternehmen kein Vorteil gewährt wird, der dadurch, dass er die Wettbewerbsstellung dieses Unternehmens stärkt, den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht. Ist hingegen eine dieser (kumulativen) Voraussetzungen nicht erfüllt, liegt in der Folge keine Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

82

---

<sup>150</sup> BUTLER/BÄRENBRINKER, 12 f.; EuGH, C-280/00, Rz. 95.

- 83 Im Hinblick auf den zweiten Teil der Frage kam der EuGH zum Schluss, dass nicht nur eine vollumfängliche Ausnahme vom Anwendungsbereich der Verordnung 1191/69, sondern auch eine Teilausnahme zulässig sei, wie sie etwa für eigenwirtschaftliche Verkehre in § 8 Abs. 4 des deutschen Personenbeförderungsgesetzes konkludent vorgesehen ist. Er konstatierte, dass damit die Verordnung keine Anwendung finde, wenn bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt und öffentliche Zuschüsse gewährt werden.<sup>151</sup>
- 84 Dieses Urteil ist als Meilenstein der europäischen Rechtsprechung zu werten, weil es das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und öffentlichem Personennahverkehr beleuchtet und dessen Grundsätze auf andere Bereiche der Daseinsvorsorge übertragbar ist. Als klassische Bereiche der Daseinsvorsorge gelten dabei Aufgaben wie die Versorgung mit Strom, Wasser und Betrieb des öffentlichen Personenverkehrs. Der EuGH verknüpfte in diesem Urteil die beihilferechtliche Grundsatzfrage gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mit den Besonderheiten des konkreten Falls und hat dadurch in Widerspruch zur vorherigen Kommissionspraxis verdeutlicht, dass eine Beihilfe ungeachtet ihres regionalen oder lokalen Charakters eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung darstellen könne. Dies hat damit gleichzeitig die Diskussion im Bereich der Daseinsvorsorge zu einem vorläufigen Abschluss gebracht und den Begriff der Begünstigung durch die Ausarbeitung oder Identifikation der vier Voraussetzungen konkretisiert.<sup>152</sup>

ccc) *Effet-utile-Prinzip*

- 85 Für die Gewährung der Beihilfe ist nach dem sog. Wirkungskriterium und ganz im Sinne des *effet-utile*-Prinzips weder die Motivation noch die rechtliche Form der staatlichen Massnahme relevant, sondern ausschliesslich deren begünstigende Wirkung. Der in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerte *effet-utile*-Grundsatz besagt, dass die Verwirklichung des Unionsrechts praktisch nicht unmöglich werden darf. Eine Norm ist demnach so auszulegen und anzuwenden, dass das Vertragsziel am besten und einfachsten erreicht werden kann.<sup>153</sup> Deswegen können beispielsweise auch Steuererleichterungen, die Gewährung von

---

<sup>151</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 57.

<sup>152</sup> NETTESHEIM, 256.

<sup>153</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-253/00, ECLI:EU:C:2002:497 - Muñoz und Superior Fruticola/Frumar und Redbridge Produce Marketing, Rz. 30.

Sondertarifen und die Befreiung von Soziallasten und Abgabebefreiungen<sup>154</sup> unter das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung fallen und allenfalls als Beihilfe qualifiziert werden.<sup>155</sup>

*ddd) Unterscheidung direkte und indirekte Begünstigung*

Da die begünstigende Wirkung nicht direkt beim unmittelbaren Beihilfeempfänger eintreten muss, sondern sich auch indirekt bei einem anderen Unternehmen realisieren kann, wird zwischen der direkten und indirekten bzw. mittelbaren Begünstigung unterschieden. Aufgrund des oben umschriebenen wirkungsorientierten Verständnisses dieses Tatbestandsmerkmals sind mittelbar gewährte Begünstigungen ebenfalls vom EU-Beihilferecht erfasst.<sup>156</sup> In der Lehre wird jedoch zum Teil versucht, die «uferlose Ausweitung»<sup>157</sup>, welche sich aufgrund der Berücksichtigung der indirekten bzw. mittelbaren Begünstigung teilweise ergeben hat, zu begrenzen. In diesem Sinne will ein Teil der Lehre nur solche mittelbare Begünstigungen als Beihilfetatbestand erfassen, welche von der «öffentlichen Hand aus wirtschaftspolitischen oder sonstigen Erwägungen absichtlich herbeigeführt werden und nicht nur als Nebenerscheinung auftreten»<sup>158</sup>. Zudem sollen nur nachweisbare und quantifizierbare Begünstigungen, die an Unternehmen weitergereicht wurden, erfasst werden. Jedoch ist das Erfordernis einer bestimmten Höhe im Hinblick auf Art. 107 Abs. 1 AEUV widersprüchlich. Denn der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst grundsätzlich jegliche Begünstigungen, unabhängig von ihrer Höhe.<sup>159</sup> Es besteht folglich Uneinigkeit darüber, wie der Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts sinnvoll begrenzt werden kann. Dieses Thema wird im Rahmen der Freistellungstatbestände beim Element der Spürbarkeit noch eingehender behandelt (vgl. unten [Teil 1, III.5.a](#)).

86

<sup>154</sup> EuGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768 - Italien/Kommission, Rz. 78.

<sup>155</sup> BUNDI, System, 152.

<sup>156</sup> MAYORAZ, N 91.

<sup>157</sup> HEIDENHAIN *et al.*, 30.

<sup>158</sup> MAYORAZ, N 91.

<sup>159</sup> SOLTÉSZ/HELLSTERN, 490.

eee) *Private Investor Test*

- 87 Die Beurteilung, ob ein Dritter durch eine Zuwendung oder Unterlassung i.S.v. Art. 107 AEUV tatsächlich begünstigt wird oder ob es sich lediglich um eine positive Reflexwirkung handelt, erweist sich im Einzelfall regelmässig als schwierig.<sup>160</sup>
- 88 Daher ziehen Kommission und EuGH den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers heran, um das Vorliegen einer Begünstigung und damit einer nicht marktkonformen Massnahme festzustellen.<sup>161</sup> Der sog. *Private Investor Test*, auch als *Market Economy Investor Test* bekannt, analysiert die Wirtschaftlichkeit der geplanten Massnahme, vergleicht sie mit dem aktuellen Zustand sowie der besten Handlungsalternative und dokumentiert die Ergebnisse. Mithilfe dieses Verfahrens kann geprüft werden, ob ein privater Investor von vergleichbarer Grösse wie der öffentliche Mittelgeber unter den gleichen Umständen veranlasst wäre, Kapitalhilfen in einem entsprechenden Umfang zu gewähren. Anders ausgedrückt bedeutet dies, dass ein privater Investor in der objektiv gleichen wirtschaftlichen Lage voraussichtlich die gleiche Handlungsentscheidung treffen würde. Der *Private Investor Test* gilt als erfüllt, wenn sich herausstellt, dass die zu beurteilende Massnahme die optimale Handlungsoption darstellt.<sup>162</sup>

fff) *Private Creditor Test*

- 89 Eine weitere Möglichkeit zur Bestimmung von Leistung und Gegenleistung i.S. der beihilferechtlichen Begünstigung ist der sog. *Private Creditor Test*. Bei Betätigungen des Staates als Gläubiger stellt sich die Frage, ob sich ein privater Gläubiger ähnlich verhalten hätte. Der *Private Creditor Test* gibt Auskunft darüber, wann eine Rückzahlungsmodalität (z.B. Kredit, Darlehen) als Begünstigung i.S. des Beihilferechts zu verstehen ist.<sup>163</sup> Eine Begünstigung liegt immer dann vor, wenn die Bedingungen nicht denjenigen eines privaten Gläubigers entsprechen.

---

<sup>160</sup> EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2011 in der Rechtssache C-47/10 P, ECLI:EU:C:2011:698 - Republik Österreich/Scheucher-Fleisch GmbH u.a., Rz. 53.

<sup>161</sup> KREUZER, 69.

<sup>162</sup> OESCH, Staatliche Subventionen, 255.

<sup>163</sup> MAYORAZ, N 90.

ggg) *Private Vendor Test*

Schliesslich lässt sich mit dem *Private Vendor Test* die Frage ermitteln, ob ein privater Verkäufer zu gleichen Konditionen wie der Staat Grundstücke oder Unternehmensbeteiligungen verkauft hätte. Sofern die wirtschaftlichen Transaktionen unter marktüblichen Bedingungen erfolgt sind, hat sich der Staat wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer verhalten.<sup>164</sup>

90

bb) *Staatlich oder aus staatlichen Mitteln*

Zweck des Staatlichkeitsmerkmals ist es, privatwirtschaftlich bewirkte Begünstigungen vom Beihilfebegriff auszunehmen.<sup>165</sup> Gegenüber Privaten gelten die Wettbewerbsvorschriften gem. Art. 101 ff. AEUV, welche nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind.<sup>166</sup> Nach dem Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV hat das Kriterium der Staatlichkeit zwei Aspekte: einerseits nennt die Bestimmung «staatliche», d.h. direkt durch die Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen, andererseits «aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art», d.h. aus staatlichen Mitteln finanzierte Beihilfen, die allerdings nicht unmittelbar durch die Mitgliedstaaten gezahlt werden. Dem zweiten Aspekt kommt die Funktion eines Auffangtatbestandes zu, da die Mitgliedstaaten ansonsten durch die Zwischenschaltung einer öffentlichen oder privaten Einrichtung das EU-Beihilfeverbot umgehen könnten.<sup>167</sup>

91

Nach der Rechtsprechung des EuGH wird der Staatlichkeitsbegriff als unmittelbare bzw. mittelbare Gewährung aus staatlichen Mitteln unter Zurechenbarkeit zum Staat verstanden.<sup>168</sup> Dabei ist die Zurechenbarkeit nur in Fällen der mittelbaren Begünstigung detailliert zu prüfen.<sup>169</sup>

92

---

<sup>164</sup> VOGEL, 48 ff.

<sup>165</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 49.

<sup>166</sup> Dazu aber: Nomos EU-Wettbewerbsrecht-SCHRÖTER *et al.*, in toto.

<sup>167</sup> EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294 - Französische Republik gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Stardust Marine), Rz. 23.

<sup>168</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 64.

<sup>169</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 151; offenbar a. A. BUNDI, System, 157; MAYORAZ, N 80.

- 93 Für Deutschland geht man davon aus, dass das Element der Zurechenbarkeit «immer dann [erfüllt ist], wenn eine Behörde [gem. Verwaltungsverfahrenrecht] tätig wird. Darunter fallen alle Stellen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.»<sup>170</sup> Dies ist u.E. auch auf andere Staaten übertragbar.
- 94 Grundsätzlich ist von einem weiten sowie funktionalen Behördenbegriff auszugehen und insbesondere keine Rücksicht auf Bezeichnungen zu nehmen.<sup>171</sup> Nicht alle von öffentlichen Anstalten gewährten Begünstigungen sind *per se* als staatlich zu bezeichnen, da die öffentlichen Anstalten auch autonome Aufgaben, die nicht als Verwaltungsaufgaben zu verstehen sind, wahrnehmen. Zudem sind etwa die evangelische und katholische Kirche in Deutschland nicht gänzlich in die öffentliche Verwaltung eingegliedert, sondern profitieren von einer gewissen in der Verfassung vorgesehenen Regelungsautonomie.<sup>172</sup>
- 95 Der EuGH hat klargestellt, dass nicht jeder aus staatlicher Regulierung herrührende Vorteil als Beihilfe qualifiziert.<sup>173</sup> Stattdessen wird zunächst eine *Belastung des Staatshaushaltes* gefordert.<sup>174</sup> Diese Belastung kann allerdings bereits dann vorliegen, wenn ein Mitgliedstaat bestimmte Gelder zur Verfügung stellt, die dann einem durch denselben Staat bezeichneten Zweck innerhalb der Staatsfinanzen wieder zugeführt werden.<sup>175</sup> Eine Belastung des Staatshaushalts kann auch im Einnahmeverzicht bestehen, was insbesondere für steuerliche Massnahmen relevant ist.<sup>176</sup> Dies gilt selbst dann, wenn der Steuerverzicht in der Gesamtsicht zu einer Mehreinnahme führt, da sich aufgrund des Steuervorteils mehr Unternehmen ansiedeln und die Staatseinnahmen total zuneh-

---

<sup>170</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 65.

<sup>171</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 65 ff.

<sup>172</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 66.

<sup>173</sup> EuGH, Urteil vom 13. März 2001 in der Rechtssache C-379-98, ECLI:EU:C:2001:160 - PreussenElektra AG/Schleswig AG, Rz. 58; EuGH, Urteil vom 7. Mai 1998 in der Rechtssache C-52/97, ECLI:EU:C:1998:209 - Epifanio Viscido (C-52/97), Mauro Scandella u. a. (C-53/97) und Massimiliano Terragnolo u. a. (C-54/97)/Ente Poste Italiane, Rz. 15; EuGH, Urteil vom 17. März 1993 in der Rechtssache C-72/91 und 73/91, ECLI:EU:C:1993:97 - Sloman Neptun Schiffahrts AG/Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, Rz. 19.

<sup>174</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 148; Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 68.

<sup>175</sup> EuGH, Urteil vom 16. Mai 2000 in der Rechtssache C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248 - Französische Republik/Ladbroke Racing Ltd und Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 50.

<sup>176</sup> EuGH, Urteil vom 15. März 1994 in der Rechtssache C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100 - Banco de Crédito Industrial SA, devenue Banco Exterior de España SA/Ayuntamiento de Valencia, Rz. 13.

men.<sup>177</sup> Reine Transferleistungen zwischen Privaten wie z.B. staatlich festgelegte Mindestpreise erfüllen das Element der Staatlichkeit regelmässig nicht.<sup>178</sup> Mittel, die nie «unter staatliche Kontrolle»<sup>179</sup> gelangten, sind keine staatlichen Mittel.

Zudem muss die Beihilfemassnahme dem Staat zurechenbar sein. Dies ist immer dann erfüllt, wenn der Staat die Kontrolle über die ausgebende Stelle tatsächlich ausübt.<sup>180</sup> Wenngleich die tatsächliche Ausübung der Kontrolle schwer nachzuweisen erscheint, würde ein Abstellen auf die blosse Eigentümerschaft den Mitgliedstaaten ein unternehmerisches Tätigwerden praktisch verunmöglichen.<sup>181</sup>

Die Zurechenbarkeit wird weiter unter Zuhilfenahme diverser Indizien, der Umstände des Einzelfalls sowie dem Kontext der Massnahme beurteilt.<sup>182</sup> Zu diesen Einzelindizien gehören gem. EuGH u.a. staatliche Anteile, die Entscheidungsautonomie der gewährenden Stelle, die Existenz staatlicher Richtlinien zur Bestimmung des unternehmerischen Vorgehens, die Eingliederung eines Unternehmens in die öffentliche Verwaltung, die Art der Tätigkeit, die Ausübung unter Wettbewerbsbedingungen, der Rechtsstatus des Unternehmens sowie die Intensität der Aufsicht über die Unternehmensführung.<sup>183</sup> Zudem liefert die Transparenzrichtlinie<sup>184</sup>, welche in Art. 2 lit. b den Begriff des öffentlichen Unternehmens definiert, weitere Indizien für den Begriff der Staatlich-

<sup>177</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 144; EuGH, Urteil vom 22. Juni 2006 in der Rechtssache C-182/03 und C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416 – Belgien und Forum 187 ASBL/Kommission, Rz. 129.

<sup>178</sup> EuGH, C-379-98, Rz. 58; EuGH, Urteil vom 24. Januar 1978 in der Rechtssache 82/77, ECLI:EU:C:1978:10 – Staatsanwaltschaft des Königreichs der Niederlande/Jacobus Philippus van Tiggele, Rz. 25.

<sup>179</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 139.

<sup>180</sup> EuGH, Urteil vom 17.12.2008 in der Rechtssache C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413 – Essent Netwerk Noord BV unterstützt durch Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV/Aluminium Delfzijl BV und im Verfahren zur Rechtswahrung Aluminium Delfzijl BV/Staat der Niederlande und im Verfahren zur Rechtswahrung Essent Netwerk Noord BV/Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV und Saranne BV, Rz. 69 ff.; EuGH, C-482/99, Rz. 52.

<sup>181</sup> Ebenso Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 69.

<sup>182</sup> EuGH, C-482/99, Rz. 55.

<sup>183</sup> Vgl. die Aufzählung bei Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 70 m.w.N.

<sup>184</sup> Richtlinie (EG) 2006/111 der Kommission vom 16. November 2006 über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen sowie über die finanzielle Transparenz innerhalb bestimmter Unternehmen (Transparenzrichtlinie), ABl L 318 vom 17. November 2006, 17.

keit.<sup>185</sup> Darüber hinaus geht der EuGH nicht so weit, jeglichen «durch staatliche Regulierung bedingten Vorteil»<sup>186</sup> unter den Begriff der Beihilfe zu subsumieren.<sup>187</sup>

- 98 Von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst und vorliegend relevant sind ausdrücklich nur durch die EU-Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen. Soweit die Union über die Gelder verfügt und den Mitgliedstaaten kein Spielraum bei der Entscheidung über die Verwendung und Auswahl der Empfänger bleibt, handelt es sich nicht um Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV.<sup>188</sup> Sofern das Element der Staatlichkeit nicht erfüllt ist, entfällt die weitere beihilferechtliche Prüfung einer Massnahme.<sup>189</sup>

cc) *Bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)*

- 99 Der persönliche Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln wird durch den Begriff des Unternehmens eingegrenzt. Der Unternehmensbegriff ist für die Anwendung und Reichweite der Wettbewerbsregeln grundlegend, obschon es an einer Legaldefinition im AEUV fehlt. Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet des Weiteren nur die Begünstigung *bestimmter* Unternehmen oder Produktionszweige. Damit fallen nur Massnahmen unter den Begriff der staatlichen Beihilfe, die selektiv bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen Vorteil gewähren.<sup>190</sup> Das Element der Selektivität grenzt beihilferechtlich relevante Massnahmen von allgemeinen wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen der Mitgliedstaaten ab.<sup>191</sup> Es wird lediglich eine hinreichende Abgrenzbarkeit des geförderten Personenkreises verlangt, um damit die

---

<sup>185</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 86.

<sup>186</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 86.

<sup>187</sup> EuGH, C-379-98, Rz. 58; EuGH, C-52/97, Rz. 15; EuGH, C-72/91 und 73/91, Rz. 19.

<sup>188</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 71.

<sup>189</sup> EuG, Urteil vom 22. Oktober 2008 in der Rechtssache T-309/04, T-317/04, T-329/04 und T-336/04, ECLI:EU:T:2008:457 - TV 2/Danmark A/S und andere/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 155; EuG, Urteil vom 5. April 2006 in der Rechtssache T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104 - Deutsche Bahn AG/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 102; EuGH, C-482/99, Rz. 58 ff.

<sup>190</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 117.

<sup>191</sup> EuGH, Urteil vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332 - Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), Rz. 27.



Unterscheidbarkeit zu allgemeinen Regelungen sicherzustellen.<sup>192</sup> Das Tatbestandsmerkmal der Bestimmtheit hängt mit demjenigen der Begünstigung eng zusammen.<sup>193</sup>

Sowohl in der Verwaltungspraxis der Kommission als auch in der Rechtsprechung des EuGH hat sich ein funktionaler Unternehmensbegriff durchgesetzt. Als Unternehmen gilt «jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung»<sup>194</sup>. Damit lässt sich ein eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübendes Unternehmen von anderen Einrichtungen des sozialen Lebens abgrenzen, welche nicht den Wettbewerbsregeln des AEUV unterliegen. Hierbei ist eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich, solange ein Markt und konkurrierende Teilnehmer für die ausgeübte Tätigkeit bestehen.<sup>195</sup> Damit lässt sich feststellen, dass von einer breiten Begriffsdefinition auszugehen ist. Zu erwähnen ist, dass dieser Begriff im EU-Recht in Zusammenhang mit dem Kartell- und Missbrauchsverbot entwickelt wurde und notwendig für den persönlichen Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln ist.<sup>196</sup>

Art. 107 Abs. 1 AEUV umfasst weiter auch Beihilfen, die gewisse Produktionszweige, wie beispielsweise die Film- oder Uhrenindustrie, begünstigen. Es lässt sich somit feststellen, dass das Kriterium der Selektivität Massnahmen kennzeichnet, die nicht gleichermassen allen Wirtschaftsakteuren zugutekommen, sondern nur bestimmte Unternehmen, Sektoren oder Regionen begünstigen.

#### *dd) Wettbewerbsverfälschung*

Das Beihilfeverbot ist ein wesentlicher Bestandteil des Normensystems, welches den Wettbewerb vor Verfälschungen schützen soll. Deshalb ist hier die Verfälschung des Wettbewerbs als weiteres Tatbestandsmerkmal zu nennen. Dieses Merkmal weist einen engen Bezug zu einer marktwirtschaftlichen Wettbewerbsordnung auf.<sup>197</sup>

<sup>192</sup> FRENZ, Frenz 2007 552.

<sup>193</sup> FRENZ, Frenz 200783

<sup>194</sup> EuGH, Urteil vom 29. September 2011 in der Rechtssache C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620 - Elf Aquitaine SA/Kommission.

<sup>195</sup> KÖKE, 91.

<sup>196</sup> KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 127.

<sup>197</sup> BUNDI, System, 163.

- 103 Wenn eine staatliche Subvention dazu geeignet ist, die Position des Empfängers gegenüber den anderen Wettbewerbsteilnehmern zu stärken, wird ihre Wirkung aufgrund dieser Vorteilsverschaffung als wettbewerbsverfälschend erachtet.<sup>198</sup> Ebenso ist eine auch nur drohende wettbewerbsverfälschende Wirkung einer Beihilfe von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst. Denn auch diese ist grundsätzlich immer unvereinbar mit dem freien Binnenmarkt innerhalb der Union. Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung wird primär auf Ebene der einzelnen Unternehmen festgestellt, während das eng verbundene Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung i.d.R. auf der Ebene der Mitgliedstaaten bestimmt wird (siehe unten [Teil I, III.4.a\)jee](#)).<sup>199</sup>
- 104 Konkret liegt eine Wettbewerbsverfälschung vor, wenn eine staatliche Massnahme geeignet ist, die Wettbewerbsposition der Begünstigten gegenüber Wettbewerbern in einem Markt zu verbessern. Hierbei beschränkt sich die Wettbewerbsverfälschung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV nicht nur auf das tatsächliche Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Begünstigten und den anderen Wirtschaftsteilnehmern, sondern erfasst gleichermaßen ein potentielles Wettbewerbsverhältnis.<sup>200</sup>
- 105 Ferner kommt es bereits dann zu einer Verfälschung des Wettbewerbs, wenn lediglich die Marktbedingungen für die Teilnehmer des Wettbewerbs verändert wurden.<sup>201</sup> Insbesondere ist dies dann der Fall, wenn die Beihilfen bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen unverdienten Kostenvorteil verschaffen, welcher die Position der Begünstigten im Wettbewerb stärkt.
- 106 Dabei wird die Existenz bzw. das Entstehen eines relevanten Marktes vorausgesetzt, in welchem sich die tatsächliche oder potenzielle Besserstellung des Begünstigten realisieren kann. Hinsichtlich der Abgrenzung des relevanten Marktes verfolgt die Kommission in der Beihilfenkontrolle kein einheitliches Konzept. Dem EuGH genügt zur Beurteilung des relevanten Marktes i.d.R. der Nachweis, dass die Beihilfe geeignet ist, dem Beihilfeempfänger in einem bestehenden Wettbewerb einen Vorteil zu verschaffen.<sup>202</sup> Dieses Abgrenzungs-

---

<sup>198</sup> ABl L 305, 27.

<sup>199</sup> SANCHEZ RYDELSKI, 71 f.

<sup>200</sup> VOGEL, 74; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 189.

<sup>201</sup> EuGH, Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, ECLI:EU:C:1980:209 - Philip Morris/Kommission, Rz. 11.

<sup>202</sup> EuGH, Urteil vom 13. Februar 2003 in der Rechtssache C-409/00, ECLI:EU:C:2003:92 - Spanien/Kommission, Rz. 75.

kriterium greift aber nur für typische Konstellationen, bei denen bereits «die Struktur der Wettbewerbs- und Handelsbeziehungen auf potenzielle Folgen schliessen lässt».<sup>203</sup> Die EU-Gerichte sind insoweit bei der Abgrenzung grosszügig. Bei Betriebsbeihilfen beispielsweise geht der EuGH auch *per se* von einer Wettbewerbsverfälschung aus.<sup>204</sup>

Die Wettbewerbsverfälschung muss sich darüber hinaus nicht auf den Binnenmarkt erstrecken. Es genügt bereits eine drohende Wettbewerbsverfälschung zwischen den Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaats.<sup>205</sup> 107

Da auch nur potenziell zur Entstehung kommende Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen sind, muss die Kommission lediglich bei der infrage stehenden Beihilfe den Nachweis der Eignung einer Massnahme zur Wettbewerbsverfälschung erbringen.<sup>206</sup> Die Kommission war früher der Auffassung, dass mit jeder Beihilfegewährung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV auch eine Wettbewerbsverfälschung vorliege. Jedoch trat der EuGH dieser Ansicht entgegen, weil es in Ausnahmefällen an einer Verfälschung mangeln könne. Deswegen sei die Kommission in ihren Beihilfeentscheidungen dazu gehalten, die Umstände, aus denen sich eine Wettbewerbsverfälschung ergibt, darzulegen.<sup>207</sup> 108

Die neuere Rechtsprechung verlangt daher, dass dem Kommissionsbeschluss ein Grund beiliegt, wieso die Kommission es für nicht ausgeschlossen erachtet, dass der Vorgang zu einer Verfälschung des Wettbewerbs und einer Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten führen könnte.<sup>208</sup> 109

Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung wird nach Rechtsprechung des EuGH somit grosszügig ausgelegt und in der Praxis regelmässig bejaht.<sup>209</sup> Der EuGH schloss sogar bereits aus dem Vorliegen einer Beihilfe ohne weiteres auf eine Wettbewerbsverzerrung.<sup>210</sup> 110

<sup>203</sup> EuG, Urteil vom 11. Juli 2002 in der Rechtssache T-152/99, ECLI:EU:T:2002:188 - Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA) u.a./Kommission, Rz. 225.

<sup>204</sup> EuGH, Urteil vom 19. September 2000 in der Rechtssache C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467 - Deutschland/Kommission, Rz. 30.

<sup>205</sup> FRENZ, Frenz 2007677.

<sup>206</sup> EuGH, Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-327/97, ECLI:EU:C:2004:234 - Italienische Republik/Kommission.

<sup>207</sup> EuGH, Urteil vom 13. März 1985 in der Rechtssache C-296/82, ECLI:EU:C:1985:113 - Königreich der Niederlande und Leeuwarder Papierwarenfabrik BV/Kommission, Rz. 24.

<sup>208</sup> EuG, Urteil vom 1. Juli 2009 in der Rechtssache T-81/07 bis T-83/07, ECLI:EU:C:2009:237 - KG Holding u.a./Kommission, Rz. 67.

<sup>209</sup> SANCHEZ Rydelski, 153.

<sup>210</sup> EuGH, Urteil vom 14. September 1994 in der Rechtssache C-278/92, C-279/92, C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325 - Spanien/Kommission.

ee) *Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten*

- 111 Im Gegenzug zur Wettbewerbsverfälschung wird das Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels auf der Ebene der Mitgliedstaaten festgestellt und ebenfalls weit ausgelegt.<sup>211</sup> Eine Beihilfe muss nach der sog. Zwischenstaatlichkeitsklausel grundsätzlich dazu geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.<sup>212</sup> Die Anforderungen dieses Tatbestandsmerkmals gelten allerdings nicht absolut. Bereits eine Beeinflussung des Wirtschaftsverkehrs innerhalb der Union, ob in positiver oder negativer Hinsicht, kann als Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels qualifiziert werden.<sup>213</sup> Eine bereits mittelbare Wirkung auf den Wettbewerb durch die Gewährung von Beihilfen reicht zur Erfüllung dieses Merkmals aus.<sup>214</sup>
- 112 Eine Handelsbeeinträchtigung liegt ferner bereits vor, wenn eine staatliche Massnahme die Stellung eines Unternehmens im unionsinternen Handel stärken kann. Die Beeinträchtigung des Handels muss dabei nur möglich sein und ist nicht tatsächlich erforderlich.<sup>215</sup> Eine grenzüberschreitende Tätigkeit des begünstigten Wirtschaftsteilnehmers selbst wird indes nicht gefordert.<sup>216</sup> Es genügt grundsätzlich, dass einem ausländischen Unternehmen der Markteintritt erschwert wird, wobei dies auch bei geringfügigen Zuwendungen vorliegen kann, welche ausschliesslich zur Förderung örtlicher Dienstleistungen gedacht sind.<sup>217</sup> Die Nachweisbarkeit von Auswirkungen oder die Marktabgrenzung sind nicht erforderlich, stattdessen muss die konkrete Eignung der Massnahme festgestellt werden.<sup>218</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH ist eine Massnahme zur Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten dann geeignet, wenn sich aufgrund objektiver rechtlicher und tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass die Massnahme den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder auch bereits potenziell, beeinflussen

---

<sup>211</sup> SANCHEZ RYDELSKI, 71.

<sup>212</sup> OESCH, Staatliche Subventionen, 255; Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 190.

<sup>213</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 160.

<sup>214</sup> KÖKE, 93.

<sup>215</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 14.

<sup>216</sup> OESCH, Staatliche Subventionen, 255, 263.

<sup>217</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 14.

<sup>218</sup> EuGH, 730/79.

kann.<sup>219</sup> Nach Auffassung der Kommission fehlt es an einer Eignung, wenn es unwahrscheinlich ist, dass der Beihilfeempfänger mehr als nur marginal Kunden aus einem anderen Mitgliedstaat gewinnen würde.<sup>220</sup>

#### b) Beihilfegriffe in der Verfahrensordnung

Für das Verständnis des unionsrechtlichen Beihilfegriffs ist weiterhin die Verfahrensverordnung in Beihilfesachen (VVO)<sup>221</sup> von Belang. Danach wird zunächst zwischen Einzelbeihilfen und Beihilferegelungen unterschieden: *Einzelbeihilfen* sind konkrete, im Einzelfall etwa gegenüber einem bestimmten Unternehmen festgelegte Massnahmen (Art. 1 lit. e VVO). *Beihilferegelungen* dagegen sind generell-abstrakte Sachverhaltsbeschreibungen, die bei Erfüllung für eine Vielzahl von Fällen ohne nähere Durchführungsmassnahmen eine Beihilfe ermöglichen (Art. 1 lit. d VVO).

113

Zudem ist zwischen bestehenden und neuen Beihilfen zu unterscheiden. Gemäss Art. 1 lit. b VVO umfassen *bestehende Beihilfen* sowohl Altbeihilfen (i) als auch bereits ausdrücklich genehmigte Beihilferegelungen (ii). Hinzu kommen solche Beihilfen, bei denen die Genehmigung durch Fristablauf oder Verjährung (ii) fingiert wird. Zuletzt werden auch solche Beihilfen als bestehende Beihilfen erfasst, die zum Zeitpunkt ihrer Einführung keine Beihilfen waren, aufgrund der Entwicklung des Binnenmarktes allerdings zu Beihilfen wurden (iii).

114

- (i) *Altbeihilfen* sind solche, die bereits vor Inkrafttreten des heutigen AEUV eingeführt worden sind und weiterhin gelten. Teilweise bestehen Sonderregeln für gewisse Territorien bzw. Mitgliedstaaten, die vor Inkrafttreten des heutigen AEUV der EU beigetreten sind. Zu nennen sind hier z.B. die deutschen Bundesländer der ehemaligen DDR.
- (ii) *Genehmigte Beihilfen* sind all diejenigen, die von Rat oder Kommission ausdrücklich genehmigt wurden. Dabei wird in den zwei folgenden Anwendungsfällen die Genehmigung von Beihilfen angenommen: Zum einen

<sup>219</sup> EuGH, Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache C-172/80, ECLI:EU:C:1981:178 - Züchner/Bayerische Verinsbank AG, Rz. 18; EuGH, Urteil vom 24. November 1993 in den verb. Rechtssachen C-267/91 und C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 - Keck und Mithouard, Rz. 16 ff.; zum Ganzen BREITENMOSEER/WEYENETH, N 1133 ff.

<sup>220</sup> Bekanntmachung der Kommission, Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl C 101 vom 27. April 2004, 81.

<sup>221</sup> Verordnung (EU) 2015/589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 248 vom 24. September 2015, 9.

bei der *fingierten Genehmigung aufgrund Fristablaufs innerhalb des Vorprüfungsverfahrens*. Gem. Art. 4 Abs. 6 VVO kann ein Mitgliedstaat eine Massnahme durchführen, über welche von der Kommission nicht innert zwei Monaten ein Beschluss über die Eröffnung eines förmlichen Prüfungsverfahrens gefällt wurde. Hierzu muss der Mitgliedstaat die Kommission lediglich über die Durchführung der Massnahme informieren, woraufhin der Kommission nochmals 15 Arbeitstage zum Fällen eines Beschlusses zur Verfügung stehen. Hat die Kommission auch dann keinen Beschluss gefasst, gilt die Beihilfemassnahme als genehmigt (Art. 4 Abs. 6 Satz 2 VVO). Zum anderen bei der *fingierten Genehmigung aufgrund Rückforderungsverjährung* gem. Art. 17 VVO. Grundsätzlich verjährt die Möglichkeit der Rückforderungsanordnung durch die Kommission zehn Jahre nach Beihilfegewährung (Art. 17 Abs. 1 VVO). Hierbei handelt es sich allerdings lediglich um eine relative Verjährungsfrist, welche bei Unterbrechung neu beginnt (Art. 17 Abs. 2 VVO).

(iii) Ausserdem gelten als bestehende Beihilfen *vorbestehende Massnahmen, die erst durch die Entwicklung des Binnenmarktes zu Beihilfen wurden*. Hierbei ist entscheidend, dass die Massnahmen selbst zunächst nicht als Beihilfen qualifizierten und im Anschluss durch den Mitgliedstaat nicht geändert wurden. Bestehende Massnahmen, die folglich erst mit der Erschaffung des Binnenmarktes und der Etablierung des Beihilferechts den Tatbestand der Beihilfe erfüllen, fallen nicht unter diesen Unterfall der bestehenden Beihilfen. Deswegen dürfen bestehende Beihilfen durchgeführt werden. Daher wird in der Literatur auch von einem Beihilfeverbot mit Erlaubnisvorbehalt gesprochen.<sup>222</sup> Allerdings werden bestehende Beihilfen regelmässig von der Kommission überprüft. Die Besonderheiten bei der Überprüfung bestehender Beihilfen werden an anderer Stelle (unten [Teil 1, III.8.d](#)) erläutert.

115 Alle Beihilfen, die nicht unter einen der oben beschriebenen Fälle fallen, sind neue Beihilfen.

## 5. Freistellung

116 Bei Erfüllung des Grundtatbestandes des Art. 107 Abs. 1 AEUV besteht grundsätzlich eine Meldepflicht sowie ein Durchführungsverbot bis zur Genehmigung der betreffenden Beihilfe oder Beihilferegelung durch die Kommission. In manchen Fällen sind die Mitgliedstaaten allerdings von der Meldepflicht freigestellt. Diese Freistellungstatbestände wurden von der Kommission u.a.

---

<sup>222</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 3.

entwickelt, um den Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit im Beihilferecht Rechnung zu tragen.<sup>223</sup> Nachfolgend werden die drei zentralen Freistellungsregime vorgestellt.

a) Spürbarkeit

Die Auswirkungen von Beihilfen auf den zwischenstaatlichen Handel und den Wettbewerb sind nicht immer spürbar. Besonders für Beihilfen von geringem Umfang, die hauptsächlich gegenüber KMU gewährt werden, ist dies der Fall.<sup>224</sup> Daher wurde 1992 die sog. *De-minimis*-Regel 1992 erstmalig eingeführt.<sup>225</sup> Diese Regel steht mit dem Kriterium der Spürbarkeit in engem Zusammenhang. So sind gem. Kap. II Ziff. 8 lit. a und b der *De-minimis*-Bekanntmachung zwischen Unternehmen getroffene Vereinbarungen, die geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen und eine Einschränkung des Wettbewerbs im Binnenmarkt bewirken, nicht spürbar, wenn sie die Marktanteilsschwellen von 10% (bei Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern) bzw. 15% (bei Vereinbarungen zwischen Nichtwettbewerbern) nicht überschreiten. 117

Hintergrund der *De-minimis*-Regel ist auch die Verwaltungsvereinfachung. Ziel der Kommission war es, die beihilferechtliche Prüfung von Beihilfen, deren Auswirkungen auf den Wettbewerb nicht relevant sind, einzugrenzen.<sup>226</sup> In diesem Zuge hat die Kommission durch die Einführung der quantitativen Kriterien, bei deren Vorliegen der Handel zwischen den Mitgliedstaaten i.d.R. eben nicht beeinträchtigt wird, die ausserordentlich grosse Reichweite der Zwischenstaatlichkeitsklausel erstmalig begrenzt. Diese quantitativen Kriterien weisen zwei kumulative Tatbestandselemente auf, nämlich eine Marktanteilsschwelle einerseits und eine absolute Umsatzschwelle andererseits. Die *De-minimis*-Regel findet damit nur Anwendung, wenn ein für die Beihilfen festgesetzter Schwellenwert erreicht wird. Ist dies nicht der Fall, kommt Art. 107 Abs. 1 AEUV gar nicht zum Zug. 118

<sup>223</sup> BUNDI, System, 169.

<sup>224</sup> Mitteilung der Kommission über *De-minimis*-Beihilfen, ABl C 68 vom 6. März 1996, 9.

<sup>225</sup> Mitteilung der Kommission über Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl C 213 vom 19. August 1992, 2.

<sup>226</sup> LÜBBIG/MARTÍN-EHLERS, 246.

- 119 Beihilfen, die innerhalb eines festgelegten Zeitraums pro Unternehmen den festgelegten Höchstbetrag nicht überschreiten, müssen somit auch nicht gemäss Art. 108 Abs. 3 AEUV (vgl. unten [Teil 1, III.8.e\)aa](#)) gemeldet werden.<sup>227</sup>
- 120 Während der Wortlaut von Art. 107 AEUV selbst keine solche quantitativen Grenzwerte im Hinblick auf die Höhe mitgliedstaatlicher Beihilfen enthält, leuchtet der Gedanke gleichwohl ein, dass eine geringfügige staatliche Massnahme kaum geeignet sein kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Aus der Gesamtstruktur des Wettbewerbsrechts ergibt sich zudem, dass ausschliesslich tatsächlich spürbare Massnahmen tatbestandsmässig erfasst werden können, da sonst die Kontrolle wegen der hohen Anzahl der zu prüfenden Fällen in der Praxis ausufern würde. Eine Konzentration auf die wesentlichen Fälle würde damit verhindert und die Wirkung der Beihilfekontrolle geschwächt werden.<sup>228</sup>
- 121 Seit der Einführung der *De-minimis*-Regel erfuhr die ursprüngliche Verordnung verschiedene Entwicklungsetappen, wobei heute (2022) die 2014 erlassene Verordnung (EU) 1407/2013 (*De-minimis*-Verordnung) gilt.<sup>229</sup> Der Anwendungsbereich der Verordnung erstreckt sich dabei auf Beihilfen für Unternehmen aller Wirtschaftsbereiche, sieht jedoch explizite Ausnahmen vor, u.a. im Bereich der Fischerei, der Aquakultur und in der Primärerzeugung von Agrarprodukten.
- 122 Des Weiteren werden gemäss Art. 4 der Verordnung nur sog. transparente Beihilfen erfasst. Das sind solche Beihilfen, die in einer Form gewährt werden, für die der Beihilfewert (sog. Bruttosubventionsäquivalent) im Voraus exakt berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich wird.<sup>230</sup> Beihilfen in Form von Zuschüssen oder Zinszuschüssen und unter gewissen Bedingungen auch Darlehen, gelten ebenfalls als transparent (Art. 4 *De-minimis*-Verordnung).
- 123 Hervorzuheben ist, dass die Vereinbarkeit der *De-minimis*-Verordnung mit dem Primärrecht nicht abschliessend geklärt ist. Die Auslegung von Art. 107 Abs. 1 AEUV obliegt den Unionsgerichten und kann nicht von der Kommission

---

<sup>227</sup> Mitteilung der Kommission über Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl C 213 vom 19. August 1992, 2.

<sup>228</sup> FRENZ, Frenz 2007,707 ff.

<sup>229</sup> Verlängert bis zum 31. Dezember 2023, vgl. Verordnung (EU) 2020/972 der Kommission vom 2. Juli 2020 zur Änderung der Verordnung (EU) 2013/1407 hinsichtlich ihrer Verlängerung und zur Änderung der Verordnung (EU) 2014/651 hinsichtlich ihrer Verlängerung und relevanter Anpassungen.

<sup>230</sup> LÜBBIG/MARTÍN-EHLERS, 246.



abschliessend durch eine Verordnung ausgelegt werden.<sup>231</sup> Der EuGH selbst geht nicht von einem Spürbarkeitserfordernis für die Anwendbarkeit des EU-Beihilferechts aus; er hat die *De-minimis*-Regel allerdings auch noch nicht als mit dem Primärrecht unvereinbar bezeichnet.<sup>232</sup> Eine abschliessende Rechtsprechung zu dieser Frage steht noch aus.

#### b) Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Für Unternehmen, die von staatlicher Seite mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) beauftragt wurden, bestimmen die einschlägigen Beihilfavorschriften, in welchen Fällen Ausgleichszahlungen staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen und unter welchen Voraussetzungen sie gewährt werden dürfen.<sup>233</sup> 124

Die Beihilfavorschriften im DAWI-Bereich folgen der Logik des *Altmark-Trans*-Urteils und sind daher systematisch in vier Rechtsgrundlagen einzuteilen, welche nachfolgend aufgeführt werden. Die Vorschriften sollen garantieren, dass mit DAWI beauftragte Unternehmen die Hilfe erhalten, mit deren Unterstützung sie die Kosten decken können, welche gerade aus der Wahrnehmung der DAWI entstehen. Dazu gehört auch ein angemessener Gewinn, während eine Überkompensation oder Quersubventionierung zugunsten kommerzieller Tätigkeiten verboten sind.<sup>234</sup> 125

Als erstes gibt die DAWI-Mitteilung<sup>235</sup> den grundsätzlichen Anwendungsbereich des EU-Beihilferechts im DAWI-Bereich vor. Der DAWI-Freistellungsbeschluss<sup>236</sup> regelt sodann die Fälle von Ausgleichsleistungen, welche zwar als staatliche Beihilfen einzustufen sind, jedoch von der Notifizierungspflicht ausgenommen sind und daher nicht der Kommission angemeldet werden müssen. 126

<sup>231</sup> EuGH, Urteil vom 21. Juli 2005 in der Rechtssache C-71/04, ECLI:EU:C:2005:493 - Administración del Estado/Xunta de Galicia, Rz. 37.

<sup>232</sup> MAYORAZ, N 116.

<sup>233</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 18.

<sup>234</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 120.

<sup>235</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl C 8 vom 11. Januar 2012, 4.

<sup>236</sup> Beschluss (EU) 2012/21 der Kommission über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl L 7 vom 11. Januar 2012, 3.

Der DAWI-Rahmen<sup>237</sup> erfasst dagegen die restlichen Fälle von Ausgleichsleistungen, die zwar eine staatliche Beihilfe darstellen, aber nicht vom DAWI-Freistellungsbeschluss umfasst werden. Das bedeutet auch, dass diese der Kommission angemeldet und von ihr zu genehmigen sind. Schliesslich regelt die DAWI *De-minimis*-Verordnung<sup>238</sup> die Voraussetzungen, unter denen Zuwendungen für Erbringer der DAWI aufgrund der geringen Höhe (Nichterreichen des Schwellenwertes) nicht als staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind. Daneben ist noch die bereits oben erwähnte Transparenzrichtlinie zu nennen, welche die Mitgliedstaaten verpflichtet, finanzielle Beziehungen untereinander und zwischen öffentlichen oder bestimmten privaten Unternehmen transparent auszugestalten.

- 127 Was unter einer DAWI zu verstehen ist, bestimmen die Mitgliedstaaten. Die Befugnisse der Kommission beschränken sich auf die Kontrolle: Die Kommission überprüft zum einen, ob einem Mitgliedstaat bei der Festlegung einer DAWI ein offenkundiger Fehler unterlaufen ist bzw. ob die Festlegung korrekt ist und zum anderen, ob die staatlichen Ausgleichsleistungen an Unternehmen, die diese DAWI erbringen, eine staatliche Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen und gemäss dem EU-Beihilferecht gewährt werden dürfen.<sup>239</sup> Auch in diesem Zusammenhang lässt sich auf die *Altmark-Trans* Rechtsprechung verweisen, in welcher der EuGH entschied, dass unter bestimmten Voraussetzungen staatliche Leistungen an Unternehmen, welche mit der Erbringung von DAWI vom Staat beauftragt sind, nicht als staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren seien.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl C 8 vom 11. Januar 2012, 15.

<sup>238</sup> Verordnung (EU) 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen (in der geänderten Fassung), ABl L 114 vom 26. April 2012, 8.

<sup>239</sup> EuGH, Urteil vom 29. Juni 2004 in der Rechtssache C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395 - Kommission/Rat u.a.; MAYORAZ, N 131.

<sup>240</sup> MAYORAZ, N 124.

## c) Nach der AGVO freigestellte Beihilfen

Einige Beihilfen sind von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht (vgl. unten [Teil 1, III.8.e\)aa\)](#)) durch die Kommission ausgenommen und in der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)<sup>241</sup> aufgelistet. Mit dieser Verordnung sollen Vorhaben unterstützt werden, die massgeblich zur Schaffung von Arbeitsplätzen und der Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Binnenmarktes beitragen. Daher gelten die darin gelisteten staatlichen Beihilfemassnahmen als mit dem Binnenmarkt vereinbar und sind von der Anmeldungs- und Genehmigungspflicht durch die Kommission befreit.<sup>242</sup> 128

Gemäss Art. 1 Abs. 2 AGVO fallen unter anderem öffentliche Mittel für Fischerei und Aquakultur, Massnahmen, die der Stilllegung nicht wettbewerbsfähiger Steinkohlebergwerke dienen, sowie Förderungen für die Primärerzeugung landwirtschaftlicher Erzeugnisse nicht unter die Verordnung. Die Verordnung lässt auch Vergünstigungen für Unternehmen in Schwierigkeiten und Beihilfen an Unternehmen, welche einer Rückforderungsentscheidung der Kommission nicht nachgekommen sind, ausser Acht. Für diese Bereiche gelten spezielle Gruppenfreistellungsverordnungen.<sup>243</sup> Ausgenommen sind Beihilfen im Fall von Naturkatastrophen. Ebenso werden Beihilfen, welche vom Sitz des Antragsstellers abhängig gemacht werden, sowie Exportbeihilfen und Beihilfen, die Importwaren diskriminieren können, nicht von der Verordnung berücksichtigt. Stattdessen umfasst die AGVO gemäss Art. 1 Abs. 1 AGVO folgende Beihilfegruppen: 129

- Regionalbeihilfen;
- Beihilfen für KMU in Form von Investitionsbeihilfen, Betriebsbeihilfen und Beihilfen zur Erschliessung von KMU-Finanzierungen;
- Umweltschutzbeihilfen;
- Beihilfen für Forschung und Entwicklung und Innovation;
- Ausbildungsbeihilfen;

<sup>241</sup> Verordnung (EU) 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 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 187 vom 26. Juni 2014, 1.

<sup>242</sup> BARTOSCH, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, Erwägungsgründe, N 1.

<sup>243</sup> Vgl. etwa Verordnung (EU) 2014/702 der Kommission vom 25. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Arten von Beihilfen im Agrar- und Forstsektor und in ländlichen Gebieten mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl L 193 vom 1. Juli 2014, 1.

- Einstellungs- und Beschäftigungsbeihilfen für benachteiligte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit Behinderungen;
- Beihilfen zur Bewältigung der Folgen bestimmter Naturkatastrophen;
- Sozialbeihilfen für die Beförderung von Einwohnern entlegener Gebiete;
- Beihilfen für Breitbandinfrastrukturen;
- Beihilfen für Kultur und die Erhaltung des kulturellen Erbes;
- Beihilfen für Sportinfrastrukturen und multifunktionale Freizeitinfrastrukturen;
- Beihilfen für lokale Infrastrukturen.

130 Die AGVO gilt nur für transparente Beihilfen. Darunter fallen Zuschüsse und Zinszuschüsse, Darlehen, Bürgschaften, rückzahlbare Vorschüsse sowie Steuererleichterungen. Die unterschiedlichen Beihilfegruppen sind an verschiedene Anforderungen gebunden.<sup>244</sup>

131 Anzumerken ist, dass fast alle neuen Beihilfemassnahmen unter die neue AGVO fallen und deswegen ohne vorherige Genehmigung durch die Kommission durchgeführt werden können. Dies lässt den Rückschluss zu, dass die meisten Mitgliedstaaten sich darauf eingestellt haben, fast nur noch Beihilfen zu gewähren, die unter die AGVO fallen.<sup>245</sup> Der EuGH hat mit dem Urteil *Eesti Pagar* bestätigt, dass die Tatbestände der AGVO eng auszulegen sind. Seien die Formulierungen in der AGVO unklar oder aus anderen Gründen auslegungsbedürftig, entfalte die AGVO demnach keine freistellende Wirkung. Ein Beurteilungsspielraum steht den beihilfegewährenden Stellen der Mitgliedstaaten nicht zu.<sup>246</sup>

## 6. Primärrechtliche Spezialbestimmungen

132 Wie soeben gezeigt, sind manche Sachverhalte – etwa aufgrund der Beitragshöhe – von der Notifizierungspflicht freigestellt. Zudem ist systematisch zwischen den primärrechtlichen Spezialbestimmungen und den durch Art. 107 AEUV vorgesehenen Ausnahmen zu unterscheiden. Letztere unterteilen sich wiederum in Legal- und Ermessensausnahmen. Nachfolgend werden zunächst die primärrechtlichen Spezialbestimmungen behandelt.

---

<sup>244</sup> BARTOSCH, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, Erwägungsgründe, N 1 ff.

<sup>245</sup> Europäische Union, Beihilfeanzeiger, abrufbar unter: <[https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-663\\_de.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-663_de.htm)>.

<sup>246</sup> EuGH, Urteil vom 5. März 2019 in der Rechtssache C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172 - *Eesti Pagar AS/Ettevõtlike Arendamise Sihtasutus, Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium*.

Aus dem Eingangstext von Art. 107 Abs. 1 AEUV erschliesst sich, dass es innerhalb der Verträge besondere Bestimmungen zu Beihilfen geben kann («soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist»). Konkret enthält der AEUV drei besondere Regelungen, die nachfolgend umrissen werden. Sie betreffen die Agrarwirtschaft (Art. 42 und 43 AEUV), den Verkehr (Art. 93, 96 und 98 AEUV) und bestimmte Rüstungsgüter (Art. 346 AEUV). 133

#### a) Agrarpolitik

Obwohl die Regeln über den Binnenmarkt prinzipiell auch für die Agrarpolitik gelten (Art. 38 Abs. 2 AEUV), nimmt Art. 42 AEUV die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen grundsätzlich vom gesamten Kapitel zu den Wettbewerbsregeln aus. Die unter die Vorschriften über die gemeinsame Agrarpolitik fallenden Erzeugnisse werden in Anhang I zum AEUV aufgezählt (Art. 38 Abs. 3 AEUV). Das Europäische Parlament und der Rat können allerdings im Verfahren gem. Art. 43 AEUV bestimmen, dass die Regelungen über den gemeinsamen Binnenmarkt unter Berücksichtigung des Ziels der gemeinsamen Agrarpolitik gem. Art. 39 AEUV Anwendung finden. Mittels dieser Ausnahme von der Ausnahme, wurde die Agrarpolitik weitgehend dem Wettbewerbsrecht unterstellt.<sup>247</sup> 134

Der EuGH hatte im Fall *Maizena* Gelegenheit, sich mit der inhaltlich gleichen Vorgängerbestimmung des Art. 42 AEUV auseinanderzusetzen und den Ermessensrahmen des Rates betreffend die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln zu beurteilen. Im zugrundeliegenden Fall klagte die Maizena GmbH, ein deutsches Unternehmen der maisverarbeitenden Industrie, gegen den Rat, da dieser eine mit derjenigen für Zucker vergleichbare Quotenregelung für die Produktion von Maissirup (Isoglukose) geschaffen hatte. Die Maizena GmbH war im Anhang der betreffenden Verordnung explizit genannt und von der Quote, die für sie eine obere Grenze der Isoglukoseproduktion festlegte und bei Missachtung finanzielle Sanktionen vorsah, individuell und unmittelbar betroffen.<sup>248</sup> Gerügt wurde im konkreten Fall die Verletzung der Grundlagen des Wettbewerbsrechts, des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit und des 135

<sup>247</sup> Vgl. insb. Verordnung (EU) 2013/1305 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über die Förderung der ländlichen Entwicklung durch den Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums (ELER) und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 2005/1698, ABl L 347 vom 20. Dezember 2013, 487.

<sup>248</sup> EuGH, Urteil vom 29. Oktober 1980 in der Rechtssache 139/79, ECLI:EU:C:1980:250 - Maizena GmbH/Rat, Rz. 16.

Gleichbehandlungsgebots. Zudem machte die Maizena GmbH die Verletzung wesentlicher Formvorschriften geltend, da das Europäische Parlament vorab nicht angehört worden war.

- 136 Der EuGH schloss aus der Ausnahme der Agrarpolitik von den Wettbewerbsbestimmungen mit Unterstellungsvorbehalt auf einen Vorrang der Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik gegenüber den Wettbewerbsregeln. Der Gerichtshof ging in der Entscheidung *Maizena* von einem weiten Ermessen des Rates bei der Entscheidung zur Anwendung von Wettbewerbsregeln und bei der Durchführung der Agrarpolitik insgesamt aus.<sup>249</sup> Demnach würde das Interesse des freien Wettbewerbs hinter die Entscheidung des Rates zur Beschränkung der Isoglukoseproduktion zurücktreten.<sup>250</sup> Das weite Ermessen des Rates wurde auch zur Beantwortung der Frage der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung bemüht.<sup>251</sup> Da die Formvorschriften angesichts der fehlenden vom damaligen Art. 43 EWG-Vertrag geforderten Stellungnahme des Parlaments tatsächlich verletzt waren, wurde die betreffende Verordnung dennoch für ungültig erklärt.<sup>252</sup> Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon richtet sich das Verfahren nach Art. 43 Abs. 2 AEUV und erfolgt im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, d.h. im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 294 AEUV.
- 137 Vor dem Hintergrund dieser Hierarchisierung der Agrar- und der Wettbewerbspolitik sowie des vom EuGH zum Zeitpunkt des Urteils angenommenen weiten Ermessensspielraums ergäbe sich eine Sonderstellung der Agrarwirtschaft im Vergleich zu anderen Wirtschaftssektoren. Allerdings interpretiert der EuGH die Ziele der Gemeinsamen Agrarpolitik inzwischen so, dass die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für landwirtschaftliche Erzeugnisse selbst zu den Zielen der Gemeinsamen Agrarpolitik gehöre.<sup>253</sup> Der Rat hat die Agrarpolitik ausserdem bereits durch die Verord-

---

<sup>249</sup> EuGH, 139/79, Rz. 23; Nomos EU-Kommentar-BITTNER, Art. 42 AEUV, N 1.

<sup>250</sup> EuGH, 139/79, Rz. 24.

<sup>251</sup> EuGH, 139/79, Rz. 26 ff.

<sup>252</sup> EuGH, 139/79, Rz. 38.

<sup>253</sup> EuGH, Urteil vom 14. November 2017 in der Rechtssache C-671/15, ECLI:EU:C:2017:860 - *Président de l'Autorité de la concurrence/APVE u.a.*, Rz. 48.

nungen 1184/2006<sup>254</sup> und 1308/2013<sup>255</sup> in weiten Teilen gem. Art. 42 AEUV den Wettbewerbsregeln unterworfen.<sup>256</sup>

Wie eingangs beschrieben gelten die besonderen Vorschriften für landwirtschaftliche Erzeugnisse nur für die in Anhang I zum AEUV genannten Erzeugnisse. Folglich gelten für Erzeugnisse, die dort nicht aufgeführt sind (z.B. Matete), die allgemeinen Wettbewerbsregeln nach Art. 107 ff. AEUV.<sup>257</sup> 138

b) Koordinierung des Verkehrs und Abgeltung bestimmter Leistungen

Im Titel VI «Verkehr» schafft Art. 93 AEUV zwei zusätzliche Ausnahmen zu Art. 107 ff. AEUV für Koordinierungs- und Abgeltungsbeihilfen zur Realisierung verkehrspolitischer Ziele.<sup>258</sup> 139

aa) *Koordinierungsbeihilfen*

Dabei stellen *Koordinierungsbeihilfen* ordnungspolitische Massnahmen dar, mit denen das Gemeinwesen in den Verkehrssektor eingreift. Die Lenkung zielt auf eine sinnvolle Aufgabenteilung zwischen den Verkehrsträgern ab und soll der Effizienzsteigerung des Verkehrssystems als Ganzem dienen.<sup>259</sup> Mitgliedstaatliche Koordinierungsbeihilfen können sich direkt auf den unmittelbar anwendbaren Art. 93 AEUV stützen, müssen sich aber «materiell in das primärrechtlich aufgestellte Gesamtsystem einfügen.»<sup>260</sup> Konkret bestimmt Art. 93 AEUV, dass Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen 140

<sup>254</sup> Verordnung (EG) 1184/2006 des Rates vom 24. Juli 2006 zur Anwendung bestimmter Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Erzeugnissen (kodifizierte Fassung), ABl. L 214 vom 4. August 2006, 7.

<sup>255</sup> Verordnung (EG) 1184/2006; Verordnung (EU) 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Dezember 2013 über eine gemeinsame Marktorganisation für landwirtschaftliche Erzeugnisse und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) 922/72, (EWG) 234/79, (EG) 1037/2001 und (EG) 1234/2007 ABl. L 347 vom 20. Dezember 2013, 671.

<sup>256</sup> Nomos EU-Kommentar-BITTNER, Art. 42 AEUV, N 2.

<sup>257</sup> Dies gilt laut EuGH selbst dann, wenn die Erzeugnisse Hilfsstoffe für Erzeugnisse gem. Anhang I des AEUV sind, was er im Rahmen von Vorabentscheidungen betreffend Düngemittel und Pflanzenschutzmittel sowie in einer Nichtigkeitsklage betreffend Lab geäußert hat. Betreffend die Beihilferegeln betreffend die Agrarpolitik wird auf die diesbezüglich spezifische Literatur verwiesen, EuGH, Urteil vom 15. Dezember 1994 in der Rechtssache C-250/92, ECLI:EU:C:1994:413 - Göttrup-Klim u.a. Grovwareforeninger/Dansk Landbrugs Grovvarereselskab, Rz. 21 ff.; Martinez, *in toto*; JÄGER, *in toto*; COCKBORNE, *in toto*.

<sup>258</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 1.

<sup>259</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 3.

<sup>260</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 6.

Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen, mit den Verträgen vereinbar sind. Basierend auf einem Vergleich zu insbesondere der englischen Sprachversion («*a public service*» [eigene Hervorhebung]) muss hier eher eine öffentliche Dienstleistung statt der öffentliche Dienst im Sinne der Tätigkeit von Beamten und öffentlich-rechtlich Beschäftigten gemeint sein.

- 141 Die betroffenen Verkehrsarten sind gem. Art. 100 Abs. 1 AEUV zunächst der Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehr. Allerdings besteht die Möglichkeit, dass auch andere Verkehrsarten, wie z.B. die Luftfahrt, von den Beihilfebestimmungen nach Art. 93 AEUV profitieren, welcher auf das Verkehrssystem als Ganzes abzielt, worunter z.B. auch der kombinierte Verkehr zwischen Bahn- und Luftfahrt fällt.<sup>261</sup>
- 142 Obwohl die Union im Interesse der Koordinierung des Verkehrs bereits umfangreich rechtsetzend tätig geworden ist, verbleibt aufgrund von Art. 93 AEUV ein gewisser Gestaltungsspielraum bei den Mitgliedstaaten.

*bb) Abgeltungsbeihilfen*

- 143 Beihilfen zur *Abgeltung* «bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen» werden von Art. 93 AEUV ebenfalls als mit den Verträgen vereinbar erklärt. Eine Abgeltung ist eine Leistung zum Ausgleich für Aufwendungen, die zur Erreichung bestimmter auferlegter – d.h. nicht durch die Wirtschaftsteilnehmer selbst gewählter – Ziele getätigt werden müssen.<sup>262</sup>
- 144 Als praktischer Anwendungsfall für Abgeltungsbeihilfen kommt hier v.a. der öffentliche Nahverkehr in Betracht, «da dort eine ausschliesslich marktmässige Leistungserbringung regelmässig den verkehrspolitischen Erfordernissen nicht entspricht.»<sup>263</sup> Allerdings hat der EuGH in seiner *Altmark-Trans*-Entscheidung Kriterien entwickelt, nach denen Beihilfen im Nahverkehr gar nicht unter Art. 107 ff. AEUV fallen und folglich auch nicht unter der Ausnahmebestimmung des Art. 93 AEUV zu berücksichtigen sind. Diese Entscheidung und die vier vom EuGH entwickelten Kriterien, um angemessene Abgeltungen von Beihilfen abzugrenzen, wurden bereits (unter [Teil 1, III.4.a\)aa\)bbb\)](#) dargelegt.

---

<sup>261</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 3.

<sup>262</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 7.

<sup>263</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 7.



Art. 93 AEUV ist allerdings nicht die einzige besondere Vorschrift im Bereich des Verkehrs, weshalb nachfolgend die weiteren Sondervorschriften knapp umrissen werden. 145

c) Besonderes Verbot von Unterstützungsmassnahmen

Art. 96 AEUV ist systematisch eine Ausnahme von der Ausnahme des Art. 93 AEUV und enthält im Bereich der Beförderungstarife und -bedingungen ein Verbot für solche Massnahmen, die «in irgendeiner Weise der Unterstützung oder dem Schutz eines oder mehrerer bestimmter Unternehmen oder Industrien dienen». <sup>264</sup> Ausgenommen von diesem Verbot sind die Wettbewerbstarife (Art. 96 Abs. 3 AEUV). Wettbewerbstarife sind solche, die «frei am Markt aufgrund unternehmerischer Entscheidung» <sup>265</sup> gebildet wurden. Hierbei handelt es sich also ohnehin nicht um Beihilfen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Wie nach Art. 107 AEUV besteht auch für Unterstützungstarife gem. Art. 96 AEUV die Möglichkeit, dass die Kommission solche Massnahmen genehmigt (Art. 96 Abs. 1 AEUV). 146

Sofern die Kommission eine in den Regelungsbereich von Art. 96 AEUV fallende Massnahme entweder *proprio motu* oder auf Antrag eines Mitgliedstaats prüft, hat sie eine Reihe von Aspekten zu berücksichtigen. Hierzu zählen nach Art. 96 Abs. 2 AEUV u.a. die Erfordernisse einer angemessenen Standortpolitik, die Bedürfnisse der unterentwickelten Gebiete und die Probleme der durch politische Umstände schwer betroffenen Gebiete. Zudem beachtet die Kommission die Auswirkungen der Frachten und Beförderungsbedingungen auf den Wettbewerb zwischen den Verkehrsarten. Im Unterschied zu den detaillierteren Verfahrensbestimmungen zu Art. 107 ff. AEUV fordert Art. 96 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV nur eine vor Erlass der erforderlichen Beschlüsse durchzuführende «Beratung mit jedem in Betracht kommenden Mitgliedstaat». 147

d) Teilungsbedingte Ausnahmen für bestimmte deutsche Gebiete

Innerhalb des Bereichs des Verkehrs schafft Art. 98 AEUV eine besondere Ausnahme für Massnahmen, die auf den Ausgleich wirtschaftlicher Nachteile abzielen, welche aus der Teilung Deutschlands resultieren. Die Bestimmung zielt v.a. auf die besondere Situation von «Zonenrandgebieten» ab, also solchen Gebieten, die nahe der Grenzen der beiden Teile Deutschlands gelegen sind. 148

<sup>264</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 95 AEUV, N 1.

<sup>265</sup> Nomos EU-Kommentar-KNAUFF, Art. 96 AEUV, N 2.

149 Im Verhältnis zur ähnlich lautenden Ausnahmebestimmung in Art. 107 Abs. 2 lit. c AEUV (dazu unten [Teil 1, III.7.a\)cc\)](#)) ist Art. 98 AEUV eine eigens für den Politikbereich Verkehr relevante Ausnahmebestimmung.

150 Art. 98 AEUV sieht vor, dass der Rat die Vorschrift auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit abschaffen kann. Da der Rat die Abschaffung bislang nicht beschlossen hat, gilt die Bestimmung weiterhin fort. Es gibt keine auf Art. 98 AEUV beruhenden sekundärrechtlichen Akte.

e) Rüstungsgüter

151 Zuletzt sieht der AEUV auch für Rüstungsgüter Spezialbestimmungen vor. Nach Art. 346 Abs. 1 lit. b AEUV kann jeder Mitgliedstaat «die Massnahmen ergreifen, die seines Erachtens für die Wahrung seiner wesentlichen Sicherheitsinteressen erforderlich sind, soweit sie die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial oder den Handel damit betreffen; diese Massnahmen dürfen auf dem Binnenmarkt die Wettbewerbsbedingungen hinsichtlich der nicht eigens für militärische Zwecke bestimmten Waren nicht beeinträchtigen.» *E contrario* dürfen die Mitgliedstaaten also die Produktion von Rüstungsgütern mit Beihilfen fördern, soweit diese Massnahmen die Wettbewerbsbedingungen von Waren für nichtmilitärische Zwecke nicht beeinträchtigen. Ein Beispiel, in dem diese Unterscheidung eine Rolle spielen könnte, sind sog. «Dual-Use-Goods». Gemeint sind Güter, Produkte und Software, die sowohl für militärische als auch für zivile Zwecke genutzt werden können. Darunter können z.B. Flugdrohnen fallen.<sup>266</sup>

152 Gemäss Art. 346 Abs. 1 AEUV ist die Vorschrift eine Ausnahmebestimmung zum gesamten Primärrecht. Dennoch ist nicht der gesamte Rüstungssektor von den Verträgen ausgenommen, sondern ermöglicht es den Mitgliedstaaten, ein Abweichen von den Verträgen zu rechtfertigen (Derogationsbefugnis).<sup>267</sup> Die für die Nutzung des Art. 346 AEUV nachzuweisenden wesentlichen Sicherheitsinteressen der Mitgliedstaaten beinhalten alle Massnahmen zum – kurz- und langfristigen – Schutz vor inneren und äusseren Feinden sowie «Handlungen zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der internationalen Sicherheit, soweit damit langfristig der nationalen Sicherheit gedient ist[...].»<sup>268</sup> Aus Beihilfesicht ist das in Art. 346 AEUV enthaltene Verhältnismässigkeitsele-

---

<sup>266</sup> Europäische Kommission, «Dual use trade controls», abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/trade/import-and-export-rules/export-from-eu/dual-use-controls/>>.

<sup>267</sup> Nomos EU-Kommentar-KARPENSTEIN, Art. 346 AEUV, N 3.

<sup>268</sup> Nomos EU-Kommentar-KARPENSTEIN, Art. 346 AEUV, N 4.

ment interessant, welches sich im Wort «erforderlich» findet. Danach sollten nicht sicherheits- sondern nur strukturpolitisch motivierte Beihilfen nicht gestützt auf Art. 346 AEUV gerechtfertigt werden können.<sup>269</sup>

Nachdem nun die primärrechtlichen Sondervorschriften, die ganze Politikbereiche von Art. 107 ff. ausnehmen, besprochen wurden, wird in der Folge auf die Ausnahmestimmungen innerhalb des Art. 107 AEUV sowie des Art. 106 Abs. 2 AEUV und Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV eingegangen. Diese Ausnahmestimmungen behandeln Beihilfen, die den Tatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen, jedoch aufgrund besonderer Umstände oder Zielsetzungen zulässig sein können. Art. 106 Abs. 2 AEUV richtet sich spezifisch an öffentliche Unternehmen. 153

## 7. Ausnahmen

Neben den soeben vorgestellten Spezialvorschriften enthalten auch Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV sowie Art. 106 Abs. 2 AEUV Ausnahmestimmungen. 154

Der Grund für die Unterscheidungen in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV liegt im unterschiedlichen Ermessensgrad der Kommission: Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV müssen der Kommission gemeldet werden. Sofern die Tatbestandsmerkmale vorliegen, hat die Kommission jedoch kein Ermessen im Hinblick auf eine Genehmigung der jeweiligen Beihilfe.<sup>270</sup> Bei den in Art. 107 Abs. 2 AEUV genannten Arten von Beihilfen handelt es sich um Legalausnahmen. 155

Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV werden hingegen von der Kommission vor Genehmigung mit weitem Ermessen geprüft. Dabei wendet die Kommission ein spezielles – bisweilen auch kritisiertes<sup>271</sup> – Prüfungsschema an.<sup>272</sup> Daher werden diese Ausnahmen auch Ermessensausnahmen genannt. 156

Die Ausnahmen nach Art. 107 AEUV werden durch Art. 106 Abs. 2 AEUV über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ergänzt. Entsprechende Massnahmen, die von Art. 106 Abs. 2 AEUV gedeckt sind, unterliegen – sofern nicht weitere Voraussetzungen erfüllt sind – ebenfalls der Meldepflicht. 157

<sup>269</sup> Nomos EU-Kommentar-KARPENSTEIN, Art. 346 AEUV, N 5.

<sup>270</sup> EuGH, 730/79, Rz. 17.

<sup>271</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 39.

<sup>272</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 38.

a) Legalausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV

- 158 Neue Beihilfen, die *de jure* mit dem Binnenmarkt vereinbar sind, müssen der Kommission vorab gemeldet werden. Daraufhin erlässt die Kommission einen Beschluss über die Vereinbarkeit der Massnahmen mit dem Binnenmarkt. Die Besonderheit der Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV besteht darin, dass die Kommission bei Erfüllung eines Ausnahmetatbestandes keinen Ermessensspielraum zur Genehmigung hat. Die Kommission muss also eine Beihilfe, die von Art. 107 Abs. 2 AEUV gedeckt ist, genehmigen. Allerdings sieht Art. 107 Abs. 2 AEUV nur die folgenden drei Fälle vor.

aa) *Beihilfen sozialer Art an Verbraucher*

- 159 Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher können nach Art. 107 Abs. 2 lit. a AEUV genehmigt werden. Sie müssen diskriminierungsfrei und unabhängig von der Herkunft der betroffenen Waren oder Dienstleistungen gewährt werden. Beispiele für Beihilfen sozialer Art, die von der Kommission gutgeheissen wurden, sind etwa die Subventionierung von Flugtickets von Inselbewohnern und eine Steuerermässigung für den Erwerb umweltfreundlicher Fahrzeuge.<sup>273</sup>
- 160 Dabei dürfen Beihilfen nur dann gewährt werden, wenn durch sie ein tatsächlicher Bedarf abgedeckt werden kann. Sie dürfen also nicht bezwecken, einem Unternehmen einen unter Marktbedingungen nicht zu erreichenden Vorteil zu verschaffen. Ein Beispiel für eine Beihilfe, die nach Auffassung des EuGH gerade nicht darauf abzielte, einen tatsächlichen Bedarf zu decken, war eine Vereinbarung zum entgeltlichen Erwerb von Fährgutscheinen, die spanische Behörden für die Strecke zwischen Portsmouth und Bilbao erwarben. Da die Anzahl und der Preis der zu erwerbenden Gutscheine vorab für mehrere Jahre festgelegt wurden, schloss der EuGH eine Bedarfsorientierung aus.<sup>274</sup>

bb) *Katastrophenbeihilfen*

- 161 Um unmittelbar durch Naturkatastrophen oder andere aussergewöhnliche Ereignisse verursachte Schäden auszugleichen, haben die Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Katastrophenbeihilfen zu gewähren. Als *Naturkatastrophen* gelten etwa Überschwemmungen, anhaltende Trockenheit, Vulkanausbrüche und Erdbeben sowie Wirbelstürme und schwere Unwetter. Letztere dürfen aller-

---

<sup>273</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 35.

<sup>274</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juni 2006 in der Rechtssache C-442/03 P und C-471/03 P, ECLI:EU:C:2006:356 - P&O European Ferries (Vizcaya) u.a./Kommission, Rz. 129.

dings nicht nur gewöhnliche Gewitter oder Kälte- bzw. Hitzeeinbrüche sein, es sei denn, die Gewitterfolgen sind «wegen besonderer geographischer und klimatischer Verhältnisse»<sup>275</sup> besonders schwer. Daneben werden als *sonstige aussergewöhnliche Ereignisse* Vorkommnisse wie Krieg, schwere Terroranschläge bzw. Terrorakte und ggf. Atomunfälle genannt. In ihrem Beschluss vom 12. März 2020 betreffend eine staatliche Beihilfe Dänemarks zugunsten von Eventveranstaltern erklärte die Kommission, dass sie auch die COVID-19-Pandemie als ein «aussergewöhnliches Ereignis» im Sinne von Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV ansehe. Basierend auf diesem Beschluss informierte die Kommission noch gleichentags, wie die Mitgliedstaaten der Kommission Katastrophenbeihilfen zu melden hätten, welche Unterlagen dafür notwendig seien und welche Verpflichtungen sie einzugehen hätten. Insgesamt qualifizierte die Kommission im Zeitraum von März bis Ende Juni 2020 18 notifizierte nationale Massnahmen als Katastrophenbeihilfen, die sämtlich auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV von der EU-Kommission genehmigt wurden.<sup>276</sup>

Ein früheres Beispiel für ein von Art. 107 Abs. 2 AEUV gedecktes aussergewöhnliches Ereignis ist die Luftraumsperrung in der Folge des Terroranschlags auf das *World Trade Center* in New York vom 11. September 2001, welche das EuG in der Entscheidung *Olympiaki* zu beurteilen hatte.<sup>277</sup> Anlass zur Entscheidung gab eine Beihilferegelung Griechenlands, mithilfe derer auf den Terroranschlag und die damit zusammenhängende Luftraumsperrung zwischen dem 11. und 14. September 2001 zurückzuführende Schäden von Luftfahrtunternehmen ausgeglichen werden sollten.

Konkret erachtete die Kommission Schäden, die am 15. und 16. September 2001 aufgrund von Flügen zur Erfüllung der zwischen dem 11. und 14. September 2001 ausgefallenen Flüge eingetreten waren, als nicht mehr unmittelbar auf das aussergewöhnliche Ereignis zurückzuführende Nachteile.<sup>278</sup> Namentlich ging die Kommission davon aus, dass die Schäden u.a. auf betriebliche Entscheidungen des betroffenen Luftfahrtunternehmens zurückzuführen seien. Dabei wurde etwa darauf hingewiesen, dass eine zu geringe Anzahl von Flugzeugen zur Erfüllung ausgefallener Flüge in der Verantwortung des Luftfahrtunternehmens läge. Das EuG erachtete die Argumentation der Kommission allerdings als nicht stichhaltig, insbesondere, da das infrage stehende ausser-

<sup>275</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 36.

<sup>276</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 592.

<sup>277</sup> EuG, Urteil vom 25. Juni 2008 in der Rechtssache T-268/06, ECLI:EU:T:2008:222 - *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE/Kommission*, Rz. 66.

<sup>278</sup> EuG, T-268/06, Rz. 28.

162

163

gewöhnliche Ereignis – welches die Kommission für die zwischen dem 11. und 14. September 2001 eingetretenen Schäden eingeräumt hatte – gerade nicht vorhersehbar gewesen und der Tatbestand der Ausnahmebestimmung erfüllt sei. Vor allem könne nicht pauschal ausgeschlossen werden, dass ein Schaden erst kurz nach einem aussergewöhnlichen Ereignis eintritt.<sup>279</sup> Sofern die objektiven Voraussetzungen erfüllt seien, stünde der Kommission gerade kein Ermessensspielraum zu. Neben dem Kausalzusammenhang zwischen Ereignis und wirtschaftlichen Nachteilen zeigt die Entscheidung *Olympiaki* auch, dass für Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV auch erforderlich ist, dass für die wirtschaftlichen Nachteile nicht durch Versicherungen vorgesorgt werden kann.<sup>280</sup> Dies erschliesst sich auch aus dem Wortlaut, der von einem «aussergewöhnlichen» Ereignis ausgeht. Folglich sind Kosten für die Schadensprävention und vorhersehbare Risiken nicht von der Ausnahme gedeckt – es sei denn, es ist nicht möglich, die Risiken zu versichern.<sup>281</sup> Ausserdem werden Folgeschäden, wie etwa das Wegbrechen von Aufträgen während der COVID-19-Pandemie, entgangener Gewinn oder Zahlungsausfälle, nicht von den Katastrophenbeihilfen erfasst.<sup>282</sup> Schliesslich sind die entstandenen und voraussichtlichen wirtschaftlichen Schäden durch das beihilfeempfangende Unternehmen und den beihilfegebenden notifizierenden EU-Mitgliedstaat möglichst genau und präzise zu beziffern. Da nur der unmittelbar verursachte Schaden ausgleichbar ist, sollen die Massnahmen nicht über das Erforderliche hinausgehen, um den *status quo ante* wiederherzustellen.<sup>283</sup>

cc) *Beihilfen aus Gründen der Teilung Deutschlands*

- 164 Der EuGH hatte Gelegenheit, sich mit der wortgleichen Vorgängerbestimmung des Art. 107 Abs. 2 lit. c AEUV in einem den Automobilkonzern Volkswagen betreffenden Fall auseinanderzusetzen. Dabei ging es in der Entscheidung um Beihilfen, die das Bundesland Sachsen dem Volkswagen-Konzern zur Umnutzung von ehemaligen Trabant-Produktionsstandorten und dem Aufbau weiterer Volkswagen-Produktionsstandorte gewährt hatte. Aus Sicht Deutschlands waren die Beihilfen aus Gründen der Teilung Deutschlands gerechtfertigt, da die wirtschaftliche Entwicklung in den Bundesländern der ehemaligen DDR weit hinter derjenigen in den anderen Bundesländern zurücklag.

---

<sup>279</sup> EuG, T-268/06, Rz. 68.

<sup>280</sup> EuG, T-268/06, Rz. 66.

<sup>281</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 36.

<sup>282</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 592 f.

<sup>283</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 36.

Der EuGH führte allerdings aus, dass die Bestimmung spezifisch auf solche Nachteile abziele, die durch die physische innerdeutsche Grenze und die damit verbundene wirtschaftliche Isolierung zurückzuführen seien.<sup>284</sup> Nach Ansicht des EuGHs ginge es bei dieser Ausnahme nicht um den Ausgleich aller Nachteile, die wirtschaftspolitische Entscheidungen in der ehemaligen DDR verursacht haben, bis ein gemeinsamer Entwicklungsstand erreicht wurde.<sup>285</sup> 165

b) Ermessensausnahmen gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV

Für Massnahmen, die unter Art. 107 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden können, hat die Kommission ein Prüfungsschema entwickelt, welches dann zum Tragen kommt, wenn die Voraussetzungen für die entsprechende Ausnahmebestimmung erfüllt sind. Daher wird in der Folge zunächst auf die einzelnen Ausnahmebestimmungen eingegangen und im Anschluss (unten [Teil 1, III.7.d](#)) das Prüfungsschema vorgestellt. 166

Da die Regionalbeihilfen sowohl unter Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV als auch Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV fallen können und gleichzeitig die am häufigsten genutzte Ausnahme des Beihilfeverbots darstellen, werden sie zuerst erläutert. 167

aa) *Regionalbeihilfen*

Sowohl Art. 107 Abs. 3 lit. a AEUV als auch Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV können zur Rechtfertigung von Beihilfen genutzt werden, die eine regionale Zielsetzung verfolgen. Dabei bietet Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV grundsätzlich den weiteren Anwendungsbereich.<sup>286</sup> Hier soll die wirtschaftliche Entwicklung bestimmter benachteiligter Gebiete innerhalb der EU bzw. des EWR gefördert werden. Bei Regionalbeihilfen besteht in besonderem Masse die Gefahr, dass die Mitgliedstaaten mittels Subventionen um die Ansiedlung von Unternehmen konkurrieren und sich im schlimmsten Fall finanziell selbst schädigen (dazu oben [Teil 1, II](#)). Dennoch beurteilt die Kommission Regionalbeihilfen grundsätzlich als effizienten Weg, um die Kohäsionsziele der Union zu erreichen. Der wirtschaftliche, soziale und territoriale Zusammenhalt wird in Art. 4 Abs. 2 lit. c AEUV als geteilte Zuständigkeit aufgeführt (dazu oben [Teil 1, III.3.a](#)). Folglich werden insoweit sowohl die Mitgliedstaaten mittels Regionalbeihilfen als auch die Union u.a. im Rahmen ihrer Strukturfonds tätig. Die Strukturfonds der Union stellen 168

<sup>284</sup> EuGH, Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-57/00 P und C-61/00 P, ECLI:EU:C:2003:510 - Freistaat Sachsen u. a./Kommission (VW), Rz. 23.

<sup>285</sup> EuGH, C-57/00 P und C-61/00 P, Rz. 24.

<sup>286</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 47.

nach der Landwirtschaftspolitik den zweitgrössten Ausgabeposten der Union dar.<sup>287</sup> Die darauf gerichtete Strukturpolitik der Union umfasst gem. Art. 174 AEUV Bemühungen, den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt der EU zu stärken. Hierbei sollen unterschiedliche Entwicklungsstände in den Regionen abgebaut und der Rückstand benachteiligter Gebiete verringert werden.

- 169 Mitgliedstaatliche Regionalbeihilfen können gerechtfertigt sein, wenn damit Nachteile ausgeglichen werden sollen, die aufgrund der geographischen Lage gegen eine Investition in diesem Gebiet sprächen.<sup>288</sup> Es wird vorausgesetzt, dass die Nachteile tatsächlich bestehen, für eine Investitionsentscheidung massgeblich sind und die staatliche Beihilfe sich auf die Kompensation ebendieser Nachteile beschränkt.<sup>289</sup>
- 170 Zur Erhöhung der Transparenz und Voraussehbarkeit der Beurteilung von Regionalbeihilfen hat die Kommission eine Reihe von Sekundärrechtsakten und *Soft-Law*-Dokumenten erstellt: Zu nennen sind hier u.a. die bereits oben ([Teil 1, III.5.c](#)) erwähnte AGVO, die Leitlinien (LL) Regionalbeihilfen<sup>290</sup> und der Leitfaden für die Förderung grosser Investitionsvorhaben<sup>291</sup>, wobei die LL Regionalbeihilfen die Grundlage für die beihilferechtliche Beurteilung einzelstaatlicher Regionalbeihilfen bilden. Die LL Regionalbeihilfen enthalten diverse sektorenspezifische Regeln, auf welche innerhalb der Fallgruppenprüfung soweit erforderlich eingegangen wird (unten [Teil 2](#)).
- 171 Regionalbeihilfen sind von den vorab erwähnten Spezialregelungen für einzelne Politikbereiche (dazu oben [Teil 1, III.6.](#)) sowie von den Beihilfen für Unternehmen in Schwierigkeiten abzugrenzen. Die Förderung von Unternehmen in Schwierigkeiten zielt nämlich gerade nicht auf die nachhaltige Entwicklung einer Region, sondern auf die künstliche Erhaltung angeschlagener Unterneh-

---

<sup>287</sup> Vgl. z.B. Europäische Kommission, EU budget 2018: Financial report (nicht auf Deutsch verfügbar), 66, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/info/publications/eu-budget-2018-financial-report\\_de](https://ec.europa.eu/info/publications/eu-budget-2018-financial-report_de)>.

<sup>288</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL, Art. 107 Abs. 3 AEUV, N 1064.

<sup>289</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL, Art. 107 Abs. 3 AEUV, N 1064.

<sup>290</sup> Leitlinien der Kommission für Regionalbeihilfen 2021, ABl C 153/01 vom 29. April 2021, 1 ff.

<sup>291</sup> Leitlinien der Kommission für Regionalbeihilfen 2021, ABl C 153/01 vom 29. April 2021, 1 ff.; Mitteilung der Kommission betreffend die Kriterien für die eingehende Prüfung staatlicher Beihilfen mit regionaler Zielsetzung zur Förderung grosser Investitionsvorhaben, ABl C 223 vom 16. September 2009, 3.



men ab.<sup>292</sup> Im Gegenzug können regionale Überlegungen bei Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen berücksichtigt werden, worauf noch näher eingegangen wird (unten [Teil 1, III.7.b\)dd\)eee](#)).

Als Empfänger von Regionalbeihilfen kommen nicht nur in der EU ansässige Unternehmen, sondern auch solche in Drittstaaten infrage. Allerdings richten sich die Regionalbeihilfen dort auch auf die Ansiedlung von Unternehmen aus Drittstaaten.<sup>293</sup> Die Fördergebiete, die in den geographischen Anwendungsbereich für Regionalbeihilfen fallen, werden durch die LL Regionalbeihilfen bestimmt.

172

*bb) Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse*

Gemäss Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV können Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse und zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats genehmigt werden.

173

Die erste Zielsetzung, also die *Ausnahme für wichtige Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse (Important Projects of Common European Interest, ICPEI)* weist strenge Anforderungen auf und war daher in der Praxis bislang von geringerer Bedeutung.<sup>294</sup> Daher besteht insgesamt auch nur eine geringe Praxis von Kommission und Gerichten. Allerdings hat die Kommission 2014 ihre sog. ICPEI-Mitteilung<sup>295</sup> herausgegeben, die die wichtigsten Aspekte dieser Ausnahme vom Beihilfeverbot umschreibt. Danach müssen die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

174

- Die Massnahme verfolgt ein Ziel oder mehrere Ziele der EU (infrage kommen hier insbesondere die Ziele gem. Art. 3 EUV),<sup>296</sup>

<sup>292</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL, Art. 107 Abs. 3 AEUV, N 1076.

<sup>293</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL, Art. 107 Abs. 3 AEUV, N 1078.

<sup>294</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-HEINRICH, Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV (Gemeinsames europäisches Interesse), N 1167.

<sup>295</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 4.

<sup>296</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 14.

- die Massnahme würde einen wichtigen Beitrag zur Erreichung dieser Ziele leisten;<sup>297</sup>
- i.d.R. ist mehr als ein Mitgliedstaat beteiligt, die positiven Effekte aus der Beihilfe dürfen nicht nur dem finanzierenden Mitgliedstaat zugutekommen, und die Vorgaben sind klar definiert;<sup>298</sup>
- die Vorteile kommen nicht nur einem einzelnen Unternehmen oder Sektor zugute, sondern sind von breiterer Relevanz;<sup>299</sup>
- das Vorhaben schliesst auch eine Kofinanzierung durch die Beihilfeempfänger ein;<sup>300</sup>
- das Vorhaben berücksichtigt auch den Grundsatz zur stufenweisen Einstellung umweltschädlicher Subventionen.<sup>301</sup>

175 Diese kumulativ zu erfüllenden allgemeinen Voraussetzungen werden in der IPCEI-Mitteilung noch durch eine Liste von positiven Indikatoren und besonderen Vorschriften ergänzt.<sup>302</sup> Ein Vorhaben im gemeinsamen europäischen Interesse ist jedenfalls dann anzunehmen, «wenn es Teil eines von den Regierungen verschiedener Mitgliedstaaten unterstützten, zwischenstaatlichen europäischen Programms ist oder zu einer zwischen den verschiedenen Mitgliedstaaten abgestimmten Unternehmung gehört, durch die eine gemeinsame Gefahr wie die Umweltverschmutzung bekämpft werden soll.»<sup>303</sup> Die Zielsetzung soll tatsächlich mit den Zielen der Union übereinstimmen, was sich besonders dann zeigt, wenn sie mit den in Art. 3 Abs. 3 EUV beschriebenen

---

<sup>297</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 16.

<sup>298</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 16.

<sup>299</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 16 f.

<sup>300</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 17 f.

<sup>301</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 18 f.

<sup>302</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen mit dem Gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 19 ff.

<sup>303</sup> EuGH, Urteil vom 8. März 1988 in der Rechtssache 62/87 und 72/87, ECLI:EU:C:1988:132 – Exécutif régional wallon und SA Glaverbel/Kommission, Rz. 22.

nen Aufgaben einhergehen und über eine europäische Dimension verfügen.<sup>304</sup> Insoweit sind die Voraussetzungen für Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse i.d.R. dann erfüllt, wenn sie sich mit Unionspolitiken decken – es ist jedoch nicht erforderlich, dass Union diesbezügliche Kompetenzen hat.<sup>305</sup> In der Entscheidung *Philip Morris* hielt der EuGH fest, dass insoweit eine Betrachtung der Union als Ganze und nicht nur des Marktes in einem betroffenen Mitgliedstaat erforderlich sei.<sup>306</sup> Entsprechend sei es im gemeinsamen europäischen Interesse nicht entscheidend, dass der Entwicklungsstand einer bestimmten Region im Vergleich zum nationalen Durchschnitt des betroffenen Mitgliedstaats zurückliege. Vielmehr sei die betroffene Region mit dem Stand aller Mitgliedstaaten zu vergleichen.<sup>307</sup>

cc) *Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats*

Die zweite in Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV genannte Zielsetzung für Beihilfen, also die *Ausnahme zur Beseitigung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats*, wurde bis zur Finanzkrise nur relativ wenig gebraucht. Anwendungsfälle waren zunächst die Ölkrise 1973 und Massnahmen zugunsten Griechenlands.<sup>308</sup> Die Erhöhung der Kraftstoffpreise um 47% im Jahr 2000<sup>309</sup> sowie die mit der Wiedervereinigung Deutschlands zusammenhängenden Probleme erreichten nicht den erforderlichen Schweregrad.<sup>310</sup> Im Zusammenhang mit der 2007 einsetzenden Finanzkrise hat die Ausnahmebestimmung jedoch grosse Bedeutung erlangt und auf ihrer Grundlage wurden «Beihilfen in aussergewöhnlichem Umfang gewährt.»<sup>311</sup> So hat die Kommission u.a. für die Dauer der Finanz- und Wirtschaftskrise einen Gemeinschaftsrahmen<sup>312</sup> für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzmitteln

176

<sup>304</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-HEINRICH, Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV (Gemeinsames europäisches Interesse), N 1170.

<sup>305</sup> Jestädt, N 1171.

<sup>306</sup> EuGH, 730/79, Rz. 24.

<sup>307</sup> EuGH, 730/79, Rz. 25.

<sup>308</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 41.

<sup>309</sup> EuGH, Urteil vom 11. November 2004 in der Rechtssache C-73/03, ECLI:EU:C:2004:711 – Spanien/Kommission (Benzinpreise), Rz. 31, 36.

<sup>310</sup> EuGH, Urteil vom 30. September 2003 in der Rechtssache C-301/96, ECLI:EU:C:2003:509 – Deutschland/Kommission (Volkswagen II); Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 41.

<sup>311</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-LIENEMEYER, Art. 107 Abs. 3 AEUV (Wirtschaftskrise), N 1181.

<sup>312</sup> Mitteilung der Kommission - Vorübergehender Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, ABl C 16 vom 22. Januar 2009, 1.

erlassen und sektorale Mitteilungen zu Rettungsmassnahmen ausgegeben. Bedeutung erlangte die Bestimmung dann vor allem als Rechtsgrundlage des befristeten Beihilferahmens zur Stützung der Wirtschaft im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie.<sup>313</sup>

177 Aus den genannten Fallbeispielen können die folgenden allgemeinen Voraussetzungen für das Abstellen auf Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV abgeleitet werden:

- Vorliegen einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats, d.h. eine allgemeine krisenhafte Störung, wobei die Ursache der Störung irrelevant ist,<sup>314</sup>
- Unzulässigkeit von Präventivmassnahmen; d.h. die Störung muss bereits existieren.<sup>315</sup>

*dd) Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige*

178 Diese Ausnahme nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV hatte im EU-Beihilferecht vor dem befristeten Beihilferahmen zur Stützung der Wirtschaft im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie die grösste praktische Relevanz.<sup>316</sup> Sie betrifft folgende Bereiche:

*aaa) Regionalbeihilfen*

179 Nachdem die ebenfalls von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV erfassten *Regionalbeihilfen* aufgrund des thematischen Zusammenhangs bereits oben (unter [Teil 1, III.7.b\)aa\)](#) abgehandelt wurden, soll nun noch auf die Ausnahme zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige – also die *sektoralen Beihilfen* – eingegangen werden. Regionalbeihilfen können aber unter beiden Bestimmungen erfasst werden.

*bbb) Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation*

180 Zur näheren Ausführung ihrer Kontrolltätigkeit hat die Kommission einen Unionsrahmen<sup>317</sup> für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (FuEu) herausgegeben, der die Merkmale und Besonder-

---

<sup>313</sup> Im Einzelnen: SEITZ/BERNE, Analyse beihilferechtlicher Bestimmungen, 594 ff.

<sup>314</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 41.

<sup>315</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-LIENEMEYER, Art. 107 Abs. 3 AEUV (Wirtschaftskrise), N 1189.

<sup>316</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, 47.

<sup>317</sup> Mitteilung der Kommission - Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl C 198 vom 27. Juni 2014, 1.

heiten im Hinblick auf die Genehmigung der entsprechenden Beihilfen enthält. Es müssen die dort genannten sieben allgemeinen Merkmale (vgl. sogleich unten [Teil 1, III.7.d](#)) vorliegen, damit die Kommission eine entsprechende Beihilfe genehmigt.<sup>318</sup>

### ccc) Umweltschutzbeihilfen

Auch im Hinblick auf Umweltschutzbeihilfen hat die Kommission zunächst einen Gemeinschaftsrahmen<sup>319</sup> und nach dessen Ablauf LL über Umweltschutzbeihilfen<sup>320</sup> erlassen, welche ihrerseits überarbeitet wurden und als LL für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (UELL)<sup>321</sup> zunächst bis 2020 galten. Inzwischen gelten seit dem 27. Januar 2022 die neuen und überarbeiteten LL für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022.<sup>322</sup> Die neuen LL konzentrieren sich darauf, den Behörden der Mitgliedstaaten einen Rahmen vorzugeben, damit sie die Ziele des europäischen Grünen Deals möglichst effizient und mit möglichst geringen Wettbewerbsverzerrungen unterstützen können. Die neuen LL decken dabei ein weites Spektrum an Bereichen, von der Ausweitung der Kategorien von Investitionen und Technologien bis hin zur flexibleren Gestaltung und Straffung der geltenden Vorschriften, ab. Sie nehmen ferner u.a. Bezug auf das schöpferische Zusammenwirken zwischen den LL und der AGVO, der Entwicklung von Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften, das «Fit für 55»-Paket sowie die Taxonomie.

181

<sup>318</sup> Mitteilung der Kommission - Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl C 198 vom 27. Juni 2014, 36.

<sup>319</sup> Mitteilung der Kommission - Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl C 198 vom 27. Juni 2014, 36; Mitteilung der Kommission - Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 37 vom 3. Februar 2001, 3.

<sup>320</sup> Mitteilung der Kommission - Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 37 vom 3. Februar 2001, 3; Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 82 vom 1. April 2008, 1.

<sup>321</sup> Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 82 vom 1. April 2008, 1; Mitteilung der Kommission - Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl C 200 vom 28. Juni 2014, 1.

<sup>322</sup> Europäische Kommission, Fragen und Antworten, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda\\_22\\_566](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_22_566)>.

*ddd) KMU-Beihilfen*

- 182 Eine weitere Ausnahme nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV sind die sog. *KMU-Beihilfen*. Aufgrund der besonderen wirtschaftlichen Bedeutung von KMU in Europa, soll deren Gründung, Entwicklung und Internationalisierung gefördert werden. Als Förderinstrumente kommen dabei nicht nur Beihilfen, sondern auch andere Erleichterungen, wie z.B. Bürokratieabbau und verkürzte Zahlungsfristen, infrage.<sup>323</sup> Dennoch beurteilt die Kommission *KMU-Beihilfen* als wichtiges Instrument und hat entsprechend LL für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen (RFL)<sup>324</sup> veröffentlicht. Diese LL kommen immer dann zur Anwendung, wenn die infrage stehenden Massnahmen zugunsten von KMU nicht alle Voraussetzungen für eine Freistellung im Sinne der AGVO erfüllen (dazu oben unter [Teil 1, III.5.c](#)) oder unter eine Sachbereichsausnahme fallen. Zudem beziehen die RFL sich nur auf Beihilfen zur Risikofinanzierung, nicht aber auf andere denkbare Finanzierungsinstrumente, wie etwa solche zur Darlehensabsicherung.<sup>325</sup> Wie sonst auch umschreibt die Kommission die Prüfungsvoraussetzungen für *KMU-Beihilfen* in den LL.<sup>326</sup>

*eee) Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen*

- 183 *Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen* werden in den übrigen LL häufig als Abgrenzungen genannt, da sie sich regelmässig nach den speziell für sie vorgesehenen Regelungen richten. Hier sind insbesondere die LL für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (URLL)<sup>327</sup> zu nennen. Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen können den Wettbewerb in besonderem Masse verzerren. Der Grund hierfür ist, dass solche Beihilfen die natürliche Marktentwicklung inklusive der Verdrängung nicht wettbewerbsfähiger Unternehmen verzögern oder ganz ausser Kraft setzen können. Wettbewerbsfähigere Mitbewerber werden mög-

---

<sup>323</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 81.

<sup>324</sup> Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl C 19 vom 22. Januar 2014, 4.

<sup>325</sup> Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl C 19 vom 22. Januar 2014, 18.

<sup>326</sup> Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl C 19 vom 22. Januar 2014, 18, 54.

<sup>327</sup> Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, ABl C 19 vom 22. Januar 2014, 18, 54; Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (URLL), ABl C 249 vom 31. Juli 2014, 1.

licherweise in ihrem eigenen Wachstum behindert. Folglich sollen Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen nur dann eingesetzt werden, wenn alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft sind.<sup>328</sup>

Hinzu tritt der Grundsatz der einmaligen Beihilfe, d.h. ein Unternehmen kann nur einmal innert zehn Jahren von Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen profitieren.<sup>329</sup> Darüber hinaus erfordern Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen jeweils eine Lastenverteilung, d.h. ein Eigenbeitrag des Empfängerunternehmens.<sup>330</sup> Ansonsten gelten auch hier die Prüfungsvoraussetzungen, die die Kommission in den URLL zusammengefasst hat.<sup>331</sup>

184

### fff) Beschäftigungs- und Ausbildungsbeihilfen

Wie gesehen zielt die EU auf eine soziale Marktwirtschaft ab (oben [Teil 1, III.2](#)). Ein Solidarsystem fusst u.a. auf einem möglichst hohen Beschäftigungsniveau, weshalb die EU sich zum Ziel gesetzt hat, bis 2020 eine Beschäftigungsquote von 75% unter den 20- bis 64-Jährigen zu erreichen.<sup>332</sup> Deshalb ist es stimmig, dass es eine Ausnahme für *Beschäftigungs- und Ausbildungsbeihilfen* gibt. Konkret hat sich die Kommission in einer Mitteilung zu Beihilfen für die Beschäftigung von benachteiligten und behinderten Arbeitnehmern<sup>333</sup> sowie in ihrer Mitteilung zur Vereinbarkeit einzeln anzumeldender Ausbildungsbeihilfen<sup>334</sup> geäußert. Die Kommission prüft bei solchen Beihilfen jeweils die folgenden Aspekte:

185

<sup>328</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 86.

<sup>329</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 86.

<sup>330</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 86.

<sup>331</sup> Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten (URLL), ABl C 249 vom 31. Juli 2014, 36 ff.

<sup>332</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 93.

<sup>333</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender staatlicher Beihilfen für die Beschäftigung von benachteiligten und behinderten Arbeitnehmern mit dem gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 6.

<sup>334</sup> Mitteilung der Kommission – Kriterien für die Bewertung der Vereinbarkeit einzeln anzumeldender staatlicher Beihilfen für die Beschäftigung von benachteiligten und behinderten Arbeitnehmern mit dem gemeinsamen Markt, ABl C 188 vom 11. August 2009, 1, 6.

- Anzahl und Gruppen der von der Massnahme betroffenen Arbeitnehmer;
- Beschäftigungsquoten der Betroffenen auf gesamtstaatlicher und/oder regionaler Ebene;
- besonders marginalisierte Untergruppen von behinderten und benachteiligten Arbeitnehmern.<sup>335</sup>

ggg) *Sektorspezifische Regeln*

186 Die Ausnahme für *sektorspezifische Beihilfen* hat inzwischen an Bedeutung verloren und der bis 2009 geltende diesbezügliche Gemeinschaftsrahmen<sup>336</sup> wurde nicht erneuert. Dennoch werden in der Folge zur Veranschaulichung einige Anwendungsfälle von sektorspezifischen Ausnahmen aufgezählt, die noch in Kraft sind:

- Breitbandausbau;<sup>337</sup>
- Luftverkehr;<sup>338</sup>
- Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffverkehrsverkehr;<sup>339</sup>
- Seeverkehr;<sup>340</sup>

---

<sup>335</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 93.

<sup>336</sup> Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl C 70 vom 19. März 2002, 8.

<sup>337</sup> Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl C 70 vom 19. März 2002, 8; Mitteilung der Kommission – Leitlinien der EU für die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit dem schnellen Breitbandausbau, ABl C 25 vom 26. Januar 2013, 1. Hierzu lief eine öffentliche Konsultation der Kommission für die Vorlage des Entwurfs zur Überarbeitung der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Breitbandnetzen, die Stellungnahmen bis zum 11. Februar 2022 zuliess. Die Konsultation ist Teil einer Gesamtbewertung der einschlägigen Vorschriften, mit der die Kommission feststellen will, ob die Vorschriften noch ihren Zweck erfüllen oder angesichts der jüngsten Technologie- und Marktentwicklungen aktualisiert werden müssen. Die Konnektivität ist für die EU-Ziele 2025 ein wichtiger Baustein des digitalen Wandels in Europa.

<sup>338</sup> Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl C 70 vom 19. März 2002, 8; Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl C 99 vom 4. April 2014, 3.

<sup>339</sup> Hier gelten die auf Art. 93 AEUV gestützten Sekundärrechtsakte, dazu oben, [Teil 1, III.5.b](#).

<sup>340</sup> Mitteilung der Kommission zur Aktualisierung des Anhangs der Mitteilung C(2004) 43 der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl C 120 vom 13. April 2017, 10.



- Schiffbau;<sup>341</sup>
- Landwirtschaft und Fischerei;<sup>342</sup>
- Elektrizität;<sup>343</sup>
- Postdienste;<sup>344</sup>
- Export.

Beihilfen für Exporte in andere Mitgliedstaaten sind nicht genehmigungsfähig und werden von der Kommission konsequent verfolgt und unterbunden. Dementsprechend schliessen sowohl die *De-minimis*-Verordnung als auch die AGVO Exportbeihilfen ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus.<sup>345</sup> Im Einzelfall sind allerdings Exportbeihilfen in Drittstaaten zu prüfen, wozu der EuGH auch z.B. in der Entscheidung *Wam*<sup>346</sup> Gelegenheit hatte: Die zunächst grosszügige Haltung gegenüber Exportkreditversicherungen hat die Kommission seit langem revidiert und ihre veränderte Position erstmals 1997 in einer Mitteilung zur Anwendung der Art. 92 und 93 EGV auf kurzfristige Exportkreditversicherungen niedergelegt.<sup>347</sup> Die sie ersetzende Mitteilung galt bis zum

187

<sup>341</sup> Mitteilung der Kommission zur Aktualisierung des Anhangs der Mitteilung C(2004) 43 der Kommission – Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, ABl C 120 vom 13. April 2017, 10, ABl C 364 vom 14. Dezember 2011, 9 (Gültigkeit verlängert durch ABl C 357, 1).

<sup>342</sup> Die Landwirtschaft und Fischerei sind weitgehend vom Anwendungsbereich des Art. 107 AEUV ausgenommen. Stattdessen gelten hier besondere Regeln, dazu oben, [Teil 1, III.6.a](#)).

<sup>343</sup> Schreiben der Kommission SG(2001) D/290869; Mitteilung der Kommission über die Methode für die Analyse staatlicher Beihilfen in Verbindung mit verlorenen Kosten vom 6. August 2001, abrufbar unter: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/stranded\\_costs\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/stranded_costs_de.pdf); vgl. auch EuGH, Urteil vom 15. September 2016 in der Rechtssache C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 - PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA/Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rz. 29 ff.

<sup>344</sup> ABl C 39, 2; vgl. diesbezüglich EuGH, Urteil vom 22. Oktober 2015 in der Rechtssache C-185/14, ECLI:EU:C:2015:716 - «EasyPay» AD und «Finance Engineering» AD/Ministerski savet na Republika Bulgaria und Natsionalen osiguritelan institut.

<sup>345</sup> Calliess EUV/AEUV-CALLIESS/RUFFERT, Art. 107, N 78.

<sup>346</sup> EuGH, Urteil vom 30. April 2009 in der Rechtssache C-494/06 P, ECLI:EU:C:2009:272 - Kommission der Europäischen Gemeinschaften/Italienische Republik und Wam SpA, Rz. 164.

<sup>347</sup> Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten nach Artikel 93 Absatz 1 EG-Vertrag zur Anwendung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag auf die kurzfristige Exportkreditversicherung, ABl C 281 vom 17. September 1997, 4.

31. Dezember 2021.<sup>348</sup> Am 6. Dezember 2021 hat die Kommission eine überarbeitete Mitteilung angenommen. Sie gilt ab dem 1. Januar 2022 unbefristet.<sup>349</sup> Im Rahmen der COVID-19-Krise gelten auch hier Erleichterungen.<sup>350</sup>

*ee) Beihilfen zur Förderung der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes*

188 Eine weitere Ermessensausnahme ist zugunsten der Förderung der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes nach Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV vorgesehen. Der Begriff der Kultur wird weit ausgelegt und umfasst diverse Ausprägungen, so z.B. das klassische Theater, moderne Musik, Fernsehen und Rundfunk, Kunst und Galerien, Bücherverlag und -export und die Denkmalpflege.<sup>351</sup> Nicht unter den Kulturbegriff des Art. 107 Abs. 3 lit. d AEUV fällt jedoch der Sport.<sup>352</sup> Im von gemeinnützigen Organisationen geprägten Kulturzusammenhang ist besonders zu erwähnen, dass für den Beihilfebegriff nur die Ausrichtung an Unternehmen relevant ist (dazu oben [Teil 1, III.4.a\)cc\)](#)). Zudem fällt die Kulturförderung auch dann nur unter den Beihilfebegriff, wenn sie geeignet ist, den grenzüberschreitenden Handel und Wettbewerb zu beeinträchtigen (dazu oben [Teil 1, III.4.a\)dd\)](#) und [Teil 1, III.4.a\)ee\)](#)). Die Kommission hat sich in mehreren Mitteilungen zu spezifischen Formen der Kulturförderung geäußert. Hier sind insbesondere zu nennen:

- Filme und andere audio-visuelle Werke<sup>353</sup>

---

<sup>348</sup> Zuletzt geändert durch Mitteilung der Kommission - 4. Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 und Änderung des Anhangs der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung 2020/C 340 I/01, ABl C 340I vom 13. Oktober 2020, 1 ff.

<sup>349</sup> Pressemitteilung der Kommission vom 6. Dezember 2021, IP/21/6559.

<sup>350</sup> Mitteilung der Kommission - 4. Änderung des Befristeten Rahmens für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft angesichts des derzeitigen Ausbruchs von COVID-19 und Änderung des Anhangs der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung 2020/C 340 I/01, ABl C 340I vom 13. Oktober 2020, 45.

<sup>351</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 115.

<sup>352</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 115.

<sup>353</sup> Mitteilung der Kommission über staatliche Beihilfen für Filme und andere audiovisuelle Werke, ABl C 332 vom 15. November 2013, 1; dazu EuG, Urteil vom 3. Juli 2014 in der Rechtssache T-319 und T-321/12, ECLI:EU:T:2014:604 - Königreich Spanien u.a./Europäische Kommission (Ciudad de la Luz).

- Öffentlicher Rundfunk.<sup>354</sup>

Zudem relevant für die Prüfung einer Kulturbihilfe ist, dass das Kulturgut eindeutig identifiziert bzw. identifizierbar ist.<sup>355</sup> 189

c) Sonstige Arten von Beihilfen

Zusätzlich zu den erwähnten spezifischen Ermessensausnahmen sieht Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV vor, dass der Rat auf Vorschlag der Kommission mit qualifizierter Mehrheit weitere Beihilfen als mit dem Binnenmarkt vereinbar bestimmt. Die Kommission prüft bei einer entsprechenden Beihilfe das Vorliegen der Voraussetzungen gem. Ratsentscheidung.<sup>356</sup> Dennoch ist dieser Ausnahmetatbestand nicht mit den Legalausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV vergleichbar, da der Kommission bei der Prüfung weiterhin ihr weiter Ermessenspielraum zur Verfügung steht.<sup>357</sup> Bislang hat der Rat zweimal von der Bestimmung Gebrauch gemacht: einerseits betreffend Schiffbau<sup>358</sup>, andererseits betreffend Steinkohlesektor<sup>359</sup>. Beide Rechtsakte sind heute nicht mehr in Kraft. 190

d) Prüfungsschema für Ermessensausnahmen

Gemäss der Rechtsprechung des EuGH verfügt die Kommission bei der Beurteilung von Ausnahmetatbeständen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV über ein weites Ermessen. Dieses übt die Kommission nach Massgabe komplexer wirtschaftli- 191

<sup>354</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf den öffentlich-rechtlichen Rundfunk, ABl C 257 vom 27. Oktober 2009, 1.

<sup>355</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 117.

<sup>356</sup> EuGH, Urteil vom 18. Mai 1993 in der Rechtssache C-356/90 und C-180/91, ECLI:EU:C:1993:190 - Königreich Belgien/Kommission der Europäischen Gemeinschaften (Belgische Reedereien), Rz. 33.

<sup>357</sup> EuGH, Urteil vom 15. Oktober 1996 in der Rechtssache C-311/94, ECLI:EU:C:1996:383 - Jssel-Vliet Combinatie BV/Minister van Economische Zaken, Rz. 27.

<sup>358</sup> Verordnung (EG) 1540/98 des Rates vom 29. Juni 1998 zur Neuregelung der Beihilfen für den Schiffbau (nicht mehr in Kraft), ABl L 202 vom 18. Juli 1998, 1.

<sup>359</sup> Verordnung (EG) 1540/98; Verordnung (EG) 1407/2002 des Rates vom 23. Juli 2002 über staatliche Beihilfen für den Steinkohlenbergbau (nicht mehr in Kraft), ABl L 205 vom 2. August 2002, 1.

cher und sozialer Wertungen aus,<sup>360</sup> welche auf die Union als Ganze zu beziehen sind. Die (eingeschränkte) richterliche Kontrolle über die Ermessensausübung der Kommission wird an anderer Stelle erläutert (unten [Teil 1, III.8.](#)).

192 Grundsätzlich folgt die Kommission bei der Prüfung aller Ermessensausnahmen demselben Prüfungsschema, welches auch den jeweils einschlägigen Leitlinien zugrunde liegt.<sup>361</sup> Dabei prüft sie neben den konkreten Tatbestandselementen der Ausnahmen die folgenden Aspekte, welche auch vom EuG angewendet werden:<sup>362</sup>

- Beitrag zur Verwirklichung eines klar umschriebenen Ziels von gemeinsamem Interesse;
- Erforderlichkeit, d.h. bestehendes Marktversagen, das durch die Massnahme behoben werden soll;
- Geeignetheit, d.h. weniger wettbewerbsverzerrende bzw. allgemeine Massnahmen reichen zur Erreichung des Ziels nicht aus;
- Anreizeffekt, d.h. die Beihilfe veranlasst den Empfänger zur Realisierung des infrage stehenden Vorhabens;
- Angemessenheit, d.h. die Beihilfe führt nicht zu einer Überkompensation;
- Verhältnismässigkeit i.e.S., d.h. die positiven Auswirkungen der Beihilfe (Zielerreichung, Behebung des Marktversagens) übersteigen die negativen (Wettbewerbsverzerrung und Handel);
- Transparenz (bislang nur in neueren LL), d.h. Mitgliedstaaten, Kommission, Wirtschaftsbeteiligte und Öffentlichkeit müssen leichten Zugang zu allen einschlägigen Vorschriften und zu relevanten Informationen über die auf ihrer Grundlage gewährten Beihilfen haben.<sup>363</sup>

e) Mit dem Binnenmarkt nach Art. 106 Abs. 2 AEUV vereinbare Ausnahmen

193 Art. 106 Abs. 2 AEUV beschreibt den besonderen Fall der Ausgleichsleistungen für die Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse. Nach ursprünglicher Logik – wie sie der EuGH auch in seiner *Altmark-Trans*-Rechtsprechung dar-

---

<sup>360</sup> EuGH, Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 - Iannelli & Volpi SpA/Meroni, Rz. 11; EuGH, Urteil vom 22. März 1977a in der Rechtssache 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 - Steinike und Weinlig/Deutschland, Rz. 8.

<sup>361</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 39.

<sup>362</sup> Vgl. etwa EuG, Urteil vom 9. Juni 2016 in der Rechtssache T-162/13, ECLI:EU:T:2016:341 - Magic Mountain Kletterhallen GmbH u.a./Kommission.

<sup>363</sup> Ausser letzterem Aspekt Darstellung angelehnt an Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 38.

gelegt hat – fallen Ausgleichszahlungen für solche Leistungen erst dann in den Bereich von Beihilfen, wenn die Zahlungen über den blossen Ausgleich hinausgehen (dazu oben [Teil 1, III.4.a\)aa\)bbb\)](#)). Dennoch war die ursprüngliche Auffassung, dass Ausgleichszahlungen, die unter Art. 106 Abs. 2 AEUV fallen, anzumelden seien. Inzwischen wurde allerdings geklärt, dass Zahlungen, die nicht über den Ausgleich der erbrachten Leistungen hinausgehen bzw. bestimmte Voraussetzungen erfüllen, gar keine Beihilfen und folglich auch nicht anzumelden sind.<sup>364</sup> Danach werden sie auch nicht von der Kommission geprüft. Folglich sind unter dem Titel «Ausnahmen» nur solche Beihilfen zu beurteilen, die die Voraussetzungen der DAWI-Richtlinie nicht erfüllen und als meldepflichtige Beihilfe qualifizieren.

f) Zusätzliche Ausnahmegenehmigung durch den Rat

Eine weitere Ausnahme bildet die im Verfahrensteil verortete Bestimmung zur besonderen Genehmigung einer Beihilfe durch den Rat gem. Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV. Während bei der Ermessensausnahme für die Kategorie der sonstigen Arten von Beihilfen gem. Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV der Rat auf Vorschlag der Kommission dies behandelt, handelt es sich bei der zusätzlichen Ausnahmegenehmigung gem. Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV um ein Verfahren ohne Beteiligung der Kommission. Hierbei kann ein Mitgliedstaat beantragen, dass eine materiell in Abweichung zum Beihilferecht stehende Beihilfe dennoch als mit dem Binnenmarkt vereinbar gilt. Es handelt sich hier folglich um eine formelle Ausnahmegenehmigung und nicht um eine materiell zulässige Beihilfe. Die Bestimmung erfordert allerdings, dass aussergewöhnliche Umstände den Beschluss des Rates erfordern. Was jeweils einen aussergewöhnlichen Umstand darstellt, ist im Einzelfall zu beurteilen.<sup>365</sup>

194

<sup>364</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 95.

<sup>365</sup> Vgl. ABl C 247, worin unter Rz. 41 auf die aussergewöhnlichen Umstände verwiesen wird, die aber durch die Gerichte zu beurteilen sind. Siehe dazu auch EuGH, Urteil vom 15. November 2018 in der Rechtssache T-207/10, ECLI:EU:T:2018:786 - Deutsche Telekom/Kommission, Rz. 42. Der Gerichtshof hat bislang einmal im Falle RSV-Urteil anerkannt, dass bei einem Beihilfeempfänger begründete Erwartungen geweckt worden waren. Siehe dazu EuGH, Urteil vom 24. November 1987 in der Rechtssache C-223/85, ECLI:EU:C:1987:502 - RSV/Kommission. Jedoch haben die Unionsgerichte die außergewöhnlichen Umstände dieses Falls betont, indem sie es ablehnten, den Vertrauensschutz über die im RSV-Urteil festgestellte außergewöhnliche Situation hinaus auszuweiten; siehe beispielsweise EuGH, Urteil vom 14. Januar 2004 in der Rechtssache T-109/01, ECLI:EU:T:2004:4 - Fleuren Compost/Kommission, Rz. 145 ff.

## 8. Verfahren und Kontrolle

### a) Allgemeines

- 195 Das Verfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Binnenmarkt ist primärrechtlich in Art. 108 AEUV geregelt, allerdings nur rudimentär. Die Einzelbestimmungen finden sich daher auf sekundärrechtlicher Ebene. Es handelt sich um ein mehrstufiges und komplexes Verfahren, welches die Mitgliedstaaten nach jüngster Rechtsprechung des EuGH dazu verpflichtet, bei der Rückforderung von Beihilfen selbst initiativ zu werden und nicht wie bislang erst auf Aufforderung der Kommission.<sup>366</sup> Im Vergleich zu anderen Bereichen des EU-Rechts bringt die Beihilfekontrolle deswegen mitunter eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten in den Bereichen der Wirtschafts- und Steuerpolitik mit sich.<sup>367</sup> Parteien eines Beihilfeverfahrens sind nur die Kommission und der betroffene Mitgliedstaat. Daher gilt ausschliesslich die zentrale Regierung des Mitgliedstaats als Ansprechpartnerin der Kommission, auch wenn Beihilfen auf regionaler oder lokaler Ebene geplant oder gewährt werden.<sup>368</sup>

### b) Sekundärrechtliche Rechtsgrundlagen

- 196 Die Kommission als Kontrollinstanz nimmt im Verfahren die zentrale Beihilfeaufsicht wahr. Das Sekundärrecht präzisiert diese Rolle. So trat 1999 die erste Verfahrensverordnung (VVO)<sup>369</sup> in Kraft, welche die bis dahin erfolgte Rechtsprechung der Gerichte kodifizierte. Diese erste Verfahrensverordnung widerspiegelte das Anliegen, das Verfahrensrecht der Beihilfeaufsicht im Interesse der Rechtssicherheit transparenter zu gestalten.<sup>370</sup>
- 197 Im Zuge der Modernisierung des EU-Beihilferechts von 2012 wurde die erste Verfahrensverordnung mehrfach revidiert.<sup>371</sup> Zentral waren dabei die verschiedenen Empfehlungen des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, welche u.a. auf eine bessere Durchsetzung des Rechts, eine Vereinfachung des

---

<sup>366</sup> EuGH, C-349/17.

<sup>367</sup> ROSENFELD, 181; BUNDI, System, 213.

<sup>368</sup> SINNAEVE, N 4.

<sup>369</sup> Verordnung (EG) 659/1999.

<sup>370</sup> KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 360.

<sup>371</sup> MAYORAZ, N 140.

Verfahrens, eine grössere Verantwortung der Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Beihilfevorschriften zielten sowie genauer definierte Begriffsbestimmungen forderten.<sup>372</sup>

Die derzeit (2022) geltende VVO wird durch weitere Erlasse der Kommission ergänzt. Dabei steht die auf der Grundlage von Art. 33 VVO erlassene Durchführungsverordnung<sup>373</sup> im Vordergrund. Wie der Titel andeutet, kodifiziert diese die praxisrelevanten Verfahrensvorschriften und -grundsätze der Kommission, um die Rechtssicherheit und die Transparenz im Beihilfeverfahren weiter zu erhöhen. Die Verordnung enthält u.a. Bestimmungen über die Form und den Inhalt für die Anmeldung neuer Beihilfen, die Berechnung der Fristen im Beihilfeverfahren sowie den anzuwendenden Zinssatz bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen.<sup>374</sup> Darüber hinaus erarbeitete die Kommission einen Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren<sup>375</sup> sowie eine Mitteilung für ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Beihilfekategorien (sog. Vereinfachungspaket<sup>376</sup>).

198

#### c) Verfahrensarten und -grundsätze

Art. 108 Abs. 1 AEUV verpflichtet die Kommission, fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten alle bestehenden Beihilferegulungen zu überprüfen. Dies betrifft sowohl bestehende als auch neue Beihilfen (dazu oben [Teil 1, III.4.b](#)). Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV betreffen hingegen rechtswidrige Beihilfen bzw. die missbräuchliche Anwendung von Beihilfen. Art. 25 VVO gibt überdies die Verfahren zur Untersuchung von einzelnen Wirtschaftszweigen und Beihilfeinstrumenten vor.

199

Die Verfahren der Beihilfeaufsicht sind zweistufig aufgebaut. Zunächst stellt die Kommission fest, ob vordergründige Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt bestehen. Bei den bestehenden Beihil-

200

<sup>372</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Modernisierung des EU-Beihilfenrechts vom 8. Mai 2016, COM(2012) 209; MAYORAZ, N 140.

<sup>373</sup> Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. L 248 vom 24. September 2015, 9.

<sup>374</sup> MAYORAZ, N 140.

<sup>375</sup> Verhaltenskodex der Kommission für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABl. C 136 vom 16. Juni 2009, 13.

<sup>376</sup> Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2010 vom 25. Februar 2020, abrufbar unter: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/552b7879-1eae-48de-be17-9f10510ed231>.

fen geschieht dies «fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten» (Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art 21 VVO). Bei neuen Beihilfen geschieht dies im Rahmen einer «vorläufigen Prüfung der angemeldeten Beihilfen» (Art. 4 VVO). Bestätigen sich diese Bedenken, wird in einem weiteren Schritt ein «förmliches Prüfverfahren» eingeleitet (vgl. Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 6 VVO). Das förmliche Prüfverfahren kann einen Beschluss der Kommission zur Folge haben, in welchem die Unvereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt oder eine missbräuchliche Anwendung der Beihilfe festgestellt wird. Dieser Beschluss enthält auch eine Aufforderung an den betreffenden Mitgliedstaat, die Beihilfe aufzuheben oder umzugestalten. Die Kommission oder ein anderer Mitgliedstaat kann zur Durchsetzung der Aufforderung eine Vertragsverletzung direkt vor dem EuGH geltend machen (Art. 108 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV).<sup>377</sup>

- 201 Gem. Art. 2 Abs. 1 VVO hat ein Mitgliedstaat eine neue Beihilfe bei der Kommission anzumelden. Diese richtet ihre Entscheide an die Mitgliedstaaten.<sup>378</sup> Dies verdeutlicht den bilateralen Charakter der Verfahren zwischen einem Mitgliedstaat und der Kommission. Dritte oder sog. Beteiligte, also Beihilfempfeänger, Konkurrenten oder Verbände, verfügen nicht über eine Parteistellung im Beihilfverfahren.<sup>379</sup> Sie verfügen nur über wenige Verfahrensrechte, um ihre Interessen zu wahren. Gleichzeitig sind sie besonders betroffen, denn bei einem negativen Entscheid der Kommission müssen sie die Beihilfe zurückerstatten bzw. erhalten die Beihilfe nicht. Diese bislang unzureichende Gewährung von Verfahrensrechten Dritter im Beihilfverfahren besteht auch in der überarbeiteten VVO fort und wird deshalb in der Lehre kritisiert.<sup>380</sup>
- 202 Besteht auf Seiten der nationalen Gerichte Klärungsbedarf hinsichtlich der Qualifizierung einzelner Massnahmen oder der einschlägigen Praxis der Kommission, können sie die Kommission um Auskunft ersuchen. Diese informiert die Mitgliedstaaten über die gängige Praxis und stellt wirtschaftliche Daten und Marktstudien zur Verfügung.<sup>381</sup>

---

<sup>377</sup> Dies in Abweichung von Art. 258 und 259 AEUV – darin wird der Instanzenzug umschrieben – wonach die Kommission oder ein Mitgliedstaat an den EuGH gelangen kann, wenn sie der Auffassung sind, ein Mitgliedstaat verstosse gegen die Pflichten aus den Verträgen.

<sup>378</sup> EuGH, Urteil vom 2. April 1998 in der Rechtssache C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154 - Sytraval und Brink's France, Rz. 45.

<sup>379</sup> EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 in der Rechtssache C-276/03 P, ECLI:EU:C:2005:590 - Scott SA/Kommission, Rz. 34.

<sup>380</sup> LAPREVOTE, 436 ff.

<sup>381</sup> EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 - SFEI/La Poste, Rz. 50.



## d) Bestehende Beihilfen

Bestehende Beihilfen i.S. von Art. 1 lit. b VVO unterliegen der laufenden Überprüfung durch die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten (Art. 108 Abs. 1 AEUV). Das entsprechende Verfahren ist in den Art. 21 bis 23 VVO festgelegt. Daneben wird das Verfahren für bestehende Beihilfen auch auf staatliche Massnahmen angewendet, welche von der Kommission ursprünglich nicht als Beihilfe eingestuft wurden, allerdings nach einer Praxisänderung des EuGH unter den Begriff der Beihilfe gefasst werden könnten.<sup>382</sup> Zu beachten ist, dass Einzelbeihilfen nicht von diesem Verfahren erfasst werden und somit nicht der Prüfung durch die Kommission unterliegen.<sup>383</sup> 203

## aa) Laufende Überprüfung

Nach Art. 26 VVO stützt sich die Kommission bei der laufenden Überprüfung auf die Jahresberichte, die von den Mitgliedstaaten erstellt werden. Sieht die Kommission aufgrund der ihr vorliegenden Informationen die bestehende Beihilfe als nicht mehr zulässig an, erteilt sie dem betroffenen Mitgliedstaat die Möglichkeit, dazu innerhalb eines Monats Stellung zu nehmen (Art. 21 Abs. 2 VVO). Hat der Mitgliedstaat diese Möglichkeit ergriffen und Stellung genommen und vertritt die Kommission dazu weiterhin dieselbe Auffassung bzgl. der Zulässigkeit, schlägt sie zweckdienliche Massnahmen vor, wie z.B. die Änderung oder Aufhebung der bestehenden Beihilfe (Art. 22 VVO). 204

Abhängig davon, ob der Mitgliedstaat eine von der Kommission vorgeschlagene zweckdienliche Massnahme akzeptiert oder nicht, ergeben sich daraus verschiedene Rechtsfolgen (Art. 23 VVO). Wird die vorgeschlagene Massnahme durch die Kommission angenommen, ist der Mitgliedstaat dazu verpflichtet, diese durchzuführen. Gleiches gilt, wenn der Mitgliedstaat die Vorschläge der Kommission zwar ablehnt, dafür aber eigene Vorschläge macht, welche die Kommission so akzeptiert.<sup>384</sup> An dieser Stelle endet das Verfahren. 205

<sup>382</sup> EuGH, C-182/03 und C-217/03, Rz. 71 ff.

<sup>383</sup> BARTOSCH, Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, Art. 1 der Verordnung 2015/1589, N 5.

<sup>384</sup> EuGH, Urteil vom 11. März 2009 in der Rechtssache T-354/05, ECLI:EU:T:2009:66 - TF1/Kommission, Rz. 71 ff.

206 Können die Kommission und der Mitgliedstaat sich hingegen nicht einigen und ist die Kommission weiterhin davon überzeugt, dass die «Umsetzung der zweckdienlichen Massnahme notwendig ist, um die Vereinbarkeit der bestehenden Beihilfe mit dem Beihilferecht der EU wiederherzustellen»<sup>385</sup>, eröffnet sie das förmliche Prüfverfahren nach Art. 6 ff. VVO.

*bb) Förmliches Prüfverfahren*

207 Nach Art. 4 Abs. 4 VVO eröffnet die Kommission bei Beendigung der Vorprüfung per Beschluss das förmliche Prüfverfahren. Dies ermöglicht es der Kommission, den Sachverhalt nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV i.V.m. Art. 6 und 9 VVO im Detail zu ermitteln und sich über allfällige Unklarheiten der Massnahme beim Mitgliedstaat zu informieren. Das förmliche Prüfverfahren ist Bedingung für eine allfällige Aufhebung oder Umgestaltung einer Beihilfe.

208 Der Beschluss über die Eröffnung des förmlichen Prüfverfahrens beinhaltet die Aufforderung an den betroffenen Mitgliedstaat und andere Beteiligte, innerhalb einer Frist Stellung zu nehmen und somit ihre Interessen im Verfahren einzubringen. Gleichzeitig ist zu betonen, dass das Verfahren sich dennoch weitgehend bilateral zwischen Kommission und Mitgliedstaat abspielt. Die Beteiligten, besonders die Konkurrenten, sind laut Rechtsprechung des EuGH lediglich eine «Informationsquelle der Kommission» und haben somit eine untergeordnete Stellung.<sup>386</sup> Die Kommission ist des Weiteren befugt, gegenüber anderen Beteiligten, namentlich anderen Mitgliedstaaten, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, Bussen auszusprechen, falls diese der Aufforderung zur Übermittlung von Informationen nicht ordnungsgemäss nachkommen (Art. 7 und 8 VVO).

209 Dieses Verfahren endet gem. Art. 9 VVO ebenso mit einem Beschluss über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Beihilfe bzw. mit der Feststellung, es handle sich bei der betroffenen Massnahme nicht um eine Beihilfe.

210 Im Gegensatz zu den neuen Beihilfen wurden die bereits bestehenden Beihilfen zu einem früheren Zeitpunkt rechtmässig erlassen. Eine Rückforderung solcher Beihilfen anzuordnen, erscheint daher als nicht sachgerecht. Daher gelten allfällige Anordnungen zu Änderungen oder Aufhebungen bestehender Beihilfen nur mit Wirkung für die Zukunft.<sup>387</sup>

---

<sup>385</sup> MAYORAZ, N 163.

<sup>386</sup> EuGH, Urteil vom 25. Juni 1998 in der Rechtssache T-371/94 und T-394/94, ECLI:EU:T:1998:140 - British Airways plc u.a./Kommission, Rz. 59 f.

<sup>387</sup> BARTOSCH, Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, Art. 20 der Verordnung 2015/1589, N 3.

## e) Neue Beihilfen

Alle Beihilfen, die nicht bereits bestehende Beihilfen sind, gelten nach Art. 1 lit. c VVO als neue Beihilfen. Werden bestehende Beihilfen abgeändert oder umgestaltet, gelten diese ebenfalls als neue Beihilfen. Dies ist dann der Fall, wenn die ursprüngliche Bestimmung, auf deren Grundlage die Beihilfe gewährt wurde, eindeutig verändert wurde.<sup>388</sup> Die Abgrenzung zwischen neuen und bestehenden Beihilfen ist von besonderer Bedeutung, da ausschliesslich neue Beihilfen vom Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV erfasst sind. Danach dürfen neue Beihilfen erst dann gewährt werden, wenn die Kommission die Massnahme genehmigt hat. Die Abgrenzung entscheidet, ob das Verfahren nach Art. 108 Abs. 1 oder jenes nach Abs. 3 AEUV zum Tragen kommt. Art. 1 VVO beinhaltet die Legaldefinition, woraus sich die Kriterien für diese Abgrenzung ergeben (dazu oben [Teil 1, III.4.b](#)).

211

## aa) Anmelde- und Notifizierungspflicht bei neuen Beihilfen

Art. 108 Abs. 3 AEUV sowie Art. 2 und 3 VVO sehen vor, dass die Mitgliedstaaten die Einführung neuer Beihilfen bei der Kommission anmelden müssen. Die Anmeldepflicht ist ein Grundbestandteil des mit dem AEUV im Bereich der staatlichen Beihilfen eingerichteten Kontrollsystems.<sup>389</sup> Vor der Anmeldung und Genehmigung durch die Kommission dürfen die Beihilfen nicht gewährt werden. Man spricht hier von der sog. Notifizierungspflicht neuer Beihilfen, welcher die Zentralregierungen der Mitgliedstaaten unterliegen. Dadurch erhält die Kommission die Möglichkeit, sich zur Zulässigkeit einer geplanten Beihilfe zu äussern. Das Verfahren für die Beurteilung von neuen Beihilfen ist mit dem Durchführungsverbot abgesichert (vgl. dazu unten [Teil 1, III.8.e\(cc\)](#)).<sup>390</sup>

212

Das Verfahren zur Beurteilung neuer Beihilfen besteht aus zwei Teilen: Zunächst prüft die Kommission ordentlich gemeldete Beihilfen vorläufig gem. Art. 4 VVO. Hat die Kommission Bedenken bezüglich der Zulässigkeit, eröffnet sie anschliessend das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 6 VVO. Die nationalen Gerichte schützen dabei die Rechte Dritter, welche sich aus einem Verstoss gegen die Notifizierungspflicht oder gegen das Durchführungsverbot ergeben.

213

<sup>388</sup> EuGH, Urteil vom 30. April 2002 in der Rechtssache T-195/01 und T-207/01, ECLI:EU:T:2002:111 - Gibraltar/Kommission, Rz. 11.

<sup>389</sup> EuGH, C-349/17, Rz. 56.

<sup>390</sup> MAYORAZ, N 148.

214 Das Durchführungsverbot ist unmittelbar anwendbares Unionsrecht. Das bedeutet, dass sich Konkurrenten eines durch die nicht vorab notifizierte Beihilfe begünstigten Unternehmens direkt an die nationalen Gerichte wenden können.<sup>391</sup> Dies hat Implikationen auf das Beihilfeverfahren für die Mitgliedstaaten. Die nationalen Gerichte haben den Beihilfetatbestand nämlich nach Art. 107 Abs. 1 AEUV zu prüfen, während die Prüfung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt der Kommission obliegt. Die Rollen der Kommission und der nationalen Gerichte sind somit komplementär, was wiederum bedeutet, dass bei der Prüfung einer Massnahme durch die Kommission ein nationales Gericht parallel dazu im Prüfungsprozess voranschreiten kann, ohne dass das Verfahren ausgesetzt werden muss.<sup>392</sup>

*bb) Vorprüfung neuer Beihilfen*

215 Die Vorprüfung neuer Beihilfen nach Art. 4 VVO dient dazu, die angemeldeten staatlichen Massnahmen summarisch auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht der EU zu untersuchen. Zudem kann die Kommission sich während der Untersuchungsfrist eine erste Meinung zur Vereinbarkeit bilden. Die Kommission muss dabei alle ihr zur Verfügung stehenden Informationen berücksichtigen und nötigenfalls weitere Informationen bei den Mitgliedstaaten einholen.

216 Dieses Verfahren findet im Unterschied zum förmlichen Prüfverfahren ausschliesslich bilateral, also zwischen Kommission und Mitgliedstaat, statt. Die Kommission ist nicht dazu verpflichtet, Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben (vgl. Art. 1. lit. f VVO). Zudem wird erst nach Abschluss der vorläufigen Prüfung der bei der Kommission eingegangenen Anmeldungen die Information im EU-Amtsblatt veröffentlicht, dass neue Beihilfen angemeldet wurden. Betroffene erfahren daher erst nach Abschluss der Vorprüfung davon.

217 Zum Abschluss der vorläufigen Prüfung kommt es einerseits, wenn die Kommission die Vereinbarkeit der angemeldeten Massnahme mit dem Beihilferecht der EU feststellt. Dabei entscheidet die Kommission mit einem Beschluss, ob es keinen Anlass zu Bedenken gibt (Art. 4 Abs. 2 und 3 VVO) oder die Massnahme überhaupt keine Beihilfe darstellt und damit genehmigt ist. Andererseits kommt es zum Abschluss der vorläufigen Prüfung, wenn Anlass zu Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der betroffenen Massnahme bestehen oder wenn unklar ist, ob es sich bei der Massnahme um eine Beihilfe

---

<sup>391</sup> EuGH, Urteil vom 11. Dezember 1973 in der Rechtssache 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 - Gebrüder Lorenz GmbH/Deutschland, Rz. 8.

<sup>392</sup> EuGH, C-39/94, Rz. 34 ff.

handelt. Die Kommission hat dazu das förmliche Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV i.V.m. Art. 6 und 9 VVO einzuleiten. In jedem Fall hat ein Beschluss innerhalb zweier Monate zu erfolgen, da ansonsten die angemeldete Beihilfe als genehmigt gilt (Art. 4 Abs. 5 und 6 VVO).

cc) *Durchführungsverbot*

Wie bereits erwähnt, dürfen die Mitgliedstaaten neue Beihilfen erst nach der Genehmigung durch die Kommission durchführen (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Bei Missachtung des Durchführungsverbots kann eine Beihilfe gem. ständiger Rechtsprechung des EuGH unmittelbar vor den mitgliedstaatlichen Gerichten angefochten werden.<sup>393</sup> Daneben können sich Einzelne direkt auf das Durchführungsverbot berufen und vor den nationalen Gerichten dessen Verletzung geltend machen. 218

Die Verletzung des Durchführungsverbots führt zur formellen Rechtswidrigkeit der Beihilfe (Art. 1 lit. f. VVO), wobei dies allerdings nicht die automatische Unvereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht zur Folge hat.<sup>394</sup> Wurde eine materiell zulässige Beihilfe trotz des Durchführungsverbots gewährt, ohne die Genehmigung der Kommission abzuwarten, ist diese zwar mit dem Binnenmarkt vereinbar, aber formell rechtswidrig. Die Rechtsfolgen eines solchen Verstosses sind durchaus gewichtig: Ein angerufenes mitgliedstaatliches Gericht muss bei einer Verletzung des Durchführungsverbots die nach nationalem Recht vorgesehenen Konsequenzen ziehen. Dies gilt einerseits in Bezug auf die Gültigkeit von Beihilfen, andererseits im Hinblick auf die Einziehung der unter Verstoss gegen das Durchführungsverbot gewährten finanziellen Unterstützung.<sup>395</sup> Das nationale Gericht hat grundsätzlich die Erstattung der vorzeitig gewährten Beihilfe anzuordnen.<sup>396</sup> Nationale Rechtsakte, auf deren Basis die Beihilfe vor der Anmeldung bzw. Genehmigung durch die Kommission beruhte, muss der Mitgliedstaat für ungültig erklären.<sup>397</sup> Die gerichtliche Anordnung wirksamer Massnahmen soll dazu dienen, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen und den früheren Zustand wiederherzustellen. 219

<sup>393</sup> Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-354/90, ECLI:EU:C:1991:440 - FNCE/Frankreich, Rz. 11.

<sup>394</sup> EuGH, C-39/94, Rz. 43.

<sup>395</sup> EuGH, C-354/90, Rz. 12.

<sup>396</sup> EuGH, C-71/04, Rz. 49.

<sup>397</sup> EuGH, C-354/90, Rz. 12.

- 220 Die nationalen Gerichte haben einen Verstoss gegen das Durchführungsverbot unabhängig davon festzustellen, ob die staatliche Massnahme nach dem Beihilferecht der EU zulässig ist. Den mitgliedstaatlichen Gerichten ist es daher nicht erlaubt, das Verfahren auszusetzen, bis die Kommission einen Entscheid fällt.<sup>398</sup> Die Kommission ist hingegen dazu verpflichtet, die Zulässigkeit einer staatlichen Massnahme zu prüfen, selbst wenn die infrage stehende Massnahme gegen das Durchführungsverbot verstösst.<sup>399</sup> Ergänzend zur Zuständigkeit der Kommission für die Beurteilung der Zulässigkeit einer staatlichen Massnahme stellen die nationalen Gerichte die Einhaltung des Durchführungsverbots sicher, bis die Kommission einen Entscheid gefällt hat. Die nationalen Gerichte und die Kommission nehmen damit ergänzende, aber unterschiedliche Rollen in der Beihilfeaufsicht bzw. im Beihilfeverfahren wahr.<sup>400</sup>

*dd) Förmliches Prüfverfahren*

- 221 Das förmliche Prüfverfahren für neue Beihilfen entspricht demjenigen für bestehende Beihilfen, weswegen an dieser Stelle auf die voranstehenden Ausführungen verwiesen wird (oben unter [Teil 1, III.8.d\)bb\)](#)). Anzumerken ist, dass das förmliche Prüfverfahren zwingend notwendig ist, um Vorgaben zur Anpassung oder Aufhebung von bestehenden Beihilferegelungen gegenüber einem Mitgliedstaat zu erlassen.

f) Weitere Verfahren

*aa) Rechtswidrige Beihilfen*

- 222 Rechtswidrige Beihilfen sind staatliche Massnahmen, die frühzeitig gewährt wurden und gegen das Durchführungsverbot verstossen (Art. 1 lit. f VVO). Sie sind aber nicht automatisch unzulässig, denn die Kommission kann die Unvereinbarkeit einer Beihilfe erst nach der Durchführung des förmlichen Prüfverfahrens feststellen.

---

<sup>398</sup> EuGH, Urteil vom 11. März 2010 in der Rechtssache C-1/109, ECLI:EU:C:2010:136 - CELF/SIDE, Rz. 32.

<sup>399</sup> EuGH, C-354/90, Rz. 14; EuGH, Urteil vom 14. Februar 1990 in der Rechtssache C-301/87, ECLI:EU:C:1990:67 - Frankreich/Kommission, Rz. 21.

<sup>400</sup> EuGH, Urteil vom 21. November 2013 in der Rechtssache C-284/12, ECLI:EU:C:2013:755 - Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, Rz. 27.

---

 aaa) Prüfungsverfahren

Das Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen ist ebenfalls zweistufig aufgebaut. Im Unterschied zum Verfahren bei bestehenden und neuen Beihilfen wurden die staatlichen Massnahmen vor ihrer Durchführung bei der Kommission in diesem Fall jedoch nicht angemeldet. Das Verfahren bei rechtswidrigen Beihilfen kann erst in die Wege geleitet werden, wenn die Kommission von einer rechtswidrig erlassenen staatlichen Massnahme Kenntnis erlangt hat. Dies geschieht in der Praxis hauptsächlich durch Hinweise von Konkurrenten über ein von der Kommission zur Verfügung gestelltes Onlineformular.<sup>401</sup> Die Kommission ist verpflichtet, den eingegangenen Informationen nachzugehen und mutmasslich rechtswidrige Beihilfen zu überprüfen (Art. 12 VVO). Benötigt die Kommission mehr Informationen, kann sie den Mitgliedstaat per Beschluss dazu auffordern, Auskünfte zu erteilen (Art. 12 Abs. 3 VVO). 223

Für die Dauer der Zulässigkeitsprüfung kann die Kommission eine sog. Aussetzungsanordnung (Art. 13 Abs. 1 VVO) erlassen, welche den Mitgliedstaat verpflichtet, alle rechtswidrigen Beihilfen auszusetzen, bis der Beschluss zur Zulässigkeit erlassen wird.<sup>402</sup> 224

Zusätzlich kann die Kommission eine einstweilige Rückforderungsanordnung erlassen. Hierbei wird der Mitgliedstaat dazu aufgefordert, die rechtswidrigen Beihilfen von den Empfängern zurückzufordern, bis die Kommission eine Entscheidung über die Vereinbarkeit mit dem Binnenmarkt fällt (Art. 13 Abs. 2 VVO). 225

Unabhängig davon, ob sich die allfällige Rückforderungspflicht für einen Mitgliedstaat aus einer Rückforderungsanordnung oder einem Rückforderungsbeschluss ergibt, muss der betreffende Mitgliedstaat die Rückforderung nach Art. 16 Abs. 2 und 3 VVO sofort und tatsächlich umsetzen. 226

Ist ein Rückforderungsbeschluss Gegenstand eines Rechtsstreits, kann ein Mitgliedstaat eine vorläufige Rückzahlung der betreffenden Beihilfe akzeptieren. Die vorläufige Umsetzung eines Rückforderungsbeschlusses kommt für einen Mitgliedstaat dann in Betracht, wenn dadurch die durch eine unvereinbare Beihilfe verursachte Wettbewerbsverfälschung vollständig, wenn auch nur vorläufig, beseitigt werden kann. Dies kann beispielsweise erreicht wer- 227

---

<sup>401</sup> Europäische Kommission, Beschwerdeformular Staatliche Beihilfen, abrufbar unter: [https://ec.europa.eu/competition/forms/intro\\_de.html](https://ec.europa.eu/competition/forms/intro_de.html).

<sup>402</sup> BARTOSCH, Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, Art. 20 der Verordnung 2015/1589, N 3; BARTOSCH, Verfahrensordnung in Beihilfesachen, Art. 13 der Verordnung 2015/1589, N 1 ff.

den, indem der Beihilfeempfänger den vollständigen Rückforderungsbetrag auf ein Treuhandkonto einzahlt.<sup>403</sup> Das Prüfungsverfahren endet schliesslich ebenso mit einem Beschluss nach Art. 4 VVO. Besteht für die Kommission weiterhin Anlass zu Bedenken, eröffnet sie das förmliche Prüfverfahren.

*bbb) Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen*

- 228 Wurden staatliche Beihilfen gewährt, die rechtswidrig (also unter Verletzung des Durchführungsverbots) und mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind, sind diese zurückzuzahlen. Das Ziel ist dabei die Wiederherstellung des früheren Zustands ohne die wettbewerbsverzerrende staatliche Massnahme.<sup>404</sup> Die Verpflichtungen zur Anordnung der Rückforderung von unter Verstoß des Durchführungsverbots gewährten Beihilfen sowie zur Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen nach Art. 16 Abs. 1 erster Satz VVO bestehen parallel und sind voneinander getrennt zu betrachten.
- 229 Der betroffene Mitgliedstaat fordert die Beihilfe zuzüglich der Zinsen selbst nach Massgabe des nationalen Rechts zurück. Die Zinsen werden nach einem von der Kommission festgelegten Satz berechnet (Art. 16 Abs. 2 VVO). Die Kommission ist nicht verpflichtet, den genauen Betrag der Rückforderung in ihrer Entscheidung zu nennen; dieser muss lediglich bestimmbar sein.<sup>405</sup>
- 230 Da die Rückerstattung Beihilfeempfänger in finanzielle Schwierigkeiten bringen kann, birgt die Gewährung von Beihilfen ohne vorgängige Anmeldung bei der Kommission erhebliche Risiken. Die Rückforderungsanordnung wird in der Beihilfeaufsicht deshalb als schärfstes Instrument betrachtet, um rechtswidrig gewährte Mittel wieder einzubringen.<sup>406</sup> Die Kommission hat seit 1999 Rückforderungen in der Höhe von etwa EUR 15 Mrd. angeordnet, wobei bis 2021 etwa EUR 11,4 Mrd. bereits zurückbezahlt wurden (ohne Zinsen).<sup>407</sup>

---

<sup>403</sup> Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen, ABl C 247 vom 23. Juli 2019, 1.

<sup>404</sup> EuGH, Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-277/00, ECLI:EU:C:2004:238 - Deutschland/Kommission, Rz. 74 ff.

<sup>405</sup> EuGH, Urteil vom 12.10.2000 in der Rechtssache C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559 - Spanien/Kommission, Rz. 25.

<sup>406</sup> MAYORAZ, N 171.

<sup>407</sup> Europäische Kommission, Commission's activity in the recovery of unlawful aid, Excel-Dokument, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/recovery.html](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/recovery.html)>.



---

Bei einer Rückforderungsanordnung durch die Kommission nach Art. 16 Abs. 3 VVO sind die nationalen Verfahrensvorschriften einschlägig, da unionsrechtliche Verfahrensvorgaben fehlen.<sup>408</sup> Zudem darf die Anwendung nationaler Verfahrensvorschriften eine Rückforderung nicht verunmöglichen. Laufen nationale Vorschriften den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der EU zuwider, müssen die nationalen Rechtsvorschriften notfalls unangewendet bleiben.<sup>409</sup> 231

Die Rechtsprechung des EuGH im Fall *Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH* zeigt beispielhaft, wie nationale Vorschriften durch das Unionsrecht verdrängt werden können. In diesem Sachverhalt ging es um das Unternehmen Alcan Deutschland GmbH, welches aufgrund von Strompreiserhöhungen den Betrieb einer seiner Aluminiumhütten in Ludwigshafen als nicht mehr rentabel erachtete und diese deshalb schliessen wollte. Das Arbeitsverhältnis der Angestellten wurde deswegen bereits aufgehoben. Das Land Rheinland-Pfalz stellte dem Unternehmen eine Überbrückungshilfe in Höhe von DM 8 Mio. zur Verfügung, um die Arbeitsplätze erhalten zu können. Über die Presse erlangte die Kommission davon Kenntnis. Sie bat daraufhin den Bundeswirtschaftsminister um Aufklärung, da es sich bei diesem Angebot aus Sicht der Kommission um eine genehmigungsdürftige Beihilfe handelte. Die Landesregierung von Rheinland-Pfalz genehmigte die Beihilfe dennoch. In der Folge stellte die Kommission die materielle Rechtswidrigkeit der Beihilfe fest und verlangte die Rückforderung von Deutschland. Weder Deutschland noch das Unternehmen selbst erhoben dagegen die mögliche Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV. Da das Land Rheinland-Pfalz die Beihilfe dennoch nicht zurückforderte, erhob die Kommission mit Erfolg eine Vertragsverletzungsklage nach Art. 258 AEUV vor dem EuGH gegen Deutschland. Nachdem das Urteil des EuGH fast vier Jahre später ergangen war, zog das Land die Beihilfebewilligung schliesslich zurück. Die unionsrechtliche Pflicht zur Rücknahme der Beihilfebewilligung verdrängte die übrigen vorgebrachten Bestimmungen und Grundsätze, so dass das betroffene Unternehmen sich weder auf den Ver-

 232

---

<sup>408</sup> BARTOSCH, Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, Art. 16 der Verordnung 2015/1589, N 1 ff.

<sup>409</sup> EuGH, Urteil vom 20. März 1997 in der Rechtssache C-24/95, ECLI:EU:C:1997:163 - Land Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH, Rz. 24 ff.

trauensschutz noch auf die nationalrechtlich geregelte Rücknahmefrist berufen konnte und die Kommissionsentscheidung in Rechtskraft erwuchs.<sup>410</sup>

- 233 In der neueren Rechtsprechung des EuGH im Fall *Eesti Pagar* stellte der EuGH sogar fest, dass das Unionsrecht dahingehend auszulegen sei, dass eine nationale Stelle, wenn sie eine Beihilfe unter fehlerhafter Anwendung der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (EG) 800/2008 (AGVO, vgl. auch [Teil 1, III.5.c\)](#) gewährt habe, kein berechtigtes Vertrauen in die Rechtmässigkeit der betreffenden Beihilfe zugunsten ihres Beihilfeempfängers begründen könne. Das unionsrechtswidrige Verhalten einer mit der Anwendung des Unionsrechts betrauten nationalen Behörde lasse kein berechtigtes Vertrauen eines Wirtschaftsteilnehmers darauf begründen, in den Genuss einer unionsrechtswidrigen Behandlung zu kommen. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes könne nach ständiger Rechtsprechung nämlich nicht gegen eine klare unionsrechtliche Bestimmung angeführt werden. Der Grundsatz aus der *Alcan*-Rechtsprechung, wonach nur eine Institution der Union schützenswertes Vertrauen schaffen kann, gelte auch unter der AGVO uneingeschränkt. Der Empfänger einer freigestellten Beihilfe könne durch eine Entscheidung einer nationalen Einrichtung, eine Beihilfe unter der AGVO zu gewähren, deswegen auch keinen Vertrauensschutz erlangen. Das Urteil präzisiert ferner, dass eine beihilfegewährende Stelle dazu verpflichtet ist, auf eigene Initiative die Beihilfen inkl. Zinsen zurückzufordern, sobald sie Kenntnis davon hat, dass die Freistellungsvoraussetzungen der AGVO im betroffenen Fall nicht gegeben waren. Der Verstoß gegen das Durchführungsverbot nach Art. 108 Abs. 3 AEUV sei des Weiteren sofort einzustellen. Der Beihilfegeber darf also, entsprechend der gängigen Praxis der meisten Mitgliedstaaten, nicht mehr darauf hoffen, dass die Kommission den Fall wegen Kapazitätsengpässen bzw. Überlastung nicht behandelt und es nicht zu einem Rückforderungsbeschluss kommt.

---

<sup>410</sup> Der EuGH antwortete dem deutschen Gericht bezüglich des Vertrauensschutzes, dass die zuständige Behörde gemeinschaftlich verpflichtet sei, den Bewilligungsbescheid für eine rechtswidrig gewährte Beihilfe selbst dann zurückzunehmen, wenn sie für dessen Rechtswidrigkeit in einem solchen Masse verantwortlich ist, dass die Rücknahme dem Begünstigten gegenüber als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheine, sofern der Begünstigte wegen Nichteinhaltung des in Art. 93 EGV (heutiger Art. 113 AEUV) vorgesehenen Verfahrens kein berechtigtes Vertrauen in die Ordnungsmässigkeit der Beihilfe haben konnte.

*bb) Missbräuchliche Anwendung von Beihilfen*

Bisweilen bedient sich die Kommission der Rechtsform des Beschlusses, um den Empfängern Orientierungshilfen für die Gewährung und Verwendung der Beihilfe zur Verfügung zu stellen.<sup>411</sup> Wird gegen diesen verstossen, liegt eine missbräuchliche Anwendung vor. Die Rechtsverletzung erfolgt hier durch den Beihilfeempfänger selbst und nicht wie sonst üblich durch den Mitgliedstaat. Aber auch hier wird der Mitgliedstaat gegenüber der Kommission zur Verantwortung gezogen.<sup>412</sup> Die Kommission kann nach Art. 28 VVO als Mittel gegen die missbräuchliche Anwendung von Beihilfen ein vereinfachtes Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV einleiten oder ein förmliches Prüfverfahren eröffnen, welches dann mit einer der in Art. 9 Abs. 2 bis 5 VVO aufgelisteten Entscheidungen endet.

234

*cc) Sektoruntersuchung*

Im Bereich der staatlichen Beihilfen gibt es nach Art. 25 Abs. 1 VVO die Möglichkeit, Untersuchungen ausgewählter Sektoren durchzuführen. Dazu muss die Kommission einen hinreichenden Verdacht haben, dass staatliche Beihilfen den Wettbewerb in mehreren Mitgliedstaaten beeinträchtigen können oder dass bestehende Beihilfen in einem bestimmten Wirtschaftszweig nicht oder nicht mehr mit dem Beihilferecht der EU vereinbar sind.<sup>413</sup> Die Kommission muss ihren Verdacht begründen. Diese Möglichkeit der sog. Sektoruntersuchung wurde im Zuge der Modernisierung des Beihilferechts 2012 eingeführt. Die Kommission erlangt durch dieses Instrument mehr Kenntnisse über das Funktionieren bestimmter Wirtschaftszweige und kann so besser verstehen, wie die staatlichen Eingriffe beihilferechtlich einzuordnen sind. Sie ist dabei nach Massgabe der Verhältnismässigkeit befugt, vom betreffenden Mitgliedstaat und Unternehmen beihilferechtlich relevante Auskünfte zu verlangen (Art. 25 Abs. 1 Uabs. 1 letzter Satz VVO).

235

Im April 2015 leitete die Kommission die erste Sektoruntersuchung über staatliche Beihilfen im Bereich Strom ein. Sie hatte Bedenken, dass Kapazitätsmechanismen bestimmte Erzeuger oder Technologien begünstigen und sowohl den Wettbewerb im Strommarkt als auch den Handel mit Strom beeinträchti-

236

<sup>411</sup> Pressemitteilung vom 29. April 2015, Staatliche Beihilfen: Kommission gibt Orientierungshilfe zur Zulässigkeit der Gewährung lokaler staatlicher Fördermassnahmen ohne vorherige Genehmigung der Kommission, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP\\_15\\_4889](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_15_4889)>.

<sup>412</sup> MAYORAZ, N 172.

<sup>413</sup> MAYORAZ, N 175.

gen könnten. Durch öffentliche Unterstützung für Kapazitätsanbieter bestehe das Risiko, so die Befürchtung der Kommission, dass im Strommarkt Wettbewerbsverzerrungen entstehen. In ihrem abschliessenden Bericht vom November 2016 gelangt die Kommission u.a. zum Schluss, dass trotz Reformen auf dem Markt Ungewissheit darüber herrsche, ob von den immer stärker schwankenden Marktpreisen und auftretenden Stromengpässen tatsächlich Impulse zu langfristigen Investitionsentscheidungen ausgingen.<sup>414</sup> Diese Schlussfolgerungen beziehen sich insbesondere darauf, inwieweit verschiedene Arten von Kapazitätsmechanismen geeignet sind, Probleme im Zusammenhang mit der Stromversorgungssicherheit möglichst kostengünstig zu bewältigen, ohne dass sie übermässige Marktverzerrungen hervorrufen. Sie stellen somit gewissermassen Orientierungshilfen für die Mitgliedstaaten dar.

g) Rechtsschutz

aa) *Rechtsschutz vor dem EuGH*

237 Gerade weil die Rechte der Beteiligten im Beihilfeverfahren relativ restriktiv ausgestaltet sind, spielt der Rechtsschutz der Betroffenen eine herausragende Rolle. Daher kann ein grosses Interesse für den Beihilfeempfänger, seine Konkurrenten und die Mitgliedstaaten an der gerichtlichen Überprüfung einer Kommissionsentscheidung bestehen. Von Belang sind sowohl nationale Verfahren als auch diejenigen vor den Gerichten der EU. Insoweit ist für Klagen von natürlichen oder juristischen Personen in Beihilfesachen in erster Instanz das EuG zuständig, während ein Mitgliedstaat direkt an den EuGH gelangt (vgl. Art. 256 AEUV).<sup>415</sup>

238 In der beihilferechtlichen Praxis kommt die *Nichtigkeitsklage* nach Art. 263 AEUV am häufigsten zum Zuge, um gegen Beschlüsse der Kommission vorzugehen.<sup>416</sup> Weiter stehen die *Untätigkeitsklage* (Art. 265 AEUV), die *Vorabentscheidung* (Art. 267 AEUV), die *Schadenersatzklagen* (Art. 268 und 340 AEUV) und *Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes* (Art. 279 AEUV) zur Verfügung.<sup>417</sup> Wird eine Kommissionsentscheidung von mehreren Betroffenen angefochten, also von einem Mitgliedstaat und einem Dritten, können die Verfahren i.S.d. Effizienz verbunden werden.<sup>418</sup>

---

<sup>414</sup> Pressemitteilung der Kommission vom 30. November 2016, IP/16/4021.

<sup>415</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108, N 12.

<sup>416</sup> MAYORAZ, N 179.

<sup>417</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108, N 12.

<sup>418</sup> KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 196.

aaa) *Nichtigkeitsklage*

Die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV stellt sowohl für Mitgliedstaaten und Beihilfeempfänger als auch für Konkurrenten der Beihilfeempfänger eine wichtige Rechtsschutzmöglichkeit gegen Kommissionsbeschlüsse dar. Dabei ist vorgängig die Frage der Klagebefugnis zu ermitteln. 239

Wesentlich ist dabei, dass ein im Rahmen des vorläufigen und förmlichen Beihilfeprüfverfahrens erlassener Kommissionsbeschluss sich ausschliesslich an den betroffenen Mitgliedstaat (Art. 25 Abs. 2 VVO) richtet. Die Mitgliedstaaten geniessen eine privilegierte Klagebefugnis nach Art. 263 Abs. 2 AEUV. Drittbetreffene Wettbewerber müssen dagegen ihre unmittelbare und individuelle Betroffenheit durch einen Vereinbarkeitsbeschluss der Kommission darlegen (Art. 263 Abs. 4 AEUV). Das Merkmal der unmittelbaren Betroffenheit ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dann gegeben, «wenn sich die Handlung [der Organe der EU] unmittelbar auf ihre [natürliche oder juristische Person] Rechtsstellung auswirkt und die Durchführung der Handlung rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Gemeinschaftsregelung ergibt, ohne dass weitere Durchführungsvorschriften angewendet werden»<sup>419</sup>. Ob Dritte auch individuell betroffen sind, lässt sich anhand der sog. *Plaumann-Formel*<sup>420</sup> beurteilen. Dieses Kriterium ist erfüllt, «wenn die Entscheidung ihn [Kläger] wegen 240

<sup>419</sup> EuGH, Urteil vom 5. Mai 1998 in der Rechtssache C-386/96 P, ECLI:EU:C:1998:193 - Société Louis Dreyfus & CIE./Kommission, Rz. 43.

<sup>420</sup> EuGH, Urteil vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62, ECLI:EU:C:1963:17 - Plaumann & Co./Kommission. Dem Plaumann-Urteil lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Deutschland hatte bei der EU-Kommission einen Antrag auf Ermächtigung zur Änderung des Zollsatzes für die Einfuhr von Clementinen aus Drittstaaten eingereicht, der von der Kommission abgewiesen wurde. Die Plaumann Importgesellschaft erhob daraufhin Nichtigkeitsklage beim EuGH gegen die Entscheidung der Kommission. Der EuGH führte aus, dass wer nicht Adressat einer Entscheidung sei, nur dann geltend machen könne, von ihr individuell betroffen zu sein, wenn die Entscheidung ihn wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten selbst. Die Klägerin war im vorliegenden Fall durch die umstrittene Entscheidung in ihrer Eigenschaft als Importeurin von Clementinen betroffen. Aber im Hinblick auf eine kaufmännische Tätigkeit, die jederzeit durch jedermann ausgeübt werden könne und sei daher nicht geeignet, die Klägerin gegenüber der angefochtenen Entscheidung in gleicher Weise zu individualisieren wie den Adressaten.

bestimmter persönlicher Eigenschaften oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher in ähnlicher Weise individualisiert wie den Adressaten.»<sup>421</sup>

- 241 Die Nichtigkeitsklage dient dem Zweck, die Einhaltung und Anwendung des Unionsrechts durch die EU-Organe sicherzustellen.<sup>422</sup> In Beihilfesachen stehen dabei besonders Beschlüsse der Kommission und solche des Rates in Fällen von Art. 108 Abs. 2 Uabs. 3 AEUV im Vordergrund. Gemeint sind Fälle, in denen der Rat einstimmig auf Antrag eines Mitgliedstaats feststellt, dass aussergewöhnliche Umstände vorliegen, die eine gewährte oder geplante Beihilfe des infrage stehenden Staates in Abweichung von Art. 107 AEUV oder von den nach Art. 109 AEUV erlassenen Verordnungen rechtfertigen. Klagegegenstand der Nichtigkeitsklage ist sowohl im vorläufigen als auch im förmlichen Prüfverfahren der abschliessende Beschluss.<sup>423</sup>
- 242 Die Nichtigkeitsklage ist begründet, wenn der angefochtene Rechtsakt gegen Art. 263 Abs. 2 AEUV verstösst, also mit einem darin aufgeführten Nichtigkeitsgrund behaftet ist. Dies ist dann der Fall, wenn ein Mitgliedstaat, das Europäische Parlament, der Rat oder die Kommission wegen Unzuständigkeit, Verletzung der Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer bei der Durchführung des EuGH anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmissbrauchs die Klage erhebt.
- 243 Der Nichtigkeitsklage kommt gem. Art. 278 AEUV keine aufschiebende Wirkung zu. Im Hinblick auf Rückforderungsbeschlüsse bedeutet dies, dass die Rückzahlung erfolgen muss, auch wenn ein Verfahren gegen den Kommissionsbeschluss bereits läuft.<sup>424</sup> Die Klagefrist beträgt zwei Monate.
- 244 Das Urteil hat gemäss Art. 264 AEUV zur Folge, dass der angefochtene Rechtsakt *ex tunc* aufgehoben wird.
- 245 Innerstaatlich steht den Betroffenen der nationale Rechtsweg gegen die Rückzahlungsanordnung zur Verfügung. Die einzelstaatlichen Gerichte sind damit von grosser Bedeutung, wenn es um die Durchsetzung von Rückforderungs-

---

<sup>421</sup> FRENZ, Frenz 2007,1592; EuGH, 25/62, Rz. 238. Trotz Kritik an der Plaumann-Formel bestätigt der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung die Formel weiterhin, vgl. EuGH, Urteil vom 3. Oktober 2013 in der Rechtssache C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625 - Inuit Tapiriit Kanatami u.a./Parlament u. Rat der EU, Rz. 69 ff.

<sup>422</sup> FRENZ, Frenz 2007, 1583; BUNDI, System, 237.

<sup>423</sup> KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 400.

<sup>424</sup> EuGH, Urteil vom 22. März 2001 in der Rechtssache C-261/99, ECLI:EU:C:2001:179 - Frankreich/Kommission, Rz. 18 ff.

beschließen der Kommission gem. Art. 14 Abs 1 VerfVO geht. Hierbei wird es sich aber meist um Klagen auf Nichtigkeitserklärung einer einzelstaatlichen Rückzahlungsanordnung handeln. Stellen sich Fragen der Gültigkeit der Kommissionsentscheidungen, sind diese nach Massgabe des Art. 267 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.<sup>425</sup>

### *bbb) Untätigkeitsklage*

Im Unterschied zur Nichtigkeitsklage, welche die Anfechtung eines bereits erlassenen Beschlusses zum Gegenstand hat, zielt die Untätigkeitsklage in Beihilfesachen auf die Feststellung ab, dass ein beklagtes Organ der EU eine Beschlussfassung vertragswidrig unterlassen hat (Art. 265 Abs. 1 AEUV). In der Praxis kommt die Untätigkeitsklage weit weniger häufig zur Anwendung, da sie nur dann zulässig ist, wenn die infrage stehende Einrichtung einer Aufforderung zum Tätigwerden nicht binnen zweimonatiger Frist nachkommt. Ein weiterer Grund dürfte sein, dass es weit weniger Konstellationen gibt, in denen ein Organ zum Handeln verpflichtet ist und dies pflichtwidrig nicht tut.

246

Der Gegenstand der Ungültigkeitsklage ist damit die pflichtwidrige Unterlassung einer Beschlussfassung durch die Kommission oder den Rat. Nach der Rechtsprechung des EuGH entscheidet sich die Begründetheit eines Antrags auf Feststellung der Untätigkeit, wenn die Kommission «zu der Zeit, als sie nach Art. 175 des EG-Vertrages [heutiger Art. 265 AEUV] zum Tätigwerden aufgefordert wurde, eine entsprechende Verpflichtung traf».<sup>426</sup> Der Kommission obliegt aufgrund ihrer ausschliesslichen Zuständigkeit für die Beurteilung der Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe mit dem EU-Binnenmarkt die Verantwortung, im Interesse einer ordnungsgemässen Anwendung der grundlegenden Vorschriften, eine Beschwerde, mit der beanstandet wird, dass eine mit dem gemeinsamen Markt unvereinbare Beihilfe gewährt worden sei, sorgfältig und unvoreingenommen zu überprüfen.<sup>427</sup>

247

Klageberechtigt sind gem. Art. 265 Abs. 3 AEUV neben den Mitgliedstaaten und Organen der EU auch natürliche und juristische Personen unter den in Abs. 1 und 2 genannten Voraussetzungen. Bereits in seinem Urteil vom 26. November 1996 in der Rechtssache C-69/95 (T. Port, Slg. 1996, I-6065, Rn 59) hatte der Gerichtshof klargestellt, dass Art. 175 Abs. 3 des Vertrages [heutiger

248

<sup>425</sup> BUNDI, System, 270.

<sup>426</sup> EuG, Urteil vom 15. September 1998 in der Rechtssache T-95/96, ECLI:EU:T:1998:206 - Gestesión Telecinco/Kommission, Rz. 71.

<sup>427</sup> EuG, T-95/96, Rz. 72.

Art. 265 AEUV] dahingehend auszulegen ist, dass der Einzelne Untätigkeitsklage gegen ein Organ erheben kann, dass es unterlassen hat, einen Rechtsakt zu erlassen, der zwar nicht an ihn gerichtet ist, ihn aber unmittelbar und individuell betrifft.<sup>428</sup>

- 249 Die Frist zur Stellungnahme (sog. Stellungnahmefrist) für das Organ oder die infrage stehende Einrichtung beträgt zunächst zwei Monate. Bei Verstreichen dieser Frist kann die Untätigkeitsklage gem. Art. 265 Abs. 2 AEUV innert weiterer zwei Monate erhoben werden (sog. Klagefrist).
- 250 Im abschliessenden Feststellungsurteil wird festgehalten, dass es die Kommission unterlassen hat, einen Beschluss zu fassen, obwohl sie dazu verpflichtet gewesen wäre.<sup>429</sup> Die Kommission muss gemäss Art. 266 Abs. 1 AEUV schliesslich die sich aus dem Urteil ergebenden Massnahmen ergreifen.

*ccc) Vorabentscheidung*

- 251 Vorfragen zum Beihilferecht können in einem Vorabentscheidungsverfahren bzw. Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV vor staatlichen Gerichten geklärt werden, ohne dass dabei die direkte und individuelle Betroffenheit der Beteiligten eine Rolle spielt.<sup>430</sup> Hierbei ist für die Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem EU-Recht ausschliesslich die Kommission zuständig. Deswegen ist es einem nationalen Gericht nicht möglich, den Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens über die Vereinbarkeit einer Beihilfe mit dem Binnenmarkt zu befragen.<sup>431</sup> Hingegen können der EuGH und der EuG dem vorlegenden Gericht Anhaltspunkte hinsichtlich der Vereinbarkeit einer Massnahme geben und die Gültigkeit von Kommissionsentscheidungen über die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem Binnenmarkt überprüfen.<sup>432</sup> Falls ein Beihilfeempfänger Kenntnis darüber hat, dass der an den Mitgliedstaat gerichtete Rückforderungsentscheid der Kommission (in schriftlicher Form) vorliegt und er diesen nicht nach Art. 236 AEUV anfecht, bleibt es ihm verwehrt, die Gültigkeit dieser Entscheidung nachträglich in einem Vorlageverfahren anzugreifen. Das nationale Gericht bleibt vielmehr an die Entscheidung der Kom-

---

<sup>428</sup> EuGH, Urteil vom 26. November 1996 in der Rechtssache C-68/95, ECLI:EU:C:1996:452 - T. Port GmbH & Co. KG gegen Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, Rz. 59.

<sup>429</sup> SOLTÉSZ, § 44, N 76.

<sup>430</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 267, N 19.

<sup>431</sup> EuGH, C-237/04, Rz. 23.

<sup>432</sup> EuGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C-148/04, ECLI:EU:C:2005:774 - Unicredito Italiano SpA/Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1, Rz. 43.



mission gebunden.<sup>433</sup> Erhält der Kläger hingegen von einer Kommissionsentscheidung erst durch die staatliche Umsetzungsentscheidung angemessene Kenntnis, ist die indirekte Anfechtung nicht präkludiert.<sup>434</sup> Schliesslich steht das Vorlageverfahren auch demjenigen offen, dem die Nichtigkeitsklage mangels unmittelbarer und individueller Betroffenheit verwehrt ist. Ausgeschlossen sind dabei Fälle der Fristversäumung aus Gründen der Rechtssicherheit. Besteht aus Sicht eines nationalen Gerichts ein Zweifel an der Vereinbarkeit einer Massnahme mit dem EU-Recht und dem Verfassungsrecht, muss es vorlegen, selbst wenn im Mitgliedstaat ein Verfahren zur Verfassungskontrolle hängig ist.<sup>435</sup>

#### *ddd) Schadenersatzklage*

Ein Wettbewerber kann bei Nichteinschreiten der Kommission gemäss Art. 340 Abs. 2 AEUV Schadenersatzansprüche nach Art. 268 AEUV gegen eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe geltend machen. Denkbar ist hier, dass ein Beihilfeempfänger den Schaden einklagt, der ihm etwa durch einen rechtswidrigen Negativbeschluss der Kommission entstanden ist.<sup>436</sup> Entsprechende Klagen sind in der Praxis jedoch kaum von Bedeutung.<sup>437</sup> 252

Voraussetzung für die Schadenersatzklage (auch Amtshaftungsklage) ist das Eintreten eines tatsächlichen und sicheren Schadens, welcher durch ein rechtswidriges Verhalten eines mitgliedstaatlichen Organs ausgelöst wurde. Dabei muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem geltend gemachten Schaden bestehen.<sup>438</sup> Die Verurteilung zur Schadenersatzzahlung erfolgt in Form eines Leistungsurteils.<sup>439</sup> 253

<sup>433</sup> EuGH, Urteil vom 9. März 1984 in der Rechtssache C-188/92, ECLI:EU:C:1994:90 - TWD/Bundesrepublik Deutschland, Rz. 10 ff., 26; EuGH, Urteil vom 30. Januar 1997 in der Rechtssache C-178/95, ECLI:EU:C:1997:46 - Wiljo/Belgische Staat, Rz. 21.

<sup>434</sup> EuGH, Urteil vom 27. September 1983 in der Rechtssache 216/82, ECLI:EU:C:1989:248 - Universität Hamburg/Hauptzollamt Hamburg-Kehrwieder, Rz. 10; EuGH, C-188/92, Rz. 22.

<sup>435</sup> EuGH, Urteil vom 4. Juni 2015 in der Rechtssache C-5/14, ECLI:EU:C:2015:234 - Kernkraftwerke Lippe-Ems GmbH/Hauptzollamt Osnabrück, Rz. 29 ff.

<sup>436</sup> BUNDI, System, 249.

<sup>437</sup> SOLTÉSZ, § 43, N 37.

<sup>438</sup> EuGH, Urteil vom 14. Januar 1993 in der Rechtssache C-257/90, ECLI:EU:C:1993:8 - Italostar SpA/Kommission, Rz. 33.

<sup>439</sup> BUNDI, System, 249; Pechstein/Görlitz, 737.

- 254 Der Schadenersatz- bzw. Amtshaftungsklage kommt ein eigenständiger Charakter zu.<sup>440</sup> Sie ist nach der Rechtsprechung gegenüber der Nichtigkeits- und Untätigkeitsklage daher nicht subsidiär.<sup>441</sup> Gegenüber den nationalen Rechtsschutzmöglichkeiten kommt sie indes nur subsidiär zur Anwendung.<sup>442</sup>

*eee) Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes*

- 255 Zur Sicherung des effektiven Rechtsschutzes sieht Art. 279 AEUV die Möglichkeit einer einstweiligen Anordnung vor. Dies weil die Klageerhebung noch nichts am Rechtsverhältnis der Verfahrensbeteiligten ändert, was in der Folge die Gefahr birgt, vollendete Tatsachen zu schaffen, bevor eine Entscheidung in der Hauptsache ergehen kann.<sup>443</sup> Die einstweilige Anordnung i.S.v. Art. 279 AEUV kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es sich in der Hauptsache um eine Untätigkeits-, Feststellungs- oder Schadenersatzklage handelt.<sup>444</sup> Reicht bei einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV die einstweilige Aussetzung der angefochtenen Handlung nach Art. 278 AEUV zur Sicherung der Rechtsstellung des Klägers allein nicht aus, kann parallel dazu ebenfalls eine einstweilige Anordnung nach Art. 279 AEUV beantragt werden. Hinsichtlich eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 AEUV macht die Kommission in zunehmendem Masse Vertragsverstösse der Mitgliedstaaten zum Gegenstand von Anträgen auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach Art. 279, um den Mitgliedstaaten das beanstandete Verhalten (sofort) zu untersagen.<sup>445</sup> In Bezug auf Beihilfefälle ist Art. 279 AEUV z.B. dann von Bedeutung, wenn dadurch weitere Auszahlungen unterlassen werden.

*fff) Vertragsverletzungsklage*

- 256 Die Vertragsverletzungsklage (Art. 258-260 AEUV) bietet der Kommission und den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Verletzung des Vertrags durch den EuGH feststellen zu lassen.<sup>446</sup> Der Gegenstand des Verfahrens ist somit die Feststellung eines mitgliedstaatlichen Verstosses gegen die Verträge. Das Ver-

---

<sup>440</sup> FRENZ, Frenz 2007, 1640 ff.

<sup>441</sup> EuGH, Urteil vom 2. Dezember 1971 in der Rechtssache 5/71, ECLI:EU:C:1971:116 - Zuckerfabrik Schöppenstedt/Rat, Rz. 3, welches das Plaumann-Urteil in Bezug auf die Subsidiarität gegenüber der Nichtigkeitsklage revidierte.

<sup>442</sup> EuGH, Urteil vom 2. März 1978 in der Rechtssache C-12/77, ECLI:EU:C:1978:42 - Debayser SA/Kommission.

<sup>443</sup> Nomos EU-Kommentar-SCHWARZE/VOET VON VORMIZEELE, Art. 279 AEUV, N 2.

<sup>444</sup> Von Winterfeld, 1413.

<sup>445</sup> Nomos EU-Kommentar-SCHWARZE/VOET VON VORMIZEELE, Art. 279 AEUV, N 10.

<sup>446</sup> FRENZ, Frenz 2010, 2517 f.

tragsverletzungsverfahren nach Art. 285 AEUV bildet dabei die bedeutsamste prozessuale Form, in der die Kommission ihrer in Art. 17 EUV angelegten, materiellen Rolle als Hüterin der Verträge entspricht. Nach Art. 258 AEUV obliegt es der Kommission, die Mitgliedstaaten bei der Einhaltung ihrer vertraglichen Pflichten zu überwachen und allfällige Verstöße gegen diese Verpflichtungen feststellen zu lassen, damit sie abgestellt werden.<sup>447</sup> Art. 258 AEUV dient weder dem Schutz der eigenen Rechte der Kommission noch dem Schutz sonstiger individueller Rechtspositionen über die Anwendung des EU-Rechts. Somit ist das Vertragsverletzungsverfahren als objektives Rechtsschutzverfahren konzipiert.<sup>448</sup> Deswegen sind Klagen einzelner EU-Bürger, mit denen geltend gemacht wird, dass die Kommission verpflichtet sei, das Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten, unzulässig. Ferner folgt aus der objektivrechtlichen Funktion des Verfahrens, dass die Klage nach Art. 258 AEUV eine reine Ordnungsfunktion hat und keine Sanktionsnorm bzw. strafrechtlichen Charakter aufweist. Sie dient der ausschliesslichen Feststellung vertragswidriger Zustände und hat zum Zweck, die Mitgliedstaaten durch das Einlenken im Vorverfahren oder durch eine den Verstoß feststellende gerichtliche Entscheidung dahingehend zu lenken, dass sie ihr Verhalten an die vertraglichen Pflichten ausrichten.<sup>449</sup> Das Instrument der Vertragsverletzungsklage ist für die Kommission im Hinblick auf Beihilfefälle beispielsweise dann von Bedeutung, wenn sie gegen einen Mitgliedstaat vorgehen muss, der unzulässige Beihilfen ausbezahlt.

Anzumerken ist, dass Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV und Art. 23 Abs. 1 VVO überdies eine Sonderform der Vertragsverletzungsklage vorsehen. Diese Klageform kommt dann zum Zug, wenn ein Mitgliedstaat einer Rückforderungsanordnung oder einer Rückforderungsverpflichtung einer nicht mit dem Binnenmarkt vereinbaren Beihilfe nicht fristgerecht nachkommt. Die Kommission kann in einem solchen Falle nach Art. 108 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV ohne Vorverfahren auf Feststellung einer Vertragsverletzung klagen.<sup>450</sup> Die Kommission und jeder betroffene Mitgliedstaat kann demnach den Gerichtshof der EU unmittelbar anrufen, wenn der betreffende Mitgliedstaat den Beschlüssen inkl.

257

<sup>447</sup> EuGH, Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73, ECLI:EU:C:1974:35 - Kommission/Frankreich, Rz. 15.

<sup>448</sup> EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009 in der Rechtssache C-275/8, ECLI:EU:C:2009:632 - Kommission/Deutschland, Rz. 26.

<sup>449</sup> Nomos EU-Kommentar-SCHWARZE/VOET VON VORMIZEELE, Art. 258 AEUV, N 3.

<sup>450</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108 AEUV, N 4.

Bedingungen und Auflagen nicht nachkommt. Das abschliessende Feststellungsurteil richtet sich an den betreffenden Mitgliedstaat und verpflichtet diesen zur Beseitigung des vertragswidrigen Zustands *ex nunc*.<sup>451</sup>

*bb) Rechtsschutz vor nationalen Gerichten*

- 258 Aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Art. 108 Abs. 3 AEUV haben Mitgliedstaaten die Pflicht, die Rechte des Einzelnen gegen eine mögliche Verletzung der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots durch staatliche Stellen zu schützen. Die EU-Rechtsprechung bestätigte, dass den nationalen Gerichten Kompetenzen in der Beihilfeüberwachung zukämen und insbesondere für Konkurrentenklagen von Bedeutung seien.<sup>452</sup> Die nationalen Gerichte sind dazu verpflichtet, die Rückforderung bereits gewährter Beihilfen anzuordnen und Massnahmen zum Schutz Dritter zu treffen, noch bevor die Kommissionsentscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt gefällt wurde.<sup>453</sup> Ob die Beihilfe materiellrechtlich mit dem einschlägigen EU-Recht vereinbar ist, bleibt ausschliesslich der Kommission unter der Kontrolle des EuGH vorbehalten.<sup>454</sup>
- 259 Für den Konkurrentenschutz und die Durchsetzung des Durchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 AEUV spielen die nationalen Gerichte deshalb eine wichtige Rolle. Dies hat die Kommission in einer entsprechenden Bekanntmachung<sup>455</sup> präzisiert. Darin unterstreicht sie die Pflicht der nationalen Gerichte, insbesondere die Interessen der Wettbewerber des begünstigten Unternehmens zu wahren.
- 260 Die Interessensdurchsetzung der Wettbewerber erfolgt auf Grundlage des jeweiligen nationalen Prozess- und Verfahrensrechts.<sup>456</sup> Die mitgliedstaatlichen Gerichte können sowohl bei der Durchsetzung des Durchführungsverbots als auch im Beihilferückforderungsverfahren angerufen werden, da beide nach nationalem Recht durchzuführen sind.<sup>457</sup>

---

<sup>451</sup> BUNDI, System, 249.

<sup>452</sup> KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 196.

<sup>453</sup> EuGH, C-39/94, Rz. 39 ff.

<sup>454</sup> EuGH, Urteil vom 22. März 1977b in der Rechtssache 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 - Steinike und Weinlig/Deutschland, Rz. 9; EuGH, C-354/90, Rz. 14.

<sup>455</sup> ABI C 312, 8.

<sup>456</sup> Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108, N 21.

<sup>457</sup> Koenig/Kühling/Ritter, 214.

Die Anrufung nationaler Gerichte kommt v.a. bei Schadenersatzforderungen infrage. Möglich ist dies für Fälle, in denen ein Wettbewerber aufgrund eines Verstosses gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV oder wegen der Nichtimplementierung einer Kommissionsentscheidung einen quantifizierbaren Schaden erlitten hat. Denkbar sind hier beispielsweise Amtshaftungsansprüche nach nationalem Recht. Infrage kommen auch Schadenersatzansprüche eines Wettbewerbers gegen den Beihilfeempfänger, wie der EuGH im Urteil *SFEI/La Poste* verdeutlichte: Obwohl das Unionsrecht keine ausreichende Grundlage für die Haftung eines Beihilfeempfängers biete, stehe einer ausservertraglichen Haftung des Beihilfeempfängers auf Grundlage des nationalen Rechts nichts entgegen, sofern sich der Empfänger nicht über die Notifizierungspflicht vergewissert habe.<sup>458</sup>

261

## 9. Drittstaatliche Subventionen

### a) Allgemeines

Am 12. Januar 2023 trat die neue Verordnung über drittstaatliche Subventionen des Europäischen Parlaments und des Rates, mit Wirkung ab dem 12. Juli 2023, in Kraft.<sup>459</sup> Die Verordnung ist als Teil einer europäischen Strategie zur Eindämmung drittstaatlicher Einflussnahme zu sehen<sup>460</sup> und war insbesondere angesichts der wachsenden Investitionen chinesischer Unternehmen in der EU<sup>461</sup> (siehe z.B. *Chem/China – Syngenta*<sup>462</sup>) auf die Agenda der Kommission getreten. Die Kommission macht indes deutlich, dass die EU dabei auch andere Global Player im Visier hat (USA, UK, Russland und die Schweiz).<sup>463</sup> In-

262

<sup>458</sup> EuGH, C-39/94, Rz. 75.

<sup>459</sup> Verordnung (EU) 2022/2560 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl L 330 vom 23. Dezember 2022, 1.

<sup>460</sup> Vgl. COM(2021) 223 final, 58 f.

<sup>461</sup> Vgl. auch den Bericht des Europäischen Rechnungshof, *Die Reaktion der EU auf Chinas staatlich gelenkte Investitionsstrategie*, 12 ff., abrufbar unter: <[https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/RW20\\_03/RW\\_EU\\_response\\_to\\_China\\_DE.pdf](https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/RW20_03/RW_EU_response_to_China_DE.pdf)>, wonach bestimmte Subventionen, die vom chinesischen Staat gewährt wurden, staatliche Beihilfen darstellen würden, wenn sie von einem EU-Mitgliedstaat gewährt würden, was zu Wettbewerbsverzerrungen führe.

<sup>462</sup> Vgl. hierzu BAUMANN, *Investitionskontrollen*, 75; TRAPP, *Chinesische Staatsunternehmen*, 327 ff.

<sup>463</sup> So seien im Jahr 2020 insgesamt 1724 Subventionsmaßnahmen von den fünf wichtigsten Handelspartnern der EU gewährt worden (China: 205, USA: 999, UK: 104, Russland: 414 und Schweiz: 2). Drei dieser Länder (USA, Schweiz und China) sind auch die wichtigsten Partner der EU bei ausländischen Direktinvestitionen in neue Unternehmen.

sofern beschreibt die Kommission die Verordnung als eine der Schlüsselmaßnahmen ihrer aktualisierten Industriestrategie<sup>464</sup>, die sicherstellen soll, dass drittstaatliche Regierungen Unternehmen, die ein EU-Unternehmen erwerben oder an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen wollen, nicht mehr ungehindert potenziell wettbewerbsverzerrende Subventionen gewähren können.

- 263 Ausgangspunkt für die Ausarbeitung der Verordnung war die Feststellung einer Regelungslücke (*regulatory gap*)<sup>465</sup>, die durch die bisherigen Wettbewerbsregelungen, Vergabevorschriften und handelspolitische Schutzinstrumente nicht geschlossen werden könne.<sup>466</sup> So gelten etwa die europäischen Wettbewerbsvorschriften nur für finanzielle Unterstützungen, die von EU-Mitgliedstaaten gewährt werden, und sie zielen darauf ab, sicherzustellen, dass Interventionen von mitgliedstaatlichen Regierungen den Wettbewerb und den Handel innerhalb der EU nicht verzerren. Hinsichtlich verzerrender Subventionen aus Drittstaaten besteht kein solcher Kontrollmechanismus.<sup>467</sup> Die Ver-

---

<sup>464</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Aktualisierung der neuen Industriestrategie von 2020: einen stärkeren Binnenmarkt für die Erholung Europas aufbauen vom 5. Mai 2021, COM(2021) 350 final; vgl. auch Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Eine neue Industriestrategie für Europa vom 10. März 2020, COM(2020) 102 final.

<sup>465</sup> Commission staff working document, Impact Assessment, Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market vom 5. Mai 2021, SWD(2021) 99 final, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact\\_assessment\\_report.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact_assessment_report.pdf)>; vgl. dazu HAHN, 178 f.; BAUMANN, Investitionskontrollen, 80.

<sup>466</sup> «Über das Fusionskontroll- und das Kartellrecht der EU kann die Kommission einschreiten, wenn Zusammenschlüsse oder das Marktverhalten von Unternehmen den Wettbewerb im Binnenmarkt verzerren. Weder die EU-Kartellvorschriften noch die EU-Fusionskontrolle berücksichtigen ausdrücklich, ob ein Wirtschaftsbeteiligter von Subventionen aus Drittstaaten profitiert haben könnte (selbst wenn dies im Grunde Teil der Bewertung sein könnte), und sie erlauben es der Kommission (oder den Mitgliedstaaten) nicht, einzugreifen und allein oder auch nur hauptsächlich auf dieser Grundlage zu entscheiden. Die EU-Beihilfenvorschriften greifen, wenn die finanzielle Unterstützung, die die EU-Mitgliedstaaten Unternehmen gewähren, den Wettbewerb im Binnenmarkt verfälscht oder zu verfälschen droht. Die finanzielle Unterstützung, die Behörden aus Drittstaaten Unternehmen in der EU entweder unmittelbar oder mittelbar über ihre Muttergesellschaften außerhalb der EU gewähren, wird jedoch nicht vom EU-Beihilferecht erfasst.» COM(2020) 253 final, 11. Kritisch zum Vorliegen einer Regelungslücke BRAUNECK, 2320 f.

<sup>467</sup> COM(2021) 223 final, 59 f.

ordnung über die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen<sup>468</sup> greife, wenn diese Auswirkungen auf kritische Vermögenswerte und Infrastruktur haben könnten, nicht aber ausdrücklich bei Verzerrungen, die durch Subventionen aus Drittstaaten verursacht werden. Und schliesslich betreffe der bestehende EU-Rechtsrahmen<sup>469</sup> im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe nicht speziell Verzerrungen auf den EU-Einkaufsmärkten, die durch Subventionen aus Drittländern verursacht werden. Mangels entsprechender Vorschriften sei die Kommission bislang daran gehindert, einzugreifen, wenn drittstaatliche Subventionen Verzerrungen im Binnenmarkt verursachen.

Die Regelungslücke verschaffe ihrerseits den begünstigten Unternehmen einen Vorteil gegenüber Wettbewerbern, denn staatliche Subventionen durch EU-Mitgliedstaaten unterliegen sehr wohl der Beihilfenkontrolle der Kommission. Umgekehrt seien Unternehmen, die in der EU eine wirtschaftliche Tätigkeit ohne Subventionen ausüben, gegenüber Empfängern von Subventionen aus Drittstaaten benachteiligt, so die Kommission.<sup>470</sup>

264

#### b) Inhalt des Verordnungsvorschlags

Die Definition der drittstaatlichen Subvention in Art. 3 der Verordnung ist derjenigen der Beihilfe im EU-Beihilferecht nachgebildet. Hiernach liegt eine drittstaatliche *Subvention* vor, «wenn ein Drittstaat eine finanzielle Zuwendung gewährt, die einem Unternehmen, das eine wirtschaftliche Tätigkeit im Binnenmarkt ausübt, einen Vorteil verschafft und die rechtlich oder faktisch auf ein einzelnes Unternehmen oder einen einzelnen Wirtschaftszweig oder mehrere Unternehmen oder Wirtschaftszweige beschränkt ist.» Eine «finanzielle Zuwendung» kann insoweit gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 a) der Verordnung den Transfer von Geldern oder Verbindlichkeiten<sup>471</sup>, oder den Verzicht auf ansons-

265

<sup>468</sup> Verordnung (EU) 2019/452 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2019 zur Schaffung eines Rahmens für die Überprüfung ausländischer Direktinvestitionen in der Union, ABl. L 79I vom 21. März 2019, 1 ff.

<sup>469</sup> Richtlinie (EU) 2014/24 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG Text von Bedeutung für den EWR, ABl. L 94 vom 28. März 2014, 65 ff. und Richtlinie (EU) 2014/25 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie (EG) 2004/17, ABl. L 94 vom 28. März 2014, 243 ff.

<sup>470</sup> HAHN, 173.

<sup>471</sup> Z.B. Kapitalzuführungen, Zuschüsse, Kredite, Kreditgarantien, Steueranreize, Ausgleich von Betriebsverlusten, Ausgleich für von öffentlichen Stellen auferlegte finanzielle Belastungen, Schuldenerlass, Schuldenswaps oder Umschuldung.

ten fällige Einnahmen oder die Bereitstellung oder den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen umfassen. Die finanzielle Zuwendung muss gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 b) Verordnungsvorschlag entweder von drittstaatlichen Zentralregierungen bzw. anderen staatlichen Behörden, oder von drittstaatlichen öffentlichen Einrichtungen oder von privaten Einrichtungen, deren Handlungen aber dem Drittstaat zugerechnet werden können, stammen.

- 266 Als drittstaatliche Subvention wird jede finanzielle Zuwendung, die direkt oder indirekt von einem Drittstaat gewährt wird, einem Unternehmen mit wirtschaftlicher Tätigkeit in der EU einen Vorteil verschafft und selektiv ist, eingeordnet. Drittstaatliche Subventionen können beispielsweise in Form zinsloser Darlehen, unbegrenzter staatlicher Garantien, Steuerfreistellungen oder -ermässigungen, Exportbeihilfen oder als direkte Zuschüsse gewährt werden.
- 267 Die Kommission erhält durch die Verordnung drei neue Instrumente an die Hand, um mögliche Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt durch drittstaatliche Subventionen zu untersuchen und zu beheben:
- Ab dem 12. Oktober 2023 müssen Zusammenschlüsse bei der Kommission angemeldet werden, wenn mindestens eines der beteiligten Unternehmen in der EU ansässig ist und in der EU einen Umsatz von über EUR 500 Mio. erzielt und sich die Zuwendungen, die eines der beteiligten Unternehmen in den drei Jahren vor der Anmeldung aus Drittstaaten erhalten hat, auf insgesamt über EUR 50 Mio. belaufen. Die Unternehmen können vor der Anmeldung die Kommission anfragen, ob die festgelegten Schwellenwerte erreicht würden. Der Kommission wird ferner eingeräumt, die Anmeldung weiterer Zusammenschlüsse zu verlangen, auch wenn die Schwellenwerte nicht erreicht werden.<sup>472</sup>
  - Ebenfalls ab dem 12. Oktober 2023 müssen bei öffentlichen Aufträgen Angebote in der EU gemeldet werden, wenn der Auftragswert EUR 250 Mio. übersteigt und der Bieter in den drei Jahren vor der Angebotsabgabe Zuwendungen in Höhe von mehr als EUR 4 Mio. aus Drittstaaten erhalten hat. Ist die Kommission der Auffassung, dass das Angebot aufgrund seiner Auswirkungen in der EU eine Vorabprüfung erfordert, kann sie verlangen, dass Angebote, die die Schwellenwerte nicht erreichen, dennoch angemeldet werden müssen.<sup>473</sup>
  - Schliesslich ist die Kommission von Amtes wegen befugt, sämtliche Sachverhalte hinsichtlich Subventionen aus Drittstaaten zu prüfen, die den

---

<sup>472</sup> Art. 19 ff. VO 2022/2560.

<sup>473</sup> Art. 27 ff. VO 2022/2560.



Wettbewerb im Binnenmarkt verzerren könnten. Überschreiten drittstaatliche Subventionen die Schwelle von EUR 4 Mio. in einem zusammenhängenden Zeitraum von drei Jahren nicht, wird das Risiko einer Verzerrung des Binnenmarkts hingegen als gering betrachtet.<sup>474</sup>

c) Bedeutung für die Schweiz

Die Verordnung hat unmittelbare Bedeutung für die Schweiz als Drittstaat. 268 Wenn schweizerische und andere Unternehmen, die Subventionen von der Schweiz erhalten haben, in der EU Transaktionen tätigen oder sich an öffentlichen Ausschreibungen in den EU-Mitgliedstaaten beteiligen und einen Umsatz im EU-Binnenmarkt erzielen, fallen sie direkt unter den Anwendungsbereich der Verordnung. Auch haben schweizerische und andere Unternehmen, die Subventionen von der Schweiz erhalten haben, künftig mit Meldepflichten zu rechnen, wenn sie die relevanten Schwellenwerte erreichen. Grundsätzlich könnten jedwede Zuwendungen von öffentlichen Stellen (Bund, Kantone, Gemeinde) die Zuständigkeit der Kommission gemäss der Verordnung zur Folge haben, so etwa steuerliche Vorteile oder auch individuell gewährte staatliche Unterstützungen (z.B. Unterstützungen infolge der COVID-19-Pandemie).

Anlässlich der Interpellation Würth (eingereicht am 9. Juni 2022) hat sich der schweizerische Bundesrat zu der Verordnung geäussert. In seiner Stellungnahme vom 17. August 2022 führt der Bundesrat aus, dass sich die Verordnung auf von der Schweiz subventionierte Unternehmen auswirken könnte, die im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen und bei öffentlichen Vergabeverfahren im EU-Binnenmarkt involviert sind. In solchen Fällen seien diese Unternehmen verpflichtet, «die erhaltenen Subventionen transparent zu kommunizieren (Anmeldepflicht)»<sup>475</sup>. 269

## 10. Zusammenfassung

Obwohl bereits der EGKS-Vertrag ein Beihilfeverbot vorsah, blieb die Praxis zunächst überschaubar. Der schleppende Beginn war in erster Linie den fehlenden Verfahrensvorschriften und dem offenbar fehlenden Mitwirkungswillen der Mitgliedstaaten geschuldet. Diverse Sekundärrechtsakte und Praxishinweise der Kommission bieten inzwischen ein umfangreiches Regelwerk. 270

<sup>474</sup> Art. 9 VO 2022/2560.

<sup>475</sup> Interpellation 22.3565 über «Neueste Entwicklungen im EU-Beihilfenrecht und Auswirkungen auf die Schweiz» vom 09. Juni 2022, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20223565>>.

Dieses beruht auf den Beihilfavorschriften der Art. 107 ff. AEUV, welche materiell seit dem EWG-Vertrag unverändert blieben. Neben dem Grundtatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV, der i.d.R. als Beihilfeverbotstatbestand bezeichnet wird, finden sich sowohl Erleichterungen in Form von Freistellungen (siehe oben [Kapitel 5 Freistellung](#)) als auch diverse Ausnahmebestimmungen (siehe oben [Kapitel 7 Ausnahmen](#)). Präziser ist es daher u.E., von einer Beihilfemeldspflicht mit (einstweiligem) Durchführungsverbot zu sprechen. Tatsächlich haben die Mitgliedstaaten diverse Möglichkeiten, eine Beihilfe auch dann zu gewähren, wenn sie die Tatbestandselemente von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt. In der Praxis sind hier zunächst die in verschiedenen Sekundärrechtsakten (AGVO, *De-minimis*, DAWI) geregelten Freistellungstatbestände relevant. Sofern die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind, sind die betroffenen Beihilfen von der Meldepflicht an die Kommission ausgenommen. Selbst wenn die Massnahmen nicht von der Meldepflicht ausgenommen sind, besteht die Möglichkeit, dass eine mitgliedstaatliche Beihilfe einen Ausnahmetatbestand erfüllt. In diesen Fällen müssen die Beihilfen zwar gemeldet werden. Die Kommission ist jedoch verpflichtet, Beihilfen zu genehmigen, die unter die Legalausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV (z.B. zur Beseitigung von Schäden durch Naturkatastrophen) fallen.

- 271 Beihilfen, die unter die Ermessensausnahmen gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV (z.B. Regionalbeihilfen) fallen, *kann* die Kommission genehmigen. Selbst wenn weder eine Legal- noch eine Ermessensausnahme vorliegt, besteht die Möglichkeit, dass der Rat einstimmig eine besondere Ausnahme nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 3 AEUV zulässt.<sup>476</sup> Zusätzlich sind diverse Sachbereiche primärrechtlich von der Anwendung von Art. 107 ff. AEUV ganz ausgenommen. Dies betrifft die Agrarpolitik, Teile der Verkehrspolitik sowie Rüstungsgüter. Der grundsätzlich weitgefasste Beihilfebegriff des EU-Rechts erfährt durch diese Ausnahmen und Sondervorschriften also durchaus umfangreiche Eingrenzungen.
- 272 Das mehrstufige Verfahren zur Meldung und Genehmigung von Beihilfen misst der Kommission eine starke Rolle zu. Zudem prüft die Kommission laufend bestehende Beihilfen und kann auch ganze Sektoren *proprio motu* beihilferechtlich untersuchen. Mit dem Instrument der Sektoruntersuchung prüft die Kommission ganze Märkte und kann so beurteilen, ob die verschiedenen Regelungen zu einer Marktverzerrung führen. Bislang hat die Kommission erst eine Sektoruntersuchung abgeschlossen. Dabei prüfte sie mitgliedstaatliche Kapazitätsmechanismen und deren Auswirkungen auf den Elektrizitätsbinnenmarkt.

---

<sup>476</sup> Vgl. Ausführungen dazu oben, [Teil 1, III.3. b\)](#) und [Teil 1, III.8.f\)aa\)aaa\)](#).

Das Genehmigungsverfahren kann insgesamt als umfangreich und administrativ aufwendig bezeichnet werden. Allerdings versucht die Kommission mit diversen Freistellungsmöglichkeiten, Abhilfe zu schaffen. Schwierig stellt sich die Situation allerdings aus Sicht der betroffenen Unternehmen dar, wenn sie erhaltene Beihilfen mit Zinsen zurückzahlen müssen.

273

## IV. Rechtslage in der Schweiz

Janine Dumont / Fatlum Ademi

### I. Wirtschaftsverfassung der Schweiz

#### a) Historische Grundlagen

- 274 Bis 1798 war die Schweiz ein loser Staatenbund ohne einheitliche Rechtsgrundlage.<sup>477</sup> Die stark französisch geprägte zentralistische helvetische Verfassung von 1798 schrieb dann in ihrem Art. 5 die «natürliche Freiheit des Menschen» fest, was auch die freie wirtschaftliche Entfaltung impliziert.<sup>478</sup> Mit schwindendem Einfluss Frankreichs orientierte sich die Schweiz ab 1803 wieder hin zu einer ausgeprägten Souveränität der Kantone.<sup>479</sup> Damit einher ging auch eine Rückkehr zum mitunter stark reglementierten Zunftwesen.<sup>480</sup> Ab 1830, der Zeit der «Regeneration», wurden in einem Teil der Kantone freiheitliche Verfassungen erlassen.<sup>481</sup> Diese Kantone setzten sich dann auch für eine Revision des damals geltenden Bundesvertrages ein.<sup>482</sup> Mit der Gründung des Bundesstaats von 1848 wurde dann ein liberaleres Wirtschaftsverständnis mit Fokus auf dem innerschweizerischen Freihandel zugrunde gelegt.<sup>483</sup> Zu erwähnen sind hier die Aufhebung der kantonalen Zölle und die Vereinheitlichung der Aussenzölle sowie die Niederlassungsfreiheit.<sup>484</sup>
- 275 Mit der totalrevidierten Bundesverfassung 1874 fand auch die Wirtschaftsfreiheit (als Handels- und Gewerbefreiheit) schliesslich grundrechtliche Verankerung.<sup>485</sup> Trotzdem führte die Wirtschaftskrise während der Siebzigerjahre des 19. Jahrhunderts zu einem Ruf nach staatlicher Intervention, welchen die Schweiz mit Regulierung, finanzieller Förderung, Verstaatlichung insbesondere der Verkehrsbetriebe und einer protektionistischen Aussenzollpolitik beantwortete.<sup>486</sup> Diese Form der Krisenintervention wurde auch in den schwie-

---

<sup>477</sup> HÄFELIN *et al.*, 33.

<sup>478</sup> BIAGGINI *et al.*, 4.

<sup>479</sup> HÄFELIN *et al.*, 39 f.

<sup>480</sup> BIAGGINI *et al.*, 4.

<sup>481</sup> HÄFELIN *et al.*, 45.

<sup>482</sup> HÄFELIN *et al.*, 46.

<sup>483</sup> BIAGGINI *et al.* 4 f.

<sup>484</sup> HÄFELIN *et al.*, 51.

<sup>485</sup> BIAGGINI *et al.*, 5.

<sup>486</sup> BIAGGINI *et al.*, 5.

rigen Zeiten der Kriegs- und Zwischenkriegszeit fortgesetzt, bis nach dem Zweiten Weltkrieg ein wirtschaftsverfassungsrechtliches Paket geschnürt wurde, das sich sowohl zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit als auch zur Notwendigkeit staatlicher Intervention in bestimmten Situationen bekannte. In der zweiten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts wurde dieses Paket laufend ergänzt und in den Neunzigerjahren im Zuge internationaler Entwicklungen im Sinne einer marktwirtschaftlichen Erneuerung zunehmend liberalisiert.<sup>487</sup>

#### b) Geltende Bundesverfassung

Die geltende Bundesverfassung (BV)<sup>488</sup> legt den Grundstein für ein System der freien – also mit beschränkter staatlicher Einwirkung ablaufenden – Wirtschaft.<sup>489</sup> Dieses System basiert auf zwei Grundpfeilern: Einerseits enthält die BV im Abschnitt «Wirtschaft» (Art. 94-107 BV) Grundsätze der Wirtschaftsordnung und richtet sich mit Ziel- und Kompetenzbestimmungen an Bund und Kantone. Andererseits rückt sie mittels der wirtschaftlichen Grundrechte – also der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV) und Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) – die individuellen Grundrechtsträger in den Fokus.<sup>490</sup>

276

#### aa) Wirtschaftsfreiheit

Im Hinblick auf die Thematik staatlicher Subventionen spielt der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit eine besondere Rolle. In seiner grundrechtlichen Funktion vermittelt er eine «ausserordentlich weitreichende Garantie, möglichst uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen privatwirtschaftliche Tätigkeiten ausüben zu können»<sup>491</sup>. Die Tragweite des Art. 27 BV geht über den durch das internationale Recht vermittelten Menschenrechtsschutz hinaus; es handelt sich nicht um ein klassisches Freiheitsrecht.<sup>492</sup> Der Schutzbereich von Art. 27 BV umfasst jede gewerbmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Tätig-

277

<sup>487</sup> BIAGGINI et al., 6 ff.

<sup>488</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

<sup>489</sup> BUNDI, System, 99.

<sup>490</sup> Vgl. dazu ausführlich WINISTÖRFER, 258 f. sowie REICH, N 867.

<sup>491</sup> REICH, N 1042.

<sup>492</sup> REICH, N 1042.

keit, die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient. Folglich fällt die hoheitliche Tätigkeit nicht in den Schutzbereich, und es bestehen Einschränkungen für öffentlich-rechtlich geprägte Tätigkeiten.<sup>493</sup>

278 Im Abschnitt der BV über die Wirtschaft wird der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit einschliesslich des Verfassungsvorbehalts für abweichende Massnahmen konkretisiert. So sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, «wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind». Bund und Kantone haben zur Wohlfahrt und Sicherheit der Bevölkerung beizutragen (Art. 94 Abs. 2 BV). Folglich verfügt die schweizerische Wirtschaftsverfassung auch über eine «sozialpolitische Dimension»<sup>494</sup>. Zudem schreibt die BV einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum vor. Der Bund gewährleistet insbesondere, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können (Art. 95 Abs. 2 BV). Unter diesem Gesichtspunkt erfüllt die Wirtschaftsfreiheit auch einen bundesstaatlichen Zweck.<sup>495</sup> Im Hinblick auf diese Grundsätze formuliert die BV Kompetenz- und Zielnormen betreffend die Wettbewerbspolitik (Art. 96 BV), den Konsumentenschutz (Art. 97 BV), Banken und Versicherungen (Art. 98 BV), die Geld- und Währungspolitik (Art. 99 BV), die Konjunkturpolitik (Art. 100 BV), die Aussenwirtschaftspolitik (Art. 101 BV) sowie die regionale und sektorale Strukturpolitik im Allgemeinen (Art. 103 BV) und die Landwirtschaftspolitik im Besonderen (Art. 104 BV). Die Regelungsstruktur, insbesondere die Stellung des Art. 94 BV innerhalb der Zuständigkeiten des Bundes, weist darauf hin, dass die erwünschte marktwirtschaftliche Ordnung «auf rechtlich normierte Rahmenbedingungen und steuernde Eingriffe durch den Staat angewiesen bleibt»<sup>496</sup>.

279 Die BV regelt nicht explizit das aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) fließende Gebot der staatlichen Wettbewerbsneutralität (siehe unten [Teil 1, IV.4.a\)aa](#)). Zur Bestimmung dieser gehören auch die notwendigen Grenzen der Zulässigkeit von Subventionen, welche sich u.a. im Subventionsgesetz (SuG) und in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>497</sup> finden. Die Gleichbehand-

---

<sup>493</sup> REICH, N 1053.

<sup>494</sup> BIAGGINI *et al.*, 11.

<sup>495</sup> Ähnlich MÜLLER/SCHEFER, 1053.

<sup>496</sup> MÜLLER/SCHEFER, 1044.

<sup>497</sup> Vgl. namentlich BGE 138 I 378 E. 9.1, 398 f.; BGE 131 I 223 E. 4.2 f., 231 f.; BGE 125 I 431 E.4b aa, 435 f.

lung der Konkurrenten geht über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot gem. Art. 8 BV hinaus. Ein Konkurrenzverhältnis gem. Art. 27 BV liegt vor, wenn die Mitbewerber in der gleichen Branche tätig sind, welche sich mit dem gleichen Angebot an das gleiche Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.<sup>498</sup> Dabei schützt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten aber nicht vor einem Tätigwerden des Staates zur Verwirklichung öffentlicher Interessen.<sup>499</sup>

Die schweizerischen Kantone sind souverän und üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind (Art. 3 BV). Nach dem sog. Subsidiaritätsgrundsatz<sup>500</sup> üben die Kantone die Kompetenzen so lange aus, bis der Bund die Aufgabe übernehmen muss (Art. 5a BV). Ähnlich wie in der EU gilt für den Bund also das Prinzip begrenzter Einzelermächtigung, weshalb die BV Kompetenznormen in diversen Sachbereichen vorsieht. Soweit der Bund über eine Sachkompetenz verfügt, ist er auch berechtigt, Subventionen als Mittel zur Verwirklichung bestimmter Ziele zu verwenden.<sup>501</sup> Die jeweils einschlägigen Kompetenznormen werden wo nötig in den Fallstudien detailliert besprochen.

280

#### bb) Konzeption der Wettbewerbspolitik

Wie aufgezeigt, ist die Sichtweise der EU auf die Beihilfethematik eindeutig: das Beihilferecht ist als Teil des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbspolitik ausgestaltet und im AEUV explizit erwähnt. Es handelt sich dabei um ein grundsätzliches und ausdrückliches Verbot von staatlichen Beihilfen, mit Erlaubnisvorbehalt. Währenddessen werden aus schweizerischer Sicht Subventionen durch das Gebot der Wirtschaftsfreiheit definiert. In Art. 96 BV (Wettbewerbspolitik) findet sich keine explizite Aussage über die Zulässigkeit – oder Unzulässigkeit – von Subventionen. So lautet Art. 96 Abs. 1 BV wie folgt: «Der Bund erlässt Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen». Im Gegensatz zum Art. 107 AEUV scheint der Wortlaut des Art. 96 Abs. 1 BV auf den ersten Blick zumindest dahingehend nicht eindeutig zu sein, als dass offen bleibt, ob Subventionen überhaupt unter diese Terminologie fallen können. Die BV definiert zudem den Begriff des Wettbewerbs nicht näher, sondern überlässt es dem Gesetzgeber, Konkretisierungen unter Berücksichtigung neuer Erkenntnisse der Wettbewerbstheorie vorzunehmen. Art. 96 BV erteilt

281

<sup>498</sup> MÜLLER/SCHEFER, 1056.

<sup>499</sup> MÜLLER/SCHEFER, 1057.

<sup>500</sup> RICHLI, 47 ff.

<sup>501</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 253.

dem Bund somit den Auftrag zu einer aktiven Wettbewerbspolitik und dient der unmittelbaren Verwirklichung der auf Wettbewerb basierenden Privatwirtschaft, wobei anerkannt wird, dass gewisse Massnahmen notwendig sind, um den Wettbewerb vor bestimmten Verhaltensweisen Privater zu schützen. Hier wird bereits deutlich, dass es sich dabei um die allfällige Steuerung privater Wirtschaftsteilnehmer handelt, worunter staatliche Subventionen nicht fallen dürften.

- 282 Im Gegensatz zu Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) und Art. 94 BV (Grundsätze der Wirtschaftsordnung), die den Wettbewerb vor staatlichen Eingriffen schützen, dient Art. 96 BV in erster Linie also dem Schutz des Wettbewerbs vor privaten Wettbewerbseinschränkungen und unterstreicht damit die Bedeutung des Wettbewerbs für das schweizerische Wirtschaftssystem. Daneben nimmt der Verfassungsgeber mit Art. 96 BV eine verbindliche Abwägung zwischen dem privaten grundrechtlich geschützten Interesse an weitestgehend uneingeschränkter wirtschaftlicher Betätigung und dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb vor. Die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen findet nämlich dort ihre Grenzen, wo wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben (Art. 96 Abs. 1 BV), marktmächtige Unternehmen missbräuchliche Preise verlangen (Art. 96 Abs. 2 Bst. a BV) oder unlautere Wettbewerbshandlungen begangen werden (Art. 96 Abs. 2 Bst. b BV).
- 283 Aufgrund der internationalisierten Wirtschaft anerkennt die schweizerische Wettbewerbspolitik (vgl. Art. 2 Abs. 2 KG) das Auswirkungsprinzip, wonach die Wettbewerbsordnung jenes Landes anwendbar ist, auf dessen Markt sich ein Verhalten auswirkt. Dies bedeutet aber auch, dass aufgrund eines sich in mehreren Ländern auswirkendes Verhalten (durch Unternehmen), auch mehrere Wettbewerbsordnungen anwendbar sein können. Diese sich zunehmend ergebende Komplexität würde es nahelegen, zumindest die Grundzüge auf völkerrechtlicher Ebene, z.B. im Rahmen der WTO oder im Sinne der EU-Wettbewerbspolitik, zu harmonisieren. Dies ist bislang, mit Ausnahme von einzelnen Staatsverträgen, die wettbewerbsrechtliche Bestimmungen enthalten, nicht gelungen.<sup>502</sup> Dem schweizerischen Gesetzgeber obliegt es, den internationalen Entwicklungen Rechnung zu tragen, wobei insb. das europäische Wettbewerbsrecht aufgrund der Verflechtung der Schweiz mit der EU von grosser Bedeutung ist. Dass dies tatsächlich auch in der Praxis vonstatten geht, zeigt die Entwicklung des schweizerischen Kartellrechts, welches massgeblich vom

---

<sup>502</sup> RHINOW *et al.*, § 20, Rz. 39 ff.



Wettbewerbsrecht der EU beeinflusst ist.<sup>503</sup> Die WEKO zieht das europäische Kartellrecht zur Auslegung des schweizerischen Kartellrechts regelmässig heran, wobei das Bundesgericht allerdings darauf hingewiesen hat, dass das schweizerische Kartellrecht grundsätzlich autonom auszulegen sei.<sup>504</sup> Hierin könnte ein möglicher Referenzpunkt hinsichtlich einer allfälligen künftigen Übernahme des EU-Beihilferechts in der Schweiz liegen. Wird nämlich zur Auslegung des schweizerischen Wettbewerbsrechts das europäische Wettbewerbsrecht herangezogen, wird aus schweizerischer verfassungsrechtlicher Sicht gefordert, dass die unterschiedliche Basis und Konzeption der beiden Wettbewerbsordnungen berücksichtigt werden müssen.<sup>505</sup> Diese sind, wie gesehen, unterschiedlich in der Ausgangslage und der Entstehung. Wie aufgezeigt, enthält das Primärrecht der EU (Art. 101 und 102 AEUV) Verbote für Verhaltensweisen, unabhängig von deren Auswirkungen auf den Wettbewerb. Art. 96 Abs. 1 BV verlangt hingegen eine Gesetzgebung, die sich auf die Auswirkungen der Verhaltensweisen fokussiert.<sup>506</sup> Damit wird noch einmal das unterschiedliche Verständnis der zwei Rechtsordnungen deutlich.

Stützt man sich auf den Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 BV, müssen Vorschriften (auf Gesetzesebene) erlassen werden, die sich an volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen richten. Subventionen werden nicht genannt. Die Terminologie stützt sich dabei auf diejenige des Kartellgesetzes (Art. 1 KG). In Anlehnung daran wurde mit Art. 96 Abs. 1 BV der Begriff der «ähnlichen Organisation» mit dem Begriff der «anderen Wettbewerbsbeschränkungen» ersetzt. Damit sind insb. (private) Kartelle gemeint, oder offener formuliert grundsätzliche «Wettbewerbsabreden und andere Wettbewerbsbeschränkungen», die insbesondere Marktmacht ausüben.<sup>507</sup> Es kann also davon ausgegangen werden, dass staatliche Subventionen grundsätzlich nicht darunterfallen.

Die Begriffe der volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen werden im Verfassungstext ebenfalls nicht näher erläutert. Es existiert aber die implizite Vermutung, dass der freie Wettbewerb in der Regel zu volkswirtschaftlich und sozial erwünschten Ergebnissen führt und dass Massnahmen, die gegen diesen Wettbewerb verstossen, indem sie den Wettbewerb spürbar

<sup>503</sup> Vgl. dazu STURNY, Einfluss, 107 ff.; BBl 1995, KG, 528; BBl 2002, KG, 2051 ff.; BBl 2012, 3937 ff.

<sup>504</sup> Vgl. BGE 137 II 199 E. 4.3, 208 ff.; weitgehender BGE 139 I 72 E. 8.2.3, 89 f., wonach bei Rechtsunsicherheit generell die Praxis zum europäischen Wettbewerbsrecht zu konsultieren sei.

<sup>505</sup> SGK BV-JACOBS RETO, Art. 96, N 8 ff.

<sup>506</sup> SGK BV-JACOBS RETO, Art. 96, N 12.

<sup>507</sup> OFK KG-BORER, Art. 1, N 12.

beschränken, tendenziell zu volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen führen. Darauf abgestützt dürfen an den Nachweis der Schädlichkeit von Kartellen oder anderen Wettbewerbsbeschränkungen allerdings keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.<sup>508</sup> Aufgrund dieser eher abstrakten Vorgaben durch die BV ist es weitestgehend dem Gesetzgeber überlassen, zu entscheiden, welche Auswirkungen volkswirtschaftlich oder sozial schädlich sind.<sup>509</sup>

- 286 Die Konzeption von Art. 96 Abs. 1 BV und damit die Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik der Schweiz, wurden somit darauf ausgelegt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen oder marktmachtausübenden Zusammenschlüssen zu unterbinden, wobei der Gesetzgeber zu entscheiden hat, was darunter fällt. Diese offene Formulierung von Art. 96 Abs. 1 BV bringt den Vorteil mit sich, dass kein bestimmtes Wettbewerbskonzept in der BV vorgeschrieben wird, sondern der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, neue Erkenntnisse der Wettbewerbstheorie zu berücksichtigen und damit die Wettbewerbspolitik anzupassen.

## 2. Bundesrechtlicher Subventionsbegriff

- 287 Die zentrale Rechtsquelle auf Bundesebene ist das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen von 1991 (Subventionsgesetz, SuG). Die aktuelle Fassung datiert vom 1. Januar 2022. Das SuG stellt Anforderungen an die Gewährung von Finanzhilfen und Abgeltungen im gesamten Bereich des Bundes, stellt Grundsätze für die Rechtsetzung auf und formuliert ferner allgemeine Bestimmungen über die einzelnen Finanzhilfe- und Abgeltungsverhältnisse. Gem. Art. 1 Abs. 1 SuG müssen Subventionen hinreichend begründet sein, ihren Zweck auf wirtschaftliche und wirkungsvolle Art erreichen, einheitlich und gerecht geleistet werden sowie nach finanzpolitischen Erfordernissen ausgestaltet werden.
- 288 Bis 1991 war das schweizerische Subventionswesen allerdings noch uneinheitlich und unstrukturiert gestaltet. Es existierten zahlreiche unterschiedliche Begriffe, Umschreibungen und Regelungen mit unterschiedlicher Normstufe und Dichte, die für einzelne Bereiche bereits eigene, in sich geschlossenes Subventionssysteme vorsahen. So enthielten mehrere hundert Bundesgesetze, allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse und unzählige Verordnungen Bestimmungen über Subventionen, Finanzhilfen, Abgeltungen, Investitionshilfen

---

<sup>508</sup> SGK BV-JACOBS RETO, Art. 96, N 18.

<sup>509</sup> RHINOW/BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Aspekte, 118 ff.

und weitere ähnliche Kategorien.<sup>510</sup> In seiner Botschaft von 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen hielt der Bundesrat fest, dass die vielen Unterschiede in Begrifflichkeiten, Rechtsinstituten, Subventionssystemen oder Regelungsdichte, die sich in den unterschiedlichen Subventionsordnungen wiederfanden, hinsichtlich der Besonderheiten der jeweiligen Subventionsbereiche zwar gerechtfertigt seien. Allerdings seien diese oftmals sachlich unbegründet gewesen, da sie auf Zufälligkeiten oder mangelnder Berücksichtigung bestehender Ordnungen durch Verwaltung und Gesetzgeber beruhten.<sup>511</sup> Allmählich setzte sich die Ansicht durch, dass es eine Vereinheitlichung des Subventionsrechts nach allgemeinen Subventionsgrundsätzen über ein allgemeines Subventionsgesetz auf Bundesebene bedürfe.<sup>512</sup>

Die Bundesversammlung verabschiedete schliesslich das Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (SuG). Mit dem am 1. April 1991 in Kraft getretenen SuG sollte eine rechtliche Systematisierung des Beitragswesens des Bundes und Ausgestaltung nach einheitlichen Grundsätzen, gewissermassen ein «allgemeiner Teil» des Subventionsrechts geschaffen werden.<sup>513</sup> Hatte es ursprünglich noch verschiedene Ansätze zur Begriffsbestimmung von Subventionen gegeben, ist der Begriff auf Bundesebene mit Einführung des SuG inzwischen unbestritten,<sup>514</sup> obwohl das SuG keine eigentliche Legaldefinition enthält. Der Begriff der Subvention wird lediglich im Kurztitel (Subventionsgesetz – SuG) erwähnt. Art. 3 SuG unterscheidet zwei Arten von Subventionen, nämlich Finanzhilfen (Art. 3 Abs. 1 SuG) und Abgeltungen (Art. 3 Abs. 2 SuG), wobei die Unterscheidung insb. für die rechtsetzenden Behörden von Bedeutung ist, weil sie je nach Leistungsart andere Grundsätze zu befolgen haben.<sup>515</sup>

289

<sup>510</sup> BBl 1987, 371.

<sup>511</sup> BBl 1987, 371 f.

<sup>512</sup> Dies entgegen oder trotz Bemühungen des EFD, die einzelnen Subventionserlasse nach bestimmten allgemeinen Grundsätzen zu konzipieren. Diese Einsicht, auf Bundesebene das Subventionswesen zu vereinheitlichen, kam auch durch zwei parlamentarische Vorstösse zum Ausdruck. Vgl. Motion Muheim vom 15. Dezember 1976 und Motion der Fraktion der SVP vom 07. Juni 1979, abrufbar unter: <[https://entscheidsuche.ch/docs/CH\\_VB/CH\\_VB\\_001\\_86-069\\_1989-03-08.pdf](https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_001_86-069_1989-03-08.pdf)>, 338; BBl 1987, 373.

<sup>513</sup> Vgl. Motion Muheim vom 15. Dezember 1976 und Motion der Fraktion der SVP vom 07. Juni 1979, abrufbar unter: <[https://entscheidsuche.ch/docs/CH\\_VB/CH\\_VB\\_001\\_86-069\\_1989-03-08.pdf](https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_001_86-069_1989-03-08.pdf)>, 338; BBl 1987, 373; BUNDI, Subventionsüberprüfung, 425.

<sup>514</sup> Die ganze Diskussion wird umfassend zusammengefasst von BUNDI, System, 5 ff.

<sup>515</sup> Bericht des Bundesrates über die Prüfung der Bundessubventionen (Subventionsbericht) vom 25. Juni 1997, 2059, abrufbar unter: <[https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik\\_grundl/subv/Subventionsbericht\\_1\\_1997\\_d.pdf.download.pdf/Subventionsbericht\\_1\\_1997\\_d.pdf](https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/subv/Subventionsbericht_1_1997_d.pdf.download.pdf/Subventionsbericht_1_1997_d.pdf)>.

- 290 Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Subventionen staatlich gewährte geldwerte Vorteile, die den – ausserhalb der Zentralverwaltung befindlichen<sup>516</sup> – Empfänger zu einem bestimmten im öffentlichen Interesse liegenden Verhalten veranlassen.<sup>517</sup> Dabei werden Subventionen nicht zur Begünstigung des Subventionsempfängers, sondern zur Verhaltenslenkung<sup>518</sup> in Erfüllung öffentlicher Interessen gewährt.<sup>519</sup>
- 291 Aus der Entstehungsgeschichte des Subventionsgesetzes lässt sich somit festhalten, dass dem Erlass des SuG der Grundgedanke zugrunde liegt, die zahlreichen, auf verschiedenen Ebenen existierenden, losen Subventionsbestimmungen zu systematisieren und ordnen zu wollen. Dabei war es nicht die Absicht, dass der Subventionsbegriff neu definiert und ausgerichtet werden sollte. Vielmehr ging es um die Konsolidierung der einzelnen, bestehenden Regelungen, um so Einheitlichkeit und im letzten Sinne auch Rechtssicherheit zu schaffen. Das SuG ist somit ursprünglich keine Rechtsgrundlage, die Neudefinitionen hervorbrachte oder inhaltliche Beschränkungen für Subventionen bezwecken sollte. Das Verständnis einer staatlichen Subvention war bereits historisch geprägt und wurde so auch in das bestehende SuG aufgenommen. Der Begriff wurde im Laufe der Zeit durch die Rechtsprechung bestätigt und gefestigt. Deswegen enthält das SuG im schweizerischen Rechtsverständnis – im Gegensatz zum Verständnis der Beihilfen in der EU – keine eigentlichen Schranken und Einschränkungen im Sinne einer Verbotsnorm.<sup>520</sup>

a) Subventionsarten

- 292 Nach Art. 3 SuG schliessen Subventionen sowohl Finanzhilfen als auch Abgeltungen ein. Folglich bilden Subventionen den Oberbegriff für diese beiden Finanzhilfen.<sup>521</sup> Der Unterschied ist für die anzuwendenden Grundsätze und Verfahren durch die rechtsetzenden Behörden bedeutsam.<sup>522</sup> Namentlich gibt es eine Prioritätenordnung zur Erfüllung von Subventionen:<sup>523</sup> Sofern nicht genügend Mittel zur Verfügung stehen, wird Abgeltungen der Vorzug gegeben (Art. 13 Abs. 6 SuG), während Finanzhilfen verweigert werden können (Art. 13 Abs. 5 SuG).

---

<sup>516</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 240.

<sup>517</sup> BGE 140 I 153 E. 2.5.4, 162.

<sup>518</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2514.

<sup>519</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 240.

<sup>520</sup> BUNDI, System, 27 ff.

<sup>521</sup> Lienhard/Mächler/Zielniewicz, 245.

<sup>522</sup> BUNDI, System, 6.

<sup>523</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 249.

## aa) Finanzhilfen

Aus der obengenannten Definition ergeben sich die folgenden Begriffsselemente für Finanzhilfen:<sup>524</sup> 293

- Geldwerte Vorteile oder Vergünstigungen;
- Ausrichtung durch einen Träger öffentlicher Aufgaben;
- Ausrichtung an einen Empfänger ausserhalb der Zentralverwaltung;
- Abzielen auf eine Verhaltenslenkung zur Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks;
- Erbringung nicht als marktübliches Entgelt für eine Gegenleistung.

Unter den Begriff der *geldwerten Vorteile oder Vergünstigungen* fallen namentlich nichtrückzahlbare Geldleistungen, Vorzugsbedingungen bei Darlehen, Bürgschaften sowie Dienst- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder verbilligt zur Verfügung gestellt werden (Art. 3 Abs. 1 SuG).<sup>525</sup> 294

Es ist unerheblich, ob der eine Subvention *ausrichtende Träger öffentlicher Aufgaben* auf Bundes- oder Kantonebene angesiedelt ist. Das SuG bezieht sich zwar nur auf Subventionen des Bundes, ist aber auch dann anwendbar, wenn Kantone Subventionen unmittelbar gestützt auf Bundesrecht ausrichten (Art. 2 Abs. 1 SuG).<sup>526</sup> 295

Als Empfänger einer Subvention nach SuG kommen neben Privatpersonen auch andere Gemeinwesen infrage, soweit es *Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung* sind. Mit dem Begriff der Bundesverwaltung ist in diesem Kontext die zentrale Bundesverwaltung gem. Art. 2 Abs. 1 und 2 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG)<sup>527</sup> und Art. 7 RVOG gemeint.<sup>528</sup> 296

Wie dargelegt zielen Subventionen nach schweizerischem Verständnis auf eine *Verhaltensänderung des Empfängers zur Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks* ab. Folglich liegt dann keine Subvention vor, wenn Geldleistungen an den Eintritt bestimmter Risiken oder Ereignisse und nicht an ein bestimmtes Verhalten des Subventionsempfängers geknüpft sind.<sup>529</sup> In der Konsequenz legitimiert diese Verknüpfung an ein bestimmtes Verhalten die rechtliche 297

<sup>524</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 245.

<sup>525</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 245.

<sup>526</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 246.

<sup>527</sup> Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010).

<sup>528</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 246.

<sup>529</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 246.

Durchsetzung der Verhaltensänderung bzw. die Rückforderung des Subventionsbetrags, sofern die gewünschte Verhaltensänderung nicht stattgefunden hat.<sup>530</sup>

- 298 Soweit eine marktübliche Gegenleistung erbracht wird, handelt es sich nicht mehr um eine Subvention. Entsprechend ist eine Subvention nicht die *Erbringung eines marktüblichen Entgelts für eine Gegenleistung*. Ein Beispiel ist das an Beschäftigte der öffentlichen Verwaltung entrichtete Gehalt oder die Miete von Büroflächen zu Marktkonditionen.<sup>531</sup> So kann das Subventionsrecht auch von der Bedarfsverwaltung abgegrenzt werden.<sup>532</sup>

*bb) Abgeltungen*

- 299 Gem. Art. 3 Abs. 2 SuG sind Abgeltungen Leistungen, die darauf abzielen, finanzielle Lasten zu mildern bzw. auszugleichen, die dem Subventionsempfänger aus der Erfüllung von bundesrechtlich vorgeschriebenen oder vom Bund übertragenen Aufgaben gewährt werden. Ein Beispiel sind Abgeltungen gem. Art. 62 Abs. 1 Gewässerschutzgesetz<sup>533</sup> an die Kantone zur Erstellung und Beschaffung von Anlagen und Einrichtungen zur Sonderabfallentsorgung, soweit letztere von gesamtschweizerischem Interesse sind.
- 300 Grundsätzlich weisen Abgeltungen dieselben Elemente wie Finanzhilfen auf. Allerdings zielen Abgeltungen nicht in erster Linie auf eine Verhaltensänderung ab, da die Aufgaben ohnehin zu erfüllen wären. Folglich betrachtet ein Teil der schweizerischen Lehre die Abgeltungen nicht als Subventionen.<sup>534</sup> Unseres Erachtens kann die Anreizwirkung einer Abgeltung durchaus insoweit angenommen werden, als die Gewährung von Abgeltungen die Aufnahme oder den Erhalt einer bestimmten Tätigkeit ermöglicht bzw. begünstigt.

*cc) Beiträge an internationale Organisationen*

- 301 Das SuG führt in Art. 2 Abs. 4 Leistungen an andere Staaten und internationale Organisationen auf. Nach der Systematik handelt es sich nicht um eine eigene Art der Subvention, sondern um eine Unterart der Finanzhilfen. Gleichzeitig macht die Bestimmung klar, dass das dritte Kapitel des SuG, welches allge-

---

<sup>530</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 246.

<sup>531</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 246.

<sup>532</sup> BUNDI, System, 7.

<sup>533</sup> Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz, GSchG, SR 814.20).

<sup>534</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2515.

meine Bestimmungen zu Finanzhilfen und Abgeltungen enthält, nicht auf die Beiträge an andere Staaten und internationale Organisationen anwendbar ist.<sup>535</sup> Insofern erscheint es vertretbar, die Beiträge an internationale Organisationen separat aufzuführen.

#### b) Weitere Abgrenzungen

Neben den drei erwähnten Subventionsarten sieht das schweizerische Recht 302 diverse weitere Kategorisierungen vor:

Subventionen können danach unterschieden werden, ob sie nur einmalig oder 303 mehrmals gewährt werden. Ein Beispiel für eine *einmalige Subvention* ist eine Subvention für den Bau eines Sportbades. Hingegen kann eine *wiederkehrende Subvention* z.B. eine Subvention zur Aufrechterhaltung des Betriebs eines Museums sein.<sup>536</sup>

*Anspruchssubventionen* liegen vor, wenn der massgebliche Rechtssatz dem 304 Gesuchsteller bei Erfüllung der Voraussetzungen einen durchsetzbaren Anspruch auf die Subvention vermittelt.<sup>537</sup> Ein allfällig bestehendes behördliches Ermessen betreffend die Höhe der Subvention ist für die Qualifikation als Anspruchssubvention unerheblich.<sup>538</sup> Dagegen sind *Ermessenssubventionen* solche, bei denen die Behörde auch im Falle der Erfüllung aller Voraussetzungen frei entscheiden kann, ob sie die Subvention gewährt.<sup>539</sup> Wie für jedes Staatshandeln müssen die Behörden bei ihrer Ermessensausübung selbstverständlich die Grundsätze von Rechtsgleichheit (Art. 8 BV), Willkürverbot (Art. 9 BV) und Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) einhalten.

Subventionen können auch danach unterschieden werden, wie sie sich auf die 305 Erfolgsrechnung des Bundes auswirken. *Ausgabenseitige Subventionen* sind solche, die die Ausgaben des Bundes erhöhen, d.h. Zahlungen des Bundes, welche auch als *direkte Subventionen* bezeichnet werden. *Einnahmenseitige Subventionen* reduzieren die Einnahmen des Bundes, es handelt sich also um den Verzicht auf eigentlich dem Bund zustehende Gelder, welche folglich auch als *indirekte Subventionen* bezeichnet werden. Beispiele für indirekte Subventionen sind z.B. die Mehrwertsteuerbefreiung von Spitalbehandlungen gem.

<sup>535</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 251 f.

<sup>536</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2517.

<sup>537</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 249.

<sup>538</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 249.

<sup>539</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 249.

Art. 21 Abs. 2 Ziff. 2 Mehrwertsteuergesetz (MWStG)<sup>540</sup> oder die Rückerstattung der Mineralölsteuer, soweit der Treibstoff für forst- und landwirtschaftliche Zwecke verwendet wird, gem. Art. 18 Abs. 2 Mineralölsteuergesetz<sup>541</sup>. Indirekte Subventionen in Form von Steuervergünstigungen werden zahlenmässig nicht genau erfasst und damit nicht gänzlich im Staatshaushalt berücksichtigt.<sup>542</sup>

306 Sog. *Koppelungssubventionen* sind solche, die neben dem Beitrag des Bundes auch einen kantonalen oder kommunalen Beitrag erfordern. Das bedeutet, dass bei einer Koppelungssubvention immer ein multipolares Subventionsverhältnis entsteht, also ein Rechtsverhältnis, bei welchem mehrere Gemeinwesen gleichzeitig als Subvenienten für dasselbe Vorhaben auftreten.<sup>543</sup> Ein Beispiel für eine Koppelungssubvention ist die Gewährung eines Bundesbeitrags zur Bodenverbesserung nach Art. 93 Abs. 3 Landwirtschaftsgesetz.<sup>544</sup>

307 Gem. Art. 93 Abs. 1 gewährt der Bund gewährt Beiträge für:

- Bodenverbesserungen;
- landwirtschaftliche Gebäude;
- die Unterstützung von Projekten zur regionalen Entwicklung und zur Förderung von einheimischen und regionalen Produkten, an denen die Landwirtschaft vorwiegend beteiligt ist;
- Bauten gewerblicher Kleinbetriebe im Berggebiet, sofern sie landwirtschaftliche Produkte verarbeiten und vermarkten und dadurch deren Wertschöpfung erhöhen; die Betriebe müssen mindestens die erste Verarbeitungsstufe umfassen;
- gemeinschaftliche Initiativen von Produzenten und Produzentinnen zur Senkung der Produktionskosten.

308 Teilweise gibt es Koppelungssubventionen auch im Bereich der Förderung der erneuerbaren Energien auf Kantonsebene. Hier knüpfen einige Kantone die Förderung der erneuerbaren Energien auf der kantonalen Ebene an das Bestehen des Erhalts von Fördermittel durch Förderprogramme des Bundes an. Wiederum schliessen andere dies aus, indem bei Erhalt der Fördermittel durch

---

<sup>540</sup> Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (Mehrwertsteuergesetz, MWSTG, SR 641.20).

<sup>541</sup> Mineralölsteuergesetz vom 21. Juni 1996 (MinöStG, SR 641.61).

<sup>542</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 250 f.

<sup>543</sup> BUNDI, System, 49.

<sup>544</sup> Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (Landwirtschaftsgesetz, LwG, SR 910.1); LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 251.



den Bund die Elektrizitätsunternehmen auf kantonaler Ebene keine weiteren kantonalen Fördermittel erhalten (sog. Ausschlusssubventionen). Vgl. dazu [Fallstudie erneuerbare Energien](#).

Art. 93 Abs. 3 Landwirtschaftsgesetz stellt klar, dass der Bund nur dann einen Beitrag gewährt, wenn auch der Kanton einschliesslich seiner öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften einen solchen gewährt. Daher handelt es sich hier um eine Koppelungssubvention. 309

*Förderungssubventionen* sind solche, die im Voraus auf die Aufnahme einer Tätigkeit hinwirken. Deshalb werden sie auch als *ex ante*-Subventionen bezeichnet. Dagegen nennt man Subventionen, die *ex post*, also nach Aufnahme der Tätigkeit, gewährt werden, *Erhaltungssubventionen*. Solche Subventionen können z.B. Defizite, die mit einer erwünschten Tätigkeit zusammenhängen, ausgleichen. Eine alternative Bezeichnung für Erhaltungssubventionen ist *ex post*-Subventionen.<sup>545</sup> 310

Es ist auch möglich, anhand der Zahl der an einem Subventionsverhältnis Beteiligten zu unterscheiden. Dabei sind *bipolare Subventionen*, die nur zwei Zurechnungsendsubjekte haben.<sup>546</sup> Diese beiden Subjekte sind der Subvenient und der Subventionsempfänger. Dagegen haben *multipolare Subventionen* mehrere Beteiligte. Zu den beiden Zurechnungsendsubjekten treten sog. Zurechnungszwischensubjekte, welche an der Abwicklung, aber nicht am Rechtsverhältnis selbst beteiligt sind.<sup>547</sup> Die oben beschriebenen Koppelungssubventionen sind immer auch multipolare Subventionen. Konkret besteht hier das Subventionsverhältnis zwischen zwei Subvenienten, z.B. Bund und Kanton sowie einem Subventionsempfänger. 311

### 3. Kantonaler Subventionsbegriff

Die Kantone haben jeweils eigene Bestimmungen zu Subventionen, welche sie i.d.R. in den jeweiligen kantonalen Subventionsgesetzen niedergelegt haben. Teilweise werden Subventionen auch als Staatsbeiträge bezeichnet.<sup>548</sup> 312

<sup>545</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 251.

<sup>546</sup> BUNDI, System, 47.

<sup>547</sup> BUNDI, System, 48.

<sup>548</sup> Z.B. im Kanton Zürich, § 1 Abs. 1 Staatsbeitragsgesetz-ZH.

- 313 Kantonal wird insgesamt die Unterscheidung zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen beibehalten. Dies gilt insbesondere für die Kantone Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Jura, Luzern, Neuenburg, Waadt, Wallis und Zürich.<sup>549</sup> Allerdings berücksichtigen die Kantone Basel-Landschaft und Tessin nur Finanzhilfen, nicht aber Abgeltungen als Subventionen.<sup>550</sup> Besonders relevant bleibt, dass die Kantone Freiburg, Genf, Waadt und Wallis Steuervergünstigungen vom Subventionsbegriff ausnehmen.<sup>551</sup> Insgesamt folgt jedoch die Mehrheit der Kantone einem mit der Bundesdefinition vergleichbaren Verständnis von Subventionen.<sup>552</sup>

#### 4. Zulässigkeit

##### a) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

- 314 Grundsätzlich gestattet die schweizerische BV die Vergabe von Subventionen, sofern sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Bei der Gewährung von Subventionen ist vor allem die Grundsatzkonformität gem. Art. 94 Abs. 4 BV zu gewährleisten (vgl. dazu unten [Teil 1, IV.4.a\)aa\)](#)). Zudem sind allfällige spezialgesetzliche Normen zu berücksichtigen. Sofern eine Subvention als Grundrechtseingriff qualifiziert, sind die Vorgaben von Art. 36 BV einzuhalten (vgl. dazu unten [Teil 1, IV.4.a\)bb\)](#)). Darüber hinaus ist der Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten (vgl. dazu unten [Teil 1, IV.4.a\)cc\)](#)) zu beachten.
- 315 Zudem sind die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an das staatliche Handeln zu berücksichtigen, wie das Legalitätsprinzip<sup>553</sup> (Art. 5 Abs. 1 BV), das Prinzip der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV) sowie das Handeln nach Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV). Diese Prinzipien gelten auch für die Gewährung von Subventionen,<sup>554</sup> obwohl Subventionen nicht der Eingriffs- sondern der Leistungsverwaltung zugeordnet werden.<sup>555</sup> Die Wirtschaftsfreiheit nimmt dabei eine Sonderstellung ein, da sie nicht nur eine individualbezogene, sondern auch eine System- und Binnenmarktfunktion erfüllt.<sup>556</sup> Dabei dient die systembezogene Funktion auch der Durchsetzung des

---

<sup>549</sup> Detailliert aufgearbeitet von BUNDI, System, 15 ff.

<sup>550</sup> BUNDI, System, 20.

<sup>551</sup> BUNDI, System, 20.

<sup>552</sup> BUNDI, System, 15.

<sup>553</sup> Dazu ausführlich SCHÄRER, 90 ff.

<sup>554</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2529.

<sup>555</sup> Zur Geltung der Grundsätze für die Leistungsverwaltung vgl. BGE 123 I 1 E. 2, 4; 116 Ib 309 E. 5, 313; 103 Ia 369 E. 5 f., 380 ff.

<sup>556</sup> BIAGGINI, Art. 94, N 1; BUNDI, System, 105.

Grundrechtsanspruchs.<sup>557</sup> Ausgangspunkt bildet in diesem Fall die Frage nach dem verfassungsrechtlich ausreichenden und zulässigen öffentlichen Interesse. Jedoch genügt nicht jedes öffentliche Interesse, um die Wirtschaftsfreiheit einzuschränken.<sup>558</sup> Daraus ergibt sich schliesslich die Einordnung der staatlichen Massnahme als grundsatzkonform oder als grundsatzwidrig mit entsprechender Wirkung auf die Zulässigkeit der Subventionsvergabe. Bei der Subventionsvergabe sind neben der Grundsatzkonformität allfällige spezialgesetzliche Normen zu berücksichtigen. Aufgrund der individualrechtlichen Funktion der Wirtschaftsfreiheit gelten bei einem Eingriff in diese dieselben Voraussetzungen wie für einen Grundrechtseingriff.<sup>559</sup>

*aa) Grundsatzkonformität bzw. Verfassungsvorbehalt*

Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 94 BV i.V.m. Art. 27 BV prägt sich nach Rechtsprechung und Lehre in verschiedenen Teilgehalten aus. Dazu gehören die Grundsätze der Wettbewerbsneutralität, der Gleichbehandlung der Konkurrenten, des freien Wettbewerbs und der Staatsfreiheit der Wirtschaft.<sup>560</sup> Bei der Prüfung der *Grundsatzkonformität* ist zu berücksichtigen, dass Bund und Kantone die zentralen Elemente des Marktmechanismus grundsätzlich nicht beseitigen und das Spiel zwischen Angebot und Nachfrage nicht ausschalten dürfen.<sup>561</sup> 316

Im Einzelfall ist die Unterscheidung zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Massnahmen nicht immer klar erkennbar.<sup>562</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Massnahmen, die «den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen»<sup>563</sup>, unzulässig. Grundsätzlich zulässig dagegen sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gewerbepolizeilich oder sozialpolitisch begründete Einschränkungen.<sup>564</sup> Dadurch entsteht der Eindruck, dass Subventionen, die gewerbepolizeilicher oder sozialpolitischer Zielsetzung sind, *per se* grundsatzkonform seien und deren tatsächliche Auswirkung auf die Wirtschaftsfreiheit nicht weiter zu prüfen seien. Daher äussert sich ein Teil der Lehre kritisch zur Ausnahme von wirtschaftspolizeilichen und sozial- 317

<sup>557</sup> BGE 143 II 425 E. 4.2, 431; 138 I 378 E. 6.1, 384 f.

<sup>558</sup> BUNDI, System, 105.

<sup>559</sup> BUNDI, System, 113.

<sup>560</sup> BIAGGINI, Art. 94, N 2.

<sup>561</sup> RHINOW, 165.

<sup>562</sup> BUNDI, System, 106.

<sup>563</sup> BGE 131 I 223 E. 4.2, 231 f.; vgl. 123 I 12 E. 2a, 15.

<sup>564</sup> BGE 131 I 223 E. 4.2, 231 f.; 128 I 3 E. 3.a, 9 f.

politischen Massnahmen aus dem für Art. 94 BV relevanten Begriff der Wirtschaftspolitik.<sup>565</sup> Hauptargumente sind dabei die fehlende Unterscheidung (sog. «Schränkentrias») im Verfassungstext selbst sowie eine Vernachlässigung der Auswirkungen einer Massnahme auf den Wettbewerb.<sup>566</sup> Unseres Erachtens kann durchaus eine gewisse Sonderstellung für sozialpolitische und wirtschaftspolizeiliche Anliegen aus dem programmatischen «Wohlfahrtsartikel» Art. 94 Abs. 2 BV herausgelesen werden: Danach wahren Bund und Kantone «die Interessen der schweizerischen Gesamtwirtschaft und tragen mit der privaten Wirtschaft zur Wohlfahrt und zur wirtschaftlichen Sicherheit der Bevölkerung bei.» Allerdings erachten wir sozialpolitisch oder wirtschaftspolizeilich motivierte Massnahmen nicht *per se* als nicht wirtschaftspolitisch bzw. *per se* grundsatzkonform. So hat auch das Bundesgericht lediglich unter dem wirtschaftspolizeilichen Deckmantel<sup>567</sup> stehende «verkappte[.] gewerbepolitische[.] Massnahmen»<sup>568</sup> als nicht grundsatzkonform bezeichnet.

318 Nicht grundsatzkonforme Massnahmen müssen nach Art. 94 Abs. 4 BV *in der Verfassung vorgesehen sein*. Es genügt, wenn sich entsprechende Ausnahmen implizit aus der Verfassung ergeben. Als *ausdrücklich* in der Verfassung vorgesehene Abweichungen gelten:<sup>569</sup>

- Konjunkturpolitik im Geld- und Kreditwesen, in der Aussenwirtschaft und im Bereich der öffentlichen Finanzen (Art. 100 Abs. 3 BV);
- aussenwirtschaftspolitische Massnahmen (Art. 101 Abs. 2 BV);
- Landesversorgung (Art. 102 Abs. 1 BV);
- regionale und sektorielle Strukturpolitik (Art. 103 BV);
- Landwirtschaft (Art. 104 Abs. 2 BV).

319 Zudem enthält die Verfassung *stillschweigende* Ermächtigungen zur Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, deren Identifikation teilweise Schwierigkeiten bereitet. Umstritten sind insoweit namentlich die Bereiche Bildungswesen (Art. 61 a ff. BV), Strassenwesen (Art. 82 ff. BV), Energiewirtschaft (Art. 89 ff. BV) und Zölle (Art. 133 BV).<sup>570</sup>

---

<sup>565</sup> BIAGGINI, Art. 94, N 5.

<sup>566</sup> BUNDI, System, 110.

<sup>567</sup> BUNDI, System, 107.

<sup>568</sup> BGE 102 Ia 104 E. 5a, 115 f.

<sup>569</sup> Aufzählung bei BIAGGINI, Art. 94, N 14a.

<sup>570</sup> BIAGGINI, Art. 94, N 14c.

Die Ermächtigung zur Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit kann aber zumindest für Bereiche, in denen die Begründung von Monopolen und Konzessionssystemen eingeräumt wird, angenommen werden. Dazu gehören:<sup>571</sup> 320

- Film (Art. 71 BV);
- Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger (Art. 87 BV);
- Kernenergie (Art. 90 BV);
- Transport und Lieferung von Energie (Art. 91 BV);
- Postwesen (inkl. Personenbeförderung) und Fernmeldewesen (Art. 92 BV);
- Radio und Fernsehen (Art. 93 BV);
- Alkohol (Art. 105 BV);
- Geldspiele (inkl. Spielbanken, Lotterien und dergleichen; Art. 106 BV);
- Kranken- und Unfallversicherung (Art. 117 BV).

Alternativ zur Ermächtigung in der Verfassung können Massnahmen dann vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, wenn sie auf *kantonale Regalrechte* gründen. Die kantonalen Regalrechte erlauben es den Kantonen gemäss Art. 94 Abs. 4 BV, den Wettbewerb in bestimmten Wirtschaftsbereichen auszuschalten. Hierzu gehören unbestrittenermassen die historischen Regalrechte wie das Salzregal und die sog. Grund- und Bodenregale (Berg-, Jagd-, Fischerei- und Wasserregal).<sup>572</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist eine Monopolisierung sonstiger Wirtschaftsbereiche unter Umständen ebenfalls geeignet, um als kantonales Regalrecht gemäss Art. 94 Abs. 4 BV zu gelten. Hierzu sei erstens erforderlich, dass die kantonalen Monopole auf hinreichenden Gründen des öffentlichen Wohls beruhen und verhältnismässig sind.<sup>573</sup> Hinreichende Gründe lägen insbesondere bei sozial- und wirtschaftspolitischen Massnahmen vor.<sup>574</sup> Zweitens dürften die Monopole nicht als Fiskalmonopole ausgestaltet sein.<sup>575</sup> 321

Sofern eine Subvention grundsatzkonform ist bzw. von einer Abweichungsermächtigung in der Verfassung oder einem kantonalen Regal profitiert, muss sie immer noch die Vorgaben von Art. 36 BV erfüllen. 322

---

<sup>571</sup> Aufzählung bei BIAGGINI, Art. 94, N 14b.

<sup>572</sup> BIAGGINI, Art. 94, N 15.

<sup>573</sup> BGE 124 I 11 E. 4.a, 17 f.

<sup>574</sup> BIAGGINI, Art. 94, N 16.

<sup>575</sup> BGE 124 I 11 E. 4.a, 17 f.

*bb) Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen gem. Art. 36 BV*

- 323 Wie erwähnt sind bei der Prüfung der Zulässigkeit von Subventionen grundsätzlich dieselben Anforderungen wie bei Grundrechtseingriffen nach Art. 36 BV zu prüfen, soweit die Gewährung der Subvention zu einem Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Konkurrenten gereicht.

*aaa) Gesetzliche Grundlage*

- 324 Das Legalitätsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV gilt auch für die Leistungsverwaltung und damit auch für Subventionen.<sup>576</sup> Art. 36 Abs. 1 BV definiert das Legalitätsprinzip für die Prüfung von Grundrechtseingriffen näher. Dieser Grundsatz gewährleistet die demokratische Legitimation des Staatshandelns und trägt zur Rechtssicherheit bei.
- 325 Unter dem Aspekt der gesetzlichen Grundlage sind die Normstufe, die Normstruktur und die Normdichte zu prüfen. Betreffend die Normstufe bzw. das *Erfordernis der Gesetzesform* kann zunächst in allgemeiner Weise festgehalten werden, dass je nach Schwere des Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit höhere Anforderungen an eine formalgesetzliche Grundlage gestellt werden. So erfordern wiederkehrende staatliche Leistungen an eine Vielzahl von Empfängern grundsätzlich ein Gesetz im formellen Sinne.<sup>577</sup> Allenfalls besteht die Möglichkeit des Abweichens von der Gesetzesform aufgrund im Verwaltungsrecht üblicher Spezialbestimmungen und der polizeilichen Generalklausel.<sup>578</sup>
- 326 Betreffend die Normstruktur wird geprüft, ob ein Gesetz *im materiellen Sinn* vorliegt. Danach ist ein Gesetz im materiellen Sinn grundsätzlich eine generell-abstrakte Regelung mit unmittelbar verbindlichem Charakter.<sup>579</sup>
- 327 Nach dem *Bestimmtheitsgebot* müssen die grundlegenden Bestimmungen über Rechte und Pflichten bzw. die Aufgaben und Leistungen des Gemeinwesens im Rechtssatz enthalten sein,<sup>580</sup> welche nicht an die rechtsanwendende Behörde delegiert werden dürfen (vgl. Art. 164 Abs. 2 BV).<sup>581</sup>

---

<sup>576</sup> Ausführlich dazu LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 451 ff.

<sup>577</sup> BUNDI, System, 96; SCHÄRER, 132.

<sup>578</sup> BIAGGINI, Art. 36, N 9, 16.

<sup>579</sup> LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 451 ff.

<sup>580</sup> BUNDI, System, 96.

<sup>581</sup> Vgl. BGE 131 II 13 E. 6.3, 26 f.

Insbesondere im Rahmen von einmaligen Subventionen wurde dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage in der Vergangenheit in der Praxis geringere Bedeutung zugemessen.<sup>582</sup> Im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Rechtsgrundlage bei der Erteilung von Einzelfallsubventionen galt die bundesbehördliche Praxis dabei als uneinheitlich.<sup>583</sup> 328

*bbb) Öffentliches Interesse*

Art. 36 Abs. 2 BV verlangt, dass Einschränkungen von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein müssen. In der subventionsrechtlichen Praxis ist eine Vielzahl öffentlicher Interessen tangiert. Die Liste der infrage kommenden öffentlichen Interessen ist dabei lang und nicht abschliessend. Zudem ist die Vielfalt bei den infrage kommenden Unterteilungen gross. Die sog. Polizeigüter (öffentliche Sicherheit, öffentliche Gesundheit, öffentliche Sittlichkeit, Ruhe und Ordnung sowie Treu und Glauben im Geschäftsverkehr) repräsentieren dabei die meist gewichtigen und traditionsreichen Interessen. In Betracht kommen aber auch, je nach zu wählendem Grundrecht und Umständen, die sozial-, kultur-, umwelt-, bildungs- oder sprachpolitische Interessen sowie besondere Geheimhaltungsinteressen und der Schutz der Funktionsfähigkeit der staatlichen Institutionen.<sup>584</sup> 329

*ccc) Verhältnismässigkeit*

Zudem müssen die Subventionen verhältnismässig, d.h. erforderlich, geeignet und verhältnismässig i.e.S., also zumutbar, sein. Erforderlich ist das jeweils mildeste Mittel. D.h., dass es sich um den geringstmöglichen Eingriff handelt und dieser somit nicht über das Notwendigste hinausgeht.<sup>585</sup> Wäre eine mildere Massnahme gleich oder besser für die Zielerreichung geeignet, so ist diese zu ergreifen. Geeignet ist ein Mittel, das angemessen ist, um das verfolgte Ziel zu erreichen. D.h., wenn damit ein Ziel des öffentlichen Interesses erreicht werden kann, bzw. wenigstens ein wesentlicher Beitrag zu dieser Zielerfüllung geleistet wird.<sup>586</sup> Verhältnismässigkeit i.e.S. erfordert eine ausgeglichene Ziel-Mittel-Relation.<sup>587</sup> Falls ein Eingriff zu intensiv ist, ist er allenfalls unzumutbar und wäre damit unverhältnismässig. Im Falle von Subventionen 330

<sup>582</sup> Analyse und diverse Beispiele bei LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 459 ff.

<sup>583</sup> RICHLI, 61; SCHÄRER, 110; LIENHARD/ZIELNIEWICZ, 459.

<sup>584</sup> BIAGGINI, Art. 36, N 19 m.w.N.

<sup>585</sup> BGE 142 I 49 E. 9.1, 69; vgl. auch 126 I 112 E. 5b f., 120.

<sup>586</sup> BGE 142 I 49 E. 9.3, 70.

<sup>587</sup> BGE 132 I 49 E. 7.2 ff., 63 ff.; vgl. auch 142 I 49 E. 10.2, 75 f.

bedeutet dies, dass eine finanzielle staatliche Unterstützung tatsächlich erforderlich sein muss, um das infragestehende öffentliche Interesse zu erreichen und auch nicht darüber hinaus gehen darf. Mildere Mittel als eine finanzielle Unterstützung dürften etwa staatliche Informationsangebote sein, die für alle Wirtschaftsbeteiligten zugänglich sind. Im Subventionskontext misst sich das Element der Geeignetheit namentlich an der Anreizwirkung, d.h. an der Frage, ob durch die Subvention zum gewünschten Verhalten angeregt wird. Mit Blick auf die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne wäre der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Konkurrenten mit dem verfolgten öffentlichen Interesse abzuwägen.

*ddd) Kerngehaltsgarantie*

- 331 Bislang besteht noch keine Einigkeit darüber, wie genau die Kerngehalte von Grundrechten zu bestimmen sind und ob jedes Grundrecht über einen Kerngehalt verfügt.<sup>588</sup> Gem. Kerngehaltstheorie ist eine Einschränkung von Grundrechten nur zulässig, falls der Kerngehalt des betroffenen Grundrechts gewahrt bleibt (Art. 36 Abs. 4 BV), wobei als Kerngehalt der zentrale und unverzichtbare Teil eines Grundrechts bezeichnet wird. Da teilweise der Kerngehalt jedoch mit dem Grundrecht deckungsgleich ist (z.B. Folterverbot), ist eine Einschränkung in solch einem Falle unzulässig.
- 332 Es wird z.B. auch die Ansicht vertreten, dass die Garantie der Menschenwürde den Kerngehalt aller Grundrechte ausmacht. Im Hinblick auf die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV können dem unantastbaren Kerngehalt bspw. institutionelle (z.B. Grundsatz der Privatwirtschaft) und persönlichkeitsbezogene Aspekte (z.B. Berufswahlfreiheit) zugeordnet werden.<sup>589</sup> Übertragen auf den Subventionskontext könnte das etwa bedeuten, dass eine Subventionspraxis, welche die Privatwirtschaft völlig aushebelt, dem Kerngehalt von Art. 27 BV widerspricht.

*cc) Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten*

- 333 Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 BV) verpflichtet das Gemeinwesen zur Gleichbehandlung von Konkurrenten.<sup>590</sup> Primär soll freie Konkurrenz herrschen.<sup>591</sup> Daraus wird das Prinzip der Wettbe-

---

<sup>588</sup> BIAGGINI, Art. 36, N 24.

<sup>589</sup> BIAGGINI *et al.*, 11 f.

<sup>590</sup> BGE 121 I 129 E. 3. b., 131 f.

<sup>591</sup> MÜLLER/SCHEFER, 1047.



werbsneutralität abgeleitet, nach dem der Staat den Wettbewerb nicht durch seine Einwirkung verzerren soll.<sup>592</sup> Dabei geht die Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Konkurrenten über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 BV hinaus.<sup>593</sup> Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gewährt die Wirtschaftsfreiheit «einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber, ohne in der Hauptstossrichtung wirtschaftspolitisch motiviert zu sein, einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen»<sup>594</sup>. Massnahmen, «die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind [verboten,] namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen».<sup>595</sup>

#### b) Vorgaben nach dem Subventionsgesetz

Das SuG enthält in den Art. 6 und 7 SuG Vorgaben im Hinblick auf Finanzhilfen und in Art. 9 und 10 SuG Bestimmungen über Abgeltungen. Adressaten der Grundsätze des SuG sind gem. Art. 4 SuG Bundesrat und Bundesverwaltung. Betroffen sind daher grundsätzlich nur Subventionen des Bundes. Im Wesentlichen handelt es sich bei diesen Vorgaben um Konkretisierungen u.a. der oben eingeführten allgemeinen Verfassungsgrundsätze.<sup>596</sup> 334

#### aa) Finanzhilfen

Bestimmungen über Finanzhilfen können nach Art. 6 SuG erlassen werden, wenn: 335

- Ein Interesse des Bundes an der Aufgabenerfüllung besteht;
- Aufgrund einer sinnvollen Aufgaben- und Lastenverteilung die Aufgabe nicht durch die Kantone selbständig erfüllt oder gefördert werden kann;
- Die Aufgabenerfüllung ohne Finanzhilfe nicht ausreichend stattfindet;
- Zumutbare Selbsthilfemassnahmen und übrige Finanzierungsmöglichkeiten nicht ausreichen;

<sup>592</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 256.

<sup>593</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 256.

<sup>594</sup> BGE 125 I 431 E. 4.b.aa, 435 f.

<sup>595</sup> BGE 125 I 431 E. 4.b.aa, 435 f.

<sup>596</sup> BUNDI, Subventionsüberprüfung, 429.

- Die Aufgabe nicht auf andere Weise einfacher, wirksamer oder rationeller erfüllt werden kann.
- 336 Diese relativ engen Voraussetzungen sind wiederum Ausdruck der oben beschriebenen verfassungsrechtlichen Prinzipien, allen voran der Verhältnismässigkeit.
- 337 Bestimmungen nach Art. 6 SuG müssen dann den folgenden, in Art. 7 SuG festgelegten Grundsätze entsprechen:
- Die Aufgabenerfüllung muss zweckmässig, kostengünstig und mit minimalem administrativem Aufwand erfolgen können;
  - Das Interesse des Bundes und der Empfänger an der Aufgabenerfüllung determinieren das Ausmass der Finanzhilfe;
  - Der Empfänger erbringt die ihm aufgrund seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zumutbare Eigenleistung;
  - Der Empfänger ergreift ihm zumutbare Selbsthilfemassnahmen und schöpft die übrigen Finanzierungsmöglichkeiten aus;
  - Eine globale oder pauschale Festsetzung von Finanzhilfen muss erfolgen, wenn so ihr Zweck und eine kostengünstige Aufgabenerfüllung erreicht werden können;
  - Zeitlich befristete Aufbau-, Anpassungs- oder Überbrückungshilfen werden wenn möglich vorgesehen;
  - Auf Finanzhilfen in Form von steuerlichen Vergünstigungen ist i.d.R. zu verzichten;
  - Soweit möglich ist den Erfordernissen der Finanzpolitik insbesondere durch Kreditvorbehalte und Höchstsätze Rechnung zu tragen;
  - Finanzhilfen an Kantone können im Rahmen von Programmvereinbarungen sowie global oder pauschal gewährt werden.
- 338 Aus diesen Vorgaben ergibt sich wiederum die Reduktion des staatlichen Eingreifens mittels Finanzhilfen auf tatsächlich nötige Fälle sowie auf das jeweils mildeste Mittel. Konkret sind die Grundsätze Anwendungsansätze des Wirtschaftlichkeitsgebots.<sup>597</sup> D.h., Finanzhilfen sollen nur im Ausmass der notwendigen Zielerreichung gewährt werden, wobei die Höhe der Finanzhilfe in Abhängigkeit zum Bundesinteresse zu stellen ist.<sup>598</sup> Überdies sieht das SuG in

---

<sup>597</sup> BUNDI, Subventionsüberprüfung, 430.

<sup>598</sup> Vgl. BBl 2008, 6248.

Art. 8 vor, dass die Kantone i.d.R. am Vollzug zu beteiligen sind, sofern sie Finanzhilfen des Bundes ergänzen. Namentlich sollen sie Gesuche entgegennehmen und die Finanzhilfen ausrichten.

#### bb) Abgeltungen

Auch für die Abgeltungen wurden Voraussetzungen für den Erlass von Bestimmungen sowie Vorgaben zur Ausgestaltung von Bestimmungen erlassen. Zunächst wird in Art. 9 SuG aufgelistet, welche Voraussetzungen zum Erlass von Beihilfebestimmungen erfüllt sein müssen. Einige Bestimmungen sind grundsätzlich immer zu erfüllen. Andere sind nur dann obligatorisch, wenn Abgeltungen zugunsten der Kantone oder ihrer öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften vorgesehen sind. 339

Art. 9 Abs 1 SuG spricht zunächst von den *allgemeinen Voraussetzungen*, welche beim Erlass von Bestimmungen über Abgeltungen kumulativ zu erfüllen sind: 340

- Es darf kein überwiegendes Eigeninteresse der Verpflichteten bestehen;
- Die finanzielle Belastung ist den Verpflichteten nicht zumutbar;
- Die mit der Aufgabe verbundenen Vorteile gleichen die finanzielle Belastung nicht aus.

Bestimmungen, an die Abgeltungen an *Kantone und ihre öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften* vorsehen, können nach Art. 9 Abs. 2 SuG erlassen werden, wenn: 341

- Das Bundesrecht bei der Aufgabenübertragung über Rahmenvorschriften hinausgeht;
- die Kantone über den administrativen Vollzug des Bundesrechts hinausgehende Aufgaben erfüllen müssen;
- die Kosten der Aufgabenerfüllung nicht weitgehend Begünstigten oder Verursachern auferlegt werden können, oder;
- Die Abgeltungen im Rahmen von Programmvereinbarungen zwischen Bund und Kantonen ausgerichtet werden sollen.

Sofern die Voraussetzungen zum Erlass der Bestimmungen über Abgeltungen erfüllt sind, hat der Bund bei der Ausgestaltung der Vorschriften eine Reihe von besonderen Grundsätzen zu beachten. Dabei nimmt das SuG wiederum 342

eine Zweiteilung vor: einerseits in für alle Abgeltungen geltende Grundsätze, andererseits in speziell für Abgeltungen zugunsten von Kantonen und ihren öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften geltende Grundsätze.

343 Art. 10 Abs. 1 SuG sieht die folgenden für alle Abgeltungen geltenden besonderen Grundsätze vor:

- Die Aufgabe muss zweckmässig, kostengünstig und mit minimalem administrativem Aufwand erfüllt werden können;
- Das Ausmass der Abgeltung wird durch das Interesse der Verpflichteten und die Vorteile aus der Aufgabenerfüllung bestimmt;
- Globale oder pauschale Festsetzung von Abgeltungen müssen erfolgen, wenn so ihr Zweck und eine kostengünstige Aufgabenerfüllung erreicht werden können;
- Soweit möglich wird den Erfordernissen der Finanzpolitik insbesondere durch Kreditvorbehalte und Höchstsätze Rechnung getragen;
- Die Folgen der Nicht- oder mangelhaften Aufgabenerfüllung sind zu regeln;
- Die Folgen der Zweckentfremdung und Veräusserung von Objekten, an die für eine bestimmte Verwendung Abgeltungen ausgerichtet werden, sind zu regeln.

344 Zusätzlich gelten für Abgeltungen an Kantone und ihre öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften gem. Art. 10 Abs. 2 SuG die folgenden besonderen Regeln:

- Bei der Bestimmung der Höhe der Abgeltung ist Rücksicht auf den kantonalen Gestaltungs- und Entscheidungsspielraum sowie die Möglichkeit der Beteiligung von Begünstigten und Verursachern zu nehmen;
- In der Regel werden die Abgeltungen im Rahmen einer Programmvereinbarung gewährt und global oder pauschal festgesetzt;
- Die Abgeltung ist auch dann an den Kanton zu entrichten, wenn dieser die Aufgabe durch Dritte erfüllen lässt.

345 Wie gesehen ist also eine Reihe von Aspekten beim Erlass von Abgeltungsbestimmungen zu beachten. Diese unterscheiden sich insgesamt nur marginal von denjenigen, die für Finanzhilfen vorgesehen sind.

## c) Spezialgesetzliche Vorgaben des Bundes

Auf weitere Spezialbestimmungen ist in der Fallgruppenprüfung, wie z.B. bei der Staatsgarantie für Kantonalbanken im Bankengesetz oder bei den erneuerbaren Energien im Energiegesetz, soweit notwendig einzugehen.

346

## d) Vorgaben für kantonale Subventionen

In der Vergangenheit war die schweizerische Wirtschaft in vielen Bereichen durch die Kantons Grenzen geprägt. Mit dem Binnenmarktgesetz (BGBM)<sup>599</sup> sollten kantonale und kommunale Marktzugangsbeschränkungen beseitigt werden. Mit der Einführung des BGBM bezweckte der Bundesrat, die Wirtschaftsfreiheit zu stärken und damit die Grundlagen für die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarkts zu schaffen. Zu diesem Zweck setzt das BGBM auf die grundlegenden Prinzipien der Nichtdiskriminierung zwischen ortsansässigen und ortsfremden Wirtschaftsteilnehmer sowie, ganz im Sinne des *Cassis de Dijon-Prinzips*<sup>600</sup>, der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit kantonaler oder kommunaler Marktzutrittsvorschriften. Das BGBM verzichtet umgekehrt aber auf die materielle Harmonisierung von kantonalem oder kommunalem Recht sowie darauf, ausdrücklich Vorschriften über die Zulässigkeit von Subventionen zu erstellen.<sup>601</sup> Der Grund dafür ist, dass der Gesetzgeber ursprünglich davon ausging, dass die verfassungsrechtlichen Grundlagen unter Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 aBV bei einer Regelung auf Bundesebene nicht ausreichen. Obschon er sich gem. Botschaft zum BGBM darüber im Klaren war, dass «in Reaktion auf die Schaffung des Binnenmarktes Schweiz kein Rückgriff auf vermehrte Subventionen und auf exzessive Steuererleichterungen eintreten darf»<sup>602</sup>. Das BGBM bietet damit wohl einzig Schutz vor denjenigen Beihilfen, die den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verlet-

347

<sup>599</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).

<sup>600</sup> Das vom EuGH entwickelte *Cassis de Dijon*-Prinzip legt fest, dass die EU-Mitgliedstaaten ihre jeweiligen nationalen Regelungen gegenseitig anerkennen, solange keine allgemeinverbindliche EU-Regel vorliegt. Damit können Waren, die in einem Mitgliedstaat hergestellt und in Verkehr gebracht worden sind, grundsätzlich auch in allen anderen Mitgliedstaaten ohne weitere Kontrollen verkauft werden. Die Schweiz hat dieses Prinzip autonom eingeführt und im Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse (THG) verankert. Gemäss Art. 16a THG können Produkte, die den technischen Vorschriften der EU oder eines Mitgliedstaats der EU oder des EWR entsprechen und dort rechtmässig in Verkehr sind, grundsätzlich auch in der Schweiz ohne vorgängige Kontrollen frei zirkulieren, wobei Ausnahmen nur zum Schutz überwiegender öffentlicher Interessen möglich sind.

<sup>601</sup> MAYORAZ, N 495; OESCH, Disziplinierung staatlicher Beihilfen, 1337.

<sup>602</sup> BBl 1995, BGBM, 1249 f., 1281.

zen. Dies dürfte z.B. dann der Fall sein, wenn die selektive Gewährung von Privilegien davon abhängig gemacht wird, dass einheimische Produkte gegenüber auswärtigen Erzeugnissen bevorzugt werden.<sup>603</sup>

- 348 Darüber hinaus müssen die Kantone das jeweils geltende Bundesrecht beachten, da es entgegenstehendem kantonalem Recht gem. Art. 49 Abs. 1 BV vorgeht. Der Bund überwacht die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone (Art. 49 Abs. 2 BV). Ein wichtiger Anwendungsfall hierfür ist das Steuerharmonisierungsgesetz (StHG)<sup>604</sup>, welches die Kantone etwa bei Subventionen in Form von Steuervergünstigungen berücksichtigen müssen. Konkret ist dabei Art. 23 Abs. 3 StHG zu beachten.<sup>605</sup>
- 349 Zudem haben die Kantone jeweils eigene Vorgaben formuliert, die sich entweder in den kantonalen Subventionsgesetzen oder in Gesetzen zu bestimmten Sachbereichen finden können, wie z.B. in Baugesetzen. So kann der Kanton Zürich gem. § 217 Abs. 2 und 3 Planungs- und Baugesetz Subventionen an Private, Gemeinden und Körperschaften gewähren, die dem Natur- und Heimatschutz dienen.
- 350 Die kantonalen Vorgaben werden soweit notwendig in der Fallgruppenprüfung detailliert besprochen.

## 5. Verfahren und Kontrolle

- 351 Die Subventionsvergabe erfolgt durch unterschiedliche Handlungsformen. Das SuG sieht hier die Verfügung (Art. 16 Abs. 1, 17 und 18 SuG), den öffentlichen-rechtlichen Vertrag (Art. 16 Abs. 2, 19 und 20 SuG) und die formlose Gewährung (Art. 16 Abs. 4 SuG) vor, wobei die Verfügung gem. Art. 16 Abs. 1 SuG den Regelfall ausmacht. Spezialgesetzlich können auch andere Vergabeformen (vgl. Art. 2 Abs. 2 SuG), wie z.B. die Vergabe durch Gesetz, vorgesehen sein.<sup>606</sup> Der Bund gewährt den Kantonen Subventionen i.d.R. mittels Programmvereinbarung (Art. 16 Abs. 3 SuG). Aus zeitlicher Perspektive erfolgt zunächst das Subventionszusicherungsverfahren, welches durch den Subventionsempfänger eingeleitet wird. Auf der Zeitachse endet das Subventionszusicherungsverfahren mit rechtskräftigem Entscheid über die Subventionsvergabe. Das

---

<sup>603</sup> OESCH, Disziplinierung staatlicher Beihilfen, 1337.

<sup>604</sup> Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG, SR 642.14).

<sup>605</sup> OESCH, Disziplinierung staatlicher Beihilfen, 1340 ff.; vgl. zudem Fallstudie zu Unternehmenssteuern (Teil 2).

<sup>606</sup> MÖLLER, 135.

bedeutet, dass auch die Ablehnung eines Subventionsgesuchs unter das Subventionszusicherungsverfahren fällt.<sup>607</sup> Die Ablehnung eines Subventionsgesuchs erfolgt gem. Art. 16Abs. 5 SuG «in jedem Fall» durch Verfügung.

In der Schweiz als Bundesstaat mit einem grossen Mass an kantonalen Souveränität und Gemeindeautonomie findet auch die Subventionskontrolle auf diesen Ebenen statt. In der Folge werden zunächst die Kontrolle von Bundessubventionen und anschliessend von kantonalen Subventionen besprochen. 352

Gemeindesubventionen unterscheiden sich stark je nach durch die Kantone gewährter Autonomie und werden daher nur umrissen. Bei der Prüfung kantonalen Subventionen ist auch die Aufsicht kantonalen Subventionen durch den Bund zu erläutern. Im Anschluss wird auch auf die Kontrolle von schweizerischen Beihilfen im Rahmen des bestehenden bilateralen Rechts eingegangen. 353

#### a) Bundessubventionen

Im Hinblick auf die Subventionen, die unter das SuG fallen, also bundesrechtlich vorgesehene Finanzhilfen und Abgeltungen an Empfänger ausserhalb der zentralen Bundesverwaltung (Art. 2 Abs. 1 SuG), prüft der Bundesrat periodisch, ob die Bestimmungen des SuG eingehalten werden. Konkret wird geprüft, ob die bundesrechtlichen Subventionserlasse den Grundsätzen des SuG entsprechen.<sup>608</sup> Diese Überprüfung findet laut Art. 5 Abs. 1 SuG wenigstens alle sechs Jahre statt. 354

In der Vergangenheit veröffentlichte der Bundesrat jeweils einen Prüfbericht. Der letzte umfassende Prüfbericht erschien 2008. Dieses Instrument wurde in der Literatur als sinnvoll erachtet, erforderte aber auch einen administrativen Aufwand.<sup>609</sup> 355

Seit dem letzten umfassenden Prüfbericht von 2008 werden Subventionen primär im Rahmen von Botschaften zu Änderungen von Gesetzen, welche auch Subventionsbestimmungen betreffen, sowie mehrjährigen Finanzbeschlüssen überprüft. Dabei folgt der Bundesrat einem Leitfaden<sup>610</sup>, welcher durch die Eidgenössische Finanzverwaltung publiziert wird. 356

<sup>607</sup> MÖLLER, 152.

<sup>608</sup> BUNDI, Subventionsüberprüfung, 426 f.

<sup>609</sup> BUNDI, Subventionsüberprüfung, 449.

<sup>610</sup> Leitfaden des EFV zur Subventionsberichterstattung in Botschaften vom April 2018, abrufbar unter: <[https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik\\_grundl/subv/Leitfaden\\_zur\\_Subventionsberichterstattung\\_in\\_Botschaften.pdf.download.pdf/Leitfaden\\_Subventionsberichterstattung\\_Botschaften\\_d.pdf](https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/subv/Leitfaden_zur_Subventionsberichterstattung_in_Botschaften.pdf.download.pdf/Leitfaden_Subventionsberichterstattung_Botschaften_d.pdf)>.

- 357 Zudem wurde mit Einführung des Neuen Führungsmodells für die Bundesverwaltung<sup>611</sup> von 2014 beschlossen, dass die übrigen Subventionen nicht mehr in einem periodischen Bericht, sondern jährlich jeweils für ein Departement überprüft werden. Dabei rotiert die Überprüfung zwischen den Departementen. Der Bundesrat berichtet über das Ergebnis der Überprüfung in der Staatsrechnung. Dies ist nunmehr auch in Art. 5 SuG vorgesehen. Im Jahr 2018 wurden die Subventionen des WBF geprüft.<sup>612</sup> In der Jahresrechnung 2019 berichtet der Bundesrat über diejenigen des UVEK. In der Jahresrechnung 2020 berichtete der Bundesrat über das EDA, während der Bundesrat sich Jahr 2021 dem EDI widmete.<sup>613</sup>
- 358 Bei der Überprüfung wird jeweils ein standardisierter Fragebogen verwendet, der wie in Art. 5 SuG vorgesehen nur auf die Einhaltung der Vorgaben des SuG in den Erlassen eingeht. Allerdings wird auch die ökonomische Rechtfertigung von Subventionen geprüft.<sup>614</sup> Diese Überprüfung lässt sich aus dem in den Grundsätzen gem. SuG enthaltenen Wirtschaftlichkeitskriterium herauslesen.
- 359 Zu erwähnen ist darüber hinaus, dass das SuG keine systematische Überprüfung von Subventionen vor deren Gewährung vorsieht.<sup>615</sup> Aufgrund der rotierenden Überprüfung ist es durchaus möglich, dass eine Subventionsbestimmung erst nach Jahren geprüft wird.

---

<sup>611</sup> Leitfaden des EFV zur Subventionsberichterstattung in Botschaften vom April 2018, abrufbar unter: <[https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik\\_grundl/subv/Leitfaden\\_zur\\_Subventionsberichterstattung\\_in\\_Botschaften.pdf.download.pdf/Leitfaden\\_Subventionsberichterstattung\\_Botschaften\\_d.pdf](https://www.efv.admin.ch/dam/efv/de/dokumente/finanzpolitik_grundl/subv/Leitfaden_zur_Subventionsberichterstattung_in_Botschaften.pdf.download.pdf/Leitfaden_Subventionsberichterstattung_Botschaften_d.pdf)>; BBl 2014, 767 ff.

<sup>612</sup> BBl 2014, 767 ff.; Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2018 vom 22. März 2019, Band I, 63 ff., abrufbar unter: <<https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/finanzberichterstattung/finanzberichte/staatsrechnung.html>>.

<sup>613</sup> Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2019, 65 ff., abrufbar unter: <<https://bit.ly/3rOu98E>>; Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2020, 65 ff., abrufbar unter: <<https://bit.ly/3CJ8Ag6>>; Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2021, 65 ff., abrufbar unter: <<https://bit.ly/3EvfBmc>>; Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2018 vom 22. März 2019, Band I, 63 ff., abrufbar unter: <<https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/finanzberichterstattung/finanzberichte/staatsrechnung.html>>.

<sup>614</sup> BUNDI, Subventionsüberprüfung, 433.

<sup>615</sup> MAYORAZ, N 494.



Von der Überprüfung gem. Art. 5 SuG ist die Kontrolle von einzelnen Subventionen durch die Fachämter abzugrenzen. Gem. Art. 57 Abs. 1 Finanzhaushaltsgesetz<sup>616</sup> sind die Verwaltungseinheiten für eine sorgfältige, wirtschaftliche und sparsame Verwendung der ihnen anvertrauten Kredite und Vermögenswerte verantwortlich. 360

Für die Prüfung eines Subventionsgesuchs und den Entscheid über die Zusicherung der Subvention ist die jeweils zuständige Verwaltungsbehörde verantwortlich. Die zuständige Verwaltungsbehörde wird durch das für die Subvention einschlägige Spezialgesetz bezeichnet. So ist z.B. bei Investitionsbeiträgen für Photovoltaik-, Wasserkraft- und Biomasseanlagen nach Art. 28 Abs. 1 Energiegesetz<sup>617</sup> das BFE für die Zusicherung der nach Art. 24 ff. Energiegesetz vorgesehenen Einmalvergütung zuständig. 361

Das bei Anspruchssubventionen zur Verfügung stehende Beschwerdeverfahren richtet sich gemäss Art. 35 Abs. 2 SuG nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (vgl. insbesondere Art. 44 ff. VwVG<sup>618</sup>). Dabei bestehen für die meisten Verfahren gegen Bundesbehörden Beschwerdemöglichkeiten beim Bundesverwaltungsgericht gem. Art. 35 ff. VGG<sup>619</sup>, dessen Entscheide im Anschluss mittels Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gem. Art. 82 ff. BGG<sup>620</sup> vor Bundesgericht angefochten werden können. 362

#### b) Subventionswiderrufsverfahren und Subventionsrückforderungsverfahren

Das Verwaltungsverfahren im Subventionsrecht lässt sich zeitlich in das Subventionszusicherungsverfahren und das Subventionswiderrufs- bzw. Subventionsrückforderungsverfahren einteilen.<sup>621</sup> Letzteres wird im Unterschied zum Subventionszusicherungsverfahren von Amtes wegen eingeleitet.<sup>622</sup> Widerruf und Rückforderungen sind im 3. Abschnitt des SuG geregelt. Das Subventions- 363

<sup>616</sup> Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt vom 7. Oktober 2005 (Finanzhaushaltsgesetz, FHG, SR 611.0).

<sup>617</sup> Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0).

<sup>618</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021).

<sup>619</sup> Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32).

<sup>620</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG, SR 173.110).

<sup>621</sup> MÖLLER, 152 ff.

<sup>622</sup> MÖLLER, 170.

widerrufsverfahren richtet sich nach Art. 30 SuG. Dabei widerruft die zuständige Behörde eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung, wenn diese die Leistung in Verletzung der Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat. Mit dem Widerruf fordert die Behörde die bereits ausgerichteten Leistungen zurück. Der Widerruf entspricht folglich der Rückforderung. Dabei kann auf den Widerruf aus verschiedenen Gründen verzichtet werden, so z.B. wenn die Rechtsverletzung von Vornhinein nicht leicht erkennbar war (Art. 30 Abs. 4 SuG).

*aa) Subventionswiderrufsverfahren bei Subventionsgewährung durch Verfügung*

- 364 Der Widerruf von Finanzhilfe- und Abgeltungsverfügungen sind in Art. 30 SuG geregelt. Diese Bestimmungen kommen nur dann zur Anwendung, sofern andere Bundesgesetze oder allgemeinverbindliche Bundesbeschlüsse nichts Abweichendes vorschreiben (Art. 2 Abs. 2 SuG). Ein Widerruf kommt ferner nur bei fehlerhaften Verfügungen, ob ursprünglich oder nachträglich, in Betracht.<sup>623</sup> Gleiches gilt für Bestimmungen über die Rückforderung von Finanzhilfen (Art. 2 Abs. 2 SuG i.V.m. Art. 28 und 29 SuG).
- 365 Nach Art. 30 SuG widerruft die zuständige Behörde eine Finanz- oder Abgeltungsverfügung, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften oder aufgrund eines unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalts zu Unrecht gewährt hat. Dabei muss die Subventionsverfügung zum Zeitpunkt des Erlasses fehlerhaft gewesen sein.<sup>624</sup> Bei einem schützenswerten Vertrauen des Subventionsempfänger hat die zuständige Behörde auf den Widerruf zu verzichten. Gem. Art. 30 Abs. 2 SuG ist dies dann der Fall, wenn der Empfänger aufgrund der Verfügung Massnahmen getroffen hat, die nicht ohne unzumutbare finanzielle Einbussen rückgängig gemacht werden können und die Rechtsverletzung für ihn nicht leicht erkennbar war. Ferner darf eine allfällig unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts nicht auf schuldhaftes Handeln des Empfängers zurückzuführen sein.
- 366 Nach Art. 30 Abs. 3 SuG hat die zuständige Behörde, die die Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung widerruft, die bereits ausgerichteten Leistungen zurückzufordern und erhebt allenfalls einen Zins bei schuldhaftem Handeln des Empfängers.

---

<sup>623</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 998.

<sup>624</sup> MÖLLER, 171.

*bb) Subventionswiderrufsverfahren bei Subventionsgewährung durch Vertrag*

Art. 31 SuG sieht eine analoge Regelung zur Widerrufsbestimmung für Finanzhilfe- und Abgeltungsverträge wie zu den Finanzhilfe- und Abgeltungsverfügungen vor. Da die Rechtsfigur der Widerrufbarkeit aus vertragssystematischen Gründen eher problematisch ist, ist vielmehr der Rücktritt, wie in Art. 31 SuG vorgesehen, oder die Kündigung üblich.<sup>625</sup> Auch nach Art. 31 SuG wird die Lösung des Vertragsverhältnisses mittels Rücktritt der zuständigen Behörde vom Vertrag vorgesehen. Die Folge der Rücktrittserklärung der Behörde aufgrund der Fehlerhaftigkeit des Vertrags ist, dass dieser aufgelöst wird. Hierbei erlöschen die Hauptleistungspflichten des Vertrags, wobei aber die Abwicklungspflichten erhalten bleiben können.<sup>626</sup> Bereits ausgerichtete Subventionsleistungen sind vom Subventionsempfänger der Behörde zurückzuerstatten. Bei schuldhaftem Handeln des Empfängers ist ebenfalls ein Verzugszins geschuldet (Art. 31 SuG i.V.m. Art. 30 Abs. 3 SuG).

367

*cc) Rückforderung von Finanzhilfen*

Im SuG sind zwar neben Widerrufsgründen auch sog. Rückforderungsgründe verankert. Diese finden jedoch nur für Finanzhilfen Anwendung (Art. 28 und 29 SuG). Gem. Art. 10 Abs. 1 lit. e SuG sind bei Abgeltungen die Folgen der Nichterfüllung oder mangelhaften Erfüllung sowie die Folgen der Zweckentfremdung und Veräusserung von Objekten, an die für eine bestimmte Verwendung Abgeltungen ausgerichtet werden, in den jeweils einzelnen Abgeltungserlassen zu regeln.

368

Die zuständige Behörde zahlt, gem. Art. 28 Abs. 1 SuG, die Finanzhilfe nicht aus oder fordert sie, samt Verzugszins, zurück, wenn der Empfänger seine Aufgabe trotz Mahnung nicht erfüllt. Erfüllt der Empfänger seine Aufgabe trotz Mahnung mangelhaft, sieht das SuG vor, anstelle der Nichtauszahlung bzw. Rückforderung die Finanzhilfe angemessen zu kürzen oder teilweise rückzufordern, wobei in Härtefällen nach Art. 28 Abs. 3 SuG darauf verzichtet werden kann. Die Subventionsverfügung wird, im Gegensatz zum Widerruf, nicht förmlich widerrufen, sondern die Leistungen lediglich zurückgefordert bzw. zurückbehalten.<sup>627</sup>

369

---

<sup>625</sup> RICHLI/BUNDI, Rz. 2999.

<sup>626</sup> MÖLLER, 191.

<sup>627</sup> WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1582.

370 Abschliessend zu erwähnen sind die Verjährungsfirsten, die in Art. 32 SuG festgehalten sind. Bei Forderungen aus Finanzhilfe- und Abgeltungsverhältnissen beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre. Für Ansprüche aus Rückerstattung von Subventionen beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr ab Kenntnis der verfügenden oder vertragsabschliessenden Behörde vom Rechtsgrund des Rückforderungsanspruchs. Die absolute Verjährungsfrist von Rückforderungsansprüchen beträgt zehn Jahre ab Entstehung des Anspruchs.

c) Kantonale Subventionen

371 Eine systematische Kontrolle der kantonalen oder kommunalen Subventionen durch den Bund findet nicht statt. Allerdings haben manche Kantone ein eigenes Register, in welchem alle Subventionen aufgelistet werden. Dies gilt für die Kantone Freiburg<sup>628</sup>, Neuenburg<sup>629</sup> und Wallis<sup>630</sup>. Eine vollständige Übersicht über alle kantonalen Subventionen besteht jedoch nicht.

372 Die Beschwerde an kantonale Verwaltungsbehörden und der anschliessende Instanzenzug richten sich zunächst nach dem jeweils geltenden kantonalen Recht, entsprechende Entscheidungskönnen im Anschluss mittels Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG bzw. subsidiärer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 113 BGG beim Bundesgericht angefochten werden.

373 Beschwerden im Bereich kantonalen Subventionen etwa betreffend die Nichtgewährung im Subventionszusicherungsverfahren richten sich zunächst nach dem kantonalen Recht. Sofern die Kantone vom Bundesrecht abweichen, ist die Beschwerde ans Bundesgericht denkbar.

d) Rechtsschutz Dritter

374 Bei Subventionsverfahren sind oftmals die Mitbewerber und direkten Konkurrenten des Subventionsempfängers involviert. Sie haben in einem Subventionsverfahren häufig dahingehend ein Interesse, als dass über die Gewährung bzw. Nichtgewährung von Subventionen an den Subventionsempfänger entschieden wird, welche einen Bezug und potenziellen Nachteil auf ihre eigenen Tätigkeiten aufweist. Gem. Rechtsprechung des Bundesgerichts gelten als di-

---

<sup>628</sup> Art. 7 Subventionsgesetz des Kanton Freiburg vom 17. November 1999 (SubG, SGF 616.1) i.V.m. Anhang Subventionsreglement (SubR, SGF 616.11).

<sup>629</sup> Art. 3 und 4 Règlement d'exécution de la loi sur les subventions des Kanton Neuenburg vom 5. Februar 2003 (RS-NE 601.80).

<sup>630</sup> Art. 5 Abs. 2 Subventionsgesetz des Kanton Wallis vom 13. November 1995 (SGS 616.1); Art. 3 Subventionsverordnung des Kanton Wallis vom 14. Februar 1996 (SGS 616.100).

rekte Konkurrenten «Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen»<sup>631</sup>.

Sowohl beim verwaltungsinternen Rechtsschutz als auch beim Gang an das Bundesverwaltungsgericht richtet sich die Legitimation Dritter nach Art. 48 VwVG.<sup>632</sup> Der Rechtsschutz Dritter wird in diesem Falle durch die Subventionsgewährung durch Verfügung begründet. Beschwerdeberechtigt ist nach Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG derjenige, der vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit dazu erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG) und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat (48 Abs. 1 lit. c VwVG). Ferner sind gem. Art. 48 Abs. 2 VwVG ebenfalls Personen, Organisationen und Behörden, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt, zur Beschwerde berechtigt.

375

Dritte gelten, im Gegensatz zum Adressaten einer Verfügung, i.d.R. nicht ohne Weiteres als besonders berührt. Dies ist nur dann der Fall, wenn sie eine besonders beachtenswerte, nahe Beziehung zu der Streitsache aufweisen (Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG). Folglich muss der Dritte stärker als jedermann von der Verfügung betroffen sein, um beschwerdelegitimiert zu sein. Dahinter steckt die Absicht, dass dadurch die Voraussetzung der Popularbeschwerde ausgeschlossen werden soll.<sup>633</sup> Hierzu hat das Bundesgericht z.B. die Beschwerdelegitimation Dritter gestützt auf das in Art. 49 und 50 BV enthaltene Gebot der religiösen Neutralität des Staates bejaht.<sup>634</sup>

376

Zu betonen ist, dass Konkurrenten eines Subventionsempfängers nicht schon aufgrund ihrer blossen Eigenschaft als Konkurrent zur Beschwerde legitimiert sind.<sup>635</sup> Das blosse Bestehen eines Konkurrenzverhältnisses an sich ist folglich nicht ausreichend, um eine besondere Berührtheit zu begründen. Stattdessen ist eine besondere Beziehungsnähe gefordert, welche z.B. durch eine spezialgesetzliche Ordnung, der beide Bewerber unterliegen, bestehen kann, soweit die wirtschaftliche Position des Mitbewerbers durch wettbewerbsbeschränkende Massnahmen erheblich behindert wird.<sup>636</sup> Die besondere Beziehungsnähe zwischen den Konkurrenten kann sich ferner z.B. auch durch eine be-

377

<sup>631</sup> BGE 125 I 431 E. 4b/aa, 436.

<sup>632</sup> MÖLLER, 297.

<sup>633</sup> Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 48, N 12.

<sup>634</sup> BGE 118 Ia 46 E. 3b, 53.

<sup>635</sup> BGE 125 I 7 E. 3d, 9; BGE 142 II 451 E. 3.4.1.

<sup>636</sup> BUNDI, System, 88.

sondere wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ordnung, welcher die Konkurrenten unterliegen, äussern.<sup>637</sup> Alsdann kann die Beschwerdeberechtigung dadurch entstehen, dass ein Konkurrent geltend macht, andere Konkurrenten würden privilegiert oder rechtsungleich behandelt werden.<sup>638</sup> Worin die besondere Beziehungsnähe zur Streitsache besteht, wird nach objektiven Kriterien aufgrund der konkreten Sachumstände bestimmt.<sup>639</sup>

- 378 Neben dem oben erläuterten Rechtsschutz Dritter bei Subventionsgewährung durch Verfügung, gibt es noch den Rechtsschutz Dritter bei der vertraglichen Gewährung einer Subvention nach Art. 19 Abs. 3 SuG. Demnach hat die subventionsgewährende Behörde die Vertragsofferte sowohl dem Gesuchsteller als auch dem beschwerdeberechtigten Dritten zu eröffnen. Innerhalb der nächsten 30 Tage sind beide dazu berechtigt, eine anfechtbare Verfügung darüber zu verlangen. Der Rechtsweg verläuft über das Bundesverwaltungsgericht und allenfalls an das Bundesgericht in letzter Instanz.<sup>640</sup>

## 6. Beihilfebestimmungen in den bilateralen Abkommen

### a) Freihandelsabkommen

- 379 Das Freihandelsabkommen Schweiz-EU von 1972 (FHA) schafft eine Freihandelszone für bestimmte industrielle Erzeugnisse zwischen der Schweiz und der EU. Industriewaren mit Ursprung im Gebiet der beiden Vertragsparteien können innerhalb dieser Zone zollfrei gehandelt werden. Landwirtschaftsprodukte sind ausgenommen. Das Abkommen verbietet für die von ihm abgedeckten Produkte neben Zöllen auch mengenmässige Beschränkungen sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung.

---

<sup>637</sup> Z.B. eine Zulassungs- oder Kontingentierungsordnung. Vgl. dazu BGE 127 II 264 E. 2h, 271, wo das Bundesgericht aufgrund einer Bedürfnisklausel eine spezielle Beziehungsnähe zwischen den Konkurrenten als gegeben erachtete.

<sup>638</sup> BGE 125 I 7 E. 3e, 10.

<sup>639</sup> Vgl. dazu Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 48 VwVG, N 13 f.; im Zuge der Revision der Bundesrechtspflege wurde Art. 48 VwVG geändert und mit Art. 89 BGG im Wesentlichen in Übereinstimmung gebracht. Das Bundesverwaltungsgericht bezieht sich bei der Auslegung von Art. 18 VwVG deswegen auch auf die Praxis von Art. 89 BGG. Einerseits wurde neu in Art. 48 Abs. 1 VwVG die formelle Beschwerde in lit. a aufgenommen, weil bislang in der Praxis darüber eher Unklarheit bestand und andererseits, wie oben ausgeführt, bei der allgemeinen Beschwerdelegitimation verlangt, dass die Beschwerdeführenden besonders berührt sind. Diesbezüglich ging im Ergebnis keine Verschärfung der Voraussetzungen einher, so dass die Neuformulierung keine praktischen Auswirkungen hatte.

<sup>640</sup> BUNDI, System, 87.

Gemäss Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA ist «jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht», mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens unvereinbar, soweit sie geeignet ist, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen. Im Gegensatz zum AEUV enthält das FHA jedoch keine hierüber hinausgehenden Bestimmungen,<sup>641</sup> die Art. 23 FHA operationalisierbar machen würden. Ob es sich dabei um eine bewusste Entscheidung der Vertragsparteien, etwa zugunsten einer autonomen Auslegung, oder – wie von OESCH vorgeschlagen – ein «Missverständnis»<sup>642</sup> handelt, kann offen bleiben. Gegen die Auffassung von OESCH spricht u.E. jedenfalls die der Schlussakte beigelegte Erklärung der EU zur Auslegung des Artikels 23 Abs. 1 FHA,<sup>643</sup> denn sie legt nahe, dass die Vertragsparteien das FHA autonom auslegen.<sup>644</sup>

380

Das Bundesgericht und die EU-Institutionen haben offenbar eine grundsätzlich unterschiedliche Auffassung betreffend die Auslegung des Kriteriums der Unvereinbarkeit gemäss Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA. Während die EU angesichts der mit Art. 107 Abs. 1 AEUV vergleichbaren Formulierung den Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA entsprechend ihrer oben erwähnten Erklärung zu Art. 23 Abs. 1 FHA gemäss dem EU-Recht auslegt, verneinte das Bundesgericht den Charakter einer Verbotsnorm. So hatte sich das Bundesgericht in verschiedenen Gelegenheiten mit der Auslegung des FHA befasst, wobei die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmungen des FHA oft Kern der Debatte war.<sup>645</sup>

381

<sup>641</sup> TOBLER, Systematische Darstellung, 408.

<sup>642</sup> OESCH, Grundlagen, N 222.

<sup>643</sup> Erklärung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu Artikel 23 Absatz 1 des Abkommens, Schlussakte vom 22. Juli 1972 zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR 0.632.401.7).

<sup>644</sup> Zur autonomen Auslegung des FHA auch BGE 131 II 271 E. 10.3, 294 f.

<sup>645</sup> Epiney/Metz, 9; In seiner ständigen Rechtsprechung (vgl. BGE 118 Ib 367 E. 6, 378 f.; 105 II 49 E. 3, 57 ff.) betonte das Bundesgericht, dass das FHA «ein reines Handelsabkommen [sei], das nicht wie der damalige EWG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen wolle». Deswegen seien schweizerische Richter dazu befugt, die Bestimmungen des Abkommens grundsätzlich autonom anzuwenden und auszulegen. Damit war offenbar gemeint, dass die Rechtsprechung des EuGH und damit die Rechtslage in der EU nicht zwingend für die Auslegung des FHA entscheidend sei. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass das Bundesgericht während einer langen Zeit die Art. 13 und 20 FHA wesentlich enger auslegte, als der EuGH die entsprechenden Artikel des AEUV. Konkret sprach das Bundesgericht dem Art. 23 FHA die unmittelbare Wirkung gegenüber Privaten ab (BGE 140 IV 175 E. 2c.). Es ist fraglich, ob die Schweiz als Vertragspartnerin des FHA das Argument der fehlenden unmittelbaren Wirkung der Beihilfebestimmung im FHA gegenüber Privaten anführen könnte. Dieser restrikt-

382 Unabhängig von der Thematik der rechtlichen Wirkung stellt sich die Frage nach der rechtlichen Durchsetzbarkeit. Das FHA sieht keine gerichtliche Kontrolle und Durchsetzung der Einhaltung des Art. 23 Abs. 1 FHA durch die Vertragsparteien vor.<sup>646</sup> Sofern eine Vertragspartei der Ansicht ist, dass Art. 23 Abs. 1 FHA nicht eingehalten wurde, hat sie die Möglichkeit, Schutzmassnahmen nach den in Art. 27 FHA umschriebenen Voraussetzungen zu ergreifen. Gemäss Art. 27 Abs. 3 lit. a FHA ist hierfür allerdings zunächst der sog. Gemischte Ausschuss zu befassen. Beim Gemischten Ausschuss handelt es sich um ein diplomatisches Gremium mit Vertretern der Vertragsparteien (Art. 29 ff. FHA).

b) Luftverkehrsabkommen

383 Das Abkommen Schweiz-EU über den Luftverkehr (LVA) gehört zu den sog. «Bilateralen I», einem Paket von sieben Abkommen vom 21. Juni 1999. Das LVA ermöglicht schweizerischen Unternehmen eine weitgehend gleichberechtigte Teilnahme am EU-Binnenmarkt im Luftverkehrssektor und enthält auch wettbewerbsrechtliche Bestimmungen.<sup>647</sup>

384 Nach Art. 13 Abs. 1 LVA sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz oder eines EG-Mitgliedstaats gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Abkommen unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen.

385 Im Anschluss führt Art. 13 Abs. 2 LVA allerdings *de jure*-Ausnahmen und in Art. 13 Abs. 3 LVA Ermessensausnahmen auf. Dies erschliesst sich aus dem Wortlaut, da Beihilfen im Falle der Erfüllung einer der Ausnahmen nach Art. 13 Abs. 2 LVA «mit diesem Abkommen vereinbar sind». Im Falle der Erfüllung einer der Ausnahmetatbestände nach Art. 13 Abs. 3 LVA «können» die Massnah-

---

tive Ansatz wurde in der neueren Rechtsprechung allerdings relativiert. So hat das Bundesgericht in seinem Urteil SOVAG festgehalten, dass die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 30 AEUV in Bezug auf die Auslegung des inhaltlichen Art. 7 FHA durchaus nicht unbeachtlich sei (BGE 131 II 271, E. 10.3.). Im Anschluss an diese Aussage wird die einschlägige Rechtsprechung des EuGH referiert und im Ergebnis als für die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des FHA als massgeblich erachtet. Im Fall Physiogel prüfte das Bundesgericht die Einschlägigkeit des Art. 20 FHA nach parallelen Kriterien zu denjenigen, die im Rahmen des Art. 36 AEUV massgeblich sind (ohne dabei konkret auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug zu nehmen, BG 2A.593/2005, Urteil vom 6. September 2006.).

<sup>646</sup> TOBLER, Systematische Darstellung, 412.

<sup>647</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 436.



men als mit dem Abkommen vereinbar angesehen werden. Die *Legalausnahmen* nach Art. 13 Abs. 2 LVA umfassen einerseits den Fall von Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher und andererseits Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige aussergewöhnliche Ereignisse eingetreten sind. An *Ermessensausnahmen* führt Art. 13 Abs. 3 LVA drei Tatbestände auf:

- Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung aussergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht (Art. 13 Abs. 3 lit. a LVA);
- Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei (Art. 13 Abs. 3 lit. b LVA);
- Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft (Art. 13 Abs. 3 lit. c LVA).

Darüber hinaus umschreibt Art. 12 LVA Grundsätze, die die Vertragsparteien betreffend öffentliche Unternehmen (Art. 12 Abs. 1 LVA) und Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben (Art. 12 Abs. 2 LVA), beachten müssen. 386

Angesichts der umfassenden Teilnahme am Luftverkehrsbinnenmarkt und der starken Ähnlichkeit der Beihilfebestimmungen des LVA (inkl. Ausnahmen) mit den Bestimmungen des AEUV, hat die Schweiz den diesbezüglichen EU-Besitzstand zum Zeitpunkt des Abkommensschlusses inklusive Berücksichtigung der Gerichts- und Verwaltungspraxis übernommen (Art. 1 Abs. 2 LVA).<sup>648</sup> Nach Vertragsabschluss ergangene Urteile des EuGH werden der Schweiz übermittelt und die Geltung für das Abkommen auf Verlangen einer der Vertragsparteien im Gemischten Ausschuss beraten und beschlossen (Art. 1 Abs. 2 LVA). In der Praxis berücksichtigt die zuständige Schweizer Behörde (WEKO) auch regelmässig die neue Gerichts- und Verwaltungspraxis der EU. 387

Im Unterschied zum FHA sieht Art. 14 LVA eine Überprüfung der Einhaltung von Art. 12 und 13 LVA jeweils innerhalb der Schweiz bzw. der EU vor. Dabei ist nach dem sog. Zwei-Säulen-Prinzip jede Vertragspartei in ihrem eigenen Gebiet für die ordnungsgemässe Anwendung des Abkommens zuständig (Art. 18 388

<sup>648</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 437.

Abs. 1 LVA). Gemäss Art. 103 Luftfahrtgesetz<sup>649</sup> ist dabei die WEKO für die Überprüfung von Beihilfen hierzulande zuständig. In der EU obliegt diese Aufgabe der Kommission.

- 389 Vor einer Entscheidung ist die jeweils andere Vertragspartei zu informieren. Im Fall einer durch die Schweiz gewährten Beihilfe kann die Europäische Kommission ihre Beurteilung der Beihilfe kundtun und verlangen, dass das weitere Vorgehen dem Gemischten Ausschuss vorgelegt wird (Art. 14 LVA). Sofern der Ausschuss keine einvernehmliche Lösung findet, kann die Kommission Schutzmassnahmen ergreifen. Diese müssen im Unterschied zu denjenigen des FHA nicht explizit verhältnismässig sein und können auch andere Sachbereiche betreffen.<sup>650</sup> Dieser Mechanismus funktioniert in beide Richtungen, steht also auch der Schweiz für Beihilfen von EU-Mitgliedstaaten zur Verfügung.
- 390 Wie oben beschrieben, ist die WEKO mit der Aufgabe betraut, die Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem LVA zu überprüfen. Dem Wortlaut von Art. 103 Abs. 1 LFG zufolge, prüft die WEKO als dafür zuständige (Beihilfeüberwachungs-)Behörde folglich, ob die infragestehenden Beihilfemassnahmen mit Art. 13 LVA vereinbar sind, wobei die für den Beschluss zuständigen Behörden nach Art. 103 Abs. 3 LFG das Ergebnis der Prüfung durch die WEKO lediglich berücksichtigen müssen. Daraus folgt im Konkreten, dass die endgültige Entscheidung i.S.v. Art. 14 LVA i.V.m. Art. 103 LFG über die Gewährung der Beihilfe beim Beihilfegeber (z.B. Bund oder Kanton) liegt, und nicht bei der prüfenden Behörde (WEKO). Letztere prüft in diesem sektoriellen Bereich gemäss dem Zwei-Pfeiler-System und gibt lediglich eine Stellungnahme zu einem konkreten Fall ab.
- 391 Die WEKO hat sich hinsichtlich der Beihilfeprüfung im Zusammenhang mit dem LVA in den vergangenen Jahren mit einigen Fällen befasst. Dazu sind die vor der COVID-19-Pandemie ergangenen Fälle *Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport international de Genève (AIG)* (vom 27. September 2004) und *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS* (vom 18. Dezember 2018) zu nennen. Anlässlich der COVID-19-Pandemie hat sich die WEKO mit drei weiteren Beihilfefällen *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss* (vom 20. Mai 2020), *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics* (vom 29. Juni 2020) sowie *Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG)* (vom 5. Juli 2021) befasst.

---

<sup>649</sup> Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0).

<sup>650</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 437.

Die WEKO ist in den zwei Fällen *Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport international de Genève (AIG)* und *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*, zum Schluss gekommen, dass es sich bei den jeweiligen Unterstützungsmassnahmen um keine Beihilfen i.S.v. Art. 13 Abs. 1 LVA handelte. Im Fall *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS* und *Edelweiss* bejahte die WEKO die Erfüllung des Tatbestandes nach Art. 13 Abs. 1 LVA, wobei die jeweilige infragestehende Unterstützungsmassnahme als mit Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA vereinbar eingestuft wurde. Im Ergebnis waren diese beiden Fälle dem Beihilferecht in Einklang.<sup>651</sup> Im Fall *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics* handelte es sich aus Sicht der WEKO um eine Beihilfe, die nicht mit dem LVA vereinbar war. Der Bundesrat als Entscheidbehörde nahm hierbei aber eine abweichende Beurteilung vor. Er berücksichtigte die Stellungnahme der WEKO, aber entschied in diesem Fall zugunsten der Beihilfe an SR Technics mit der Begründung, dass die sog. Line Maintenance, also die schnelle Wartung ausländischer Airlines, die kurz nach ihrer Landung an Schweizer Flughäfen wieder abheben, kurzfristig nicht zu ersetzen sei. Im Fall *Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG)* stuft die WEKO die Unterstützungsmassnahme als Beihilfe nach Art. 13 Abs. 1 LVA ein, wobei auch hier die Vereinbarkeit der Massnahme nach Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA aus Sicht der WEKO erfüllt war. Der Entscheid des Genfer Staatrates zur Gewährung dieser Beihilfe steht aber noch aus.

Die WEKO hat somit in vier dieser Fälle die Vereinbarkeit von Unterstützungsmassnahmen mit dem Beihilferecht nach Art. 13 Abs. 1 LVA bejaht, während sie in einem Fall die Erfüllung des Beihilfetatbestands verneinte. In einem dieser Fälle hat die Entscheidbehörde eine andere Einschätzung als die WEKO vorgenommen. Die WEKO kann somit als kompetente und unabhängige Behörde auf ein solides Erfahrungsrepertoire im Beihilferecht zurückblicken.

### c) Landverkehrsabkommen

Das Abkommen Schweiz-EU über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (LandVA)<sup>652</sup> enthält die Bedingungen für eine abgestimmte Verkehrspolitik zwischen der Schweiz und der EU sowie Marktzugangsrechte zum Güter- und Personenverkehrsmarkt auf Schiene und Strasse.

<sup>651</sup> Die Unterstützungsmassnahme wurde der Verhältnismässigkeitsprüfung unterzogen und als geeignet, erforderlich und angemessen eingestuft.

<sup>652</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).

Das Abkommen sieht im Gegensatz zum LVA kein allgemeines Verbot von Beihilfemassnahmen vor. Das LandVA geht insbesondere nicht von einem grundsätzlichen Beihilfeverbot aus, sondern legt lediglich Regeln zur Transparenz von Beihilfen mittels Bilanzierung und Nichtvereitelung von Beihilfezielen der jeweils anderen Vertragspartei fest.<sup>653</sup>

- 395 Diverse Beihilfebestimmungen des LandVA sind im Wesentlichen programmatischer Natur. So handelt Art. 23 LandVA die Unabhängigkeit der Geschäftsführung und spricht über die Verpflichtung der Vertragsparteien, Beihilfen in den Tätigkeitsbereichen Betrieb Eisenbahnfahrweg und Erbringung von Verkehrsleistungen nicht auf die jeweiligen anderen Tätigkeitsbereiche zu übertragen. Art. 28 Abs. 1 LandVA bezieht sich auf das Rechnungswesen und besagt, dass über einen angemessenen Zeitraum hinweg ein ausgeglichener Saldo zwischen Einnahmen (inkl. Beihilfen) und Ausgaben ausgewiesen werden muss. Art. 35 Abs. 4 LandVA spricht davon, dass die marktwirtschaftlichen Auswirkungen etwaiger staatlicher Beihilfen einer Vertragspartei nicht durch das Verhalten der anderen Vertragspartei oder eines Organs beeinträchtigt werden.<sup>654</sup>
- 396 Art. 38 Abs. 6 LandVA sieht ein Beihilfeverbot in einem speziellen Sachverhalt vor: Danach gewähren die Vertragsparteien «keine direkten oder indirekten staatlichen Beihilfen mit dem Ziel, die Auswirkungen zu mildern, die sich für die Unternehmen dadurch ergeben, dass die Kosten, welche die in diesem Abkommen vorgesehenen Gebühren verursachen, der Beförderung angelastet werden». Für diese Bestimmung fehlt es allerdings sowohl an Verfahrensvorschriften als auch Anwendungsfällen.<sup>655</sup>

## 7. Zusammenfassung

- 397 Ausgangspunkt der Betrachtung des Subventionsrechts der Schweiz ist die besonders ausgeprägte Souveränität der Kantone. Daher unterliegen kantonale Subventionen nur einer geringen Überprüfung durch den Bund. Der schweizerische Subventionsbegriff ist durchaus weit zu verstehen, da er sowohl Finanzhilfen als auch Abgeltungen einschliesst. Subventionen beschränken sich nach schweizerischem Recht nicht nur auf positive Zahlungen, sondern auch auf indirekte Subventionen mittels Freistellung von eigentlich geschuldeten Zahlungen. Subventionen werden in der Schweiz auf allen Ebenen des Ge-

---

<sup>653</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438.

<sup>654</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438.

<sup>655</sup> TOBLER, Systematische Darstellung, 404.

---

meinwesens gewährt. Die Subventionen des Bundes werden in erster Linie durch das SuG geregelt, welches die Voraussetzungen zur Gewährung und die bei der Gewährung zu berücksichtigenden Aspekte festlegt. Zudem sieht das SuG eine regelmässige Überprüfung von Subventionen vor, welche durch entsprechende Jahresberichte und im Rahmen von Botschaften zu einschlägigen Gesetzesänderungen umgesetzt wird.

Subventionen müssen nicht nur die Anforderungen des SuG und ggf. einschlägiger Spezialgesetze des Bundes einhalten, sondern wie jedes Staatshandeln auch verfassungsrechtlich zulässig sein. Hierbei sind v.a. die Grundsatzkonformität und die Wirtschaftsfreiheit relevant. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind staatliche Interventionen mit sozial- und wirtschaftspolizeilicher Ausrichtung grundsätzlich zulässig. Dies wird in der Lehre kritisiert. U.E. sind sozialpolitisch oder wirtschaftspolizeilich motivierte Massnahmen nicht *per se* als nicht wirtschaftspolitisch bzw. *per se* grundsatzkonform zu betrachten. Aufgrund von Art. 94 Abs. 2 BV gehen wir allerdings von einer Sonderstellung sozial- und wirtschaftspolizeilicher Eingriffe in den freien Wettbewerb aus. Obwohl Subventionen zur Leistungsverwaltung gehören, sind die üblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben für Grundrechtseinschränkungen gem. Art. 36 BV zu prüfen. Kantonale und kommunale Subventionen müssen sich auch an allfällige Harmonisierungsnormen halten. Zwar enthält das Binnenmarktgesetz derzeit keine speziellen Bestimmungen zu kantonalen Subventionen. Es zielt aber darauf ab, Marktbeschränkungen innerhalb der Schweiz zu beseitigen. 398

Die Beschwerde gegen nicht gewährte Subventionen folgt grundsätzlich dem üblichen verwaltungsrechtlichen Instanzenzug. Dritte müssen jeweils eine besondere Berührtheit nachweisen. 399

Subventionen des Bundes werden jährlich in einem Subventionsregister erfasst. Anders stellt sich die Lage auf kantonaler und kommunaler Ebene dar. Nur wenige Kantone (Freiburg, Neuenburg, Wallis) verfügen über eigene kantonale Subventionsregister. Insgesamt sind die gewährten Subventionen somit wenig transparent. Subventionen sind in der Schweiz nicht vorab zu melden und unterstehen insoweit keiner Genehmigungspflicht. 400



## Teil 2: Fallstudien zu ausgewählten Sektoren





# A. Methodik

In der folgenden Fallstudienprüfung werden die im ersten Teil der Studie gewonnenen Erkenntnisse auf derzeit in der Schweiz praktisch vorkommende Fälle angewendet. Methodisch wird jede Fallkonstellation zunächst eingeführt. Bei der Erörterung der geltenden Schweizer Subventionspraxis wird auf die einzelnen Kantone insoweit spezifisch eingegangen, als sie besondere Subventionspraktiken verfolgen. Soweit möglich nehmen die Ausführungen Bezug auf konkrete Fallbeispiele. 401

Im Anschluss wird der für die beschriebenen Fallkonstellationen relevante EU-Rechtsrahmen dargestellt und auf die konkreten Fallkonstellationen in der Schweiz angewendet. Konkret werden im Rahmen der EU-rechtlichen Beurteilung die Sachverhalte unionsrechtlich unter Berücksichtigung der zugehörigen Kommissionspraxis und anhand der Rechtsprechung des EuGH analysiert. Dieses einheitliche Vorgehen ermöglicht eine objektivierte Betrachtung der durchaus sehr unterschiedlichen Themen. 402



## B. Unternehmensbesteuerung



# I. In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken und -bestimmungen

Janine Dumont

In der Folge werden aus Gründen der Praxisrelevanz und Vereinfachung jeweils nur diejenigen Regeln besprochen, die für Kapitalgesellschaften relevant sind. Unterschiede betreffend Personenunternehmungen, Vereine, Stiftungen, übrige juristische Personen und kollektive Kapitalanlagen mit direktem Grundbesitz werden nachfolgend nicht behandelt und sind im Einzelfall zu prüfen. 403

Die besonderen Besteuerungsregeln betreffend öffentliche Unternehmen sind nicht Gegenstand dieser Fallstudie. 404

## I. Grundsätzliches

### a) Kantonale und kommunale Steuerhoheit *per se*

Gem. Art. 3 der Bundesverfassung (BV) sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die BV eingeschränkt ist, und üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind. Diese föderalistische Staatsstruktur spiegelt sich auch im Steuerrecht, da Bund, Kantone und Gemeinden eine Steuerhoheit innehaben. Aufgrund des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5a BV obliegt die Urzuständigkeit zur Steuererhebung den Kantonen – namentlich erheben die Kantone und nicht der Bund die sog. «Staatssteuern» bzw. «*impôts de l'Etat*». Daher darf der Bund nur diejenigen Steuern erheben, zu deren Erhebung ihn die BV ausdrücklich ermächtigt, wozu insb. die direkte Bundessteuer gehört (Art. 128 BV). Die Kantone dürfen grundsätzlich selbst festlegen, welche Sachverhalte sie besteuern wollen – zu beachten sind lediglich die Einschränkungen durch die BV. Eine solche Einschränkung ist das Verbot speziell durch die BV bezeichneter Steuern, die bereits durch den Bund erhoben werden. Dazu gehören gem. Art. 134 BV: 405

- die Mehrwertsteuer;
- die besonderen Verbrauchssteuern;
- die Stempelsteuern;
- die Verrechnungssteuer.

- 406 Überdies dürfen nach Art. 134 BV die Kantone Betreffnisse, die der Bund für steuerfrei erklärt, nicht besteuern.
- 407 Allerdings verbietet Art. 134 BV es den Kantonen nicht, direkte Steuern, wie die Gewinnsteuer, zu erheben, obwohl der Bund ebenfalls direkte Steuern erhebt (vertikale Doppelbesteuerung).
- 408 Dagegen ist die interkantonale Doppelbesteuerung (horizontale Doppelbesteuerung) durch die BV untersagt (Art. 127 Abs. 3 BV). Eine Person darf also nicht auf dem gleichen Steuergegenstand für den gleichen Zeitraum von mehreren Kantonen besteuert werden.
- 409 Die BV ermächtigt den Bund in Art. 129 Abs. 3 BV ausserdem, Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen zu erlassen. Der Bund hat von dieser Vorschrift noch keinen Gebrauch gemacht, da die Kantone die Thematik bereits mittels interkantonalen Konkordats adressiert haben.<sup>1</sup>
- 410 Die Gemeinden haben im Gegensatz zu den Kantonen keine ursprüngliche Steuerhoheit. Ihre Steuerhoheit leitet sich aus dem kantonalen Recht ab, was sich aus Art. 50 Abs. 1 BV ergibt (sog. abgeleitete oder delegierte Steuerhoheit). In der Regel erfolgt die Bestimmung der steuerbaren Faktoren durch den Kanton und die Steuerveranlagung und der Steuerbezug entweder durch die Gemeinde oder den Kanton.
- 411 Das Steuerharmonisierungsgesetz (StHG) schreibt den kantonalen und kommunalen Steuerlegislativen Grundsätze vor, die bei der Ausgestaltung der Steuergesetzgebung zu berücksichtigen sind. Es handelt sich gem. Art. 129 Abs. 2 BV um Grundsätze hinsichtlich:
- Steuerpflicht;
  - Gegenstand;
  - zeitlicher Bemessung;
  - Verfahrensrecht;
  - Steuerstrafrecht.
- 412 Sofern eine kantonale Regelung dem StHG widerspricht, findet das Bundesrecht direkt Anwendung (Art. 72 Abs. 2 StHG). Die Kantone regeln aber weiterhin (Art. 129 Abs. 2 BV und Art. 1 Abs. 3 StHG) die:

---

<sup>1</sup> Vgl. Schweizerische Steuerkonferenz, Interkantonales Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen vom 10. Dezember 1948 (Ausgabe Oktober 2018), abrufbar unter: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/allgemein/steuerinformationen/fachinformationen/schweizerisches-steuersystem/dossier-steuerinformationen.html>.

- Steuertarife;
- Steuersätze;
- Steuerfreibeträge.

Im Allgemeinen ist die Steuerbelastung in der Schweiz im internationalen Vergleich im unteren Mittelfeld anzusiedeln.<sup>2</sup> Dabei ist allerdings zu beachten, dass innerhalb der Schweiz grosse Unterschiede in der Steuerbelastung bestehen. Dies gilt in erster Linie für die Gewinn- und Kapitalsteuer für juristische Personen, da hier die Kantone (und teilweise auch die Gemeinden) eigene Abzüge und Steuertarife festlegen. Die Steuerbelastung von Kapitalgesellschaften unterscheidet sich je nach Kanton und Gemeinde stark. So ergibt sich unter Einbezug von Bundes-, Staats- und Gemeindesteuern für die ordentliche Gewinnsteuer an den Kantonshauptorten ein Spektrum zwischen 11.85% in Zug und 21.04% in Bern auf dem Gewinn vor Steuern (Stand Juli 2022).<sup>3</sup> Die in diese Steuersätze bereits einberechnete direkte Bundessteuer ist dagegen in der ganzen Schweiz gleich hoch.

413

Die *Gewinnsteuer* wird auf dem Reingewinn (nach Steuern) erhoben. Die direkte Bundessteuer der Kapitalgesellschaften beträgt in der Schweiz 8.5% (Art. 68 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer, DBG<sup>4</sup>). Auch die Kantone erheben eine Gewinnsteuer (Art. 2 Abs. 1 lit. b StHG). Dafür wird in der Regel eine einfache Staatssteuer bestimmt (Multiplikation des Steuersatzes mit dem Reingewinn nach Steuern), welche in der Folge mit dem aktuell gültigen Steuerfuss multipliziert wird, um das Steuermass zu bestimmen (vgl. z.B. § 5 StG-SO<sup>5</sup>). Der Steuerfuss wird periodisch durch die Legislative (z.B. im Haushalt, § 5 Abs. 3 StG-SO) festgelegt. Im Unterschied dazu wird der Steuersatz gesetzlich geregelt (vgl. z.B. § 97 Abs. 1 StG-SO). Auf Gemeindeebene wird i.d.R. die einfache Staatssteuer mit dem jeweils gültigen Gemeinde- (und allenfalls Kirchen-)steuerfuss multipliziert.

414

---

<sup>2</sup> OECD, Statutory Corporate Tax Rates, abrufbar unter: <[https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CTS\\_CIT](https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=CTS_CIT)>.

<sup>3</sup> KPMG, Corporate income tax rates in the cantons 2022, abrufbar unter: <[<sup>4</sup> Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 \(DBG, SR 642.11\).](https://home.kpmg/ch/en/home/media/press-releases/2022/05/swiss-tax-report-2022.html#:~:text=Top incomes are taxed at, and Vaud (41.5 percent)>.</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>5</sup> Gesetz über die Staats- und Gemeindesteuern des Kantons Solothurn vom 1. Dezember 1985 (Steuergesetz, StG-SO, KS 614.11).

- 415 Auf Bundesebene gibt es keine *Kapitalsteuer*. Die Kantone und Gemeinden erheben eine Kapitalsteuer auf das Grund- oder Stammkapital und die Reserven juristischer Personen (Art. 2 Abs. 1 lit. b StHG). Die Kantone haben dabei die Möglichkeit, die Gewinnsteuer juristischer Personen an die Kapitalsteuer anzurechnen (Art. 30 Abs. 2 StHG).
- 416 In einigen Kantonen unterliegen Gewinne juristischer Personen aus der Veräusserung von Grundstücken einer gesonderten *Grundstückgewinnsteuer* (monistisches System<sup>6</sup>). Für die direkte Bundessteuer und für die meisten Kantone unterliegen Gewinne juristischer Personen aus der Veräusserung von Grundstücken der ordentlichen Gewinnsteuer (dualistisches System<sup>7</sup>).
- 417 Die Unterschiede in der kantonalen Besteuerung zeigen, dass die Kantone miteinander in steuerlichen Wettbewerb treten. Ein wichtiges Institut, um diesen Wettbewerb zu gewährleisten, ist der Nationale Finanzausgleich (Art. 135 Abs. 2 lit. e BV). Er sorgt dafür, dass ressourcenschwächere Kantone ausreichende Mittel zur Ausübung ihrer finanziellen Autonomie zur Verfügung stehen und Kantone, die soziodemografische oder geografisch-topografische Sonderlasten tragen, ausgeglichen werden. Ziel ist jeweils, dass jeder Kanton pro Kopf über Ressourcen von mindestens 86.5% (bis 2019 noch 85%) des schweizerischen Mittels verfügt (Art. 3a Abs. 2 lit. a Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich, FiLaG<sup>8</sup>). Dank des Nationalen Finanzausgleichs können auch ressourcenschwächere Kantone am Steuerwettbewerb teilnehmen. Teilweise wird am Nationalen Finanzausgleich kritisiert, dass aufgrund fehlender Sicherungsmechanismen, wie etwa einer Mindestbesteuerung, die Ausgleichnehmerkantone auf Kosten der Ausgleichgeberkantone ihre Standortattraktivität steigern könnten. Diese Thematik hat der Bundesrat im letzten Wirkungsbericht zum Nationalen Finanzausgleich eingehend beleuchtet: Eine mit einer Steuersenkung einhergehende Erhöhung des sog. Ressourcenpotenzials würde mit geringeren Ausgleichszahlungen aus dem Nationalen Finanzausgleich einhergehen.<sup>9</sup> Unter dem Ressourcenpotenzial ist gem. Art. 3 Abs. 1 FiLaG der Wert der fiskalisch ausschöpfbaren Ressourcen eines Kantons gemeint. Zu diesen fiskalisch ausschöpfbaren Ressourcen gehören nach Art. 3 Abs. 2 FiLaG das steuerbare Einkommen und Vermögen natürlicher Personen sowie der steuerbare Gewinn juristischer Personen. Unter der Annahme, dass

---

<sup>6</sup> Dazu SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 5 N 3.

<sup>7</sup> Dazu SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 5 N 2.

<sup>8</sup> Bundesgesetz über den Finanz- und Lastenausgleich vom 3. Oktober 2003 (FiLaG, SR 613.2).

<sup>9</sup> Wirksamkeitsbericht des Bundesrates 2016–2019 des Finanzausgleichs zwischen Bund und Kantonen, März 2018, 12, 66 ff., abrufbar unter: <<https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzausgleich/wirksamkeitsberichte.html>>.



ein Kanton durch niedrigere Steuersätze ein höheres Ressourcenpotenzial, also mehr steuerbares Einkommen und Vermögen natürlicher Personen sowie steuerbaren Gewinn in seine Besteuerungshoheit ziehen kann, erhöhen daher niedrigere Steuersätze das Ressourcenpotenzial. D.h. ein Kanton, der aufgrund niedrigerer Steuersätze mehr fiskalisch nutzbare Werte zur Verfügung hat, wird geringere Ausgleichszahlungen erhalten oder gar selbst zum sog. «Gerbekanton» werden.

b) Steuererleichterungen für Neugründungen auf Bundes- und kantonaler Ebene

Bund, Kantone und Gemeinden können Steuererleichterungen, namentlich die Nichtbesteuerung oder Tieferbesteuerung von Unternehmen, für einen bestimmten Zeitraum nach der Neugründung oder Ansiedlung in der Schweiz gewähren. Der Zeitraum kann bis zu zehn Jahre betragen und unterliegt grundsätzlich einer Sperrfrist von fünf Jahren. Das bedeutet, dass ein Unternehmen, welches zehn Jahre lang von einer Tieferbesteuerung profitiert hat, nach Abschluss der Tieferbesteuerung mindestens fünf Jahre lang ordentlich besteuert in der Schweiz verbleiben muss. Hält sich das Unternehmen nicht an die Sperrfrist, sind die Steuervergünstigungen zurückzuerstatten.

418

Die wichtigste Bestimmung für Steuererleichterungen auf *Bundesebene* ist Art. 12 des Bundesgesetzes über die Regionalpolitik (BRP)<sup>10</sup>. Die Bestimmung lautet:

419

«Art. 12 Steuererleichterungen

1 Soweit ein Kanton Steuererleichterungen nach Artikel 23 Absatz 3 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden gewährt, kann der Bund für die direkte Bundessteuer ebenfalls Steuererleichterungen gewähren.

2 Steuererleichterungen bei der direkten Bundessteuer werden nur gewährt, soweit:

- a. ein industrielles Unternehmen oder ein produktionsnaher Dienstleistungsbetrieb neue Arbeitsplätze schafft oder bestehende neu ausrichtet;
- b. das Vorhaben die regionalwirtschaftlichen Anforderungen dieses Gesetzes erfüllt;
- c. der Kanton die Nachzahlung von missbräuchlich beanspruchten Steuererleichterungen verlangt.

---

<sup>10</sup> Bundesgesetz über die Regionalpolitik vom 6. Oktober 2006 (BRP, SR 901.0).

3 Der Bundesrat legt, nach Konsultation der Kantone, die Gebiete fest, in denen Unternehmen von diesen Erleichterungen profitieren können, und regelt die Modalitäten der Finanzaufsicht, insbesondere die Pflicht, Informationen über die Wirkung der gewährten Steuererleichterungen einzuholen und weiterzuleiten.»

- 420 Daraus ergibt sich, dass die Entscheidung über die Gewährung einer Steuererleichterung zunächst vom Kanton gefällt wird (Art. 12 Abs. 1 BRP). Nur in diesem Fall kann der Bund auch für die direkte Bundessteuer Erleichterungen gewähren. Da der Bund nur dann Steuererleichterungen gewährt, wenn der betreffende Kanton dem zustimmt, handelt es sich um eine multipolare Koppelungssubvention (vgl. [Teil 1, IV. 2. a\)](#)). Es gibt in der Praxis auch keinen Verhandlungsspielraum, ausnahmsweise auf die Subventionsgewährung auf kantonaler Ebene zu verzichten.<sup>11</sup>
- 421 Für den Bund gelten die in Art. 12 Abs. 2 BRP genannten zusätzlichen Voraussetzungen sowie das Verfahren gem. Art. 19 BRP. Die Gebiete, für die Steuererleichterungen infrage kommen, hat der Bund gestützt auf Art. 12 Abs. 3 des BRP in Art. 3 der Verordnung über die Gewährung von Steuererleichterungen im Rahmen der Regionalpolitik<sup>12</sup> umschrieben. Gestützt auf Art. 3 Abs. 3 besagter Verordnung bezeichnet das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) die infrage kommenden Gemeinden nach Anhörung der Kantone. Gem. geltender Verordnung des WBF<sup>13</sup> kommen 158 Gemeinden in insgesamt 19 Kantonen für Steuererleichterungen infrage. In jeder Legislaturperiode aktualisiert das WBF die Liste und erstattet darüber Bericht (Art. 5 der bundesrätlichen Verordnung). Die Steuererleichterungen durch den Bund werden unter Nennung der Steuerpflichtigen jährlich durch das SECO publiziert.<sup>14</sup>
- 422 Für die Steuererleichterungen auf kantonaler Ebene ist insb. Art. 23 Abs. 3 StHG zu beachten, der vorsieht, dass die Kantone für Neugründungen, die dem wirtschaftlichen Interesse des Kantons dienen, Steuererleichterung von bis zu

---

<sup>11</sup> HONOLD KERSTEN/BÜRGI KILIAN, Tax incentives for businesses in Switzerland after tax reform, International Tax Review vom 13. März 2019, abrufbar unter: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1f7mxvtt9xc20/tax-incentives-for-businesses-in-switzerland-after-tax-reform>> (zit. HONOLD/BÜRGI, International Tax Review 2019).

<sup>12</sup> Verordnung über die Gewährung von Steuererleichterungen im Rahmen der Regionalpolitik vom 3. Juni 2016 (SR 901.022).

<sup>13</sup> Verordnung des WBF über die Festlegung der zu den Anwendungsgebieten für Steuererleichterungen gehörenden Gemeinden vom 3. Juni 2016 (SR 901.022.1).

<sup>14</sup> SECO, Jahresstatistik, Beihilfen zugunsten wirtschaftlicher Erneuerungsgebiete/Steuererleichterungen im Rahmen des Gesetzes über Regionalpolitik, abrufbar unter: <[https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Standortfoerderung/KMU-Politik/Steuererleichterungen\\_im\\_Rahmen\\_der\\_Regionalpolitik.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Standortfoerderung/KMU-Politik/Steuererleichterungen_im_Rahmen_der_Regionalpolitik.html)>.

zehn Jahren vorsehen können. Eine Änderung der betrieblichen Tätigkeit kann einer Neugründung gleichkommen. Von dieser Möglichkeit hat z.B. der Kanton Zürich Gebrauch gemacht (§ 62 StG-ZH). Die Immigration eines Unternehmens in die Schweiz wird ebenfalls als Neugründung behandelt.<sup>15</sup> Alle 26 Kantone sehen das Institut der Steuererleichterung im kantonalen Recht vor.<sup>16</sup> Die Bedingungen für die Gewährung einer Steuererleichterung sind kantonal unterschiedlich. So berücksichtigt z.B. der Kanton Basel-Landschaft in der Praxis die folgenden vier Kriterien, stellt aber gleichzeitig klar, dass es sich um einen Ermessensentscheid handelt, auf dessen Erteilung kein Rechtsanspruch besteht:<sup>17</sup>

- Den erwarteten steuerbaren Reingewinn während der Steuerbefreiungsperiode;
- die Anzahl der durch die Neugründung geschaffenen Arbeitsplätze;
- die direkten und indirekten Investitionen, die durch die Neugründung ausgelöst werden;
- die Auswirkungen der Neugründung auf die Wettbewerbssituation.

Zuständig auf kantonaler Ebene für die Gewährung einer Steuererleichterung ist jeweils nicht die Steuerbehörde, sondern der Regierungsrat, nötigenfalls in Abstimmung mit der betroffenen Gemeinde (vgl. etwa § 62 StG-ZH<sup>18</sup>). Dies gilt auch für den Bund: Anstelle der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) prüft das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) Steuererleichterungen seitens des Bundes (Art. 19 BRP). 423

In der konkreten Umsetzung der Steuererleichterung für Neugründungen können sich, u.a. im Hinblick auf die Sperrfrist, im konkreten Einzelfall abweichende Lösungen ergeben, die zwischen kantonal zuständiger Behörde und dem steuerpflichtigen Unternehmen getroffen werden. 424

## 2. Verrechnungspreise

Zentrales Element zur Ausgestaltung von Verrechnungspreisen, sowohl international als auch in der Schweiz, ist der Grundsatz, dass der Leistungsaustausch unter Nahestehenden «*at arms' length*» (drittvergleichsüblich) sein 425

---

<sup>15</sup> HONOLD/BÜRGI, International Tax Review 2019.

<sup>16</sup> HONOLD/BÜRGI, International Tax Review 2019.

<sup>17</sup> Basel-Land, Steuerverwaltung, Tax Guide, 22, abrufbar unter: <[https://economy-bl.ch/fi-leadadmin/user\\_upload/TaxGuide\\_DE.pdf](https://economy-bl.ch/fi-leadadmin/user_upload/TaxGuide_DE.pdf)>.

<sup>18</sup> Steuergesetz des Kanton Zürich vom 8. Juni 1997 (StG, KS 631.1).

muss. Das Entgelt für eine Leistung muss dem sog. Drittvergleich standhalten, also dem Marktpreis entsprechen. Diese Regel ergibt sich für die Schweiz direkt aus Art. 58 Abs. 1 lit. b und c DBG sowie Art. 24 StHG.<sup>19</sup> Danach müssen Leistungen unter Nahestehenden, die nicht dem Drittvergleich standhalten, als geldwerte Leistungen qualifiziert und zum Zwecke der Besteuerung aufgerechnet werden. Zur Herleitung des Marktpreises werden verschiedene Methoden, sog. Verrechnungspreismethoden, angewendet.

426 Die Schweiz hat keine eigene Verrechnungspreisgesetzgebung und orientiert sich an den Richtlinien der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (*Organisation for Economic Co-operation and Development*, OECD)<sup>20</sup>. Die OECD kennt drei Standardvergleichsmethoden:

- Preisvergleichsmethode;
- Wiederverkaufspreismethode;
- Kostenaufschlagsmethode.<sup>21</sup>

427 Darüber hinaus kommen gewinnbezogene Methoden in Betracht (insb. Gewinnvergleichs- oder Gewinnaufteilungsmethoden).<sup>22</sup> Nachdem die OECD bereits seit 1979 Hinweise zu verrechnungspreislichen Fragen gegeben hatte, veröffentlichte sie 1995 erstmals ihre Verrechnungspreisrichtlinien, welche sie seither mehrmals aktualisiert hat.<sup>23</sup>

428 Während in anderen Staaten umfangreiche Dokumentationspflichten und Nachweise erforderlich sind, um etwa die Wahl der besten Verrechnungspreismethode (so in den USA)<sup>24</sup> zu belegen, gibt es in der Schweiz diesbezüglich keine Vorschriften. Dennoch empfiehlt es sich, angesichts der Mitwirkungspflicht der Steuerpflichtigen gem. Art. 126 Abs. 2 DBG und Art. 42 Abs. 2 StHG, die Verrechnungspreismethodik und diesbezügliche Überlegungen zu dokumentieren. Bei grenzüberschreitenden Vorgängen unterliegen die Steuerpflichtigen einer erhöhten Mitwirkungspflicht.<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 6 N 56.

<sup>20</sup> Die jeweils geltenden OECD-Verrechnungspreisrichtlinien sind abrufbar unter: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/>.

<sup>21</sup> SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 17 N 64.

<sup>22</sup> Dazu im Einzelnen STOCKER/STUDER, 386 ff.

<sup>23</sup> EDEN/BYRNES, 19.

<sup>24</sup> USA, 26 US Code § 1.482-1(c).

<sup>25</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_16/2015 vom 6. August 2015 E. 2.5.2.

Im Zusammenhang mit den Verrechnungspreisen gibt es in der Schweiz zwei besondere Praxen, die in der Folge zu erläutern sind: Rulings und Safe-Harbour-Zinssätze. 429

a) Rulingpraxis

Grundsätzlich kann in der Schweiz zu jedem Steuersachverhalt ein Vorbescheid (sog. Ruling) eingeholt werden.<sup>26</sup> Ein Steuervorbescheid ist ein Instrument zur Schaffung von Rechtssicherheit, da Steuerpflichtige sich gegenüber der Steuerverwaltung auf den Steuervorbescheid als Vertrauensgrundlage berufen können (Vertrauensschutz gestützt auf Art. 9 BV).<sup>27</sup> Sie sind nicht gesetzlich geregelt. Auch gem. Rechtsprechung des Bundesgerichts bilden Rulings einen Anwendungsfall des allgemeinen Vertrauensschutzes. Es handle sich um «vorgängige Auskünfte der Steuerverwaltung, die zwar nicht Verfügungscharakter haben, aber nach den allgemein anerkannten Grundsätzen von Treu und Glauben (Art. 9 BV) Rechtsfolgen gegenüber den Behörden auslösen können.»<sup>28</sup> Dies sind Vereinbarungen, die die genaue Anwendung geltenden Rechts auf einen bestimmten Sachverhalt betreffend ein Unternehmen oder einen Konzern regeln. Rulings dienen der Rechtssicherheit und werden regelmässig bei grossen Transaktionen z.B. bei Fusionen innerhalb eines Konzerns oder zur Verständigung über die anzuwendende Verrechnungspreismethodik (sog. «Advanced Pricing Agreements») eingeholt. *Per se* handelt es sich hier aber nicht um besondere Vorteile für bestimmte Unternehmen, sondern um die Anwendung des geltenden Rechts auf konkrete Sachverhalte (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV; Art. 190 BV). Eine Vereinbarung, die nicht der Rechtslage entspricht, wäre ein sog. Steuerabkommen, was in der Schweiz auf kantonaler Ebene gem. Art. 1 Abs. 1 des Interkantonalen Konkordats über den Abschluss von Steuerabkommen von 1948<sup>29</sup> und auf Bundesebene mangels gesetzlicher Grundlage verboten ist. Je nach Ausgestaltung der Verrechnungspreise wird einem Unternehmen ein grösserer oder kleinerer Ertrag zugerechnet. Sobald ein Konzern in mehreren Jurisdiktionen mit unterschiedlichen Steuerregimes steuerlich ansässig wird, besteht die theoretische Möglichkeit mittels einer günstigen Verrechnungspreismethodik Erträge in einer Jurisdiktion mit gerin-

---

<sup>26</sup> Zu den Hintergründen OESTERHELT, 188 ff.; SCHREIBER/JAUN/KOBIERSKI, 331.

<sup>27</sup> BLUMENSTEIN/LOCHER, 33 f.; REICH/HUNZIKER/ROBINSON, § 4 N 99 f.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_529/2014 vom 24. August 2015 E. 2.1.

<sup>29</sup> Vgl. die Erläuterungen der SSK, Interkantonales Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen vom 10. Dezember 1948 (Ausgabe Oktober 2018), 4 f., abrufbar unter: <https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/allgemein/steuerinformationen/fachinformationen/schweizerisches-steuersystem/dossier-steuerinformationen.html>.

ger Steuerbelastung zu erhöhen und in einer Jurisdiktion mit hoher Steuerbelastung zu verringern. Aus Konzernperspektive verringert sich dadurch die Gesamtsteuerlast. *Prima facie* beihilferechtlich relevant könnten daher solche Vorbescheide sein, die eine offensichtlich ungeeignete Methode zur Bestimmung der Verrechnungspreise bestätigen.

b) Safe-Harbour-Zinssätze

- 431 Finanzierungsgeschäfte werden in Konzernen regelmässig zwischen Konzerngesellschaften getätigt. Zur Vereinfachung der Bestimmung der Angemessenheit von Zinssätzen hat die ESTV sog. «Safe-Harbour-Zinssätze» festgelegt. Diese Zinssätze werden jährlich aktualisiert und in Rundschreiben publiziert.<sup>30</sup> Sofern diese Zinssätze bei Darlehen und Vorschüssen im Konzernverhältnis eingehalten werden, werden sie in der Praxis von den Steuerverwaltungen akzeptiert. Abweichungen von den Zinssätzen eröffnen die Vermutung eines Missverhältnisses und führen zu einer Beweislastumkehr zulasten des Steuerpflichtigen.<sup>31</sup> Ungenügende oder zu hohe Zinsen gegenüber Nahestehenden stellen geldwerte Leistungen dar. Es ist denkbar, dass die Safe-Harbour-Zinssätze höher oder tiefer liegen als der tatsächliche Marktzins.
- 432 Die OECD anerkennt den Nutzen von Safe-Harbour-Regeln, da diese den administrativen Aufwand, insb. für KMU, erheblich reduzieren. Allerdings gibt es – auch aus wirtschaftlicher Perspektive – Gründe, Safe-Harbour-Zinssätze abzulehnen. Dies ist unter anderem der Zinsentwicklung in der Folge der Finanzkrise ab 2008 geschuldet: Im Vergleich zur Vergangenheit weichen Drittvergleichszinssätze zunehmend von den Safe-Harbour-Zinssätzen ab.<sup>32</sup> Dadurch kann es international sogar zu Doppelbesteuerung kommen, welche nur mit dem sehr aufwändigen Verständigungsverfahren zwischen den betroffenen Steuerbehörden beizulegen sind.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> ESTV, Rundschreiben, Steuerlich anerkannte Zinssätze 2020 für Vorschüsse oder Darlehen in Fremdwährungen vom 4. Februar 2020, und Rundschreiben, Steuerlich anerkannte Zinssätze 2020 für Vorschüsse oder Darlehen in Schweizer Franken vom 3. Februar 2020, beide abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/rundschreiben.html>>.

<sup>31</sup> BGE 140 II 88 E. 7, 100; dazu kritisch: DUSS, 124; HEUBERGER, 171 f.; NEUHAUS, 136; SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 17 N 117.

<sup>32</sup> HABERMACHER HANS RUDOLF/WEDER DIEGO, Transfer pricing: Do Swiss safe harbour interest rates apply to all intra-group loans?, International Tax Review vom 12. März 2013, abrufbar unter: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fb5y2l755t1x/transfer-pricing-do-swiss-safe-harbour-interest-rates-apply-to-all-intra-group-loans>> (zit. HABERMACHER/WEDER, International Tax Review 2013).

<sup>33</sup> HABERMACHER/WEDER, International Tax Review 2013.

### 3. Massnahmen der Unternehmenssteuerreform III/des STAF

Ausgangspunkt für die Unternehmenssteuerreform III bzw. das nunmehr zum 1. Januar 2020 in Kraft getretene Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung (STAF)<sup>34</sup> war der sog. «Steuerstreit», in welchem die EU die ehemaligen privilegierten kantonalen Steuerstatus (Holding, Domizil und gemischte Gesellschaft) und Besteuerungspraxen des Bundes (*Swiss Finance Branch*, Prinzipal) als staatliche Beihilfen und damit einen Verstoss gegen das FHA<sup>35</sup> auffasste.<sup>36</sup> Obwohl die Schweiz inhaltlich die Ansicht vertrat, dass das FHA nicht anwendbar sei und die Massnahmen auch keine gem. FHA relevanten Beihilfen darstellte, beschloss sie, auch im Hinblick auf OECD-Entwicklungen<sup>37</sup> das Unternehmenssteuerrecht zu reformieren, um den Wirtschaftsstandort Schweiz zu stärken. In diesem Zusammenhang wurde am 14. Oktober 2014 ein «Joint Statement»<sup>38</sup> zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten abgegeben, in welchem man sich auf eine Beilegung des Steuerstreits dahingehend einigte, dass man die Absicht des Bundesrates festhielt, auf eine Abschaffung der kritisierten kantonalen Steuerstatus und Besteuerungspraxen des Bundes hinzuwirken.

433

Da Gesellschaften, die zuvor ein kantonales Steuerprivileg oder eine der Besteuerungspraxen des Bundes in Anspruch nehmen konnten, durch Abschaffung der Privilegien eine viel höhere Steuerbelastung zu erwarten gehabt hätten, erarbeitete die Schweiz Massnahmen zur Abhilfe. Ziel war es, mit den neuen Massnahmen zur Wahrung der Standortattraktivität die geltenden internationalen Standards gemäss OECD/G20<sup>39</sup> und EU einzuhalten.<sup>40</sup>

434

---

<sup>34</sup> Bundesgesetz über die Steuerreform und die AHV-Finanzierung vom 28. September 2018 (STAF), AS 2019, 2395.

<sup>35</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401).

<sup>36</sup> TOBLER, *Bilaterale Beziehungen*, 29 ff.

<sup>37</sup> Vgl. bereits OECD, *Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue*, Paris 1998, abrufbar unter: <<https://www.oecd.org/ctp/harmful/1904176.pdf>>.

<sup>38</sup> Der Originaltext des «Joint Statement» ist aufzufinden unter: Bundesrat, Pressemitteilung vom 14. Oktober 2014, Schweiz und EU-Mitgliedstaaten unterzeichnen Verständigung zur Unternehmensbesteuerung, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-54818.html>>.

<sup>39</sup> OECD/G20, *Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, Wirksame Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken unter Berücksichtigung von Transparenz und Substanz, Aktionspunkt 5 – Abschlussbericht 2015*, Paris 2016, abrufbar unter: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264258037-de.pdf?expires=1663005409&id=id&acc-name=guest&checksum=35B6A526310F485457EABD3DF9D49D72>>.

<sup>40</sup> SIMONEK, *Unternehmenssteuerrecht*, § 9 N 3 ff.

435 Die drei neuen Instrumente Patentbox, Eigenfinanzierungsabzug und Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen unterliegen gem. Art. 25b StHG einer Entlastungsbegrenzung. Danach darf die Gesamtentlastung aus Patentbox, Eigenfinanzierungsabzug und Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen 70% des steuerbaren Gewinns vor Verlustverrechnung nicht übersteigen (30% Mindestbesteuerung). Zudem können die Kantone geringere Ermässigungen vorsehen und die steuerlichen Ermässigungen dürfen keine Verluste generieren (Art. 25b Abs. 3 und 2 StHG).

a) Patentbox

436 Die durch das STAF in Art. 24b StHG eingeführte Patentbox ist ein Mittel der Output-Förderung. Die Bestimmung zielt auf Patente und vergleichbare Rechte ab und lautet: «Art. 24b Besteuerung

1 Der Reingewinn aus Patenten und vergleichbaren Rechten wird auf Antrag der steuerpflichtigen Person im Verhältnis des qualifizierenden Forschungs- und Entwicklungsaufwands zum gesamten Forschungs- und Entwicklungsaufwand pro Patent oder vergleichbares Recht (Nexusquotient) mit einer Ermässigung von 90 Prozent in die Berechnung des steuerbaren Reingewinns einbezogen. Die Kantone können eine geringere Ermässigung vorsehen.

2 Der Reingewinn aus Patenten und vergleichbaren Rechten, die in Produkten enthalten sind, ermittelt sich, indem der Reingewinn aus diesen Produkten jeweils um 6 Prozent der diesen Produkten zugewiesenen Kosten sowie um das Markenentgelt vermindert wird.

3 Wird der Reingewinn aus Patenten und vergleichbaren Rechten erstmals ermässigt besteuert, so werden der in vergangenen Steuerperioden bereits berücksichtigte Forschungs- und Entwicklungsaufwand sowie ein allfälliger Abzug nach Artikel 25a zum steuerbaren Reingewinn hinzugerechnet. Im Umfang des hinzugerechneten Betrags ist eine versteuerte stille Reserve zu bilden. Die Kantone können diese Besteuerung innert fünf Jahren ab Beginn der ermässigten Besteuerung auf andere Weise sicherstellen.

4 Der Bundesrat erlässt weiterführende Bestimmungen, insbesondere:

a. zur Berechnung des ermässigt steuerbaren Reingewinns aus Patenten und vergleichbaren Rechten, namentlich zum Nexusquotienten;

b. zur Anwendung der Regelung auf Produkte, die nur geringe Abweichungen voneinander aufweisen und denen dieselben Patente und vergleichbaren Rechte zugrunde liegen;

c. zu den Dokumentationspflichten;

d. zum Beginn und Ende der ermässigten Besteuerung; und

e. zur Behandlung der Verluste aus Patenten und vergleichbaren Rechten.»



Danach werden also grundsätzlich die Gewinne aus Patenten zu maximal 90% vom steuerbaren Gewinn ausgenommen (Art. 24b Abs. 1 StHG). Da die Gewinne ausgenommen werden, muss auch der auf die Patente entfallende Forschungs- und Entwicklungsaufwand von der Bestimmung des steuerbaren Gewinns ausgenommen werden. Dies muss gem. Art. 24b Abs. 3 StHG auch für den in der Vergangenheit abgezogenen Aufwand nachvollzogen werden (sog. «Boxeneinkauf»). Die genaue Berechnung und weitere Ausführungsbestimmungen hat der Bundesrat gestützt auf Art. 24b Abs. 4 StHG in der Patentbox-Verordnung<sup>41</sup> erlassen.<sup>42</sup> Aus Sicht des Bundesrates ist die schweizerische Patentbox-Lösung im Einklang mit den Vorgaben der OECD, namentlich da die schweizerische Lösung nicht über die von der OECD definierte Auswahl an Rechten hinausgeht und den sog. modifizierten Nexusansatz berücksichtigt (vgl. Art. 24b Abs. 1 StHG).<sup>43</sup>

437

#### b) Eigenfinanzierungsabzug

Um Unternehmen mit hohem Anteil an Eigenkapital zu entlasten, wurde der Eigenfinanzierungsabzug eingeführt. Hierbei wird auf den «überschüssigen» Anteil des Eigenkapitals (sog. Sicherheitseigenkapital) ein kalkulatorischer Zins berücksichtigt, der steuerlich in Abzug gebracht werden kann. So werden Unternehmen mit hoher Kapitalisierung nicht gegenüber stark fremdfinanzierten Unternehmen benachteiligt.<sup>44</sup> Letztere können ihren Zinsaufwand in Abzug bringen. Der anwendbare Zinssatz richtet sich in der Regel nach der Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen (Art. 25a<sup>bis</sup> Abs. 4 StHG). Derzeit liegt die Rendite von zehnjährigen Bundesobligationen im negativen Bereich.<sup>45</sup> Allerdings besteht nach Art. 25a<sup>bis</sup> Abs. 4 Satz 2 StHG auch die Möglichkeit, einen dem Drittvergleich entsprechenden Zinssatz geltend zu machen (sog. «Drittvergleichszinssatz»), soweit das Sicherheitskapital anteilmässig auf Forderungen aller Art gegenüber Nahestehenden entfällt.

438

Diese Massnahme wird auch als «Lex Zürich» bezeichnet, da sie nur solchen Kantonen offensteht, deren kumuliertes Steuermass von Kanton, Gemeinde und allfälligen anderen Selbstverwaltungskörpern über den gesamten Tarif-

439

---

<sup>41</sup> Verordnung über die ermässigte Besteuerung von Gewinnen aus Patenten und vergleichbaren Rechten vom 13. November 2019 (Patentbox-Verordnung, SR 642.142.1).

<sup>42</sup> Zu Ratio und Berechnung auch SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 9 N 22 ff.

<sup>43</sup> BBl 2018, 2549 ff.

<sup>44</sup> SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 9 N 41.

<sup>45</sup> Schweizerische Nationalbank, Aktuelle Zinssätze und Devisenkurse, abrufbar unter: [https://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/zidea/id/current\\_interest\\_exchange\\_rates#t2](https://www.snb.ch/de/i/about/stat/statpub/zidea/id/current_interest_exchange_rates#t2).

verlauf mindestens 13.5%, also einer effektiven Steuerlast inkl. Bundessteuer von mindestens 18.03% beträgt (Art. 25a<sup>bis</sup> Abs.1 StHG). Die Bedingungen zur Einführung des Eigenfinanzierungsabzuges werden derzeit nur durch den Kanton Zürich erfüllt. Andere Kantone, wie der Kanton Aargau, wenden das Mindeststeuermass von 13.5% nicht über den gesamten Tarifverlauf an. Der Kanton Zürich hat von der Möglichkeit der Einführung des Eigenfinanzierungsabzuges Gebrauch gemacht und sieht ihn in Art. 65b StG-ZH vor.

440 Einzelheiten zur Berechnung des Eigenfinanzierungsabzuges hat der Bundesrat in der Verordnung über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen geregelt.<sup>46</sup>

c) Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen

441 Im Gegensatz zur Patentbox ist der Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen ein Instrument der Input-Förderung. Dabei wird es Unternehmen ermöglicht, bis zu 150% ihres Forschungs- und Entwicklungsaufwandes in Abzug zu bringen.<sup>47</sup> Die StHG-Bestimmung dazu lautet:

«Art. 25a Zusätzlicher Abzug von Forschungs- und Entwicklungsaufwand

1 Die Kantone können auf Antrag Forschungs- und Entwicklungsaufwand, welcher der steuerpflichtigen Person direkt oder durch Dritte im Inland indirekt entstanden ist, um höchstens 50 Prozent über den geschäftsmässig begründeten Forschungs- und Entwicklungsaufwand hinaus zum Abzug zulassen.

2 Als Forschung und Entwicklung gelten die wissenschaftliche Forschung und die wissenschaftsbasierte Innovation nach Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 2012 über die Förderung der Forschung und Innovation.

3 Ein erhöhter Abzug ist zulässig auf:

a. dem direkt zurechenbaren Personalaufwand für Forschung und Entwicklung, zuzüglich eines Zuschlags von 35 Prozent dieses Personalaufwands, höchstens aber bis zum gesamten Aufwand der steuerpflichtigen Person;

b. 80 Prozent des Aufwands für durch Dritte in Rechnung gestellte Forschung und Entwicklung.

4 Ist der Auftraggeber der Forschung und Entwicklung abzugsberechtigt, so steht dem Auftragnehmer dafür kein Abzug zu.»

---

<sup>46</sup> Verordnung über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen vom 13. November 2019 (SR 642.142.2).

<sup>47</sup> Zur Konzeption SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 9 N 35 ff.

Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des mehrabzugsberechtigten Forschungs- und Entwicklungsaufwandes ist entweder der Personalaufwand (Art. 25a Abs. 3 lit. a StHG) oder die Auftragsforschung (Art. 25a Abs. 3 lit. b StHG), soweit sie nicht durch das beauftragte Unternehmen selbst in Abzug gebracht wird (Art. 25a Abs. 4 StHG). Der zugrundeliegende Forschungsbegriff ist weit gefasst,<sup>48</sup> so dass sowohl die Grundlagen- als auch die anwendungsorientierte Forschung und wissenschaftsbasierte Innovation Berücksichtigung finden (Art. 25a Abs. 2 StHG). Das StHG bezieht sich hier auf Art. 2 des Bundesgesetzes über die Förderung der Forschung und Innovation<sup>49</sup>. Art. 25a Abs. 1 StHG stellt klar, dass nur der inländische Forschungsaufwand für den Mehrabzug qualifiziert. Gleichzeitig können schweizerische Unternehmen den Mehrabzug geltend machen, wenn sie für ausländische Unternehmen Auftragsforschung erbringen.<sup>50</sup>

442

#### 4. Weitere Elemente des schweizerischen Steuersystems

##### a) Pauschalisierungen

Grundsätzlich gilt im schweizerischen Steuerrecht das sog. «Massgeblichkeitsprinzip», welches sich aus Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG ergibt<sup>51</sup> und auch Art. 24 Abs. 1 StHG zugrunde liegt. Gemeint ist damit, dass zur Ermittlung des steuerbaren Gewinns zunächst der handelsrechtlich ermittelte Saldo der Erfolgsrechnung zu berücksichtigen ist (Art. 58 Abs. 1 lit. a DBG),<sup>52</sup> soweit nicht steuerliche Korrekturvorschriften einschlägig sind, die zu einer Abweichung führen.<sup>53</sup> Das Handels- und das Steuerrecht unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Zielsetzung:<sup>54</sup> Dabei verfolgt das Handelsrecht den Gläubigerschutz, in dem es bei der Bewertung von Aktiven «vorsichtig» vorgeht, was dazu führen kann, dass Aktiven im Vergleich zum tatsächlichen Wert zu tief bewertet werden. Das Steuerrecht hingegen ist an einer möglichst hohen Bewertung der

443

---

<sup>48</sup> REICH/HUNZIKER/ROBINSON, § 20 N 5h.

<sup>49</sup> Bundesgesetz vom 14. Dezember 2012 über die Förderung der Forschung und der Innovation (FIG, SR 420.1).

<sup>50</sup> Dazu auch die Erläuterungen der Schweizerischen Steuerkonferenz, Analyse zum zusätzlichen Abzug von Forschungs- und Entwicklungsaufwand nach den Art. 10a und Art. 25a Steuerharmonisierungsgesetz vom 4. Juni 2020, 14, abrufbar unter: <[https://www.steuerkonferenz.ch/downloads/Dokumente/Analysen/Analyse\\_Abzug\\_Aufwand-F-und-E\\_DE.pdf](https://www.steuerkonferenz.ch/downloads/Dokumente/Analysen/Analyse_Abzug_Aufwand-F-und-E_DE.pdf)>.

<sup>51</sup> SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip, 9.

<sup>52</sup> REICH/HUNZIKER/ROBINSON, § 20 N 2.

<sup>53</sup> SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip, 9.

<sup>54</sup> SIMONEK, Massgeblichkeitsprinzip, 9 f.

Aktiven interessiert, da sich so die Bemessungsgrundlage erhöht und der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eingehalten werden kann. Aufgrund dieser unterschiedlichen Zielsetzungen gibt es steuerliche Korrekturvorschriften, die mittels «Reflexwirkung»<sup>55</sup> wiederum in der Handelsbilanz abzubilden sind.

- 444 Zur Vereinfachung der Veranlagung kennt die kantonale Steuerpraxis im Zusammenhang mit der Bewertung von Aktiven diverse Pauschalisierungen, die «eher grosszügig bemessen sind»<sup>56</sup>. Diese Pauschalisierungen können dazu führen, dass der wirkliche Wert eines Aktivums höher ist als derjenige gemäss Bilanz. Ein Beispiel ist das sog. Delkredere auf Debitoren. Danach werden inländische Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in den meisten Kantonen pauschal – also ohne weitere Nachweise – um 5% und ausländische um 10% wertberichtigt.<sup>57</sup> In der Folge sind die Forderungen aus Lieferungen und Leistungen in der Bilanz im Vergleich zu ihrem wirklichen Wert unterbewertet.
- 445 Darüber hinaus wird ein sog. «Warendrittel» gewährt. Hierzu darf das Aktivkonto «Warenlager» um ein Drittel pauschal wertberichtigt werden.<sup>58</sup> In der Folge sind die Aktiven in der Bilanz gegenüber ihrem tatsächlichen Wert möglicherweise unterbewertet.
- 446 Ein weiteres Beispiel sind die pauschalen Abschreibungssätze gem. Merkblatt A der ESTV.<sup>59</sup> In diesem Merkblatt werden den Vermögenswerten je nach Art gewisse Abschreibungsquoten zugeordnet, die jährlich abgeschrieben werden. Abweichungen von den pauschalen Abschreibungssätzen müssen begründet werden.<sup>60</sup>
- 447 Gerechtfertigt werden solche Pauschalisierungen im Hinblick auf die Effizienz des Veranlagungsverfahrens und den Grundsatz der Praktikabilität.<sup>61</sup>

---

<sup>55</sup> BEHNISCH, 27.

<sup>56</sup> SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 8 N 179.

<sup>57</sup> BLUMENSTEIN/LOCHER, 311 f.

<sup>58</sup> BLUMENSTEIN/LOCHER, 312.

<sup>59</sup> ESTV, Merkblatt A 1995, abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/estv/de/home/direkte-bundessteuer/direkte-bundessteuer/fachinformationen/merkblaetter.html>>.

<sup>60</sup> SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 8 N 149.

<sup>61</sup> SIMONEK, Unternehmenssteuerrecht, § 8 N 181.

b) Umsatzabgabe

Die Umsatzabgabe ist in Art. 13 ff. Stempelabgabengesetz (StG)<sup>62</sup> geregelt. Die Abgabe wurde während des Ersten Weltkriegs als zusätzliche Einnahmequelle eingeführt.<sup>63</sup> Sie wird auf den Handel mit in- und ausländischen Wertpapieren erhoben, sofern ein inländischer sog. «Effekthändler» als Vermittler oder Vertragspartei beteiligt ist (Art. 13 Abs. 1 StG). 448

Der Begriff des *Effekthändlers* schliesst u.a. Banken, Anlageberater, Vermögensverwalter und Kapitalgesellschaften, deren Bilanz steuerbare Urkunden im Wert von mehr als CHF 10 Mio. ausweisen, ein (Art. 13 Abs. 3 StG). 449

Die Abgabe beträgt 1.5‰ des Entgelts für inländische Wertpapiere und 3‰ des Entgelts für ausländische Wertpapiere (Art. 16 StG). Diverse Sachverhalte, wie z.B. die Rückgabe von Urkunden zur Tilgung (Art. 14 Abs. 1 lit. e StG), sind durch Art. 14 StG von der Umsatzabgabe ausgenommen. 450

Abgabepflichtig ist der Effekthändler (Art. 17 StG). Sind zwei Effekthändler an der Transaktion beteiligt, entrichtet jeder die Hälfte der Abgabe (Art. 17 Abs. 1 und 2 StG). Eine Vertragspartei, die gem. Art. 17a StG von der Umsatzabgabe befreit ist, entrichtet keine Umsatzabgabe, in diesem Fall ist nur die halbe Umsatzabgabe (0.75‰ bzw. 1.5‰) durch die nicht befreite Vertragspartei zu entrichten. 451

*Prima facie* als beihilferechtlich relevant erscheint hier die Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Wertpapieren und in der Folge der unterschiedliche Steuersatz, weshalb dessen Entwicklung hier noch nachvollzogen wird: 452

Bereits die ursprüngliche Fassung des StG aus dem Jahre 1917 (in Kraft seit 1. Juli 1921) kannte zwei verschieden hohe Abgabesätze im Bereich der Umsatzabgabe, je nachdem ob es sich um eine in- oder ausländische steuerbare Urkunde handelte. Damals betrug die Umsatzabgabe auf inländischen steuerbaren Urkunden 0.1‰ und auf ausländischen steuerbaren Urkunden 0.4‰ (vgl. Art. 34 aStG). Die höhere Belastung der Umsätze ausländischer Wertpapiere fungierte als Kompensation für die fehlende Belastung der nicht auf dem Wege einer (der schweizerischen Emmissionsabgabe unterliegenden) Emission im Inland eingeführten ausländischen Wertpapiere. Die Abgabe auf dem Umsatz ausländischer Wertpapiere setzte sich somit zu einem Teil aus der eigentli- 453

---

<sup>62</sup> Bundesgesetz über die Stempelabgaben vom 27. Juni 1973 (StG, SR 641.10).

<sup>63</sup> BSK StG-ORLER, Art. 13, N 3.

chen Umsatzabgabe (0.1‰) und zu einem anderen grösseren Teil (0.3‰) aus einem Ersatz für eine umfassende Besteuerung der Anlagen in ausländischen Wertpapieren zusammen. Per 1. Juli 1928 wurden die Abgabesätze auf 0.3‰ (inländische steuerbare Urkunden) und 1.0‰ (ausländische steuerbare Urkunden) erhöht. Im Rahmen der Revision 1974 des StG schlug der Bundesrat in der Botschaft einen Einheitssatz von 1.2‰ für sämtliche steuerbaren Urkunden vor, um damit eine einfachere Steuererhebung zu ermöglichen und Mehreinnahmen zu generieren.<sup>64</sup> Das Parlament stimmte diesem Vorschlag jedoch nicht zu; es beschloss eine Heraufsetzung der Abgabebeträge bei inländischen steuerbaren Urkunden von 0.3‰ auf 1‰ und bei ausländischen steuerbaren Urkunden von 1.0‰ auf 2.0‰. Infolge zusätzlichen Einnahmebedarfs wurden die Abgabebeiträge im Rahmen der Revision 1977 schliesslich um jeweils 50% erhöht,<sup>65</sup> was zu den heutigen Abgabebeträgen von 1.5‰ und 3.0‰ führte.

- 454 Derzeit wird im Parlament die ganze oder teilweise Abschaffung der Stempelabgaben debattiert.<sup>66</sup> Der Bundesrat hat sich Ende 2020 gegen eine Abschaffung der Stempelabgaben ausgesprochen.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> BBl 1972, 1278 ff., 1300.

<sup>65</sup> BBl 1977, 1453 ff., 1486.

<sup>66</sup> EFD, Faktenblatt «Stempelabgaben», abrufbar unter: <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/steuern/steuern-national/stempelabgaben.html>>.

<sup>67</sup> Medienmitteilung des Bundesrates «Bundesrat gegen weitgehende Abschaffung der Stempelabgaben» vom 18. November 2020, abrufbar unter: <[https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news\\_list.msg-id-81199.html](https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/das-efd/nsb-news_list.msg-id-81199.html)>.

## II. Beurteilung der in der Schweiz bestehenden Massnahmen aus Sicht des EU-Beihilferechts

Janine Dumont

### I. Grundsätzliches

Die Steuerhoheit für direkte Steuern liegt bei den Mitgliedstaaten der EU. Bei der Ausübung haben sie allerdings nach ständiger Rechtsprechung des EuGH das Unionsrecht zu beachten.<sup>68</sup> Die EU besitzt Harmonisierungskompetenzen lediglich betreffend verschiedene indirekte Steuern, namentlich Umsatzsteuern, Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern, soweit die Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist. Hierzu besteht eine spezielle Kompetenznorm in Art. 113 AEUV, von welcher Gebrauch gemacht wurde.<sup>69</sup> Die indirekten Steuern sind nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung und auch von untergeordneter Relevanz für die Beihilfethematik, da es hier gerade um Massnahmen der Mitgliedstaaten geht. 455

Die allgemeine Binnenmarktharmonisierungskompetenz der EU nimmt Steuern explizit von ihrem Anwendungsbereich aus (Art. 114 Abs. 2 AEUV). Die zweite Binnenmarktharmonisierungskompetenz des Art. 115 AEUV bedarf des besonderen Gesetzgebungsverfahrens gem. Art. 289 Abs. 2 AEUV und damit der Einstimmigkeit im Rat. Dies gilt auch für sonstige Massnahmen mit überwiegend steuerlichem Charakter (vgl. Art. 192 Abs. 2 lit. a AEUV und Art. 194 Abs. 3 AEUV).<sup>70</sup> Nicht zuletzt aufgrund dieses Einstimmigkeitserfordernisses sind EU-weite Regelungen im Bereich der direkten Steuern rar und beziehen 456

---

<sup>68</sup> EuGH, Urteil vom 14. Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31 - Finanzamt Köln-Altstadt/Schumacker, Rz. 21; Urteil vom 11. August 1995 in der Rechtssache C-80/94, ECLI:EU:C:1995:271 - Wielockx/Inspecteur der directe belastingen, Rz. 16; Urteil vom 13. Dezember 2005 in der Rechtssache C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763 - Marks & Spencer, Rz. 29.

<sup>69</sup> PRUSKO, 20.

<sup>70</sup> PRUSKO, 21.

sich jeweils nur auf spezifische Regelungsbereiche, aus denen gem. Rechtsprechung des EuGH keine darüber hinausgehenden Verpflichtungen abgeleitet werden können.<sup>71</sup>

- 457 Darüber hinaus sind die direkten Steuern Gegenstand anderer EU-Rechtsregime, namentlich der Grundfreiheiten. Nach Rechtsprechung des EuGH dürfen die Mitgliedstaaten ausländische wirtschaftliche Tätigkeiten nicht durch steuerliche Massnahmen diskriminieren.<sup>72</sup> Zu beachten bleibt aber die Gegen Ausnahme im Kapitalverkehr gem. Art. 65 Abs. 1 AEUV. Darüber hinaus sieht Art. 110 AEUV ein Diskriminierungs- und Protektionsverbot im Warenverkehr vor, welches sich allerdings ebenfalls nur auf indirekte Steuern und Abgaben bezieht.<sup>73</sup>
- 458 Wie gesehen hat die EU im Bereich der direkten Steuern nur begrenzte Harmonisierungskompetenz, bzw. die Einstimmigkeit im Rat als sehr hohe Hürde zu überwinden. Die Steuerhoheit in der EU liegt vielmehr bei den Mitgliedstaaten. Ihnen steht es insb. frei, zu entscheiden, welche Befehnisse zu besteuern sind.<sup>74</sup> Bei der Ausübung ihrer Steuerhoheit müssen die Mitgliedstaaten sich allerdings an das EU-Recht, insb. die Grundfreiheiten und das Beihilferecht halten. Letzteres ist Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.
- 459 Ein grundlegendes Dokument in diesem Zusammenhang ist u.a. eine Entschliessung<sup>75</sup> des ECOFIN-Rates aus dem Jahr 1997. In dieser Entschliessung erkannte der Rat grundsätzlich die Beihilferelevanz steuerlicher Sachverhalte.<sup>76</sup> Darüber hinaus bezeichnete er verschiedene steuerliche Massnahmen zwischen den Mitgliedstaaten als schädlich.<sup>77</sup> Die Kommission verpflichtete sich daraufhin, die steuerlichen Regeln der Unternehmensbesteuerung einer

---

<sup>71</sup> EuGH, Urteil vom 20. Mai 2010 in der Rechtssache C-352/08, ECLI:EU:C:2010:282 - Modehuis A. Zwijnenburg BV/Staatssecretaris van Financiën, Rz. 49 ff.

<sup>72</sup> EuGH, Urteil vom 28. Januar 1986 in der Rechtssache 270/83, ECLI:EU:C:1986:37 - Kommission/Frankreich (avoir fiscal), Rz. 27 f.

<sup>73</sup> Calliess EUV/AEUV-WALDHOFF, Art. 110 AEUV, N 10.

<sup>74</sup> EuGH, Urteil vom 14. Januar 2014 in der Rechtssache C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 - Eventech, Rz. 43 f.

<sup>75</sup> Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 1. Dezember 1997 über einen Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung, ABl C 2 vom 6. Januar 1998, 2 ff., 2; Bericht des ECOFIN-Rates vom 1. Dezember 1997 zur Steuerpolitik, ABl C 1 vom 6. Januar 1998, 1 ff.

<sup>76</sup> Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, ABl C 2, N J.

<sup>77</sup> Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, ABl C 2, N B, C, F, N.



beihilferechtlichen Überprüfung zu unterziehen.<sup>78</sup> Das erste wichtige Dokument der Kommission in diesem Zusammenhang ist die Mitteilung über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Massnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuern (Mitteilung 1998)<sup>79</sup>. Als konkrete Beispiele für beihilferechtlich relevante steuerliche Vorteile nennt die Mitteilung:

- «Verminderung der Steuerbemessungsgrundlage (besonderer Steuerabzug, außergewöhnliche oder beschleunigte Abschreibung, Aufnahme von Rücklagen in die Bilanz usw.);
- [...] vollständige oder teilweise Ermäßigung des Steuerbetrags (Steuerbefreiung, Steuergutschrift usw.);
- [...] Zahlungsaufschub, Aufhebung der Steuerschuld oder außergewöhnliche Vereinbarung über die Abzahlung der Steuerschuld in Raten»<sup>80</sup>.

Deren Ausführungen zu den steuerlichen Beihilfen wurden inzwischen weitgehend durch die Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe von 2016 ersetzt,<sup>81</sup> welche von einem eher weiten Beihilfebegriff ausgeht.<sup>82</sup> Relevant bleiben die detaillierten Ausführungen zur steuerlichen Selektivität in der Mitteilung 1998,<sup>83</sup> wengleich sich inzwischen offenbar betreffend die Wirtschaftspolitik eine Änderung in der Beurteilung der Kommission ergeben hat.<sup>84</sup> Dort umschreibt die Kommission auch Massnahmen der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten, die ihres Erachtens nicht beihilferechtlich relevant sind. Hierunter fallen:

- «rein steuertechnische Massnahmen (z.B. Festlegung von Steuersätzen, von Vorschriften über Wertminderung und Abschreibung sowie von Vorschriften über den Verlustvortrag; Vorschriften zur Vermeidung der Doppelbesteuerung oder der Steuerumgehung);

460

---

<sup>78</sup> Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten, ABl C 2, 2, N J; dazu auch GÖTZ, N 130.

<sup>79</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Massnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, ABl C 384 vom 10. Dezember 1998, 3 ff., 3.

<sup>80</sup> ABl C 384, N 9.

<sup>81</sup> Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 1, N 229.

<sup>82</sup> STÖBENER DE MORA, Beihilfebegriff, 685.

<sup>83</sup> GÖTZ, N 132.

<sup>84</sup> Selbe Schlussfolgerung und der Änderung gegenüber kritisch SCHWARZ MARTINEZ, 80.

- Maßnahmen, die ein Ziel der allgemeinen Wirtschaftspolitik verfolgen, indem die mit bestimmten Produktionskosten verbundene Steuerbelastung reduziert wird (z.B. Forschung und Entwicklung, Umweltschutz, Ausbildung, Beschäftigung).»<sup>85</sup>

- 461 In ihrer Bekanntmachung 2016 passte die Kommission diese Formulierung jedoch an. Neu scheint die allgemeine Wirtschaftspolitik nicht mehr Schranke der beihilferechtlichen Beurteilung steuerlicher Massnahmen zu sein, sondern das Beihilferecht Schranke der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten (!).<sup>86</sup> Danach und im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH im Fall P Oy<sup>87</sup> können Abweichungen vom Bezugssystem nicht durch ausserhalb des Steuersystems liegende politische Ziele wie regional-, umwelt- oder industriepolitische Ziele gerechtfertigt werden.<sup>88</sup> Ein Bezugssystem besteht gem. Formulierung der Kommission grundsätzlich «aus einem einheitlichen Regelwerk, das auf der Basis objektiver Kriterien für alle Unternehmen gilt, welche in seinen Anwendungsbereich fallen, gem[äss] der Definition in seiner Zielsetzung»<sup>89</sup>. In der Lehre wird allerdings kritisiert, dass die Bestimmung des Bezugsrahmens die beihilferechtliche Prüfung prädeterninieren und je nach Wahl des Bezugsrahmens zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann.<sup>90</sup>
- 462 Der Beitrag der Beihilfenaufsicht gegen schädliche Formen des Steuerwettbewerbs richtet sich nicht gegen Unterschiede der nationalen Steuersysteme *per se*, sondern gegen die ungerechtfertigte Verschaffung von Sondervorteilen innerhalb der jeweiligen Steuersysteme.<sup>91</sup>
- 463 Wie gesehen ([Teil 1, III.4.a\)aa](#)) qualifizieren auch steuerliche Entlastungen, die eine Begünstigung eines Unternehmens mit staatlichen Mitteln bewirken, als Beihilfen gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV.<sup>92</sup> Insb. ist gem. Rechtsprechung des EuGH unerheblich, dass in einer Gesamtbetrachtung ein für Unternehmen günstiges

---

<sup>85</sup> ABl C 384, N 13.

<sup>86</sup> Vgl. ABl C 262, N 156 inkl. der Fussnote, die auf das Beihilferecht verweist.

<sup>87</sup> EuGH, Urteil vom 18. Juli 2013 in der Rechtssache C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525 - P Oy, Rz. 27 ff.

<sup>88</sup> ABl C 262, N 135.

<sup>89</sup> Beschluss (EU) 2017/1283, N 227.

<sup>90</sup> Mit anschaulichen Beispielen KOKOTT, § 3 N 176 ff.

<sup>91</sup> GÖTZ, N 131.

<sup>92</sup> Vgl. schon EuGH, C-387/92, Rz. 13 f.; ausserdem Urteil vom 8. November 2001 in der Rechtssache C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598 - Adria-Wien Pipeline, Rz. 38; Urteil vom 8. September 2011 in der Rechtssache C-78/08 bis C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550 - Paint Graphos u.a., Rz. 45 ff.; Urteil vom 15. November 2011 in der Rechtssache C-106/09 P bis C-107/09, ECLI:EU:C:2011:732 - Kommission u. Spanien/Gibraltar u. UK, Rz. 71 f.

Steuerregime mehr Arbeitsplätze und damit insgesamt höhere Steuereinnahmen – und damit eben keine Belastung, sondern eine Begünstigung des Staatshaushalts – schaffen kann.<sup>93</sup> Dabei sind im Steuerbereich nach Rechtsprechung des EuGH Begünstigungen jeweils im Vergleich zu der «üblichen» Besteuerung zu ermitteln.<sup>94</sup> Die Reduktion der üblichen Belastung hat somit eine mit einer Subvention vergleichbare Wirkung.<sup>95</sup> Von besonderer Bedeutung im Steuerrecht und daher mit dem Element der Begünstigung zusammen zu betrachten, ist folglich das Element der Selektivität der Massnahme.<sup>96</sup> Sofern eine Massnahme allen Wirtschaftsteilnehmenden zugutekommt, ist sie keine verbotene Beihilfe gem. Art. 107 AEUV. Nur wenn eine steuerliche Massnahme ein bestimmtes Unternehmen, einen bestimmten Wirtschaftszweig oder Unternehmen in einer bestimmten Region begünstigt, ist sie selektiv und beihilferechtlich relevant. In der Rechtsprechung des EuGH hat sich ein sog. «Dreistufentest» herausgebildet,<sup>97</sup> nach welchem wie folgt vorzugehen sei, um die Selektivität einer steuerlichen Massnahme zu bestimmen.<sup>98</sup>

*In einem ersten Schritt* ist zu bestimmen, welchem Steuergesetz eine infrage stehende Steuerregelung angehört und was dessen fiskalischer Regulierungszweck ist. *In einem zweiten Schritt* ist zu bestimmen, ob die infragestehende Steuerregelung «zwischen Wirtschaftsteilnehmern, die sich im Hinblick auf das mit der betreffenden allgemeinen Steuerregelung verfolgte Ziel in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden, eine durch die Natur oder den Aufbau dieses Systems nicht gerechtfertigte Unterscheidung einführt.»<sup>99</sup> Sofern eine Abweichung zum anwendbaren Referenzsystem festgestellt wurde, besteht eine Vermutung der Selektivität. Es ist nun *in einem dritten Schritt* Aufgabe des betroffenen Mitgliedstaats, nachzuweisen, dass sich die Abweichung «aus der Natur oder dem Aufbau des Systems ergibt, in das sich die Massnahmen einfügen»<sup>100</sup>. Wesentlich sind hier also einerseits die Bestimmung des Bezugsrahmens und andererseits die steuersystematische Begründung einer allfälligen Abweichung. Im Gegensatz zum Diskrimi-

464

---

<sup>93</sup> EuGH, C-182/03 und C-217/03, Rz. 128 f.

<sup>94</sup> EuGH, Urteil vom 6. September 2006 in der Rechtssache C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511 – Portugal/Kommission (Azoren), Rz. 56.

<sup>95</sup> EuGH, Urteil vom 9. Oktober 2014 in der Rechtssache C-522/13, ECLI:EU:C:2014:2262 – Ministerio de Defensa u. Navantia, Rz. 22.

<sup>96</sup> ELLENRIEDER, 480; zur besonderen Bedeutung auch SCHWARZ MARTINEZ, 63.

<sup>97</sup> Nachvollzogen in ABI C 262, N 128.

<sup>98</sup> Sehr kritisch EKKENGA/SAFAEI, 1996 f.

<sup>99</sup> EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016 in der Rechtssache C-20/15 P bis C-21/15 P, ECLI:EU:C:2016:981 – Kommission/World Duty Free Group, Rz. 60.

<sup>100</sup> EuGH, C-88/03, Rz. 52; vgl. auch EuGH, C-20/15 P bis C-21/15 P, Rz. 58.

nierungsverbot gibt es gem. Rechtsprechung des EuGH keine Rechtfertigungsmöglichkeit aufgrund von ausserfiskalischen Motiven.<sup>101</sup> Des Weiteren gibt es Fälle, in denen die dreistufige Prüfung nicht zielführend ist, da das Steuersystem als Ganzes nicht kohärent bzw. eindeutig willkürlich oder parteiisch ist.<sup>102</sup>

a) Steuerhoheit unterhalb der Nationalstaatsebene *per se*

- 465 Wie erwähnt haben die Mitgliedstaaten die Steuerhoheit inne und können auch entscheiden, bestimmte Sachverhalte nicht zu besteuern. Wenn sich die Mitgliedstaaten für eine bestimmte Steuer entscheiden, müssen sie diese allerdings aus beihilferechtlicher Perspektive so erheben, dass nicht nur bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige davon profitieren. Fraglich im Zusammenhang mit einer eigenen Steuerhoheit unterhalb der Nationalstaatsebene ist zunächst, ob ein regionales Abgrenzungselement (z.B. die Gliedstaaten-ebene innerhalb eines Bundestaates) bereits zu – in diesem Fall regionaler – Selektivität i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV führt.
- 466 Sofern eine Beihilfe den Grundtatbestand gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt, könnte sie allerdings unter eine der Ausnahmen fallen. Im AEUV finden sich hierzu zunächst die Ermessensausnahmebestimmungen gem. Art. 107 Abs. 3 lit. a und c AEUV. Nach diesen können Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung eines bestimmten Gebietes grundsätzlich infrage kommen.
- 467 Die Kommission war in ihrer Mitteilung 1998 betreffend die Selektivität regionaler Sonderbehandlungen noch davon ausgegangen, dass eine günstigere Besteuerung unterhalb der Nationalstaatsebene bereits beihilferechtlich relevant sei.<sup>103</sup> Der EuGH befasste sich mit dieser Thematik erstmals in der Entscheidung *Azoren*<sup>104</sup>.
- 468 In dieser Entscheidung ging es um eine Anpassung des nationalen portugiesischen Steuersystems durch die gesetzgebende Körperschaft der portugiesischen Region Azoren an besondere regionale Bedingungen im Jahre 1999. Nach der neuen Regelung sollte die Einkommensteuer für alle Steuerpflichtigen (sowohl natürliche als auch juristische Personen) auf den Azoren gesenkt werden, um insb. in der Region Azoren ansässige Unternehmen bei der Über-

---

<sup>101</sup> EuGH, C-6/12, Rz. 27 ff.; Unterschiede zur Diskriminierungsprüfung herausgearbeitet von SCHÖN, 3 ff.

<sup>102</sup> EuGH, C-106/09 P bis C-107/09, Rz. 106; rezipiert in ABI C 262, N 129 ff.

<sup>103</sup> ABI C 384, N 17.

<sup>104</sup> EuGH, C-88/03,.

windung geografisch bedingter struktureller Nachteile zu unterstützen. Materiell ging die Kommission davon aus, der Bezugsrahmen zur Bestimmung der Selektivität einer Beihilfe sei der gesamte Wirtschaftsraum.<sup>105</sup> Aus Sicht Portugals war angesichts der bestehenden Finanzautonomie der Region Azoren dagegen nur diese Region als Bezugsrahmen zu berücksichtigen.<sup>106</sup>

In seinem Urteil im Jahr 2006 hielt der EuGH fest, dass der Bezugsrahmen nicht zwangsläufig der gesamte Nationalstaat sein müsse.<sup>107</sup> So erachtete der EuGH es als möglich, «dass eine unterhalb der nationalstaatlichen Ebene angesiedelte Einrichtung aufgrund ihrer rechtlichen und tatsächlichen Stellung gegenüber der Zentralregierung eines Mitgliedstaats so autonom ist, dass sie – und nicht die Zentralregierung – durch die von ihr erlassenen Massnahmen eine grundlegende Rolle bei der Festlegung des politischen und wirtschaftlichen Umfelds spielt in dem die Unternehmen tätig sind»<sup>108</sup>. Der EuGH entwickelte drei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen, unter denen ein regionaler Bezugsrahmen anwendbar und eine innerhalb dieses Bezugsrahmens einheitliche Steuerregelung nicht selektiv und damit nicht beihilferechtlich relevant sei.

Die Region müsse über wirkliche<sup>109</sup> Autonomie in dreierlei Hinsicht verfügen: 470

- institutionelle (verfassungsrechtliche, politische und administrative);
- prozedurale (eine Mitbestimmung der Zentralregierung bezüglich der infrage stehenden Steuerregelung ausschliessende);
- wirtschaftliche und finanzielle.

Im Fall der Region Azoren verneinte der EuGH die wirtschaftliche und finanzielle Autonomie der Azoren, da die Steuersenkungen durch einen auf Bundesebene geführten Finanzierungsmechanismus ausgeglichen wurden.<sup>110</sup> In der Folge war der nationale und nicht der regionale Bezugsrahmen zur Beurteilung der Selektivität relevant und die Steuersenkungen in der Region Azoren wurden als selektive Beihilfe i.S.d. heutigen Art. 107 Abs. 1 AEUV qualifiziert. 471

---

<sup>105</sup> EuGH, C-88/03, Rz. 26.

<sup>106</sup> EuGH, C-88/03, Rz. 39.

<sup>107</sup> EuGH, C-88/03, Rz. 57.

<sup>108</sup> EuGH, C-88/03, Rz. 58.

<sup>109</sup> EuGH, C-88/03, Rz. 67 f.

<sup>110</sup> EuGH, C-88/03, Rz. 75.

- 472 Im darauffolgenden Entscheid *Rioja* beschäftigte sich der EuGH mit günstigeren Steuerregelungen in der Spanischen Autonomen Gemeinschaft des Baskenlandes, welche aus den drei sog. «Historischen Territorien» Álva, Guipúzcoa und Vizcaya besteht. Die Territorien haben eigene Rechtsetzungsbefugnisse auf dem Gebiet des Steuerrechts inne. In einem Vorabentscheidungsersuchen ging der EuGH näher auf den Begriff der Autonomie, insb. denjenigen der prozeduralen Autonomie, ein und hielt fest, dass das Bestehen einer (national-)gerichtlichen Prüfungsmöglichkeit der Grenzen der regionalen Zuständigkeit nicht die Ausübung der Zuständigkeit und damit nicht die Autonomie einer regionalen Gebietskörperschaft einschränke.<sup>111</sup> Entscheidend sei vielmehr, dass die Entscheidung einer Gebietskörperschaft, eine nationale Steuersenkung einzuführen, nicht unmittelbar durch die Zentralregierung beeinflusst werden könne.<sup>112</sup>
- 473 In der Entscheidung *Gibraltar* beurteilte das EuG auch die britische Kronkolonie Gibraltar als hinreichend autonom, um den Bezugsrahmen für die Beurteilung von Steuerregelungen auf das Gebiet Gibraltar zu beschränken.<sup>113</sup>
- 474 Aus der Rechtsprechung des EuGH lassen sich drei Fallgruppen ableiten:<sup>114</sup> Erstens sind Massnahmen seitens der Zentralregierung, die nur ein bestimmtes Gebiet betreffen (fehlende Devolution) *per se* selektiv. Zweitens sind Fälle symmetrischer Devolution, also solche in denen alle Gebietskörperschaften unterschiedliche Steuer- oder Hebesätze aufweisen, so dass kein «normaler» Bezugswert existiert, an sich nicht selektiv. Drittens ist in Fällen asymmetrischer Devolution, also bei einer regionalen Abweichung von der normalen Besteuerung nachzuweisen, dass die Gebietskörperschaft über wirkliche Autonomie verfügt.
- 475 Neben Spanien gibt es auch in anderen EU-Mitgliedstaaten, wie Italien und Belgien, regionale Möglichkeiten der unterschiedlichen Besteuerung sowie unterschiedliche Hebesätze in Österreich und Deutschland.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> EuGH, Urteil vom 11. September 2008 in der Rechtssache C-428/06 bis C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488 - Unión General de Trabajadores de La Rioja, Rz. 81.

<sup>112</sup> EuGH, C-428/06 bis C-434/06, Rz. 95.

<sup>113</sup> EuG, Urteil vom 18. Dezember 2008 in der Rechtssache T-211/04 und T-215/04, ECLI:EU:T:2008:595 - Gibraltar und Vereinigtes Königreich/Kommission, Rz. 115.

<sup>114</sup> ARHOLD, 717 ff.; Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 6. September 2006 in der Rechtssache C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511 - Portugal/Kommission.

<sup>115</sup> Zusammenstellung bei GLASER, 363 f.

Angewendet auf die Steuerhoheit der Kantone und Gemeinden in der Schweiz, liegt u.E. ein Fall der symmetrischen Devolution vor: Die direkte Bundessteuer ist überall gleich hoch, die kantonalen und kommunalen Steuer- und Hebesätze für die Gewinn- und Kapitalsteuer sind so unterschiedlich, dass ein «normaler» Bezugswert gar nicht besteht. Folglich ist das System der Steuerhoheit unterhalb der Nationalstaatsebene an sich nicht selektiv. Insoweit ist auch irrelevant, dass der kantonale Steuerwettbewerb durch den Nationalen Finanzausgleich mit ermöglicht wird, was ggf. eine Herausforderung für den Nachweis der dreifachen Autonomie darstellen könnte. Gleichzeitig liessen sich eventualiter aber auch gute Argumente für die Annahme der dreifachen Autonomie der Kantone finden: 476

*Institutionell* sind die Kantone gem. Art. 3 BV souverän und üben alle Rechte aus, die die nicht dem Bund übertragen sind. 477

*Prozedural* erfolgt die Steuerfestsetzung ohne unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit des Bundes. Insb. die Festsetzung der kantonalen Steuersätze ist Sache der Kantone. 478

*Wirtschaftlich* sind die Kantone insoweit autonom, als sie mittels Steuersenkungen tendenziell auch ihre Möglichkeiten auf Zahlungen des Finanzausgleichs verringern (das Ressourcenpotenzial steigt, sobald aufgrund von Steuersenkungen mehr fiskalisch ausschöpfbare Werte in einem Kanton ansiedeln, vgl. dazu oben [Teil 2, B.I.1.a](#)). Das bedeutet, der Nationale Finanzausgleich beschränkt sich auf die Schaffung der Voraussetzungen zur Ermöglichung der Teilnahme am Steuerwettbewerb und gleicht *nicht* an sich zu hohe Steuersenkungen durch die Kantone aus.<sup>116</sup> 479

Folglich ist die Steuerhoheit unterhalb der Nationalstaatsebene *per se* in der Schweiz aus beihilferechtlicher Sicht mangels Selektivität als unproblematisch zu betrachten. Betreffend die Gewinn- und Kapitalsteuer liegt u.E. ein Fall von symmetrischer Devolution vor, d.h. ein «normaler» Bezugswert betreffend die Gewinn- und Kapitalsteuer liegt nicht vor, da alle Kantone eigene Gewinn- und Kapitalsteuersätze haben. 480

Selbst wenn davon ausgegangen würde, es bestünde ein «normaler» Bezugswert, würden die Schweizer Kantone wie dargelegt alle drei Formen der Autonomie gemäss Rechtsprechung des EuGH erfüllen. 481

---

<sup>116</sup> Andere Argumentation aber noch betreffend frühere Ausgestaltung des Finanzausgleichs: SEITZ, Autonomie, 422.

b) Steuererleichterungen für Neugründungen

- 482 Beihilfen für Neugründungen werden von Art. 22 Abs. 1 der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO)<sup>117</sup> als gemäss Art. 107 Abs. 3 AEUV mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt und von der Anmeldepflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV freigestellt, sofern die allgemeinen Voraussetzungen der AGVO (Kapitel I) erfüllt sind. Darüber hinaus sind die besonderen Voraussetzungen gem. Art. 22 Abs. 2 bis 5 AGVO zu erfüllen. Als Empfänger kommen nach Art. 22 Abs. 2 AGVO nicht börsennotierte kleine Unternehmen innert fünf Jahren ab Eintragung in das Handelsregister infrage, die noch keine Gewinne ausgeschüttet haben. Unter den gem. AGVO freigestellten Beihilfeinstrumenten werden steuerliche Erleichterungen nicht genannt (Art. 22 Abs. 3 AGVO).
- 483 Steuererlasse oder -erleichterungen sind im EU-Beihilferecht etwa im Rahmen von Regionalbeihilfen gem. Art. 107 Abs. 3 lit. a und c AEUV denkbar, sie sollten allerdings geeignet im Vergleich zu anderen Beihilfeinstrumenten sein. Es soll dasjenige Beihilfeinstrument gewählt werden, von dem die geringste Beeinträchtigung von Handel und Wettbewerb zu erwarten ist.<sup>118</sup> Wenn ein Beihilfeinstrument gewählt wird, das dem Begünstigten einen direkten finanziellen Vorteil verschafft (z.B. Steuerbefreiungen oder -ermässigungen), muss der Mitgliedstaat nachweisen, dass andere, potenziell mit geringeren Verfälschungen verbundene Beihilfeformen (z.B. zinsgünstige Darlehen) nicht geeignet sind.<sup>119</sup> Diese Begründungspflicht erklärt wohl auch, weshalb das Instrument der Steuererleichterung in den EU-Mitgliedstaaten von geringer praktischer Bedeutung ist:
- 484 *Deutschland* kennt das Instrument der Steuerbefreiung im Rahmen der Regionalförderung nicht.<sup>120</sup> Auch sonst sind innerhalb der EU keine vergleichbaren Massnahmen wie diejenigen in der Schweiz ersichtlich.<sup>121</sup>
- 485 Dagegen gab es in *Irland* in der Vergangenheit eine Steuerbefreiung: Konkret gewährte Irland vor Beitritt zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) eine Steuerbefreiung (*automatic tax holiday*) für ausländische Produktionsunternehmen.<sup>122</sup> Dadurch wurden während zunächst zehn Jahren keine Steuern auf die Gewinne aus Exportverkäufen erhoben. Die Zeitspanne wurde

---

<sup>117</sup> Verordnung (EU) 651/2014.

<sup>118</sup> Leitlinien der Kommission für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABI C 209, 1, N 57.

<sup>119</sup> ABI C 209, N 57.

<sup>120</sup> LINDER/DIEFENBACHER, 595.

<sup>121</sup> HONOLD/BÜRGI, *International Tax Review* 2019.

<sup>122</sup> Zum Ganzen: RUANE/GÖRG, 47.



schliesslich auf 15 Jahre erhöht und konnte nochmals um fünf Jahre teilweise verlängert werden. Diese Massnahme war ursprünglich bis 1990 vorgesehen gewesen. Allerdings musste Irland die Massnahme auf Druck der Europäischen Kommission bereits früher anpassen, so dass Neugründungen ab 1982 «nur» noch von einem vergünstigten Steuersatz profitierten. Dabei handelte es sich um einen Steuersatz in Höhe von 10% auf alle Gewinne (nicht nur Exportverkäufe). Die besondere Situation Irlands wurde auch im Rahmen von Irlands Beitritt zur EWG im Jahre 1973 thematisiert.<sup>123</sup> Gleichzeitig wurde seitens der EWG anerkannt, dass Irland im Vergleich zu den bestehenden EWG-Mitgliedern ökonomische Nachteile hatte und bei der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften besondere Rücksicht hierauf zu nehmen sei.<sup>124</sup> In einer Erklärung zum Beitrittsvertrag legte Irland insb. dar, dass zum Zeitpunkt des EWG-Beitritts bereits gewährte Steuererleichterungen seitens Irland zu erfüllen seien.<sup>125</sup>

Die Beihilfen zur Regionalförderung in der EU gelten gemäss der Leitlinien (LL) Regionalbeihilfen grundsätzlich für alle Wirtschaftszweige, namentlich gibt es im Gegensatz zur Schweiz keine Beschränkungen auf Produktions- und Dienstleistungsunternehmen.<sup>126</sup> Insoweit ist das Unionsrecht hier weiter als das schweizerische Recht. 486

Das Transparenzerfordernis<sup>127</sup>, das gem. allgemeinen Prüfungspunkten der Kommission für alle Beihilfen gilt ([Teil 1, III.7.d](#)), steht einer betragsmässig unbeschränkten Steuerbefreiung entgegen. Die Höhe der Steuerbefreiung muss objektiv bestimmbar sein. Dies kann z.B. durch eine Obergrenze mit Bindung an objektive Faktoren, wie die Lohnkosten oder einen festen Betrag pro geschaffenen Arbeitsplatz geknüpft werden.<sup>128</sup> 487

Fördergebiete gem. Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV sind strukturschwache Gebiete, die durch die Mitgliedstaaten in sog. «Fördergebietskarten» bezeichnet und durch die Kommission genehmigt werden.<sup>129</sup> 488

---

<sup>123</sup> Vgl. etwa Erklärungen betreffend die wirtschaftliche und industrielle Entwicklung Irlands, ABl L 73 vom 27. März 1972, 194.

<sup>124</sup> Protokoll Nr. 30 betreffend Irland, ABl L 73 vom 27. März 1972, 196.

<sup>125</sup> ABl L 73, 198.

<sup>126</sup> LINDER/DIEFENBACHER, 595.

<sup>127</sup> ABl C 209, N 26 g).

<sup>128</sup> LINDER/DIEFENBACHER, 600.

<sup>129</sup> ABl C 209, N 145.

- 489 Beihilfen, die EUR 200'000 innerhalb von drei Jahren nicht übersteigen und transparent sind, qualifizieren unter EU-Beihilferecht als *De-minimis*-Beihilfen (Art. 3 Abs. 2 *De-minimis*-Verordnung<sup>130</sup>). Die Steuererleichterungen des Bundes in der Schweiz im Jahr 2016 betragen im Durchschnitt CHF 65 Mio. pro Unternehmen.<sup>131</sup> Es ist daher zu erwarten, dass die Steuererleichterungen in der Schweiz häufig über dem Grenzwert für *De-minimis*-Beihilfen liegen und die dort geltenden Regeln daher i.d.R. nicht anwendbar wären.
- 490 Für die EU gilt eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Investition während mindestens fünf Jahren ab Abschluss des Vorhabens (KMU drei Jahre), ansonsten kommt es zu einer Rückforderung samt Zinsen.<sup>132</sup> Dies deckt sich auch mit den Vorgaben in der Schweiz, wo ebenfalls eine Fünfjahresfrist besteht. Sollte es sich allerdings ergeben, dass in einem Kanton aus wirtschaftspolitischen Überlegungen ein kulanterer Umgang mit der Sperrfrist gepflegt wird, wäre die schweizerische Praxis u.E. aus beihilferechtlicher Sicht kritisch zu beurteilen. Dabei ist vorstellbar, dass das grosse Ermessen der Kantonsregierung tendenziell zu selektiver Gewährung von Steuererleichterungen führen könnte.
- 491 Wie gesehen ist die Gewährung von Steuererleichterungen in der EU im Gegensatz zur Schweiz von untergeordneter Bedeutung. Der Mitgliedstaat Irland, der ein mit der Schweiz vergleichbares Instrument kannte, musste dieses nach dem Beitritt zur damaligen EWG abschaffen. Gleichzeitig ermöglicht das EU-Recht, trotzdem gewisse strukturschwache Gebiete zu fördern, indem indirekte Mittel, wie Darlehen gewährt werden. Vor diesem Hintergrund ist absehbar, dass die in der Schweiz geltenden Steuererleichterungen für Neugründungen aus der Perspektive des EU-Rechts kritisch zu beurteilen sind. Hervorzuheben ist dabei insb. das Transparenzerfordernis, d.h. die objektive Bestimmbarkeit der Beihilföhe. Die Steuererleichterungen für Neugründungen in der Schweiz sehen gerade keine Obergrenze vor. Auf der anderen Seite sind Steuererleichterungen für Neugründungen in der Schweiz steuersyste-

---

<sup>130</sup> Verordnung (EU) 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen, ABl L 352 vom 24. Dezember 2013, 1.

<sup>131</sup> Berechnung basierend auf SECO, Jahresstatistik, Beihilfen zugunsten wirtschaftlicher Erneuerungsgebiete/Steuererleichterungen im Rahmen des Gesetzes über Regionalpolitik, abrufbar unter: <[https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Standortfoerderung/KMU-Politik/Steuererleichterungen\\_im\\_Rahmen\\_der\\_Regionalpolitik.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Standortfoerderung/KMU-Politik/Steuererleichterungen_im_Rahmen_der_Regionalpolitik.html)>.

<sup>132</sup> ABl C 209, N 37.

matisch insofern gerechtfertigt, als beim Wegzug eine Besteuerung der stillen Reserven erfolgt. Insoweit ist es kongruent, diese Werte beim Zuzug nicht zu besteuern.

## 2. Verrechnungspreise

### a) Rulingpraxis

Den seit 2014 medienwirksamen Beihilfeverfahren betreffend die Rulings zwischen Irland und dem Apple-Konzern, der Niederlande und dem Starbucks-Konzern sowie Luxemburg und dem Fiat-Konzern lag die Annahme der Kommission zugrunde, dass das geltende Recht zugunsten der Konzerne gedehnt worden sei.<sup>133</sup> Dieses Vorgehen der Kommission wurde in der Literatur mitunter als aggressiv bezeichnet.<sup>134</sup> Die Begründung für die Auffassung der Kommission mag in zwei Eigenschaften von Advanced Pricing Agreements liegen: Bei Advanced Pricing Agreements handelt es sich um Vereinbarungen im Einzelfall zwischen Unternehmen und Steuerbehörden. Darüber hinaus sind die Vereinbarungen üblicherweise geheim, es fehlt also an der Transparenz gegenüber der Öffentlichkeit.<sup>135</sup> 492

EU-beihilferechtlich relevant sind sowohl innerstaatliche als auch grenzüberschreitende Rulings bzw. Vorbescheide und Vorabverständigungen. Grenzüberschreitende Vorbescheide betreffen gemäss Art. 3 Ziff. 14c Zusammenarbeits-Richtlinie<sup>136</sup> «die Auslegung oder Anwendung einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift zur Handhabung oder Durchsetzung der Steuergesetze eines Mitgliedstaats oder seiner gebiets- oder verwaltungsmässigen Gliederungseinheiten, einschliesslich der lokalen Behörden», ist also mit einem innerstaatlichen Ruling bzw. Vorbescheid zu vergleichen. Vorabverständigungen dagegen legen im Vorfeld grenzüberschreitender Transaktionen zwischen verbundenen Unternehmen die geeignete Verrechnungspreismethodik bzw. die Gewinnzuweisungsmethodik an Betriebsstätten fest (Art. 3 Ziff. 15 c Zusammenarbeits-Richtlinie).<sup>137</sup> Die Ratio für solche Vereinbarungen ist die Ver- 493

---

<sup>133</sup> EDEN/BYRNES, 10.

<sup>134</sup> BOBBY, 191.

<sup>135</sup> Ähnlich EDEN/BYRNES, 11.

<sup>136</sup> Richtlinie (EU) 2011/16 des Rates vom 15. Februar 2011 über die Zusammenarbeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der Besteuerung und zur Aufhebung der Richtlinie 77/799/EWG, ABL L 64 vom 11. März 2011, 1.

<sup>137</sup> KOKOTT, 566.

meidung von Konflikten mit den Steuerbehörden in der Zukunft und damit die Erlangung von Rechts- und Planungssicherheit bezüglich der Besteuerung im grenzüberschreitenden Kontext.<sup>138</sup>

494 Es zeigt sich, dass auch aus EU-beihilferechtlicher Perspektive die bloße Existenz von Rulings zur Festlegung von Transferpreisen zunächst neutral ist, da es sich nur um die Anwendung geltenden Rechts auf einen bestimmten Fall im Vorfeld handelt.<sup>139</sup> Eine Beihilferelevanz besteht also nur dann, wenn das Ruling von den üblichen Besteuerungsregeln abweicht. Nach der Bekanntmachung der Kommission ist dies wie folgt formuliert: Wenn ein Steuervorbescheid ein Ergebnis festschreibt, das nicht zuverlässig dem Ergebnis einer normalen Anwendung des allgemeinen Steuersystems entspricht, verschafft der Vorbescheid seinem Empfänger möglicherweise einen selektiven Vorteil, da dessen Behandlung zu einer Senkung seiner Steuerschuld in dem betreffenden Mitgliedstaat im Vergleich zu Unternehmen führt, die sich in einer ähnlichen Sach- und Rechtslage befinden.<sup>140</sup> Grundsätzlich wird Selektivität nach der Bekanntmachung der Kommission zum Beihilferecht auch durch Ermessensentscheide der rechtsanwendenden Verwaltung begründet,<sup>141</sup> das bedeutet, wenn objektiv für alle Steuerpflichtigen dieselben Bedingungen bestehen, bei Erfüllung derselben aber kein Anspruch auf Gewährung der steuerlichen Behandlung besteht.<sup>142</sup> Dies gilt z.B. auch dann, wenn ein ausserhalb des Steuerrechts liegender Grund zur Gewährung einer Steuererleichterung gewählt wird.<sup>143</sup> Gleichzeitig geht die Bekanntmachung spezifisch auf die Thematik der Steurrulings ein und qualifiziert diese in drei Fällen als beihilferechtlich problematisch.<sup>144</sup>

- Falsche Anwendung des nationalen Steuerrechts, was zu einem niedrigeren Steuerbetrag führt.<sup>145</sup>
- Vorbescheide können nicht von anderen Unternehmen in ähnlicher Rechts- und Sachlage in Anspruch genommen werden.<sup>146</sup>

---

<sup>138</sup> EDEN/BYRNES, 10.

<sup>139</sup> LYAL, 1042.

<sup>140</sup> ABI C 262, N 170.

<sup>141</sup> ABI C 262, N 123 ff.; EuGH, C-256/97, Rz. 27.

<sup>142</sup> ABI C 262, N 123.

<sup>143</sup> Siehe EuGH, C-6/12, Rz. 27.

<sup>144</sup> ABI C 262, N 174.

<sup>145</sup> Vgl. Entscheidung (EG) 2003/601 der Kommission, Beihilferegelung Irland Auslandseinkünfte, ABI L 204 vom 13. August 2003, 51 ff., N 33 ff.

<sup>146</sup> Vgl. Entscheidung (EG) 2004/77 der Kommission, Steuerregelung zugunsten US Foreign Sales Corporations, ABI L 23 vom 28. Januar 2004, 14 ff., N 56 ff.

- Durch die Steuervorbescheide werden Steuerpflichtige im Vergleich zu anderen Steuerpflichtigen in ähnlicher Sach- und Rechtslage «bevorzugt» behandelt, etwa durch eine Verrechnungspreisregelung in Abweichung zum Drittvergleichsgrundsatz<sup>147</sup> oder Vereinbarung einer indirekten Verrechnungspreismethode trotz Verfügbarkeit einer direkten Verrechnungspreismethode<sup>148 149</sup>.

Übertragen auf die Schweiz wären diese drei Fallgruppen wie folgt zu beurteilen: In der Schweiz wären Vorbescheide, die das geltende Recht falsch anwenden, nicht zulässig (siehe oben [Teil 2, B.I.2.a](#)). Die Möglichkeit, Rulings zu vereinbaren, steht grundsätzlich allen Steuerpflichtigen offen, und es gibt keine Unterscheidung etwa aufgrund des Sektors. Genauer zu prüfen ist aber die dritte Fallgruppe namentlich hinsichtlich der Verrechnungspreismethodik. Wie oben (siehe [Teil 2, B.I.2.a](#)) dargelegt, sieht das schweizerische Recht keine Hierarchie zwischen Verrechnungspreismethoden vor, sondern lässt grundsätzlich alle von der OECD anerkannten Verrechnungspreismethoden zu. Insb. sind auch indirekte Verrechnungspreismethoden wie die Kostenaufschlagsmethode zulässig. Folglich wäre aus EU-beihilferechtlicher Perspektive jeweils im Einzelfall nachzuweisen, weshalb keine direkte Verrechnungspreismethode angewendet wurde. Ein Ruling, das indirekte Verrechnungspreismethoden akzeptiert, wäre also vermutungsweise selektiv mit der Möglichkeit des Entlastungsbeweises. Insoweit wäre es aus beihilferechtlicher Perspektive eher ratsam, direkte Verrechnungspreismethoden in Rulings vorzuziehen. In der EU haben alle Mitgliedstaaten ausser Malta und Zypern – im Gegensatz zur Schweiz – ein Verrechnungspreisregime.<sup>150</sup> Die konkrete Ausgestaltung und Umsetzung der Verrechnungspreisregime unterscheidet sich innerhalb der EU-Mitgliedstaaten allerdings stark.<sup>151</sup> Hinsichtlich der Ruling-Praxis ist überdies zu berücksichtigen, dass die Europäische Kommission die Vereinbarung

495

---

<sup>147</sup> EuGH, C-182/03 und C-217/03.

<sup>148</sup> Vgl. u.a. Entscheidung (EG) 2003/438 der Kommission, Finanzierungsgesellschaften in Luxemburg, N 43 f.; Entscheidung der Kommission (EG) 2003/501 vom 16. Oktober 2002 über die Beihilferegelung C 49/2001 (ex NN 46/2000) für Koordinierungszentren, durchgeführt von Luxemburg, ABl L 170, 20 ff., N 46 ff.

<sup>149</sup> LYL, 1042.

<sup>150</sup> EDEN/BYRNES, 13.

<sup>151</sup> Europäische Kommission, Study on the application of economic valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU vom 3. Oktober 2016, Anhang 8, abrufbar unter: <https://op.europa.eu/de/publication-detail/-/publication/c8c998a6-c67f-11e6-a6db-01aa75ed71a1>; vgl. auch EDEN, Oxford Handbook; EDEN, Tax Fairness.

von Advanced Pricing Agreements mehrfach befürwortet und die Mitgliedstaaten ermutigt hat, diese Methode der Streitbeilegung *ex ante* anzuwenden.<sup>152</sup> Allerdings stammten die entsprechenden Beurteilungen nicht aus der für die Beihilfeaufsicht zuständigen Generaldirektion Wettbewerb, sondern aus der Generaldirektion Steuern. Die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission stellt aber auch ausdrücklich fest, dass ein die OECD-Verrechnungspreisrichtlinien befolgendes Advanced Pricing Agreement an sich keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt.<sup>153</sup> Trotzdem schliesst aus Sicht der Kommission auch die am besten geeignete Verrechnungspreismethode das Vorhandensein einer Beihilfe nicht *per se* aus.<sup>154</sup> Vor diesem Hintergrund böte sich sowohl für EU-Mitgliedstaaten als auch für die Schweiz an, die Hintergrundinformationen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Advanced Pricing Agreements zu dokumentieren und sich im Verfahren an die Verrechnungspreisrichtlinien der OECD zu halten.<sup>155</sup> Hierzu kann auch relevant sein, dass ein detaillierteres nationales Verrechnungspreisregime der im Einzelfall zuständigen Steuerbehörde ein geringeres Ermessen einräumt, wodurch die Erfüllung des Tatbestandselements der Selektivität und damit das Vorliegen einer staatlichen Beihilfe unwahrscheinlicher wird.<sup>156</sup>

496 Zwar ist die Praxis der Europäischen Kommission im Beihilferecht von besonderer Relevanz. Letztlich unterliegen die Entscheidungen der Kommission allerdings der Überprüfung durch den EuGH ([Teil 1, III.8.g](#)). Dass die EU-Gerichte nicht immer einer Meinung mit der Kommission sind, zeigte sich etwa im Fall *Apple*:

497 Konkret kam die Europäische Kommission in ihrer Negativentscheidung vom 30. August 2016<sup>157</sup> zum Schluss, dass die durch die Republik Irland mit den beiden in Irland registrierten Tochtergesellschaften der amerikanischen Apple Inc. vereinbarten Rulings verbotene Beihilfen darstellten und der Differenzbetrag zwischen der ordentlichen Besteuerung und dem erhobenen Steuerbetrag zurückzufordern war. Dabei bemängelte die Kommission erstens die mittels Ruling festgelegte Gewinnzuweisungsmethodik zur Bestimmung der

---

<sup>152</sup> Mitteilung der Kommission über die Unternehmensbesteuerung im Binnenmarkt, COM(2001) 1681, 355; ABI C 262, N 169; detaillierter analysiert von EDEN/BYRNES, 23.

<sup>153</sup> Entscheidung der Kommission (EG) 2003/438 vom 16. Oktober 2002 über die staatliche Beihilfe C 50/2001 (ex NN 47/2000) – Finanzierungsgesellschaften – durchgeführt von Luxemburg, ABI L 153 vom 20. Juni 2003, 40 ff., 64.

<sup>154</sup> ABI C 262, N 171; weitere Nachweise bei EDEN/BYRNES, 24.

<sup>155</sup> Ähnlich: EDEN/BYRNES, 26.

<sup>156</sup> Ähnlich: EDEN/BYRNES, 29.

<sup>157</sup> Beschluss (EU) 2017/1283, 1.

Gewinnsteuerbasis einer der irischen Tochtergesellschaften, da diese aus ihrer Sicht nicht dem Drittvergleichsgrundsatz genüge. Zweitens war die Kommission der Ansicht, dass gewissen Lizenzen und somit auch deren Erträge Irland zuzuweisen seien. Irland focht diese Entscheidung an und gelangte zunächst an das EuG. Das EuG fällte sein Urteil am 15. Juli 2020 und gab der Republik Irland und ihren Streithelfern Recht. Aus Sicht des EuG hatte die Kommission das irische Steuerrecht falsch beurteilt und nicht berücksichtigt, welche Regelungen für in Irland steuerlich nicht ansässige Unternehmen galten.<sup>158</sup> Zudem habe die Kommission nicht nachweisen können, weshalb infrage stehende Immaterialgüter Niederlassungen in Irland zuzuweisen seien. Darüber hinaus arbeitete das EuG heraus, dass methodische Fehler bei der Berechnung des zuzuweisenden Gewinns durch die mittels Ruling vereinbarte Methode an sich noch keine Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellten.<sup>159</sup> Stattdessen sei im Einzelfall durch die Kommission nachzuweisen, inwiefern ein Unternehmen aufgrund eines Rulings weniger Steuern bezahlt hat, als es aufgrund der normalen Besteuerungsregeln ohne das Ruling bezahlt hätte.<sup>160</sup>

Überdies klärte das EuG die Situation von Steuerentlastungen aufgrund von ausserhalb des Steuersystems liegender Gründe: Zwar sei es richtig, dass eine Steuerentlastung aufgrund von ausserhalb des Steuersystems liegender Gründe eine selektive Massnahme darstellen könne, gleichzeitig seien zur Qualifikation einer Massnahme als staatliche Beihilfe primär deren Auswirkungen auf die Begünstigten zu berücksichtigen.<sup>161</sup> Derzeit ist die Angelegenheit vor dem EuGH als Rechtssache C-465/20 P hängig (Stand Juli 2022). 498

Übertragen auf die Schweiz kann aus der *Apple*-Entscheidung herausgelesen werden, dass im Einzelfall nicht zwingend die Verrechnungspreismethodik, sondern die konkreten Auswirkungen auf die Begünstigten relevant wären. Gleichzeitig wird es im Hinblick auf die Vermeidung von Konflikten ratsam sein, die Verrechnungspreise mit einer angemessenen und idealerweise direkten Methodik zu bestimmen. Dennoch läge hier aus Sicht des EuG die Beweislast bei der Überwachungsbehörde.<sup>162</sup> 499

---

<sup>158</sup> EuG, Urteil vom 15. Juli 2020 in der Rechtssache T-778/16 und T-892/16, ECLI:EU:T:2020:338 - Irland u.a., Apple Sales International u.a./Kommission.

<sup>159</sup> EuG, T-778/16 und T-892/16, Rz. 435.

<sup>160</sup> EuG, T-778/16 und T-892/16, Rz. 434.

<sup>161</sup> EuG, T-778/16 und T-892/16, Rz. 439.

<sup>162</sup> EuG, T-778/16 und T-892/16, Rz. 505 ff.

b) Safe-Harbour-Zinssätze

- 500 Im Zusammenhang mit dem 2018 neu eingeführten sog. «Mandatory Disclosure Regime» der EU wurden gewissen Merkmale steuerplanerischer Gestaltungen identifiziert, die aus Sicht der EU als tendenziell missbräuchlich erachtet werden. Finanzintermediäre, z.B. Steuerberatungen, müssen solche Gestaltungen innerhalb gewisser Fristen melden. Im vorliegenden Kontext ist diese neue Entwicklung deshalb relevant, weil unilateral festgelegte Standardzinsen eines der Merkmale von zu rapportierenden Gestaltungen darstellen.<sup>163</sup> Vorausichtlich würden auch die in der Schweiz geltenden Safe-Harbour-Zinssätze ein solches Merkmal darstellen. Es ist zwar fraglich, ob die einseitige Anwendung von Safe-Harbour-Zinssätzen aufgrund ihrer vermuteten Qualifikation durch die EU im Rahmen des *Mandatory Disclosure Regimes* auch eine beihilferechtliche Relevanz hat. Gleichzeitig ist nicht zu unterschätzen, dass das Vorgehen an sich offenbar aus Sicht der EU verdächtig ist. Aus der Rechtsprechung des EuGH ergeben sich zum Thema unilateraler Safe-Harbour-Zinssätze bislang soweit ersichtlich keine weiteren Erkenntnisse.
- 501 Aus beihilferechtlicher Sicht ist insb. zu prüfen, ob ein vom Marktzins abweichender Safe-Harbour-Zins zwischen Nahestehenden als selektive Begünstigung im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV zu bewerten ist. In der Bekanntmachung 2016 sind pauschal festgelegte Zinssätze auf Darlehen unter Nahestehenden entsprechend den schweizerischen Safe-Harbour-Zinssätzen nicht explizit erwähnt. Grundsätzlich verweist die Bekanntmachung allerdings auf die Verrechnungspreisrichtlinien der OECD.<sup>164</sup> Die aktuelle Version der OECD-Verrechnungspreisrichtlinien stammt aus dem Jahr 2017. Darüber hinaus hat die OECD im Februar 2020 spezifische Richtlinien zur Bestimmung von Verrechnungspreisen im Zusammenhang mit Finanztransaktionen erstellt.<sup>165</sup> Zu Finanztransaktionen gehören auch Darlehen unter Nahestehenden, wie sie von den schweizerischen Safe-Harbour-Zinssätzen erfasst sind. Allerdings gehen die Richtlinien zu Verrechnungspreisen im Zusammenhang mit Finanztransaktionen nicht auf Safe-Harbour-Zinssätze ein. Die allgemeiner gehaltenen Richtlinien von 2017 thematisieren Safe-Harbour-Regeln dagegen

---

<sup>163</sup> Richtlinie (EU) 2018/822 des Rates vom 25. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2011/16 bezüglich des verpflichtenden automatischen Informationsaustauschs im Bereich der Besteuerung über meldepflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen, ABl L 139 vom 5. Juni 2018, Anhang IV, Teil II, E.

<sup>164</sup> ABl C 262, N 173.

<sup>165</sup> OECD, Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions, Februar 2020, abrufbar unter: <http://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.pdf>.



ausführlich.<sup>166</sup> Dabei gehen sie auch darauf ein, dass Safe-Harbour-Regeln in erster Linie sowohl für die Steuerpflichtigen als auch für die Verwaltungsbehörden eine Vereinfachung administrativer Prozesse (insb. im Hinblick auf kleine Unternehmen) und eine gewisse Rechtssicherheit für Steuerpflichtige schaffen,<sup>167</sup> sich gleichzeitig aber zuungunsten der die Safe-Harbour-Regeln gewährenden Jurisdiktion auswirken können, sofern sie vom Drittpreis abweichen.<sup>168</sup> Da es sich um unilaterale Regelungen handelt, ist überdies nicht auszuschliessen, dass Safe-Harbour-Regeln international zu nicht abgestimmten Situationen, wie etwa Doppelbesteuerung, führen.<sup>169</sup> Damit könnten sich Safe-Harbour-Zinssätze sogar zum Nachteil der betroffenen Unternehmen auswirken. Vor diesem Hintergrund empfiehlt die OECD den nationalen Steuerbehörden, die Vor- und Nachteile sorgfältig abzuwägen und überlässt die Verwendung von Safe-Harbour-Regelungen ihrer abschliessenden Beurteilung.<sup>170</sup> Damit lassen sich aus den OECD-Verrechnungspreisrichtlinien keine grundsätzlichen Vorbehalte gegenüber der Anwendung von Safe-Harbour-Zinssätzen auf Darlehen von Nahestehenden, wie sie in der Schweiz angewendet werden, ableiten.

Die Bekanntmachung 2016 geht nicht direkt auf Safe-Harbour-Zinssätze ein, enthält jedoch Ausführungen zur Pauschalbesteuerung. Gemeint ist damit die Besteuerung nicht aufgrund von Einkünften, sondern aufgrund anderer Anknüpfungspunkte, wie z.B. dem Grundbesitz. Daraus können immerhin gewisse Grundsätze für Pauschalisierungen abgeleitet werden: Aus Sicht der Kommission ist die Pauschalbesteuerung besonderer Tätigkeiten dann nicht als selektiv zu erachten, wenn die Regelung darauf abzielt, «dass bestimmten Kategorien von Unternehmen wie kleinen Unternehmen und/oder Unternehmen aus bestimmten Wirtschaftszweigen (zum Beispiel Landwirtschaft oder Fischerei) ein unverhältnismässig hoher Verwaltungsaufwand entsteht»<sup>171</sup> und die Pauschalregelung im Schnitt weder bewirkt, «dass die Steuerlast für diese Unternehmen geringer ist als für andere Unternehmen, für die die Regelung nicht gilt, noch [...] dass einer Unterkategorie von Begünstigten der Regelung

502

---

<sup>166</sup> OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, Kapitel IV, abrufbar unter: <<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>>, (zit. OECD, TP Guidelines 2017).

<sup>167</sup> OECD, TP Guidelines 2017, N 4.106 ff.

<sup>168</sup> OECD, TP Guidelines 2017, N 4.110 ff.

<sup>169</sup> OECD, TP Guidelines 2017, N 4.114 ff.

<sup>170</sup> OECD, TP Guidelines 2017, N 4.133.

<sup>171</sup> ABl C 262, N 182.

Vorteile entstehen»<sup>172</sup>. Angewendet auf die Frage der schweizerischen Safe-Harbour-Zinssätze für konzerninterne Darlehen kann zunächst festgehalten werden, dass gerade der Aufwand, den spezifisch anwendbaren Zinssatz zu Drittbedingungen zu ermitteln, für kleinere Unternehmen nach allgemeiner Erwartung anteilig höher ist als für grössere Unternehmen, die z.B. eine Vielzahl von Darlehen zum Vergleich zur Verfügung haben und ggf. sogar eine eigene Verrechnungspreisabteilung beschäftigen. Insofern führt die Festlegung eines Safe-Harbour-Zinssatzes in der Tat tendenziell zu einer Vermeidung unverhältnismässig hohen Aufwandes wie bei der durch die Kommission akzeptierten Pauschalbesteuerung. In analoger Anwendung dieser Logik wären die Safe-Harbour-Zinssätze aus beihilferechtlicher Perspektive u.E. nicht *per se* als problematisch einzustufen. Hinzu kommt, dass die Safe-Harbour-Zinssätze für alle Unternehmen gelten und damit eben insb. nicht zu einer geringeren Steuerlast für bestimmte Kategorien von Unternehmen oder Wirtschaftszweige führen sollten. Darüber hinaus bewirken Safe-Harbour-Regelungen wie oben gezeigt auch nach Einschätzung der OECD administrative Vereinfachungen, was aus betriebswirtschaftlicher Sicht gerade kleinen und mittleren Unternehmen zugute kommt. Vor dem Hintergrund der analogen Betrachtung kann hier also davon ausgegangen werden, dass die Safe-Harbour-Grundsätze akzeptabel wären. Zusätzlich können nach den vorgestellten OECD-Verrechnungspreisrichtlinien aus beihilferechtlicher Sicht aufgrund von Safe-Harbour-Zinssätzen sogar Nachteile für die betroffenen Unternehmen entstehen, etwa wenn ein Auslandsbezug besteht und die unilateralen schweizerischen Zinssätze im Steuerausland nicht als abzugsfähiger Aufwand erachtet und ggf. sogar aufgerechnet werden, was zu einer Doppelbesteuerung führen könnte. Allenfalls bewirken die schweizerischen Safe-Harbour-Zinssätze ausserdem eine Benachteiligung von schweizerischen Unternehmen, wenn die Safe-Harbour-Zinssätze in ungünstiger Weise von den Marktzinsen abweichen.

- 503 Unter Zugrundelegung der Kommissionspraxis kann also bezüglich der Frage der schweizerischen Safe-Harbour-Zinssätze für konzerninterne Darlehen zu nächst festgehalten werden, dass die Zinssatzregelungen gerade für alle Unternehmen gelten und damit nicht zu einer geringeren Steuerlast für bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige führen sollten. Darüber hinaus bewirken Safe-Harbour-Regelungen wie oben gezeigt auch nach Einschätzung der OECD administrative Vereinfachungen, was aus betriebswirtschaftlicher Sicht gerade kleinen und mittleren Unternehmen zugute kommt. Insoweit

---

<sup>172</sup> ABl C 262, N 182.

könnte vor dem Hintergrund der analogen Betrachtung davon ausgegangen werden, dass die Safe-Harbour-Grundsätze aus Sicht der Europäischen Kommission nicht selektiv und damit akzeptabel wären, weshalb sie voraussichtlich nicht unter Art. 107 AEUV fallen würden.

### 3. Massnahmen der Unternehmenssteuerreform III/des STAF

#### a) Patentbox

Regime oder «Boxen» zur Reduzierung der Besteuerung von Immaterialgütern (auch bekannt als «IP Boxen») können zu einer bedeutenden Reduktion der Steuerschuld führen.<sup>173</sup> Je nach Ausgestaltung kann es sich hier auch um beihilferechtlich relevante Sachverhalte handeln. In der EuGH-Rechtsprechung gab es – noch – keine beihilferechtliche Überprüfung von Immaterialgüterboxen. 504

Die Kommission befasste sich bislang in nur einem abgeschlossenen Beihilfenaufsichtsverfahren mit der Thematik. In ihrer Entscheidung zur *spanischen Lizenzbox* aus dem Jahre 2008 stellte die Europäische Kommission keine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV fest.<sup>174</sup> Zwar beurteilte die Kommission die privilegierte Besteuerung von Einkünften aus Immaterialgütern als Abweichung vom üblichen System der Unternehmenssteuern in Spanien in Form eines Vorteils.<sup>175</sup> Gleichzeitig erkannte sie, dass die Massnahme allen Unternehmen, die Immaterialgüter in Spanien entwickeln, gleichermassen zur Verfügung stünde.<sup>176</sup> Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH in einem Fall<sup>177</sup> betreffend Beihilfen für Unternehmen der neuen deutschen Länder stellte die Kommission ausserdem fest, dass die spanische Lizenzbox unterschiedslos auf alle ökonomisch aktiven Personen (hier sogar inkl. natürliche Personen) anwendbar sei.<sup>178</sup> Insoweit handle es sich um eine allgemeine Massnahme und nicht um eine selektive.<sup>179</sup> Diese Bewertung wurde aus Sicht der Kommission dadurch gestützt, dass die spanische Lizenzbox einen weiten Anwendungsbereich hatte. Insb. profitierten von der spanischen Lizenzbox selbst geheime Rezepte und Prozesse so, dass die Massnahme «*no beneficia a* 505

---

<sup>173</sup> SCHWARZ MARTINEZ, 64.

<sup>174</sup> COM(2008) 467 final.

<sup>175</sup> COM(2008) 467 final, N 14.

<sup>176</sup> COM(2008) 467 final, N 14.

<sup>177</sup> EuGH, C-156/98.

<sup>178</sup> COM(2008) 467 final, N 15.

<sup>179</sup> COM(2008) 467 final, N 15.

las empresas que están en una situación similar de hecho o de derecho habida cuenta del objetivo de política general que persigue la medida en cuestión»<sup>180</sup>, also vor dem Hintergrund des generell mit der fraglichen Massnahme verfolgten Regelungsziels nicht Unternehmen begünstige, die in einer tatsächlich oder rechtlich vergleichbaren Situation sind.<sup>181</sup> Die Tatsache, dass manche Unternehmen mehr von der Massnahme profitieren könnten als andere, führe nicht zu Selektivität der Massnahme.<sup>182</sup> Darüber hinaus sah die Kommission die spezifischen Bedingungen für die spanische Lizenzbox auch aus der Logik des spanischen Steuersystems heraus gerechtfertigt: Ihnen gemein sei, dass sie gegen Missbrauch gerichtet seien und künstliche Gestaltungen zum Genuss der Massnahme vermieden sowie Steuerinspektoren die Möglichkeit der Überprüfung eröffneten.<sup>183</sup> Vor diesem Hintergrund sah die Kommission das Element der Selektivität nicht erfüllt und brach die Prüfung der übrigen kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ab. Gegen diese Entscheidung der Kommission wurde keine Nichtigkeitsklage erhoben, so dass das Verfahren hier seinen Abschluss fand.

- 506 Die Immaterialgüterboxen der EU-Mitgliedstaaten wurden auch sonst soweit ersichtlich noch keiner gerichtlichen Überprüfung durch den EuGH unterzogen. Allerdings hat die Kommission im Jahr 2013 zehn (damalige) Mitgliedstaaten, die über ein besonderes Steuerregime für Immaterialgüter verfügen, zur Vorlage von Informationen im Zusammenhang mit deren IP Boxen aufgefordert: Es handelt sich um die Staaten Belgien, Frankreich, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Portugal, Spanien, Ungarn, Zypern und das Vereinigte Königreich.<sup>184</sup>
- 507 Die Patentbox des *Vereinigten Königreichs* war zunächst aus Sicht des fairen Steuerwettbewerbs, jedoch noch nicht aus Sicht des Beihilferechts untersucht worden. Nach anfänglichen Bedenken gegenüber dem Regime des Vereinigten Königreichs, welches 2008 eingeführt wurde und keinen «Nexus» zu Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen im Vereinigten Königreich aufwies und gar zu einer Steuerbefreiung in Höhe von 80% der Einkünfte aus Patenten

---

<sup>180</sup> COM(2008) 467 final, N 16.

<sup>181</sup> Unter Bezugnahme auf EuGH, C-143/99, Rz. 42.

<sup>182</sup> COM(2008) 467 final, N 17; unter Bezugnahme auf EuG, Urteil vom 26. Januar 2006 in der Rechtssache T-92/02, ECLI:EU:T:2006:26 - Stadtwerke Schwäbisch, Rz. 109.

<sup>183</sup> COM(2008) 467 final, N 19.

<sup>184</sup> Europäische Kommission, Statement by Commissioner Vestager welcoming Luxembourg's decision to provide all information requested on tax rulings and patent boxes vom 18. Dezember 2014, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT\\_14\\_2800](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/STATEMENT_14_2800)>.

(keine weiteren Immaterialgüter wie im spanischen Beispiel) wurde die Untersuchung offenbar im Jahr 2015 abgebrochen. Die Gründe hierfür sind nicht ganz klar, u.E. vorstellbar wären aber Überlegungen, einer beihilferechtlichen gegenüber der steuerlichen – auf *Soft Law* beschränkten – Überprüfung den Vorzug zu geben oder das ohnehin bis 2021 vorgesehene Auslaufen der Regelung.

Im Zusammenhang mit der erwähnten Anfrage der Kommission zu IP Boxen an zehn Mitgliedstaaten hatte *Luxemburg* sich zunächst geweigert, Informationen zur Besteuerung von Immaterialgütern und den 100 grössten betroffenen Unternehmen zur Verfügung zu stellen.<sup>185</sup> Die luxemburgische Regelung wurde 2008 eingeführt und befreite 80% der Gewinne aus der Verwendung oder Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums wie Patenten, Marken, Mustern, Modellen, Internet-Domännennamen und Software-Urheberrechten von der Besteuerung.<sup>186</sup> Die Ergebnisse einer allgemeinen beihilferechtlichen Untersuchung durch die Kommission bleiben abzuwarten.

508

Betreffend die IP-Box der *Niederlande* gab es bislang zumindest einen Vorfall, der erwähnenswert ist: Die niederländische Regierung war offenbar ursprünglich der Ansicht, dass sie ihr IP-Box-Regime notifizieren müsse, zog nach Veröffentlichung der Kommissionsentscheidung im Fall der spanischen Lizenzbox ihre Anmeldung jedoch zurück.<sup>187</sup>

509

Aufgrund der (noch) geringen Praxis der Europäischen Kommission lohnt es sich, an dieser Stelle auch die Praxis der EFTA-Überwachungsbehörde zu berücksichtigen, die innerhalb des EWR für die Beihilfeaufsicht der EWR/EFTA-Staaten Island, Norwegen und Liechtenstein zuständig ist und sich in zwei Entscheidungen mit der – inzwischen wieder abgeschafften – IP Box in *Liechtenstein* auseinandergesetzt hat. Die erste Entscheidung erging 2011 und kam zum Schluss, dass die liechtensteinische IP-Box keine Beihilfe darstellte.<sup>188</sup> Dies wurde Ende 2012 in der zweiten Entscheidung auch für die durch die liechtensteinische Steuerreform leicht angepasste IP-Box bestätigt.<sup>189</sup> Die liechtensteinische IP Box war zunächst nur auf Patente, Markenrechte, Muster

510

---

<sup>185</sup> Pressemitteilung der Kommission vom 24. März 2014, Staatliche Beihilfen: Kommission fordert Luxemburg zur Vorlage von Informationen über Steuerpraktiken auf, IP/14/309.

<sup>186</sup> IP/14/309.

<sup>187</sup> LUTS, 264.

<sup>188</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 177/11/COL of 1 June 2011 on tax deductions in respect of intellectual property rights (Liechtenstein), Art. 1.

<sup>189</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), Art. 1.

und Gebrauchsmuster anwendbar. Sie gestattete es, 80% des Nettogewinns – also nach Abzug des zugehörigen Aufwandes – aus den qualifizierenden Immaterialgütern von der Gewinnsteuerbemessungsbasis abzuziehen.<sup>190</sup> Unter Bezugnahme auf die Entscheidung der Europäischen Kommission betreffend die spanische Lizenzbox sah die EFTA-Überwachungsbehörde hier das Element der Selektivität nicht erfüllt. Dies begründete sie damit, dass die IP Box allen Unternehmen zugänglich und damit eine allgemeine Massnahme gewesen sei.<sup>191</sup> In der zweiten Entscheidung war die IP Box materiell dahingehend angepasst worden, dass sie neu auch Einkünfte aus Software sowie wissenschaftliche und technische Datenbanken als qualifizierende Immaterialgüter von der IP Box erfasste.<sup>192</sup> In diesem Beihilfeaufsichtsverfahren wurde u.a. erörtert, dass die Förderung von Forschung und Entwicklung ein gemeinsames Anliegen aller EWR-Staaten sei und Bezug auf die entsprechende Strategie der Europäischen Kommission genommen.<sup>193</sup> In ihrer Entscheidungsbegründung ging die EFTA-Überwachungsbehörde wiederum hauptsächlich auf das Element der Selektivität ein und kam zum Schluss, dass es sich *de lege* bei der liechtensteinischen IP Box um eine allgemeine Massnahme handelte, die allen Unternehmen zugänglich war.<sup>194</sup> Gleichzeitig konnte die Überwachungsbehörde zum Zeitpunkt der Entscheidung eine *de facto* Begünstigung bestimmter Sektoren gegenüber anderen *ex ante* nicht ausschliessen.<sup>195</sup> Dennoch führte aus Sicht der Überwachungsbehörde der Umstand, dass nur Unternehmen, die Investitionen im Hinblick auf die qualifizierenden Immaterialgüter tätigten, von der Steuermassnahme profitieren konnten, nicht zum Vorliegen einer Beihilfe, «*if the difference in treatment does not go beyond what is justified by the nature and general scheme of the system*»<sup>196</sup>. Dabei seien auch allgemeine wirtschaftspolitische Ziele, wie die Förderung von Forschung und Entwick-

---

<sup>190</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 177/11/COL of 1 June 2011 on tax deductions in respect of intellectual property rights (Liechtenstein), 2.

<sup>191</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 177/11/COL of 1 June 2011 on tax deductions in respect of intellectual property rights (Liechtenstein), 4.

<sup>192</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), 2.

<sup>193</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), 4.

<sup>194</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), N 23.

<sup>195</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), N 25.

<sup>196</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), N 25.

lung eingeschlossen.<sup>197</sup> Zusätzlich stellte die EFTA-Überwachungsbehörde unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH im Fall *Kimberly Clark*<sup>198</sup> fest, dass die liechtensteinische IP Box den rechtsanwendenden Behörden keinen Ermessensspielraum hinsichtlich ihrer Anwendung eröffnete, sondern bei Erfüllung der Voraussetzungen ein Anspruch auf die Gewährung der steuerlichen Behandlung bestand.<sup>199</sup> Auf dieser Basis verneinte die Überwachungsbehörde schliesslich das Vorliegen von Selektivität und damit die Qualifikation als Beihilfe. Inzwischen wurde die vormals in Art. 55 des liechtensteinischen Steuergesetzes geregelte IP Box aber mit der Steuerreform von 2016 aus anderen Gründen ersatzlos gestrichen.<sup>200</sup>

In der erwähnten Pressemitteilung<sup>201</sup> bezüglich Luxemburg nahm die Kommission Bezug auf Hinweise, dass IP-Box-Regime in erster Linie von mobilen Unternehmen genutzt würden und nicht zu einer erheblichen Steigerung von Innovationen und Investitionen führen würden. Entsprechend hat die Kommission zu dieser Thematik eine Untersuchung eingeleitet. Da die inzwischen zahlreichen Verfahren der Kommission im Zusammenhang mit Rulings aus einer ähnlichen Anfrage an die Mitgliedstaaten hervorgingen, bleibt abzuwarten, inwieweit hier Beihilfeaufsichtsverfahren gegen die zehn Mitgliedstaaten eingeleitet werden.

Sofern es sich bei einer IP-Box-Regelung um eine Beihilfe handelt, wäre zu prüfen, ob eine Ausnahme gem. Art. 107 Abs. 2 oder 3 AEUV erfüllt wäre. Im Zusammenhang mit der Förderung von Forschung und Entwicklung durch eine IP Box wäre die einschlägige Ausnahmebestimmung voraussichtlich Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV, die Ermessensausnahme zugunsten bestimmter Wirtschaftszweige. Zu dieser Ausnahme gehörig hat die Kommission den oben (siehe [Teil 1, III.7. Ausnahmen](#)) erwähnten Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation (FuEul) publiziert.<sup>202</sup> Dieser Unionsrahmen wurde 2014 eingeführt und im Zusammenhang mit der Pandemie im Jahre 2020 lediglich dahingehend überarbeitet, dass der

---

<sup>197</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), N 25.

<sup>198</sup> EuGH, Urteil vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-241/94, ECLI:EU:C:1996:353 - Frankreich/Kommission (*Kimberly Clark*), Rz. 23.

<sup>199</sup> EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), N 26.

<sup>200</sup> Liechtenstein, Gesetz über die Abänderung des Steuergesetzes vom 4. November 2016 (LR 640.0).

<sup>201</sup> IP/14/309.

<sup>202</sup> Mitteilung der Kommission - Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation, ABl C 198 vom 27. Juni 2014, 1 ff., 36.

Unionsrahmen auch auf Unternehmen, «die am 31. Dezember 2019 keine Unternehmen in Schwierigkeiten waren, aber in der Zeit vom 1. Januar 2020 bis zum 30. Juni 2021 zu Unternehmen in Schwierigkeiten wurden»<sup>203</sup>, anwendbar ist. Diese Anpassung war deshalb wichtig, weil der Unionsrahmen gem. Ziff. 10 nicht für Unternehmen in Schwierigkeiten anwendbar ist. Der Unionsrahmen nimmt Bezug auf die Strategie «Europa 2020»<sup>204</sup>, in welcher festgehalten wurde, dass staatliche Beihilfen einen aktiven und positiven Beitrag leisten können, um die in der Strategie ausformulierte Leitinitiative der «Innovationsunion» zu erreichen.<sup>205</sup> Der Unionsrahmen FuEuI ist grundsätzlich auf alle Beihilfen zur Förderung von FuEuI anwendbar, sofern dem Unionsrahmen nicht für die jeweiligen Sachbereiche spezifischere Bestimmungen entgegenstehen.<sup>206</sup> Steuerliche Massnahmen zur Förderung von FuEuI werden im Unionsrahmen insb. im Zusammenhang mit der Abwägung von geeigneten Beihilfeinstrumenten behandelt. Nach der im Unionsrahmen FuEuI ausgeführten Auslegung der Kommission sei bei der Wahl des geeigneten Beihilfeinstruments jeweils sicherzustellen, dass diejenige Form gewählt wird, die erwartungsgemäss zur geringsten Verfälschung von Wettbewerb und Handel zur Folge hat.<sup>207</sup> Dies führt dazu, dass mit dem Genehmigungsersuchen für direkte finanzielle Vorteile gegenüber der Beihilfeempfängerin (wie z.B. Steuerermässigungen oder Steuerbefreiungen) eine Analyse anderer Optionen vorgelegt und erläutert werden muss, warum bzw. inwieweit andere – möglicherweise weniger wettbewerbsverfälschende – Beihilfeformen weniger geeignet sind.<sup>208</sup> Anreizeffekte steuerlicher Massnahmen zur Förderung von FuEuI liegen dann vor, wenn sie Unternehmen zu höheren FuEuI-Ausgaben veranlassen, worauf die Kommission basierend auf von den Mitgliedstaaten vorgelegten Bewer-

---

<sup>203</sup> Mitteilung der Kommission über die Verlängerung und Änderung der Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Förderung von Risikofinanzierungen, der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, der Leitlinien für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung nichtfinanzieller Unternehmen in Schwierigkeiten, der Mitteilung – Kriterien für die Würdigung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse mit dem Binnenmarkt, der Mitteilung der Kommission – Unionsrahmen für staatliche Beihilfen zur Förderung von Forschung, Entwicklung und Innovation und der Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten zur Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf die kurzfristige Exportkreditversicherung 2020/C 224/02, ABl C 224 vom 8. Juli 2020, 2 ff., N 15.

<sup>204</sup> Mitteilung der Kommission «Europa 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges, und integratives Wachstum», COM(2010) 2020 vom 3. März 2010, 1 ff.

<sup>205</sup> ABl C 198, N 3.

<sup>206</sup> ABl C 198, N 8.

<sup>207</sup> ABl C 198, N 60.

<sup>208</sup> ABl C 198, N 60.



tungsstudien schliessen kann.<sup>209</sup> Zudem müssen steuerliche FuEuI-Beihilfen spätestens innerhalb eines Jahres ab dem Datum der Steuererklärung transparent gemacht werden.<sup>210</sup> Der Unionsrahmen FuEuI behandelt Immaterialgüterboxen nicht im Einzelnen.

Aus der fehlenden detaillierten Praxis kann die schweizerische Patentbox zumindest anhand der Kommissionsentscheidung im Beihilfeverfahren zur spanischen Lizenzbox untersucht werden. Hier fällt zunächst eine grosse *Abweichung* auf: Während die spanische Lizenzbox eine grosse Auswahl an Immaterialgütern schützt, worauf die Kommission wie dargelegt auch explizit Bezug nahm, um sie als allgemeine Massnahme zu qualifizieren, ist die schweizerische Patentbox wie gesehen (oben [Teil 2, B.1.3.a](#)) nur auf Patente und vergleichbare Rechte anwendbar. Nicht eingeschlossen ist z.B. Software – sofern sie nicht ausländisch patentiert und damit mit einem Patent vergleichbar ist. In der Folge ergibt sich ein engerer Anwendungskreis auf Unternehmen, die überhaupt in Bereichen tätig sind, die Patentierbares hervorbringen oder entdecken. Zwar ist die Beschränkung der schweizerischen Patentbox tendenziell einschränkender als der weite Anwendungsbereich der spanischen Lizenzbox. Gleichzeitig stellte der EuGH aber auch fest, dass sich allein aus der Tatsache, dass nur die Steuerpflichtigen eine Steuermassnahme in Anspruch nehmen können, die deren Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen, keine Selektivität ergibt.<sup>211</sup> Diesen Schluss stützt auch die oben ausgeführte Entscheidung der EFTA-Überwachungsbehörde betreffend die liechtensteinische IP Box, welche ebenfalls eine kleinere Auswahl an Immaterialgütern berücksichtigte als die spanische Lizenzbox. *Gemeinsam* haben alle drei IP Boxen allerdings, dass nicht ein Maximalbetrag der Beihilfe, sondern ein maximaler Anteil der Begünstigung gemessen an der Bemessungsgrundlage für die Gewinnsteuer festgelegt wird.<sup>212</sup> Insoweit entzieht sich auch die schweizerische Patentbox einer Einzelfallentscheidung durch die rechtsanwendende Steuerbehörde, da sie bereits gesetzlich vorgesehen ist. Als weitere Gemeinsamkeit insb. im Hinblick auf den Schutz vor Missbrauch müssen ebenso wie in der spanischen Lizenzbox auch in der schweizerischen Patentbox die Aufwände und Erträge im Zusammenhang mit den privilegierten Vermögenswerten buchhalterisch so

513

---

<sup>209</sup> ABI C 198, N 65.

<sup>210</sup> ABI C 198, N 119.

<sup>211</sup> EuGH, Urteil vom 29. März 2012 in der Rechtssache C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184 – 3M Italia/Kommission, Rz. 42.

<sup>212</sup> Hinsichtlich der spanischen Lizenzbox: COM(2008) 467 final, N 17; hinsichtlich der liechtensteinischen IP Box: EFTA-Überwachungsbehörde, Decision no. 480/12/COL of 12 December 2012 on Article 55 of the Liechtenstein tax act (Liechtenstein), N 26.

erfasst sein, dass sie bestimmbar sind. Ebenso wie bei der liechtensteinischen IP Box berücksichtigt die schweizerische Patentbox nur die Nettoerträge aus den qualifizierenden Immaterialgütern.

514 Aus dieser Betrachtung ergibt sich hinsichtlich der schweizerischen Patentbox einerseits die Erkenntnis, dass es sich möglicherweise mangels Selektivität nicht um eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 AEUV handelt. Sofern es sich allerdings aufgrund des – zumindest im Vergleich zur spanischen Lizenzbox und zur liechtensteinischen IP Box – begrenzteren Anwendungsbereichs um eine Beihilfe handelt, der Unionsrahmen FuEuL zu berücksichtigen wäre. Hieraus ergäben sich in der Praxis weitergehende Anforderungen an die Begründung der Massnahme im Vergleich zu anderen möglichen FuEuL-Fördermassnahmen sowie Transparenzanforderungen.

b) Eigenfinanzierungsabzug

515 Soweit ersichtlich existieren bislang weder Entscheidungen des EuGH noch der Kommission, in denen der Eigenfinanzierungsabzug («Notional Interest Deduction», NID) aus beihilferechtlicher Sicht problematisch eingestuft wurde. Allerdings gibt es Ausführungen zur Thematik seitens der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit einem Verstoß des *belgischen* NID gegen die Grundfreiheiten. Hinsichtlich des NID an sich hielt die Kommission in der Pressemitteilung fest: «Es ist zu beachten, dass die Kommission den fiktiven Zinsabzug als solchen nicht infrage stellt, sondern nur seine diskriminierende Anwendung beanstandet. Belgien gestattet den Abzug fiktiver Zinsen auf Eigenkapital, um dem Risiko Rechnung zu tragen, das sich aus der Investition von Eigenkapital in eine Geschäftstätigkeit ergibt.»<sup>213</sup>

516 Weitere Mitgliedstaaten verfügen über ein NID-Instrument. So hat etwa *Italien* erst 2019 ein solches Instrument wiedereingeführt, nachdem es mit dem Haushalt für das Jahr 2019 abgeschafft worden war.<sup>214</sup> Der vorgesehene Zinssatz für bestimmte Gewinnreserven für das Jahr 2020 in Italien beträgt 1.3%. Nach dem bisherigen Stand ergeben sich keine beihilferechtlichen Bedenken hinsichtlich des NID-Instruments in Italien an sich.

517 Wie gezeigt beläuft sich der in der Schweiz anwendbare fiktive NID-Zinssatz derzeit auf 0% unter Vorbehalt des Nachweises eines Drittvergleichszinssatzes durch die Steuerpflichtigen. Daraus ergibt sich einerseits hinsichtlich der

---

<sup>213</sup> Pressemitteilung der Kommission vom 26. Januar 2012, Steuern: Europäische Kommission fordert Belgien auf, seine Vorschriften zum fiktiven Zinsabzug zu ändern, IP/12/61.

<sup>214</sup> Italien, Budget 2020, Gesetz Nr. 160/2019, Amtsblatt vom 30. Dezember 2019.

Zinshöhe ein Unterschied zu NID-Instrumenten in der EU, wie das italienische Beispiel zeigt. Andererseits stellt die Voraussetzung des Drittvergleichs bei Verwendung eigener Zinssätze sicher, dass ein Missbrauch der Einrichtung vermieden wird. Dies deckt sich auch mit den (Soft-Law-) Vorgaben der Code of Conduct Group on Business Taxation.<sup>215</sup>

Betreffend den schweizerischen NID beihilferechtlich eher zu prüfen ist u.E. die Einschränkung des NID insoweit, dass er *de facto* nur im Kanton Zürich, also möglicherweise regional selektiv, angewendet werden kann. Fraglich ist, inwieweit es sich hier um eine akzeptable autonome regionale Massnahme handelt, da der NID durch Bundesrecht eingeführt wurde. Dazu gehören insb. die bundesgesetzliche Regelung in Art. 25a<sup>bis</sup> StHG und die Ausführungsbestimmungen gemäss bundesrätlicher Verordnung<sup>216</sup>, welche die Höhe der Eigenkapitalunterlegungssätze, Berechnung des Sicherheitseigenkapitals und des Zinses darlegt. Allerdings können die Kantone gemäss Art. 25a<sup>bis</sup> StHG selbst über die Einführung des NID entscheiden. Wörtlich heisst es diesbezüglich in Art. 25a<sup>bis</sup> Abs. 1 StHG: «Zum geschäftsmässig begründeten Aufwand gehört auch der Abzug für Eigenfinanzierung, sofern das kantonale Gesetz dies vorsieht [...]» Gemäss der oben (siehe [Teil 2, B.II.1.a](#)) besprochenen *Rioja*-Entscheidung des EuGH ist zur Abgrenzung zwischen einer autonomen Massnahme einer Region und einer regional selektiven Massnahme der nationalen Ebene entscheidend, ob die regionale Einheit die Letztentscheidung über die Anwendbarkeit der Massnahme fällt. Angewendet auf den NID in der Schweiz wäre dieses Kriteriums aus dem Wortlaut des StHG erfüllt.

518

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass das NID-Instrument an sich bislang noch nicht beihilferechtlich beurteilt wurde. Gleichzeitig erkannte die Europäische Kommission 2012 in anderem Zusammenhang an, dass ein NID dem Ausgleich von Nachteilen gut eigenkapitalisierter Gesellschaften dienen kann. Rein steuerlich hielt die Code of Conduct Group die Notwendigkeit von Missbrauchsbestimmungen fest. Der in der Schweiz derzeit für den NID anwendbare Zinssatz führt tatsächlich nicht zu einer Begünstigung. Der gem. Art. 25a<sup>bis</sup> Abs. 4 StHG ebenfalls anwendbare Drittvergleichsgrundsatz schützt durch ebendiese Vorgabe vor Missbrauch. Darüber hinaus ist der

519

---

<sup>215</sup> Rat der Europäischen Union, Agreed guidance by the Code of Conduct Group (business taxation): 1998- 2019, 5814/6/18 REV 6, Brüssel, 5. Dezember 2019, 158 ff., abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5814-2018-REV-6/en/pdf>.

<sup>216</sup> Verordnung über den steuerlichen Abzug auf Eigenfinanzierung juristischer Personen.

schweizerische NID u.E. nicht regionalselektiv, da vorliegend die Letztentscheidung über die Einführung des NID in einem alle gemäss Bundesrecht geltenden NID-Voraussetzungen erfüllenden Kanton beim Kanton liegt.

c) Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen

- 520 Die Förderung von Forschungs- und Entwicklungsaufwand bedingt aus Sicht der Kommission einen «trade-off» zwischen verschiedenen politischen Zielsetzungen. Namentlich gehört die Förderung von Forschungs- und Entwicklungsmassnahmen auch zur Strategie «Europa 2020»<sup>217</sup>, mit der Forschung und Entwicklung in der EU gefördert werden soll. Hierin mag auch einer der Gründe liegen, weshalb die Kommissionspraxis im Forschungs- und Entwicklungsbereich (noch) eher beihilferechtsfreundlich ausfällt.
- 521 Gem. Mitteilung der Kommission von 1998 wären Massnahmen, die ein Ziel der allgemeinen Wirtschaftspolitik verfolgen, indem sie zu einer Reduktion der mit bestimmten Produktionskosten verbundenen Steuerbelastung führen (z.B. steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung), nicht selektiv, sofern sie für alle Unternehmen und Produktionszweige gelten.<sup>218</sup> Wie eingangs dargestellt wird diese klare Formulierung seit der Bekanntmachung der Kommission von 2016 zumindest aus Sicht der Kommission nicht mehr vertreten (siehe dazu die Eingangsbemerkungen unter [Teil 2, B.II.1.](#)). Andererseits sind Abzüge für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen im Vergleich zur schweizerischen Patentbox einem grösseren Kreis von Steuerpflichtigen zugänglich, da sie sich nicht auf wenige qualifizierende Immaterialgüter beschränken, sondern alle Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen in Form von Personalaufwand oder inländischer Auftragsforschung einschliessen. Insofern ist unter nochmaliger Berücksichtigung der oben besprochenen Kommissionsentscheidung zur spanischen Lizenzbox ([Teil 2, B.II.3.a](#)) denkbar, dass es sich tatsächlich um eine allgemeine Massnahme handeln würde.<sup>219</sup> Allerdings wäre bei einer allfälligen Anwendbarkeit des EU-Beihilferechts auf die Schweiz die Beschränkung auf Auftragsforschung im Inland u.E. voraussichtlich auf Auftragsforschung im EU/EFTA-Raum zu erweitern.

---

<sup>217</sup> Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 17. Juni 2010, abrufbar unter: [https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST\\_13\\_2010\\_INIT/DE/pdf](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST_13_2010_INIT/DE/pdf).

<sup>218</sup> ABI C 384, N 13.

<sup>219</sup> Im Ergebnis: MATTEOTTI/ROTH, 708.

Verfahrensrechtlich relevant für die Förderung von Forschung und Entwicklung – und in der Praxis nach Feststellen des Vorliegens einer Beihilfe zu prüfen – sind einige Bestimmungen der AGVO. Dabei gelten gem. Art. 4 Abs. 1 lit. i AGVO zunächst die folgenden Anmeldeschwellen:

522

«i) Vorhaben, die überwiegend die Grundlagenforschung betreffen: EUR 40 Mio. pro Unternehmen und Vorhaben; dies ist der Fall, wenn mehr als die Hälfte der beihilfefähigen Kosten des Vorhabens aufgrund von Tätigkeiten in der Grundlagenforschung anfallen;

ii) Vorhaben, die überwiegend die industrielle Forschung betreffen: EUR 20 Mio. pro Unternehmen und Vorhaben; dies ist der Fall, wenn mehr als die Hälfte der beihilfefähigen Kosten des Vorhabens aufgrund von Tätigkeiten in der industriellen Forschung oder von Tätigkeiten in der industriellen Forschung und der Grundlagenforschung anfallen;

iii) Vorhaben, die überwiegend die experimentelle Entwicklung betreffen: EUR 15 Mio. pro Unternehmen und Vorhaben; dies ist der Fall, wenn mehr als die Hälfte der beihilfefähigen Kosten des Vorhabens aufgrund von Tätigkeiten in der experimentellen Entwicklung anfallen;

iv) bei EUREKA-Projekten oder Projekten, die von einem nach Artikel 185 oder Artikel 187 AEUV gegründeten gemeinsamen Unternehmen durchgeführt werden, werden die unter den Ziffern i bis iii genannten Beträge verdoppelt;

v) werden die Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen in Form rückzahlbarer Vorschüsse gewährt, die mangels einer akzeptierten Methode für die Berechnung ihres Bruttosubventionsäquivalents als Prozentsatz der beihilfefähigen Kosten ausgedrückt sind, und ist in der Maßnahme vorgesehen, dass die Vorschüsse im Falle des Erfolgs des Vorhabens, der auf der Grundlage einer schlüssigen und vorsichtigen Hypothese definiert ist, zu einem Zinssatz zurückgezahlt werden, der mindestens dem zum Gewährungszeitpunkt geltenden Abzinsungssatz entspricht, so werden die unter den Ziffern i bis iv genannten Beträge um 50% erhöht;

vi) Beihilfen für Durchführbarkeitsstudien zur Vorbereitung von Forschungstätigkeiten: EUR 7,5 Mio. pro Studie»

Hinsichtlich der Transparenz erfordert Art. 5 AGVO, dass in Steuervergünstigungen eine Obergrenze vorzusehen ist, damit die geltenden Schwellenwerte nicht überschritten werden. Darüber hinaus erfordert Art. 6 AGVO das Vorliegen eines Anreizeffektes. Im Fall von steuerlichen Vergünstigungen ist Art. 6 Abs. 4 AGVO einschlägig, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sind:

523

«a) Die Maßnahme begründet einen auf objektiven Kriterien beruhenden Anspruch auf die Beihilfe, ohne dass es zusätzlich einer Ermessensentscheidung des Mitgliedstaats bedarf, und

b) die Maßnahme ist vor Beginn der Arbeiten für das geförderte Vorhaben oder die geförderte Tätigkeit eingeführt worden und in Kraft getreten; dies gilt jedoch nicht für steuerliche Folgeregelungen, wenn die Tätigkeit bereits unter Vorläuferregelungen in Form von Steuervergünstigungen fiel.»

- 524 Eine steuerliche Folgeregelung ist in diesem Zusammenhang gem. Art. 2 Ziff. 25 AGVO eine Regelung in Form von Steuervergünstigungen, die eine geänderte Fassung einer früher bestehenden Regelung in Form von Steuervergünstigungen darstellt und diese ersetzt. Die Vorgaben gem. Art. 6 AGVO sind u.E. hinsichtlich des Mehrabzugs für Forschung und Entwicklung erfüllt, da die Gewährung des Mehrabzugs keines zusätzlichen Ermessens bedarf, sondern bereits generell-abstrakt geregelt ist und der Mehrabzug i.d.R. nur auf Aufwand seit Einführung des neuen Art. 25a<sup>bis</sup> StHG am 1. Januar 2020 anwendbar ist. Die Berücksichtigung nichtkalendarischer Geschäftsjahre erfolgt i.d.R. *pro rata temporis*. Die maximale Beihilfeintensität und deren Berechnung für steuerliche Vergünstigungen wird in Art. 7 Abs. 4 AGVO umschrieben. Der eine Beihilfe gewährende Mitgliedstaat hat steuerliche Vergünstigungen zur Erfüllung der Voraussetzungen der AGVO auf einer nationalen oder regionalen Beihilfe-Website zu veröffentlichen, wobei die Beträge in Spannen von Mio. EUR anzugeben sind (Art. 9 Abs. 2 AGVO). Darüber hinaus gelten spezifische Vorgaben für Forschungs- und Entwicklungsbeihilfen gem. Art. 25 AGVO.
- 525 Ansonsten ist, soweit die Förderung von Forschungs- und Entwicklung nicht als rein steuerliche Massnahme betrachtet wird und die AGVO nicht anwendbar ist, auch der oben (siehe [Teil 2, B.II.3.a](#)) beschriebene Unionsrahmen für FuEuI zu berücksichtigen. An beihilfefähigen Kosten nennt Anhang I des Unionsrahmens u.a. Personalkosten sowie Kosten für Auftragsforschung. Diese beiden Aufwandsposten werden auch für den schweizerischen Mehrabzug berücksichtigt. Gem. Ziff. 82 des Unionsrahmens sind die Beihilfeintensitäten für steuerliche Massnahmen entweder auf der Grundlage von Einzelvorhaben oder als Verhältnis zwischen der Gesamtsteuerbefreiung und der Summe sämtlicher beihilfefähiger FuEuI-Kosten zu ermitteln, die in einem Zeitraum entstehen, der drei aufeinanderfolgende Steuerjahre nicht überschreitet. Dabei darf allerdings die für experimentelle Entwicklung geltende Beihilfehöchstintensität nicht überschritten werden. Anhang II des Unionsrahmens nennt die diesbezüglichen Höchstintensitäten. Der schweizerische Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwand beträgt wie gesehen maximal 50%, wobei diese Massnahme der Entlastungsbegrenzung von 70% des steuerbaren Gewinns entspricht. Die genaue Intensität der Beihilfe müsste anhand des im betreffenden Kanton geltenden Steuersatzes für das profitierende Unternehmen berechnet werden.

#### 4. Weitere Elemente des schweizerischen Steuersystems

##### a) Pauschalisierungen

Vorschriften über *Wertminderung und Abschreibungen* gelten als rein steuer- 526  
technische Massnahmen, die gem. Mitteilung der Kommission von 1998 über  
die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen aus Massnahmen im  
Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung einen allgemeinen Charakter  
haben und damit nicht selektiv im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind.<sup>220</sup> Dies  
wird in der Bekanntmachung zum Beihilfebegriff bestätigt.<sup>221</sup> Dort wird die  
Faustregel formuliert, dass Abschreibungssätze dann als *prima facie* selektiv  
anzusehen sind, wenn sie nicht auf den nationalen Leitsätzen der jeweiligen  
Abschreibungsvorschriften basieren.<sup>222</sup> Das bedeutet übertragen auf die Ab-  
schreibungspraxis in der Schweiz, dass Abschreibungssätze, die dem Merk-  
blatt A der ESTV entsprechen, nicht als selektiv zu qualifizieren wären. Sofern  
die steuerlichen Abschreibungen im Einzelfall von den Abschreibungssätzen  
der ESTV abweichen, wäre nachzuweisen, weshalb diese nicht selektiv sind.

Gleichzeitig ist aus Perspektive der Kommission Selektivität «offensichtlich»<sup>223</sup> 527  
zu vermuten, wenn es im Ermessen der Steuerverwaltung liegt, für einzelne  
Unternehmen oder Wirtschaftszweige verschiedene Abschreibungszeiträume  
oder Bewertungsmethoden festzulegen. In solchen Fällen muss – wie auch  
sonst bei *prima facie* Selektivität – die Möglichkeit offenstehen, nachzuweisen,  
dass eben keine Selektivität vorherrscht.

Betreffend das *Delkredere* (also pauschale Wertberichtigungen auf Forderun- 528  
gen) existiert in der Schweiz i.d.R. eine kantonale Praxis, die ohne weiteres  
eingehalten wird. Die Kantone veröffentlichen die kantonal geltenden Delkre-  
dere-Sätze in Merkblättern oder auf der kantonalen Webseite.<sup>224</sup> Insoweit sind  
u.E. hinsichtlich des Delkredere die Vorgaben gem. § 177 ff. der Bekanntma-  
chung von 2016 eingehalten. Sofern die Steuererklärung die im jeweiligen Kan-  
ton gültigen Delkredere-Vorgaben einhält, werden diese so akzeptiert.

---

<sup>220</sup> LINDER/DIEFENBACHER, 581.

<sup>221</sup> ABI C 262, N 177 ff.

<sup>222</sup> ABI C 262, N 179.

<sup>223</sup> ABI C 262, N 180.

<sup>224</sup> Z.B. Kanton Bern, TaxInfo «Wertberichtigung auf Forderungen (Delkredere)», abrufbar unter: <[http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfo/Wertberichtigung\\_auf\\_Forderungen\\_\(Delkredere\)](http://www.taxinfo.sv.fin.be.ch/taxinfo/display/taxinfo/Wertberichtigung_auf_Forderungen_(Delkredere))>.

529 Hinsichtlich des *Warendrittels* besteht in der Schweiz eine uniforme Praxis der Anerkennung. Insoweit ergeben sich u.E. keine Bedenken hinsichtlich der Selektivität wie in § 177 ff. der Bekanntmachung der Kommission ausgeführt.

b) Umsatzabgabe

530 Wie bereits oben gezeigt sind die unterschiedlichen Sätze der Umsatzabgabe in der Schweiz im Stempelsteuersystem allgemein begründet: Da nur auf inländische Wertpapiere bei deren Ausgabe die Emmissionsabgabe entfällt, wären diese ohne eine höhere Besteuerung der ausländischen Wertpapiere insgesamt benachteiligt. Fraglich ist also schon, ob überhaupt eine Begünstigung vorliegt. Gleichzeitig würden Kommission und EuGH voraussichtlich sehr genau das hier anzuwendende Referenzsystem bestimmen. Damit ist dasjenige System gemeint, das betreffend die fragliche Steuer gilt. In Abhängigkeit davon könnte sodann festgestellt werden, ob eine Sonderbehandlung im Vergleich zum bestehenden Bezugssystem vorliegt. Dabei ist fraglich, ob das Referenzsystem die Umsatzsteuer ist – in diesem Fall bestünde in der Tat eine Bevorteilung inländischer Wertpapiere und damit zugunsten inländischer Unternehmen.

531 Wenn als Referenzsystem allerdings das gesamte Stempelsteuersystem zu berücksichtigen wäre, würde sich insgesamt eine Bevorteilung ausländischer Wertpapiere und damit ausländischer Unternehmen ergeben: Die Emissionsabgabe ist i.d.R. höher als die Hälfte der Umsatzabgabe. Auf Beteiligungen z.B. beträgt die Emmissionsabgabe aktuell 1% (Art. 8 StG).



### III. Fazit: Auswirkungen einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz

Janine Dumont

Die vorgängige Analyse zeigt, dass hinsichtlich der beihilferechtlichen Bewertung des schweizerischen Unternehmenssteuerrechts weiterhin interessante Rechtsfragen bestehen. Nach dieser Analyse hat die 2020 in Kraft getretene Unternehmenssteuerreform tendenziell noch nicht alle beihilferechtlich relevanten Steuerthemen adressiert. Möglicherweise ergeben sich gar aus den als Ersatz für die Statusgesellschaften eingeführten neuen Massnahmen weitere beihilferechtliche Fallstricke. Zusammengefasst eröffnen sich die folgenden möglichen Auswirkungen einer Übernahme des EU-Beihilferechts auf die hier betrachteten Unternehmenssteueraspekte der Schweiz: 532

Die *Steuerhoheit der Kantone* in der Schweiz ist u.E. aus beihilferechtlicher Sicht mangels Selektivität als unproblematisch zu betrachten. Betreffend die Gewinn- und Kapitalsteuer liegt u.E. ein Fall von symmetrischer Devolution vor, d.h. ein «normaler» Bezugswert betreffend die Gewinn- und Kapitalsteuer liegt nicht vor, da alle Kantone eigene Gewinn- und Kapitalsteuersätze haben. Darüber hinaus würden die Schweizer Kantone u.E. ohnehin alle drei Formen der Autonomie gemäss Rechtsprechung des EuGH erfüllen. Hieraus würde sich also kein Anpassungsbedarf ergeben. 533

Die in der Schweiz vorgesehenen *Steuererleichterungen für Neugründungen* sind u.E. Beihilfen im Sinne des Art. 107 AEUV, die aber gem. Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV zur Förderung strukturschwacher Gebiete gerechtfertigt werden könnten. In diesem Fall wären gewisse Verfahrensbestimmungen einzuhalten. Aus unionsrechtlicher Sicht wäre indirekteren Fördermassnahmen, wie Darlehen, gegenüber Steuererleichterungen grundsätzlich der Vorzug zu geben. Der grosse Ermessensspielraum der Kantonsregierungen bei der Gewährung von Steuererleichterungen für Neugründungen könnte aus EU-beihilferechtlicher Perspektive kritisch beurteilt werden. 534

Hinsichtlich der *Rulingpraxis* der Schweiz stellte sich heraus, dass die Erteilung von Rulings an sich beihilferechtlich unproblematisch ist und sich der schweizerische Rechtsrahmen zur Erteilung von Rulings mit demjenigen der EU deckt. Allerdings ergaben sich Unterschiede im Bereich der Verrechnungsmethodik: Die Schweiz kennt kein eigenes Verrechnungspreisregime und 535

anerkennt grundsätzlich alle Verrechnungspreismethoden der OECD gleichermaßen. Dies weicht von der EU insoweit ab, als aus beihilferechtlicher Sicht direkten Verrechnungspreismethoden grundsätzlich der Vorzug gegenüber indirekten Verrechnungspreismethoden zu gewähren ist. Folglich wäre zu prüfen, ob eine solche Festlegung auch für die Schweiz sinnvoll wäre, um Konflikte zu vermeiden. In jedem Fall sollte die Dokumentation im Zusammenhang mit der Ermittlung der Verrechnungspreismethodik sorgfältig zusammengestellt und aufbewahrt werden, um allfälligen Rückfragen begegnen zu können.

- 536 Ebenfalls verrechnungspreislich relevant sind die in der Schweiz verwendeten *Safe-Harbour-Zinssätze*, welche auf Darlehen unter Nahestehenden anwendbar sind. An sich können *Safe-Harbour-Zinssätze* zu einer Abweichung vom Drittvergleichsgrundsatz führen. Gleichzeitig erkennt die OECD an, dass *Safe-Harbour-Zinssätze* nicht immer steuerlich zum Vorteil der betroffenen Unternehmen reichen, aber administrativ zu erheblichen Erleichterungen führen können. Vor diesem Hintergrund ist nicht auszuschliessen, dass die in der Schweiz gültigen *Safe-Harbour-Zinssätze* auch aus beihilferechtlicher Sicht anerkannt werden können. Hinzu kommt, dass weiterhin die Möglichkeit besteht, mittels Nachweises des Drittvergleichszinses von den *Safe-Harbour-Zinssätzen* abzuweichen. Unklar bleibt, inwieweit die EU *Safe-Harbour-Zinssätze* grundsätzlich kritisch beurteilt, da sie im Rahmen der Transparenzverpflichtungen von Finanzintermediären als Merkmale für meldepflichtige Gestaltungen qualifizieren können. Noch ist zudem nicht abschliessend geklärt, ob die schweizerischen *Safe-Harbour-Zinssätze* unter dieses Merkmal fallen. Bis jetzt ergibt sich hierzu u.E. kein akuter Handlungsbedarf.
- 537 Hinsichtlich der schweizerischen *Patentbox* ist vor dem Hintergrund der bisherigen Kommissionspraxis davon auszugehen, dass es sich aufgrund der fehlenden Selektivität nicht um eine Beihilfe handelt. Etwas anders wäre die Betrachtung, wenn sich herausstellen würde, dass die schweizerische *Patentbox de facto* nur Unternehmen bestimmter Wirtschaftszweige zugutekommt. Dies wäre insoweit nicht ganz abwegig, als die schweizerische *Patentbox* nur Patente und vergleichbare Rechte berücksichtigt. Wirtschaftszweige in der Schweiz, die ihre Innovationen zu grossen Teilen mit Patenten schützen können, dürften in erster Linie *Life-Sciences*- und Maschinenbau-Unternehmen sein, während andere Wirtschaftszweige, wie die Informationstechnologie, erwartungsgemäss eher urheberrechtlich geschützte Software entwickeln, welche dem Patent in der Schweiz nicht zugänglich ist. Es bleibt abzuwarten, zu welchen Auswirkungen die *Patentbox* in der Praxis führen wird. Sofern die *Patentbox* als Beihilfe qualifiziert würde, wäre zu prüfen, ob die Ausnahme des

Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV zur Förderung bestimmter Wirtschaftszweige erfüllt wäre. Insb. wären dann auch die Vorgaben des Unionsrahmens für FuEuI einzuhalten.

Der *Eigenfinanzierungsabzug* erscheint anhand der bisherigen Erkenntnisse an sich beihilferechtlich unbedenklich. Insb. die in der Schweiz vorgesehene Zinshöhe liegt unterhalb vergleichbarer Instrumente in der EU. Gleichzeitig besteht die Möglichkeit, abweichende Zinssätze mittels Drittvergleich zu begründen, was auch aus Sicht des Beihilferechts zu begrüssen wäre. Eher interessant aus beihilferechtlicher Sicht ist u.E. die Tatsache, dass der NID angesichts der geltenden kantonalen Steuersätze nur im Kanton Zürich eingeführt werden kann. Es stellte sich daher die Frage, ob es sich um eine regional selektive Massnahme handelt. Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH konnte allerdings herausgearbeitet werden, dass die Letztentscheidung über die Einführung beim Kanton liegt, weshalb der Bezugsrahmen u.E. rein kantonal und nicht national zu ziehen wäre. Insoweit läge u.E. hier mangels Selektivität keine Beihilfe vor.

538

In Bezug auf den *Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen* fällt zunächst auf, dass diese im Vergleich zur Patentbox nicht hinsichtlich der Art der Forschungsergebnisse beschränkt sind, sondern jeglichen Personalaufwand und die Auftragsforschung begünstigen. Daher handelt es sich nach unserer Analyse voraussichtlich um eine allgemeine Massnahme. Aus EU-Sicht erscheint lediglich die Beschränkung auf inländische Auftragsforschung als zu kurz – ggf. könnte hier eine Ausweitung auf den ganzen EU/EFTA-Raum in Betracht gezogen werden. Sofern es sich aus beihilferechtlicher Sicht doch um eine Beihilfe handelt, wäre in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die AGVO anwendbar wäre, was zu einer Befreiung vom Genehmigungserfordernis führen würde. Unabhängig davon könnte eine Beihilfe zur Förderung von Forschung und Entwicklung aufgrund von Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV als Förderung gewisser Wirtschaftszweige gerechtfertigt werden. In diesem Fall wären die Vorgaben des Unionsrahmens für FuEuI zu beachten. In diesem Zusammenhang wäre insb. die Beihilfeintensität gesondert zu prüfen, damit der schweizerische Mehrabzug für Forschungs- und Entwicklungsaufwendungen nicht über das gemäss Unionsrahmen vorgesehene Mass hinausgeht.

539

Steuertechnische *Pauschalisierungen* wie Abschreibungen, Delkredere und Warendrittel sind u.E. allgemein zugänglich und durch das nationale Steuerrecht begründet. Hinzu kommt, dass die veranlagenden Behörden diese Pauschalisierungen ohne weitere Prüfung anerkennen und kein weiteres Ermessen ausüben. Daher sind die Vorgaben gem. Bekanntmachung der Kommission

540

von 2016 u.E. erfüllt. Um ganz sicher zu gehen, könnte allenfalls darüber nachgedacht werden, diese steuerlichen Abschreibungen und Wertberichtigungen explizit auch hinsichtlich der Höhe und spezifischen Voraussetzungen gesetzlich festzuhalten. So könnte jeder Zweifel über ein allfällig zu grosses behördliches Ermessen ausgeräumt werden. Gleichzeitig könnte dies einen negativen Einfluss auf die Flexibilität des Systems haben. In der Praxis unterliegen die angewendeten Abschreibungssätze aber ohnehin keinen regelmässigen Schwankungen.

- 541 Auf den ersten Blick erschienen die unterschiedlichen Steuersätze für in- und ausländische Steuersätze der *Umsatzabgabe* beihilferechtlich relevant. Angesichts der Betrachtung des Gesamtsystems der Stempelsteuern wird allerdings klar, dass hier lediglich eine Kompensation eines Vorteils von ausländischen Wertpapieren durchgeführt wird. Die Bestimmung des Bezugsrahmens im Rahmen der Selektivitätsprüfung ist allerdings noch nicht insoweit durchschaubar, als vorausgesagt werden kann, ob das gesamte StG oder nur die Umsatzabgabe den Bezugsrahmen für die beihilferechtliche Beurteilung stellen würde. Insofern wäre es hier ggf. ratsam, nochmals über eine Vereinheitlichung der Umsatzabgabesätze nachzudenken. Dies hatte der Bundesrat wie gesehen in der Vergangenheit sowieso bereits angestrebt und hat hier möglicherweise ein weiteres Argument zur Verfügung. Überdies wird derzeit wie gesehen parlamentarisch über eine Abschaffung der Stempelsteuern beraten.
- 542 U.E. erscheint es abwegig, dass via das Beihilferecht alle wirtschaftspolitischen Entscheidungen der Nationalstaaten, die sich im Steuerrecht niederschlagen, überprüft werden können. Auch in anderen Wirtschaftsbereichen werden Beihilfen gewährt und diese müssen nicht jeweils aus dem jeweiligen System heraus gerechtfertigt werden. Zumal da der Nachweis des Vorliegens einer sich aus dem Steuersystem ergebenden Ausnahme bislang vor dem EuGH noch nicht gelungen ist. Insoweit erscheint die neuere Entwicklung des EuGH weg von einer Bezugssystem-Überprüfung hin zu einer Vergleichbarkeitsprüfung sachgerechter. Aus der Analyse der hier ausgewählten Massnahmen des schweizerischen Unternehmenssteuerrechts hat sich ergeben, dass u.E. keine grossen beihilferechtlichen Bedenken vorherrschen. An einzelnen Stellen könnte sich allerdings eine geringfügige Anpassung der bisherigen Praxis – eventuell sogar nicht nur aus beihilferechtlicher Perspektive – anbieten.

## C. Staatsgarantie für Kantonalbanken



# I. In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken und -bestimmungen

Wesselina Uebe

Im Fokus der nachfolgenden Untersuchung steht die in zahlreichen Kantonen der Schweiz gesetzlich verankerte Staatsgarantie für Kantonalbanken. Von den 26 Kantonen der Schweiz verfügen 24 über eine eigene Kantonalbank,<sup>1</sup> und 21 von ihnen verfügen über eine Staatsgarantie, die im Weiteren näher beschrieben wird. Auch wenn, wie im Folgenden aufgezeigt wird, die gesetzliche Ausgestaltung der Staatsgarantie von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich sein kann, steht die Frage im Raum, inwieweit das Modell der Staatsgarantie mit dem europäischen Beihilfenverbot (Art. 107 AEUV) vereinbar ist. Nachfolgend wird zunächst die Rechtslage in der Schweiz dargestellt und insbesondere auf den geschichtlichen Hintergrund und auf die kantonalen Unterschiede eingegangen. Anschliessend wird untersucht, inwieweit diese Praxis mit dem Unionsrecht vereinbar ist.

543

## I. Einführung

Die Staatsgarantie stellt zwar heute explizit kein konstitutives Merkmal für Kantonalbanken mehr dar (vgl. Art. 3a BankG); faktisch haben aber die meisten Kantonalbankengesetze die Staatsgarantie für Kantonalbanken beibehalten. Nur drei der insgesamt 24 Kantonalbanken verfügen nicht (mehr) über eine Staatsgarantie.<sup>2</sup> Dass die Staatsgarantie als politisches Instrument nicht unumstritten ist, zeigen nicht nur verschiedene Versuche der jüngsten Vergan-

544

---

<sup>1</sup> Vgl. die Übersicht beim Verband der Schweizer Kantonalbanken, abrufbar unter: <<https://www.kantonalbank.ch/de-CH/Home>>; Zwei Kantone – Solothurn und Appenzell Ausserrhoden – haben keine eigene Kantonalbank mehr. Beide Kantone verkauften in den 1990er-Jahre ihre Kantonalbank an eine Grossbank, nachdem es zu hohen Wertberichtigungen und Verlusten auf dem Immobilienmarkt gekommen war.

<sup>2</sup> Ohne Staatsgarantie ist traditionell die Waadtländer Kantonalbank; der Kanton Bern hat (als erster Kanton seit der Revision des Bankengesetzes 1999) die Staatsgarantie schrittweise abgeschafft und per Ende 2012 ganz aufgehoben. Die Genfer Kantonalbank verfügte über eine (auf CHF 500.000 pro Einleger) beschränkte Staatsgarantie, die bis 2016 vollständig abgeschafft wurde; vgl. hierzu <<https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL10695.pdf>>. Vgl. auch NOBEL, Finanzmarktrecht, 865 f.

genheit, diese abzuschaffen oder zumindest zu begrenzen (Glarus,<sup>3</sup> Aargau<sup>4</sup> s.u. [Teil 2, C.I.6.](#)), sondern auch die regelmässig eingebrachte Kritik auf internationaler und nationaler Ebene. So führt der International Monetary Fund (IMF) seit Jahren die Empfehlung auf: «Remove guarantees on cantonal banks».<sup>5</sup> Auch die OECD empfiehlt: «Eliminate remaining explicit cantonal government guarantees to their public banks.»<sup>6</sup> In der Europäischen Union und auch im EWR werden unbefristete Staatsgarantien als Verstoß gegen das Verbot staatlicher Beihilfen betrachtet, sodass Österreich, Deutschland und auch Liechtenstein solche abschaffen bzw. ihre Regelungen anpassen mussten (s.u. [Teil 2, C.II.1.](#)).

545 Doch auch innerhalb der Schweiz wird zunehmend Kritik an den Staatsgarantien für Kantonalbanken geäußert. So publizierte die Schweizerische Kartellkommission 1995 einen Bericht, in welchem sie die Ansicht vertrat, dass die Staatsgarantien den Kantonalbanken einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber den Geschäftsbanken einräumen und deshalb aufzuheben oder zumindest einzuschränken seien.<sup>7</sup> Darauf basierend äusserte sich auch die WEKO während des Gesetzgebungsverfahrens zur letzten Revision des BankG<sup>8</sup> kritisch. Schliesslich sind die Staatsgarantien auch Gegenstand einer

---

<sup>3</sup> Traktandum 23, Vorlage zur Änderung der Verfassung des Kantons Glarus und des Gesetzes über die Glarner Kantonalbank, abrufbar unter: [https://www.landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/landsgemeinde/traktanden/2021-07/Traktandum\\_23.pdf](https://www.landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/landsgemeinde/traktanden/2021-07/Traktandum_23.pdf).

<sup>4</sup> Kanton Aargau, Botschaft an den Grossen Rat, Nr. 19.233 vom 21. August 2019, 21 ff. (zit. Kanton Aargau, Botschaft). Vgl. hierzu auch LAVOYER, AARGAUER ZEITUNG.

<sup>5</sup> IMF, Staff Country Reports, Switzerland, Article IV Consultation vom 26. Juni 2019, abrufbar unter: <https://www.imf.org/en/Publications/CR/Issues/2019/06/26/Switzerland-2019-Article-IV-Consultation-Press-Release-Staff-Report-and-Statement-by-the-47033>; vgl. auch schon zuvor IMF, Country Report No 14/143, 9, abrufbar unter: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2014/cr14143.pdf>: darin empfiehlt der IMF eine «guidance on guarantees for cantonal banks, to enhance transparency and create a level playing field both across the cantonal banks and with the rest of the banking sector.»

<sup>6</sup> OECD, Economic Survey 2017, Switzerland, 5, 21, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/economy/surveys/switzerland-2017-OECD-economic-survey-overview.pdf>. Darin verbindet die OECD die Kritik an der Staatsgarantie mit den Kreditrisiken im Immobilienbereich: «Parts of the banking system are highly exposed to housing. Guarantees provided by cantons to their public banks are a fiscal risk and distort competition.» Und: «Because most cantonal banks are guaranteed by their cantons, a house price correction could generate a public finance problem in a crisis.» Zuletzt bestätigt im OECD, Economic Survey 2022, Switzerland, 40, abrufbar unter: <https://www.oecd.org/economy/surveys/Switzerland-2022-OECD-economic-survey-overview.pdf>.

<sup>7</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 1 ff. Vgl. hierzu auch STOFFEL/NYDEGGER, 643 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Stellung Wettbewerbskommission 1997, 217 f.



rechtswissenschaftlichen Diskussion<sup>9</sup> und werden von Teilen der Lehre für nicht haltbar<sup>10</sup> bzw. problematisch<sup>11</sup> betrachtet. In der Praxis aber halten die Kantone an der Staatsgarantie fest. Daher wird im Folgenden auf die historische Sonderstellung der Kantonalbanken sowie die Details der Staatsgarantie näher eingegangen.

## 2. Historische Entwicklung und Rechtsgrundlagen

Die Kantonalbanken wurden im vorletzten Jahrhundert zur Unterstützung der wirtschaftlichen Entwicklung geschaffen. Die halbstaatlichen und staatlichen Kantonalbanken sollten im schweizerischen Bankensystem Lücken füllen sowie den Wettbewerb beleben, der damals noch nicht von einer flächendeckenden Grundversorgung mit Bankdienstleistungen geprägt war. 546

### a) Gründungsphase und Idee

Die erste Kantonalbank war die Caisse d'épargne de la République et canton de Genève und wurde im Jahr 1816 gegründet. Nach und nach wurden weitere Kantonalbanken geschaffen. So folgten z.B. 1834 die Berner Kantonalbank und 1869 die Zürcher Kantonalbank. Mit der Entstehung des Kantons Jura folgte 1979 die jüngste Kantonalbank.<sup>12</sup> 547

Die Idee hinter der Gründung kantonaler Banken war bei den meisten Kantonen (trotz der langen Zeitspanne und der unterschiedlichen wirtschaftlichen Situation der Kantone<sup>13</sup>) überwiegend identisch: Im Zuge der Industrialisierung, des Eisenbahnbaus und der steigenden Ausgaben der öffentlichen Hand stand ein Grossteil des Privatkapitals nicht mehr zur Verfügung, was zu einer Verringerung des Geldangebots und zur Anhebung des Hypothekarzinssatzes führte. Für die traditionellen Wirtschaftsteilnehmer wurde es aufgrund dessen immer schwieriger, Kredite zu bekommen («Kreditnot des kleinen Mannes»<sup>14</sup>). Die neu geschaffenen Kantonalbanken sollten als «wettbewerbspolitisches Instrument» die starke Nachfrage nach Krediten in den traditionellen Wirtschaftssektoren befriedigen und dem sozialpolitischen Interesse der Kantone 548

---

<sup>9</sup> Vgl. VÖGELI und die dortige Übersicht; s.a. LEU, 48 f., 50; NOBEL, Lageanalyse, 1555; RUSSENBERGER, Umbruch, 1 ff.

<sup>10</sup> Vgl. SGK BV-VALLENDER, Art. 94, N 6.

<sup>11</sup> BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 98, N 16 unter Verweis auf NOBEL, Finanzmarktrecht, 506 ff., m.w.E.

<sup>12</sup> Vgl. ausführlich VÖGELI, 5 ff.

<sup>13</sup> BBl 1998, 3848.

<sup>14</sup> VÖGELI, 6.

an einer Kreditversorgung der breiten Bevölkerung nachkommen.<sup>15</sup> Insbesondere die Kreditbedürfnisse bestimmter (benachteiligter) Bevölkerungs- und Wirtschaftskreise, wie z.B. mittlerer und kleinerer Grundbesitzer, Landwirte, Arbeiter, Handwerker und Gewerbetreibende, sowie der öffentlichen Hand sollten befriedigt werden. Insoweit übernahm die Kantonalbank teilweise auch die Funktion einer Hausbank des Kantons und der Gemeinden, wirkte bei der kantonalen Finanzverwaltung mit oder wurde bei der Finanzierung von Kantonsprojekten herangezogen.<sup>16</sup> Im Rahmen des Passivgeschäftes stand die Förderung des Sparwillens der Bevölkerung im Vordergrund.<sup>17</sup>

- 549 Kantonalbanken galten somit traditionsgemäss als wohlfahrtsstaatlich (struktur- und sozialpolitisch) motivierte öffentliche Unternehmen.<sup>18</sup> Insoweit hatten sie auch lange eine Sonderstellung inne (vgl. BV 1874 Art. 31<sup>quater</sup> Abs. 2<sup>19</sup>). Und auch heute sieht Art. 98 Abs. 1 2. Hs. BV noch vor, dass der Bund im Rahmen seiner Rechtsetzungstätigkeit über das Banken- und Börsenwesen «der besonderen Aufgabe und Stellung der Kantonalbanken Rechnung» zu tragen hat. Zwar kann die Fortführung der historisch bedingten «Kantonalbanken-Klausel» kritisch gesehen werden.<sup>20</sup> Gleichwohl stand sie einer einfachgesetzlichen Verschärfung der Kantonalbankenregeln nicht im Wege. Insofern gilt sie heute weniger als Grundlage für eine Sonderbehandlung und mehr als Klarstellung des Verhältnisses zur Staatsfreiheit der Wirtschaft in Art. 94 Abs. 4 BV: das unternehmerische Tätigwerden der Kantone im Bankenbereich wird auf Verfassungsebene explizit für zulässig erachtet.<sup>21</sup>

b) Bankengesetz 1934

- 550 Als das erste Bankengesetz im Jahr 1934 (aBankG) verabschiedet wurde, waren die meisten Kantone Alleineigentümer ihrer Kantonalbanken.<sup>22</sup> Da aus diesem Grund schon die meisten Kantonalbanken über eine vollumfängliche Staatsgarantie verfügten,<sup>23</sup> legte das BankG die Staatsgarantie als konstitutives Merkmal einer Kantonalbank fest. Konkret galten grundsätzlich diejenigen

---

<sup>15</sup> So VÖGELI, 6 unter Verweis auf HAMMER, 420 und RUSSENBERGER, Sonderstellung, 13. Vgl. hierzu ausführlich Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 7.

<sup>16</sup> Kanton Aargau, Botschaft, 8.

<sup>17</sup> Vgl. Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 7.

<sup>18</sup> BIAGGINI, Art. 98, N 5.

<sup>19</sup> RHINOW *et al.*, 641 f.

<sup>20</sup> SGK BV-HETTICH, Art. 98, N 14 ff.

<sup>21</sup> BIAGGINI, Art. 98, N 5; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 98, N 15.

<sup>22</sup> Ausnahme Zuger Kantonalbank, Banque Cantonale Vaudoise, Banque Cantonale de Geneve.

<sup>23</sup> LENGWILER/KILCHOER, 562.

Banken als Kantonalbanken, die durch kantonalen gesetzlichen Erlass errichtet und für deren Verbindlichkeiten der Kanton haftete (so § 3a Abs. 1 aBankG). Konstitutivmerkmale für den Kantonalbankbegriff waren somit der auf *kantonalem gesetzlichem Erlass* basierende Errichtungsakt (öffentlicher Gründungsakt) sowie die *Staatshaftung*.<sup>24</sup>

Doch auch darüber hinaus kamen die Kantonalbanken unter dem Bankengesetz von 1934 in den Genuss einer «Sonderbehandlung».<sup>25</sup> So unterstanden sie nicht der Bewilligungspflicht und der Aufsicht der Eidgenössischen Bankkommission (EBK) zum Geschäftsbetrieb, und mussten sich ebenfalls nicht von einer externen bankgesetzlichen Revisionsstelle prüfen lassen. Ebenso wenig waren die bankgesetzlichen Reservebildungsvorschriften und die bankgesetzlichen Verantwortlichkeitsbestimmungen auf die Kantonalbanken anwendbar. Ferner wurden sie auch explizit vom Einlegerschutz bzw. der Privilegierung der Spareinlagen im Konkursfall ausgenommen (Art. 15 Abs. 3 aBankG). Ergänzend dazu räumte die Bankenverordnung den Kantonalbanken eine Privilegierung bei den Eigenmittelvorschriften ein (Eigenmittelrabatt).

551

c) Bankengesetz 1999

Ein wesentlicher Paradigmenwechsel erfolgte mit der Gesetzesrevision vom 22. April 1999 (in Kraft seit 1. Oktober 1999), mit welcher der Kantonalbankbegriff neu definiert, und die bisherige Sonderbehandlung auf ein Minimum reduziert wurde.<sup>26</sup> Gemäss dem heute geltenden Art. 3a BankG gilt als Kantonalbank «eine Bank, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet wird. Der Kanton muss an der Bank eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als ein Drittel der Stimmen verfügen. Er kann für deren Verbindlichkeiten die vollumfängliche oder teilweise Haftung übernehmen.»

552

Die neue Rechtsgrundlage hatte im Wesentlichen zur Folge, dass die Staatsgarantie nicht mehr als konstitutives Element betrachtet wurde. Seither liegt es bei den Kantonen, ob sie ihre Kantonalbank mit einer vollumfänglichen oder bloss teilweisen Staatsgarantie versehen oder auf eine solche verzichten.<sup>27</sup> Darüber hinaus schuf die Flexibilisierung des Kantonalbankenbegriffs auch die Möglichkeit, die Rechtsform der Kantonalbanken zu ändern, eine Teilprivati-

553

---

<sup>24</sup> Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 2.

<sup>25</sup> Bericht Kartellkommission 1995, Zusammenfassung, 3.

<sup>26</sup> Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 8.

<sup>27</sup> BBl 1998, 3863 f.

sierung einzuleiten und die Beteiligung bis auf ein Drittel zu senken.<sup>28</sup> Zudem wurden nach und nach die bis dahin geltenden Sonderbestimmungen für Kantonalbanken aufgehoben und an die Vorschriften für die übrigen Banken angepasst.<sup>29</sup> Zuletzt wurde der Eigenmittelrabatt von 12,5% der erforderlichen eigenen Mittel für Kantonalbanken mit unbeschränkter Staatsgarantie<sup>30</sup> per 1. Januar 2010 abgeschafft.<sup>31</sup>

554 Der Gesetzesnovelle war der Bericht der Kartellkommission vom 27. März 1995 vorausgegangen.<sup>32</sup> Darin empfahl die Kartellkommission dem Bundesrat unter anderem, das als konstitutiv geltende Begriffsmerkmal der Haftung des Kantons für die Bankverbindlichkeiten und die Sonderbestimmungen für die Kantonalbanken in den Bereichen Bewilligungspflicht, Reservebildung, Eigenmittel und Verantwortlichkeit aufzuheben. Den Kantonen empfahl die Kommission insbesondere, die bankengesetzliche Aufsicht vollumfänglich der Bankenkommision zu übertragen und den Leistungsauftrag der Kantonalbanken und die Einschränkungen bezüglich der Geschäftstätigkeit zu überprüfen und allenfalls zu überarbeiten. Schliesslich sollte auch die Gewinnablieferung im Hinblick auf eine marktkonforme Abgeltung der Staatsgarantie und der Steuerprivilegien überprüft werden. In Bezug auf die Staatsgarantie führte sie weiter aus: «Die Auswirkungen der von den Kantonen gewährten Staatsgarantie auf den Wettbewerb sind nicht genau zu bestimmen. Die von den staatlichen Banken gewährten Gegenleistungen werden weder beziffert noch ausgewiesen. Das tatsächliche Kosten-/Nutzenverhältnis ist nicht ersichtlich, und eine Erfolgskontrolle ist aufgrund mangelnder Transparenz unmöglich.» Aus diesen Gründen sollte die Staatsgarantie «grundsätzlich neu überdacht, allenfalls eingeschränkt oder gar aufgehoben werden.» Es wurde die Empfehlung an die Kantone gerichtet, zu prüfen, ob die Staatsgarantie angemessen abgegolten wird, und ob sie allenfalls einzuschränken oder gar aufzuheben ist.

d) Strukturwandel hin zu Universalbanken

555 Heute unterscheiden sich die Kantonalbanken in ihren geschäftlichen Aktivitäten in der Regel kaum mehr von der Tätigkeit anderer Institute; vielmehr haben sie sich fast ausschliesslich zu Universalbanken entwickelt.<sup>33</sup> Ihre Ge-

---

<sup>28</sup> LENGWILER/KILCHOER, 563.

<sup>29</sup> LENGWILER/KILCHOER, 563; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, Art. 98, N 5; RHINOW *et al.*, 642.

<sup>30</sup> Art. 33 Abs. 3 der Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung der Banken und Wertpapierhäuser vom 1. Juni 2012 (Eigenmittelverordnung, ERV, SR 952.03).

<sup>31</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAU, Rz. 61.

<sup>32</sup> Bericht Kartellkommission 1995, Zusammenfassung, 9. Vgl hierzu BBl 1998, 3853.

<sup>33</sup> Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 7.

schaftstätigkeit beschränkt sich nicht mehr bloss auf das Kantonsgebiet, sondern die grösseren Kantonalbanken sind auch in Nachbarkantonen tätig und unterhalten insbesondere in Europa und Asien Tochtergesellschaften bzw. Repräsentanzen.<sup>34</sup> Auch das BG hat in einem Urteil aus dem Jahr 2001 eine Entwicklung der Kantonalbanken hin zu Universalbanken festgestellt<sup>35</sup> und ausgeführt, dass die Kantonalbanken mit einer angepassten und auf Gewinn ausgerichteten Geschäftspolitik «neben dem traditionellen Spar- und Hypothekengeschäft in neue Wirkungsbereiche vorgestossen (seien) und sich so zu modernen Universalbanken entwickelt (hätten), deren Marktverhalten sich kaum mehr von demjenigen ihrer privatrechtlichen Konkurrenz unterscheidet.»<sup>36</sup> Basierend auf diesem Wandel haben einige Kantone die einschlägigen Normen angepasst und so werden die Kantonalbanken nunmehr ausdrücklich als Universalbanken bezeichnet, die alle banküblichen Geschäfte tätigen sollen (vgl. statt vieler § 7 Abs. 1 Kantonalbankgesetz Zürich: «Sie tätigt die Geschäfte einer Universalbank»). Zwar galten die Kantonalbanken nichtsdestotrotz als wichtiger Bestandteil des gesamtschweizerischen Bankensystems und als Gegengewicht zu den Grossbanken.<sup>37</sup> Die Transformation hin zu gewöhnlichen Universalbanken, könnte jedoch eine Sonderbehandlung<sup>38</sup> oder gar die Existenz der Kantonalbanken immer weniger rechtfertigen.<sup>39</sup>

e) Gesetzliche Grundlage und Rechtsformen der Kantonalbanken

Die Legaldefinition der Kantonalbank findet sich in Art. 3a BankG:

556

«Als Kantonalbank gilt eine Bank, die aufgrund eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet wird. Der Kanton muss an der Bank eine Beteiligung von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als ein Drittel der Stimmen verfügen. Er kann für deren Verbindlichkeiten die vollumfängliche oder teilweise Haftung übernehmen.»

Hiernach ist es für eine Kantonalbank konstitutiv, dass sie im Wege eines kantonalen gesetzlichen Erlasses als Anstalt oder Aktiengesellschaft errichtet wird. Dabei muss das kantonale Gesetz Angaben über die Gründung und die

557

---

<sup>34</sup> EMCH/RENZ/ARPAGAUS, Rz. 67.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 2A.254/2000/bol vom 2. April 2001 unter Verweis auf diese Entwicklung. Siehe NOBEL, Lageanalyse, 1555; siehe auch BGE 120 II 321 E. 2c und d, 324 ff.

<sup>36</sup> BGer 2A.254/2000/bol, 3.

<sup>37</sup> BBl 1998, 3848.

<sup>38</sup> BIAGGINI, Art. 98, N 5.

<sup>39</sup> SGK BV-HETTICH, Art. 98, N 15, der darauf verweist, dass rein fiskalische Gründe zur Rechtfertigung einer unternehmerischen Tätigkeit des Staates grds. nicht ausreichen.

Organisation der Kantonalbank beinhalten,<sup>40</sup> die sich je nach gewählter Rechtsform unterscheiden. Alle Kantone, die eine Kantonalbank betreiben, haben hierfür ein entsprechendes Gesetz verabschiedet.

<b>Kanton</b>	<b>Norm</b>
Aargau	<a href="#">Gesetz über die Aargauische Kantonalbank (AKBG), 681.100</a>
Appenzell	<a href="#">Gesetz über die Appenzeller Kantonalbank (KBG), 951.000</a>
Basel	<a href="#">Gesetz über die Basler Kantonalbank, 915.200</a>
Basel-Landschaft	<a href="#">Kantonalbankgesetz, SGS 371</a>
Bern	<a href="#">Gesetz über die Aktiengesellschaft Berner Kantonalbank (AGBEKKB), 951.10</a>
Freiburg	<a href="#">Gesetz über die Freiburger Kantonalbank (FKBG), 961.1</a>
Genf	<a href="#">Loi sur la Banque cantonale de Genève (LBCGe), D 2 05</a>
Glarus	<a href="#">Gesetz über die Glarner Kantonalbank (Kantonalbankgesetz), IX B/31/1</a>
Graubünden	<a href="#">Gesetz über die Graubündner Kantonalbank, 938.200</a>
Jura	<a href="#">Loi sur la Banque cantonale du Jura, 951.11</a>
Luzern	<a href="#">Gesetz über die Umwandlung der Luzerner Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft (Umwandlungsgesetz), 690</a>
Neuenburg	<a href="#">Loi sur la Banque cantonale neuchâteloise (LBCN)</a>
Nidwalden	<a href="#">Gesetz über die Nidwaldner Kantonalbank (Kantonalbankgesetz, NKBG), 866.1</a>
Obwalden	<a href="#">Gesetz über die Obwaldner Kantonalbank (Kantonalbankgesetz), 661.1</a>
St. Gallen	<a href="#">Kantonalbankgesetz (KBG), 861.2</a>
Schaffhausen	<a href="#">Gesetz über die Schaffhauser Kantonalbank, 951.100</a>
Schwyz	<a href="#">Gesetz über die Schwyzer Kantonalbank, 321.100</a>
Thurgau	<a href="#">Gesetz über die Thurgauer Kantonalbank, 951.1</a>
Tessin	<a href="#">Legge sulla Banca dello Stato del Cantone Ticino, 960.100</a>
Uri	<a href="#">Gesetz über die Urner Kantonalbank (UKBG), 70.1311</a>

<sup>40</sup> VÖGELI, 9 unter Verweis auf BBl 1998, 3864.

Kanton	Norm
Waadt	<a href="#">Loi organisant la Banque Cantonale Vaudoise, (LBCV), 951.01</a>
Wallis	<a href="#">Gesetz über die Walliser Kantonalbank (Kantonalbankgesetz, GWKB), 620.1</a>
Zug	<a href="#">Gesetz über die Zuger Kantonalbank (Kantonalbankgesetz; ZGKBG), 651.1</a>
Zürich	<a href="#">Gesetz über die Zürcher Kantonalbank (Kantonalbankgesetz), 951.1</a>

Art. 3a BankG erklärt ausschliesslich die Rechtsform der *öffentlich-rechtlichen Anstalt* oder der *Aktiengesellschaft* für zulässig; andere Rechtsformen sind ausgeschlossen. Damit wird sichergestellt, dass für die rechtliche Ausgestaltung der Kantonalbanken keine Rechtsformen gewählt werden, die im Hinblick auf die Vorgaben des Bankenrechts ungeeignet oder nicht zulässig wären.<sup>41</sup>

558

Kantonalbank	Organisationsform	Kantonalbank	Organisationsform
Aargauer Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Thurgauer Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt
Appenzeller Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Urner Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt
Basellandschaft Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Zürcher Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt
Basler Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Banque Cantonale de Geneve	Aktiengesellschaft
Banque Cantonale de Fribourg	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Glarner Kantonalbank	Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft
Graubündner Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Banque Cantonale du Jura	Aktiengesellschaft
Banque Cantonale Neuchateloise	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Banque Cantonale Vaudoise	Aktiengesellschaft
Nidwaldner Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Walliser Kantonalbank	Aktiengesellschaft
Obwaldner Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Zuger Kantonalbank	Aktiengesellschaft
Schaffhauser Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Berner Kantonalbank	Privatwirtschaftliche Aktiengesellschaft

<sup>41</sup> Kommentar BankenG-ZOBL, Art.3a, N 20.

Kantonalbank	Organisationsform	Kantonalbank	Organisationsform
Schwyzer Kantonalbank	Öffentlich-rechtliche Anstalt	Luzerner Kantonalbank	Privatwirtschaftliche Aktiengesellschaft
Banca dello Stato del Cantone Ticino	Öffentlich-rechtliche Anstalt	St. Galler Kantonalbank	gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft

Quelle: LENGWILER/KILCHOER, S. 565.

- 559 Die am häufigsten verwendete Rechtsform bei Kantonalbanken ist diejenige der *öffentlich-rechtlichen Anstalt*. In diesem Fall ist der Kanton der alleinige Eigentümer.<sup>42</sup> Er stellt der Bank das Dotationskapital zur Verfügung. Die Bank muss das Dotationskapital verzinsen und einen Teil des Reingewinns an den Kanton abliefern.<sup>43</sup> Von den insgesamt 24 Kantonalbanken der Schweiz stützen sich 15 auf diese Rechtsform,<sup>44</sup> so auch die Zürcher Kantonalbank als grösstes Institut.<sup>45</sup> Wird für eine Kantonalbank die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt gewählt, handelt es sich bei dieser um eine juristische Person des kantonalen Rechts, sodass gem. Art. 59 Abs. 1 ZGB bezüglich Errichtung und Struktur das kantonale öffentliche Recht anwendbar ist. Vorbehalten bleiben die besonderen Vorschriften des BankG, die dem kantonalen Recht vorgehen.<sup>46</sup> Für die Gründung einer Kantonalbank in der Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Anstalt muss die gesetzliche Grundlage neben der Gründungserklärung detaillierte Informationen hinsichtlich der Organisation enthalten.<sup>47</sup> Die Kantonalbank entsteht dabei direkt gestützt auf den kantonalen Erlass (sog. organisationsrechtliche Auffassung).<sup>48</sup>
- 560 Bei den restlichen 9 Kantonalbanken handelt es sich um *Aktiengesellschaften*, konkret um sechs spezialgesetzliche Aktiengesellschaften<sup>49</sup> (Art. 763 OR), zwei privatrechtliche Aktiengesellschaften<sup>50</sup> (Art. 620 OR) und eine gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft<sup>51</sup> (Art. 762 OR). Bei den rein privatrechtlichen AGs nach Art. 620 ff. OR (Bern und Luzern) muss der Kanton eine Beteiligung

<sup>42</sup> EMCH/RENTZ/ARPAGAUS, Rz.64.

<sup>43</sup> EMCH/RENTZ/ARPAGAUS, Rz.64.

<sup>44</sup> Die in der Zwischenzeit aufgelösten Kantonalbanken des Kantons Appenzell Ausserrhoden und des Kantons Solothurn waren ebenfalls öffentlich-rechtliche Anstalten.

<sup>45</sup> Vgl. § 1 des Gesetzes über die Zürcher Kantonalbank vom 28. September 1997 (Kantonalbankgesetz, LS 951.1).

<sup>46</sup> Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 21.

<sup>47</sup> So VÖGELI, 9.

<sup>48</sup> So VÖGELI, 9 unter Verweis Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 37 ff.

<sup>49</sup> Kantone Jura, Waadt, Wallis, Genf, Glarus und Zug.

<sup>50</sup> Kantone Bern und Luzern.

<sup>51</sup> Kanton St. Gallen.



von mehr als einem Drittel des Kapitals halten und über mehr als ein Drittel der Stimmen verfügen. Dies ermöglicht es auch dem Kanton, bei der Festlegung der Geschäftspolitik dafür zu sorgen, dass den öffentlichen Interessen Rechnung getragen wird. Möglich ist es auch, eine Sperrminorität nach Art. 704 OR innezuhaben. Die einzige gemischtwirtschaftliche Aktiengesellschaft nach Art. 762 OR ist die St. Galler Kantonalbank.<sup>52</sup> Zu den Besonderheiten der gemischt-wirtschaftlichen AG zählt das Recht einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, unter bestimmten Voraussetzungen Vertreter in den Verwaltungsrat oder in deren Revisionsstelle abzuordnen, auch wenn sie nicht Aktionärin ist (Art. 762 Abs. 1 OR). Wird die Rechtsform der privaten oder gemischtwirtschaftlichen Aktiengesellschaft (Art. 620 ff. OR resp. Art. 762 OR) gewählt, genügt nach herrschender Auffassung,<sup>53</sup> dass sich die gesetzliche Grundlage auf die Gründungserklärung, den Gründungswillen des Kantons, beschränkt. Für die organisatorischen Aspekte kann auf die Statuten und das BankG verwiesen werden. Hiernach hat das kantonale Gesetz keine konstitutive Wirkung, denn erst der Eintrag ins Handelsregister führt zur Entstehung der Kantonalbank. Für die spezialgesetzliche Aktiengesellschaft nach Art. 763 OR gelten die gleichen Vorgaben wie für die öffentlich-rechtliche Anstalt.<sup>54</sup>

### 3. Leistungsauftrag

Grundsätzlich stellt der Betrieb einer Bank keine dem Staat vorbehaltene Aufgabe dar.<sup>55</sup> Im Gegenteil bestimmt Art. 94 BV sogar die Freiheit der Wirtschaft vor staatlicher Teilnahme. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine Universalbank<sup>56</sup> handelt. Insoweit fordert Art. 5 Abs. 2 BV auch, dass die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein muss. Insoweit sind die historischen Gründe für die Entstehung der Kantonalbanken (s.o. [Teil 2, C.I.2.](#)) zu berücksichtigen, denn in der Gründungszeit der Kantonalbanken standen die sozialen und volkswirtschaftlichen Interessen an einer ausreichenden Versorgung der kantonalen Bevölkerung mit Krediten und sicheren Anlagemöglichkeiten im Vordergrund.<sup>57</sup> Dies fliesst auch heute noch in die meisten Kantonalban-

561

---

<sup>52</sup> Art. 1 des Kantonalbankengesetzes des Kantons St. Gallen vom 22. September 1996 (KBG, sGS 861.2).

<sup>53</sup> VÖGELI, 9.

<sup>54</sup> VÖGELI, 9.

<sup>55</sup> Vgl. BGer 2A.254/2000/bol E. 2c m.w.H.

<sup>56</sup> BGE 120 II 321 E. 2c f., 325 f.

<sup>57</sup> VÖGELI, 172.

kengesetze ein, die im Rahmen des Leistungsauftrags<sup>58</sup> die volkswirtschaftlichen Interessen des entsprechenden Kantons in den Vordergrund stellen (z.B. der Kreditpolitik zur Förderung der kantonalen Wirtschaft oder in ländlichen Gegenden die Versorgung bevölkerungsarmer Gebiete mit Bankdienstleistungen).<sup>59</sup> Der zentrale Unterschied zwischen Kantonal- und Privatbanken liegt somit darin, dass erstere «dazu gesetzlich verpflichtet sind, die Bevölkerung ihres Kantons im Allgemeinen und bestimmte Kundengruppen im Besonderen dauerhaft und langfristig mit Bankdienstleistungen zu versorgen (Richtlinie ZKB). Sie sind mithin verpflichtet, auch solche Geschäfte abzuwickeln, die ertragsmässig weniger interessant und/oder von anderen Geschäftsbanken unzureichend abgedeckt werden. Dabei können sie zwangsläufig keine Gewinnmaximierung anstreben.»<sup>60</sup> Und obwohl der Leistungsauftrag kein konstitutives Merkmal der Kantonalbanken ist, wird er dennoch oft als «*Raison d'Être*»<sup>61</sup>, also als eine Art Daseinsberechtigung der Kantonalbanken qualifiziert.

- <sup>562</sup> Zur genaueren Annäherung an den Inhalt des Leistungsauftrages kann das Beispiel der Zürcher Kantonalbank herangezogen werden. So formuliert § 2 Abs. 1 ZKBG, dass die ZKB den Zweck hat, zur Lösung der volkswirtschaftlichen und sozialen Aufgaben im Kanton beizutragen. Darüber hinaus soll sie auch eine umweltverträgliche Entwicklung im Kanton unterstützen. § 2 Abs. 2 ZKBG konkretisiert, dass die ZKB die Anlage- und Finanzierungsbedürfnisse durch eine auf Kontinuität ausgerichtete Geschäftspolitik befriedigen soll. Dabei soll sie insbesondere die Anliegen der kleinen und mittleren Unternehmungen, der Arbeitnehmerinnen und der Arbeitnehmer, der Landwirtschaft und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften berücksichtigen. Schliesslich soll sie auch das Wohneigentum und den preisgünstigen Wohnungsbau fördern. Zur Konkretisierung hat der Bankrat der ZKB am 24. Februar 2005 Richtlinien für die Erfüllung des Leistungsauftrages der Zürcher Kantonalbank<sup>62</sup> erlassen. Nach § 2 Abs. 1 der Richtlinien ist der Leistungsauftrag die gesetzliche Verpflichtung der Zürcher Kantonalbank, die Bevölkerung des Kantons Zürich im Allgemeinen und bestimmte Kundengruppen im Besonderen mit Bankdienstleistungen zu versorgen, welche deren Grundbedürfnissen entsprechen. Als Kernaufgabe umfasst der Leistungsauftrag der ZKB die in § 8 Ziff. 1-16 des Organisationsre-

---

<sup>58</sup> BBl 1998, 3870.

<sup>59</sup> Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 45.

<sup>60</sup> BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 43.

<sup>61</sup> ZUBERBÜHLER, 170; VÖGELI, 180.

<sup>62</sup> Richtlinien für die Erfüllung des Leistungsauftrages der Zürcher Kantonalbank vom 24. Februar 2015 (LS 951.13).

gements der ZKB<sup>63</sup> umschriebenen Geschäftstätigkeiten.<sup>64</sup> § 4 der Richtlinien ergänzt, dass die ZKB einen angemessenen Gewinn anstrebt und ihr Fortbestehen und ihre Weiterentwicklung mit einer entsprechend nachhaltigen Eigenkapitalrendite sichern muss, um sich im Wettbewerb behaupten und um den Leistungsauftrag langfristig und dauerhaft erfüllen zu können. Nach § 8 ZKBG umfasst der Geschäftsbereich der Bank in erster Linie den Wirtschaftsraum Zürich. Die Bank kann Geschäfte und Dienstleistungen auch in der übrigen Schweiz und im Ausland betreiben und anbieten, wenn sie keine unverhältnismässigen Risiken verursachen und die Befriedigung der Geld- und Kreditbedürfnisse im Kanton nicht beeinträchtigen.

Lange Zeit wurde die Ansicht vertreten, der Leistungsauftrag sei als eine Art «Rechtfertigungsgrund» für die «Sonderbehandlung im Sinne einer Privilegierung der Kantonalbanken (z.B. Staatshaftung, steuerliche Entlastungen, Verzicht auf marktkonforme Gewinnablieferung)» zu betrachten.<sup>65</sup> Heute ist der Leistungsauftrag der Kantonalbanken zunehmend infrage zu stellen. Grundsätzlich ist eine zunehmende Abkehr vom ursprünglichen öffentlichen Leistungsauftrag hin zu einer immer stärker ertragsorientierten Geschäftspolitik der Kantonalbanken festzustellen. Immer häufiger wird deshalb die Meinung vertreten, «dass die zu Universalbanken gewordenen Kantonalbanken ihre Geschäftstätigkeit zumindest prioritär, wenn auch nicht unbedingt ausschliesslich, auf die Gewinnerzielung ausrichten und der öffentlichen Zweckverfolgung deswegen die Bedeutungslosigkeit droht».<sup>66</sup> Darüber hinaus wird

563

---

<sup>63</sup> ZKB, Reglement über die Organisation des Konzerns der Zürcher Kantonalbank (Organisationsreglement Konzern und Stammhaus) vom 23. Juni 2011, Fassung vom 26. Oktober 2017.

<sup>64</sup> Diese sind: 1. Entgegennahme von fremden Mitteln in allen banküblichen Formen; 2. Abwicklung von Geldmarktgeschäften; 4. Gewährung von Darlehen und Krediten mit und ohne Deckung sowie Beteiligung an Start-Up-Gesellschaften mittels Erwerb von Eigenkapitalinstrumenten; 5. Ausführungen von oder Beteiligungen an Forfaitierung-, Leasing-, Factoring und Syndikatsgeschäften; 6. Erwerb und Veräusserung von Effekten, Wertpapieren oder -rechten sowie derivativen Finanzinstrumenten [...]; 7. Durchführung von und Teilnahme an Emissionen von Aktien, Obligationen und anderen Wertpapieren [...]; 8. Durchführen von Pensionsgeschäften [...]; 9. Beratung, Vermittlung und Verwaltung in Vermögensangelegenheiten [...]; 10. Beratung in Vorsorge-, Finanz-, Steuer-, Erbschafts-, Nachfolge- und Immobilienangelegenheiten [...]; 11. Errichtung und Leitung von Anlagefonds [...]; 12. Abwicklung des In- und ausländischen Zahlungsverkehrs [...]; 13. Erwerb und Veräusserung von Guthaben in fremder Währung [...]; 14. Durchführung von Treuhandgeschäften; 15. Dienstleistungen für andere Finanzintermediäre; 16. Verbriefung von Hypotheken- und anderen Kundenforderungen [...].

<sup>65</sup> Vgl. BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 41; ausführlich zu Staatsgarantie und Leistungsauftrag VÖGELI, 69 ff., 141 ff.

<sup>66</sup> VÖGELI, 172 unter Verweis auf BGE 120 II 321 E. 2d, 325 f.; BGE 127 II 113 E. 7b ff., 120 f.; BGer 2A.254/2000/bol E. 3a.

vorgetragen, dass derzeit kein Marktversagen in der Bankenwelt auszumachen sei, dass eine Betätigung des Staates in Form einer Kantonalbank mit Leistungsauftrag rechtfertigen würde.<sup>67</sup> Schliesslich können die früher noch häufiger im Leistungsauftrag enthaltenen territorialen Beschränkungen des Geschäftskreises für Kantonalbanken, nicht mehr als Grund für die Sonderbehandlung der Kantonalbanken herangezogen werden.<sup>68</sup> Insbesondere die grossen Kantonalbanken von Zürich, Basel, Waadt, Genf, Bern, Luzern und St. Gallen beschränken ihre Geschäftstätigkeit längst nicht mehr bloss auf das Kantonsgebiet, sondern sind auch in Nachbarkantonen tätig (acht Kantonalbanken) und unterhalten insbesondere in Europa und Asien Tochtergesellschaften bzw. Repräsentanzen (vgl. z.B. ZKB: Tochtergesellschaft «Zürcher Kantonalbank Österreich» sowie die Repräsentanzen in China, Singapur, Indien und Brasilien). Mithin kann der Leistungsauftrag zwar als historische Daseinsberechtigung der Kantonalbanken, nicht mehr aber als Rechtfertigung für eine Sonderbehandlung staatlicherseits herangezogen werden.

#### 4. Die Staatsgarantie

564 Die Staatsgarantie für Kantonalbanken ist je nach Kanton unterschiedlich ausgestaltet, sodass im Folgenden Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet werden.

##### a) Definition und Abgrenzung des Begriffes Staatsgarantie

565 Eine gesetzliche Definition des Begriffes «Staatsgarantie» sucht man im BankG und in den kantonalen gesetzlichen Grundlagen der Kantonalbanken vergeblich. Auch in der Lehre wird der Begriff nicht immer einheitlich verwendet.<sup>69</sup> Anders als beim «Ablauf und Verfahren»<sup>70</sup> herrscht jedenfalls Einigkeit im Hinblick auf die Zielrichtung, die die Staatsgarantie verfolgt. So wird die Staatsgarantie insbesondere als Instrument zum Schutz der Gläubiger und als besondere Form der Einlagensicherung verstanden.<sup>71</sup> Der Kanton als Garantiegeber hat für die Zahlungsfähigkeit seiner Kantonalbank einzustehen (Solvabilitäts-

---

<sup>67</sup> LEU, 48 f., 51.

<sup>68</sup> BGer 2A.254/2000/bol, 3 c) unter Verweis auf NOBEL, Staatsgarantie, 232. Vgl. auch Kommentar BankenG-ZOBL, Art. 3a, N 46 m.w.N.

<sup>69</sup> VÖGELI, 71 unter Verweis auf NOBEL, Lageanalyse, 1558.

<sup>70</sup> BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 47 unter Verweis auf NOBEL, Lageanalyse, 1558.

<sup>71</sup> VÖGELI, 69. So auch SETHE, FN 1.

garantie).<sup>72</sup> Er hat sicherzustellen, dass die Gläubiger, namentlich die Bankkunden, bei finanziellen Schwierigkeiten der Kantonalbank am Ende keine Verluste erleiden.

Abzugrenzen ist die hier im Mittelpunkt der Prüfung stehende gesetzliche Staatsgarantie aber strikt von dem sog. faktischen Beistandszwang (auch faktische, indirekte oder implizite Staatsgarantie<sup>73</sup> genannt). Unter letzterem versteht man die faktische Verpflichtung des Gemeinwesens bzw. des Kantons zur Unterstützung einer in Not geratenen Bank. Anders als bei der Staatsgarantie handelt es sich hierbei nicht um eine gesetzlich verankerte Pflicht, sondern steht im freien Ermessen der jeweiligen Entscheidungsträger.<sup>74</sup> Eine solche Verpflichtung kann sich entweder aus der Bedeutung der Bank für den Kanton und für das Bankenwesen als Ganzes ergeben («too big to fail»). Auch für die Kantone kann eine Rettungspflicht aus ihrer Funktion als Allein- oder Mehrheitseigentümer der Kantonalbank<sup>75</sup> resultieren. Als Beispiele aus der Praxis können die Sanierungsfälle der Genfer und der Waadtländer Kantonalbank herangezogen werden, die trotz nicht bestehender (VD) oder beschränkter (GE) Staatsgarantie von den Kantonen saniert werden mussten.<sup>76</sup> Diese Beispiele zeigen, dass der faktische Beistandszwang zumindest kein theoretisches Gebilde ist. Hierauf basierend hat die EBK festgestellt, dass «auch dann, wenn eine formelle, gesetzlich verankerte Staatshaftung fehlt, ein faktischer Beistandszwang bestehen» kann.<sup>77</sup> In der Regel liegt dann die faktische Rettung im Ermessen der Kantone, die im Wege einer klassischen Interessenabwägung zu prüfen haben, ob sie eine Kantonalbank auch ohne gesetzliche Verpflichtung allenfalls unter Aufwendung erheblicher finanzieller Mittel retten wollen bzw. müssen oder nicht.

566

---

<sup>72</sup> VÖGELI, 71.

<sup>73</sup> Ausführlich hierzu Vernehmlassungsvorlage, Antrag an den Landrat, Abschaffung der Staatsgarantie im Kanton Glarus, 20 ff. (zit. Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus), abrufbar unter: <[https://www.gl.ch/public/upload/assets/28667/Antrag\\_an\\_den\\_Landrat\\_\(Vernehmlassungsvorlage\).pdf](https://www.gl.ch/public/upload/assets/28667/Antrag_an_den_Landrat_(Vernehmlassungsvorlage).pdf)>.

<sup>74</sup> VÖGELI, 70, 86.

<sup>75</sup> LENGWILER/KILCHOER, 594.

<sup>76</sup> LENGWILER/KILCHOER, 595.

<sup>77</sup> Jahresbericht der Eidgenössischen Bankenkommission von 2002, 48, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/publik/bericht/pdf/jb02.pdf>>. Vgl. VÖGELI, 87.

b) Untergruppen der Staatsgarantie

567 Betrachtet man die kantonalen Gesetzesformulierungen stellt man fest, dass sie zwar alle den Begriff der «Staatsgarantie» verwenden, diesen aber unterschiedlich ausgestalten. Zum Zwecke einer Kategorisierung der verschiedenen kantonalen Regelungen hat sich die Unterscheidung zwischen «primärer und sekundärer Staatsgarantie» (s.u. [Teil 2, C.I.4.b\)aa](#)) einerseits und zwischen «beschränkter und unbeschränkter Staatsgarantie» (s.u. [Teil 2, C.I.4.b\)bb](#)) andererseits durchgesetzt. Den beiden Gruppierungen ist gemein, dass sie hinsichtlich des konkreten Inhalts und des Verfahrens der konkreten Inanspruchnahme der Staatsgarantie sehr vage sind. Insoweit soll im Anschluss eine inhaltliche Unterteilung in c) «Institutsgarantie und Ausfallhaftung» versucht werden.

aa) Primäre und sekundäre Staatsgarantie

568 Unter einer primären Staatsgarantie wird gemeinhin eine Staatsgarantie verstanden, die «für alle (finanziellen) Verbindlichkeiten und ohne Vorbehalt bezüglich der eigenen Mittel der Kantonalkasse»<sup>78</sup> gilt. Von den insgesamt 21 Kantonalkassen mit Staatsgarantie, dürfen drei Kantonalkassen auf eine primäre Staatsgarantie vertrauen (vgl. Art. 3 Gesetz über Freiburger Kantonalkasse, Art. 4 Abs. 1 Gesetz über Neuenburger Kantonalkasse und Art. 5 Abs. 1 Gesetz über Walliser Kantonalkasse).

<b>Primäre Staatsgarantie</b>		
<b>Kanton</b>	<b>Norm</b>	
Freiburg	Art. 3 Abs. 1	Der Staat haftet für die finanziellen Verbindlichkeiten der Bank.
Neuenburg	Art. 4 Abs. 1	L'Etat garantit les engagements de la banque.
Wallis	Art. 5 Abs. 1	Der Staat haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank.

---

<sup>78</sup> LENGWILER/KILCHOER, 569.

Konkret bedeutet dies, dass die Gläubiger bereits im Zeitpunkt der offenkundigen Insolvenz der Kantonalbank, ihre Ansprüche auf Entschädigung geltend machen können und nicht erst nach der Liquidation. Jeder Gläubiger hat damit entweder den Anspruch auf Ersatz seines Ausfalls oder auf Nachschuss genügender Mittel durch den Kanton an die sanierungsbedürftige Kantonalbank.<sup>79</sup>

569

Dagegen versteht man unter einer sekundären bzw. subsidiären Staatsgarantie eine solche, die erst dann greift, «wenn die Kantonalbank über keine eigenen Mittel mehr verfügt und über sie der Konkurs eröffnet wurde.»<sup>80</sup> Eine solche sehen die übrigen 18 Kantone vor.

570

Sekundäre Staatsgarantie		
Kanton	Norm	
Aargau	§ 5 Abs. 1	Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen. Davon ausgenommen sind allfällige nachrangige Darlehen sowie Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften.
Appenzell	Art. 7 Abs. 1	Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht zur Deckung der Verbindlichkeiten ausreichen.
Basel	§ 9 Abs. 1	Für die Verbindlichkeiten der Basler Kantonalbank haften in erster Linie ihre eigenen Mittel, in zweiter Linie der Kanton Basel-Stadt.
Basel-Landschaft	§ 4 Abs. 1	Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen. Das Zertifikatskapital ist von der Staatsgarantie ausgenommen.
Glarus	Art. 5 Abs. 1	Der Kanton Glarus haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen und die Bank nicht in der Lage ist, ihren fälligen Verbindlichkeiten nachzukommen.
Graubünden	Art. 5 Abs. 1	Der Kanton Graubünden haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen.

<sup>79</sup> BÜHLER CHRISTOPH, Rechtsgutachten, erstattet an den Regierungsrat des Kantons Glarus, Gesetzliche Rahmenbedingungen für die Umwandlung der Glarner Kantonalbank (GLKB) in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft und zur Minimierung des Risikos einer impliziten Staatsgarantie nach Abschaffung der formellen Staatsgarantie vom 15. April 2020, Rz. 97 (zit. Bühler, Rechtsgutachten GLKB), abrufbar unter: <[https://www.gl.ch/public/upload/assets/28663/Rechtsgutachten\\_GLKB.pdf](https://www.gl.ch/public/upload/assets/28663/Rechtsgutachten_GLKB.pdf)>.

<sup>80</sup> LENGWILER/KILCHOER, 569.

<b>Sekundäre Staatsgarantie</b>		
<b>Kanton</b>	<b>Norm</b>	
Jura	Art. 6 Abs. 1	La République et Canton du Jura garantit les engagements de la Banque dans la mesure où les fonds propres de cette dernière et les créances découlant d'engagements de rang subordonné n'y suffisent pas.
Luzern	§ 5 Abs. 1	Der Kanton Luzern haftet im Sinn der Bundesgesetzgebung über die Banken und Sparkassen für alle Verbindlichkeiten der Luzerner Kantonalkasse, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen.
Nidwalden	Art. 6 Abs. 1	Der Kanton haftet für die Verbindlichkeiten der Kantonalkasse, soweit ihre Eigenmittel nicht ausreichen.
Obwalden	Art. 5 Abs. 1	Der Kanton haftet für die Verbindlichkeiten der Bank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen und die Bank nicht in der Lage ist, ihren fälligen Verpflichtungen nachzukommen.
St. Gallen	Art. 6 Abs. 1	Der Staat haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen.
Schaffhausen	Art. 4	Der Staat haftet für alle Verbindlichkeiten der Kantonalkasse, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen.
Schwyz	§ Abs. 1	Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Kantonalkasse, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen. Ausgenommen von der Staatshaftung sind nachrangige Verbindlichkeiten der Kantonalkasse.
Thurgau	§ 5 Abs. 1	Der Kanton haftet für die Verbindlichkeiten der Bank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen.
Tessin	Art. 4	Lo Stato risponde di tutti gli impegni della Banca non coperti da mezzi propri. La garanzia dello Stato non si estende agli impegni di società affiliate.
Uri	Art. 7 Abs. 1	Der Kanton Uri haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen.
Zug	§ 3 Abs. 1	Für die Verbindlichkeiten der Zuger Kantonalkasse haftet, soweit ihre Mittel nicht ausreichen, der Kanton Zug.
Zürich	§ 6 Abs. 1	Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen.



Hiernach haftet der Kanton nur für die nicht durch eigene Mittel der Kantonalbank gedeckten Verbindlichkeiten; deren Ausmass ist aber erst nach Abschluss des Liquidationsverfahrens mit Sicherheit feststellbar. Folglich setzt die subsidiäre Staatsgarantie als Ausfallhaftung<sup>81</sup> die Liquidation der Kantonalbank voraus.<sup>82</sup> 571

*bb) Beschränkte und unbeschränkte Staatsgarantie*

Ferner kann anhand der kantonalen Gesetze zwischen einer beschränkten und unbeschränkten Haftung unterschieden werden. 572

Die unbeschränkte Haftung erstreckt sich auf sämtliche Verbindlichkeiten einer Kantonalbank, ungeachtet ihres allfälligen Ursprungs aus Vertrag, Delikt oder ungerechtfertigter Bereicherung sowie der Zuordnung zum bilanzwirksamen oder indifferenten Geschäftsbereich.<sup>83</sup> Insgesamt neun Kantone sehen eine Staatsgarantie vor, die alle Verbindlichkeiten der Kantonalbank umfasst (Appenzell, Freiburg, Jura, Luzern, Neuenburg, Schaffhausen, Tessin, Thurgau und Wallis).<sup>84</sup> 573

Umfassende Staatsgarantie		
Kanton	Norm	
Appenzell	Art. 7 Abs. 1	Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank, soweit ihre eigenen Mittel nicht zur Deckung der Verbindlichkeiten ausreichen.
Freiburg	Art. 3	Der Staat haftet für die finanziellen Verbindlichkeiten der Bank.
Jura	Art. 6 Abs. 1	La République et Canton du Jura garantit les engagements de la Banque dans la mesure où les fonds propres de cette dernière et les créances découlant d'engagements de rang subordonné n'y suffisent pas.
Luzern	§ 5 Abs. 1	Der Kanton Luzern haftet im Sinn der Bundesgesetzgebung über die Banken und Sparkassen für alle Verbindlichkeiten der Luzerner Kantonalbank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen.
Neuenburg	Art. 4 Abs. 1	L'Etat garantit les engagements de la banque.

<sup>81</sup> BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 48.

<sup>82</sup> VÖGELI, 75.

<sup>83</sup> VÖGELI, 71. Vgl. auch BÜHLMANN, 152; ZOBL, 528 f.

<sup>84</sup> LENGWILER/KILCHOER, 569. A.A. BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 47, 57a.

<b>Umfassende Staatsgarantie</b>		
<b>Kanton</b>	<b>Norm</b>	
Schaffhausen	Art. 4	Der Staat haftet für alle Verbindlichkeiten der Kantonbank, soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen.
Tessin	Art. 4	Lo Stato risponde di tutti gli impegni della Banca non coperti da mezzi propri. La garanzia dello Stato non si estende agli impegni di società affiliate.
Thurgau	§ 5 Abs. 1	Der Kanton haftet für die Verbindlichkeiten der Bank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen.
Wallis	Art. 5 Abs. 1	Der Staat haftet für alle Verbindlichkeiten der Bank.

- 574 Die übrigen 12 Kantone mit expliziter Staatsgarantie beschränken den Umfang der Staatshaftung auf gewisse Forderungskategorien oder auf einen vorbestimmten Haftungsbetrag. So sind z.T. das Aktienkapital, das Partizipationskapital, nachrangige Verbindlichkeiten oder Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften ausdrücklich ausgeschlossen.<sup>85</sup>

<b>Beschränkte Staatsgarantie</b>		
<b>Kanton</b>	<b>Norm</b>	
Aargau	§ 5 Abs. 1 Satz 2	Davon ausgenommen sind allfällige nachrangige Darlehen sowie Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften.
Basel	§ 9 Abs. 2	Keine Staatsgarantie besteht a) für das Partizipationskapital, b) für nachrangige Verbindlichkeiten der Basler Kantonbank, c) für Verbindlichkeiten der Basler Kantonbank gegenüber Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen und deren Gläubiger oder Gesellschafter, d) für Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaften und kontrollierten Unternehmen selbst.
Basel-Landschaft	§ 4 Abs. 1 Satz 2	Das Zertifikatskapital ist von der Staatsgarantie ausgenommen.

<sup>85</sup> LENGWILER/KILCHOER, 569.

<b>Beschränkte Staatsgarantie</b>		
<b>Kanton</b>	<b>Norm</b>	
Glarus	Art. 5 Abs. 2	Keine Staatsgarantie besteht für das Aktienkapital, für ein allfälliges Partizipationskapital und für nachrangige Verbindlichkeiten.
Graubünden	Art. 5 Abs. 2	Keine Staatsgarantie besteht für das Partizipationskapital und für als Eigenmittel geltende nachrangige Verbindlichkeiten.
Nidwalden	Art. 6 Abs. 2	Keine Staatsgarantie besteht für das Partizipationskapital und für nachrangige Verbindlichkeiten.
Obwalden	Art. 5 Abs. 2	Keine Staatsgarantie besteht für das Partizipationskapital und für nachrangige Verbindlichkeiten.
St. Gallen	Art. 6 Abs. 2	Von der Staatshaftung ausgenommen sind: a) nachrangige Darlehen; b) das Aktienkapital
Schwyz	§ 7 Abs. 1	Der Kanton haftet für alle Verbindlichkeiten der Kantonalbank, soweit deren eigene Mittel nicht ausreichen. Ausgenommen von der Staatshaftung sind nachrangige Verbindlichkeiten der Kantonalbank.
Uri	Art. 7 Abs. 2	Von der Haftung ausgenommen sind das Partizipationskapital, nachrangige Verbindlichkeiten der Bank und Verbindlichkeiten von Tochtergesellschaften.
Zug	§ 3 Abs. 1 Satz 2	Die Haftung erfasst nachrangige Verbindlichkeiten nicht.
Zürich	§ 6 Abs. 2	Die Haftung erfasst nachrangige Verbindlichkeiten nicht.

Insoweit wird in der Literatur z.T. die Ansicht vertreten, dass das Aktienkapital, das Partizipationskapital<sup>86</sup> und nachrangige Verbindlichkeiten der Kantonalbanken<sup>87</sup> niemals von der Staatsgarantie erfasst seien und es deshalb auch keiner expliziten gesetzlichen Ausschlussregelung bedürfe. Diese werden den Eigenmitteln der Bank zugerechnet und partizipieren am unternehmerischen Risiko der Bank,<sup>88</sup> sodass sie nicht mehr als Verbindlichkeiten der Bank zu qualifizieren sind. Hieraus wird geschlussfolgert, dass wenn nachrangige Anlei-

575

<sup>86</sup> LENGWILER/KILCHOER, 569.

<sup>87</sup> VÖGELI, 71 f.

<sup>88</sup> BÜHLER, Rechtsgutachten GLKB, Rz. 104.

hen, das Aktien- oder Partizipationskapital oder nachrangige Verbindlichkeiten von der Staatshaftung explizit ausgeklammert werden, es sich nicht um eine eigentliche Beschränkung der Staatsgarantie handelt.<sup>89</sup>

c) Institutsgarantie oder Ausfallhaftung

- 576 Eine sowohl in den kantonalen Gesetzen als auch in der Rechtswissenschaft<sup>90</sup> noch weitgehend offene Frage ist die des konkreten Verfahrens der Staatsgarantie.<sup>91</sup> Wie bereits oben dargestellt, ist es das erklärte Ziel der Staatsgarantie als Gläubigerschutzinstrument, Verluste der Bankgläubiger, resultierend aus finanziellen Schwierigkeiten der Bank, zu verhindern. Bei der Verwirklichung des Gläubigerschutzes kommen zwei Verfahren in Betracht: «Staatsgarantie als Institutsgarantie» oder «Staatsgarantie als Direktgarantie zugunsten der Gläubiger» (Ausfallhaftung).<sup>92</sup> Das primäre Unterscheidungsmerkmal der Modelle liegt in ihrer Auswirkung auf das Fortbestehen der Kantonalbank.<sup>93</sup> Bei ersterer verpflichtet sich der Kanton, die Zahlungsbereitschaft der Bank sicherzustellen und so eine Insolvenz und allfällige Liquidation zu verhindern (stille Sanierung<sup>94</sup>). Das zweite Modell geht von der Anordnung der Liquidation der Kantonalbank aus, sodass anschliessend die Modelle der primären oder subsidiären Staatsgarantie zum Tragen kommen. Die Frage, welches Verfahrensmodell zur Anwendung gelangt, ist im Einzelfall anhand der konkreten Situation im jeweiligen Kanton zu klären. Grundsätzlich sind die Kantone hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Verfahrens frei, dies gesetzlich zu normieren. Die kantonalen Gesetze verzichten grösstenteils auf Verfahrensregeln bezüglich der Staatsgarantie, sodass es bei der Auslegung der wenigen Normen viele offene Fragen und Interpretationsspielraum gibt.<sup>95</sup>

---

<sup>89</sup> BÜHLER, Rechtsgutachten GLKB, Rz. 104.

<sup>90</sup> VÖGELI, 82.

<sup>91</sup> So auch BÜHLER, Rechtsgutachten GLKB, Rz. 91.

<sup>92</sup> So die Unterscheidung bei VÖGELI, 73.

<sup>93</sup> VÖGELI, 73.

<sup>94</sup> VÖGELI, 73 unter Verweis auf BBl 2002, 8070.

<sup>95</sup> VÖGELI, 74. «Die Durchsicht der kantonalen Gesetzgebungen bringt die ernüchternde Einsicht, dass Verfahrensregeln bezüglich Staatsgarantie weitestgehend fehlen. Die kantonalen Gesetzgeber machen von der ihnen zustehenden Möglichkeit, auf gesetzlichem Wege eine eigenständige Verfahrensregelung aufzustellen, keinen Gebrauch, sondern begnügen sich mit einer Statuierung der Staatsgarantie, angesiedelt in den ersten Artikeln der Kantonalbankgesetze. Die Klärung der Verfahrensfragen hat deshalb, mangels expliziter gesetzlicher Regelung, durch Auslegung dieser Gesetzesartikel zu erfolgen.»

Das Modell der *Institutsgarantie* basiert auf der Annahme, dass der Kanton die notwendigen Massnahmen zur Sicherstellung des Weiterbestandes bzw. der Zahlungsbereitschaft seiner Bank ergreift, um den Insolvenzfall und eine all-fällige Liquidation zu verhindern. Hierzu zählt in erster Linie die Stärkung des Eigenkapitals, sei es in Form einer Erhöhung des Grundkapitals oder eines Kapitalschnitts. Daneben kann der Kanton auch eine Auffanggesellschaft zur Übernahme und schrittweisen Liquidation notleidender Kredite der angeschlagenen Kantonalbank errichten. Für eine Institutsgarantie werden insbesondere die kantonalen Verfassungsnormen herangezogen. So schreiben acht Kantonsverfassungen das Betreiben einer Kantonalbank vor, so z.B. Art. 109 Verfassung Kanton Zürich.<sup>96</sup> Aus der Verpflichtung des Kantons zum Betrieb einer Kantonalbank wird z.T. herausgelesen, dass der Kanton auch für eine genügende Eigenmittelausstattung der Bank zu sorgen habe, da er ansonsten den dauerhaften Betrieb nicht gewährleisten könne.<sup>97</sup> Für eine Kategorisierung der Staatsgarantie als Institutsgarantie kann ferner mit der Effizienz des Gläubigerschutzes argumentiert werden.<sup>98</sup> Es wird vorgetragen, dass ein Bankgläubiger ein grösseres Interesse am Weiterbestand seines Institutes als an einem Konkursverfahren habe (vgl. Aufwand, verzögerte Auszahlung). Darüber hinaus hat der Bundesrat in seinem Bericht über die Stellung der Kantonalbanken vom März 1995 ausgeführt, dass die Staatsgarantie «wesentlich über die Garantie der Verbindlichkeiten hinaus» gehe und «grundsätzlich eine Garantie für den Bestand der Kantonalbank bzw. eine Institutsgarantie» dar-

<sup>96</sup> Siehe auch Art. 49 der Verfassung des Kanton Glarus vom 1. Mai 1988 (GS I A/1/1), Art. 127 der Verfassung der Republik und des Kanton Jura vom 20. März 1977 (SR 131.235), § 83 der Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (KV, RB 101), § 57 h) der Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SAR 110.000), Art. 53 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 (BSG 101.1), § 127 der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SGS 100), Art. 189 der Verfassung der Republik und des Kantons Genf vom 14. Oktober 2012 (SR 131.234). Vgl. auch §41 Abs. 1 lit. n der Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (SR 131.218), der die Kantonalbank im Rahmen der Befugnisse des Kantonsrats erwähnt, zu denen «die Bestätigung der vom Regierungsrat vorgenommenen Wahlen der vom Kanton zu wählenden Mitglieder des Bankrates und der Revisionsstelle der Zuger Kantonalbank» gehört. Zwei Kantone erwähnen zwar die Kantonalbank ebenfalls auf Verfassungsebene, doch sind die Regelungen als «Kann»-Formel formuliert, vgl. Art. 54 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984 (SR 131.214): «Der Kanton kann eine Kantonalbank betreiben.» und Art. 94 der Verfassung des Kantons Schaffhausen vom 17. Juni 2002 (SR 131.223): «Der Kanton kann im Interesse der regionalen Volkswirtschaft eine Bank führen oder sich an einer solchen beteiligen.»

<sup>97</sup> So VÖGELI, 77; BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 52.

<sup>98</sup> Vgl. VÖGELI, 76.

stelle.<sup>99</sup> Dies unterstützt auch *Strasser* und führt aus, dass es für den Kanton unter Umständen teurer werden kann, wenn er bis zur Insolvenz bzw. bis zum Konkurs einer Kantonalkasse zuwarten würde als wenn er rechtzeitig die Kantonalkasse mittels Einschuss von hinreichenden Mitteln sanieren würde.<sup>100</sup> Schliesslich sei auch auf die mit der Revision des BankenG im Jahr 2021 eingeführte Norm des Art. 28 a) BankenG<sup>101</sup> verwiesen. Diese regelt neu die «Sanierung von Kantonalkassen» und sieht diese mithin als Regelfall an. So sieht sie insbesondere in Abs. 2 vor, dass im Falle einer drohenden Insolvenz einer Kantonalkasse, die FINMA den Kanton ohne Verzug informieren und ihn bei der Ausarbeitung des Sanierungsplans konsultieren muss.

578 Beim Modell der *Ausfallhaftung* dagegen beschränkt sich der Kanton auf die Deckung des nach Abschluss der Liquidation verbleibenden Fehlbetrages. Dabei verweigert der Kanton seine Mitwirkung bei einem formellen Sanierungsverfahren, sodass die FINMA der Kantonalkasse die Bewilligung entziehen und die Liquidation anordnen muss. Bei der primären Staatsgarantie ist der Kanton verpflichtet, die nach der Liquidationsanordnung uneinbringlichen Forderungen der Gläubiger anstelle der Bank zu befriedigen. Privilegierte Einleger nach Art. 37b Abs. 1<sup>bis</sup> BankenG werden von dieser Regelung nur insoweit erfasst, als ihre Forderungen gemäss Art. 37a<sup>bis</sup> BankenG nicht umgehend durch bankeigene Mittel befriedigt werden. Bei der subsidiären Staatsgarantie hat der Kanton den nach durchgeführter Liquidation verbleibenden Fehlbetrag (Ausfall) auszugleichen, damit die Gläubiger ihn nicht zu tragen haben. In beiden Fällen liegt eine sog. Direktgarantie / Ausfallhaftung zugunsten der Gläubiger vor.<sup>102</sup> Für eine nachrangige Staatsgarantie im Sinne einer Direktgarantie für die Gläubiger der Bank werden unterschiedliche Argumente herangezogen. So wird zunächst auf den Wortlaut einiger Kantonalkassengesetze verwiesen, die eine Haftung des Kantons für eine Kantonalkasse dann ansetzen «soweit ihre eigenen Mittel nicht ausreichen».<sup>103</sup> Es wird vorgetragen, dass die Mittel der Kantonalkasse erst nach Abschluss des Liquidationsverfahrens festgestellt werden können. Als weiteres Argument für diese Vorgehensweise wird der z.T. in den Kantonalkassengesetzen explizit formulierte Haftungsausschluss für Aktien-

---

<sup>99</sup> BSK BankenG-STRASSER, Art. 3a, N 52 unter Verweis auf Bericht des Bundesrates, Stellung der Kantonalkassen, insb. Beschränkung der Staatshaftung sowie Privatisierung, März 1995, 13 (eine Zusammenfassung findet sich in der Botschaft über die Revision des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen vom 27. Mai 1998, BBl 1998 3847 ff., 3852).

<sup>100</sup> BSK BankenG-STRASSER, Art. 3a, N 52.

<sup>101</sup> Vgl. BBl 2021, BankenG, 3001.

<sup>102</sup> VÖGELI, 73 f.

<sup>103</sup> So VÖGELI, 75. Auch das BGer scheint dieser Auffassung zu folgen, allerdings ohne nähere Begründung, vgl. BGer 2A.254/2000/bol E. 3c.

bzw. Partizipationskapital herangezogen.<sup>104</sup> Ferner wird auch die z.T. gesetzlich normierte Beschränkung der Staatsgarantie als Hinweis auf eine Direktgarantie für die Gläubiger interpretiert. Argumentiert wird damit, dass die bei einer beschränkten Staatsgarantie vorzunehmende Unterteilung der Forderungen nur dann Sinn mache, wenn ein Eingriff in die Rechte der Gläubiger möglich erscheint.<sup>105</sup> Schliesslich wird die Nähe der Staatsgarantie zum privatrechtlichen Institut der Bürgschaft<sup>106</sup> als Argument für eine Ausfallhaftung verwendet.<sup>107</sup> Insoweit wird auf die Ausführungen des Obergerichts des Kantons Zürich in einem Urteil aus dem Jahr 1993 verwiesen, wonach «die gesetzlich festgelegte Staatsgarantie eine Art Bürgschaftsverpflichtung des Kantons» darstelle,<sup>108</sup> die dem Kunden einen Anspruch gegenüber dem Staat begründe.

Abschliessend kann festgestellt werden, dass die Frage nach dem anwendbaren Verfahren einer einheitlichen, für alle Kantone einschlägigen Antwort entbehrt.<sup>109</sup> Mit *Vögeli* könnte vertreten werden, dass die grosse Mehrheit der Kantonalbankgesetze die bankeigenen Mittel als primäres Haftungssubstrat bezeichnet, sodass die Staatsgarantie im Sinne einer Direktgarantie / Ausfallhaftung des Kantons auszulegen wäre. Schreibt aber eine kantonale Verfassungsnorm die Existenz einer Kantonalbank vor, kann die Staatsgarantie im Sinne einer Institutsgarantie interpretiert werden.<sup>110</sup> In der Praxis sind bislang lediglich Beispiele für die Institutsgarantie vorhanden (vgl. die Rettungsmaßnahmen rund um die Berner Kantonalbank, Solothurner Kantonalbank, Appenzell-Ausserrhodische Kantonalbank, Genfer Kantonalbank, Banque Cantonale Vaudoise und Glarner Kantonalbank).<sup>111</sup> Die bisherigen Beispiele aus der Praxis zeigen, dass sowohl Kantone, die ihrer Bank eine formelle Staatsgarantie gewähren als auch solche ohne formelle Staatsgarantie, geneigt sind, aus politischen und volkswirtschaftlichen Gründen ihre Kantonalbank im Krisenfall nicht untergehen zu lassen. So stand der Kanton entweder vollständig pri-

579

---

<sup>104</sup> VÖGELI, 75.

<sup>105</sup> VÖGELI, 76 unter Verweis auf den Jahresbericht der Eidgenössische Bankenkommission von 1993, 52, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/publik/bericht/pdf/jb93.pdf>> und auf den Bericht des Bundesrates, Stellung der Kantonalbanken, insbesondere Beschränkung der Staatshaftung sowie Privatisierung, März 1995, 29. Vgl. auch Bankrat ZH, Stellungnahme zur Motion Walti/Hess/Portmann (Neugestaltung der Staatsgarantie der Zürcher Kantonalbank zur Risikokontrolle) vom 22. Mai 2003, Protokoll des Zürcher Kantonsrats 45. Sitzung, 15. März 2004, 3535 ff., 3537.

<sup>106</sup> RUSSENBERGER, Sonderstellung, 55.

<sup>107</sup> BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 51.

<sup>108</sup> Vgl. unveröffentlichtes Urteil OGerZH vom 26. Februar 1993 i.S. XY c. ZKB E. III. 2.

<sup>109</sup> VÖGELI, 83.

<sup>110</sup> VÖGELI, 80.

<sup>111</sup> Kanton Aargau, Botschaft, 56 f. m.w.N.

mär für die Verbindlichkeiten seiner Kantonalbank ein (Berner Kantonalbank, der Banque Cantonale Vaudoise, der Banque Cantonale de Genève oder der Glarner Kantonalbank mittels Kapitalerhöhung oder Schaffung einer «Bad Bank») oder leitete die Vollprivatisierung, Veräusserung und allfällig nötige Aufhebung der Kantonalbank-Verfassungsnorm ein (Solothurner Kantonalbank, Appenzell-Ausserrhodischen Kantonalbank).<sup>112</sup>

## 5. Abgeltung der Vorteile für die Staatsgarantie

580 In den vergangenen Jahren haben die Kantone nach und nach eine sog. Abgeltung der Staatsgarantie eingeführt. Insbesondere das Gutachten der Kartellkommission zur wettbewerbsverzerrenden Wirkung der Staatsgarantie aus dem Jahr 1995<sup>113</sup> leitete diese Entwicklung eine neue Phase ein, denn zuvor hatte man unter Hinweis auf den Leistungsauftrag der Kantonalbanken und der Gewinnablieferung an den Kanton als Alleineigentümer (s.u. [Teil 2, C.I.5.a](#)) noch Abgeltungszahlungen strikt abgelehnt. Ziel der Abgeltung ist es, als eine Art Entschädigung der Wettbewerbsvorteile zu fungieren, die die Kantonalbanken im Vergleich zu Banken ohne Staatsgarantie haben.<sup>114</sup>

581 Gestützt hierauf führten als erste die Kantone St. Gallen und Bern die Leistung einer Garantiekommision ein, wobei neben der Wettbewerbsneutralität auch Überlegungen zur unterschiedlichen Verteilung des unternehmerischen Risikos zwischen den privaten Teilhabern und dem Staat eine Rolle spielten.<sup>115</sup> Heute regeln 18 der insgesamt 21 Kantone,<sup>116</sup> die eine Staatsgarantie gewähren, die Abgeltung gesetzlich (s.u.). Von diesen 18 Kantonen definieren nur zehn Kantone die Berechnung der Abgeltung für die Staatsgarantie klar im Gesetz. In acht Kantonen obliegt es der Regierung, konkrete Regularien für den Berechnungsmodus festzulegen bzw. mit der Bank auszuhandeln. Insoweit haben sich unterschiedliche Modelle etabliert, die im Folgenden gegenübergestellt werden.

---

<sup>112</sup> PIAZZA, 80. Vgl. auch Kanton Aargau, Botschaft, 57.

<sup>113</sup> So Bericht der Kartellkommission 1995, 83.

<sup>114</sup> LENGWILER/KILCHOER, 569.

<sup>115</sup> VÖGELI, 125; Bericht der Kartellkommission 1995, 82 ff.

<sup>116</sup> Nur die Kantone Appenzell Innerrhoden, Schaffhausen und Tessin sehen keine Abgeltung der Staatsgarantie vor.



a) Abgrenzungsfragen

Bevor im Folgenden auf die einzelnen Abgeltungsmodelle eingegangen werden kann, muss der Frage nachgegangen werden, ob es überhaupt einer finanziellen Abgeltung bedarf. Im Raum steht nämlich auch die Idee, dass zwischen der Staatsgarantie und dem Leistungsauftrag der Kantonalbanken eine enge Wechselbeziehung bestünde und die beiden Elemente als korrelative Begriffe zu sehen seien.<sup>117</sup> Aus dem Leistungsauftrag ergebe sich somit ein Anspruch der Kantonalbanken auf Sonderbehandlung. Der Leistungsauftrag, den die meisten Kantonalbanken zugunsten der Wirtschaft und der Bevölkerung im Kanton zu befolgen haben, verpflichte nämlich die Kantonalbanken, sich in bestimmten Situationen anders zu verhalten als ein privater Konkurrent ohne einen solchen Leistungsauftrag.<sup>118</sup> Dies könne mit finanziellen Nachteilen verbunden sein, insbesondere den Unternehmensertrag mindern oder einen Verzicht auf eine Gewinnmaximierung bedeuten.<sup>119</sup> Folglich müssten die Gewinneinbussen durch die Staatsgarantie kompensiert werden.<sup>120</sup> Auch die Kartellkommission war noch 1995 der Ansicht, dass die Gegenleistung für die Staatsgarantie «in Form der Wahrnehmung eines öffentlichen Interesses erbracht»<sup>121</sup> wird, wobei sie schwierig zu beziffern sei. Zuletzt formulierte auch der Verband der Schweizerischen Kantonalbanken in seiner Broschüre «Die Kantonalbanken» aus dem Jahr 2020, dass diese «die (Staats-)Garantie mit einer finanziellen Entschädigung und/oder der Erfüllung eines Leistungsauftrags ab(gelten).»<sup>122</sup>

582

Hiergegen wird vorgebracht, der Wert von Staatsgarantie und Leistungsauftrag seien nicht nur schwer bestimmbar, sondern auch schlicht nicht vergleichbar. So werde eine Verrechnung von zwei völlig ungleichen Leistungen vorgenommen. Während die Staatsgarantie auf der Passivseite ansetze (Gläubigerschutz), sei der Leistungsauftrag auf der Aktivseite einzuordnen.<sup>123</sup> Ferner seien die im Leistungsauftrag gebündelten Gesamtinteressen die Vorausset-

583

---

<sup>117</sup> BÜHLER, Rechtsgutachten GLKB, 59. Vgl. auch VÖGELI, 124 unter Verweis auf Bericht der Kartellkommission 1995, 83; SCHWITTER, 142 f.

<sup>118</sup> SCHWITTER, 128.

<sup>119</sup> Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 17 f.

<sup>120</sup> Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 17 f.

<sup>121</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 83.

<sup>122</sup> Verband Schweizerischer Kantonalbanken, Die Kantonalbanken, Portrait einer bedeutenden Schweizer Bankengruppe, 7, abrufbar unter: <[https://www.kantonalbank.ch/getmedia/0d9f107c-7a0a-451c-8f94-3a76b8aefa73/Portrait\\_KB\\_Gruppe\\_2019\\_Broschuere\\_d.pdf](https://www.kantonalbank.ch/getmedia/0d9f107c-7a0a-451c-8f94-3a76b8aefa73/Portrait_KB_Gruppe_2019_Broschuere_d.pdf)>.

<sup>123</sup> SCHWITTER, 132.

zung für die Beteiligung an und den Betrieb von öffentlichen Unternehmen bzw. Kantonalbanken.<sup>124</sup> Schliesslich habe der Leistungsauftrag mit der Zeit an Bedeutung verloren. So hätten sich einerseits die Kantonalbanken hin zu Universalbanken entwickelt und andererseits würden die traditionellerweise von Kantonalbanken wahrgenommenen Aufgaben auch durch private Banken erbracht werden.<sup>125</sup>

b) Abgeltungsmodelle

584 Im Folgenden werden die verschiedenen kantonalen Modelle zur Abgeltung der Staatsgarantie kategorisiert und gegenübergestellt.

aa) Risikoorientierte Abgeltung (Eigenmittelvariante)

585 Im Rahmen dieses Modells wird die Abgeltung auf Basis der gesetzlich erforderlichen Eigenmittel (vgl. Jahresabschluss) berechnet.<sup>126</sup> Somit kann man die Abgeltung auch als eine Art Risikoprämie bezeichnen, die die Risikoexposition der Bank berücksichtigt. Für dieses Modell haben sich zehn Kantone entschieden (Aargau, Graubünden, Jura, Neuenburg, Nidwalden, St. Gallen, Schwyz, Thurgau, Uri und Wallis). Zum Teil sehen die kantonalen Regelungen auch Reduktionen vor, wenn die tatsächlich vorhandenen deutlich über die erforderlichen Eigenmittel liegen. Die Bandbreite der Abgeltungen liegt zwischen 0,3% und 1,0% der erforderlichen Eigenmittel.

Kanton	Norm
Aargau	§ 5 Abs. 1 Die Bank leistet dem Kanton als Abgeltung für die Staatsgarantie einen Betrag in Höhe von 1% der gemäss den banken- und börsenrechtlichen Bestimmungen erforderlichen Eigenmittel.
Graubünden	Art. 5a  1 Die Bank leistet dem Kanton als Ausgleich für die Staatsgarantie eine Abgeltung.  2 Diese beträgt jährlich 0,5 Prozent der gemäss den bankengesetzlichen Vorschriften erforderlichen Eigenmittel.  3 Liegen die ausgewiesenen Eigenmittel mehr als 20 Prozent über dem bankengesetzlich erforderlichen Betrag, reduziert sich die Abgeltung je nach dem Grad der Überdeckung um maximal 40 Prozent.

<sup>124</sup> Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 17 f.

<sup>125</sup> Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 17 f.

<sup>126</sup> LENGWILER/KILCHOER, 574.

I. In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken und -bestimmungen

Kanton	Norm
Jura	<p>Art. 6 Abs. 2 La Banque rémunère la garantie en versant annuellement à l'Etat un montant compris entre 0,6 et 1 pour cent de ses fonds propres exigibles. Ceux-ci sont déterminés d'après la législation fédérale sur les banques, sans tenir compte du privilège des banques cantonales, et sur la base des comptes de la Banque de l'année précédente.</p> <p>Art. 6 Abs. 3 Après consultation du conseil d'administration, le Gouvernement fixe chaque année le montant de la rémunération, par voie d'arrêté, en tenant compte de la situation financière de la Banque, notamment de son taux de couverture des fonds propres exigibles, et de la conjoncture.</p>
Neuenburg	<p>Art. 4 Abs. 2 La banque rémunère cette garantie en versant annuellement à l'Etat un montant de 0,5 pour-cent de ses fonds propres exigibles au sens de la législation fédérale sur les banques, sans tenir compte du privilège des banques cantonales.</p> <p>Art. 4 Abs. 3 Lorsque l'excédent de fonds propres disponibles dépasse de plus de 20 pour cent les fonds propres nécessaires, la rémunération est réduite en proportion, mais au maximum de 40 pour-cent.</p> <p>Art. 4 Abs. 4 Les modalités de calcul de cette réduction sont fixées par le Conseil d'Etat, après consultation du conseil d'administration.</p>
Nidwalden	<p>Art. 6 a Abs. 1 Die Kantonalbank leistet dem Kanton für die Staatsgarantie jährlich eine Entschädigung.</p> <p>Art. 6 a Abs. 2 Die Entschädigung entspricht 0.5 Prozent des gesetzlichen Eigenmittelbedarfs gemäss der Bundesgesetzgebung über die Banken und Sparkassen; massgebend ist jeweils der Bedarf per 30. September.</p>
St. Gallen	<p>Art. 7 Abs. 1 Die Bank leistet dem Staat für die Staatsgarantie eine jährliche Abgeltung. Diese beträgt 0,3 bis 0,8 Prozent der erforderlichen Eigenmittel der Bank, die das Bundesrecht bestimmt.</p> <p>Abs. 2 Regierung und Bank bestimmen den Prozentsatz durch Vereinbarung. Kommt keine Einigung zustande, entscheidet eine Schiedskommission bestimmt wird.</p>
Schwyz	<p>§ 7 Abs. 2 Die Bank leistet dem Kanton für die Staatsgarantie eine Abgeltung. Diese beträgt ein Prozent der bundesrechtlich erforderlichen eigenen Mittel.</p>
Thurgau	<p>§ 5 Abs. 2 Die Bank leistet dem Kanton für die Staatsgarantie eine jährliche Abgeltung von 0,5% der nach dem Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen erforderlichen Eigenmittel.</p> <p>Abs. 3 Die Abgeltung reduziert sich um die Kosten für einen allfälligen bundesgesetzlichen Einlagenschutz.</p>

Kanton	Norm
Uri	<p>Artikel 7 Abs. 3 Die Bank leistet dem Kanton Uri für die Staatsgarantie eine jährliche Abgeltung.</p> <p>Artikel 2a Verordnung über die Urner Kantonalkasse</p> <p>Die Bank leistet dem Kanton für die Staatsgarantie eine jährliche Abgeltung.</p> <p>Diese beträgt jährlich 0,5 Prozent der gemäss den bankengesetzlichen Vorschriften erforderlichen Eigenmittel.</p>
Wallis	<p>Art. 5 Abs. 2 Die Bank entschädigt diese Garantie durch die jährliche Zahlung eines Betrags an den Staat, der 0.7 Prozent der erforderlichen Eigenmittel im Sinne der Bundesgesetzgebung über die Banken entspricht und aufgrund der Vorjahresrechnung der Bank festgelegt wird.</p>

bb) *Abgeltung mit Versicherungsmodell*

586 Mit dem risikoorientierten Abgeltungsmodell vergleichbar ist das sog. Versicherungsmodell.<sup>127</sup> Als Vertreter des dieses Modells kann seit 2015 der Kanton Zürich herangezogen werden. Das Versicherungsmodell beruht auf dem Gedanken, dass der Kanton das Risiko aus der Staatsgarantie theoretisch versichern könnte.<sup>128</sup> Hier wird die Abgeltung auf der Grundlage von versicherungsmathematischen Annahmen berechnet.<sup>129</sup> Als Grundlage dient in Zürich das vom Bankrat erlassene Reglement aus dem Jahr 2014.<sup>130</sup> Gemäss § 2 des Reglements berechnet sich die Entschädigung durch die Multiplikation des potenziellen Sanierungsbeitrags mit der Wahrscheinlichkeit des Sanierungsfalls. Der potentielle Sanierungsbeitrag ist gem. § 3 die in einer Existenzkrise potenziell notwendige Erhöhung der Quote des Eigenkapitals im Verhältnis zu den risikogewichteten Positionen (Kapitalquote).<sup>131</sup> Im Weiteren legt das Reglement fest, dass der potentielle Sanierungsbeitrag 7% der risikogewichteten

<sup>127</sup> LENGWILER/KILCHOER, 576 und 577.

<sup>128</sup> LENGWILER/KILCHOER, 576.

<sup>129</sup> LENGWILER/KILCHOER, 576.

<sup>130</sup> Reglement über die Entschädigung der Staatsgarantie durch die Zürcher Kantonalkasse vom 27. November 2014 (LS 951.14).

<sup>131</sup> Der potenzielle Sanierungsbeitrag ist abhängig von den jeweils geltenden regulatorischen Mindestvorgaben und der Höhe der risikogewichteten Positionen des Stammhauses. Als aufsichtsrechtlich massgebliche Kapitalquote, welche in einer Normalsituation minimal erreicht sein muss, gilt ein Wert von 12%. Eine Existenzkrise ist nach Basel III spätestens dann gegeben, wenn die Kernkapitalquote auf 5% fällt (Punkt der drohenden Insolvenzgefahr). Der potenzielle Sanierungsbeitrag beträgt 7% der risikogewichteten Positionen per 31. Dezember des Vorjahres.

Positionen des Vorjahres beträgt. Nach § 4 basiert die Wahrscheinlichkeit auf Daten zu Ausfällen und Krisen vergleichbarer Banken weltweit. Die Wahrscheinlichkeit hängt ab von langjährigen Durchschnittswerten, welche von der Ratingagentur Standard & Poor's veröffentlicht werden. Unter Berücksichtigung der engen Datenlage für Krisen von Banken mit einem vergleichbar hohen Rating wie der Zürcher Kantonalbank wird die jährliche Wahrscheinlichkeit einer Sanierung konservativ auf 0,5% festgelegt. Gemäss diesen beiden Parametern beträgt die Abgeltung somit 0,035% der risikogewichteten Positionen des Stammhauses.

cc) *Gewinnorientierte Abgeltung*

Für ein Modell der gewinnorientierten Abgeltung haben sich die Kantone Basel-Landschaft, Obwalden und Zug entschieden. Die Abgeltung wird hier auf der Basis der erzielten Gewinne der Bank berechnet, denn man geht davon aus, dass die Kostenvorteile der Kantonalbank aufgrund der Staatsgarantie (besseres Rating, günstigere Finanzierung) zu einem höheren Gewinn führen.<sup>132</sup> Der Kanton Basel-Landschaft sieht in § 1 Abs. 1 seiner Verordnung zum Kantonalbankgesetz<sup>133</sup> eine Abgeltung in Höhe von 3% des Jahresgewinns vor, mindestens jedoch CHF 3,5 Millionen, sofern im betreffenden Berichtsjahr ein Jahresgewinn in ausreichendem Ausmass erzielt wird. Der Kanton Obwalden legt in Art. 5 des Kantonalbankgesetzes eine Abgeltung in Höhe von 15% des Jahresgewinns fest. Der Kanton Zug hat sich für eine Abgeltung in der Form eines Zuschlags von 10% auf die dem Kanton zustehende Dividende entschieden. Dem gewinnorientierten Modell wird zugutegehalten, dass sich die Abgeltung leicht und transparent berechnen lässt und niemals zu einer Überbelastung der Bank führen kann, da eine Zahlung nur im Falle eines (Netto-)Gewinns erfolgen kann.<sup>134</sup> Kritisch wird dagegen die fehlende Marktkonformität dieses Abgeltungsmodells bewertet.<sup>135</sup>

587

---

<sup>132</sup> LENGWILER/KILCHOER, 574.

<sup>133</sup> Verordnung zum Kantonalbankgesetz des Kantons Basel-Landschaft vom 14. Dezember 2004 (SGS 371.11).

<sup>134</sup> VÖGELI, 126.

<sup>135</sup> VÖGELI, 126.

<b>Gewinnorientierte Abgeltung</b>		
Basel-Landschaft	§ 1 VO zum Kantonalbankgesetz Abs. 1	Die Abgeltung der Staatsgarantie beträgt 3% des Jahresgewinns, mindestens jedoch CHF 3,5 Millionen, sofern im betreffenden Berichtsjahr ein Jahresgewinn in ausreichendem Ausmass erzielt wird.
Obwalden	Art. 5 Abs. 3	Die Bank leistet dem Kanton als Abgeltung für die Staatsgarantie jährlich eine Entschädigung von 15 Prozent des Jahresgewinns.
Zug	§ 3 Abs. 3	Als Abgeltung erhält der Kanton unter Vorbehalt der aufsichtsrechtlichen Vorgaben eine Extrazugweisung in der Höhe von zehn Prozent der letztjährigen Dividende auf seinem im relevanten Geschäftsjahr durchschnittlich gehaltenen Anteil am Aktienkapital zusammen mit der Dividende ausbezahlt.

*dd) Risiko- und erfolgsorientierte Abgeltung*

- 588 Für eine Kombination der beiden oberen Modelle hat sich der Kanton Luzern entschieden. Gemäss § 6 des Kantonalbankgesetzes beträgt die jährliche Abgeltung 0,2% des gesetzlichen Eigenmittelbedarfs zuzüglich 2% des Zwischenergebnisses gemäss der eidgenössischen Bankenverordnung.

<b>Risiko- und gewinnorientierte Abgeltung</b>		
Luzern	§ 6 Abs. 2	Die jährliche Abgeltung beträgt 0,2 Prozent des gesetzlichen Eigenmittelbedarfs zuzüglich 2 Prozent des Zwischenergebnisses gemäss der eidgenössischen Bankenverordnung.

*ee) Abgeltung des Kostenvorteils*

- 589 Zwei Kantone (Glarus und Basel-Stadt) haben sich für das sog. Kostenvorteilsmodell entschieden. Die Idee hinter diesem Modell ist, die Kostenvorteile durch die Staatsgarantie bei den Kantonalbanken zu kompensieren. Die Kostenvorteile sollen dem Kanton zurückerstattet werden, denn anderenfalls würden die anderen Eigenkapitalgeber profitieren, ohne zu diesem Kostenvorteil beigetragen zu haben.<sup>136</sup> Die Abgeltung bemisst sich hierbei nach der Höhe des Kostenvorteils bei der Fremdmittelaufnahme.<sup>137</sup>

<sup>136</sup> LENGWILER/KILCHOER, 575.

<sup>137</sup> Vgl. Finanzdepartement des Kantons Basel-Stadt, Berechnung Abgeltung Staatsgarantie der BKB, (zit. Abgeltung Staatsgarantie der BKB), abrufbar unter: <[https://e2.marco.ch/public/baslerkantonalbank/259\\_3016/Berechnung\\_Abgeltung\\_Staatsgarantie.pdf](https://e2.marco.ch/public/baslerkantonalbank/259_3016/Berechnung_Abgeltung_Staatsgarantie.pdf)>.

Basel	§ 9 Abs. 3	Die Basler Kantonalbank entschädigt den Kanton für die Staatsgarantie.
	§ 18 Abs. 1 lit. e)	Der Regierungsrat ist für die Festlegung der Entschädigung für die gewährte Staatsgarantie zuständig.
Glarus	Art. 5 Abs. 3	Die Entschädigung bemisst sich nach dem Haftungsrisiko und der Höhe des Kostenvorteils, welcher der Bank bei der bonitätsabhängigen Fremdmittelbeschaffung durch die Staatsgarantie entsteht. Der Regierungsrat erlässt die Detailbestimmungen in einer Verordnung. <sup>138</sup>

Für die Ermittlung der Abgeltung der Staatsgarantie verwendet der Kanton Basel-Stadt beim Kostenvorteilsmodell zwei Faktoren: den Risikoaufschlag, der den Zinsvorteil der Kantonalbank aufgrund der Staatsgarantie abbildet und das ratingabhängige Fremdkapital, das aufzeigt, bei welchen Bilanzpositionen die Kantonalbank von den tieferen Finanzierungskosten profitiert. Der Kostenvorteil ergibt sich schliesslich durch Multiplikation der beiden Grössen.<sup>139</sup> Wird nun der Finanzierungsvorteil von 8.0 Basispunkten mit dem Kapital von 12.8 Mrd. Franken, das vom Finanzierungsvorteil profitiert, multipliziert, ergibt sich ein jährlicher Kostenvorteil von 10.2 Mio. Franken. Dieser Kostenvorteil wird dann als angemessener Wert für die Abgeltung der Staatsgarantie für die Jahre 2021-2024 angesehen.<sup>140</sup> 590

Im Kanton Glarus bemisst sich die Abgeltung gem. Art. 5 Abs. 3 des Kantonalbankgesetzes nach dem Haftungsrisiko und der Höhe des Kostenvorteils, welcher der Bank bei der bonitätsabhängigen Fremdmittelbeschaffung durch die Staatsgarantie entsteht. Die entsprechende Verordnung<sup>141</sup> regelt in Art. 7 Abs. 1, dass die Entschädigung des Kostenvorteils über die Differenz der zweijährigen Swapsätze zur Rendite zweijähriger Bundesanleihen multipliziert mit dem bonitätsabhängigen Fremdkapital errechnet wird. Die zweite Komponente, nämlich die Abgeltung des Haftungsrisikos wird gem. Art. 7 Abs. 3 Verordnung mit 5% des Betrages angesetzt, um welchen die durchschnittlich anrechenbaren Eigenmittel unter 7,5% der durchschnittlichen Bilanzsumme liegen; werden diese 7,5% überstiegen, entfällt das Haftungsrisiko. Insgesamt soll die Abgeltung gem. Art. 7 Abs. 4 Verordnung aber mindestens CHF 1 Million 591

<sup>138</sup> Vgl. auch die Verordnung über die Entschädigung der Staatsgarantie für die Kantonalbank des Kantons Glarus vom 5. Oktober 2010 (IX B/31/2).

<sup>139</sup> Vgl. Abgeltung Staatsgarantie der BKB.

<sup>140</sup> Vgl. Abgeltung Staatsgarantie der BKB, 4.

<sup>141</sup> Verordnung über die Entschädigung der Staatsgarantie für die Kantonalbank. Vor der Änderung aus dem Jahr 2012 betrug sie mechanisch 0,3% des gesetzlichen Eigenmittelbedarfs.

und maximal CHF 3 Millionen betragen. Liegt der Eigenmitteldeckungsgrad unter 165%, ist die Maximalentschädigung geschuldet, so Art. 7 Abs. 5 Verordnung. Der Regierungsrat behält sich zudem das Recht vor, aus wichtigen Gründen die Abgeltung zu senken (Art. 9). In der Praxis musste die Bank seit der Einführung der Verordnung über die Entschädigung der Staatsgarantie für die Kantonalbank (im Jahr 2010) für den Risikoteil nie eine Entschädigung leisten (Grund risikoaverse Kreditpolitik und Entwicklung der Eigenmittelverhältnisse).<sup>142</sup> Beim Refinanzierungsvorteil wird die Zinsdifferenz zwischen einer zweijährigen Bundesobligation und dem zweijährigen Swapsatz auf dem bonitätsabhängigen Kapital berechnet. Diese Zinsdifferenz weitete sich in den letzten Jahren aus, weshalb seit 2017 immer die Maximalabgeltung von CHF 3 Mio. zum Tragen kam.<sup>143</sup>

c) Zwischenergebnis

- 592 Ziel der Abgeltung ist einerseits das höhere Risiko des Kantons, das er mit der gewährten Staatsgarantie trägt zu entschädigen und andererseits den Wettbewerbsvorteil, den Kantonalbanken aufgrund der Staatsgarantie gegenüber ihren Konkurrenten ohne Staatsgarantie haben, auszugleichen.
- 593 Aufgrund der grossen Spannbreite der unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen für die Abgeltungspflicht der Kantonalbanken lässt sich folgendes ableiten: Zum einen scheint es nicht *das* eine richtige Modell zu geben, um die Vorteile der Staatsgarantie zu kompensieren. Jedes der genannten Modelle erhebt für sich den Anspruch, ausreichend zu sein. Insoweit darf auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die einzelnen Modelle nicht von den Kantonalbanken als Garantiennehmer, sondern vielmehr von den Kantonen als Garantiegeber ins Leben gerufen wurden und somit jedenfalls von ihnen als ausreichend qualifiziert werden. Zum anderen zeigt Letzteres auf, dass es sich bei der Festlegung der Berechnungsgrundlage stets um eine politische Entscheidung handelt.<sup>144</sup>
- 594 Wie oben gesehen, stellt die gewährte Staatsgarantie einen ökonomischen Wert dar, der sich jedoch nicht exakt quantifizieren lässt. Weder der aus der Staatsgarantie resultierende Nutzen noch die effektiven Risikokosten für den

---

<sup>142</sup> So Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 7.

<sup>143</sup> So Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 7.

<sup>144</sup> Vgl. so auch Kanton Aargau, Botschaft, 53.



Kanton können exakt beziffert werden.<sup>145</sup> Dies spiegelt sich auch in der Berechnung der Abgeltung der Staatsgarantie wider. Auch hierfür gibt es keine exakte mathematische Formel. Vielmehr bestehen unterschiedliche Abgeltungsmodelle mit unterschiedlichen Abgeltungsbeträgen. Grundlagen bilden beispielsweise die Höhe des tatsächlichen oder erforderlichen Eigenkapitals, die Höhe des Gewinns, die Refinanzierungsvorteile der Kantonalbank sowie optionsbasierte oder versicherungstheoretische Modelle. Je nach Optik, aus der die Garantie betrachtet wird und je nachdem, welche Effekte damit abgegolten werden sollen und welche Aspekte wie gewichtet werden, werden unterschiedliche Berechnungsmodellen entwickelt,<sup>146</sup> doch die Frage nach einer angemessenen Höhe der Entschädigung lässt sich nicht abschliessend beantworten.<sup>147</sup> So gibt es auch aktuell nur wenige wissenschaftliche Abhandlungen zur Frage, ob die von den Kantonalbanken zu zahlende Abgeltung die durch die Staatsgarantie erzielten Refinanzierungsvorteile vollumfänglich abdeckt. Im Jahr 2009 kam Vögeli zum Ergebnis, dass dies wohl nicht der Fall ist.<sup>148</sup> *Baumann* weist darauf hin, dass die Abgeltung der Staatsgarantie einen Wettbewerbsvorteil nur dann zu beseitigen vermag, wenn dadurch keine neuen Verzerrungen bei der Besteuerung und der Gewinnablieferung entstehen. Hier bestünde die Gefahr, dass es den Kantonen mehr auf die Gesamtsumme der aus Dividenden, Steuern und Abgeltung erhaltenen Erträge als auf eine markt-

---

<sup>145</sup> Regierungsrat des Kantons Basel an den Grossen Rat, Ratschlag betreffend Teilrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 9. Dezember 2015 (SG 915.200) sowie Bericht zum Anzug David Wüest-Rudin und Consorten betreffend «Anpassung der Berechnung der Abgeltung der Staatsgarantie für die Basler Kantonalbank im Zuge der Revision des BKB-Gesetzes», 20.5442.02, FD/P211809/P205442 vom 19. Januar 2022, 11, abrufbar unter: <<https://www.grosserrat.bs.ch/dokumente/100396/000000396380.pdf>>.

<sup>146</sup> Finanzkontrolle des Kantons Basel-Stadt, Basler Kantonalbank (BKB) / Finanzverwaltung Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung in den Bereichen Übernahme der Bank Cler durch die BKB / Abgeltung der Staatsgarantie durch die BKB, durchgeführt 2019/2020 im Auftrag der Geschäftsprüfungskommission (GPK) des Grossen Rates, Bericht Nr. 71 vom 25. März 2020, Form 4.1.02b V3, 15 (zit. Kanton Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung). Vgl. insoweit das dort aufgeführte Beispiel: «Aus Sicht des Kantons stellt die Staatsgarantie primär ein finanzielles Risiko dar, aus Sicht der BKB primär einen Kosten- und Wettbewerbsvorteil. Naheliegender wäre deshalb aus der Optik des Kantons die Berechnung des Ausfallrisikos, das er trägt (Versicherungsmodell), aus der Optik der BKB die Berechnung des Vorteils, den diese aus der Staatsgarantie hat (Kostenvorteilsmodell).»

<sup>147</sup> So auch Regierungsrat des Kantons Basel an den Grossen Rat, Ratschlag betreffend Teilrevision des Gesetzes über die Basler Kantonalbank vom 9. Dezember 2015 (SG 915.200) sowie Bericht, zum Anzug David Wüest-Rudin und Consorten betreffend «Anpassung der Berechnung der Abgeltung der Staatsgarantie für die Basler Kantonalbank im Zuge der Revision des BKB-Gesetzes», 20.5442.02, FD/P211809/P205442 vom 19. Januar 2022, 11.

<sup>148</sup> VÖGELI, 131.

konforme Bewertung der jeweiligen Komponenten ankommt.<sup>149</sup> Deutliche Kritik an der Geeignetheit der Abgeltungszahlungen kommt aber z.T. von der Justiz. In seinem Urteil aus dem Jahr 2001 hat das Bundesgericht angemerkt, dass von einem Ausgleich des Wettbewerbsvorteils dort nicht gesprochen werden könne, wo diese Gewinnablieferungsquote nur als «bescheidene Prämie» gegenüber den Garantiekosten zu betrachten ist, die die Bank zu leisten hätte, wenn sie sich die Haftung bei einer Drittbank beschaffen müsste.<sup>150</sup>

- 595 Diese Kritik zeigt, dass die Abgeltung nicht nur in ihrer Höhe angemessen erscheinen sollte, «sondern auch mittels einer nachvollziehbaren Methodik anhand sachbezogener Parameter und auf Basis regelmässig verfügbarer, verlässlicher Daten kalkulierbar sein sollte.»<sup>151</sup> Keines der derzeit verwendeten Modelle scheint diesen Anforderungen vollumfänglich zu genügen, also sämtliche Auswirkungen der Staatsgarantie zu berücksichtigen und dabei praktikabel zu sein. Entsprechend könne es sich bei der Festlegung der Entschädigung immer nur um eine Annäherungsrechnung an die aus der Garantie resultierenden Vorteile handeln, egal welches Modell dabei zur Anwendung kommt.<sup>152</sup>
- 596 Schliesslich schwebt über allem die grundlegende Frage, ob mit der Entschädigung lediglich die Risikotragung des Kantons entschädigt werden soll, oder ob damit sämtliche Vorteile kompensiert werden sollen, welche der jeweiligen Kantonalkasse aus der Staatsgarantie entstehen, sodass im Ergebnis die Wettbewerbsneutralität im Bankensektor gewährleistet ist.<sup>153</sup> Letzteres würde die Berücksichtigung der Steuerbefreiung einerseits und der Pflicht zur Erfüllung eines öffentlichen Leistungsauftrages andererseits erfordern. Welche Aspekte von der Abgeltung der Staatsgarantie letztlich abgedeckt werden sollen, ist eine politische Frage.<sup>154</sup>

---

<sup>149</sup> BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, 95.

<sup>150</sup> BGer 2A.254/2000/bol 3c unter Verweis auf insbesondere RUSSENBERGER, Umbruch, 2.

<sup>151</sup> Kanton Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung, 15.

<sup>152</sup> Kanton Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung, 15.

<sup>153</sup> Kanton Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung, 15.

<sup>154</sup> Kanton Basel-Stadt, Bericht über die Spezialprüfung, 15; Vernehmlassungsbericht zur Teilrevision des Gesetzes und der Verordnung über die Urner Kantonalkasse; Eigentümerstrategie des Regierungsrates, 15, abrufbar unter: <[https://www.ur.ch/\\_docn/51408/vernehmlassungsbericht\\_ukbg.pdf](https://www.ur.ch/_docn/51408/vernehmlassungsbericht_ukbg.pdf)>.

## 6. Vorstösse in der Politik

Basierend auf den oben gesehenen kritischen Aspekten rund um die Staatsgarantie wurden auf politischer Ebene schon diverse Versuche unternommen, die Staatsgarantie zu beschränken bzw. abzuschaffen. Im Folgenden werden einige aktuelle Beispiele zur Veranschaulichung vorgestellt. 597

### a) Kantonalbank Zürich

Im Kanton Zürich reichte die GLP Anfang 2019 eine Parlamentarische Initiative<sup>155</sup> ein und forderte die Beschränkung der Kantonshaftung auf die privilegierten Einlagen der Bank gem. Art. 37a) und 37b) BankG. Unter Bezugnahme auf die Studie «Wie weiter bei der ZKB» des Zentrums für Finanzregulierungen der Universität Zürich wurde argumentiert, dass die Staatsgarantie einen Wettbewerbsvorteil für die ZKB darstelle, dass sie nicht mehr zeitgemäss sei und ein untragbares Risiko für den Kanton Zürich berge.<sup>156</sup> Dem Beispiel des Kantons Bern folgend, hätte es die Initiative begrüsst, wenn die Staatsgarantie auf CHF 100'000 pro Kunde beschränkt worden wäre. Im Kantonsrat wurde die Ansicht vertreten, dass eine Beschränkung einen Vertrauensentzug bedeuten würde, und die Initiative abgelehnt. 598

### b) Kantonalbank Aargau

Im Kanton Aargau reichte die SVP ein Postulat beim Regierungsrat des Kantons ein, das die Abschaffung der Staatsgarantie der AKB und die dafür erforderlichen Anpassungen von Verfassung und Gesetz fordert. Gleichzeitig wurde der Regierungsrat mittels eines Postulats der Fraktionen der CVP, der FDP und der SVP zur Erstellung einer Übersicht zu den erfolgten Privatisierungen sowie zur Abschaffung der Staatsgarantie von Kantonalbanken in der Schweiz aufgefordert. In seinem Bericht an den Grossen Rat betonte der Regierungsrat die grosse volkswirtschaftliche und finanzielle Bedeutung der AKB für den Kanton Aargau.<sup>157</sup> So seien in den letzten fünf Jahren jährlich durchschnittlich etwa CHF 85 Millionen an Gewinnbeteiligungen und CHF 10 Millionen als Ab- 599

---

<sup>155</sup> Parlamentarische Initiative von Daniel Häuptli (GLP, Zürich), Daniel Hodel (GLP, Zürich) und Michael Zeuglin (GLP, Winterthur) vom 25. Februar 2019, KR-Nr. 69/2019.

<sup>156</sup> BIRCHLER URS, Wie weiter bei der ZKB vom 2. April 2014, abrufbar unter: <<https://www.merlin.uzh.ch/contributionDocument/download/6904>>.

<sup>157</sup> Regierungsrat des Kantons Aargau, Botschaft an den Grossen Rat, Aargauische Kantonalbank (AKB), Rechtsform der Staatsgarantie, Festlegung strategische Stossrichtung vom 21. August 2019, 19.233, 6.

geltung der Staatsgarantie von der AKB an den Kanton Aargau geflossen. Für die Jahre 2019-2022 prognostizierte der Finanzdirektor des Kantons Aargau, dass die Gewinnausschüttungen jährlich CHF 60 bis 70 Millionen betragen werden. Nur in Krisenfällen seien in der Schweiz Kantonalbanken veräussert oder die Staatsgarantie abgeschafft worden. So gebe es bis heute keinen Kanton, der sich von seiner Kantonalbank ohne Notlage getrennt oder die Staatsgarantie abgeschafft habe. Der Regierungsrat gab weiter zu Bedenken, dass bei einer Abschaffung der Staatsgarantie die explizite und abgegoltene Garantie durch eine implizite und nicht abgegoltene Garantie ersetzt würde. Somit kam der Regierungsrat zum Schluss, dass die Beibehaltung des Status quo für den Kanton die dienlichste Lösung sei, und beantragte daher beim Grossen Rat die Abweisung der Postulate. Hingegen beantragte die grossrätliche Kommission für Volkswirtschaft und Abgaben (VWA), nach einer knappen Abstimmung, eine Teilrevision des AKB-Gesetzes. Nach Ansicht der VWA sollten die Aargauische Kantonalbank in eine Aktiengesellschaft umgewandelt und die Staatsgarantie aufgehoben werden. Dadurch würde sich gemäss der VWA der Handlungsspielraum des Kantons im Falle einer Krise vergrössern, der es erlauben würde, zu entscheiden, welche Teile der Bank gerettet werden würden. Am 3. März 2020 wurden die Postulate vom Grossen Rat abgelehnt. Somit bleibt die Aargauische Kantonalbank eine selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt, ausgestattet mit einer Staatsgarantie.

#### c) Kantonalbank Glarus

- 600 Auch die Staatsgarantie der Glarner Kantonalbank stand lange zur Diskussion. Aufgrund einer risikoreichen Wachstumsstrategie in den 2000er Jahren, waren 2008 ein Wertberichtigungsbedarf von 96,8 Millionen Franken und ein Verlust von 56,8 Millionen Franken in der Jahresrechnung zu verzeichnen.<sup>158</sup> Noch im selben Jahr verabschiedete der Landrat eine Eigentümerstrategie und die Landsgemeinde 2009 nahm eine Änderung des Gesetzes über die Glarner Kantonalbank (Kantonalbankgesetz, KBG) an. Hieraus folgte, dass sich die Bank so zu positionieren hatte, dass sie mittel- bis langfristig (5 –10 Jahre) auf die Staatsgarantie verzichten konnte.<sup>159</sup>
- 601 In einer neuen Vorlage wurde eine Totalrevision des Kantonalbankgesetzes angestrebt, mit welcher die Staatsgarantie abgeschafft werden sollte. Es wurde insoweit vorgetragen, dass die Voraussetzungen für eine Abschaffung der Staatsgarantie aufgrund der Entwicklung der Bank in den vergangenen

---

<sup>158</sup> Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 1.

<sup>159</sup> Vernehmlassungsvorlage Kanton Glarus, 12.

Jahren geschaffen seien. Hieraus folgend, müsse der Kanton nicht mehr zwingend in der strategischen Führung vertreten sein und seine Beteiligung am Aktienkapital von heute 68% sollte schrittweise in eine Minderheitsbeteiligung reduziert werden. Die GLKB sollte zudem von einer spezialgesetzlichen in eine privatrechtliche Aktiengesellschaft umgewandelt werden. Erhalten bliebe der Leistungsauftrag, wonach die GLKB zu einer ausgewogenen und nachhaltigen Entwicklung der glarnerischen Wirtschaft beitragen muss.<sup>160</sup> Nach intensiver Diskussion empfahl der Landrat der Landsgemeinde, einer insoweit bereinigten Vorlage zuzustimmen, als ein Regierungsrats- oder Landratsmandat nicht unvereinbar mit einem GLKB-Verwaltungsratsmandat sein sollte; Mitglieder des Regierungs- und des Landrates hätten somit auch künftig im Verwaltungsrat der GLKB Einsitz nehmen können. Ein Anspruch auf einer Vertretung des Kantons wie bisher sollte jedoch nicht mehr bestehen. Das Traktandum, das ursprünglich auf der Landsgemeinde 2021 hätte behandelt werden sollen,<sup>161</sup> wurde auf die Landsgemeinde 2022 verschoben.<sup>162</sup> Bei dieser wurde die Vorlage mit klarem Mehr abgelehnt und die weitere Privatisierung der GLKB gestoppt.

---

<sup>160</sup> Bühler, Rechtsgutachten GLKB, Rz. 122.

<sup>161</sup> Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus, abrufbar unter: [https://www.landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/2021-03/Memorial\\_2021\\_Teil\\_2.pdf](https://www.landsgemeinde.gl.ch/sites/default/files/2021-03/Memorial_2021_Teil_2.pdf).

<sup>162</sup> Landsgemeinde des Kantons Glarus, Traktandum 7, abrufbar unter: <https://www.landsgemeinde.gl.ch/landsgemeinde/2022/traktanden/traktandum-7>.

## II. Vereinbarkeit der Staatsgarantie für Kantonalbanken mit EU-Beihilferecht

Wesselina Uebe

- 602 Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob die derzeitige Ausgestaltung der Staatsgarantie für Kantonalbanken den Anforderungen des Europäischen Beihilferechts entsprechen würde. Zentrale Rechtsnorm ist hierbei Art. 107 Abs. 1 AEUV, wonach Beihilfen grundsätzlich verboten sind, es sei denn, sie sind mit dem gemeinsamen Markt vereinbar und von der Europäischen Kommission explizit genehmigt. Darüber hinaus hat die Kommission aber auch zahlreiche Leitlinien (Mitteilungen, Beschlüsse, etc.) veröffentlicht,<sup>163</sup> um damit Beihilfen näher zu regeln und ihre Praxis dazu zu erläutern. Für die hiesige Prüfung ist insbesondere die von der Europäischen Kommission im Jahr 2008 veröffentlichte Mitteilung über die Anwendung der Artikel 87 (heute Art. 107 AEUV) und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften<sup>164</sup> (im Folgenden «Bürgschaftsmitteilung») von Bedeutung.
- 603 Insoweit wird zu Beginn geprüft, ob es sich bei den gewährten Staatsgarantien um Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt (s.u. [Teil 2, C.II.2.](#)) und sodann die Vereinbarkeit der Massnahme mit dem Binnenmarkt (s.u. [Teil 2, C.II.4.](#), [Teil 2, C.II.5.](#)) und eine etwaige Rechtfertigung (s.u. [Teil 2, C.II.6.](#)) geprüft. Dabei wird auch Bezug genommen auf die im Folgenden vorgestellten Entscheidungen der Kommission zur Ausfallhaftung für die österreichischen Sparkassen und Landeshypothekendarbanken<sup>165</sup> einerseits (s.u. [Teil 2, C.II.1.a.](#)), zur Anstaltslast- und Gewährträgerhaftung für die deutschen Landesbanken und Sparkassen andererseits (s.u. [Teil 2, C.II.1.b.](#)) und schliesslich zur Argumentation der EFTA-Überwachungsbehörde im Fall der Liechtensteinischen Landesbank (s.u. [Teil 2, C.II.1.c.](#)).

---

<sup>163</sup> Vgl. hierzu die Zusammenstellung auf der Website der Europäischen Kommission State Aid Legislation, abrufbar unter: <[https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/legislation\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/legislation_en)>; OVERKAMP/BRINKSCHMIDT, 871.

<sup>164</sup> Mitteilung der Europäischen Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl 2008 C 155/10 (zit. Europäische Kommission, Bürgschaftsmitteilung).

<sup>165</sup> Kommissionsentscheidung C(2003) 1329 endg. ABl. C 175 vom 24. Juli 2003, 8-9.

**i. Beispiele aus der bisherigen Praxis**

- a) Österreich: Ausfallhaftung für Sparkassen und Landeshypothekenbanken

Das österreichische Recht kannte lange Jahre eine Staatsgarantie (Ausfallhaftung) für insgesamt 27 Sparkassen und sieben Landeshypothekenbanken. Diese Garantie sah die Verpflichtung des Staates (Bund, Land oder Kommunen) vor, im Falle der Zahlungsunfähigkeit eines der Kreditinstitute einzutreten. Im Falle, dass die Vermögenswerte der Bank nicht ausreichten, um die Forderungen der Gläubiger zu befriedigen, hatten die Gläubiger direkte Ansprüche gegenüber dem Garantiegeber. Diese Ausfallhaftung war weder zeitlich noch auf einen bestimmten Betrag begrenzt. Prinzipiell zahlten alle Landeshypothekenbanken ein Haftungsentgelt, nicht jedoch die Sparkassen.<sup>166</sup>

604

Im Zuge ihrer Überprüfung kam die Europäische Kommission im Jahr 2002 zum Ergebnis, dass sie die Ausfallhaftung der Bundes-, Landes- und Kommunalbehörden für Kreditinstitute als eine Form «Bürgschaftsverpflichtung»<sup>167</sup> und insoweit als staatliche Beihilfe betrachtet. Die Kommission argumentierte damit, dass die Ausfallhaftung es den Begünstigten ermögliche, ihre Geschäftstätigkeit zulasten von Wettbewerbern auszuweiten. Somit mindere die Ausfallhaftung die Refinanzierungskosten auf den Kapitalmärkten und verschaffe den Begünstigten bessere Konditionen, wenn sie Mittel aufnehmen, um neue Geschäftsmöglichkeiten zu nutzen.<sup>168</sup> Zudem sei die Ausfallhaftung von unbestimmter Dauer und Höhe gewesen<sup>169</sup> und das von den Banken geleistete Haftungsentgelt hätte zwar das Beihilfeelement verringern, aber nicht beseitigen können. Schliesslich seien keine Argumente vorgebracht worden, die eine Freistellung nach Art. 86 Abs. 2, Art. 87 Abs. 2 und 3 EGV hätten rechtfertigen könnten. Da die Ausfallhaftung aus staatlichen Mitteln finanziert worden sei und bestimmte Gruppen von Unternehmen gegenüber deren Wettbewerbern begünstigt, den Wettbewerb verfälscht und den Handel innerhalb der Gemeinschaft beeinträchtigt habe, wurde sie für nicht mit dem EU-Recht ver-

605

---

<sup>166</sup> Vgl. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C8/2006 (ex N 536/2005) – Beihilfe zugunsten der Dornbirner Sparkasse, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäß Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag, vom 20. April 2006, Rz. 8 ff.

<sup>167</sup> Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe E 8/2002 – Österreich Ausfallhaftung des Bundes, der Länder und der Gemeinden in Österreich für bestimmte Kreditinstitute (Landeshypothekenbanken und Sparkassen), C(2003) 1329 final vom 30. April 2003, 2 (zit. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe E 8/2002).

<sup>168</sup> Vgl. Europäischen Kommission, Pressemitteilung vom 2. April 2003, IP/03/476.

<sup>169</sup> Vgl. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe E 8/2002, 3.

einbar erklärt. Mit Beschluss vom 21. Januar 2003 wurde Österreich deshalb nahegelegt, die Ausfallhaftung für bestimmte öffentlich-rechtliche Kreditinstitute in Österreich abzuschaffen. Hierauf basierend wurde eine Verständigung zwischen der Kommission und Österreich erzielt, die zur Kommissionsentscheidung C (2003) 1329 endg. führte, die das Ende der Ausfallhaftung zum 1. April 2007 vorsah.<sup>170</sup>

b) Österreich: Dornbirner Sparkasse

606 In einem weiteren Beispiel aus Österreich ging es um die Überprüfung der Rechtmässigkeit einer Garantie, die die Stadt Dornbirn ihrer Sparkasse zusichern wollte.<sup>171</sup> Das Beispiel eignet sich besonders gut, um die Prüfungsstruktur und Argumentationsfolge der Kommission nachzuvollziehen, denn in ihrer Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme legt die Kommission ihre Rechtmässigkeitsprüfung offen. Darin stellt die Kommission zu Beginn ihrer Prüfung fest, dass die geplante Garantie eine selektive Massnahme (für die Dornbirner Sparkasse) aus staatlichen Mitteln darstellt. In einem zweiten Schritt überprüft die Kommission die Verfälschung des Wettbewerbs und die Auswirkungen auf den unionalen Handel. Sie merkt an, dass «wenngleich die Dornbirner Sparkasse hauptsächlich als Privatkundenbank auf regionaler Ebene tätig ist, [...] sich ihre Finanzdienstleistungen nicht auf ein bestimmtes Gebiet (beschränken).» Insoweit weist die Kommission auf die voranschreitende Integration der Finanzdienstleistungsmärkte hin und auf die Zugehörigkeit der Dornbirner Sparkasse zur österreichischen Sparkassengruppe, die ihrerseits europaweit tätig sei. Mithin gelangt die Kommission zur Auffassung, dass die notifizierte Massnahme den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen könne. Anschliessend widmet sich die Kommission in einem dritten Schritt der zentralen Frage, ob durch die Zusage einer staatlichen Garantie ein wirtschaftlicher Vorteil gegeben ist. Hierbei greift sie auf den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers zurück und verweist auf die Präzisierungen in ihrer Bürgschaftsmitteilung, wonach der Risikoträgerfunktion normalerweise eine angemessene Prämie gegenübersteht. Insoweit äussert die Kommission jedoch erhebliche Zweifel daran, «dass ein privater Garantiegeber bereit wäre, das mit

---

<sup>170</sup> Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe E 8/2002.

<sup>171</sup> Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C8/2006 – Beihilfe zugunsten der Dornbirner Sparkasse, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäss Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag (2006/C 92/03), ABl C 92/4 vom 20. April 2006 (zit. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C8/2006).



der Massnahme verbundene Risiko zu übernehmen».<sup>172</sup> Es sei insgesamt ganz generell abstrakt zweifelhaft, «ob überhaupt eine angemessene Vergütung festgelegt werden könnte, da private Garantiegeber nicht bereit wären, ein vergleichbares Risiko einzugehen.»<sup>173</sup> In Bezug auf den konkreten wirtschaftlichen Vorteil, konstatiert die Kommission zudem unter Bezugnahme auf die Bürgschaftsmitteilung, dass der Vorteil der Garantie in der Regel darin liege, dass der Kreditnehmer Gelder zu günstigeren Konditionen aufnehmen kann oder weniger Sicherheiten zu leisten hat (Refinanzierungsvorteil). Mithin sei es fraglich, ob das geplante Entgelt von 0,03% alle Vergünstigungen und insbesondere den Refinanzierungsvorteil der Dornbirner Sparkasse berücksichtigt.<sup>174</sup> In einem vierten Schritt verneint die Kommission das Vorliegen der Ausnahmetatbestände des Art. 87 EGV (107 AEUV) und Art. 86 EGV (106 AEUV).

- c) Deutschland: Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Sparkassen und Landesbanken

Über ein vergleichbares Garantiesystem wie die Ausfallhaftung in Österreich verfügten auch die deutschen öffentlich-rechtlichen Landesbanken und Sparkassen. Unter der sogenannten *Gewährträgerhaftung* verstand man eine «auf Gesetz oder Satzung beruhende unmittelbare Haftung einer Gebietskörperschaft oder eines öffentlich-rechtlichen Verbandes gegenüber den Gläubigern eines von der Gebietskörperschaft oder dem Verband getragenen rechtlich selbständigen Kreditinstitutes für dessen sämtliche Verbindlichkeiten».<sup>175</sup> Sie begründete einen unmittelbaren Anspruch der Gläubiger gegenüber dem Gewährträger. Mithin handelte es sich um eine Haftungsverpflichtung und der Gewährträger musste alle Verbindlichkeiten der Bank honorieren, die nicht durch das Bankvermögen befriedigt werden konnten.<sup>176</sup> Darüber hinaus profitierten die Sparkassen und Landesbanken in Deutschland auch von der sog. *Anstaltslast*, also einer Art Verpflichtung des Eigentümers, die wirtschaftliche Basis der Anstalt zu sichern, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens funktionsfähig zu erhalten und etwaige finanzielle Lücken durch Zuschüsse

607

---

<sup>172</sup> Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C8/2006, Rz. 36.

<sup>173</sup> Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C8/2006, Rz. 40.

<sup>174</sup> Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C8/2006, Rz. 46.

<sup>175</sup> IMMENGA/RUDO, 26.

<sup>176</sup> Europäischen Kommission, Pressemitteilung vom 15. Januar 2003, IP/03/49.

oder auf andere geeignete Weise auszugleichen.<sup>177</sup> Beide GarantiefORMen waren weder zeitlich noch quantitativ beschränkt. Die Kreditinstitute brauchten hierfür keine Vergütung zu entrichten.

608 Nachdem die Europäische Bankenvereinigung (European Banking Federation, EBF) im Jahr 1999 eine Beschwerde gegen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei der Kommission<sup>178</sup> eingereicht hatte, leitete letztere im Jahr 2001 das Verfahren nach Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 17 Beihilfenverfahrens-VO für bestehende Beihilfen ein. Die Kommission kam unter Verweis auf ihre (damalige) Bürgschaftsmittelteilung aus dem Jahr 2000 zum Schluss, dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung als staatliche Bürgschaften einzustufen waren, die den Bürgschaftsschuldner begünstigen. Nach Ansicht der Kommission konnten die Beihilfen auch nicht unter Hinweis auf Art. 106 Abs. 2 AEUV (damals Art. 88 Abs. 2 EGV) gerechtfertigt werden. Insoweit bemängelte die Kommission insbesondere, dass die damalige Bundesregierung nicht dargetan hatte, wie hoch die Kosten der Erledigung der öffentlichen Aufgabe waren und inwieweit diese Kosten durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung kompensiert worden seien.

609 In den folgenden Verhandlungen zwischen der Kommission und Vertretern der Bundesregierung wurden zwei politische Kompromisse (sog. Verständigung I und II) erzielt, die am 27. März 2002 in eine Entscheidung umgestaltet wurden. Es war insbesondere die Verständigung I, die die Abschaffung der Gewährträgerhaftung mit einer Übergangsfrist von vier Jahren regelte.<sup>179</sup> Ferner sollte auch die Anstaltslast so modifiziert werden, dass etwaige Kapitalzuführungen der öffentlichen Hand im Sanierungsfall zuvor der Europäischen Kommission notifiziert und nach den Regeln des EU-Beihilferechts genehmigt werden sollten.

---

<sup>177</sup> IMMENGA/RUDO, 23; MARTIN-EHLERS, 264 unter Verweis auf den Bericht der Wettbewerbsenquôte, BT-Drs. V/3500, abrufbar unter: <<https://dserver.bundestag.de/btd/05/035/0503500.pdf>>.

<sup>178</sup> Vgl. hierzu auch SEIKEL, 129 ff.

<sup>179</sup> Verständigung I vom 17. Juli 2001; als Übergangsmassnahmen wurde beschlossen, dass Verbindlichkeiten, die am 18. Juli 2001, dem Tag der Annahme der Kommissionsempfehlung vom 8. Mai 2001, bestanden, bis zum Ende ihrer Laufzeit von der Gewährträgerhaftung gedeckt waren. Bis zum 18. Juli 2005 galt eine Übergangsregelung, wonach Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bis zu diesem Stichtag beibehalten werden durften. Mit Ende dieser Übergangszeit war jede bis dahin bestehende und nach dem 18. Juli 2001 begründete Verbindlichkeit weiterhin von Gewährträgerhaftung gedeckt, jedoch unter der Bedingung, dass ihre Laufzeit nicht über den 31. Dezember 2015 hinausging; vgl. Europäischen Kommission, Pressemitteilung vom 15. Januar 2003, IP/03/49.

d) Liechtenstein: Staatsgarantie für die Liechtensteinische Landesbank

Schliesslich kann auch ein Beispiel aus dem EWR-Raum herangezogen werden, da die rechtlichen Grundlagen des Art. 107 Abs. 1 AEUV und des Art. 61 Abs. 1 EWR-Vertrag nahezu wortgleich sind und die Argumentation der EFTA-Überwachungsbehörde bei der weiteren Prüfung aufschlussreich sein könnte. 610

Im Fürstentum Liechtenstein stand der Liechtensteinischen Landesbank (LLB) seit ihrer Gründung im Jahre 1861 ebenfalls eine Staatsgarantie zu. Gemäss Art. 5 des Gesetzes über die Liechtensteinische Landesbank haftete das Land Liechtenstein für die Sparguthaben bei der Landesbank und die Kassenobligationen der Landesbank, soweit ihre Mittel nicht ausreichten. Im Jahr 2001 nahm sich die EFTA-Überwachungsbehörde (ESA) der Prüfung an, ob die Staatsgarantie für die LLB mit den staatlichen Beihilferegelungen des EWR-Abkommens vereinbar sei. Im Jahr 2004 wurde Liechtenstein aufgefordert, die nach Ansicht der ESA mit dem EWR-Abkommen nicht zu vereinbarende Staatsgarantie für die LLB abzuschaffen.<sup>180</sup> Im Rahmen weiterer Verhandlungsgespräche konnten Liechtenstein und die ESA eine Einigung dahin erzielen, dass eine EWR-Konformität erreicht würde, wenn die Staatsgarantie nicht mehr unbefristet und nicht mehr unentgeltlich gewährt würde. Das Land Liechtenstein traf daraufhin im Jahr 2005 eine entsprechende Vereinbarung mit der LLB<sup>181</sup> über die Dauer der Staatsgarantie und die entsprechende Abgeltung, welche am 31. Juli 2020 auslief. Eine Verlängerung der Staatsgarantie wäre nochmals möglich gewesen, doch wurde hierauf von Seiten des Fürstentums aus politischen und volkswirtschaftlichen Gründen verzichtet<sup>182</sup> und die Staatsgarantie per 1. Juli 2019 abgeschafft. 611

---

<sup>180</sup> EFTA Surveillance Authority, Decision of 15 December 2004 regarding a State guarantee in favour of Liechtensteinische Landesbank, Case-No. 48084, Dec.-No 385/04/COL, abrufbar unter: <<https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/decision-385-04.pdf>>.

<sup>181</sup> Die Vereinbarung stützt sich auf: 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), Case No: 48084, Event No: 324014, Dec. No: 177/05/COL, abrufbar unter: <<https://www.eftasurv.int/cms/sites/default/files/documents/decision-385-04.pdf>>.

<sup>182</sup> Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Liechtensteinische Landesbank (Abschaffung der Staatsgarantie), BuA.-Nr. 2018/100, abrufbar unter: <<https://bua.regierung.li/BuA/pdfshow.aspx?nr=100&year=2018>>.

612 Die Vereinbarung zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der LLB vom 13. September 2005 enthielt die konkreten Modalitäten für die Berechnung der jährlichen Prämie für die Staatsgarantie. Diese richtete sich nach dem sogenannten Prämienfaktor, multipliziert mit dem Volumen der Sparguthaben und Kassenobligationen der Liechtensteinischen Landesbank AG. Der Prämienfaktor wurde auf Basis versicherungsmathematischer Berechnungen entwickelt.<sup>183</sup> Die Vereinbarung regelte die Abgeltung der Staatsgarantie über den Zeitraum von 15 Jahren bis 2020. 2012 wurde die Abgeltung ausserplanmässig erhöht, da sich die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen nach der Finanzmarktkrise deutlich verändert hatten. In der Folge vereinbarten das Land Liechtenstein und die Liechtensteinische Landesbank AG am 11. September 2012 eine Erhöhung des Prämienfaktors.<sup>184</sup>

## 2. Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV

613 Nach allgemeiner Auffassung ist der Beihilfe-Begriff grundsätzlich weit ausulegen, sodass sämtliche unentgeltliche wirtschaftliche Vorteile unabhängig von der Form der Gewährung darunter zu fassen sind<sup>185</sup>. Hierzu zählen nicht nur zweckgebundene finanzielle Zuwendungen des Staates, also Subventionen i.e.S.,<sup>186</sup> sondern alle Arten unmittelbarer und mittelbarer wirtschaftlicher Förderung, welche die Belastungen verringern, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hätte.<sup>187</sup> Bei der Beurteilung, ob eine staatliche Massnahme als Beihilfe i.S.d. Art. 107 AEUV zu werten ist, kommt es auf den mit einer Leistung jeweils verfolgten Zweck oder die Gründe ihrer Gewährung grundsätzlich

---

<sup>183</sup> Interpellationsbeantwortung der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend Liechtensteinische Landesbank AG, BuA 2014/68 (zit. Interpellationsbeantwortung Liechtenstein), abrufbar unter: <<https://bua.regierung.li/BuA/pdfshow.aspx?nr=68&year=2014>>. Hiernach basierte der Prämienfaktor auf den Berechnungen von Prof. Dr. Markus Fulmek, Wien, im Gutachten vom 3. Mai 2005.

<sup>184</sup> Interpellationsbeantwortung Liechtenstein: Prämienfaktor alt: 0.011863%, Prämienfaktor neu, ab 1.1.2012: 0.036983%.

<sup>185</sup> Geiger/Khan/Kotzur EUV/AEUV-EISENHUT, Art. 107, N 7. Grundlegend dazu EuGH, Urteil vom 23. Februar 1961 in der Rechtssache 30/59, ECLI:EU:C:1961:2 - Bergmannsprämie.

<sup>186</sup> EuGH, Urteil vom 1. Dezember 1998 in der Rechtssache C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579 - Ecotrade.

<sup>187</sup> EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 - SFEI/La Poste, Rz. 58; EuGH, Urteil vom 15. März 1994 in der Rechtssache C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100 - Banco de Crédito Industrial SA, Rz. 13; EuGH, Urteil vom 7. Juni 1988 in der Rechtssache 57/86, ECLI:EU:C:1988:284 - Griechenland/Kommission, Rz. 8; EuGH, Urteil vom 8. November 2001 in der Rechtssache C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598 - Adria-Wien-Pipeline.

nicht an<sup>188</sup> – entscheidend ist allein die einseitig begünstigende Wirkung (Wirkungs-Doktrin).<sup>189</sup> Für die Feststellung, ob eine solche Begünstigung vorliegt, ist wiederum einzig eine wirtschaftliche Betrachtungsweise massgeblich. Bei der hierauf gestützten Prüfung der kantonalen Staatsgarantien wird in einem ersten Schritt das Vorliegen eines geldwerten Vorteils untersucht (s.u. [Teil 2, C.II.2.a\)](#)) und in einem zweiten die marktgerechte Gegenleistung auf Seiten des Empfängers (s.u. [Teil 2, C.II.2.b\)](#)).

a) Geldwerter Vorteil

Die Voraussetzung des «geldwerten Vorteils» ist dann unproblematisch, wenn – wie bei klassischen Subventionen üblich – ein Transfer von Geld oder geldwerten Leistungen vorliegt. Bei der Qualifizierung von Staatsgarantien als staatliche Beihilfen muss dies im Einzelfall geprüft werden. Insofern herrscht Einigkeit zwischen EuGH<sup>190</sup> und Europäischer Kommission<sup>191</sup>, dass sich die Prüfung auf den Grundsatz des marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers stützen muss.

614

aa) Bürgschaftsmittelung der Europäischen Kommission

Bei der Beurteilung der Frage, ob durch die staatlichen Garantien ein Vorteil übertragen wird, greift die Europäische Kommission regelmässig auf ihre Bürgschaftsmittelung<sup>192</sup> zurück. Darin führt die Kommission im Einzelnen aus, wie der wirtschaftliche Vorteil im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV (ehemals Art. 87 Abs. 1 EGV) im Falle von Garantien zu bestimmen ist (vgl. Ziff. 1.2). Insofern bieten staatliche Garantien den Vorteil, dass das Risiko, auf das sich die

615

---

<sup>188</sup> EuGH, Urteil vom 2. Juli 1974 in der Rechtssache 173-73, ECLI:EU:C:1974:71 - Italien/Kommission; EuGH, Urteil vom 24. Februar 1987 in der Rechtssache 310/85, ECLI:EU:C:1987:96 - Deufil, Rz. 8; EuGH, Urteil vom 29. Februar 1996 in der Rechtssache C-56/93, ECLI:EU:C:1996:64 - Belgien/Kommission, Rz. 79; EuGH, Urteil vom 17. Juni 1999 in der Rechtssache C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311 - Belgien/Kommission, Rz. 25.

<sup>189</sup> Vgl. dazu ausführlich MüKo-ARHOLD, Art. 107, N 133 ff.

<sup>190</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294 - Frankreich/Kommission (Stardust).

<sup>191</sup> Europäische Kommission, Bürgschaftsmittelung, 13; ehemals Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften, ABl. C 71 vom 11. März 2000, 14 ff.

<sup>192</sup> Europäische Kommission, Bürgschaftsmittelung.

Garantie bezieht, vom Staat getragen wird. Diese Risikoträgerfunktion sollte normalerweise durch eine angemessene Prämie vergütet werden (vgl. Ziff. 2.1.).<sup>193</sup>

- 616 Die Vorschriften der Kommissionsmitteilung gelten grundsätzlich für alle Garantien, in denen ein Risiko überantwortet wird, unter anderem explizit für «unbeschränkte Garantien» (vgl. Ziff. 1.2.).<sup>194</sup> Zentrales Argument der Kommission ist dabei, dass ein Privatinvestor eine solche Garantie nicht abgeben würde (s.u. [Teil 2, C.II.2.a\)bb](#)). Der geldwerte Vorteil der Garantie liegt entsprechend der Kommissionsmitteilung im Verzicht des Staates auf eine angemessene Prämie (vgl. Ziff. 2.1).<sup>195</sup> Dabei wird die staatliche Beihilfe nicht erst bei Eintritt des Garantiefalles und Inanspruchnahme der Garantie gewährt, sondern bei Gewährung der Garantie, die es dem Unternehmen ermöglicht, günstigere Finanzmittel als am Markt möglich gewesen wäre zu erhalten oder überhaupt an Finanzmittel zu kommen (Ziff. 2.1. i.V.m. 3.1.). Die Feststellung, ob die Prämie angemessen ist, muss den konkreten Merkmalen der Garantie Rechnung tragen (Ziff. 3.2. d) und s.u. [Teil 2, C.II.2.b](#)).

*bb) Private Investor Test*

- 617 Hierauf gestützt werden Zuwendungen an öffentliche Unternehmen durch den (öffentlich-rechtlichen) Eigentümer dann als Beihilfe qualifiziert, wenn ein privater Gesellschafter in einer gleichartigen Situation unter Rentabilitäts Gesichtspunkten und unabhängig von allen sozial- oder regionalpolitischen Erwägungen eine solche Kapitalbeihilfe nicht gewährt hätte<sup>196</sup> (sog. Private

---

<sup>193</sup> Vgl. hierzu auch Europäische Kommission, Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäss Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag, Staatliche Beihilfe C8/2006 (ex N 536/2005), Beihilfe zugunsten der Dornbirner Sparkasse, ABl. C 92 vom 20. April 2006, 4-10, Rz. 35.

<sup>194</sup> Hierauf stützte sich die Kommission insbesondere bei der Prüfung von Staatsgarantien für Banken, vgl. Entscheidung der Kommission vom 21. Oktober 2008 über die staatliche Beihilfe C 35/04 der Republik Ungarn zugunsten der Postabank és Takarékpénztár Rt./Erste Bank Hungary Nyrt., 2009/174/EG, ABl. L 62 vom 6. März 2009, 14. Hier war die Garantie zwar auf fünf Jahre beschränkt, erfasste aber in dieser Zeit alle möglichen Forderungen. Vgl. ebenso für eine unbeschränkte Garantie, Entscheidung der Kommission vom 21. Oktober 2008 über die staatliche Beihilfe C 10/08 (ex NN 7/08), die Deutschland für die Umstrukturierung der IKB Deutsche Industriebank AG gewährt hat, 2009/775/EG, ABl. L 278 vom 23. Oktober 2009, 32 Rz. 71; siehe auch Entscheidung vom 26. Januar 2010, C 56/2007 – Frankreich, La Poste, ABl. L 274 vom 19. Oktober 2010, 1.

<sup>195</sup> Siehe auch EuG, Urteil vom 13. Juni 2000 in der Rechtssache T-204/97 und T-270/97, ECLI:EU:T:2000:148 – EPAC, Rz. 82.

<sup>196</sup> EuGH, Urteil vom 10. Juli 1986 in der Rechtssache 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, Rz. 13; EuGH, Urteil vom 14. September 1994 in der Rechtssache C-42/93, ECLI:EU:C:1994:326. Vgl. auch Nomos EU-Beihilfenrecht-EILMANSBERGER, Art. 107 Abs. 1, N 805.

Investor Test, z.T. auch Private-Guarantor-Test genannt,<sup>197</sup> vgl. hierzu ausführlich oben [N 89 \(erster Teil\)](#)). Die Frage, ob sich der Staat wie ein umsichtiger marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber verhalten hat, ist *ex ante* zu beurteilen,<sup>198</sup> d.h. massgeblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Investitionsentscheidung.

In ihrer Bürgschaftsmitteilung führt die Kommission aus, unter welchen Voraussetzungen sie grundsätzlich davon ausgeht, dass die Garantie Marktkonditionen entspricht, und daher so auch von einem privaten Bürgen gewährt worden wäre (Ziff. 3.2):<sup>199</sup>

618

- a) Der Kreditnehmer befindet sich nicht in finanziellen Schwierigkeiten.
- b) Der Umfang der Garantie kann zum Zeitpunkt ihrer Übernahme ermittelt werden. Dies bedeutet, dass die Garantie an eine bestimmte finanzielle Transaktion geknüpft, auf einen festen Höchstbetrag beschränkt und von begrenzter Laufzeit sein muss.
- c) Die Garantie deckt höchstens 80% des ausstehenden Kreditbetrages oder der sonstigen ausstehenden finanziellen Verpflichtung.
- d) Für die Garantie wird ein marktübliches Entgelt gezahlt.

Es sind eben diese Kriterien, die deutlich machen, dass es für die kantonal gewährten Staatsgarantien, wie sie oben beschrieben wurden, grundsätzlich kein privates Pendant, kein vergleichbares Handlungsinstrument für Private geben kann. Problematisch ist insoweit insbesondere der Umfang der in der Schweiz gewährten Staatsgarantien. Unabhängig von den kantonalen Unterschieden, ist die Staatsgarantie weder auf einen festen Höchstbetrag beschränkt noch von begrenzter Laufzeit. Ferner ist die Beschränkung der Garantie auf höchstens 80% der ausstehenden finanziellen Verpflichtung im Falle der Staatsgarantien grds. nicht explizit formuliert. Eine solche könnte allenfalls implizit im Falle der beschränkten Staatsgarantie nicht ausgeschlossen werden. Schliesslich ist die Frage, ob die von den Kantonalbanken entrichteten Abgeltungen (soweit sie überhaupt vorgeschrieben sind; 3 Kantone verzichten darauf) als «marktübliches Entgelt» zu qualifizieren sind, mehr als fraglich (s.u.). Dies gilt umso mehr, wenn man annimmt, dass private Geldgeber niemals in der Lage wären, eine unbeschränkte Haftung zu verleihen, sodass ohnehin nicht festgestellt werden kann, ob die gewährte öffentliche Haftung durch eine etwaige Gegenleistung der Banken tatsächlich in *marktüblicher* Weise abgegolten

619

---

<sup>197</sup> MüKo-ARHOLD, Art. 107, N 283 ff.

<sup>198</sup> EuGH, Urteil vom 15. Mai 2002, in der Rechtssache C-482/99, Frankreich/Kommission, ECLI:EU:C:2002:294; EISENHUT, Art. 107, N 9; VON FRIESEN, 581 ff.

<sup>199</sup> Vgl. dazu auch MüKo-ARHOLD, Art. 107, N 286.

wird.<sup>200</sup> In diese Richtung geht auch die Argumentation der Kommission im Fall der österreichischen Dornbirner Sparkasse. In ihrer Entscheidung aus dem Jahr 2006 bezweifelt die Kommission, «dass ein privater Garantiegeber bereit wäre, das mit der Massnahme verbundene Risiko zu übernehmen»<sup>201</sup> und «ob überhaupt eine angemessene Vergütung festgelegt werden könnte, da private Garantiegeber nicht bereit wären, ein vergleichbares Risiko einzugehen.»<sup>202</sup> Vorbehaltlich der kantonalen Unterschiede bei Staatsgarantien scheint es auch in der Schweiz zweifelhaft, dass sich ein privater Garantiegeber zu einer so weitreichenden Garantieübernahme entscheiden würde. Es ist folglich davon auszugehen, dass es in ihrer wirtschaftlichen Wirkung, auf die es beihilferechtlich allein ankommt, folglich keine Parallele zur Staatsgarantie für Kantonalbanken bei privaten Investoren gibt. Da sie eine sonst nicht erreichbare Bonität vermittelt, kann der Private-Investor-Test den Subventionscharakter der Staatsgarantie also nicht ausschliessen.

cc) *Wert der Staatsgarantie*

- 620 Im Rahmen der Prüfung, ob in den Staatsgarantien für Kantonalbanken ein geldwerter Vorteil liegt, stellt sich zwangsläufig die Frage nach dem Wert der Staatsgarantie. Eine Annäherung könnte durch die Ermittlung des Finanzierungskostenunterschieds bzw. des Ratings<sup>203</sup> (s.u.) versucht werden. Zudem könnten auch weitere Aspekte, wie etwa das garantiestützte Risikohandeln (Moral Hazard) und die Anwerbung neuer Kunden als (geldwerte) Vorteile (s.u.) berücksichtigt werden.

aaa) *Begünstigung durch Refinanzierungsvorteile*

i) *Rechtsgrundlagen*

- 621 Die Bürgschaftsmittelteilung der Kommission sieht in Ziff. 2.2. den Vorteil einer staatlichen Garantie insbesondere darin, dass das Unternehmen in die Lage versetzt wird, Gelder zu günstigeren finanziellen Konditionen aufzunehmen,

---

<sup>200</sup> VON FRIESEN, 584; vgl. auch GÖTZ/THIELE/LUDWIGS, Rz. 113.

<sup>201</sup> Staatliche Beihilfen – Österreich – Staatliche Beihilfe C8/2006 (ex N 536/2005) – Beihilfe zugunsten der Dornbirner Sparkasse – Aufforderung zur Abgabe einer Stellungnahme gemäss Artikel 88 Absatz 2 EG-Vertrag, ABI C 92 vom 20.4.2006, 4–10, Rz. 36 (zit. Staatliche Beihilfe, Österreich, C8/2006).

<sup>202</sup> Staatliche Beihilfe, Österreich, C8/2006, Rz. 40.

<sup>203</sup> Ratingagenturen (z.B. Moody's, Fitch) bewerten die Kreditwürdigkeit von Unternehmen, Finanzinstituten und Staaten und veröffentlichen regelmässig ihre Einschätzungen.



als sie normalerweise auf den Finanzmärkten verfügbar sind. Dieser sog. Refinanzierungsvorteil spiegelt sich im Banksektor gewöhnlich im Rating durch anerkannte Rating-Agenturen wie Moody's, Fitch oder Standard & Poor's wider.<sup>204</sup> Nach Auffassung der Kommission macht es generell abstrakt für jeden Kreditgeber einen erheblichen Unterschied, wenn das Geld einem Institut zur Verfügung gestellt wird, dessen Verbindlichkeiten garantiert sind.<sup>205</sup> Dies hat die Kommission auch konkret im Fall der deutschen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Landesbanken und Sparkassen so gesehen. Die ihnen gewährte staatliche Haftung eliminiere das Risiko der Bankgläubiger, wodurch sich die Kreditwürdigkeit der öffentlichen Banken erhöhe, was zu geringeren Risikoprämien, günstigeren Bedingungen sowie einer gesteigerten Attraktivität als Geschäftspartner führe, so die Kommission.<sup>206</sup>

Demzufolge könnte davon ausgegangen werden, dass auch die hohen Ratings der Kantonalbanken ihre Refinanzierungskosten reduzieren, sodass die Kantonalbanken in die Lage versetzt werden, ihren Kunden günstige Konditionen einzuräumen. Tatsächlich war man in der Schweiz aber zunächst etwas zurückhaltend, was die Einschätzung der Refinanzierungsvorteile anging. So führte die Kartellkommission in ihrem Bericht 1995 aus, dass «weder die Spargeldzinsen, [...] noch diejenigen der Depositen- und Einlagehefte [...] eindeutige Hinweise auf eine Begünstigung durch die Staatsgarantie bei der Refinanzierung (geben).»<sup>207</sup> Insbesondere der Vergleich mit den Grossbanken zeige nur geringe Unterschiede, weil auch sie über ein gutes Rating verfügten und das ganz ohne Staatsgarantie. Heute wird mehrheitlich die Ansicht vertreten, dass den Kantonalbanken durch den in Aussicht gestellten Rückgriff auf die öffentliche Hand eine hohe Bonität verschafft wird, die sich in entsprechenden Ratings niederschlägt.<sup>208</sup> Insoweit geht man davon aus, «dass das Rating des staatlichen Garantiegebers einen massgebenden Einfluss auf die Höhe des zu zahlenden Risikoaufschlags (Risikospread) durch die unterstützte Bank hat. [...]

622

---

<sup>204</sup> Liegt kein Rating durch eine Rating-Agentur vor, nehmen die Kreditgeber im Allgemeinen selbst eine Risikobewertung ihrer Investition vor.

<sup>205</sup> Staatliche Beihilfe, Österreich, C8/2006, Rz. 45.

<sup>206</sup> Vgl. VÖGELI, 210. In ihrem Non-paper on the treatment of Anstaltslast and Gewährträgerhaftung of public legal form credit institutions in Germany in view of Art. 92 (1) of the treaty, Dezember 1995, 6 ff., 7 f., abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/133302/133302\\_1179280\\_212\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/133302/133302_1179280_212_2.pdf)>, rechnet die Kommission mit einer Zinsreduktion um 0,25%, was bei ausstehenden Obligationen in der Höhe von 10 Mia. Deutscher Mark (DM) einem Finanzierungsvorteil von 250 Mio. DM entspräche. So auch VON FRIESEN, 581 f.

<sup>207</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 83.

<sup>208</sup> Vgl. u.a. BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 58b; VÖGELI, 119 m.w.H.; GEIGER/KRÄUCHLI, 3. Bericht der Kartellkommission 1995, 59.

Die verlangten Risikoprämien reflektieren dabei grösstenteils die Finanzstärke der staatlichen Garantiegeber und nicht jene der Banken. [...] Aufgrund der Staatsgarantie verlangen die Fremdkapitalgeber einen tieferen Risikoaufschlag, somit kann die Kantonalbank zu günstigeren Konditionen Geld aufzunehmen.»<sup>209</sup> Insoweit kommt der Finanzierungsvorteil insbesondere bei der Mittelbeschaffung am Anleihenmarkt und bei der Finanzierung über den Interbankenmarkt (Verpflichtungen gegenüber Banken) zum Tragen.<sup>210</sup>

623 Da nicht alle Kantonalbanken über ein Rating verfügen, wird im Folgenden zwischen Kantonalbanken mit und ohne Rating unterschieden. Bei denjenigen mit Rating wird nochmals zwischen solchen mit Staatsgarantie und ohne unterschieden.

ii) *Rating von Kantonalbanken mit Staatsgarantie*

624 In der Schweiz verfügen derzeit 12 Kantonalbanken über ein Rating,<sup>211</sup> die meisten davon von der Ratingagentur Standard and Poor's. Will man anhand ihrer Ratings den potenziellen Wert einer Staatsgarantie berechnen, müssen zwei Ratingarten gegenübergestellt werden:

- Stand-alone-Rating<sup>212</sup> bewertet die Kreditwürdigkeit der Bank selbst, ohne dabei mögliche externe Hilfen zu berücksichtigen.
- Support Rating<sup>213</sup> bewertet die Kreditwürdigkeit einer Bank unter Berücksichtigung von möglichen externen Hilfen.

Kantonalbanken / andere Banken	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
<b>Kantonalbanken mit Staatsgarantie</b>			
<a href="#">Zürcher Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating <sup>214</sup> (SACP) +3 support	AAA aa-	Aaa	AAA
<a href="#">Basler Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating (SACP) +4 support	AA+ a+		
<a href="#">Schwyzer Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating (SACP) +3 support	AA+ a+		

<sup>209</sup> Vgl. Abgeltung Staatsgarantie der BKB, 1.

<sup>210</sup> So auch Abgeltung Staatsgarantie der BKB, 3.

<sup>211</sup> Stand Juni 2023.

<sup>212</sup> Fitch: Viability Rating (VR) bzw. Moody's: Bank Financial Strength Rating (BFSR).

<sup>213</sup> Fitch: Issuer Rating (IR) bzw. Moody's: Bank Deposit Rating (BDR).

<sup>214</sup> D.h. ohne Berücksichtigung der Staatsgarantie durch den jeweiligen Kanton.

Kantonalbanken / andere Banken	Standard & Poor's	Moody's	Fitch
<a href="#">Aargauische Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating (SACP) +2 support	AA+ a+		
<a href="#">Basellandschaftliche Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating (SACP) +2 support	AA+ a+		
<a href="#">Glarner Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating (SACP) +4 support	AA a-		
<a href="#">St. Galler Kantonalbank</a>		Aa2 Aa1	
<a href="#">Graubündner Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating (SACP) +2 support	AA a+		
<a href="#">Luzerner Kantonalbank</a> Stand-alone-Rating (SACP) +2 support	AA a+		
<b>PostFinance</b>			
<a href="#">PostFinance AG</a>	AA		
<b>Privatbanken</b>			
<a href="#">UBS AG</a>	A+	Aa2	AA-
<a href="#">Credit Suisse AG</a> <sup>215</sup>	A	A2	BBB+
Bank Vontobel AG		Aa3	
<a href="#">LGT Bank AG</a>	A+	Aa2	

Quellen: Websites der Kantonalbanken und <https://www.moneyland.ch/de/bankenrating>.

Die Tabelle zeigt auf, dass die Ratingdifferenzen zwischen der Bewertung der Bank allein (SACP) und der Bank mit staatlicher Unterstützung (support) zwei bis vier Ratingstufen (sog. notches) betragen.<sup>216</sup> Diese Ratingdifferenzen lassen sich in prozentuale jährliche Risikoprämien umrechnen, wobei sie in Basispunkten (Hundertstelprozenten) gemessen werden. Bei den Kantonalbanken setzt man in der Regel pro «notch» 20–40 Basispunkte an.<sup>217</sup> Rechnet man (z.B. für die GLKB) mit einem um 4 «notches» verbesserten Rating und mit pauschal

625

<sup>215</sup> Stand 2022.

<sup>216</sup> So auch LENGWILER/KILCHOER, 5701. So auch Schweizerische Nationalbank, Bericht zur Finanzstabilität 2011, abrufbar unter: <[https://www.snb.ch/de/mmr/reference/stabrep\\_2011/source/stabrep\\_2011.de.pdf](https://www.snb.ch/de/mmr/reference/stabrep_2011/source/stabrep_2011.de.pdf)>.

<sup>217</sup> BASTEN CHRISTOPH/BIRCHLER URS, Gutachten zur Eigentümerstrategie für die Glarner Kantonalbank vom 5. November 2019, 29 (zit. Gutachten zur Eigentümerstrategie), abrufbar unter: <[https://www.gl.ch/public/upload/assets/28662/Gutachten\\_zur\\_Eigentümerstrategie\\_für\\_die\\_Glarner\\_Kantonalba.pdf](https://www.gl.ch/public/upload/assets/28662/Gutachten_zur_Eigentümerstrategie_für_die_Glarner_Kantonalba.pdf)> unter Verweis auf PFAMMATTER.

20-40 Basispunkten pro notch, so beträgt der Kostenvorteil aus der Staatsgarantie 80-160 Basispunkte, d.h. im Mittel jährlich rund einen Prozentpunkt der betroffenen Verbindlichkeiten.<sup>218</sup> Interessanterweise stützen die Ratingagenturen aber ihren «uplift» nicht ausschliesslich auf die Staatsgarantie, sondern berücksichtigen zudem auch die Eigentümerstruktur und die Bedeutung der Bank für die regionale Wirtschaft / für den Kanton.<sup>219</sup> Hinter dem Faktor «Eigentümerstruktur» verbirgt sich die Haftung des Kantons aus seiner Rolle als Mehrheits- oder Alleineigentümer. Mit dem Argument «Bedeutung für die regionale Wirtschaft / für den Kanton» spielt S&P's auf die too-big-to-fail-Problematik bzw. implizite Staatsgarantie an. Auch bei näherer Betrachtung der weiteren S&P's Gutachten für Kantonalbanken lässt sich feststellen, dass der «uplift» zwar niemals allein mit der Staatsgarantie begründet wird, die zusätzlichen Argumente aber in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dieser stehen.

iii) *Rating von Kantonalbanken ohne Staatsgarantie*

- 626 Interessanterweise könnte sich dies auch durch das Rating derjenigen Kantonalbanken ohne Staatsgarantie bestätigen (Kantonalbanken Waadt, BCV und Genf, BCG). Auch ohne Staatsgarantie wird nämlich das stand-alone-Rating der BCV wegen eines allfälligen supports um 3 notches erhöht.

Kantonalbanken / andere Banken	Standard & Poor's	Moody's	ZKB
<b>Kantonalbanken ohne Staatsgarantie</b>			
<a href="#">Banque Cantonale Vaudoise</a> Stand-alone-Rating (SACP) +3 support	AA a	Aa2	
<a href="#">Banque Cantonale de Geneve</a>	AA-		A+ <sup>220</sup>
<a href="#">Berner Kantonalbank</a>		Aa2	AA- <sup>221</sup>

<sup>218</sup> BASTEN/BIRCHLER, Gutachten zur Eigentümerstrategie, 29.

<sup>219</sup> Vgl. hierzu Standard & Poor's Bericht zur ZKB, 2: «ZKB benefits from its existing cantonal guarantee on the bank's unsubordinated obligations, which is stipulated by law, as well as its ownership structure and its importance for Zurich's regional economy. [...] Because of this, we add a three-notch uplift to ZKB's <aa-> SACP to derive the long-term rating», abrufbar unter: <<https://bit.ly/3QtPyOH>>.

<sup>220</sup> ZKB, Swiss Rating Guide 2020, 28.

<sup>221</sup> ZKB, Swiss Rating Guide 2020, 36.

Grund hierfür ist die von den Ratingagenturen erwartete implizite Staatsgarantie. In ihrem Bericht 2020 zur Banque Cantonale Vaudoise (BCV), der zweitgrössten Kantonalbank in der Schweiz, geht S&P's «from a very high likelihood of receiving extraordinary support from the canton if needed» aus. Weiter glaubt S&P's an eine starke und dauerhafte Verbindung zwischen dem Kanton und seiner Kantonalbank, insbesondere weil die Bank als regionale Marktführerin eine bedeutende Rolle spielt.<sup>222</sup> S&P's qualifiziert die Kantonalbank als GRE (government-related entity) und rechnet mit einer zeitnahen und ausreichenden Unterstützung durch den Kanton im Falle einer finanziellen Stresssituation, so wie es der Kanton schon 2001-2003 aufgezeigt habe. Ähnlich sieht es auch die ZKB, die auch von einer gewissen impliziten Unterstützung durch den Kanton ausgeht, der mit 67% die Aktienmehrheit hält. Die ZKB bewertet die Banque Cantonale de Genève (BCGE) mit A obwohl sie nicht von einer expliziten Garantie durch den Kanton Genf profitiert. Dabei geht die ZKB «von einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit einer Unterstützung durch den Kanton aus. Dieser hält 44.3% des Aktienkapitals, die Stadt Genf 20.9% und die Genfer Gemeinden 7.4%. Die BCGE ist für den Wirtschaftsraum Genf und Umgebung als Hypothekergeberin, Spar- und Anlagebank und Partnerin für über 19'300 Unternehmenskunden von sehr hoher Bedeutung»<sup>223</sup>. Schliesslich wird auch bei der Bonitätsbewertung der Berner Kantonalbank durch die ZKB eine implizite Unterstützung durch den Kanton Bern angenommen, sodass dessen Bewertung in diejenige der Kantonalbank einfließt.<sup>224</sup>

627

#### iv) *Kantonalbanken ohne (internationales) Rating*

Eine Vielzahl an Kantonalbanken hat bislang noch kein internationales Rating. In diesem Fall lässt sich noch schwieriger sagen, ob diese eher kleineren, eher regional tätigen öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute bei ihrer Refinanzie-

628

<sup>222</sup> Vgl. S&P's Global Ratings, Banque Cantonale Vaudoise: «We base our view of very high likelihood of extraordinary support on our assessment of BCV's: • Very important role in the local economy, reflecting its public policy role in the canton's economic development and the possibility that a default could damage the canton's reputation; and • Very strong link with the canton. A law passed in March 2010 stipulates that Vaud will keep a majority stake of at least 50% plus one share in the bank. The canton owns 66.95% of BCV. Unlike some other Swiss cantonal banks, however, the bank does not benefit from a cantonal statutory guarantee», abrufbar unter: <<https://www.bcv.ch/en/content/download/22937/353267/version/3/file/SP-18.03.2020.pdf>>.

<sup>223</sup> ZKB, Swiss Rating Guide 2020, 28.

<sup>224</sup> ZKB, Swiss Rating Guide 2020, 36.

zung von einer Staatsgarantie zu profitieren im Stande sind.<sup>225</sup> Hilfreich ist in diesem Fall das (nationale) Rating der ZKB, das eine unmittelbare Verbindung zwischen der Garantie und der Bonität des zusichernden Kantons herstellt.

Kantonalkassen	ZKB - Rating	Argumentation
Kantonalkasse Thurgau	AA+	Die Anleihen der Thurgauer Kantonalkasse (TKB) profitieren von einer Garantie durch den Kanton Thurgau. Das Rating der TKB reflektiert daher unsere Bonitätseinstufung des Kantons, den wir mit AA /stabil bewerten.
Zuger Kantonalkasse	AAA <sup>226</sup>	Die Anleihen der Zuger Kantonalkasse profitieren von einer Garantie durch den Kanton Zug. Das Rating der Zuger Kantonalkasse reflektiert daher unsere Bonitätseinstufung des Kantons, den wir mit AAA/stabil bewerten.

*bbb) Weitere geldwerte Vorteile*

629 Neben den oben beschriebenen Begünstigungen bei der Refinanzierung, wird angenommen, dass sich die Staatsgarantie auch in anderen Bereichen vorteilhaft auswirken könnte.

*i) Moral Hazard*

630 Die Kartellkommission hat schon im Jahr 1995 festgestellt, dass die gesetzliche Zusicherung einer Garantie faktisch zur Folge hat, dass sich eine Kantonalkasse nicht vom Konkurs bedroht fühlt.<sup>227</sup> Insoweit verfügten Kantonalkassen über andere Handlungsanreize als private Geschäftsbanken, die sich tendenziell in der Eingehung grösserer Risiken manifestierten. Umgekehrt haben Schuldner mit einer schlechten Bonität den Anreiz, Banken mit einer höheren Risikobereitschaft zu bevorzugen (adverse Selektion).<sup>228</sup> Auch der Bundesrat hat im Jahr 2017 darauf hingewiesen, dass Staatsgarantien für bestimmte Banken dazu führen können, dass diese höhere Risiken eingehen als ohne eine solche Garantie.<sup>229</sup> In der Praxis ist es aber schwer abzuschätzen, ob die Staatsgarantie kausal für das Risikoverhalten der Kantonalkassen ist. Folglich kann auch

---

<sup>225</sup> VÖGELI, 210.

<sup>226</sup> ZKB, Swiss Rating Guide, 2020, 139.

<sup>227</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 82.

<sup>228</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 82.

<sup>229</sup> Bericht des Bundesrates, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, vom 8. Dezember 2017, 8 f./58 sowie 10 f./58 (ab-rufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/50761.pdf>>).

heute – wie schon 1995 von der Kartellkommission – «nicht beurteilt werden, wie sich die Staatsgarantie in quantitativer Hinsicht auf die Kreditgewährung auswirkt».<sup>230</sup>

ii) *Kundenwerbung / Kundenvertrauen*

Schliesslich ist die Einstandspflicht des öffentlichen Trägers mit seiner unvergleichbaren Bonität ein für das Geschäftsleben relevanter vorteilhafter Umstand, mit dem die Kantonalbanken auch gegenüber der Kundschaft werben können.<sup>231</sup> Insbesondere Kunden, die dem Faktor Sicherheit wesentliches Gewicht beimessen, könnten bereit sein, dies mit einem Zinsabschlag zu kompensieren.<sup>232</sup> Darüber hinaus könnten die Kantonalbanken auch von einem höheren Kundenvertrauen profitieren, da sie insbesondere in Krisenzeiten von Mittelabflüssen verschont werden respektive von einem Mittelzufluss seitens Konkurrenzbanken profitieren. Dies führt zu einer Wertsteigerung dank eines höheren Geschäftsvolumens, einer besseren Ertragslage sowie einer grösseren Stabilität der Bank.<sup>233</sup> Das (finanzielle) Ausmass ist hingegen schwer zu berechnen und könnte möglicherweise sehr gering ausfallen.<sup>234</sup>

631

ccc) *Zwischenergebnis*

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird zunehmend die Ansicht vertreten, dass die gesetzlich zugesicherte Staatsgarantie bei den meisten Kantonalbanken zu einem um mehrere «notches» verbesserten Rating führt, was wiederum die Refinanzierung erleichtert und die entsprechenden Kosten für die Kantonalbanken senkt. Darin wäre eine Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu sehen.

632

Betrachtet man die Argumentation der beauftragten Ratingagenturen genauer, fällt auf, dass diese zwar bei allen Kantonalbanken mit einer sehr hohen Wahrscheinlichkeit von finanzieller Unterstützung rechnen, diese aber niemals allein auf die Staatsgarantie stützen, sondern hierneben immer auch die Eigentümerstrukturen (Mehrheits- oder Alleineigentümerstellung des Kantons) und die Bedeutung der Kantonalbank für den jeweiligen Kanton (too-big-to-fail)

633

---

<sup>230</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 82.

<sup>231</sup> KRUSE, 725.

<sup>232</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 83.

<sup>233</sup> Vgl. so für die Aargauer Kantonalbank, Botschaft an den Grossen Rat 19.233, 22.

<sup>234</sup> Bericht der Kartellkommission 1995, 83 unter Verweis auf Marketingumfragen aus dem Jahr 1988: es gaben nur 3% der befragten Firmen an, dass die Staatsgarantie eine Rolle bei der Wahl ihrer Hauptbank spielt.

erwähnen. Prüfungsgegenstand hier ist gleichwohl lediglich die gesetzlich normierte Staatsgarantie, sodass ihre explizite Benennung als Grund für den uplift mit dem daraus resultierenden Refinanzierungsvorteil in Verbindung gebracht werden kann. Letztlich trägt diese Mischargumentation der Ratingagenturen dazu bei, dass die finanzielle Höhe des geldwerten Vorteils schwer zu bestimmen ist, denn der uplift von 2-4 notches wird niemals einzig auf die Staatsgarantie gestützt. Die konkrete Bezifferung gilt auch sonst als äusserst schwierig,<sup>235</sup> da sich der Wert im Kapitalmarkt «insbesondere durch das Rating der Bank, dasjenige des Kantons und die allgemeine Wirtschaftslage»<sup>236</sup> bestimmt; Faktoren, die für gewöhnlich starken Schwankungen ausgesetzt sind. Ob auch die erhöhte Risikobereitschaft (moral hazard) oder die potentiell bessere Kundenwerbung ebenfalls zu einer bezifferbaren Ausweitung des Geschäftsvolumens führen, wird in der Praxis kaum zu klären sein.<sup>237</sup>

b) Angemessene Gegenleistung

- 634 Ein weiteres Tatbestandsmerkmal der Beihilfe ist ihre Einseitigkeit, also die fehlende marktübliche Gegenleistung der Begünstigten.<sup>238</sup> Allein aus dem Vorliegen eines durch die öffentliche Hand gewährten, wirtschaftlichen Vorteils kann noch nicht auf das Bestehen einer Beihilfe geschlossen werden. Vielmehr ist für die Annahme einer Beihilfe entscheidend, dass die Leistung des Staates nicht durch eine angemessene, marktübliche Gegenleistung des Begünstigten ausgeglichen wird; der Austausch der Leistungen darf sich nicht als ein normaler wirtschaftlicher Vorgang darstellen.<sup>239</sup> Die Kommission führt in ihrer Bürgschaftsmitteilung dazu aus, dass dann von einer «angemessenen Gegenleistung» ausgegangen werden kann, wenn das Entgelt «mindestens der entsprechenden, als Vergleichsmaßstab dienenden Garantieprämie auf den Finanzmärkten entspricht [...]». Lässt sich – wie im Fall der kantonalen Staatsgarantie – «auf den Finanzmärkten keine entsprechende Garantieprämie als Vergleichsmaßstab finden, so sind die gesamten Finanzierungskosten [...] mit dem marktüblichen Entgelt für einen vergleichbaren nicht garantierten Kredit zu vergleichen.» (Ziff. 3.2. d)).

---

<sup>235</sup> BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, 93 ff.

<sup>236</sup> BAUMANN, Wettbewerbsverzerrungen, 93 ff.

<sup>237</sup> KRUSE, 725.

<sup>238</sup> EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, SFEI/La Poste, Rz. 60 ff.

<sup>239</sup> VON FRIESEN, 582.



Wie bereits oben ([Teil 2, C.I.5.](#)) aufgezeigt, leisten 18 Kantonalbanken Abgeltungszahlungen an ihre Kantone, sodass zu prüfen ist, ob es sich dabei um eine angemessene, marktübliche Gegenleistung für die gewährte Staatsgarantie handeln könnte. Darüber hinaus wird zum Teil die Ansicht vertreten, die Staatsgarantie sei ihrerseits eine Gegenleistung für die von den Kantonalbanken erbrachten allgemeinerwirtschaftlichen Dienstleistungen. Insofern werden im Folgenden zwei Fragenkreise zu unterscheiden sein: aa) handelt es sich bei den unterschiedlichen Abgeltungsvarianten um angemessene Gegenleistungen und bb) werden allenfalls Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse («DAWI») erbracht, für die die Begünstigung eine Gegenleistung darstellt.

635

*aa) Abgeltungszahlungen und bisherige Präzedenzfälle*

Fraglich ist, ob die von 18 Kantonalbanken zu zahlenden Abgeltungsleistungen als «angemessene Gegenleistung» für die vom Kanton gewährte Staatsgarantie betrachtet werden können. Wie bereits oben gesehen, gibt es für die Berechnung der Höhe der Abgeltung für die Staatsgarantie «keine allgemein anwendbaren Formeln».<sup>240</sup> Die bereits ausführlich vorgestellten Abgeltungsmodelle sind teilweise substanzbezogen, erfolgsbezogen, eine Mischung der vorgenannten Methoden oder kostenvorteilsbezogen.<sup>241</sup> Bezüglich der Frage, ob es sich um eine «angemessene Gegenleistung» im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt, konnten bislang keine Berechnungen gefunden werden, die die «Angemessenheit» der Abgeltungsleistungen als Gegenleistung für die gewährten Prämien bestätigen oder verneinen. Da sowohl die Ausgestaltung der Staatsgarantie als auch das gewählte Abgeltungsmodell von Kanton zu Kanton divergieren, müsste diese Frage grundsätzlich für jeden Kanton einzeln angesehen werden.

636

Gleichwohl können an dieser Stelle aber einige Beobachtungen anhand der Präzedenzfälle aus dem Ausland einfließen. So zeigt etwa das Beispiel des Fürstentums Liechtenstein und der dortigen Liechtensteinischen Landesbank AG (LLB), dass es Abgeltungsmodelle geben kann, die explizit von der zuständigen Kontrollinstanz genehmigt werden. So hatte die EFTA-Überwachungs-

637

---

<sup>240</sup> Interpellationsbeantwortung Liechtenstein, 9 f.

<sup>241</sup> Interpellationsbeantwortung Liechtenstein, 9 f.

behörde im Juli 2005 entschieden,<sup>242</sup> dass die der Liechtensteinischen Landesbank AG von Gesetzes wegen gewährte Staatsgarantie bestehen bleiben kann, weil im Gegenzug eine «angemessene Prämie» («adequate premium»)<sup>243</sup> zugunsten des Staatshaushaltes erbracht wird, die auf einer realistischen Risikobewertung basiere. Die als «angemessen» qualifizierte Prämie richtete sich nach dem sogenannten Prämienfaktor<sup>244</sup>, multipliziert mit dem Volumen der Sparguthaben und Kassenobligationen der Liechtensteinischen Landesbank AG. Berücksichtigt wurden dabei die mit der Staatsgarantie verbundenen Kreditrisiken, der zu erwartende Verlust sowie eine Bewertung dieses Verlustrisikos unter Berücksichtigung des Zinsumfelds.<sup>245</sup> Die EFTA-Überwachungsbehörde kam zum Schluss, sie habe keinen Grund, die Risikobewertung des Sachverständigen oder die Berechnung der angemessenen Prämie infrage zu stellen. Darüber hinaus hob die EFTA-Überwachungsbehörde die jährliche Anpassung der Prämie als weiteres positives Merkmal hervor.

- 638 Auch wenn die Abgeltungsregimes in der Schweiz sehr unterschiedlich sind, könnte ein Vergleich anhand der Gewichtung der Bilanzpositionen versucht werden.<sup>246</sup> Die von der Staatsgarantie umfassten Einlagen bei der Liechtensteinischen Landesbank AG beliefen sich Ende 2013 auf CHF 3.9 Mrd. und die dafür gezahlte Abgeltung betrug CHF 1'436'000. Das macht 0.037% aus.

---

<sup>242</sup> 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), Case No: 48084, Event No: 324014, Dec. No: 177/05/COL, abrufbar unter: <<https://www.efta-surv.int/cms/sites/default/files/documents/decision-176-05-COL.pdf>>. Mit dieser Vereinbarung wird die Konformität mit den staatlichen Beihilfen, Vorschriften gemäss Artikel 61 des EWR-Abkommens, hergestellt.

<sup>243</sup> 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), Case No: 48084, Event No: 324014, Dec. No: 177/05/COL, 8.

<sup>244</sup> Der Prämienfaktor wurde von Prof. Dr. Markus Fulmek, Wien, im Gutachten vom 3. Mai 2005 auf Basis versicherungsmathematischer Berechnungen entwickelt.

<sup>245</sup> Interpellationsbeantwortung Liechtenstein, 14. Der Prämienfaktor und die weiteren Modalitäten wurden in der vorgenannten Vereinbarung vom 13. September 2005 zwischen dem Land und der LLB festgelegt. Ursprünglicher Prämienfaktor alt: 0.011863%, ab dem 1.1.2012 angepasster Prämienfaktor: 0.036983%.

<sup>246</sup> Interpellationsbeantwortung Liechtenstein, 9 f.

Per 31. Dezember 2013	Von Staatsgarantie umfasste Verbindlichkeiten (in Mio. CHF)	Abgeltung (in Mio. CHF)	Abgeltung im Verhältnis zu von Staatsgarantie umfassten Verbindlichkeiten (in %)
Graubündner Kantonalbank	17'598	2.6	0.015
Luzerner Kantonalbank	26'259	6.4	0.024
Thurgauer Kantonalbank	16'911	5.7	0.034
St. Galler Kantonalbank	24'942	7.6	0.030
Liechtensteinische Landesbank	3'890	1.4	0.037

Quelle: Interpellationsbeantwortung Liechtenstein, 15.

Auch wenn die Gegenüberstellung nicht abschliessend und auch schon nicht mehr ganz so aktuell ist, zeigt sie gleichwohl das Spektrum, in dem sich die Abgeltungszahlungen einiger Kantone bewegen auf und hilft diejenigen Abgeltungskonstrukte ausfindig zu machen, die sich eher am unteren Rand bewegen und somit eventuell als nicht ausreichend qualifiziert werden könnten (z.B. Kantonalbank Graubünden). Bezüglich der restlichen Kantonalbanken liegen ähnliche Erhebungen nicht vor.<sup>247</sup>

639

Ein Beispiel für eine von der Kommission als «nicht angemessen» qualifizierte Abgeltung ist die «Dornbirner Sparkasse» in Österreich. In der hierzu ergangenen Entscheidung setzte sich die Kommission mit einem Modell einer Haftungsprämie für eine Bankengarantie auseinander. Österreich vertrat die Ansicht, dass die Haftungsprämie in Höhe von 0,03% p.a. marktkonform sei und stützte sich dabei auf ein Sachverständigengutachten. Nach Auffassung der Kommission, berücksichtigte das Modell aber nur den Vorteil der Garantie als Insolvenzversicherung, nicht aber, dass eine solche Garantie der Bank einen Refinanzierungsvorteil und sonstige Vergünstigungen bietet.<sup>248</sup> Ein Vergleich

640

<sup>247</sup> Hinsichtlich der Genfer Kantonalbank ist bekannt, dass sie – bis zur Abschaffung der Staatsgarantie – eine jährliche Abgeltung von 0.081% der garantierten Einlagen an den Kanton Genf zahlte, abrufbar unter: <<https://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL10695.pdf>>.

<sup>248</sup> Staatliche Beihilfe, Österreich, C8/2006, ABl C 92, Rz. 48.

mit Deutschland ist nicht möglich, da es bei den Landesbanken und Sparkassen keine vergleichbaren Abgeltungszahlungen für die Anstaltslast und Gewährträgerhaftung gab.<sup>249</sup>

641 Die beiden Beispiele aus Liechtenstein und Österreich aber zeigen einen groben Rahmen auf, innerhalb dessen sich das Spektrum für angemessen erachteter Abgeltungszahlungen erstreckt. Die Beantwortung der Frage nach der Angemessenheit der Abgeltungszahlung als Gegenleistung muss hingegen für jeden Kanton individuell erfolgen.

*bb) Ausgleich der Kosten für DAWI*

642 Unabhängig von der Entscheidung, ob die geleisteten Abgeltungen als angemessene Gegenleistung einzustufen sind oder nicht, könnte eine Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dann verneint werden, wenn die gewährten Vorteile selbst als Gegenleistung für die Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (DAWI) erbracht würden.

643 Massgeblich und richtungsweisend ist insoweit die sog. Altmark-Trans Entscheidung<sup>250</sup> des EuGH aus dem Jahr 2003 (vgl. hierzu ausführlich [Teil 1, N 78 ff.](#)). Darin hatte der Gerichtshof entschieden, dass eine staatliche Massnahme dann nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV fällt, wenn sie als Ausgleich für Leistungen anzusehen ist, die zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden, so dass die Unternehmen in Wirklichkeit keinen finanziellen Vorteil erhalten und die genannte Massnahme somit nicht bewirkt, dass sie gegenüber den mit ihnen im Wettbewerb stehenden Unternehmen in eine günstigere Wettbewerbsstellung gelangen. Der EuGH entwickelte folgende Voraussetzungen:

1. Betrauung mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen und klare Vorabdefinition;
2. Objektive und transparente Aufstellung der Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird;
3. Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zu decken

---

<sup>249</sup> Vgl. hierzu Non-paper on the treatment of Anstaltslast and Gewährträgerhaftung of public legal form credit institutions in Germany in view of Art. 92 (1) of the treaty, Dezember 1995, 6 ff.; VON FRIESEN, 582.

<sup>250</sup> EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, in der Rechtssache C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415 - Altmark Trans GmbH.

4. Auswahl des Unternehmens per Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge oder Analyse der Kosten, die ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen hätte.<sup>251</sup>

Ausgleichszahlungen, die diese sog. *Altmark-Kriterien kumulativ* erfüllen, fallen nicht unter Art. 107 Abs. 1 AEUV. Wenn dagegen nur eines dieser Kriterien nicht erfüllt ist, liegt vermutlich ein wirtschaftlicher Vorteil vor. Insofern sind weder die Kommission noch die Gerichte gezwungen, auch die anderen *Altmark-Kriterien* durchzuprüfen, soweit sie bereits festgestellt haben, dass ein Kriterium nicht erfüllt ist.<sup>252</sup> Für die Europäische Kommission scheint das letzte Kriterium zentral zu sein. So verneint die Kommission regelmässig die Beihilfenfreiheit mangels Erfüllung des vierten *Altmark Trans-Kriteriums*, weil der *Universaldienstleister* nicht im Wege einer Ausschreibung ausgewählt wurde und nicht nachgewiesen werden konnte, dass seine Kosten denen eines durchschnittlichen, gut geführten und mit angemessenen Mitteln ausgestatteten Unternehmens entsprachen.<sup>253</sup> Dies wäre auch im Falle einer Prüfung der Staatsgarantien für Kantonalbanken einschlägig. Jedenfalls wurden keine öffentlichen Vergabeverfahren durchgeführt und es scheint darüber hinaus sehr unwahrscheinlich, dass nachgewiesen werden kann, «dass die Höhe des Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten bestimmt worden ist, die ein durchschnittliches, gut geführtes und angemessen ausgestattetes Unternehmen bei der Erfüllung der verlangten Gemeinwohlverpflichtungen bestritten hätte.»<sup>254</sup>

644

---

<sup>251</sup> Streinz EUV/AEUV-KÜHLING, Art. 107, N 50.

<sup>252</sup> MüKo-ARHOLD, Art. 107, N 370.

<sup>253</sup> MüKo-ROSENFELD, Teil 9, B. Post, N 158 unter Verweis auf Europäische Kommission, Beschluss vom 25. Januar 2012 über die Maßnahme C 36/07 (ex NN 25/07) Deutschlands zugunsten der Deutschen Post AG (Bekanntgegeben unter Aktenzeichen C(2012) 184), ABl L 289 vom 19. Oktober 2012, Rz. 424; Europäische Kommission, Beschluss 2012/321/EU vom 25. Januar 2012 über die Massnahme SA.14588 (C 20/09) Belgiens zugunsten von De Post – La Poste, Aktenzeichen C(2012) 178, ABl L 170 vom 29. Juni 2012, 1 ff., Rz. 194. In diesem Fall könnte aber Art. 106 Abs. 2 AEUV zur Rechtfertigung herangezogen werden, weil zwar das vierte Kriterium nicht eingehalten ist, aber eine Überkompensation im konkreten Fall ausgeschlossen werden kann.

<sup>254</sup> Europäische Kommission, Beschluss 2012/321/EU vom 25. Januar 2012 über die Massnahme SA.14588 (C 20/09) Belgiens zugunsten von De Post – La Poste, Aktenzeichen C(2012) 178, ABl L 170, vom 29. Juni 2012, 1-44, Rz. 194.

c) Zwischenergebnis

645 Insgesamt kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass es sehr wahrscheinlich ist, dass eine «Begünstigung» im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV angenommen werden kann. Durch das bei etwa der Hälfte der Kantonalbanken verbesserte Rating kann zunächst ein wirtschaftlicher Refinanzierungsvorteil angenommen werden, dessen konkrete Berechnung aber aufgrund der Mischargumentation der Ratingagenturen schwierig ist. Hinsichtlich der Frage nach der «angemessenen Gegenleistung» müsste je nach Staatsgarantie- und Abgeltungsmodell eine individuelle Analyse durchgeführt werden. Insgesamt ist aber davon auszugehen, dass viele der geleisteten Abgeltungen nicht als «angemessen» qualifiziert werden dürften. Bei den drei Kantonalbanken, die keine Abgeltung zahlen, scheidet eine «angemessene Gegenleistung» von vornherein aus. Schliesslich kann eine Begünstigung auch nicht aufgrund der Altmark-Trans-Kriterien verneint werden.

### 3. Selektivität und Wettbewerbsverfälschung

646 Gemäss Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt eine Beihilfe dann vor, wenn bestimmte Unternehmen begünstigt werden. Dies gilt gem. Art. 106 Abs. 1 AEUV insbesondere auch für öffentliche Unternehmen. Kantonale Banken bieten gewerbsmässig Bankdienstleistungen an und sind somit wirtschaftlich tätige Unternehmen im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV. Indem die Staatsgarantie nur den Kantonalbanken und nicht sämtlichen Banken zur Verfügung steht, liegt auch eine Begünstigung *bestimmter* Unternehmen vor.

647 Ziel der Vorschrift des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist es, Wettbewerbsverzerrungen in jeder Form zu vermeiden, so dass der Begriff «Verfälschung» in Art. 107 Abs. 1 AEUV extensiv zu verstehen ist.<sup>255</sup> Eine Wettbewerbsverfälschung liegt vor, wenn die Beihilfe den Ablauf des Wettbewerbs verändert.<sup>256</sup> Dies ist meistens dann der Fall, wenn die Beihilfe die Position des begünstigten Unternehmens gegenüber anderen verstärkt. Zu berücksichtigen sind dabei die aktuellen und die potentiellen Wettbewerber, der Substitutionswettbewerb sowie der durch die Beihilfe ausgelöste erschwerte Marktzutritt für neue Unternehmen. Eine Wettbewerbsverfälschung kann in zwei Formen auftreten: Entweder können die Beziehungen der nationalen Unternehmen untereinander oder die Beziehungen der nationalen Unternehmen zu ihren Konkurrenten in den

---

<sup>255</sup> VON WALLENBERG/SCHÜTTE, Art. 107, Rz. 66.

<sup>256</sup> VON WALLENBERG/SCHÜTTE, Art. 107, Rz. 68.

anderen Mitgliedstaaten betroffen sein.<sup>257</sup> In der Literatur wird immer betont, dass die Beihilfe den Wettbewerb nicht tatsächlich verfälschen muss, sondern vielmehr schon die Möglichkeit ausreicht, dass die Wettbewerbsverfälschung eintritt. Hierfür muss die Wettbewerbsverfälschung aber konkret, gegenwärtig und nicht ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen. Auch bedarf es zwischen der gewährten Beihilfe und der dadurch drohenden bzw. eingetretenen Wettbewerbsverfälschung eines Kausalzusammenhangs.<sup>258</sup> In der Praxis wird diese Voraussetzung als gegeben betrachtet, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>259</sup> Vorliegend wurde bereits festgestellt, dass die einzig den Kantonalbanken gewährte Staatsgarantie einen selektiven, wirtschaftlichen Vorteil von Seiten der Kantone darstellt. Die wettbewerbsverzerrende Wirkung der Staatsgarantien für Kantonalbanken ergibt sich damit insbesondere daraus, dass diese durch die erleichterte Refinanzierung auf dem internationalen Finanzmarkt (s.o.) einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten ohne staatliche Zusicherung und ohne entsprechende Versicherungsmöglichkeiten haben.<sup>260</sup>

#### 4. Zwischenstaatlichkeitsklausel

Eine weitere Voraussetzung des Art. 107 Abs. 1 AEUV ist, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, wobei nicht nur der Waren-, sondern auch der Dienstleistungsverkehr erfasst ist. Nach Auffassung des EuGH ist der europäische Handel immer dann beeinträchtigt, wenn eine Beihilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern im Binnenmarkt stärkt.<sup>261</sup> Die Rechtsprechung geht bereits dann vom Vorliegen der Zwischenstaatlichkeit aus, wenn durch den Vorteil zugunsten des Unternehmens zukünftige Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel ledig-

648

---

<sup>257</sup> VON WALLENBERG/SCHÜTTE, Art. 107, Rz. 68.

<sup>258</sup> VON WALLENBERG/SCHÜTTE, Art. 107, Rz. 69.

<sup>259</sup> SCHIRMER, 13.

<sup>260</sup> Vgl. zur «stark wettbewerbsverzerrende Wirkung» der Staatsgarantie auch Sethe, FN I; vgl. auch ARPAGAU/STALDER/WERLEN, Rz. 70.

<sup>261</sup> EuG, Urteil vom 9. September 2009 in den Rechtssachen T-227-229/01, T-265/01, T-266/01 und T-270/01, ECLI:EU:T:2009:315, Rz. 142 ff.; EuGH, Urteil vom 12. Dezember 1967 in der Rechtssache 23/67, ECLI:EU:C:1967:54 - Heacht I; EuGH, Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, ECLI:EU:C:1980:209 - Philip Morris, Rz. 11; EuGH, Urteil vom 22. November 2001 in der Rechtssache C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627 - Ferring, Rz. 21; EuGH, Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-372/97, ECLI:EU:C:2004:234 - Italien/Kommission, Rz. 52.

lich möglich erscheinen<sup>262</sup> (es braucht also keine dezidierte Prüfung dieses Merkmals einschliesslich seiner Spürbarkeit). Daher ist kein Erfordernis, dass der Empfänger unmittelbar am grenzübergreifenden Handel teilnimmt; es reicht, dass einem ausländischen Unternehmen der Markteintritt erschwert wird.<sup>263</sup>

- 649 Fraglich ist, ob die Zwischenstaatlichkeitsklausel im Fall der Kantonalbanken bejaht werden kann. Insoweit gilt es zu berücksichtigen, dass sich jedenfalls die grossen Kantonalbanken auf dem internationalen Markt refinanzieren und insoweit auch am internationalen Handel teilnehmen. Doch auch für die restlichen Kantonalbanken, die ihre Geschäftstätigkeit rein inländisch ausrichten, gilt dies nicht als Ausschlusskriterium für die Anwendung der EU-Wettbewerbsregeln, da die Teilnahme des Beihilfeempfängers selbst am grenzüberschreitenden Handel nicht erforderlich ist, sondern auf die erschwerten Marktzutrittschancen der Wettbewerber abzustellen ist.<sup>264</sup> Die Gewährung von Staatsgarantien ausschliesslich für die schweizerischen Kantonalbanken könnte es für den ausländischen Wettbewerber schwerer machen, auf dem nationalen schweizerischen Bankenplatz Fuss zu fassen. Insoweit ist auch der Blick zur Entscheidung der Kommission im Fall der deutschen Sparkassen hilfreich. Zwar vertrat auch die damalige EG-Kommission zwischenzeitlich die Ansicht, lokal tätige Sparkassen fielen «im Prinzip von vornherein» nicht unter Art. 87 Abs. 1 EGV.<sup>265</sup> Im Laufe des Verfahrens änderte die Kommission aber ihre Meinung und vertrat schon 2001 die Ansicht, dass Beihilfen an Sparkassen eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung seien.<sup>266</sup> Fraglich wäre schliesslich, ob die Kantonalbanken überhaupt in Konkurrenz zu ausländi-

---

<sup>262</sup> EuG, Urteil vom 23. November 2006 in der Rechtssache T-217/02, ECLI:EU:T:2006:361 – Ter Lembeek/Kommission, Rz. 181; EuGH, Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, Rz. 11 – Philip Morris; vgl. dazu auch Nomos EU-Kommentar-BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107, N 14; Streinz-KOENIG/FÖRTSCH, Art. 107, N 111.

<sup>263</sup> EuGH, Urteil vom 14. Januar 2015 in der Rechtssache C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9 – Eventech, Rz. 67; EuGH, Urteil vom 8. Mai 2013 in den verbundenen Rechtssachen C-197/11 und C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288 – Libert u.a, Rz. 78; EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rz. 78 – Altmark Trans.

<sup>264</sup> EuGH, Urteil vom 13. Juli 1988 in der Rechtssache 102/87, ECLI:EU:C:1988:391, Rz. 19. Vgl. auch BSK BankG-STRASSER, Art. 3a, N 68.

<sup>265</sup> Europäische Kommission, Bericht über Dienstleistungen von allgemeinem Interesse im Bankensektor vom 17. Juni 1998, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/studies\\_reports/archive/report\\_bank\\_en.html](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/archive/report_bank_en.html)>.

<sup>266</sup> Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/01/119 vom 26. Januar 2001, Kommission unterrichtet Deutschland über ihre Haltung in der Frage der Haftungsverpflichtungen für öffentlich-rechtliche Banken und IP/01/187 vom 9. Februar 2001, Kommission beginnt gezielte Gespräche mit den deutschen Vertretern über die Garantien für öffentliche Banken.



schen Banken stehen, d.h. ob es theoretisch ausländische Banken gibt, die Bankdienstleistungen auf dem Gebiet der jeweiligen Kantone anbieten wollen. Da dies aber nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann, muss an dieser Stelle mit dem EuGH angenommen werden, dass die Marktzutrittschancen für ausländische Wettbewerber zumindest «verringert» werden, sodass die Zwischenstaatlichkeitsklausel bejaht werden müsste.

## 5. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse

Da die Gewährung einer Staatsgarantie als Beihilfe qualifiziert werden könnte, muss die Vereinbarkeit dieser Massnahme mit dem Binnenmarkt geprüft werden. Eine Vereinbarkeit kommt insbesondere dann in Betracht, wenn Art. 106 Abs. 2 AEUV einschlägig wäre. Hiernach gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind [...], die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. So stellen diejenigen staatlichen Massnahmen keine Beihilfen dar, die einem Unternehmen einen bei Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe entstehenden Nachteil ausgleichen.<sup>267</sup> Gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs und der Praxis der Kommission bedeutet dies, dass eine staatliche Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar gelten kann, wenn die erbrachte Dienstleistung die Merkmale einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse auf (DAWI) aufweist, wenn das begünstigte Unternehmen vom Staat zur Erbringung dieser DAWI beauftragt wurde, wenn die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit gewährt sind, und wenn die Entwicklung des Handels nicht in einem den Interessen der Union zuwiderlaufenden Masse beeinträchtigt wird.

650

### a) DAWI-Definition

Bislang existiert weder im Primär- noch im Sekundärrecht eine Legaldefinition für die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Einigkeit herrscht darüber, dass es sich dabei um Dienstleistung zum Wohle der Bürger

651

---

<sup>267</sup> Geiger/Khan/Kotzur EUV/AEUV-EISENHUT, Art. 107, N 8. Vgl. etwa im öffentlichen Personennahverkehr, EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003 in der Rechtssache C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, Rz. 78 – Altmark Trans; aber auch EuG, Urteil vom 26. November 2015 in der Rechtssache T-461/13, ECLI:EU:T:2015:891.

oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes handelt,<sup>268</sup> wobei es unerheblich ist, wenn die Dienstleistung nur einem Teil der Bevölkerung erbracht wird oder nicht in Anspruch genommen wird.<sup>269</sup> Bei der Bestimmung der DAWI wird den Mitgliedstaaten erhebliche *Gestaltungsfreiheit* zugesprochen, solange sie zum Ausdruck bringen, dass an der Erbringung dieser Leistung ein besonderes Interesse besteht, welches diese von sonstigen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens unterscheidet.<sup>270</sup> Weiter heisst es in Art. 106 Abs. 2 AEUV, dass den Unternehmen die «Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe» nicht unmöglich gemacht werden darf. Eben diese Formulierung macht deutlich, dass es sich um eine Dienstleistung handeln muss, die die im Wettbewerb stehenden Unternehmen nicht schon typischerweise übernehmen. Hieraus folgt, dass sich DAWI insoweit von normalen Dienstleistungen unterscheiden, als sie in den Augen des Staates auch dann erbracht werden müssen, wenn der Markt unter Umständen nicht genügend Anreize dafür gibt.<sup>271</sup> Insoweit werden die Unternehmen dann durch den Betrauungsakt gezwungen, die darin festgelegte Zwecksetzung umzusetzen und zwar auch dann, wenn dies aus rein privatwirtschaftlichen Aspekten dem eigenen Interesse des Unternehmens zuwiderliefe.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, 4 ff., Rz. 50.

<sup>269</sup> Geiger/Khan/Kotzur EUV/AEUV-KHAN/SUH, Art. 106, N 13. Beispiele hierfür sind insbesondere bestimmte Leistungen der grossen netzgebundenen Wirtschaftszweige, wie Verkehrs-, Energieversorgungs- und Telekommunikationsdienste. Auch die Europäische Kommission hat im Jahr 2011 eine Definition formuliert, wonach *Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse* als «wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden.» beschrieben werden. Weiter führt die Kommission aus, dass die «Gemeinwohlverpflichtung [...] dem Leistungserbringer im Wege eines Auftrags auferlegt (wird), der eine Gemeinwohlkomponente enthält, sodass sichergestellt ist, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die es dem Leistungserbringer ermöglichen, seinen Auftrag zu erfüllen.», Europäische Kommission, Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM (2011) 900 endg. vom 20. Dezember 2011, 4.

<sup>270</sup> So MüKo-WOLF, Teil 3, N 31.

<sup>271</sup> Europäische Kommission, Mitteilung, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 2001/C 17/04, ABl. 2001 C 17, 4 ff., 7; vgl. auch Geiger/Khan/Kotzur EUV/AEUV-KHAN/SUH, Art. 106, N 15 m.w.N.

<sup>272</sup> Nomos EU-Kommentar-VOET VAN VORMIZEELE, Art. 106, N 65.

Grundsätzlich gelten die Grundsätze für die Beurteilung von Aufgaben im allgemeinem wirtschaftlichen Interesse für alle Wirtschaftszweige, folglich auch für das Kreditgewerbe.<sup>273</sup> Für Bankdienstleistungen bedeutet dies, dass die Banken eine Dienstleistung anbieten müssten, die sie ansonsten nicht in ihren Leistungskatalog aufnehmen würden.<sup>274</sup> Die Europäische Kommission behandelt die Einstufung von Bankdienstleistungen als DAWI eher restriktiv. So hat sie die Bereitstellung einer flächendeckenden Versorgung mit Bankdienstleistungen nicht *per se* als Dienstleistung von allgemeinem Interesse einstuft.<sup>275</sup> Und auch in Bezug auf die deutschen Sparkassen und Landesbanken hat sie festgestellt, dass die Aktivitäten dieser Kreditinstitute nicht als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse angesehen werden können.<sup>276</sup> Zentral sei es aber, die Vereinbarkeit mit Art. 106 Abs. 2 AEUV im Einzelfall zu prüfen.<sup>277</sup>

652

b) Leistungsauftrag als DAWI

Wie eingangs beschrieben (s.o. 2a), wurden die Kantonalbanken insbesondere vor dem Hintergrund gegründet, dass der damalige Bankenplatz den Fokus zunehmend auf die Grossindustrie gelegt hatte und es Banken brauchte, die die Kleinanleger und den Mittelstand berücksichtigten. Vor diesem Hintergrund wäre es zumindest nicht ausgeschlossen, dass die Leistungsaufträge der Kantonalbanken auch Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse beinhalten. Gleichwohl haben sich die Kantonalbanken von heute zunehmend von ihrer historischen Funktion gelöst; sie sind nebst dem traditionellen Spar- und Hypothekergeschäft in neue Wirkungsbereiche vorgestossen<sup>278</sup> und haben sich zu Universalbanken entwickelt, deren Marktverhalten sich kaum

653

---

<sup>273</sup> Europäische Kommission, Mitteilung, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 2001/C 17/04, ABl. 2001 C 17, 4 ff., Rz. 35.

<sup>274</sup> Europäische Kommission, Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen über die Anwendung der EU-Beihilfavorschriften auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse seit 2005 und die Ergebnisse der öffentlichen Konsultation, SEC(2011) 397 vom 23. März 2011, Kapitel 3.5., 28 ff.

<sup>275</sup> Europäische Kommission, Bericht über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor vom 17. Juni 1998.

<sup>276</sup> MOSER STEFAN/PESARESI NICOLA/SOUKUP KARL, State guarantees to German public banks: a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community, 8, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2002\\_2\\_1.pdf](https://ec.europa.eu/competition/publications/cpn/2002_2_1.pdf)>.

<sup>277</sup> Europäische Kommission, Bericht über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse im Bankensektor vom 17. Juni 1998.

<sup>278</sup> BGer 2A.254/2000/bol 3a).

mehr von demjenigen ihrer privatrechtlichen Konkurrenz unterscheidet. Mit- hin kann es durchaus auch fraglich sein, ob die Leistungsaufträge von heute unter Art. 106 Abs. 2 AEUV subsumierbar sind.

- 654 Zieht man auch an dieser Stelle das Beispiel der Zürcher Kantonalbank heran, beinhaltet deren Leistungsauftrag, eine auf Kontinuität ausgerichtete Geschäfts- politik, die insbesondere die Anlage- und Finanzierungsbedürfnisse der kleinen und mittleren Unternehmen, der Arbeitnehmer, der Landwirtschaft und der öffentlich-rechtlichen Körperschaften berücksichtigt (§ 2 Abs. 1 und 2 ZKBG).<sup>279</sup> Zu den allgemeinen Grundbedürfnissen für Bankdienstleistungen im Sinne von § 2 zählen gem. § 3 Abs. 2 der ZKB-Leistungsauftrags-Richtlinien<sup>280</sup> namentlich das Anlage- und Spargeschäft, das Hypothekar- und Kreditge- schäft sowie der Zahlungsverkehr. Auch soll die ZKB das Wohneigentum und den preisgünstigen Wohnungsbau fördern. Hierneben formuliert § 2 ZKBG, dass die Bank nach kaufmännischen Grundsätzen zu führen und einen ange- messenen Gewinn anzustreben hat. Nach § 7 tätigt die Kantonalbank die Ge- schäfte einer Universalbank, wenn auch unter Ausschluss unverhältnismässiger Risiken. In der Praxis sind mit dem Leistungsauftrag insbesondere die Aufrechterhaltung eines breiten Filialnetzes, sowie ein breites Engagement in den Bereichen Umwelt, Gesellschaft und Wirtschaft verbunden. So nimmt die ZKB nach eigenen Angaben mit über 400 Sponsoring-Engagements Anteil an der regionalen Entwicklung und am Zusammenleben im Kanton Zürich.<sup>281</sup> Für die ZKB unterteilt sich der Leistungsauftrag in einen Versorgungs-, Unterstüt- zungs- und Nachhaltigkeitsauftrag. Die Kantonalbank hat sich nach eigenen Angaben zum Ziel gesetzt, jährlich CHF 100 bis 120 Mio. für diese Elemente aufzuwenden.
- 655 Grundsätzlich erkennt die Europäische Kommission an, dass die Versorgung von kleinen und mittleren Unternehmen, des Mittelstands und wirtschaftlich schwächerer Bevölkerungskreise mit Krediten und Girokonten von allgemein-

---

<sup>279</sup> Vgl. so auch Urteil des Bundesgerichts 2C\_966/2018, 2C\_967/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.2.

<sup>280</sup> Richtlinien für die Erfüllung des Leistungsauftrages der Zürcher Kantonalbank vom 24. Fe- bruar 2005, 951.13.

<sup>281</sup> Vgl. ZKB-Homepage, abrufbar unter: <<https://www.zkb.ch/de/ueber-uns/unser-engage-ment.html>> und den Bericht zum Leistungsauftrag 2020, abrufbar unter: <[zkb.ch/media/dokumente/broschueren/bericht\\_zum\\_leistungsauftrag\\_2020.pdf](https://www.zkb.ch/media/dokumente/broschueren/bericht_zum_leistungsauftrag_2020.pdf)>.

wirtschaftlichem Interesse sein kann.<sup>282</sup> Auch die Absicherung von Exportkrediten, Darlehen für den sozialen Wohnungsbau und die Gemeindefinanzierung könnten dazu gerechnet werden<sup>283</sup>. Darüber hinaus wird von manchen Mitgliedstaaten auch die flächendeckende Bereitstellung eines Zweigstellennetzes auch in bevölkerungsarmen und strukturschwachen Gebieten als DAWI betrachtet (vgl. so zumindest die Argumentation von Deutschland und in Österreich).<sup>284</sup> Diese bedinge, dass auch verlustbringende Zweigstellen aufrechterhalten werden müssen und sei so mit erheblichen Kosten verbunden. Aber auch die Förderung sozialer und kultureller Anliegen und Institutionen wird z.T. hinzugezählt.<sup>285</sup>

Problematisch ist jedoch, dass die Tätigkeit von Banken i.d.R. nicht allein dem Allgemeininteresse verpflichtet ist, sie also nicht ausschliesslich dem Gemeinwohl dienen.<sup>286</sup> Zentrales Argument der Europäischen Kommission ist insoweit, dass staatliche Subventionen nur die Kosten für die Bereitstellung der Leistungen der Daseinsvorsorge decken und andere geschäftliche Aktivitäten nicht quersubventionieren dürfen. Insoweit beschloss die Kommission eine Ergänzung der Transparenzrichtlinie, der zufolge öffentliche Unternehmen für DAWI einerseits und den übrigen wirtschaftlichen Tätigkeiten andererseits getrennte Rechnungslegungen vorlegen müssen.<sup>287</sup> Auch Banken sind grund-

656

---

<sup>282</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL/BUNGENBERG/HEINRICH, Art. 107 Abs. 1, N 842 unter Verweis auf Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/06/1692 vom 6. Dezember 2006; vgl. auch Grabitz/Hilf/Nettesheim EUV/AEUV-WERNICKE, Art. 106, N 47; s.a. Erklärung Nr. 37 zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, die vom Europäischen Rat auf seiner Amsterdamer Tagung am 18. Juni 1997 abgegeben wurde: «Die Konferenz nimmt die Auffassung der Kommission zur Kenntnis, dass die bestehenden Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft es zulassen, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, welche die in Deutschland bestehenden öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute erfüllen, sowie ihnen zum Ausgleich für die mit diesen Leistungen verbundenen Lasten gewährte Fazilitäten voll zu berücksichtigen. [...] Diese Fazilitäten dürfen die Wettbewerbsbedingungen nicht in einem Ausmass beeinträchtigen, dass über das zur Erfüllung der besonderen Aufgaben erforderliche Mass hinausgeht und zugleich dem Interesse der Gemeinschaft entgegenwirkt.», ABI C 340, 138.

<sup>283</sup> Europäische Kommission, Mitteilung, Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, 2001/C 17/04, ABl. C 17, Rz. 35.

<sup>284</sup> Report of the European Commission to the Council of Ministers, Services of general economic interest in the banking sector (adopted by the Commission on 17. June 1998 and presented to the ECOFIN Council on 23. November 1998), Rz. 4, abrufbar unter: <[https://com-petition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/SGEI\\_banking\\_sector\\_commission\\_report\\_1998.pdf](https://com-petition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/SGEI_banking_sector_commission_report_1998.pdf)>.

<sup>285</sup> THOMAS, Regionalprinzip, 83.

<sup>286</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL/BUNGENBERG/HEINRICH, Art. 107 Abs. 1, N 842.

<sup>287</sup> SEIKEL, 219.

sätzlich dazu verpflichtet, den Grundsatz der getrennten Buchführung gemäss der Transparenzrichtlinie zu beachten, da sich ihre Tätigkeit nicht ausschliesslich auf Dienstleistungen von gemeinwirtschaftlichem Interesse beziehen.<sup>288</sup>

657 Im Fall der Kantonalbanken sind diese Gesichtspunkte deshalb problematisch, weil die Kantonalbanken insbesondere Geschäftsbanktätigkeiten und nicht ausschliesslich Tätigkeiten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ausführen. So beschreibt die ZKB selbst ihren Versorgungsauftrag damit, dass sie die Bevölkerung und Wirtschaft «mit den Dienstleistungen einer Universalbank» versorgen. «Diese umfassen Zahlungsverkehr, Sparen, Anlegen, Finanzieren, Vorsorge, Finanzplanung, Steuern und Nachfolge.»<sup>289</sup> Dabei berücksichtigt die Kantonalbank zwar insbesondere die Anliegen der kleinen und mittleren Unternehmen und der Arbeitnehmer. Diese Vermengung von Universaldienstleistungen und Leistungsauftrag könnte sich aber gerade als problematisch erweisen. Um überprüfen zu können, ob eine Freistellung von den Beihilferegeln zu rechtfertigen ist, müsste folglich eine Aufspaltung nach einzelnen Tätigkeitsgruppen vorgenommen werden. Insoweit gilt, dass die gemeinwirtschaftliche Verpflichtung von öffentlichen Unternehmen klar als ein förmlicher Verwaltungs- oder Rechtsakt definiert sein muss und die Kosten für die Leistungserbringung zuvor objektiv und transparent berechnet und ausgewiesen werden müssen. Vergleichsmaßstab ist ein durchschnittlich «gut geführtes» Unternehmen.

658 Insoweit wird die Europäische Kommission nicht müde zu betonen, dass «die staatlichen Beihilfen (oder andere unterstützende Massnahmen) nur soweit gewährt werden dürfen, als dies für die Erbringung dieser besonderen Aufgaben notwendig ist und soweit ihre Auswirkungen strikt auf die Erbringung dieser besonderen Aufgaben beschränkt sind.» [...] «Es ist sicherlich nicht damit vereinbar, einfach die Gesamtheit der Tätigkeiten einer Gruppe von Unternehmungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu erklären, ohne eindeutig den Inhalt und die Reichweite von solchen Dienstleistungen zu definieren.» [...] «Deshalb ist eine klare Trennung zwischen der Ausführung von öffentlichen Aufgaben und weiteren Tätigkeiten, die vom selben Kreditinstitut im Wettbewerb mit anderen Kreditinstituten erbracht werden, vorzunehmen.»<sup>290</sup> Die Befreiung von den Wettbewerbsvorschriften gilt nur, «soweit» sie zur Erfüllung der besonderen Aufgabe erforderlich ist. Dem-

---

<sup>288</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL/BUNGENBERG/HEINRICH, Art. 107 Abs. 1, N 845.

<sup>289</sup> Vgl. ZKB-Bericht zum Leistungsauftrag 2020, 3.

<sup>290</sup> Europäische Kommission, Anschreiben an die Deutsche Bundesregierung, 10.

gegenüber deckt das schützende Dach der Staatsgarantie das gesamte Gebäude der Kantonalbank ab,<sup>291</sup> sodass auch ohne abschliessende Feststellungen zum Gemeinwohlbezug ihrer aufgezählten Aktivitäten eine allgemeine Befreiung von den Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV zu verneinen ist.

Auch in den Fällen der deutschen und österreichischen Sparkassen und Landesbanken hatte die Kommission eine Befreiung von den Wettbewerbsvorschriften abgelehnt. Zwar wurde damals vorgetragen,<sup>292</sup> dass Anstaltslast und Gewährträgerhaftung eine Kompensation für die den öffentlichen Kreditinstituten entstehenden Kosten seien<sup>293</sup>, dass die Versorgung des Mittelstands und wirtschaftlich schwächerer Bevölkerungskreise mit Krediten und Girokonten und die flächendeckende Bereitstellung eines Zweigstellennetzes<sup>294</sup> von allgemeinwirtschaftlichem Interesse seien. Der Forderung der Kommission nach einer genauen Berechnung von Kosten und Ausgleichszahlungen konnten jedoch weder Deutschland noch Österreich nachkommen.<sup>295</sup>

659

c) Zwischenergebnis

Die zum Teil sehr weit und offen formulierten Leistungsaufträge in den Kantonalbankgesetzen allein sind nicht ausreichend, um eine DAWI annehmen zu können. Massgebend ist vielmehr, ob das wirkliche Tätigkeitsfeld der Bank diesen Zielproklamationen auch entspricht.<sup>296</sup> Diese Annahme ist zumindest bei den grossen Kantonalbanken schwierig, deren ursprüngliche Ausrichtung

660

---

<sup>291</sup> So schon KRUSE, 724.

<sup>292</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-BIRNSTIEL/BUNGENBERG/HEINRICH, Art. 107 Abs. 1, N 842.

<sup>293</sup> Stellungnahme des DSGV zu der gegen Anstaltslast und Gewährträgerhaftung in Deutschland gerichteten Beihilfebeschwerde der Europäischen Bankenvereinigung, abrufbar unter: <[www.dsgv.de](http://www.dsgv.de)> (Archiv), Rz. 16 ff. und 355 ff.

<sup>294</sup> Report of the European Commission to the Council of Ministers, Services of general economic interest in the banking sector (adopted by the Commission on 17. June 1998 and presented to the ECOFIN Council on 23. November 1998), Rz. 4, abrufbar unter: <[https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/SGEI\\_banking\\_sector\\_commission\\_report\\_1998.pdf](https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-04/SGEI_banking_sector_commission_report_1998.pdf)>.

<sup>295</sup> Europäische Kommission, Anschreiben an die Deutsche Bundesregierung, 8: «Überdies ist sich die Kommission, trotz Informationsaustausches mit Ihrer Regierung, in den meisten Fällen, in denen angeblich Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbracht werden, keiner genauen Definitionen der betreffenden Dienstleistungen bewusst. Überdies scheinen keine Berechnungen der Kosten von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorhanden zu sein. In Ermangelung einer solchen Berechnung kann derzeit keine Beurteilung der Verhältnismässigkeit der möglichen Ausgleichsmassnahme vorgenommen werden.»

<sup>296</sup> Vgl. so auch BGer 2A.254/2000/bol 3a).

auf volkswirtschaftliche und soziale Zielsetzungen in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr einer auf kommerzielles Gewinnstreben ausgerichteten Geschäftspolitik gewichen ist.<sup>297</sup> Der Argumentation der Kommission folgend, wäre es zudem zwingend notwendig, dass die gemeinnützigen Dienstleistungen konkret definiert und eine klare Aufspaltung nach Tätigkeitsgruppen vorgenommen wird.

## 6. Ausblick

661 Mit dem Scheitern der Verhandlungen zum Rahmenabkommen wird deutlich, dass ein Reformdruck von aussen nun auf längere Sicht gebannt zu sein scheint. Gleichzeitig steht zu befürchten, dass eine Reform der kantonalen Staatsgarantien, wenn sie aus dem eigenständigen Willen des schweizerischen Gesetzgebers und nicht aus einer Übernahmepflicht von EU-Recht hervorgeht, ein grundsätzliches Umdenken erfordern und Probleme der Akzeptanz und Umsetzung aufwerfen könnte.<sup>298</sup> Schon vor mehr als 20 Jahren stimmte die Eidgenössische Bankenkommission die Beteiligten darauf ein, dass man sich «erfahrungsgemäss auf längere Sicht» bei der Staatsgarantie an den Normen der EU orientieren werde.<sup>299</sup> Wie diese Anpassung konkret aussehen wird, ob sie die generelle Abschaffung der Staatsgarantie, eine Modifizierung der Abgeltungszahlungen<sup>300</sup> oder des Leistungsauftrages<sup>301</sup> beinhalten würde, ob sie auf Bundes- oder auf kantonaler Ebene erfolgen würde, wird die Zukunft zeigen. Dass aber eine Anpassung des staatlichen Garantiesystems «früher oder später» ansteht, ist angesichts der obigen Ausführungen sicher zu erwarten.

---

<sup>297</sup> Vgl. so auch BGer 2A.254/2000/bol 3a).

<sup>298</sup> CHABENET, Rz. 128.

<sup>299</sup> Jahresbericht der Eidgenössischen Bankenkommission von 2001, 61, abrufbar unter: <<https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/d/publik/bericht/pdf/jb01.pdf>>.

<sup>300</sup> Vgl. den innovativen Vorschlag von CHABENET, Rz. 124.

<sup>301</sup> Avenir Suisse, Samuel Rutz, Die Schweiz – das Land der Subventionen, 2022, abrufbar unter: <<https://www.avenir-suisse.ch/publication/die-schweiz-das-land-der-subventionen/>>, 55.



## D. Regionaler Personenverkehr



---

# I. Einleitung

André S. Berne

Der regionale Personenverkehr ist Teil des öffentlichen Verkehrs. In der Schweiz gehören zu dessen wichtigsten Errungenschaften namentlich der landesweite Taktfahrplan sowie das Knotenpunktprinzip, welche gemeinsam sicherstellen, dass jederzeit ein dichtes Angebot mit garantierten Umsteigemöglichkeiten besteht. Begleitet werden diese vom sog. direktem Verkehr, der es ermöglicht, mit einem einzigen Fahrticket über die Netze mehrerer unabhängiger Verkehrsunternehmen innerhalb der Schweiz von einem Ort zu einem beliebigen anderen Ort zu fahren und dabei unterschiedliche Verkehrsmittel zu nutzen. Der schweizerische öffentliche Verkehr gilt daher zu Recht sowohl im In- als auch im Ausland als qualitativ hochstehendes Erfolgsmodell – allerdings ein kostspieliges. 662

Generell ist die Marktteilnahme im Verkehrssektor geprägt von hohen Investitions-, Innovations und Kapitalkosten sowie oftmals durch eine fragliche Rentabilität. Dies führt regelmässig dazu, dass volkswirtschaftlich notwendige Investitionen durch Private unterbleiben und gewöhnlich auf das Engagement des Staates zurückgegriffen werden muss. Aufgrund des hohen Finanzbedarfs ist die öffentliche Finanzierung dieses Sektors daher von zentraler Bedeutung, belastet aber auch konsequenterweise die Staatshaushalte erheblich. Wie im europäischen Umland unterstützen auch in der Schweiz Bund, Kantone, ggf. Bezirke und/oder Gemeinden den regionalen Personenverkehr – derzeit mit rund CHF 2 Mrd. pro Jahr. Ebendiese Unterstützungsmassnahmen zugunsten des regionalen Personenverkehrs sind Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. 663

Der regionale Personenverkehr umfasst den Verkehr auf der Strasse und der Schiene innerhalb von Regionen, inkl. der Groberschliessung von Ortschaften. Er ist damit einerseits vom nationalen Personenverkehr abzugrenzen, welcher die Agglomerationen von (inter-)nationaler Bedeutung untereinander verbindet, andererseits vom Ortsverkehr, welcher der Feinerschliessung dient – üblicherweise innerhalb von Ortschaften. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung sollen vordergründig Subventionspraktiken des Bundes zugunsten des regionalen Personenverkehrs näher betrachtet werden. Um den Rahmen nicht zu sprengen, wird auf die Subventionspraktiken der Kantone nur allgemein eingegangen, und dies auch nur dort, wo dies notwendig und angezeigt erscheint, um die ausgemachten Subventionspraktiken des Bundes angemessen 664

beurteilen zu können. Des Weiteren geht die vorliegende Untersuchung nicht auf die Eisenbahninfrastruktur ein und behandelt weder den Güter- noch den Personenverkehr auf der Schiene. Der Ortsverkehr auf Strasse und Schiene (z.B. Bus-, Trolleybus- oder Tram-Verkehr) wird ebenfalls nicht untersucht, weil dessen Finanzierung von Bundesleistungen ausgeschlossen ist. Die vorliegende Untersuchung beruht auf der Rechtslage per 31. Dezember 2021 und berücksichtigt somit die im Juni 2021 vom Bundesrat vorgeschlagene Änderung des Personenbeförderungsgesetzes,<sup>1</sup> welche am 16. Dezember 2022 angenommen wurde, nur in eingeschränktem Masse. Da die Untersuchung anhand des EU-Rechts erfolgt, werden ausserdem bewusst Begriffe des EU-Rechts anstatt solche des schweizerischen Rechts verwendet.

- 665 Um die Erläuterungen der vorliegenden Untersuchung besser nachvollziehen zu können, wird nachfolgend zunächst der regionale Personenverkehr dargestellt und dabei insbesondere dessen Ursprünge, die rechtliche Ausgangslage und seine Ausgestaltung skizziert ([Teil 2, D.II.](#)). Anschliessend werden die in der Schweiz bestehenden Subventionspraktiken im regionalen Personenverkehr eingehend beleuchtet ([Teil 2, D.III.](#)) und alsdann aus der Sicht des EU-Beihilferechts beurteilt ([Teil 2, D.IV.](#)). Zum Schluss sollen die Auswirkungen einer allfälligen Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz untersucht werden ([Teil 2, D.V.](#)).

---

<sup>1</sup> BBl 2021, PBG, 1485 f.

## II. Regionaler Personenverkehr

André S. Berne

### i. Ursprünge

Auch wenn die vorliegende Untersuchung sich auf den regionalen Personenverkehr der Schweiz fokussiert, so soll einleitend auf die rechtlichen Aspekte des regionalen Personenverkehrs in der EU eingegangen werden. Dies soll es ermöglichen die Entwicklungen, welche zur derzeit in der Schweiz bestehen Rechtslage geführt haben, besser nachzuvollziehen und einordnen zu können.

666

#### a) Marktöffnungen und Liberalisierungen in der EU

Das EU-Primärrecht enthält bereits seit den Römischen Verträgen aus dem Jahr 1957 ein Kapitel über den Verkehr, das auch den öffentlichen Personenverkehr und seine (auch finanziellen) Rahmenbedingungen erfasst.<sup>2</sup> Bereits in dieser Zeit führte das ungebremsste Wachstum des Individualverkehrs auf der Strasse zu einem massiven Rückgang des Fahrgastaufkommens im öffentlichen Verkehr im Allgemeinen und im Schienenverkehr im Besonderen, wodurch immer mehr Eisenbahnverbindungen nicht mehr rentabel zu betreiben waren. Da mehrere staatliche Eisenbahngesellschaften und weitere Verkehrsunternehmen jedoch keine staatliche Zuschüsse erhielten, hatten die ersten EU-Regulierungen im Bereich der Verkehrsleistungen auf Schiene und Strasse das Ziel, die finanziellen Interessen der Verkehrsunternehmen vor einer Unterkompensation durch die Mitgliedstaaten zu schützen und systematische Ausgleichszahlungen zu implementieren.<sup>3</sup> Nach einer ersten Entscheidung des Rates im Jahr 1965<sup>4</sup> wurde im Jahr 1969 eine Verordnung<sup>5</sup> erlassen, welche die Pflicht statuierte, Verkehrsunternehmen für die Übernahme gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen eine angemessene staatliche Ausgleichszahlung

667

<sup>2</sup> Vgl. zu den primärrechtlichen Grundlagen und deren Entwicklung unten, [Teil 2, D.IV.1.a](#).

<sup>3</sup> Siehe auch die Ausführungen der EU-Kommission in der Einleitung der Begründung, Geänderter Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Strasse vom 20. Juli 2005, COM(2005) 319 final.

<sup>4</sup> Entscheidung (EWG) 65/271 des Rates, ABl P 88.

<sup>5</sup> Verordnung (EWG) 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen erpfichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl L 156 vom 28. Juni 1969, 1 ff.

zu gewähren. Die Berechnung dieses Ausgleichs hatte nach gemeinschaftlich vorgegeben Grundsätzen zu erfolgen, um Überkompensationen, unzulässige Beihilfen und damit Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.<sup>6</sup> So wurde nebst dem Schutz der Eisenbahnen vor unkompensierten finanziellen Lasten auch bereits der Abbau von Wettbewerbsverfälschungen angestrebt.<sup>7</sup>

668 In der Folgezeit wurde ersichtlich, dass die historisch gewachsenen nationalen und monopolistischen Strukturen der einzelstaatlichen Eisenbahnverkehrssektoren mangels Konkurrenz zu Ineffizienzen und Innovationsmängeln geführt hatten. Aufgrund staatlicher Protektion und Ausgleichszahlungen wurde das wirtschaftliche Überleben dennoch sichergestellt, was sich negativ auf den europäischen Binnenmarkt auszuwirken drohte. Um dem primärrechtlichen Auftrag zur Verwirklichung des Binnenmarkts<sup>8</sup> nachzukommen, was nur auf der Grundlage einer hinreichenden leistungsfähigen und grenzüberschreitenden Infrastruktur denkbar ist, wurden die Kompetenzen der EU im Verkehrswesen mit dem Vertrag von Maastricht im Jahr 1992 erweitert: Um allen Wirtschaftsbeteiligten die Vorteile des europäischen Binnenmarkts zugutekommen zu lassen, hat die EU seitdem zum Auf- und Ausbau transeuropäischer Netze im Bereich der Verkehrsinfrastruktur beigetragen.<sup>9</sup> Ihre Tätigkeit hat dabei auf ein System offener und wettbewerbsorientierter Märkte und auf die Förderung der Interoperabilität der einzelstaatlichen Netze sowie des Zugangs zu diesen Netzen abzielen.<sup>10</sup> Hierfür hat die Union insbesondere für eine Harmonisierung der technischen Normen zu sorgen.<sup>11</sup>

669 Seit Beginn der 1990er Jahre wirkte die EU daher auf eine inkrementelle Liberalisierung und Marktöffnung des Eisenbahnverkehrssektors hin und flankierte diese Entwicklung durch eine zunehmend kohärente Beihilfenpolitik.<sup>12</sup> Die Liberalisierung des Verkehrs wird als das Recht EU-ausländischer Unternehmen verstanden, ihre Transportdienstleistungen auch im Verkehr mit oder von anderen EU-Mitgliedstaaten oder gar in einem anderen EU-Mitgliedstaat (sog. Kabotage) zu erbringen.<sup>13</sup> Die ersten Massnahmen wurden im Jahr 1991 mit dem Erlass der RL 91/440/EWG zur Entwicklung der EVUs in der Gemein-

---

<sup>6</sup> Art. 10 ff. VO (EWG) 1191/69.

<sup>7</sup> Linke VO (EG)-FEHLING/LINKE, Einleitung, N 18.

<sup>8</sup> Art. 26 Abs. 1 AEUV.

<sup>9</sup> Art. 170 Abs. 1 AEUV.

<sup>10</sup> Art. 170 Abs. 2 AEUV.

<sup>11</sup> Art. 171 Abs. 1 2. Spglstr. AEUV.

<sup>12</sup> NUÑEZ MÜLLER, Schienenverkehr, 1147.

<sup>13</sup> NUÑEZ MÜLLER, Landverkehr, 1121.

schaft<sup>14</sup> und weiterer Richtlinien<sup>15</sup> ergriffen. Mit diesen ersten Vorstößen wurden innerhalb der Organisation der Staatsbahnen die Infrastruktur von den Verkehrs- und Transportleistungen separiert, indem diese seitdem rechtlich und organisatorisch zu trennen sind: Einerseits in eine Verkehrsleistungssparte, deren Haupttätigkeit im Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Personen und/oder Gütern besteht (sog. Eisenbahnverkehrsunternehmen, nachfolgend: «EVU»), und andererseits in eine Infrastruktursparte, welche für die Errichtung, Verwaltung und Unterhaltung der Eisenbahnfahrwege zuständig ist (sog. Infrastrukturbetreiberin) und der Verkehrsleistungssparte, die Schienenverkehrsinfrastruktur zu deren Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen zur Verfügung stellt. Auch wurde eine Pflicht zur buchhalterischen und organisatorischen Trennung der Geschäftsbereiche mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sowie ein Verbot von Quersubventionen zwischen diesen Bereichen erlassen.<sup>16</sup> Angestrebt wurde, dass durch diese Trennungen neue EVU auf den Markt drängen können, auch wenn diese über keine eigene Infrastruktur verfügen und ausschliesslich Eisenbahnverkehrsleistungen erbringen, womit sie mit den Verkehrsleistungssparten der etablierten Staatsbahnen in Konkurrenz treten. Diese erste Reform eröffnete den in der EU zugelassenen EVU daher ab dem Jahr 1993 das Recht, Zugang zur Infrastruktur anderer EVU zu erhalten und diese gegen Entgelt zu nutzen.

Seit diesen ersten Liberalisierungsschritten steht vor allem die Weiterentwicklung, Förderung und Sicherung des Wettbewerbs im Vordergrund. Erzielt werden sollte dies durch vier einzelne Liberalisierungspakete, die sog. vier Ei-

670

---

<sup>14</sup> Richtlinie (EWG) 91/440 des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl L 237 vom 24. August 1991, 25 ff.

<sup>15</sup> Richtlinie (EG) 95/18 des Rates vom 19. Juni 1995 über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, ABl L 143 vom 27. Juni 1995, 70 ff.; Richtlinie 9 (EG) 5/19 des Rates vom 19. Juni 1995 über die Zuweisung von Fahrwegkapazitäten der Eisenbahn und die Berechnung von Wegentgelten, ABl L 143 vom 27. Juni 1995, 75 ff.

<sup>16</sup> Dies erfolgte durch eine Änderung der VO (EWG) 1191/69: Verordnung (EWG) 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 zur Änderung der Verordnung (EWG) 1191/69 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffsverkehrs.

senbahnpakete. Mit dem ersten Eisenbahnpaket aus dem Jahr 2001<sup>17</sup> sollte u.a. der nicht-diskriminierende Zugang zur Eisenbahninfrastruktur sichergestellt und eine Entgelterhebung zu deren Nutzung auf Basis des Grenzkostenprinzips<sup>18</sup> eingeführt werden, um die Märkte für grenzüberschreitenden Güterverkehre für alle EVU zu öffnen. Dies, indem die EVU-Zulassungsregeln, die Zuweisung von Fahrwegskapazitäten und deren Entgelterhebung, welche transparent und diskriminierungsfrei zu erfolgen hat, harmonisiert wurden. Die Einführung unabhängiger Trassenvergabestellen in den EU-Mitgliedstaaten bezweckte dabei, diskriminierungsfreie Netzzugangsbedingungen für alle EVU zu gewährleisten.

- 671 Während das erste Eisenbahnpaket die Marktöffnung im Güterverkehr lediglich weiter vorantrieb, wurde die vollständige Liberalisierung des Schienengüterverkehrs mit dem zweiten Eisenbahnpaket aus dem Jahr 2004<sup>19</sup> realisiert. Gleichzeitig wurde auch die weitere Öffnung der anderen Eisenbahnmärkte fortgeführt. Dies erfolgte durch eine weitgehende Harmonisierung der Eisen-

---

<sup>17</sup> Das erste Eisenbahnpaket umfasst die folgenden Erlasse: i) Richtlinie (EG) 2001/12 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 zur Änderung der Richtlinie (EWG) 91/440 des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl L 75 vom 15. März 2001, 1 ff., ii) Richtlinie (EG) 2001/13 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 zur Änderung der Richtlinie (EG) 95/18 des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen, ABl L 75 vom 15. März 2001, 26 ff. und iii) Richtlinie (EG) 2001/14 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2001 über die Zuweisung von Fahrwegskapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung, ABl L 75 vom 15. März 2001, 29 ff.

<sup>18</sup> D.h. dass ein EVU mindestens diejenigen Kosten zu tragen hat, welche entstehen, wenn ein Zug dieses EVU durch seine Fahrt auf einer bestellten Trasse direkt auslöst.

<sup>19</sup> Das zweite Eisenbahnpaket umfasst die folgenden Erlasse: i) Verordnung (EG) 881/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur (Agenturverordnung), ABl 2004 L 164 vom 30. April 2004, 1 ff., ii) Richtlinie (EG) 2004/49 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über Eisenbahnsicherheit in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie (EG) 95/18 des Rates über die Erteilung von Genehmigungen an Eisenbahnunternehmen und der Richtlinie (EG) 2001/14 über die Zuweisung von Fahrwegskapazitäten der Eisenbahn, die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur und die Sicherheitsbescheinigung (Richtlinie über die Eisenbahnsicherheit), ABl 2004 L 164 vom 30. April 2004, 44 ff., iii) Richtlinie (EG) 2004/50 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Änderung der Richtlinie (EG) 96/48 des Rates über die Interoperabilität des transeuropäischen Hochgeschwindigkeitsbahnsystems und der Richtlinie (EG) 2001/16 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Interoperabilität des konventionellen transeuropäischen Eisenbahnsystems, ABl 2004 L 164 vom 30. April 2004, 144 ff. und iv) Richtlinie (EG) 2004/51 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Änderung der Richtlinie (EWG) 91/440 des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft, ABl 2004 L 164 vom 30. April 2004, 164 ff.



bahnsicherheits- und der Interoperabilitätsvorschriften<sup>20</sup> sowie durch die Errichtung einer Europäischen Eisenbahnagentur. Letztere nahm ihre Tätigkeit im Jahr 2006 auf, welche darin besteht, zur weiteren Entwicklung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums beizutragen und die Sicherheit und Interoperabilität des europäischen Schienenverkehrs zu gewährleisten.<sup>21</sup> Das Paket öffnete im Eisenbahnverkehrswesen den Markt für grenzüberschreitende Güterverkehrsleistungen ab Januar 2006 und den Markt für nationale (Kabotage-)Güterverkehrsleistungen ab Januar 2007 vollständig.<sup>22</sup>

Das dritte Paket aus dem Jahr 2007<sup>23</sup> sah schliesslich eine deutliche Stärkung der Fahrgastrechte, eine noch weitergehende Harmonisierung der Zuweisung von Fahrwegskapazitäten (und zur Entgelterhebung für deren Nutzung) sowie der Zertifizierung von Lokführer/innen vor. Nachdem bereits mit dem zweiten Eisenbahnpaket der grenzüberschreitende Schienengüterverkehr liberalisiert wurde, folgte nun eine Liberalisierung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs zum Jahr 2010.<sup>24</sup> Eine zunehmende Wettbewerbsorientierung

672

<sup>20</sup> Im Rahmen der europäischen Liberalisierungs- und Marktöffnungsmassnahmen stellte sich die Frage, wie die unabhängigen heterogenen Schienenverkehrssysteme der einzelnen EU-Mitgliedstaaten aufeinander abzustimmen sind. Dies, damit EVU nahtlos von einem nationalen Schienennetz auf ein anderes wechseln können, wodurch die gewünschte Liberalisierung überhaupt erst ermöglicht wird. Die verschiedenen Schienenverkehrssysteme müssen daher untereinander eine Interoperabilität gewährleisten, um die Monopolstellungen der nationalen Transpostunternehmen aufzubrechen. Interoperabilität im Schienenverkehr bedeutet daher, dass Schienenfahrzeuge durchgängig auf jedem beliebigen Streckenabschnitt in der EU und somit auf und zwischen verschiedenen Schienennetzen verkehren können, d.h. dass die europäischen Schienennetze einheitlich genormt und deren Technik harmonisiert ist, Pressemitteilung der Kommission vom 14. November 2006, IP/06/1555. Vgl. auch OESCH, Grundlagen, Rz. 206.

<sup>21</sup> Art. 2 Abs. 1 VO (EG) 881/2004.

<sup>22</sup> BRANDENBERG, 359.

<sup>23</sup> Das dritte Eisenbahnpaket umfasst die folgenden Erlasse: i) Verordnung (EG) 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl L 315 vom 3. Dezember 2007, 14 ff., ii) Richtlinie (EG) 2007/58 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 zur Änderung der Richtlinie (EWG) 91/440 des Rates zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft sowie der Richtlinie (EG) 2001/14 über die Zuweisung von Fahrwegskapazitäten der Eisenbahn und die Erhebung von Entgelten für die Nutzung von Eisenbahninfrastruktur, ABl L 315 vom 3. Dezember 2007, 44 ff. und iii) Richtlinie (EG) 2007/59 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Zertifizierung von Triebfahrzeugführern, die Lokomotiven und Züge im Eisenbahnsystem in der Gemeinschaft führen, ABl L 315 vom 3. Dezember 2007, 51 ff.

<sup>24</sup> Somit muss z.B. einem EVU mit Sitz in Deutschland der Netzzugang gewährt werden, um Verkehrsleistungen zwischen Köln und Paris oder zwischen Brüssel und Amsterdam anzubieten, Änderung von Art. 10 RL (EWG) 91/440 durch Art. 1 Ziff. 8 RL 2007/58.

erfolgte auch im regionalen Personenverkehr: Um Ineffizienzen und ungenügende Qualität des öffentlichen Verkehrs in den EU-Mitgliedstaaten anzugehen, wurden auch im regionalen Personenverkehr im Jahr 2007 Wettbewerbs-elemente eingeführt. Anstatt allerdings die Märkte ebenfalls zu liberalisieren, um damit Wettbewerb *im* Markt zu ermöglichen, wurde, in der Erkenntnis, dass auch im Bereich natürlicher Monopole Wettbewerb *um* den Markt möglich ist, die Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr einer grundsätzlichen Ausschreibungspflicht unterstellt. Diese geht dem allgemeinen EU-Vergaberecht vor und bestimmt, dass die Durchführung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr grundsätzlich im Rahmen eines wettbewerblichen Verfahrens zu erfolgen hat.<sup>25</sup>

673 Somit wurde durch die ersten drei Eisenbahnpakete die Liberalisierung des Eisenbahnverkehrs in der EU durch Marktöffnung, harmonisierte Normen technischer Vorgaben und Vereinheitlichung der Finanzhilfen dahingehend vorangetrieben, dass der grenzüberschreitende Eisenbahngüterverkehr seit dem Jahr 2006, der nationale Eisenbahngüterverkehr seit dem Jahr 2007 und der grenzüberschreitende Schienenpersonenverkehr seit dem Jahr 2010 liberalisiert sind.<sup>26</sup> Der Schienenpersonenverkehr im Inland, wurde von dieser Neuerung jedoch nicht erfasst. Die nationale Kabotage, d.h. die Beförderung von Fahrgästen zwischen Bahnhöfen in ein und demselben EU-Mitgliedstaat, war somit nur im Rahmen eines grenzüberschreitenden Verkehrs möglich.<sup>27</sup> Allerdings waren die EU-Mitgliedstaaten bereits frei, ihren jeweiligen nationalen Personenverkehr auf der Schiene zu liberalisieren. Im Bereich des regionalen Personenverkehrs besteht des Weiteren seit dem Jahr 2009 eine Ausschreibungspflicht bei der Vergabe von Verkehrsleistungen.

674 Da die faktische Marktöffnung allerdings hinter der rechtlichen Liberalisierung zurückblieb, stellte die EU-Kommission im Januar 2013 ihren Entwurf für ein viertes Eisenbahnpaket<sup>28</sup> vor, welches den europäischen Eisenbahnraum vollenden sollte: U.a. sollten Infrastrukturbetreiberinnen und Verkehrsbetreiberinnen nicht (wie bisher) nur organisatorisch getrennt, sondern hinsichtlich

---

<sup>25</sup> Vgl. hierzu ausführlich unten, [Teil 2, D.IV.1.b](#).

<sup>26</sup> NUÑEZ MÜLLER, Schienenverkehr, 1147.

<sup>27</sup> So hält z.B. der TGV des französische EVU SNCF auf der Strecke München-Paris in Stuttgart und der ICE des deutschen EVU *Deutsche Bahn* auf der Strecke Paris-Frankfurt in Strassburg.

<sup>28</sup> Mitteilung der Kommission, Das vierte Eisenbahnpaket – Vollendung des einheitlichen europäischen Eisenbahnraums zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit und Wachstum in der EU vom 30. Januar 2013, COM(2013) 25 final.

betrieblicher und finanzieller Hinsicht gar voneinander unabhängig sein.<sup>29</sup> Im Fall von vertikal integrierten Unternehmen oder Holdingstrukturen, wie sie bei Staatsbahnen überwiegend bestehen, sollten sog. «Chinese Walls» für die notwendige rechtliche, finanzielle und operationelle Unabhängigkeit sorgen.<sup>30</sup> Auch sollte nun der nationale Personenverkehr vollständig für den Wettbewerb geöffnet werden. Aufgrund beträchtlicher Widerstände durch einige EU-Mitgliedstaaten erfolgte die Umsetzung lediglich in Etappen. So wurden im Laufe des Jahres 2016 Änderungen an den technischen Vorgaben (sog. technische Säule des vierten Eisenbahnpakets)<sup>31</sup> und Änderungen der Vergabevorschriften im regionalen Personenverkehr<sup>32</sup> vorgenommen sowie die nationale Kabotage zur Beförderung von Fahrgästen eingeführt.<sup>33</sup> Ebenfalls erfolgte eine Reform der Europäischen Eisenbahnagentur.<sup>34</sup> Durch diese ist die Europäische Eisenbahnagentur seit Juni 2019 für die Zulassung von Eisenbahnrollmaterial im grenzüberschreitenden Verkehr zuständig. Damit entfällt ein Zulassungsverfahren in jedem einzelmem EU-Mitgliedstaat, wenn Züge grenzüberschreitend genutzt werden sollen. Die Schweiz kooperiert mit der Europäischen Ei-

---

<sup>29</sup> Solche unabhängige Netzbetreiber sollten die Eisenbahnnetze auf nicht-diskriminierende Weise betreiben, um Interessenkonflikte zu beseitigen und damit allen (potenziellen) Marktteilnehmern (d.h. EVU) gleichberechtigten und diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur zu gewähren, Pressemitteilung der Kommission vom 30. Januar 2013, IP/13/65.

<sup>30</sup> Memo der Kommission vom 30. Januar 2013, Anstehende Herausforderungen im europäischen Bahnverkehr, MEMO/13/45.

<sup>31</sup> Richtlinie (EU) 2016/797 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über die Interoperabilität des Eisenbahnsystems in der Europäischen Union, ABl 2016 L 138 vom 26. Mai 2016, 44 ff.; Richtlinie (EU) 2016/798 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über Eisenbahnsicherheit, ABl 2016 L 138 vom 26. Mai 2016, 102 ff.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu ausführlich unten, [Teil 2, D.IV.1.b](#).

<sup>33</sup> Richtlinie (EU) 2016/2370 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2012/34 bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur, ABl 2016 L 352 vom 23. Dezember 2016, 1 ff. Damit wurde das Kabotageverbot per 1. Januar 2019 abgeschafft, um auf die ab dem 14. Dezember 2020 geltenden Netzfahrpläne angewendet werden zu können. So betreibt z.B. das französische EVU SNCF unter der Marke «OUIGO» seit dem 7. Mai 2021 inländische Low-Cost-Personenverkehrsleistungen von Barcelona nach Madrid. Auf den neuen Wettbewerber reagierte das spanische EVU RENFE *Operadora* umgehend und bietet seit dem 23. Juni 2021 mit dem «ALVO» ebenfalls ein Low-Cost-Angebot auf dieser Strecke an. Beide basieren auf dem Konzept der Billigfluggesellschaften: So offerieren sie lediglich eine zweitklassige Bestuhlung (können dafür aber 20% mehr Fahrgäste befördern) sowie eingeschränkten Service und verzichten auf Speisewagen.

<sup>34</sup> Verordnung (EU) 2016/796 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über die Eisenbahnagentur der Europäischen Union und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 881/2004, ABl L 138 vom 26. Mai 2016, 1 ff.

senbahnagentur im Rahmen bestimmter Aspekte des grenzüberschreitenden Güterverkehrs<sup>35</sup> und plant sogar ihr gewisse schweizerische Hoheitskompetenzen zu übertragen.<sup>36</sup>

b) Entwicklung eines koordinierten Verkehrs in der Schweiz

- 675 Der Bau und die Inbetriebnahme der ersten Eisenbahn in der Schweiz erfolgte im Jahr 1847 zwischen Baden und Zürich und damit im selben Zeitraum wie die Gründung des schweizerischen Bundesstaats. Die Bundesverfassung von 1848 enthielt jedoch lediglich eine Ermächtigung, wonach der Bund im Interesse der Eidgenossenschaft öffentliche Werke errichten oder deren Errichtung unterstützen könne. Für alle anderen Aspekte des Verkehrs, insbesondere die Konzessionserteilung zur Durchführung des Eisenbahnverkehrs, waren die Kantone zuständig. Dies hatte zur Folge, dass die ersten schweizerischen Eisenbahnunternehmen durch Private und die Kantone gegründet sowie betrieben wurden. Konsequenterweise blieb der Tätigkeitsbereich dieser EVU auf ihre jeweiligen Kantone bzw. Regionen beschränkt. Ein erbitterter Konkurrenzkampf zwischen diesen Verkehrsunternehmen führte zusehends zu Konkursen der EVU, behinderte eine koordinierte Gesamtentwicklung des gesamtschweizerischen Eisenbahnverkehrs und führte damit zu Ineffizienzen im schweizerischen Eisenbahnverkehrswesen.
- 676 Erst die Bundesverfassung von 1874 stellte eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Eisenbahnpolitik des Bundes auf, mit welcher auch die Kompetenz zur Konzessionserteilung für Bau und Betrieb von Eisenbahnen auf den Bund übertragen wurde.<sup>37</sup> Auf dieser Verfassungsgrundlage nahm das schweizerische Volk am 20. Februar 1898 mit einer beachtlichen Mehrheit von 67,9% (bei einer Stimmbeteiligung von 78%) das Bundesgesetz zur Verstaatlichung der schweizerischen Bahnen an<sup>38</sup> – aus der Sicht des Souveräns, d.h. des schweizerischen Volks, sollten die schweizerischen Eisenbahnen in der öffentlichen Hand liegen. Auf dessen gesetzlicher Grundlage wurden per 1. Januar 1902 die

---

<sup>35</sup> Pressemitteilung des Bundesrats vom 3. Dezember 2021, Verlängerung der Zusammenarbeit mit der EU im Eisenbahnwesen, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86267.html>>.

<sup>36</sup> Vgl. die Ausführungen unten, in [Teil 2, D.II.1.b](#) *in fine*.

<sup>37</sup> Art. 26 aBV. Vgl. HÄNER *et al.*, 97.

<sup>38</sup> Volksabstimmung vom 20. Februar 1898 «Die Schweizer Bahnen dem Schweizer Volk», Bundesgesetz betreffend die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes und die Organisation der Verwaltung der schweizerischen Bundesbahnen. Vgl. die historischen Daten, abrufbar unter: <<https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/va/18980220/index.html>>.

Schweizerischen Bundesbahnen als öffentlich-rechtliche Anstalt des Bundes gegründet. Dieselbe Gesetzesgrundlage sah eine (Zwangs-)Verstaatlichung der fünf schweizerischen Hauptbahnen vor, welche jedoch nicht durchgeführt werden musste, da mit den Aktionären ein freihändiger Kauf vereinbart werden konnte. Somit wurden die fünf Hauptbahnen sukzessive verstaatlicht, von den Schweizerischen Bundesbahnen in deren ersten Bestandsjahren übernommen und in diese integriert.<sup>39</sup> Weitere dieser daraufhin «Privatbahnen» genannten Unternehmen folgten in den darauf kommenden Jahren,<sup>40</sup> allerdings blieben einige bis heute erhalten.<sup>41</sup>

Das Bundesrecht enthielt bereits damals Auflagen zur Wahrung der Interessen der allgemeinen Wohlfahrt und der Volkswirtschaft durch die Bahnunternehmen, welche vor dem Hintergrund der zunehmenden Konkurrenzierung durch den Individualverkehr auf der Strasse sukzessiv verstärkt wurden. Dies führte dazu, dass sich der Bund mit beträchtlichen Mitteln an dem Ausbau- und Betriebsmitteln der Bahnen beteiligen musste.<sup>42</sup> Dennoch waren die Schweizerischen Bundesbahnen bis Ende der 1960er Jahre defizitfrei tätig. Angesichts des weiterhin ungebremst wachsenden Individualverkehrs sowie der Ölkrise im Jahr 1974 und der damit einsetzenden Rezession, verschlechterte sich allerdings die finanzielle Lage zu Beginn der 1970er Jahre massiv und läutete eine Defizitperiode ein, welche bis heute andauert. Im Jahr 1978 legte die vom Bundesrat eingesetzte Kommission für die Gesamtverkehrskonzeption (GVK) einen Schlussbericht vor, der die verbesserte Abstimmung der verschiedenen Verkehrssektoren zum Ziel hatte.<sup>43</sup> Um die unternehmerischen Zielsetzungen klar von den gemeinwirtschaftlichen Auflagen zu trennen und so langfristig einen Rechnungsausgleich zu erreichen, wurden den Schweizerischen Bundesbahnen im Jahr 1982 erstmals ein Leistungsauftrag erteilt. Durch einen weiteren Leistungsauftrag aus dem Jahr 1987 wurde des Weiteren eine Entflechtung der Kosten für die Infrastruktur einerseits und der Kosten für den Verkehrsbetrieb andererseits vorgenommen: Während seitdem die Infrastruk-

677

<sup>39</sup> Die Schweizerische Centralbahn SCB (1902), die Nordostbahn NOB (1902), die Vereinigte Schweizer-Bahnen VSB (1902), die Jura-Simplonbahn (1903) und die Gotthardbahn-Gesellschaft (1909).

<sup>40</sup> U.a. die Neuenburger Jurabahn JN (1913), die Tösstalbahn TTB (1918) und die Seetalbahn STB (1922).

<sup>41</sup> Namentlich die BLS AG und die Schweizerische Südostbahn AG, vgl. hierzu die Ausführungen unten, in [Teil 2, D.II.3.e\)bb](#).

<sup>42</sup> HÄNER et al., 97.

<sup>43</sup> Eidgenössische Kommission für die schweizerische Gesamtverkehrskonzeption (GVK-CH), Leitstudie GVK-CH, Bern 1978, abrufbar unter: <https://bit.ly/3QxaYKw>.

turkosten vom Bund und den Schweizerischen Bundesbahnen gemeinsam getragen werden, haben Letztere die Kosten für den Verkehrsbetrieb alleine zu tragen.<sup>44</sup>

678 Nachdem bereits im Jahr 1981 der Taktfahrplan eingeführt wurde, stimmte das schweizerische Volk in den kommenden Jahren der Durchführung zweier Grossprojekte zu, die einen erheblichen Ausbau des Eisenbahnnetzes bezweckten. Erstens erfolgte durch die Annahme des Konzepts BAHN 2000<sup>45</sup> eine grossangelegte Kapazitätserweiterung im öffentlichen Personenverkehr,<sup>46</sup> welche sich seit Einführung des Taktfahrplans immer stärker aufgedrängt hatte.<sup>47</sup> Damit wurde auch das sog. Knotenpunktprinzip eingeführt, gemäss welchem in den grösseren Bahnhöfen die Züge aus allen Richtungen gleichzeitig ankommen und kurz darauf wieder abfahren. Damit sollen einerseits die einzelnen vernetzten lokalen und/oder regionalen Verkehrsnetze der Schweiz miteinander verbunden werden und andererseits der regionale Personenverkehr effizienter ausgestaltet werden, indem nur ein Regionalzug alle Fernverkehrsreisenden aus allen Richtungen übernimmt.<sup>48</sup> Zweitens stimmte im Jahr 1992 der Souverän dem Bau der neuen Alpentransversale (NEAT)<sup>49</sup> und damit dem Bau drei neuer Basistunnel am Lötschberg, am Gotthard und am Ceneri zu, welche sich seit den Jahren 2007, 2016 bzw. 2020 im fahrplanmässigen Vollbetrieb befinden.

679 Insbesondere seit Mitte der 1990er Jahre ist das schweizerische Verkehrsrecht einer dynamischen und raschen Rechtsentwicklung unterworfen. Die grössten Änderungen zielten darauf ab, i) die Aufgaben und Pflichten zwischen dem Bund und den Verkehrsunternehmen zu klären, ii) eine Verlagerung des Verkehrs von der Strasse auf die Schiene zu erreichen, iii) den Wettbewerb im Schienen- und im öffentlichen Verkehr sowie die Unternehmensverantwortung zu stärken und iv) verschiedenste EU-Regelungen zu übernehmen. Durch eine Revision des Eisenbahngesetzes im Jahr 1995, welche am 1. Januar 1996 in Kraft trat und als Herzstück die Neuordnung der Finanzierung des regionalen Personenverkehrs zum Gegenstand hatte, wurde das sog. Bestellprinzip im re-

---

<sup>44</sup> HÄNER *et al.*, 98.

<sup>45</sup> Bundesgesetz betreffend das Konzept BAHN 2000 vom 19. Dezember 1986 (SR 742.100).

<sup>46</sup> Dies beinhaltete u.a. den Neubau einer Hochgeschwindigkeitseisenbahnstrecke zwischen den Gemeinden Mattstetten und Rothrist auf der Strecke Bern-Olten.

<sup>47</sup> SAGER, 812.

<sup>48</sup> GUROVITS/MÜLLER/ASSFALG, 18.

<sup>49</sup> Bundesgesetz über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale vom 4. Oktober 1991 (Alpentransit-Gesetz, AtrAG, SR 742.104).

gionalen Personenverkehr<sup>50</sup> eingeführt. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten die Besteller von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr, d.h. der Bund und die Kantone, die Defizite der Verkehrsunternehmen nachträglich abgedeckt. Durch die Einführung des Bestellprinzips wurde dieses System aufgegeben.<sup>51</sup> Gleichzeitig wurden eine erste rechtliche Grundlage für Ausschreibungen, Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen des regionalen Personenverkehrs geschaffen – allerdings (vorerst) nur auf Verordnungsebene<sup>52</sup> – sowie die verschiedenen schweizerischen Verkehrsunternehmen einander gleichgestellt.

Im Jahr 1998 wurde die sog. Bahnreform 1<sup>53</sup> beschlossen, welche am 1. Januar 1999 in Kraft trat, und u.a. bezweckte, im Rahmen des autonomen Nachvollzugs EU-Recht<sup>54</sup> umzusetzen, den öffentlichen Verkehr effizienter zu gestalten und das Kosten-Nutzen-Verhältnis sowie die Transparenz in der Finanzierung zu verbessern.<sup>55</sup> Wie die Staatsbahnen in den EU-Mitgliedstaaten wurden die Schweizerischen Bundesbahnen entschuldet und, in Form einer sog. Organisationsprivatisierung, privatisiert. Letzteres erfolgte in Form einer Ausgliederung aus der Bundesverwaltung und Umwandlung in eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts («Schweizerische Bundesbahnen SBB», nachfolgend: «SBB»). Analog zu den anderen Staatsbahnen im europäischen Umland erfolgte auch eine rechnerische und organisatorische Trennung der Verkehrsleistungs- und der Infrastruktursparte.<sup>56</sup> Des Weiteren öffnete die Bahnreform 1 den Wettbewerb im Güterverkehr, indem der freie Netzzugang<sup>57</sup> eingeführt wurde. In Bezug auf den regionalen Personenverkehr betonte der Bundesrat, dass die Bereitstellung einer Grundversorgung im öffentlichen Verkehr eine öffentliche Aufgabe i.S.d. «Service-public» sei: «Insbesondere aus umwelt-, raumordnungs- und siedlungspolitischer Sicht ist der Förderung des öffentlichen Verkehrs grosse Bedeutung beizumessen.»<sup>58</sup> Daher wurde eine Effizienzerhöhung durch eine Entflechtung der

680

<sup>50</sup> D.h. dass nicht wirtschaftliche Leistungen nur auf Bestellung des Bundes und/oder eines Kantons erbracht werden und dass diese für die ungedeckten Kosten aufkommen.

<sup>51</sup> Vgl. zum Bestellprinzip ausführlich die Ausführungen unten, in [Teil 2, D.II.3.a](#)).

<sup>52</sup> Verordnung über Abgeltungen, Darlehen und Finanzhilfen nach dem Eisenbahngesetz vom 18. Dezember 1995 (Abgeltungsverordnung, ADFV, SR 742.101.1).

<sup>53</sup> AS 1998, 2835, 2845, 2847, 2856, 2859; BBl 1997, 909 ff.

<sup>54</sup> Insb. die oben genannte Richtlinie (EWG) 91/440, Richtlinie (EWG) 95/18 und Richtlinie (EWG) 95/19.

<sup>55</sup> HÄNER et al., 98.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu ausgiebig oben, [Teil 2, D.II.3.e\)aa](#)).

<sup>57</sup> D.h. dass auch andere EVU berechtigt wurden die Eisenbahninfrastruktur der SBB und/oder anderer Privatbahnen gegen Bezahlung eines Entgelts zu benutzen.

<sup>58</sup> BBl 1997, 917.

politischen und unternehmerischen Funktion angestrebt.<sup>59</sup> Auch wurde das Bestellprinzip auf alle Verkehrsarten ausgedehnt und der Regionalverkehr auf der Schiene vom Fernverkehr abgekoppelt.<sup>60</sup>

681 Im Jahr 2005 präsentierte der Bundesrat die Pläne zur Bahnreform 2.<sup>61</sup> Diese bezweckte u.a. eine Angleichung des schweizerischen Rechts an die EU-Eisenbahnpakete (insbesondere des ersten und des zweiten Eisenbahnpakets) und an die EU-Interoperabilitätsrichtlinien, eine zeitgemässe Finanzierung der Schienenverkehrsinfrastruktur sowie eine Gleichstellung der EVU, welche in der Schweiz tätig sind, mit den SBB. Da die Bahnreform 2 in der vorgestellten Form von der Bundesversammlung abgelehnt wurde,<sup>62</sup> erfolgte deren Umsetzung in zwei verschiedenen Teilpaketen. Mit der sog. Bahnreform 2.1 aus dem Jahr 2009,<sup>63</sup> welche zum 1. Januar 2010 in Kraft trat und die Revision mehrerer Erlasse umfasste, wurden daher die wenig bestrittenen Elemente umgesetzt: Dies betraf namentlich Sicherheitsaspekte, eine Modifizierung des Bestellverfahrens im regionalen Personenverkehr sowie eine Vereinfachung der Gesetzssystematik im öffentlichen Verkehr, die zu einer Verschiebung einer Vielzahl von Bestimmungen zwischen den einzelnen Erlassen führte, ohne diese jedoch materiell zu ändern.<sup>64</sup>

682 Mit der sog. Bahnreform 2.2 aus dem Jahr 2012,<sup>65</sup> die am 1. Juli 2013 in Kraft trat, wurden das erste sowie das zweite Eisenbahnpaket der EU inkl. deren technischen Interoperabilitätsrichtlinien übernommen, um den grenzüberschreitenden Schienenverkehr zu erleichtern. Dazu gehörte eine Verfeinerung der Regelungen über den Netzzugang und die Stärkung einer unabhängigen Trassenvergabestelle. Damit sollten die Bedingungen für die Verlagerung des Güterverkehrs von der Strasse auf die Schiene verbessert und ein leistungsfähiger Personenverkehr sichergestellt werden.<sup>66</sup> Nachdem bereits im Jahr 1996

---

<sup>59</sup> STÜCKELBERGER/HALDIMANN, Rz. 174.

<sup>60</sup> SAGER, 812, 822.

<sup>61</sup> Vgl. BBl 2005, Bahnreform 2, 2415 ff.

<sup>62</sup> Dies insb. aufgrund der vorgeschlagenen Pläne i) zur Neuordnung der Infrastrukturfinanzierung, ii) zur Schaffung einer unabhängigen Trassenvergabestelle, welche einen nicht-diskriminierenden Zugang interessierter EVU zum schweizerischen Schienennetz hätte sicherstellen sollen sowie iii) zur Sanierung der Pensionskassen der SBB und der Privatbahnen.

<sup>63</sup> Auch «Revision der Erlasse über den öffentlichen Verkehr (RöVe)», BBl 2005, Bahnreform 2, 2415 ff., BBl 2007, 2681 ff.; AS 2009, 5597 ff., 5631 ff., 5651 ff., 5959 ff., 5991 ff., 6019 ff., 6025 ff., 6027 ff., 6055 ff., 6061 ff.

<sup>64</sup> STÜCKELBERGER/HALDIMANN, Rz. 186.

<sup>65</sup> BBl 2005, Bahnreform 2, 2415 ff., BBl 2010, 911 ff.; AS 2012, 5619 ff.

<sup>66</sup> Bericht des Bundesrates, Staat und Wettbewerb, 39.



eine erste rechtliche Grundlage für Ausschreibungen im Bereich des regionalen Personenverkehrs auf Verordnungsebene geschaffen worden war, folgte nun eine rechtliche Grundlage auf Gesetzesebene. Diese sieht Ausschreibungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse und auf der Schiene nun in zureichender Normdichte vor – auf der Schiene allerdings nur als Option. Wichtigster Diskussionpunkt bei der Ausarbeitung und Beratung war dabei die Gewichtung von Wettbewerbs- und Kooperationselementen im künftigen Regelungsregime.<sup>67</sup> Seitdem wurde das Recht des öffentlichen Verkehrs kontinuierlich weiterentwickelt. So wurde namentlich die FABI-Vorlage verabschiedet und der Bahninfrastrukturfonds (BIF) gegründet. Zuletzt hat der Bundesrat im Dezember 2021 bekannt gegeben, die technische Säule des vierten EU-Eisenbahnpakets auch in der Schweiz umsetzen zu wollen und eine entsprechende Vernehmlassung eröffnet.<sup>68</sup> Damit würde die Europäische Eisenbahnagentur die Kompetenz erhalten auch für das schweizerische Normalspurnetz Fahrzeugzulassungen und Sicherheitsbescheinigungen auszustellen. Auf diese Entwicklungen wird in der vorliegenden Untersuchung allerdings nicht näher eingegangen.

### c) Würdigung

Sowohl in der EU als auch in der Schweiz sind das Eisenbahnverkehrswesen und der regionale Personenverkehr in den letzten 30 Jahren Gegenstand mehrerer und umfangreicher Reformen gewesen. In der Schweiz wurden dabei wesentliche Aspekte der EU-Reformen übernommen, insbesondere diejenigen in Bezug auf den grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehr. Dabei zeigen sich jedoch, je nach Themenbereich, unterschiedliche Muster ab: Während Anpassungen in technischen und sicherheitsrelevanten Themenbereichen, d.h. im Bereich der Interoperabilität, besonders rasch erfolgten, wurden die politisch geprägten Vorschriften zur Liberalisierung und Marktöffnung des Schienenverkehrswesens in Schweiz bisher nur teilweise übernommen. 683

Sowohl die EU als auch die Schweiz verfolgten das grundsätzliche Ziel, den öffentlichen Verkehr auszubauen und eine Verlagerung des Verkehrs von der Strasse auf die Schiene zu erreichen. Dabei setzen die EU und die Schweiz jedoch auf unterschiedliche Instrumente. 684

<sup>67</sup> KERN, Transportleistungen, 1807.

<sup>68</sup> Pressemitteilung des Bundesrats vom 17. Dezember 2021, Weiterer Schritt zur Stärkung des grenzüberschreitenden Bahnverkehrs, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86473.html>>.

- 685 Die ersten Massnahmen der EU verfolgten noch das Ziel, die finanziellen Interessen der Verkehrsunternehmen vor einer Unterkompensation durch die Mitgliedstaaten zu schützen und systematische Ausgleichszahlungen zu implementieren. Insbesondere seit Beginn der 1990er Jahre wurde der Abbau von Wettbewerbsverfälschungen durch die EU-Mitgliedstaaten und eine Vereinheitlichung technischer Vorschriften angegangen, um den europäischen Binnenmarkt auch im Bereich des (Eisenbahn-)Verkehrssektors zu realisieren. Dabei wurde eine Vereinheitlichung der Finanzhilfen geschaffen, um Überkompensationen der EU-Mitgliedstaaten und damit Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Speziell die Liberalisierungen und Marktöffnungen im regionalen Personenverkehr sollten mehr Transparenz im Vergabeverfahren, qualitativ bessere Leistungen und gleichzeitig günstigere Preise für die Verbraucher ermöglichen. Die EU setzt daher im Markt zu Erbringung von Transportleistungen im regionalen Personenverkehr besonders auf Wettbewerb um den Markt, um ebendiesen attraktiver und finanzierbarer zu gestalten.
- 686 Die Schweiz hat bei den vergangenen Reformen dagegen einen anderen Fokus gesetzt. Auch hier bestand das Ziel, den regionalen Personenverkehr attraktiver zu gestalten. Seit den ersten Überlegungen zur Verstaatlichung der ersten Privatbahnen im ausgehenden 19. Jahrhundert – und insbesondere seit den 1980er Jahren – ging es primär darum, ein eng abgestimmtes und koordiniertes Verkehrsangebot mit optimalen Anschlussangeboten zu ermöglichen. Die Abstimmung der verschiedenen Verkehrssektoren soll eine effiziente Ausgestaltung des schweizerischen regionalen Personenverkehrs ermöglichen. Mit der Koordination von Verkehr und Raum setzt die Schweiz darauf, Kapazitäten im regionalen Personenverkehr, insbesondere in den Agglomerationen, zu erweitern und das Knotenpunktprinzip im Fernverkehr zu optimieren.<sup>69</sup> Damit stellt die schweizerische Verkehrspolitik die Vervollständigung und die Koordination des öffentlichen Verkehrs in den Vordergrund ihrer Zielsetzungen. In diesem Rahmen wird in der Schweiz nur an einzelne Liberalisierungen und Wettbewerbselemente angeknüpft. Diese sollen in erster Linie die Weiterentwicklungen des öffentlichen Verkehrs finanzieren. Die Koordination und Integration des öffentlichen Verkehrs stehen allerdings im Vordergrund, wodurch ein Systemscheid vorliegt, der die Qualität des regionalen Personenverkehrs höher gewichtet als umfassende Wettbewerbsmöglichkeiten. Dieses staatlich koordinierte Verkehrskonzept erfreut sich einer starken Akzeptanz beim Souverän: Verkehrsvorlagen der Behörden finden insbesondere dann Unterstützung, wenn sie zur Steigerung der Attraktivität des öffentlichen Ver-

---

<sup>69</sup> SAGER, 827.

kehrs beitragen und finanziell tragbar, regional ausgewogen und europapolitisch notwendig sind.<sup>70</sup> Zuletzt hat der Bundesrat im Juni 2021 entschieden, an diesem Modell festzuhalten.<sup>71</sup>

Während somit im Schienengüterverkehr die Marktordnungen in der Schweiz und der EU infolge von Marktöffnungen weitgehend übereinstimmen, bestehen im Personenverkehr beachtliche Unterschiede im Hinblick auf den Grad der Liberalisierung. Solche bestehen sowohl im grenzüberschreitenden Fernverkehr als auch nationalen Fernverkehr sowie im Regionalverkehr. Diese Unterschiede zwischen EU- und schweizerischem Recht haben sich aufgrund der weitergehenden Marktöffnung in der EU in den letzten Jahren sogar noch verstärkt.<sup>72</sup> Die fortschreitenden Marktöffnungen im Verkehrssektor in der EU hat daher zu einer Divergenz zum schweizerischen Verkehr geführt, wo bisher weitgehend – mit Ausnahme des Schienengüterverkehrs – auf die Einführung von Marktmechanismen verzichtet wurde.<sup>73</sup> Während sich in technischen Belangen daher eine rasche Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz beobachten lässt, zeichnet sich in politisch umstritteneren Themenbereichen mehr Zurückhaltung ab.<sup>74</sup>

687

## 2. Rechtliche Ausgangslage

### a) Rechtliche Grundlagen und Kompetenzaufteilungen

Das schweizerische Recht kennt weder eine einheitliche Verfassungsgrundlage, noch ein eigentliches Gesetz über den öffentlichen Verkehr im Allgemeinen oder den regionalen Personenverkehr im Besonderen. Die Bundesverfassung hält in Art. 87 BV in Form einer allgemeinen Bundeszuständigkeit lediglich fest, dass die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr Sache des Bundes ist. Dies erfasst alle Tätigkeiten, welche das Transportmittel Eisenbahn betreffen, womit sämtliche schienengebundene Transportmittel erfasst sind (z.B. Normalspur-, Schmalspur-, Zahnrad- und Strassenbahnen), dazugehörige Einrichtungen und Anlagen (z.B. Bahnhöfe, Güterterminals, Rangierbahnhöfe,

688

<sup>70</sup> Vgl. VATTER *et al.*, *passim*.

<sup>71</sup> Pressemitteilung des Bundesrats vom 23. Juni 2021, Bundesrat hält an Kooperationsmodell im Eisenbahn-Fernverkehr fest, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84118.html>>.

<sup>72</sup> KERN, Eisenbahnrechtsordnung, 640.

<sup>73</sup> So auch KERN, Eisenbahnrechtsordnung, 645; KERN/KÖNIG, 441.

<sup>74</sup> KERN, Eisenbahnrechtsordnung, 655.

Werkstätten, usw.)<sup>75</sup> sowie weitere Verkehrsträger.<sup>76</sup> Die verfassungsrechtliche Kompetenz erstreckt sich sachlich auch auf die Planung, die Erstellung, den Betrieb, die Finanzierung und den Unterhalt der Infrastruktur, womit insbesondere die bereits genannten Einrichtungen und Anlagen erfasst sind. Die Kompetenznorm schliesst auch die Zuständigkeit des Bundes ein, die Marktordnung im Eisenbahnverkehrswesen festzulegen, einschliesslich der Voraussetzungen zum Zugang auf fremde Infrastrukturnetze.<sup>77</sup> Art. 87 BV stellt damit nicht nur eine Kompetenznorm zugunsten des Bundes dar, sondern gar eine umfassende Bundeskompetenz mit ursprünglich derogatorischer Kraft, welche dem Bund die ausschliessliche Befugnis<sup>78</sup> einräumt, Eisenbahnen zu bauen, zu betreiben oder diese Rechte – angesichts internationaler Verpflichtungen und wirtschaftsverfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen<sup>79</sup> – mittels Konzession an Dritte zu übertragen. Der Bau und der Betrieb von Eisenbahnen untersteht damit der Aufsicht des Bundes, welche durch das Bundesamt für Verkehr (nachfolgend: «BAV») wahrgenommen wird.<sup>80</sup>

689 Weitere den Eisenbahnverkehr bestimmende Verfassungsnormen finden sich insbesondere i) in Art. 84 BV betreffend den alpenquerenden Transitverkehr, ii) in Art. 81a BV über den öffentlichen Verkehr, iii) in Art. 87a BV und Art. 85 BV zur Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur bzw. über die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe, iv) in Art. 130 Abs. 3<sup>bis</sup> BV über die Mehrwertsteuer sowie v) in den Übergangsbestimmungen des Art. 196 Ziff. 1-3 BV. Des Weiteren strahlen weitere Bundeskompetenzen auf den Eisenbahnverkehr ab, namentlich Art. 8 Abs. 3 BV über die Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten, Art. 74 BV über den Umweltschutz, Art. 75 BV über die Raumplanung, Art. 78 BV über den Natur- und Heimatschutz, Art. 81 BV über öffentliche Werke sowie Art. 95 Abs. 1 BV über die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit.

690 Während Art. 87a BV die verkehrsrechtliche Infrastrukturvorschrift darstellt, bildet deren Schwesterbestimmung Art. 81a BV die verkehrsrechtliche Programmnorm und enthält Vorgaben zum Verkehrsangebot. Beide Verfassungsbestimmungen ergänzen somit die eingangs genannte Kompetenznorm zur Regelung des öffentlichen Verkehrs (Art. 87 BV) durch materielle Vorgaben zur Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur (Art. 87a BV) und zum Angebot von

---

<sup>75</sup> BSK BV-KERN, Art. 87, N 13.

<sup>76</sup> KERN/KÖNIG, 391.

<sup>77</sup> BSK BV-KERN, Art. 87, N 13.

<sup>78</sup> CR Cst.-KERN, Art. 87, N 2; BSK BV-KERN, Art. 87, N 9.

<sup>79</sup> RHINOW *et al.*, § 28 Rz. 25.

<sup>80</sup> Art. 10 Abs. 2 des Eisenbahngesetz vom 20. Dezember 1957 (EBG, SR 742.101).

Verkehrsleistungen (Art. 81a BV).<sup>81</sup> Gemäss Letzterer haben Bund und Kantone für ein ausreichendes Angebot an öffentlichem Verkehr, u.a. auf der Schiene, zu sorgen, wobei die Belange des Schienengüterverkehrs angemessen zu berücksichtigen sind.<sup>82</sup> Dabei wird die Bedeutung von staatlichen Leistungen im Bereich des öffentlichen Verkehrs betont: Einerseits wird die Sicherstellung eines ausreichenden Angebots im öffentlichen Verkehr als verfassungsrechtliches Versorgungs- und Erschliessungsziel normiert,<sup>83</sup> andererseits beinhaltet die Norm aber auch einen Verfassungsauftrag, wonach ein ausreichendes Angebot an Transportleistungen sicherzustellen ist.<sup>84</sup> Ansprüche werden jedoch keine begründet.<sup>85</sup>

Aus all diesen verfassungsrechtlichen Kompetenzen ergibt sich die grundsätzliche Pflicht des Bundes, die eingeräumten Gesetzungskompetenzen auch tatsächlich wahrzunehmen und für den Eisenbahnsektor einen entsprechenden Regelungsrahmen zu gestalten. Da die Bundesverfassung hierzu jedoch keine rechtlichen Leitplanken aufführt, verfügt der Bundesgesetzgeber über ein weites Ermessen.<sup>86</sup> Auf Gesetzesstufe bestehen daher zahlreiche Erlasse, welche den öffentlichen Verkehr regeln. Der Bundesgesetzgeber hat diesen in drei Regulierungsbereiche aufgeteilt: Während grundsätzliche Regelungen sowie der Bereich der Infrastruktur in erster Linie durch das Eisenbahngesetz (nachfolgend: «EBG»), durch die dazugehörige Eisenbahnverordnung (nachfolgend: «EBV»)<sup>87</sup> sowie durch Ausführungsbestimmungen<sup>88</sup> normiert werden, reglementieren die beiden anderen Bereiche den Verkehr – unterteilt wiederum in Personen und Güterverkehr: Letzterer wird insbesondere das Gütertransportgesetz<sup>89</sup> und das Güterverkehrsverlagerungsgesetz<sup>90</sup> sowie weitere Erlasse reglementiert. Für die vorliegende Untersuchung besonders relevant ist die Regulierung des Personenverkehrs: Diese erfolgt durch das Personenbeförde-

691

<sup>81</sup> BSK BV-KERN, Art. 81a, N 2.

<sup>82</sup> Art. 81a Abs. 1 BV.

<sup>83</sup> BSK BV-KERN, Art. 81a, N 2 f.

<sup>84</sup> BBl 2013, Grundversorgung, 3407, 3430.

<sup>85</sup> BSK BV-KERN, Art. 81a, N 9.

<sup>86</sup> BSK BV-KERN, Art. 87, N 12.

<sup>87</sup> Verordnung über Bau und Betrieb der Eisenbahn vom 23. November 1983 (Eisenbahnverordnung, EBV, SR 742.141.1).

<sup>88</sup> Abrufbar auf der Website des BAV unter: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/rechtliches.html>>.

<sup>89</sup> Bundesgesetz über den Gütertransport durch Bahn- und Schifffahrtsunternehmen vom 19. Dezember 2008 (nicht mehr in Kraft, Gütertransportgesetz, GütTG, SR 742.41).

<sup>90</sup> Bundesgesetz über die Verlagerung des alpenquerenden Güterschwerverkehrs von der Strasse auf die Schiene vom 19. Dezember 2008 (Güterverkehrsverlagerungsgesetz, GVVG, SR 740.1).

rungsgesetz (nachfolgend: «PBG»),<sup>91</sup> die ergänzende Verordnung über die Personenbeförderung (nachfolgend: «VPB»)<sup>92</sup> sowie weiterer Erlasse. Für den regionalen Personenverkehr besonders relevant sind dabei die Verordnung zu dessen Abgeltung (nachfolgend: «ARPV»),<sup>93</sup> die Verordnung über die Konzessionierung, Planung und Finanzierung der Bahninfrastruktur (nachfolgend: «KPFV»)<sup>94</sup> sowie die Verordnung über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen (nachfolgend: «RKV»)<sup>95</sup>. Diese Erlasse werden durch eine Vielzahl weiterer ergänzender Gesetze begleitet, darunter das Obligationenrecht (nachfolgend: «OR») und das Subventionsgesetz (nachfolgend: «SuG»). Auch können weitere Verordnungen, Bundesbeschlüsse und Leitlinien relevant sein, auf welche zu gegebenem Zeitpunkt eingegangen wird. Mit Ausnahme des OR wurden all diese gesetzlichen Grundlagen in den letzten Jahren mit hoher Kadenz teils grundlegend revidiert, was, neben der im Inland entstandenen Dynamik, auf die Entwicklung des Eisenbahnrechts der EU zurückzuführen ist.<sup>96</sup>

- 692 Die o.g. umfassende Kompetenz des Bundes hat zur Folge, dass die Kantone im Bereich des Eisenbahnverkehrssektors nur insoweit tätig werden können, als sie durch eine bundesrechtliche Bestimmung hierzu ausdrücklich ermächtigt werden<sup>97</sup> oder wenn kantonale Bestimmungen die Bundesvorschriften lediglich ergänzen.<sup>98</sup> Dies ist z.B. bei der Erstellung der Fahrpläne<sup>99</sup> oder der Finanzierung des regionalen Personenverkehrs der Fall: So gelten Bund und Kan-

---

<sup>91</sup> Bundesgesetz über die Personenbeförderung vom 20. März 2009 (Personenbeförderungsgesetz, PBG, SR 745.1).

<sup>92</sup> Verordnung über die Personenbeförderung vom 4. November 2009 (VPB, SR 745.11).

<sup>93</sup> Verordnung über die Abgeltung des regionalen Personenverkehrs vom 11. November 2009 (ARPV, SR 745.16).

<sup>94</sup> Konzessionierung, Planung und Finanzierung der Bahninfrastruktur vom 14. Oktober 2015 (KPFV, SR 742.120).

<sup>95</sup> Verordnung des UVEK über das Rechnungswesen der konzessionierten Unternehmen vom 18. Januar 2001 (RKV, SR 742.221).

<sup>96</sup> KERN/KÖNIG, 392.

<sup>97</sup> HÄNER *et al.*, 99.

<sup>98</sup> Z.B. im Bereich der Förderung des kantonalen Regional- und/oder Güterverkehrs, BSK BV-KERN, Art. 87, N 9. Allerdings sind in der Praxis trotzdem Abgrenzungsprobleme möglich, vgl. z.B. BGE 115 Ib 166 und BGE 111 Ib 38.

<sup>99</sup> Art. 4 Abs. 1, Art. 4 Abs. 4, Art. 7, Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 1 der Fahrplanverordnung vom 4. November 2009 (FPV, SR 745.13).

tone den Verkehrsunternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des von ihnen gemeinsam bestellten Verkehrsangebote ab.<sup>100</sup> Dabei handelt es sich um eine sog. Verbundleistung zwischen Bund und Kantonen.<sup>101</sup>

## b) Bedeutung des Landverkehrsabkommens Schweiz-EU

Die Bestimmungen des Bundesrechts zur Ausgestaltung des schweizerischen Verkehrs werden durch materielle völkerrechtliche Vorgaben erweitert. Diese haben aber gleichzeitig zur Folge, dass die Freiräume der Verkehrspolitik des Bundes zum Teil beschränkt werden. Am 21. Juni 1999 haben die Schweiz und die EU sieben sektorielle Abkommen zur gegenseitigen Öffnung der Märkte abgeschlossen, welche am 1. Juni 2002 in Kraft getreten sind. Einer dieser sieben Verträge aus den sog. «Bilateralen I», das Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (nachfolgend: «Landverkehrsabkommen»),<sup>102</sup> soll u.a. schrittweise den Güter- und Personenverkehrsmarkt auf der Schiene liberalisieren und die Bedingungen für eine abgestimmte Verkehrspolitik zwischen der Schweiz und der EU festlegen.<sup>103</sup> Es handelt sich dabei um ein «Liberalisierungsabkommen», welches die schrittweise, gegenseitige Öffnung der Strassen- und Eisenbahnverkehrsmärkte regelt.<sup>104</sup> Des Weiteren statuiert das Landverkehrsabkommen die Bedingungen für eine koordinierte Verkehrspolitik zwischen der Schweiz und der EU auf dem Gebiet des Güter- und Personenverkehrs.<sup>105</sup> Damit soll ein effizientes Verkehrssystem mit den Anforderungen des Umweltschutzes in Einklang gebracht werden.<sup>106</sup> Dies ist als Anerkennung der schweizerischen Verkehrspolitik, insbesondere der Verlagerungspolitik des alpenquerenden Transitverkehrs, durch die EU zu

693

<sup>100</sup> Art. 28 Abs. 1 PBG (Art. 49 aEBG bis zum Inkrafttreten der Bahnreform 2.2 am 1. Juli 2013). Vgl. hierzu ausführlich unten, [Teil 2, D.III.3.](#)

<sup>101</sup> STÜCKELBERGER/HALDIMANN, 268.

<sup>102</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 L 114/91 vom 30. April 2002 (LandVA).

<sup>103</sup> Art. 1 Abs. 1 LandVA.

<sup>104</sup> BBl 1999, 6131, 6151. Das EU-Primärrecht räumt in Art. 171 Abs. 3 AEUV der EU explizit die Möglichkeit ein, mit Drittstaaten wie der Schweiz zur Sicherstellung der Interoperabilität der Netze zusammenzuarbeiten. Aufgrund der im Landverkehrsabkommen vereinbarten schrittweisen gegenseitigen Öffnung der Eisenbahnverkehrsmärkte für Personen und Güter wurde daher auch schweizerischen EVU der Netzzugang in den EU-Mitgliedstaaten gewährt, unter der Voraussetzung, dass die schweizerischen Eisenbahnbestimmungen an die Rechtslage in der EU angepasst werden.

<sup>105</sup> Art. 1 Abs. 1 LandVA. Vgl. auch Art. 30 ff. LandVA und insb. Art. 33 ff. LandVA in Bezug auf den Eisenbahnverkehr und den kombinierten Verkehr.

<sup>106</sup> Art. 30 Abs. 1 LandVA.

werten.<sup>107</sup> Zur Verwirklichung dieses Verkehrssystems haben die Vertragsparteien Massnahmen zu ergreifen, «die darauf abzielen, einen lautereren Wettbewerb zwischen den Verkehrsträgern und innerhalb der Verkehrsträger zu gewährleisten und den Einsatz umweltverträglicherer Verkehrsmittel im Güter- und Personenverkehr zu erleichtern.»<sup>108</sup> Auch sollen die Vertragsparteien sich darum «bemühen», eine «weitgehende Vergleichbarkeit der Bedingungen im Verkehrsbereich, einschliesslich betreffend Steuervorschriften, in ihrem jeweiligen Gebiet zu schaffen».<sup>109</sup>

- 694 Aus Sicht der vorliegenden Untersuchung erscheinen im Landverkehrsabkommen die Art. 23, Art. 28, Art. 35 sowie Art. 38 LandVA besonders relevant, welche Bestimmungen zu staatlichen Beihilfen enthalten. Diese sind aber bloss programmatischer Natur.<sup>110</sup> Konkrete Verpflichtungen ergeben sich lediglich hinsichtlich der Bilanzierung von staatlichen Beihilfen zugunsten des grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehrs.<sup>111</sup> Die Schweiz sowie die EU haben dafür zu sorgen, dass der durch die Schweiz gehende Eisenbahngüterverkehr wettbewerbsfähig bleibt und mit dem Preis- und Qualitätsniveau des Strassengüterverkehrs vergleichbar ist.<sup>112</sup> Dabei haben beide Parteien im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten darauf zu achten, dass die marktwirtschaftlichen Auswirkungen etwaiger staatlicher Beihilfen einer Vertragspartei nicht durch das Verhalten der anderen Vertragspartei oder eines Organs beeinträchtigt werden.<sup>113</sup> Dies wird durch den Gemischten Ausschuss überwacht.<sup>114</sup> Ein allgemeines Beihilfeverbot oder konkrete Massnahmen, um allfällige Beihilfen zu verhindern, sieht das Landverkehrsabkommen dagegen nicht vor. Ganz im Gegenteil geht es davon aus, dass die Schweiz und die EU bzw. die EU-Mitgliedstaaten Beihilfen erteilen dürfen (und werden), solange diese offen bilanziert und die Ziele der Beihilfen einer Vertragspartei nicht durch Beihilfen der anderen Vertragspartei verhindert werden.<sup>115</sup>

---

<sup>107</sup> So auch STÜCKELBERGER/HALDIMANN, 332; KERN, Transportleistungen, 1289.

<sup>108</sup> Art. 31 Abs. 1 LandVA.

<sup>109</sup> Art. 30 Abs. 2 LandVA. Vgl. auch für eine Übersicht zum Inhalt des Landverkehrsabkommens den Überblick des Bundesamts für Verkehr, abrufbar unter: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/rechtliches/gesetze-verordnungen-staatsvertraege/internationale-vertraege/landverkehrsabkommen/die-inhalte-des-landverkehrsabkommens0.html>>.

<sup>110</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438.

<sup>111</sup> Art. 23 und Art. 28 Abs. 1 LandVA.

<sup>112</sup> Art. 35 Abs. 1 LandVA.

<sup>113</sup> Art. 35 Abs. 4 LandVA.

<sup>114</sup> Art. 35 Abs. 5 LandVA.

<sup>115</sup> Vgl. SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438 ; SEITZ/BERNE, Analyse beihilferechtlicher Bestimmungen, 595.



Das Landverkehrsabkommen zielt darauf ab, in der Rechtsentwicklung die Gleichwertigkeit der Rechte und Pflichten in der Schweiz und in der EU zu gewährleisten.<sup>116</sup> Damit verpflichtete die Schweiz sich zur Anwendung verschiedener EU-Rechtsakte, welche in den Anhang 1 des Landverkehrsabkommen aufgenommen wurden.<sup>117</sup> Dies betrifft u.a. EU-Rechtsakte des ersten und zweiten Eisenbahnpakets. Somit ist die Schweiz verpflichtet, bestimmte EU-Vorschriften im Bereich des öffentlichen Verkehrs zu übernehmen bzw. eigene Vorschriften zu erlassen, welchen denen des EU-Rechts nachzuempfinden sind. Diese Vorschriften bezwecken, dass Verkehrsunternehmen, die ihren Sitz in der Schweiz oder in einem EU-Mitgliedstaat haben, grundsätzlich dieselben Marktzugangsmöglichkeiten im Gebiet der jeweils anderen Vertragspartei haben sollen.<sup>118</sup> Im Bereich des Eisenbahnverkehrs betraf dies insbesondere die Entwicklung der Interoperabilität der Eisenbahnnetze durch die Harmonisierung technischer Normen sowie die Angleichung der Eisenbahnsicherheitsvorschriften. Ausserdem hat sich die Schweiz mit Abschluss des Landverkehrsabkommens verpflichtet, im Rahmen einer koordinierten Verkehrspolitik wettbewerbsfähige Verkehrsdienste im Eisenbahnverkehr u.a. durch die Öffnung des Zugangs zum Eisenbahnfahrweg bereitzustellen.<sup>119</sup> Das Landverkehrsabkommen erstreckt sich jedoch lediglich auf den «grenzüberschreitenden Eisenbahngüter- und -personenverkehr»<sup>120</sup>. In Bezug auf den (Binnen-)Personeneisenbahnverkehr im Allgemeinen oder den regionalen Personenverkehr im Besonderen enthält das Landverkehrsabkommen dagegen keine konkreten Bestimmungen. Dafür statuiert das Landverkehrsabkommen explizit, dass es «nicht für die Eisenbahnunternehmen [gilt], deren Betrieb auf den Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr beschränkt ist.»<sup>121</sup> Auch wenn das Landverkehrsabkommen einen wichtigen Prägungsfaktor für die Entwicklung

---

<sup>116</sup> Art. 52 Abs. 6 LandVA.

<sup>117</sup> Vgl. Anhang 1 LandVA. Änderungen der Anhangs 1, z.B. durch die Aufnahmen weiter EU-Rechtsakte, erfolgen im Gemischten Ausschuss durch die Schweiz und die EU gemeinsam.

<sup>118</sup> Vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, Rz. 915 f.

<sup>119</sup> Expertengruppe Organisation Bahninfrastruktur (EOBI), Schlussbericht, Bern 2013, 34, abrufbar unter: <<https://www.aramis.admin.ch/Default?DocumentID=47210&Load=true>> (zit. EOBI-Schlussbericht).

<sup>120</sup> Art. 2 Abs. 1 LandVA. Vgl. dazu die materiellen Vorgaben an die Strukturierung in Bezug auf i) Eisenbahnverkehrsunternehmen, ii) Zugangs- und Transitrechte, iii) die Vergabe von Zugtrassen und die zu zahlenden Preise für deren Nutzung, iv) die Interoperabilität und Sicherheit der Eisenbahnsysteme sowie v) durch die Sicherstellung einer Beschwerdemöglichkeit, Art. 23-29 LandVA.

<sup>121</sup> Art. 2 Abs. 2 LandVA.

des schweizerischen Eisenbahnrechts darstellt,<sup>122</sup> ist es somit nicht darauf ausgelegt, als Grundlage für die Ausgestaltung und/oder Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr zu dienen.<sup>123</sup>

c) Rechtliche Rahmenbedingungen des Personenverkehrs

- 696 Der schweizerische Personenverkehr lässt sich in vier Bereiche unterteilen: i) den nationalen Fernverkehr, ii) den internationalen Fernverkehr iii) den regionalen Verkehr und iv) den Ortsverkehr. Der nationale Fernverkehr umfasst diejenigen Strecken, auf denen der Transitverkehr, der internationale Personenverkehr, der Personenverkehr zur Erschliessung der Agglomerationen von nationaler und internationaler Bedeutung sowie der Personenverkehr zur Erschliessung der mittelstädtischen Allgomerationen von regionaler Bedeutung abgewickelt wird. Zum internationalen Fernverkehr gehören die Verkehrsverbindungen zwischen schweizerischen Städten und ausländischen Grossstädten.<sup>124</sup> Auf diese Bereiche wird in dieser Untersuchung nicht näher eingegangen. Der regionale Personenverkehr besteht dagegen aus dem «Personenverkehr innerhalb einer Region, einschliesslich der Groberschliessung von Ortschaften, sowie de[m] Personenverkehr mit benachbarten, auch ausländischen Regionen».<sup>125</sup> Der Ortsverkehr schlussendlich dient der Feinerschliessung von Ortschaften und besteht i.d.R. aus Linien, die nicht mehr als 1,5 Kilometer vom nächstgelegenen Verknüpfungspunkt mit dem übergeordneten Netz des öffentlichen Verkehrs entfernt ist. Der Ortsverkehr wird von den Kantonen und Gemeinden bestellt und finanziert, da er von Abgeltungen des Bundes ausgeschlossen ist.<sup>126</sup> Weil die vorliegende Untersuchung vordergründig Subventionspraktiken des Bundes analysiert,<sup>127</sup> wird auch der Ortsverkehr nicht weiter behandelt.

---

<sup>122</sup> Vgl. KERN, Eisenbahnrechtsordnung, 631.

<sup>123</sup> So auch KERN, Transportleistungen, 1811.

<sup>124</sup> STÜCKELBERGER/HALDIMANN, 298. Im Gegensatz zur EU ist in der Schweiz der internationale Personenfernverkehr immer noch nicht liberalisiert: Ausländische Verkehrsunternehmen können lediglich in Kooperation mit der SBB internationale Verbindungen anbieten, nicht jedoch mittels eines eigenständigen Markteintritts mit der SBB in Wettbewerb treten. Am 23. Juni 2021 hat der Bundesrat entschieden, dass die schweizerische Verkehrspolitik bis auf Weiteres an diesem sog. Kooperationsmodell festhält. Vgl. hierzu die Pressemitteilung des Bundesrats, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84118.html>>.

<sup>125</sup> Art. 4 lit. a PBG.

<sup>126</sup> Art. 28 Abs. 2 PBG.

<sup>127</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.I.](#)

Der Bund verfügt aufgrund des Personenbeförderungsregals über das ausschliessliche Recht, Reisende gewerbsmässig und regelmässig zu transportieren.<sup>128</sup> Dieses kann er allerdings mittels einer sog. Personenbeförderungskonzession (nachfolgend: «Konzession») abtreten.<sup>129</sup> Zuständig für eine solche Erteilung ist das BAV.<sup>130</sup> Das Verkehrsunternehmen, welches die Konzession erhalten hat, erhält dadurch nicht nur das Recht, Personen gewerbsmässig zu befördern, sondern wird dazu gar verpflichtet.<sup>131</sup> Dies erfolgt in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorgaben, die insbesondere im Personenbeförderungsgesetz<sup>132</sup> und der dazugehörigen Verordnung<sup>133</sup> aufgeführt sind, sowie der Konzession, welche u.a. festlegt, ob die Personenbeförderung auf der Strasse – d.h. mittels Bussen – oder auf der Schiene – d.h. mittels Zügen – zu erfolgen hat.<sup>134</sup>

697

Für die Personenbeförderung auf der Schiene bedarf das konzessionierte Verkehrsunternehmen neben der Konzession auch einer Netzzugangsbewilligung und einer Sicherheitsbescheinigung,<sup>135</sup> welche ebenfalls vom BAV erteilt werden<sup>136</sup> – üblicherweise mitsamt der Konzessionserteilung. Die Netzzugangsbewilligung ist die Genehmigung, als EVU tätig zu werden und Zugang zum schweizerischen Schienennetz zu erhalten.<sup>137</sup> Für deren Erteilung sind eine genügende Organisation als EVU, Kenntnisse und Erfahrung, finanzielle Leistungsfähigkeit und Versicherungsschutz, zuverlässige Geschäftsführung, die Einhaltung arbeitsrechtlicher Vorschriften sowie ein Sitz in der Schweiz erforderlich.<sup>138</sup> Die Sicherheitsbescheinigung berechtigt ihrerseits, auf eigenen oder fremdem Schienenstrecken Eisenbahnverkehr durchzuführen.<sup>139</sup> Anknüpfungspunkte sind die effektiv befahrenen Strecken und umfassen insbesondere das Personal<sup>140</sup> und das Rollmaterial.<sup>141</sup> Netzzugangsbewilligung und Sicherheitsbescheinigung können beide auch an ausländischen Unternehmen

698

<sup>128</sup> Art. 87 und Art. 92 BV, Art. 4 Abs. 1 PBG. Vgl. auch RHINOW *et al.*, § 28 Rz. 41 f.

<sup>129</sup> Art. 6 Abs. 1 PBG.

<sup>130</sup> Art. 6 Abs. 4 PBG.

<sup>131</sup> Art. 6 Abs. 2 PBG.

<sup>132</sup> So trifft das konzessionierte Unternehmen auch eine Transport- (Art. 12 PBG), eine Fahrplan- (Art. 13 f. PBG) und eine Tarifpflicht (Art. 15 PBG).

<sup>133</sup> Art. 4 VPB ff.

<sup>134</sup> Art. 4 Abs. 2 ff.

<sup>135</sup> Art. 8c Abs. 1 EBG.

<sup>136</sup> Art. 8d Abs. 1 und Art. 8e Abs. 1 EBG.

<sup>137</sup> KERN/KÖNIG, 418.

<sup>138</sup> Art. 8d Abs. 1 lit. a-f EBG.

<sup>139</sup> Art. 8c Abs. 2 EBG.

<sup>140</sup> Art. 8e Abs. 2 lit. a EBG.

<sup>141</sup> D.h. die konkreten Lokomotiven, Wagen und Triebwagen, Art. 8e Abs. 2 lit. b EBG.

erteilt werden, wenn diese über eine in der Schweiz niedergelassene Tochter verfügen. Theoretisch könnten damit auch ausländische Verkehrsunternehmen eine Konzession beantragen.

- 699 Auch für die Durchführung von regionalem Personenverkehr ist eine Konzession erforderlich, unabhängig davon, ob dieser auf der Strasse oder der Schiene erfolgt. Erfolgt dieser auf der Schiene, ist zuzüglich zur Konzession die Erteilung einer Netzzugangsbewilligung und einer Sicherheitsbescheinigung notwendig. Die Konzession berechtigt und verpflichtet zu fahrplanmäßigen Fahrten entlang festgelegter Haltestellen (sog. Linienverkehr) mit Erschliessungsfunktion sowie zur Durchführung von Linienverkehr ohne Erschliessungsfunktion bei genügender Frequenz.<sup>142</sup> Das konzessionierte Verkehrsunternehmen erhält dadurch eine exklusive Stellung, da neue Konzessionen nur erteilt werden, wenn i) sie zum bestehenden Angebot anderer Verkehrsunternehmen des öffentlichen Verkehrs keine volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnisse entstehen lassen oder ii) sie wichtige neue Verkehrsverbindungen darstellen oder iii) sie bestehende ergänzen.<sup>143</sup> Die Gewährung neuer Konzessionen bedingt daher, dass konzessionierte Verkehrsunternehmen keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt werden bzw., dass neu konzessionierte Verkehrslinien die bereits bestehenden Angebote lediglich ergänzen. Verkehrsunternehmen, welche über eine Konzession verfügen, haben daher eine monopolähnliche Stellung inne<sup>144</sup> und werden von Gesetzes wegen vor Wettbewerb im Markt geschützt. Eine solche gesetzlich verankerte Marktschliessung soll regelmässig den auf diesem Markt tätigen Unternehmen die Abschöpfung einer Monopolrente<sup>145</sup> ermöglichen, um damit die Kosten anderer Bereiche, z.B. der Grundversorgung, zumindest teilweise zu decken.<sup>146</sup>
- 700 Allein die Erteilung einer Konzession, eines Netzzugangs und einer Sicherheitsbescheinigung reichen jedoch nicht aus, um Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr anbieten zu können. Der Linienverkehr im regionalen Personenverkehr muss auch bestellt werden, und zwar von der öffentlichen Hand. Im Gegensatz zum Personenfernverkehr, wo der Bund über die Vergabe einer Fernverkehrskonzessionen alleine festlegen kann, welches Verkehrsun-

---

<sup>142</sup> KERN/KÖNIG, 400.

<sup>143</sup> Art. 9 Abs. 2 lit. b PBG.

<sup>144</sup> So auch STÜCKELBERGER/HALDIMANN, 297.

<sup>145</sup> D.h. der Rente, die ein Monopolist im Vergleich zum vollkommenen Wettbewerb zusätzlich erhält, weil er seine Preise unabhängig vom Wettbewerb gewinnmaximierend festlegen kann.

<sup>146</sup> Bericht des Bundesrates, Staat und Wettbewerb, 5.

ternehmen eine solche erhält, entscheiden im regionalen Personenverkehr Bund und Kantone als Besteller gemeinsam darüber, welches zu konzessionierende Verkehrsunternehmen die bestellten Verkehrsleistungen erbringt.

### 3. Ausgestaltung des regionalen Personenverkehrs

#### a) Bestellprinzip

Im schweizerischen Regionalverkehr wurde durch eine Revision des Eisenbahngesetzes im Jahr 1995, welche am 1. Januar 1996 in Kraft trat (und damit noch vor der Bahnreform 1), das sog. Bestellprinzip eingeführt: Nach diesem Prinzip legen Bund und Kantone den Bedarf an Verkehrsleistungen gemeinsam fest und bestellen diese ebenfalls gemeinsam bei einem Verkehrsunternehmen zu einem im Voraus vereinbarten Preis.<sup>147</sup> Neu wurden Bestell- und Finanzierungskompetenz den Kantonen übertragen. Seitdem wird ein solches Bestellverfahren i.d.R. alle zwei Jahre durchgeführt und ist mit der Fahrplanperiode abzustimmen.<sup>148</sup> Bis dahin wurden die durch die Verkehrsunternehmen erwirtschafteten Defizite nachträglich von der öffentlichen Hand abgedeckt. Die öffentliche Hand wechselte daher ihre Rolle von einer Defizitdeckerin zur Bestellerin. Bund und Kantone gelten den Verkehrsunternehmen somit diejenigen Kosten ab, welche gemäss Planung nicht durch Erlöse aus dem Verkauf von Fahrtickets gedeckt werden können. Derzeit handelt es sich dabei um einen Betrag i.H.v. CHF 2 Mrd., der je zur Hälfte durch Bund und Kantone getragen wird. Der regionale Personenverkehr auf der Strasse und auf der Schiene wurde damit umfassende reformiert und regionalisiert sowie dessen Finanzierung neugeordnet.<sup>149</sup>

701

Die Reform bezweckte, die Effizienz und die Transparenz im regionalen Personenverkehr zu steigern, indem auf Seiten der Behörden für eine bessere Steuerung der Ausgaben, eine höhere Transparenz bei der Verwendung der Mittel und eine Entflechtung der politischen von den unternehmerischen Kompetenzen gesorgt wurde. Andererseits zielte die Reform darauf ab, den Verkehrsunternehmen Anreize zur wirtschaftlichen Erbringung der Verkehrs-

702

<sup>147</sup> Art. 28 ff. PBG. Vormalig Art. 49 ff. aEBG; AS 1995 3680; BBl 1994, Regionalverkehr, 497.

<sup>148</sup> Art. 31b PBG und Art. 11 Abs. 1 ARPV. Aufgrund der Verflechtung mit den europäischen Schienennetzen und in Anwendung des Landverkehrsabkommens wurde ab dem Jahr 2002 die Entscheidung der EU-Kommission zur Gestaltung der Fahrplanperiode übernommen: Demnach erfolgt der Wechsel des Fahrplans jeweils am zweiten Samstag des Dezember um 24 Uhr, ABl L 289, 30.

<sup>149</sup> SAGER, 821; STÜCKELBERGER/HALDIMANN, 321.

leistungen zu schaffen, um damit die Erreichung eines kosteneffizienten Verhaltens zu verbessern.<sup>150</sup> Dies wurde durch die gleichzeitige Einführung der Gleichbehandlung der Verkehrsträger und Verkehrsunternehmen im Regionalverkehr untermauert, indem die Personenbeförderungskonzession vereinheitlicht wurde und die Beteiligung des Bunds an der Abgeltung unabhängig von Verkehrsmittel und Verkehrsunternehmen erfolgt.<sup>151</sup> Damit wurden die Verkehrsleistungen auf Strasse und Schiene, d.h. der Bus- und Bahnverkehr, gleichgestellt. Diese Beseitigung der wesentlichen Finanzierungsunterschiede zwischen den verschiedenen Verkehrsmitteln und Verkehrsunternehmen rechtfertigt daher eine gemeinsame Betrachtung des regionalen Personenverkehrs auf der Strasse *und* auf der Schiene im Rahmen der vorliegenden Untersuchung.

b) Bestellverfahren

- 703 Rechtsgrundlage für die Bestellung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr ist ein im Personenbeförderungsgesetz und in der ARPV festgehaltenes Ausschreibungsregime, welches eine Spezialordnung zum allgemeinen Submissionsrecht bildet und diesem als *lex specialis* vorgeht. Das allgemeine Submissionsrecht gelangt daher bei der Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr – mit Ausnahme der einschlägigen Rechtsgrundsätze wie dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot – grundsätzlich nicht zur Anwendung,<sup>152</sup> kann aber punktuell *per analogiam* ergänzend herangezogen werden.<sup>153</sup> Des Weiteren sind sowohl das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA)<sup>154</sup> als auch das Beschaffungsrechtsabkommen Schweiz-EU<sup>155</sup> grundsätzlich nicht auf Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr anwendbar.<sup>156</sup>

---

<sup>150</sup> BBl 1994, Regionalverkehr, 504 ff., 513; BBl 1997, 911 ff.

<sup>151</sup> EOBI-Schlussbericht, 34.

<sup>152</sup> BBl 2011, 911 ff., 931 f., 955.

<sup>153</sup> STÜCKELBERGER/HALDIMANN, 300; KERN/KÖNIG, 408.

<sup>154</sup> Revidiertes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA, SR 0.632.231.422).

<sup>155</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 (SR 0.172.052.68).

<sup>156</sup> Vgl. KERN, Transportleistungen, 1819 ff.

Die Bemessung des Angebots im regionalen Personenverkehr hat sich «in erster Linie» nach der Nachfrage<sup>157</sup> und der bestehenden Infrastruktur zu richten,<sup>158</sup> allerdings sind dabei auch die weiteren – eher vagen<sup>159</sup> – gesetzlichen Vorgaben in Betracht zu ziehen, namentlich eine «angemessene» Grunderschliessung,<sup>160</sup> «Anliegen der Regionalpolitik»,<sup>161</sup> «Anliegen der Raumordnungspolitik»,<sup>162</sup> «Anliegen des Umweltschutzes»<sup>163</sup> sowie «Anliegen der Behinderten».<sup>164</sup> Anhand dieser Vorgaben legen die Besteller der Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr, d.h. der Bund – vertreten durch das BAV – und die Kantone, das Angebot dieser Verkehrsleistungen fest. Verkehrsangebote im regionalen Personenverkehr ergeben sich daher nicht aufgrund der Nachfrage, sondern durch Beschluss der öffentlichen Hand. Der Ausbau des regionalen Personenverkehrs hängt dabei stark vom politischen Willen und den Ressourcen des beteiligten Kantons oder der beteiligten Kantone ab.<sup>165</sup> Die soeben aufgeführten Vorgaben zur Bemessung des Angebots sind daher eher als eine Absichtserklärung des Bundes zu verstehen, welche für die Kantone nicht bindend ist. Die politische Bereitschaft in den Kantonen entscheidet damit über die Investitionen in den regionalen Personenverkehr,<sup>166</sup> was zu markanten Unterschieden in den regionalen Verkehrsangeboten führen kann.<sup>167</sup>

704

Dieses staatlich festgelegte Angebot von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr bestellen das BAV und die jeweils zuständigen kantonalen Behörden für jeweils zwei Jahre bei den Verkehrsunternehmen. Derzeit sind dies ca. 114 Verkehrsunternehmen, welche rund 1'400 Linien betreiben.<sup>168</sup> Diejenigen, welche für die Erbringung einer konkreten Verkehrsleistung im regionalen Personenverkehr infrage kommen, werden von Bund und Kantonen auf Grundlage des Angebotsbeschlusses zur Offertstellung eingeladen.<sup>169</sup> Die Vergabe kann dabei auf zwei Arten erfolgen: Einerseits im Rahmen einer wettbe-

705

<sup>157</sup> Gemäss Art. 7 f. ARPV.

<sup>158</sup> Art. 31a Abs. 3 Satz 1 PBG.

<sup>159</sup> So auch KERN, Transportleistungen, 1811.

<sup>160</sup> Art. 31a Abs. 3 lit. a PBG.

<sup>161</sup> Art. 31a Abs. 3 lit. b PBG.

<sup>162</sup> Art. 31a Abs. 3 lit. c PBG.

<sup>163</sup> Art. 31a Abs. 3 lit. d PBG.

<sup>164</sup> Art. 31a Abs. 3 lit. e PBG.

<sup>165</sup> KELLER et al., 128.

<sup>166</sup> SAGER, 822 f.

<sup>167</sup> KELLER et al., 128.

<sup>168</sup> Angaben den BAV, abrufbar unter: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/allgemeine-themen/rpv.html>>.

<sup>169</sup> Vgl. Art. 16 ff. ARPV.

werblichen Ausschreibung, bei welcher mehrere Verkehrsunternehmen sich um die Erbringung der Verkehrsleistungen bewerben (sog. Ausschreibungsverfahren). Sind die Voraussetzungen für ein solches Ausschreibungsverfahren nicht gegeben, so beginnt andererseits direkt der Verhandlungsprozess zwischen den Bestellern und den Verkehrsunternehmen (sog. Direktvergabeverfahren). Die Verkehrsunternehmen haben in den Offerten für jede Linie die geplanten Kosten sowie die zu erwartenden Erlöse durch den Verkauf von Fahrtickets auszuweisen. Die Angaben müssen den Tatsachen bzw. bestmöglichen Schätzungen entsprechen. Die Verkehrsunternehmen dürfen dabei keine Gewinne einplanen (nachfolgend: «Gewinnverbot»). Die eingereichten Offerten werden anschliessend vom BAV und den Kantonen auf ihre Konkurrenzfähigkeit geprüft. Im gesamten Verfahren sind die Kantone federführend. Insbesondere der Beschluss, ob eine Vergabe im Rahmen eines Ausschreibungs- oder eines Direktvergabeverfahrens erfolgt, wird stark von den Kantonen beeinflusst und fusst mitunter vor allem auf politischen Überlegungen. Das BAV unterstützt die kantonalen Behörden lediglich bei der Plausibilisierung der Offerten, indem es die Kennzahlen mit anderen Angeboten vergleicht, und indem es für die Einheitlichkeit der Kriterien und Verfahren sorgt. Allenfalls werden die Verkehrsunternehmen aufgefordert, die Offerten zu überarbeiten.<sup>170</sup>

- 706 Zum Abschluss des Bestellverfahrens halten die Besteller und das Verkehrsunternehmen das bestellte Verkehrsangebot sowie die zu entrichtenden Abgeltungen in einer (beim Ausschreibungsverfahren) Vergabevereinbarung bzw. (beim Direktvergabeverfahren) in einer Angebotsvereinbarung fest. Beide alternativen Vereinbarungen erfolgen schriftlich und beinhalten insbesondere die Leistungspflichten des Verkehrsunternehmens, die Höhe der Abgeltung<sup>171</sup> sowie die Konzession.<sup>172</sup> Zentral ist dabei die Einigung in Bezug auf die Abgeltungen bzw. die Abgeltungsberechnungsgrundlagen: Diese werden in erster Linie zwischen den zuständigen Regierungsräten, dem BAV und den Verkehrsunternehmen nach politischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgehandelt und festgelegt. Anschliessend wird die Vereinbarung genehmigt: Auf Seiten der Kantone i.d.R. durch einen Regierungsratsbeschluss. Auf Seiten des Bundes entscheidet das BAV mittels Verfügung.<sup>173</sup> Gestützt auf diese Vereinba-

---

<sup>170</sup> KÖNIG/JAMPEN/STIRNIMANN, 1.

<sup>171</sup> Art. 31a Abs. 1 und Abs. 4 PBG sowie Art. 21 ff. ARPV.

<sup>172</sup> Art. 32b Abs. 1 PBG.

<sup>173</sup> Art. 32i Abs. 1 PBG.



rungen gelten die Besteller den Verkehrsunternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des von ihnen gemeinsam bestellten Verkehrsangebots ab.<sup>174</sup>

### c) Aufsicht und Controlling

Der öffentliche Verkehr, und damit auch der regionale Personenverkehr, fällt in die Zuständigkeit des BAV, welches, neben seiner Funktion als Aufsichtsbehörde über den öffentlichen Verkehr, u.a. auch als Bestellerin von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr, für den Ausbau des Schienennetzes, die Verbesserung von Angeboten und die Wirtschaftlichkeit der Eisenbahnunternehmen zuständig ist.<sup>175</sup> Diese Kumulation von Kompetenzen ist in dem Sinne vorteilhaft, als dass eine Koordination der unterschiedlichen Aspekte innerhalb einer und derselben Behörde stattfindet, wodurch eine Gesamtsteuerung des öffentlichen Verkehrs erfolgen kann. Andererseits sind potenzielle Interessenskonflikte nicht auszuschliessen.<sup>176</sup> Bei Streitigkeiten zwischen den Verkehrsunternehmen und dem BAV kommen die Vorschriften der Bundesverwaltungspraxis zur Anwendung, wonach Verfügungen des BAV beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können.<sup>177</sup> Auf kantonaler Ebene sind i.d.R. die Verkehrsdirektionen, die Volkswirtschaftsdirektionen oder die Verkehrsdepartemente als Aufsichtsbehörden für den regionalen Personenverkehr zuständig.

707

Aufgrund des Bestellverfahrens im regionalen Personenverkehr sind einheitliche Vorschriften über die Rechnungslegung der Verkehrsunternehmen notwendig, um die Offerten und die Verkehrsleistungen vergleichen zu können. Daher wurde das UVEK gesetzlich beauftragt, die Rechnungslegung der Verkehrsunternehmen zu regeln.<sup>178</sup> Das UVEK erliess somit die RKV,<sup>179</sup> welche die Verkehrsunternehmen verpflichtet, u.a. eine Betriebskosten- und Leistungsrechnung,<sup>180</sup> eine Linienerefolgsrechnung<sup>181</sup> sowie eine Planrechnung<sup>182</sup> zu führen. Die Betriebskosten- und Leistungsrechnung ist ein wesentlicher Bestandteil der Buchhaltung und muss demzufolge den Anforderungen an eine

708

<sup>174</sup> Art. 28 ff. PBG.

<sup>175</sup> SAGER, 817.

<sup>176</sup> KERN/KÖNIG, 435.

<sup>177</sup> Art. 32i Abs. 1 PBG i.V.m. Art. 31 VGG und Art. 5 VwVG.

<sup>178</sup> Art. 35 Abs. 1 PBG.

<sup>179</sup> Vgl. FN 95.

<sup>180</sup> Art. 2 lit. a RKV.

<sup>181</sup> Art. 2 lit. c RKV.

<sup>182</sup> Art. 2 lit. d RKV.

ordnungsgemässe Buchführung genügen.<sup>183</sup> Erhält das Verkehrsunternehmen Abteilungen, hat es die Rechnungslegungsbestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes einzuhalten,<sup>184</sup> eine Spartenentrennung durchzuführen und die ungedeckten Kosten jeder Sparte einzeln nachzuweisen.<sup>185</sup>

- 709 Die Jahresrechnung aller Unternehmen muss ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage vermitteln.<sup>186</sup> Innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres haben alle Verkehrsunternehmen einen Geschäftsbericht zu erstellen, welcher die Jahresrechnung (inkl. Bilanz und Erfolgsrechnung) enthält, und diesen dem BAV zuzustellen.<sup>187</sup> Für die korrekte Erstellung des Geschäftsberichts ist der Verwaltungsrat des Verkehrsunternehmens verantwortlich.<sup>188</sup> Gemäss Mitarbeitern des BAV sei der Verwaltungsrat auch für die Errichtung eines internen Kontrollsystems verantwortlich, wodurch er die Gesamtverantwortung dafür trage, dass das Verkehrsunternehmen die gesetzlich verankerten Buchführungs- und Rechnungslegungspflichten erfüllt.<sup>189</sup> Ergänzend dazu können die Aufsichtsbehörden stichprobenweise vertiefte subventionsrechtliche Prüfungen durchführen.<sup>190</sup>
- 710 Im November 2017 erhob das BAV im Rahmen einer solchen subventionsrechtlichen Prüfung schwerwiegende Vorwürfe gegen die *PostAuto Schweiz AG*, einem Verkehrsunternehmen, das in der Schweiz Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse anbietet und Teil des Konzerns von *Die Schweizerische Post AG* ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern,<sup>191</sup> deren Anteile zu 100% vom Bund gehalten werden (nachfolgend: «Post»).<sup>192</sup> Gemäss dem BAV habe das Unternehmen seit dem Jahr 2007 Gewinne im abteilungsberechtigten regionalen Personenverkehr erzielt, diese jedoch nicht als solche bilanziert, sondern in andere Geschäftsfelder umgebucht. Insgesamt seien die Gewinne CHF 107 Mio. höher ausgefallen, als dies

---

<sup>183</sup> Gemäss Art. 35 Abs. 3 PBG i.V.m. Art. 957 ff. des Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR, SR 220).

<sup>184</sup> Art. 29 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 35 ff. PBG.

<sup>185</sup> Art. 29 Abs. 1 lit. b PBG.

<sup>186</sup> Art. 4 Abs. 1 RKV.

<sup>187</sup> Art. 3 Abs. 1 RKV i.V.m. Art. 985 Abs. 2 OR und Art. 3 Abs. 3 RKV.

<sup>188</sup> Art. 716a Abs. 1 Ziff. 6 OR.

<sup>189</sup> KÖNIG/JAMPEN/STIRNIMANN, 2.

<sup>190</sup> Art. 37 Abs. 2 PBG.

<sup>191</sup> Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetz über die Organisation der Schweizerischen Post vom 17. Dezember 2010 (Postorganisationsgesetz, POG, SR 743.1).

<sup>192</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unten, in [Teil 2, D.II.3.e\)dd](#).

offengelegt wurde.<sup>193</sup> Dadurch hätten die Besteller über mehrere Jahre zu hohe Abgeltungen für Leistungen im regionalen Personenverkehr geleistet. Die Ermittlung der präzisen Höhe der nicht-gerechtfertigten Abgeltungen sei mit gewissen Schwierigkeiten verbunden,<sup>194</sup> allerdings wurde für die Jahre 2007 bis 2015 ein Betrag i.H.v. CHF 78,3 Mio. an die Besteller zurückgezahlt.<sup>195</sup> Im Februar 2018 wurden die Vorwürfe auch der Öffentlichkeit bekannt und sorgten für eine beträchtliche mediale Aufmerksamkeit (sog. «PostAuto-Skandal»). Im März 2018 eröffnete das Bundesamt für Polizei (Fedpol) ein Verwaltungsstrafverfahren, welches zurzeit noch andauert.

Die Gewinnmanipulationen seien in der Betriebsbuchhaltung erfolgt, indem konzernintern rund 200'000 nicht gerechtfertigte Umbuchungen von der abgeltungsberechtigten Sparte des regionalen Personenverkehrs zur Sparte «Übrige» erfolgt seien.<sup>196</sup> Diese gezielte, systematische und langjährige Umbuchungspraxis wurde gegenüber dem BAV nie transparent offengelegt, wodurch das effektive Ergebnis aus dem abgeltungsberechtigten regionalen Personenverkehr verschleiert worden sei.<sup>197</sup> Die Betriebs- und Leistungsrechnungen seien dahingehend manipuliert worden, dass die von den Bestellern geleisteten Abgeltungen auf Planrechnungen basiert hätten, welche wiederum auf den manipulierten Betriebs- und Leistungsrechnungen aufbauten.<sup>198</sup>

Nach der Untersuchung dieser konzerninternen Umbuchungen hat das BAV sein Aufsichtskonzept überarbeitet. Dazu wurde die RKV im Mai 2020 rückwirkend auf den 1. Januar 2020 geändert.<sup>199</sup> Bis anhin führte das BAV, ergänzend zu den Prüfungen, welche die Revisionsstellen der Verkehrsunternehmen vornahmen, eine formelle Genehmigung der Rechnung durch. Eine solche

711

712

<sup>193</sup> Bundesamt für Verkehr, Prüfungsbericht Revision BAV, Leistungsverrechnungen zwischen den PostAuto-Gesellschaften vom 1. Februar 2018, Bern 2018, 3, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/51217.pdf> (zit. BAV-Prüfungsbericht).

<sup>194</sup> DONATSCH ANDREAS/BACHMANN STEPHAN A.J./UHLMANN FELIX, Gutachten: PostAuto Schweiz AG erstattet zuhanden des Präsidenten der Schweizerischen Post AG vom 29. Mai 2018, 18, abrufbar unter: <<https://www.post.ch/-/media/post/ueber-uns/medienmitteilungen/2018/publikationsexemplar-expertengutachten.pdf?>> (zit. DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN).

<sup>195</sup> KELLERHALS CARRARD, PostAuto: Untersuchungsbericht zuhanden des Verwaltungsrats der Schweizerischen Post AG vom 31. Mai 2018, Bern 2018, Rz. 76, abrufbar unter: <https://www.post.ch/-/media/post/ueber-uns/medienmitteilungen/2018/post-auto-untersuchungsbericht.pdf?> (zit. KC-Untersuchungsbericht).

<sup>196</sup> DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN, 17.

<sup>197</sup> Vgl. zum Vorgehen von PostAuto die Ausführungen in KC-Untersuchungsbericht, Rz. 625 ff.

<sup>198</sup> DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN, 18.

<sup>199</sup> AS 2020, 1653 ff.

Rechnungsgenehmigung wird per Anfang 2020 nicht mehr durchgeführt. Gemäss dem BAV habe diese Prüfung sowieso nur eine Teilrechnung betroffen, wodurch nur ein beschränkter Einblick in die Zahlen möglich gewesen sei<sup>200</sup>. Diese habe jedoch die Verkehrsunternehmen dazu verleitet, anzunehmen, dass die Verantwortung für die Rechnungslegung beim BAV liege.<sup>201</sup> Durch den Verzicht auf die Rechnungsgenehmigung soll die Verantwortung der Verkehrsunternehmen in Bezug auf Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben zur Verwendung der Abgeltungen gestärkt werden. Zzgl. dazu haben Verkehrsunternehmen, welche Abgeltungen, Beiträge oder Darlehen von den Bestellern erhalten, jährlich zu erklären, dass sie die subventionsrechtlichen Grundsätze einhalten.<sup>202</sup> Seit dem 1. Januar 2021 müssen alle Verkehrsunternehmen, die vom Bund Abgeltungen, Beiträge oder Darlehen i.H.v. mindestens CHF 10 Mio. pro Jahr erhalten, eine ordentliche Revision durchführen lassen.<sup>203</sup> Erhalten die Verkehrsunternehmen geringere Abgeltungen, Beiträge oder Darlehen, reicht zwar grundsätzlich eine eingeschränkte Revision,<sup>204</sup> ab einem Betrag i.H.v. CHF 1 Mio. ist allerdings eine Spezialprüfung durchzuführen,<sup>205</sup> deren Vorgaben das BAV in einer Wegleitung präzisiert hat.<sup>206</sup>

713 Im Nachgang zum PostAuto-Skandal hat das BAV im Februar 2020 und im Dezember 2021 über weitere, unterschiedlich gelagerte Fälle informiert<sup>207</sup> und zuviel bezogene Abgeltungen i.H.v. über CHF 87 Mio. zurückgefordert.<sup>208</sup> Bereits im Jahr 2019 hat der Bundesrat eine Reform des regionalen Personenver-

---

<sup>200</sup> Pressemitteilung des Bundesamts für Verkehr vom 1. Mai 2020, UVEK passt Vorschriften zur Rechnungsprüfung der öV-Unternehmen an, abrufbar unter: <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-78983.html>>.

<sup>201</sup> KÖNIG/JAMPEN/STIRNIMANN, 2.

<sup>202</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. a RKV.

<sup>203</sup> Art. 4 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. Art. 23 lit. a RKV.

<sup>204</sup> Art. 4 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. Art. 23 lit. a RKV.

<sup>205</sup> Art. 4 Abs. 4 i.V.m. Art. 23 lit. a RKV.

<sup>206</sup> Bundesamt für Verkehr, Richtlinie Spezialprüfung Subventionen, abrufbar unter: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/rechtliches/rechtsgrundlagen-vorschriften/richtlinien/richtlinien-allgemein/richtlinie-spezialpruefung-subventionen.html>>.

<sup>207</sup> Dies betraf Abgeltungen zugunsten der BLS AG, bzw. deren Tochtergesellschaft Busland AG, der SBB, der Verkehrsbetriebe Luzern AG, der Bus Ostschweiz AG, der Transports publics fribourgeois Trafic (TPF TRAFIC) SA sowie der Funiculaire Saint-Imier – Mont-Soleil SA.

<sup>208</sup> Pressemitteilung des Bundesamts für Verkehr vom 9. April 2021, Bewältigung der «Subventionsfälle» im öV kommt voran – Rückzahlungen von 60 Millionen Franken, abrufbar unter: <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/medien/medienmitteilungen.msg-id-83038.html>>; Pressemitteilung des BAV vom 9. Dezember 2021, Drei weitere Subventionsfälle bei Unternehmen des öffentlichen Verkehrs, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86338.html>>.

kehr und dessen Rechnungslegungsbestimmungen eingeleitet. Diese bezweckt weitere Anpassungen des Aufsichts- und Controlling-Systems im Rahmen des abgeltungsberechtigten regionalen Personenverkehrs, welche allerdings einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Am 4. Juni 2021 hat der Bundesrat die entsprechende Botschaft zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes<sup>209</sup> verabschiedet und an das Parlament überwiesen, welches die Reform im Dezember 2022 angenommen hat.

d) Pflichten zum Direktem Verkehr und zur Koordinierung

Erhält ein Verkehrsunternehmen eine Konzession, unterliegt es mehreren Pflichten, namentlich i) der Transportpflicht, d.h. der Pflicht eine reisende Person zu befördern, wenn diese die Gesetzes- und Tarifbestimmungen einhält,<sup>210</sup> ii) der Fahrplanpflicht, d.h. Fahrpläne aufzustellen,<sup>211</sup> iii) der Betriebspflicht, d.h. die in den Fahrplänen enthaltenen Fahrten auch durchzuführen,<sup>212</sup> iv) der Tarifpflicht, d.h. Tarife für ihre Leistungen aufzustellen und diese gleich anzuwenden,<sup>213</sup> v) der Pflicht zum sog. Direkten Verkehr<sup>214</sup> und vi) sich mit anderen Verkehrsunternehmen zu koordinieren, um ebendiesen Direkten Verkehr zu ermöglichen.<sup>215</sup> Im Rahmen des Direkten Verkehrs sind die Verkehrsunternehmen somit verpflichtet, im Fern-, Regional- und Ortsverkehr den Fahrgästen für Verbindungen, die über das Netz verschiedener Verkehrsunternehmen führen, einen einzigen Transportvertrag anzubieten.<sup>216</sup> Dies hat über einen gemeinsamen Transportvertrag inkl. gemeinsamen Tarifen und Fahrtickets zu erfolgen. Für reisende Personen hat dies den Vorteil, dass sie mit nur einem Fahrticket über die Netze verschiedener Verkehrsunternehmen fahren können.

714

Die Tarifgestaltung fällt zwar grundsätzlich in den Autonomiebereich der Verkehrsunternehmen,<sup>217</sup> die Pflicht zur Integration der eigenen Verkehrsleistungen in das System des Direkten Verkehrs hat jedoch zur Folge, dass den Verkehrsunternehmen Preiswettbewerb eigentlich verwehrt ist. Einerseits entzieht dies den Verkehrsunternehmen einen entscheidenden Wettbewerbs-

715

<sup>209</sup> BBl 2021, PBG, 1485 ff.

<sup>210</sup> Art. 12 PBG.

<sup>211</sup> Art. 13 PBG.

<sup>212</sup> Art. 14 PBG.

<sup>213</sup> Art. 15 PBG.

<sup>214</sup> Art. 16 PBG.

<sup>215</sup> Art. 17 PBG.

<sup>216</sup> Art. 16 Abs. 1 PBG.

<sup>217</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_43/2012 vom 24. April 2012 E.6.3.4.

parameter, insbesondere im Rahmen von wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren. Andererseits gewährleistet diese Lösung die Einheitlichkeit des schweizerischen Tarifsystems und entspricht damit dem Gedanken, ein koordiniertes Verkehrsangebot zu schaffen, das die verschiedenen Verkehrssektoren untereinander abstimmt.<sup>218</sup> Diese Ausgestaltung ist das Resultat des Systementscheids, die Qualität des regionalen Personenverkehrs höher zu gewichten als Wettbewerbselemente.<sup>219</sup> Insbesondere aufgrund des Umstands, dass diese Übereinkommen zwischen den Verkehrsunternehmen vom BAV zu genehmigen sind,<sup>220</sup> wird eine staatliche Markt- und Preisordnung begründet, welche die Anwendung der kartellrechtlichen Vorschriften unterbindet.<sup>221</sup> Da die Preise für Fahrtickets somit nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind,<sup>222</sup> nimmt der Preisüberwacher regelmässig Kontrollen für die Preise von Fahrtickets und Abonnementen im regionalen Personenverkehr vor.<sup>223</sup>

e) Verkehrsunternehmen in der Schweiz

aa) *Schweizerische Bundesbahnen SBB*

- 716 In Bezug auf den regionalen Personenverkehr auf der Schiene ist die SBB immer noch die wichtigste Anbieterin von Verkehrsleistungen in der Schweiz. Seit Inkrafttreten der Bahnreform 1 am 1. Januar 1999 ist die SBB eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft des öffentlichen Rechts, deren Errichtung, Zweck und Organisation durch das Bundesgesetz über die SBB (nachfolgend: «SBBG»),<sup>224</sup> sowie u.a. durch das Eisenbahngesetz, dem Personenbeförderungsgesetz, dessen Verordnungen und der KPFV geregelt wird. Die SBB erbringt als Kernaufgabe Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich

---

<sup>218</sup> So auch KERN, Transportleistungen, 1814. Vgl. dazu die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.1.c](#).

<sup>219</sup> KERN/KÖNIG, 401.

<sup>220</sup> Art. 17 Abs. 3 PBG.

<sup>221</sup> Art. 3 Abs. 1 des Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251).

<sup>222</sup> Art. 12 Abs. 2 des Preisüberwachungsgesetz vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20).

<sup>223</sup> Vgl. hierzu anschaulich den Jahresbericht 2020 des Preisüberwachers, RPW 2020, 2096 ff., abrufbar unter: [https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/jahresberichte/jahresbericht\\_2020.pdf.download.pdf/jahresbericht\\_2020\\_d.pdf](https://www.preisueberwacher.admin.ch/dam/pue/de/dokumente/jahresberichte/jahresbericht_2020.pdf.download.pdf/jahresbericht_2020_d.pdf) sowie dessen Einvernehmliche Regelung mit den Schweizerischen Bundesbahnen SBB, in welcher sich die SBB verpflichtet hat vom 1. Januar 2020 bis zum 31. Dezember 2023 eine «Sparbillet-Offensive» umzusetzen, RPW 2020, 2254 ff.

<sup>224</sup> Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG, SR 742.31).

in der Bereitstellung der Infrastruktur, im Personenfernverkehr, im regionalen Personenverkehr sowie in den damit zusammenhängenden Bereichen.<sup>225</sup> Die SBB sind nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu führen.<sup>226</sup>

Der Bund ist Aktionär der SBB und muss zu jeder Zeit die kapital- und die stimmenmässige Mehrheit an der Gesellschaft besitzen.<sup>227</sup> Obwohl der Bund Aktien an Dritte veräussern kann,<sup>228</sup> ist er derzeit Alleinaktionär.<sup>229</sup> Solange dies weiterhin so ist, nimmt der Bundesrat die Befugnisse der Generalversammlung wahr<sup>230</sup> und legt für jeweils vier Jahre die strategischen Ziele der SBB fest.<sup>231</sup> Die Eigeneraufgaben werden dagegen vom Generalsekretariat des UVEK und von der Eidgenössischen Finanzverwaltung wahrgenommen.<sup>232</sup> Die SBB hat ihren Sitz in Bern, ist im Handelsregister eingetragen und gilt als Eisenbahnunternehmen gemäss dem Eisenbahngesetz.<sup>233</sup> Sie ist daher einerseits Infrastrukturbetreiberin, welche Eisenbahninfrastruktur baut und betreibt, und andererseits ein EVU, das Eisenbahnverkehr auf ebendieser Infrastruktur durchführt.<sup>234</sup>

717

Mit der rechtlichen Verselbstständigung und der damit einhergehenden Autonomie der SBB wurden auch die Vorgaben des Landverkehrsabkommens erfüllt, welches durch die Gewährung unternehmerischer Freiheiten eine Verbesserung von Effizienz und Qualität der Staatsbahnen verfolgt. Das Landverkehrsabkommen bestimmt dabei, dass die Vertragsparteien Eisenbahnverkehrsunternehmen einen Unabhängigkeitsstatus zu gewährleisten haben, um sie in die Lage zu versetzen, «ihre Tätigkeiten an den Markt anzupassen»,<sup>235</sup> und lehnt sich dabei eng an Wortlaut des EU-Rechts an.<sup>236</sup> Auch sieht

718

<sup>225</sup> Art. 3 Abs. 1 SBBG.

<sup>226</sup> Art. 3 Abs. 3 SBBG.

<sup>227</sup> Art. 7 Abs. 1 und Abs. 3 SBBG.

<sup>228</sup> Art. 7 Abs. 2 SBBG.

<sup>229</sup> Von der Möglichkeit Kantone, Gemeinden und/oder Private an der SBB zu beteiligen wurde bisher nicht Gebrauch gemacht.

<sup>230</sup> Art. 10 Abs. 2 SBBG, d.h. u.a. die Wahl des Verwaltungsrats und die Genehmigung des Geschäftsberichts und der Jahresrechnung.

<sup>231</sup> Art. 8 Abs. 1 SBBG.

<sup>232</sup> Im Generalsekretariat UVEK ist dafür der Stab bundesnahe Unternehmen zuständig, dem Fachleute mit juristischer und betriebswirtschaftlicher Ausbildung angehören. Die Eidgenössische Finanzverwaltung ist für Corporate Governance-Fragen zuständig; vgl. die Ausführungen des UVEK, abrufbar unter: <<https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/bundesnahe-betriebe/steuerung.html>>.

<sup>233</sup> Art. 2 Abs. 2 und 3 SBBG.

<sup>234</sup> Art. 2 Abs. 3 SBB i.V.m. Art. 2 EBG.

<sup>235</sup> Art. 23 Spglstr. 1 LandVA.

<sup>236</sup> Art. 5 Abs. 1 RL (EWG) 91/440.

das Landverkehrsabkommen vor, dass bei EVU – wie in der EU – die Infrastruktursparte von der Verkehrsleistungssparte zu trennen ist,<sup>237</sup> um zu vermeiden, dass es bei integrierten Eisenbahnverkehrsunternehmen zu Wettbewerbsverzerrungen durch Quersubventionierungen zwischen Bereichen mit und ohne staatliche Unterstützungen kommt. Dies wurde in der Schweiz durch eine entsprechende Änderung des Eisenbahngesetzes implementiert,<sup>238</sup> wodurch auch die SBB ihre Sparten zu trennen hat: Anders als andere Bahngesellschaften im europäischen Umland, welche diese vom EU-Recht ausgehenden Vorgaben umsetzen, indem sie den Bereich der Infrastruktur in Tochtergesellschaften auslagerten,<sup>239</sup> vollzog die SBB lediglich eine organisatorische Trennung: Seit ihrer Gründung verfügt die SBB über eine Stammhausstruktur mit vier Divisionen, wobei die drei Divisionen i) *Infrastruktur* (für den Bau unter Unterhalt der Eisenbahninfrastruktur), ii) *Personenverkehr* und iii) *Immobilien* die ersten drei darstellen. Im Unterschied zu den nationalen Bahngesellschaften im europäischen Umland verzichtete die SBB dabei auf eine rechtliche Trennung ihrer Unternehmenssparten. Die Trennung von Verkehr und Infrastruktur erfolgte bei der SBB daher nur organisatorisch und rechnerisch. Die einzige rechtlich verständigte Division im SBB-Stammhaus stellt die vierte, die Division *Güterverkehr* dar, welche in die Tochtergesellschaft SBB Cargo AG ausgelagert wurde. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird auf diese allerdings nicht näher eingegangen.

- 719 Mit dem Erlass des SBBG sollte insbesondere auch die Beziehung zwischen Bund und SBB neugeregelt werden: Durch die Bahnreform 1 wurde die operative Führung der SBB dahingehend reformiert, dass der Bund sich auf die strategischen (d.h. politischen und finanziellen) Vorgaben zu beschränken hat, während die operative Führung dem Unternehmen überlassen wurde.<sup>240</sup> Die Unternehmensziele der SBB werden seitdem zwischen dem Bundesrat und der SBB in Leistungsvereinbarungen definiert, welche jeweils Geltungsdauern von vier Jahren haben.<sup>241</sup> Über diese Leistungsvereinbarungen lenkt der Bund im Allgemeinen die Subventionierung der Eisenbahninfrastruktur. Die Subventio-

---

<sup>237</sup> Art. 23 Spglstr. 2 LandVA.

<sup>238</sup> Art. 64 Abs. 1 EBG.

<sup>239</sup> So hat in Deutschland die Deutsche Bahn AG ihren Eisenbahninfrastrukturbereich in die Tochtergesellschaft DB Netz AG ausgelagert. Dasselbe durchführten in Italien und Österreich die Ferrovie dello Stato Italiane (FS) bzw. die ÖBB-Holding AG, welche ihren jeweiligen Eisenbahninfrastrukturbereich in die Tochtergesellschaften Rete Ferroviaria Italiana (RFI) bzw. ÖBB-Infrastruktur AG ausgliederten.

<sup>240</sup> BBl 1997, 937.

<sup>241</sup> Art. 8 Abs. 1 SBBG.



nierung im Bereich des Fernverkehrs erfolgt dagegen über die Fernverkehrskonzession und im Bereich des Regionalverkehrs (gemeinsam mit den Kantonen) über die Bestellungen von Verkehrsleistungen nach Art. 28 ff. PBG.

*bb) Weitere Eisenbahnunternehmen*

Als Anbieterin von Transportleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Schiene kommen neben der SBB auch den sog. «Privatbahnen» grosses Gewicht zu. Trotz ihrer Bezeichnung sind diese jedoch grösstenteils in öffentlicher Trägerschaft. Auch werden diese Unternehmen oft als «Konzessionierte Transportunternehmen (KTU)» bezeichnet, wobei dazu auch Bus-, Seilbahn und Schiffsbetriebe zu zählen sind.<sup>242</sup> Neben der SBB bestehen in den Schweiz über 20 weitere EVU, darunter auch mit der *Deutschen Bahn*, der österreichischen ÖBB, der französischen SNCF und der italienischen *Ferrovie dello Stato* auch ausländische, welche jedoch fast ausschliesslich im Fernverkehr tätig sind und daher im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht weiter behandelt werden. In Bezug auf die Tätigkeiten im regionalen Personenverkehr auf der Schiene (mit Normalspur) sind insbesondere die BLS und die SOB zu erwähnen. Die in der Schweiz bedeutenden Meterspurbahnen wie die *Rhätische Bahn (RhB)*<sup>243</sup>, die *Zentralbahn (ZB)*,<sup>244</sup> die *Matterhorn Gotthard Bahn (MGB)*<sup>245</sup>, das Bahnunternehmen *Montreux-Oberland Bernois (MOB)*<sup>246</sup> sowie die *Appenzeller Bahnen*<sup>247</sup> werden aufgrund ihrer geschlossenen Infrastruktur ebenfalls nicht weiter behandelt.

720

Die BLS AG (nachfolgend: «BLS») mit Sitz in Bern wurde im April 2006 aus der Fusion der *BLS Lötschbergbahn AG (BLS)* und dem *Regionalverkehr Mittelland AG (RM)* rückwirkend auf den 1. Januar 2006 gegründet. Eigner der BLS sind u.a. zu 55% der Kanton Bern, zu 21% der Bund und zu 7% andere Kantone und Gemeinden. Die BLS betreibt als EVU Transportleistungen im regionalen Personenverkehr im Kanton Bern und angrenzenden Kantonen, zwei Autoverlade am Lötschberg und am Simplon, die Schifffahrt im Berner Oberland und ist über ihre Tochtergesellschaft *BLS Cargo AG* ebenfalls im Güterverkehr auf der Schiene tätig. Während bei der SBB die Trennung von Verkehr und Infrastruktur nur organisatorisch und rechnerisch erfolgte, ging man bei der BLS weiter:

721

<sup>242</sup> KERN/KÖNIG, 398.

<sup>243</sup> *Rhätische Bahn AG (RhB)* mit Sitz in Chur.

<sup>244</sup> Z.B. *Zentralbahn AG* mit Sitz in Stansstad.

<sup>245</sup> *Aktiengesellschaft Matterhorn Gotthard Bahn* mit Sitz in Brig-Glis.

<sup>246</sup> *Compagnie du Chemin de fer Montreux Oberland bernois SA* mit Sitz in Montreux.

<sup>247</sup> *Appenzeller Bahnen AG* mit Sitz in Herisau.

Dort wurde per 1. Januar 2011 eine rechtliche Desintegration umgesetzt und die Infrastruktur der BLS in die BLS Netz AG ausgegliedert. An der BLS Netz AG, als Tochtergesellschaft der BLS, hält der Bund eine Mehrheit von 50,1% der Anteile.

- 722 Die *Schweizerische Südostbahn AG* (nachfolgend: «SOB») mit Sitz in St. Gallen ist als EVU vorwiegend im regionalen Personenverkehr auf der Schiene in der Zentral- und Ostschweiz tätig. In ihrer heutigen Form entstand das derzeit drittgrösste schweizerische Bahnunternehmen aus der Fusion zwischen der *Bodensee-Toggenburg-Bahn* und der «ehemaligen» SOB zur heutigen SOB per 1. Januar 2001. Da beide Fusionsparteien im Eigentum mehrerer öffentlich-rechtlicher Körperschaften standen, ist das Aktionariat der SOB breiter als bei der SBB und der BLS: Eigner der SOB sind zu 35% der Bund, zu 19% der Kanton St. Gallen, zu 15% Private, jeweils zu 5% der Kanton Schwyz und die Gemeinde St. Gallen, zu 3% der Kanton Zürich und zu 2% die Gemeinde Herisau. Die restlichen Anteile befinden sich im Eigentum weiterer öffentlich-rechtlicher Körperschaften. Wie die SBB und die BLS ist die SOB sowohl als Infrastrukturbetreiberin als auch als EVU tätig.
- 723 Im Jahr 2007 wurde das Projekt «SBB X» abgeschlossen, welches vorsieht, dass im Bereich des Normalspurnetzes neben der SBB einige wenige konkurrenzfähige Privatbahnen aktiv sein sollen, welche im regionalen Personenverkehr untereinander und zur SBB im Wettbewerb stehen. Als künftiges «X» wurden dabei die BLS und die SOB bezeichnet.<sup>248</sup> Die Grundlagen hierfür bestehen jedoch nicht rechtlich, sondern nur politisch. Nach mehrjährigen Gesprächen, wie sich dieses Konzept umsetzen lässt, wurde im Jahr 2019 zwischen den involvierten Interessensgruppen unter der Vermittlung des BAV eine gütliche Einigung erzielt und damit ein langwieriger Rechtsstreit vermieden: Gemäss diesem Kompromiss hat das BAV die gesamte Fernverkehrskonzession bis Ende 2029 an die SBB vergeben, welche auch den überwiegenden Teil des Fernverkehrs selbst erbringt. Demgegenüber hat sich die SBB verpflichtet, den Betrieb mehrerer Linien an die BLS und an die SOB zu übertragen. Dadurch betreibt die BLS im Rahmen der SBB-Konzession die Linien i) Biel-Bern, ii) Bern-Burgdorf-Olten und iii) Bern-Neuchâtel-La Chaux-de-Fonds. Die SOB betreibt demgegenüber die Linien i) Zürich/Basel-Locarno über die alte Gotthard-Strecke seit dem Jahr 2020 und ii) Bern-Burgdorf-Zürich-Chur seit dem Jahr 2021.<sup>249</sup> Die Konzession und die Einnahmen verbleiben bei den SBB, die

---

<sup>248</sup> EOBi-Schlussbericht, 39.

<sup>249</sup> Vgl. die Ausführungen des BAV, abrufbar unter: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/verkehrsmittel/eisenbahn/personenverkehr/fernverkehr.html>>.

auch das Defizitrisiko tragen. Die BLS und die SOB erhalten für ihre Leistungen pauschale Kostenbeiträge. Überschreiten diese eine vereinbarte Schwelle, so sollen auch die BLS bzw. die SOB an einem allfälligen Gewinn partizipieren.<sup>250</sup> Die BLS und die SOB sind daher nicht im Wettbewerb zu den SBB tätig, sondern – im Rahmen eines Kooperationsmodells – in deren Auftrag.

cc) *Verkehrsunternehmen der Kantone*

Der grösste Teil des regionalen Personenverkehrs in der Schweiz wird allerdings auf der Strasse, d.h. mit Buslinien, durchgeführt. Bei Buslinien ist zwischen innerörtlichen und regionalen Angeboten zu unterscheiden. Innerörtliche Angebote sind Teil des Ortsverkehrs, welcher in die Zuständigkeit der Kantone fällt (welche diese Kompetenz regelmässig an die Gemeinden delegieren). Da der Ortsverkehr von einer Finanzierung des Bundes ausgeschlossen ist,<sup>251</sup> ist er nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.<sup>252</sup> Dennoch sei darauf hingewiesen, dass der Ortsverkehr und der regionale Personenverkehr auf der Strasse zum grössten Teil durch Verkehrsunternehmen durchgeführt werden, welche mehrheitlich oder ausschliesslich im Eigentum von Kantonen und/oder Gemeinden stehen.

724

Wie bei den SBB, der BLS und der SOB, haben die meisten Kantone unter Einfluss des *New Public Managements* die Verkehrsbetriebe als Verwaltungsträger im Bereich des Verkehrswesens seit Mitte der 1990er Jahre in private Organisationsformen überführt. Dies wurde erforderlich, um die Verkehrsbetriebe konkurrenzfähig zu halten<sup>253</sup> und um die Wettbewerbsneutralität zu gewährleisten. Letztere hat zur Folge, dass Quersubventionierungen, mit denen öffentliche Unternehmen wettbewerbliche Leistungen mit Erträgen aus dem Monopolbereich finanzieren, unzulässig sind.<sup>254</sup> Im Rahmen von Organisationsprivatisierungen wurden die Verkehrsunternehmen hauptsächlich als Aktiengesellschaften konstituiert, weil diese es erlauben, ein Verkehrsunternehmen ähnlich flexibel zu organisieren und unabhängig zu führen, wie dies bei den mit ihnen konkurrierenden privaten Verkehrsunternehmen der Fall ist.

725

<sup>250</sup> GAFAFER, 7.

<sup>251</sup> Art. 28 Abs. 2 PBG. Gemäss Art. 3 ARPV umfasst der Ortsverkehr alle Linien, die der Feinerschliessung dienen, d.h. Linien bei denen i) die Haltestellen nicht mehr 1,5 Km vom nächstgelegenen Verknüpfungspunkt mit dem übergeordneten Netz des öffentlichen Verkehrs (i.d.R. ein Bahnhof) entfernt sind und ii) bei dem die Abstände zwischen den Haltestellen klein sind.

<sup>252</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.I.](#)

<sup>253</sup> SAGER, 164 f.

<sup>254</sup> BGE 138 I 378 E. 9.1, 398 f.

Insbesondere wenn mehrere Gemeinwesen (z.B. mehrere Kantone und/oder mehrere Gemeinden) an einem Verkehrsunternehmen beteiligt sind, ist deren Ausgestaltung als Aktiengesellschaft daher das Mittel der Wahl. Dennoch sind einige Verkehrsunternehmen auch als Gesellschaft mit beschränkter Haftung organisiert. Mit der gesellschaftlich-rechtlichen Ausgestaltung von Verkehrsunternehmen als Körperschaften wurde gleichzeitig auch das Risiko der öffentlichen Hand begrenzt.<sup>255</sup>

- 726 Die kantonalen Regelungen verlangen i.d.R., dass die öffentliche Hand über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit verfügen muss, wodurch allerdings auch gemischtwirtschaftliche Unternehmen zulässig sind. Die öffentliche Hand nimmt durch die Organe des Verkehrsunternehmens Einfluss auf das Unternehmen.<sup>256</sup> Um zu verhindern, dass der Einfluss die mit der Auslagerung bezweckte unabhängige Führung gefährdet, beschränkt sich die Einflussnahme der öffentlichen Hand grundsätzlich auf die Festlegung strategischer Ziele. Da regelmässig Kantone und/oder Gemeinden Haupt- oder gar Alleinaktionär der betreffenden Verkehrsunternehmen sind, unterliegen diese jedoch auch einer starken politischen Beeinflussung.<sup>257</sup> Auch deshalb kam es in den letzten Jahren zu einer Reihe von Fusionen zwischen verschiedenen Verkehrsunternehmen mit Tätigkeiten in derselben Region oder in benachbarten Regionen, so dass die Anzahl an Verkehrsunternehmen langsam aber stetig abnahm.
- 727 Um Abteilungen vom Bund für Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr erhalten zu können, müssen die Verkehrsunternehmen – nebst dem Erhalt einer Personenbeförderungskonzession<sup>258</sup> – mehrere bundesrechtliche Voraussetzungen erfüllen. Neben den bereits erwähnten Rechnungslegungsvorschriften<sup>259</sup> wird vorausgesetzt, dass sie eine von den Bestellern unabhängige Rechtspersönlichkeit haben<sup>260</sup> und in ihrem Verwaltungsrat oder vergleichbaren Organ keine Person Einsitz nimmt, die direkt oder indirekt am Bestellvorgang beteiligt ist.<sup>261</sup>

---

<sup>255</sup> SAGER, 165 f.

<sup>256</sup> SAGER, 166.

<sup>257</sup> KERN, Transportleistungen, 1818.

<sup>258</sup> Art. 6 Abs. 1 PBG sowie Art. 2 Abs. 1 ARPV.

<sup>259</sup> Art. 29 Abs. 1 lit. a und lit. b PBG; vgl. auch die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.c](#).

<sup>260</sup> Art. 29 Abs. 1 lit. d PBG.

<sup>261</sup> Art. 29 Abs. 1 lit. e PBG.

## dd) PostAuto AG

Die PostAuto AG (nachfolgend: «PostAuto») mit Sitz in Bern wurde am 28. Oktober 2004 gegründet<sup>262</sup> und ist eine Tochtergesellschaft der Post, welche alle Anteile an PostAuto hält. Im Gegensatz zur Ihrer Muttergesellschaft ist PostAuto eine normale Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. OR. Sie bezweckt die Führung eines Gesamttransportunternehmens im Bereich Personen- und Gütertransporte sowie Tourismus in der Schweiz und im Ausland. Daher ist sie Inhaberin einer Personenbeförderungskonzession des Bundes. 728

Die PostAuto betreibt eine Vielzahl abgeltungsberechtigter Linien des regionalen Personenverkehrs auf der Strasse. Mit 936 Linien und einer Netzlänge von fast 17'000 km ist PostAuto die führende schweizerische Anbieterin von Verkehrsleistungen im Personenverkehr auf der Strasse. Jede zweite Haltestelle des öffentlichen Verkehrs in der Schweiz ist eine PostAuto-Haltestelle. Nach eigenen Angaben ist das Unternehmen im Besitz von über 2'400 Fahrzeugen (insbesondere Busse) und transportiert jährlich über 127 Mio. Fahrgäste.<sup>263</sup> 729

Am 14. November 2017 stellte das BAV der Post den Entwurf eines Prüfberichts zu, in welchem das BAV schwerwiegende Vorwürfe gegenüber der PostAuto erhob. Im Rahmen einer subventionsrechtlichen Prüfung hatte das BAV Unregelmässigkeiten hinsichtlich der Buchungspraxis bei PostAuto entdeckt. Demnach habe PostAuto gemäss dem Bericht im Bereich des regionalen Personenverkehrs Gewinne zu Lasten der Besteller abgeführt<sup>264</sup> (sog. «PostAuto-Skandal»)<sup>265</sup>. 730

<sup>262</sup> Vgl. zur Entwicklung der ehemaligen Gesellschaften PostAuto Schweiz AG und PostAuto Management AG sowie die Entwicklungen der Konzernstruktur, welche zur Ausgestaltung der heutigen PostAuto führten, KC-Untersuchungsbericht, Rz. 281 ff.

<sup>263</sup> Eigene Angaben der PostAuto AG, abrufbar unter: <<https://www.postauto.ch/de/ueber-postauto>>.

<sup>264</sup> DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN, 6.

<sup>265</sup> Vgl. zum sog. PostAuto-Skandal die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.c](#).

### III. In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken

André S. Berne

#### I. Übersicht

- 731 Der regionale Personenverkehr kann ohne Abgeltungen und Finanzhilfen der öffentlichen Hand nicht betrieben werden. Beide Begriffe werden im Subventionsgesetz, welches sicherstellen soll, dass das Beitragssystem des Bundes nach einheitlichen Grundsätzen ausgestaltet wird,<sup>266</sup> legaldefiniert. Abgeltungen sind demnach Leistungen an Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten, die sich aus der Erfüllung von i) bundesrechtlich vorgeschriebenen Aufgaben oder ii) von öffentlich-rechtlichen Aufgaben ergeben, die dem Empfänger vom Bund übertragen wurden.<sup>267</sup> Unter Finanzhilfen versteht man dagegen geldwerte Vorteile, welche Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten.<sup>268</sup> Es erscheint allerdings fraglich, ob die allgemeinen Bestimmungen des Subventionsgesetzes neben den speziellen Bestimmungen zum Abgeltungsverfahren und zu den Finanzhilfen des Personenbeförderungsgesetzes Anwendung finden. Eher vermag der Ansatz zu überzeugen, dass den detaillierten Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes eigenständige Bedeutung zukommt und dass sie die allgemeinen Bestimmungen des Subventionsgesetzes verdrängen.<sup>269</sup>
- 732 Das derzeitige Abgeltungssystem wurde am 1. Januar 1996 in Kraft gesetzt.<sup>270</sup> Als programmatische Neuerung wurde zu diesem Zeitpunkt das Bestellprinzip eingeführt.<sup>271</sup> Seitdem gelten Bund und Kantone den Verkehrsunternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten der von ihnen zu einem im Voraus vereinbarten Preis gemeinsam bestellten Verkehrsangebote im regionalen

---

<sup>266</sup> BGE 122 V 189 E. 4.b, 198 f.

<sup>267</sup> Art. 3 Abs. 2 SuG.

<sup>268</sup> Art. 3 Abs. 1 SuG; Zur Abgrenzung zwischen Abgeltungen und Finanzhilfen, vgl. BGE 130 V 177 E. 5.2.1, 181 f.

<sup>269</sup> So auch DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN, 13 mit Verweis auf den KC-Untersuchungsbericht.

<sup>270</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.II.1.b](#)).

<sup>271</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.II.3.a](#)).

Personenverkehr ab.<sup>272</sup> Die konkreten Abgeltungen werden – ebenso wie die weiteren Finanzhilfen und finanzielle Entlastungen zugunsten der Verkehrsunternehmen – in den jeweils auf das konkrete Vertragsverhältnis zwischen Bestellern und den Verkehrsunternehmen anwendbaren Angebots- und Vergabvereinbarungen festgehalten. Da diese nicht öffentlich zugänglich sind, verlangt die vorliegende Untersuchung eine gewisse Abstraktion sowie eine Überprüfung der schweizerischen Subventionspraktiken auf einer höheren Flughöhe (sog. «High level review»). Wo möglich und angezeigt, werden Anschauungsbeispiele verwendet.

Des Weiteren soll im Rahmen dieser Untersuchung grundsätzlich nur auf Subventionspraktiken des Bundes eingegangen werden. Subventionspraktiken der Kantone werden dagegen nur allgemein beleuchtet.<sup>273</sup> Im Bereich des regionalen Personenverkehrs lenkt der Bund seine Subventionspraktiken über die Bestellungen von Verkehrsleistungen,<sup>274</sup> welche gemeinsam mit den Kantonen erfolgt. Die Abgeltungen zugunsten des gesamten regionalen Personenverkehrs auf der Strasse und auf der Schiene übernehmen der Bund und die Kantone grundsätzlich je zur Hälfte.<sup>275</sup> Verkehrsangebote ohne Erschliessungsfunktion (z.B. Fahrten mit touristischem Zweck) sowie der Ortsverkehr sind dagegen von einer Finanzierung des Bundes ausgeschlossen;<sup>276</sup> deren Abgeltungen richten sich somit nach kantonalem und/oder kommunalem Recht, und sind daher nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Im Rahmen des regionalen Personenverkehrs steht es den Kantonen und Gemeinden allerdings frei, bei den Verkehrsunternehmen über das ordentliche Angebot hinaus weitere Angebote oder Angebotsverbesserungen zu bestellen, wenn sie die dadurch entstandenen ungedeckten Kosten abgelden.<sup>277</sup>

733

## 2. Praxisübliche Direktvergabe

Bei der Bestellung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr stehen zwei Vergabemechanismen zur Auswahl: i) das wettbewerbliche Ausschreibungsverfahren<sup>278</sup> sowie ii) das Direktvergabeverfahren.<sup>279</sup> Dabei wird

734

<sup>272</sup> Vgl. oben [Teil 2, D.II.3.b](#).

<sup>273</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.I](#).

<sup>274</sup> Gemäss Art. 28 ff. PBG.

<sup>275</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unten, in [Teil 2, D.III.3](#).

<sup>276</sup> Vgl. FN 251.

<sup>277</sup> STÜCKELBERGER/HALDIMANN, 299.

<sup>278</sup> Zu den Vor- und Nachteilen des Ausschreibungsverfahrens, vgl. KERN, Transportleistungen, 1807.

<sup>279</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.b](#).

formell eine Differenzierung zwischen den Verkehrsträgern vorgenommen, d.h. je nachdem, ob die Verkehrsleistungen auf der Strasse (d.h. im Busverkehr) oder auf der Schiene (d.h. mit Regio-, RegionalExpress- oder S-Bahn-Zügen) erfolgen sollen. Die Besteller, d.h. der Bund (vertreten durch das BAV) und die Kantone, entscheiden einvernehmlich über die Wahl zwischen Ausschreibungs- oder Direktvergabeverfahren.<sup>280</sup>

735 Gemäss den Vorgaben des Personenbeförderungsgesetzes hat die Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr *auf der Strasse* grundsätzlich im wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren zu erfolgen.<sup>281</sup> Hierzu sind die Besteller jedoch nicht verpflichtet, wenn die bestellten regionalen Personenverkehrsleistungen *auf der Schiene* erfolgen sollen: Das Personenbeförderungsgesetz hält nämlich ausdrücklich fest, dass die Besteller, d.h. der Bund und die Kantone, Angebote des gemeinsam bestellten regionalen Personenverkehrs auf der Schiene ausschreiben «können».<sup>282</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Besteller zu einer wettbewerblichen Ausschreibung nicht verpflichtet sind, sondern frei entscheiden können, ob sie für Angebote des regionalen Personenverkehrs auf der Schiene ein Ausschreibungsverfahren durchführen oder nicht. Im Bereich des Schienenverkehrs ist die Durchführung eines wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens für die Besteller somit in jedem Fall freiwillig. Praktisch hat diese Wahlmöglichkeit zur Folge, dass die Vergabe im Schienenverkehr vorderhändig im Direktvergabeverfahren erfolgt.<sup>283</sup>

736 Im regionalen Personenverkehr auf der Schiene wurde eine Ausschreibung bisher nur einmal durchgeführt: Gegenstand war im Jahr 2000 der sog. «City-Vogel», eine Regio-Express-Linie Zürich-Konstanz, welche jedoch aufgrund von Kapazitätsproblemen nicht umgesetzt werden konnte.<sup>284</sup> Die Linie wurde daraufhin in den Fernverkehr integriert.<sup>285</sup> Im Rahmen des zweiten Schritts der Bahnreform 2 sollte eigentlich der Wettbewerb im regionalen Personenverkehr gefördert werden.<sup>286</sup> Im Vordergrund der Reform standen dabei aber vor allem die Ausschreibungen auf der Strasse und nicht diejenige auf der

---

<sup>280</sup> Art. 32 Abs. 1 (Strassenverkehr) bzw. Abs. 3 (Schieneverkehr) PBG.

<sup>281</sup> Art. 32 Abs. 1 PBG.

<sup>282</sup> Art. 32 Abs. 3 PBG.

<sup>283</sup> KERN/KÖNIG, 406.

<sup>284</sup> EOBI-Schlussbericht, 44.

<sup>285</sup> BBl 2011, 911, 930.

<sup>286</sup> Dies erfolgte durch eine Abänderung der Art. 32 ff. und der Art. 27 ff. ARPV. Wettbewerbliche Ausschreibungen waren zwar grundsätzlich bereits seit dem Jahr 1996 möglich, in der Praxis jedoch kaum verbreitet.



Schiene, wodurch im regionalen Personenverkehr auf der Schiene grundsätzlich kein wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren durchgeführt wird. Diese Ausgestaltung des Bestellverfahrens hat dazu geführt, dass es im regionalen Personenverkehr auf der Schiene an Wettbewerb mangelt, wie eine vom Bundesrat beauftragte unabhängige Expertengruppe feststellte.<sup>287</sup>

Aber auch im Bereich des regionalen Personenverkehrs auf der Strasse, d.h. im Busbereich, ist eine gewisse Ambivalenz zur grundsätzlichen Pflicht, ein wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren durchzuführen, zu erkennen: Grundsätzlich besteht hier seit dem 1. Juli 2013 eine Pflicht zur Durchführung von wettbewerblich geprägten Ausschreibungen.<sup>288</sup> Dieser formelle Grundsatz ist jedoch einerseits an enge Voraussetzungen gebunden<sup>289</sup> und andererseits stehen ihm sowohl auf Gesetzes- als auch auf Verordnungsebene zahlreiche Einschränkungen und Ausnahmen gegenüber.

Eine dieser Ausnahmen liegt vor, wenn das Verkehrsunternehmen für seine Verkehrsleistungen mit Bussen mit den Bestellern eine Zielvereinbarung geschlossen hat und diese auch erreicht.<sup>290</sup> Dies hat allerdings zur Folge, dass beauftragte Verkehrsunternehmen durch den Abschluss von Zielvereinbarungen und deren Einhaltung zukünftige Ausschreibungen verhindern können.<sup>291</sup> Damit können sie aber auch verhindern, dass es zu Wettbewerb um den Markt kommt, auf welchen sie bereits tätig sind. Die essentielle Voraussetzung zur Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens ist jedoch, dass eine Ausschreibungsplanung vorliegt.<sup>292</sup> Diese enthält u.a. die auszuschreibenden Verkehrsangebote, die Vergabedauer und den Vergabezeitpunkt.<sup>293</sup> Zuständig sind die Kantone, wobei das BAV für die Koordination mit anderen Kantonen sorgt und die Planung genehmigt.<sup>294</sup> Die Kantone sind jedoch von Gesetzes wegen federführend<sup>295</sup> und verfügen bei der Ausschreibungsplanung über ein beträchtliches Ermessen, indem sie «die lokalen und regionalen Erfordernisse und Bedürfnisse» berücksichtigen dürfen.<sup>296</sup> Ausserdem können die Kantone bereits bestehende Verkehrsangebote von der Aufnahme in die Ausschrei-

<sup>287</sup> EOBi-Schlussbericht, 54.

<sup>288</sup> Art. 32 Abs. 1 PBG.

<sup>289</sup> Art. 32 Abs. 2 PBG.

<sup>290</sup> Art. 32 Abs. 2 lit. a PBG.

<sup>291</sup> So auch KERN, Transportleistungen, 1815.

<sup>292</sup> Art. 32 Abs. 2 lit. c PBG.

<sup>293</sup> Art. 27 Abs. 1 ARPV.

<sup>294</sup> Art. 27 Abs. 3 und 4 ARPV.

<sup>295</sup> Art. 31c Abs. 2 PBG.

<sup>296</sup> Art. 31c Abs. 1 PBG.

737

738

bungsplanung ausnehmen.<sup>297</sup> Gleichzeitig werden die Kantone verpflichtet, eine Ausschreibung zu begründen,<sup>298</sup> während beim Verzicht von Ausschreibungen eine Begründungspflicht nicht besteht.<sup>299</sup> Diese rechtlichen Rahmenbedingungen haben effektiv zur Folge, dass auch im regionalen Personenverkehr auf der Strasse die Direktvergabe den häufigsten bzw. fast ausschliesslichen Vergabemodus darstellt.

- 739 Diese Praxis wurde von behördlicher Seite bestätigt: In Bezug auf den schweizerischen regionalen Personenverkehr hielt der Leiter Sektion Recht des BAV Anfang des Jahres 2021 in einem in Co-Autorenschaft mit weiteren Mitarbeitern des BAV verfassten Beitrag fest, «[d]ie meisten Aufträge werden von den Bestellern ohne Ausschreibung direkt an die bisherigen Leistungserbringer vergeben.»<sup>300</sup> Aufgrund dieses Umstands finden auch nach Ende eines Leistungszeitraums – von einigen Ausnahmen abgesehen<sup>301</sup> – kaum Wechsel von Verkehrsunternehmen als Anbieter von Verkehrsleistungen statt. Eine solche «überwiegend direkte Vergabe an den bisherigen Betreiber»<sup>302</sup> sei insbesondere aufgrund des im schweizerischen öffentlichen Verkehrs herrschenden Gewinnverbots gerechtfertigt.<sup>303</sup>
- 740 Im EU-Raum werden die EU-Mitgliedstaaten dagegen grundsätzlich verpflichtet, die Bestellung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf dem Weg eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben – wobei aber auch hier Ausnahmen möglich sind.<sup>304</sup> Änderungen an der schweizerischen Praxis sind derzeit nicht ersichtlich. Ganz im Gegenteil hat der Bundesrat im Juni 2021 entschieden, dass die Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Schiene auch weiterhin direkt an die Verkehrsunternehmen erfolgen sollen. Dementsprechend soll auf Ausschreibungen weiterhin verzichtet werden. Im regionalen Busverkehr sollen des

---

<sup>297</sup> Art. 32 Abs. 4 PBG

<sup>298</sup> Art. 27 Abs. 1 lit. h ARPV.

<sup>299</sup> KERN, Transportleistungen, 1815.

<sup>300</sup> KÖNIG/JAMPEN/STIRNIMANN, 2.

<sup>301</sup> Z.B. löste im Jahr 2006 die *Bus Ostschweiz AG* die *PostAuto* als Anbieterin von Verkehrsleistungen im Sarganserland ab, indem die *Bus Ostschweiz AG* ihre Verkehrsleistungen zu rund 30% niedrigeren Kosten anbot. Bereits im Jahr 1999 verlor die *PostAuto* eine Ausschreibung nachdem die damalige *Stadtbus Chur AG* Verkehrsleistungen, welche bis dahin ebenfalls von der *PostAuto* erbracht wurden, zu rund 20% niedrigeren Kosten anbot.

<sup>302</sup> Vgl. FN 300.

<sup>303</sup> Vgl. FN 300. Vgl. Zum Gewinnverbot die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.b](#)).

<sup>304</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unten, in [Teil 2, D.IV.2](#).

Weiteren «wie bis anhing auch Ausschreibungen möglich sein».<sup>305</sup> Mit der Formulierung «möglich sein» indiziert der Bundesrat, dass auch in nächster Zukunft Ausschreibungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse nicht zum Grundsatz erhoben werden – obwohl dies vom Gesetzgeber eigentlich vorgegeben wurde.

### 3. Abgeltungen für ungedeckte Plankosten, Gewinnverbot und Anreizeffekte

Die allermeisten der derzeit rund 1'400 Linien des regionalen Personenverkehrs können durch die 114 Verkehrsunternehmen nicht kostendeckend betrieben werden. Bund und Kantone gelten ihnen daher diejenigen Kosten ab, welche gemäss Planung nicht durch Erlöse aus dem Verkauf von Fahrtickets gedeckt werden können. Derzeit handelt es sich dabei um einen jährlichen Betrag i.H.v. CHF 2 Mrd., der je zur Hälfte durch Bund und Kantone getragen wird. Der Grundsatz, dass Bund und Kantone bloss die ungedeckten Kosten des regionalen Personenverkehrs übernehmen, findet sich gleich zu Beginn der entsprechenden Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetz: «Bund und Kantone ([als] Besteller) gelten den Unternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten des von ihnen gemeinsam bestellten Angebots des regionalen Personenverkehrs ab.»<sup>306</sup>

741

Bei Abschluss einer Angebots- oder Vergabevereinbarung wird die Höhe der Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten in erster Linie zwischen den zuständigen Regierungsräten, dem BAV und den Verkehrsunternehmen nach politischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgehandelt und festgelegt. Eine Abgeltung ist demnach ein verbindliches im Voraus kalkuliertes Defizit – eine nachträgliche Defizitdeckung ist ausgeschlossen.<sup>307</sup> Hierbei handelt es sich um Nettoverträge.<sup>308</sup> Diese Abgeltungen für die Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse und auf der Schiene werden von Bund und Kantonen *grundsätzlich* je zur Hälfte getragen.<sup>309</sup> Die genauen Anteile der einzelnen Kantone werden unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen

742

---

<sup>305</sup> Pressemitteilung des Bundesrats vom 23. Juni 2021, Bundesrat hält an Kooperationsmodell im Eisenbahn-Fernverkehr fest, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84118.html>>.

<sup>306</sup> Art. 28 Abs. 1 PBG. Vgl. zu den Anforderungen an i) die Corporate Governance Art. 29 Abs. 1 PBG sowie an ii) die Planrechnung Art. 14 f. RKV.

<sup>307</sup> SAGER, 822.

<sup>308</sup> ANREITER/NUSSBAUMER/BÜTIKOFER, 3.

<sup>309</sup> Art. 30 Abs. 1 PBG.

Wirtschaftsstruktur vom Bundesrat alle vier Jahre festgelegt.<sup>310</sup> Dadurch ergeben sich konkrete Kantonsbeteiligungen, die erheblich von einander abweichen: So tragen strukturstarke Kantone erheblich grössere Beteiligungen an der Finanzierung des regionalen Personenverkehrs (z.B. BS 73%, GE 71%, ZH 67%) als strukturschwächere Kantone (z.B. AI 29%, JU 26%, UR 23%). Lediglich im Kanton Neuchâtel ist das Verhältnis zwischen Bund und Kanton mit 50% ausgewogen.<sup>311</sup>

- 743 Durch den Umstand, dass die Besteller im regionalen Personenverkehr lediglich die nach Plan «ungedeckten Kosten» abgelten, ist die Erwirtschaftung eines Gewinns durch die Verkehrsunternehmen im Prinzip nicht vorgesehen. Kommt es allerdings zu Abweichungen zwischen dem tatsächlich erzielten Erlös und den Planrechnungen, legt das Personenbeförderungsgesetz die Folgen fest: Erwirtschaftet das Verkehrsunternehmen einen Verlust, hat es den Fehlbetrag selbst zu verantworten.<sup>312</sup> Die Abstützung der Abgeltung auf die *geplanten* anstatt auf die *effektiven* ungedeckten Kosten bezweckt, dass die Verkehrsunternehmen einen Anreiz zur wirtschaftlichen Tätigkeit und zu kosteneffizientem Verhalten erhalten,<sup>313</sup> indem sie das wirtschaftliche Risiko tragen, einen effektiv erwirtschafteten Verlust selbst tragen zu müssen. Erwirtschaftet das Verkehrsunternehmen dagegen einen Gewinn, d.h. «übersteigen die Erträge [aus dem Verkauf von Fahrtickets und Werbeflächen] und die von Bund und Kantonen erbrachten finanziellen Leistungen die Gesamtaufwendungen einer abgeltungsberechtigten Verkehrssparte,» so hat das Verkehrsunternehmen «mindestens zwei Drittel dieses Überschusses der Spezialreserve zur Deckung künftiger Fehlbeträge abgeltungsberechtigter Verkehrssparten zu[zuweisen].»<sup>314</sup> Erst wenn diese Spezialreserve 25% des Jahresumsatzes der abgeltungsberechtigten Verkehrssparte oder CHF 12 Mio. beträgt, steht der Gewinn dem Verkehrsunternehmen zur freien Verfügung.<sup>315</sup> Ertragsüberschüsse von Verkehrssparten ohne Abgeltungsberechtigung sind dagegen frei verfügbar.<sup>316</sup>
- 744 Mit der Einführung des Bestellprinzips und der damit einhergehenden Verlagerung des Geschäftsrisikos auf die Verkehrsunternehmen sollten Letzteren eigentlich unternehmerische Freiheiten und Ertragsanreize eingeräumt wer-

---

<sup>310</sup> Art. 30 Abs. 2 PBG i.V.m. Art. 29b Abs. 1 ARPV.

<sup>311</sup> Anhang 2 zur ARPV. Die Angaben gelten für die Fahrplanjahre 2020-2023.

<sup>312</sup> Art. 36 Abs. 1 PBG.

<sup>313</sup> KERN/KÖNIG, 405.

<sup>314</sup> Art. 36 Abs. 2 Satz 1 PBG.

<sup>315</sup> Art. 36 Abs. 2 Satz 2 PBG.

<sup>316</sup> Art. 36 Abs. 4 Satz 1 PBG.

den.<sup>317</sup> Den soeben zitierten Bestimmungen ist allerdings zu entnehmen, dass eine Gewinnerzielung im Bereich des regionalen Personenverkehrs nicht vorgesehen und damit auch nicht in die Planung aufzunehmen ist (sog. Gewinnverbot). Gleichzeitig ist eine Gewinnerzielung aber auch nicht völlig ausgeschlossen. Wird ein Gewinn erwirtschaftet, ist dieser transparent offenzulegen und darf den Bestellern nicht verheimlicht werden: Einerseits ist er nämlich von Gesetzes wegen zur Deckung künftiger Fehlbeträge der Spezialreserve zuzuweisen. Andererseits ist einer regelmässigen Gewinnerzielung zu entnehmen, dass die Planrechnungen zu konservativ erfolgten und die Besteller zukünftig mit niedrigeren Abgeltungen rechnen könnten.<sup>318</sup>

In der Praxis allerdings wird die allfällige Erwirtschaftung eines Gewinns durch das Verkehrsunternehmen zur Folge haben, dass in der folgenden Vergabeperiode die Abgeltungsbeträge durch die Besteller reduziert oder gar zurückgefordert werden.<sup>319</sup> Die Verkehrsunternehmen haben daher nur geringe bis kaum vorhandene Möglichkeiten einen Gewinn zu erwirtschaften – und tun sie es doch, müssen sie mit einer Reduzierung der zukünftigen Abgeltungen rechnen. Diese durch das Gewinnverbot bedingte Ausgestaltung des Abgeltungssystems wirkt sich dahingehend aus, dass die Anreizwirkung für die Verkehrsunternehmen, einen Gewinn zu erwirtschaften, *de facto* beschränkt sein dürfte. Im Ergebnis tragen die Verkehrsunternehmen damit das wirtschaftliche Risiko für die Erbringung der Verkehrsleistungen, ohne dass sie im Gegenzug in die Lage versetzt werden, einen Gewinn zu erwirtschaften, welcher das mit der Durchführung der Verkehrsleistungen verbundene Risiko berücksichtigt.

745

Dies wird dahingehend gerechtfertigt, dass die Abgeltungshöhe das Resultat eines Verhandlungsprozesses zwischen Bestellern und Verkehrsunternehmen darstelle, welcher es Ersteren erlaubt, von Vergabeperiode zu Vergabeperiode einen gewissen Produktivitätsfortschritt einzufordern. Im Endeffekt sollen die Abgeltungsbeträge der Besteller im Laufe der Zeit immer geringer ausfallen und damit den Staatshaushalt entlasten. In der Tat waren die Besteller oftmals in der Lage, von Abgeltungsperiode zu Abgeltungsperiode niedrigere Abgeltungsbeträge zu erwirken. Dies mag allerdings auch der teilweisen engen Verbindung zwischen den Bestellern und den Verkehrsunternehmen liegen – regelmässig sind die Kantone Haupt- oder gar Alleinaktionär der betreffenden Verkehrsunternehmen. Dadurch unterliegen die Verkehrsunternehmen einer

746

<sup>317</sup> BBl 1994, Regionalverkehr, 504 ff.; KERN, Transportleistungen, 1811.

<sup>318</sup> DONATSCH/BACHMANN/UHLMANN, 15.

<sup>319</sup> KERN, Transportleistungen, 1813.

starken politischen Beeinflussung.<sup>320</sup> Die Gründe der öffentlichen Hand so vorzugehen, sind aus der Sicht der Allgemeinheit und des Steuerzahlers nachvollziehbar. Allerdings erscheint es fraglich, ob der Verhandlungsprozess zur Festlegung der Abgeltungsbeträge zwischen gleichberechtigten Verhandlungspartnern stattfindet und ob die Verkehrsunternehmen freiwillig auf eine Gewinnerzielung verzichten. Der Umstand, dass nicht nur *PostAuto*, sondern auch weitere Verkehrsunternehmen in den vergangenen Jahren sich teils widerrechtlicher Mittel bedienen, um Gewinne zu erzielen, deutet vielmehr darauf hin, dass die Verkehrsunternehmen bestrebt sind, Gewinne zu erzielen und – da die Strategie der Besteller darauf abzielt, Gewinne der Verkehrsunternehmen zu vermeiden – alternative Möglichkeiten suchen, um Gewinne zu erwirtschaften.

- 747 Die Bestellungen von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr und die dazugehörigen Fördermassnahmen werden somit einerseits mit Anreizen zur Effizienzsteigerung verbunden, andererseits zielt die Strategie der öffentlichen Hand darauf ab, dass die Verkehrsunternehmen keinen Gewinn erwirtschaften. In einer freien Marktwirtschaft ist dies eigentlich ein Widerspruch in sich. In seiner Botschaft zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes vom Juni 2021 geht der Bundesrat allerdings vom Gegenteil aus und betont, dass «[d]ie Gewinnorientierung [...] im Widerspruch zum *Service-public*-Auftrag derjenigen Bereiche der Unternehmen [steht], die Subventionen erhalten»<sup>321</sup> Bereits bei der Untersuchung der Umbuchungspraxis der *PostAuto* monierte das BAV, dass Offerten im regionalen Personenverkehr keine Gewinnzuschläge enthalten dürften.<sup>322</sup> Im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des *PostAuto*-Skandals wird mit der Reform des Personenbeförderungsgesetzes auf Gesetzesstufe nun sogar explizit festgehalten, dass Verkehrsunternehmen bei der Ermittlung der ungedeckten Kosten keine Gewinn- und Risikozuschläge einrechnen dürfen.<sup>323</sup> Fällt ein solcher zukünftig dennoch an, sollen, neben dem Bund, auch die Kantone dessen Zuweisung an eine Spezialreserve verlangen können.<sup>324</sup> Damit würde den Verkehrsunternehmen letztendlich jede Möglichkeit genommen einen Gewinn zu erwirtschaften und über

---

<sup>320</sup> KERN, Transportleistungen, 1818.

<sup>321</sup> BBl 2021, PBG, 1485, 2.

<sup>322</sup> BAV-Prüfungsbericht, 3.

<sup>323</sup> Art. 35a Abs. 1 nPBG.

<sup>324</sup> Art. 36 Abs. 2 nPBG.

diesen frei zu verfügen. Im EU-Raum werden die EU-Mitgliedstaaten dagegen grundsätzlich verpflichtet, den Verkehrsunternehmen einen angemessenen Gewinn zuzustehen.<sup>325</sup>

#### 4. Finanzhilfen und finanzielle Entlastungen

Neben den Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten können Verkehrsunternehmen, die Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr erbringen, mit weiteren Leistungen durch die öffentliche Hand rechnen, namentlich mit finanziellen Beiträgen, Darlehen und Bürgschaften. Auch können sie von bestimmten Steuern und/oder Gebühren befreit werden. Diese Subventionspraktiken werden nachfolgend behandelt. 748

Solche finanziellen Beiträge sind insbesondere im Rahmen von Investitionen relevant, welche anfallen, bevor mit dem Erbringen der Verkehrsleistungen begonnen werden kann. Dies betrifft in erster Linie die Beschaffung von Fahrzeugen, d.h. Bussen, Lokomotiven, Waggons oder Triebzügen – je nachdem, ob die Verkehrsleistungen auf der Strasse oder der Schiene zu erbringen sind – sowie Depots, Werkhallen, usw. Grundsätzlich liegt die Beschaffung der zur Erbringung der Verkehrsleistungen notwendigen Fahrzeuge und Betriebsmittel im Verantwortungsbereich der Verkehrsunternehmen: Diese haben daher die hierfür notwendigen finanziellen Mittel selber aufzubringen oder auf den Kapitalmärkten zu beschaffen. Allerdings sieht das Personenbeförderungsgesetz mehrere Möglichkeiten vor, um die Verkehrsunternehmen bei Fremdfinanzierungen zu unterstützen. Diese werden i.d.R. in Verträgen und Dokumenten festgehalten, welche zwischen der öffentlichen Hand und den Verkehrsunternehmen abgeschlossen werden, und gewöhnlich nicht veröffentlicht. 749

Aufgrund des Umfangs der potenziell aus einer beihilferechtlichen Sicht zu erörternden staatlichen Finanzhilfen und finanziellen Entlastungen, muss die vorliegende Unteruschung sich auf eine Auswahl an staatlichen Unterstützungsmassnahmen begrenzen. Aus diesem Grund werden z.B. die mittelbare 750

---

<sup>325</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unten, [Teil 2, D.IV.3.](#)

Subventionierung zur Infrastrukturbenutzung auf der Schiene durch einen vergünstigten Trassenpreis oder die Finanzierung von Eisenbahnrollmaterial auf Grundlage des Eurofima-Abkommens<sup>326</sup> nicht behandelt.

a) Bürgschaften

- 751 Bezweckt die Fremdfinanzierung eines Verkehrsunternehmens, «Investitionen in den Verkehrsbereich» des regionalen Personenverkehrs vorzunehmen, kann der Bund – vertreten durch das BAV – der Gläubigerin des Verkehrsunternehmens eine Garantie abgeben.<sup>327</sup> Bei dieser Garantie handelt es sich um eine Bürgschaft i.S.v. Art. 492 ff. OR, welche vom BAV in Form einer Solidarbürgschaft gemäss Art. 496 OR gewährt wird. Durch diese sollen die Kapitalgeber die Gewissheit erhalten, dass die vertraglich vereinbarten Amortisationsanteile und die anfallenden Schuldzinsen rechtzeitig gezahlt werden. Im Gegenzug profitieren die Verkehrsunternehmen von günstigen Zinskonditionen – und durch die Weitergabe dieses Kostenvorteils auch die Besteller.<sup>328</sup> Dabei wird grundsätzlich vorausgesetzt, dass die dadurch ermöglichten Investitionen lediglich zur Erbringung abgeltungsberechtigter Verkehrsleistungen dienen und dass deren Folgekosten in die Planrechnung einer Offerte aufgenommen werden.<sup>329</sup>
- 752 Die Darlehen, welche Gegenstand der Bürgschaft sind, sind vorgängig vom Bund zu genehmigen.<sup>330</sup> Über den Genehmigungsprozess hat das BAV eine Wegleitung veröffentlicht.<sup>331</sup> Für die Übernahme der Bürgschaft durch den

---

<sup>326</sup> Die SBB können zur Finanzierung von Rollmaterial aufgrund des internationalen Eurofima-Abkommens vom 20. Oktober 1955 (SR 0.742.105) auf Darlehen der Europäischen Gesellschaft für die Finanzierung von Eisenbahnmaterial (nachfolgend: «Eurofima») zurückgreifen. Dabei sichert der Bund gegenüber der Eurofima eine Staatsgarantie für Verpflichtungen der SBB zu, wodurch die SBB besonders zinsgünstige Darlehen aufnehmen kann. Da dies andere Verkehrsunternehmen benachteiligte, wurde die Möglichkeit zum Erhalt einer Staatsgarantie mit Bundesbeschluss vom 10. Dezember 2010 auf alle Verkehrsunternehmen ausgedehnt (BBl 2011, 265). Aufgrund des damit mutmasslich einhergehenden Mangels einer selektiven Begünstigung, wird diese staatliche Unterstützungsmassnahme nicht weiter erörtert. Vgl. jedoch die Ausführungen unten, [Teil 2, D.IV.4.a.](#)

<sup>327</sup> Art. 31 Abs. 1 PBG i.V.m. Art. 34 ARPV und Art. 36 Abs. 1 ARPV.

<sup>328</sup> Vgl. dazu die Ausführungen des BAV zur Bundesbürgschaft, abrufbar unter: <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/allgemeine-themen/rpv/bundesbuergschaft.html>.

<sup>329</sup> Art. 35 Abs. 1 ARPV.

<sup>330</sup> Art. 34 i.V.m. Art. 19 Abs. 1 ARPV.

<sup>331</sup> BAV, Wegleitung zur Beschaffung von Betriebsmittels im RPV, abrufbar unter: <https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/allgemeine-themen/rpv/bundesbuergschaft.html>.



Bund hat das Verkehrsunternehmen eine besondere Verwaltungsgebühr gemäss der BAV-Gebührenverordnung<sup>332</sup> zu leisten: Demnach hat das Verkehrsunternehmen eine Provision i.H.v. 1‰ der gewährten Bürgschaftssumme zu leisten, jedoch mindestens CHF 5'000 und maximal CHF 100'000.<sup>333</sup> Diese Gebühr wird bei Abschluss der Bürgschaft einmalig für die gesamte Dauer der Schuldverpflichtung erhoben.<sup>334</sup> Weder auf Gesetzes- noch auf Verordnungsebene sind allerdings Begrenzungen hinsichtlich der Dauer oder eines allfälligen Maximalbetrags der Bürgschaft zu entnehmen.

#### b) Beiträge und Darlehen

In besonderen Fällen, insbesondere um neuartige Lösungen zu fördern, bei der Beschaffung von Fahrzeugen oder bei der Erstellung von Anlagen und Einrichtungen, kann der Bund Beiträge leisten sowie unverzinsliche Darlehen gewähren.<sup>335</sup> Solche Fördermassnahmen können zuzüglich und/oder alternativ zu einer Bürgschaft erfolgen, haben jedoch «im Rahmen der bewilligten Kredite» zu erfolgen, «soweit die Abgeltungsmassnahmen für die Finanzierung nicht ausreichen».<sup>336</sup> Dem ist zu entnehmen, dass die Gewährung von (finanziellen) Beiträgen und unverzinslichen Darlehen subsidiär ist – sowohl zu den Abgeltungen für ungedeckte Plankosten als auch zur Aufnahme von Fremdkapital, welche, wie bereits erläutert, vom Bund vorgängig genehmigt werden müssen. Auch hier wird wiederum grundsätzlich vorausgesetzt, dass die dadurch ermöglichten Investitionen lediglich zur Erbringung abgeltungsberechtigter Verkehrsleistungen dienen und dass deren Folgekosten in die Planrechnung einer Offerte aufgenommen werden.<sup>337</sup>

753

Soll mit der Fördermassnahme die Beschaffung von Fahrzeugen realisiert werden, erfolgt diese in Form eines rückzahlbaren und unverzinslichen Darlehens. Finanzielle Beiträge in Form von A-Fonds-perdu-Beiträgen werden nur gewährt, um Bauvorhaben realisieren zu können, da diese nicht aktivierbar sind.<sup>338</sup> Alternativ kann sich der Bund auch am Gesellschaftskapital des Verkehrsunternehmens beteiligen.<sup>339</sup> Die Amortisationen der Fördermassnahmen

754

<sup>332</sup> Gebührenverordnung für den öffentlichen Verkehr vom 25. November 1998 (GebV-öV, SR 742.102).

<sup>333</sup> Art. 45 Abs. 3 GebV-öV.

<sup>334</sup> Art. 45 Abs. 2 GebV-öV.

<sup>335</sup> Art. 31 Abs. 2 PBG.

<sup>336</sup> Art. 41 ARPV.

<sup>337</sup> Art. 43 Abs. 1 ARPV.

<sup>338</sup> Art. 44 Abs. 1 ARPV.

<sup>339</sup> Art. 44 Abs. 2 ARPV.

müssen in den Planrechnungen der Verkehrsunternehmen berücksichtigt und mit den Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten amortisiert werden.<sup>340</sup> Auch die Errichtung von Pfandrechten ist möglich.<sup>341</sup> Art und Umfang der Beiträge und/oder Darlehen und der damit verbundenen Auflagen werden vom BAV, den beteiligten kantonalen Behörden und dem Verkehrsunternehmen in einer Investitionsvereinbarung festgehalten.<sup>342</sup> Sieht diese vertraglich vereinbarte Zahlungstermine vor und werden die Tranchen nicht innerhalb von 60 Tagen nach ihrer Fälligkeit bezahlt, so schuldet das Verkehrsunternehmen ab diesem Zeitpunkt an einen Verzugszins i.H.v. 5% pro Jahr.<sup>343</sup> Wird das Objekt, für welches ein Darlehen gewährt wurde, zweckentfremdet, so hat das BAV die Rückzahlung des Darlehens zu verlangen.<sup>344</sup>

755 Weder auf Gesetzes- noch auf Verordnungsebene sind allerdings Angaben in Bezug auf i) die maximale Laufzeit eines Darlehens, ii) den Zinssatz oder iii) einer allfälligen Maximalhöhe von Beiträgen zu entnehmen. Auch fehlen Vorgaben, ob eine Fördermassnahme gewährt werden darf, wenn sich das Verkehrsunternehmen bereits in wirtschaftlichen und/oder finanziellen Schwierigkeiten befindet.

c) Umwandlung von Darlehen

756 Mit einem der soeben beleuchteten rückzahlbaren Darlehen kann auf viererlei Art und Weise umgegangen werden: i) Erstens kann es ordentlich zurückgezahlt werden. Wird es zur Finanzierung von Ersatz- und Erneuerungsinvestitionen im regionalen Personenverkehr gewährt, so kann der Bund ii) dieses in ein bedingt rückzahlbares Darlehen umwandeln oder iii) dessen Rückzahlung gar vollumfänglich sistieren.<sup>345</sup> Wurde ein rückzahlbares Darlehen in ein bedingt rückzahlbares Darlehen umgewandelt, iv) kann dieses – unter Vorbehalt der aktienrechtlichen Bestimmungen – weiter in Eigenkapital umgewandelt werden.<sup>346</sup> Solche Umwandlungen oder Sistierungen setzen allerdings eine entsprechende Umwandlung oder Sistierung durch den beteiligten Kanton oder der beteiligten Kantone voraus.<sup>347</sup>

---

<sup>340</sup> Art. 44 Abs. 3 ARPV.

<sup>341</sup> Art. 44 Abs. 4 ARPV.

<sup>342</sup> Art. 45 Abs. 1 ARPV.

<sup>343</sup> Art. 45 Abs. 2 ARPV.

<sup>344</sup> Art. 46 i.V.m. Art. 29 Abs. 1 SuG.

<sup>345</sup> Art. 31 Abs. 3 PBG i.V.m. Art. 37 Abs. 1 ARPV.

<sup>346</sup> Art. 31 Abs. 4 PBG.

<sup>347</sup> Art. 37 Abs. 2 ARPV.

Auch bei dieser Fördermassnahme wird wiederum grundsätzlich vorausgesetzt, dass die dadurch ermöglichten Investitionen lediglich zur Erbringung abgeltungsberechtigter Verkehrsleistungen dienen und dass deren Folgekosten in die Planrechnung einer Offerte aufgenommen werden.<sup>348</sup> Des Weiteren haben auch hier das BAV, die beteiligten kantonalen Behörden und das Verkehrsunternehmen eine Umwandlungs- oder Sistierungsvereinbarung abzuschliessen, in welcher die damit verbundenen Auflagen festgehalten werden.<sup>349</sup> 757

d) Verzinsung von Eigenkapital

Unter dem derzeit anwendbaren Abgeltungsregime können Bund und Kantone den Verkehrsunternehmen gemeinsam die Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals zugestehen.<sup>350</sup> Der Zinssatz orientiert sich dabei am Zehn-Jahres-Kassazinssatz der Bundesanleihen.<sup>351</sup> Dies soll Anreize schaffen, dass die Verkehrsunternehmen den Eigenkapitalanteil an Gesamtkapital erhöhen, was zur Folge hat, dass die Gesamtkosten des Verkehrsangebots für die Besteller niedriger ausfallen. Als Nachteil erweist sich allerdings dabei der Umstand, dass buchhalterische Abgrenzungen potenziell aufwendig und z.T. schwer zu kontrollieren sind – insbesondere bei Verkehrsunternehmen, welche in unterschiedlichen Sparten tätig sind.<sup>352</sup> Dies bewahrheitete sich im PostAuto-Skandal.<sup>353</sup> Gemäss dem vom Bundesrat im Juni 2021 vorgestellten Reform des Personenbeförderungsgesetzes, sollen daher Verkehrsunternehmen zukünftig keine Eigenkapitalzinsen mehr einrechnen dürfen.<sup>354</sup> Aus diesem Grund wird in der vorliegenden Untersuchung nicht weiter auf die Verzinsung des Eigenkapitals eingegangen. 758

e) Steuerbefreiungen

Neben den bisher genannten Finanzhilfen zugunsten der Verkehrsunternehmen bestehen allerdings auch bestimmte finanzielle Entlastungen. Mit dem Inkrafttreten der Bahnreform 2.1 per 1. Januar 2010 wurde auch das Steuerharmonisierungsgesetz geändert. Seitdem sind «die vom Bund konzessionierten 759

<sup>348</sup> Art. 38 ARPV.

<sup>349</sup> Art. 40 Abs. 1 ARPV.

<sup>350</sup> Art. 15 Abs. 1 ARPV.

<sup>351</sup> Art. 15 Abs. 2 ARPV.

<sup>352</sup> KERN, Transportleistungen, 1814.

<sup>353</sup> KC-Untersuchungsbericht, 144, 206.

<sup>354</sup> Art. 35a Abs. 1 nPBG.

Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen, die für diese Tätigkeit Abgeltungen erhalten» von der kantonalen Steuerpflicht befreit.<sup>355</sup> Damit wurde eine Ausnahme von der subjektiven Steuerpflicht geschaffen, die abschliessend und zwingend ist, wodurch die Kantone unmittelbar zur Gewährung der Steuerbefreiung verpflichtet werden.<sup>356</sup> Diese Ausnahme von der Steuerpflicht gilt *ex lege*, d.h. Verkehrsunternehmen, die Abgeltungen erhalten, sind ohne besonderen, konstituierenden Verwaltungsakt von Gesetzes wegen von der Steuerpflicht befreit – sie müssen lediglich einen entsprechenden Antrag stellen.<sup>357</sup> Ebenfalls im Rahmen der Bahnreform 2.1 wurde auch das Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer geändert: Dieses sieht – wortgleich mit der Bestimmung des Steuerharmonisierungsgesetzes – eine Steuerbefreiung für Verkehrsunternehmen vor, wenn diese für ihre Tätigkeit Abgeltungen erhalten.<sup>358</sup> Erhalten Verkehrsunternehmen somit für ihre Verkehrsleistungen Abgeltungen, sind sie sowohl von der Bundes- als auch von der kantonalen Steuerpflicht befreit. Da die Bestimmungen in beiden Gesetzen identisch sind, haben deren Auslegungen einheitlich zu erfolgen.<sup>359</sup> Dies hat zur Folge, dass das Kreisschreiben Nr. 35 der ESTV<sup>360</sup> im Rahmen der Steuerbefreiung auch für Verkehrsunternehmen zu beachten ist.<sup>361</sup>

760 Dieses Kreisschreiben hält ausdrücklich fest, dass als Abgeltungen diejenigen Beträge zu betrachten sind, welche von Bund, Kantonen und Gemeinden für die ungedeckten Plankosten für bestellte Verkehrsangebote geleistet werden und verweist explizit auf Art. 28 PBG.<sup>362</sup> Weiter sieht das Kreisschreiben vor, dass Verkehrsunternehmen mit steuerbefreiten und steuerbaren Erträgen eine Spartenrechnung zu führen haben, wobei wiederum explizit Bezug auf die Bestimmungen des Personenbeförderungsgesetzes und der RKV genommen wird.<sup>363</sup> Die Steuerbefreiung gilt für die Gewinnsteuern, die Kapitalsteuern so-

---

<sup>355</sup> Art. 23 Abs. 1 lit. j StHG.

<sup>356</sup> BSK StHG-GRETER/GRETER, Art. 23, N 1.

<sup>357</sup> BGE 128 II 56 E. 5.b, 63.

<sup>358</sup> Art. 56 Abs. 1 lit. d DBG.

<sup>359</sup> BGE 128 II 56 E. 6.a, 64 f.; Urteil des Bundesgerichts 2C\_442/2010 vom 24. November 2010 E. 2.2.

<sup>360</sup> Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Kreisschreiben Nr. 35: Besteuerung konzessionierter Verkehrs- und Infrastrukturunternehmen vom 2. Dezember 2011, abrufbar unter: <<https://www.estv.admin.ch/dam/estv/de/dokumente/dbst/kreisschreiben/2004/1-035-D-2011.pdf.download.pdf/ESTV-Kreisschreiben-035-D-2011-d.pdf>> (zit. KS-ESTV Nr. 35).

<sup>361</sup> BSK StHG-GRETER/GRETER, Art. 23, N 42.

<sup>362</sup> KS-ESTV Nr. 35, Ziff. 2.4.

<sup>363</sup> KS-ESTV Nr. 35, Ziff. 2.10 und Ziff. 2.11.

wie für die Grundstückgewinnsteuern,<sup>364</sup> erstreckt sich aber ausdrücklich nicht auf Gewinne aus «Nebenbetriebe[n] und Liegenschaften, die keine notwendige Beziehung zur konzessionierten Tätigkeit haben.»<sup>365</sup> Dabei sind Nebenbetriebe von Nebentätigkeiten abzugrenzen: Letztere werden mit Ressourcen der abgolgtenen Sparten erarbeitet (z.B. Werbung in oder an Fahrzeugen). Nebentätigkeiten sind daher ebenfalls steuerbefreit.<sup>366</sup> Da bei solchen Nebentätigkeiten nicht auszuschliessen ist, dass ein abgeltungsberechtigtes Verkehrsunternehmen Gewinne erwirtschaftet – ohne diese dann versteuern zu müssen – kann dies zu einer Ungleichbehandlung anderer Marktteilnehmer führen, welche keine abgeltungsberechtigte Verkehrsleistungen erbringen (z.B. wenn diese ebenfalls gegen Entgelt Werbeflächen zur Verfügung stellen).

---

<sup>364</sup> BSK StHG-GRETER/GRETER, Art. 23, N 43a.

<sup>365</sup> Art. 23 Abs. 1 lit. j StHG.

<sup>366</sup> BSK StHG-GRETER/GRETER, Art. 23, N 43b.

## IV. Beurteilung der bestehenden Praktiken aus Sicht des EU-Beihilferechts

André S. Berne

### I. Beihilferechtlicher Rahmen im regionalen Personenverkehr

#### a) Primärrechtliche Grundlagen

761 Das EU-Primärrecht enthält bereits seit den Römischen Verträgen aus dem Jahr 1957 ein Kapitel über den Verkehr, das auch den öffentlichen Personenverkehr und seine (auch finanziellen) Rahmenbedingungen umfasst: Der Eisenbahn- und der Strassenverkehr, wovon der öffentliche Personenverkehr (und damit auch der regionale Personenverkehr) einen Teil bilden, sind somit Teil der gemeinsamen Politiken der EU. Die Ziele dieser gemeinsamen Verkehrspolitik werden in Art. 90-100 AEUV festgehalten. In diesem Bereich verfügen die EU und die EU-Mitgliedstaaten über geteilte Zuständigkeiten.<sup>367</sup> Dieses Verkehrsrecht der EU gilt ausdrücklich für den Eisenbahn- und Strassenverkehr.<sup>368</sup> Dementsprechend finden die beihilferechtlichen Sonderbestimmungen der Art. 93 und Art. 96 AEUV Anwendung, wobei insbesondere Art. 93 AEUV für den regionalen Personenverkehr relevant ist. Weitere Vorschriften mit beihilferechtlichem Bezug zum öffentlichen Verkehr enthält das Primärrecht nicht.

762 Gemäss Art. 93 AEUV sind «Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen», zulässig.<sup>369</sup> Art. 93 AEUV unterscheidet demnach zwischen Koordinierungsbeihilfen und Abgeltungsbeihilfen – bei beiden Beihilfearten handelt es sich um typische Förderungsmaßnahmen, welche der Realisierung verkehrspolitischer Bedürfnisse und Zielsetzungen dienen.<sup>370</sup> Während Koordinierungsbeihilfen auf eine bessere Vernetzung der Verkehrsträger abzielen, sollen Abgeltungsbeihilfen den Aufwand von Verkehrsunternehmen für die Auferlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen im Verkehr ausgleichen. Dabei handelt es sich um

---

<sup>367</sup> Art. 4 Abs. 2 lit. g AEUV.

<sup>368</sup> Art. 100 Abs. 1 AEUV.

<sup>369</sup> Art. 93 AEUV.

<sup>370</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 2.

Leistungen, welche die Verkehrsunternehmen regelmässig aus wirtschaftlichen Gründen nicht erbringen würden, wenn sie dafür keine Ausgleichsleistungen erhielten. Dies tun sie daher nur, weil deren Erbringung im Interesse der Allgemeinheit notwendig und/oder politisch gewünscht ist.<sup>371</sup>

Der Terminus «mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen» des Art. 93 AEUV konvergiert mit demjenigen der Dienste bzw. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse der Art. 14 Satz 1 und Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie Art. 36 GRC<sup>372</sup> (nachfolgend: «DAWI»). In Bezug auf den Verkehrssektor verdrängt Art. 93 AEUV als *lex specialis* Art. 106 AEUV.<sup>373</sup> In diesem Sektor kommt Art. 106 Abs. 2 AEUV somit nicht zur Anwendung.

763

Ungeachtet dieser beihilferechtlichen Sondervorschriften unterliegen sowohl der Eisenbahn- als auch der Strassenverkehr den allgemeinen primärrechtlichen Regelungen, inkl. der beihilferechtlichen Bestimmungen der Art. 107 ff. AEUV.<sup>374</sup> Diese stellen bestimmte Beihilfen vom grundsätzlichen Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV frei – einerseits als sog. Legalausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV und andererseits als sog. Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV. In Bezug auf den Verkehrsbereich fügt Art. 93 AEUV diesen Ausnahmetatbeständen einen weiteren hinzu und ergänzt somit Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV in Bezug auf den Eisenbahn- und Strassenverkehr. Diese Ausnahme ist jedoch eng auszulegen.<sup>375</sup>

764

Allerdings setzt Art. 93 AEUV das begriffliche Vorliegen einer Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV voraus: Die Norm ist mithin tatbestandlich nicht einschlägig, soweit die Beihilfeneigenschaft einer staatlichen Fördermassnahme auf der Grundlage der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung des EuGH fehlt. Im Rahmen des regionalen Personenverkehrs ist der Anwendungsbereich von Art. 93 AEUV als Rechtfertigung einer Beihilfe daher insoweit eingeschränkt, als es bei «öffentliche[n] Zuschüsse[n], die den Betrieb von Liniendiensten im [...] Regionalverkehr ermöglichen sollen», bereits an der Beihilfeneigenschaft i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV mangelt, «soweit sie als Ausgleich anzusehen sind, der die Gegenleistung für Leistungen darstellt, die von den begünstigten Un-

765

<sup>371</sup> EU-Verträge-MÜCKENHAUSEN, Art. 93, N 7; Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 7.

<sup>372</sup> Nomos EU-Recht-FEHLING, Art. 93, N 23.

<sup>373</sup> BARTOSCH, Art. 106 Abs. 2 AEUV, N 3; NUÑEZ MÜLLER, Schienenverkehr, 1146 m.w.H.

<sup>374</sup> EuGH, Urteil vom 12. Oktober 1978 in der Rechtssache C-156/77, ECLI:EU:C:1978:180 – Kommission/Belgien, Rz. 9/13.

<sup>375</sup> Streinz AEUV/EUV-SCHÄFER/KRAMER, Art. 93, N 7.

tenehmen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen erbracht werden.»<sup>376</sup> Massgeblich sind hierbei vier kumulative Kriterien (nachfolgend: «Altmark-Trans-Kriterien», vgl. hierzu oben [Rz. 75 ff.](#)). Sind diese sämtlich erfüllt, liegt keine staatliche Beihilfe, sondern eine beihilfenfreie Kompensation vor. Diese Grundsatzentscheidung des EuGH überlagert und verdrängt die Möglichkeit, eine Beihilfe im Verkehrsbereich zu rechtfertigen, weil sie die Auslegung des Beihilfetatbestands restriktiv auslegt. Liegt nämlich mangels einer «Begünstigung» bereits keine tatbestandliche Beihilfe vor, weil eine staatliche Fördermassnahme die Altmark-Trans-Kriterien erfüllt, bedarf es auch keiner Rechtfertigung.

- 766 Gemäss dem EuGH ist es auch unerheblich, ob die Verkehrsleistungen lediglich einen örtlichen oder einen regionalen Bezug haben, weil sich seit dem Jahr 1995 viele Verkehrsunternehmen in der EU um den Betrieb von Leistungen des regionalen Personenverkehrs bewerben und solche auch anbieten – dies sogar dann, wenn diese Verkehrsleistungen ausserhalb ihres EU-Heimatstaats durchzuführen sind.<sup>377</sup> Dies erfolgt i.d.R. durch in den entsprechenden EU-Mitgliedstaaten ansässige Tochterunternehmen. Auch schweizerische Verkehrsunternehmen beteiligen sich an diesen Vorzügen des Europäischen Binnenmarkts: So betreibt die SBB-Tochter SBB GmbH mit Sitz in Konstanz u.a. seit dem Jahr 2003 eine S-Bahn-Linie zwischen Basel und Zell im Wiesental sowie eine weitere S-Bahn-Linie von Weil am Rhein nach Steinen. Die erste Linie wird grösstenteils, die zweite ausschliesslich auf deutschem Staatsgebiet betrieben. Beide ausgeschriebenen Linien konnte die SBB GmbH im Jahr 2001 im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens des Landes Baden-Württemberg gewinnen, wobei sie sich gegen Wettbewerberinnen aus Deutschland durchsetzte.<sup>378</sup> Die Ausführungen des EuGH verdeutlichen, dass für den EuGH nicht der örtliche oder regionale Wettbewerb um Fahrgäste (sog. «Wettbewerb im Markt») massgeblich ist, sondern vielmehr der europaweite Wettbewerb zwischen den Verkehrsunternehmen um die Konzessionen im öffentlichen Personenverkehr (sog. «Wettbewerb um den Markt»),<sup>379</sup> wodurch die Dienstleistungsfreiheit der (Nah-)Verkehrsunternehmen umgesetzt werden soll.

---

<sup>376</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 95.

<sup>377</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 79.

<sup>378</sup> DERRER/THUMMEL, 17.

<sup>379</sup> So auch WINNES/SCHWARZ/MIETZSCH, 291.



In diesem Kontext – und über den nach dem allgemeinen Beihilferecht bestehenden Rahmen hinaus – erweitert Art. 93 AEUV die Möglichkeiten der EU-Mitgliedstaaten, Verkehrsunternehmen im Interesse der Leistungsfähigkeit des Verkehrssektors zu unterstützen.<sup>380</sup> Dies, indem Art. 93 AEUV in Bezug auf Beihilfen im Verkehrssektor Art. 106 Abs. 2 AEUV verdrängt und Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 AEUV ergänzt. Letzteres hat allerdings zur Folge, dass Art. 93 AEUV – als auf den Verkehrssektor bezogene Spezialvorschrift – nicht eingreift, wenn eine staatliche Fördermassnahme keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt oder eine Beihilfe bereits auf Grundlage des allgemeinen Beihilferechts zulässig ist.<sup>381</sup>

767

#### b) Sekundärrechtliche Ausgestaltungen

Die voranstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass den primärrechtlichen Vorgaben zum Verkehrsrecht der EU einige wichtige Anforderungen und Leitlinien zu entnehmen sind, welche allerdings erhebliche Gestaltungsspielräume bei der sekundärrechtlichen Ausgestaltung lassen.<sup>382</sup> Aufgrund der allgemein gehaltenen Ausgestaltung des Art. 93 AEUV ist ein unmittelbarer Rückgriff auf diese primärrechtliche Norm somit nicht möglich.<sup>383</sup> Zeitgleich mit der Verabschiedung des dritten EU-Eisenbahnpakets (vgl. oben [Rz. 672](#)), aber unabhängig vom diesem, erliess die Union daher die Verordnung (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste (nachfolgend: «VO 1370/2007»),<sup>384</sup> welche sowohl die Vergabe von öffentlichen Personenverkehrsdiensten als auch die Zulässigkeit von Beihilfen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs reguliert.<sup>385</sup> Die VO 1370/2007 bezweckt u.a., Art. 93 AEUV im Hinblick auf Abgeltungsbeihilfen zu konkretisieren und diese primärrechtliche Norm umzusetzen.<sup>386</sup> Da Art. 93 AEUV den Art. 106 Abs. 2 AEUV verdrängt, verkörpern die Bestimmungen der VO 1370/2007, insbesondere deren Art. 6 i.V.m. dem dazugehörigen Anhang, ebenfalls eine sektorspezifische Konkretisierung des

768

<sup>380</sup> HK EU-Recht-EPINEY, Art. 93 AEUV, N 1 f.

<sup>381</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Art. 93 AEUV, N 1 m.w.H.

<sup>382</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 22. Mai 1985 in der Rechtssache C-13/83, ECLI:EU:C:1985:220 – Parlament/Rat, Rz. 28 ff.

<sup>383</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 106 ff.

<sup>384</sup> Verordnung (EG) 1370/2007.

<sup>385</sup> Vgl. hierzu unten ausführlich [Teil 2, D.IV.1, D.IV.2, D.IV.3](#) und [D.IV.4](#).

<sup>386</sup> MARTINEZ, Rz. 6, Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 200.

Art. 106 AEUV und stellen im Verhältnis zu dem sog. DAWI-Paket<sup>387</sup> *leges specialis* dar, wobei Letzteres jedoch als Auslegeordnung analog herangezogen werden kann.<sup>388</sup>

- 769 Die VO 1370/2007 bezweckt einerseits, Handlungsweisen festzulegen, mit denen die EU-Mitgliedstaaten die Qualität des öffentlichen Verkehrs im Einklang mit dem EU-Beihilferecht steigern können. Dabei sollte die Verordnung auch die unsichere Rechtslage ausräumen, welche aus der (in der Praxis kaum handbaren) Anwendung der *Altmark-Trans*-Kriterien resultierte.<sup>389</sup> Andererseits soll sie die Erbringung von DAWI im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs durch die EU-Mitgliedstaaten gewährleisten, welche «zahlreicher, sicherer, höherwertiger oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht». <sup>390</sup> Die Verordnung stellt daher nicht nur eine beihilferechtliche Regelung dar, sondern dient zugleich der Marktregulierung des öffentlichen Verkehrs,<sup>391</sup> indem sie die notwendige Bezuschussung des öffentlichen Nah- und Regionalverkehrs vermehrt in Wettbewerbsstrukturen überführt. Die VO 1370/2007 bildet daher ein detailliertes Regelwerk im Hinblick auf die Vergabe und die Finanzierung des öffentlichen Verkehrs. Dabei bleiben den EU-Mitgliedstaaten in diesem System gewisse Steuerungssele-

---

<sup>387</sup> Das sog. DAWI-Paket besteht aus i) dem sog. DAWI-Beschluss (Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichszahlungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl L 7 vom 11. Januar 2012, 3), ii) dem sog. DAWI-Rahmen (Mitteilung der Kommission – Annahme des Inhalts eines Entwurfs für eine Verordnung der Kommission über *De-minimis*-Beihilfen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl C 8 vom 11. Januar 2012, 23 ff., 15 (zit. DAWI-Rahmen)), und iii) der sog. DAWI-Mitteilung (Mitteilung der Kommission – Annahme des Inhalts eines Entwurfs für eine Verordnung der Kommission über *De-minimis*-Beihilfen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl C 8 vom 11. Januar 2012, 23 ff., 4 (zit. DAWI-Mitteilung)). Zur Klärung bestimmter Fragen im Zusammenhang mit dem DAWI-Paket hat die EU-Kommission des Weiteren iv) ein Jahr später einen sog. DAWI-Leitfaden erlassen: Leitfaden der Europäische Kommission zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final (zit. DAWI-Leitfaden).

<sup>388</sup> BARTOSCH, Art. 106 Abs. 2 AEUV, N 3.

<sup>389</sup> Linke VO (EG)-KAUFMANN/LINKE, Art. 1, N 1, 8.

<sup>390</sup> Art. 1 Abs. 1 Uabs. 1 VO 1370/2007.

<sup>391</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 200.

mente, mit denen sie den Markt lenkend beeinflussen können – insbesondere in Bezug auf Sozial-, Umwelt-, Sicherheits- und Wettbewerbszielen sowie Belangen der Arbeitnehmer und der Fahrgäste.<sup>392</sup>

Durch einen solchen regulierten Wettbewerb<sup>393</sup> verspricht sich der Unionsgesetzgeber eine effizientere Leistungserbringung mit geringeren Kosten und gleichzeitig eine verbesserte Qualität der Verkehrsangebote. Dennoch ist der öffentliche Personenverkehr in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlich liberalisiert: So gelten im Eisenbahnverkehrsbereich Deutschland und Schweden als am stärksten liberalisiert, während Belgien, Slowenien und Ungarn ihre Märkte noch nicht und Frankreich kaum geöffnet haben.<sup>394</sup> Die VO 1370/2007 soll daher den EU-Mitgliedstaaten nicht die Möglichkeit nehmen, ihre Personenbeförderungsmärkte selbst zu organisieren und deren Ziele festzulegen.<sup>395</sup>

770

Da die ursprüngliche Fassung der VO 1370/2007 wegen vieler begrifflicher sowie systematischer Unschärfen grosse Auslegungsspielräume liess, nahm die EU-Kommission – nach Konsultation der EU-Mitgliedstaaten und Interessenträger – im März 2014 Auslegungsleitlinien zur VO 1370/2007 an (nachfolgend: «VO 1370/2007-Leitlinien»)<sup>396</sup> Diese erheben «weder den Anspruch, alle Bestimmungen erschöpfend abzudecken, noch werden hierdurch neue Rechtsvorschriften geschaffen.»<sup>397</sup> In den VO 1370/2007-Leitlinien legt die EU-Kommission dar, wie sie in den Bereichen, in denen ihr ein eigener Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Auslegung von Rechtsbegriffen zukommt, das ihr zustehende Ermessen bei der Beurteilung von staatlichen Förderungsmaßnahmen zukünftig auszuüben gedenkt. Sind die Leitlinien mit dem Primärrecht vereinbar, können sie eine Selbstbindung der EU-Kommission begründen.<sup>398</sup> Die Leitlinien stellen daher sog. *Soft Law* dar, d.h. sie sind als ausserhalb von Art. 288 AEUV stehende, eigene Rechtsakte zu qualifizieren<sup>399</sup>

771

<sup>392</sup> Erw. 7 und 17 VO 1370/2007; Linke VO (EG)-KAUFMANN/LINKE, Art. 1, N 11.

<sup>393</sup> Vgl. hierzu DEUSTER, 593 f.

<sup>394</sup> Linke VO (EG)-KAUFMANN/LINKE, Art. 1, N 9 m.w.H.

<sup>395</sup> Erw. 17 VO 1370/2007.

<sup>396</sup> Mitteilung der Kommission, ABl 2014 C 92, 1 ff.

<sup>397</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 1.

<sup>398</sup> EuGH, Urteil vom 24. März 1993 in der Rechtssache C-313/90, ECLI:EU:C:1993:111 – CIRFS u.a./Kommission, Rz. 34 ff.; EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000 in der Rechtssache C-288/96, ECLI:EU:C:2000:537 – Deutschland/Kommission, Rz. 62; EuGH, Urteil vom 7. März 2002 in der Rechtssache C-310/99, ECLI:EU:C:2002:143 – Italien/Kommission, Rz. 52; EuGH, Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239 – Griechenland/Kommission, Rz. 98; EuG, Urteil vom 30. April 1998 in der Rechtssache T-214/95, ECLI:EU:T:1998:77 – Vlaamse Gewest/Kommission, Rz. 79.

<sup>399</sup> LINKE, 766.

und sollen dem/der Rechtsanwender/in eine Konkretisierung der notwendigen Abwägungen ermöglichen. Die Leitlinien sollen so zur Rechtssicherheit, zum Vertrauensschutz und zur Gleichbehandlung beitragen.<sup>400</sup> Die VO 1370/2007-Leitlinien stellen dennoch klar, dass die Auslegung der Vorschriften der VO 1370/2007 weiterhin Sache der Unionsgerichte bleibt.<sup>401</sup>

- 772 Im Rahmen des vierten Eisenbahnpakets der EU erfuhr die VO 1370/2007 durch die VO 2016/2338 vom 14. Dezember 2016 (nachfolgend: «VO 2016/2338»)<sup>402</sup> ihre erste und bisher einzige Änderung, welche am 24. Dezember 2017 in Kraft getreten ist. Die VO 2016/2338 soll den Wettbewerb im Schienenpersonenverkehr öffnen, um durch höhere Qualität, Transparenz, Effizienz und Leistungsfähigkeit das Wachstum der Schienenpersonendienste zu ermöglichen.<sup>403</sup> Die Änderungen betrafen u.a. die in Art. 5 VO 1370/2007 geregelte Öffnung des öffentlichen Schienenpersonverkehrsmarktes (vgl. dazu näher unten [Rz. 788 ff.](#)).
- 773 Im Bereich der Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen auf der Schiene und der Strasse erklärt die VO 1370/2007 Ausgleichsleistungen, die den Anforderungen der VO 1370/2007 entsprechen, für *ex lege* als mit dem Europäischen Binnenmarkt vereinbar.<sup>404</sup> Solche Ausgleichsleistungen sind mithin nicht der EU-Kommission zu notifizieren.<sup>405</sup> In der Rs. *Altmark-Trans* stellte der EuGH in Bezug auf die VO 1191/69<sup>406</sup> – der Vorgängerin der VO 1370/2007 – fest, dass diese Verordnung eine abschliessende Regelung für Ausgleichsleistungen im Bereich der Daseinsvorsorge im öffentlichen Personenverkehr darstellt, welche die unmittelbare Anwendung von Art. 93 AEUV ausschliesst.<sup>407</sup> Dadurch sind auch die allgemeinen Beihilfenvorschriften nicht anwendbar.<sup>408</sup> In Bezug auf die VO 1370/2007 – als Nachfolgerin der VO 1191/

---

<sup>400</sup> THOMAS, Bindungswirkung, 426 f.

<sup>401</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 1.

<sup>402</sup> Verordnung (EU) 2016/2338 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Verordnung (EG) 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonendienste, ABl L 354 vom 23. Dezember 2016, 22 ff.

<sup>403</sup> Erw. 1, 2 und 5 VO 2016/2338.

<sup>404</sup> Art. 9 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007; VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.1.

<sup>405</sup> Art. 9 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007 verfolgt damit dieselbe Regelungstechnik eine Gruppenfreistellungsverordnung des allgemeinen Beihilferechts, Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Art. 9, N 4.

<sup>406</sup> VO (EWG) 1191/69.

<sup>407</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 105.

<sup>408</sup> EuGH, C-280/00, Rz. 37, 66.

69<sup>409</sup> – ist dies daher ebenfalls der Fall: Werden Verkehrsleistungen als DAWI erbracht, so enthält die VO 1370/2007 eine umfassende und abschliessende Ausgestaltung der Wertungen des primärrechtlichen Beihilferechts, so dass eine (zusätzliche) primärrechtliche Rechtfertigung von Beihilfen zum Ausgleich für die Erbringung von ebendiesen Verkehrsleistungen nicht möglich ist.<sup>410</sup> Die VO 1370/2007 findet somit auch dann Anwendung, wenn eine Massnahme keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt. Die Erfüllung der *Altmark-Trans*-Kriterien, der *De-minimis*-Verordnung<sup>411</sup> oder der DAWI-*De-Minimis*-Verordnung<sup>412</sup> befreit daher nicht von der Einhaltung der Vorgaben der VO 1370/2007.<sup>413</sup>

Ausserhalb des Anwendungsbereichs der VO 1370/2007 (d.h. wenn Verkehrsunternehmen staatliche Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Verkehrsleistungen, welche keine DAWI darstellen, erhalten) können solche Beihilfen wieder unter direktem Rückgriff auf Art. 93 AEUV und das allgemeine Beihilferecht<sup>414</sup> gewährt werden,<sup>415</sup> wie dies die VO 1370/2007 explizit festhält.<sup>416</sup>

774

c) Anwendung der VO 1370/2007 auf den schweizerischen Verkehr

Die VO 1370/2007 findet auf alle innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehre Anwendung, welche mit der Eisenbahn, anderen Arten des Schienenverkehrs oder auf der Strasse erbracht werden<sup>417</sup> und gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen darstellen, d.h. der Sicherstellung von DAWI dienen.<sup>418</sup> Grenzüberschreitend ist eine Personenverkehrsleistung, sobald bei deren Erbringung eine geographische staatliche Grenze eines souveränen

775

<sup>409</sup> Art. 10 Abs. 1 VO 1370/2007.

<sup>410</sup> OTTING/SOLTÉSZ/MECHLER, 449; WINNES/SCHWARZ/MIETZSCH, 291 f.; Nomos EU-Beihilferecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 205; Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Art. 9, N 5 m.w.H.

<sup>411</sup> Verordnung (EU) 1407/2013.

<sup>412</sup> Verordnung (EU) 360/2012.

<sup>413</sup> KAUFMANN/LINKE, Rz. 40a.

<sup>414</sup> D.h. unter direktem Rückgriff auf Art. 107-109 AEUV und des nicht sektorspezifischen Sekundärrechts. Seit dem EuGH-Urteil in der Rs. *Altmark-Trans* ist freilich unklar, ob Art. 93 AEUV insoweit überhaupt noch ein eigenständiger Anwendungsbereich zukommt, NUÑEZ MÜLLER, Landverkehr, 1128.

<sup>415</sup> Vgl. Erw. 37 VO 1370/2007.

<sup>416</sup> Art. 9 Abs. 2 VO 1370/2007.

<sup>417</sup> Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VO 1370/2007.

<sup>418</sup> Art. 2 lit. e VO 1370/2007.

Staates überquert wird.<sup>419</sup> Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen dürfen sich daher auch auf Verkehrsdienste mit grenzüberschreitendem Charakter erstrecken, einschliesslich jener, die örtliche und regionale Verkehrsbedürfnisse erfüllen.<sup>420</sup> Der sachliche Anwendungsbereich der VO 1370/2007 erfasst somit den gesamten Bereich des schienen- und strassengebundenen öffentlichen Personenverkehrs. Dabei werden auch Beihilfen erfasst, welche bereits vor Inkrafttreten der VO 1370/2007 gewährt wurden.<sup>421</sup>

- 776 Ausgenommen sind dagegen Verkehrsleistungen, welche hauptsächlich aus historischem Interesse oder zu rein touristischen Zwecken betrieben werden,<sup>422</sup> Verkehrsdienste, welche nicht auf Schiene und Strasse erbracht werden (z.B. Seilbahnen<sup>423</sup>), die Binnenschifffahrt,<sup>424</sup> der gesamte Güterverkehr<sup>425</sup> sowie öffentliche Baukonzessionen.<sup>426</sup> Werden öffentliche Personenverkehrsleistungen und Bauleistungen gemeinsam als gemischte Aufträge vergeben und sind die Leistungsbestandteile untrennbar miteinander verbunden, ist nach dem wertmässigen Schwerpunkt<sup>427</sup> der Hauptgegenstand des Vertrags festzustellen und der gemischte Vertrag nach dem Recht zu beurteilen, das auf den Hauptgegenstand anzuwenden ist.<sup>428</sup> Besteht keine sachliche Notwendigkeit, die Leistungen gemeinsam zu vergeben, sind die Vertragsbestandteile jeweils nach den auf sie anwendbaren Rechtsregimen zu beurteilen.<sup>429</sup> Relevant sind solche Abgrenzungen, wenn der Wert von Bauleistungen, wie etwa die Errichtung von Bus- und Eisenbahnhöfen, Fahrzeugdepots sowie Verwaltungsgebäuden, den Wert der Verkehrsleistung übersteigt.<sup>430</sup>

---

<sup>419</sup> KAUFMANN/LINKE, Rz. 40.

<sup>420</sup> Art. 1 Abs. 2 Uabs. 2 VO 1370/2007.

<sup>421</sup> EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015 in der Rechtssache C-303/13 P, ECLI:EU:C:2015:647 – Kommission/Andersen.

<sup>422</sup> Art. 1 Abs. 2 Satz 1 VO 1370/2007; Erw. 13 VO 1370/2007.

<sup>423</sup> Fall SA.34056, Cable car for London, Entscheidung vom 27. Juni 2012, Rz. 49.

<sup>424</sup> Art. 1 Abs. 2 Satz 2 VO 1370/2007.

<sup>425</sup> Vgl. Erw. 36 VO 1370/2007.

<sup>426</sup> Art. 1 Abs. 3 VO 1370/2007. Der Verweis ist dynamisch zu verstehen sodass nunmehr Bezug auf Art. 5 Abs. 1 lit. a RL (EU) 2014/23 genommen wird. Bei öffentlichen Baukonzessionen ist daher RL (EU) 2014/23 als *lex specialis* anzuwenden, VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.1.1.; LINKE, 767; KAUFMANN/LINKE, Rz. 47.

<sup>427</sup> Gemäss Art. 2 lit. k VO 1370/2007.

<sup>428</sup> EuGH, Urteil vom 26. Mai 2011 in der Rechtssache C-306/08, ECLI:EU:C:2011:347 – Kommission/Spanien, Rz. 90.

<sup>429</sup> KAUFMANN/LINKE, Rz. 47a.

<sup>430</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 14. November 2002 in der Rechtssache C-411/00, ECLI:EU:C:2002:660 – Felix Swoboda, Rz. 45 ff.

Einerseits erfasst der Anwendungsbereich der VO 1370/2007 somit alle schienengestützten Personenverkehrsleistungen sowohl mit der Eisenbahn, als auch mit anderen schienengebundenen Verkehrsträgern.<sup>431</sup> Kennzeichnend für schienengebundene Verkehrsleistungen ist die Kombination eines Rad-Schiene-Systems, bei dem bewegliche Landfahrzeuge mit Rädern auf einer stationären Einrichtung – üblicherweise Schienen – geführt werden. Diese Schienen weisen eine feste Spurbindung auf, d.h. dass der Abstand zwischen den Schienen gleich bleibt. Wie in den meisten EU-Mitgliedstaaten beträgt dieser Abstand in der Schweiz standardmässig 1435 mm (4 Fuss, 8½ Zoll; sog. Regelspur). Die Verkehrsleistungen der SBB und der Privatbahnen erfolgen i.d.R. auf dieser Regelspur. Die in der Schweiz zweithäufigste Spurweite weist dagegen 1000 mm auf (sog. Meterspur) und wird insbesondere bei Schmalspurbahnen (z.B. bei der *Rhätischen Bahn (RhB)*) und diversen Strassenbahnenlinien genutzt. Auch wenn Schmalspurbahnen grundsätzlich nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung sind, ist dennoch davon auszugehen, dass sie aufgrund ihrer Schienengebundenheit vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 erfasst sind. Dies gilt dann erst recht bei schienengestützten Personenverkehrsleistungen, welche in der Schweiz wie in den meisten EU-Mitgliedstaaten auf der Regelspur erbracht werden. Auch halten die VO 1370/2007-Leitlinien explizit fest, dass Eisenbahnen vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 erfasst sind.<sup>432</sup> Die VO 1370/2007 trifft dabei keine Unterscheidung zwischen schienengebundenem Fernverkehr, regionalem Personenverkehr sowie Nahverkehr, so dass neben dem regionalen Personenverkehr auch der S-Bahn- und der Tramverkehr vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 erfasst sind.<sup>433</sup> Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird auf diese jedoch nur eingegangen, soweit deren Verkehrsleistungen im Rahmen des regionalen Personenverkehrs erbracht werden.

777

Andererseits erfasst die VO 1370/2007 auch den Personenverkehr auf der Strasse. Als solche sind Personenverkehrsleistungen zu verstehen, welche über die gewöhnlichen Verkehrswege unabhängig von Schienen erfolgen.<sup>434</sup> Dies betrifft insbesondere (aber nicht ausschliesslich) Verkehrsleistungen, die mit Bussen erbracht werden. Ebenfalls erfasst sind Verkehrsmittel, welche von externer Energieversorgung abhängig und deshalb spurgebunden sind, wie z.B. Trolleybusse: Diese werden von Elektromotoren angetrieben, deren elektrische Versorgung mittels Stromabnehmern aus einer über der Fahrbahn ge-

778

<sup>431</sup> KAUFMANN/LINKE, Rz. 41.

<sup>432</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Tabelle, Ziff. 2.1.1.

<sup>433</sup> Dies ergibt sich insb. aus Art. 5 Abs. 1 und Abs. 6 VO sowie Art. 2 lit. a und lit. i 1370/2007.

<sup>434</sup> KAUFMANN/LINKE, Rz. 42.

spannten Oberleitung erfolgt. Trolleybusse sind somit spurgebunden, jedoch nicht – wie Schienenfahrzeuge – spurgeführt. Des Weiteren verfügen die meisten Trolleybusse über dieselektrische Hilfsantriebe, die es ihnen erlauben, auch unabhängig von der Oberleitung zu verkehren.

779 Als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung definiert die VO 1370/2007 jede «von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte.»<sup>435</sup> Es handelt sich somit um Leistungen, welche von einem Unternehmen auf einem freiem Markt für Verkehrsleistungen im öffentlichen Personenverkehr nicht in dem politisch gewünschten Masse oder zu anderen Konditionen – so etwa zu (deutlich) höheren Preisen – angeboten würden.<sup>436</sup> DAWI sind daher als Leistungen anzusehen, die zum Wohle der Bürger oder im Interesse der Gesellschaft als Ganzes erbracht werden.<sup>437</sup> Wie im allgemeinen Beihilferecht bestätigt die EU-Kommission auch für die VO 1370/2007, dass die EU-Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Festlegung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen einen grossen Ermessensspielraum haben und dass sie die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der Interessen der Endnutzer anberaumen können.<sup>438</sup> Es liegt daher in der Kompetenz der EU-Mitgliedstaaten, gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und damit einhergehend DAWI zu bestimmen.<sup>439</sup>

780 Unter der Prämisse der vorliegenden Untersuchung würden die schweizerischen Behörden somit über einen beträchtlichen Ermessensspielraum im Hinblick auf die Frage verfügen, ob die Erbringung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellt. Gemäss Art. 81a BV haben Bund und Kantone für ein ausreichendes Angebot an öffentlichem Verkehr u.a. auf Schiene und Strasse in allen Landesgegenden zu sorgen. Dabei sollen auch Randregionen mit einem angemessenen Regionalverkehrsangebot erschlossen werden. Dies erfolgt mit der Vergabe von Personenbeförderungskonzessionen an Verkehrsunternehmen, welche mit Auflagen verbunden sind, z.B hinsichtlich der Koor-

---

<sup>435</sup> Art. 2 lit. e VO 1370/2007.

<sup>436</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 214; WINNES, *passim*.

<sup>437</sup> DAWI-Mitteilung, Rz. 50.

<sup>438</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.2.5.

<sup>439</sup> LINKE, 768.



dination, des Angebots oder der Tarife.<sup>440</sup> Ziel ist die Erfüllung des verfassungsrechtlichen Leistungsauftrags nach Art. 81a BV, d.h. die Erbringung eines sog. *Service-public*. Dabei handelt es sich um einen Dienst für die Allgemeinheit, welcher der Grundversorgung der Bevölkerung dient,<sup>441</sup> mithin um die Erbringung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten. Da diese Leistungen jedoch nicht kostendeckend erbracht werden können, gelten die zuständigen Behörden auf Bundes- und Kantons-ebene die ungedeckten Kosten ab. Ansonsten könnten solche Verkehrsleistungen auf einem freiem Markt nicht im politisch gewünschten Masse erbracht werden. Auch liegt die Erbringung des regionalen Personenverkehrs im Interesse der schweizerischen Bevölkerung als Ganzes. Beim schweizerischen regionalen Personenverkehr handelt es sich somit um eine im öffentlichen Interesse liegende Leistung i.S. einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (d.h. DAWI), welche von Verkehrsunternehmen erbracht wird. Die Sicherstellung des regionalen Personenverkehrs ist somit als gemeinwirtschaftliche Verpflichtung i.S. der VO 1370/2007 zu qualifizieren.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass im Rahmen der vorliegenden Untersuchung alle Voraussetzungen zur Anwendung der VO 1370/2007 auf den schweizerischen regionalen Personenverkehr auf Schiene und Strasse erfüllt sind. Die Zulässigkeit von staatlichen Unterstützungsmassnahmen zugunsten des regionalen Personenverkehrs der Schweiz bemisst sich daher an den Anforderungen der VO 1370/2007.

781

## 2. Praxisübliche Direktvergabe

### a) Grundsätzliche Vergabepflicht und Ausnahmen

Die VO 1370/2007 erwartet von den EU-Mitgliedstaaten, dass gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen und der finanzielle Ausgleich, der die Erbringung dieser gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen sicherstellen soll, in öffentlichen Dienstleistungsaufträgen geregelt werden.<sup>442</sup> Dabei handelt es sich um «einen oder mehrere rechtsverbindliche Akt[e], die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber [...] mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen

782

---

<sup>440</sup> BBl 2021, PBG, 21.

<sup>441</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen von SAXER/BRUNNER, Rz. 7.16, Rz. 7.41.

<sup>442</sup> Art. 3 Abs. 1 VO 1370/2007.

Verpflichtungen unterliegen».<sup>443</sup> Als öffentlicher Dienstleistungsauftrag kommt eine Vielzahl von Formen der Beauftragung eines Verkehrsunternehmens nach Massgabe des nationalen Rechts in Betracht, bei denen eine zuständige Behörde einen Betreiber beauftragt, Verkehrsleistungen auf einer bestimmten Linie zu erbringen. Dabei definiert die VO 1370/2007 eine zuständige Behörde als «jede Behörde oder Gruppe von Behörden [...], die zur Intervention im öffentlichen Personenverkehr in einem bestimmten geografischen Gebiet befugt ist»<sup>444</sup> und einen Betreiber als ein Verkehrsunternehmen, das öffentlich Personenverkehrsdienste erbringt.<sup>445</sup>

783 Im schweizerischen regionalen Personenverkehr bestellen das Bundesamt für Verkehr (BAV) und die zuständigen kantonalen Behörden gemeinsam Verkehrsleistungen bei Verkehrsunternehmen. Rechtliche Grundlage dafür stellen eine Vergabevereinbarung oder eine Angebotsvereinbarung dar, welche zwischen dem BAV und den kantonalen Behörden auf der einen Seite und dem Verkehrsunternehmen auf der anderen Seite abgeschlossen werden<sup>446</sup> (die Vergabevereinbarung oder die Angebotsvereinbarung gemeinsam nachfolgend: «Verkehrsvertrag»). Das BAV und die kantonalen Behörden sind damit als «Gruppe von Behörden» i.S.d. VO 1370/2007 zu betrachten. Demgegenüber stellen die schweizerischen Verkehrsunternehmen – ob nun SBB, BLS, RhB oder kantonale Verkehrsunternehmen – Betreiber i.S.d. VO 1370/2007 dar. Die vom BAV und den kantonalen Behörden mit den Verkehrsunternehmen abgeschlossenen Verkehrsverträge sind somit als öffentliche Dienstleistungsverträge i.S.d. VO 1370/2007 zu qualifizieren.

784 Erfolgt die Vergabe eines Dienstleistungsauftrags in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren, so haben alle an der Erbringung der Verkehrsleistungen interessierten Verkehrsunternehmen Offerten einzureichen. In diesen haben die Verkehrsunternehmen auch jeweils die Höhe der Ausgleichszahlungen anzugeben, welche notwendig wären, damit das jeweilige Verkehrsunternehmen die Verkehrsleistungen erbringen kann. Üblicherweise hat ein Verkehrsunternehmen, das auf niedrigere Ausgleichszahlungen von der öffentlichen Hand angewiesen ist, bessere Chancen, sich im Vergabeverfahren gegen seine Wettbewerber durchzusetzen. Dabei profitiert die öffentliche Hand davon, dass die Verkehrsleistungen zum günstigsten Preis angeboten werden, der unter Marktbedingungen realisiert werden kann, wodurch sie ggf. geringe(re) Aus-

---

<sup>443</sup> Art. 2 lit. i VO 1370/2007.

<sup>444</sup> Art. 2 lit. b VO 1370/2007.

<sup>445</sup> Art. 2 lit. d VO 1370/2007.

<sup>446</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.II.3.b](#).

gleichszahlungen leisten muss. Die VO 1370/2007 geht davon aus, dass ein solches Verfahren aufgrund des Wettbewerbsdrucks auf die bietenden Verkehrsunternehmen sicherstellt, dass eine in der Höhe angemessene Ausgleichzahlung zugunsten des Verkehrsunternehmens zustande kommt, welche eine Überkompensation des im Vergabeverfahren siegreichen Verkehrsunternehmens verhindert. Werden die Verträge dagegen durch eine Direktvergabe vergeben, so verweist Art. 6 VO 1370/2007 auf detaillierte Berechnungsgrundlagen im Anhang der Verordnung. Die Art der Vergabe entscheidet mithin über das anzuwendende Beihilferegime bzw. ob ein solches überhaupt Anwendung findet.

Da der Unionsgesetzgeber davon ausgeht, dass Ausgleichszahlungen, welche im Wettbewerb zustande kommen, unbedenklich sind und daher auch keiner beihilferechtlichen Regelung bedürfen, sind gemäss Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 öffentliche Dienstleistungsverträge grundsätzlich im Wege eines offenen, fairen, transparenten und nicht-diskriminierenden wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben. Gleichzeitig enthält Art. 5 VO 1370/2007 aber sieben signifikante Ausnahmen von diesem Grundsatz, wonach die zuständigen Behörden unter bestimmten Umständen entscheiden können, öffentliche Dienstleistungsverträge direkt und ohne die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens zu vergeben. Liegen die Ausnahmevoraussetzungen für eine zulässige Direktvergabe jedoch nicht vor, ist zwingend ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen.<sup>447</sup> Das wettbewerbliche Vergabeverfahren ist vom Unionsgesetzgeber somit als Grundsatz der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geschaffen worden, im Gegensatz zur als Ausnahme angesehenen Direktvergabe.<sup>448</sup>

785

Die VO 1370/2007 definiert eine Direktvergabe als «die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens».<sup>449</sup> Die Auswahl des Betreibers obliegt dabei der freien Auswahl durch die zuständige(n) Behörde(n).<sup>450</sup> Im schweizerischen regionalen Personenverkehr erfolgt die Vergabe von Verkehrsleitungen sowohl auf der Schiene als auch auf der Strasse i.d.R. in einem Direktvergabeverfahren. Diese Verfahrens-

786

---

<sup>447</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Persönlicher Personenverkehr, N 225.

<sup>448</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.2.9.

<sup>449</sup> Art. 2 lit. h VO 1370/2007.

<sup>450</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Persönlicher Personenverkehr, N 227.

art stellt bei Weitem den häufigsten Vergabemodus dar. Eine Direktvergabe erfolgt im schweizerischen regionalen Personenverkehr üblicherweise ohne Ausschreibung an das bisherige Verkehrsunternehmen.<sup>451</sup>

787 Um zu eruieren, welches Beihilferegime auf den schweizerischen regionalen Personenverkehr anzuwenden wäre, ist nachfolgend zuerst festzustellen, auf Grundlage welcher Ausnahme nach der VO 1370/2007 der schweizerische regionale Personenverkehr im Direktvergabeverfahren vergeben werden könnte. Dabei muss die vorliegende Untersuchung eine gewisse Abstraktion an den Tag legen. Wo möglich und angezeigt, werden Anschauungsbeispiele verwendet.

b) Direktvergabe von Verkehrsleistungen auf der Schiene

788 Die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs erfolgt bei Eisenbahnen ausschliesslich nach der VO 1370/2007.<sup>452</sup> Diese räumt den zuständigen Behörden in Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 die Möglichkeit ein, öffentliche Dienstleistungsverträge im Eisenbahnverkehr von der nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 bestehenden grundsätzlichen Pflicht zur wettbewerblichen Vergabe auszunehmen und stattdessen ohne weitere Bedingungen eine Direktvergabe durchzuführen. Dies ist aber dann nicht zulässig, wenn das nationale Recht eine Direktvergabe nicht gestattet,<sup>453</sup> wie dies z.B. in Deutschland weitestgehend der Fall ist.<sup>454</sup> Ein solches Verbot besteht in der Schweiz jedoch nicht. Ganz im Gegenteil hält das Personenbeförderungsgesetz explizit fest, dass die Besteller Angebote des regionalen Personenverkehrs ausschreiben können.<sup>455</sup> Dadurch wird bereits impliziert, dass eine Direktvergabe i.d.R die anwendbare Vergabeart darstellt.

789 Eisenbahnen i.S.v. Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 sind Verkehrsmittel, die Verkehrsleistungen unter ausschliesslicher Nutzung des spezifischen Eisenbahninfrastruktur erbringen<sup>456</sup> – mit Ausnahme anderer spurgeführter Verkehrsträger wie z.B. Metros oder Trams.<sup>457</sup> Dementsprechend sind sog. Tram-Train-Dienste, d.h. Systeme die sowohl Eisenbahninfrastruktur nutzen als auch

---

<sup>451</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.2.](#)

<sup>452</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.1.1.

<sup>453</sup> Art. 5 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007.

<sup>454</sup> § 131 Abs. 1 GWB.

<sup>455</sup> Art. 32 Abs. 3 PBG.

<sup>456</sup> Art. 3 RL (EWG) 91/440.

<sup>457</sup> Linke VO (EG)-LINKE/PRIESS, Art. 5, N 7.

(spurgeführt) am Strassenverkehr teilnehmen, wie z.B. die Appenzeller Bahnen oder die Forchbahn im Kanton Zürich, nicht von der Möglichkeit der Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 erfasst.<sup>458</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die schweizerische Praxis, Verkehrsleistungen auf der Schiene grundsätzlich direkt zu vergeben, als unproblematisch zu betrachten, da diese als Direktvergabe i.S.v. Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 zu qualifizieren wäre. Im Fall einer solchen Vergabe verlangt die VO 1370/2007 lediglich, dass der auf diese Art vergebene öffentliche Dienstleistungsvertrag auf 10 Jahre zu begrenzen ist.<sup>459</sup> Da das BAV und die jeweils zuständigen kantonalen Behörden die Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr für jeweils zwei Jahre bei den Verkehrsunternehmen bestellen, ist diese zeitliche Einschränkung jedoch nicht einschlägig. Nach Ablauf der Laufzeit kann eine erneute Direktvergabe erfolgen, sofern die zuständigen Behörden sich nicht zur Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens entschliessen,<sup>460</sup> so dass eine Perpetuierung der Direktvergabe durch Aneinanderreihung mehrerer direktvergabener Vergabeperioden (vorerst) zulässig ist.

Die Regelung, welche eine bedingungslose Direktvergabe im Schienenverkehr gestattet, kam im Gesetzgebungsverfahren zum Erlass der VO 1370/2007 zustande, weil die EU-Mitgliedstaaten sich weigerten, die nationalen Eisenbahnmärkte zu liberalisieren.<sup>461</sup> Diese Auffassung änderte sich jedoch spätestens während des Gesetzgebungsverfahrens zur Änderung der VO 1370/2007 im Jahr 2016.<sup>462</sup> Mit der Einführung des Art. 8 Abs. 2 lit. iii VO 1370/2007 durch die VO 2016/2338 per 24. Dezember 2017 wird eine bedingungslose Direktvergabe im Eisenbahnbereich nach Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 ab dem 25. Dezember 2023 nicht mehr möglich sein. Ab diesem Datum müssen Direktvergaben im Eisenbahnverkehr die Anforderungen der übrigen einschlägigen Ausnahmetatbestände zur Durchführung eines Direktvergabeverfahrens erfüllen (dem politischen Kompromiss geschuldet wurden dafür aber auch neue Di-

---

<sup>458</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.3.5.

<sup>459</sup> Art. 5 Abs. 6 Satz 2 VO 1370/2007. Gemäss Art. 4 Abs. 3 VO 1370/2007 beträgt die Laufzeit ansonsten i.d.R. 15 Jahre.

<sup>460</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 236.

<sup>461</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 236.

<sup>462</sup> Vgl. hierzu die Begründung des Rates: Standpunkt (EU) 19/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG) 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl C 430 vom 22. November 2016, 13 f.

rektvergabetatbestände eingeführt, die jedoch restriktiver als Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 sind<sup>463</sup>). Andernfalls ist ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 durchzuführen.

c) Direktvergabe von Verkehrsleistungen auf der Strasse

aa) *Anzuwendendes Vergaberegime*

792 Wie bereits erwähnt sind grundsätzlich auch Personenverkehrsleistungen auf der Strasse vom Anwendungsbereich der VO 1370/2007 erfasst (vgl. hierzu die Ausführungen in [Rz. 778](#)). Als Personenverkehrsleistungen auf der Strasse sind Personenverkehrsleistungen zu verstehen, welche über die gewöhnlichen Verkehrswege unabhängig von Schienen erfolgen.<sup>464</sup> Im regionalen Personenverkehr betrifft dies insb. Verkehrsleistungen, die mit Bussen oder Trolleybussen erbracht werden. Ebenso erfasst sind auch alle spurgeführten Verkehrsträger im regionalen Personenverkehr wie z.B. Metros, Trams oder sog. Tram-Train-Dienste, d.h. Systeme die sowohl Eisenbahninfrastruktur nutzen als auch (spurgeführt) am Strassenverkehr teilnehmen, die jedoch keine Eisenbahnen i.S.v. Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 darstellen (vgl. hierzu die Ausführungen in [Rz. 789](#)).

793 Zur Erbringung von Personenverkehrsleistungen auf der Strasse hält die VO 1370/2007 fest, dass deren Vergabe grundsätzlich nicht – wie bei Verkehrsleistungen auf der Schiene – anhand der VO 1370/2007, sondern anhand des allgemeinen EU-Vergaberechts zu erfolgen hat.<sup>465</sup> Dieses ist in den Richtlinien RL 2014/24/EU,<sup>466</sup> RL 2014/25/EU<sup>467</sup> und RL 2014/23/EU<sup>468</sup> normiert und bedarf einer Umsetzung ins nationale Recht der EU-Mitgliedstaaten. Sofern daher eine Übereinkunft zwischen einer Behörde und einem Verkehrsunternehmen zur Erbringung von Verkehrsleistungen auf der Strasse als öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.v. Art. 2 lit. i VO 1370/2007 zugleich als öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Ziff. 9 RL 2014/24/EU bzw. Art. 2 Ziff. 5 RL 2014/25/EU zu qualifizieren ist, richtet sich dessen Ver-

---

<sup>463</sup> Art. 5 Abs. 3a, 4a und 4b VO 1370/2007.

<sup>464</sup> KAUFMANN/LINKE, Rz. 42.

<sup>465</sup> Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 VO 1370/2007; Der Verweis ist dynamisch zu verstehen, wodurch nunmehr die o.g. Richtlinien aus dem Jahr 2014 anzuwenden sind, VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.1.1.; LINKE, 767.

<sup>466</sup> Richtlinie (EU) 2014/24.

<sup>467</sup> Richtlinie (EU) 2014/25.

<sup>468</sup> Richtlinie (EU) 2014/23 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 94 vom 28. März 2014, 1 ff.

gabe ausschliesslich nach dem Vergaberecht des EU-Mitgliedstaats, das der Umsetzung dieser Richtlinie dient.<sup>469</sup> Dessen Anwendung hat i.d.R. eine Vergabe im Rahmen eines wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens zur Folge. Beruhen Abgeltungen für ungedeckte Plankosten durch Behörden an Verkehrsunternehmen auf öffentlichen Dienstleistungsaufträgen, die unter Anwendung des EU-Vergaberechts erteilt wurden, sind solche behördliche Zahlungen nicht als Beihilfen zu qualifizieren: Aufgrund des wettbewerblichen Ausschreibungsverfahrens, in welchem die Marktkräfte den Preis der Verkehrsleistungen bestimmen, ist davon auszugehen, dass auch die Höhe der Abgeltungen für ungedeckte Plankosten im Wettbewerb – und damit unter Marktbedingungen – zustande kommt.<sup>470</sup> Deshalb sind solche Abgeltungen nicht als Beihilfen zu qualifizieren, wodurch sie auch nicht gerechtfertigt werden müssen, um zulässig zu sein.

Ist eine Übereinkunft zwischen einer Behörde und einem Verkehrsunternehmen zur Erbringung von Personenverkehrsleistungen auf der Strasse allerdings nicht als öffentlicher Dienstleistungsauftrag, sondern als Dienstleistungskonzession i.S.v. Art. 5 Ziff. 1 lit. b RL 2014/23/EU zu qualifizieren, so sind solche Übereinkünfte nicht vom Vorrang des EU-Vergaberechts erfasst. In diesem Fall ist die Vergabe solcher Leistungen an den Anforderungen der VO 1370/2007 zu messen.<sup>471</sup> Sämtliche Personenverkehrsleistungen auf der Strasse, welche als Dienstleistungskonzession vergeben werden, fallen daher in den Anwendungsbereich der VO 1370/2007. Für die Frage, ob die Verkehrsverträge zur Erbringung von Personenverkehrsleistungen auf der Strasse von der VO 1370/2007 erfasst werden oder nicht, ist daher nachfolgend zu prüfen, ob diese Übereinkünfte als öffentliche Dienstleistungsaufträge oder als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren sind.

Diese Frage ist anhand des Unionsrechts zu beurteilen.<sup>472</sup> Auf die formale Bezeichnung durch die zuständige nationale Behörde kommt es mithin nicht an.<sup>473</sup> Der Umstand, dass eine Dienstleistung im Allgemeinen Interesse liegt, ist dabei nicht entscheidend für die Qualifizierung des Vertrags.<sup>474</sup> Dementspre-

794

795

<sup>469</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 223.

<sup>470</sup> In diesem Sinne auch Art. 6 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Art. 4 VO 1370/2007.

<sup>471</sup> Art. 5 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 VO 1370/2007; Erw. 27 RL (EU) 2014/24; Erw. 35 RL (EU) 2014/25. Die im zweiten Halbsatz umschriebene Regelung ist somit eine Rückausnahme von der Ausnahmeregelung zugunsten der europäischen Vergaberichtlinien.

<sup>472</sup> EuGH, Urteil vom 18. Juli 2007 in der Rechtssache C-382/05, ECLI:EU:C:2007:445 – Kommission/Italien, Rz. 31.

<sup>473</sup> Linke VO (EG)-LINKE/PRIESS, Art. 5, N 46.

<sup>474</sup> EuGH, C-382/05, Rz. 43.

chend gilt für den Begriff der Dienstleistungskonzession die Legaldefinition der RL 2014/23/EU:<sup>475</sup> Demnach ist eine Dienstleistungskonzession ein entgeltlicher, schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein öffentlicher Auftraggeber einen Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen beauftragt, «wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht.»<sup>476</sup> Dienstleistungskonzessionen weichen von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen insoweit ab, als das die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistung ausschliesslich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung, d.h. der eigenen Leistung besteht.<sup>477</sup> Dabei wird allerdings vorausgesetzt, dass der Konzessionär zur Hauptleistung auch verpflichtet ist, da ansonsten die zuständige Behörde nicht am Markt als Nachfrager tätig wird.<sup>478</sup> Es kommt also darauf an, dass der Konzessionär für die Erbringung der Dienstleistung vom Konzessionsgeber anstatt einer Vergütung das Recht zur Verwertung der Dienstleistung erhält.<sup>479</sup>

- 796 Gemäss der RL 2014/23/EU ist es zum Vorliegen einer Dienstleistungskonzession erforderlich, dass der Konzessionär das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistung trägt. Dieses kann sowohl im Nachfrage- als auch im Angebotsrisiko bestehen.<sup>480</sup> Bereits vor der Formulierung der Legaldefinition in der RL 2014/23/EU war die Übernahme des Betriebsrisikos durch den Dienstleistungsteilnehmer in ständiger Rechtsprechung des EuGH das relevante Abgrenzungskriterium zwischen einem Dienstleistungsauftrag und einer Dienstleistungskonzession.<sup>481</sup> Der Konzessionär trägt das Betriebsrisiko, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der Dienstleistung wieder erwirtschaftet werden können. Der Dienstleistungserbringer muss daher der Gefahr ausgesetzt sein, dass die Entgelte nicht ausreichen, um seine gesamten Betriebsgaben zu decken,<sup>482</sup> d.h. dass er das Verlustrisiko trägt. Dieses Risiko

---

<sup>475</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.1.1.

<sup>476</sup> Art. 5 Ziff. 1 lit. b RL (EU) 2014/23.

<sup>477</sup> Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 121 vom 29. April 2000, 4, Ziff. 2.2.

<sup>478</sup> Erw. 14 RL (EU) 2014/23; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Juni 2007 in der Rechtssache VII-Verg 2/07, ECLI:DE:OLGD:2007:0613.VII.VERG2.07.00, Rz. 36 ff.;

<sup>479</sup> Linke VO (EG)-LINKE/PRIESS, Art. 5, N 47.

<sup>480</sup> Linke VO (EG)-LINKE/PRIESS, Art. 5, N 48.

<sup>481</sup> EuGH, Urteil vom 21. Juli 2005 in der Rechtssache C-231/03, ECLI:EU:C:2005:487 – Co-name, Rz. 9; EuGH, Urteil vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 – Parking Brixen, Rz. 42; EuGH, C-382/05, Rz. 29.

<sup>482</sup> EuGH, Urteil vom 10. März 2011 in der Rechtssache C-274/09, ECLI:EU:C:2011:130 – Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, Rz. 40.



muss umfassen, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, sodass potenzielle geschätzte Verluste nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind. Gemäss dem EuGH besteht das Risiko aus den Unwägbarkeiten des Marktes aus dem «Risiko der Konkurrenz durch andere Wirtschaftsteilnehmer, dem Risiko eines Ungleichgewichts zwischen Angebot und Nachfrage, [...] dem Risiko einer nicht vollständigen Deckung der Betriebsausgaben durch die Einnahmen oder den Risiko der Haftung für einen Schaden im Zusammenhang mit einem Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung».<sup>483</sup> Nicht relevant sind dagegen «Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Wirtschaftsteilnehmers ergeben, [...] da diese Risiken jedem Vertrag immanent sind».<sup>484</sup> Risiken aus höherer Gewalt, wie z.B. Verluste aufgrund der COVID-19-Pandemie, sind dabei nicht zu berücksichtigen.<sup>485</sup>

In Bezug auf den schweizerischen regionalen Personenverkehr hielt der Leiter Sektion Recht des BAV Anfang des Jahres 2021 in einem in Co-Autorenschaft mit weiteren Mitarbeitern des BAV verfassten Beitrag fest, dass für schweizerische Verkehrsunternehmen «kaum mehr wirtschaftliche Risiken [bestehen]» und dass sie «über eine weitgehende Absicherung ihrer wirtschaftlichen Existenz [verfügen]».<sup>486</sup> Dies lässt sich dahingehend interpretieren, dass nach Ansicht der Mitarbeitenden des BAV schweizerische Verkehrsunternehmen kein Betriebsrisiko tragen. Dieser Ansatz vermag jedoch aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen.

797

Mit Abschluss eines Verkehrsvertrags in Form einer Vergabe- oder Angebotsvereinbarung erhalten die Verkehrsunternehmen nicht nur eine Pflicht auf den vertragsgegenständlichen Linien Personenverkehrsleistungen anzubieten, sondern auch das Recht hierzu. Die Verkehrsunternehmen erhalten damit als Konzessionär für die Erbringung der Personenverkehrsleistungen vom BAV als Konzessionsgeber das Recht zur Verwertung der Dienstleistung. Bei dieser Erbringung tragen die Verkehrsunternehmen jedoch das Betriebsrisiko. Erstens tragen sie das Verlustrisiko, da das Personenbeförderungsgesetz explizit festhält, dass die Verkehrsunternehmen bei der Erwirtschaftung eines allfälligen Fehlbetrags diesen selbst zu verantworten haben.<sup>487</sup> Aus diesem Grund erfolgt auch die Abstützung der Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten auf die

798

---

<sup>483</sup> EuGH, C-274/09, Rz. 37; EuGH, Urteil vom 10. September 2009 in der Rechtssache C-206/08, ECLI:EU:C:2009:540 – Eurawasser, Rz. 66 f.

<sup>484</sup> EuGH, C-274/09, Rz. 38.

<sup>485</sup> Linke VO (EG)-LINKE/PRIESS, Art. 5, N 49.

<sup>486</sup> KÖNIG/JAMPEN/STIRNIMANN, 2.

<sup>487</sup> Art. 36 Abs. 1 PBG.

geplanten anstatt auf die effektiven Kosten. Dieser Ansatz bezweckt, dass die Verkehrsunternehmen einen Anreiz zur wirtschaftlichen Tätigkeit und zu kosteneffizientem Verhalten erhalten,<sup>488</sup> indem sie das wirtschaftliche Risiko tragen, einen effektiv erwirtschafteten Verlust selbst tragen zu müssen.<sup>489</sup> In Bezug auf die Einnahmen sind die Verkehrsunternehmen somit auf die Einnahmen aus Fahrticketverkäufen angewiesen. In diesem Zusammenhang hielt der EuGH fest, dass die zumindest teilweise Finanzierung eines öffentlichen Verkehrsdienstes durch den Kauf von Fahrtickets durch die Benutzer charakteristisch für das für eine Dienstleistungskonzession erforderliche Betriebsrisiko ist.<sup>490</sup>

799 Zweitens hatte die Einführung des Bestellprinzips zum Ziel, eine Verlagerung des Geschäftsrisikos auf die Verkehrsunternehmen zu bewirken und ihnen unternehmerische Freiheiten einzuräumen.<sup>491</sup> Dies geht jedoch zwangsläufig mit der Wirkung einher, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu werden. Eine nachträgliche Deckung eines allfälligen erwirtschafteten Defizits durch die öffentliche Hand findet seit der Einführung des Bestellprinzips nämlich nicht mehr statt.<sup>492</sup> Dieses Ergebnis wird dadurch untermauert, dass im Rahmen des PostAuto-Skandals Umbuchungen aufgedeckt wurden, welche u.a. auch das Ziel hatten, Sparten zu unterstützen, bei denen die durch Fahrticketverkäufe erwirtschafteten Einnahmen trotz staatlicher Abgeltungen nicht ausreichten, um keinen Verlust zu erleiden.<sup>493</sup> Drittens tragen die Verkehrsunternehmen das Risiko für vertragliche und/oder ausservertragliche Haftung im Zusammenhang mit der Erbringung der Personenverkehrsleistungen.<sup>494</sup> Damit sind alle vom Unionsrecht geforderten Voraussetzungen zum Vorliegen eines Betriebsrisikos erfüllt.

800 Die Verkehrsunternehmen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse erhalten somit das Recht zur Verwertung der Personenverkehrsleistung und tragen in diesem Rahmen auch das Betriebsrisiko. Die Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse wären somit nach EU-Recht mutmasslich als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren, wodurch deren Vergabe gemäss den Bestimmungen der VO 1370/2007 zu erfolgen hätte.

---

<sup>488</sup> KERN/KÖNIG, 405.

<sup>489</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.3.](#)

<sup>490</sup> EuGH, Urteil vom 6. April 2006 in der Rechtssache C-410/04, ECLI:EU:C:2006:237 – ANAV, Rz. 16.

<sup>491</sup> BBl 1994, Regionalverkehr, 504 ff.; KERN, Transportleistungen, 181f.

<sup>492</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.II.3.a\).](#)

<sup>493</sup> KC-Untersuchungsbericht, Rz. 637.

<sup>494</sup> Art. 42 ff. und Art. 51 PBG.

Auch der Umstand, dass die ungedeckten Plankosten der Verkehrsunternehmen abgegolten werden, ändert nichts an dieser Feststellung: Ausgleichszahlungen des Konzessionsgebers stehen der Annahme einer Dienstleistungskonzession nämlich nicht grundsätzlich entgegen, sofern dadurch die Kosten für den Konzessionär nicht in jedem Fall vollständig gedeckt werden und dieser weiterhin das überwiegende wirtschaftliche Risiko der Konzessionsnutzung trägt.<sup>495</sup> Die deutsche Rechtsprechung geht davon aus, dass wenn die Höhe der Zuschüsse ein Niveau erreicht, welches indiziert, dass das Vorliegen eines Betriebsrisikos nicht mehr anzunehmen ist, dementsprechend auch die Erbringung der bezuschussten Verkehrsleistungen nicht als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sei.<sup>496</sup> Zwar seien die Umstände des Einzelfalls einzubeziehen,<sup>497</sup> gleichwohl sei Ausgleichsleistungen, die mehr als 50% der Kosten einer Verkehrsleistung decken, kein «blosser Zuschusscharakter» mehr beizumessen.<sup>498</sup>

801

Diese Herangehensweise entspricht auch dem Ansatz der EU-Kommission in einem vorherigen Vorschlag zur VO 1370/2007.<sup>499</sup> Unter analogem Beizug dieser deutschen Gerichtspraxis lassen sich somit erste Anhaltspunkte für den regionalen Personenverkehr auf der Strasse in der Schweiz eruieren. Das BAV hat den Kostendeckungsgrad der Linien im regionalen Personenverkehr für das Jahr 2020 publiziert.<sup>500</sup> Dabei weisen die Verkehrsleistungen auf der Strasse Kostendeckungsgrade von 2,4% bis 159% auf. Unter Beizug der deutschen Praxis könnte daher davon ausgegangen werden, dass von den Linien die mit Bussen bedient werden, diejenigen mit Kostendeckungsgraden von unter 50% als öffentliche Dienstleistungsaufträge, und diejenigen mit Kostendeckungsgraden von über 50% als Dienstleistungskonzessionen zu betrachten wären. Auch wenn für jede Linie eine eigene Bewertung erfolgen müsste, kann dennoch davon ausgegangen werden, dass eine Vielzahl an Linien im regionalen Personenverkehr auf der Strasse als Dienstleistungskonzessionen zu qualifizieren wären.

802

<sup>495</sup> Linke VO (EG)-LINKE/PRIESS, Art. 5, N 51.

<sup>496</sup> BGH, Beschl. vom 8. Februar 2011 in der Rechtssache X ZB 4/10 – Abellio Rail, Rz. 40.

<sup>497</sup> BGH, X ZB 4/10, Rz. 40.

<sup>498</sup> BGH, X ZB 4/10, Rz. 37.

<sup>499</sup> Art. 3 lit. i des Geänderte[n] Vorschlag[s] für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Strasse und auf Binnenschiffahrtswegen vom 21. Februar 2002, COM(2002) 107 final, ABl C 151 E vom 25. Juni 2002, 146 ff.

<sup>500</sup> Tabelle «Kostendeckungsgrad im RPV 2020», abrufbar unter: <<https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/allgemeine-themen/rpv/bestellverfahren.html>>.

*bb) Direktvergabe an interne Betreiber*

- 803 Wie im vorherigen Unterkapitel festgestellt, wäre unter der Prämisse der vorliegenden Untersuchung die VO 1370/2007 auf die Vergabe einer Vielzahl von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse anwendbar. Diese bestimmt gemäss Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007, dass öffentliche Dienstleistungsverträge grundsätzlich im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben sind. Gemäss Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 muss jedoch kein wettbewerbliches Verfahren durchgeführt werden, wenn die zuständige Behörde den öffentlichen Personenverkehrsdienst entweder selbst erbringt oder diesen direkt an einen sog. «internen Betreiber» vergibt (nachfolgend: «In-house-Vergabe»). Die einzelnen Voraussetzungen der In-house-Vergabe sind in Art. 5 Abs. 2 lit. a-e VO 1370/2007 näher geregelt.
- 804 Erstens kann eine In-house-Vergabe nur an einen internen Betreiber erfolgen. Als internen Betreiber definiert die VO 1370/2007 «eine rechtlich getrennte Einheit über die eine zuständige Behörde [...] eine Kontrolle ausübt, die der Kontrolle über ihre eigenen Dienststellen entspricht»,<sup>501</sup> womit die Rechtsprechung des EuGHs übernommen wurde.<sup>502</sup> Als erste Voraussetzung muss die zuständige Behörde daher über den internen Betreiber eine solche Kontrolle ausüben. Alternativ kann diese auch durch eine «Gruppe von Behörden» ausgeübt werden, wenn wenigstens eine dieser Behörden eine entsprechende Kontrolle ausübt.<sup>503</sup> Der in diesem Fall relevante Einfluss ist bereits gegeben, wenn Unternehmensentscheidungen aufgrund des anwendbaren nationalen Gesellschaftsrechts nicht gegen den Willen des Unternehmens getroffen werden können.<sup>504</sup>
- 805 Zusätzlich sind weitere Faktoren zur Feststellung einer effektiven Kontrolle zu berücksichtigen, namentlich i) der Umfang der Vertretung in Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremien, ii) diesbezügliche Bestimmungen in der Satzung, iii) Eigentumsrechte sowie iv) tatsächlicher Einfluss auf und tatsächliche Kontrolle über strategische Entscheidungen und Managemententscheidungen.<sup>505</sup> Massgeblich ist die Gesamtheit der Beziehungen zwischen der Behörde und den geschäftsführenden Organen des Verkehrsunternehmens<sup>506</sup>

---

<sup>501</sup> Art. 2 lit. j VO 1370/2007.

<sup>502</sup> EuGH, Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 – Teckal, Rz. 50.

<sup>503</sup> Art. 2 lit. j VO 1370/2007.

<sup>504</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 229.

<sup>505</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. a VO 1370/2007.

<sup>506</sup> PÜNDER, 364.

sowie gemäss dem EuGH die Möglichkeit «sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen [...] ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen».<sup>507</sup> Im Endeffekt wird zu verlangen sein, dass sich das Handeln des Unternehmens im Grossen und Ganzen auf den Willen der Behörde zurückführen lässt, wobei eine tatsächliche Einflussnahme auf jede einzelne Unternehmensentscheidung nicht notwendig ist.<sup>508</sup>

Die Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse werden in der Schweiz vorwiegend durch die kantonalen Verkehrsunternehmen, durch PostAuto sowie durch die BLS erbracht. Die Verkehrsunternehmern der Kantone sind, wie PostAuto und die BLS, hauptsächlich als Aktiengesellschaften ausgestaltet, wobei vereinzelt auch die Gesellschaftsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung vorkommt. Auch wenn für jede der genannten Gesellschaft eine eigene, an die Umstände des Einzelfalls angepasste Bewertung zu erfolgen hätte, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die öffentliche Hand in den meisten Fällen eine Kontrolle i.S.d. VO 1370/2007 über die soeben genannten Verkehrsunternehmen ausübt, wodurch diese als interne Betreiber zu betrachten sind. Dies, weil i) die öffentliche Hand, in Form eines oder mehrerer Kantone und/oder mehrerer Gemeinden und/oder Bezirke, i.d.R. über die kapital- und stimmenmässige Mehrheit der Verkehrsunternehmen verfügen, ii) dort i.d.R. die Verwaltungs- oder Leitungsgremien besetzt und iii) durch die Festlegung strategischer Ziele Einfluss auf die Geschäftsführung nimmt.<sup>509</sup>

806

Dieses Ergebnis gilt entsprechend auch für die BLS, deren Anteile zu 55% vom Kanton Bern, zu 21% vom Bund und zu 7% von anderen Kantone und Gemeinden gehalten werden.<sup>510</sup> In Bezug auf die PostAuto ist festzuhalten, dass all deren Anteile von der Post gehalten werden, deren Alleinaktionär der Bund ist. Der Bund ist damit bloss indirekt an PostAuto beteiligt. Die VO 1370/2007 verlangt jedoch nicht, dass die Behörde die Kontrolle über den internen Betreiber unmittelbar selbst ausübt, da lediglich auf die Intensität der Kontrolle abgestellt wird. Gemäss dem EuGH kann die Behörde somit einen internen Betreiber auch mittelbar durch eine «Regiegesellschaft», z.B. über eine Holding, de-

807

---

<sup>507</sup> EuGH, C-458/03, Rz. 65.

<sup>508</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 229.

<sup>509</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.II.3.e\)cc](#)). Insb. bei einer GmbH wird das Alleineigentum der zuständigen Behörde am internen Betreiber ausreichen, um eine Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle zu begründen, WITTIG/SCHIMANEK, 225.

<sup>510</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.II.3.e\)bb](#)).

ren Tochter der interne Betreiber ist, kontrollieren.<sup>511</sup> Es ist daher davon auszugehen, dass der Bund über PostAuto eine Kontrolle i.S.d. VO 1370/2007 ausübt.

- 808 Zweitens haben der interne Betreiber und alle Unternehmen, an denen er Beteiligungen in welcher Höhe auch immer hält, öffentliche Personenverkehrsdienste ausschliesslich innerhalb des geografischen Zuständigkeitsgebiets der zuständigen Behörde zu erbringen und ausserhalb davon nicht an wettbewerblichen Vergabeverfahren teilzunehmen.<sup>512</sup> Demnach besteht für den internen Betreiber eine geografische Einschränkung sowie ein Tätigkeitsverbot in fremden Gebieten. Diese Einschränkungen gilt auch für Tochterunternehmen des internen Betreibers, denn die geografische Einschränkung sowie das Tätigkeitsverbot in fremden Gebieten erfassen nicht nur den internen Betreiber, sondern auch «jede andere Einheit, auf die dieser Betreiber einen auch nur geringfügigen Einfluss ausübt».<sup>513</sup> Damit ist die Einflussnahme auf die Strategie und auf einzelne Managemententscheidungen gemeint.<sup>514</sup> Diese Bestimmung soll Quersubventionen zwischen direkt- und wettbewerblich vergebenen Verkehrsleistungen und damit staatlich ermöglichtes Dumping verhindern.<sup>515</sup>
- 809 Ohne an dieser Stelle einzelne Sonderfälle zu berücksichtigen, wird vorliegend davon ausgegangen, dass die Verkehrsunternehmen der Kantone und die BLS grundsätzlich im Tätigkeitsgebiet der sie kontrollierenden Behörden tätig sind. PostAuto betrieb jedoch über mehrere Jahre in Frankreich durch sein französische Tochtergesellschaft *CarPostal France SAS* (nachfolgend: «*CarPostal*») mehrere Stadt- und Regionalverkehrslinien. Dabei wurden Vorwürfe laut, dass durch PostAuto in der Schweiz erwirtschaftete Gewinne, welche u.a. auf direkt vergebenen Linien erzielt wurden, zu *CarPostal* geflossen seien, damit diese dort im Rahmen von wettbewerblichen Vergabeverfahren – d.h. in Anwendung des allgemeinen EU-Vergaberechts – Offerten anbieten könne, die 30% unter den Selbstkosten gelegen hätten.<sup>516</sup> Während der Untersuchung des PostAuto-Skandals konnten in der Tat Geldflüsse von PostAuto an *CarPostal*

---

<sup>511</sup> EuGH, Urteil vom 11. Mai 2006 in der Rechtssache C-340/04, ECLI:EU:C:2005:605 – *Carbothermo*, Rz. 39.

<sup>512</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. b VO 1370/2007; vgl. auch Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, *Öffentlicher Personenverkehr*, N 230 m.w.H.

<sup>513</sup> Art. 5 Abs. 2 lit. b VO 1370/2007. A.A. LINKE, 767.

<sup>514</sup> WITTIG/SCHIMANEK, 227; LINKE/PÜNDER, Rz. 126; PÜNDER, 266.

<sup>515</sup> Vgl. Ziff. 5 SpgIstr. 2 des Anhangs der VO 1370/2007 sowie die Ausführungen unten, in [Teil 2, D.IV.3.b\)ff.](#)

<sup>516</sup> NYFFENEGGER.

i.H.v. CHF 53,6 Mio. nachgewiesen werden.<sup>517</sup> Ein in der Folge entstandener Rechtsstreit, in welchem das Handelsgericht Lyon die Klagen der im Vergabeverfahren unterlegenen Wettbewerber von *CarPostal* erstinstanzlich gut hiess, konnte anschliessend durch aussergerichtlichen Vergleich beendet werden.<sup>518</sup>

Auch in Liechtenstein war *PostAuto* über ihr Tochterunternehmen *PostAuto Liechtenstein* tätig und auch hier wurden Vorwürfe laut, dass *PostAuto* in der Schweiz erwirtschaftete Gewinne dazu genutzt habe, um sich in wettbewerblichen Vergabeverfahren in Liechtenstein gegen Wettbewerber durchzusetzen.<sup>519</sup> Wiederum konnten Geldflüsse von *PostAuto* nach zu *PostAuto Liechtenstein* i.H.v. CHF 17 Mio. festgestellt werden.<sup>520</sup> Nachdem im Jahr 2019 *PostAuto* ihre Tätigkeiten in Frankreich durch den Verkauf von *CarPostal* beendete<sup>521</sup> und auch ihre Tätigkeiten in Liechtenstein im Jahr 2021 einstellte,<sup>522</sup> ist auch für *PostAuto* anzunehmen, dass das Verkehrsunternehmen nur noch in dem vom Bund kontrollierten Gebiet tätig ist.

810

Unbeschadet der Berücksichtigung konkreter Einzelfälle kann somit festgehalten werden, dass eine Direktvergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Strasse in der Schweiz gestützt auf Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 mutmasslich gerechtfertigt werden könnte.

811

cc) *Weitere Möglichkeiten der Direktvergabe*

Neben den in den beiden vorherigen Unterkapitel skizzierten Ausnahmeregelungen vom grundsätzlichen Vergabegebot durch ein wettbewerbliches Verfahren bestehen weitere Alternativen, eine Direktvergabe im regionalen Personenverkehr zu rechtfertigen. Als solche ist z.B. die sog. *De-minimis*-Direktvergabe<sup>523</sup> zu nennen, welche die Direktvergabe von öffentlichen

812

---

<sup>517</sup> KC-Untersuchungsbericht, Rz. 698.

<sup>518</sup> TANDA JEAN FRANÇOIS, Die Post kauft sich in Frankreich mit Millionen frei, SRF vom 26. Juni 2018, abrufbar unter: <<https://www.srf.ch/news/wirtschaft/postauto-skandale-post-kauft-sich-in-frankreich-mit-millionen-frei>>. Vgl. auch OESCH, Grundlagen, Rz. 223.

<sup>519</sup> METTLER.

<sup>520</sup> KC-Untersuchungsbericht, Rz. 698.

<sup>521</sup> Medienmitteilung der *PostAuto* vom 30. September 2019, Die Post schliesst Verkauf von *CarPostal France* an *Keolis S.A.* ab, abrufbar unter: <<https://www.postauto.ch/de/news/auslandsgeschaef-postauto>>.

<sup>522</sup> *PostAuto* verabschiedet sich aus Liechtenstein, Volksblatt vom 6. Dezember 2021, abrufbar unter: <<https://www.volksblatt.li/Nachricht.aspx?src=vb&id=295294>>.

<sup>523</sup> Art. 5 Abs. 4 VO 1370/2007.

Dienstleistungsaufträgen ohne Binnenmarktrelevanz ermöglicht: Demnach weisen Aufträge, die einen Durchschnittswert von weniger als EUR 1 Mio. oder eine jährliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300'000 Km aufweisen, keine Binnenmarktrelevanz auf, wodurch eine Direktvergabe unter bestimmten Umständen erfolgen kann. Andere Schwellenwerte ergeben sich, wenn das betreffende Verkehrsunternehmen nicht mehr als 23 Fahrzeuge betreibt.

- 813 Auch könnten Direktvergaben aufgrund aussergewöhnlicher Umstände,<sup>524</sup> aufgrund der Merkmale des Marktes<sup>525</sup> sowie bei Bestehen einer integrierten Eisenbahninfrastruktur<sup>526</sup> erfolgen oder auch als Notmassnahme, um die Kontinuität der Verkehrsleistung sicherzustellen, wenn ein Verkehrsdienst unterbrochen wurde.<sup>527</sup> Auf diese Möglichkeiten der Direktvergabe wird in der vorliegenden Untersuchung jedoch nicht weiter eingegangen.

d) Fazit

- 814 Gemäss dem Grundsatz des Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 sind Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Schiene und der Strasse als öffentliche Dienstleistungsverträge auf dem Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben. Ungeachtet der Berücksichtigung konkreter Einzelfälle könnten die in der schweizerischen Praxis üblichen Direktvergaben im Allgemeinen jedoch mutmasslich gerechtfertigt werden. Als Rechtsgrundlagen kämen insoweit Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 für den Verkehr auf der Strasse und Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 für den Verkehr auf der Schiene in Betracht.
- 815 In Bezug auf die Ausnahmeregelung für die Verkehrsleistungen auf der Schiene ist jedoch zu beachten, dass eine solche ab dem 25. Dezember 2023 nicht mehr möglich sein wird. Unter der Prämisse der vorliegenden Untersuchung hätte dies zur Folge, dass eine Direktvergabe auf der Schiene entweder nicht mehr möglich wäre oder dass eine solche auf Grundlage eines alternativen Direktvergabetatbestands zu erfolgen hätte.

---

<sup>524</sup> Art. 5 Abs. 3a VO 1370/2007.

<sup>525</sup> Art. 5 Abs. 4a VO 1370/2007.

<sup>526</sup> Art. 5 Abs. 4b VO 1370/2007.

<sup>527</sup> Art. 5 Abs. 5 VO 1370/2007.



### 3. Abgeltungen für ungedeckte Plankosten, Gewinnverbot und Anreizeffekte

#### a) Allgemeines

Art. 6 VO 1370/2007 ist die zentrale Vorschrift zur Berechnung von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen. Als solche gelten «jede[r] Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird.»<sup>528</sup> Auf dieser Grundlage sind als Ausgleichsleistungen alle Massnahmen einer zuständigen Behörde zu qualifizieren, welche den Tatbestand einer Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen – auf die Einschränkungen des Beihilfebegriffs durch die *Altmark-Trans*-Rechtsprechung kommt es insofern nicht an.<sup>529</sup> 816

Zur Überprüfung von Ausgleichsleistungen unterscheidet die VO 1370/2007 danach, ob die Verkehrsleistungen wettbewerblich oder direkt vergeben werden. Ist Letzteres der Fall, bestimmt sich die Höhe der zulässigen Ausgleichsleistungen nach den Bestimmungen des Anhangs der VO 1370/2007.<sup>530</sup> Wettbewerbsmäßig vergabene Verträge sind dagegen nicht Gegenstand dieser Vorschriften, weil bei diesen der Preisfindungsprozess unter Marktbedingungen zustande kam, weshalb davon auszugehen ist, dass allfällige Abgeltungen keine Beihilfen darstellen. Der Anhang der VO 1370/2007 präzisiert dies dahingehend, dass «Ausgleichsleistungen im Zusammenhang mit direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen gemäß Artikel 5 Absatz 2, 4, 5 oder 6 [VO 1370/2007] [...] nach den Regeln dieses Anhangs zu berechnen [sind].»<sup>531</sup> 817

In der schweizerischen Praxis werden Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr i.d.R. ohne wettbewerbliches Verfahren direkt vergeben.<sup>532</sup> Wie bereits im vorherigen Kapitel festgehalten, erfolgt dies üblicherweise im Direktvergabeverfahren auf der Schiene i.S.v. Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007<sup>533</sup> bzw. im Direktvergabeverfahren an interne Betreiber i.S.v. Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007.<sup>534</sup> Die Zulässigkeit der von den zuständigen Behörden (d.h. den kantona- 818

<sup>528</sup> Art. 2 lit. g VO 1370/2007.

<sup>529</sup> Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 208.

<sup>530</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Art. 6, N 1.

<sup>531</sup> Ziff. 1 Anhang der VO 1370/2007.

<sup>532</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.2.](#)

<sup>533</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.IV.2.b\).](#)

<sup>534</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.IV.2.c\)bb\).](#)

len Behörden und dem BAV) geleisteten Abgeltungen für ungedeckte Plankosten des regionalen Personenverkehrs sind daher an den Vorgaben des Anhangs der VO 1370/2007 zu messen.

- 819 Der Anhang der VO 1370/2007 definiert die betriebswirtschaftlichen Rahmen-  
daten, unter welchen Ausgleichsleistungen bzw. Abgeltungen für ungedeckte  
Plankosten zulässig sind: Nach Auffassung des Unionsgesetzgebers ist die Ein-  
haltung des dort vorgegebenen Berechnungsmodells ein Garant dafür, dass  
eine übermässige Ausgleichsleistung vermieden wird.<sup>535</sup> Damit stehe die Ein-  
haltung des im Anhang der VO 1370/2007 vorgegebenen Berechnungsmodells  
gleichwertig neben der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfah-  
rens, das – gemäss dem grundsätzlichen Ansatz der VO 1370/2007 – bereits  
garantiere, dass allfällige Ausgleichsleistungen angemessen seien und eine  
Überkompensation verhindern würden.<sup>536</sup>
- 820 In Bezug auf die Untersuchung einer allfälligen Begünstigung eines Unterneh-  
mens liegt dem Beihilferecht eine höchst wirkungsbezogene Betrachtungs-  
weise zugrunde, d.h. dass die konkrete Wirkung einer staatlicher Massnahme  
über die Anwendung des Beihilferechts entscheidet.<sup>537</sup> Auch hier sei daher  
wiederum angemerkt, dass die vorliegende Untersuchung eine gewisse Abs-  
traktion an den Tag legen muss, so dass eine Überprüfung der Abgeltungen für  
ungedeckte Plankosten, des Gewinnverbots und der Anreizeffekte auf einer  
höheren Flughöhe (sog. «High level review») erfolgen muss. Wo möglich und  
angezeigt, werden Anschauungsbeispiele verwendet.
- 821 Neben den Vorgaben im Anhang zur VO 1370/2007 bestehen weitere Anforde-  
rungen an die Ausgestaltung von Ausgleichszahlungen. Gemäss Art. 6  
VO 1370/2007 sind die Ausgleichsleistungen in einem den Anforderungen von  
Art. 4 VO 1370/2007 entsprechendem öffentlichen Dienstleistungsauftrag fest-  
zuhalten.<sup>538</sup> Die Vorgaben der Art. 4 VO 1370/2007 (über formelle und materielle  
Vorgaben) und des Anhangs der VO 1370/2007 (über materielle Vorgaben)  
an die Ausgestaltung und die Berechnung der Ausgleichsleistungen sind ab-  
schliessend und zwingend.<sup>539</sup> Nachfolgend wird jedoch lediglich auf die mate-  
riellen Vorgaben eingegangen.

---

<sup>535</sup> Erw. 27 f. VO 1370/2007.

<sup>536</sup> EuGH, C-173/73, Rz. 26 ff.

<sup>537</sup> BARTOSCH, Art. 107 AEUV, N 1.

<sup>538</sup> Art. 6 Abs. 1 Satz 1 VO 1370/2007.

<sup>539</sup> Dies ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VO 1370/2007, Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Art. 6, N 3; Nomos EU-Beihilfenrecht-KNAUFF, Öffentlicher Personenverkehr, N 245.

b) Abgeltungen für ungedeckte Plankosten

aa) *Berechnungsformel*

Bei der Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ersetzen die normativen Vorgaben der Art. 4 und Art. 6 VO 1370/2007 sowie des Anhangs der VO 1370/2007 die regulierenden (preisbildenden) Kräfte des Marktes. Neben den bei einer wettbewerbrechtlichen Vergabe einschlägigen Vorgaben des Art. 4 VO 1370/2007 ist eine besondere Regelung dieser Norm auch im Fall einer Direktvergabe einzuhalten: Demnach sind auch bei einer Direktvergabe die Berechnungsparameter der Ausgleichsleistungen so zu bestimmen, dass eine Überkompensation unter Berücksichtigung aller Einnahmen und Ausgaben sowie eines angemessenen Gewinns des Verkehrsunternehmens ausgeschlossen ist.<sup>540</sup>

822

Diese sog. Nettoeffektsklausel oder Nettoeffektformel wird in Ziff. 2 des Anhangs der VO 1370/2007 konkretisiert und greift die bereits mehrfach zitierte *Altmark-Trans*-Rechtsprechung des EuGH<sup>541</sup> auf. Demnach wird die Obergrenze für die vom Verkehrsunternehmen zu empfangende Ausgleichszahlung dahingehend definiert, dass dieser «finanzielle Nettoeffekt» «[...] den Betrag nicht übersteigen [darf] [...], welcher der Summe aller (positiven oder negativen) Auswirkungen der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen auf die Kosten und Einnahmen des Betreibers eines öffentlichen Dienstes entspricht.»<sup>542</sup> M.a.W. darf eine Ausgleichsleistung den finanziellen Nettoeffekt der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nicht übersteigen.<sup>543</sup> Der Begriff des «finanziellen Nettoeffekts» lässt sich weder in der Praxis der Unionsgerichte noch in derjenigen der EU-Kommission finden. Da die Obergrenze dieses finanziellen Nettoeffekts aber Überkompensationen des Betreibers verhindern soll, lässt sich die VO 1370/2007 dahingehend interpretieren, dass sie zwangsläufig die Durchführung einer Überkompensationskontrolle entsprechend den Vorgaben des Anhangs der VO 1370/2007 verlangt.<sup>544</sup>

823

Die in Ziff. 2 Satz 3 des Anhangs der VO 1370/2007 enthaltene Rechenformel reduziert den finanziellen Nettoeffekt auf eine Subtraktion der positiven finanziellen Nettoeffekte, Fahrticketentgelte und anderer Einnahmen von den

824

---

<sup>540</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. b Satz 2 VO 1370/2007.

<sup>541</sup> EuGH, C-280/00.

<sup>542</sup> Ziff. 2 Satz 1 Anhang der VO 1370/2007.

<sup>543</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.2.

<sup>544</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 20a.

Kosten der Verkehrsleistungserbringung, welche um einen angemessenen Gewinn zu erhöhen ist. M.a.W. bestimmt sich der finanzielle Nettoeffekt anhand der folgenden Formel:

$$\begin{aligned} \textbf{Finanzieller Nettoeffekt:} & \quad \text{Kosten der Verkehrsleistungserbringung} \\ & \quad - \text{interne positive finanzielle Netzeffekte} \\ & \quad - \text{Einnahmen aus Fahrticketverkäufen} \\ & \quad - \text{andere Einnahmen} \\ & \quad \text{angemessener Gewinn} \\ & \quad = \textbf{Finanzieller Nettoeffekt} \end{aligned}$$

- 825 Das EU-Recht sieht vor, dass die zuständigen Behörden auch für die Kontrolle möglicher Überkompensationen zuständig sind. Diese verfügen jedoch in bestimmten Fällen nicht über die notwendige betriebswirtschaftliche Sachkunde, Ressourcen und/oder Benchmarkkenntnisse, um eine Beurteilung der Kosten der Verkehrsleistungserbringung eines Verkehrsunternehmens durchzuführen und damit den finanziellen Nettoeffekt zu berechnen. In solchen Fällen würde es sich anbieten, die Beurteilung einem unabhängigen Sachverständigen anzuvertrauen, z.B. einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft,<sup>545</sup> was auch die berechtigten Geheimnisschutzinteressen der Verkehrsunternehmen wahren würde.<sup>546</sup> Kommt die Herbeiziehung Dritter nicht infrage, ist die geplante Einführung eines schweizweit einheitlichen Benchmarking-Systems zu Qualität und Kosten, welches das seit einem Jahrzehnt bestehende Kennzahlensystem des BAV ergänzen soll,<sup>547</sup> positiv zu bewerten.
- 826 Die ersten Elemente zur Berechnung des finanziellen Nettoeffekts, d.h. die Berechnung der Kosten der Verkehrsleistung sowie die verschiedenen zu subtrahierenden Elemente, werden in den nachfolgenden Unterkapiteln beleuchtet. Der ebenfalls vorausgesetzte angemessene Gewinn wird zuletzt in einem eigenem Kapitel ehandelt.<sup>548</sup>

---

<sup>545</sup> GRISCHKAT *et al.*, 468.

<sup>546</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 21.

<sup>547</sup> Art. 31a<sup>bis</sup> nPBG; BBl 2021, PBG, 25 f.

<sup>548</sup> Vgl. unten, [Teil 2, D.IV.3.c](#).

*bb) Kosten der Verkehrsleistung*

Die Kosten der Leistungserbringung entsprechen der Summe aller unmittelbar mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zusammenhängenden Kosten (namentlich Rollmaterial-, Infrastruktur-, Wartungs-, Personal-, Gebäude- und Energiekosten (Fahrstrom oder Diesel) sowie allgemeiner Kosten (Management und Verwaltung)).<sup>549</sup> Allfällige Ineffizienzen des Verkehrsunternehmens sind nicht zu beachten, dafür etwaige Überkapazitäten oder Remanenzkosten, soweit diese im Zuge der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen entstehen.<sup>550</sup>

827

Die Berechnung hat anhand einer Vollkostenrechnung zu erfolgen. Daher sind auch Pensionszusagen oder langfristige Rückstellungen einzubeziehen, sofern diese zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen notwendig sind. Dies entspricht der schweizerischen Praxis im regionalen Personenverkehr, wo das Prinzip der Vollkostenrechnung einzuhalten ist.<sup>551</sup> Auch nach der Reform des Personenbeförderungsgesetzes soll an diesem Prinzip festgehalten werden.<sup>552</sup>

828

*cc) Interne positive Netzeffekte*

Indem bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts «alle positiven finanziellen Auswirkungen, die innerhalb eines Netzes entstehen»<sup>553</sup> von den Kosten der Verkehrsleistungen abzuziehen sind, bringt der Unionsgesetzgeber zum Ausdruck, dass gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auch positive Auswirkungen auf die Kosten und Einnahmen eines Verkehrsunternehmens haben können. Diese sind bei der Berechnung des Nettoeffekts abzuziehen. So können z.B. die durch die öffentliche Hand vorgegebenen günstigen Tarife oder die geforderte besondere Qualität eine grössere Nachfrage zur Folge haben, wodurch das Verkehrsunternehmen höhere Einnahmen generiert. Dazu sind nicht nur höhere Einnahmen aus Fahrticketverkäufen zu zählen, sondern auch Einnahmen aus Geschäften, die sich im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben, wie z.B. höhere Werbeeinnahmen. Dabei sind auf die Einnahmeerzielung zurückzuführende Kosten wiederum von den Einnahmen abzuziehen (z.B. Personalkosten zum Anbringen der Werbung), weil diese den

829

---

<sup>549</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.2.

<sup>550</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 26a.

<sup>551</sup> Art. 13 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 RKV.

<sup>552</sup> BBl 2021, PBG, 26.

<sup>553</sup> Ziff. 2 Satz 3 Anhang der VO 1370/2007.

positiven Effekt abmildern. Auf solche positiven Effekte sind selbstredend die negativen Effekte gegenzurechnen, soweit diese sich aus gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ergeben.<sup>554</sup>

- 830 Die VO 1370/2007 definiert den Begriff des «Netzes» nicht. Die Lehre geht jedoch davon aus, dass damit eine verkehrlich verbundene Mehrheit von Punkt-zu-Punkt-Verbindungen gemeint ist, welche allerdings nicht unbedingt Teil eines einheitlichen Verkehrsvertrags sein müssen. Dieser Abzugsposten dürfte sich daher nur auf dasjenige Verkehrsnetz beziehen, welches auch Gegenstand des betreffenden Verkehrsvertrags ist. Es können daher nur solche Auswirkungen abgezogen werden, die innerhalb eines Netzes entstehen, das im Rahmen der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betrieben wird. Demnach können solche «internen» Netzeffekte dort bestehen, wo Teile des Netzes eigenwirtschaftlich betrieben werden, wenn das Verkehrsunternehmen in diesem Netz aufgrund der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen (z.B. durch Zubringereffekte) höhere Einnahmen erzielt.<sup>555</sup> So geht die EU-Kommission davon aus, dass ein Verkehrsunternehmen, das ein Netz betreibt, welches mit anderen, kommerziell betriebenen Linien verbunden ist, seinen Kundenstamm vergrössern kann. Auch wenn nach Meinung der EU-Kommission solche Netzeffekte zu begrüssen sind, weil sie eine bessere Qualität und niedrigere Kosten der Transportverbindungen für Reisende ermöglichen (z.B. im Rahmen von Tarifverbänden und abgestimmten Fahrplänen), sind deren positiven Netzeffekte dennoch bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts zu berücksichtigen.<sup>556</sup>

*dd) Externe positive Netzeffekte*

- 831 Neben den explizit in der Berechnungsformel aufgeführten Elementen sind weitere Berechnungsvariablen zu berücksichtigen, wie z.B. die sog. «externen positiven Effekte». Im Unterschied zu den soeben beschriebenen «internen» positiven Effekten gemäss Ziff. 2 Satz 3 des Anhangs der VO 1370/2007, die im Rahmen eines «Netzes» entstehen, behandelt Ziff. 3 Satz 2 des Anhangs der VO 1370/2007 die «externen» positiven Effekte, die aufgrund der Beförderungstätigkeiten des Verkehrsunternehmens entstehen. Dies sind Effekte, die daraus resultieren, dass gerade das ausgewählte Verkehrsunternehmen als Betreiber einer Linie Verkehrsleistungen erbringt und nicht solche, die aus dem

---

<sup>554</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 22.

<sup>555</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 28.

<sup>556</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.2.

Bestehen der Verkehrsleistung an sich entstehen.<sup>557</sup> Solche Effekte sind bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts weder zwingend zu addieren noch zu subtrahieren, sondern lediglich zu *berücksichtigen*.<sup>558</sup> Die VO 1370/2007 definiert den Begriff des «Betreibers» derart, dass auch «jede Gruppe von privat- oder öffentlich-rechtlichen Unternehmen, das/die öffentliche Personenverkehrsdienste betreibt»<sup>559</sup> erfasst sind. Damit sind insbesondere konzernverbundene Unternehmen gemeint, wodurch auch diese von der Definition des «Betreibers» erfasst sind. Ein Betreiber i.S.v. Ziff. 3 Satz 2 des Anhangs der VO 1370/2007 kann damit nicht nur diejenige juristische Person sein, welche Partei des Verkehrsvertrags ist, sondern auch eine mit dieser Vertragspartei verbundene Gruppe von juristischen Personen, die als verbundene Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit i.S. eines Konzerns bilden.<sup>560</sup> Im schweizerischen regionalen Personenverkehr beträfe die Notwendigkeit, externe positive Effekte zu berücksichtigen, daher in erster Linie die SBB und die BLS, welche jeweils als Konzern unter gemeinsamer Führung organisiert sind.<sup>561</sup>

Bei der Berücksichtigung der externen positiven Effekte hat der Unionsgesetzgeber diejenigen Kosten- und Einnahmensveränderungen anvisiert, welche sich ausserhalb des zu betrachtenden Verkehrsvertrags bilden. Als Beispiel können Nachfragesteigerungen durch Zubringereffekte genannt werden: Führt der Abschluss eines neu hinzugekommenen Verkehrsvertrags dazu, dass im Rahmen eines anderen Verkehrsvertrags die Kosten gesenkt oder der Gewinn gesteigert wird, so müssen bei dem zweiten Verkehrsvertrag die Ausgleichsleitungen verringert werden.<sup>562</sup> Wenn bspw. bei einer InterCity-Linie der SBB die Nachfrage steigt, ist davon auszugehen, dass auch die Nachfrage auf einer S-Bahn-Linie steigt, welche ebenfalls durch die SBB betrieben wird und u.a. denselben Bahnhof wie die InterCity-Linie bedient, weil die S-Bahn-Linie als Zubringer fungiert. Die Steigerung der Nachfrage bei der InterCity-Linie der SBB müsste dann bei der Berechnung der Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten der S-Bahn-Linie der SBB berücksichtigt werden. Da es die derzeitigen schweizerischen Rechnungslegungsvorschriften im regionalen Personenverkehr ermöglichen, dass Unternehmen unter gemeinsamer Lei-

832

<sup>557</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 29.

<sup>558</sup> Ziff. 3 Satz 2 des Anhangs der VO 1370/2007.

<sup>559</sup> Art. 2 lit. d VO 1370/2007.

<sup>560</sup> DANNENBAUM, 46.

<sup>561</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.e\)aa](#)) und [Teil 2, D.II.3.e\)bb](#)).

<sup>562</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 32.

tung die Betriebskosten- und Leistungsrechnung über mehr als eine juristische Personen führen können,<sup>563</sup> wäre eine Berechnung der externen positiven Effekte möglich und zulässig.

- 833 Im Zuge einer solchen Berechnung wären nur diejenigen Netzeffekte zu berücksichtigen, die nach allgemeiner Erfahrung vorhersehbar eintreten und kalkulatorisch bestimmt werden können. Auch können diese Effekte nur bei neu abzuschliessenden Verkehrsverträgen berücksichtigt werden, d.h. dass diese vor der Vergabeperiode festzulegen sind, weil eine nachträgliche Änderung der Berechnungen des finanziellen Nettoeffekts nach Ablauf der Vergabeperiode mit dem Prinzip *pacta sunt servanda* nicht zu vereinbaren ist.<sup>564</sup> Wenn sich daher nach Ablauf der Vergabeperiode herausstellte, dass bei der o.g. S-Bahn-Linie die Nachfrage stieg, weil dies bei der InterCity-Linie auch der Fall war, könnte der bei der S-Bahn-Linie erwirtschaftete (höhere) Gewinn der SBB nicht zurückgefordert oder mit zukünftigen Abgeltungen verrechnet werden.

*ee) Zeitpunkt und Intervalle der Kontrollen*

- 834 Während die EU-Kommission eine Überkompensationskontrolle nach der Leistungserstellung (sog. *ex post*-Prüfung) erwartet,<sup>565</sup> ergibt es sich aus der VO 1370/2007, dass die Überkompensationskontrolle bereits vor Beginn der Leistungserstellung durchzuführen ist (nachfolgend: «*ex ante*-Prüfung»), weil die Kosten- und Einnahmenrechnung des Verkehrsunternehmens bereits vor Abschluss des Verkehrsvertrags der zuständigen Behörde vorzulegen sind.<sup>566</sup> Bei der *ex ante*-Prüfung hat sich die Prognose auf die zu erwartenden Kosten und Einnahmen zu stützen, nicht auf die Ist-Zahlen des Ausgleichsjahrs. Das Verkehrsunternehmen erhält von der öffentlichen Hand letztendlich den Betrag, der vor der Leistungserstellung anhand der *ex ante*-Prüfung errechnet worden ist.
- 835 Die *ex ante*-Prüfung hat aber zur Folge, dass die im Voraus berechneten Ausgleichszahlungen und die tatsächlich durch gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen verursachten Kosten differieren können. Das Verkehrsunternehmen trägt daher einerseits das Risiko einer Unterfinanzierung, erhält aber andererseits gleichzeitig auch die Möglichkeit, einen Gewinn zu erwirtschaften.<sup>567</sup>

---

<sup>563</sup> Art. 13 Abs. 2 RKV.

<sup>564</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 33 f.

<sup>565</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.2. und 2.4.7.

<sup>566</sup> Art. 4 Abs. 1 lit. b VO 1370/2007.

<sup>567</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 20d.



Dies entspricht der schweizerischen Praxis, welche den Verkehrsunternehmen einen Anreiz zur wirtschaftlichen Tätigkeit und zu kosteneffizientem Verhalten bietet, indem sie das wirtschaftliche Risiko tragen. Des Weiteren entspricht die in der schweizerischen Praxis bestehende Abstützung der Abgeltung auf die *geplanten* anstatt auf die *effektiven* ungedeckten Kosten<sup>568</sup> einer *ex ante*-Prüfung im soeben geschilderten Sinne. Auch wenn diese Praxis nicht der Meinung der EU-Kommission entspricht, wann eine Überkompensationskontrolle durchzuführen ist, so ist doch davon auszugehen, dass sie die Anforderungen der VO 1370/2007 erfüllen würde.

Neben der Frage, wann eine Überkompensationskontrolle durchzuführen ist, ist auch die Frage nach dem Zeitraum der kontrollierten Zeitspanne – d.h. mit welchem zeitlichen Intervall Überkompensationskontrollen zu erfolgen haben – bisher nicht geklärt, insbesondere weil die VO 1370/2007 hierzu keine Angaben macht. Nach Auffassung der EU-Kommission sind lediglich «regelmässige Kontrollen»<sup>569</sup> angezeigt, ohne dass sie konkrete Zeiträume nennen würde. Im allgemeinen Beihilferecht fordert die EU-Kommission im DAWI-Rahmen<sup>570</sup> dagegen zumindest Kontrollen im Abstand von höchstens drei Jahren durchzuführen.<sup>571</sup> Auch wenn dieses Dokument im besonderen Beihilferecht des öffentlichen Personenverkehrsrechts nicht bindend ist, so kann es als analoge Auslegeordnung herangezogen werden. Im schweizerischen regionalen Personenverkehr haben alle Verkehrsunternehmen innerhalb von sechs Monaten nach Ablauf des Geschäftsjahres einen Geschäftsbericht zu erstellen, welcher die Jahresrechnung (inkl. Bilanz und Erfolgsrechnung) enthält, und diesen dem BAV zuzustellen.<sup>572</sup> Des Weiteren haben abgeltungserhaltende Verkehrsunternehmen zur subventionsrechtlichen Prüfung dem BAV und den zuständigen kantonalen Behörden die von der Generalversammlung genehmigte Jahresrechnung samt weiterer Unterlagen innerhalb von 30 Tagen nach dieser Generalversammlung einzureichen.<sup>573</sup> Ergänzend dazu können die Aufsichtsbehörden stichprobenweise vertiefte subventionsrechtliche Prüfungen durchführen.<sup>574</sup> Das BAV führt somit eine Kontrolle mindestens einmal jährlich durch, was sogar ein strengeres Kontrollregime darstellt als jenes, das den all-

836

---

<sup>568</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.3.](#)

<sup>569</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.2. und 2.4.7.

<sup>570</sup> Vgl. FN 387.

<sup>571</sup> DAWI-Rahmen, Rz. 49.

<sup>572</sup> Art. 3 Abs. 1 RKV i.V.m. Art. 985 Abs. 2 OR und Art. 3 Abs. 3 RKV.

<sup>573</sup> Art. 6 Abs. 1 RKV.

<sup>574</sup> Art. 37 Abs. 2 PBG; vgl. auch die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.c.](#)

gemeinen Beihilfavorschriften zu entnehmen ist. In Bezug auf die Intervalle zwischen diesen Kontrollen sind die schweizerischen Anforderungen mithin sogar strenger als die beihilferechtlichen Vorgaben.

*ff) Rechnungslegung und Quersubventionierungsverbot*

- 837 Gemäss den Anforderungen von Ziff. 4 des Anhangs der VO 1370/2007 hat die Berechnung der Kosten und der Einnahmen anhand der geltenden Rechnungslegungsvorschriften zu erfolgen. Gemeint sind damit die auf das jeweilige Verkehrsunternehmen anwendbaren Rechnungslegungsvorschriften nach dem Recht des Staats, in dem das betreffende Verkehrsnetz liegt.<sup>575</sup> Unter der Prämisse der vorliegenden Untersuchung wären somit auf die in der Schweiz tätigen Verkehrsunternehmen die allgemeinen Regeln der kaufmännischen Buchführung und Rechnungslegung des Obligationenrechts<sup>576</sup> anzuwenden. Dies ist bereits der Fall: Im schweizerischen regionalen Personenverkehr ist die Betriebskosten- und Leistungsrechnung wesentlicher Bestandteil der Buchhaltung und muss den allgemeinen spezialgesetzlichen Vorgaben des Personenbeförderungsgesetzes sowie den Anforderungen an eine ordnungsgemässe Buchführung gemäss den obligationsrechtlichen Vorgaben genügen.<sup>577</sup> Konkretisiert werden diese Anforderungen in der RKV<sup>578</sup> des UVEK. Anhand dieser Bestimmungen erfolgen die Berechnungen über die Kosten und Einnahmen der Verkehrsunternehmen, wie von der VO 1370/2007 vorgegeben.
- 838 Im Rahmen der Reform des Personenbeförderungsgesetzes sollen Verkehrsunternehmen, die Abgeltungen erhalten, zukünftig für die Rechnungslegung einen als anerkannten Standard bezeichnetes Regelwerk anwenden.<sup>579</sup> Dabei muss es sich um einen Standard nach Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom über die anerkannten Standards zu Rechnungslegung (VASR)<sup>580</sup> handeln. Als solche gelten gemäss der VASR u.a. die beiden Standards Swiss GAAP FER und IFRS. Da diese in der VASR aufgeführten Standards den schweizerischen Rech-

---

<sup>575</sup> So auch Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 35.

<sup>576</sup> Art. 957 ff. OR.

<sup>577</sup> Gemäss Art. 35 Abs. 3 PBG i.V.m. Art. 957 ff. OR; vgl. auch die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.c\)](#).

<sup>578</sup> Vgl. FN 95.

<sup>579</sup> Art. 35 Abs. 2 lit. a nPBG.

<sup>580</sup> Verordnung über die anerkannten Standards zu Rechnungslegung vom 21. November 2012 (VASR, SR 221.432).

nungslegungsvorschriften des Obligationenrechts entsprechen,<sup>581</sup> wäre die Nutzung der Standards Swiss GAAP FER und IFRS mit den Rechnungslegungsanforderungen der VO 1370/2007 vereinbar.

Neben der o.g. Nettoeffektformel<sup>582</sup> führt Ziff. 5 des Anhangs der VO 1370/2007 eine weitere relevante Kostenformel auf. Diese zielt darauf ab, Quersubventionierungen zwischen verschiedenen Tätigkeitsbereichen eines Verkehrsunternehmens zu vermeiden und setzt dabei das in diesem Zusammenhang massgebliche Urteil des EuGH in der Rs. *Chronopost* um.<sup>583</sup> Ziff. 5 des Anhangs der VO 1370/2007 enthält dabei drei weitere Anforderungen an die Rechnungslegung, welche die Verhinderung von unzulässigen Quersubventionierungen bezwecken, und zwar, i) dass die Konten für jede betriebliche Tätigkeit getrennt geführt werden,<sup>584</sup> ii) dass die Kosten nicht-abgeltungserhaltender Tätigkeiten nicht durch Verrechnungsmöglichkeiten den abgeltungserhaltenden Tätigkeiten zugerechnet werden<sup>585</sup> und iii) dass die zweckwidrige Verwendung der Abgeltungszahlungen in anderen Tätigkeiten des Verkehrsunternehmens generell ausgeschlossen ist.<sup>586</sup>

839

Das Quersubventionierungsverbot bezweckt somit Fehlallokationen sowie die Begünstigung von Geschäftsbereichen eines Verkehrsunternehmens zu vermeiden, die ausserhalb des Anwendungsbereichs der VO 1370/2007 liegen. Auch sollen so die finanziellen Beziehungen zwischen den einzelnen Geschäftsbereichen nachvollziehbar und transparent auszugestaltet werden. Dagegen sind Verkehrsunternehmen, die ausschliesslich Verkehrsleistungen erbringen, die allesamt durch Abgeltungen für ungedeckte Plankosten bezuschusst werden, konsequenterweise vom Quersubventionierungsverbot nicht erfasst.

840

Für Verkehrsunternehmen stellt sich insbesondere die Frage, ob mit dem Begriff der «anderen Tätigkeiten» ebenfalls die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Verkehrsleistungen gemeint ist oder ob damit lediglich eigenwirtschaftliche Tätigkeiten erfasst sind. M.a.W. ist fraglich, ob Verkehrsunternehmen für jede Verkehrsleistung, in deren Rahmen sie Abgeltungen erhalten,

841

---

<sup>581</sup> Art. 692a Abs. 5 OR.

<sup>582</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.IV.3.b\)aa\)](#).

<sup>583</sup> EuGH, Urteil vom 3. Juli 2003 in der Rechtssache C-83/01 P, ECLI:EU:C:2003:388 – *Chronopost/Ufex* u.a. bestätigt durch EuGH, Urteil vom 1. Juli 2008 in der Rechtssache C-341/06 P, ECLI:EU:C:2008:375 – *Chronopost* und *La Poste/UFEX* u.a.

<sup>584</sup> Ziff. 5 SpgIstr. 1 des Anhangs der VO 1370/2007.

<sup>585</sup> Ziff. 5 SpgIstr. 2 des Anhangs der VO 1370/2007.

<sup>586</sup> Ziff. 5 SpgIstr. 3 des Anhangs der VO 1370/2007.

eine getrennte Rechnungslegung erstellen müssen oder ob sie lediglich die durch Abteilungen unterstützten Tätigkeiten von den eigentwirtschaftlich erbrachten Tätigkeiten trennen müssen.<sup>587</sup> Während die EU-Kommission für die erste Alternative optierte,<sup>588</sup> hat der EuGH dagegen festgestellt, dass die Rechnungslegungsbestimmungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen lediglich eine buchhalterische Trennung zwischen den Geschäftsbereichen mit und ohne gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen voraussetzen.<sup>589</sup> Vielmehr reiche es sogar aus, dass die Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen ebenso wie die Einnahmen aus Fahrticketverkäufen lediglich in Form von Gesamt- oder kumulierten Beträgen angegeben werden, die sich auf alle erbrachten Dienstleistungen beziehen.<sup>590</sup>

842 In Bezug auf die erste Vorgabe der separaten Kontenführung (vgl. oben [Rz. 839](#)) ist festzuhalten, dass die RKV Verkehrsunternehmen mit Abteilungen, Beiträge oder Darlehen von Bund und Kantonen verpflichtet, die von der Generalversammlung genehmigte Jahresrechnung inkl. gewisser Unterlagen dem BAV zur Prüfung einzureichen.<sup>591</sup> Die Auflistung der erforderlichen Unterlagen beinhaltet u.a. eine «Linienerechnung aller Sparten, einschliesslich der Summen pro Sparte, sowie Abgrenzungen zur Finanzbuchhaltung».<sup>592</sup> Unter einer «Linienerechnung» ist der Ergebnisausweis einer Sparte im Rahmen der Kosten- und Leistungsrechnung zu verstehen.<sup>593</sup> Unter einer «Sparte» sind gleichartige Angebote eines Verkehrsunternehmens zu verstehen, worunter insbesondere auch u.a. Linien des regionalen Personenverkehrs zählen.<sup>594</sup>

843 Damit erfordert die RKV, dass innerhalb der Betriebskosten- und Leistungsrechnung, d.h. der internen Buchhaltung, welche dem Controlling des Unternehmens dient,<sup>595</sup> der Ergebnisausweis aller Sparten geführt wird, d.h. das Ergebnis nach Gegenüberstellung der Kosten und Markterlöse. Hinzu kommt die Aufstellung der Summe pro Sparte,<sup>596</sup> welche nebst der Summe der Markter-

---

<sup>587</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 43.

<sup>588</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.2. und 2.4.4.

<sup>589</sup> EuGH, Urteil vom 28. Juni 2017 in der Rechtssache C-482/14, ECLI:EU:C:2017:499 – Kommission/Deutschland, Rz. 126 ff.

<sup>590</sup> EuGH, C-482/14, Rz. 112.

<sup>591</sup> Art. 6 Abs. 1 RKV.

<sup>592</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. b RKV.

<sup>593</sup> Art. 2 lit. c RKV.

<sup>594</sup> Art. 2 lit. b RKV.

<sup>595</sup> Vgl. Treuhandvergleich.ch, abrufbar unter: <<https://www.treuhandvergleich.ch/ratgeber/betriebsbuchhaltung-ein-wichtiger-aspekt-aus-dem-rechnungswesen/10589>>.

<sup>596</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. b RKV.

löse, der Kosten und der Abgeltungen in der Betriebskosten- und Leistungsrechnung auszuweisen ist.<sup>597</sup> Damit werden im Rahmen der internen Buchhaltung Linienerefolgsrechnungen pro Sparte geführt. Für die Sparte «regionaler Personenverkehr» werden die Mindestgliederungen für Markterlöse und Kosten in Art. 16 f. RKV festgehalten. Diese verlangen, dass die Sparte weiter in den jeweiligen Linien unterteilt wird und deren Kosten bzw. Erlöse wiederum nach den Vorgaben der beiden Artikel gegliedert werden (z.B. Verkehrserlöse nach Fahrausweisarten<sup>598</sup> oder Fahrzeugkosten nach Fahrzeugkategorien<sup>599</sup>). Auch müssen die derartig gegliederten Kosten eine Trennung zwischen Kostenstellen mit «Abgeltungen des Bundes» und Kostenstellen ohne «Abgeltungen des Bundes» aufweisen.<sup>600</sup> Im Umkehrschluss bedeutet dies allerdings, dass eine Trennung der Kostenstellen mit oder ohne Abgeltungen *der Kantone* nicht zu erfolgen hat. Hier sind daher die zuständigen kantonalen Behörden in der Pflicht, die Trennung der Kostenstellen durchzusetzen.

Abgeltungserhaltende Verkehrsunternehmen unterliegen somit dem Erfordernis einer separaten Kontenführung. Diese findet nicht in der Jahresrechnung (d.h. in der «externen Buchhaltung»), sondern in der Betriebskosten- und Leistungsrechnung (d.h. in der «internen Buchhaltung») des Verkehrsunternehmens statt.<sup>601</sup> Da die nach Linie und betrieblichen Tätigkeiten gegliederte Betriebskosten- und Leistungsrechnung bei Erhalt von Abgeltungen zwingend zur Prüfung einzureichen ist, wird sichergestellt, dass eine separate Kontenführung gewährleistet ist, ausser bei Abgeltungen, die durch die Kantone erfolgen. Dadurch, dass die RKV somit sowohl die Einreichung der externen als auch der internen Buchhaltung von den Unternehmen fordert, erhalten die prüfenden Behörden einen Gesamtüberblick über die Tätigkeit des Unternehmens. Da zudem das interne Rechnungswesen dem Controlling des Unternehmens dient, wird damit auch sichergestellt, dass innerhalb des Unternehmens

844

<sup>597</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. b RKV i.V.m. Art. 15 Abs. 2 RKV. Die Betriebs- und Kostenrechnung ist, im Gegensatz zum Geschäftsbericht nach Art. 3 RKV i.V.m. Art. 958 Abs. 2 OR, nicht innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres dem BAV einzureichen, sondern samt Jahresrechnung innert dreissig Tagen nach Stattfinden der Generalversammlung, im Rahmen welcher die Jahresrechnung genehmigt wurde (Art. 6 Abs. 1 RKV und Art. 3 Abs. 3 RKV). *De facto* wird dies wohl dazu führen, dass der Geschäftsbericht sowie die subventionsrechtlichen Unterlagen zeitgleich eingereicht werden, da die subventionsrechtlichen Unterlagen gemeinsam mit der genehmigten Jahresrechnung einzureichen sind, wodurch die sechsmonatige Frist nach Geschäftsjahresabschluss zugunsten der dreissigtägigen Frist nach der jahresrechnungsgenehmigenden Generalversammlung geschmälert wird.

<sup>598</sup> Art. 16 Abs. 2 RKV.

<sup>599</sup> Art. 17 Abs. 1 lit. c und d RKV.

<sup>600</sup> Art. 17 Abs. 3 RKV.

<sup>601</sup> Vgl. hierzu ausführlich KC-Untersuchungsbericht, Rz. 596 ff.

ein Augenmerk auf die unterschiedlichen Bereiche und Linien gesetzt wird. Die schweizerischen Anforderungen im regionalen Personenverkehr erfüllen damit die Anforderungen der VO 1370/2007 zur separaten Kontenführung – vorbehaltlich der separaten Kontenführung bei kantonal gewährten Abgeltungen.

845 In Bezug auf die zweite Vorgabe ist zu eruieren, ob sichergestellt wird, dass Kostenstellen, welche Abgeltungen erhalten haben, nicht mit Kostenstellen verrechnet werden, welche nicht abgeltungsberechtigt sind (vgl. oben [Rz. 839](#)). Wie soeben dargelegt, erfahren die gegliederten Kosten in der Betriebskosten- und Leistungsrechnung eine Trennung zwischen Kostenstellen mit Abgeltungen des Bundes und solchen ohne Abgeltungen des Bundes.<sup>602</sup> Damit ist zumindest eine buchhalterische Trennung der Abgeltungskostenstellen des Bundes, wenn auch nicht der Kantone, gewährleistet. Zur Sicherstellung, dass innerhalb des Geschäftsjahres keine Kostenstellen mit Abgeltungen mit Kostenstellen ohne Abgeltungen verrechnet wurden, fordert die RKV die Einhaltung entsprechender Prinzipien bei der Erstellung der Betriebskosten- und Leistungsrechnung, wie z.B. dem Verursacherprinzip.<sup>603</sup> Zudem gehört zu den zur subventionsrechtlichen Prüfung einzureichenden Unterlagen eine Selbstdeklaration des Verkehrsunternehmens, dass es die subventionsrechtlichen Grundsätze eingehalten habe.<sup>604</sup>

846 Mit diesen Elementen wird bis zu einem gewissen Grad sichergestellt, dass die Kostenstellen (mit oder ohne Abgeltungen des Bundes) nicht verrechnet wurden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Angaben der Selbstdeklaration des Unternehmens auf der internen Revision basieren, wodurch nicht mit abschliessender Gewissheit festzustellen ist, dass allfällige Kostenstellen nicht doch (ungewollt oder gewollt) verrechnet wurden. Die Trennung erfolgt lediglich auf dem Papier. Zudem ist auffällig, dass Kostenstellen mit und ohne Abgeltungen der Kantone nicht getrennt werden müssen, was zu einer erschwerten Nachvollziehbarkeit führt. Zusammenfassend sprechen gute Gründe dafür, dass Verrechnungspreismöglichkeiten, wie von der VO 1370/2007 gefordert, abgewendet werden können, womit auch die zweite Vorgabe an die Rechnungslegung, welche die Verhinderung von unzulässigen Quersubventionierungen bezwecken, mutmasslich erfüllt wäre. Eine abschliessende Beurteilung kann an dieser Stelle jedoch nicht erfolgen.

---

<sup>602</sup> Art. 17 Abs. 3 RKV.

<sup>603</sup> Art. 13 Abs. 1 RKV.

<sup>604</sup> Art. 6 Abs. 1 lit. a RKV.

847  
Drittens und letztens ist zu eruieren, ob die zweckwidrige Verwendung der Abgeltungszahlungen in anderen Tätigkeiten des Verkehrsunternehmens generell ausgeschlossen werden kann (vgl. oben [Rz. 839](#)). Dabei ist davon auszugehen, dass das BAV und die zuständigen kantonalen Behörden u.a. jährlich zu prüfen haben, ob die erhaltenen Abgeltungen im Geschäftsjahr ihrem Zweck entsprechend verwendet wurden: Wie bereits dargestellt gibt die RKV explizit vor, dass bestimmte Unterlagen zur subventionsrechtlichen Prüfung von Abgeltungen erhaltenden Verkehrsunternehmen einzureichen sind.<sup>605</sup> Des Weiteren können die Besteller innerhalb ihrer eigenen Prüftätigkeit ebenfalls weitergehende Unterlagen verlangen.<sup>606</sup> Auch haben die Verkehrsunternehmen den kantonalen Behörden Informationen über Rechnungswesen und Statistiken zu geben<sup>607</sup> sowie den Geschäftsbericht zu überreichen.<sup>608</sup>

848  
Das BAV, die Eidgenössische Finanzkontrolle sowie die Finanzkontrollen der Kantone führen im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit stichproben- und risikoorientierte Prüfungen durch.<sup>609</sup> Fraglich erscheint allerdings, ob diese Prüfungen soweit in die Tiefe gehen, dass die Schlussfolgerung erfolgen könnte, der Ausschluss der zweckwidrigen Verwendung sei gewährleistet. Die Prüfungen der genannten Stellen werden durch die Revisionen externer Revisionsstellen untermauert, welche die interne Revision ergänzen: Jedes Unternehmen, das Abgeltungen erhält, muss mindestens eine eingeschränkte Revision durchführen lassen.<sup>610</sup> Unternehmen, deren Abgeltungen (sowohl vom Bund als auch von Kantonen stammend) kumulativ für regionalen Personenverkehr sowie für Infrastruktur CHF 10 Mio. pro Jahr überschreiten, müssen sogar eine ordentliche Revision durchführen lassen.<sup>611</sup>

849  
Im Rahmen der eingeschränkten Revision wird überprüft, i) ob die Jahresrechnung den gesetzlichen Vorschriften und Statuten entspricht sowie ii) ob der Antrag des Verwaltungsrats an die Generalversammlung über die Bilanzgewinnverwendung den gesetzlichen Vorgaben und Statuten entspricht.<sup>612</sup> Des Weiteren beschränkt sich die Prüfung auf «Befragungen, analytische Prüfungshandlungen und angemessene Detailprüfungen»,<sup>613</sup> welche letztlich im

---

<sup>605</sup> Art. 6 RKV.

<sup>606</sup> Art. 6 Abs. 3 RKV.

<sup>607</sup> Art. 5 RKV.

<sup>608</sup> Art. 3 Abs. 3 *in fine* RKV.

<sup>609</sup> KÖNIG/JAMPEN/STIRNIMANN, 2.

<sup>610</sup> Art. 4 Abs. 3 *ab initio* RKV.

<sup>611</sup> Art. 4 Abs. 3 RKV.

<sup>612</sup> Art. 729a Abs. 1 OR.

<sup>613</sup> Art. 729a Abs. 2 OR.

Ermessen der Revisionsstelle liegen. Zudem ist es bei der eingeschränkten Revision zulässig, dass die Revisionsstelle unter Wahrung gewisser Voraussetzungen auch an der Buchführung des zu prüfenden Unternehmens mitwirken kann.<sup>614</sup> Dies ist vor dem Hintergrund relevant, dass die «subventionsrechtliche Prüfung durch die Aufsichtsbehörde [...] die Prüfung der Revisionsstelle des Unternehmens [ergänzt].»<sup>615</sup> M.a.W. stellt das BAV bei der subventionsrechtlichen Prüfung grösstenteils auf die Prüfung der Revisionsstelle ab und fügt dieser seine eigene – lediglich stichproben- und risikoorientierte – Prüfung hinzu, anstatt eine tiefgehende Prüfung durchzuführen. In Anbetracht dieser Tatsachen erscheint zumindestens fraglich, ob eine eingeschränkte Revision in der notwendigen Tiefe erfolgt, um eine sichere Basis für die Prüfung des Ausschlusses der Zweckwidrigkeit zu bilden, insbesondere da das BAV bei der subventionsrechtlichen Prüfung grösstenteils auf die Prüfung der Revisionsstelle abstellt.

- 850 Bei der ordentlichen Revision ist es hingegen bedeutsam, dass die Revisionsstelle auch prüft, ob ein internes Kontrollsystem existiert, dieses bei seiner Prüfung berücksichtigt und Feststellungen dazu in ihrem Revisionsbericht trifft.<sup>616</sup> Da das interne Kontrollsystem auch ein gesondertes Augenmerk auf die Betriebskosten- und Leistungsrechnung als interne Buchhaltung bzw. Kontrollwerkzeug haben muss, wird damit auch die für die subventionsrechtliche Prüfung bedeutsame Betriebskosten- und Leistungsrechnung durch die externe Revision näher ins Auge gefasst. Damit scheint eine Sicherstellung des Ausschlusses der zweckwidrigen Abgeltungsverwendung besser gewährleistet.
- 851 Abgeltungserhaltende Verkehrsunternehmen, welche einer ordentlichen Revision zu unterziehen sind, werden somit eher darauf geprüft, dass die Abgeltungen nicht zu anderen Zwecken verwendet werden, selbst wenn die prüfende Behörde nur stichprobenartig und risikoorientiert ihre Prüfungen durchführt. Auch Verkehrsunternehmen, welche «nur» einer eingeschränkten Revision unterzogen werden, können vorbehaltlich der tatsächlichen Prüfungspraxis der Behörden diese Anforderung erfüllen. Eine zweckwidrige Verwendung der Abgeltungszahlungen in anderen Tätigkeiten des Verkehrsunternehmens sollte daher ausgeschlossen sein, wenn das Unternehmen der ordentlichen Revision unterliegt. In Bezug auf die eingeschränkte Revision stellt sich dagegen die Frage, ob diese in der notwendigen Tiefe erfolgt. Im All-

---

<sup>614</sup> Art. 729 Abs. 2 OR.

<sup>615</sup> Art. 37 Abs. 2 PBG.

<sup>616</sup> Art. 728a Abs. 1 und Abs. 2 OR, Art. 728b Abs. 1 OR.



gemeinen ist jedoch anzunehmen, dass auch die dritte Vorgabe an die Rechnungslegung, welche die Verhinderung von unzulässigen Quersubventionierungen bezwecken, erfüllt ist.

In diesem Rahmen muss ein Vorbehalt genereller Art ausgesprochen werden, da das BAV insoweit Ermessensspielraum hat, dass es Verkehrsunternehmen, die Abgeltungen erhalten, u.U. Erleichterungen gewähren kann: Sowohl bei der Mindestgliederung der Markterlöse als auch der Kosten kann das BAV einem Unternehmen Erleichterungen gewähren (aber auch Verschärfungen anordnen).<sup>617</sup> Dadurch können Unschärfen bei der Frage der Kontentrennung oder der Verrechnung von Kostenstellen mit oder ohne Abgeltungen entstehen. Auch kann das BAV einem Verkehrsunternehmen auf Gesuch hin gewähren, dass die Betriebskosten- und Leistungsrechnung nur über einen Teil des Unternehmens geführt werden muss.<sup>618</sup> Auch dies kann Unschärfen bedeuten. Hier ist das BAV angehalten, dafür Sorge zu tragen, dass die Verrechnung von Kostenstellen mit oder ohne Abgeltungen verhindert wird.

852

Die im Zuge des PostAuto-Skandals eingeleitete Reform des regionalen Personenverkehrs und deren Rechnungslegungsbestimmungen bezweckt, Anpassungen des Aufsichts- und Controllingsystems im Rahmen des abgeltungsberechtigten regionalen Personenverkehrs vorzunehmen. Am 4. Juni 2021 hat der Bundesrat die entsprechende Botschaft zur Änderung des Personenbeförderungsgesetzes<sup>619</sup> verabschiedet und an das Parlament überwiesen. Dieses nahm die Reform des regionalen Personenverkehrs und der Rechnungslegung am 16. Dezember 2022 an. Eine beihilfenrechtliche Bewertung dieser Reform konnte jedoch noch nicht erfolgen. Noch dazu soll der Bundesrat eine Verordnung erlassen, welche die derzeit bestehende RKV ersetzen soll.<sup>620</sup> Darüber hinaus soll das BAV zusammen mit den Verkehrsunternehmen und Kantonen eine Wegleitung (sog. «Guidance») erarbeiten, welche die gesetzlichen Vorgaben für die Rechnungslegung und das Controlling präzisieren soll. Gemäss der Botschaft zum Personenbeförderungsgesetz sollen dabei verbindliche Vorgaben hinsichtlich konzerninterner Leistungsverrechnungen festgelegt werden.<sup>621</sup> Das neue Rechnungslegungs- und Controlling-Paket des regionalen Personenverkehrs bedürfte daher einer eigenen differenzierten beihilferechtlichen Bewertung, wie dies oben in Bezug auf die RKV erfolgte.

853

---

<sup>617</sup> Art. 16 Abs. 5 und Art. 17 Abs. 4 RKV.

<sup>618</sup> Art. 13 Abs. 3 RKV.

<sup>619</sup> BBl 2021, PBG, 1485 ff.

<sup>620</sup> Art. 35a Abs. 3 nPBG; BBl 2021, PBG, 1485, 40.

<sup>621</sup> BBl 2021, PBG, 1485, 22.

gg) *Fazit*

- 854 Unter der Prämisse der vorliegenden Untersuchung würde sich die Zulässigkeit von Abgeltungen für ungedeckte Plankosten des schweizerischen Personenverkehrs anhand der Nettoeffektsklausel der VO 1370/2007 beurteilen, für welche mehrere materielle Berechnungselemente einzubeziehen und formelle Berechnungsvorgaben einzuhalten sind. In Bezug auf die formellen Anforderungen, insbesondere hinsichtlich des Zeitpunkts und der Intervalle der behördlichen Kontrollen sowie betreffend die Anforderungen an die Rechnungslegung und die Art und Weise, wie die Kosten der Verkehrsleistung berechnet werden, ist davon auszugehen, dass die schweizerischen Vorgaben im regionalen Personenverkehr die Anforderungen der VO 1370/2007 erfüllen und zum Teil sogar strenger ausfallen. Ob die behördlichen Kontrollen dagegen materiell den beihilferechtlichen Anforderungen einer Überkompensationskontrolle i.S. der VO 1370/2007 entsprechen, kann nicht abschliessend beurteilt werden.
- 855 Hintergrund ist, dass eine abstrakte Untersuchung es nicht ermöglicht, zu eruieren, ob die kumulativen Voraussetzungen zur Berechnung des finanziellen Nettoeffekts, welcher eine Überkompensation der Verkehrsunternehmen verhindern soll, erfüllt sind. Die allgemeine Frage, ob die schweizerische Praxis der Leistung von Abgeltungen für ungedeckte Plankosten im regionalen Personenverkehr den beihilferechtlichen Anforderungen entspricht, kann somit nicht pauschal beantwortet werden. Vielmehr müsste für jede einzelne Linie des schweizerischen regionalen Personenverkehrs eine konkrete Berechnung des finanziellen Nettoeffekts anhand der anzuwendenden Formel (vgl. oben [Rz. 824](#)) und Ausführungen erfolgen. Insbesondere interne und/oder externe Netzeffekte können nur auf Grundlage konkreter Umstände beurteilt werden. Da die zuständigen schweizerischen Behörden jedoch seit mehreren Jahren bestrebt sind, die Höhe der Abgeltungen für ungedeckte Plankosten für Verkehrsunternehmen kontinuierlich zu reduzieren, kann *prima facie* festgehalten werden, dass eine Überkompensation der Verkehrsunternehmen grundsätzlich nicht angestrebt wird.
- 856 Dabei ist zu berücksichtigen, dass Abgeltungen für ungedeckte Plankosten nur dann Gegenstand der Anforderungen des Anhangs der VO 1370/2007 sind, wenn die Verkehrsverträge, in deren Rahmen die Abgeltungen geleistet werden, direkt vergeben wurden. Abgeltungen, die im Rahmen von wettbewerblich vergebenen Verkehrsverträgen geleistet werden, unterliegen dagegen diesen Anforderungen nicht, weil diese in einem Preisfindungsprozess unter Marktbedingungen zustande kommen und sich daher eine beihilferechtliche Bewertung nicht aufdrängt.

Werden die Verkehrsverträge dennoch direkt vergeben, sind die Abgeltungen an den Vorgaben des Anhangs der VO 1370/2007 zu messen. Bei der Anwendung dieser Bestimmungen steht den zuständigen Behörden und den Verkehrsunternehmen allerdings ein ökonomischer Ermessensspielraum zu. Da sich weder aus den Vorgaben des Unionsgesetzgebers noch aus der Rechtsprechung der Unionsgerichte absolut verbindliche Vorgaben über die Höhe des finanziellen Nettoeffekts erleiten lassen, ist es aus der Sicht des Unionsrechts nicht zu beanstanden, wenn die zuständigen Behörden zu unterschiedlichen Einschätzungen gelangen, insbesondere bei der Berücksichtigung der internen und externen Netzwerkeffekte.<sup>622</sup> Dies entspricht auch der Praxis der Unionsgerichte, welche im Nachgang zur *Altmark-Trans*-Rechtsprechung erfolgte, wonach den EU-Mitgliedstaaten nicht nur bei der Definition von Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, sondern auch bezüglich der Vergütung bei deren Erbringung weite Ermessensspielräume zuzustehen sind, welche keiner unionsrechtlichen Überprüfung unterstehen.<sup>623</sup>

857

Die Regelungen des Anhangs der VO 1370/2007 sind somit stark auslegungsbedürftig und bergen dementsprechend Rechtsunsicherheit. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn wie bei der vorliegenden Untersuchung allgemeine Bestimmungen zu beurteilen sind. Gleiches trifft auch auf die beihilferechtliche Beurteilung von Gesetzesentwürfen zu, wie z.B. auf den bundesrätlichen Entwurf des geänderten Personenbeförderungsgesetzes. Aus diesem Grund ist es in den EU-Mitgliedstaaten nicht unüblich, Gesetzesentwürfe, welche Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen zum Gegenstand haben, vor deren Verabschiedung durch den (nationalen oder lokalen) Gesetzgeber von der EU-Kommission auf deren Vereinbarkeit mit der VO 1370/2007 bewerten zu lassen.<sup>624</sup> Somit können die zuständigen Behörden und die betroffenen Unternehmen die Rechtsunsicherheit eliminieren.<sup>625</sup> Als EU-Mitgliedstaat könnte die Schweiz somit die sich derzeit im Ge-

858

<sup>622</sup> Vgl. Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 2b.

<sup>623</sup> EuG, Urteil vom 12. Februar 2008 in der Rechtssache T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29 – BUPA u.a./Kommission, Rz. 189.

<sup>624</sup> Vgl. z.B. Fall SA.34155, Regional law on the compensation of school bus transport in the Land Rhineland-Palatinate, Entscheidung vom 22. Januar 2014, welche eine beihilferechtliche Überprüfung des «Landesgesetzes des Bundeslands Rheinland-Pfalz über den Ausgleich von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen im Ausbildungsverkehr» zum Gegenstand hatte.

<sup>625</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.6.

setzgebungsverfahren befindende Reform des regionalen Personenverkehrs und deren Rechnungslegungsbestimmungen von der EU-Kommission prüfen lassen, um Gewissheit über deren beihilferechtlichen Zulässigkeit zu erhalten.

c) Gewinnverbot

- 859 Wie im vorangegangenen Kapitel bereits erörtert, hat die zuständige Behörde bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts, welcher die Obergrenze für die vom Verkehrsunternehmen zu empfangende Ausgleichszahlungen festlegt, dem Verkehrsunternehmen einen «angemessenen Gewinn» zuzugestehen.<sup>626</sup> Dabei schreibt die VO 1370/2007 keinen einheitlichen Renditesatz vor, sondern fordert kumulativ, dass i) dieser «in dem betreffenden Sektor in einem bestimmten Mitgliedstaat» der üblichen Höhe zu entsprechen hat und ii) dass bei der Angemessenheitsprüfung das vom Verkehrsunternehmen eingegangene Risiko zu berücksichtigen ist.<sup>627</sup> In Bezug auf die erste Voraussetzung ist festzuhalten, dass in der schweizerischen Abgeltungspraxis im regionalen Personenverkehr eine «angemessene Kapitalrendite» nicht vorgesehen ist. Vielmehr ist die Erwirtschaftung eines Gewinns durch die Verkehrsunternehmen an sich im Prinzip gar nicht beabsichtigt. Wird ein solcher dennoch erwirtschaftet, sind zwei Drittel des Überschusses einer Spezialreserve zuzuweisen.<sup>628</sup> Eine «angemessene Kapitalrendite» i.S. der VO 1370/2007, anhand welcher sich die Angemessenheit eines Gewinns orientieren könnte, besteht in der schweizerischen Praxis somit gar nicht.
- 860 Ganz im Gegenteil sind die Verkehrsunternehmen im regionalen Personenverkehr in der Schweiz dazu angehalten, eine Gewinnerzielung in die Planung *nicht* aufzunehmen. Im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des Post-Auto-Skandals wird mit der Reform des Personenbeförderungsgesetzes sogar auf Gesetzesstufe explizit festgehalten, dass Verkehrsunternehmen bei der Ermittlung der ungedeckten Kosten keine Gewinn- und Risikozuschläge einrechnen dürfen.<sup>629</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich in Bezug auf die zweite Voraussetzung der VO 1370/2007, wonach das vom Verkehrsunternehmen eingegangene Risiko zu berücksichtigen ist, die Frage wie dies erfolgen kann. Dabei ist zu beachten, dass das allgemeine Beihilferecht darauf abzielt, das negative wettbewerbliche Potenzial staatlicher Fördermassnahmen auszuschalten, ohne die durch diese hervorgerufenen positiven Effekte zu verhindern. Es zielt

---

<sup>626</sup> Ziff. 2 Anhang der VO 1370/2007; vgl. die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.IV.3.b\)aa](#).

<sup>627</sup> Ziff. 6 Anhang der VO 1370/2007.

<sup>628</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.3](#).

<sup>629</sup> Art. 35a Abs. 1 nPBG.

aber nicht darauf ab, Unternehmen vor einer Unterkompensation zu schützen. Dies ergibt sich auch explizit aus dem – im Sinne einer Auslegeordnung herbeizuziehenden – allgemeinen DAWI-Leitfaden,<sup>630</sup> welcher die VO 1370/2007 (als besonderes Beihilferecht) prägt.<sup>631</sup> Gemäss der EU-Kommission «verbieten die Beihilfavorschriften [...] lediglich eine Überkompensation, d.h. einen Ausgleich, der über das hinausgeht, was für die Erfüllung der übertragenen Aufgaben erforderlich ist. Es ist zulässig, den Erbringern einer [...] DAWI einen geringeren oder gar keinen Ausgleich zu gewähren.»<sup>632</sup> Diese Regelung, welche dem allgemeinen Beihilferecht entnommen ist, kommt somit auch in den besonderen beihilferechtlich legitimierten Vorschriften der VO 1370/2007 zu tragen. Somit verpflichtet die VO 1370/2007 die zuständigen Behörden nicht dazu, Verkehrsunternehmen einen angemessenen Gewinn zu gewähren, wenn ein Verkehrsunternehmen mit gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen belastet wird.

Auch wenn sich die Unionsgerichte hierzu noch nicht geäussert haben, entspricht diese Ansicht der Praxis nationaler Gerichte, wonach aus der VO 1370/2007 einschliesslich ihrem Anhang weder ein Anspruch auf Vollkompensation des finanziellen Nettoeffekts noch ein Verbot der Unterkompensation oder ein Anspruch auf Gewinn folgt.<sup>633</sup> Im Rahmen der Revision der VO 1370/2007, welche durch den Erlass der VO 2016/2338 erfolgte, wurde der Erlass eines Unterkompensationsverbots im Europäischen Parlament durchaus erörtert, im weiteren Gesetzgebungsprozess jedoch wieder verworfen.<sup>634</sup> Es entspricht daher dem Willen des Unionsgesetzgebers auf ein Unterkompensationsverbot zu verzichten. Daher ist eine zuständige Behörde auch nicht verpflichtet, einem Verkehrsunternehmen einen Gewinn zu gewähren. Der Verzicht der schweizerischen Behörden auf die Gewährung eines «angemessenen Gewinns» für die Erbringung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr und die Absicht des Gesetzgebers, ein explizites Gewinnverbot auf Gesetzesstufe zu verankern, sind somit mit den Anforderungen der VO 1370/2007 vereinbar. Auf die Frage, wie ein allfälliger «angemessener Gewinn» zu berechnen wäre, ist im Rahmen der vorliegenden Untersuchung daher nicht einzugehen.

861

---

<sup>630</sup> Vgl. FN 387.

<sup>631</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 49.

<sup>632</sup> DAWI-Leitfaden, Ziff. 145.

<sup>633</sup> OVG Münster, Urteil vom 24. November 2015 in der Rechtssache 13 A 2239/14, ECLI:DE:OV-GNRW:2015:1124.13A2239.14.00, Rz. 29 ff.; VG Münster, Urteil vom 25. September 2014 in der Rechtssache 10 K 2545/11, ECLI:DE:VGMS:2014:0925.10K2545.11.00, Rz. 43 ff.

<sup>634</sup> Standpunkt des Europäischen Parlaments in erster Lesung vom 26. Februar 2014 in Strassburg, EP-P7\_TA(2014)0148, Abänd. 10.

d) Anreizeffekte

- 862 In der Praxis des schweizerischen regionalen Personenverkehrs hat die Erwirtschaftung eines Gewinns durch ein Verkehrsunternehmen zur Folge, dass in der folgenden Vergabeperiode die Abgeltungsbeträge durch die Besteller reduziert oder gar zurückgefordert werden. Diese durch das Gewinnverbot bedingte Ausgestaltung des Abgeltungssystems wirkt sich dahingehend aus, dass die Anreizwirkung für die Verkehrsunternehmen, einen Gewinn zu erwirtschaften, *de facto* beschränkt ist.<sup>635</sup> Gemäss der VO 1370/2007 «[muss] das Verfahren zur Gewährung der Ausgleichsleistung [...] einen Anreiz geben zur Aufrechterhaltung oder Entwicklung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung [...] und der Erbringung von Personenverkehrsdiensten [in] ausreichend hoher Qualität.»<sup>636</sup> Diese Vorgabe substituiert das (äussert vage und in der Praxis kaum zu handhabende) vierte *Altmark-Trans*-Kriterium, wonach die Höhe eines Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen ist, die einem durchschnittlichen, gut geführten Unternehmen entstehen (vgl. zu den *Altmark-Trans*-Kriterien oben [Rz. 75 ff.](#)), durch eine Pflicht zur Anreizsetzung. Die deutsche Fassung ist etwas irreführend, indem auf «das Verfahren zur Gewährung der Ausgleichszahlung» Bezug genommen wird. Aus den englischen («method of compensation»), den französischen («méthode de compensation») und den italienischen Fassungen («metodo di compensazione») ergibt sich jedoch, dass sich die Bestimmung nicht auf das Verfahren vor dem Vertragsschluss bezieht, sondern lediglich auf die Berechnung der vertraglichen Ausgleichsleistung. Dadurch ergibt sich jedoch auch, dass den zuständige(n) Behörde(n) und dem Verkehrsunternehmen kein Ermessen darüber zusteht, ob sie ein solche Vertragsklausel in den Verkehrsvertrag aufnehmen oder nicht. Vielmehr ist die Festhaltung eines vertraglichen Anreizeffekts verbindlich vorgeschrieben.<sup>637</sup>
- 863 Unter einem Anreiz ist ein im vertraglich festgehaltener wirtschaftlicher Mechanismus zu verstehen, welcher das Verkehrsunternehmen über dessen Vertragstreue hinaus zur Beibehaltung und Stärkung seiner wirtschaftlichen Effizienz veranlasst. Dieser Mechanismus muss im Ausgleichsmechanismus,<sup>638</sup>

---

<sup>635</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.3.](#)

<sup>636</sup> Ziff. 7 Anhang der VO 1370/2007.

<sup>637</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 54.

<sup>638</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.IV.3.b.](#)

d.h. im Verkehrsvertrag, verankert sein. Anreize, welche lediglich in Form von Boni an die Geschäftsleitung des Verkehrsunternehmens bestehen, genügen dieser Anforderung nicht.<sup>639</sup>

Der Anreiz soll zu einer wirtschaftlichen Geschäftsführung anhalten. Eine Geschäftsführung ist wirtschaftlich, wenn das Unternehmen effizient arbeitet, d.h. mit dem eingesetzten Input den grösstmöglichen Output generiert. Bei Unternehmen, welche bereits zufriedenstellend effizient sind, genügt es, Anreize zu setzen, welche diesen Zustand beibehalten.<sup>640</sup> Die Wirtschaftlichkeit muss objektiv evaluierbar sein, weshalb nur Anreizsysteme, welche eine (gesteigerte) Effizienz in irgendeiner Form messen können, den Anforderungen entsprechen. Hierzu bieten sich zwei Methoden an: ökonometrische Vergleiche oder analytische Kostenmodelle.<sup>641</sup> Die Anforderungen an die Objektivität werden bereits erfüllt, wenn das System potenziell dazu beitragen kann, den durch die zuständige(n) Behörde(n) zu zahlenden Ausgleichsbetrag zukünftig zu reduzieren, z.B. durch Kappungsgrenzen.<sup>642</sup>

864

Im regionalen Personenverkehr der Schweiz würde die Erwirtschaftung eines Gewinns durch das Verkehrsunternehmen zur Folge haben, dass zwei Drittel davon in die Spezialreserve einzuzahlen sind und dass in der folgenden Vergabeperiode die Abgeltungsbeträge durch die Besteller reduziert und gar zurückgefordert werden würden. Die Besteller, d.h. das BAV und die Kantone, fordern Effizienzfortschritte ein, indem sie im Laufe der Zeit, von Vergabeperiode zu Vergabeperiode, die Abgeltungsbeiträge immer geringer ausfallen lassen.<sup>643</sup> Für die Verkehrsunternehmen besteht daher der Anreiz nicht darin, im Laufe der laufenden Vergabeperiode einen Gewinn zu erwirtschaften, sondern vielmehr darin, im Laufe der zukünftigen Vergabeperiode keinen Verlust einzufahren. Ein in erst mehreren Jahren zu erwirtschaftender Gewinn oder Verlust kann jedoch nicht bereits einige Jahre zuvor objektiv bestimmt und evaluiert werden. Ganz im Gegenteil erfolgt in der schweizerischen Praxis die Reduzierung i.d.R. *ex post* nach Ablauf einer Vergabeperiode anhand der durch das Verkehrsunternehmen erzielten Umsätze. Es ist daher davon auszugehen, dass das in der Schweiz bestehende System zur Anreizsetzung im regionalen Personenverkehr die Anforderungen an die Objektivität der VO 1370/2007 nicht erfüllt.

865

<sup>639</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 54.

<sup>640</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 55.

<sup>641</sup> MARSZALEK *et al.*, 52.

<sup>642</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 56.

<sup>643</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.3.](#)

- 866 Wirtschaftliche Anreizkriterien werden nicht zuletzt in der DAWI-Mitteilung<sup>644</sup> erörtert. Auch wenn dieses Dokument im Bereich des öffentlichen Personenverkehrsdienstrechts nicht bindend ist, so kann es wiederum als analoge Auslegeordnung herangezogen werden. Nach der DAWI-Mitteilung können die EU-Mitgliedstaaten bei der Festlegung eines angemessenen Gewinns «auch Anreizkriterien zugrunde legen, die sich insbesondere auf die Qualität der erbrachten Dienstleistungen und Effizienzsteigerungen bei der Produktivität beziehen.»<sup>645</sup> Diese Formulierung indiziert, dass die EU-Kommission dem Verkehrsunternehmen erlauben will, Erlössteigerungen oder Kostensenkungen, welche nicht aus *ex ante* kalkulierten Erhöhungen der Fahrgastzahlen oder Rationalisierungsmassnahmen resultieren, beizubehalten, ohne dass die Ausgleichzahlung in gleichem Umfang zu reduzieren wäre.<sup>646</sup>
- 867 Im schweizerischen regionalen Personenverkehr hätte dies zur Folge, dass allfällige erwirtschaftete Gewinne den Verkehrsunternehmen zu belassen wären und dass diese nicht dazu anzuhalten wären, derartige Gewinne in die Spezialreserve einzuzahlen. Eine solche Regelung, wonach eine Behörde bestimmt, wie ein Unternehmen mit seinem Gewinn umzugehen hat, führt nämlich nur zu einer über Jahre hinweg festgelegten planwirtschaftlichen Vorgabe mit reglementierten Renditen.<sup>647</sup> Dies lässt sich jedoch mit der Einführung von unternehmerischen Freiheiten und Ertragsanreizen, welche durch das Bestellprinzip und die damit einhergehende Verlagerung des Geschäftsrisikos auf die Verkehrsunternehmen erfolgte, nicht vereinbaren. Unabhängig der beihilferechtlichen Bestimmungen stellt sich insoweit die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Reglementierung mit der verfassungsrechtlich verankerten Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 und Art. 94 BV, der Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 BV und der Rechtsgleichheit nach Art. 8 BV.
- 868 In Bezug auf das Erfordernis, wonach das «Verfahren zur Gewährung der Ausgleichsleistung» einen Anreiz zur Erbringung von Personenverkehrsdiensten in ausreichend hoher Qualität geben muss, ist festzuhalten, dass die VO 1370/2007 keinen (EU-weiten) einheitlichen Standard für eine «ausreichend hohe Qualität» von Verkehrsleistungen vorgibt. Ein solcher wäre im Sinne des Subsidiaritätsprinzips<sup>648</sup> auch nicht angebracht. Dementsprechend liegt es im Ermessen der Mitgliedstaaten – und dort an den zuständigen Behörden – fest-

---

<sup>644</sup> Vgl. FN 387.

<sup>645</sup> DAWI-Mitteilung, Rz. 61.

<sup>646</sup> So auch Linke VO (EG)LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 53.

<sup>647</sup> Linke VO (EG)LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 53.

<sup>648</sup> Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 EUV und Protokoll Nr. 2 zum EUV.



zulegen, wann die Qualität von Verkehrsleistungen «ausreichend hoch» ist.<sup>649</sup> Dabei sind allerdings die Qualitätsstandards<sup>650</sup> und die Anreizmechanismen zu deren Einhaltung oder Verbesserung festzulegen.<sup>651</sup>

Für den schweizerischen regionalen Personenverkehr würde dies bedeuten, dass die Besteller, d.h. das BAV und die kantonalen Behörden, wie bis anhin auch die Standards für eine ausreichend hohe Qualität von Verkehrsleistungen nach eigenem Ermessen festlegen können – allerdings unter der Voraussetzung, dass diese vorgängig schriftlich festgehalten werden. 869

Zusammenfassend kann somit konstatiert werden, dass die Besteller, d.h. das BAV und die Kantone, um den Anforderungen der VO 1370/2007 zu genügen, in den Verkehrsverträgen mit den Verkehrsunternehmen die Anzeizeffekte der Verkehrsunternehmen verbindlich festschreiben müssten. Diese müssten Bestandteil des Ausgleichsmechanismus sein und eine objektive *ex ante* Evaluierung der Anreize beinhalten. Eine nachträgliche *ex post* Anpassung der Anreize ist dagegen nicht zulässig. Denkbar wäre es aber, in einer bereits laufenden Vergabeperiode die angestrebte Reduzierung der Abgeltungen in der kommenden Vergabeperiode vorgängig festzuhalten – soweit dies überhaupt objektiv vorhersehbar ist. 870

Erwirtschaften Verkehrsunternehmen entgegen den *ex ante* durchgeführten Planungen einen Gewinn, ist er den Verkehrsunternehmen zu belassen. Die obligatorische Zuweisung von zwei Dritteln des Gewinns in die Spezialreserve und die dahingehende Erweiterung dieser Pflicht, dass mit der Reform des Personenbeförderungsgesetzes zukünftig neben dem Bund auch die Kantone eine solche Zuweisung verlangen können sowie der geplante Wegfall der Obergrenzen, ab deren Erreichung Verkehrsunternehmen über ihren Gewinn frei verfügen können, sind vor diesem Hintergrund kritisch zu sehen: Damit würde der Entzug des Gewinns gar konsolidiert und die wirtschaftlichen Anreize der Verkehrsunternehmen weiter gesenkt werden. 871

---

<sup>649</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.1.

<sup>650</sup> Z.B. Pünktlichkeitsstandards, Anschlussreichungsquoten, Sicherheits- und Sauberkeitsanforderungen, Kundenservice, Fahrzeugstandarts (u.a. hinsichtlich der Behinderten- und Umweltgesetzgebung), usw.

<sup>651</sup> Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, Anhang, N 57.

#### 4. Finanzhilfen und finanzielle Entlastungen

##### a) Bürgschaften, Beiträge und Darlehen

872 Neben den Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten können Verkehrsunternehmen, die Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr erbringen, weitere öffentliche Finanzhilfen erhalten, namentlich Bürgschaften,<sup>652</sup> finanzielle Beiträge und Darlehen.<sup>653</sup> Die Gewährung solcher Finanzhilfen ist praktisch in erster Linie für die Beschaffung von Fahrzeugen relevant, d.h. wenn die Verkehrsunternehmen Busse, Lokomotiven, Waggons oder Triebzüge beschaffen müssen, um die Verkehrsleistungen auf der Strasse oder der Schiene überhaupt erbringen zu können, oder wenn Modernisierungen der Fahrzeugflotten anstehen, um den Komfort der Reisenden zu verbessern oder um die Umweltbelastungen zu reduzieren. I.d.R. liegt die Beschaffung solcher Fahrzeuge im Verantwortungsbereich der Verkehrsunternehmen, weshalb diese die hierfür notwendigen finanziellen Mittel selbst aufzubringen oder auf den Kapitalmärkten zu beschaffen haben. Regelmässig wird nicht nur in der Schweiz, sondern auch in den EU-Mitgliedstaaten die öffentliche Hand die Verkehrsunternehmen bei den privatrechtlichen Fahrzeugbeschaffungsmassnahmen unterstützen, insbesondere durch die Gewährung von Bürgschaften/Garantien, bei der Beschaffung von Fremdkapital (in der Linie zur Finanzierung der Fahrzeugbeschaffung) oder durch direkte finanzielle Unterstützungsmassnahmen.

873 Die in der Schweiz bestehenden Möglichkeiten, wonach den Verkehrsunternehmen Bürgschaften erteilt werden können<sup>654</sup>, oder dass das BAV und die beteiligten Kantone mit den betreffenden Verkehrsunternehmen Verkehrsinvestitionsvereinbarungen abschliessen, wodurch die öffentliche Hand den Verkehrsunternehmen Beiträge und Darlehen<sup>655</sup> gewährt werden, wären somit vordergründig nicht als problematisch anzusehen, soweit dabei die Voraussetzungen der VO 1370/2007 eingehalten werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den staatlichen Unterstützungsmassnahmen des schweizerischen Verkehrsrechts nicht um einseitige Vorteilsgewährungen handelt, sondern i.d.R. um synallagmatische Vertragsverhältnisse zwischen der öffentlichen Hand und den Verkehrsunternehmen. Für die Übernahme einer Bürgschaft hat das Verkehrsunternehmen eine besondere Verwaltungsgebühr

---

<sup>652</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.4.a](#)).

<sup>653</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.III.4.b](#)) und [Teil 2, D.III.4.c](#)).

<sup>654</sup> Art. 31 Abs. 1 PBG und Art. 34 ff. ARPV.

<sup>655</sup> Art. 31 Abs. 2 PBG und Art. 41 ff. ARPV.

zu leisten, in Form einer Provision i.H.v. 1‰ der gewährten Bürgschaftssumme, jedoch mindestens CHF 5'000 und maximal CHF 100'000.<sup>656</sup> Diese Gebühr wird bei Abschluss der Bürgschaft einmalig für die gesamte Dauer der Schuldverpflichtung erhoben.<sup>657</sup> Da die Bestimmungen der VO 1370/2007 abschliessend sind,<sup>658</sup> kann eine (subsidiäre) nähere Beurteilung der Provision anhand des sog. *Private Investor Tests* des allgemeinen Beihilferechts<sup>659</sup> unterbleiben. Auch kann der Bund flankierende Massnahmen im Verkehrsbereich verlangen.<sup>660</sup> Des Weiteren wird festgehalten, dass die gewährten Darlehen zurückzuzahlen sind, auch wenn sie nicht verzinst werden.<sup>661</sup>

Die soeben beschriebenen Finanzierungshilfen haben Auswirkungen auf die Kosten der Verkehrsunternehmen zur Erbringung der Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr. Einerseits wirken diese sich vorteilhaft aus, indem z.B. geringere Zinsen bei der Beschaffung von Fremdkapital zu leisten sind. Andererseits entstehen den Verkehrsunternehmen auch wiederum Kosten, z.B. indem die o.g. Provision für die staatliche Bürgschaft zu leisten ist oder indem die staatlichen Darlehen zurückzuzahlen sind. Beschaffungskosten für Fahrzeuge sind somit typischerweise als Betriebskosten der Verkehrsunternehmen anzusehen. Diese Posten sind daher im Rahmen der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts<sup>662</sup> unter den «Kosten der Verkehrsleistung» aufzuführen.<sup>663</sup> Damit beeinflusst die Gewährung von Bürgschaften, Beiträgen und Darlehen direkt auch die zulässige Höhe der Ausgleichzahlungen für die Verkehrsunternehmen. Soweit die Verkehrsunternehmen im Zusammenhang mit der Beschaffung von Neufahrzeugen bestehende Altfahrzeuge im Flottenpark veräussern, sind diese entsprechenden Einnahmen ebenfalls anzurechnen. Auch sind im Rahmen der Beschaffung von Eisenbahnrollmaterial allfällige durch eine Staatsgarantie im Rahmen des Eurofima-Abkommens entstehenden Zinsvorteile ebenfalls zu berücksichtigen.<sup>664</sup>

874

<sup>656</sup> Art. 45 Abs. 3 GebV-öV.

<sup>657</sup> Art. 45 Abs. 2 GebV-öV.

<sup>658</sup> Vgl. die Auführungen oben, in [Teil 2, D.IV.1.b](#)).

<sup>659</sup> EuGH, Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-303/88, ECLI:EU:C:1991:36 – Italien/Kommission, Rz. 20; vgl. auch die Ausführungen in SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 419 m.w.H.

<sup>660</sup> Art. 35 Abs. 2 ARPV.

<sup>661</sup> Art. 45 Abs. 2 ARPV.

<sup>662</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.IV.3.b](#)).

<sup>663</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.IV.3.b\)bb](#)).

<sup>664</sup> Vgl. FN 326.

875 Solange die Gewährung von Bürgschaften, Beiträgen und Darlehen im Einzelfall nicht dazu führt, dass dadurch die Abgeltungen für ungedeckte Plankosten den finanziellen Nettoeffekt der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung übersteigen, wären diese i.S.v. Ziff. 2 des Anhangs der VO 1370/2007 als zulässig zu betrachten. Die Zulässigkeit von einzelnen Bürgschaften, Beiträgen und/oder Darlehen zugunsten der Verkehrsunternehmen hat daher bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts anhand des konkreten Einzelfalls zu erfolgen.

b) Steuerbefreiungen

876 Verkehrsunternehmen, welche in der Schweiz im regionalen Personenverkehr tätig sind und für die Erbringung der Verkehrsleistungen Abgeltungen für die ungedeckte Plankosten erhalten, sind sowohl von der Bundes- als auch von der kantonalen Steuerpflicht befreit.<sup>665</sup> Im Lichte der VO 1370/2007 sind Steuern, die durch die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung in Form der Erbringung einer Verkehrsleistung verursacht werden, als Kosten der Verkehrsleistung zu qualifizieren.<sup>666</sup> Würden die Verkehrsunternehmen daher keine Steuerbefreiung erhalten, wäre der Aufwand zur Begleichung der Steuerschulden im Rahmen der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts<sup>667</sup> unter den «Kosten der Verkehrsleistung» zu berücksichtigen.<sup>668</sup> Da dieser Aufwand aber aufgrund der Steuerbefreiung gerade nicht anfällt, bedeutet dies im Endeffekt, dass auch kein Aufwand zur Begleichung der Steuerschulden unter den «Kosten der Verkehrsleistung» aufzuführen ist.

877 Zweck der Steuerbefreiung der in der Schweiz tätigen Verkehrsunternehmen ist nicht eine Begünstigung, sondern eine Vereinfachung der Verwaltungsverfahren in Bezug auf die Leistung der Abgeltungen für ungedeckte Plankosten und der Steuerveranlagerung: Ohne die Steuerbefreiungen hätten die Verkehrsunternehmen in ihren Offerten nämlich den Aufwand für die Bundes- und kantonalen Steuern zu berücksichtigen, wodurch sich die Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten für Bund und Kantone um ebendiese geschuldete Steuersumme erhöhen würden. Im Endeffekt würde die öffentliche Hand somit finanzielle Abgeltungen an Unternehmen leisten, um ebendiese durch Steuern wieder einzunehmen. Um dieses sinnlose Nullsummenspiel zu verhindern, rechtfertigt es sich mittels der Steuerbefreiungen der Verkehrsunternehmen, diesen Kreislauf gar nicht erst beginnen zu lassen.

---

<sup>665</sup> Art. 56 Abs. 1 lit. d DBG und Art. 23 Abs. 1 lit. j StHG; Vgl. oben, [Teil 2, D.III.4.e](#).

<sup>666</sup> So auch Linke VO (EG)-LINKE/LÜBBIG, N 26.

<sup>667</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.IV.3.b](#).

<sup>668</sup> Vgl. oben, [Teil 2, D.IV.3.b\)bb](#).

Die Steuerbefreiungen der Verkehrsunternehmen sind somit mutmasslich mit den EU-rechtlichen Anforderungen in Einklang zu bringen und als zulässig zu betrachten, solange diese sich lediglich auf die Verkehrsunternehmen auswirken. Wie bereits oben erörtert, könnten diese Steuerbefreiungen jedoch auch zu einer Begünstigung der Verkehrsunternehmen zu Ungunsten anderer Unternehmen führen, wenn diese, wie z.B. im Werbesektor, auf denselben Märkten tätig sind wie die Verkehrsunternehmen. Allfällige Verfälschungen des Wettbewerbs können daher nicht ausgeschlossen werden, bedürften jedoch einer eigenen eingehenden beihilferechtlichen Bewertung.

878

## V. Auswirkungen einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz

André S. Berne

### I. Landverkehrsabkommen

- 879 Das Landverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU soll u.a. den Güter- und Personenverkehrsmarkt auf der Schiene schrittweise liberalisieren und die Bedingungen für eine abgestimmte Verkehrspolitik zwischen der Schweiz und der EU festlegen. Des Weiteren statuiert es die Bedingungen für eine koordinierte Verkehrspolitik zwischen der Schweiz und der EU auf dem Gebiet des grenzüberschreitenden Güter- und Personenverkehrs.<sup>669</sup> Es enthält zwar beihilferechtliche Bestimmungen, diese sind aber lediglich programmatischer Natur.<sup>670</sup> Ein allgemeines Beihilfeverbot oder konkrete Massnahmen, um allfällige Beihilfen zu verhindern, sieht das Landverkehrsabkommen mithin nicht vor. Ganz im Gegenteil geht es davon aus, dass die Schweiz und die EU bzw. die EU-Mitgliedstaaten Beihilfen erteilen dürfen (und werden), solange diese offen bilanziert werden.<sup>671</sup>
- 880 Im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit staatlicher Beihilfen im Bereich des regionalen Personenverkehrs spielt das Abkommen bereits deshalb keine Rolle, weil es nach dem Willen der Parteien auf diese Verkehrsleistungen keine Anwendung finden soll. In Bezug auf den regionalen Personenverkehr auf der Schiene hält das Landverkehrsabkommen explizit fest, dass es «nicht für die Eisenbahnunternehmen [gilt], deren Betrieb auf den Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr beschränkt ist.»<sup>672</sup> In der Schweiz sind z.B. die SBB oder die BLS, in Deutschland die *Deutsche Bahn* AG, in Frankreich die SNCF und in Italien die *Trenitalia S.p.A.* als EVU u.a. anderem im Regionalverkehr tätig. Bei einer wortwörtlichen Interpretation des Landverkehrsabkommens hätte dies zur Folge, dass sämtliche Tätigkeiten der genannten Verkehrsunternehmen nicht in den Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens fallen würden, nur weil diese Unternehmen u.a. im regionalen Personenverkehr tätig sind. Daher ist das Landverkehrsabkommen dahingehend zu interpretieren, dass es nicht auf

---

<sup>669</sup> Art. 1 Abs. 1 LandVA.

<sup>670</sup> SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438.

<sup>671</sup> Vgl. SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438 ; SEITZ/BERNE, Analyse beihilferechtlicher Bestimmungen, 595.

<sup>672</sup> Art. 2 Abs. 2 LandVA.

Eisenbahnunternehmen Anwendung findet, soweit diese im Stadt-, Vorort- oder Regionalverkehr tätig sind. Der regionale Personenverkehr auf der Strasse ist vom Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens sogar gänzlich ausgenommen.

Die Schweiz wäre auf Grundlage des Landverkehrsabkommens lediglich dann verpflichtet, die Bestimmungen der VO 1370/2007 zu übernehmen, wenn diese in den Anhang 1 des Landverkehrsabkommens aufgenommen werden würde. Erst dadurch könnte sich eine Rechtspflicht zur Übernahme von Unionsrecht in nationales schweizerisches Recht ergeben. Da der regionale Personenverkehr derzeit jedoch ausserhalb des Geltungsbereichs des Landverkehrsabkommens liegt, würde es keine geeignete Grundlage zu Übernahme der Bestimmungen der VO 1370/2007 darstellen.<sup>673</sup> Etwas anderes liesse sich nur erreichen, wenn der Hauptteil des Landverkehrsabkommens durch Zustimmung beider Vertragsparteien, d.h. der EU und der Schweiz, dahin geändert würde, dass der regionale Personenverkehr ebenfalls vom Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens erfasst würde. 881

Dies würde jedoch das Einverständnis der schweizerischen Seite voraussetzen. Solange ein solches nicht erfolgt, hat das Landverkehrsabkommen im Bereich des regionalen Personenverkehrs keine beihilferechtlichen Auswirkungen auf das schweizerische Recht. 882

## 2. Praxisübliche Direktvergabe

In der EU sind gemäss Art. 5 Abs. 3 VO 1370/2007 Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr grundsätzlich im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben. Allerdings enthält die VO 1370/2007 signifikante Ausnahmen von diesem Grundsatz. Demnach können die zuständigen Behörden unter bestimmten Umständen entscheiden, solche Verkehrsleistungen direkt und ohne die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens zu vergeben. 883

Ungeachtet der Berücksichtigung konkreter Einzelfälle könnten die in der schweizerischen Praxis üblichen Direktvergaben im regionalen Personenverkehr jedoch grundsätzlich gerechtfertigt werden: In Bezug auf den Verkehr auf der Strasse käme eine Direktvergabe auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 in Betracht. Für den Verkehr auf der Schiene wäre in vielen Fällen eine Direktvergabe gemäss Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 denkbar. Mit unmittelbaren 884

---

<sup>673</sup> So auch KERN, Eisenbahnrechtsordnung, 641.

Auswirkungen auf die Praxis der Direktvergabe im regionalen Personenverkehr wäre durch eine Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz somit mutmasslich nicht zu rechnen. In Bezug auf die Ausnahmeregelung für die Verkehrsleistungen auf der Schiene wäre jedoch zu beachten, dass eine solche ab dem 25. Dezember 2023 nicht mehr möglich sein wird. Ab diesem Zeitpunkt würde eine andere Ausnahmemöglichkeit zur Direktvergabe oder die Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu prüfen sein.<sup>674</sup>

885 Diese vergaberechtlichen Aspekte wirken sich auf die beihilferechtliche Bewertung aus und wurden auch deshalb im Rahmen der vorliegenden Untersuchung beleuchtet, weil die Art der Vergabe über das anzuwendende Beihilferegime entscheidet bzw., ob ein solches überhaupt Anwendung findet. Erfolgt die Vergabe von Verkehrsleistungen nämlich in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren, so geht das EU-Recht davon aus, dass die Marktkräfte den Preis der Verkehrsleistungen bestimmen und dass der Wettbewerbsdruck auf die bietenden Verkehrsunternehmen sicherstellt, dass eine in der Höhe angemessene Ausgleichzahlung zugunsten des Verkehrsunternehmens zustande kommt. Dadurch werde nicht nur eine Überkompensation des im Vergabeverfahren siegreichen Verkehrsunternehmens verhindert, sondern auch Verfälschungen des Wettbewerbs unterbunden. Der Unionsgesetzgeber folgert daraus, dass solche Ausgleichszahlungen wettbewerbsrechtlich unbedenklich sind, weshalb sie auch keiner beihilferechtlichen Regelung bedürfen. Werden die Verkehrsverträge dagegen durch eine Direktvergabe vergeben, so wird die Anwendung detaillierter und zwingend anzuwendender Berechnungsgrundlagen gefordert. Diese sollen anstelle der Marktkräfte Überkompensationen der Verkehrsunternehmen und Wettbewerbsverfälschungen verhindern. Da eine Direktvergabe die Preisfindung für Ausgleichszahlungen unter Marktbedingungen verhindert, sind Direktvergaben aus der Sicht des Beihilferechts *per se* «superproblematisch». Das EU-Recht folgert daraus, dass der mangelnde Wettbewerb durch detaillierte Marktregulierungen kompensiert werden müsse.<sup>675</sup>

886 Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass sich unter der Prämisse der vorliegenden Untersuchung keine oder wenigstens weit weniger beihilferechtliche Problemstellungen ergeben würden, wenn in der schweizerischen Praxis die Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr durch

---

<sup>674</sup> Infrage kämen z.B. die gleichzeitig mit der Abschaffung der Direktvergabeoption des Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 angenommenen alternativen Direktvergabetatbestände der Art. 5 Abs. 3a, 4a und 4b VO 1370/2007.

<sup>675</sup> Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Anhang der VO 1370/2007.



wettbewerbliche Vergabeverfahren anstatt direkt erfolgen würde. In solch einem Fall wäre die detaillierte Berechnung der zulässigen Höhe von Abgeltungen für ungedeckte Plankosten nämlich obsolet, weil die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung beleuchteten Berechnungsmodelle über die Zulässigkeit von Ausgleichsleistungen gar nicht erst zur Anwendung gelangen würden. Auch könnte die Durchführung von wettbewerblichen Vergabeverfahren im schweizerischen regionalen Personenverkehr Möglichkeiten bieten, die Höhe der Abgeltungen für ungedeckte Plankosten zu reduzieren und damit die Staatshaushalte von Bund und Kantonen zu entlasten.

Im schweizerischen öffentlichen Personenverkehr ist Wettbewerb *im* Markt höchstens marginal zu erkennen.<sup>676</sup> Aufgrund der Direktvergabepraxis im regionalen Personenverkehr gibt es in der Schweiz auch kaum Wettbewerb *um* den Markt. Dies wird damit gerechtfertigt, dass im öffentlichen Verkehr der Schweiz der Grundsatz herrscht, dass die Koordinierung und die Abstimmung der verschiedenen Verkehrssektoren im Vordergrund stehen sollen. Dies soll eine effiziente Ausgestaltung des schweizerischen Verkehrs ermöglichen. Die Reduzierung der Kosten der Verkehrsleistungen ist lediglich ein weiteres strategisches Ziel nebst weiteren. Im Vergleich zur EU erfolgten in der Schweiz aus diesem Grund lediglich einzelne Marktöffnungen. Auch wurden nur wenige Wettbewerbs Elemente in den Verkehrssektor eingefügt.<sup>677</sup> Soweit Kostenreduzierungen angestrebt wurden, sollten diese über regulierende Eingriffe der öffentlichen Hand und durch eine weitreichende hoheitliche Steuerung des Verkehrsangebots erfolgen.

887

Im Allgemeinen ist in der schweizerischen Lehre und Behördenpraxis die Ansicht vorherrschend, dass eine Öffnung des Verkehrssektors für Wettbewerbs Elemente eine Koordinierung des schweizerischen Verkehrs im angestrebten Mass und die Durchführung des *Service-public*-Auftrags verunmöglichen würde.<sup>678</sup> Dabei wird allerdings übersehen, dass das EU-Recht mit Art. 93 AEUV ebenfalls auf eine Vernetzung der Verkehrsträger mithilfe von Koordinierungsbeihilfen abzielt. Auch geht die EU-Kommission explizit davon aus, dass Koordinierungen, namentlich durch Fahrscheinverbände und abgestimmte Fahrpläne, im Interesse der Fahrgäste sind und daher auch gefördert werden sollen.<sup>679</sup> Allfällige daraus resultierende Effekte seien lediglich bei der

888

---

<sup>676</sup> KERN/KÖNIG, 404.

<sup>677</sup> Vgl. die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.1.c](#).

<sup>678</sup> BBl 2021, PBG, 1485, 2, 12; KERN/KÖNIG, 441; KERN, Transportleistungen, 1825; KERN, Eisenbahnrechtsordnung, 655; KÖNIG/JAMPEN/STIRNIMANN, 2.

<sup>679</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.2.

Berechnung der zulässigen Höhe der Abgeltungen für ungedeckte Plankosten einzubeziehen. Für die öffentliche Hand könnte diese Berücksichtigung gleichzeitig zur Folge haben, dass sie niedrigere Abgeltungen für ungedeckte Plankosten zu leisten hätte.

- 889 Eine wettbewerbliche Vergabe würde auch nichts am Umstand ändern, dass in der Schweiz die zuständigen Behörden an der Erstellung der Linienführung und der Fahrpläne mitwirken könnten. Diese behördlich vorgegebenen Anordnungen müssen zwingend eingehalten werden, egal ob die Vergabe direkt erfolgt oder nicht. Würde allerdings das Vergabeverfahren im regionalen Personenverkehr dahingehend geöffnet, dass die Vergabe im wettbewerblichen Verfahren erfolgen würde, wodurch Wettbewerb *um* den Markt ermöglicht würde, bestünde die Möglichkeit, dass weitere Verkehrsunternehmen wirtschaftlich und qualitativ bessere Angebote abgäben (komfortableres Rollmaterial, zusätzliche Angebote wie WLAN, usw.). Da diese Verkehrsunternehmen im Fall des Gewinns einer Ausschreibung auch den gesetzlichen Pflichten für Verkehrsunternehmen nach Art. 12 ff. PBG (inkl. der Pflicht zum Direkten Verkehr<sup>680</sup> und der Koordinierungspflicht<sup>681,682</sup>) unterlägen, würde dies auch nicht zwangsläufig zu einer Abschaffung des derzeitigen schweizerischen Systems der Koordinierung führen.
- 890 Im Juni 2021 hat der Bundesrat jedoch entschieden, dass die Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf der Schiene auch weiterhin direkt an die Verkehrsunternehmen erfolgen sollen.<sup>683</sup> Die soeben gemachten Ausführungen indizieren jedoch, dass es Alternativen zur Entscheidung des Bundesrates am derzeitigen System festzuhalten gäbe. Aus diesem Grund ist sie – insbesondere unter dem Aspekt entgangener Möglichkeiten Kostensenkungen zur Entlastung des öffentlichen Haushalts herbeizuführen – kritisch zu sehen. Dies gilt ebenfalls in Bezug auf die geplante Ausweitung von Zielvereinbarungen im Rahmen der Reform des Personenbeförderungsgesetzes,<sup>684</sup> weil beauftragte Verkehrsunternehmen durch den Abschluss von Zielvereinbarungen in die Lage versetzt werden Ausschreibungen verhindern zu können.<sup>685</sup>

---

<sup>680</sup> Art. 16 PBG.

<sup>681</sup> Art. 17 PBG.

<sup>682</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.II.3.d](#).

<sup>683</sup> Pressemitteilung des Bundesrats vom 23. Juni 2021, Bundesrat hält an Kooperationsmodell im Eisenbahn-Fernverkehr fest, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84118.html>>.

<sup>684</sup> BBl 2021, PBG, 1485, 9, 24 f.

<sup>685</sup> Vgl. die Ausführungen in [Teil 2, D.III.2](#).

Da sich die vorliegende Untersuchung auf beihilferechtliche und nicht auf vergaberechtliche Aspekte fokussiert, wird auf weitere vergaberechtliche Ausführungen verzichtet. Entsprechende Fragen könnten sich aber durchaus stellen. Namentlich seien an dieser Stelle an die Transparenz- und Begründungspflichten der Vergabeentscheidung zu erwähnen.<sup>686</sup> Da der Vergabeprozess im schweizerischen regionalen Personenverkehr unter Ausschluss der Öffentlichkeit zwischen dem BAV, den kantonalen Behörden und den Verkehrsunternehmen trilateral stattfindet, besteht die Möglichkeit, dass ebendiese Transparenz- und Begründungspflichten nicht im vom EU-Recht geforderten Umfang erfüllt werden. Üblicherweise erfolgt im schweizerischen regionalen Personenverkehr eine Direktvergabe ohne Ausschreibung an das bisherige Verkehrsunternehmen. Dadurch stellt sich die Frage, ob das schweizerische Vergabeverfahren im Verkehrssektor den EU-rechtlichen Anforderungen entspricht, da dieses verlangt, dass ein Vergabeverfahren nicht nur grundsätzlich im Wettbewerb zu erfolgen hat, sondern auch offen, fair, transparent und nicht-diskriminierend sein muss – dies sogar dann, wenn die Vergabe ausnahmsweise direkt erfolgt. Insbesondere widerspricht ein reines Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Ausschreibung den Grundsätzen der Transparenz und der Nicht-Diskriminierung.<sup>687</sup>

891

Um einen effektiven und raschen Rechtsschutz Dritter zu gewährleisten, verpflichtet das EU-Recht die Mitgliedstaaten des Weiteren sicherzustellen, dass die Vergabeentscheidungen der zuständigen Behörden in einem wirksamen Nachprüfungsverfahren gerichtlich überprüft werden können.<sup>688</sup> Wenn jedoch die Transparenz- und Begründungspflichten nicht eingehalten wurden, erscheint es äusserst fraglich, dass Dritte ihre Ansprüche in solch einem Verfahren in der Schweiz überhaupt begründen könnten. Dadurch stellt sich insoweit die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Praxis mit der verfassungsrechtlich verankerten Rechtsweggarantie nach Art. 29a BV und dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV.

892

### 3. Abgeltungen für ungedeckte Plankosten, Gewinnverbot und Anreizeffekte

Die Zulässigkeit der Abgeltungen für ungedeckte Plankosten im regionalen Personenverkehr beurteilt sich anhand von formellen und materiellen Anforderungen. In Bezug auf die formellen Anforderungen, insbesondere hinsicht-

893

---

<sup>686</sup> Art. 7 VO 1370/2007.

<sup>687</sup> VO 1370/2007-Leitlinien, Ziff. 2.4.1.

<sup>688</sup> Art. 5 Abs. 7 VO 1370/2007.

lich des Zeitpunkts und der Intervalle der behördlichen Kontrollen sowie betreffend den Anforderungen an die Rechnungslegung und der Art und Weise, wie die Kosten der Verkehrsleistung berechnet werden, ist davon auszugehen, dass die schweizerischen Vorgaben im regionalen Personenverkehr die Anforderungen des EU-Rechts erfüllen und zum Teil sogar strenger ausfallen.

- 894 Im Rahmen einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz wäre daher davon auszugehen, dass sich keine grösseren Auswirkungen auf die formellen Aspekte der behördlichen Kontrollen im regionalen Personenverkehr ergeben würden. Ob die behördlichen Kontrollen dagegen materiell den Anforderungen des EU-Rechts entsprechen, kann nicht abstrakt beurteilt werden. Zumindest wird eine Überkompensation der Verkehrsunternehmen grundsätzlich nicht angestrebt.
- 895 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die zulässige Höhe von Abgeltungen für ungedeckte Plankosten im regionalen Personenverkehr nur dann Gegenstand einer eingehenden Beurteilung sind, wenn die Verkehrsverträge, in deren Rahmen die Abgeltungen geleistet werden, direkt vergeben wurden. Abgeltungen, die dagegen im Rahmen von wettbewerblich vergebenen Verkehrsverträgen geleistet werden, unterliegen diesen Anforderungen nicht, weil diese in einem Preisfindungsprozess unter Marktbedingungen zustande kamen und daher beihilferechtlich als unbedenklich anzusehen sind. Durch einen Verzicht auf die praxisübliche Direktvergabe würde sich somit die beihilferechtliche Frage nach der Zulässigkeit der Abgeltungen für ungedeckte Plankosten im schweizerischen regionalen Personenverkehr gar nicht stellen. Auch in diesem Zusammenhang wäre die Entscheidung des Bundesrats an diesem System festzuhalten daher zu überdenken.
- 896 Da jedoch die Praxis der Direktvergabe beibehalten wird, stellen sich weitere Fragen hinsichtlich des Gewinnverbots und der Anreizeffekte im regionalen Personenverkehrs der Schweiz. Dies, weil die VO 1370/2007 grundsätzlich voraussetzt, dass Verkehrsunternehmen, wenn sie gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen erfüllen – wie dies bei der Erbringung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr der Fall ist – ein «angemessener Gewinn» sowie wirtschaftliche Anreizeffekte zuzustehen sind. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das allgemeine EU-Beihilferecht darauf abzielt, die auf den Wettbewerb negativen Effekte staatlicher Überkompensationen an selektiv ausgewählte Unternehmen zu verhindern, ohne dabei das positive Potenzial allgemeiner staatlicher Fördermassnahmen zu vereiteln. Es zielt aber nicht darauf ab, Unternehmen vor einer staatlichen Unterkompensation zu schützen. Aus diesem Grund ist die Pflicht zur Gewährung eines «angemessenen Gewinns» nicht als

zwingend anzusehen. Damit wären die Besteller des schweizerischen regionalen Personenverkehrs, d.h. das BAV und die zuständigen kantonalen Behörden, bei einer Übernahme des EU-Rechts nicht verpflichtet, den Verkehrsunternehmen in den Planungen einen Gewinn zuzustehen. In Bezug auf das Gewinnverbot wäre somit bei einer Übernahme von EU-Recht durch die Schweiz mutmasslich nicht mit Auswirkungen zu rechnen.

Zwingend vorgegeben ist gemäss dem EU-Recht dagegen die vertragliche Regelung der Anzeizeffekte des Verkehrsunternehmens im anwendbaren Verkehrsvertrag. Dabei handelt es sich um einen Mechanismus, der das Verkehrsunternehmen zur Beibehaltung bzw. Stärkung seiner wirtschaftlicher Effizienz veranlassen soll. Dieser Mechanismus muss objektiv evaluierbar sein und wirtschaftliche Effizienz in irgendeiner Form messen können. Die objektiven Berechnungselemente sind *ex ante* vor der Vergabeperiode festzulegen. Eine nachträgliche *ex post* Anpassung der Anreize ist dagegen nicht zulässig. Erwirtschaften Verkehrsunternehmen entgegen den *ex ante* durchgeführten Planungen einen Gewinn, fordert das EU-Recht, dass ein solcher Gewinn den Verkehrsunternehmen zu belassen ist.

897

Auch wenn ein Gewinnverbot zulässig ist, welches erlaubt, dass Verkehrsunternehmen einen Gewinn nicht *einplanen* dürfen, bedeutet dies nicht, dass die Verkehrsunternehmen durch staatliche Massnahmen angehalten werden können, auf diesen (ungeplanten) Gewinn zu verzichten. Die obligatorische Zuweisung von zwei Dritteln des Gewinns in die Spezialreserve und die dahingehende Erweiterung dieser Pflicht, dass mit der Reform des Personenbeförderungsgesetzes zukünftig neben dem Bund auch die Kantone eine solche Zuweisung verlangen können sowie der geplante Wegfall der Obergrenzen, ab deren Erreichung Verkehrsunternehmen über ihren Gewinn frei verfügen können,<sup>689</sup> sind vor diesem Hintergrund kritisch zu sehen. Diese Beurteilung rechtfertigt sich umso mehr, als der Bundesrat selbst festgestellt hat, dass Verkehrsunternehmen «wenig Anreize für Effizienzsteigerungen erhalten».<sup>690</sup> Es erscheint zweifelhaft, dass die Verkehrsunternehmen durch die jüngste Reform Anreize für Effizienzsteigerungen erhalten, wenn ihre Chancen, allfällig erwirtschaftete Gewinne behalten zu können, weiter geschmälert werden.

898

---

<sup>689</sup> BBl 2021, PBG, 1485, 16 ff., 27 und 41.

<sup>690</sup> BBl 2021, PBG, 1485, 8.

#### 4. Finanzhilfen und finanzielle Entlastungen

- 899 Im schweizerischen regionalen Personenverkehr können neben den Abgeltungen für ungedeckte Plankosten auch weitere staatliche Finanzhilfen in Form von Bürgschaften, Beiträgen und Darlehen gewährt werden. Durch deren Stattgabe werden i.d.R. die Beschaffungskosten der Verkehrsunternehmen für neue Fahrzeuge reduziert. Da diese Beschaffungskosten typischerweise als Betriebskosten der Verkehrsunternehmen anzusehen sind, würden diese Posten im Rahmen der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts unter den «Kosten der Verkehrsleistung» aufzuführen sein<sup>691</sup> und damit direkt die zulässige Höhe der Ausgleichszahlungen für die Verkehrsunternehmen beeinflussen.
- 900 Dieser Ansatz des Unionrechts bezweckt Überkompensationen der Verkehrsunternehmen zu vermeiden, indem staatlich notwendige Eingriffe in den Markt, welche die Aufnahme der Verkehrsleistung erst ermöglichen, dazu führen, dass im Laufe deren Erbringung ein ausgleichszahlungsberechtigtes Verkehrsunternehmen einen unberechtigten wirtschaftlichen Vorteil erhält. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt auch das schweizerische Personenbeförderungsgesetz: Allen drei Finanzhilfen, d.h. Bürgschaften, Beiträgen und Darlehen (inkl. deren Umwandlung), ist gemein, dass diese nur unter der Voraussetzung gewährt werden können, dass die dadurch ermöglichten Investitionen lediglich zur Erbringung abgeltungsberechtigter Verkehrsleistungen dienen und dass deren Folgekosten in die Planrechnung einer Offerte aufgenommen werden.<sup>692</sup> Auch verlangen die schweizerischen Bestimmungen, dass die Amortisationen der Fördermassnahmen in den Planrechnungen der Verkehrsunternehmen berücksichtigt und mit den Abgeltungen für die ungedeckten Plankosten amortisiert werden.<sup>693</sup>
- 901 Die Aufnahme der Folgekosten in die Planrechnung bezweckt – wie der unionsrechtliche Ansatz – Überkompensationen der Verkehrsunternehmen zu vermeiden, indem die staatlichen Finanzhilfen bei der Berechnung der Abgeltungen anzurechnen sind. Der schweizerische und der EU-rechtliche Ansatz verfolgen damit beide den Ansatz, dass die öffentliche Hand Verkehrsunternehmen beim Stemmen der Investitionskosten unterstützen kann (bzw. regelmässig sogar muss). Dieser wirtschaftliche Vorteil ist jedoch bei der Berechnung der Ausgleichszahlungen bzw. Abgeltungen für ungedeckte Plankosten durch die öffentliche Hand zu berücksichtigen. Da beide Ansätze, der schwei-

---

<sup>691</sup> Vgl. die Ausführungen oben, in [Teil 2, D.IV.3.b\)bb\)](#).

<sup>692</sup> Art. 35 Abs. 1, Art. 38, Art. 43 Abs. 1 ARPV.

<sup>693</sup> Art. 44 Abs. 3 ARPV.

zerische und derjenige des EU-Rechts, dieselben Ansätze verfolgen und sich dabei ähnlicher Instrumente bedienen, wäre bei einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz nicht mit substantziellen Auswirkungen zu rechnen.

Auch die Befreiungen der Bundes- und kantonalen Steuern, welche im schweizerischen regionalen Personenverkehr tätigen Verkehrsunternehmen gewährt werden, sind grundsätzlich mit den europarechtlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen, solange diese sich lediglich auf rein im Verkehrsbereich tätige Unternehmen auswirken. In Hinblick auf Unternehmen, die in anderen Produktionszweigen tätig sind, namentlich im Werbebereich, kann dagegen nicht ausgeschlossen werden, dass die Steuerbefreiungen der Verkehrsunternehmen Wettbewerbsverfälschungen zur Folge haben könnten und dadurch mit den Bestimmungen des EU-Rechts nicht zu vereinbaren wären.

902





## E. Erneuerbare Energien



# I. Einleitung

Fatum Ademi

Die Energiepolitik der Schweiz gestaltet sich im Dreieck von Raumplanung (Art. 75 BV), Umweltschutz (Art. 74 BV) und Energieversorgung (Art. 89 BV). Art. 89 Abs. 1 BV umschreibt dabei die Stossrichtung der schweizerischen Energiepolitik. Demnach setzen sich Bund, Kantone und Gemeinden gemeinsam und im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Energiepolitik ein. Das Ziel einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung sowie eines sparsamen und effizienten Energieverbrauchs ist kompetenzübergreifend formuliert.<sup>1</sup> 903

Art. 89 Abs. 2 BV legt die Grundsätze über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und dem sparsamen und rationellen Energieverbrauch fest, wobei der Bund die Entwicklung von Energietechniken, insbesondere in den Bereichen des Energiesparens und der erneuerbaren Energien, fördert. Ihm kommt somit eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz zu.<sup>2</sup> Zu betonen ist, dass als einheimisch ausschliesslich die in der Schweiz vorkommenden Energien gelten und folgerichtig nur Anlagen zur Stromproduktion aus erneuerbaren Energien in der Schweiz gefördert werden können.<sup>3</sup> Art. 89 Abs. 3 BV beauftragt den Bund, die Entwicklung von Energietechniken, mit besonderer Hervorhebung der Bereiche des Energiesparens und der erneuerbaren Energien, zu fördern.<sup>4</sup> Den Kantonen verleiht Art. 89 Abs. 4 BV v.a. im Verbrauch von Energie in Gebäuden Kompetenzen, womit sich eine deutliche Abgrenzung zu den vorherigen Absätzen zeigt. Diese Sonderregelung wird im engen Konnex gebäudebezogener Massnahmen zum öffentlichen Baurecht betrachtet, welches traditionell in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt.<sup>5</sup> 904

Um die Wirkungsmechanismen der Fördermassnahmen im Bereich der erneuerbaren Energien zu verstehen bedarf es zunächst einer Einführung in die Funktionsweise des Energie- bzw. Strommarkts. Der Strommarkt und die Industrie sind komplex und der Weg der Elektrizität vom Erzeuger bis hin zum Endverbraucher lang. Verschiedene Komponenten, wie die zentrale geografi- 905

<sup>1</sup> JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, 142.

<sup>2</sup> BIAGGINI, Art. 89, N 5 f.

<sup>3</sup> Kommentar ZH-Verfassung-RÜSSLI, Art. 106, N 15; vgl. dazu BGE 132 II 408 E. 4.5 ff., 418 ff.

<sup>4</sup> JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, 142.

<sup>5</sup> JAGMETTI, N 8501.

sche Lage der Schweiz, wirtschaftliche Liberalisierungsbestrebungen des Strommarktes, die politische Situation im Zuge der Energiewende und das geplante und nun nicht zustandegekommene Stromabkommen, sowie technologische Entwicklungen in der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien prägen die Entwicklungen auf dem Strommarkt. Rechtliche Bestrebungen versuchen überdies, die erneuerbaren Energien in den Markt zu integrieren, sie marktnahe zu gestalten und ihnen Aufschwung zu verleihen. Dazu wurde eine Fülle von, insbesondere im Energiegesetz (EnG) verankerten, Fördermassnahmen auf Bundesebene geschaffen. Aber auch auf kantonaler und kommunaler Ebene fördern die Kantone und Gemeinden auf verschiedene, oftmals indirekte Weise, die erneuerbaren Energien.

- 906 Nachfolgend soll bei den jeweiligen Fördermassnahmen dargestellt werden, wie die Fördermittel gewährt werden, wo diese ansetzen und wie sie tatsächlich wirken. Dies erlaubt eine möglichst praxisnahe Darstellung der Thematik. Steuervergünstigungen oder -befreiungen, insbesondere für Elektrizitätsversorgungsunternehmen, werden in der diesbezüglichen Fallstudie behandelt (vgl. [Teil 2, B.](#)).

---

## II. Strommarkt

Fatum Ademi

Um ein gesamthafte Bild über das komplexe System des schweizerischen Strommarktes zu bekommen, werden nachfolgend die verschiedenen Komponenten des Strommarktes erörtert. 907

### 1. Funktion des Strommarktes

Der Strommarkt bezeichnet den Teil des Endenergiemarkts, der die Endverbraucher mit Elektrizität versorgt.<sup>6</sup> Die sichere Versorgung der Schweiz mit Elektrizität ist im zweiten Kapitel des Stromversorgungsgesetzes (StromVG), ab Art. 5 StromVG, geregelt und fällt unter den «Service public».<sup>7</sup> Der Service public umfasst die politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und Infrastrukturdienstleistungen, welche für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollten. Das StromVG legt fest, dass die Grundversorgung der Schweiz mit Elektrizität ständig aufrechterhalten werden muss. Dabei wird unter Grundversorgung das Anschlussrecht von Endverbrauchern an das Elektrizitätsnetz verstanden.<sup>8</sup> 908

Auf dem Strommarkt bewegen sich verschiedene Akteure. Es sind dies Erzeuger<sup>9</sup>, Händler, Netzbetreiber, Anbieter und Endverbraucher. Die Stromerzeuger produzieren mithilfe eines Kraftwerks Elektrizität. Die Händler kaufen Energie extern ein und besitzen kein eigenes Kraftwerk. Sie kaufen den Strom entweder auf der Strombörse oder schliessen Verträge mit den Stromerzeugern ab. Sie veräussern den Strom auf der Strombörse oder dem Grosshandelsmarkt und geben ihn zur Einspeisung an die Netzbetreiber weiter. Für die Einspeisung bezahlen sie ein entsprechendes Netznutzungsentgelt, um die Leitungen der Stadtwerke bzw. regionalen Versorger nutzen zu können. Die Netzbetreiber sorgen dafür, dass der Strom richtig verteilt wird. Sie halten die Netze instand und sorgen für einen reibungslosen Ablauf. In der Schweiz ist die Swissgrid AG (nachfolgend Swissgrid) als einzige, nationale Netzbetreiberin dafür zuständig. Sie ist Eigentümerin des schweizerischen Übertragungs- 909

---

<sup>6</sup> DRYSCH/RORSARIUS, N 11.

<sup>7</sup> BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1618.

<sup>8</sup> BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1618.

<sup>9</sup> Die Begriffe der Erzeuger und Produzenten werden gleich verwendet.

netzes. Vom Übertragungsnetz wird die Energie an das Verteilungsnetz weitergegeben. Am Übertragungsnetz sind Grosskraftwerke angeschlossen, um ihre Energie auf der Höchstspannungsebene einzuspeisen. Die Stromanbieter sind Unternehmen, die die schweizerischen Endverbraucher mit Strom beliefern. Die Herkunft des Stroms ist gem. Art. 9 EnG kennzeichnungspflichtig. Art. 4 Energieverordnung (EnV) präzisiert dabei weiter, dass die Stromkennzeichnung jährlich mittels Herkunftsnachweis zu erfolgen hat und der Lieferanten- und Produktmix zu deklarieren ist. Jeweils Ende August werden die Strompreise für das darauffolgende Jahr publiziert. Der Strom wird schliesslich für die Endverbraucher produziert. Sowohl private Haushalte als auch Unternehmen zählen dazu. In der Schweiz können grosse Stromverbraucher ihren Stromlieferanten frei wählen. Verbraucht ein Verbraucher jährlich weniger als 100'000 Kilowattstunden, ist er verpflichtet, den Strom vom lokalen Stromversorgungsunternehmen zu beschaffen. Dies trifft i.d.R. auf kleine Unternehmen und Privatverbraucher bzw. Haushalte zu. Diese Unterscheidung soll mit der vollständigen Liberalisierung des Strommarktes jedoch geändert werden (vgl. dazu unten [Teil 2, E.II.4.](#)),<sup>10</sup> so dass künftig auch Kleinverbraucher ihren Stromlieferanten wählen können.

- 910 Um der Gefahr einer uneinheitlichen Anwendung der Masseinheiten zu begegnen, wird nachfolgend erläutert, welche Masseinheit für den Strom verwendet wird. Die international verwendete Masseinheit für die Leistung des elektrischen Stroms ist das Watt. Das Watt gibt an, wie viel elektrische Energie in einer bestimmten Zeiteinheit umgewandelt wird. Indem die Menge (Stromstärke) mit Spannung (Druck) multipliziert wird, erhält man die Leistung. So entspricht beispielsweise die Angabe 60 Watt bei einer Glühlampe bei gleichbleibender Leistung einer Umwandlung von 60 Wattstunden bzw. 0,06 Kilowattstunden innerhalb einer Stunde in Licht und Wärme. Kilowatt und Kilowattstunde sind zwei unterschiedliche Einheiten. Da die Einheit für Leistung das Watt ist, bezieht sich dementsprechend auch das Vielfache Kilowatt auf die Leistung.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. Faktenblatt BFE über das Bundesgesetz für eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien zur Revision Energiegesetz und Stromversorgungsgesetz, 3, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/63715.pdf>.

<sup>11</sup> WÜRTEL, 38.

## 2. Stromhandel und Preiszusammensetzung

Der koordinierte Handel von Strom ist notwendig, da das Stromnetz schwankungsempfindlich ist. Die Netzbetreiber dürfen immer nur so viel Strom zur selben Zeit in das Stromnetz einspeisen, wie sie entnehmen. Der Regelleistungsmarkt überwacht dieses hochkomplizierte Unterfangen, damit keine Störungen entstehen. Dabei handeln die Netzbetreiber des Regelleistungsmarktes ebenfalls mit Strom. Sie kaufen beispielsweise Energie dazu, um das Stromnetz stabil zu halten. Der Handel von Strom ist von Angebot und Nachfrage abhängig: Produzenten, die nach Abzug des Eigengebrauchs Strom übrig haben, können die Energie an der Börse anbieten und legen hierfür einen Preis fest. Umgekehrt passiert dies genauso. Alle eingehenden Angebote und Nachfragen listet das System auf und ermittelt anschliessend den sog. Clearingpreis. Es handelt sich hierbei um den Preis, der die Mehrheit aller Angebote und Nachfragen abdeckt.<sup>12</sup> 911

Nach dem sog. Merit-Order-Effekt richtet sich der Strompreis an der Strombörse nach dem teuersten Kraftwerk.<sup>13</sup> 912

An der Strombörse gibt es drei Arten von Handel, die jeweils unterschiedlich und mit anderen Parteien stattfinden. 913

- Beim *Intraday-Markt* wird Strom für denselben Tag gehandelt, und zwar in Blöcken von 15 bis 60 Minuten. Das ist besonders für Unternehmen mit kurzfristig zu viel bzw. zu wenig Strom sinnvoll.
- Beim *Day-Ahead-Markt*, auch als *Spot-Markt* bekannt, handeln Unternehmen bis zwölf Uhr mittags mit Strom, den die Erzeuger direkt am nächsten Tag liefern.
- Beim *Terminmarkt* erwirbt insb. die Industrie Strom für einen Zeitraum von bis zu sechs Jahren im Voraus. So sichern sich die Unternehmen den Strom zu einem Festpreis und können dadurch besser planen.<sup>14</sup>

Weitere Faktoren wie das Wetter oder rechtliche Bestimmungen tragen zur Preisbildung bei. Zudem haben das Verhalten an den Verbrauchsstellen, die Preise von CO<sub>2</sub> (Emissionsrechtelandel) und des Brennstoffs einen Einfluss. 914

<sup>12</sup> Strompreisbildung, Basiswissen-Dokument, VSE, Stand März 2020, 3.

<sup>13</sup> DRYSCH/ROSARIUS, N 20.

<sup>14</sup> SCHLEINIGER/WINZER/BETZ, 35 ff.

Dabei sind die kurzfristigen Verhandlungen auf dem Intraday- und Day-Ahead-Markt oftmals starken Schwankungen ausgesetzt. Beim Terminmarkt spielen diese Faktoren in der Regel keine oder eine untergeordnete Rolle.<sup>15</sup>

- 915 Bei der Energielieferung wird schliesslich diejenige Energie verrechnet, die effektiv verbraucht wird. Mit dem Preis der Netznutzung zahlt der Endverbraucher den Transport des Stroms. Ausserdem ist in diesem Preis eine Gebühr für verschiedene Dienstleistungen, wie z.B. die Energiemessung, erfasst. Am Ende kommen verschiedene Abgaben hinzu. Das sind einerseits die Bundesabgaben zur Förderung erneuerbarer Energien und zum Schutz der Gewässer und Fische, andererseits eine Abgabe für die allgemeinen Systemdienstleistungen des Netzbetreibers Swissgrid (SDL), aber teils auch Konzessionsabgaben des jeweiligen Kantons- oder der jeweiligen Gemeinde.<sup>16</sup> Um Stromleitungen legen und betreiben zu können braucht es zusätzlich Wegrechte. Für diese Wegrechte und die Benutzung des öffentlichen Grunds erhalten die jeweiligen Gemeinden eine Konzessionsabgabe. Eine weitere Art einer Abgabe bildet z.B. die Abgabe zur Förderung der Energieeffizienz. Mit dieser Abgabe wird der sparsame Umgang mit Energie durch vergünstigte Energieberatungsdienstleistungen und Förderbeiträgen für Energieeffizienzmassnahmen gefördert.<sup>17</sup>
- 916 Gesamthaft macht der Energieanteil der Stromkosten rund 40% aus. Die Netznutzungskosten machen rund 44%, das Übertragungsnetz (SDL) 7%, die Förderung der erneuerbaren Energien 6% und die Abgaben 3% aus.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> SCHLEINIGER/WINZER/BETZ, 39 ff.

<sup>16</sup> Vgl. Wegleitung der ECom zum Erhebungsbogen Kostenrechnung (für die Tarife 2022) für Verteilnetzbetreiber, abrufbar unter: <https://www.elcom.admin.ch/dam/elcom/de/dokumente/2021/edeswegleitungzurkostenrechnungversion2022draft.pdf.download.pdf/EDES%20Wegleitung%20zur%20Kostenrechnung%20Version%202022%20Draft.pdf>, sowie Swissgrid, welche die gesetzlich festgelegte Aufgabe hat, SDL in marktbasierten Verfahren zu beschaffen, abrufbar unter: <https://www.swissgrid.ch/de/home/customers/ancillary-services.html>.

<sup>17</sup> Vgl. dazu Energiestrategie 2050: Erstes Massnahmenpaket, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/politik/energiestrategie-2050/erstes-massnahmenpaket/massnahmen-zur-steigerung-der-energieeffizienz.html>.

<sup>18</sup> Vgl. dazu <https://www.energie-experten.ch/de/wissen/detail/wie-setzt-sich-der-strompreis-zusammen.html> und <https://www.strompreis.elcom.admin.ch>.



### 3. Struktur der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft

In der Schweiz stellen rund 630 Elektrizitätsversorgungsunternehmen die Stromversorgung sicher, wobei sie teils öffentlich-rechtlich und teils privat-rechtlich organisiert sind.<sup>19</sup> Besonders auffällig ist die enge Verflechtung der Elektrizitätsunternehmen mit der öffentlichen Hand. Dies begründet sich durch die Aufgabe der Grundversorgung.<sup>20</sup> Etwa 90% des gesamten Grundkapitals (Aktien-, Genossenschafts- und Donationskapital) der Elektrizitätsunternehmen sind im Besitz der öffentlichen Hand. Rund 8% sind in schweizerischem Privatbesitz und 2% gehören ausländischen Investoren.<sup>21</sup> Auf kommunaler Ebene sind zahlreiche Elektrizitätsunternehmen unmittelbar in die Gemeindeverwaltung eingebunden.<sup>22</sup>

917

Die Elektrizitätsunternehmen in der Schweiz sehen sich mit einem stark veränderten Marktumfeld konfrontiert.<sup>23</sup> Einerseits müssen sie sich aufgrund der laufenden Liberalisierung des Strommarktes auf mehr Wettbewerb einstellen, andererseits sorgt die «neue» Energiepolitik und das Strommarktdesign 2023 für einen Umbau der Strukturen, da umweltfreundlicher und sicherer produziert werden soll. Die beschlossene Energiewende versucht, die drei Komponenten der Wirtschaftlichkeit, Versorgungssicherheit und den Umweltschutz in Einklang zu bringen. Man spricht hier auch vom energiewirtschaftlichen Dreieck der Energiewende.<sup>24</sup> Diese drei Elemente formen die Struktur der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft. Das (künftige) Strommarktdesign soll zuverlässig, umweltschonend und bezahlbar sein. Zuverlässig ist sie u.a., wenn Lieferengpässe verhindert werden können, die Versorgungsqualität sichergestellt ist, der Netzausbau umgesetzt wird und die Primärenergie diversifiziert wird. Bezahlbar ist sie, sofern die Energiekosten für die Endverbraucher tragfähig sind, die Energiewende kosteneffizient gestaltet ist, die Wettbewerbsfähigkeit der erneuerbaren Energien gesichert ist, marktwirtschaftliche Anreize geschaffen werden und Lasten gerecht verteilt werden. Die Schonung der Umwelt wird angestrebt, indem die erneuerbaren Energien weiter ausgebaut

918

<sup>19</sup> JAGMETTI, N 6402.

<sup>20</sup> FÖHSE, N 16; Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4172 FDP-Liberale Fraktion vom 13.12.2012 und 15.3880 Schilliger vom 22.09.2015, Staat und Wettbewerb, Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, vom 8. Dezember 2017, 46 (zit. Bericht des Bundesrates, Staat und Wettbewerb).

<sup>21</sup> Siehe dazu <<https://www.axpo.com/ch/de/ueber-uns/medien-und-politik/strommarkt-schweiz.html>>.

<sup>22</sup> SCHOLL, N 13.10.

<sup>23</sup> MAYORAZ, N 518.

<sup>24</sup> WÜRFEL, 20.

werden, der Energieverbrauch gesenkt wird, die Energieeffizienz erhöht wird, die Umweltrisiken minimiert werden und der Klimawandel nachhaltig begrenzt wird.<sup>25</sup>

- 919 Mit dem Inkrafttreten des geltenden StromVG und der darin enthaltenen Entflechtungsvorschriften (Art. 10 StromVG) wurden zudem die bis dahin existierenden Strukturen, wie «Querverbundunternehmen» auf kommunaler Ebene, die nicht nur für die Stromversorgung, sondern auch für die Wasser- und Gasversorgung verantwortlich waren, durchbrochen. Auch die Versorgungsmonopole bzw. die Bezugspflichten für Endverbraucher mit einem Jahresverbrauch von über 100'000 Kilowattstunden, die von den Kantonen oder Gemeinden eingeführt wurden, entfielen.<sup>26</sup>
- 920 Weil der Strombedarf zunehmend durch die Produktion aus erneuerbaren Energien gedeckt werden soll, wird in der Schweiz, wie auch in den EU-Mitgliedstaaten, die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien aus staatlichen Mitteln gefördert.<sup>27</sup> Weil dies in der EU zu Überkapazitäten führen kann, kann dies europaweit sinkende Preise als Konsequenz nach sich ziehen. Die Schweiz ist davon im Bereich der Wasserkraft besonders betroffen. Der EU-Strommarkt hat somit einen grossen Einfluss auf die Schweiz. Elektrizitätsunternehmen, die Wasserkraftwerke betreiben, stehen vor dem Problem der verringerten Wirtschaftlichkeit ihrer Kraftwerke. Zu diesen finanziellen Herausforderungen kommt der verstärkte internationale Wettbewerb im liberalisierten Bereich des schweizerischen Strommarktes hinzu. Der Gebrauch des Netzzugangsrechts lohnt sich aufgrund der tiefen Strompreise vermehrt.<sup>28</sup> Als Netzzugang wird die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Netzinfrastruktur verstanden. Die tiefen Strompreise auf dem europäischen Strommarkt und deren Auswirkungen auf die Schweiz zeigen auch die enge Verflechtung der schweizerischen mit der europäischen Elektrizitätswirtschaft. Auf der technischen Ebene wird dies auch deutlich: Über 40 Kuppelstellen und insgesamt über 25'000 Megawattstunden installierte Übertragungskapazität,

---

<sup>25</sup> WÜRFEL, 20.

<sup>26</sup> BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1622.

<sup>27</sup> MAYORAZ, N 518 f.

<sup>28</sup> Axpo Holding AG, Axpo wertet Pumpspeicherwerk Limmern stark ab: weitere Wertberichtigungen wegen anhaltend tiefer Preiserwartung nötig, Medienmitteilung vom 19. September 2016, abrufbar unter: <[https://www.axpo.com/content/dam/axpo19/master/files-master/media-releases/2016/160919\\_MM\\_Axpo\\_Wertberichtigungen\\_2015\\_2016\\_DE.pdf](https://www.axpo.com/content/dam/axpo19/master/files-master/media-releases/2016/160919_MM_Axpo_Wertberichtigungen_2015_2016_DE.pdf)> (zit. Axpo Holding AG, Pumpspeicherwerk).

verbinden das schweizerische Elektrizitätsnetz mit dem europäischen Netz.<sup>29</sup> Der Austausch mit den umliegenden Nachbarländern ist entsprechend intensiv, sodass auch von der «Stromdrehschreibe»<sup>30</sup> Schweiz gesprochen wird. Im Winterhalbjahr ist die Schweiz zunehmend auf die Stromimporte angewiesen, um die ausreichende Versorgung gewährleisten zu können. Im Sommer exportiert die Schweiz hingegen aufgrund von Überproduktion mehr Strom. Die Schweiz konsumiert heute<sup>31</sup> etwa 60 Terawattstunden Strom im Jahr, im Sommer wie im Winter. Die Stromerzeugung hingegen schwankt saisonal um etwa 10 Terawattstunden. Durch Importe konnte diese Diskrepanz bislang bewältigt werden.<sup>32</sup> Das Nichtzustandekommen des InstA und damit des Stromabkommens löste in der Schweiz eine erneute Debatte über die Erweiterung der Speichermöglichkeiten aus.

Die Schweiz ist nicht nur mit Blick auf die Versorgungssicherheit auf einen gut funktionierenden Austausch mit dem Ausland angewiesen.<sup>33</sup> Ein reger, physikalischer Austausch ist auch auf technischer Ebene für die Netzstabilität nötig, weil Systemdienstleistungen teilweise grenzüberschreitend beschafft werden und dadurch eine enge Zusammenarbeit mit ausländischen Übertragungsnetzbetreibern besteht.<sup>34</sup> Diese Vernetzung mit dem Ausland trägt dazu bei, Mangellagen im internationalen Verbund zu bewältigen. Dies ist für die Versorgungssicherheit von herausragender Bedeutung, denn bereits der Risikobericht des Bundes von 2015 bezeichnete eine Strommangellage noch als die grösste Bedrohung für die Schweiz, mit einem möglichen Schadensausmass von mehr als CHF 100 Mrd.<sup>35</sup>

921

<sup>29</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7574 f.

<sup>30</sup> BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1612.

<sup>31</sup> Vgl. dazu Medienmitteilung des BFE vom 14. April 2022 über den Stromverbrauch der Schweiz, wonach der Stromverbrauch 2021 um 4,3% gegenüber dem Vorjahr gestiegen ist, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-88012.html>>.

<sup>32</sup> Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2020, 5, abrufbar unter: <<https://bit.ly/3Bhs0br>>.

<sup>33</sup> Modellierung des System Adequacy in der Schweiz im Bereich Strom, Schlussbericht des Bundesamt für Energie vom 31. Januar 2020, 69 f., abrufbar unter: <https://pubdb.bfe.admin.ch/de/publication/download/10020> (zit. Modellierung).

<sup>34</sup> Bericht der ElCom, Stromversorgungssicherheit der Schweiz 2016, 55, abrufbar unter: <<https://bit.ly/3cla0xu>>; MAYORAZ N 519.

<sup>35</sup> Risikobericht 2015, 15 ff., abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/40201.pdf>>; Risikobericht 2020, 3, abrufbar unter: <<https://bit.ly/3euDzTq>>.

922 Obschon die Integration der Schweiz im europäischen Strommarkt technisch bereits fortgeschritten ist, schreitet die Harmonisierung der technischen Bestimmungen im Zuge der Errichtung eines EU-Strombinnenmarktes ohne Beteiligung der Schweiz voran.<sup>36</sup> Dies ist insoweit eine Herausforderung, als die Schweiz davon zum Teil ausdrücklich ausgeschlossen wird, solange kein Stromabkommen zwischen der Schweiz und der EU besteht. Dies gilt etwa für die Marktkoppelung von schweizerischen Verteil- und Übertragungsnetzbetreiber mit dem europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt.<sup>37</sup> Dadurch wird die Kooperation mit den umliegenden Nachbarländern erschwert, was wiederum eine negative Auswirkung auf die Versorgungssicherheit und Netzstabilität hat. Daher steht die Schweiz vor der Herausforderung, die Anbindung und den Zugang an und zum Strombinnenmarkt der EU nicht nur auf technischer Weise, sondern auch politisch nicht zu verlieren.<sup>38</sup>

#### 4. Rechtliche Ausgestaltung und technische Eigenheiten

923 Bei der rechtlichen Ausgestaltung des Strommarkts sind die technischen Besonderheiten zu berücksichtigen. Als sog. Sekundärenergieträger entsteht Strom durch Umwandlung von sog. Primärenergieträgern. Elektrizität ist leistungsgebunden. D.h. der Strom bedarf eines zusammenhängenden Leistungnetzes, um vom Produzenten zum Endverbraucher gelangen zu können.<sup>39</sup> Der Ausbau und Unterhalt eines flächendeckenden Netzes ist teuer. Die Errichtung von mehreren parallelen Netzen lohnt sich aus Kostengründen nicht. Ein einziges Netz versorgt den Markt effizienter als mehrere, nebeneinanderstehende. Deswegen verfügen Netzeigentümer aus ökonomischer Betrachtungsweise über ein grundsätzlich natürliches Monopol.<sup>40</sup>

924 Die Einspeisung von Strom durch die Produktion und die Entnahme durch die Verbraucher muss zeitgleich und in gleicher Menge erfolgen. Übersteigt beispielsweise die Stromentnahme die Einspeisung in das Netz, kann es wegen Überlastung zusammenbrechen und einen Stromausfall verursachen.<sup>41</sup> Die technischen Eigenschaften von Stromnetzen erlauben lediglich geringe Schwankungen in der Spannung und der Frequenz. Strom kann zudem nur schlecht gespeichert werden. Dadurch wird die Koordination von Produktion

---

<sup>36</sup> Zu den Auswirkungen für die schweizerische Elektrizitätswirtschaft ohne Stromabkommen siehe BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7583.

<sup>37</sup> HETTICH/WALTHER/TSCHUDIN SCHREIBER, 21 ff., 49 ff.

<sup>38</sup> MAYORAZ, N 520.

<sup>39</sup> SCHALCH/SALLENBACH, 25 ff.; STRAUB, 4.

<sup>40</sup> SCHALCH/SALLENBACH, 25 ff.; RECHSTEINER, 6.

<sup>41</sup> STRAUB, 4.

und Verbrauch erschwert. Bislang gibt es lediglich die Möglichkeit einer indirekten Speicherung, indem Wasser in hoch gelegene Stauseen gepumpt wird, um es dann bei Bedarf wieder zu verwenden. Derzeit wird an einer Speicherung mittels Batterien gearbeitet.<sup>42</sup>

Wie eingangs erwähnt, sorgt der Netzbetreiber für die Stabilität des Stromnetzes. Dieser stimmt dann laufend die Ein- und Ausspeisung aufeinander ab. Die überschüssige oder fehlende Energie gleicht der Netzbetreiber mit der sog. Regelernergie aus. Hierfür schliesst der Netzbetreiber mit Stromproduzenten oder grossen Endverbrauchern vorgängig Verträge ab, die es dem Netzbetreiber erlauben, jederzeit die Erhöhung oder Senkung der Stromproduktion bzw. des Stromverbrauchs zu verlangen (vgl. Art. 20 Abs. 2 lit. b StromVG). Diese Hilfsdienste werden auch Systemdienstleistungen genannt und sind für einen sicheren Betrieb der Netze unerlässlich.<sup>43</sup>

925

Der Strom fliesst nach physikalischen Gesetzen durch die Stromnetze und ist nach der Einspeisung nicht mehr qualifizierbar, sondern nur noch quantifizierbar.<sup>44</sup> Lediglich bei der Stromerzeugung lassen sich verschiedene Arten der Erzeugung unterscheiden, was die Kennzeichnung der Stromherkunft ermöglicht. Das bedeutet, dass Stromverbraucher, die Strom aus erneuerbaren Energien erwerben, nicht tatsächlich und notwendigerweise den erworbenen Strom entnehmen. Die Kennzeichnung garantiert aber, dass der vom Endverbraucher erworbene Strom aus erneuerbaren Energien zur entsprechenden Zeit und in entsprechender Menge irgendwo im Netz eingespeist wird.<sup>45</sup>

926

## 5. Liberalisierung: wo steht die Schweiz?

Lange wurde die Stromversorgung als öffentliche Aufgabe des Staats betrachtet, woran sich Kantone und Gemeinde intensiv beteiligten.<sup>46</sup> Mittlerweile hat sich dies geändert und die Ansicht hat sich durchgesetzt, dass Wettbewerb im Elektrizitätsmarkt für tiefe Strompreise und effizientere Investitionsentscheide sorgen kann.<sup>47</sup>

927

---

<sup>42</sup> SCHREIBER, N 505.

<sup>43</sup> SCHOLL, N 13.8.

<sup>44</sup> SCHALCH/SALLENBACH, 25 ff.

<sup>45</sup> MAYORAZ, N 526.

<sup>46</sup> WEBER/KRATZ, § 1 N 9.

<sup>47</sup> Dies veranschaulichen ebenfalls die Erkenntnisse der EU. Vgl. dazu Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament - Aussichten für den Erdgas- und den Elektrizitätsbinnenmarkt vom 10. Januar 2007, COM(2006) 841 final, 3 ff.

- 928 Zweck der Liberalisierung ist, die Wertschöpfungskette der Elektrizitätsversorgung zu trennen und die Bereiche zu liberalisieren, die dem Wettbewerb zugänglich sind.<sup>48</sup> Dabei umfasst die Wertschöpfungskette die Bereiche Produktion, Netz und Handel. In den Bereichen Produktion und Handel können, im Gegensatz zu den Elektrizitätsnetzen als natürliche Monopole, mehrere Anbieter auftreten, was einen Wettbewerb möglich macht. Die Liberalisierung dieser Bereiche bedingt einen diskriminierungsfreien Zugang zum Netz, damit die Endverbraucher ihren Stromlieferanten frei wählen können. Vertikal integrierte Elektrizitätsunternehmen stehen dabei im Zentrum der Liberalisierungsbemühungen. Sie kontrollieren neben der Stromerzeugung oder Stromverteilung auch die Übertragung der Elektrizität über die Stromnetze.<sup>49</sup> Diese natürliche Monopolstellung von Elektrizitätsnetzen ermöglicht es solchen Unternehmen, den Wettbewerb in den Bereichen Produktion und Handel zu unterbinden.<sup>50</sup> Aus diesem Grund muss in solchen Unternehmen der Netzbetrieb von den übrigen Bereichen, wie der Produktion, entflochten werden (sog. Unbundling, Art. 10 und 18 StromVG). Die Netzbetreiber müssen zudem dazu verpflichtet werden, Dritten ihr Netz gegen Entschädigung diskriminierungsfrei zur Verfügung zu stellen (sog. Durchleitungspflicht, Art. 13 StromVG). Darüber hinaus sind Quersubventionierungen zwischen dem Netzbetrieb und anderen Bereichen nicht erlaubt (Art. 10 Abs. 1 StromVG).
- 929 Gestützt auf das Kartellgesetz verpflichtete das Bundesgericht die Freiburger Elektrizitätswerke erstmals, den Strom eines anderen Stromlieferanten über ihre Netze an die Betriebe der Migros durchzuleiten.<sup>51</sup> Damit hatte das Bundesgericht die Durchleitungspflicht das erste Mal statuiert und ebnete dadurch den Weg für die Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarkts auf Grundlage des Kartellgesetzes.<sup>52</sup>
- 930 Bedeutend für die Schweiz waren aber auch die Entwicklungen in der EU, welche bereits seit den Neunzigerjahren die Liberalisierung des Strommarktes ins Rollen gebracht hatte. Während 2001 in der Schweiz das Elektrizitätsmarktge-

---

<sup>48</sup> RECHSTEINER, 7; BALTHASAR, 10 ff.

<sup>49</sup> WEBER/KRATZ, § 3 N 23; vgl. zum Begriff des vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmens Art. 2 Ziff. 21 Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2012/17, ABl L 158 vom 14. Juni 2019, 125.

<sup>50</sup> FÖHSE, N 87.

<sup>51</sup> BGE 129 II 497.

<sup>52</sup> FÖHSE, N 160; WEBER/KRATZ, § 1 N 24 ff.; BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1616.

setz (EMG) abgelehnt wurde<sup>53</sup>, trieben die EU-Mitgliedstaaten die Errichtung eines EU-Strombinnenmarktes voran, indem sie das zweite Energiebinnenmarktpaket verabschiedeten.<sup>54</sup> Diesen Entwicklungen konnte sich die Schweiz nicht entziehen, da eine Teilnahme am grenzüberschreitenden Stromhandel die Liberalisierung des schweizerischen Strommarktes erforderte.<sup>55</sup> Somit drängte sich trotz Ablehnung des EMG eine gesetzliche Regelung für die Öffnung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes auf, welche insbesondere die Versorgungssicherheit berücksichtigte.<sup>56</sup>

Daraus entstand das heute geltende StromVG. Dieses verfolgt zwei Ziele, einerseits die sichere Elektrizitätsversorgung, andererseits die Erschaffung eines wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkts. Beide Ziele stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zueinander.<sup>57</sup> Das StromVG wurde gestützt auf Art. 91 Abs. 1 BV erlassen, welcher dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie erteilt. Es trat am 1. Januar 2018 in Kraft. Die dazugehörige Stromversorgungsverordnung (StromVV) regelt in Art. 1 StromVV die Einzelheiten der ersten Phase der Strommarktöffnung.

Das zentrale Element, welches die Liberalisierung des schweizerischen Elektrizitätsmarktes einleitete, bildet Art. 13 Abs. 1 StromVG. Der diskriminierungsfreie Netzzugang soll zwar den Endverbrauchern die freie Wahl des Stromlieferanten ermöglichen, jedoch verleiht es diesen Anspruch auf Netzzugang nicht jedem. Diejenigen Endverbraucher, die von diesem Anspruch Gebrauch machen, werden endgültig in den Markt entlassen und können nicht zur Grundversorgung zurückkehren.<sup>58</sup> Dadurch verlieren sie das in Art. 6 Abs 1 StromVG statuierte Recht, «jederzeit die gewünschte Menge an Elektrizität mit der erforderlichen Qualität und zu angemessenen Tarifen»<sup>59</sup> zu erhalten.

<sup>53</sup> Der erste Anlauf zur Öffnung des schweizerischen Strommarktes mit dem Vorschlag des Elektrizitätsmarktgesetzes (EMG) 2001 scheiterte an der Volksabstimmung.

<sup>54</sup> RECHSTEINER, 11 ff.

<sup>55</sup> BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1616.

<sup>56</sup> FÖHSE, N 167.

<sup>57</sup> WALTHER, 132; SCHOLL, N 13.18.

<sup>58</sup> Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung der Netzregulierung), erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom Oktober 2018, 39, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/54044.pdf>>.

<sup>59</sup> Art. 11 Abs. 2 des Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7).

931

932

Dagegen wird sog. festen Endverbrauchern mit einem Jahresverbrauch von weniger als 100 Megawattstunden nach Art. 6 Abs. 6 StromVG der freie Netzzugang verwehrt.

- 933 Die vollständige Strommarktöffnung ist im StromVG bereits angedacht. In einer zweiten Phase des Liberalisierungsprozesses sollen gem. Art. 34 Abs. 3 StromVG (frühestens)<sup>60</sup> fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes sämtliche Endverbraucher, also auch diejenigen, die weniger als 100 Megawattstunden verbrauchen, einen Anspruch auf Netzzugang erhalten. Diese zweite Öffnung betrifft besonders KMU und private Haushalte. Jedoch ist dazu ein dem fakultativen Referendum unterstehender Bundesbeschluss erforderlich. Der freie Netzzugang soll für diese Endverbraucher mit dem sog. Wahlmodell abgesichert werden, d.h. sie sollen periodisch zwischen dem Markt und der Grundversorgung frei wählen können. Allerdings verzögert sich die Einführung der vollständigen Strommarktöffnung schon mehrmals. Ursprünglich bestand das Ziel, die zweite Phase 2014 zu vollziehen, also fünf Jahre nach Inkrafttreten des StromVG.<sup>61</sup> Aufgrund politischer Widerstände und der Entwicklungen im Zusammenhang mit der Reaktorkatastrophe von Fukushima im März 2011 konnte dieser Zeitplan nicht eingehalten werden.<sup>62</sup>
- 934 Im Oktober 2014 schickte der Bundesrat dann einen Bundesbeschluss in die Vernehmlassung, worin er die vollständige Strommarktöffnung auf den 1. Januar 2018 anstrebte.<sup>63</sup> Aus dem im Frühling 2016 veröffentlichten Ergebnisbericht geht hervor, dass die vollständige Strommarktöffnung mit dem Stromabkommen, der Energiestrategie 2050 sowie der Revision des StromVG zu koordinieren sei.<sup>64</sup> Ein Teil der Vernehmlassungsteilnehmer lehnte die vollständige Marktöffnung ab, während teilweise weitere flankierende Massnah-

---

<sup>60</sup> MAYORAZ, N 227 f.

<sup>61</sup> BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1621.

<sup>62</sup> Siehe dazu Zeitschrift EnergieiPlus des BFE, abrufbar unter: <<https://energieiplus.com/2020/10/02/90-jahre-im-dienst-der-energieversorgung-der-schweiz/>> sowie die Chronologie zur Energiestrategie 2050, abrufbar unter: <https://www.uvek.admin.ch/uvek/de/home/uvek/abstimmungen/abstimmung-zum-energiegesetz/chronologie-und-grafiken.html>>.

<sup>63</sup> Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung: Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Oktober 2014, 8, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/36804.pdf>> (zit. Erläuternder Bericht Strommarktöffnung).

<sup>64</sup> Ergebnisbericht: Vernehmlassung zum Bundesbeschluss über die zweite Etappe der Strommarktöffnung, April 2016, 7, abrufbar unter: <[https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6014/99/cons\\_1/doc\\_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6014-99-cons\\_1-doc\\_6-de-pdf-a.pdf](https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6014/99/cons_1/doc_6/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6014-99-cons_1-doc_6-de-pdf-a.pdf)> (zit. Ergebnisbericht Strommarktöffnung).



men für erneuerbare Energien und die Wasserkraft gefordert wurden. Diese kontroversen Stellungnahmen veranlassten den Bundesrat mit der vollen Strommarktöffnung zuzuwarten.<sup>65</sup> Obwohl die vollständige Strommarktöffnung immer noch das Ziel war, sollte sie nun die Entwicklungen der Verhandlungen zum Stromabkommen, die Energiestrategie 2050, das Marktumfeld und die Revision des StromVG berücksichtigen, bevor sie umgesetzt werden sollte. Zeitweise verknüpfte der Bundesrat die vollständige Strommarktöffnung mit dem erfolgreichen Abschluss des Stromabkommens – welches wiederum vom Zustandekommen des InstA abhing.<sup>66</sup> Die Motion UREK-N 17.3971 lieferte im März 2018 einen neuen Impuls: Sie beauftragte den Bundesrat mit der Umsetzung der zweiten Etappe der Strommarktöffnung, indem sie den Bundesrat darin bestärkte, die vollständige Strommarktöffnung unabhängig vom Abschluss des Stromabkommens mit der EU zu realisieren.

Obschon sich der schweizerische Strommarkt weiter öffnet, ist er im Gegensatz zur EU immer noch lediglich teilweise liberalisiert. Der fehlende Netzzugang aller Endverbraucher ist überdies nicht mit den Regelungen des Elektrizitätsbinnenmarktes der EU vereinbar.<sup>67</sup> 935

Als weitere, neue Regelung zur Liberalisierung des Strommarktes wurde im StromVG die Entflechtung des Netzbetriebs von den übrigen Tätigkeiten in einem vertikal integrierten Elektrizitätsunternehmen eingeführt. Art. 10 StromVG verpflichtet die Elektrizitätsversorgungsunternehmen demnach, die Unabhängigkeit des Netzbetriebs zu gewährleisten und verbietet eine Quersubventionierung zwischen dem Netzbetrieb und den übrigen Tätigkeitsbereichen. Dies soll dazu beitragen, die Unabhängigkeit des Netzbetriebs sicherzustellen und den diskriminierungsfreien Netzzugang abzusichern und transparent zu gestalten. Gem. Art. 10 Abs. 3 StromVG genügt für die Verteilnetze eine buchhalterische Entflechtung, wohingegen eine weitergehende Entflechtung für das Verteilnetz verlangt wird.<sup>68</sup> Art. 18 Abs. 1 StromVG verpflichtet die bisherigen Übertragungsnetzbetreiber ihr Übertragungsnetz in eine selbständig privatrechtlich organisierte AG mit Sitz in der Schweiz zusammenzulegen, was mit der Gründung der Swissgrid AG auch geschehen ist. 936

<sup>65</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. September 2019 über die zweite Strommarktöffnung, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-76564.html>>.

<sup>66</sup> Vgl. Medienmitteilung des EDA zum InstA, abrufbar unter: <<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2021/5/26/83705.html>>.

<sup>67</sup> Erläuternder Bericht Strommarktöffnung, 17.

<sup>68</sup> Vgl. zur Begriffsdefinition Art. 4 Abs. 1 lit. h und i StromVG.

Somit wurde das schweizerische Übertragungsnetz vollständig aus den einzelnen Elektrizitätsunternehmen herausgelöst und in eine neue, unabhängige Gesellschaft zusammengelegt, welcher es untersagt ist, in den Bereichen Elektrizitätserzeugung, -verteilung und -handel tätig zu sein.<sup>69</sup>

- 937 Zudem wurde mit der Errichtung der Elektrizitätskommission (ElCom) eine neue unabhängige, sektorspezifische Regulierungsbehörde geschaffen.<sup>70</sup> Sie soll die gem. Art. 22 Abs. 1 StromVG definierten Ziele der Versorgungssicherheit und des Wettbewerbs verfolgen, indem sie die Einhaltung des StromVG überwacht. Neben Entscheidungsbefugnissen und Verfügungsbefugnissen (z.B. in Streitfällen zum Netzzugang oder der Überprüfung der Stromtarife), überwacht sie auch die Entwicklung der Elektrizitätsmärkte (Art. 22 Abs. 3 StromVG). Sie ist also damit besorgt, die Strommarktliberalisierung voranzubringen und gleichzeitig die Versorgungssicherheit zu gewährleisten.
- 938 Das StromVG soll somit unter der Prämisse der Versorgungssicherheit Anreize für mehr Wettbewerb schaffen.

## 6. Erhöhung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien

- 939 Art. 89 Abs. 1 BV gibt den energierechtlichen Rahmen für die Elektrizitätsproduktion vor. Die energiepolitischen Ziele einer ausreichenden, breit gefächerten, sicheren, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgung sowie eines sparsamen und rationellen Energieverbrauchs stehen dabei gleichwertig nebeneinander. Energiepolitische Massnahmen sind somit auch auf die jeweiligen Ziele hin zu optimieren.<sup>71</sup>
- 940 In der Schweiz haben die erneuerbaren Energien für die Elektrizitätsproduktion eine überaus wichtige Bedeutung. 80% der gesamtschweizerischen Elektrizitätsproduktion stammte 2021 aus erneuerbaren Energiequellen.<sup>72</sup> Die Wasserkraft bildet dabei die Hauptenergiequelle für die Stromproduktion und ist traditionell besonders wichtig, was sich auch in der besonderen Förder-

---

<sup>69</sup> FÖHSE, N 508 ff.

<sup>70</sup> BBl 2005, Stromversorgungsgesetz, 1658.

<sup>71</sup> BIAGGINI, Art. 89, N 4.

<sup>72</sup> Medienmitteilung des BFE vom 05. August 2022 über den Strom aus Schweizer Steckdosen, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/medienmitteilungen/mm-test.msg-id-90221.html>>.

massnahme für die Wasserkraft nach Art. 30 EnG manifestiert (vgl. [Teil 2, E.III.1.c](#)) Förderung der Wasserkraft durch Marktprämie). Der Anteil der übrigen erneuerbaren Energiequellen bleibt mit 11% verhältnismässig gering.<sup>73</sup>

Der Begriff der erneuerbaren Energien umfasst alle Energieformen, die auf natürliche Weise anfallen und direkt nutzbar sind oder für die Herstellung nutzbarer Energie verwendet werden können. Die erneuerbaren Energien (oder auch regenerative Energiequellen) gehören neben den natürlich vorkommenden Energieträgern wie Erdöl, Kohle und Uran, zur sog. Primärenergie. Als regenerativ werden diejenigen Energieträger bezeichnet, die nach menschlichem Zeitmass unerschöpflich sind und deren Energiepotenzial immerwährend erhalten bleibt.<sup>74</sup> Die erneuerbaren Energien basieren auf den Energiequellen der Sonneneinstrahlung, der Geothermie, der Wasserkraft, der Biomasse, der Umgebungswärme und des Windes (Art. 4 Abs. 1 lit. c StromVG). Um zu den Endverbrauchern als Strom (oder auch als Wärme oder als Kraftstoffe) zu gelangen, wird die Energie zunächst durch einen Umwandlungsprozess in Sekundärenergie gewandelt. Bei der Umwandlung und beim Transport hin zu den Endverbrauchern kommt es zu Umwandlungsverlusten und Transportverlusten. Die Energie, die zuletzt beim Endverbraucher ankommt, heisst Endenergie. Die Endenergie entspricht somit der genutzten Primärenergie abzüglich der Wirkungsgrad- und Leistungsverluste sowie des Eigenbedarfs der jeweiligen Erzeugungsanlage.<sup>75</sup>

941

Die Kernenergie ist mit ca. 19% Anteil die zweitwichtigste Energiequelle für die schweizerische Stromproduktion. Die verfassungsrechtlich vorgegebenen energiepolitischen Ziele sollen aber vermehrt durch die Nutzung der erneuerbaren Energien realisiert werden. Der schrittweise Ausstieg aus der Kernenergie und die Erreichung der Zielsetzung machen deswegen einen Umbau des schweizerischen Energiesystems notwendig. Der Bundesrat hat hierfür die Energiestrategie 2050 vorgestellt, die in zwei Etappen umgesetzt werden soll.<sup>76</sup> In dieser Strategie nimmt der Ausbau der erneuerbaren Energien eine zentrale Rolle ein, da sie künftig die wegfallende Kernenergie kompensieren sollen und gleichzeitig die Versorgungssicherheit der Schweiz gewährleisten

942

<sup>73</sup> Medienmitteilung des BFE vom 05. August 2022 über den Strom aus Schweizer Steckdosen, wobei rund 68% aus der Grosswasserkraft stammt. Zur Entwicklung der erneuerbaren Energien ausserhalb der Wasserkraft siehe BFE Gesamtenergiestatistik, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/statistik-und-geodaten/energiestatistiken/gesamtenergiestatistik.html>.

<sup>74</sup> DRYSCH/ROSARIUS, N 4.

<sup>75</sup> DRYSCH/ROSARIUS, N 5.

<sup>76</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7593.

müssen. Das geltende EnG, welches im Zuge des ersten Massnahmepakets der Energiestrategie 2050 totalrevidiert wurde, gibt Richtwerte vor. Dabei soll gem. Art. 2 EnG eine Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien ausserhalb der Wasserkraft angestrebt werden, die im Jahr 2020 bei mindestens 4'400 Gigawattstunden und im Jahr 2035 bei mindestens 11'400 Gigawattstunden liegt. Gem. Botschaft zur Energiestrategie 2050 sind dafür erhebliche Investitionen im Ausbau der erneuerbaren Energien, insbesondere ausserhalb der Wasserkraft, nötig.<sup>77</sup>

- 943 Den erneuerbaren Energien fehlt es aber immer noch an Konkurrenzfähigkeit gegenüber der konventionellen Energie, weswegen finanzielle Unterstützungsmassnahmen beschlossen wurden. Dabei steht insbesondere das Einspeisevergütungssystem (EVS) im Zentrum. Es soll nicht nur die Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energien finanziell unterstützen, sondern die Investitionssicherheit in Neuanlagen erhöhen.<sup>78</sup> Die vollständige Marktintegration der erneuerbaren Energien bleibt noch aus.
- 944 Wie die zweite Etappe der Energiestrategie 2050 aussieht, ist derzeit noch offen. Der Bundesrat beabsichtigte, das Fördersystem ab dem Jahr 2021 abzubauen und durch ein Klima- und Energielenkungssystem (KELS) mit Klima- und Stromabgaben zu ersetzen, wobei der Grundsatz des Lenkungssystems in der BV verankert werden sollte. Der Nationalrat beschloss im Jahre 2017 allerdings, nicht auf die Vorlage einzutreten.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7624.

<sup>78</sup> MAYORAZ, N 541.

<sup>79</sup> Vgl. dazu Votum Klima- und Energielenkungssystem, FÄSSLER/LUGINBÜHL/NORDMANN, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20150072>>, welches am 28. Oktober 2015 dem Bundesrat eingereicht wurde. Das Lenkungssystem stiess auf breite Zustimmung in den Stellungnahmen, wobei aber viele Vorbehalte angebracht wurden. Diese betrafen häufig den Verfassungsartikel und die Einzelheiten der Umsetzung, die später auf Gesetzesstufe hätten festgelegt werden sollen. Der Nationalrat entschied sich, nicht auf das Geschäft einzugehen und folgte damit der vorberatenden Kommission. Ein Lenkungssystem lehnten nicht alle Parteien ab, jedoch hielten die Befürworter einen Verfassungsartikel für unnötig oder die vorgeschlagenen Instrumente für unzureichend; BBl 2015, 7885.

### III. In der Schweiz bestehende Subventionspraktiken

Fatlum Ademi

#### I. Fördermassnahmen auf Bundesebene

Die Massnahmen zur Förderung der erneuerbaren Stromproduktion finden ausschliesslich Anwendung auf einheimische Anlagen. Sie sind zudem bislang zeitlich begrenzt. So wurden beispielsweise einheimische Anlagen ins EVS letztmals bis zum Jahre 2022 aufgenommen. Nach 2030 sollen auch keine Investitionsbeiträge bzw. Einmalvergütungen (EIV) mehr zur Auszahlung kommen. Wie angedeutet, war ursprünglich sogar vorgesehen, dass das bestehende Fördersystem durch das sog. KELS abgelöst werden sollte. Der National- und Ständerat sind aber 2017 nicht auf die KELS-Vorlage eingetreten.<sup>80</sup> Dies hat zu einer politisch schwierigen Situation geführt: Einerseits zeichnete sich mit der Totalrevision des CO<sub>2</sub>-Gesetzes eine Nachfolgeregelung bzw. Weiterführung der bestehenden Massnahmen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen ab. Andererseits war mit Blick auf den Ausbau der erneuerbaren Energien lange unklar, wie es nach dem Auslaufen der aktuell geltenden Förderungen weitergehen sollte. Der Bundesrat möchte aber inzwischen die Förderbeiträge für die einheimischen erneuerbaren Energien verlängern und sie dabei wettbewerblischer und marktnäher gestalten.<sup>81</sup> 945

Am 21. Mai 2017 nahm das Stimmvolk das noch heute geltende Energiegesetz vom 30. September 2016 an. Es trat zusammen mit vier neuen und fünf revidierten Verordnungen, welche vom Bundesrat bzw. vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) am 1. November 2017 verabschiedet wurden, am 1. Januar 2018 in Kraft. 946

---

<sup>80</sup> Vgl. oben, FN 79.

<sup>81</sup> Monitoring Energiestrategie 2050 des BFE, Monitoring Bericht 2020, 5, abrufbar unter: <https://bit.ly/3CEwkRx>.

- 947 Bei den bundesrätlichen Verordnungen handelt es sich um die EnV, die Energieeffizienzverordnung (EnEV)<sup>82</sup> und die Energieförderungsverordnung (EnFV)<sup>83</sup>. Das UVEK hat die Verordnung über den Herkunftsnachweis und die Stromkennzeichnung (HKSV)<sup>84</sup> erlassen. Revidiert wurden schliesslich die CO<sub>2</sub>-Verordnung<sup>85</sup>, die Kernenergieverordnung (KEV)<sup>86</sup>, die Landesgeologieverordnung (LGeoIV)<sup>87</sup>, die Stromversorgungsverordnung (StromVV – sie regelt die erste Phase der Strommarktöffnung, in welcher die festen Endverbraucher keinen Anspruch auf Netzzugang nach Artikel 13 Absatz 1 StromVG haben)<sup>88</sup> und die Verordnung über die Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich (GebV-En)<sup>89</sup>.
- 948 Die Pronovo AG (nachfolgend Pronovo) ist als Vollzugsstelle für den Vollzug des EVS nach Art. 19 EnG und der KEV nach bisherigem Recht zuständig. Sie trifft gem. Art. 63 Abs. 2 EnG die nötigen Verfügungen. In den nicht vom EnG geregelten Bereichen gelangt das VwVG zur Anwendung. Bis zum 31. Dezember 2017 war Swissgrid für den Vollzug der Förderprogramme des Bundes zur Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien zuständig. Seit dem 1. Januar 2018, mit dem Inkrafttreten des neuen EnG, ist die Pronovo neu als zuständige Vollzugsstelle, mit Verfügungskompetenz, tätig. Sie hat gem. Art. 63 Abs. 1 EnG folgende Vollzugsaufgaben zu erfüllen: das Herkunftsnachweiseswesen (HKN), das EVS, die Einspeisevergütung nach bisherigem Recht, die Einmalvergütung (EIV) für Photovoltaikanlagen sowie die Erstattung der Mehrkosten aus Verträgen nach Art. 73 Abs. 2 EnG. Zudem besteht die Möglichkeit für den Bundesrat, ihr weitere Aufgaben zu übertragen, welche die Verwendung der Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds betreffen oder mit den Herkunftsnachweisen zusammenhängen (Art. 63 Abs. 1 lit. f EnG).

---

<sup>82</sup> Verordnung über die Anforderungen an die Energieeffizienz serienmässig hergestellter Anlagen, Fahrzeuge und Geräte vom 1. November 2017 (Energieeffizienzverordnung, SR 730.02).

<sup>83</sup> Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien vom 1. November 2017 (Energieförderungsverordnung, EnFV, SR 730.03).

<sup>84</sup> Verordnung des UVEK über den Herkunftsnachweis und die Stromkennzeichnung vom 1. November 2017 (HKSV, SR 730.010.1).

<sup>85</sup> Verordnung über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 30. November 2012 (CO<sub>2</sub>-Verordnung, SR 641.711, alte Version).

<sup>86</sup> Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (KEV, SR 732.11).

<sup>87</sup> Verordnung über die Landesgeologie vom 21. Mai 2008 (Landesgeologieverordnung, LGeoIV, SR 510.624).

<sup>88</sup> Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (StromVV, SR 734.71).

<sup>89</sup> Verordnung über Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 (GebV-En, SR 730.05).

Von Gesetzes wegen ist die Vollzugsstelle als 100%ige-Tochtergesellschaft der nationalen Netzgesellschaft (Swissgrid) in Rechtsform einer privatwirtschaftlichen Aktiengesellschaft ausgestaltet (Art. 63 Abs. 2 EnG). Die Vollzugsstelle untersteht der Aufsicht des BFE, welches ausserdem für die Genehmigung der Statuten, des Budgets und der Abrechnung über die Vollzugsaufgaben verantwortlich ist (Art. 64 Abs. 3 EnG). Die Fördermittel, die Pronovo im Rahmen ihrer Vollzugstätigkeit ausrichtet, stammen aus dem Netzzuschlagsfonds. Dieser ist als Spezialfonds nach Art. 52 FHG ausgestaltet. Der Netzzuschlagsfonds selbst wird vom UVEK verwaltet (Art. 37 Abs. 2 EnG). Im Jahre 2022 wurden Einlagen in den Netzzuschlagsfonds im Umfang von CHF 1'272'016'255 geleistet.<sup>90</sup> Pronovo erhebt von den Netzbetreibern einen Zuschlag auf dem Netznutzungsentgelt für das Übertragungsnetz und legt ihn in den Netzzuschlagsfonds ein (sog. Netzzuschlags-Inkasso). Zurzeit beträgt dieser CHF 0.023 pro Kilowattstunde. Pronovo erhält des Weiteren von der Bilanzgruppe für erneuerbare Energien<sup>91</sup> den Referenzmarktpreis für die gem. Produktionsfahrplan<sup>92</sup> abgenommene Elektrizität (Art. 27 Abs. 1 EnFV) und von den Netzbetreibern den Referenzmarktpreis für die tatsächlich abgenommene Elektrizität (Art. 27 Abs. 2 EnFV). Sie legt diese dann unverzüglich in den Netzzuschlagsfonds ein (sog. Marktpreis-Inkasso). Zu einem späteren Zeitpunkt wird mit diesem Geld die Auszahlung des Referenzmarktpreises als Anteil an das EVS finanziert.<sup>93</sup>

949

Gegen die Bescheide der Swissgrid stand früher eine Beschwerde an die El-Com offen. Unter dem heutigen Recht kann gem. Art. 66 Abs. 1 EnG gegen die von Pronovo erlassenen Verfügungen innert 30 Tagen nach Eröffnung Einsprache erhoben werden. Das Einspracheverfahren schafft die Möglichkeit einer Neuüberprüfung von Verfügungen durch die Verwaltung, ohne ein Gericht

950

<sup>90</sup> Datenbank der Bundessubventionen, abrufbar unter: <[https://www.data.finance.admin.ch/superset/dashboard/subventionen/?native\\_filters\\_key=NjA0u4z0g2vENOUOf8YpJzdrDI2nChJly32UtZdfUcQ8FFhFlsXIJ6sXfTPnCChr](https://www.data.finance.admin.ch/superset/dashboard/subventionen/?native_filters_key=NjA0u4z0g2vENOUOf8YpJzdrDI2nChJly32UtZdfUcQ8FFhFlsXIJ6sXfTPnCChr)>.

<sup>91</sup> Das BFE hat der swiss energy exchange Ltd (swenex) beauftragt, die Bilanzgruppe für Erneuerbare Energien zu führen. Gem. Art. 24 Abs. 2 StromVV muss deshalb swenex Richtlinien festlegen, welche die transparente und diskriminierungsfreie Einspeisung von Elektrizität zum Referenzmarktpreis nach Art. 14 Abs. 1 oder 105 Abs. 1 EnFV regeln. Diese Richtlinie gilt für Anlagenbetreiber (also Stromproduzenten) mit Vergütung zum Referenzmarktpreis, deren Anlage über eine Lastgangmessung oder ein intelligentes Messsystem (Smart Meter) verfügen. Der produzierte Strom aus den betroffenen Anlagen wird in der Bilanzgruppe Erneuerbare Energien (BG-EE) bilanziert.

<sup>92</sup> Gem. Ziff. 5 der Richtlinien von swenex müssen Stromproduzenten sog. Produktionsfahrpläne periodisch einsenden. Darin wird aufgelistet, wie viel Strom in welchem Zeitraum erzeugt wurde, und z.B. ob es vorhersehbare oder unvorhersehbare Produktionsunterbrüche gab.

<sup>93</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 4.

anzurufen.<sup>94</sup> Verfügungen der Vollzugsstelle in anderen Bereichen, die in Art. 66 Abs. 1 EnG festgehalten sind, sind nicht mittels Einsprache anfechtbar. Hier erfolgt eine Anfechtung direkt beim Bundesverwaltungsgericht nach Art. 66 Abs. 2 EnG. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich der EVS (bzw. auch KEV) können beim Bundesgericht angefochten werden, weil es sich dabei um eine Anspruchssubvention handelt.<sup>95</sup> Die Botschaft zum EnG besagt hinsichtlich Kostenfolgen aus, dass kein Anspruch auf eine Parteientschädigung begründet werden kann, diese jedoch bei besonders komplexen Verfahren, in denen eine anwaltliche Vertretung bereits im Einspracheverfahren als nahezu unverzichtbar erscheint, zugesprochen werden können.<sup>96</sup>

- 951 Nennenswert sind auch gewisse Anpassungen der Fristen aufgrund der Revision der EnFV vom 1. April 2019. Die Fristen für das Einreichen der Projektfortschrittmeldungen und zur Inbetriebnahme von Wasser- und Windkraftanlagen wurden verlängert, da sie sich in der Praxis als zu kurz erwiesen haben. Für Wasserkraftanlagen gilt demnach eine Frist zur Inbetriebnahme von zwölf Jahren (bisher sechs Jahre), für Windkraftanlagen sind es ebenfalls zwölf Jahre (bisher sieben Jahre). Ausserdem ermöglichen die Anpassungen maximal eine Verdoppelung der vorgesehenen Fristen durch die Vollzugsstelle. Sofern die gesuchstellende Person die Fristen für Projektfortschritte und Inbetriebnahme aus anderen Gründen, für die sie nicht einzustehen hat, nicht einhalten kann und vor Ablauf der jeweiligen Frist ein schriftliches Gesuch stellt, kann diese Möglichkeit ergriffen werden. Diese Fristverlängerungen führen z.B. bei den EVS-Anlagen dazu, dass auch nach Ende des Eingehens von Verpflichtungen betreffend EVS ab dem 1. Januar 2023 die Vergütungsdauer einer in das EVS aufgenommenen Anlage erst Jahre später zu laufen beginnt. Damit kann dieses Förderprogramm weit über seine eigentliche Abschaffung hinaus weiterbestehen.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 62; BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7694.

<sup>95</sup> Vgl. zur KEV das Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2017 vom 10. Januar 2018 E. 1.

<sup>96</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7695.

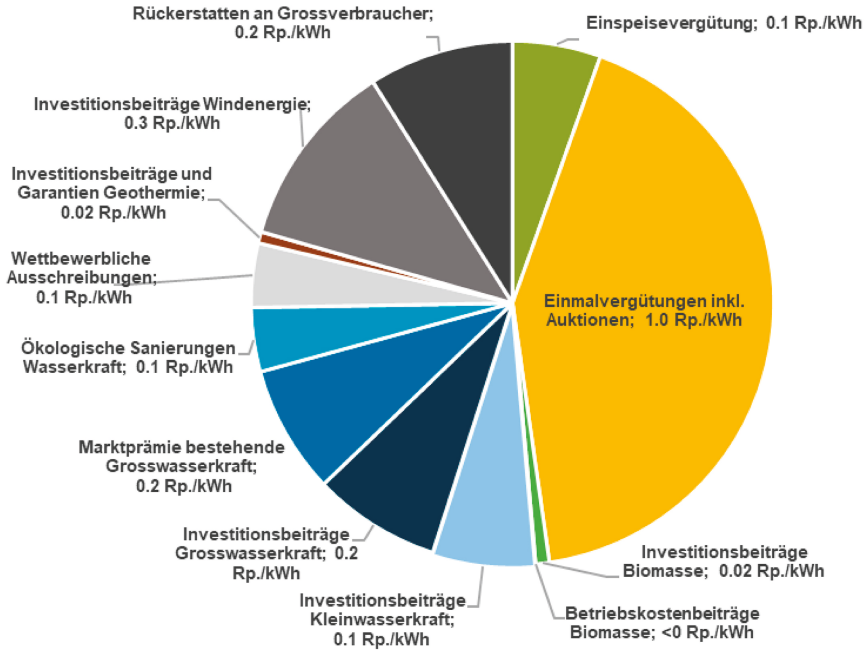
<sup>97</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 67.



Abbildung 1<sup>98</sup>: Aufteilung des Netzzuschlags 2022

952

953



Die durch die Energiestrategie 2050 anvisierten Ausbauziele bei den erneuerbaren Energien lassen sich zwischen preis- und mengengetriebenen zum einen, und zwischen investitions- und produktionsbezogenen Massnahmen zum anderen, steuern. In der Schweiz dominieren die preisgetriebenen Massnahmen. Darunter fallen die Einspeisevergütung und die Investitionsbeiträge bzw. EIV.<sup>99</sup> Quotenmodelle fallen hingegen in die Kategorie der mengengetriebenen Interventionen. Beim Quotenmodell wird ein Stromversorger verpflichtet, einen Teil seines Absatzes mit erneuerbaren Energien, sei es durch Eigenproduktion oder Beschaffung eines grünen Zertifikates, zu decken.<sup>100</sup> Die Internationale Energieagentur (IEA), eine autonome Organisation innerhalb der OECD, welcher die Schweiz seit 1974 angehört, beurteilt die preisbasierten

954

<sup>98</sup> Quelle: UVEK.

<sup>99</sup> SCHLEINIGER/WINZER, 10.

<sup>100</sup> Avenir suisse, abrufbar unter: <<https://www.avenir-suisse.ch/tag/quotenmodell/>>.

Konzepte insgesamt als kostengünstiger als beispielsweise Quotenmodelle.<sup>101</sup> Die preisgetriebenen Massnahmen orientieren sich an Preissignale des Marktes. Die Preise müssen so festgesetzt werden, dass sie für die Marktakteure genügend Investitionsanreize auslösen. Die Höhe der Preisfestsetzung steht dabei in Abhängigkeit zu den gesetzten Ausbauzielen. Um die Ziele zu erreichen, sind gegebenenfalls Preisstützungsmassnahmen nötig. Diese lassen sich auf verschiedene Weise ausgestalten: z.B. als Einspeisevergütung mit Direktvermarktung, welche die Differenz zwischen dem Marktpreis und den Gesteuerungskosten ausgleicht, als investitionsbezogene EIV oder auch im Rahmen von Ausschreibungen.<sup>102</sup>

a) Einspeisevergütung

955 Die Einspeisevergütung ist eine staatlich festgelegte Geldleistung für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien, die aus einem zweckgebundenen Spezialfonds stammt. Durch die Eigenverantwortlichkeit der Stromproduzenten bezüglich Absatz und Vermarktung des produzierten Stroms, orientiert sich die Einspeisung an der Nachfrage auf dem Strommarkt und soll dadurch bedarfsgerecht Strom einspeisen. Die Einspeisevergütung hat sich in der Schweiz wie auch in vielen EU-Mitgliedstaaten etabliert, weil sie als besonders marktnahe gilt.<sup>103</sup>

956 Die Teilnahme am EVS ist in Art. 19 ff. EnG geregelt. Mit dem Inkrafttreten des neuen EnG per 1. Januar 2018 wurde die ehemals kostendeckende Einspeisevergütung (KEV) mit dem marktorientierten EVS ersetzt. Der Umbau von Kostendeckung zu Marktorientierung ist inhaltlich in der Energiestrategie 2050 vorgesehen.<sup>104</sup> Anders als das bisherige KEV garantiert das EVS den Stromproduzenten keine fixe Vergütung. Vielmehr sollen sie selbst für den Absatz ihres produzierten Stroms verantwortlich sein und dadurch Anreize erhalten, zeitlich dann einzuspeisen, wenn der Strom benötigt wird (Art. 14 EnFV i.V.m. Art. 21 EnG).<sup>105</sup> Für den ökologischen Mehrwert erhalten die Produzenten eine Einspeiseprämie, die sich aus der Differenz zwischen der herkömmlichen KEV und einem Referenzmarktpreis berechnet. Die Berechnung des Referenz-

---

<sup>101</sup> SCHLEINIGER/WINZER, 14.

<sup>102</sup> Vgl. Stellungnahme der aeesuisse zur Vernehmlassung zur Revision des Stromversorgungsgesetzes vom 29. Januar 2019, 11, abrufbar unter: <<https://aeesuisse.ch/wp-content/uploads/2021/08/AEE-SUISSE-Stellungnahme-Vernehmlassung-Stromversorgungsgesetz.pdf>>.

<sup>103</sup> BANFI FROST/MINSCH, 9.

<sup>104</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7565; MÖLLER/BAUMANN N 15.

<sup>105</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7624 f.

marktpreises ist in Art. 14 Abs. 1 EnFV für Photovoltaikanlagen und in Art. 14 Abs. 2 EnFV für alle übrigen Technologien festgelegt. Sie müssen ihre Elektrizität aber selbst vermarkten. Dadurch soll die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien in den Markt eingebettet werden. Für kleine und schlecht steuerbare Anlagen besteht weiterhin die Möglichkeit der Vergütung zum Referenzmarktpreis.<sup>106</sup>

Gem. Art. 19 Abs. 1 EnG dürfen Betreiber von Neuanlagen, die sich für den entsprechenden Standort eignen und Elektrizität aus den erneuerbaren Energien der Wasserkraft, Sonnenenergie, Windenergie, Geothermie oder Biomasse erzeugen, am EVS teilnehmen, soweit die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG dafür reichen. Weiter sind in Art. 11 EnFV allgemeine Anforderungen zur Teilnahme am EVS festgelegt. Demnach sind die Bestimmungen zu den Anschlussbedingungen nach Art. 10 EnV sowie zu der zu vergütenden Elektrizitätsmenge nach Art. 11 EnV sinngemäss anwendbar.

957

Mit dem Eintritt ins EVS sind neben den Rechten auch Mitwirkungspflichten verbunden. So sind die Anlagebetreiber insbesondere dazu verpflichtet, die für die Auszahlung erforderlichen Informationen einzureichen, allfällige Änderungen der an der Anlage berechtigten Personen mitzuteilen sowie nachträgliche Erweiterungen oder Erneuerungen der Anlage mindestens einen Monat vor deren Inbetriebnahme zu melden.<sup>107</sup> Ausserdem sind die Anspruchsvoraussetzungen und die Mindestanforderungen jederzeit einzuhalten, weil sonst die Vergütung der Einspeiseprämie entfällt und es zum Ausschluss aus dem EVS führen kann (Art. 30 EnFV). Der ökologische Mehrwert der aus erneuerbaren Energien produzierten Elektrizität gilt als abgegolten. Demnach ist der Handel mit den zugehörigen Herkunftsnachweisen nicht möglich.<sup>108</sup>

958

Die Teilnahmemöglichkeiten am EVS sind unter dem aktuellen EnG aber teilweise eingeschränkt:

959

- Weil die Möglichkeit der Aufnahme von *Photovoltaikanlagen* durch das geltende EnG ins EVS mehrfach eingeschränkt wurde, besteht eine Chance auf Teilnahme nur noch für Projekte mit einer geplanten oder bereits realisierten Leistung von mindestens 100 Kilowatt, welche bis spätestens 30. Juni 2012 für eine Förderung angemeldet wurden und für die das Wahlrecht bis spätestens 30. Juni 2018 zugunsten der Einspeisevergütung ausgeübt wurde.

<sup>106</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7625; MÖLLER/BAUMANN, N 15.

<sup>107</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 34.

<sup>108</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 35.

Gem. Art. 8 Abs. 1 EnFV haben Betreiber von grossen Photovoltaikanlagen ein Wahlrecht zwischen dem EVS und der EIV. Zur Unterscheidung zwischen grossen und kleinen Photovoltaikanlagen erfolgte dabei eine Anknüpfung an die installierte Leistung der Anlage. Photovoltaikanlagen mit einer Leistung ab 100 Kilowatt zählen zu den grossen Anlagen. Das Wahlrecht wird gem. Art. 8 Abs. 2 EnFV mit der Einreichung des Gesuchs ausgeübt. Erfolgte keine fristgerechte Ausübung des Wahlrechts für diejenigen Projekte, welche sich bei Inkrafttreten der neuen Gesetzgebung bereits auf der Warteliste befanden, gilt die Anmeldung als Gesuch um die EIV gem. der Übergangsbestimmung in Art. 104 Abs. 3 EnFV.

Gem. Kommunikation des BFE kommt hinzu, dass die Warteliste für EVS nur noch für diejenigen Projekte berücksichtigt werden können, welche vor dem 30. Juni 2012 angemeldet wurden. Alle nach diesem Datum angemeldeten Projekte für eine Förderung können (voraussichtlich) nicht mehr ins EVS aufgenommen werden.<sup>109</sup>

Gem. Botschaft zur Energiestrategie 2050 steht der rentable Betrieb bei kleinen Photovoltaikanlagen i.d.R. nicht im Vordergrund. Deswegen werden Photovoltaikkleinanlagen ausserhalb des EVS durch einmalige Investitionsbeihilfen gefördert (vgl. [Teil 2, E.III.1.b](#)).<sup>110</sup> Gem. Art. 19 Abs. 4 lit. b EnG können Anlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 30 Kilowatt nicht am EVS teilnehmen. Zudem hat der Bundesrat von der in Art. 24 Abs. 1 lit. a und Art. 19 Abs. 6 EnG vorgesehenen Kompetenz Gebrauch gemacht und die Leistungsobergrenze erhöht. Das bedeutet, dass nunmehr Photovoltaikanlagen mit einer Leistung ab 100 Kilowatt zur Teilnahme am EVS berechtigt sind.

Das Gesuch um eine Förderung mittels EVS kann bereits gestellt werden, ohne dass das Projekt bzw. die Anlage bereits realisiert wurde.

- Am EVS können mittlerweile nur noch die unter dem vorgängigen Recht als «übrige Biomasseanlagen» bezeichneten Anlagen teilnehmen. In Ziff. 2.1.2 des Anhangs 1.5 EnFV sind die zugelassenen Biomassen festgehalten. Damit sind seit dem 1. Januar 2018 Kehrlichtverbrennungsanlagen, Schlammverbrennungsanlagen, Klärgas- und Deponiegasanlagen sowie Anlagen, die teilweise fossile Brenn- oder Treibstoffe nutzen, von der Teilnahme am EVS ausgeschlossen (Art. 19 Abs. 4 lit. c-e EnG).
- *Wasserkraftanlagen* mit einer Leistung von weniger als ein Megawatt oder mehr als zehn Megawatt können nicht am EVS teilnehmen.

---

<sup>109</sup> Vgl. Faktenblatt des BFE über die Förderung der Photovoltaik, Vers. 1.2 vom 1. Mai 2019, 2, abrufbar unter: <<https://bit.ly/3AWzajW>>.

<sup>110</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7626.

Anzumerken bleibt, dass gem. Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Abs 3 EnG ausdrücklich nur noch Neuanlagen am EVS teilnahmeberechtigt sind. Dabei gelten als Neuanlagen alle Anlagen, die nach dem 1. Januar 2013 in Betrieb genommen wurden. Auch eine erhebliche Erneuerung oder Erweiterung einer bestehenden Anlage berechtigt nicht zur Teilnahme. Dabei wird von einer erheblichen Erweiterung ab einer Leistungssteigerung von 2 Kilowatt gesprochen (Art. 37 EnFV). Der komplette Ersatz einer bestehenden Anlage gilt dabei gem. Art. 3 Abs. 2 EnFV aber als Neuanlage. Von einem kompletten Ersatz ist dann auszugehen, wenn die notwendige Investition annähernd so gross ist, wie diejenige in eine vergleichbare, tatsächlich neue Anlage.<sup>111</sup> 960

Gem. Art. 19 Abs. 1 EnFV kommen Projekte nach der Gesuchseinreichung auf eine Warteliste, wobei das BFE gem. Art. 20 Abs. 1 EnFV die Kontingente festlegt, in deren Umfang Anlagen auf der Warteliste berücksichtigt werden können. Sofern sämtliche Anspruchsvoraussetzungen und insbesondere genügend Mittel zur Verfügung stehen, wird die Aufnahme in das EVS gem. Art. 22 Abs. 1 EnFV zugesichert, selbst wenn das Projekt noch nicht realisiert wurde. Weiter sieht Art. 23 Abs. 1 EnFV technologiespezifische Fristen für die Erreichung von Projektfortschritten sowie für die Inbetriebnahme vor, welche ab dem Zeitpunkt der Zusicherung zu laufen beginnen. So ist z.B. bei Photovoltaikanlagen das Projekt innert zwölf Monaten seit der Zusicherung der Subvention zu realisieren (Art. 23 Abs. 2 i.V.m. Anhang 1.2 Ziff. 4.2 lit. a EnFV). Sofern die Anlage unter Einhaltung der Vorgaben in Betrieb genommen wird und die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, kann sie in das EVS aufgenommen werden, wobei die Vergütung dann aufgrund der Anlagedaten festgelegt wird. Ist eine Anlage zum Zeitpunkt der Zusicherung der Aufnahme in das EVS schon in Betrieb, kann sie direkt in das EVS aufgenommen werden und die Festsetzung der Vergütung erfolgen (Art. 24 Abs. 2 EnFV). Die Bewilligung der Einspeisevergütung für neue Anlagen lief 2022 aus.<sup>112</sup> 961

Die Einspeisevergütung lässt sich rechtlich, wie zu Beginn bereits angedeutet, als Geldleistung qualifizieren, die aus einem zweckgebundenen Spezialfonds stammt, für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien geleistet wird. Als solche stellt sie Vermögen dar, welches der Eidgenossenschaft von Dritten mit bestimmten Auflagen zugewendet wurde (Art. 52 Abs. 1 FHG). Für diejenigen Produzenten, welche die Möglichkeit des Eigenverbrauchs nutzen, 962

<sup>111</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7625.

<sup>112</sup> Vgl. dazu Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien des BFE, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/politik/energiestrategie-2050/erstes-massnahmenpaket/massnahmen-zum-ausbau-der-erneuerbaren-energien.html>.

wird (vgl. Art. 16 EnG) die Überschussproduktion vergütet. Produzenten, die die gesamte produzierte Elektrizität dem Netzbetreiber veräussern, wird die Nettoproduktion vergütet. Empfänger dieser Leistung sind Private, Unternehmen sowie öffentlich-rechtliche Institutionen. Strom aus erneuerbaren Energien darf dabei auch ohne vom Bund übertragenes Recht eingespeist werden. Die Leistung der Vergütung ist aber in jedem Fall zweckgebunden. Damit handelt es sich um geldwerte Vorteile, welche Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten. Damit entspricht dies einer Finanzhilfe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SuG.<sup>113</sup>

963 Subventionen werden danach unterschieden, ob ein Ermessen über die Gewährung der Subvention besteht oder nicht (vgl. [Teil I, IV.2.b](#)).<sup>114</sup> Für die Gewährung der Einspeisevergütung sind die Anspruchsvoraussetzungen im EnG und in der EnFV abschliessend geregelt. Gem. Art. 18 Abs. 1 EnFV ist insbesondere auch eine Prioritätenordnung für den Abbau der Warteliste festgelegt. Der Behörde, bzw. der Vollzugsstelle, verbleibt damit kein Ermessen bei der Entscheidung betreffend Aufnahme in das EVS. Die Aufnahme in das EVS hat zu erfolgen, sofern alle Voraussetzungen erfüllt sind. Die Einspeisevergütung ist damit als Anspruchssubvention zu qualifizieren.<sup>115</sup>

964 Inzwischen hat der Bundesrat an seiner Sitzung vom 18. Juni 2021 die Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien verabschiedet. Die Vorlage beinhaltet die Revision des Energie- und Stromversorgungsgesetzes und will den Ausbau der einheimischen erneuerbaren Energien sowie die Versorgungssicherheit, insbesondere für den Winter, stärken. Das Einspeisevergütungssystem soll wie geplant auslaufen und neu nur noch durch Investitionsbeiträge ersetzt werden, was zu einer administrativen Entlastung und mehr Zubau pro Förderfranken sorgen soll.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 39; WIEDERKEHR/RICHLI, N 1459.

<sup>114</sup> WIEDERKEHR/RICHLI, N 1508 f.

<sup>115</sup> Vgl. zur bisherigen KEV das Urteil des Bundesgerichts 2C\_180/2017 vom 10. Januar 2018 E. 1.

<sup>116</sup> Vgl. Medienmitteilung vom Bundesrat zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html>.

b) Investitionsbeiträge/Einmalvergütung

Einmalvergütungen sind Leistungen bzw. einmalige Investitionsbeiträge für Anlagebetreiber, welche Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen. Sie sind folglich als Leistungen an Dritte für Investitionen in Anlagen aus erneuerbaren Energien zu verstehen, die das Ziel der Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien verfolgen. 965

Die Investitionsbeiträge bzw. Einmalvergütungen (EIV) sind in Art. 24 ff EnG geregelt. Betreiber von Photovoltaikanlagen (neue Anlagen mit einer Leistung von weniger als 30 Kilowatt und erheblich erweiterte oder erneuerte Anlagen), von Wasserkraftanlagen – ausgenommen Pumpspeicherkraftwerke – (Neuanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 Megawatt und erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen von bestehenden Anlagen mit einer Leistung von mindestens 300 Kilowatt) und von Biomasseanlagen (neue Kehrlichtverbrennungs- und neue Klärgasanlagen sowie neue Holzkraftwerke von regionaler Bedeutung und erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen solcher Anlagen) können einen Investitionsbeitrag in Anspruch nehmen. Die Investitionsbeiträge und EIV für schweizerische Anlagen stehen bis Ende 2030 zur Verfügung, sollen aber nach der Revision des EnG bis 2035 verlängert werden.<sup>117</sup> 966

Die Betreiber von Photovoltaikanlagen erhalten eine einmalige Zahlung (EIV), während die Betreiber von Wasserkraftanlagen und Biomasseanlagen eine gestaffelte Auszahlung erhalten können. Im EnG ist ferner eine wettbewerbliche Ausschreibung zur Vergabe der Investitionsbeiträge für Photovoltaikanlagen vorgesehen. 967

- Die EIV für *Photovoltaikanlagen*, welche von der Möglichkeit zur Teilnahme am EVS ausgeschlossen sind, beträgt höchstens 30% der bei der Inbetriebnahme massgeblichen Investitionskosten von Referenzanlagen (Art. 25 Abs. 1 EnG). Im Anhang 2.1 der EnFV sind die weiteren, entsprechenden Ansätze für die EIV festgelegt. Ausserdem finden sich darin Bedingungen zur Qualifizierung der Anlagen als Photovoltaikanlagen, mit all-

---

<sup>117</sup> Siehe dazu Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien des BFE, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/politik/energiestrategie-2050/erstes-massnahmenpaket/massnahmen-zum-ausbau-der-erneuerbaren-energien.html>>. Die im EnG enthaltenen Richtwerte für den Ausbau der Wasserkraft und anderer erneuerbaren Energien für 2035 sollen im neuEnG als verbindlich erklärt werden. Dementsprechend sollen die derzeit bis 2030 befristeten Investitionsbeiträge bis Ende 2035 verlängert werden. Vgl. dazu ebenfalls Faktenblatt 2 des BFE über die Revision des Energiegesetzes vom 3. April 2020, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/60799.pdf>>.

fälligem Anspruch auf Förderung. Die Vergütung setzt sich aus einem fixen Grundbeitrag und einem variablen Leistungsbeitrag zusammen (Art. 38 Abs. 1 EnFV).<sup>118</sup>

Die EIV lässt sich in EIV für grosse Photovoltaikanlagen (sog. GREIV) und in EIV für kleine Photovoltaikanlagen (sog. KLEIV) unterteilen. Gem. Art. 41 Abs. 1 EnFV lässt sich die KLEIV von der GREIV dadurch unterscheiden, als das Gesuch um KLEIV erst nach der Realisierung der Anlage gestellt werden kann. Ein Gesuch um die GREIV kann dagegen bereits gestellt werden, ohne dass das Projekt bereits realisiert wurde, wobei aber innert 12 Monaten nach der Zusicherung der GREIV die Anlage zu realisieren ist.<sup>119</sup>

Im Gegensatz zur EVS kann für erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen von Photovoltaikanlagen ein Gesuch um Förderung mittels GREIV bzw. KLEIV gestellt werden. Dabei wird auch hier von einer erheblichen Erweiterung ab einer Leistungssteigerung von 2 Kilowatt gesprochen (Art. 24 Abs. 1 lit. a EnG).

- Neben erheblich erweiterten oder erneuerten Wasserkraftanlagen ab 300 Kilowatt bis 10 Megawatt sollen auch erheblich erweiterte oder erneuerte *Kehrichtverbrennungsanlagen* und *Abwasserreinigungsanlagen* sowie *Klärgasanlagen* mittel Investitionsbeiträgen gefördert werden, die vorher am EVS teilnehmen konnten.<sup>120</sup>

968 Art. 26 und 27 EnG legen die Höhe der Investitionsbeiträge für Wasserkraftanlagen und Biomasseanlagen fest. Der Investitionsbeitrag für Wasserkraftanlagen nach Art. 24 Abs. 1 lit. b EnG wird dabei im Einzelfall bestimmt. Er beträgt nach Art. 26 Abs. 1 EnG für Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 10 Megawatt höchstens 60% der anrechenbaren Investitionskosten, für Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 Megawatt höchstens 40%. Der Investitionsbeitrag für Biomasseanlagen gem. Art. 24 Abs. 1 lit. c EnG wird ebenfalls im Einzelfall bestimmt und darf höchstens 20% der anrechenbaren Investitionskosten betragen.<sup>121</sup>

969 Ferner ist die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 4 EnG zu beachten. Demnach besteht für Netzbetreiber auf ihrem Netzgebiet die Pflicht zur Abnahme und Vergütung, wenn die Stromproduzenten eine EIV für Photovoltaikanlagen (Art. 25 EnG) oder einen Investitionsbeitrag für Wasserkraftanlagen (Art. 26 EnG) oder Biomasseanlagen (Art. 27 EnG) in Anspruch neh-

---

<sup>118</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 22.

<sup>119</sup> Vgl. Anhang 1.2 Ziff. 4.2 EnFV.

<sup>120</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7671 f.

<sup>121</sup> Art. 24 Abs. 1 lit. c EnG.



men. Hingegen sind Produzenten von Anlagen, die am EVS teilnehmen – und damit eine vergleichbare Abnahmegarantie in der Form eines monetären Förderbeitrags (der Einspeiseprämie, vgl. oben [Teil 2, E.III.1 a\)](#)) erhalten – explizit von der garantierten Abnahme und Vergütung ausgeschlossen.

Während Investitionsbeiträge bzw. EIV Subventionen darstellen, sieht der Bundesrat das Ziel der Regelung von Art. 15 EnG allerdings nicht in der eigentlichen Subventionierung der Anlagebetreiber von erneuerbaren Energien, sondern in der Sicherstellung und Diversifizierung der Energieversorgung und betrachtet die Regelung als Schutznorm. Die gesetzliche Regelung diene gem. Botschaft zur Energiestrategie 2050 dazu, die vergleichsweise schwächere Position der Selbstproduzenten gegenüber den Energieversorgungsunternehmen bei der Festlegung der Anschlussbedingungen zu stärken. Nur dadurch würde die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien gefördert.<sup>122</sup> Der Gesetzgeber wollte für die Produzenten von kleinen Anlagen somit ursprünglich lediglich eine angemessene Vergütung sicherstellen, nicht aber eine eigentliche Subventionierung, auch wenn letztere in der Konsequenz die Folge darstellt.

970

Damit besteht zwar einerseits eine deutliche Trennung zwischen der eigentlichen Fördermassnahme in Art. 24 ff. EnG und der Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG. Andererseits können sie nicht ganz losgelöst voneinander betrachtet werden. Denn Anlagebetreiber der betroffenen Technologien erhalten zum einen den Investitionsbeitrag bzw. EIV und zum anderen geniessen sie den Vorteil, den Strom aus diesen Technologien abgenommen sowie angemessen durch einen Netzbetreiber (die Private darstellen) auf dem jeweiligen Netzgebiet vergütet zu erhalten. Dadurch wird zwar auch die Sicherstellung der Diversifizierung der Energieversorgung erreicht, andererseits aber auch die Stromproduktion aus den genannten Technologien gefördert, auch wenn letzteres nicht die dahinterliegende Motivation war.<sup>123</sup>

971

Für diese Fallstudie kann deswegen (entgegen der bundesrätlichen Auslegung) davon ausgegangen werden, dass es sich aufgrund der Kombination der Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG mit den Investitionsbeiträgen bzw. EIV nach Art. 24 ff. EnG zumindest um eine gemischte Subvention handelt, die sich aus zwei Elementen zusammensetzt: aus Austauschvertrag (Abnahme- und Vergütungspflicht) und der darüberhinausgehenden Leistungs-

972

---

<sup>122</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7667 f.; HETTICH/WALTHER/TSCHUDIN, 37.

<sup>123</sup> Vgl. dazu MORGENBESSER, worin u.a. die Gesetzmässigkeit des Art. 15 EnG durch Auslegung untersucht wird, sowie BBl 2013, Energiestrategie 2050.

subvention (Investitionsbeitrag bzw. EIV).<sup>124</sup> Folglich wird die Fördermassnahme der Investitionsbeiträge bzw. EIV im Kap. IV wo notwendig i.V.m. mit der Abnahme- und Vergütungspflicht zusammen untersucht.

- 973 Im Übrigen wird das vom Bundesrat vorgeschlagene Modell der Investitionsbeiträge im künftigen EnG (neuEnG) von verschiedenen kantonalen Kraftwerken unterstützt.<sup>125</sup> Im Gegensatz zu Einspeisevergütung oder Marktprämie garantiere dieses für den erneuerbaren Strom weder eine feste Abnahme noch einen fixierten Abnahmepreis. Stattdessen würden starke Anreize für Investoren geschaffen, die ihre Anlagen effizient und nach den Bedürfnissen des Marktes betreiben. Sie erachten die Investitionsbeiträge als eine marktnahe und wettbewerbliche Förderung von erneuerbaren Energien, die lediglich eine Anschubfinanzierung während einer Übergangsphase dienen, und keinen Dauerzustand darstellen dürften.<sup>126</sup>

c) Marktprämie

- 974 Die Marktprämie ist eine umlagefinanzierte Zahlung an Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, die die Differenz zwischen dem Grosshandelspreis und der anlagespezifischen Gestehungskosten (d.h. der Gestehungskosten der jeweiligen Kraftanlage) ausgleicht, sofern die Anlage ihren Strom unter den Gestehungskosten veräussern muss.
- 975 Die Marktprämie für Elektrizität aus Grosswasserkraftanlagen ist als besondere Unterstützungsmassnahme in Art. 30 EnG verankert. Gem. Art. 30 Abs. 1 EnG können Betreiber von sog. Grosswasserkraftanlagen mit einer Leistung

---

<sup>124</sup> Hier bildet nicht die Subvention, sondern ein Austauschverhältnis hinsichtlich der Pflicht zur Abnahme und Vergütung die Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen den beteiligten Parteien. Der Investitionsbeitrag bzw. EIV als Subvention stellt dabei das zum Austauschverhältnis hinzutretende Element der Bevorzugung dar. Vgl. ebenfalls BUNDI, System, 47; RHINOW, Subvention, N 258, N 326.

<sup>125</sup> Der BR hatte am 3. April 2020 die Vernehmlassung zur Revision des EnG eröffnet, welches die Verlängerung der Förderung der erneuerbaren Energien vorsah und sie marktnäher gestalten wollte. Vgl. dazu auch den Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Revision des Energiegesetzes (Fördermassnahmen ab 2023) vom September 2020, wonach zwar die Verlängerung der Weiterführung der Marktprämie bestimmt wurde, aber auf die Einführung einer gleitenden Marktprämie verzichtet wurde, da dies mehr Mittel benötigen würde, abrufbar unter: <[https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6020/14/cons\\_1/doc\\_5/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6020-14-cons\\_1-doc\\_5-de-pdf-a.pdf](https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6020/14/cons_1/doc_5/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-dl-proj-6020-14-cons_1-doc_5-de-pdf-a.pdf)>.

<sup>126</sup> Vgl. Stellungnahme der BKW zur Revision des Energiegesetzes vom 8. Mai 2020, 1, abrufbar unter: <[https://www.bkw.ch/fileadmin/user\\_upload/04\\_Ueber\\_uns/04\\_02\\_Strategie\\_Werte/WirtschaftundPolitik/20200508\\_BKW\\_Stellungnahme\\_EnG\\_Revision.pdf](https://www.bkw.ch/fileadmin/user_upload/04_Ueber_uns/04_02_Strategie_Werte/WirtschaftundPolitik/20200508_BKW_Stellungnahme_EnG_Revision.pdf)>.

von mehr als 10 Megawatt für die Elektrizität aus diesen Anlagen, die sie am Markt unter den Gesteungskosten verkaufen müssen, eine Marktprämie in Anspruch nehmen, sofern die Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds nach Art. 35 und 36 EnG ausreichen. Die Marktprämie beträgt höchstens CHF 0.01 pro Kilowattstunde.

Die Wasserkraft spielt für die Stromversorgung der Schweiz eine systemrelevante Rolle.<sup>127</sup> Sie macht mit rund 58% den Grossteil der erneuerbaren Energien in der Schweiz aus und besitzt ein Marktvolumen von über CHF 1.8 Mrd. Damit stellt sie einen wichtigen Zweig der schweizerischen Energiewirtschaft dar. Ihre bedeutende Rolle verstärkt sich durch den Ausstieg aus der Kernenergie weiter; insb. für die Sicherstellung der Versorgung im Winterhalbjahr. Ausserdem kommt der Wasserkraft dank ihrer hohen Flexibilität und kurzfristigen Einsetzbarkeit sowie ihrer Speichermöglichkeit eine wachsende Bedeutung zu. Schliesslich kommt ihr auch hinsichtlich der Netzstabilität aufgrund der vermehrten Nutzung der witterungsabhängigen Photovoltaik und Windenergie zusätzliche Bedeutung zu.<sup>128</sup>

976

Im Gegensatz zum EVS und dem Investitionsbeitrag bzw. der EIV ist nicht Pro-novo, sondern historisch bedingt das BFE für den Vollzug zuständig. Da in der ersten Hälfte der 2010er Jahre die Preise auf dem europäischen Strommarkt eingebrochen waren, konnten die meisten schweizerischen Wasserkraftwerke ihre Kosten nicht mehr decken.<sup>129</sup> Hinzu kam die zu entrichtende Wasserzinsabgabe gem. Art. 49 Wasserrechtsgesetz (WRG), welche eine zusätzliche finanzielle Belastung für die Anlagebetreiber bedeutete.<sup>130</sup> Im Bericht des Verbands Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen von 2019 zeigt ein Vergleich zu den Niederlanden, Schweden und den umliegenden Nachbarstaaten der Schweiz auf, dass die schweizerischen Wasserkraftproduzenten einer deutlich höheren steuerlichen Belastung unterliegen als die Produzenten in den Nachbarländern, welche allein auf die viel höher angesetzte Wasserzinsabgabe fusst.<sup>131</sup> Dieser Wasserzins stellt eine wasserkraftspezifische und den Betreibern von

977

<sup>127</sup> Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, abrufbar unter: <<https://www.strom.ch/de/nachrichten/schweizer-wasserkraft-systemrelevant-und-unser-bester-trumpf>>.

<sup>128</sup> Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen VSE, abrufbar unter: <<https://www.strom.ch/de/nachrichten/wasserkraft-fuer-die-zukunft>>.

<sup>129</sup> RECHSTEINER, 30.

<sup>130</sup> Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG, SR 721.80).

<sup>131</sup> Vgl. Bericht der VSE über den Wasserzins vom 18. Februar 2019, 1, abrufbar unter: <https://bit.ly/3qjCwIE> (zit. VSE, Bericht über den Wasserzins).

Wasserkraftwerken auferlegte Abgabe dar.<sup>132</sup> Gem. Bericht des VSE erhebt die Schweiz bis zu neunmal mehr Pflichtabgaben als beispielsweise Deutschland und Österreich.<sup>133</sup> Diese beträchtlichen finanziellen Faktoren und die schwierige Einschätzung im Hinblick auf die Preis- und Technologieentwicklungen auf dem Strommarkt sowie die nur allmählich stattfindende Integration der erneuerbaren Energien im Markt veranlassten National- und Ständerat dazu, die Marktprämie als Anschubfinanzierung einzuführen und bestehende Anlagen mit dieser besonderen Unterstützungsmassnahme bis vorläufig Ende 2022 zu subventionieren.<sup>134</sup>

- 978 Der Bundesrat hat in seinem erläuternden Bericht vom 3. April 2020 zur Vernehmlassung des revidierten EnG deutlich gemacht, dass die im geltenden Recht verankerten Massnahmen nicht ausreichen werden, um die längerfristigen Ziele der Energiestrategie 2050 zu erreichen. Deswegen schlug die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK-N) in ihrer Vorlage zur parlamentarischen Initiative 19.443 vom 21. April 2020 eine Verlängerung der bislang auf das Jahr 2022 befristeten Massnahmen als sofortige Überbrückungslösung bis 2031 vor.<sup>135</sup> Am 27. April 2020 hat das UVEK die Vernehmlassung zu Verordnungsänderungen im Energiebereich eröffnet.<sup>136</sup> Am 11. November 2020 hat der Bundesrat die Ergebnisse zur Vernehmlassung zur Revision des EnG zur Kenntnis genommen und beauftragte das UVEK daraufhin bis Mitte 2021 einen aus aus den Revisionen des EnG und des StromVG bestehenden Mantelerlass dem Parlament vorzulegen.<sup>137</sup> Darin sollen künftig die allenfalls modifizierten Fördermassnahmen geregelt und weitergeführt werden.
- 979 Seit dem Inkrafttreten des EnG 2018 haben Betreiber von Grosswasserkraftwerken gem. Art. 30 EnG somit Anspruch auf eine Marktprämie als besondere Unterstützungsmassnahme. Das gilt für Anlagen mit einer mittleren mechanischen Bruttoleistung grösser als zehn Megawatt, die ihren Strom am Markt zu

---

<sup>132</sup> VSE, Bericht über den Wasserzins, 2.

<sup>133</sup> Die Höhe der obligatorischen Abgaben in den untersuchten Ländern ergab sich durch die Berechnung dieser Abgaben für zwei Standardkraftwerke: ein Laufwasserkraftwerk und ein Speicherkraftwerk. Vgl. VSE, Bericht über den Wasserzins, 4.

<sup>134</sup> <<https://anneepolitique.swiss/prozesse/61883-revision-des-energiegesetzes-forder-massnahmen-ab-2023-spaeter-bundesgesetz-uber-eine-sichere-stromversorgung-mit-erneuerbaren-energien>>.

<sup>135</sup> Vgl. Parlamentarische Initiative Erneuerbare Energien einheitlich fördern, 19.443 vom 18. Juni 2019; wobei eine Übergangslösung für alle Erzeugungstechnologien vorgesehen ist.

<sup>136</sup> Hierbei handelt sich um die Revisionen der Energieverordnung, der Energieeffizienzverordnung, der Energieförderungsverordnung und der Geoinformationsverordnung.

<sup>137</sup> <<http://www.energie radar.ch/revision-energiegesetz>>.

Preisen unter den Gestehungskosten absetzen.<sup>138</sup> Um diesen Anspruch geltend zu machen, muss der Kraftwerksbetreiber sein Gesuch bis spätestens 31. Mai des jeweiligen Jahres einreichen. Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Liegt das vollständige Gesuch nicht bis Ende Mai vor, besteht kein Anspruch auf die Marktprämie.<sup>139</sup> Das BFE prüft die Gesuche und verfügt daraufhin zunächst, ob ein Gesuchsteller einen Anspruch hat. Wie oben (vgl. oben [Teil 2, E.III.1.](#)) festgehalten, wird das Geld aus dem Netzzuschlagsfonds bereitgestellt.

Da sowohl die Höhe der insgesamt zur Verfügung stehenden Mittel als auch die effektiven Ansprüche bei der ersten Verfügung noch unbekannt sind, zahlt das BFE zunächst 80% des verfügbaren, provisorischen Betrags aus. Die restlichen 20% werden aus vollzugstechnischen Gründen zurückbehalten und erst mit der zweiten Verfügung ausbezahlt. Grund dafür ist, dass eine allfällige Rückforderung von zu viel ausbezahlten Beträgen administrativ aufwändig sei und deswegen verhindert werden sollte.<sup>140</sup> Wie erwähnt, wird die Marktprämie nur dann ausbezahlt, wenn die Betreiber und Eigentümer der Grosswasserkraftwerke unter den Gestehungskosten ihren Strom absetzen müssen. Die Fördersumme für das Jahr 2019 betrug gem. BFE CHF 84 Mio. für rund 9.6 Mrd. Kilowattstunden, was rund 24% der landesweiten Stromerzeugung aus Wasserkraft im Jahr 2019 entspricht. Die zur Verfügung stehenden Mittel wurden für dieses Jahr nicht vollständig ausgeschöpft.<sup>141</sup> Die Fördersumme für das Geschäftsjahr 2020 betrug rund CHF 155 Mio. für rund 19 Mrd. Kilowattstunden oder 47% der Landesversorgung aus Wasserkraft.<sup>142</sup> Für das Geschäftsjahr 2021 rund CHF 26 Mio. für rund 2.7 Mrd. Kilowattstunden oder 7% der Landeserzeugung aus Wasserkraft.<sup>143</sup>

980

<sup>138</sup> Faktenblatt des BFE zur Marktprämie 2021 vom 20. Dezember 2021, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/69730.pdf>.

<sup>139</sup> Art. 94 Abs. 1 EnFV.

<sup>140</sup> Energiate, messenger.ch, Wie funktioniert die Marktprämie Grosswasserkraft, vom 31. Januar 2018, abrufbar unter: <https://www.energiate-messenger.ch/news/180540/wie-funktioniert-die-marktpraemie-grosswasserkraft->.

<sup>141</sup> Wobei insgesamt rund CHF 86 Mio. beantragt wurden. Vgl. dazu Medienmitteilung des BFE über die Marktprämie für Grosswasserkraft vom 5. November 2020, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81004.html>.

<sup>142</sup> Quelle: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86547.html>.

<sup>143</sup> Quelle: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91118.html>.

981 Die Wasserkraft soll gem. Botschaft des Bundesrates vom 18. Juni 2021 zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien mit mehr finanziellen Mitteln unterstützt werden.<sup>144</sup> Um die Ausbauziele der Energiestrategie erreichen zu können, sollen für die Grosswasserkraft neu 0.2 Rp./kWh zur Verfügung stehen, anstatt wie bisher 0.1 Rp./kWh. Der Netzzuschlag soll nicht erhöht werden, dafür aber entsprechend länger erhoben werden.<sup>145</sup>

## 2. Fördermassnahmen auf kantonaler Ebene

982 Die Zuständigkeit der Kantone im Rahmen der Energiepolitik beschränkt sich laut Art. 89 Abs. 4 BV insbesondere auf den Verbrauch von Energie in Gebäuden. Dabei lässt sich das schweizerische Gebäudeprogramm grob in die vier Kategorien Einzelmassnahmen, Gesamtsanierung, Neubau sowie Bonus-Förderungen einteilen. Die Einzelmassnahmen, die vergleichbar einfach umzusetzen sind, kommen am häufigsten zur Anwendung.<sup>146</sup> Dazu gehören z.B. im Kanton Zürich die Wärmedämmung oder der Anschluss an ein Wärmenetz mit erneuerbaren Energien. Verschiedene kantonale Stellen sprechen somit Fördergelder für energetische Gebäudeerneuerungen und neu installierte Energiesysteme auf Basis erneuerbarer Energien. Die gesetzlichen Grundlagen dazu finden sich hauptsächlich in den kantonalen Energiegesetzen. Im Kanton Zürich z.B. sind diese unter Kap. III, Besondere Massnahmen, des Energiegesetzes geregelt.<sup>147</sup> In diesem Sinne sind die Kantone nicht mit der Förderung der erneuerbaren Energien beauftragt, sondern unterstützen diese indirekt, indem sie z.B. Energieeffizienzmassnahmen umsetzen oder z.B. Preiserlasse auf den Erwerb von Elektroautos und die Installation von Ladestationen gewähren, die dann Strom aus erneuerbaren Energien beziehen. Die Bewilligung für den Bau z.B. einer Solaranlage auf dem Dach, die auf die Dachfläche abgestimmt ist, muss der Gemeinde bzw. dem Kanton lediglich gemeldet werden. Die Vergütung einer Solaranlage erfolgt nach der Installation über Pronovo. Es

---

<sup>144</sup> Medienmitteilung des Bundesrates zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html>>.

<sup>145</sup> BBl 2021, EnG, StromVG, 38.

<sup>146</sup> Energieheld Schweiz, abrufbar unter: <<https://www.energieheld.ch/renovation/foerderung>>.

<sup>147</sup> Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 (EnerG, LS 730.1); Der Kanton Zürich hat die Revision des kantonalen Energiegesetzes am 28. November 2021 per Volksabstimmung angenommen. Neu sollen klimaneutrale Heizungen mit mehreren Tausend CHF gefördert werden, wenn die alten Öl- und Gasheizungen an ihr Lebensende gekommen sind.

lässt sich feststellen, dass die Kantone hinsichtlich der Fördermassnahmen für erneuerbare Energien hauptsächlich auf die Vollzugsstelle des Bundes verweisen.

Der Gebäudebereich spielt bei der Umsetzung der Energiestrategie 2050 eine erhebliche Rolle, weil der Energieverbrauch grosses Einsparpotential aufweist. Der schweizerische Gebäudepark ist für knapp die Hälfte des nationalen Gesamtenergieverbrauchs verantwortlich.<sup>148</sup> Das Gebäudeprogramm wird dabei von Bund und Kantonen gemeinsam getragen. Der Bund leistet im Rahmen von Art. 51 und 52 EnG entweder jährliche Globalbeiträge an die Förderprogramme der Kantone oder fördert durch Finanzhilfen unter gewissen Bedingungen Einzelprojekte. Da der administrative Aufwand für die Gewährung der Mittel für Einzelprojekte und deren Aufsicht zu gross wäre, werden hauptsächlich Globalbeiträge gesprochen.<sup>149</sup> Allerdings werden keine Globalbeiträge gewährt, wenn u.a. Massnahmen anderweitig durch den Bund z.B. im Rahmen der EVS bzw. KEV, der EIV, der wettbewerblichen Ausschreibungen, durch Energie-Schweiz<sup>150</sup> oder der Nutzung der Geothermie für die Wärmebereitstellung unterstützt werden.<sup>151</sup> Die Finanzierung des Gebäudeprogramms erfolgt aus der Teilzweckbindung der CO<sub>2</sub>-Abgabe (Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz) und aus Fördergeldern der Kantone.<sup>152</sup>

983

Die Kantone sind ferner dazu verpflichtet, im Rahmen ihrer Gesetzgebung günstige Rahmenbedingungen für die sparsame und effiziente Energienutzung sowie die Nutzung erneuerbarer Energien zu schaffen. Eine Vereinheitlichung der kantonalen Vorschriften in diesem Bereich wurde durch die Mustervor-

984

<sup>148</sup> KÖPPEL SONJA, Energiebedarf für Gebäude halbieren, Energieexperte vom 20. Juni 2019, abrufbar unter: <<https://www.energie-experten.ch/de/wohnen/detail/energiebedarf-fuer-gebäude-halbieren.html>> (zit. KÖPPEL).

<sup>149</sup> KÖPPEL, Das Gebäudeprogramm, abrufbar unter: <<https://www.dasgebäudeprogramm.ch/de/>>.

<sup>150</sup> EnergieSchweiz, abrufbar unter: <<https://www.energieschweiz.ch/home.aspx>>; Als Programm des BFE unterstützt EnergieSchweiz freiwillige Massnahmen zur Umsetzung der schweizerischen Energiepolitik.

<sup>151</sup> Vgl. Bericht des BFE zu Globalbeiträgen an die Kantone nach Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz und die Prozessbeschreibung für die im Jahr 2020 eingegangenen Verpflichtungen bis zu deren Abschluss vom 27. August 2019, 16, abrufbar unter: <<https://bit.ly/3Qpe0R7>>.

<sup>152</sup> Vgl. Bericht des BFE zu Globalbeiträgen an die Kantone nach Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz und die Prozessbeschreibung für die im Jahr 2020 eingegangenen Verpflichtungen bis zu deren Abschluss vom 27. August 2019, 18.

schriften der Kantone im Energiebereich (MuKEN) weitestgehend erzielt. Die Kantone sind derzeit dabei, die gesetzlichen Grundlagen mit den MuKEN 2014 Vorschriften anzupassen.<sup>153</sup>

- 985 Neben der Unterstützung von neu installierten Energiesystemen auf der Basis von erneuerbaren Energien, wie die Installationen von Photovoltaikanlagen, Erdsondenwärmepumpen oder grossen Holzheizungen mit einem Nahwärmeverbund, werden sog. Energieberatungen angeboten, die über den Gebäudeenergieausweis der Kantone (GEAK) subventioniert werden. Dabei geht es wiederum um energetische Sanierungen.<sup>154</sup>
- 986 Zudem lässt sich zwischen Koppelungssubventionen und Ausschlusssubventionen unterscheiden.<sup>155</sup> Wird die Gewährung einer Subvention, also Fördermittel des Bundes, davon abhängig gemacht, ob der Kanton (oder allenfalls die Gemeinde), selbst einen Beitrag leistet, so handelt es sich um eine Koppelungssubvention. Umgekehrt verhält es sich, wenn der Erhalt von Fördermittel durch den Bund die Gewährung von Fördermittel auf kantonaler Ebene ausschliesst.<sup>156</sup>
- 987 Die Kantone weisen oftmals auch eigene kantonale Energiestrategien vor, wobei diese den Fokus hauptsächlich auf Energieeffizienzmassnahmen und die Gebäudesanierung legen. So hat der Kanton Bern beispielsweise kantonale und kommunale Richtpläne entwickelt, um die Energiestrategie des Bundes umzusetzen.<sup>157</sup> Um Synergien zu Nutzen und Doppelspurigkeit zu vermeiden, wird bezüglich des Gebäudeprogramms auf die MuKEN verwiesen.<sup>158</sup>

---

<sup>153</sup> Vgl. Bericht zu den MuKEN 2014: So setzen die Kantone sie um, vom 9. Oktober 2020, abrufbar unter: <<https://www.energie360.ch/magazin/de/erneuerbare-energien-nutzen/muken-2014-so-setzen-die-kantone-sie-um/>>.

<sup>154</sup> Die Förderungen sind teilweise sehr unterschiedlich gestaltet. Einen Überblick bietet die eigens dafür erstellte Webseite <[www.dasgebaeudeprogramm.ch](http://www.dasgebaeudeprogramm.ch)>.

<sup>155</sup> LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 251.

<sup>156</sup> Die Kantone legen individuell fest, welche Massnahmen sie zu welchen Bedingungen fördern. Die Basis dafür bildet Harmonisierte Fördermodell der Kantone (HFM 2015).

<sup>157</sup> Vgl. dazu etwa Factsheet Förderbeiträge für Energieprojekte im Kanton Bern von 2022, abrufbar unter: <[https://www.energieberatungbern.ch/wp-content/uploads/2022/05/EB\\_Factsheet\\_Foerderbeitraege\\_Mai\\_2022.pdf](https://www.energieberatungbern.ch/wp-content/uploads/2022/05/EB_Factsheet_Foerderbeitraege_Mai_2022.pdf)> und Kommunalen Richtplan Energie vom Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern von 2011, abrufbar unter: <<https://bit.ly/3eupBBd>>.

<sup>158</sup> So verweist die Konferenz Kantonalen Energiedirektoren auf die MuKEN von 2014, abrufbar unter: <[https://www.endk.ch/de/dokumentation/gebaude\\_muken](https://www.endk.ch/de/dokumentation/gebaude_muken)>.



Aber auch die kantonalen oder städtischen Elektrizitätskraftwerke fördern mit verschiedenen Programmen die Energieeffizienz. Im Kanton Zürich motivieren die Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) beispielsweise mit dem Förderprogramm «Stromeffizienz in Unternehmen» ihre Geschäftskunden, Effizienzmassnahmen im Strombereich umzusetzen. Damit sind insbesondere KMU angesprochen. Gefördert werden konkrete Projekte zur Verbesserung der Stromeffizienz von bestehenden Anlagen, wobei sich der Förderbeitrag an den eingesparten Kilowattstunden Strom orientiert, jedoch maximal 30% der Netto-Projektkosten beträgt. Der Beitragssatz für die eingesparten Kilowattstunden beträgt CHF 0.1/Kilowattstunde.<sup>159</sup> 988

Somit lassen sich auf kantonaler Ebene verschiedene Fördermittel ausmachen, welche zwar die Nutzung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien unterstützen, aber nicht auf die Förderung der erneuerbaren Energien selbst abzielen. Die meisten Kantone verweisen bei Subventionen für erneuerbare Energien direkt auf die Vollzugsstelle Pronovo.<sup>160</sup> Für die vorliegende Arbeit ist somit die Kombination der Globalbeiträge nach Art. 51 und 52 EnG i.V.m. Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz und den jeweiligen kantonalen Energiegesetzen relevant. 989

---

<sup>159</sup> Vgl. dazu etwa das Förderprogramm für Unternehmen der EKZ, abrufbar unter: <https://www.ekz.ch/de/unternehmen/energie-sparen/foerderprogramme-unternehmen/stromeffizienz-im-unternehmen.html>.

<sup>160</sup> Hinzu kommen die Verweise auf Portale wie energiefranken.ch, energieschweiz.ch, bauförderfelder.ch, dasgebaeudeprogramm.ch oder ezs.ch/erneuerbarheizen.

## IV. Beurteilung der in der Schweiz bestehenden Massnahmen aus Sicht des EU-Beihilferechts

Fatlum Ademi

### I. Grundsätzliches

- 990 Besonders in den vergangenen Jahren und seit dem Beschluss der Energie- wende, hat sich die Kommission gehäuft mit dem Bereich der erneuerbaren Energien im Rahmen der beihilferechtlichen Thematik auseinandergesetzt. In- zwischen sind die von der Kommission erlassenen Beschlüsse, Mitteilungen und Entscheide zentral für die wirksame Klima- und Energiewendemassnah- men geworden. Sie sind mittlerweile, neben den formellen EU-Rechtsvor- schriften für Klima- und Energiefragen, als bedeutende Instrumente zu wer- ten und werden bei der Beurteilung einer staatlichen Massnahme als Beihilfe regelmässig herbeigezogen.<sup>161</sup> Um aufzuzeigen, anhand welcher Kriterien die Kommission (und ultimativ auch der EuGH) die Beihilfekonformität von staat- lichen Massnahmen im Umwelt- und Energiebereich anwendet, werden vor- gängig die einschlägigen Bestimmungen dazu vorgestellt. Dies soll einen bes- seren Überblick über die Verwaltungspraxis und die zahlreich geltenden Vorschriften im Energiebereich verschaffen und schliesslich der gezielteren Deutung der Vereinbarkeit von schweizerischen Massnahmen mit dem Beihil- ferecht der EU dienen.
- 991 Für den Bereich der Förderung erneuerbarer Energien lässt sich in Art. 194 AEUV ein Kompetenztitel der EU ausmachen. Dabei handelt es sich i.S.v. Art. 4 Abs. 2 lit. i AEUV um eine geteilte Zuständigkeit, die wiederum durch das Sub- sidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 EUV beschnitten wird. Grundsatzentschei- dungen im Bereich der Energiepolitik liegen demnach hauptsächlich bei den Mitgliedstaaten. Die Kompetenz der EU ist in diesem Bereich deutlich einge- schränkt.<sup>162</sup> Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV erlaubt es den Mitgliedstaaten, die Bedingungen für die Nutzung ihrer Energieressourcen, die Wahl zwischen verschiedenen Energiequellen und die allgemeine Struktur der Energieversor- gung selbst zu bestimmen.<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> Vgl. ABI C 224, 2 ff.

<sup>162</sup> STUMPF, 222.

<sup>163</sup> PAPENKORT/WELLERSHOFF, 81.

Mit der sog. Erneuerbare-Energien-Richtlinie von 2001<sup>164</sup> unternahm die EU erstmals einen Schritt, um den Bereich der erneuerbaren Energien durch einen Sekundärrechtsakt zu regulieren. Die novellierte Fassung RL 2009/28/EG<sup>165</sup> hatte bis zum 30. Juni 2021 Gültigkeit und wurde durch die neue RL 2018/2001/EU<sup>166</sup> ersetzt. Mit dem Inkrafttreten der RL 2009/28/EG wurden erstmals verbindliche Ziele für den Anteil an erneuerbaren Energien an der Stromproduktion in den Mitgliedstaaten festgelegt. Der EuGH machte aber bereits in der Rechtssache *Ålands Vindkraft* deutlich, dass es keine abschliessende Harmonisierung der nationalen Grünstromfördermassnahmen auf EU-Ebene gibt.<sup>167</sup> In der Lehre wird dieser Rechtsbereich deswegen auch als «Rückzugsgebiet nationalstaatlicher Lösungen»<sup>168</sup> beschrieben, der aber aufgrund der sich mittlerweile weit erstreckenden Kompetenzen der Kommission im Beihilferecht relativiert wird.

992

Die Neufassung der RL 2009/28/EG wurde am 30. November 2016 mit dem Titel «Saubere Energie für alle Europäer» als Teil des sog. Winterpakets der Kommission vorgestellt. Sie wird als Paradigmenwechsel gedeutet, weil sie erstmals einen einheitlichen Rechtsrahmen für staatliche Förderprogramme und verbindliche Zielvorgaben für den Anteil an erneuerbaren Energien an der Stromproduktion in den Mitgliedstaaten bis zum Jahr 2020 festlegte.<sup>169</sup> Neben dem EU-weit verbindlichen Energieziel und der gemeinsam geregelten Förderung der Energiesektoren wurden darin auch Ziele der Energieeffizienz, der Festigung der weltweiten Führungsrolle in den erneuerbaren Energien und dem fairen Angebot für Endverbraucher festgelegt.<sup>170</sup> Die RL 2009/28/EG sieht einen Bruttoendenergieverbrauch aus erneuerbaren Energien von 32%

993

<sup>164</sup> Siehe Richtlinie (EG) 2001/77 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl L 283/33 vom 27. Oktober 2001, 33 ff.

<sup>165</sup> Richtlinie (EG) 2009/28 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien (EG) 2001/77 und (EG) 2003/30, ABl L 140/16 vom 5. Juni 2009, 16 ff.

<sup>166</sup> Richtlinie (EU) 2018/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. L 328/82 vom 21. Dezember 2018, 82 ff.

<sup>167</sup> EuGH, Urteil vom 1. Juli 2014 in der Rechtssache C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 - *Ålands Vindkraft AB/Energimyndigheten*, Rz. 51.

<sup>168</sup> GUNDEL, N 79 f.

<sup>169</sup> LUDWIGS, § 5 N 226 ff.

<sup>170</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Wirtschafts- und Sozialausschuss, den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank, Saubere Energie für alle Europäer vom 30. November 2016, COM(2016) 860.

bis 2030 vor, während die verbindlichen Ziele für einzelne Mitgliedstaaten abgeschafft wurden. Stattdessen entwerfen die Mitgliedsländer neu sog. Aktionspläne zur Erreichung des Ausbauziels, die sie der Kommission vorlegen müssen. Die Mitgliedstaaten sind in der Wahl der Mittel frei, wobei Mindeststandards beim Ausbau der erneuerbaren Energien eingehalten werden müssen, so z.B. Vorschriften zum Netzzugang in Art. 15 RL 2009/28/EG.<sup>171</sup>

- 994 Von herausragender Bedeutung war bislang die Leitlinie für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2012-2020 (EEAG), die auf Vorschlag der Kommission um zwei weitere Jahre verlängert wurde und ab Januar 2022 von der neuen Leitlinie CEEAG 2022 ersetzt werden sollte.<sup>172</sup> Zur Beurteilung der Zulässigkeit von Fördermassnahmen im Hinblick auf Umwelt- und Energieziele folgte die Kommission den Kriterien der EEAG und neu der CEEAG. Darin hat sie allgemeine Grundsätze festgelegt, wonach sie die Prüfung einzelner Massnahmen, wie z.B. die Beihilfeintensität der Massnahme, die Eignung der Massnahme zur Zielerreichung oder die monetäre Schwelle, vornimmt. Diese beruhen auf einer Abwägung zwischen den positiven Auswirkungen einer staatlichen Beihilfe hinsichtlich der Umwelt- und Energieziele der EU und den negativen Auswirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten und den Wettbewerb.
- 995 Aufgrund der national unterschiedlichen Gegebenheiten hat sich in der EU zudem ein Nebeneinander verschiedener Instrumente und Systeme herausgebildet.<sup>173</sup> Dieser in der EEAG (und wohl in der CEEAG weitergeführte) festgeschriebene Modellwettbewerb ist ausdrücklich zugelassen und erwünscht. Ziel dieser Richtlinie ist es ferner, einen gut funktionierenden, gemeinsamen Elektrizitätsbinnenmarkt zu garantieren, den Anteil der erneuerbaren Ener-

---

<sup>171</sup> LEHNERT/VOLLPRECHT, 308.

<sup>172</sup> Die neuen Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 sollten Auskunft darüber geben, welche staatlichen Beihilfen nach dem Verständnis der Kommission gewährt werden dürfen. Hintergrund dieser Verlängerung ist die Absicht der Kommission, die EEAG und andere Leitlinien, einer umfassenden Überprüfung, dem sog. Fitness-Check, zu unterziehen. Als Teil des Green Deals wurde am 07. Juni 2021 der Entwurf der Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 zur Konsultation veröffentlicht. Die Leitlinien 2022 bilden die Nachfolge zu den EEAG 2012-2020. Der Entwurf sieht vor, dass die Leitlinien 2022 ab 01. Januar 2022 anwendbar sind, was für die Mitgliedstaaten bedeutet, dass ihre bestehenden Umweltschutz- und Energiebeihilferegelungen den Voraussetzungen der Leitlinien 2022 ab dem 01.01.2024 genügen müssen. Die von der Kommission erlassenen Leitlinien entsprechen aufgrund ihres Charakters als Regelungskatalog, welcher bei der Prüfung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Binnenmarkt herangezogen wird, als Schlüsselinstrumente, um die die ambitionierten Dekarbonisierungsziele zu erreichen.

<sup>173</sup> GUNDEL, N 79.

gien auszubauen und in den Markt zu integrieren. Teilweise wird diesbezüglich auch von einem Spannungsverhältnis dieser zu Beginn noch divergierend erscheinenden Ziele gesprochen.<sup>174</sup> Wie im einleitenden Teil dieser Fallstudie festgehalten, verfolgt die schweizerische Energiepolitik ähnliche Ziele. Die Ziele der EU stellen aber im Gegensatz zu den schweizerischen Klimazielen, die lediglich Richtwerte festlegen, verbindliche Vorgaben mit konkret festgelegten, zu erreichenden Zielwerten dar.<sup>175</sup> So hält der Klima- und energiepolitische Rahmen bis 2030 der EU fest, dass eine 40%-ige Reduktion der Treibhausgasemissionen gegenüber dem Stand von 1990 erfolgen und der Anteil der erneuerbaren Energien EU-weit mindestens 32% betragen muss sowie eine Verbesserung der Energieeffizienz um mindestens 32.5% zu erreichen ist. Umgesetzt werden sollen diese Ziele u.a. mit den Instrumenten des EU-Emissionshandelssystems, der Lastenteilung und der Verordnung über Landnutzung und Forstwirtschaft für 2021-2030. Dadurch sollen alle wirtschaftlichen Sektoren zur Erreichung der Ziele beitragen.<sup>176</sup>

In den Jahren 2008-2012 wurden 80% aller Beihilfen unter den Leitlinien für staatliche Umweltschutzbeihilfen 2008 für erneuerbare Energien gewährt. Dadurch stieg der Anteil der erneuerbaren Energien an der Stromproduktion in der EU zwischen 2008 und 2011 von 5,1% auf 21,8%.<sup>177</sup> Inhaltlich entsprechen die Fördertatbestände im EEAG weitgehend den Freistellungstatbeständen in der AGVO. Einige Bereiche sind jedoch detailliert geregelt, wie die Beihilfen in Form von Ermässigung des Beitrags zur Finanzierung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen. Die EEAG ist bei der Überprüfung der Beihilfekonformität einer staatlichen Massnahme somit zentrales Hilfsmittel.

Abschliessend ist der *European Green Deal* oder der Europäische Grüne Deal zu nennen. Der Europäische Grüne Deal ist ein von der Kommission am 11. Dezember 2019 vorgestelltes Konzept, welches das Ziel eines klimaneutralen

---

<sup>174</sup> Vgl. GRABMAYR et al., 1.

<sup>175</sup> Vgl. Klima- und energiepolitischer Rahmen bis 2030, abrufbar unter: <[https://ec.europa.eu/clima/eu-action/climate-strategies-targets/2030-climate-energy-framework\\_de](https://ec.europa.eu/clima/eu-action/climate-strategies-targets/2030-climate-energy-framework_de)>.

<sup>176</sup> Klima- und energiepolitischer Rahmen bis 2030.

<sup>177</sup> Vgl. Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Begleitunterlage zum Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die freiwillige Regelung zur umweltgerechten Gestaltung bildgebender Geräte vom 29. Januar 2013, SWD(2013) 14, 3; Die Erstreckung des Anwendungsbereichs auf erneuerbare Energien in der EEAG erklärt sich vor dem Hintergrund, dass die Anschubfinanzierungen für erneuerbare Energien in den vergangenen Jahren einen erheblichen Beitrag zur Erreichung der EU-Ziele beim Ausbau der erneuerbaren Energien geleistet haben, insb. im Vergleich zu den Regelungen in den davor geltenden Leitlinien.

Kontinents bis 2050 verfolgt. Der Europäische Grüne Deal entspricht einer von sechs Prioritäten der Kommission und gewinnt dadurch in allen Politikfeldern zunehmend an Bedeutung.<sup>178</sup> Da die Kommission in ihrer Entscheidungsfindung die Zielerreichung des Europäischen Grünen Deals betont und oftmals Vorrang gegenüber anderen strategischen Zielen gibt, überrascht es nicht, dass er mittlerweile treibende Kraft hinter der Energiewende geworden ist.

- 998 Nachdem nun die wichtigsten Bestimmungen aufgeführt wurden, werden nachfolgend die identifizierten schweizerischen Fördermassnahmen der Einspeisevergütung gem. Art. 19 ff. EnG, die Investitionsbeiträge bzw. Einmalvergütungen gem. Art. 24 ff. EnG, die Marktprämie gem. Art. 30 EnG sowie die Fördermassnahmen auf kantonaler Ebene einzeln auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht gem. Art. 107 ff. AEUV untersucht. Bei der Beurteilung wird die relevante Rechtsprechung der EU-Gerichte, die formellen Rechtsvorschriften sowie die Verwaltungspraxis im Energiebereich der EU berücksichtigt.
- 999 Sind die Tatbestandsmerkmale von Art. 107 Abs. 1 AEUV bei der jeweiligen, in-frage stehenden Massnahme kumulativ erfüllt, handelt es sich i.S.d. EU-Verständnisses um eine Beihilfe. Liegt die Beihilfe vor, wird dahingehend geprüft, ob sie mit dem Binnenmarkt und gem. Genehmigungsvorbehalt nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV vereinbar und zulässig ist.

a) Einspeisevergütung

- 1000 Kernelement eines klassischen Einspeisemodells war lange Zeit die Kombination einer Abnahmepflicht des Stroms und die Garantie eines Mindestpreises (Vergütung) für Strom aus erneuerbaren Energien. Diese beiden Komponenten wirkten zusammen und machten das Modell für Anlagenbetreiber interessant und waren bzw. sind bislang für den Ausbau der erneuerbaren Energien besonders wirkungsvoll.<sup>179</sup> Vor dem Hintergrund des Endziels der Marktintegration der erneuerbaren Energien hat sich inzwischen eine Abweichung vom ursprünglichen Ansatz ergeben. Das ursprüngliche Modell wurde umstrukturiert und marktnäher gestaltet (vgl. oben [Teil 2, E.III.1.a](#)) und hat Einzug in das EnG erhalten.

---

<sup>178</sup> Die Kommission hat am 11. Dezember 2019 unter Ursula von der Leyen erstmals den europäischen Grünen Deal präsentiert, der Europa bis 2050 zum ersten klimaneutralen Kontinent machen soll, indem die Konjunktur angekurbelt, die Gesundheit und die Lebensqualität der Menschen verbessert und die Natur geschützt werden soll.

<sup>179</sup> WITTHOHN, 131.

aa) Anwendungsbereich

Aus dem Wortlaut von Art. 107 AEUV ist nicht ersichtlich, dass im Energiemarkt entstehende Wettbewerbsverzerrungen unkontrolliert bleiben sollten. 1001 Damit sind Beihilfen zu Umwelt- und Energiezwecken zunächst grundsätzlich unerwünscht.<sup>180</sup> Staatliche Finanzleistungen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bzw. der Energiewirtschaft fallen somit auch unter die Wettbewerbsaufsicht i.S.v. Art. 107 AEUV.<sup>181</sup> Der sachliche Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften nach Art. 107 AEUV ist folglich durch das EVS gem. Art. 19 EnG ff. betroffen.

bb) Begünstigung

Das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung ist gem. *Altmark-Trans-Urteil* und ständiger Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen.<sup>182</sup> Es umfasst positive, wie auch andere Massnahmen jeglicher Form, welche dazu beitragen, eine Belastung des Empfängers zu vermindern, die dieser ohne die Begünstigung tragen müsste. Eine Leistung stellt dabei jeder geldwerte und damit wirtschaftliche Vorteil für den Empfänger dar.<sup>183</sup> Der wirtschaftliche Vorteil liegt vor, wenn für bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige eine Leistung durch den Staat an eine private oder juristische Person ohne eine entsprechende, marktübliche Gegenleistung erbracht wird.<sup>184</sup> Ob eine marktübliche Gegenleistung vorliegt, wird dann insbesondere anhand eines Vergleichs mit den Renditeerwartungen eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers (*Market Economy Investor Test*, [Teil 1, III.4.a\)ee](#)) geprüft. Der wirtschaftliche Vorteil hängt gem. Lehre und Rechtsprechung wiederum allein von seiner tatsächlichen Wirkung ab.<sup>185</sup> 1002

Beim EVS nach Art. 19 ff. EnG bzw. der Vergütung nach Art. 22 EnG handelt es sich um eine staatlich festgelegte Geldleistung für Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien, die aus einem zweckgebundenen Spezialfonds, dem Netzzuschlagsfonds, stammt, der wiederum durch die Endverbraucher finanziert wird. Dabei dürfen nach Art. 19 Abs. 1 EnG nur Betreiber von Neuanlagen am EVS teilnehmen und nur solange die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG reichen. Ferner dürfen am EVS nur bestimmte Betreiber von im Gesetz explizit 1003

---

<sup>180</sup> PIEPER, 232.

<sup>181</sup> GIENSCH, 1 ff.

<sup>182</sup> Vgl. dazu bereits Ausführungen oben, [Teil I der Studie](#).

<sup>183</sup> VOGEL, 34.

<sup>184</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 138.

<sup>185</sup> EuGH, C-173/73, Rz. 709 ff.; BLECKMANN/KOCH, Rz. 1 ff.

genannten Neuanlagen teilnehmen. Dies sind Photovoltaikanlagen mit einer Leistung von mindestens 100 Kilowatt, gewisse unter dem vorgängigen Recht als übrige Biomasseanlagen bezeichnete Anlagen und Wasserkraftanlagen mit einer Leistung zwischen 1 und 10 Megawatt.

- 1004 Aufgrund der Umgestaltung des EVS wird nachfolgend untersucht, ob die Teilnahme von Anlagebetreibern am derzeit geltenden EVS tatsächlich einen wirtschaftlichen Vorteil<sup>186</sup> bringt und ob dafür doch eine äquivalente Gegenleistung<sup>187</sup> erbracht wird.
- 1005 Die Einspeisevergütung gem. Art. 19 ff. EnG stellt eine Anspruchssubvention dar. Sofern die gesetzlichen und in der EnFV verankerten Voraussetzungen durch Betreiber von Neuanlagen erfüllt sind, erhalten sie die Subvention. Für den eingespeisten Strom erhalten sie folglich eine Einspeiseprämie, die Schwankungen unterliegt und dadurch unterschiedlich hoch ausfallen kann, auf die aber ein gesetzlicher Anspruch besteht. Obwohl mit dem Umbau von Kostendeckung zu Marktorientierung den Stromproduzenten keine fixe Vergütung mehr garantiert wird und kein vertraglicher Abnahmepreis besteht, wird den Teilnehmern am EVS trotzdem die Einspeiseprämie für den ökologischen Mehrwert zugesichert. Daraus folgt, dass die Herkunftsnachweise im EVS von den Produzenten nicht weiterverkauft werden dürfen, da ebendieser Mehrwert bereits abgegolten ist. Der ökologische Mehrwert ergibt sich aus der Differenz zwischen der herkömmlichen KEV und dem Referenzmarktpreis. Die Einspeiseprämie an sich gilt somit den ökologischen Mehrwert einer Anlage ab und stellt keinen garantierten Mindestabnahmepreis dar. Da die Einspeiseprämie Schwankungen unterworfen ist, handelt es sich deswegen eher um einen garantierten, aber schwankenden Deckungsbeitrag gegenüber dem Referenzmarktpreis. Bei einem hohen Referenzmarktpreis kann die Vergütung bzw. Einspeiseprämie somit tief ausfallen und im umgekehrten Fall sehr hoch. Das Bewirtschaftungsentgelt gleicht hingegen den Aufwand für die Direktvermarktung ab und ist pro Technologie betraglich fixiert.<sup>188</sup>
- 1006 Es lässt sich somit feststellen, dass das EVS gem. Art. 19 ff. EnG dahingehend umgestaltet wurde, dass die Stromproduzenten den Anreiz erhalten, Strom aus erneuerbaren Energien zu produzieren und dann einzuspeisen, wenn die Nachfrage besonders hoch ist. Die Anlagebetreiber, die am EVS teilnehmen

---

<sup>186</sup> ALTROCK, 43.

<sup>187</sup> HESKAMP, 120.

<sup>188</sup> Vgl. Faktenblatt des BFE zur Direktvermarktung vom 22. November 2017, sowie Pronovo bzgl. Direktvermarktung, abrufbar unter: <<https://pronovo.ch/de/foerderung/evs/direktvermarktung/>>.



dürfen, werden gegenüber denjenigen Stromproduzenten bessergestellt, die zwar eine Neuanlage betreiben, aber nicht am EVS teilnehmen können. Hinzu kommt, dass die Subventionszahlungen selbst begrenzt sind. Sie werden nur solange ausbezahlt, wie die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG reichen. Schliesslich werden für die EVS nur diejenigen Projekte zur Förderung erneuerbarer Energien berücksichtigt, die vor dem 20. Juni 2012 angemeldet wurden. Alle übrigen Projekte der Anlagebetreiber der BFE-Warteliste werden nicht mehr in das EVS aufgenommen. Das bedeutet konkret, dass nur diejenigen Stromproduzenten, die am EVS teilnehmen und Strom aus erneuerbaren Energien einspeisen, auch eine Einspeisevergütung erhalten und dadurch wirtschaftlich bessergestellt sind als diejenigen Stromproduzenten, die zwar die gesetzlichen Bedingungen erfüllen würden, jedoch nicht mehr in die EVS aufgenommen wurden. Diese werden vom Bezug der staatlichen Massnahme ausgeschlossen.

Somit ist die erste Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals der begünstigenden Wirkung, der wirtschaftliche Vorteil, erfüllt. 1007

Die zweite Voraussetzung verlangt, dass der Begünstigung keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht. Das Fehlen einer marktüblichen Gegenleistung ist dann anzunehmen, wenn die üblicherweise vom Beihilfegeber geforderte Gegenleistung bzw. das erwünschte Verhalten wirtschaftlich bzw. finanziell nicht als gleichwertig anzusehen ist.<sup>189</sup> Die Massnahme oder Unterstützungsleistung gilt dann als Beihilfe, wenn ein privater Investor bei vergleichbarer Sachlage unter kaufmännischen Erwägungen eine gleiche Leistung nicht gewährt hätte.<sup>190</sup> 1008

Wird die staatlich festgelegte Geldleistung für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien gem. Art. 19 EnG mit der Situation im freien Wettbewerb verglichen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass beim derzeitigen Stand der Marktintegration der erneuerbaren Energien ein Privater einem Stromproduzenten dieselbe finanzielle Vergütung für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien gewährt hätte, zumal sich die Einspeiseprämie bei tiefem Referenzmarktpreis für den Stromproduzenten noch erhöht. 1009

Somit ist vorliegend auch die zweite Voraussetzung, das Fehlen einer gleichwertigen Gegenleistung, erfüllt. Das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung ist damit gegeben. 1010

---

<sup>189</sup> WITTHOHN, 144.

<sup>190</sup> HESKAMP, 122.

cc) *Staatlichkeit oder aus staatlichen Mitteln*

- 1011 Zentral für die Beurteilung der Beihilfekonformität von Einspeisevergütungsmodellen ist regelmässig die Frage der Staatlichkeit der für diese Fördermassnahme verwendeten finanziellen Mittel. Die Einordnung als staatliche Beihilfe ist aber nicht ganz offenkundig.<sup>191</sup> In der EU gehören die Einspeisevergütungen der einzelnen Mitgliedstaaten nach wie vor zu den beliebtesten Fördermassnahmen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien.<sup>192</sup> Gem. Rechtsprechung des EuGH wird der Staatlichkeitsbegriff als unmittelbare bzw. mittelbare Gewährung aus staatlichen Mitteln unter Zurechenbarkeit zum Staat verstanden.<sup>193</sup> Dabei ist die Zurechenbarkeit nur in Fällen der mittelbaren Begünstigung detailliert zu prüfen.<sup>194</sup>
- 1012 In der Regel stammen die Mittel für die Finanzierung der Einspeisevergütung von den Stromendverbrauchern und damit auch von Privaten. Um die Zurechenbarkeit dieser privaten Mittel gegenüber dem Staat zu begründen, ist eine zumindest vorübergehende, staatliche Kontrolle über die Mittel notwendig.<sup>195</sup> Ausschlaggebend ist das Ausmass der staatlichen Kontrolle über die verwendeten privaten Mittel.
- 1013 Die Mittel der Finanzierung der Einspeisevergütung gem. Art. 22 EnG stammen aus einem zweckgebundenen Spezialfonds, der eine Finanzhilfe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SuG darstellt. Dieser Spezialfonds wird durch den Netzzuschlag finanziert. Dieser Netzzuschlag wird in der Schweiz von Endverbrauchern und damit (auch) von Privaten getragen.

---

<sup>191</sup> MAYORAZ, N 586.

<sup>192</sup> Bereits im Jahre 2012 waren in 20 von 45 europäischen Ländern die Modelle der Einspeisevergütungen eingeführt worden, wobei andere Fördermodelle wie das Quoten- oder Ausschreibungsmodell sich erst allmählich etablierten. Ein wichtiges Beispiel für die Einführung einer Einspeisevergütungsregelung ist das Deutsche EEG-2012, welches als Vorlagemodell weltweit von vielen Staaten übernommen wurde. Die im EEG-2012 enthaltene Regelung hat sich zu einem der weit verbreitetsten Mechanismen zur Förderung der Energieerzeugung aus alternativen Energiequellen behauptet. Vgl. dazu die Webseite Rechtsquellen für die Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien RES LEGAL, des Deutschen Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, abrufbar unter: <https://web.archive.org/web/20120326220150/http://www.res-legal.de/index.php?id=I&L=0>.

<sup>193</sup> PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 64.

<sup>194</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 151; offenbar a. A. BUNDI, System, 157; MAYORAZ, N 80.

<sup>195</sup> EuGH, Urteil vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-482/99, ECLI:EU:C:2002:94 - Französische Republik/Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 37.

Exemplarisch für die Beurteilung dieses Kriteriums steht die jahrelange Auseinandersetzung zwischen Deutschland und der Kommission bezüglich die Beihilfekonformität von Einspeisevergütungen, die im Jahre 2019 beendet wurde.<sup>196</sup> Herzstück der Entscheidung war die Frage, ob es sich bei der Vergütungsregelung im deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2012<sup>197</sup> um staatliche Mittel handelte. Da die Finanzierung der Massnahmen für erneuerbare Energien im EnG und EEG weitestgehend gleich ausgestaltet sind, ist vorliegend der Vergleich zielführend. 1014

Das EuG hatte mit Urteil vom 10. Mai 2016 zuvor entschieden, dass die Förderungs- und Privilegierungsmechanismen des alten EEG 2012 als Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren seien. Ausgangspunkt des beihilferechtlichen Verfahrens war die Konzeption des EEG 2012. Es zielte darauf ab, Produzenten alternativen Stroms gegenüber Betreibern klimaschädlicher Anlagen zu privilegieren. Das dahinterliegende System wälzte die Förderkosten entlang der gesamten Vermarktungskette den Endverbrauchern ab, indem die Verteilnetzbetreiber dazu verpflichtet wurden, Strom aus erneuerbaren Energien von den Anlagebetreibern abzunehmen und zu einem über dem Marktpreis liegenden Preis zu vergüten (§ 8, 16 EEG 2012). Die Verteilnetzbetreiber leiteten diesen Strom an die Übertragungsnetzbetreiber weiter und konnten den (zuvor bezahlten) höheren Vergütungssatz von diesen verlangen (§ 35 EEG 2012). Die Verteilnetzbetreiber vermarkteten den Strom dann an der Strombörse, wo er von den Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgekauft wurde. Die erzielten Einnahmen wurden von der Summe der Ausgaben (die durch das EEG erhöht wurden) abgezogen. Aus dieser Differenz wurde die sog. EEG-Umlage gebildet. Diese wurde von den Übertragungsnetzbetreibern ermittelt, festgelegt, publiziert und schliesslich den Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Rechnung gestellt (§ 37 EEG 2012). Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen gaben die zusätzlich entstehenden Kosten über die Stromrechnung an die Endverbraucher ab. Dabei galt eine Ausnahme für sog. besonders 1015

---

<sup>196</sup> Vgl. EuG, Urteil vom 10. Mai 2016 in der Rechtssache T-47/15, ECLI:EU:T:2016:281 – Deutschland/Kommission.

<sup>197</sup> Durch das Gesetz der Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28. Juli 2011 wurde per 1. Januar 2012 das neue EEG 2012 in Kraft gesetzt, welches eine grundlegende und umfassende Überarbeitung des bis dahin bestehenden EEG 2009 darstellte. Die Kommission leitete mit Beschluss vom 18. Dezember 2013 ein Beihilfe-Hauptprüfverfahren zum EEG 2012 ein, wo sie sich zum einen mit dem Vergütungssystem und zum anderen mit der Umlagereduzierung für Grünstromlieferanten sowie für energieintensive Unternehmen auseinandersetzte.

stromintensive Unternehmen. Deren Wettbewerbsfähigkeit sollte nicht durch teuren Strom gefährdet werden, weswegen die EEG-Umlage nicht auf ihre Stromrechnung aufgeschlagen wurde (§ 40 ff. EEG 2012).

- 1016 Im Ergebnis profitierten die Gruppen der Erzeuger erneuerbarer Energien und die besonders stromintensiven Unternehmen, weil sie keine EEG-Umlage zahlen mussten. Die Kommission stellte im November 2014 fest, dass die Förderung der Anlagebetreiber und die Privilegierung der stromintensiven Unternehmen als Beihilfe zu qualifizieren seien.<sup>198</sup> In der Konsequenz war dieser Entscheid aber weniger weitreichend, denn sowohl die Förderung erneuerbarer Energien als auch die überwiegenden Teile der Befreiung gewisser Unternehmen von der EEG-Umlage wurden als mit dem Binnenmarkt vereinbar betrachtet. Die Kommission verfügte keine Rückzahlungspflichten der Anlagenbetreiber und es entstanden nur geringe Veränderungen im Kreis der privilegierten Industrieunternehmen.<sup>199</sup>
- 1017 Da aber der Staat selbst nicht als Geldgeber tätig gewesen sei, sondern die Endverbraucher die Kosten der Subventionierung übernommen hätten, stellte sich die Frage, ob die Kosten dem Staat zugerechnet werden konnten. Wie bereits ausgeführt ([Teil 1, III.4.a\)bb](#)), ist bei der Zurechenbarkeit der Mittel zum Staat der Grad der staatlichen Kontrolle über die Gelder massgeblich. Diese erweiterte Auslegung soll dazu dienen, die Umgehung des EU-Beihilfeverbots durch «kreative Gesetzeskonstruktionen»<sup>200</sup> auf nationaler Ebene zu unterbinden.
- 1018 Das EuG argumentierte ganz im Sinne des im Jahre 2008 zuvor ergangen *EssentNetwork-Urteils*<sup>201</sup>, dass die Verwaltung der Gelder seitens der Übertragungsnetzbetreiber die Grundlage für eine umfassende staatliche Kontrolle begründe. Einerseits sei das Pflichtenprogramm der Übertragungsnetzbetrei-

---

<sup>198</sup> Vgl. Beschluss (EU) 2015/1585 der Kommission vom 25. November 2014 über die Beihilferegulierung SA.33995, ABI L 250 vom 25. September 2015, 122 ff., worin sie feststellte, dass das Vergütungs- und Umlagesystem des EEG 2012 mit dem Primärrecht vereinbar ist.

<sup>199</sup> Das EEG 2012 war zudem durch das spätere, beihilferechtlich konforme EEG 2014 zum Zeitpunkt des Kommissionsbeschlusses gebilligt worden. Die deutsche Bundesregierung hatte geklagt, um im Hinblick auf die Rechtssicherheit die Frage zu klären, ob der deutsche Fördermechanismus des EEG 2012 einen beihilferechtlich relevanten Tatbestand darstelle. Angesichts der dynamischen Entwicklungen des EEG diene die Entscheidung des EuG als Grundlage dafür, einen wichtigen Massstab für künftige Gesetzgebung und Notifikationspflichten nach Art. 108 Abs. 3 AEUV für alle Mitgliedstaaten der EU zu schaffen.

<sup>200</sup> Vgl. dazu OVERKAMP PHILLIPP, *Das EEG-Urteil des EuG und der Begriff der Beihilfe – Alles unter Kontrolle?* vom 2. Juni 2016, Abschnitt III., abrufbar unter: <https://www.juwiss.de/40-2016/> (zit. OVERKAMP).

<sup>201</sup> EuGH, C-206/06, Rz. 66 ff.

ber im EEG 2012 umfassend geregelt und andererseits finde eine Aufsicht durch die Bundesnetzagentur statt. Die Konzeption des EEG 2012 sei in seiner Funktionsweise mit einer Abgabe der Stromverbraucher und einer Verteilung dieser Abgabe durch den Staat vergleichbar. Es könne deshalb keinen Unterschied machen, ob eine Begünstigung in direkten Subventionen bestehe oder in der Abwälzung von Kosten auf andere. Die Privilegierung der stromintensiven Unternehmen sei deswegen gem. Standpunkt des EuG eine Beihilfe.

Der EuGH hatte davor noch im *PreussenElektra*-Urteil vom Jahre 2001, zum Vorgänger des EEG, dem Stromeinspeisungsgesetz, festgestellt, dass die 1019  
blosse Festlegung einer Abnahmepflicht zu Mindestpreisen keine Beihilfe darstelle, weil keine staatlichen Mittel tangiert seien. In der Rechtssache *Essent-Netwerk* entschied der dagegen EuGH anders. Die niederländischen Stromnetzbetreiber hatten die aus einem gesetzlichen Aufschlag auf den Strompreis stammenden Gelder an eine private Einrichtung weitergeleitet. Diese Einrichtung verwaltete und verteilte die Gelder nach genauen gesetzlichen Vorgaben. Entscheidend für die Einstufung als Beihilfe war vorliegend, dass diese exakte Verwaltung und Kontrolle durch die private Einrichtung wegen der genauen gesetzlichen Ausgestaltung dem niederländischen Staat zugerechnet werden konnte. Ausschlaggebend waren also die konkreten gesetzlichen Vorgaben, um die staatliche Zurechenbarkeit zu begründen.<sup>202</sup>

Damit lässt sich in einem Zwischenschritt festhalten, dass die extensive Auslegung des EuG zwar konsequent im Hinblick auf die Umgehungsbedenken gegenüber den nationalen Gesetzesgestaltungen erscheint, gleichzeitig aber auch etwas entfernt vom Wortlaut des Art. 107 Abs. 1 AEUV wirkt.<sup>203</sup> Der deutsche Staat hatte zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf die Finanzmittel, die über die Übertragungsnetzbetreiber weitergeleitet wurden (diese waren grösstenteils privatrechtliche Aktiengesellschaften). Sie wurden nur als staatliche Mittel qualifiziert, weil der Gesetzgeber eine detaillierte Regelung beschlossen hatte.<sup>204</sup> 1020

In einem weiteren Schritt klagten rund 30 Unternehmen zusammen mit der Bundesrepublik Deutschland gegen die Beihilfeentscheidung der Kommission zum EEG 2012. Mit Urteil vom 28. März 2019<sup>205</sup> erklärte der EuGH den vorangegangenen Beschluss der Kommission vom 25. November 2014 über die Beihil- 1021

---

<sup>202</sup> EuGH, C-206/06, Rz. 90 ff.

<sup>203</sup> Siehe dazu OVERKAMP, Abs. III.

<sup>204</sup> Siehe dazu OVERKAMP, Abs. III.

<sup>205</sup> EuGH, Urteil vom 29. März 2019 in der Rechtssache C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 - Bundesrepublik Deutschland/Kommission.

feregelung Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen schliesslich für nichtig. Der EuGH setzte hier ebenfalls bei der Staatlichkeit der Mittel an. Er begründete diese Nichtigkeitsklärung damit, dass die Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 1 AEUV dafür nicht erfüllt gewesen seien. Mit der durch die EEG-Umlage geförderte Erzeugung von Strom aus erneuerbarer Energie und der besonderen Ausgleichsregelung werde aus seiner Sicht kein aus staatlichen Mitteln finanzierter Vorteil nach Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt. Die Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien erfolge mit dem EEG 2012 zwar auf gesetzlicher Grundlage und der eingeführte Fördermechanismus führe dazu, dass die Mittel unter staatlichem Einfluss stünden. Aber als weitere Voraussetzung, um von einer staatlichen Beihilfe auszugehen, müsse der Staat die Verfügungsgewalt über die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder haben. Der EuGH vermochte dies im Fall der EEG-Umlage nicht zu erkennen. Er argumentierte, dass das EEG-2012 die Energieversorgungsunternehmen nicht dazu verpflichtete, aufgrund der EEG-Umlage gezahlten Beiträge auf die Endverbraucher abzuwälzen. Ihnen sei es freigestanden, diese Kosten selbst zu tragen. Deswegen könne die EEG-Umlage nach Einschätzung des EuGH nicht einer Abgabe gleichgestellt werden. Die Tatsache, dass die sich aus der Umlage ergebende finanzielle Belastung faktisch auf die Endverbraucher abgewälzt wurde, genüge nicht. Der Staat habe zudem keine Verfügungsgewalt über die von den Übertragungsnetzbetreibern im Rahmen des sog. Ausgleichsmechanismus verwalteten Gelder gehabt. Eine andere als im EEG-2012 vorgesehene Verwendung der Gelder hätte der Staat auch nicht beschliessen können. Die deutsche EEG-Umlage stelle demnach keine Beihilfe dar, weswegen auch alle Rückforderungen, die die Kommission in Millionenhöhe gegen Deutschland geltend gemacht hatte, entfielen.

- 1022 Dieser EuGH-Entscheid stellt einen wichtigen Meilenstein für künftige, energiepolitische Ausrichtungen dar und strahlt auf andere Instrumente und Gesetze zur Förderung erneuerbarer Energien aus. Die Frage der Staatlichkeit der Mittel war in der Literatur davor lange umstritten. Insbesondere die als fehlerhaft empfundene Würdigung des EEG-Ausgleichsmechanismus durch

die Kommission und des EuG wurden wiederholt beklagt.<sup>206</sup> Das Urteil beseitigt damit die oftmals als uferlos empfundene Ausweitung des Beihilfebegriffs, indem der EuGH hierin der Kommission Leitplanken für die künftige Beihilfenkontrolle setzte und das Verständnis der Staatlichkeit der Mittel eingrenzte.<sup>207</sup>

Für die Beurteilung des schweizerischen EVS wird somit ausschlaggebend sein, ob die Gewährung der Fördermittel dem Staat zugerechnet werden können. Wie gesehen, stellt der Netzzuschlagsfonds einen zweckgebundenen Spezialfonds dar. Dieser wird vom UVEK verwaltet (Art. 37 Abs. 2 EnG). Der Bundesrat legt den Zuschlag fest, den die Endverbraucher bezahlen müssen. Die Kosten werden somit auf die Endverbraucher und damit hauptsächlich auf Private abgewälzt. Zwar erfolgt mit dem EnG die Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien mit dem EVS auf einer gesetzlichen Grundlage, und ferner stehen die Mittel durch die Verwaltung des UVEK unter staatlichem Einfluss. Schwierigkeiten bereitet aber, ähnlich wie beim EEG 2012, die Verfügungsgewalt über die ausbezahlten Mittel. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann die EEG-Umlage nicht einer Abgabe gleichgestellt werden, obwohl faktisch die finanzielle Belastung auf die Endverbraucher abgewälzt wurde. Der Gerichtshof argumentiert insoweit mit der fehlenden staatlichen Verfügungsgewalt über die Gelder, weil diese im Rahmen des Ausgleichsmechanismus von den Übertragungsnetzbetreiber verwaltet wurden.<sup>208</sup> 1023

Weil es sich bei den schweizerischen Einspeisevergütungsmodellen um auslaufende Modelle handelt, sich deren Gestaltung zunehmend dem Markt nähert und sich diese Förderungsmethode dadurch weniger wettbewerbsverfälschend auswirkt, ist vorliegend der neuesten Rechtsprechung des EuGH zu folgen. Das schweizerische Modell der Einspeisevergütung kommt in seiner Funktionsweise dem deutschen Modell gleich. 1024

---

<sup>206</sup> Siehe dazu etwa die Ausarbeitung des Deutschen Bundestags über die Netzentgeltbefreiung nach dem StromNEV und das EEG im Lichte des EU-Beihilferechts vom 8. April 2013, 36, abrufbar unter: <<https://www.bundestag.de/resource/blob/408302/fc4e3aff9b101fee5947d4985b5c4014/PE-6-029-13-pdf-data.pdf>>. Darin wurden ernste Zweifel angebracht, ob das für die Annahme einer Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV notwendige Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit der Mittel erfüllt gewesen sei. Vorgebracht wurde, dass die Finanzierung der Begünstigungen dienende EEG-Umlage staatlicherseits nicht vom Letztverbraucher zu erheben gewesen sei, sondern lediglich von ihnen erhoben werden konnte. Dafür sei wiederum eine privatvertragliche Vereinbarung zwischen dem Letztverbraucher und dem Energieversorgungsunternehmen nötig.

<sup>207</sup> Vgl. dazu KAHLE CHRISTIAN, abrufbar unter: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/ugh-c-405-16-eeg-umlage-keine-beihilfe-erneuerbare-energien-kommentar/>>.

<sup>208</sup> EuGH, C-405/16 P.

1025 Art. 35 EnG spricht davon, dass die Vollzugsstelle einen Zuschlag auf dem Netznutzungsentgelt von den Netzbetreibern erheben muss. Die Netzbetreiber wiederum können den Netzzuschlag auf die Endverbraucherinnen und Endverbraucher überwälzen. Damit ist gesetzlich die Regelung über die privatrechtlich ausgestalteten Mittel im Sinne des *PreussenElektra*-Entscheids genau vorgegeben. Wird hier dem Kriterium, «je intensiver der staatliche Einfluss auf die verwaltende Stelle, desto eher Einordnung der Mittel als staatlich erfolgt»<sup>209</sup> gefolgt, lässt sich feststellen, dass der Staat durch die Gesetzgebung lediglich Vorgaben macht und eine Kann-Vorschrift eingebaut hat, wonach zwar der Netzzuschlag auf die Endverbraucherinnen und Endverbraucher abgewälzt werden kann, aber nicht muss. Damit fehlt es hier an einer intensiven und weitreichenden staatliche Kontroll- und Verfügungsgewalt über die geldwerten Mittel. In der Schweiz kann der Staat gem. EnG ganz i.S.d. Argumentation des EuGH zum EEG-2012-Urteil keine andere Verwendung der Mittel als im Gesetz festgelegt beschliessen. Aus diesem Grund liegt keine Zurechenbarkeit zum Staat vor.

1026 Weil das Element der Staatlichkeit nicht erfüllt ist, handelt es sich bei Einspeisevergütung im Rahmen des EnG nach der aktuellen EuGH-Rechtsprechung nicht um eine Beihilfe im Sinne des EU-Rechts. Die Prüfung der restlichen Tatbestandsmerkmale erübrigt sich damit.

b) Investitionsbeiträge/Einmalvergütung

1027 Die Investitionsbeiträge bzw. EIV werden nach Art. 24 ff. EnG vergütet.<sup>210</sup> Gem. Art. 15 Abs. 4 EnG besteht für Netzbetreiber auf ihrem Netzgebiet die Pflicht zur Abnahme und Vergütung, wenn die Stromproduzenten entweder einen Investitionsbeitrag für Wasserkraftanlagen (Art. 26 EnG) oder für Biomasseanlagen (Art. 27 EnG) oder eine EIV für Photovoltaikanlagen (Art. 25 EnG) in Anspruch nehmen.

---

<sup>209</sup> LUDWIGS, 241.

<sup>210</sup> Gem. BFE kommt als Instrument zur Förderung der Stromproduktion aus Photovoltaikanlagen hauptsächlich die Einmalvergütung zum Zug, abrufbar unter: <https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/einmalverguetung.html>.



Vorliegend lässt sich die Kombination aus Investitionsbeitrag bzw. EIV und Abnahme- und Vergütungspflicht als Mischsubvention<sup>211</sup> klassifizieren, die sich aus Leistungssubvention (Investitionsbeitrag bzw. EIV) und Austauschvertrag (Abnahme- und Vergütungspflicht) zusammensetzt.<sup>212</sup> 1028

*aa) Anwendungsbereich*

Wie schon zuvor bei der EVS verdeutlicht, fallen staatliche Finanzleistungen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bzw. der Energiewirtschaft grundsätzlich unter die Wettbewerbsaufsicht i.S.v. Art. 107 AEUV.<sup>213</sup> Der sachliche Anwendungsbereich der Beihilfavorschriften nach Art. 107 AEUV ist durch die Investitionsbeiträge bzw. EIV i.S.v. Art. 25, 26 und 27 EnG i.V.m. der gesetzlich vorgeschriebenen Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 4 EnG eröffnet. 1029

*bb) Begünstigung*

Die erste Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals der begünstigenden Wirkung ist der wirtschaftliche Vorteil. Dieser liegt vor, wenn für bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige eine Leistung durch den Staat an eine private oder juristische Person ohne eine entsprechende, marktübliche Gegenleistung erbracht wird.<sup>214</sup> Die marktübliche Gegenleistung entspricht dem zweiten Tatbestandsmerkmal der Begünstigung und wird anhand eines Vergleichs mit den Renditeerwartungen eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers (dem *Market Economy Investor Test*) überprüft. 1030

Wie bereits vorgängig ermittelt, bilden die Investitionsbeiträge bzw. EIV Geldleistungen für Anlagebetreiber, welche Strom aus erneuerbaren Energien mittels der Technologie der Photovoltaik, der Wasserkraft oder auch mittels Biomasse erzeugen. Zusammen mit der Abnahme- und Vergütungspflicht als Garantie soll gem. Botschaft des Bundesrates zur Energiestrategie 2050 der Anreiz geschaffen werden, die Stromerzeugung in der Schweiz zu diversifizieren und im Endergebnis die verschiedenen Technologien zur Stromproduk- 1031

---

<sup>211</sup> CELIK, 923.

<sup>212</sup> Bei den Investitionsbeiträgen bzw. EIV ist zweifellos festzustellen, dass es sich um Subventionen handelt, die gem. Art. 35 Abs. 2 lit. d EnG über den Netzzuschlag finanziert werden. Dadurch können die Ausführungen zum EVS grösstenteils hierauf angewendet werden. Nachfolgend wird insbesondere die Frage entscheidend sein, ob die gesetzliche Abnahme- und Vergütungspflicht durch Private (Netzbetreiber) dem Staat zurechenbar ist.

<sup>213</sup> Vgl. GIENSCH, 1 ff.

<sup>214</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 138.

tion aus erneuerbaren Energien zu fördern.<sup>215</sup> Dabei setzt sich die Vergütung für Photovoltaikanlagen i.S.v. Anhang 2.1 EnfV aus einem fixen Grundbeitrag und einem variablen Leistungsbeitrag zusammen (Art. 38 Abs. 1 EnfV).<sup>216</sup> Die EIV kommt nur für diejenigen Photovoltaikanlagen infrage, die von der Möglichkeit zur Teilnahme am EVS ausgeschlossen sind und dabei höchstens 30% der bei der Inbetriebnahme massgeblichen Investitionskosten von Referenzanlagen beträgt (Art. 25 Abs. 1 EnG). Auch die Investitionsbeiträge bzw. EIV bilden, wie die vorgängig untersuchte Einspeisevergütung, eine Anspruchssubvention. Sofern die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, erhalten die Anlagebetreiber die Subvention.

- 1032 Da die im EnG vorgesehenen spezifischen Anlagebetreiber namentlich genannt sind, entsprechen sie dem Tatbestandsmerkmal der bestimmten Unternehmen. Durch ihre explizite Nennung sind sie von den übrigen Anlagebetreibern abgegrenzt. Nur die Anlagentypen Photovoltaik, Wasserkraft und Biomasse erhalten eine geldwerte, staatliche Leistung in Form von Investitionsbeiträgen bzw. EIV, um Strom aus ihren Anlagen zu erzeugen. Zudem garantiert ihnen Art. 15 Abs. 4 EnG die Abnahme und Vergütung spezifisch für den aus den genannten Technologien erzeugten Strom durch die Netzbetreiber auf dem jeweiligen Netzgebiet. Ohne diese Leistung und die gesetzliche Garantie zur Abnahme und Vergütung des Stroms hätten die Anlagebetreiber selbst für die Kosten zum Ausbau der Technologien und die Veräusserung ihres Stroms aufzukommen. Diese Leistungen und gesetzlich verankerten Garantien an die Anlagebetreiber können somit als positive Massnahmen gewertet werden, die dazu beitragen, eine Belastung des Empfängers zu vermindern, die dieser ohne die Begünstigung tragen müsste. Damit werden diejenigen Anlagebetreiber, die für einen Investitionsbeitrag bzw. EIV infrage kommen, gegenüber den Betreibern von anderen Anlagen bessergestellt. Somit ist die erste Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals der begünstigenden Wirkung, der wirtschaftliche Vorteil, erfüllt.
- 1033 Die zweite Voraussetzung verlangt, dass der Begünstigung keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht. Das Fehlen einer marktüblichen Gegenleistung ist dann anzunehmen, wenn die üblicherweise vom Beihilfegeber geforderte Gegenleistung oder das erwünschte Verhalten wirtschaftlich bzw. finanziell

---

<sup>215</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7576.

<sup>216</sup> MÖLLER/BAUMANN, N 22.

nicht als gleichwertig anzusehen ist.<sup>217</sup> Die Unterstützungsleistung gilt dann als Beihilfe, wenn ein privater Investor bei vergleichbarer Sachlage unter kaufmännischen Erwägungen eine gleiche Leistung nicht gewährt hätte.<sup>218</sup>

Wird die festgelegte Geldleistung für Anlagebetreiber nach Art. 24 ff. EnG i.V.m. Art. 15 Abs. 4 EnG mit der Situation im freien Wettbewerb verglichen, kann u.E. nicht davon ausgegangen werden, dass beim derzeitigen Stand der Marktintegration der erneuerbaren Energien (insbesondere der Photovoltaikanlagen) in der Schweiz ein Privater einem Anlagebetreiber dieselbe finanzielle Vergütung in Form eines Investitionsbeitrags bzw. EIV für Strom aus erneuerbaren Energien ohne Gegenleistung gewährt hätte. Zwar könnten Stromhändler oder Netzbetreiber einen Abnahme- und Vergütungsvertrag mit den Anlagebetreibern frei abschliessen. U.E. würde es in dieser Konstellation aber einem Privaten an Anreiz fehlen, in eine solche Anlage zu investieren. Die Motivation auf Seiten eines privaten Investors, Photovoltaikanlagen wettbewerbsfähiger zu machen, um die Stromerzeugung in der Schweiz weiter zu diversifizieren, fehlt. Die an die privaten Netzbetreiber gerichtete gesetzlich festgeschriebene Abnahme- und Vergütungspflicht in Art. 15 EnG bildet überdies einen rechtlichen Zwang und stellt eine Verhaltens- und Lenkungssteuerung im öffentlichen Interesse dar.<sup>219</sup> Selbst wenn also die privaten Netzbetreiber die Kosten auf die Endkonsumenten abwälzen, kann bei einem staatlich bzw. gesetzlich vorgeschriebenen Verhalten nicht davon ausgegangen werden, dass ein Privater diese Pflichten so eingehen würde. Somit würde sich ein Privater im Vergleich nicht so verhalten. Damit liegt auch die zweite Voraussetzung, das Fehlen einer gleichwertigen Gegenleistung, vor. Das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung ist damit gegeben. 1034

cc) *Staatlichkeit oder aus staatlichen Mitteln*

Beihilfen setzen voraus, dass geldwerte, staatliche oder staatlich kontrollierte Mittel als Unterstützung von Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden. Die Mittel müssen dabei nicht unmittelbar durch den Staat gewährt werden. Vielmehr ist entscheidend, dass die Unterstützungsmassnahmen auf den Staat hinreichend zurückführbar sind. Dabei ist unerheblich, wer die Mittel konkret vergibt.<sup>220</sup> Es muss somit neben dem Tatbestandselement der unmittelbaren staatlichen Herkunft der Gelder bei den mittelbaren Geldern das Erfordernis 1035

---

<sup>217</sup> WITTHOHN, 144.

<sup>218</sup> HESKAMP, 122.

<sup>219</sup> HETTICH/WALTHER, 154.

<sup>220</sup> FRENZ, N 113; BUNDI, System, 6 ff.; CELIK, 907.

der Zurechenbarkeit zum Staat erfüllt sein.<sup>221</sup> Reine Transferleistungen zwischen Privaten wie z.B. staatlich festgelegte Mindestpreise, erfüllen das Element der Staatlichkeit regelmässig nicht.<sup>222</sup> Mittel, die nie «unter staatliche Kontrolle»<sup>223</sup> gelangten, sind keine staatlichen Mittel. Die europäischen Gerichte folgen bislang in dieser Hinsicht dem Grundsatz: «Je intensiver der staatliche Einfluss auf die verwaltende Stelle, desto eher die Einordnung der Mittel als staatlich erfolgt.»<sup>224</sup>

- 1036 Die Mittel für die Vergütung der Investitionsbeiträge bzw. EIV gem. Art. 24 ff. EnG stammen, wie bei der EVS, aus dem Netzzuschlagsfonds (vgl. dazu Ausführungen oben, [Teil 2, E.III.1.](#)). Hinzu kommt die Vergütungs- und Abnahmepflicht nach Art. 15 Abs. 4 EnG. Die vorliegend zu untersuchende Fördermassnahme besteht somit aus diesen zwei Komponenten, die nachfolgend voneinander getrennt auf ihre Beihilfekonformität hin überprüft werden.
- 1037 Für die erste Komponente kann an dieser Stelle auf die Ausführungen zum EVS (vgl. oben [Teil 2, E.III.1.a](#)) verwiesen werden. Die Mittelherkunft für die Fördermassnahme der Einspeisevergütung ist dieselbe wie bei den Investitionsbeiträgen bzw. EIV nach Art. 24 ff. EnG. Somit werden auch die Investitionsbeiträge bzw. die EIV über den Netzzuschlagsfonds finanziert. Dieser wiederum finanziert sich durch einen Aufpreis auf die Stromkosten für die Endverbraucher. Um die Zurechenbarkeit dieser privaten Mittel gegenüber dem Staat zu begründen, ist eine zumindest vorübergehende staatliche Kontrolle über die Mittel notwendig.<sup>225</sup> Ausschlaggebend ist das Ausmass der staatlichen Kontrolle über die verwendeten privaten Mittel. Wie bei der EVS führt dies vorliegend zum Ergebnis, dass keine Zurechenbarkeit zum Staat vorliegt und es sich bei den Investitionsbeiträgen bzw. EIV gem. Art. 24 ff. EnG nicht um eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.
- 1038 Die zweite Komponente der Fördermassnahme bildet die Abnahme- und Vergütungspflicht.

---

<sup>221</sup> EuGH, C-482/99, Rz. 24; EuGH, Urteil vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142 - Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 13; EuGH, Urteil vom 20. November 2003 in der Rechtssache C-126/01, ECLI:EU:C:2003:622 - Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie gegen GEMO SA, Rz. 23 ff.

<sup>222</sup> EuGH, C-379-98, Rz. 58; EuGH, 82/77, Rz. 25.

<sup>223</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 139.

<sup>224</sup> LUDWIGS, 242.

<sup>225</sup> EuGH, C-482/99, Rz. 37.

Eine gesetzlich festgelegte, garantierte Abnahmepflicht sorgt dafür, dass dem begünstigten Stromproduzenten das Absatzrisiko genommen wird, welches die Suche nach einem zuverlässigen und solventen Vertragspartner für das eigene Produkt birgt.<sup>226</sup> 1039

Bei der Vergütungspflicht ist dagegen weniger die Tatsache entscheidend, dass für den eingespeisten Strom überhaupt eine synallagmatische Gegenleistung zu erbringen ist (diese würde sich aus dem Liefervertrag selbst ergeben), sondern eher, dass die einschlägigen gesetzlichen Normen die Höhe dieser Vergütungen für erneuerbaren Strom detailliert regeln.<sup>227</sup> Dem berechtigten Stromproduzenten wird durch die Vergütungspflicht das sog. Preisrisiko der Erlangung einer wirtschaftlich rentablen Gegenleistung genommen, die sonst üblicherweise von politischen, gesellschaftlichen und der marktspezifischen Nachfragesituation abhängt.<sup>228</sup> 1040

Die Kombination von Abnahme- und Vergütungspflicht gibt den Stromproduzenten bei einer vollständigen Produkteabnahme folglich Sicherheit und gewährleistet die erforderliche Kostendeckung sowie allenfalls eine Gewinnmarge. Beim vorliegenden Kontrahierungszwang ist allerdings zweifelhaft, ob dies dem Staat (mittelbar) zurechenbar sein kann, da die Mittel nicht unter staatliche Kontrolle stehen.<sup>229</sup> Es existiert lediglich eine auf Gesetzesstufe vorgegebene Pflicht zur Abnahme- und Vergütung, wobei die Höhe der Vergütungen grundsätzlich zwischen Netzbetreiber und den Produzenten festgemacht wird und sich am Marktpreis orientiert. 1041

Ferner erfolgt gem. Art. 15 Abs. 1 EnG die Vergütung für den abgenommenen Strom direkt durch den abnehmenden Netzbetreiber (als Privater), ohne dass dabei eine Verwaltungsinstanz zwischengeschaltet ist.<sup>230</sup> Wie im [Teil 1, III.4.a\)bb\)](#) ausgeführt, kann eine Zurechenbarkeit aber auch dann gegeben sein, wenn Stellen die Vergütung ausführen, welche Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen. Gem. Art. 22 StromVG und Art. 63 und 64 EnG kommt aber weder der ElCom noch der Vollzugsstelle Pronovo eine Aufgabe als Ver- 1042

---

<sup>226</sup> BAER, 35; KLINGER, 541.

<sup>227</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 3 EnG, wonach die Höhe der Vergütung festgelegt wird, sofern sich Netzbetreiber und Produzenten über die Vergütung uneinig sind sowie Art. 29 EnG, wonach der Bundesrat die Einzelheiten bezüglich Ansätze für die Investitionsbeiträge bzw. EIV bestimmt.

<sup>228</sup> BAER, 35; Vgl. auch SCHMIDT-PREUSS, 56.

<sup>229</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 139.

<sup>230</sup> Der EuG stellt deren Einbezug einer parafiskalischen Sonderabgabe gleich. Vgl. dazu EuG vom 11. Dezember 2014 in der Rechtssache T-251/11, ECLI:EU:T:2014:1060 – Österreich/Kommission, Rz. 59, 68; HESELHAUS/CUCÈ, 241.

waltungsinstanz zu. Darüber hinaus erfolgt die Vergütung der Anlagebetreiber nicht über staatliche Gelder, sondern wird von den Netzbetreibern, also Privaten, getragen (wobei auch die die Netzbetreiber diese Kosten regelmässig auf die Endkonsumenten abwälzen).<sup>231</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass die Gelder zur Vergütung der Abnahme des Stroms nicht dem Staat zurechenbar sind.

- 1043 Der Vollständigkeit wegen soll an dieser Stelle die Vorfrage abgehandelt werden, ob es sich bei der Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 EnG überhaupt um eine Fördermassnahme handelt.
- 1044 Gem. Art. 15 Abs. 2 EnG gilt die Abnahme- und Vergütungspflicht hinsichtlich der erneuerbaren Energien nur bei kleineren Anlagen mit einer Leistung von höchstens 3 MW oder einer jährlichen Produktion von höchstens 5000 MWh. Sie stellt zudem einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, die im Falle der Uneinigkeit über die Vergütung nach Massgabe von Art. 15 Abs. 3 EnG zustande kommt.<sup>232</sup> Gem. Bundesrat ist dieser Eingriff allerdings begründet, um «einen minimalen Ausgleich zwischen der regelmässig schwächeren Position von Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion gegenüber den Energieversorgungsunternehmen herbeizuführen.»<sup>233</sup> Nur kleinere Anlagen, die sich nicht für die Einspeisevergütung qualifizieren, haben subsidiär das Recht auf Vergütung ihres Stroms gem. den Konditionen von Art. 15 Abs. 3 lit. a EnG. Damit wollte der Bundesrat unterstreichen, dass es ihm bei dieser Abnahme- und Vergütungspflicht um den Schutz von Betreiber kleiner Anlagen geht, die nicht über genügend Verhandlungsmacht auf dem freien Strommarkt verfügten. Ausserdem handle es sich aus Sicht des Bundesrats bei Art. 15 EnG nicht um ein eigentliches Förderinstrument, sondern in erster Linie um ein Schutzinstrument, welches nur subsidiär zur Teilnahme am EVS diene.<sup>234</sup> Die Abnahme- und Vergütungspflicht diene ebenso dazu, die Energieversorgung zu diversifizieren. In der Konsequenz führe sie aber gleichwohl zur Förderung der erneuerbaren Energien aus den spezifischen Anlagen.<sup>235</sup>
- 1045 U.E. ist für die Einstufung von Art. 15 EnG als Fördermassnahme und damit für die vorliegende Prüfung ausschlaggebend, dass die Massnahme in ihrer Ausgestaltung in jedem Fall zur Förderung der erneuerbaren Energien beiträgt

---

<sup>231</sup> Vgl. EuGH, C-379-98; dazu FRENZ, N 107 ff.; und Ausführungen CELIK, 923 f.

<sup>232</sup> MORGENBESSER, N 31 f.

<sup>233</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7667.

<sup>234</sup> Vgl. Art. 15 Abs. 4 EnG; ebenso BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7561.

<sup>235</sup> Monitoring Energiestrategie 2050 des BFE, Monitoring Bericht 2020, 48, abrufbar unter: <https://bit.ly/3CEwkRx>.

und dadurch Züge einer Subvention aufweist, weswegen sie vorliegend als ebensolche behandelt wird.<sup>236</sup> Auch wenn dies der bundesrätlichen Auffassung des Ursprungszwecks von Art. 15 EnG entgegensteht.

Zur Zulässigkeit von Abnahme- und Vergütungspflichten hat der EuGH im Urteil *PreussenElektra* zum damaligen deutschen Stromeinspeisungsgesetzes (StromEG)<sup>237</sup> Stellung genommen. Die Pflichten galten nach § 1 StromEG für die Einspeisung von Strom aus Energieträgern, die als ökologisch besonders wertvoll eingestuft wurden. Die Abnahmepflicht folgte aus § 2 StromEG und die Vergütungspflicht aus § 3 StromEG. 1046

Der EuGH folgte in dieser Entscheidung dem restriktiven Ansatz des Generalanwalts Jacobs zur Frage der staatlichen Zurechenbarkeit.<sup>238</sup> Dieser verneinte die Beihilfeeigenschaft des StromEG durch den Verweis auf die frühere Judikatur, welche die Finanzierung aus staatlichen Mitteln als «grundlegende Voraussetzung des Beihilfetatbestands»<sup>239</sup> vorsah. Die Kommission und die PreussenElektra GmbH hielten dagegen, dass die Abnahme- und Vergütungspflichten für Strom aus erneuerbaren Energien staatliche Mittel seien, weil sie parafiskalische Abgaben darstellten, die durch die hoheitliche Anwendung von privaten zu staatlichen Mitteln mutieren würden. Der Generalanwalt wies dies zurück und verwies darauf, dass der Staat zu keinem Zeitpunkt Kontrolle über diese Mittel ausgeübt habe und die staatlichen Behörden nie Zugriff auf sie gehabt hätten. Deswegen hätten die Mittel den privaten Sektor gar nicht erst verlassen. Der EuGH pflichtete dieser Argumentation bei. Er stellte jedoch ergänzend fest, dass eine Verpflichtung zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen (zu Mindestpreisen) den Stromerzeugern unstreitig einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft hätte, da dadurch höhere Gewinne ohne jegliches Risiko möglich gewesen seien. Weiter konstatierte er, dass eine allein auf einem Gesetz gründende Massnahme nicht genüge, um sie als Beihilfe zu qualifizieren. Beihilfen seien nur solche Vorteile, die unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln gewährt würden. Zudem bedeute die Unterschei- 1047

---

<sup>236</sup> Vgl. dazu kritische Auslegung durch MORGENBESSER, wonach u.E. hingegen eine Argumentation in die entgegengesetzte Richtung ebenso legitim wie gerechtfertigt wäre. U.E. kann demnach die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG als Förderinstrument eingestuft werden, auch wenn dies nicht dem ursprünglichen Zweck der Norm entspricht.

<sup>237</sup> Deutsches Stromeinspeisungsgesetz vom 19. Juli 1994 (BGBl I, 1994, 1618), geändert durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (BGBl I, 1998, 730).

<sup>238</sup> Siehe EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts vom 26. Oktober 2000 in der Rechtssache C-379-98, ECLI:EU:C:2001:160, 2141 f.

<sup>239</sup> Siehe EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-379-98, 2139 f.

derung der Formulierungen «staatlich» und «aus staatlichen Mitteln gewährte» Beihilfen nicht, dass alle staatlich initiierten Begünstigungen zugleich Beihilfen seien.<sup>240</sup>

- 1048 Im Fördermechanismus des deutschen EEG, welches das StromEG als Nachfolgegesetz ersetzt hat, lassen sich zudem bis heute weiterhin Abnahme- und Vergütungspflichten verorten, die denjenigen des StromEG ähnlich sind.<sup>241</sup> Deswegen hat die Kommission schon früh die Grundsätze aus dem *Preussen-Elektra*-Entscheid auf das deutsche EEG 2000 übertragen. Auch hier stellte der EuGH fest, dass keine Übertragung der staatlichen Mittel stattgefunden habe und deswegen der Tatbestand der Beihilfe nicht erfüllt wurde.<sup>242</sup>
- 1049 Ungeachtet dessen anerkannte der EuGH in seinem 2019 ergangenen Urteil zum deutschen EEG 2012 dennoch, dass einzelne Fördermassnahmen, die den erneuerbaren Energien Vorrang verschafften, durchaus den Tatbestand der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen könnten. In seiner früheren Rechtsprechung hatte der EuGH im Urteil *Association Vent De Colère!*<sup>243</sup> aus dem Jahre 2013 noch entschieden, dass eine Massnahme, die insbesondere in einer Pflicht zur Abnahme von Energie besteht, unter den Begriff der Beihilfe fallen kann, obgleich bei ihr keine staatlichen Mittel übertragen wurden. Wie aber schon aufgezeigt, wurde das gesamte deutsche EEG 2012 als mit dem Beihilferecht der EU für vereinbar erklärt, weil nicht hinreichend dargelegt wurde, dass die Mittel dem Staat zurechenbar seien. Dieses Urteil hat die frühere Rechtsprechung damit teilweise verworfen. Der EuGH lässt bei der Qualifikation einzelner Massnahmen als Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV somit Spielraum offen. Wie anhand der untersuchten Rechtsprechung ersichtlich wird, gewichtet er inzwischen die ökologischen Aspekte, die der Erreichung von Zielen von gemeinsamen Interessen dienen, bei seiner Beurteilung immer stärker.
- 1050 Auch bei der Kommission sind zunehmend entsprechende Tendenzen zu beobachten. So waren das deutsche EEG-Finanzierungsmodell sowie die darin festgelegte Umlage für sie gerechtfertigt, weil sie nach den Grundsätzen der Energie- und Umweltbeihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV i.V.m. Abschnitt 3.2. der EEAG erfolgt waren.<sup>244</sup> Demnach leisteten die Massnahmen gem. dem

---

<sup>240</sup> EuGH/Schlussanträge Generalanwalt, C-379-98, 2131 f.

<sup>241</sup> KRÖGER, 205.

<sup>242</sup> Vgl. dazu EuGH, C-379-98.

<sup>243</sup> EuGH, Urteil vom 19. Dezember 2019 in der Rechtssache C-262/12, ECLI:EU:C:2013:851 - *Vent de Colère* u.a.

<sup>244</sup> BARTOSCH, Art. 107 Abs. 3 AEUV, N 202 ff.



Beschluss der Kommission vom 25. November 2014 einen Beitrag zu einem Ziel von gemeinsamem Interesse. Sie waren nach Auffassung der Kommission geeignet, angemessen und transparent und wiesen gleichzeitig einen Anreiz-effekt auf, der sich nicht übermässig auf den Wettbewerb und Handel auswirkte.<sup>245</sup> Laut Beschluss bewegten sich die Mechanismen des EEG-Finanzierungsmodells sowie der Umlage somit im Rahmen des EEAG. Dieses Ergebnis war nicht ganz überraschend, weil das System des EEG 2014 und die Korrekturen im EEG 2017 gerade an die Vorgaben des EEAG ausgerichtet wurden.<sup>246</sup>

Für die Beurteilung der Abnahme- und Vergütungspflicht ist damit die Voraussetzung der staatlichen Kontrolle über die Mittel ausschlaggebend. Vorliegend handelt es sich zwar um ein über das Gesetz staatlich angeordnetes und reguliertes System.<sup>247</sup> Indes finden die Geldflüsse aber nur zwischen privaten statt. Entscheidend ist gem. dem Urteil *PreussenElektra* ebenfalls, dass die Endverbraucher die Förderung aufgrund der Kostenabwälzung bezahlen. Der Staat hat im vorliegenden Fall zu keinem Zeitpunkt Kontrolle über die Mittel und keinen Zugriff auf sie. Die Verpflichtung zur Abnahme und Vergütung von Strom aus erneuerbaren Energiequellen (zu einem allenfalls festgelegten Mindestpreis) führen somit nicht zu einer unmittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen.<sup>248</sup> Ausserdem werden die Kosten der Netzbetreiber auf die Endkonsumenten abgewälzt. Damit lässt sich die Komponente der Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 4 EnG nicht dem Staat zurechnen. 1051

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es sich bei den vorliegend untersuchten Massnahmen nicht um staatliche Mittel handelt, weil die Kosten aus dem Netzzuschlagsfonds durch Private finanziert werden und nicht der Kontroll- und Verfügungsgewalt des Staates unterstehen. Damit können die Investitionsbeiträge bzw. EIV nach Art. 24 ff. EnG i.V.m. mit der Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 4 EnG nicht dem Staat zugerechnet werden. Eine weitere beihilferechtliche Prüfung dieser Massnahmen erübrigt sich daher. 1052

---

<sup>245</sup> MÜLLER-TERPITZ/OUERTANI, 540.

<sup>246</sup> MÜLLER-TERPITZ/OUERTANI, 541.

<sup>247</sup> FRENZ, N 2, N 103 m.w.N.; SCHLACKE/KRÖGER, 317; FRENZ, Beihilferückforderung, 25 ff.; HESELHAUS/CUCÈ, 241.

<sup>248</sup> EuGH, C-379-98, Rz. 58 ff.; bestätigt in: EuG, T-47/15; vgl. Heselhaus/Cucè, 241; FRENZ, N 103; RUSCHE, 82 ff.; VEDDER et al., N 4.390 ff.

c) Marktprämie

- 1053 Die Marktprämie nach Art. 30 EnG wurde zum ersten Mal im Jahr 2018 basierend auf den Geschäftszahlen des BFE von 2017 ausbezahlt.<sup>249</sup> Für sie stehen jährlich rund CHF 100 Mio. aus dem Netzzuschlagsfonds zur Verfügung. Am 21. April 2020 schlug die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK-N) in ihrer Vorlage zur parlamentarischen Initiative 19.443 eine Verlängerung der bislang auf das Jahr 2022 befristeten Massnahme bis 2031 vor.<sup>250</sup> Generell soll die Wasserkraft gem. Botschaft des Bundesrates vom 18. Juni 2021 zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien mit mehr finanziellen Mitteln unterstützt werden.<sup>251</sup> Um die Ausbauziele der Energiestrategie erreichen zu können, sollen für die Grosswasserkraft neu Rp. 0.2 pro Kilowattstunde zur Verfügung stehen, anstatt wie bisher Rp. 0.1 pro Kilowattstunde. Der Netzzuschlag soll nicht erhöht, dafür aber entsprechend länger erhoben werden.<sup>252</sup> Die Anspruchsberechtigten einer Marktprämie können Betreiber, Eigner oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen sein, die sich zur Abnahme der Elektrizität verpflichtet haben und das Risiko der ungedeckten Gestehungskosten tragen. Die auf dem Geschäftsjahr 2019 beruhenden Marktprämien 2020 gingen an 23 Empfänger, wobei die Fördersumme mit rund CHF 84 Mio. ausgewiesen ist. Dies entspricht einer Leistung von rund 9.6 Mrd. KWh oder einem Äquivalent von 24% der schweizerischen Landeserzeugung aus Wasserkraft im Jahr 2019. Obwohl die Anzahl der Empfänger gegenüber dem Vorjahr um sieben zugenommen hat und der ausbezahlte Betrag um CHF 19 Mio. zugenommen hat, wurden die zur Verfügung stehenden Mittel dieses Jahres nicht vollständig ausgeschöpft.<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> Dabei gingen 25 Gesuche im Umfang von CHF 129 Mio ein. Vgl. dazu Faktenblatt des BFE vom 8. November 2018 zur Marktprämie 2018, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/54391.pdf>.

<sup>250</sup> Vgl. Parlamentarische Initiative Erneuerbare Energien einheitlich fördern, 19.443 vom 18. Juni 2019; wobei eine Übergangslösung für alle Erzeugungstechnologien vorgesehen ist.

<sup>251</sup> Vgl. dazu Medienmitteilung vom Bundesrat zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, abrufbar unter: <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html>.

<sup>252</sup> Vgl. BBl 2021, EnG, StromVG, 31.

<sup>253</sup> Vgl. Faktenblatt des BFE vom 5. November 2020 zur Marktprämie 2020, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/63642.pdf>.

aa) Anwendungsbereich

Eine verbotene Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt vor, wenn sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, wobei eine Wettbewerbsverfälschung vorliegt, wenn die Beihilfe den Ablauf des Wettbewerbs verändert.<sup>254</sup> Bei der Marktprämie für Elektrizität aus Grosswasserkraftanlagen nach Art. 30 EnG ist davon auszugehen, dass sie potentiell den Wettbewerb verfälschen kann. Die staatliche besondere Unterstützungsmassnahme zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bzw. der Energiewirtschaft würde deswegen unter die Wettbewerbsaufsicht i.S.v. Art. 107 AEUV fallen.<sup>255</sup> Der sachliche Anwendungsbereich der Beihilfevorschriften nach Art. 107 AEUV wäre folglich im Hinblick auf die Marktprämie für Elektrizität aus Grosswasserkraftanlagen nach Art. 30 EnG eröffnet.

bb) Begünstigung

Zentrale Voraussetzungen für die Qualifizierung der Marktprämie für Elektrizität aus Grosswasserkraftanlagen sind das Vorliegen einer begünstigenden Wirkung (bzw. eines wirtschaftlichen Vorteils) und die fehlende adäquate Gegenleistung dafür.

Die Marktprämie nach Art. 30 EnG ist eine umlagefinanzierte Zahlung an Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, die die Differenz zwischen dem Grosshandelspreis und der anlagespezifischen Förderhöhe, d.h. der Gestehungskosten der spezifischen Anlage, ausgleicht, sofern die Produzenten den Strom unter den Gestehungskosten veräussern müssen. Die Marktprämie wird für Anlagen mit einer mittleren mechanischen Bruttoleistung grösser als 10 Megawatt ausbezahlt, die ihren Strom am Markt zu Preisen unter den Gestehungskosten absetzen müssen. Sie ist vorläufig bis 2022 befristet und wird durch den Netzzuschlagsfonds finanziert.<sup>256</sup>

Wie bei den vorgängig geprüften Unterstützungsmassnahmen handelt es sich bei der Marktprämie (dabei soll die Bezeichnung «besondere Unterstützungsmassnahme» gem. Art. 30 EnG nicht irreleiten), ebenfalls um eine Anspruchsubvention. Sofern das BFE das Vorliegen der gesetzlichen Ansprüche bestätigt, erhalten die Gesuchsteller die finanzielle Massnahme, solange die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG reichen. Entscheidend für die Geltendmachung des

---

<sup>254</sup> Grabitz/Hilf/Nettesheim EUV/AEUV-VON WALLENBERG/SCHÜTTE, Art. 107 AEUV, N 66.

<sup>255</sup> GIENSCH, 1 ff.

<sup>256</sup> Faktenblatt des BFE vom 20. Dezember 2021 zur Marktprämie 2021, abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/63642.pdf>.

Anspruchs ist der Umstand, dass der Verkauf des Stroms unter den Gesteungskosten erfolgt. Stromproduzenten, die über dieser monetären Schwelle ihren Strom veräussern können, dürfen kein Gesuch um Unterstützung stellen bzw. erhalten keine Entschädigung. Somit besteht eine gesetzlich verankerte, wirtschaftliche Besserstellung der betroffenen Betreiber von Grosswasserkraftanlagen. Diese erhalten einen wirtschaftlichen Vorteil, die den nicht zugelassenen Betreibern von Grosswasserkraftanlagen nicht zugutekommt.

- 1058 Vorliegend ist die erste Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals der begünstigenden Wirkung, der wirtschaftliche Vorteil, erfüllt.
- 1059 Die zweite Voraussetzung verlangt, dass der Begünstigung keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht. Das Fehlen einer marktüblichen Gegenleistung ist dann anzunehmen, wenn die üblicherweise vom Beihilfegeber geforderte Gegenleistung bzw. das erwünschte Verhalten wirtschaftlich bzw. finanziell nicht als gleichwertig anzusehen ist.<sup>257</sup> Wird der *Private Investor Test* angewendet, würde die Marktprämie nur dann nicht eine Begünstigung der Anlagebetreiber darstellen und dementsprechend auch nicht zur Annahme einer Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV führen, wenn sie als marktübliches Verhalten eines privaten Investors zu qualifizieren wäre. Somit stellt sich gem. dem *Private Investor Test* zunächst die Frage, ob Betreiber dieser Anlagen als Empfänger der Marktprämie unter den gleichen Bedingungen am Markt dieselben Begünstigungen erhalten hätten.
- 1060 Um dieser Frage nachzugehen, sollen zunächst die Gegebenheiten zur Einführung der besonderen Unterstützungsmassnahme ermittelt werden. Ein Blick auf die Entwicklungen der Strompreise in der Schweiz zeigt auf, dass der Strompreis bis zum Jahr 2009 stetig anstieg.<sup>258</sup> Die grossen Wasserkraftwerke der Schweiz konnten ihren Strom bis anhin zu guten Konditionen veräussern. Ab 2008 wurde die Öffnung des schweizerischen Strommarktes eingeleitet. Aufgrund des dadurch entstandenen zunehmenden Wettbewerbs (bedingt durch die voranschreitende Strommarktliberalisierung) begannen die Strompreise ab 2010 zu sinken.<sup>259</sup> Die erneuerbaren Energien konnten nur dank staatlichen Garantien zulegen. EU-weit sanken die Strompreise für die Grossverbraucher ebenfalls, was einen zusätzlichen steigenden Druck auf die inlän-

---

<sup>257</sup> WITTHOHN, 144.

<sup>258</sup> RECHSTEINER, 3.

<sup>259</sup> RECHSTEINER, 3.

dische Stromproduktion durch Grosswasserkraft in der Schweiz auslöste.<sup>260</sup> Die sinkenden Preise haben bei den Eigentümern der Grosswasserkraftwerke in der Schweiz, welche ihren Strom auf dem freien Markt absetzen müssen, zu Wertberichtigungen, Gewinneinbrüchen und Verlusten geführt.<sup>261</sup> Hinzu kam der hohe Wasserzins, den die Anlagebetreiber in der Schweiz nach wie vor zusätzlich tragen müssen (vgl. Abschnitt [Teil 2, E.III.1.c.](#)) und eine rentable Produktion zu diesem Zeitpunkt erschwerte. Ursache für diese Preisentwicklung ist somit der Wettbewerb, also die freie Wahl der Stromlieferanten für Grossverbraucher inkl. Verteilnetzbetreiber (private Haushalte als Endkonsumenten in der Schweiz können den Lieferanten immer noch nicht frei wählen).<sup>262</sup> Das Preisniveau der Schweiz folgt zudem den Preisen im Strombinnenmarkt der EU. Ein Vergleich zu den Preisentwicklungen in Deutschland verdeutlicht, dass sich die Strompreise der Schweiz fast immer parallel, aber auf preislich höherem Niveau, zu denjenigen Deutschlands entwickeln.<sup>263</sup> Entscheidend für den Beschluss der Einführung der Massnahme war die Frage, ob die Betreiber von Grosswasserkraftwerken – insbesondere aufgrund der tragenden Rolle der Grosswasserkraft bei der Versorgungssicherheit der Schweiz – überhaupt noch hätten rentabel produzieren können. Gem. Vorschau im Bericht des BFE von 2016 hätten die Wasserkraftwerke bei den bestehenden Preisen und der angespannten Lage am Strommarkt gegenüber Marktpreisen in den kommenden Jahren nicht genügend Geld erwirtschaftet, um dringend notwendige Investitionen in den Erhalt und Ausbau der Kapazitäten zu leisten.<sup>264</sup> Letztere sind gem. Energiestrategie 2050 allerdings vorgesehen und notwendig, um die Energieziele umzusetzen. Aufgrund dieser ökonomischen und landespolitischen Überlegungen wurde die besondere Unterstützungsmassnahme nach Art. 30 EnG schliesslich eingeführt.

Den fehlenden Betrag für die Deckung der Gestehungskosten schätzte das BFE im Jahre 2016 BFE auf CHF 311 Mio. pro Jahr. Für das Geschäftsjahr 2018 wurde aber lediglich eine Fördersumme in der Höhe von CHF 65 Mio. und für das Ge-

1061

---

<sup>260</sup> Ein Grund dafür liegt in der noch nicht vollständig vollzogenen Liberalisierung des Strommarktes in der Schweiz. In der Schweiz dürfen bislang nur Grossverbraucher den Stromlieferanten frei wählen. Vgl. BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7585.

<sup>261</sup> Vgl. dazu umfassenden Bericht über die Rentabilität der schweizerischen Wasserkraft: Eine Studie, vom 14. März 2018 der Axpo Schweiz, abrufbar unter: <https://www.axpo.com/ch/de/ueber-uns/magazin.detail.html/magazin/erneuerbare-energien/es-fehlt-geld.html>.

<sup>262</sup> RECHSTEINER, 10.

<sup>263</sup> RECHSTEINER, 10.

<sup>264</sup> Vgl. dazu Erläuterungen des UVEK vom November 2017 über die Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, 5 ff., abrufbar unter: <https://bit.ly/3T9i75Q>.

schäftsjahr 2019 CHF 84 Mio. zugesprochen.<sup>265</sup> Für das Geschäftsjahr 2020 steig der Betrag noch einmal auf CHF 155 Mio., während er sich für das Geschäftsjahr 2021 bei CHF 26 Mio. einpendelte.<sup>266</sup> Diese markant tieferen Zahlen zeugen davon, dass die Grosswasserkraftwerke wieder vermehrt rentabel produzieren können und die zur Verfügung stehenden Mittel deswegen nicht komplett ausschöpfen. Dies impliziert eine Stabilisierung des Strompreises, verdeutlicht aber zugleich die Schwierigkeiten bei der Langzeitplanung für den Gesetzgeber und die Politik.

- 1062 Der Bundesrat verfolgte bei der Einführung der Marktprämie als besondere Unterstützungsmassnahme in Art. 30 EnG einen ganzheitlichen Ansatz, weil eine isolierte und rein ökonomische oder rechtliche Betrachtungsweise aufgrund der Komplexität der Materie nicht sachgerecht erschien. Seine Entscheidung basierte der Bundesrat auf die Komponenten der Langzeitplanung, der eingeleiteten Strommarktöffnung, der volatilen Strompreisentwicklung, der politischen bilateralen Entwicklung zwischen der Schweiz und der EU sowie der überaus grossen und systemrelevanten Rolle der Wasserkraft für die Stromerzeugung in der Schweiz.
- 1063 Wird nun der *Private Investor Test* auf die Situation angewendet, stellt sich die Frage, ob Betreiber dieser Anlagen, die eine Marktprämie erhalten, unter den gleichen Bedingungen am Markt dieselben Begünstigungen erhalten hätten. Vor dem oben ermittelten Hintergrund ist zunächst nicht ersichtlich, dass ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor bei der wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung und unter Berücksichtigung der wirtschaftlich relevanten Kennzahlen sowie der vorherrschenden Markt- und Wettbewerbssituation Zuwendungen an ein zu begünstigendes Unternehmen (Anlagebetreiber) zur Verfügung stellen würde, weil er sich dadurch einen finanziellen Vorteil verspricht. Vielmehr scheint hier die gegenteilige Vorgehensweise eines Investors begründet. Da unverhältnismässig hohe Investitionen in die Erneuerung und Umbau einer Grosswasserkraftanlage nötig wären, um zu den am Markt herrschenden Preisen überhaupt rentabel produzieren zu können, würde ein an der Gewinnerzielung orientierter Privater sich von solch einem Vorgehen anders verhalten. Daher

---

<sup>265</sup> Medienmitteilung des BFE vom 5. November 2020 über die Marktprämie für Grosswasserkraft, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-81004.html>>.

<sup>266</sup> Quelle: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-86547.html>> und <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91118.html>>

ist nicht davon auszugehen, dass nicht rentabel produzierende Anlagenbetreiber am freien Markt bei diesen Gegebenheiten eine Begünstigung erhalten hätten.

Somit ist vorliegend auch die zweite Voraussetzung, das Fehlen einer gleichwertigen Gegenleistung, erfüllt. Das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung ist damit gegeben. 1064

cc) *Staatlichkeit oder aus staatlichen Mitteln*

Für die Beurteilung der besonderen Unterstützungsmassnahme der Marktprämie als staatliche Mittel ist insbesondere die Mittelherkunft ausschlaggebend. Wie bei der EVS sowie den Investitionsbeiträgen bzw. EIV stammen die Mittel für die Finanzierung der Marktprämie gem. Art. 30 EnG aus demselben Netzzuschlagsfonds, der von den Stromendverbrauchern und damit von Privaten getragen wird. Da die von der europäischen Rechtsprechung verlangte Zurechenbarkeit der privaten Mittel des Netzzuschlagsfonds gegenüber dem Staat bereits geklärt wurde, ist an dieser Stelle auf die oberen Ausführungen zu verweisen. Unerheblich ist dabei, dass die obigen Ausführungen sich auf das EVS beziehen, da die Argumentation der Beurteilung der Mittelherkunft sich auf den Netzzuschlagsfonds stützt. Ebenfalls vermag der Umstand, wonach die Marktprämie zwar verlängert aber nicht erhöht werden soll, nicht, die Staatlichkeit der Mittelherkunft zu begründen. Bei der vorliegenden Massnahme wird der neuesten Rechtsprechung des EuGH gefolgt, da auch hier die Verwendung der Mittel gem. EnG festgelegt sind und i.S.d. Argumentation des EuGH keine andere Verwendung als im Gesetz festgelegt, beschlossen werden kann. Aus diesem Grund liegt keine Zurechenbarkeit zum Staat vor. 1065

Weil das Element der Staatlichkeit nicht erfüllt ist, handelt es sich bei der Marktprämie für Grosswasserkraftanlagen im Rahmen des Art. 30 EnG nach der aktuellen EuGH-Rechtsprechung nicht um eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 AEUV. Die Prüfung der restlichen Tatbestandsmerkmale erübrigt sich damit. 1066

d) *Fördermassnahmen auf kantonaler Ebene*

Das Gebäudeprogramm, welches von Bund und Kantonen zusammen getragen wird, basiert auf Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz i.V.m. Art. 51 und 52 EnG. Gem. Art. 34 Abs. 3 lit. a CO<sub>2</sub>-Gesetz werden Globalbeiträge nach Art. 52 EnG nur ausgerichtet, sofern die Kantone über Programme zur Förderung energetischer Gebäudehüllen- und Gebäudesanierungen sowie zum Ersatz bestehender elektrischer Widerstandsheizungen oder Ölheizungen verfügen und dabei eine 1067

harmonisierte Umsetzung gewährleisten. Zur Umsetzung der kantonalen Förderprogramme haben viele Kantone ihre Energiegesetze oder kantonalen Verordnungen mit den Mustervorschriften im Energiebereich (MuKEN 2014) ergänzt. Gegenwärtig kennt rund die Hälfte aller Kantone bereits Vorschriften, die z.B. finanzielle Unterstützungen für den Ersatz alter Heizungen mit klimaneutralen Heizungssystemen vorsehen.<sup>267</sup> Die MuKEN 2014 empfehlen, Vorschriften zu erlassen, die relevante energetische Wirkungen erzielen können und vollzugstauglich sind. Sie sehen Zielvorgaben vor, die messbar sein müssen und gestehen dabei den Kantonen Spielraum für massgeschneiderte Lösungen aufgrund energetisch relevanter Unterschiede ein.<sup>268</sup> Das Gebäudeprogramm wird durch teilzweckgebundene Mittel aus der CO<sub>2</sub>-Abgabe gem. Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz sowie über kantonale Beiträge finanziert. Seit 2010 wird ein Drittel der Einnahmen über die CO<sub>2</sub>-Abgabe, höchstens aber CHF 450 Mio. für Massnahmen zur langfristigen Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Gebäuden verwendet, was der Teilzweckbindung entspricht. Der Rest wird der Bevölkerung und auf die Wirtschaft rückverteilt. Was jährlich vom Gebäudeprogramm übrigbleibt, wird ebenso rückverteilt. Die Höhe der verfügbaren Mittel hängt von der Höhe des Abgabesatzes ab und beträgt aktuell CHF 96 pro Tonne CO<sub>2</sub>-Ausstoss, wobei sie im Jahr 2022 auf CHF 120 angehoben werden wird. Dies entspricht gem. geltendem CO<sub>2</sub>-Gesetz dem Höchstsatz. Seit 2017 werden sämtliche Mittel für das Gebäudeprogramm der CO<sub>2</sub>-Teilzweckbindung in Form der Globalbeiträge an die Kantone ausbezahlt. Die Globalbeiträge werden gem. Art. 34 Abs. 3 lit. b CO<sub>2</sub>-Gesetz in einen sog. Sockelbeitrag pro Einwohner und in einen Ergänzungsbeitrag aufgeteilt, wobei der Sockelbeitrag maximal 30% der verfügbaren Mittel beträgt. Der Ergänzungsbeitrag darf dabei nicht höher als das Doppelte des vom jeweiligen Kanton zur Durchführung seines Programms bewilligten jährlichen Kredits ausfallen.<sup>269</sup>

---

<sup>267</sup> Medienmitteilung des Kantons Zürich vom 30. September 2021 über das Geänderte Energiegesetz für mehr Klimaschutz, abrufbar unter: <<https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2021/09/gedaendertes-energiegesetz-fuer-mehr-klimaschutz.html>>; So hat sich beispielsweise eine Mehrheit im Kanton Zürich bei der Abstimmung vom 28. November 2021 dafür ausgesprochen, Ölheizungen durch Wärmepumpen zu ersetzen und dadurch 40% der CO<sub>2</sub>-Emissionen im Kanton Zürich zu eliminieren.

<sup>268</sup> Siehe dazu die MuKEN, abrufbar unter: <[https://www.endk.ch/de/dokumentation/gebaude\\_muken](https://www.endk.ch/de/dokumentation/gebaude_muken)>.

<sup>269</sup> Art. 34 Abs. 3 lit. b CO<sub>2</sub>-Gesetz i.V.m. Art. 52 Abs. 1 EnG; Bundesamt für Umwelt BAFU, abrufbar unter: <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/klima/fachinformationen/verminderungsmassnahmen/gebaeude/gebaeudeprogramm.html>>.



Damit lässt sich feststellen, dass die direkte Subvention zur Förderung der Produktion erneuerbarer Energien auf kantonaler Ebene ausbleibt. Sofern die Kantone über ein Gebäudeprogramm verfügen, richten sie im Bereich der Gebäudesanierung Beiträge hauptsächlich an private Hauseigentümer aus. Dabei ist allerdings fraglich, ob der Anwendungsbereich des Art. 107 AEUV überhaupt eröffnet wird. 1068

*aa) Anwendungsbereich*

Beihilfen zu Umwelt- und Energiezwecken und damit auch der Effizienzsteigerung und Gebäudesanierung sind grundsätzlich unerwünscht, da sie den Wettbewerb verfälschen können.<sup>270</sup> Staatliche Finanzleistungen in der Energiewirtschaft fallen somit generell unter die Wettbewerbsaufsicht i.S.v. Art. 107 AEUV.<sup>271</sup> 1069

Das Beihilferegime gem. Art. 107 AEUV richtet sich an die Mitgliedstaaten und an Unternehmen bzw. an die spezifischen Produktionszweige.<sup>272</sup> Vorliegend werden finanzielle Unterstützungen für eine Gebäudesanierung allerdings nicht an Unternehmen oder bestimmte Produktionszweige zugesprochen, sondern nur an (private) Gebäudeeigentümer. Zudem erfolgt dies unter dem Vorbehalt, dass vorangehend bereits Globalbeiträge aufgrund des etablierten Gebäudeprogramms der Kantone an die Kantone selbst gesprochen wurden. 1070

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 107 AEUV ist aufgrund des Umstands, dass die sich die Förderbeiträge im Hinblick auf das Gebäudeprogramm auf kantonaler Ebene zur energetischen Sanierung an private Gebäudeeigentümer richtet, gar nicht erst eröffnet. Art. 107 AEUV richtet sich nicht an Private. 1071

Damit fallen die Ausrichtung von Unterstützungsmassnahmen gem. kantonalen Energiegesetzen<sup>273</sup> i.V.m. den Globalbeiträgen gem. Art. 52 EnG i.V.m. Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz nicht unter Tatbestand von Art. 107 AEUV, womit sich eine weitergehende Prüfung erübrigt. 1072

---

<sup>270</sup> PIEPER, 232.

<sup>271</sup> GIENSCH, 1 ff.

<sup>272</sup> Vgl. EuGH, C-280/00, Rz. 74.

<sup>273</sup> Zur Veranschaulichung kann hier das Beispiel des Energiegesetzes des Kantons Zürich, welches per 1. September 2022 revidiert wurde und die Umsetzung der MuKen 2014 beinhaltet, herbeigezogen werden.

## V. Auswirkungen einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz

Fatlum Ademi

- 1073 Der schweizerische Strommarkt ist auf seiner Strecke in die vollständige Liberalisierung weiterhin von politischen innerstaatlichen Strömungen sowie seitens der EU stark geprägt. Dies wirkt sich insbesondere auf die Fördermassnahmen der erneuerbaren Energien aus. Wie die vorliegende Analyse zeigt, scheint der Widerspruch zwischen einer rein ökonomischen und wettbewerbsrechtlichen Betrachtungsweise sowie umweltbezogener Argumente in der beihilferechtlichen Beurteilung der Kommission grundsätzlich überwunden zu sein. In ihrer Abwägung, ob es sich bei Sachverhalten mit Umweltbezug um (zu genehmigende) Beihilfen handelt, scheint die EU-Kommission und letztlich auch der EuGH sich zunehmend auf den *European Green Deal* als oberstes, gemeinschaftliches Ziel zu stützen. Zu beobachten ist ferner, dass die Kommission in der COVID 19-Pandemie eine Gelegenheit sieht, den wirtschaftlichen Umschwung hin zu einer gesamteuropäischen Grünen Wirtschaft hin zu vollziehen. Verschiedene Akteure haben sich dazu verpflichtet, sich zu einer grüneren und widerstandsfähigeren Wirtschaft zurück zu finden.<sup>274</sup> Dies bedarf aber einer neuen Bewertung des Beihilferechts, welches traditionell nur zu Fragen des Wettbewerbsrechts und nicht i.S.d. Umwelt- oder Klimarechts, herbeigezogen wurde. Das Beihilferegime kann somit als Schlüsselfaktor gedeutet werden, der diese Bewegung weiter beschleunigen kann.
- 1074 Gem. der Mitteilung der Kommission über den Investitionsplan des *European Green Deal* vom 14. Januar 2020<sup>275</sup> sollten die einschlägigen Beihilfavorschriften in Anbetracht der strategischen Zeile des *European Green Deal* bis 2021 überarbeitet werden. Diese sollen einen kosteneffizienten und sozial integrativen Übergang zur Klimaneutralität bis zum Jahr 2050 fördern. Betont wird auch hier die überaus wichtige Rolle der Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen. Interessant dabei ist, dass die derzeit geltenden Beihilfavorschriften flexibel angewendet werden sollen und der Schwerpunkt

---

<sup>274</sup> SEITZ/BERNE, N 10 f.

<sup>275</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Investitionsplan für ein zukunftsfähiges Europa Investitionsplan für den europäischen Grünen Deal vom 14. Januar 2020, COM(2020) 21 final.

auf Bereiche gelegt werden soll, die für den Wandel zur klimaneutralen Wirtschaft essenziell erscheinen. Für die Mitgliedstaaten kann diese Absicht dahingehend gedeutet werden, dass es eine Ausdehnung bei staatlichen Beihilfen für den Übergang zu klimaneutralen Produktionsverfahren geben wird. Dabei soll die öffentliche Unterstützung allerdings auf das Notwendige beschränkt bleiben. Den Mitgliedstaaten wird zudem mehr Spielraum zugestanden, um entsprechend den Leitlinien für Umweltschutz und Energie in die Energieeffizienz von Gebäuden zu investieren und gleichzeitig mehr Flexibilität, um Verbesserungen sowohl im Hinblick auf die Energieeffizienz von Gebäuden als auch auf Investitionen in die Energieerzeugung aus erneuerbaren Quellen für den Eigenverbrauch zu unterstützen. Diese Überlegungen kommen den schweizerischen Fördermassnahmen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht zugute.

Besonders nach der Absage des Bundesrates vom 26. Mai 2021 zum Institutionellen Abkommen und dem damit nicht zustande kommenden Stromabkommen sieht sich die schweizerische Strombranche mit weiteren Herausforderungen konfrontiert. Um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, hat der Bundesrat den Ausbau der erneuerbaren Energien und die Weiterentwicklung von Speichermöglichkeiten, insbesondere für den Winter, anvisiert und das UVEK beauftragt, in Zusammenarbeit mit der ElCom und unter Einbezug der Swissgrid, die kurzfristigen bis mittelfristigen Auswirkungen auf die Netzsicherheit und die Versorgungssicherheit zu analysieren. Basierend auf diesem Bericht möchte der Bundesrat das weitere Vorgehen bestimmen. Dabei soll besonders auf den Erhalt der Selbstversorgungsfähigkeit Wert gelegt werden.<sup>276</sup> 1075

Im Hinblick auf die hier zuerst behandelte Massnahme der traditionellen EVS lässt sich festhalten, dass es sich um ein auslaufendes Modell handelt, welches sich aber in vielen Mitgliedstaaten der EU historisch betrachtet etabliert hat. Das in der Schweiz um den Faktor der Direktvermarktung und der dynamischen Vergütung modernisierte EVS ist mittlerweile marktnäher ausgestaltet und dynamischer geworden. Hier scheitert die beihilferechtliche Prüfung an der Staatlichkeit der Mittel bzw. der Mittelherkunft, weil der Netzzuschlags- 1076

---

<sup>276</sup> Das UVEK und der Bundesrat haben an einer Sitzung vom 13. Oktober 2021 über zwei Berichte zum Thema Versorgungssicherheit im Strombereich informiert, wobei der erste Bericht von der ElCom zusammen mit Swissgrid erstellt wurde. Darin sind Massnahmen beschrieben, die dazu dienen, die Netz- und Versorgungssicherheit kurz- bis mittelfristig zu erhöhen. Der zweite Bericht analysiert die Auswirkungen von verschiedenen Szenarien der Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und EU. Der Bundesrat wird darauf basierend weitere Schritte zur Stärkung der Versorgungssicherheit vorbereiten.

fonds, woraus das EVS finanziert wird, durch die Endverbraucher getragen wird und der Staat gem. Rechtsprechung des EuGH keine Verfügungsgewalt darüber hat. Es besteht bei dieser Massnahme, so wie sie derzeit ausgestaltet ist, damit kein Anpassungsbedarf.

- 1077 Die *Investitionsbeiträge bzw. EIV* werden ebenfalls aus dem Netzzuschlagsfonds finanziert. Deswegen scheidet auch hier die beihilferechtliche Prüfung am Tatbestand der Staatlichkeit. Demzufolge ist auch diese Fördermassnahme im Hinblick auf das EU-Beihilferecht unproblematisch.
- 1078 Die *Marktprämie* für die Grosswasserkraft ist in der Schweiz insbesondere wichtig, weil sie wirtschaftlich äusserst bedeutend ist und den Grossteil an der schweizerischen Stromproduktion ausmacht. Ohne diese unterstützende Massnahme hätten viele Anlagebetreiber aufgrund der Strompreisentwicklung zu Beginn der 2010er Jahre und in Hinsicht auf den hohen Wasserzins nicht rentabel produzieren können. Die Wasserkraft ist aber angesichts der Versorgungssicherheit und ihres Ausmasses systemrelevant. Auch hier ist davon auszugehen, dass die Marktprämie aufgrund ihrer Finanzierung über den Netzzuschlagsfonds mit dem Beihilferecht vereinbar ist.
- 1079 Im Bereich der *Gebäudesanierung* richten sich die Förderbeiträge der Kantone an private Gebäudeeigentümer. Das Beihilferegime nach Art. 107 AEUV richtet sich allerdings an die Mitgliedstaaten und an Unternehmen bzw. spezifische Produktionszweige. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 107 AEUV ist somit nicht eröffnet. Deswegen erübrigt sich hier eine beihilferechtliche Prüfung.
- 1080 Damit lässt sich feststellen, dass die geltenden schweizerischen Fördermassnahmen im Bereich der erneuerbaren Energien u.E. mit dem Beihilferecht der EU vereinbar sind und kein Anpassungsbedarf besteht.
- 1081 Abschliessend ist in einem grösseren Kontext festzuhalten, dass die EU und Schweiz dieselben klimapolitischen Ziele verfolgen. Mit ihrer Energiestrategie 2050 ist die Schweiz zudem auf die Erfüllung und Einhaltung internationaler Verpflichtungen ausgerichtet. Des Weiteren ist die schweizerische Strommarktordnung in wesentlichen Punkten bereits an die EU-Rahmenvorgaben angelehnt.<sup>277</sup> Ausserdem ist der Ausbau der erneuerbaren Energien bereits weit fortgeschritten und die im EnG verankerten Fördermassnahmen haben

---

<sup>277</sup> BBl 2013, Energiestrategie 2050, 7582.

sich bewährt und sollen allenfalls modifiziert weitergeführt werden. Aus unserer Sicht kann davon ausgegangen werden, dass keine substanziellen gesetzlichen Änderungen als Reaktion zum gängigen Beihilferegime erforderlich sind.

Vor diesen Feststellungen bietet es sich u.E. an, die erneuerbaren Energien weiterhin mit Fördermassnahmen zeitlich begrenzt zu unterstützen. Deswegen ist es richtig, im kommenden Energiegesetz<sup>278</sup> die bereits bestehenden Massnahmen weiterzuführen. Wichtig dabei scheint, dass die Fördermassnahmen flexibel und so marktnahe wie möglich gestaltet werden, damit die monetären Unterstützungen auch tatsächlich nur den Anstoss für einen verselbständigten Markt geben und nicht zu einem Dauerzustand der Strombranche mutieren. Ziel dieser Subventionen soll es sein, die Technologien der erneuerbaren Energien im Markt zu etablieren und eine verlässliche, diversifizierte und erschwingliche Energieversorgung basierend auf umweltschonenden Technologien zu ermöglichen. 1082

---

<sup>278</sup> Der Bundesrat hat an seiner Sitzung vom 18. Juni 2021 das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien verabschiedet, die insbesondere den Ausbau der einheimischen erneuerbaren Energien sowie die Versorgungssicherheit der Schweiz, insbesondere im Winter, stärken soll, abrufbar unter: <[https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html?utm\\_source=SES-Newsletter&utm\\_campaign=f472f4e010-SES\\_Newsletter\\_April\\_2020\\_COPY\\_01&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_849ff70334-f472f4e010-183622505](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84018.html?utm_source=SES-Newsletter&utm_campaign=f472f4e010-SES_Newsletter_April_2020_COPY_01&utm_medium=email&utm_term=0_849ff70334-f472f4e010-183622505)>.



Teil 3: Impulse für die  
Weiterentwicklung des  
schweizerischen Subventionsrechts





## I. Handlungsbedarf in der Schweiz

Janine Dumont

Subventionen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden spielen in der Schweiz eine wichtige Rolle im Hinblick auf die Förderung bestimmter Ziele wie der sozialen Wohlfahrt, der Bildung und Forschung sowie der Infrastruktur. Aus wettbewerbstheoretischer Sicht sind Subventionen umstritten, da sie den Wettbewerb beeinträchtigen und die Wettbewerbsgleichheit zwischen den Unternehmen stören können. Durch eine hoheitliche Marktintervention in Form von staatlichen Mitteln zugunsten einzelner Unternehmen kann der Wettbewerb ebenso verfälscht werden wie durch Kartelle, antikompetitive Fusionen oder den Missbrauch von Marktmacht. 1083

In der Schweiz sind wirtschaftsrelevante Subventionen grundsätzlich zulässig, solange sie den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit beachten. Demgegenüber gilt in der Europäischen Union ein grundsätzliches Verbot staatlicher Subventionen («Beihilfen») mit Erlaubnisvorbehalt. Ein weiterer Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen besteht darin, dass die EU über ein detailliert ausformuliertes Beihilferecht verfügt, während das schweizerische Subventionsgesetz (sowie die entsprechenden kantonalen Bestimmungen) zwar Bestimmungen im Hinblick auf die Rechtsformen, Modalitäten der Gewährung und Verfahrensvorschriften enthält, zur Zulässigkeit von Subventionen aber schweigt. Diese muss vielmehr primär anhand allgemeiner Verfassungsgrundsätze beurteilt werden. Auf gesetzlicher Ebene sind daneben u.a. das Binnenmarktgesetz (BGBM, oben [Teil 1, IV.4.d](#)) und das Steuerharmonisierungsgesetz (StHG oben [Teil 2, B.I.1](#)) zu beachten. 1084

In der Praxis bedeutet dies, dass sich insbesondere die Kantone im Hinblick auf die gezielte Förderung einheimischer Wirtschaftsteilnehmer in einem rechtlichen Vakuum bewegen. In der Literatur wird bereits seit langem auf die durch das Fehlen spezifischer Regeln verursachte Intransparenz und das Versagen allgemeiner rechtlicher Korrektive (bspw. Grundsatz staatlicher Wettbewerbsneutralität, Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen) hingewiesen.<sup>1</sup> 1085

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 2013, 1337 ff.

- 1086 Auch das Staatsvertragsrecht kann diese Lücke nicht füllen. Zwar verbietet das in Anhang 1A.13 des Abkommens zur Errichtung der WTO enthaltene ASÜ<sup>2</sup> bestimmte Ein- und Ausfuhrsubventionen (Art. 3 ASÜ). In der schweizerischen Lehre wird die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des WTO-Rechts unterschiedlich beantwortet.<sup>3</sup> Eine Anpassung des internen Rechts ist bislang unterblieben, so dass das ASÜ in der Schweiz bislang praktisch wirkungslos geblieben ist.<sup>4</sup> So hat der Bundesrat 2017 bspw. als Ersatz für die anlässlich der 10. WTO-Ministerkonferenz in Nairobi 2015 verbotenen Ausfuhrbeiträge nach dem Bundesgesetz über die Ein- und Ausfuhr von Erzeugnissen aus Landwirtschaftsprodukten<sup>5</sup> (sog. Schoggigesetz) anders geartete Unterstützungsleistungen in Höhe von 284 Millionen Franken für die Jahre 2019-2021 beschlossen.<sup>6</sup>
- 1087 Vor diesem Hintergrund beschäftigte sich die vorliegende Studie mit der Frage, inwieweit das EU-Beihilferecht aufgrund seiner Bedeutung und seines hohen Entwicklungsstandes für die Schaffung eines eigentlichen schweizerischen Subventionsrechts fruchtbar gemacht werden kann. Insoweit bestehen bereits verschiedene Anknüpfungspunkte zwischen beiden Rechtsordnungen. So ist nach 23 Abs. 1 Ziff. 3 des Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU von 1972 (FHA)<sup>7</sup> «jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht, mit dem guten Funktionieren des Abkommens unvereinbar, soweit sie geeignet [ist], den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen». Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist diese Bestimmung jedoch nicht direkt anwendbar, da sie kein ausdrückliches Verbot, keine Sanktionen, keinen Ausnahmekatalog und

---

<sup>2</sup> SR 0.632.20.

<sup>3</sup> Bejahend etwa THÜRER, WTO-Teilordnung im System des Völker- und Europarechts, in: Thürer/Kux (Hrsg.), GATT 1994 und die Welthandelsorganisation, Zürich 1994, 52 ff.; ENGELBERGER, Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der Schweiz, Bern 2004, 175 ff.; ablehnend: BUNDI, 139 f.

<sup>4</sup> Das bedeutet aber nicht, dass das WTO-Recht nicht beachtet werden muss. Das wird bei WTO-subventionsrechtlich problematischen Gesetzgebungsvorhaben in den Botschaften auch regelmässig angesprochen bzw. sollte angesprochen werden; GATT-Botschaft 1, 235.

<sup>5</sup> SR 632.111.72.

<sup>6</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 17. Mai 2017, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-66753.html>>.

<sup>7</sup> Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR 632.401).

---

kein bestimmtes Verfahren vorsehe.<sup>8</sup> In Ermangelung von Umsetzungsrechtsakten ist die Bedeutung von Art. 23 Abs. 1 Ziff. 3 FHA in der Praxis somit ausserordentlich gering geblieben (vgl. dazu oben [Teil 1, IV.6.a](#)).

Einzig im Bereich des LVA besteht derzeit eine institutionalisierte Kontrolle staatlicher Subventionen (vgl. dazu näher [Teil 1, IV.6.a](#)). Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz oder eines EU-Mitgliedstaats gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb im Bereich des Luftverkehrs verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Abkommen unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen. Im Unterschied zum FHA enthält das LVA in Art. 13 Abs. 2 und 3 auch die Ausnahmetatbestände des entsprechenden EU-Rechts, womit für die Anwendung schweizerischen Rechts kein Raum mehr bleibt. Im Hinblick auf die Effektivität dieses Systems kommt der Einrichtung eines Überwachungssystems entscheidende Bedeutung zu. Danach ist jede Vertragspartei für die Überwachung staatlicher Beihilfen auf ihrem jeweiligen Territorium selbst zuständig. 1088

Im Fall der Schweiz obliegt dies gem. Art. 103 des Luftverkehrsgesetzes (LFG) der Wettbewerbskommission (WEKO). Danach prüft die WEKO u.a. die Vereinbarkeit von Leistungen, Beteiligungen und Finanzhilfen an Linienbetriebe und Flugplatz- oder Luftverkehrsunternehmungen mit 13 LVA. Auf dieser Grundlage hat sich in den letzten Jahren eine vielfältige Praxis entwickelt, die belegt, dass die WEKO diese Verpflichtungen ernst nimmt und mit entsprechender Expertise entscheidet (vgl. oben [Teil 1, IV.6.b](#)). 1089

Eine Ausdehnung dieses Systems auf andere Bereiche der bilateralen Vertragsbeziehungen Schweiz-EU (z.B. Finanzdienstleistungen, Modernisierung FHA) erscheint zwar weiterhin möglich, steht aber nach dem Scheitern des geplanten institutionellen Abkommens Schweiz-EU (InstA) 2021 kurzfristig nicht mehr auf der politischen Agenda. 1090

Umso mehr rückt das Ziel einer autonomen Übernahme des EU-Beihilferechts oder zumindest von zentralen Teilen dieses umfangreichen Bestandes an Rechtsnormen in den Blick. Dies erscheint umso wichtiger, als der Bundesrat das Verhältnis zur EU nach dem Scheitern des InstA mittels autonomer Anpassungen im nationalen Recht stabilisieren möchte.<sup>9</sup> Die Idee hinter dieser Strategie ist, mit einer einseitigen Rechtsübernahme in wirtschaftlich relevanten Bereichen der EU entgegenzukommen. Dieser Prozess soll ohne Druck inter- 1091

---

<sup>8</sup> BGE 104 IV 175, E. 2.c.

<sup>9</sup> HIRSBRUNNER, Überschätzter autonomer Nachvollzug?, in: Jusletter 22. November 2021.

nationaler Verhandlungen im Rahmen autonomer Rechtssetzungsverfahren ablaufen. In seiner Antwort auf eine dringliche Interpellation vom 1. Juni 2021 betonte der Bundesrat sein grundsätzliches Interesse an Regeln, «die mit jenen unserer wichtigsten Handelspartner *gleichwertig* sind». Der Bundesrat wolle «diesen Weg konsequent weiterführen und unterschiedliche Regulierungen möglichst vermeiden».<sup>10</sup> In seiner Pressemitteilung vom 30. Juni 2021 hält der Bundesrat ausdrücklich fest, es seien relevante Regelungsunterschiede nicht zuletzt im Bereich der staatlichen Beihilfen festgestellt worden.<sup>11</sup>

- 1092 Aufgrund der Analysen in den Teilen 1 und 2 der vorliegenden Studie kann festgehalten werden, dass die gegenwärtigen Schwachstellen des schweizerischen Subventionsrechts durch eine Übernahme des EU-Regelungsansatz im Wesentlichen behoben werden könnten. Insbesondere erscheint der Grundgedanke eines Verbotstatbestands mit Erlaubnisvorbehalt aus wettbewerbstheoretischer Sicht sinnvoll und steht mit der marktwirtschaftlich orientierten Wirtschaftsverfassung der schweizerischen Bundesverfassung (BV) im Einklang. Allerdings stellt sich aufgrund der unterschiedlichen Konzeption der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften im AEUV und in der BV die Frage, ob die Einführung eines Verbotstatbestands mit Erlaubnisvorbehalt eine Verfassungsänderung in der Schweiz bedingen würde und ob wegen des damit verbundenen Aufwands auf regulatorische Alternativen zurückgegriffen werden könnte (vgl. dazu nachfolgend [Teil 3, II.3](#)).
- 1093 Wichtig erscheinen darüber hinaus Erkenntnisse, wie sich die Einführung von Bestimmungen über die Zulässigkeit staatlicher Subventionen nach dem Vorbild des EU-Rechts in der schweizerischen Subventionspraxis auswirken würde. Die vorliegende Studie konnte hierauf nicht umfassend eingehen, da naturgemäss eine Auswahl aus den betroffenen Rechtsgebieten getroffen werden musste. Dies vorausgesetzt, zeigen die Einzeluntersuchungen ([Teil 2](#)) zu den Bereichen Unternehmensbesteuerung, erneuerbare Energien, Kantonalbanken und regionaler Personenverkehr ein differenziertes Bild.
- 1094 Insgesamt kann aber festgehalten werden, dass die Einführung eines Verbots von Subventionen mit Erlaubnisvorbehalt in Bezug auf die Unternehmensbesteuerung, die erneuerbaren Energien und den regionalen Personenverkehr

---

<sup>10</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 11. Juni 2021 auf die Dringliche Interpellation 21.3622, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20213622>>.

<sup>11</sup> Medienmitteilung des Bundesrates «Bundesrat vertieft Analyse der Regelungsunterschiede zur EU» vom 30. Juni 2021, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-84247.html>>.

---

keine grundlegenden Änderungen der bisherigen Praxis bedingen würde. Dies hängt wesentlich mit der fortgeschrittenen Internationalisierung bzw. Europäisierung vieler Bereiche des schweizerischen Rechts zusammen. So hat die Schweiz bspw. Teile der EU-Gesetzgebung zur Liberalisierung des Schienenverkehrs übernommen, was zumindest indirekte Auswirkungen auf dessen Finanzierung hat (vgl. unten [Teil 3, III.4](#)). Auch im Bereich der erneuerbaren Energien verfolgen die Schweiz und die EU ähnliche Strategien und setzen zur Umsetzung im Wesentlichen die gleichen Förderinstrumente ein (vgl. unten [Teil 3, III.5](#)). Was die Unternehmensbesteuerung betrifft, hat sich die Schweiz durch die Übernahme von OECD-Standards und die 2020 in Kraft getretene Unternehmenssteuerreform III in der Form des STAF ebenfalls der EU angenähert und den auf diesem Gebiet lange herrschenden «Steuerstreit» ausräumen können (vgl. unten [Teil 3, III.2](#)).

Einzig im Hinblick auf die Staatsgarantien der Kantonalbanken müssen Zweifel an der Kompatibilität mit dem EU-Beihilferecht angemeldet werden. Dies hängt v.a. damit zusammen, dass die grossen Kantonalbanken ihre ursprüngliche Ausrichtung auf volkswirtschaftliche und soziale Zielsetzungen in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr zugunsten einer rein kommerziellen Geschäftspolitik aufgegeben haben. Soweit die Kantonalbanken zu Ausgleichszahlungen für die Gewährung der Staatsgarantien verpflichtet sind, wäre jeweils zu prüfen, ob diese Gegenleistungen «angemessen» bzw. «marktüblich» sind. Insoweit bestünde auch in diesem Bereich zumindest ein theoretischer Ansatz zu einer wettbewerbskonformen Umgestaltung des gegenwärtigen Systems (vgl. unten [Teil 3, III.3](#)). 1095

## II. Divergierende wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundentscheidungen

Janine Dumont / Dirk Trüten

### I. Gemeinsamkeiten

- 1096 Im Hinblick auf die Frage, ob das EU-Beihilferecht als Inspiration für den weiteren Ausbau des schweizerischen Subventionsrecht dienen kann, war zunächst zu prüfen, inwiefern beide Rechtsordnungen von ähnlichen wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen ausgehen. Insoweit fällt auf, dass sowohl die EU als auch die Schweiz über eine grundsätzlich wettbewerblich organisierte Wirtschaftsverfassung verfügen, die aber auch die Verfolgung weitergehender Ziele (u.a. sozialer, umweltpolitischer und strukturpolitischer Art) einschliesst.
- 1097 In der EU kommt dies in Art. 3 Abs. 3 EUV zum Ausdruck, wonach die Union auf eine «in hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft» hinwirkt. Hierbei handelt es sich nicht nur um einen Programmsatz, sondern um ein verbindliches Ziel des Unionshandelns und einen Systementscheid für die Ausrichtung der europäischen Wirtschaftsverfassung.<sup>12</sup> Diese Grundausrichtung der europäischen Wirtschaftsverfassung wird durch die in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 EUV aufgezählten Ziele weiter konkretisiert. Danach soll die in «hohem Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft» gemeinsam mit der Preisstabilität die Grundlage für eine nachhaltige Entwicklung Europas sein. Weitere Ziele sind Vollbeschäftigung und sozialer Fortschritt sowie ein hohes Mass an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität. Die Marktwirtschaft ist also nicht nur Selbstzweck, sondern dient auch weiteren Zielen der EU (vgl. [Teil 1, III.2](#)).
- 1098 Wirtschaftliches Herzstück der Integration im Rahmen der EU ist der Binnenmarkt. Gemäss Art. 26 Abs. 2 AEUV handelt es sich dabei um «einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital [...] gewährleistet ist». Damit ist primär die dauerhafte Verwirklichung der Grundfreiheiten als eine der zentralen Zielbestimmungen der

---

<sup>12</sup> PECHSTEIN, in: STREINZ, Art. 3 EUV N 3; TERHECHTE, in: GRABITZ/HILF/NETTESHEIM, Art. 3 EUV N 47.

Verträge gemeint. Ergänzend umfasst der Binnenmarkt ein System, das den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt (Art 101-109 AEUV).<sup>13</sup> Dieses System schützt den Binnenmarkt nicht nur vor privaten Wettbewerbsbehinderungen (Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen sowie missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung), sondern auch vor Wettbewerbsverzerrungen, die auf der Gewährung staatlicher Beihilfen beruhen.

Diese Grundsätze des EU-Rechts unterscheiden sich nicht grundsätzlich von der Wirtschaftsverfassung der schweizerischen BV. Auch diese setzt eine marktwirtschaftliche Orientierung des gesamten Wirtschaftslebens voraus, indem Art. 94 Abs. 1 BV Bund und Kantone auf den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit verpflichtet. Die marktwirtschaftliche Grundausrichtung der BV basiert auf zwei Säulen: einerseits auf den liberal-individualrechtlich gedachten wirtschaftlichen Grundrechten, hier vor allem die Wirtschaftsfreiheit mit Einschluss der Vertragsfreiheit (Art. 27 BV) sowie die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), andererseits auf den im Abschnitt Wirtschaft (Art. 94-107 BV) niedergelegten institutionellen Grundsätzen.<sup>14</sup> 1099

Ähnlich wie der EUV ergänzt die schweizerische BV die marktwirtschaftliche Grundentscheidung um eine Vielzahl wirtschaftsrelevanter Sonderbestimmungen. Diese betreffen u.a. den Umweltschutz (Art. 74 BV), den Tierschutz (Art. 80 BV), den Verkehr (Art. 81a ff. BV), Energie und Kommunikation (Art. 89 ff. BV), den Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten (Art. 97 BV), die Landesversorgung (Art. 102 BV), die Strukturpolitik (Art. 103 BV), die Landwirtschaft (Art. 104 BV) und die Ernährungssicherheit (Art. 104a BV). Sozialpolitische Anliegen finden besondere Berücksichtigung im 8. Abschnitt der BV über Wohnen, Arbeit, soziale Sicherheit und Gesundheit. 1100

Beide Rechtsordnungen räumen dem Schutz des Wettbewerbs hohe Bedeutung ein. Mit seinem ordnungspolitischen Grundentscheid für eine Privatwirtschaft ohne volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen, d.h. für eine prinzipiell wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft, folgt auch der schweizerische Verfassungsgeber der Erfahrung, dass «der wirksame wirtschaftliche Wettbewerb in der Regel günstige und erwünschte ökonomische Ergebnisse zeitigt».<sup>15</sup> Ge- 1101

---

<sup>13</sup> Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb; GRABITZ/HILF/NETTESHEIM-EUV, Art. 3 N 43.

<sup>14</sup> St. Galler Kommentar BV-VALLENDER, Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung, N 4.

<sup>15</sup> BIAGGINI/LIENHARD/RICHLI/UHLMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 56.

mäss Art. 94 Abs. 4 BV sind Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

- 1102 Darüber hinaus ist Art. 96 Abs. 1 BV von Bedeutung, wonach der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen erlässt.<sup>16</sup> Die auf dieser Grundlage zu treffenden Massnahmen müssen sich gegen Missbräuche in der Preisbildung durch marktmächtige Unternehmen und Organisationen des privaten und des öffentlichen Rechts und gegen den unlauteren Wettbewerb richten (Art. 96 Abs. 2 BV). Ziel der Bestimmung ist somit einerseits der «Schutz des Wettbewerbs als Institution», andererseits enthält sie auch eine verbindliche Abwägung zwischen dem privaten grundrechtlich geschützten Interesse an möglichst uneingeschränkter wirtschaftlicher Betätigung und dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb. Die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen soll dort ihre Grenzen finden, wo wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen haben (Art. 96 Abs. 1 BV), marktmächtige Unternehmen missbräuchliche Preise verlangen (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV) oder unlautere Wettbewerbshandlungen begangen werden (Art. 96 Abs. 2 lit. b BV).<sup>17</sup>

## 2. Unterschiede

- 1103 Die Wettbewerbsordnung der EU enthält in Art. 107 Abs. 1 AEUV ein grundsätzliches Verbot von Beihilfen. Das Wettbewerbsrecht der EU richtet sich somit nicht nur gegen private, sondern auch gegen (*mitgliedstaatliche*) Wettbewerbsbeschränkungen (vgl. [Teil 1, III.4.a\)bb](#)). In diesem System unverfälschten Wettbewerbs soll das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV verhindern, dass der Handel zwischen den Mitgliedstaaten durch von staatlichen Stellen gewährte Vergünstigungen beeinträchtigt wird.<sup>18</sup> Im Verbund mit den Grundfreiheiten und dem EU-Kartellrecht kommt dem EU-Beihilferecht die Funktion zu, die Wettbewerbsfähigkeit des Binnenmarkts zu sichern.<sup>19</sup> Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass selektive Begünstigungen einzelner Unterneh-

---

<sup>16</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995, SR 251.

<sup>17</sup> St. Galler Kommentar BV-JACOBS, Art. 96, N 7.

<sup>18</sup> KÜHLING/RÜCHARDT/KOENIG/FÖRTSCH, in STREINZ, Art. 107 AEUV N 1; BARTOSCH-EU-Beihilfenrecht, Einleitung N 1.

<sup>19</sup> NOWAK, in PECHSTEIN/NOWAK/HÄDE, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, Art. 107 AEUV N 8.



men oder Produktionszweige nicht nur die zwischenstaatlichen Handelsströme verzerren, sondern auch die optimale Ressourcenallokation beeinträchtigen und somit zu Wohlfahrtsminderungen führen können.<sup>20</sup>

Der AEUV geht jedoch auch davon aus, dass staatliche Förderinstrumente bzw. Marktinterventionen in manchen Fällen geradezu unerlässlich sind, um Marktstörungen, Marktunvollkommenheiten oder ein bestimmtes Marktversagen zu überwinden oder zu korrigieren. Somit stehen auch die in Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV niedergelegten Ausnahmetatbestände (vgl. [Teil 1, III.7](#)) im Einklang mit dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Konzept des AEUV. Das beihilferechtliche Verbot bezweckt somit nicht, das mitgliedstaatliche Finanzgebaren zu kontrollieren, sondern soll v.a. Subventionswettläufe zwischen den Mitgliedstaaten verhindern.<sup>21</sup>

Demgegenüber hat die Wettbewerbsordnung der schweizerischen BV primär wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen *Privater* im Visier (Art. 96 BV, s.o. [Teil 1, IV.4.a](#)). Gemäss Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund «Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen». Eine rein grammatikalische Auslegung der Bestimmung könnte zu dem Schluss verleiten, der Begriff «andere Wettbewerbsbeschränkungen» umfasse auch staatliche Subventionen. Dem ist jedoch nach unbestrittener Meinung nicht so.<sup>22</sup> Vielmehr ersetzt Art. 96 Abs. 1 BV die Bestimmung des Art. 31<sup>bis</sup> Abs. 3 lit. d aBV, welcher die Formulierung «Kartelle und ähnliche Organisationen» verwendete. Eine inhaltliche Änderung sollte mit der aus Art. 1 KG übernommenen moderneren Formulierung von Art. 1 KG nicht einhergehen.<sup>23</sup> Art. 96 BV enthält lediglich einen Auftrag zum Erlass einer Gesetzgebung auf dem Gebiet des «Kartellrechts» in engeren Sinne<sup>24</sup> und bezieht sich somit nicht auf das Gebiet des Subventionsrechts.

Eine allgemeine Regelung im Hinblick auf wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen *staatlicher Stellen* (insbesondere betreffend Subventionen) enthält die BV somit nicht. Bund und Kantone ist es lediglich untersagt, «Regelungen und Massnahmen zu treffen, die den Wettbewerb unter privaten Wirtschafts-

---

<sup>20</sup> GÖCKE, Verzerrende Auswirkungen staatlicher Subventionen – eine ökonomische Analyse, in: EHLERS/WOLFGANG/SCHRÖDER (Hrsg.), Subventionen im WTO- und EG-Recht, 2007, 9.

<sup>21</sup> EuGH 720/79, Slg. 1980, 2671 Rn. 25 f. – Philip Morris; BARTOSCH-EU-Beihilfenrecht, Einleitung N 2.

<sup>22</sup> St. Galler Kommentar BV-JACOBS, Art. 96 N 15.

<sup>23</sup> SHK KG-RUBIN Art. 1 N 2; RHINOW, in: AUBERT *et al.*, Kommentar, Art. 31<sup>bis</sup> aBV, N 20; St. Galler Kommentar BV-JACOBS, Art. 96 N 8.

<sup>24</sup> SHK KG-RUBIN, Art. 1 N 3.

subjekten verzerren oder den Wettbewerb sogar ganz verunmöglichen.»<sup>25</sup> Im Gegensatz zu Art. 101 und 102 AEUV und vielen ausländischen Rechtsordnungen kennt das schweizerische Verfassungsrecht nicht einmal ein generelles Kartellverbot. Im Gegenteil beinhaltet die in Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) gewährleistete Vertragsfreiheit sogar eine begrenzte Kartellfreiheit.<sup>26</sup>

- 1107 Immerhin folgt aus der Garantie der Privatwirtschaft auch eine Pflicht zur Zurückhaltung in Hinblick auf die wirtschaftliche Betätigung von Bund und Kantonen. Wo sich diese in Konkurrenz zu den Privaten betätigen, hat sich ihre wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich nach den gleichen Spielregeln zu richten, denen die Privaten unterliegen.<sup>27</sup> Dabei sieht das Bundesgericht insbesondere die Praxis der Quersubventionierung aus Steuergeldern oder Monopolbereichen kritisch: «Die herrschende Lehre leitet aus der Wirtschaftsfreiheit bzw. dem Grundsatz der Wettbewerbsneutralität ab, dass öffentliche Unternehmen, die teilweise in einem Monopolbereich, teilweise im Wettbewerbsbereich tätig sind, diese beiden Bereiche kalkulatorisch trennen müssen und systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich unzulässig sind [...]. Diese Auffassung überzeugt. Die Wirtschaftsfreiheit schützt zwar nicht vor Konkurrenz [...]. Das gilt jedoch nur, wenn der Staat dabei den gleichen Regeln wie die privaten Wettbewerbsteilnehmer unterworfen ist, er also bei seiner wettbewerblichen Tätigkeit keine Sonderrechte beansprucht. Diese Voraussetzung ist bei Quersubventionierungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich eines Staatsbetriebs nicht erfüllt. Eine Quersubventionierung ist deshalb unzulässig, soweit sie in systematischer Weise erfolgt und daher geeignet ist, den freien Wettbewerb zu verfälschen»<sup>28</sup> Ein allgemeines Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen staatlicher Stellen lässt sich dieser Rechtsprechung (Glarnersach) jedoch nicht entnehmen.<sup>29</sup>

### 3. Handlungsoptionen

- 1108 Im Folgenden ist zu beleuchten, welche Folgerungen aus den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Gemeinsamkeiten und Unterschieden beider Rechtsordnungen im Hinblick auf die Schaffung eines autonomen schweizerischen Beihilferechts gezogen werden können. Dabei können primär drei Grundmodelle

---

<sup>25</sup> Botsch. VE 96, 294.

<sup>26</sup> Str.; VALLENDER, Grundzüge Wirtschaftsverfassung, 684.

<sup>27</sup> BGE 130 I 96 E. 3.7, 104.

<sup>28</sup> BGE 138 I 378 E. 9.1, 398 f.

<sup>29</sup> BSK BV-UHLMANN, Art. 94 N 11.

unterschieden werden: (i) Schaffung eines auf dem Durchführungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt basierenden sektorübergreifenden Beihilferechts nach dem Muster der Art. 107 ff. AEUV (Modell 1 «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt», vgl. nachfolgend [Teil 3, II.3.a](#)), (ii) Schaffung eines sektorübergreifenden Beihilferechts ohne Durchführungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt nach dem Muster der englischen «Subsidy Control Bill» von 2022 (Modell 2 «Erlaubnis mit verstärkten Kontrollanforderungen», vgl. [Teil 3, II.3.b](#))) sowie (iii) die Einführung zusätzlicher Transparenzvorschriften ohne Schaffung von Zulässigkeitsregeln (Modell 3, [Teil 3, II.3.c](#))).

a) Modell 1 «Verbot mit Erlaubnisvorbehalt»

Die Schaffung eines auf dem Durchführungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt basierenden sektorübergreifenden Beihilferechts nach dem Muster der Art. 107 ff. AEUV würde für die Schweiz einen Paradigmenwechsel von einer im Wesentlichen fiskalpolitischen hin zu einer wettbewerbsrechtlichen Beurteilung staatlicher Subventionen bedeuten. Angesichts der Unterschiede im Hinblick auf die Konzeption der Wettbewerbspolitik im AEUV und in der schweizerischen BV stellt sich insoweit die Frage, ob die Implementation eines solchen Beihilferechts eine Änderung bestehender Verfassungsbestimmungen bedingen würde. Hierfür spricht die Tatsache, dass die BV derzeit ausschliesslich wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen Privater im Blick hat und somit implizit von der *ex ante*-Zulässigkeit staatlicher Subventionen ausgeht (vgl. oben [Teil I, IV.4.a](#)). Eine Kontrolle findet nur nachgängig und im Konfliktfall statt, wobei die Einhaltung der Grundsätze der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV; Wettbewerbsneutralität, Gleichbehandlung der Konkurrenten, freier Wettbewerb und Staatsfreiheit der Wirtschaft) regelmässig im Vordergrund steht. 1109

Die Analyse des wirtschaftsverfassungsrechtlichen Regelungsumfelds hat gezeigt, dass die einfachgesetzliche Implementation (z.B. im Rahmen des Kartell- oder des Subventionsgesetzes) eines auf dem Durchführungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt basierenden Beihilferechts mit den derzeitigen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz nur schwer in Einklang zu bringen wäre. Die Einführung eines bundesrechtlichen Beihilferechts nach EU-Vorbild käme somit einem Systemwechsel in der schweizerischen Wirtschaftsverfassung gleich und dürfte sich nicht auf den Erlass oder 1110

die Änderung eines Bundesgesetzes beschränken.<sup>30</sup> Sie erfordert insbesondere eine konzeptuelle Anpassung von Art. 96 BV, um die innere Widerspruchsfreiheit der schweizerischen Wirtschaftsverfassung zu garantieren.

- 1111 Konkret könnte diese Bestimmung dann zum Ausdruck bringen, dass der Bund Vorschriften erlässt gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen, anderen Wettbewerbsbeschränkungen *und gegen 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*. Daneben könnte auf die bereits auf Verfassungsebene geregelten Ausnahmereiche verwiesen sowie eine Ermächtigung des Gesetzgebers zur Schaffung weiterer Ausnahmeregelungen (analog Art. 107 Abs. 3 AEUV) in die Verfassung eingefügt werden. Dabei würde dem Verfassungsgeber lediglich die Aufgabe zukommen, die grundsätzlichen Rahmenbedingungen zu definieren, welche der weiteren Konkretisierung durch den Gesetz- bzw. Ordnungsgeber und die Gerichte bedürften.
- 1112 Zwar erscheint dieser Weg auf den ersten Blick innenpolitisch schwierig. Wenn die – zumindest sektorielle – Teilhabe am EU-Binnenmarkt nach dem Scheitern des InstA weiterhin ein Ziel der Schweiz bleiben soll, kommt dem autonomen Nachvollzug vermehrt Bedeutung zu. Dies hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 11. Juni 2021 bestätigt: Ein Abbau von Regelungsunterschieden reduziere die Reibungsflächen zwischen der Schweiz und der EU. Dieser Prozess sollte ohne Druck internationaler Verhandlungen im Rahmen autonomer Rechtssetzungsverfahren ablaufen. Grundsätzlich habe die Schweiz ein Interesse an Regeln, die mit jenen ihrer wichtigsten Handelspartner gleichwertig sind.<sup>31</sup> Insoweit hat der Bundesrat bereits in seiner Pressemitteilung vom 30. Juni 2021 ausdrücklich auf das Bestehen relevanter Regelungsunterschiede im Bereich der staatlichen Beihilfen hingewiesen (vgl. oben, [Teil 1, I.2.](#) sowie [Teil 3, I.](#)).
- 1113 In diesem Sinne könnte die Einführung eines autonomen Beihilferechts nach dem Vorbild der EU als Beitrag zur längerfristigen Sicherung des Binnenmarktzugangs gesehen werden.<sup>32</sup> Als Vorteil könnte sich die (wenigstens teilweise) autonome Übernahme des EU-Beihilferechts auch in dem Fall erweisen,

---

<sup>30</sup> In diesem Sinne auch MAYORAZ, N 501.

<sup>31</sup> <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20213622>>.

<sup>32</sup> So auch Avenir Suisse, «Die Schweiz – das Land der Subventionen», 37, <<https://www.avenir-suisse.ch/publication/die-schweiz-das-land-der-subventionen/>>.

dass die EU ihre Pläne im Hinblick auf die Einführung eines Instrumentariums zur Verhinderung wettbewerbsverfälschender Investitionen von Drittstaaten verwirklicht (vgl. dazu oben [Teil 1, III.9.a](#)).

Es versteht sich von selbst, dass solche Regeln nicht nur als «Zugeständnisse» 1114 im Rahmen der schweizerischen Europapolitik gesehen werden sollten, sondern einen Eigenwert im Sinne eines sinnvollen Instrumentariums gegen volkswirtschaftlich fragwürdige Subventionspraktiken besässen. Hinzu kommt, dass mit den vorgeschlagenen Verfassungsänderungen auch die Kantone in die Pflicht genommen werden könnten, deren Subventionspraktiken sich bislang durch erhebliche Intransparenz auszeichnen.

b) Modell 2 «Erlaubnis mit verstärkten Kontrollanforderungen»

Angesichts der politischen Herausforderung einer Verfassungsänderung sollten 1115 auch andere, weniger einschneidende Massnahmen in Betracht gezogen werden. Eine wesentliche Vereinfachung könnte es insbesondere bedeuten, wenn eine Änderung der schweizerischen BV vermieden werden könnte. Voraussetzung hierfür wäre der Verzicht auf den allgemeinen Verbotstatbestand. Hiermit würde die Schweiz allerdings den Weg des «autonomen Nachvollzugs» verlassen. Dass ein solcher Ansatz gleichwohl einer Prüfung wert wäre, zeigt das Beispiel der ab Herbst 2022 geltenden Beihilferegeln des Vereinigten Königreichs («Subsidy Control Bill», vgl. dazu nachfolgend, [Teil 3, II.3.b](#)).

Hintergrund dieses Gesetzes ist das Handels- und Kooperationsabkommen 1116 zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich (TCA),<sup>33</sup> das am 1. Mai 2021 in Kraft trat. Die Regelungen zum Beihilferecht stellen einen Kompromiss dar, der mit einem eigenen Subventionsbegriff (Art. 363 TCA) arbeitet, insgesamt aber dem europäischen Beihilferecht nachempfunden ist. Im Zentrum steht ein Subventionskontrollsystem zur Verhinderung von Subventionen, die wesentliche Auswirkungen auf den Handel oder Investitionen zwischen den Vertragsparteien haben können.<sup>34</sup> Im konkreten Fall muss die zu prüfende Subvention ein Ziel von gemeinsamem Interesse ermöglichen und zur Erreichung dieses Ziels erforderlich, geeignet und verhältnismässig sein. Entsprechend den Bestimmungen des EU-Rechts ist das Vorhandensein eines Anzeffektes zu prüfen und eine Abwägung zwischen den positiven Effekten und möglichen

---

<sup>33</sup> Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland andererseits; ABl. L 149 vom 30.4.2021, 10 ff.

<sup>34</sup> MüKo Wettbewerbsrecht-SÄCKER, Grundlagen N 13.

negativen Auswirkungen auf Wettbewerb und Handel vorzunehmen. Für Umwelt- und Energiebeihilfen enthält Annex 2 des Gesetzes weitere spezifische Vorgaben. Aus britisch-innenpolitischer Sicht soll dieses System dazu dienen, sich auf «wichtige inländische Prioritäten» zu konzentrieren und die Regierungsziele für «Wirtschaftswachstum und grüne Industrieprojekte» umzusetzen.

- 1117 Für die Schweiz besonders relevant an diesem Ansatz ist, dass er ohne allgemeinen Verbotstatbestand auskommt. Vielmehr lässt die «Subsidy Control Bill» Subventionen, die den Subventionskontrollanforderungen entsprechen, grundsätzlich zu und verbietet nur einige spezifisch aufgelistete Förderleistungen. Dieser Ansatz entspricht im Wesentlichen dem wettbewerbsrechtlichen Konzept des geltenden schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts und hätte daher den Vorteil leichter Umsetzbarkeit auf Gesetzesstufe ohne vorgängige Verfassungsänderung.
- 1118 Daneben umfasst auch dieses Modell die Einrichtung einer wirksamen Subventionskontrolle, die Einrichtung einer unabhängigen Behörde (Art. 371 TCA) sowie die Herstellung von Transparenz durch Veröffentlichung und Auskunft an sog. interessierte Parteien, die möglicherweise eine gerichtliche Überprüfung einer spezifischen Beihilfe herbeiführen möchten (Art. 369 TCA).<sup>35</sup>
- 1119 In der Schweiz besteht mit dem Binnenmarktgesetz (BGBM) von 1995 ein Instrument, das zwar den Rahmen für die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarkts schafft, zur Zulässigkeit staatlicher (insbesondere kantonaler und kommunaler) Subventionen aber schweigt (vgl. dazu [Teil 1, IV.4.d](#)). Hintergrund hierfür sind die damals bestehenden Zweifel an den dafür erforderlichen verfassungsrechtlichen Grundlagen.<sup>36</sup> Dies hat sich mit der 1999 erfolgten Schaffung von 95 Abs. 2 BV jedoch geändert, wonach der Bund für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum sorgt.<sup>37</sup> Somit stünde einer entsprechenden Revision des Gesetzes verfassungsrechtlich nichts mehr im Wege.<sup>38</sup>
- 1120 Jedoch weist die Tatsache, dass eine subventionsrechtliche Ergänzung des BGBM bislang ausgeblieben ist, auf den weiterhin fehlenden politischen Willen seitens der Kantone und Gemeinden hin.<sup>39</sup> Ob dieser Weg daher einfacher als

---

<sup>35</sup> MüKo Wettbewerbsrecht-SÄCKER, Grundlagen N 13.

<sup>36</sup> Botschaft BGBM, 1281.

<sup>37</sup> OESCH/RENFER Wettbewerbsrecht II, Art. 1 BGBM N 10.

<sup>38</sup> So bereits OESCH, AJP 2013, 1340.

<sup>39</sup> OESCH, AJP 2013, 1342.

eine Verfassungsänderung wäre, kann mit gutem Grund bezweifelt werden. Daher sollte das Gesetz möglichst auf die Formulierung konkreter subventionspolitischer Prioritäten verzichten. Andernfalls könnte ein langwieriger Koordinationsprozess zwischen Bund und Kantonen entstehen, dessen Dynamiken schwer voraussehbar erscheinen. Das BGBM müsste sich wohl materiell auf eine allgemeine Rahmengesetzgebung mit möglichst klaren Kriterien und eine Konkretisierung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit beschränken. Daneben käme der Schaffung einer unabhängigen Behörde mit realen Entscheidungskompetenzen gegenüber den kantonalen Stellen sowie der Herstellung von Transparenz durch Veröffentlichung in einer zentralen Datenbank und Auskunft an sog. interessierte Parteien zentrale Bedeutung zu (vgl. dazu unten [Teil 3, II.3.c](#)).

Europapolitisch beruht das britische Modell auf einem nicht zu verallgemeinernden Sonderfall, denn im Rahmen des Brexit liess sich eine rechtliche Verpflichtung des Vereinigten Königreichs, gleichwertige Gesetzgebungssysteme wie die der EU beizubehalten und dynamische Angleichungen vorzunehmen, nicht durchsetzen. Hintergrund ist die Tatsache, dass das Vereinigte Königreich – im Unterschied zur Schweiz – nicht beabsichtigt, in nennenswerter Weise am EU-Binnenmarkt zu partizipieren. Die neuen Beihilferegeln des Vereinigten Königreichs basieren daher auf einem Freihandelsvertrag und nicht auf einem Integrationsvertrag. Für die Schweiz könnte ein solcher Ansatz somit nur dann an Attraktivität zu gewinnen, wenn man im Rahmen der künftigen Wirtschaftsbeziehungen mit der EU dem Konzept der Teilintegration durch bilaterale sektorielle Verträge weniger Bedeutung als bisher zumessen sollte. 1121

- c) Modell 3 «Verstärkte Transparenzvorschriften ohne Zulässigkeitsregeln»

Anders als der Bund, der nach Art. 5 SuG verpflichtet ist, sämtliche Subventionen mindestens alle sechs Jahre zu überprüfen und dem Parlament über die Ergebnisse dieser Prüfung Rechenschaft abzulegen (vgl. oben [Teil 1, IV.5.a](#)), stellen die Kantone der Öffentlichkeit bislang kaum Informationen über ihre Subventionspraxis zur Verfügung. Daher wird als Minimallösung oftmals die Einführung von Transparenzvorschriften hinsichtlich kantonalen Subventionen gefordert. Ein erster Schritt in diese Richtung könnte etwa in der Schaffung einer zentralen Datenbank bestehen, die von Bund und Kantonen gemeinsam betrieben werden könnte (s.o.). 1122

- 1123 Aus volkswirtschaftlicher Perspektive wird vorgebracht, die durch einen solchen Mechanismus erzeugte Transparenz erlaube es, anschliessend über die Sinnhaftigkeit einzelner Subventionen zu entscheiden.<sup>40</sup> Dieses Anliegen könnte rechtlich in der Weise durchgesetzt werden, indem bei der Beurteilung der Grundsatzkonformität bzw. der Grundsatzwidrigkeit der Subventionen das Ausmass ihrer wettbewerbsverzerrenden Wirkung stärker gewichtet werden. Auch eine Stärkung der Konkurrentenschutzes könnte zu einer klareren Unterscheidung zwischen zulässiger und unzulässigen Subventionen führen (vgl. oben [Teil 1, III.8.gbb](#)).
- 1124 Die Erfahrungen mit der bisherigen Praxis des Bundes (vgl. dazu oben [Teil I, IV.5.](#)) lässt solche Erwartungen jedoch als zu optimistisch erscheinen. Bei der Überprüfung der Subventionen des Bundes wird jeweils ein standardisierter Fragebogen verwendet, der nur auf die Einhaltung der Vorgaben des SuG in den entsprechenden Erlassen eingeht. Da dieses Gesetz aber keine Bestimmungen im Hinblick auf die Zulässigkeit von Subventionen enthält, führt diese Art der Überprüfung zwar zu einer gewissen Transparenz, eine Diskussion über die Sinnhaftigkeit einzelner Subventionen kann aber mangels im Voraus definierter Kriterien nicht strukturiert geführt werden. Verstärkte Transparenzvorschriften sind daher nutzlos, solange nicht ein konkreter Rechtsrahmen im Hinblick auf die Zulässigkeit von Subventionen besteht. Von der bislang vom Bund verfolgten Publizitätsstrategie scheint jedenfalls kein nennenswerter Disziplinierungseffekt auszugehen. Es darf bezweifelt werden, dass sich dies bei einer Einbeziehung der kantonalen Subventionen ändern würde.
- 1125 Schliesslich können Transparenzvorschriften auch nicht die vom Bundesrat angestrebte Kompatibilität mit dem EU-Recht herstellen. Ein solches Modell entspräche nicht dem Ansatz des Unionsrechts, das Transparenz durch die Meldepflicht von Subventionen an eine zentrale Behörde (EU-Kommission) herstellt. Will die Schweiz auch in Zukunft am EU-Binnenmarkt teilhaben, sollte das Konzept des EU-Beihilferechts somit nicht aus dem Blick geraten.

---

<sup>40</sup> Avenir Suisse, «Die Schweiz – das Land der Subventionen», 9, <<https://www.avenir-suisse.ch/publication/die-schweiz-das-land-der-subventionen/>>.



### III. Ergebnisse der Fallstudien

Janine Dumont / Dirk Trüten

#### 1. Allgemeines

Im zweiten Teil der Studie wurden Beispiele aus der schweizerischen Subventionspraxis auf ihre Vereinbarkeit mit dem derzeit geltenden EU-Beihilferecht untersucht, um auf diese Weise die Auswirkungen einer allfälligen Übernahme des EU-Beihilferechts für die Weiterentwicklung des schweizerischen Subventionsrechts beurteilen zu können. Diese Prüfung hat gezeigt, dass beide Rechtssysteme trotz unterschiedlicher regulatorischer Ausgangspunkte in vielen Punkten zu übereinstimmenden Ergebnissen gelangen. 1126

#### 2. Unternehmensbesteuerung

Probleme der Unternehmensbesteuerung spielen im Rahmen der Diskussion subventionsrechtlicher Fragestellungen in der Schweiz seit jeher eine besondere Rolle. Historischer Ausgangspunkt war der sog. «Steuerstreit», in dem die EU die ehemaligen privilegierten kantonalen Steuerstatus (Holding, Domizil und gemischte Gesellschaft) und Besteuerungspraxen des Bundes als staatliche Beihilfen und damit einen Verstoss gegen das Freihandelsabkommen Schweiz-EU auffasste (vgl. oben [Teil 2, B.I.3.](#)). Der sich über Jahrzehnte hinziehende Steuerstreit offenbarte zunächst die Defizite einer staatsvertraglichen Regelung, die unterschiedlichen Interpretationen Raum gibt und keine letztverbindliche Auslegungsinstanz kennt. 1127

Erst mit der 2020 in Kraft getretenen Unternehmenssteuerreform konnten wesentliche Streitpunkte ausgeräumt werden. Bis auf wenige Einzelfragen bestehen daher heute in der Schweiz im Bereich der Unternehmensbesteuerung keine Regelungen mehr, die im Widerspruch zu den Grundsätzen des EU-Beihilferechts stehen würden. Im Einzelnen konnte kann Folgendes festgehalten werden: 1128

- Die Steuerhoheit der Kantone in der Schweiz ist aus beihilferechtlicher Sicht grundsätzlich als unproblematisch zu betrachten (vgl. oben [Teil 2, B.III.](#)).

- Die in der Schweiz vorgesehenen Steuererleichterungen für Neugründungen sind Beihilfen im Sinne des Unionsrechts, die aber als Massnahmen zur Förderung strukturschwacher Gebiete gerechtfertigt werden könnten (vgl. oben [Teil 2, B.III.](#)).
- Rulings sind an sich beihilferechtlich unproblematisch, da sich der schweizerische Rechtsrahmen mit demjenigen der EU weitgehend deckt. Allerdings ergaben sich Unterschiede im Bereich der Verrechnungspreismethodik: Die Schweiz kennt kein eigenes Verrechnungspreisregime und anerkennt grundsätzlich alle Verrechnungspreismethoden der OECD gleichermaßen. Dies weicht von der Rechtslage in der EU insoweit ab, als aus beihilferechtlicher Sicht direkten Verrechnungspreismethoden grundsätzlich der Vorzug gegenüber indirekten Verrechnungspreismethoden zu gewähren ist (vgl. oben [Teil 2, B.III.](#)).
- Hinsichtlich der schweizerischen Patentbox ist vor dem Hintergrund der bisherigen Kommissionspraxis davon auszugehen, dass es sich aufgrund der fehlenden Selektivität nicht um eine Beihilfe handelt (vgl. oben [Teil 2, B.III.](#)).
- Auch der Eigenfinanzierungsabzug erscheint an sich beihilferechtlich unbedenklich. Insbesondere die in der Schweiz vorgesehene Zinshöhe liegt unterhalb vergleichbarer Instrumente in der EU (vgl. oben [Teil 2, B.III.](#)).
- Steuertechnische Pauschalisierungen wie Abschreibungen, Delkredere und Warendrittel sind durch das nationale Steuerrecht begründet. Hinzu kommt, dass die veranlagenden Behörden diese Pauschalisierungen ohne weitere Prüfung anerkennen und kein weiteres Ermessen ausüben. Daher wären die Vorgaben des EU-Rechts auch in diesem Bereich erfüllt (vgl. oben [Teil 2, B.III.](#)).
- Beihilferechtlich relevant erscheint dagegen die unterschiedliche Behandlung in- und ausländischer Steuersätze der Umsatzabgabe. Insofern wäre es insoweit ratsam, nochmals über eine Vereinheitlichung der Umsatzabgabesätze nachzudenken (vgl. oben [Teil 2, B.III.](#)).

1129 Die Analyse des schweizerischen Unternehmenssteuerrechts ergibt, dass insoweit keine grundsätzlichen Bedenken im Hinblick auf eine allfällige Übernahme des EU-Beihilferechts durch die Schweiz bestehen. Eine geringfügige Anpassung der bisherigen Praxis drängt sich nur an einzelnen Stellen auf.

### 3. Staatsgarantie für Kantonalbanken

Die Kantonalbanken verfügten als wohlfahrtsstaatlich (struktur- und sozialpolitisch) motivierte öffentliche Unternehmen lange Zeit über eine Sonderstellung im schweizerischen Bankensystem. Zum Ausgleich dieser Verpflichtungen haftete der jeweilige Kanton für die Verbindlichkeiten «seiner» Kantonalbank. Heute unterscheiden sich die Kantonalbanken in ihren geschäftlichen Aktivitäten in der Regel jedoch kaum mehr von der Tätigkeit anderer Institute. Vielmehr haben sie sich fast ausschliesslich zu Universalbanken entwickelt. Auch beschränkt sich ihre Geschäftstätigkeit nicht mehr bloss auf das Kantonsgebiet, sondern die grösseren Kantonalbanken sind auch in Nachbarkantonen tätig und unterhalten insbesondere in Europa und Asien Tochtergesellschaften bzw. Repräsentanzen (vgl. oben [Teil 2, C.I.2.d](#)) sowie [Teil 2, C.I.3.](#)).

Je nach Kanton unterscheiden sich die rechtliche Struktur und die Ausgestaltung der Staatsgarantie. Am häufigsten kommt die Rechtsform der öffentlich-rechtlichen Anstalt vor. In diesem Fall ist der Kanton alleiniger Eigentümer der Bank. Eine gesetzliche Definition des Begriffes «Staatsgarantie» sucht man im BankG und in den kantonalen gesetzlichen Grundlagen der Kantonalbanken vergeblich. In der Lehre herrscht aber insoweit Einigkeit, dass der Kanton als Garantiegeber für die Zahlungsfähigkeit seiner Kantonalbank einzustehen hat (Solvabilitätsgarantie). Er hat sicherzustellen, dass die Gläubiger, namentlich die Bankkunden, bei finanziellen Schwierigkeiten der Kantonalbank am Ende nicht zu Schaden kommen.

In den vergangenen Jahren haben die Kantone nach und nach eine sog. Abgeltung der Staatsgarantie eingeführt. Diese soll als Entschädigung der Wettbewerbsvorteile fungieren, die die Kantonalbanken im Vergleich zu Banken ohne Staatsgarantie haben. Die Höhe der Abgeltungen unterscheidet sich stark und wird in den einzelnen Kantonen aufgrund unterschiedlicher Berechnungsmethoden ermittelt (vgl. oben [Teil 2, C.II.2.b\)aa](#)).

In der EU hat die Kommission ähnliche Modelle aus Österreich (Ausfallhaftung für Sparkassen und Landeshypothekenbanken) und Deutschland (Anstaltslast und Gewährträgerhaftung für Sparkassen und Landesbanken) als verbotene Beihilfen eingestuft. Nach Auffassung der Kommission ermögliche es die Ausfallhaftung den Begünstigten, ihre Geschäftstätigkeit zulasten von Wettbewerbern auszuweiten. Somit mindere die Ausfallhaftung die Refinanzierungskosten auf den Kapitalmärkten und verschaffe den Begünstigten bessere Konditionen, wenn sie Mittel aufnehmen, um neue Geschäftsmöglichkeiten zu

nutzen. Da die Ausfallhaftung aus staatlichen Mitteln finanziert werde, bestimmte Gruppen von Unternehmen gegenüber deren Wettbewerbern begünstige, den Wettbewerb verfälsche und den Handel innerhalb der Gemeinschaft beeinträchtige, sei sie nicht mit dem EU-Recht vereinbar. Schliesslich seien auch keine Argumente vorgebracht worden, die eine Freistellung rechtfertigen könnten. Auch seien die Voraussetzungen nicht gegeben, die es der Kommission gestattet hätten, die Staatsgarantie nicht als staatliche Beihilfe einzustufen, da die Ausfallhaftung von unbestimmter Dauer und Höhe war (vgl. oben [Teil 2, C.II.1.a](#)).

- 1134 Bei der Beurteilung, ob die schweizerischen Staatsgarantien mit dem EU-Beihilferecht vereinbar wären, kommt es im Kern darauf an, ob die Leistung des Staates nicht durch eine angemessene, marktübliche Gegenleistung des Begünstigten ausgeglichen wird. Dabei ist fraglich, ob die von den 18 bestehenden Kantonalbanken zu zahlenden Abgeltungsleistungen als «angemessene» Gegenleistung für die vom Kanton gewährte Staatsgarantie betrachtet werden können. Insoweit gibt es derzeit noch weder Berechnungsmethoden noch Massstäbe, die es erlauben, die Angemessenheit der Abgeltungsleistungen als Gegenleistung für die gewährten Prämien zu bestätigen oder zu verneinen. Da sowohl die Ausgestaltung der Staatsgarantie als auch das gewählte Abgeltungsmodell von Kanton zu Kanton divergieren, müssten diese Fragen grundsätzlich für jeden Kanton separat beurteilt werden.
- 1135 Allerdings zeigt das Beispiel der Liechtensteinischen Landesbank AG (LLB), dass es durchaus genehmigungsfähige Abgeltungsmodelle geben kann. So entschied die EFTA-Überwachungsbehörde im Juli 2005, dass die der LLB von Gesetzes wegen gewährte Staatsgarantie bestehen bleiben kann, weil im Gegenzug eine «angemessene Prämie» zugunsten des Staatshaushaltes erbracht wird, die auf einer realistischen, im Rahmen versicherungsmathematischer Berechnungen ermittelten Risikobewertung basiert (vgl. oben [Teil 2, C.II.2.b\)aa](#)).
- 1136 Diskutiert wird auch, ob es sich bei den Tätigkeiten der Kantonalbanken um «Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse» (DAWI) handelt. Hierbei stehen das Wohl der Bürger und die Interessen der Gesellschaft als Ganzes im Vordergrund. Die zum Teil sehr weit und offen formulierten Leistungsaufträge in den Kantonalbankgesetzen sind aber nicht ausreichend, um vorliegend eine DAWI annehmen zu können. Massgebend ist vielmehr, ob das wirkliche Tätigkeitsfeld der Bank diesen Zielproklamationen auch entspricht. Diese Annahme ist zumindest bei den grossen Kantonalbanken

schwierig, deren ursprüngliche Ausrichtung auf volkswirtschaftliche und soziale Zielsetzungen in den letzten Jahrzehnten mehr und mehr einer auf kommerzielle Gewinnstrebigkeit ausgerichteten Geschäftspolitik gewichen ist.

Politisch würde eine Reform der kantonalen Staatsgarantien zwar einen grundsätzlichen Mentalitätswandel erfordern und Probleme der Akzeptanz und Umsetzung aufwerfen. Jedoch stimmte die damalige Eidgenössische Bankenkommission die Beteiligten schon vor mehr als 20 Jahren darauf ein, dass man sich auf längere Sicht bei einer Anpassung der Staatsgarantien an den Standards der EU orientieren müsse. Wie diese Anpassung konkret aussehen wird, ob sie die generelle Abschaffung der Staatsgarantie, eine Modifizierung der Abgeltungszahlungen oder des Leistungsauftrages beinhalten würde, ob sie auf Bundes- oder auf kantonaler Ebene erfolgen würde, wird die Zukunft zeigen. Dass aber eine Anpassung des staatlichen Garantiesystems «früher oder später» ansteht, ist zu erwarten. 1137

#### 4. Regionaler Personenverkehr

Der regionale Personenverkehr ist Teil des öffentlichen Verkehrs. Aufgrund des hohen Finanzbedarfs stehen der öffentlichen Mitfinanzierung dieses Sektors des «service public» sowohl in der EU als auch in der Schweiz keine grundsätzlichen subventionsrechtlichen Bedenken gegenüber. 1138

In beiden Rechtsordnungen war der regionale Personenverkehr in den letzten 30 Jahren Gegenstand mehrerer umfangreicher Reformen, die das Ziel verfolgten, den öffentlichen Verkehr auszubauen und eine Verlagerung von der Strasse auf die Schiene zu erreichen. Dabei setzte die EU besonders auf Wettbewerb um den Markt, um diesen attraktiver und finanzierbarer zu gestalten. Dagegen stellte die Schweiz die Vervollständigung und Koordinierung des öffentlichen Verkehrs in den Vordergrund und kombinierte dies nur vereinzelt mit Liberalisierungen und Wettbewerbselementen (vgl. oben [Teil 2, D.II.1.a](#)). 1139

Das schweizerische Recht kennt weder eine einheitliche Verfassungsgrundlage noch ein eigentliches Gesetz über den öffentlichen Verkehr im Allgemeinen oder den regionalen Personenverkehr im Besonderen. Art. 87 BV hält lediglich fest, dass die Gesetzgebung über den Eisenbahnverkehr Sache des Bundes ist. Weitere den Eisenbahnverkehr bestimmende Verfassungsnormen finden sich in Art. 84 BV betreffend den alpenquerenden Transitverkehr, in Art. 81a BV über den öffentlichen Verkehr, in Art. 87a BV und Art. 85 BV zur Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur bzw. über die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe. 1140

- 1141 Daneben statuiert das Landverkehrsabkommen Schweiz-EU (LandVA) die Bedingungen für eine koordinierte Verkehrspolitik zwischen der Schweiz und der EU auf dem Gebiet des Güter- und Personenverkehrs. Mit Blick auf die vorliegende Untersuchung erscheinen zunächst die Art. 23, Art. 28, Art. 35 sowie Art. 38 LandVA relevant. Diese Bestimmungen über staatliche Beihilfen enthalten jedoch keinen Verbotstatbestand; sie sind lediglich programmatischer Natur und setzen die Gewährung staatlicher Beihilfen als gegeben voraus. Konkrete Verpflichtungen ergeben sich lediglich hinsichtlich der Bilanzierung von staatlichen Beihilfen zugunsten des grenzüberschreitenden Eisenbahnverkehrs (vgl. oben [Teil 2, D.II.1.b](#)).
- 1142 Im autonomen Recht der Schweiz besteht im Bereich des regionalen Personenverkehrs seit 1996 ein spezifisches Abgeltungssystem, das die allgemeinen Bestimmungen des Subventionsgesetzes zumindest teilweise verdrängt. Insofern gilt das sog. Bestellsystem. Danach gelten Bund und Kantone den Verkehrsunternehmen die laut Planrechnung ungedeckten Kosten der von ihnen zu einem im Voraus vereinbarten Preis gemeinsam bestellten Verkehrsangebote im regionalen Personenverkehr ab. Die konkreten Abgeltungen werden – ebenso wie die weiteren Finanzhilfen und finanziellen Entlastungen zugunsten der Verkehrsunternehmen – in den jeweils auf das konkrete Vertragsverhältnis zwischen Bestellern und den Verkehrsunternehmen anwendbaren Angebots- und Vergabevereinbarungen festgehalten (vgl. oben [Teil 2, D.III.1](#)).
- 1143 Dabei stehen den Bestellern mit dem wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren sowie dem Direktvergabeverfahren grundsätzlich zwei Verfahrensarten zur Verfügung. Gemäss den Vorgaben des Personenbeförderungsgesetzes hat die Vergabe von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr grundsätzlich im wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren zu erfolgen. Hierzu sind die Besteller jedoch nicht verpflichtet, wenn die bestellten regionalen Personenverkehrsleistungen auf der Schiene erfolgen sollen. Praktisch hat diese Wahlmöglichkeit zur Folge, dass die Vergabe im Schienenverkehr im Direktvergabeverfahren erfolgt (vgl. oben [Teil 2, D.III.2](#)).
- 1144 In der EU spielen im Bereich des regionalen Personenverkehrs weniger primärrechtliche Bestimmungen als vielmehr die Vorgaben der Verordnung (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste eine Rolle. Danach sind die EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich verpflichtet, die Bestellung von Verkehrsleistungen im regionalen Personenverkehr auf dem Weg eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu vergeben.

Dennoch könnten die in der schweizerischen Praxis üblichen Direktvergaben grundsätzlich gerechtfertigt werden: Mit Bezug auf den Verkehr auf der Strasse käme eine Direktvergabe auf Grundlage von Art. 5 Abs. 2 VO 1370/2007 in Betracht. Für den Verkehr auf der Schiene wäre in vielen Fällen eine Direktvergabe gemäss Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 denkbar. Mit unmittelbaren Auswirkungen auf die Praxis der Direktvergabe im regionalen Personenverkehr wäre durch eine Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz somit vorerst nicht zu rechnen (vgl. oben [Teil 2, D.V.2.](#)). 1145

Als problematisch könnte der Vergabeprozess dagegen unter dem Aspekt angesehen werden, dass dieser unter Ausschluss der Öffentlichkeit zwischen dem BAV, den kantonalen Behörden und den Verkehrsunternehmen trilateral stattfindet. Somit bestünde die Möglichkeit, dass die vom EU-Recht geforderten Transparenz- und Begründungspflichten nicht im nötigen Umfang erfüllt würden (vgl. oben [Teil 2, D.V.2.](#)). 1146

Im Rahmen der Direktvergabe stellen sich darüber hinaus weitere Fragen hinsichtlich des Gewinnverbots und möglicher Anreizeffekte. Insoweit ist v.a. die obligatorische Zuweisung von zwei Dritteln des Gewinns in die Spezialreserve und die mit der Reform des Personenbeförderungsgesetzes vorgesehene Erweiterung dieser Pflicht, dass zukünftig neben dem Bund auch die Kantone eine solche Zuweisung verlangen können sowie der geplante Wegfall der Obergrenzen, ab deren Erreichung Verkehrsunternehmen über ihren Gewinn frei verfügen können, kritisch zu beurteilen (vgl. oben [Teil 2, D.V.3.](#)). 1147

Schliesslich können im schweizerischen regionalen Personenverkehr neben den Abgeltungen für ungedeckte Plankosten auch weitere staatliche Finanzhilfen in Form von Bürgschaften, Beiträgen und Darlehen gewährt werden. Da insofern die Schweiz und die EU ähnliche Ansätze verfolgen und sich ähnlicher Instrumente bedienen, wäre bei einer Übernahme des EU-Rechts durch die Schweiz in diesem Bereich nicht mit substantiellen Auswirkungen zu rechnen (vgl. oben [Teil 2, D.V.4.](#)). 1148

## 5. Erneuerbare Energien

In der Schweiz legt der Bund gem. Art. 89 Abs. 2 BV die Grundsätze betreffend die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch fest. Er fördert die Entwicklung von Energietechniken, insbesondere in den Bereichen des Energiesparens und der erneuerbaren Energien (Art. 89 Abs. 3 Satz 2 BV). Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind dagegen vor allem die 1149

Kantone zuständig (Art. 89 Abs. 4 BV). Auf dieser Grundlage sieht das Energiegesetz (EnG) mit der Einspeisevergütung, Investitionsbeiträgen und der Marktprämie im Wesentlichen drei unterschiedliche Instrumente zur Subventionierung erneuerbarer Energien vor.

- 1150 Die marktorientierte Einspeisevergütung ist eine staatlich festgelegte Geldleistung für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien, die aus einem zweckgebundenen Spezialfonds stammt. Für den ökologischen Mehrwert erhalten die Produzenten seit 2018 eine Prämie, die sich aus der Differenz zwischen der herkömmlichen kostendeckenden Einspeisevergütung und einem Referenzmarktpreis berechnet. Die Produzenten müssen ihre Elektrizität selbst vermarkten. Dadurch soll die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien in den Markt eingebettet werden. Für kleine und schlecht steuerbare Anlagen besteht aber weiterhin die Möglichkeit der Vergütung zum Referenzmarktpreis.
- 1151 Das Instrument der Einspeisevergütung wird wegen seiner Marktnähe auch in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten angewendet. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es beihilferechtlich unproblematisch, da es sich bei den Fördermitteln nicht um staatliche Gelder handelt. Vielmehr wird der Netzzuschlagsfonds, aus dem das System finanziert wird, durch die Endverbraucher getragen, so dass der Staat keine Verfügungsgewalt über die Mittel hat (vgl. oben [Teil 2, E.IV.1.a](#)).
- 1152 Investitionsbeiträge und Einmalvergütungen sind Leistungen für Anlagebetreiber, welche Strom aus erneuerbaren Energien erzeugen. Sie sind folglich als Leistungen an Dritte für Investitionen in Anlagen aus erneuerbaren Energien zu verstehen. Anspruchsberechtigt sind nach Art. 24 ff. EnG insoweit Betreiber von bestimmten Photovoltaik-, Wasserkraft- und Biomasseanlagen. Da auch die Investitionsbeiträge aus dem Netzzuschlagsfonds finanziert werden, gilt hier auch das im Hinblick auf die Einspeisevergütung Gesagte. Demzufolge ist auch diese Fördermassnahme beihilferechtlich unproblematisch (vgl. oben [Teil 2, E.IV.1.b](#)).
- 1153 Die Marktprämie ist eine umlagefinanzierte Zahlung an Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, die die Differenz zwischen dem Grosshandelspreis und den anlagespezifischen Gestehungskosten ausgleicht, sofern die Anlage ihren Strom unter den Gestehungskosten veräussern muss. Gem. Art. 30 Abs. 1 EnG können Betreiber von Grosswasserkraftanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 Megawatt für die Elektrizität aus diesen Anlagen, die sie am Markt unter den Gestehungskosten verkaufen müssen, eine Marktprämie in Anspruch nehmen, sofern die Mittel aus dem



---

Netzzuschlagsfonds nach Art. 35 und 36 EnG ausreichen. Die Marktprämie für die Grosswasserkraft ist in der Schweiz insbesondere wichtig, weil sie wirtschaftlich bedeutend ist und den Grossteil an der schweizerischen Stromproduktion ausmacht. Ohne diese unterstützende Massnahme hätten viele Anlagebetreiber aufgrund der Strompreisentwicklung zu Beginn der 2010er Jahre und in Hinsicht auf den hohen Wasserzins nicht rentabel produzieren können. Auch hier ist davon auszugehen, dass die Marktprämie aufgrund ihrer Finanzierung über den Netzzuschlagsfonds mit dem EU-Beihilferecht vereinbar wäre (vgl. oben [Teil 2, E.IV.1.c](#)).

In Bezug auf die kantonalen Massnahmen zur Förderung energetischer Gebäudehüllen- und Gebäudesanierungen sowie zum Ersatz bestehender elektrischer Widerstandsheizungen oder Ölheizungen wäre Art. 107 AEUV *per se* nicht anwendbar, da hiermit nur private Haushalte, nicht aber «bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige» begünstigt werden. Daher erübrigt sich hier eine weitere beihilferechtliche Prüfung. Damit lässt sich feststellen, dass die geltenden schweizerischen Fördermassnahmen im Bereich der erneuerbaren Energien mit dem Beihilferecht der EU vereinbar sind (vgl. oben [Teil 2, E.IV.1.d](#)).

Insgesamt korrespondiert die beihilferechtliche Beurteilung der schweizerischen Fördermassnahmen mit der Beobachtung, dass die EU und Schweiz im Wesentlichen dieselben klimapolitischen Ziele verfolgen. Mit ihrer Energiestrategie 2050 ist die Schweiz zudem auf die Erfüllung internationaler Verpflichtungen ausgerichtet. Des Weiteren ist die schweizerische Strommarktordnung in wesentlichen Punkten bereits an die EU-Rahmenvorgaben angelehnt. Ausserdem ist der Ausbau der erneuerbaren Energien bereits weit fortgeschritten, und die im EnG verankerten Fördermassnahmen haben sich bewährt und sollen allenfalls modifiziert weitergeführt werden. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass eine Übernahme der EU-Beihilferegelungen durch die Schweiz keine substanziellen gesetzlichen Änderungen im Bereich der erneuerbaren Energien nach sich ziehen würde.

## IV. Schlussbetrachtung

Dirk Trüten

- 1156 In jüngster Zeit hat die Diskussion, ob die Schweiz eine «Subventionsbremse» braucht, an Dynamik gewonnen. Aus volkswirtschaftlicher Perspektive wird verstärkt darauf aufmerksam gemacht, dass Subventionen generell mit Fehlankreizen und negativen ökonomischen Effekten einhergehen und ein ungünstiges Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen. Mit der Abschaffung von Subventionen mit wettbewerbsverzerrender Wirkung könnte aus dieser Sicht der intern-schweizerische Binnenmarkt gestärkt und die Produktivität erhöht werden. Ausserdem würde dies auch dazu beitragen, schweizerischen Unternehmen langfristig den Marktzugang im Ausland – sei dies in der EU oder anderen Regionen der Welt – zu sichern.<sup>41</sup>
- 1157 Für die Schweiz ist v.a. der Zugang zum EU-Binnenmarkt von Bedeutung. Da die EU nunmehr auch drittstaatliche – und somit auch schweizerische – Subventionen – in den Blick nimmt (vgl. dazu oben [Teil 1, III.9.a](#))), wird die Frage gleichwertiger Standards im Hinblick auf staatliche Subventionen auch im Verhältnis Schweiz-EU weiter an Bedeutung gewinnen.
- 1158 Nach dem vorläufigen Scheitern einer staatsvertraglichen Lösung steht die Schweiz vor der Aufgabe, über eine autonome Regelung betreffend die Zulässigkeit staatlicher Subventionen nachzudenken. Eine solche Regelung sollte vor allem auch kantonale und kommunale Subventionen erfassen. Insofern erscheint eine Orientierung an den Prinzipien des EU-Beihilferechts nicht nur deshalb angezeigt, weil es sich um ein erprobtes und an wechselnde wirtschaftliche Rahmenbedingungen anpassbares Instrumentarium handelt, sondern auch weil dies der Schweiz die Möglichkeit böte, «Äquivalenz» der beiderseitigen Rechtssysteme nachzuweisen und somit mögliche Nachteile ihres Status als Drittstaat auszugleichen.
- 1159 Die Einzelanalysen in Teil 2 der vorliegenden Studie haben gezeigt, dass eine Übernahme des EU-Beihilferechts in vielen Bereichen des schweizerischen Wirtschaftsrechts *keine grundlegenden Änderungen* der bestehenden Praxis mit sich bringen würde. So belegt das Beispiel der erneuerbaren Energien, dass die diesbezüglichen schweizerischen Fördermassnahmen schon tatbe-

---

<sup>41</sup> Avenir Suisse, «Die Schweiz – das Land der Subventionen», 12, <<https://www.avenir-suisse.ch/publication/die-schweiz-das-land-der-subventionen/>>

---

standlich vom Beihilfeverbot nicht erfasst würden. Andere Bereiche – wie etwa die Staatsgarantien für die Kantonalbanken – unterstünden dem Beihilfeverbot zwar grundsätzlich. Insofern besteht aber aufgrund der Anpassung der Geschäftsmodelle der Kantonalbanken an diejenigen der sonstigen Finanzinstitute bereits seit längerem ein interner Druck im Hinblick auf eine Modifikation dieser historisch gewachsenen Strukturen. In wieder anderen Bereichen wie der Unternehmensbesteuerung und dem regionalen Personenverkehr hat die zunehmende Einbindung der Schweiz in internationale bzw. europäische Regelungssysteme in den vergangenen Jahren zu mehr Konvergenz geführt, was sich letztlich auch auf den Bereich des Beihilferechts auswirken würde.

Sollte sich die Schweiz zum Erlass eines Subventionsrechts nach dem Vorbild des EU-Beihilferechts entscheiden, käme der Einführung einer allgemeinen Meldepflicht und – in Entsprechung zur Tätigkeit der Europäischen Kommission – der Einrichtung einer vom Bundesrat und von der Verwaltung unabhängigen Kontrollinstanz (so wie bereits jetzt unter Art. 103 Abs. 2 LFG) entscheidende Bedeutung zu. Damit verbunden wäre ein Systemwechsel von der *ex post* zu einer *ex ante* Überprüfung staatlicher Subventionen. Nach den ermutigenden Erfahrungen mit der Tätigkeit der WEKO im Rahmen des LVA Schweiz-EU liegt es nahe, diese Behörde auch mit darüberhinausgehenden Kontrollbefugnissen und den dazu erforderlichen personellen und finanziellen Ressourcen auszustatten.<sup>42</sup> Schliesslich wäre es wichtig, die Verlautbarungen der WEKO nicht länger als rechtlich unverbindliche Stellungnahmen (wie derzeit unter dem LVA), sondern als verbindliche Entscheide auszugestalten. Entsprechende Verfügungen könnten dann einer gerichtlichen Überprüfung durch das Bundesverwaltungs- bzw. Bundesgericht unterworfen werden.<sup>43</sup> 1160

Trotz der mit einem solchen Schritt verbundenen rechtlichen und politischen Hürden erscheint eine autonome Übernahme des EU-Beihilferechts oder zumindest dessen zentraler Grundsätze volkswirtschaftlich sinnvoll. Ausserdem wäre eine entsprechende Weiterentwicklung des schweizerischen Rechts nicht nur eine Chance zur zeitgemässen Fortschreibung des bereits seit langem an europäischen Standards orientierten Wettbewerbsrechts, sondern auch ein wichtiger Baustein im Hinblick auf eine langfristig ausgerichtete Teilhabe der Schweiz am EU-Binnenmarkt. 1161

---

<sup>42</sup> So bereits OESCH 2013, 1347.

<sup>43</sup> OESCH 2013, 1347.

Staatliche Subventionen spielen sowohl in der Schweiz als auch in der EU eine wichtige Rolle bei der Förderung politischer Kernanliegen und zur Sicherung der Wettbewerbsfähigkeit. Aus volkswirtschaftlicher Perspektive wird allerdings seit langem darauf hingewiesen, dass Subventionen generell mit Fehlanreizen und negativen ökonomischen Effekten einhergehen können. Anders als in der EU sind Subventionen in der Schweiz nur rudimentär geregelt. Die vorliegende Studie untersucht anhand von konkreten Fallbeispielen aus den Bereichen Unternehmensbesteuerung, Staatsgarantien für Banken, regionaler Personenverkehr und erneuerbare Energien, welche Auswirkungen eine Übernahme des EU-Beihilferechts durch die Schweiz mit sich brächte. Diese Fragen sind nicht nur von akademischem Interesse, wird doch im Rahmen der Gespräche mit der EU intensiv über eine – zumindest teilweise Übernahme des EU-Beihilferechts – nachgedacht. Aber auch unabhängig davon ist die Schweiz aufgefordert, über eine Modernisierung ihres Subventionsrechts nachzudenken, wobei sich das EU-Beihilferecht als Inspirationsquelle anbietet.