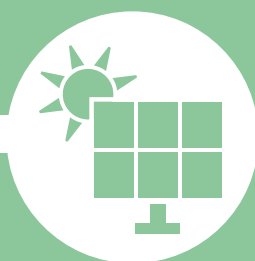


Fatlum Ademi

Fördermassnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien



Rechtsvergleichende Untersuchung
zur Vereinbarkeit ausgewählter
Massnahmen des schweizerischen
Energiegesetzes mit dem
Beihilferecht der EU und dem
Subventionsrecht der WTO

Fördermassnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien

Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur
Vereinbarkeit ausgewählter Massnahmen
des schweizerischen Energiegesetzes mit dem Beihilferecht
der EU und dem Subventionsrecht der WTO

Dissertation
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Fatlum Ademi
von Solothurn SO

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Andreas Heinemann
und
Prof. Dr. Andreas Kellerhals

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 02. April 2025

Der Dekan: Prof. Dr. Thomas Gächter



Fördermassnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien Copyright © by Fatlum Ademi 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.

© 2025 – CC BY-NC-ND

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch), Hirschengraben 56, 8001 Zürich,
eizpublishing@europa-institut.ch

Autor: Fatlum Ademi

ISBN:

978-3-03994-000-4 (Print – Softcover)

978-3-03994-001-1 (Print – Hardcover)

978-3-03994-002-8 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/74WK-4C1M>

Version: 1.01 – 20250523

Die Dissertation wurde publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung.

Die vorliegende Dissertation wurde von Fatlum Ademi eingereicht und am 02. April 2025 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich auf Antrag von Herrn Professor Dr. Prof. Dr. Andreas Heinemann (erster Referent) und Herrn Professor Dr. Andreas Kellerhals (zweiter Referent) genehmigt.

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/foerdermassnahmen-zum-ausbau-der-erneuerbaren-energien/>.

Vorwort und Dank

Die vorliegende Arbeit wurde während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Europa Institut an der Universität Zürich an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich verfasst. Sie wurde als Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich genehmigt. Die einschlägige Literatur, Materialien, Rechtsprechung und die politischen Rahmenbedingungen wurden bis zum Dezember 2024 berücksichtigt.

Ich bin vielen Personen zu grossem Dank verpflichtet. Sie haben auf unterschiedliche und unterstützende Weise dazu beigetragen, diese Arbeit zum Abschluss zu bringen.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Andreas Heinemann, der die Arbeit umsichtig und wohlwollend begleitet hat. Ebenfalls gilt gebührender Dank Prof. Dr. Andreas Kellerhals, der sich bereit erklärt hat, die Zweitbegutachtung zu übernehmen.

Ein besonderer Dank geht an das Europa Institut an der Universität Zürich und meinen direkten Vorgesetzten Dr. Tobias Baumgartner, der es mir ermöglicht hat, durch verschiedene Forschungsaufenthalte im Ausland meine Arbeit zum Abschluss zu bringen, sowie an die Kolleginnen und Kollegen, insbesondere Sophie Tschalèr, die mich stets in meinem Vorhaben unterstützt und motiviert haben und auch bei der Publikation dieser Arbeit umfassend unterstützt haben.

Ein besonderer herzlicher Dank geht an meine Eltern und meine Schwestern, die mich auf dem Weg stets ermutigt haben. Schliesslich danke ich meinen Freunden für die ständige und vorbehaltlose Unterstützung. Sodann jenen, insbesondere Anastasia Kesselmark, die sich Zeit genommen haben, meine Arbeit kritisch durchzusehen und wertvolle Anregungen geliefert haben.

Zürich, April 2025

Fatum Ademi

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
Quellenverzeichnis	XXI
I. Literaturverzeichnis	XXI
II. Materialienverzeichnis	XXXIII
Einleitung	1
I. Fragestellung und Aufbau der Untersuchung	4
II. Ziel der Arbeit	7
III. Methodik	7
Teil 1 – Einführung	9
I. Ausgangslage	9
II. Sind Beihilfen in Bezug auf die Schweiz bedenklich?	10
III. Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz	13
1. Kompetenz der WEKO	19
2. Praxis der WEKO	21
IV. Subventionswettbewerb	23
V. Wettbewerbsrechtliche Wirtschaftsordnung	27
VI. Marktversagen	27
VII. Staatliche Interventionen	29
VIII. Zwischenfazit	30
Teil 2 – Gemeinsame Anknüpfungspunkte	33
I. Rechtliche Grundlagen in der EU	33
1. Energiepolitische Ziele der EU	33
2. Primärrechtliche Grundlagen der erneuerbaren Energien	35
3. Sekundärrechtliche Grundlagen der erneuerbaren Energien	37
II. Rechtliche Grundlagen in der Schweiz	43
1. Energiepolitische Ziele der Schweiz	44
2. Förderung der erneuerbaren Energien auf Bundesebene	45
3. Förderung der erneuerbaren Energien auf kantonaler Ebene	50
III. Exkurs: Funktionsweise des Strommarkts	51
1. Begriffe und Definitionen	52
a) Primärenergie und Sekundärenergie	52
b) Last, Regelleistung und Masseinheiten	53
c) Struktur des Strommarkts	54
2. Akteure des Strommarkts	55
3. Stromhandel und Preisbildung	56
IV. Zwischenfazit	58

Teil 3 – Beihilfen in der EU und Subventionen in der Schweiz	63
I. Beihilfen in der EU	63
1. Grundsätzliches	63
2. Beihilfiebegriff und Prüfschema	64
3. Beihilfetatbestand	67
a) Begünstigung	67
aa) Altmark-Trans-Rechtsprechung	68
bb) Direkte und indirekte Begünstigung	72
cc) Marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber	73
b) Staatlichkeit	74
c) Selektivität	79
d) Wettbewerbsverfälschung	80
e) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	82
f) Freistellung	84
aa) Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung	84
bb) Spürbarkeit und De-minimis	85
cc) Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse	88
g) Ausnahmevervorschriften	91
aa) Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV/Legalausnahmen	93
bb) Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV/Ermessensausnahmen	93
aaa) Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige	94
bbb) Umweltschutzbeihilfen	94
ccc) Sektorspezifische Beihilfen	95
ddd) Prüfschema	96
cc) Ausnahmen nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV/Ausnahmeregelung durch Rat	97
4. Verfahren und Rechtsschutz	97
a) Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze	98
b) Beihilfeverfahren	99
c) Begriffsbestimmung	100
aa) Überprüfung bestehender Beihilfen	101
bb) Laufende Überprüfung	101
cc) Förmliches Prüfverfahren	102
dd) Überprüfung neuer Beihilfen	103
aaa) Anmelde- und Notifizierungspflicht	103
bbb) Vorprüfung neuer Beihilfen	104
ccc) Durchführungsverbot	105
ddd) Förmliches Prüfverfahren	106
ee) Sektoruntersuchung	106
d) Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten	107
aa) Rechtsmittel	108
aaa) Nichtigkeitsklage	108
bbb) Untätigkeitsklage	110
ccc) Vorabentscheidung	111
ddd) Schadenersatzklage	112
eee) Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes	113
fff) Vertragsverletzungsklage	113

e)	Rechtsschutz vor nationalen Gerichten	114
f)	Verbot drittstaatlicher Subventionen	115
5.	Zwischenfazit	119
II.	Subventionen in der Schweiz	120
1.	Wirtschaftsverfassung	120
2.	Der Subventionsbegriff auf Bundesebene	123
3.	Subventionen auf Bundesebene	125
a)	Finanzhilfen	127
b)	Abgeltungen	129
c)	Weitere Subventionsarten	129
4.	Subventionen auf kantonaler Ebene	131
5.	Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen	133
6.	Verfahren und Kontrolle	134
a)	Subventionsvergabe auf Bundesebene und kantonaler Ebene	134
b)	Subventionswiderrufsverfahren und Subventionsrückforderungsverfahren	136
c)	Rückforderung von Finanzhilfen	137
d)	Rechtsschutz	138
7.	Das Energiegesetz	139
a)	Fördermodelle	140
aa)	Modell der Einspeisevergütung	141
bb)	Modell des Investitionsbeitrags und Einmalvergütung	142
cc)	Modell der Marktprämie	143
b)	Im Energiegesetz verankerte Fördermassnahmen	143
aa)	Einspeisevergütung gem. Art. 19 Energiegesetz	143
bb)	Investitionsbeitrag/Einmalvergütung gem. Art. 24 ff. Energiegesetz	147
cc)	Marktprämie gem. Art. 30 Energiegesetz	149
8.	Kantonale Massnahmen	151
9.	Zwischenfazit	156

Teil 4 – Auswirkungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV auf die schweizerischen Fördermassnahmen 159

I.	Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen mit dem EU-Beihilferecht	159
1.	Beurteilung Marktprämie gem. Art. 30 Energiegesetz	160
a)	Anwendungsbereich	162
b)	Begünstigung	163
c)	Zwischenergebnis	168
d)	Staatlichkeit	168
e)	Zwischenergebnis	174
2.	Beurteilung Einspeisevergütung gem. Art. 19 ff. Energiegesetz	176
a)	Anwendungsbereich	177
b)	Begünstigung	177
c)	Zwischenergebnis	180
d)	Staatlichkeit	180
e)	Zwischenergebnis	181

3.	Beurteilung Investitionsbeitrag bzw. Einmalvergütung gem. Art. 24 ff. Energiegesetz	181
a)	Anwendungsbereich	182
b)	Begünstigung	182
c)	Zwischenergebnis	185
d)	Staatlichkeit	185
e)	Zwischenergebnis	192
4.	Beurteilung kantonaler Fördermassnahmen	192
a)	Anwendungsbereich	194
b)	Zwischenergebnis	195
II.	Zwischenfazit	195

Teil 5 – Völkerrechtliche Anknüpfungspunkte 197

I.	Bilaterale Abkommen mit der EU	198
1.	Freihandelsabkommen	200
2.	Landverkehrsabkommen	202
3.	Luftverkehrsabkommen	203
II.	WTO	205
1.	WTO/GATT	206
a)	SCM-Übereinkommen	208
aa)	Finanzielle Beihilfe	210
bb)	Vorteilsgewährung	212
cc)	Spezifität	215
dd)	Verbotene Subventionen	216
ee)	Anfechtbare Subventionen	217
ff)	Nichtanfechtbare Subventionen	218
gg)	Abhilfe- und Ausgleichsmassnahmen	218
b)	GATS/Dienstleistungen	219
2.	Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen mit dem WTO-Recht	220
a)	Einspeisevergütungssystem gemäss Art. 19 EnG	221
aa)	Qualifikation von Elektrizität	222
bb)	Anwendungsbereich	223
cc)	Vorteilsgewährung	224
dd)	Zwischenergebnis	229
ee)	Allfällige Rechtfertigung gem. Art. XX GATT	229
ff)	Zwischenergebnis	232
b)	Zwischenfazit	232
III.	Kompatibilität des EU-Beihilferechts mit dem Subventionsrecht der WTO	233
1.	Überschneidungen	233
2.	Unterschiede	234
3.	Zwischenergebnis	236
IV.	Zwischenfazit	236

Teil 6 – Ergebnisse und Schlussbetrachtungen	239
I. <u>Ergebnisse aus Rechtsvergleich</u>	<u>239</u>
1. <u>Teil 1 und 2</u>	<u>239</u>
2. <u>Teil 3 und 4</u>	<u>241</u>
3. <u>Teil 5</u>	<u>243</u>
II. <u>Schlussbetrachtungen</u>	<u>245</u>
Curriculum Vitae	252

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AB	Appellate Body (engl.)/Berufungsmechanismus der WTO
ABl	Amtsblatt
Abs.	Absatz
aeesuisse	Dachorganisation der Wirtschaft für erneuerbare Energien und Energieeffizienz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft/en
AGVO	Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung
AIG	Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport international de Genève
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
Aufl.	Auflage
BABS	Bundesamt für Bevölkerungsschutz
BAFU	Bundesamt für Umwelt
BAZL	Bundesamt für Zivilluftfahrt
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Entscheidung(en) des Schweizerischen Bundesgerichtes (in der amtlichen Sammlung publiziert)
BG-EE	Bilanzgruppe Erneuerbare Energien
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (SR 173.110)
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02)
Bio.	Billion
BKW	Bernische Kraftwerke
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)

BVerwG	(Deutsches) Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CEEAG	2022 guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy (engl.)/Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 vom 18. Februar 2022 der Europäischen Kommission
CHF	Schweizer Franken
COVID-19	Coronavirus-Krankheit-2019
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
DEA	Direktion für Europäische Angelegenheiten
Diss.	Dissertation
DM	Deutsche Mark
DÖV	Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften
DRAMS	Dynamic Random Access Memories
DSV	Dachverband der Schweizerischen Verteilnetzbetreiber
E.	Erwägung
EAGV	Vertrag über die Europäische Atomgemeinschaft
EC	European Communities (engl.)/Europäische Gemeinschaften
ECC	European Economic Community (engl.)/Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
ECU	European Currency Unit (engl.)/Europäische Währungseinheit der Europäischen Gemeinschaft
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EDI	Eidgenössisches Departement des Innern
EEA	Einheitliche Europäische Rechtsakte
EEG	(Deutsches) Erneuerbare-Energien-Gesetz 2012
EEAG	2014-2020 guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy (engl.)/Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 vom 28. Juni 2014 der Europäischen Kommission
EE-RL	Erneuerbare Energien Richtlinie
EEX	European Energy Exchange

EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EFK	Eidgenössische Finanzkontrolle
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFV	Eidgenössische Finanzverwaltung
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EIV	Einmalvergütung
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EKZ	Elektrizitätswerke des Kantons Zürich
ElCom	Eidgenössische Elektrizitätskommission
EMG	(Abgelehntes) Elektrizitätsmarktgesetz, BBl 1999 7370
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnDK	Konferenz kantonaler Energiedirektoren
EnerG	Energiegesetz Kanton Zürich vom 19. Juni 1983 (Ordnungsnummer 730.1)
EnEV	Energieeffizienzverordnung vom 1. November 2017 (SR 730.02)
EnFV	Energieförderungsverordnung vom 1. November 2017 (SR 730.03)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730)
engl.	Englisch
ENTSO-E	European Network of Transmission System Operators for Electricity (engl.)/Verband Europäischer Übertragungsnetzbetreiber
EnV	Energieverordnung vom 1. November 2017 (SR 730.01)
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EStAL	European State Aid Law Quarterly
et al.	et alia (lat.)/und andere
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Die Zeitschrift für Europarecht
EUR	Euro

EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVS	Einspeisevergütungssystem
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende/fortfolgende
FHA	Freihandelsabkommen vom 22. Juli 1972 (AS 1972 3115)
FHG	Finanzhaushaltgesetz
Fn.	Fussnote
Frankfurt a.M.	Frankfurt am Main
FSR	Foreign Subsidies Regulation (engl.)/Verordnung 2022/2560/ EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABL L 330/1 vom 23. Dezember 2022
GATS	General Agreement on Trade in Services (engl.)/Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (engl.)/Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen
GEAK	Gebäudeenergieausweis der Kantone
GebV-En	Verordnung über die Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich vom 22. November 2006 (SR 730.05)
gem.	gemäss
GewArch	Gewerbearchiv
GmbH	Genossenschaft mit beschränkter Haftung
GOES	Grain Oriented Flat-Rolled Electrical Steel
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (SR 814.20)
GWh	Gigawattstunde
HFM 2015	harmonisiertes Fördermodell der Kantone 2015
HKN	Herkunftsnachweis/e

HKSV	Verordnung über den Herkunftsnachweis und die Stromkennzeichnung
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu
i.d.R.	in der Regel
i.S./i.S.d./i.S.v.	im Sinne, im Sinne des/der, im Sinne von
IEA	Internationale Energie Agentur
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
InstA	Institutionelles Abkommen
IRA	US-Inflation Reduction Act
JIEL	Journal of International Economic Law
JWT	Jahangirs World Times
Kap.	Kapitel
KELS	Klima- und Energielenkungssystem
KEV	Kernenergieverordnung vom 10. Dezember 2004 (SR 732.11)
KG	Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (SR 251)
KMU	Kleine und mittelgrosse Unternehmen
KOM	Europäische Kommission
Kommission	Europäische Kommission
kW	Kilowatt
kWh	Kilowattstunde
LandVA	Landverkehrsabkommen vom 21. Juni 1991 (AS 2002 1649)
lat.	lateinisch
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 24. September 2015 (SR 748.0)
LGeolV	Landesgeologieverordnung vom 21. Mai 2008 (SR 510.624)
lit.	litera
LVA	Luftverkehrsabkommen vom 21. Juni 1991 (AS 2002 1705)
Mio.	Million/en
MJIEL	Manchester Journal of International Economic Law
Mrd.	Milliarde/n
MuKE	Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich

MW	Megawatt
MWh	Megawattstunde
MWStG	Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (SR 641.20)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer/n
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
o.Ä.	oder Ähnliche/s
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development (engl.)/Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OPA	Ontario Power Authority
OTC	Over the Counter
RdE	Recht der Energiewirtschaft
RED	Renewable Energies Directive (engl.)/Erneuerbare-Energien-Richtlinie
RL	Richtlinie
Rp.	Rappen
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
Rs.	Rechtssache
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
RVOV	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 (SR 172.010.1)
Rz.	Randziffer/n
SATW	Schweizerische Akademie der Technischen Wissenschaften
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SCM-Übereinkommen	Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, Anhang 1 – Anhang 1A des GATT 1994
SDL	Systemdienstleistungen des Netzbetreibers Swissgrid
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
SJER	Swiss Journal of Educational Research
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz

sog.	sogenannt/e
SR	Systematische Rechtssammlung
SRIEL	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
StromEG	Deutsches Stromeinspeisungsgesetz vom 19. Juli 1994
StromVG	Stromversorgungsgesetz vom 23. März 2007 (SR 734.7)
StromVV	Stromversorgungsverordnung vom 14. März 2008 (SR 734.71)
SuG	Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (SR 616.1)
SUR	Schriften zum Umweltenergierecht
SVP	Schweizerische Volkspartei
swenex	swiss energy exchange
SZW	Schriften zum Energierecht
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaft- und Finanzmarktrecht
THG	Treibhausgas/e
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
UK	United Kingdom (engl.)/Vereinigtes Königreich
UNFCCC	United Nations Framework Convention on Climate Change (engl.)/Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen
UREK	Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie
US/USA	United States of America (engl.)/Vereinigte Staaten von Amerika
UVEK	Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation
VBS	Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
vgl.	vergleiche
VSE	Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen
VVO	Verordnung 2015/1589/EU des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Durchführungsverordnung

VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
WEKO	Wettbewerbskommission
WPEG	Bundesgesetz über die Wehrpflichtersatzabgabe vom 12. Juni 1959 (SR 661)
WRG	Wasserrechtsgesetz vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80)
WTO	World Trade Organization (engl.)/Welthandelsorganisation
WTR	World Trademark Review
z.B.	zum Beispiel
ZH	Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht

Quellenverzeichnis

Literaturverzeichnis

- ADEMI FATLUM et al., in: KELLERHALS ANDRES/TRÜTEN DIRK (Hrsg.), Subventionen in der Schweiz Implikationen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in ausgewählten Sektoren, Zürich 2023 (zit.: ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz).
- ADEMI FATLUM/KRATZ BRIGITTA, Energie, in: KELLERHALS ANDREAS/BAUMGARTNER TOBIAS (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz-EU, Überblick und Kommentar 2023/2024, Zürich 2024, 158 ff. (zit.: ADEMI/KRATZ).
- ALTROCK MARTIN, Subventionierende Preisregelungen: Die Förderung erneuerbarer Energieträger durch das EEG, Schriftenreihe Energie- und Infrastrukturrecht, Band 1, 2002 (zit.: ALTROCK).
- BAER ARNT, Abnahmepflichten und Vergütungspflichten in der Energiewirtschaft, Gemeinschaftsrechtliche und Verfassungsrechtliche Problemstellungen, Diss., Frankfurt a.M. 2008 (zit.: BAER).
- BANFI FROST SILVIA/MINSCH JÜRG, Wie soll Strom aus erneuerbaren Energien gefördert werden?, Schweizerische Akademie der Technischen Wissenschaften (SATW), 2012 (zit.: BANFI/MINSCH).
- BARTHOLET OLIVER, WTO und Steuern: Interdependenzen von WTO-Grundprinzipien und nationalem Steuer- und Abgaberecht, Archiv für Schweizerisches Abgaberecht (ASA) 72, 337 ff. (zit.: BARTHOLET).
- 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).
- BAUMANN PHIL, Können Investitionskontrollen für gleich lange Spiesse sorgen?, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), 2021, 73 ff. (zit.: BAUMANN).
- BEHLAU VOLKER, Die Förderung der Stromerzeugung aus Erneuerbaren Energien auf dem Prüfstand des europäischen Beihilfenrechts, in: SCHULZE-FIELITZ HELMUTH/MÜLLER THOMAS (Hrsg.), 20 Jahre Recht der erneuerbaren Energien, Schriften zum Umweltenergie recht (SUR), Band 10, 2012, 336 (zit.: BEHLAU).
- BIAGGINI GIOVANNI et al., Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Basel 2016 (zit.: BIAGGINI et al., Wirtschaftsverwaltungsrecht).
- BIAGGINI GIOVANNI, BV, Orell Füssli Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit.: BIAGGINI, Art. XX, N YY).

- BIGDELI SADEQ Z., Resurrecting the Dead? The Expired Non-Actionable Subsidies and the Lingering Question of 'Green Space', *Manchester Journal of International Economic Law (MJEL)*, 2011, 2 ff. (zit.: BIGDELI *Green Space*).
- 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* 2013, 171 ff. (zit.: BLAUBERGER/KRÄMER).
- 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. (zit.: BLECKMANN/KOCH).
- BORER JÜRG, Spruchpraxis zum EU-Wettbewerbsrecht (2022), *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SRIEL)*, Band 1, 2023, 129 ff. (zit.: BORER).
- BREITENMOSER STEPHAN/WEYENETH ROBERT, *Europarecht unter Einbezug des Verhältnisses Schweiz-EU*, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit.: BREITENMOSER/WEYENETH).
- 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 – Rechtssetzungslehre; 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, Diss., Zürich 2016 (zit.: BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit).
- BUTLER JANET KERSTIN/BÄRENBRINKER VERENA ANNE, Die Rechtsprechung der Europäischen Gerichte auf dem Gebiet des Beihilferechts in den Jahren 2015 bis 2017 (Teil 1), *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (EWS)*, 2018, 131 ff. (zit.: BUTLER/BÄRENBRINKER).
- CALLIES CHRISTIAN, Umweltrecht und Klimarecht der Europäischen Union (EU) – Kompetenzen, Leitprinzipien und Regelungsstrategien im europäischen Umweltverband, in: CALLIES CHRISTIAN (Hrsg.), *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Nr. 137, Berlin 2022 (zit.: CALLIES, in: *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*).
- CAMENISH LIVIA, Klima- und Energielenkungssystem, Normative Überlegungen zu Art. 131a E-BV, in: ABEGG ANDREAS et al. (Hrsg.), *Schriften zum Energierecht*, Band 3, Zürich 2019 (zit.: CAMENISCH).
- CELIK HÜSEYİN, Die Einspeisung netzgebundener Energie gemäss Art. 15 EnG, *AJP* 2020 (zit.: CELIK).
- CHABENET ALEXANDRE, Les Aides d'État aux Banques Cantonales, *Jusletter*, 7. Februar 2022 (zit.: CHABENET).

- CHARNOVITZ STEVE/FISCHER CAROLYN, Canada – Renewable Energy: Implications for WTO Law on Green and Not-So-Green Subsidies, *World Trademark Review (WTR)* 2015, 177 ff. (zit.: CHARNOVITZ/FISCHER).
- COLLINS-WILLIAMS TERRY/SALEMEBIER GERRY, International Disciplines on Subsidies: The GATT, the WTO and the Future Agenda, *Jahangir's World Times (JWT)*, 1996, 5 ff. (zit.: COLLINS-WILLIAMS/SALEMEBIER).
- COPPENS DOMINIC, WTO Disciplines on Subsidies and Countervailing Measures: Balancing Policy Space and Legal Constraints, Cambridge 2014 (zit.: COPPENS).
- COSBEY AARON/MAVROIDIS PETROS C., A Turquoise Mess: Green Subsidies, Blue Industrial Policy and Renewable Energy: The Case for Redrafting the Subsidies Agreement of the WTO, *Journal of International Economic Law (JIEL)*, 2014, 11 ff. (zit.: COSBEY/MAVROIDIS).
- DABBAH MAHER, *International and Comparative Competition Law*, Cambridge 2010 (zit.: DABBAH).
- Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, in: EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), 3. Aufl., St. Gallen 2014 (zit.: St. Galler Kommentar, BEARBEITER/IN, Art. XX N YY).
- DRYSCH MICHAEL/ROSARIUS LOTHAR, *Investitionen in erneuerbare Energien*, Bonn 2013 (zit.: DRYSCH/ROSARIUS).
- EHLERMANN CLAUS-DIETER/GOYETTE MARTIN, The Interface between EU State Aid Control and the WTO Disciplines on Subsidies, *European State Aid Law Quarterly (ES-tAL)*, 2006, 695 ff. (zit.: EHLERMANN/GOYETTE).
- 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 (zit.: EPINEY/METZ).
- ERK CLAUDIA, *Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht*, Baden-Baden 2008 (zit.: ERK).
- EUV/AEUV, mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, in: CALLIESS CHRISTIAN (Hrsg.), 6. Aufl., München 2021 (zit.: Kommentar EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- 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, Diss., Bern 2014 (zit.: FÖHSE).
- FRENZ WALTER, *Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilfe- und Vergaberecht*, 2. Auflage, Berlin 2006 (zit.: FRENZ, *Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht*).
- FRENZ WALTER, *Handbuch Europarecht, Band 3 Beihilferecht*, 2. Auflage, Berlin 2006 (zit.: FRENZ, *Handbuch*).

- GIENSCH ANNABEL, Umweltschutzbeihilfen im Spannungsfeld zw. Wettbewerb und Umweltschutz, Diss., Hamburg 2000/2001 (zit.: GIENSCH).
- GRABMAYER 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 (zit.: GRABMAYER et al.).
- GRAEBER DIETMAR RICHARD, Handel mit Strom aus erneuerbaren Energien, Wiesbaden 2014 (zit.: GRAEBER).
- GRAVE CARSTEN, Der Begriff der Subvention im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen, Berlin 2002 (zit.: GRAVE).
- GUNDEL JÜRG, Europäisches Energierecht, in: DANNER WOLFGANG/THEOBALD CHRISTIAN (Hrsg.), Energierecht, Band 2, München, 2016, Kap. IV, N 79 ff. (zit.: GUNDEL).
- GÜNPINAR ENGİN, Die Umsetzung der verfeinerten wirtschaftlichen Betrachtungsweise der Europäischen Kommission in den EU-Beihilferegeln, Baden-Baden 2018 (zit.: GÜNPINAR).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016 (zit.: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN).
- HEIDENHAIN MARTIN et al., in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (HEIDENHAIN et al.).
- HEINEMANN ANDREAS, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, in: FAHRLÄNDER LUKAS/HEIZMANN RETO A. (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung (APARIUZZ, Band 15), Zürich/St. Gallen 2013 (zit.: HEINEMANN).
- HESELHAUS SEBASTIAN/CUCÈ TANIA, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Energierecht, in: EPINEY ASTRID/HEINEMANN LENA (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Zürich/Basel/Genf/Bern 2018, 231 ff. (zit.: HESELHAUS/CUCÈ).
- HESKAMP DIETER, Die Vereinbarkeit allgemeiner und horizontaler Beihilfen und Beihilferegulungen mit Art. 87 EGV, 2001 (zit.: HESKAMP).
- HIRSBRUNNER SIMON, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Jusletter, 13. März 2023 (zit.: HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz).
- HORLICK GARY N./CLARKE PEGGY A., The 1994 WTO Subsidies Agreement, World Competition, 1993, 41. ff. (zit.: HORLICK/CLARKE).
- JAAG TOBIAS/HÄNNI JULIA, Europarecht: Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009 (zit.: JAAG/HÄNNI).
- JACKSON JOHN H., World Trade and The Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade, Indianapolis 1969 (zit.: JACKSON, GATT).
- JACKSON, JOHN H., The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations 2. Auflage, Cambridge 1997 (zit.: JACKSON, World Trading System).

- JACOBS MAX, Europäischer Emissionshandel, Erneuerbare-Energien-Gesetz und das Recht der Umweltbeihilfen, Plädoyer für einen „more environmental approach“ im EU-Wettbewerbsrecht, Schriften des Europa-Instituts der Universität des Saarlandes – Rechtswissenschaft, Diss., Saarbrücken 2016 (zit.: JACOBS).
- JAGMETTI RICCARDO, Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Basel 2005 (zit.: JAGMETTI).
- JIROUSEK ADAM, Die subventionsrechtlichen Systeme der Welthandelsorganisation, der Europäischen Gemeinschaft und der Nordamerikanischen Freihandelszone: Einfluss der Qualität der überstaatlichen Rechtsordnungen auf die Ausgestaltung des Subventionsschutzes, Baden-Baden 2007 (zit.: JIROUSEK).
- KENT AVIDAN/JHA VYOMA, Keeping Up with the Changing Climate: The WTO's Evolutive Approach in Response to the Trade and Climate Conundrum: A Comment on Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Sector, The Journal of World Investment & Trade, 2014, 245 ff. (zit.: KENT/JHA).
- KINGSTON SUZANNE, Greening EU Competition Law and Policy, Cambridge 2012 (zit.: KINGSTON).
- KIRCHNER CHRISTIAN, Reconceptualizing competition and competition policy in a new institutional economics -perspective, in: NEUMANN MANFRED/WIEGAND JÜRGEN (Hrsg.), The International Handbook of Competition, 2. Aufl., Cheltenham 2013, 221 ff. (zit.: KIRCHNER).
- 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, Köln/Berlin 2020, 541 ff.
- KÖKE JANNA, Kommunale Unternehmen in Europa, Diss., Baden-Baden 2015 (zit.: KÖKE).
- Kommentar zu Artikel 49 EUV, Europäisches Unionsrecht, in: GROEBEN HANS VON DER/SCHWARZE JÜRGEN/HATJE ARMIN (Hrsg.), Baden-Baden 2015 (zit.: Kommentar Europäisches Unionsrecht-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- Kommentar zu EUV und AEUV, unter Berücksichtigung der österreichischen Judikatur und Lehre, in: JAEGER THOMAS/STÖGER KARL (Hrsg.), 10. Ausgabe, Wien 2024 (zit.: EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- 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 Europäischen und Deutschen Kartellrecht (Wettbewerbsrecht), Band 5 Beihilfenrecht, in: IMMENGA ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, 6. Aufl., 2022 (zit.: Europäisches und Deutsches Kartellrecht-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- KÖNIG CHRISTIAN/KÜHLING JÜRGEN/RITTER NICOLAI, EG-Beihilfenrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2005 (zit.: KÖNIG/KÜHLING/RITTER).

- KRAUSSER HANS-PETER, Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrags, Berlin 1991 (zit.: KRAUSSER).
- KRÖGER JAMES, Schriften zum Umweltenergierecht, 19, Die Förderung erneuerbarer Energien im Europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt, Binnenmarktintegration erneuerbarer Energien durch Europäisierung nationaler Fördersysteme, Baden-Baden 2015 (zit.: KRÖGER).
- Kurzkommentar zum EUV/AEUV, Band 57, in: STREINZ RUDOLF/MICHL WALTHER, 3. Aufl. 2018 (zit.: Kurzkommentar EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX N YY).
- LANGEN EUGEN/BUNTE HERMANN-JOSEF, Kommentar Kartellrecht, 14. Aufl. 2021 (zit.: LANGEN/BUNTE, KARTELLRECHT-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- LANGER LORENZ, Staatsvertragsreferendum und Bilaterale Verträge, in: GLASER ANDREAS/LANGER LORENZ (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, 2015, 21 (zit.: GLASER, Staatsvertragsreferendum).
- LAPRÉVOTE FRANÇOIS-CHARLIES, A Missed Opportunity? State aid Modernization and Effective Third Parties Rights in State aid Proceedings, European State Aid Law Quarterly (EStAL), 2014, 426 ff. (zit.: LAPRÉVOTE).
- LEHNERT WIELAND/VOLLPRECHT JENS, Neue Impulse von Europa: Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie der EU, Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), 2009, 307 ff. (zit.: LEHNERT/VOLLPRECHT).
- LÜBBIG THOMAS/MARTIN-EHLERS ANDRÉS, Beihilfenrecht der EU, Das Recht der Wettbewerbsaufsicht über staatliche Beihilfen in der Europäischen Union, 2. Aufl., München 2009 (zit.: LÜBBIG/MARTIN-EHLERS, Beihilfenrecht).
- LUDWIGS MARKUS, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, zugleich Band 5 der Enzyklopädie Europarecht, in: RUFFERT MATTHIAS et al. (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2020 (zit.: LUDWIGS).
- LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID GUSTAVO E., Conflicts Between the Disciplines of EC State Aids and WTO Subsidies: Of Books, Ships and Aircraft, European Foreign Affairs Review, 2008, 1 ff. (zit.: LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID).
- MARTIN STEPHEN, Globalization and the natural limits of competition, in: NEUMANN MANFRED/WIEGAND JÜRGEN (Hrsg.), The International Handbook of Competition, 2. Aufl., Cheltenham 2013, 4 ff. (zit.: MARTIN).
- MAYORAZ JEAN-FRANÇOIS, Staatliche Beihilfen in den Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Diss., Zürich 2018 (zit.: MAYORAZ).
- 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 (zit.: MÖLLER).

- MÖLLER FABIAN/BAUMANN CLAUDIA, Abwicklung KEV – Einführung EVS, in: HESELHAUS SEBASTIAN/SCHREIBER MARKUS (Hrsg.), Energierechtstagung 2019, Schriften zum Energierecht (SzE), Band 12, Zürich/St. Gallen 2019, 99 ff. (zit.: MÖLLER/BAUMANN).
- MORGENBESSER MISCHA, Die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG, Jusletter, 9. April 2018 (zit.: MORGENBESSER).
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit.: MÜLLER/SCHEFER).
- MÜLLER-TERPITZ RALF/OUERTANI WIAM, Das EEG 2014 im Licht des EU-Beihilfenrechts, Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft (EnWZ), 2016, 536 ff. (zit.: MÜLLER-TERPITZ/OUERTANI).
- Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Beihilfen- und Vergaberecht, Band 3, in: MONTAG FRANK/SÄCKER FRANZ JÜRGEN (Hrsg.), 4. Aufl., München 2022 (zit.: Beihilfen- und Vergaberecht-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- NETTESHEIM MARTIN, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: HRBEK RUDOLF/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Schriftenreihe des Europäischen Zentrums für Föderalismus-Forschung, Band 25, Baden-Baden 2002, 39 ff. (zit.: NETTESHEIM).
- NEUMANN MANFRED, Competition policy, History, theory and practice, Cheltenham 2003 (zit.: NEUMANN).
- 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).
- NOWAK CARSTEN, Vertragsverletzungsverfahren, in: HATJE et al. (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht, 2. Aufl., zugleich Enzyklopädie Europarecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021, § 10 (zit.: NOWAK, § XX N YY).
- OESCH MATTHIAS, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 2013, 1337 ff. (zit.: OESCH, Disziplinierung).
- OESCH MATTHIAS, Die bilateralen Abkommen Schweiz-EU und die Übernahme von EU-Recht, AJP 2017, 638 ff. (zit.: OESCH, Die bilateralen Abkommen).
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung. Zur Dogmatisierung der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habilitationsschrift, Bern 2008 (zit.: OESCH, Differenzierung und Typisierung).
- OESCH MATTHIAS, Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, Zürich 2020 (zit.: OESCH Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug).

- OESCH MATTHIAS, Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer, in: DUTOIT BERNARD et al. (Hrsg.), Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), Band 131, Heft 3, 2012, 255 ff. (zit.: OESCH, Wirtschaftsteilnehmer).
- OPILIO ANTONIUS, 1000 Fragen und Antworten zum Europarecht, Dornbirn 2004 (zit.: OPILIO).
- OVERKAMP PHILIPP/BRINKSCHMIDT JOHANNES, Der Beihilfenbegriff im Wandel: Die Entscheidung des EuGH zum EEG 2012 als Wendepunkt der «Beihilfenpolitik»? , Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften (DÖV), 2019, 868 ff. (zit.: OVERKAMP/BRINKSCHMIDT).
- PAPENKORT KATJA/WELLERSHOFF JAN-KRISTOF, Der Energietitel im Vertrag von Lissabon, Recht der Energiewirtschaft (RdE), 2010, 77 ff. (zit.: PAPENKORT/WELLERSHOFF).
- PECHSTEIN MATTHIAS/GÖRLITZ NIKLAS, EU-Prozessrecht, Mit Aufbaumustern und Prüfungsübersichten, 4. Aufl., Tübingen 2011 (zit.: PECHSTEIN /GÖRLITZ).
- PIEPER STEFAN ULRICH, Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an Umweltsonderabgaben unter Berücksichtigung ihres Aufkommens, Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften (DÖV), 1996, 232 ff. (zit.: PIEPER).
- PITSCHAS CHRISTIAN, Das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, in: PRIESS HANS-JOACHIM /BERRISCH GEORG M. (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, 429ff. (zit.: PITSCHAS).
- PLOURDE ANDRÉ, Canada's International Obligations in Energy and the Free-Trade Agreement with the United States, Jahangir's World Times (JWT), 1990, 35 ff. (zit.: PLOURDE).
- POMANA ANDREA, Förderung Erneuerbarer Energien in Deutschland und im Vereinigten Königreich im Lichte des Europäischen Wirtschaftsrechts, Baden-Baden 2011 (zit.: POMANA).
- PORRETI PIETRO, Waiting for Godot: Subsidy disciplines in services trade, in PANIZZON MARION et al. (Hrsg.), GATS and the Regulation of International Trade in Services, Cambridge 2008, 466 ff. (zit.: PORRETI).
- Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, in: WALDMANN BERNHARD/KRAUSKOPF PATRICK (Hrsg.), 3. Aufl., Zürich 2023 (zit.: Praxiskommentar 3. Aufl. VwVG-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- RECHSTEINER STEFAN, Rechtsfragen des liberalisierten Strommarktes in der Schweiz: mit Blick nach Europa insbesondere Deutschland und Österreich, Zürich 2001 (zit.: RECHSTEINER).
- 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 (zit.: REICH).
- RICHLI PAUL, Zum rechtlichen Gehalt und zur Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips, ZSR 2007, 47 ff. (zit.: RICHLI).

- RENFER STEFAN, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesetz, Jusletter, 14. März 2022 (zit.: RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesetz).
- RESCH GERALD et al., Assessment and optimisation of renewable energy support schemes in the European electricity market: Recommendations for implementing effective and efficient renewable electricity policies, Wien 2007 (zit.: RESCH et al.).
- RHINOW RENÉ, Wesen und Begriff der Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, Basel/Stuttgart 1971 (zit.: RHINOW, Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung).
- RIVERS RICHARD R./GREENWALD JOHN D., The Negotiation of a Code on Subsidies and Countervailing Measures: Bridging Fundamental Policy Differences, Law and Policy in International Business 1979, 1447 ff. (zit.: RIVERS/GREENWALD).
- RODI MICHAEL, Die Subventionsrechtsordnung: Die Subventionen als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht, Tübingen 2000 (zit.: RODI).
- RUBINI LUCA, Ain't Waistin' Time No More: Subsidies for Renewable Energy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform, Journal of International Economic Law (JIEL), 2012, 525 ff. (zit.: RUBINI, Policy Space).
- RUBINI LUCA, The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective, Oxford 2009 (zit.: RUBINI, Definition of Subsidy and State Aid).
- RUBINI LUCA, The wide and the narrow gate: Benchmarking in the SCM Agreement after the Canada-Renewable Energy/FIT Ruling, World Trademark Review (WTR), 2015, 211 ff. (zit.: RUBINI, Benchmarking).
- RUGE REINHARD, Deutsches Stromeinspeisungsgesetz enthält keine Beihilferegelung, Anmerkung zum Urteil PreussenElektra, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2001, 242 (zit.: RUGE).
- RUSCHE TIM MAXIAN, EU Renewable Electricity Law and Policy: From National Targets to a Common Market, Cambridge 2015 (zit.: RUSCHE).
- RUTZ SAMUEL, Avenir Suisse, Die Schweiz – das Land der Subventionen, Braucht die Schweiz eine Subventionsbremse?, 2022 (zit.: RUTZ, Das Land der Subventionen).
- SANCHEZ RYDELSKI MICHAEL, Handbuch EU Beihilferecht, Baden-Baden 2003 (zit.: SANCHEZ RYDELSKI).
- SCHAEFER JAN PHILIPP, Das Regulierungskonzept des EEG 2017 und des Windenergieauf-See-Gesetzes, Teil II: Regulierungsebenen und Regulierungsinstrumente des reformierten Erneuerbare-Energien-Rechts, Gewerbearchiv (GewArch), München 2017, S. 401 (zit.: SCHAEFER).
- SCHLACKE SABINE/KRÖGER JAMES, Die Privilegierung stromintensiver Unternehmen im EEG, eine unionsrechtliche Bewertung der besonderen Ausgleichsregelung (§§ 40 ff. EEG), NVwZ 2013, 313 ff. (zit.: SCHLACKE/KRÖGER).

- SCHLEINIGER RETO/BETZ REGINA/WINZER CHRISTIAN, Strommarkt Schweiz, in: ABEGG ANDREAS et al. (Hrsg.), Schriften zum Energierecht, Zürich 2019, 15 ff. (zit.: SCHLEINIGER/BETZ/WINZER, Strommarkt Schweiz).
- SCHMIDT-PREUSS MATTHIAS, in: HENDLER REINHARD et al. (Hrsg.), Energierecht zwischen Umweltschutz und Wettbewerb, Umwelt- und Technikrecht, Band 61, 2002, 27 ff. (zit.: SCHMIDT-PREUSS).
- SCHNEIDER JENS-PETER, Technologieförderung durch eingerichtete Märkte: Erneuerbare Energien, in: EIFERT MARTIN/HOFFMANN-RIEM WOLFGANG (Hrsg.), Innovationsfördernde Regulierung, Innovation und Recht II, 2009 Berlin, 257 ff. (zit.: SCHNEIDER).
- 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/HEHEMANN/ZLATESCU (Hrsg.), Swiss Journal of Educational Research (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, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2019, 594 ff. (zit.: SEITZ/BERNE, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU).
- SHADIKHODJAEV SHERZOD, Renewable Energy and Government Support: Time to 'Green' the SCM Agreement?, World Trademark Review (WTR), 2015, 479 ff. (zit.: SHADIKHODJAEV).
- SINNAEVE ADINDA, § 32, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (zit.: SINNAEVE).
- SLOTBOOM MARCO M., Subsidies in WTO Law and EC Law: Broad and Narrow Definitions, Jahangir's World Times (JWT), 2002, 517 ff. (zit.: SLOTBOOM).
- 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 (zit.: SMITH).
- SOLTÉSZ ULRICH, § 43, in: HEIDENHAIN MARTIN (Hrsg.), Handbuch des europäischen Beihilfenrechts, München 2003 (zit.: SOLTÉSZ § XX N XX).
- SOLTÉSZ ULRICH/HELLSTERN MARA, Mittelbare Beihilfen – Indirekte Begünstigungen im EU-Beihilferecht, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2013, 481 ff. (zit.: SOLTÉSZ/HELLSTERN).
- STEGER DEBRA P., The Subsidies and Countervailing Measures Agreement: Ahead of its Time or Time for Reform?, Jahangir's World Times (JWT), 2010, 779 ff. (zit.: STEGER).
- STUMPF GERRIT HELLMUTH, Forum: 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, Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (EurUP), 2016, 223 ff. (zit.: STUMPF).
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Recht Schweiz-EU, Systematische Darstellung in Text und Tafeln, Zürich/St. Gallen 2012 (zit.: TOBLER/BEGLINGER, Systematische Darstellung).
- TRAPP PATRICIA, Chinesische Staatsunternehmen – Eine Herausforderung für das europäische Wettbewerbsrecht?, ZEuS 2020, 327 ff. (zit.: TRAPP, Chinesische Staatsunternehmen).
- TSCHANNEN PIERRE et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2009 (zit.: TSCHANNEN et al.).
- VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER/LEHNE JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Grundzüge des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, 4. Aufl., Bern 2006 (zit.: VALLENDER/HETTICH/LEHNE).
- 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 (zit.: VEDDER et al.).
- VOGEL LOUIS, European state aid law, Paris/Bruxelles 2017 (zit.: VOGEL).
- VON HAYEK FRIEDRICH AUGUST, The constitution of liberty, The definite edition, London/New York 2011 (zit.: VON HAYEK).
- VON WALLENBERG GABRIELA/SCHÜTTE MICHAEL, Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, Kommentar, in: GRABITZ EBERHARD/HILF MEINHARD/NETTESHEIM MARTIN (Hrsg.), 81. Aufl., München 2024 (zit.: GRABITZ/HILF/NETTESHEIM EUV/AEUV-BEARBEITER/IN, Art. XX, N YY).
- VON WINTERFELD ACHIM, Möglichkeiten der Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes im europäischen Gemeinschaftsrecht, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1988, 1409 ff. (zit.: VON WINTERFELD).
- WEBER ROLF H., Förderung erneuerbarer Energien im Lichte des internationalen Wirtschaftsrechts, Jusletter, 27. Oktober 2014 (zit.: WEBER, Förderung erneuerbarer Energien).
- WECK THOMAS/REINHOLD PHILIPP, Europäische Beihilfenpolitik und völkerrechtliche Verträge, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), 2015, 376 ff. (zit.: WECK/RHEINHOLD).
- 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. (zit.: WEISS).
- 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. (zit.: WIEDERKEHR/RICHLI).
- WILLI GERO/WILLI YASEMINE/PÜTZ MARCO, Wasserkraftnutzung in der Schweiz und ihre Perspektiven, in: BECKER SÖREN/KLAGGE BRITTA/NAUMANN MATTHIAS (Hrsg.), Energiegeographie, Stuttgart 2021, 223 ff. (zit.: WILLI/WILLI/PÜTZ).
- WITTHOHN ALEXANDER, Förderregelungen für erneuerbare Energien im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, Reihe Umweltrecht und Umweltpolitik, Band 16, 2005 (zit.: WITTHOHN).
- WÜRFEL PHILIP, Unter Strom, Die neuen Spielregeln der Stromwirtschaft, 2. Aufl., Wiesbaden 2017 (zit.: WÜRFEL).
- ZAMPETTI AMERICO BEVIGLIA, The Uruguay Round Agreement on Subsidies: A Forward-Looking Assessment, Jahangir's World Times (JWT), 1995, 5 ff. (zit.: ZAMPETTI).

Materialienverzeichnis

Materialien EU

Aktionsplan der Kommission zu staatlichen Beihilfen – Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilferechts 2005-2009, KOM(2005), 107 final (zit.: Aktionsplan, KOM(2005) 107).

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 (zit.: Kommission, 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).

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 (zit.: Kommission, Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Massnahmen betreffend Postdienste, ABl C 39 vom 6. Februar 1998).

Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, ABl C 312 vom 23. November 1995, 8 (zit.: Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, ABl C 312 vom 23. November 1995).

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 (zit.: Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016).

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 (zit.: 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).

Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Endgültiger Bericht – Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge für Verbraucher, KOM(2022) 19 endgültig, abrufbar unter: <https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-01/internet-of-things_final_report_2022_de.pdf> (zit.: Endgültiger

- Bericht – Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge für Verbraucher, vom 20. Januar 2022).
- 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>> (zit.: Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2010 vom 25. Februar 2020).
- Bericht der Kommission, Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung über Kapazitätsmechanismen, vom 30. November 2016, KOM(2016) 752 endgültig (zit.: Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung über Kapazitätsmechanismen, vom 30. November 2016).
- Bericht des Europäischen Rechnungshofes, Die Reaktion der EU auf Chinas staatlich gelenkte Investitionsstrategie, abrufbar unter: <https://www.eca.europa.eu/Lists/CADocuments/RW20_03/RW_EU_response_to_China_DE.pdf> (zit.: Bericht des Europäischen Rechnungshofes, Die Reaktion der EU auf Chinas staatlich gelenkte Investitionsstrategie).
- Bericht Europäisches Parlament über die Wettbewerbspolitik – Jahresbericht 2023, vom 18. Dezember 2023 (zit.: Plenarsitzungsdokument, Wettbewerbspolitik, Jahresbericht 2023).
- Beschluss 2012/21/EU 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 (zit.: Beschluss 2012/21/EU 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).
- Beschluss 2015/1585/EU der Kommission über die Beihilferegelung SA.33995 (ex 2013/NN) [Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen] vom 25. November 2014, ABl L 250/122 vom 25. September 2015 (zit.: Beschluss der Kommission über die Beihilferegelung Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen vom 25. November 2014).
- Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 1. Februar 1993 über ein Gemeinschaftsprogramm für Umweltpolitik und Massnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung – Ein Programm der Europäischen Gemeinschaft für Umweltpolitik und Massnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung, ABl C 138 vom 17. Mai 1993, 1 (zit.: Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 1. Februar 1993

über ein Gemeinschaftsprogramm für Umweltpolitik und Massnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung – Ein Programm der Europäischen Gemeinschaft für Umweltpolitik und Massnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung, ABL C 138 vom 17. Mai 1993).

Europäische Union, Beihilfeanzeiger, abrufbar unter: <https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-663_de.htm> (zit.: EU-Beihilfeanzeiger).

Europäisches Parlament, Energiebinnenmarkt, von April 2024, abrufbar unter: <[Energiebinnenmarkt | Kurzdarstellungen zur Europäischen Union | Europäisches Parlament](#)> (zit.: Europäisches Parlament, Energiebinnenmarkt).

Europäisches Parlament, Neue Energiestrategie für Europa 2011-2020, Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 25. November 2010 zu dem Thema «Weg zu einer neuen Energiestrategie für Europa 2011-2020», p7 TA(2010)0441 (zit.: Neue Energiestrategie für Europa 2011-2020).

Europäisches Parlament, Schriftliche Anfrage E-2718/00 von Christopher Huhne (ELDR) an die Kommission, 1. September 2000, betrifft: Startbeihilfe für das Flugzeug A3XX von Airbus Industries, ABL C 2001/113E, 157 (zit.: Schriftliche Anfrage HUHNE).

Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vom 21. Mai 2003, KOM(2003) 270 endgültig, (zit.: Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vom 21. Mai 2003, KOM(2003) 270 endgültig).

KHALE CHRISTIAN, Mehr Spielraum für die Förderung erneuerbarer Energien, abrufbar unter: <<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/eugh-c-405-16-eeg-umlage-keine-beihilfe-erneuerbare-energien-kommentar/>> (zit.: KHALE, Mehr Spielraum für die Förderung erneuerbarer Energien).

Klima- und Energiepaket der EU: Emissionshandel, Effort Sharing, Erneuerbare, CCS, Veröffentlichungsbedürftige Rechtsakte, die in Anwendung des EG-Vertrags/Euratom-Vertrags erlassen wurden, ABL L 140 vom 5. Juni 2009 (zit.: Klima- und Energiepaket).

Kommission, Agenda 2000 – Eine stärkere und erweiterte Union, KOM(97) 2000 final, Vol. 1, vom 15. Juli 1997, abrufbar unter: <https://eur-lex.europa.eu/re-source.html?uri=cellar:80958a30-795a-4152-99a5-cf86f455a211.0004.01/DOC_1&format=PDF> (zit.: Kommission, Agenda 2000 – Eine stärkere und erweiterte Union, KOM(97) 2000 final, Vol. 1).

Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Bericht über die Folgenabschätzung (Zusammenfassung), Begleitunterlage zur Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Folgenabschätzung, Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, vom 5. Mai 2021, KOM(2021) 223 endgültig (zit.: Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Bericht über die Folgenabschätzung (Zusammenfassung), Begleitunterlage zur Arbeitsunterlage der Kom-

- missionsdienststellen Folgenabschätzung, Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, vom 5. Mai 2021).
- Kommission, Aufstellung von State Aid Legislation, abrufbar unter: <http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/index_de.html> (zit.: Kommission, Aufstellung von State Aid Legislation).
- Kommission, Die Prioritäten der Europäischen Kommission 2019-2024, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/strategie-und-prioritaeten/die-prioritaeten-der-europaischen-kommission-2019-2024_de> (zit.: Prioritäten der Kommission 2019-2024).
- 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> (zit.: Kommission, Fragen und Antworten, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022).
- Kommission, Klima- und energiepolitischer Rahmen bis 2030, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/clima/eu-action/climate-strategies-targets/2030-climate-energy-frame-work_de> (zit.: Kommission, Klima- und energiepolitischer Rahmen bis 2030).
- Kommission, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 82 vom 1. April 2008, 1 (zit.: Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 82 vom 1. April 2008).
- Kommission, Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABl C 136 vom 16. Juni 2009, 13 (zit.: Kommission, Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABl C 136 vom 16. Juni 2009).
- Kommission, WTO dispute settlement case, WT/DS426 – Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program, abrufbar unter: <https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/dispute-settlement/wto-dispute-settlement/wto-disputes-cases-involving-eu/wtds426-canada-measures-relating-feed-tariff-program_en?prefLang=de> (zit.: WTO dispute settlement case, WT/DS426 – Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program).
- Kommission, Zeitstrahl zur Gemeinsamen Agrarpolitik, abrufbar unter: <<https://ec.europa.eu/info/food-farming-fisheries/key-policies/common-agricultural-policy/cap-glance#Timeline>> (zit.: Kommission, Zeitstrahl zur Gemeinsamen Agrarpolitik).
- MEEUS LEONARDO/NOUICER ATHIR, The EU Clean Energy Package, Technical Report, July 2019 (zit.: MEEUS/NOUICER, The EU Clean Energy Package).
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl C 99 vom 4. April 2014, 3 (zit.: Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Beihilfe für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften, ABl C 99 vom 4. April 2014).

- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABl C 80/1 vom 18. Februar 2022 (zit.: Mitteilung Kommission, CEEAG 2022 vom 18. Februar 2022, ABl C 80/1 vom 18. Februar 2022).
- Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl C 200 vom 28. Juni 2014, 1 (zit.: Mitteilung Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl C 200 vom 28. Juni 2014.).
- Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für grosse Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl C 70 vom 19. März 2002, 8 (zit.: Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für grosse Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl C 70 vom 19. März 2002).
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, RePowerEU-Plan, vom 18. Mai 2022 KOM(2022) 230 endgültig (zit.: RePowerEU-Plan 2022).
- 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, KOM(2016) 860 endgültig (zit.: Mitteilung Kommission, Saubere Energie für alle Europäer, vom 30. November 2016, KOM(2016) 860).
- 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, KOM(2012) 209 endgültig (zit.: 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, KOM(2012) 209 endgültig).
- 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, KOM(2020) 102 endgültig (zit.: 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, KOM(2020) 102 endgültig).
- 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, KOM(2021) 350 endgültig (zit.: 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, KOM(2021) 350 endgültig).

- Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020-2030, vom 28. Januar 2014, KOM(2014) 15 endgültig, 2 (nicht im Amtsblatt veröffentlicht) (zit.: Mitteilung Kommission: Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020-2030, vom 28. Januar 2014, KOM(2014) 15 endgültig, 2).
- Mitteilung der Kommission über De-minimis-Beihilfen, ABl C 68 vom 6. März 1996, 9 (zit.: Mitteilung der Kommission über De-minimis-Beihilfen, ABl C 68 vom 6. März 1996).
- Mitteilung der Kommission über den befristeten Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine, ABl C 426/1 vom 9. November 2022 (zit.: Mitteilung Kommission befristeter Krisenrahmen, ABl C 426/1 vom 9. November 2022).
- 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, 4 (zit.: 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).
- Mitteilung der Kommission über die Methode für die Analyse staatlicher Beihilfen in Verbindung mit verlorenen Kosten SG(2001) D/290869 vom 6. August 2001 (zit.: Schreiben der Kommission über die Methode für die Analyse staatlicher Beihilfen in Verbindung mit verlorenen Kosten SG(2001) D/290869 vom 6. August 2001).
- 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. (zit.: Mitteilung Kommission, u.a. über die Verlängerung und Änderung der Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABl C 224 vom 8. Juli 2020.).
- Mitteilung der Kommission über einen befristeten Krisenrahmen für staatliche Beihilfen zur Stützung der Wirtschaft infolge der Aggression Russlands gegen die Ukraine, ABl 022/C 121 I/01 CI 131/1 vom 24. März 2022 (zit.: Mitteilung Kommission befristeter Krisenrahmen, ABl 022/C 121 I/01 CI 131/1 vom 24. März 2022).

- 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 (zit.: 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).
- Mitteilung der Kommission, an das Europäische Parlament, den Europäischen Rat, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, Ein Industrieplan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, vom 1. Februar 2023, KOM(2023) 62 endgültig, 3 (zit.: Mitteilung Kommission, Ein Industrieplan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, vom 1. Februar 2023, KOM(2023) 62 endgültig).
- Mitteilung der Kommission, Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen, ABl C 247 vom 23. Juli 2019, 1 (zit.: Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen, ABl C 247 vom 23. Juli 2019).
- Mitteilung der Kommission, Der Europäische Grüne Deal, vom 11. Dezember 2019 KOM(2019) 640 endgültig (zit.: Mitteilung Kommission zum Europäischen Grünen Deal, vom 11. Dezember 2019 KOM(2019) 640 endgültig).
- Mitteilung der Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl C 213 vom 19. August 1992, 2 (zit.: Mitteilungen über Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen, ABl C 213 vom 19. August 1992).
- Mitteilung der Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 37 vom 3. Februar 2001, 3 (zit.: Mitteilung der Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 37 vom 3. Februar 2001).
- Mitteilung der Kommission, Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl C 115 vom 9. Mai 2008, 309 (zit.: Mitteilung Kommission, Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl C 115 vom 9. Mai 2008).
- 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.ju-wiss.de/40-2016/>> (zit.: OVERKAMP).
- Pressemitteilung der Kommission, Dekarbonisierung der Stahlproduktion von Arcelor Mittal: Kommission genehmigt Beihilfemassnahme, vom 26. Februar 2024 (zit.: Pressemitteilung Kommission, Dekarbonisierung der Stahlproduktion, vom 26. Februar 2024).
- Pressemitteilung der Kommission, Europäischer Grüner Deal: Kommission schlägt Neuausrichtung von Wirtschaft und Gesellschaft in der EU vor, um Klimaziele zu

- erreichen, vom 14. Juli 2021 (zit.: Pressemitteilung Kommission, Europäischer Grüner Deal: Neuausrichtung von Wirtschaft und Gesellschaft in der EU, vom 14. Juli 2021).
- Pressemitteilung der Kommission, Kartellrecht: EU-Kommission veröffentlicht Abschlussbericht über Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge für Verbraucher, vom 20. Januar 2022, abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/commission/press-corner/detail/de/ip_22_402> (zit.: Abschlussbericht über Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge für Verbraucher, vom 20. Januar 2022).
- Pressemitteilung der Kommission, Kommission ändert Zeitplan für das Auslaufen bestimmter Kriseninstrumente des Befristeten Rahmens zur Krisenbewältigung und zur Gestaltung des Wandels, vom 20. November 2023 (zit.: Pressemitteilung Kommission, Verlängerung, vom 20. November 2023).
- Pressemitteilung der Kommission, Pariser Klimaschutzabkommen kann in Kraft treten, vom 4. Oktober 2016 (zit.: Kommission Pressemitteilung 4. Oktober 2016, Pariser Klimaschutzabkommen kann in Kraft treten).
- Pressemitteilung der Kommission, Staatliche Beihilfen: Kommission genehmigt 6,5 Milliarden Euro für deutsche energieintensive Unternehmen 2023, vom 10. August 2023 (zit.: Pressemitteilung Kommission, Staatliche Beihilfen: Genehmigung für deutsche energieintensive Unternehmen 2023, vom 10. August 2023).
- Pressemitteilung der Kommission, Staatliche Beihilfen: Kommission konsultiert Mitgliedstaaten zum Vorschlag für einen Befristeten Rahmen zur Krisenbewältigung, vom 1. Februar 2023 (zit.: Pressemitteilung Kommission, Staatliche Beihilfen zur Krisenbewältigung vom 1. Februar 2023).
- Pressemitteilung Kommission, EU-Initiativen zur Stärkung der Solarindustrie, vom 18. Januar 2024, abrufbar unter: <https://germany.representation.ec.europa.eu/news/eu-initiativen-zur-starkung-der-solarindustrie-2024-01-18_de> (zit.: Pressemitteilung Kommission, EU-Initiativen zur Stärkung der Solarindustrie).
- Pressemitteilung Kommission, Netto-Null-Industrie-Verordnung: EU soll Hochburg für Cleantech-Fertigung und grüne Arbeitsplätze werden, vom 16. März 2023, abrufbar unter: <https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/net-zero-industry-act_en?prefLang=de> (zit.: Pressemitteilung Kommission, Net Zero Industry Act, vom 16. März 2023).
- Res Legal Europe, Übersicht und Database über sämtliche, verwendeten Fördersysteme in der EU, abrufbar unter: <www.res-legal.eu/archive/> (zit.: Res Legal Europe, Übersicht und Database über sämtliche, verwendeten Fördersysteme in der EU, abrufbar unter: <www.res-legal.eu/archive/>).
- Submission by Croatia and the European Commission on behalf of the European Union and its member states, Long-term low greenhouse gas emission development strategy of the European Union and its member states, vom 6. März 2020 (zit.: EU 2050 Long-term strategy).

Weissbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vom 12. Mai 2004, KOM(2004) 347 endgültig (zit.: Weissbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vom 12. Mai 2004, KOM(2004) 347 endgültig).

Zusammenstellung auf der Website der Europäischen Kommission, State Aid Legislation, abrufbar unter: <https://competition-policy.ec.europa.eu/state-aid/legislation_en> (zit.: Zusammenstellung Kommission *State Aid Legislation*).

Rechtsprechung EU

Urteil des EuGH 30/59 vom 23. Februar 1961
Urteil des EuGH 25/62 vom 15. Juli 1963
Urteil des EuGH 5/71 vom 2. Dezember 1971
Urteil des EuGH 120/73 vom 11. Dezember 1973
Urteil des EuGH 167/73 vom 4. April 1974
Urteil des EuGH C-173/73 vom 2. Juli 1974
Urteil des EuGH 74/76 vom 22. März 1977
Urteil des EuGH 78/76 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 730/79 vom 17. September 1980
Urteil des EuGH C-172/80 vom 14. Juli 1981
Urteil des EuGH 216/82 vom 27. September 1983
Urteil des EuGH C-188/92 vom 9. März 1984
Urteil des EuGH 290/83 vom 30. Januar 1985
Urteil des EuGH C-296/82 vom 13. März 1985
Urteil des EuGH C-223/85 vom 24. November 1987
Urteil des EuGH C-57/86 vom 7. Juni 1988
Urteil des EuGH C-301/87 vom 14. Februar 1990
Urteil des EuGH C-305/89 vom 21. März 1991
Urteil des EuGH C-354/90 vom 21. November 1991
Urteil des EuGH C-179/90 vom 10. Dezember 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-267/91 und C-268/91 vom 24. November 1993
Urteil des EuGH C-189/91, vom 30. November 1993
Urteil des EuGH C-393/92 vom 27. April 1994
Urteil des EuGH C-278/92, C-279/92, C-280/92 vom 14. September 1994
Urteil des EuGH C-39/94 vom 11. Juli 1996
Urteil des EuGH C-68/95 vom 26. November 1996

Urteil des EuGH C-178/95 vom 30. Januar 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 T-14/96 vom 28. Januar 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-379/98 vom 26. Oktober 2000
Urteil des EuGH C-379/98 vom 13. März 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-126/01 vom 20. November 2003
Urteil des EuGH T-109/01 vom 14. Januar 2004
Urteil des EuGH C-327/97 vom 29. April 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-148/04 vom 15. Dezember 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-206/06 vom 17. Juli 2008
Urteil des EuGH T-354/05 vom 11. März 2009
Urteil des EuGH C-275/8 vom 15. Oktober 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-677/11 vom 30. 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-5/14 vom 4. Juni 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-189/91 vom 27. Februar 2018
Urteil des EuGH T-207/10 vom 15. November 2018
Urteil des EuGH C-349/17 vom 5. März 2019
Urteil des EuGH C-405/16 vom 29. März 2019
Urteil des EuGH C-262/12 vom 19. Dezember 2019
Beschluss des EuGH 67, 68, 70/85 vom 3. Mai 1985
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-152/99 vom 11. Juli 2002
Urteil des EuG T-17/02 vom 15. Juni 2005
Urteil des EuG T-351/02 vom 5. April 2006
Urteil des EuG T-81/07 bis T-83/07 vom 1. Juli 2009
Urteil des EuG T-251/11 vom 11. Dezember 2014
Urteil des EuG T-47/15 vom 10. Mai 2016
Urteil des EuG T-162/13 vom 9. Juni 2016
Urteil des EuG T-793/14 vom 15. November 2018

Materialien Schweiz

Bericht 1. Teil, 97.043 Bericht des Bundesrats über die Prüfung der Bundessubventionen (Subventionsbericht), EFV, vom 25. Juni 1997, abrufbar unter: <https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/subv_subvueberpruef/subvbericht_bundesrat.html> (zit.: Subventionsbericht des Bundes vom 25. Juni 1997).

Bericht der EFV zur Staatsrechnung 2019, 2020, 2021, 2023, abrufbar unter: <<https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/finanzberichterstattung/finanzberichte/staatsrechnung.html>> (zit.: Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung).

Bericht der UVEK-N zur Parlamentarischen Initiative 19.443, Erneuerbare Energien einheitlich fördern, Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie, vom 19. April 2021, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/cen-terns/documents/de/bericht-urek-n-19-443-2021-04-19-d.pdf>> (zit.: Bericht der UVEK-N zur Parlamentarischen Initiative 19.443, Erneuerbare Energien einheitlich fördern, Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie, vom 19. April 2021).

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

Bericht des BFE über die Bestehende Wasserkraft: Unterstützungsvarianten und ihre Wirkung, zuhanden der UREK-S, vom 18. Mai 2015 (zit.: Bericht BFE, Bestehende Wasserkraft: Unterstützung und ihre Wirkung).

Bericht des BFE über die Ergebnisse der Vernehmlassung zur Stromversorgungsverordnung: Revision des Stromversorgungsgesetzes (volle Strommarktöffnung, Speicherreserve und Modernisierung Netzregulierung), vom September 2019, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/stromversorgung/stromversorgungsgesetz-stromvg.html>> (zit.: Bericht Revision StromVG).

Bericht des BFE zu Globalbeiträgen an die Kantone nach Art. 34 CO₂-Gesetz und die Prozessbeschreibung für die im Jahr 2020 eingegangenen Verpflichtungen bis zu deren Abschluss, vom 27. August 2019 (zit.: Bericht des BFE zu Globalbeiträgen an die Kantone nach Art. 34 CO₂-Gesetz und die Prozessbeschreibung für die im Jahr 2020 eingegangenen Verpflichtungen bis zu deren Abschluss).

Bericht des Bundesrats über die Konsultationen zum institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union vom 7. Juni 2019 (zit.: Bericht Bundesrat zum InstA).

Bericht des EJPD an den Bundesrat, Regelungsunterschiede zwischen dem Schweizerischen Recht und dem Recht der Europäischen Union, Analyse der Möglichkeiten

- zur Anpassung des Schweizer Rechts zum Zwecke des Abbaus dieser Unterschiede, vom 10. Januar 2022 (zit.: Bericht EJPD, Analyse der Möglichkeiten zur Anpassung des Schweizer Rechts zum Zwecke des Abbaus dieser Unterschiede).
- Bericht des UVEK zur Rentabilität der Schweizer Wasserkraft, Resultate einer Datenumfrage bei Betreibern von Schweizer Wasserkraftwerken im Auftrag der UREK-N, vom 29. Januar 2018 (zit.: Bericht des UVEK zur Rentabilität der Schweizer Wasserkraft).
- Bericht über Schlussfolgerungen der „Technischen Arbeitsgruppe Bund und Kantone“, Regelung und Überwachung staatlicher Beihilfen in der Schweiz, vom 8. Februar 2023 (zit.: Schlussfolgerungen Technische Arbeitsgruppe).
- Bericht zu den MuKE 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/>> (zit.: Bericht zu den MuKE 2014: So setzen die Kantone sie um).
- BFE, Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/politik/energiestrategie-2050/ers-tes-massnahmenpaket/massnahmen-zum-ausbau-der-erneuerbaren-energien.html>> (zit.: Webseite BFE, Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien).
- Botschaft des Bundesrats über eine neue Bundesverfassung, vom 20. November 1996, BBl 1996, 8 ff. (zit.: BV-Reform).
- Botschaft des Bundesrats zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468 (zit.: Botschaft zum KG).
- Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, vom 18. Juni 2021, BBl 2021, 1666 (zit.: BBl 2021, Botschaft sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien).
- Botschaft des Bundesrats zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem, vom 28. Oktober 2015, BBl 2015, 7877 (zit.: Botschaft KELS).
- Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, vom 3. Dezember 2004, BBl 2005, 1611 (zit.: Botschaft zum EMG und StromVG),
- Botschaft des Bundesrats zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Urugay-Runde, GATT-Botschaft 1), vom 19. September 1994, BBl 1994, 959 ff. (zit.: GATT-Botschaft, BBl 1994).
- Botschaft zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, vom 15. Dezember 1986, BBl 1997 I 369 (zit.: Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, vom 15. Dezember 1986, BBl 1997 I 369).

- Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative „Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)“, vom 4. September 2013, BBl 2013 7561 (zit.: Botschaft Energiestrategie 2050).
- Das Gebäudeprogramm von Bund und Kantonen, abrufbar unter: <www.dasgebaeudeprogramm.ch> (zit.: Das Gebäudeprogramm).
- Das Gebäudeprogramm von Bund und Kantonen, BAFU, abrufbar unter: <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/klima/fachinformationen/verminderungsmassnahmen/gebaeude/gebaeudeprogramm.html>> (zit.: Das Gebäudeprogramm von Bund und Kantonen, BAFU).
- Das Übereinkommen von Paris, BAFU, abrufbar unter: <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/klima/fachinformationen/klima-internationales/das-uebereinkommen-von-paris.html>> (zit.: BAFU Pariser Übereinkommen).
- Definitives Verhandlungsmandat des Bundesrats, gemäss Bundesratsbeschluss vom 8. März 2024, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/86557.pdf>> (zit.: Definitives Verhandlungsmandat des Bundesrats).
- Der Gebäudeenergieausweis der Kantone, abrufbar unter: <www.geak.ch> (zit.: GEAK).
- Dokument des Nationalrats der Frühjahrssession 1989 zum Eintreten der Motion Muheim vom 15. Dezember 1976 und Motion der Fraktion der SVP vom 07. Juni 1979 zum Subventionsgesetz, Geschäftsnummer 86.069, vom 8. März 1989, abrufbar unter: <https://entscheidsuche.ch/docs/CH_VB/CH_VB_001_86-069_1989-03-08.pdf> (zit.: Motion Muheim vom 15. Dezember 1976 und Motion der Fraktion der SVP vom 07. Juni 1979 zum Subventionsgesetz, vom 8. März 1989).
- Einmalvergütungen, BFE, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/einmalverguetung.html>> (zit.: Einmalvergütungen, BFE).
- Energate-messenger.ch, WEIDEMANN KARSTEN, Staat und Unternehmen sollen Solarindustrie zurückholen, vom 16. Februar 2023, abrufbar unter: <<https://www.energate-messenger.de/news/230657/staat-und-unternehmen-sollen-solarindustrie-zurueckholen>> (zit.: WEIDEMANN, Solarindustrie zurückholen).
- Energate-messenger.ch, Wie funktioniert die Marktprämie für Grosswasserkraft, vom 31. Januar 2028, abrufbar unter: <<https://www.energate-messenger.ch/news/180540/wie-funktioniert-die-marktpraemie-grosswasserkraft>> (zit.: Energate-messenger.ch, Wie funktioniert die Marktprämie für Grosswasserkraft).
- Energieheld Schweiz, abrufbar unter: <<https://www.energieheld.ch/renovation/foerderung>> (zit.: Energieheld Schweiz).
- EnergieSchweiz, Das Förderprogramm des Bundes im Bereich Energie, abrufbar unter: <<https://www.energieschweiz.ch/energieschweiz/>> (zit.: EnergieSchweiz, Das Förderprogramm des Bundes im Bereich Energie).

Erläuterungen über Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, UVEK, vom November 2017, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/news-und-medien/publikationen/exturl.html/aHR0cHM6Ly9wdWJkYi5iZmUuYWRTaW4uY2gyZGUvc3VjaGU=.html?keywords=&q=ErI%C3%A4uterungen&from=01.10.2017&to=31.12.2017&nr=>> (zit.: Erläuterungen über Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, UVEK, November 2017).

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> (zit.: Factsheet Förderbeiträge für Energieprojekte im Kanton Bern von 2022).

Faktenblatt 2, BFE, Revision Energiegesetz (EnG), vom 3. April 2020, abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/60799.pdf>> (zit.: Faktenblatt 2, BFE, Revision Energiegesetz, vom 3. April 2020).

Faktenblatt Direktvermarktung, BFE, Version 1.0 vom 22. November 2017, abrufbar unter: <<https://www.pro-kulmerauerallmend.ch/files/2020-06-07-Faktenblatt-Direktvermarktung-2017-11-20-.pdf>> (zit.: Faktenblatt Direktvermarktung, BFE).

Faktenblatt Förderung der Photovoltaik, BFE, Version 1.2, vom 1. Mai 2019, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/Förderung/Einspeisevergütung/Dokumente>> (zit.: Faktenblatt Förderung der Photovoltaik, BFE, Version 1.2, vom 1. Mai 2019).

Faktenblatt Strom 2024, Bundesrat, vom 20. Dezember 2024, abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/91293.pdf>> (zit.: Faktenblatt Strom, 20. Dezember 2024).

Faktenblatt zur Marktprämie 2018, BFE, vom 8. November 2018, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/marktpraemie-grosswasserkraft.html>> (zit.: Faktenblatt zur Marktprämie 2018, BFE).

Faktenblatt zur Marktprämie 2019, BFE, vom 8. November 2019, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/marktpraemie-grosswasserkraft.html>> (zit.: Faktenblatt zur Marktprämie 2019, BFE).

Faktenblatt zur Marktprämie 2020, BFE, vom 5. November 2020, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/marktpraemie-grosswasserkraft.html>> (zit.: Faktenblatt zur Marktprämie 2020, BFE).

Faktenblatt zur Marktprämie 2021, BFE, vom 20. Dezember 2021, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/marktpraemie-grosswasserkraft.html>> (zit.: Faktenblatt zur Marktprämie 2021, BFE).

- Faktenblatt zur Marktpremie 2022, BFE, vom 4. November 2022, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/marktpraemie-grosswasserkraft.html>> (zit.: Faktenblatt zur Marktpremie 2022, BFE).
- Förderprogramm für Unternehmen der EKZ, abrufbar unter: <<https://www.ekz.ch/de/unternehmen/energie-sparen/foerderprogramme-unternehmen/stromeffizienz-im-unternehmen.html>> (zit.: Förderprogramm für Unternehmen der EKZ).
- Freihandelsabkommen der Schweiz, SECO, abrufbar unter: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Freihandelsabkommen.html> (zit.: Freihandelsabkommen der Schweiz, SECO).
- Gebäudepolitik 2050+, Strategiepapier der EnDK, vom 26. August 2022 (zit.: Gebäudepolitik 2050+, Strategiepapier, EnDK)
- Gesuchsformular zur Marktpremie Grosswasserkraft, BFE, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/marktpraemie-grosswasserkraft.html>> Gesuchsunterlagen> (zit.: Webseite Gesuchsformular zur Marktpremie Grosswasserkraft, BFE).
- Grafik des UVEK zu den Verwendungsarten des Netzzuschlagsfonds (2023), abrufbar unter: <<https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/74083.pdf>> (zit.: Grafik des UVEK zu den Verwendungsarten des Netzzuschlagsfonds (2023)).
- Harmonisiertes Fördermodell der Kantone 2015, EnDK, abrufbar unter: <<https://www.endk.ch/de/dokumentation/harmonisiertes-foerdermodell-der-kantone-hfm>> Harmonisiertes Fördermodell der Kantone 2015> (zit.: EnDK, Harmonisiertes Fördermodell der Kantone 2015).
- Häufig gestellte Fragen zum Instrument „Marktpremie für Grosswasserkraftanlagen“, AFRY Marktpremie FAQs, Version vom 1. März 2024, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/foerderung/erneuerbare-energien/marktpraemie-grosswasserkraft.html>> Faktenblätter > (zit.: AFRY, Marktpremie FAQs).
- Interview mit Michael Frank, Ist der Mantelerlass der Schlüssel zur Energiewende?, Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE), vom 9. Mai 2023, abrufbar unter: <<https://www.strom.ch/de/nachrichten/ist-der-mantelerlass-der-schluesssel-zur-energiewende-michael-frank>> (zit.: Interview, Ist der Mantelerlass der Schlüssel zur Energiewende?, VSE).
- Jahresbericht über den Stand der Energie- und Klimapolitik in den Kantonen 2024, BFE und EnDK, 2024, abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/politik/kantone-und-gemeinden.html>> (zit.: Jahresbericht über den Stand der Energie- und Klimapolitik in den Kantonen 2024).
- Kommunaler Richtplan Energie vom Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern, 2011 (zit.: Kommunaler Richtplan Energie vom Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern von 2011).

- 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>> (zit.: KÖPPEL, Energiebedarf für Gebäude halbieren).
- Legislaturindikator: Fiskalquote der öffentlichen Haushalte – Einnahmen aus Steuern und obligatorischen Sozialversicherungsbeiträgen im Verhältnis zum Bruttoinlandprodukt – in Prozent, BFS, vom 30. Oktober 2023, abrufbar unter: <<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/querschnittsthemen/monitoring-legislaturplanung/alle-indikatoren/leitline-1-wohlstand/fiskalquote.assetdetail.28485448.html>> (zit.: Bundesamt für Statistik: Fiskalquote Schweiz-OECD).
- Leitfaden des EFV 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> (zit.: Leitfaden des EFV zur Subventionsberichterstattung in Botschaften vom April 2018).
- Medienmitteilung des Bundesrats 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>> (zit.: Medienmitteilung des Bundesrats zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, vom 18. Juni 2021).
- Medienmitteilung des Bundesrats zur Stellungnahme des Bundesrats zur parlamentarischen Initiative 19.443, vom 2. Juni 2021, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-83790.html>> (zit.: Medienmitteilung des Bundesrats zur Stellungnahme des Bundesrats zur parlamentarischen Initiative 19.443, vom 2. Juni 2021.)
- Medienmitteilung des Bundesrats, Bundesrat will einheimische erneuerbare Energien stärken und Strommarkt öffnen, vom 3. April 2020, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-78665.html>> (zit.: Medienmitteilung des Bundesrats, Bundesrat will einheimische erneuerbare Energien stärken und Strommarkt öffnen).
- Medienmitteilung des Bundesrats, Coronavirus: Bundesrat gibt Bürgschaft für SR Technics frei, vom 1. Juli 2020, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-79695.html>> (zit.: Medienmitteilung des Bundesrats, Coronavirus: Bundesrat gibt Bürgschaft für SR Technics frei).
- Medienmitteilung des Bundesrats, Der Bundesrat nimmt Kenntnis vom materiellen Abschluss der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU, vom 20. Dezember 2024, abrufbar unter: <<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2024/12/20/103692.html>>

- (zit.: Medienmitteilung des Bundesrats zum materiellen Abschluss der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU, vom 20. Dezember 2024).
- Medienmitteilung des Kantons Zürich über das Geänderte Energiegesetz für mehr Klimaschutz, vom 30. September 2021, abrufbar unter: <<https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2021/09/geaendertes-energiegesetz-fuer-mehr-klima-schutz.html>> (zit.: Medienmitteilung des Kantons Zürich über das Geänderte Energiegesetz für mehr Klimaschutz, vom 30. September 2021).
- Medienmitteilung EDA, Beziehungen Schweiz-EU: Der Bundesrat verabschiedet das endgültige Verhandlungsmandat, vom 8. März 2024, abrufbar unter: <<https://www.eda.admin.ch/eda/de/home/das-eda/aktuell/news.html/content/eda/de/meta/news/2024/3/8/100342.html>> (zit.: Medienmitteilung EDA endgültiges Verhandlungsmandat).
- Monitoringbericht Energiestrategie 2050, Monitoring Bericht 2022 Langfassung, BFE, vom 16. Dezember 2022, abrufbar unter: <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/75843.pdf>> (zit.: Monitoringbericht Energiestrategie 2050, Monitoring Bericht 2022).
- Monitoringbericht Energiestrategie 2050, Monitoring Bericht 2023 Langfassung, BFE, vom 4. Dezember 2023, abrufbar unter: <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/de/home/versorgung/statistik-und-geodaten/monitoring-energiestrategie-2050.html>> (zit.: Monitoringbericht Energiestrategie 2050, Monitoring Bericht 2023).
- Motion 19.3004, Nordmann Roger/Rieder Beat/Wasserfallen Christian, Langfristige Stromversorgungssicherheit. Sicherstellung und Klärung der Verantwortlichkeiten, eingereicht am 11. Februar 2019, erledigt am 18. Juni 2019, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20193004>> (zit.: Motion 19.3004, Nordmann/Rieder/Wasserfallen, Langfristige Stromversorgungssicherheit. Sicherstellung und Klärung der Verantwortlichkeiten).
- MuKEn der EnDK, abrufbar unter: <<https://www.endk.ch/de/energiepolitik-der-kanzone/muken>> (zit.: MuKEn der EnDK 2014).
- Pronovo AG, EVS, Herkunft Fördergelder, abrufbar unter: <<https://pronovo.ch/de/foerderung/evs/herkunft-foerdergelder/>> (zit.: Pronovo AG, EVS, Herkunft Fördergelder).
- Pronovo AG, Was ist die Direktvermarktung, abrufbar unter: <<https://pronovo.ch/de/foerderung/evs/direktvermarktung>> (zit.: Pronovo AG, Was ist die Direktvermarktung).
- Resultat der Volksabstimmung, Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, vom 9. Juni 2024, abrufbar unter: <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/abstimmungen/20240609/bundesgesetz-ueber-eine-sichere-stromversorgung-mit-erneuerbaren-energien.html>>

- (zit.: Volksabstimmung über das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, vom 9. Juni 2024).
- SCHLEINIGER RETO, Förderung der erneuerbaren inländischen Stromproduktion: eine ökonomische Analyse, ZHAW Energy Governance Working Paper Nr. 9, Winterthur, 2017 (zit.: SCHLEINIGER).
- Schweiz-EU in Zahlen, Statistiken zu Handel, Bevölkerung und Verkehr, August 2023, EDA, abrufbar unter: <<https://www.eda.admin.ch/europa/de/home/dienstleistungen-publikationen/schweiz-eu-in-zahlen.html>> (zit.: Schweiz-EU in Zahlen, 2023).
- Stellungnahme der Bernischen Kraftwerke (BKW) zur Revision des Energiegesetzes, 8. Mai 2020, abrufbar unter: <<https://www.bkw.ch/de/ueber-bkw/unser-unternehmen/bkw-im-wandel/zukunft-der-erneuerbaren-energien>> (zit.: Stellungnahme BKW zur Revision des Energiegesetzes).
- Stellungnahme der VSE, Konsultation zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU und Regelung der staatlichen Beihilfen vom 23. Mai 2019 (zit.: Stellungnahme VSE zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU und Regelung der staatlichen Beihilfen).
- Stellungnahme des Bundesrats zur neuen Verordnung über Subventionen in Drittstaaten, vom 17. August 2022 (zit.: Stellungnahme des Bundesrats zur neuen Verordnung über Subventionen in Drittstaaten, vom 17. August 2022).
- Stellungnahme des Bundesrats zur parlamentarischen Initiative 24.3612, vom 4. September 2024, abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20243612>> (zit.: Stellungnahme des Bundesrats zur parlamentarischen Initiative 24.3612, vom 4. September 2024).
- Strommarkt und Stromhandel, Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE), abrufbar unter: <<https://www.strom.ch/de/energiewissen/produktion-und-handel/strommarkt>> (zit.: VSE, Erklärung Strommarkt und Stromhandel).
- TOBLER CHRISTA/BEGLINGER JACQUES, Tobler/Beglinger-Brevier zu den institutionellen Fragen im Paketansatz Schweiz-EU, Ausgabe 2024-03.1, Internetpublikation, abrufbar unter: <<https://brevier.eur-charts.eu>> (zit.: TOBLER/BEGLINGER).
- Übersicht der Subventionen des Bundes, abrufbar unter: <https://www.data.finance.admin.ch/superset/dashboard/subventionen/?native_filters_key=dlZh7JXkYygsARKiQJuaQZUM33yccaKdhMtS-XqO4dlq6JZnKweHo4Yw0FSPLTMDhttps://www.data.finance.admin.ch/superset/dashboard/subventionen/?native_filters_key=dlZh7JXkYygsARKiQJuaQZUM33yccaKdhMtS-XqO4dlq6JZnKweHo4Yw0FSPLTMD> (zit.: Übersicht der Subventionen des Bundes).
- Umfassender Bericht über die Rentabilität der schweizerischen Wasserkraft: Eine Studie der Axpo Schweiz, vom 14. März 2018, abrufbar unter: <<https://www.axpo.com/ch/de/ueber-uns/magazin.detail.html/magazin/erneuerbare-energien/>>

[es-fehlt-geld.html](#)> (zit.: Bericht über die Rentabilität der schweizerischen Wasserkraft: Eine Studie der Axpo Schweiz, vom 14. März 2018).

Wegleitung zur Kostenrechnung für die Tarife 2023, ElCom, 2023 (zit.: Wegleitung Kostenrechnung 2023, ElCom).

Wirkungsprüfung der Subventionen an grosse Photovoltaikanlagen, BFE, EFK, 2023, abrufbar unter: <https://www.efk.admin.ch/wp-content/uploads/publikationen/berichte/sicherheit_und_umwelt/energie_und_kommunikation/22325/22325be-endgueltige-fassung-v04.pdf> (zit.: Wirkungsprüfung der Subventionen an grosse Photovoltaikanlagen 2023).

Rechtsprechung Schweiz

Urteil des Bundesgerichts, BG 2A.593/2005

Urteil des Bundesgerichts, BG 2C_180/2017

Urteil des Bundesgerichts, BGE 103 Ia 369

Urteil des Bundesgerichts, BGE 105 II 49

Urteil des Bundesgerichts, BGE 116 Ib 309

Urteil des Bundesgerichts, BGE 118 Ib 367

Urteil des Bundesgerichts, BGE 123 I 1

Urteil des Bundesgerichts, BGE 123 I 12

Urteil des Bundesgerichts, BGE 124 I 11

Urteil des Bundesgerichts, BGE 125 I 431

Urteil des Bundesgerichts, BGE 125 I 7

Urteil des Bundesgerichts, BGE 128 I 3

Urteil des Bundesgerichts, BGE 131 I 223

Urteil des Bundesgerichts, BGE 131 II 271

Urteil des Bundesgerichts, BGE 138 I 378

Urteil des Bundesgerichts, BGE 140 UV 175

Urteil des Bundesgerichts, BGE 144 III 111

WEKO-Stellungnahmen

WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten, Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), 2019/3b, 18. Dezember 2018, 1040 (zit.: WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten vom 18. Dezember 2018).

WEKO, Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG), Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), 2021/3, 694, 5. Juli 2021, 1300 (zit.: WEKO, Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG), Gutachten vom 5. Juli 2021).

WEKO, Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève, Gutachten, Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), 2004/4, 27. September 2004, 1300 (zit.: WEKO, Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève, Gutachten vom 27. September 2004).

WEKO, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), 2020/3b, 29. Juni 2020, 1266 (zit.: WEKO, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, Gutachten vom 29. Juni 2020).

WEKO, Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss, Recht und Politik des Wettbewerbs (RPW), 2020/3b, 20. Mai 2020, 1233 (zit.: WEKO, Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss, Gutachten vom 20. Mai 2020).

Materialien WTO

Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector / Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*, WT/DS412/AB/R; WT/DS426/AB/R, angenommen am 24. Mai 2013 (zit.: AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*).

Appellate Body Report, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, angenommen am 30. Juli 1997 (zit.: AB Report, *Canada – Periodicals*).

Appellate Body Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, angenommen am 20. August 1999 (zit.: AB Report, *Canada – Aircraft*).

Appellate Body Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R, angenommen am 1. Juni 2011 (zit.: AB Report, *EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft*).

Appellate Body Report, *Japan – Countervailing Duties on Dynamic Random Access Memories from Korea*, WT/DS336/AB/R, angenommen am 17. Dezember 2007 (zit.: AB Report, *Japan – DRAMs (Korea)*).

Appellate Body Report, *United States – Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*, WT/DS379/AB/R, angenommen am 25. März 2011 (zit.: AB Report, *US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*).

Appellate Body Report, *United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, angenommen am 17. Februar 2004 (zit.: AB Report, *US – Softwood Lumber IV*).

Appellate Body Report, *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, WT/DS138/AB/R, angenommen am 07. Juni 2000 (zit.: AB Report, *US – Lead and Bismuth II*).

Appellate Body Report, *United States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft (Second Complaint)*, WT/DS353/AB/R, angenommen am 23. März 2012 (zit.: AB Report, *US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint)*).

Appellate Body Report, *US – Countervailing Duties Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea*, WT/DS296/AB/R, angenommen am 20. Juli 2005 (zit.: AB Report, *US – Countervailing Duty Investigation on DRAMs*).

GATT Panel Report, *European Economic Community – Payments and Subsidies Paid to Processors and Products of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, L/6627, BISD 37S/86 (1991), angenommen am 25. Januar 1990 (zit.: GATT Panel Report, *EEC – Oilseeds I*).

- Panel Report, *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft (Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU)*, WT/DS46/RW, angenommen am 4. August 2000 (zit.: *Brazil – Aircraft (Article 21.5 Canada)*).
- Panel Report, *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/R, angenommen am 20. August 1999 (zit.: *Panel Report, Canada – Aircraft*).
- Panel Report, *Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, WT/DS139/R; WT/DS142/R, angenommen am 19. Juni 2000 (zit.: *Panel Report, Canada – Autos*).
- Panel Report, *China – Countervailing and Anti-Dumping Duties on Grain Oriented Flat-Rolled Electrical Steel From the United States*, WT/DS414/R, angenommen am 16. November 2012 (zit.: *Panel Report, China – GOES*).
- Panel Report, *Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea*, WT/DS299/R, angenommen am 3. August 2005 (zit.: *Panel Report, EC – Countervailing Measures on DRAM Chips*).
- Panel Report, *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, angenommen am 1. Juni 2011 (zit.: *Panel Report EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft*).
- Panel Report, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54/R; WT/DS55/R; WT/DS59/R; WT/DS64/R, angenommen am 23. Juli 1998 (zit.: *Panel Report, Indonesia – Autos*).
- Panel Report, *Korea – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS273/R, angenommen am 11. April 2005 (zit.: *Panel Report, Korea – Commercial Vessels*).
- Panel Report, *Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/R, angenommen am 21. März 2005 (zit.: *Panel Report, US – Upland Cotton*).
- Panel Report, *United States – Measures Treating Exports Restraints as Subsidies*, WT/DS194/R, angenommen am 23. August 2001 (zit.: *Panel Report, US – Export Restraints*).
- Request for Consultations by the United States, *Belgium – Measures Affecting Commercial Telephone Directory Services*, WT/DS80/1, eingereicht am 2. Mai 1997 (zit.: *Belgium – Measures Affecting Commercial Telephone Directory Services*).
- Request for Consultations by the United States, *Japan – Measures Affecting Distribution Services*, WT/DS45/1, eingereicht am 13. Juni 1996 (zit.: *Japan – Measures Affecting Distribution Services*).
- WTO Dokument, Annual Report, Geneva 2024, abrufbar unter: <<http://www.wto.org>, Documents, Data and Resources > Publications > Annual Report (zit.: WTO Dokument, Annual Report 2024).
- WTO Dokument, Committee on Subsidies and Countervailing Measures, Minutes of the Special Meeting held on 20 December 1999, G/SCM/M22, abrufbar unter: <<http://www.wto.org>, Documents, Data and Resources > WTO Documents On-line > (zit.: WTO Dokument, Special Meeting).

WTO Dokument, Energy Services, Background Note by the Secretariat, S/C/W52, 9 September 1998, abrufbar unter: <<http://www.wto.org>, Documents, Data and Resources > WTO Documents Online > (zit.: WTO Dokument, Energy Services).

Weitere Quellen und Onlineressourcen

Begriffsdefinitionen Energielexikon, abrufbar unter: <<https://www.energie-lexikon.info/index.html>> (zit.: Begriff gem. Energielexikon).

Deutscher Bundestag, Ausarbeitung über die Netzentgeltbefreiung nach dem StromNEV und das EEG im Lichte des EU-Beihilferechts vom 8. April 2013, abrufbar unter: <<https://www.bundestag.de/resource/blob/408302/fc4e3aff9b101fee5947d4985b5c4014/PE-6-029-13-pdf-data.pdf>> (zit.: Ausarbeitung des Deutschen Bundestags über die Netzentgeltbefreiung nach dem StromNEV und das EEG im Lichte des EU-Beihilferechts vom 8. April 2013).

ECKSTEIN MICHAEL/BORK HENRIK, China plant Exportbeschränkungen für Hochtechnologien, vom 6. Februar 2023, abrufbar unter: <<https://www.elektronikpraxis.de/china-plant-exportbeschaenkungen-fuer-hochtechnologien-a-6b18e7cf9f29eea7a728b464e0756e81/>> (zit.: ECKSTEIN/BORK, China plant Exportbeschränkungen für Hochtechnologien, vom 6. Februar 2023).

EGMR, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland, Urteil vom 22. April 2024, Nr. 53600/20 (zit.: Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (application no. 53600/20)).

HOWSE ROBERT, Climate Mitigation and the WTO Legal Framework: A Policy Analysis, Juni 2010, abrufbar unter: <<https://www.iisd.org/publications/climate-mitigation-and-wto-legal-framework-policy-analysis>> (zit.: HOWSE).

International Energy Agency, Special Report on Solar PV Global Supply Chains, July 2022, abrufbar unter: <<https://iea.blob.core.windows.net/assets/d2ee601d-6b1a-4cd2-a0e8-db02dc64332c/SpecialReportonSolarPVGlobalSupplyChains.pdf>> (zit.: IEA, Solar PV Global Supply Chains).

Next Kraftwerke, Wie funktioniert die Strombörse, abrufbar unter: <<https://www.next-kraftwerke.de/wissen/energieboerse-eex>> (zit.: Wie funktioniert die Strombörse).

Renewables 2023, Renewable Energy Systems and Infrastructure, Global Status Report 2023, abrufbar unter: <https://www.ren21.net/gsr-2023/modules/energy_systems_infrastructure> (zit.: Renewables 2023, Renewable Energy Systems and Infrastructure, Global Status Report 2023).

Swissgrid, Alles rund um den Strompreis, Tarife für das Schweizer Übertragungsnetz 2024, abrufbar unter: <<https://www.swissgrid.ch/de/home/about-us/company/electricity-price.html#ein-strompreis-mehrere>> (zit.: Swissgrid, Tarife für das Schweizer Übertragungsnetz 2024).

Swissgrid, Beschaffung von Systemdienstleistungen, abrufbar unter: <<https://www.swissgrid.ch/de/home/customers/ancillary-services.html>> (zit.: Swissgrid Beschaffung SDL).

US Inflation Reduction Act of 2022, 117 U.S.C., § 10001 et seq. (2022) vom 16. August 2022 (zit.: US Inflation Reduction Act of 2022).

Einleitung

Der Kampf gegen den Klimawandel ist in aller Munde. Sowohl die Europäische Union (EU) als auch die Schweiz haben sich auf völkerrechtlicher Ebene dazu verpflichtet, die anerkannten, verbindlichen Klimaziele des Pariser Abkommens zu erreichen. Der globale Temperaturanstieg soll auf deutlich unter 2 Grad Celsius über dem vorindustriellen Niveau begrenzt werden, wobei die Vertragsparteien Anstrengungen unternehmen müssen, die Erderwärmung auf 1,5 Grad Celsius zu reduzieren.¹

Um diese Ziele zu erreichen, haben die EU und die Schweiz jeweils eigene Energiestrategien entwickelt, die die Klimaneutralität bis 2050 als klare und verbindliche Vorgabe setzen. Die EU hat sich das ehrgeizige Zwischenziel gesetzt, ihre Treibhausgasemissionen bis 2030 um mindestens 55% gegenüber dem Niveau von 1990 zu reduzieren.² Die Schweiz hat sich in einem Zwischenschritt dazu verpflichtet, ihre Treibhausgasemissionen bis 2030 um mindestens 50% gegenüber dem Niveau von 1990 zu begrenzen.³ Die Energiestrategien verdeutlichen somit den vorherrschenden Handlungsdruck und anerkennen die Pflicht, den Übergang zu einer nachhaltigen Energiezukunft zu schaffen. Sie legen den Grundstein für eine langfristige, grüne Wirtschaft und die Entwicklung eines energieeffizienten sowie kohlenstoffarmen Energiesystems in ganz Europa. Beide Energiestrategien streben dasselbe Endziel an und begründen damit in den Beziehungen EU-Schweiz einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt.

Im Klimaschutz lassen sich auf internationaler, europäischer und nationaler Ebene vermehrt Tendenzen beobachten, umweltpolitische Aspekte in Entscheidungen und Prozesse des Wirtschaftsrechts einzubeziehen.⁴ Bei der Priorisierung von Umweltaspekten gegenüber wirtschaftlichen Überlegungen in Entscheidungsprozessen ist teilweise auch von einem *more environmental approach* die Rede. Demnach wird der Umweltschutz nicht nur als ergänzendes

¹ Vgl. Kommission Pressemitteilung 4. Oktober 2016, Pariser Klimaschutzabkommen kann in Kraft treten; UNFCCC, Paris Agreement, Art. 4 Nr. 1; BAFU Pariser Übereinkommen. Der Bundesrat hat überdies gestützt auf die bestehende CO₂-Gesetzgebung in zwei Teilen eine Adaptionsstrategie für die Schweiz gutgeheissen und 2020 vorgelegt.

² Vgl. EU 2050 Long-term strategy.

³ Vgl. Botschaft Energiestrategie 2050.

⁴ Vgl. dazu etwa das Urteil *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (application no. 53600/20); hier hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) erstmals entschieden, dass die Schweiz im Kampf gegen den Klimawandel und ihrer Klimaverpflichtungen zu wenig unternimmt.

Ziel, sondern zunehmend als Kernanliegen der (Wirtschafts-)Politik betrachtet.⁵

Der Einsatz von Subventionen im Bereich Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen, der Energieeffizienz und der Energieinfrastruktur kann zudem eine grosse Hebelwirkung zugunsten des Umwelt- und Klimaschutzes haben und damit dem öffentlichen Interesse dienen. Als wirtschaftspolitisches Instrument schaffen Subventionen Anreize, Ziele von öffentlichem Interesse zu verfolgen. Solche staatlichen Eingriffe in die Wirtschaftspolitik sind aus wirtschaftsliberaler Sicht zwar umstritten, können jedoch gerechtfertigt sein. Sie werfen nicht nur Fragen im Hinblick auf die wirtschaftspolitische Akzeptanz auf, sondern haben auch weitreichende rechtliche Implikationen für Staaten, Unternehmen und Bürger. Dies führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen erwünschten und unerwünschten Auswirkungen von Subventionen, das klare rechtliche Regelungen erfordert.

In der EU-Terminologie werden staatliche Unterstützungsmassnahmen als Beihilfen bezeichnet und sind in Art. 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁶ primärrechtlich verankert. Ursprünglich zielte das Beihilferecht der EU darauf ab, die Funktionsfähigkeit der Märkte durch die Verhinderung wettbewerbsverzerrender Massnahmen zu sichern. Mittlerweile besteht hier aber eine klare Tendenz der Europäischen Kommission (Kommission), Aspekte des Umweltschutzes in beihilferechtliche Entscheidungen einzubeziehen und so dem strategischen Ziel des Umweltschutzes i.S.v. Art. 3 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV)⁷ zu begegnen. Die Beihilfekontrolle entfernt sich damit vom ehemals rein wirtschaftsorientierten Ansatz immer mehr, was aber auch die wachsende Anerkennung der ökologischen Verantwortung der EU widerspiegelt.

Auch in der Schweiz sind Subventionen von grosser Bedeutung. Es wird teilweise sogar vom Land der Subventionen gesprochen.⁸ Die Schweiz ist dem freien Wettbewerb verpflichtet und kennt den in Art. 27 der Bundesverfassung (BV)⁹ verankerten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Auf Bundesebene wurden die Subventionen im Subventionsgesetz (SuG) von 1991 rechtlich systema-

⁵ Vgl. dazu auf europäischer Ebene: Kommission, Aktionsplan KOM(2005) 107, Rz. 21 und JACOBS, 278 ff., sowie ausführlich Fn. 880.

⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 47.

⁷ Vertrag über die Europäische Union (konsolidierte Fassung), ABl C 202 vom 7. Juni 2016, 13.

⁸ Vgl. RUTZ, Das Land der Subventionen.

⁹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101).

tisiert.¹⁰ Der Ausbau der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien sowie deren Integration in den Strommarkt werden mittels im Schweizer Energiegesetz (EnG) verankerter Massnahmen gefördert.¹¹ Die Kantone kennen eigene Fördermassnahmen, sind aber hauptsächlich für den Gebäudebereich zuständig.

In den Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz ist das EU-Beihilferecht Gegenstand langwieriger Verhandlungen und wird immer wieder zum (fast) unüberwindbaren Streitpunkt erklärt. Bislang enthalten von den rund 140 bilateralen Abkommen lediglich das Freihandelsabkommen von 1972 (FHA), das Landverkehrsabkommen von 1999 (LandVA) sowie das Luftverkehrsabkommen (LFA) von 1999 an das EU-Beihilferecht angelehnte, beihilferechtliche Bestimmungen.¹² Mit dem geplanten Stromabkommen kommt voraussichtlich ein weiteres hinzu.¹³ Das EU-Beihilferecht gewinnt im Verhältnis zu Drittstaaten zunehmend an Bedeutung und wird als entscheidendes Kriterium bei Verhandlungen vorgebracht. Dies wurde mit dem Scheitern der Verhandlungen zum Institutionellen Abkommen (InstA) 2021 sowie besonders im Hinblick auf die weitere Strommarktöffnung deutlich.

Darüber hinaus sind die EU-Mitgliedstaaten und die Schweiz bei der Gewährung von Subventionen an die Vorgaben des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen (SCM-Übereinkommen) der Welthandelsorganisation (WTO) gebunden.¹⁴ Dieses stellt den Mitgliedstaaten Disziplinierungsinstrumente zur Verfügung, um den zwischenstaatlichen Handel und damit den grenzüberschreitenden Wettbewerb zu schützen. Subventionen für erneuerbare Energien sind ebenfalls von diesen Subventionsbestimmungen erfasst, da sie sich verfälschend auf den internationalen Handel auswirken können.

¹⁰ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen vom 5. Oktober 1990 (Subventionsgesetz, SuG, SR 616.1).

¹¹ Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0).

¹² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (Freihandelsabkommen, FHA, SR 0.632.401); Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse (Landverkehrsabkommen, LandVA, SR 0.740.72); Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (Luftverkehrsabkommen, LFA, SR 0.748.127.192.69).

¹³ Faktenblatt Strom, 20. Dezember 2024.

¹⁴ Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (SR 0.632.20) sowie die multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1989-1994), Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, Anhang 1 – Anhang 1A (WTO-GATT 1994).

Das EU-Beihilferecht und das Subventionsrecht der WTO sind für die Schweiz damit wichtige völkerrechtliche, politische und bilaterale Anknüpfungspunkte, die eine vertiefte Auseinandersetzung sowie gegebenenfalls eine Anpassung des eidgenössischen Subventionsregimes und der spezifischen Ausgestaltung der Fördermassnahmen für erneuerbare Energien erfordern. Im Vergleich zur internationalen und europäischen Ebene weist die schweizerische Rechtsordnung eine eher lose Regelung von Subventionen auf. Daher ist es unerlässlich und gewinnbringend, die rechtswissenschaftlichen Implikationen des bestehenden Problems der Subventionsgewährung und der Wechselwirkung für die Beziehungen EU-Schweiz zu untersuchen.

I. Fragestellung und Aufbau der Untersuchung

Im Fokus dieser Untersuchung steht die Frage, ob die schweizerischen Fördermassnahmen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien mit dem EU-Beihilferecht und dem WTO-Recht vereinbar sind. Diese Arbeit möchte damit einen Beitrag an die Grundlagen auf dem Gebiet des Subventionsrechts und der Beihilfethematik mit Fokus auf die Förderung der erneuerbaren Energien bzw. Elektrizität im Verhältnis EU-Schweiz leisten. Der vorliegende Untersuchungsgegenstand befasst sich primär mit den Implikationen des EU-Beihilferechts für spezifische schweizerische Fördermassnahmen im Bereich der erneuerbaren Energien gem. EnG sowie für kantonale Fördermassnahmen. Daneben wird aufgrund der Subventionsthematik mit grenzüberschreitendem Sachverhalt der Bezug zum Völkerrecht hergestellt, indem das WTO-Recht durchleuchtet wird und die Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen im Bereich der erneuerbaren Energien (mit Fokus auf das Einspeisevergütungssystem nach Art. 19 EnG) mit dem WTO-Recht überprüft wird. Angesichts der stetigen rechtlichen und politischen Weiterentwicklung, des technologischen Fortschritts sowie der grenzüberschreitenden Natur der Thematik auf diesem Gebiet bestehen viele *moving targets*, die diese Arbeit weitestgehend berücksichtigt.

Die Thematik wird in sechs Teilen bearbeitet:

Der [erste Teil](#) führt an die komplexe Materie heran, indem er den aktuellen Wissensstand wiedergibt und die Grundlagen für die darauffolgende Untersuchung schafft. Um den Kontext zum Untersuchungsgegenstand herzustellen, wird der Begriff der EU-Verbotsnorm gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV zunächst umrissen und es werden die derzeitigen, energiepolitischen Situationen in der EU und der Schweiz dargestellt. Daraufhin werden die Möglichkeit eines

an der EU angelehnten Beihilferegimes sowie der Kontrollmöglichkeit in der Schweiz diskutiert. Ebenfalls wird auf die Zuständigkeit und Praxis der Wettbewerbskommission (WEKO) eingegangen. Anschliessend wird die Problematik des Subventionswettlaufs als protektionistische Massnahme angegangen. Schliesslich werden die wettbewerbsrechtlichen Wirtschaftsordnungen, das Marktversagen sowie die Möglichkeit staatlicher Interventionen erläutert.

Der [zweite Teil](#) zeigt die gemeinsamen Anknüpfungspunkte anhand der Rechtsgrundlagen in der EU und der Schweiz auf. Hierbei wird eine Bestandsaufnahme auf EU-Ebene gemacht, indem die energiepolitischen Ziele sowie die primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Grundlagen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien dargestellt werden. Demgegenüber stehen die Rechtsgrundlagen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien in der Schweiz. Hier werden zuerst die energiepolitischen Ziele erläutert, danach folgt die Darstellung der Förderung der erneuerbaren Energien auf Bundesebene und schliesslich auch auf kantonaler Ebene. Als weiterer, gemeinsamer Anknüpfungspunkt wird die Funktionsweise des Strommarkts im Exkurs behandelt.

Der [dritte Teil](#) widmet sich der Gegenüberstellung des umfangreichen EU-Beihilferegimes und des Subventionsrechts der Schweiz. Unter Berücksichtigung der europäischen Rechtsprechung und der Praxis der Kommission wird der Beihilfegriff definiert. Dabei werden die Tatbestandsmerkmale von Art. 107 Abs. 1 AEUV analysiert sowie die relevanten Ausnahmeregelungen erörtert. Im Anschluss folgt die Darstellung des EU-Prozessrechts, wobei die Verfahren, die Verfahrensgrundsätze und die Rechtsschutzmöglichkeiten dargelegt werden. An dieser Stelle wird auch auf die Bedeutung des Verbots von Beihilfen aus Drittstaaten eingegangen. Anschliessend erfolgt die Darstellung der Wirtschaftsverfassung der Schweiz, die Definition des schweizerischen Subventionsbegriffs und dessen Eigenheiten anhand des SuG auf Bundesebene, sowie die Begriffsdefinition auf kantonaler Ebene. Hier wird auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen Bezug genommen und ebenfalls das prozessuale Recht auf Bundesebene und kantonaler Ebene inkl. der Verfahrensgrundsätze und Rechtsschutzmöglichkeiten erörtert. Abschliessend werden die auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien existierenden Fördermodelle sowie die für die vorliegende Arbeit bedeutsamen, im EnG verankerten Förderinstrumente der Einspeisevergütung gem. Art. 19 EnG, des Investitionsbeitrags bzw. Einmalvergütung gem. Art. 24 ff. EnG sowie der Marktpremie nach Art. 30 EnG dargestellt. Hinzu kommt eine Übersicht der kantonalen Fördermassnahmen.

Der [vierte Teil](#) untersucht die zuvor vorgestellten, in der Schweiz geltenden Fördermassnahmen auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV, mit dem Ziel, die praktischen Auswirkungen einer Übernahme des EU-Beihilferechts aufzuzeigen. Aufgrund der Systemrelevanz der Grosswasserkraft beginnt die beihilferechtliche Beurteilung mit der Fördermassnahme der Marktprämie nach Art. 30 EnG.¹⁵ Danach erfolgt die beihilferechtliche Würdigung der Förderinstrumente der Einspeisevergütung gem. Art. 19 ff. EnG sowie des Investitionsbeitrags bzw. Einmalvergütung gem. Art. 24 ff. EnG. Schliesslich werden die kantonalen Massnahmen auf deren beihilferechtliche Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht überprüft.

Der [fünfte Teil](#) knüpft aufgrund der grenzüberschreitenden Natur der Subventionsthematik im Bereich erneuerbarer Energien an das Völkerrecht an. Hierbei wird als erstes auf die bilateralen Abkommen zwischen der EU und der Schweiz eingegangen und es werden diejenigen Abkommen, die bereits einen beihilferechtlichen Bezug aufweisen (FHA, LandVA und LFA), dargestellt. Danach wird das für die EU sowie die Schweiz verbindliche WTO-Recht erörtert. Es werden die relevanten Abkommen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) und des SCM-Übereinkommens dargestellt und der WTO-rechtliche Subventionsbegriff ausgelegt. In einem weiteren Schritt wird die WTO-rechtliche Bewertung der schweizerischen Förderinstrumente durchgeführt, wobei das Augenmerk auf der Einspeisevergütung gem. Art. 19 ff. EnG liegt. Im Anschluss wird die Kompatibilität des EU-Beihilferechts mit dem Subventionsrecht der WTO umrissen.

Der [sechste Teil](#) fasst die Ergebnisse aus dem Rechtsvergleich zusammen und bewertet die subventionsrechtliche Thematik auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien für die Beziehungen EU-Schweiz in der Schlussbetrachtung.

Zur besseren Lesefreundlichkeit werden in regelmässigen Abständen an geeigneten Stellen Zwischenfazit gezogen. Diese ermöglichen eine Würdigung des jeweiligen Abschnitts. Gesetzliche Änderungen wurden bis zum Dezember 2024 berücksichtigt.

¹⁵ Mit dem Ausstieg aus der Kernenergie gem. Energiestrategie 2050 wird die Wasserkraft an Bedeutung nur noch zunehmen, vgl. dazu u.a. Stellungnahme VSE zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU und Regelung der staatlichen Beihilfen der VSE vom 23. Mai 2019; Bericht BFE, Bestehende Wasserkraft: Unterstützung und ihre Wirkung; WILLI/WILLI/PÜTZ, 227 ff.

II. Ziel der Arbeit

Die vorliegende Arbeit möchte Erkenntnisse darüber gewinnen, ob die Anwendung des EU-Beihilferechts oder bestimmter Teile davon auf dem entsprechenden Gebiet der Förderung der erneuerbaren Energien zu einer (grundlegenden) Änderung in der Subventionspraxis der Schweiz auf Bundesebene und allenfalls auf kantonaler Ebene führen würde. Das EU-Beihilferecht kennt aufgrund seines langjährigen Entwicklungsstandes eine umfangreiche Kasuistik, die für den Rechtsvergleich als Referenzgrösse dient. Diese Arbeit möchte darlegen, ob die im schweizerischen EnG verankerten Praktiken der öffentlichen Hand auch gem. dem EU-Beihilferegime als zulässig betrachtet werden könnten und ob ein allfälliger autonomer Nachvollzug in der schweizerischen Gesetzgebung an das bestehende EU-Beihilferecht erforderlich wäre. Zudem will diese Arbeit weitestgehend Antworten darüber liefern, ob sich die Sicht der EU und der Schweiz hinsichtlich der Beihilfethematik unterscheidet und wie sich dies auf künftige, bilaterale Abkommen im Strombereich auswirkt.

Im Zusammenhang mit der Gewährung von Subventionen ist stets auch das WTO-Recht einschlägig. Sowohl die EU als auch die Schweiz sind Mitglieder der WTO, weshalb die vorliegende Arbeit, ergänzend zum Kontext des EU-Beihilferechts, das Ziel verfolgt, einen Bezug zum WTO-Recht und zum SCM-Übereinkommen herzustellen. Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des SCM-Übereinkommens ist jedoch strittig. Eine Anpassung des nationalen, schweizerischen Rechts wurde bislang unterlassen und ist deshalb für die Schweiz praktisch wirkungslos geblieben. Dennoch sind gewisse Regeln zumindest für Ein- und Ausfuhrsubventionen für die Schweiz bedeutsam und werden vorliegend durchleuchtet.

III. Methodik

Die Untersuchung in der vorliegenden Arbeit folgt in der Herangehensweise und mit einem funktional-rechtsvergleichenden Ansatz den bewährten, juristischen Methoden. Bei der Untersuchung der Vereinbarkeit der schweizerischen, im EnG verankerten Fördermassnahmen und des kantonalen Rechts mit dem EU-Beihilferecht sowie mit dem WTO-Recht wird von einem bestimmten Sachverhalt ausgegangen, der sich in den verschiedenen Rechtsordnungen in ähnlicher Weise darstellt und deswegen als zu vergleichender Bezugspunkt für die gesamte Arbeit dient. Besonderes Augenmerk wird damit auf die Funktion der zu prüfenden Normen innerhalb des jeweiligen Rechtssystems sowie auf ihre Entsprechung im vergleichenden Rechtssystem gelegt.

Es werden aus EU-Sicht das AEUV (insb. der Beihilfeartikel Art. 107 AEUV), das Sekundärrecht und die Praxis der Kommission im Bereich Beihilfen für erneuerbare Energien betrachtet, aus schweizerischer Perspektive die BV, das SuG und das EnG, und aus WTO-Perspektive das SCM-Übereinkommen.

Teil 1 – Einführung

I. Ausgangslage

Im EU-Recht gilt gem. Art. 107 AEUV das grundsätzliche Verbot von vom Staat gewährten finanziellen Vorteilen in unterschiedlicher Form, sofern sie gewisse Voraussetzungen erfüllen.¹⁶ Die Subventionen werden gem. EU-Terminologie als Beihilfen bezeichnet. Darunter fallen staatliche Massnahmen, wie beispielsweise aktive Fördermassnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien.¹⁷ Sie sind dann wettbewerbsrechtlich bedenklich, wenn sie selektiv gewährt werden, d.h. nur gewissen Branchen oder einzelnen Unternehmen gewährt werden, oder sie die Herstellung bestimmter Waren begünstigen und darüber hinaus den grenzüberschreitenden Warenhandel beeinträchtigen, womit sie den Wettbewerb verzerren (bzw. potenziell verzerren) können. Werden neue Beihilfen ab einer bestimmten Höhe gesprochen, müssen sie zur Vorabkontrolle angemeldet werden. Die Kommission als zuständige Wettbewerbsbehörde der EU prüft aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, ob sie gutgeheissen werden können. Allerdings gibt es zahlreiche Ausnahmen von diesem Grundsatz, weswegen heute eher die Bezeichnung eines Kontrollsystems angebracht ist als jene des strengen beihilferechtlichen Verbotsprinzips (mit Erlaubnisvorbehalt).¹⁸

Möchten Unternehmen aus Drittstaaten am EU-Binnenmarkt teilnehmen, müssen sie die EU-Beihilferegeln befolgen. Diese sind u.a. in den einzelnen Handelsabkommen geregelt. So sehen beispielsweise das Handelsabkommen zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich (UK)¹⁹ oder zwischen der EU und den Beitrittsländern Beihilferegelungen vor, die denjenigen der EU entsprechen.²⁰ Die EU hat gestützt auf die Verordnung über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen (*Foreign Subsidies Regulation*, FSR) überdies die Möglichkeit, wettbewerbsverzerrende, drittstaatliche Subventio-

¹⁶ So auch im EWR-Recht.

¹⁷ Aber auch Subventionen in Form von Erleichterungen, wie z.B. Steuererleichterungen.

¹⁸ TOBLER/BEGLINGER, 20.

¹⁹ Abkommen über Handel und Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Nordirland andererseits (Handels- und Kooperationsabkommen), ABl L 149/10 vom 30. April 2021, 10.

²⁰ Siehe dazu auch die Beitrittskriterien (Kopenhagener Kriterien) in Art. 49 und Art. 6 Abs. 1 EUV; Kommentar Europäisches Unionsrecht-MENG, Art. 49 EUV, N 14; Kommission, Agenda 2000 – Eine stärkere und erweiterte Union, KOM(97) 2000 endgültig, Vol. 1.

nen auch ohne völkerrechtliche Vereinbarung zu untersuchen und Abhilfemassnahmen gegen entsprechende, in der EU tätige Unternehmen zu ergreifen.²¹ (Siehe zum Verbot von drittstaatlichen Subventionen unten [Teil 3, I., 4., f\)](#)).

II. Sind Beihilfen in Bezug auf die Schweiz bedenklich?

Das Beihilferegime der EU ist als Teilaspekt des EU-Wettbewerbsrechts (bzw. des EWR-Wettbewerbsrechts) ausgestaltet. Mittlerweile kann aufgrund der Expansion des Beihilferegimes auch von einem selbständigen Rechtsgebiet gesprochen werden.²² Im schweizerischen Wettbewerbsrecht gibt es im Kartellgesetz (KG)²³ dazu keine Entsprechung. Es bestehen keine Synergien zwischen dem Beihilferecht der EU und dem schweizerischen KG und praktische Anwendungsfälle gibt es in der Schweiz bislang kaum. Beihilferegeln im Verhältnis EU-Schweiz finden sich bisher nur in drei spezifischen bilateralen Abkommen. Im FHA, im LandVA sowie im LFA sind die Beihilferegeln unterschiedlich ausgestaltet und es lassen sich keine Vorschriften über die institutionelle Durchsetzung finden.²⁴ Die Schweiz kennt zudem bislang nur im Luftverkehr eine Überwachung der Beihilfen. Die WEKO überwacht derzeit alle staatlichen Beihilfen mittels Stellungnahme zuhanden der beihilfegewährenden Behörden.²⁵ (Siehe Diskussion zur Überwachung durch die WEKO unten [Teil 1, III., 1.](#) und [2.](#)).

Das im AEUV verankerte Beihilfeverbot stellt in der Ergänzung zu seiner binnenmarktrechtlichen Komponente ein integrales Element staatlicher Wettbewerbsneutralität der EU dar. Das umfassende Beihilfeverbot in der EU bezweckt damit einen grundsätzlichen Schutz der Wirtschaftsfreiheit und betont das Gleichbehandlungsgebot der Konkurrenten im Falle eines grenzüberschreitenden Sachverhalts.²⁶ Dies im Unterschied zum Beihilfeverbot

²¹ Verordnung 2022/2560/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl L 330/1 vom 23. Dezember 2022, 1.

²² Vgl. dazu FRENZ, Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 1 ff. und FRENZ, Handbuch, Rz. 1 ff.

²³ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG, SR 251).

²⁴ TOBLER/BEGLINGER, 21.

²⁵ Schlussfolgerungen Technische Arbeitsgruppe, 4.

²⁶ Vgl. OESCH, Disziplinierung 1344.

gem. den beihilferechtlichen Vorgaben des WTO-Rechts, wo sich die Zulässigkeit selektiver Fördermassnahmen im Hinblick auf deren (potenziellen) negativen Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel bestimmt.²⁷ Vordergründig beim Grundsatz des Beihilfeverbots ist somit die staatliche Wettbewerbsneutralität im Verhältnis zu einheimischen Wirtschaftsteilnehmern und nicht nur die Sicherung von Marktzugangsrechten (ausländischer) Unternehmen. Dieser Grundsatz steht grundsätzlich im Einklang mit der schweizerischen Wirtschaftsverfassung, welche sich hinsichtlich der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 27 BV und der Grundsätze der Wirtschaft (Art. 94-107 BV) zu einer freiheitlichen und wettbewerbsorientierten Grundordnung bekennt (siehe unten [Teil 3, II., 1.](#)).²⁸ Das schweizerische Bundesgericht unterstreicht in seiner Rechtsprechung diesen Ansatz. Das Bundesgericht geht in seinem Urteil 2C_485/2010 vom 3. Juli 2012, E. 6.1, davon aus, dass Art. 94 BV ein grundlegendes Ordnungsprinzip für eine auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhende Wirtschaftsordnung darstellt. In BGE 116 Ia 237, 240 E. 2d. zementiert das Bundesgericht die wirtschaftspolitische Grundentscheidung der Schweiz für ein System des freien Wettbewerbs.²⁹ Art. 94 BV widerspiegelt gem. Bundesrat ebenfalls „die verfassungsrechtliche Grundentscheidung zugunsten einer freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung“.³⁰ Verschiedene Verfassungsbestimmungen betonen zudem die Bedeutung einer Wirtschaftsentwicklung, die sowohl sozial- als auch umweltverträglich sein soll. Diese verankerten Werte sollen als Grundlage für den freien Wettbewerb dienen. Der Verfassungstext und die Praxis gehen von der unstrittigen Prämisse aus, wonach Beihilfen, wenn auch nur unter gewissen Voraussetzungen, ein legitimes Instrument der staatlichen Politik bilden können.³¹ Sie gehören zum behördlichen Standardrepertoire auf allen Staatsebenen. Durch ihren (verhältnismässigen) Einsatz werden unerwünschte Verzerrungen auf den imperfekten Märkten korrigiert. Sie tragen ebenfalls dazu bei, neue Technologien zu entwickeln und in den Markt zu integrieren, und können zu einem ausgleichenden Wohlstand in benachteiligten Regionen beitragen. Sie bezwecken somit, „die private Erwerbstätigkeit zugunsten des öffentlichen Gemeinwohls zu beeinflussen“.³²

²⁷ OESCH, Wirtschaftsteilnehmer, 259, 265.

²⁸ Botschaft zum KG 499; BIAGGINI, Art. 94 N. 4.

²⁹ BGE 2C_485/2010, E. 6.1; BGE 116 Ia 237, 240, E. 2d.

³⁰ BV-Reform, 294.

³¹ Vgl. OESCH, Disziplinierung 1344.

³² OESCH, Disziplinierung, 1344. Vgl. zudem zum Begriff und Funktion des öffentlichen Interesses sowie der Verhältnismässigkeit TSCHANNEN § 20 und 21.

Im Bericht zu den Konsultationen über den Entwurf des InstA führte der Bundesrat zwei Anliegen an, die in Bezug auf die Übernahme des Regimes der staatlichen Beihilfen als *heikel* eingestuft wurden und weiterer Klarstellungen und Präzisierungen bedürfen.³³ Zum einen ging es um die Gleichbehandlung von Bund und Kantonen bei der Überwachung der Beihilfen, da die Frage einer Bildung einer Überwachungsbehörde aufgrund von Kompetenzfragen (nach wie vor) ungeklärt ist (siehe dazu Diskussion unten [Teil 1, III.](#)), und zum anderen um die horizontale Wirkung der Beihilferegelung (d.h. keine Wirkung über den Bereich der vom InstA abgedeckten Marktzugangsabkommen hinaus).³⁴ Breit öffentlich diskutiert wurde (und wird weiterhin) der Einfluss von Beihilferegelungen auf die Grundversorgung (*Service public*), insb. im Bereich der Elektrizität.

Gem. Bericht der sog. Technischen Arbeitsgruppe Bund und Kantone von 2023 über die Regelung und Überwachung staatlicher Beihilfen in der Schweiz kam die Arbeitsgruppe zum Schluss, dass der konkrete Anpassungsbedarf bei den bestehenden staatlichen Unterstützungsmassnahmen in der gegenwärtigen Situation machbar wäre.³⁵ Gem. Bericht überwacht die WEKO im Bereich Luftverkehr bereits die staatlichen Beihilfen in der Schweiz nach den Vorgaben des materiellen EU-Beihilferechts. Deswegen wären, unter Vorbehalt künftiger Rechtsentwicklungen, in diesem Sektor auch keine materiellen Auswirkungen zu erwarten. Ferner ordnet der Bericht für den Bereich Elektrizität (ebenso für den Landverkehr) die bestehenden Unterstützungsmassnahmen als mit dem EU-Beihilferecht vereinbar ein und stellt insoweit sogar fest, dass die künftige Ausgestaltung bestehender Beihilfen als Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen allfällige Beihilfe Probleme zusätzlich entschärfen könnte.³⁶ Eine rechtliche Umsetzung der EU-Beihilferegeln kann für die Schweiz deswegen auch praktikabel sein.

Trotz der möglichen positiven Auswirkungen staatlicher Interventionen besteht dennoch ein Spannungsverhältnis zwischen der staatlichen Wettbewerbsneutralität und der Gewährung von Beihilfen an einzelne Wirtschaftsteilnehmer. Die Fördermassnahmen müssen Legitimationsgründe aufweisen, d.h. entsprechend gerechtfertigt sein, und einem anerkannten, rechtlich aus-

³³ Vgl. Bericht Bundesrat zum InstA.

³⁴ Letzter Punkt hängt mit der im Entwurf zum InstA bereits angedachten Modernisierung über den Warenhandel für spätere Abkommen zusammen. Hier bestanden Bedenken, dass die neuen Beihilferegelungen schon Wirkung entfalten könnten, bevor die eigentliche Modernisierung der Abkommen überhaupt erfolgt wäre.

³⁵ Vgl. Schlussfolgerungen Technische Arbeitsgruppe.

³⁶ Schlussfolgerungen Technische Arbeitsgruppe, 2.

gewiesenen öffentlichen Interesse, d.h. einem Gemeindewohlanliegen wie z.B. dem Umwelt- und Klimaschutz, dienen. Die Beihilfetatbestände bedürfen einer vorgängigen demokratischen Deliberation und dadurch einer Legitimation und müssen überdies verhältnismässig sein. Entsprechend haben sie eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation zu wahren und dürfen die grundrechtlich geschützten Interessen im Vergleich zu den einschlägigen Gemeinwohlinteressen (gem. Art. 5 i.V.m. Art. 36 BV) nicht unangemessen einschränken.³⁷

Fraglich ist aber, ob die Einführung eines umfassenden und allgemeingültigen Beihilfeverbots, wie es in der EU gilt, in der Schweiz gelingen kann. Der geltende Verfassungstext enthält keine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass dieses Beihilfeverbots. Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) und Art. 94 BV (Grundsätze der Wirtschaftsordnung) sehen keine Zuständigkeiten für den Bund vor und kommen dementsprechend nicht als Verfassungsgrundlagen in Frage. Daher müsste zunächst die notwendige Kompetenz des Bundes geschaffen werden.³⁸ Bislang war die Umsetzung der Forderung einer Aufnahme einer verfassungsrechtlichen Bundeskompetenz zur allgemeingültigen Disziplinierung staatlicher Beihilfen nicht realistisch, wenn sie auch aus rechtsstaatlicher und wettbewerbsordnungspolitischer Sicht zu begrüssen (gewesen) wäre.³⁹

III. Die Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz

Angesichts künftiger, bilateraler Abkommen, wie z.B. des Stromabkommens, hält die EU an den Beihilferegeln als integraler Bestandteil ihrer Wettbewerbspolitik fest. Die Schweiz begegnet dieser Anforderung u.a. mittels des verabschiedeten Paketansatzes im neuen Verhandlungsmandat 2024.⁴⁰ Ein griffiges Beihilferegime bedarf zwingend eines effektiven Kontrollmechanismus,

³⁷ OESCH, Disziplinierung, 1345; TSCHANNEN § 20 und 21; vgl. ferner OESCH, Differenzierung und Typisierung, 192-214, 360-363.

³⁸ Dies über die bereichsspezifisch existierenden Kompetenzen des Bundes hinaus, Beihilfeverbote gem. Art. 95 Abs. 2 BV (Kompetenz des Bundes, für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen) und 129 Abs. 3 BV (Kompetenz des Bundes hinsichtlich ungerechtfertigter steuerlicher Vergünstigungen Verbote zu sprechen) zu sprechen.

³⁹ Vgl. zum Ganzen und zur Diskussion, ob die Wirtschaftsfreiheit strukturell in der Lage wäre, das Fehlen spezifischer subventionsrechtlicher Vorgaben allein *qua* Grundrechtsverwirklichung auszugleichen, oder ob der Bundesgesetzgeber hier Leitplanken setzen müsste, OESCH, Disziplinierung, 1337.

⁴⁰ Definitives Verhandlungsmandat des Bundesrats; Medienmitteilung EDA endgültiges Verhandlungsmandat.

welcher verbotene Beihilfen als solche erkennt und zulässige Ausnahmen genehmigt.⁴¹ Die Forderung nach einer in der Schweiz bestehenden, adäquaten staatlichen Beihilfekontrolle wird hierzulande allerdings unterschiedlich bewertet.

Befürworter der Übernahme des EU-Beihilferegimes sehen darin eine Chance, im „Land der Subventionen“⁴² aufzuräumen. Andere sehen darin hingegen eine Einschränkung der nationalen Souveränität. Die Einführung einer schweizerischen Kontrollbehörde, die staatliche Beihilfen überwacht, kann aber ungeachtet der unterschiedlichen Meinungen im Interesse der Schweiz liegen. Die (autonome) Übernahme von beihilferechtlichen Grundsätzen kann zu einer Reduktion von Angriffsflächen führen und die Schweiz könnte sich den Spielraum bewahren, eigene Bedürfnisse und Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.⁴³ Die Schweiz könnte ebenso ein eigenes, intrinsisches Interesse an einer Beihilfekontrolle haben, um so die Voraussetzungen zur Gewährleistung der eigenen, staatlichen Wettbewerbsneutralität zu verbessern.⁴⁴ Neben der nur mit grossem Aufwand verbundenen Einführung der Kompetenz des Bundes zu einem allgemeinen Beihilfeverbot in der Verfassung wäre die Einführung der Beihilfekontrolle ebenfalls mit grossen Anpassungen verbunden. Obwohl die Annäherung des schweizerischen Rechts und des EU-Beihilferechts gem. des sog. Analyseberichts des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) vom 10. Januar 2022 machbar wäre, bestehen in diesem Zusammenhang dennoch weiterhin zahlreiche ungeklärte Fragen.⁴⁵ Eine der ausschlaggebenden Fragen ist die Ermittlung darüber, inwieweit die BV es dem Bund erlaubt, ein umfassendes Beihilferecht bzw. -verbot zu schaffen, das sich über alle Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) erstreckt. Das EJPD zeigte für ein potenzielles Beihilferegelwerk, das die Bedingungen definiert, unter denen staatliche Beihilfen ausgerichtet werden dürfen und das einen Kontrollmechanismus schafft, mit welchem die Einhaltung der Regeln überprüft werden könnte, dennoch zwei verschiedene, bereits öfters diskutierte Ansätze auf:

⁴¹ OESCH, Disziplinierung, 1347; Siehe für entsprechende Durchsetzungsregimes im WTO-Recht, im EU-Recht und in (Freihandels-) Abkommen, OESCH, Wirtschaftsteilnehmer, 259–260, 266–268, 271–273.

⁴² Vgl. das Werk von RUTZ, Das Land der Subventionen.

⁴³ SEITZ/BERNE, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz-EU, 600; HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, 2.

⁴⁴ Vgl. dazu die Diskussion von OESCH, Disziplinierung, 1344 ff.

⁴⁵ Siehe Bericht EJPD, Analyse der Möglichkeiten zur Anpassung des Schweizer Rechts zum Zwecke des Abbaus dieser Unterschiede, 29.

1) Ein Modell in Anlehnung an das bestehende System des EU-Beihilferegimes mit umfassenden *ex-ante*-Kontrollen;

2) ein Modell, das eine *ex-post*-Kontrollmöglichkeit der Behörden vorsieht, wie dies im Binnenmarktgesetz (BGBM)⁴⁶ bereits der Fall ist.⁴⁷

Die verfassungsrechtlichen Implikationen der Auslegung des EJPD sind allerdings erst noch zu prüfen.

Zunächst stellt sich hier die Frage, in welchem Rechtsakt dieser Kontrollmechanismus überhaupt verankert werden könnte. Diskutabel und naheliegend wären mit jeweils unterschiedlichen Konsequenzen entweder das SuG, das BGBM, das KG oder ein neuer, eigens dafür erlassener Rechtsakt.

Ein Blick auf das SuG verdeutlicht aber, dass Art. 2 Abs. 1 SuG nur Finanzhilfen und Abgeltungen auf Bundesebene abdeckt (siehe dazu ausführlich unten [Teil 3, II., 3.](#)). Von den Kantonen oder Gemeinden gewährte Subventionen werden daher nicht vom SuG erfasst, womit es als Rechtsgrundlage für eine Kontrollbehörde unzureichend ist.⁴⁸

Die in Art. 2 und 3 BGBM geregelten Marktzugangsrechte richten sich hingegen nur an die Kantone und Gemeinden. Eine Ausdehnung des BGBM auf Beihilfen der Bundesebene kommt daher kaum in Frage.⁴⁹

Das KG bezweckt gem. Art. 1 KG die volkswirtschaftlichen oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern. Gem. Art. 2 Abs. 1 KG richtet sich das Gesetz an Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts. Der Zweck des KG bezieht sich aber nicht auf die Kontrolle des Gemeinwesens, das Unterstützungsmassnahmen gewährt, sondern auf die Aufsicht von Unternehmen, die an Wettbewerbsbeschränkungen beteiligt sind. Es enthält ferner weder materielle, beihilfespezifische Regeln noch beihilfespezifische Verfahrensregeln.⁵⁰

Damit wird deutlich, dass in diesen Gesetzen die Einführung einer befriedigenden Beihilfekontrolle wohl nicht umsetzbar ist. Dagegen wäre der Erlass ei-

⁴⁶ Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).

⁴⁷ Siehe Bericht EJPD, Analyse der Möglichkeiten zur Anpassung des Schweizer Rechts zum Zwecke des Abbaus dieser Unterschiede, 30.

⁴⁸ HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 14 ff.

⁴⁹ Vgl. zu der Diskussion auch RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesetz.

⁵⁰ Vgl. dazu auch WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten vom 18. Dezember 2018, Rz. 56, worin die WEKO präzisiert, dass das KG keine beihilfespezifischen Verfahrensregeln beinhaltet.

nes neuen Rechtsaktes, der die Beihilfekontrolle umfassend regelt (materielle Vorschriften, Zuständigkeit, Kontrollbefugnisse), wohl die naheliegendste Lösung. Dies könnte in Form eines Bundesgesetzes, eines kantonalen Gesetzes, eines interkantonalen Konkordats oder einer Kombination aus einem Bundesgesetz und interkantonalem Konkordat (Kontrolle der staatlichen Beihilfen auf Bundesebene sowie die Kontrolle der Beihilfen auf kantonaler Ebene und Gemeindeebene) geschehen.⁵¹ Besonders letztere Option wäre i.S.d. Föderalismus denkbar.

Ob die WEKO als Überwachungsbehörde für sämtliche Beihilfeüberprüfungen in Frage kommt⁵², ist angesichts der gegenwärtigen Kapazitäten und Ressourcen, insb. dann, wenn die Fallzahlen ansteigen sollten, zwar offen, aber wohl eher zu verneinen (siehe zu der Kompetenz der WEKO unten [Teil 1, III., 1.](#)).

Denkbar wäre hier die Schaffung einer weiteren Dienststelle. Sie könnte dabei entweder als weiterer Dienst der WEKO oder als separate Behörde bzw. Dienststelle ausgestaltet sein.⁵³ Hier stellt sich sodann die Folgefrage, ob und inwieweit diese Behörde bzw. Dienststelle unabhängig walten soll. Der Blick auf die EU zeigt, dass der Ermessensspielraum der rechtsanwendenden Behörde bei der Beurteilung der Vereinbarkeit einer staatlichen Beihilfe zunächst eine politische ist und dementsprechend eine Delegation an eine unabhängige Behörde ausgeschlossen scheint.⁵⁴ In der EU ist die Kommission für die Beihilfeprüfung zuständig, welche gegenüber dem Parlament und dem Rat der EU politisch verantwortlich ist.⁵⁵ Die Beihilfekontrolle durch die Kommission ist im Laufe der Zeit auch zu einem Instrumentarium mutiert, um wichtige Anliegen und Regulierungsziele einzubringen und durchzusetzen. Ein Blick auf die Energiepolitik der EU bestätigt dies zunehmend: Beihilfen zu Energie-, Umwelt- und Klimabelangen würden im Parlament und im Rat ansonsten wohl häufiger auf grösseren Widerstand stossen. Die Kommission kann als selbständig agierende Behörde mittels Beihilfeüberwachung hier aber regulierende Anreize setzen und diese verstärken und durchsetzen.

⁵¹ HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 16.

⁵² So argumentieren etwa SEITZ/BERNE, Der Entwurf des Abkommens Schweiz-EU, 598, dass die WEKO prädestiniert dafür sei, die Rolle einer künftigen Überwachungsbehörde in Beihilfesachen zu übernehmen. CHABANET, Rz. 109, argumentiert, dass im Falle der Überwachung durch die WEKO deren Funktionsweise und Zusammensetzung allerdings überdacht werden müsste.

⁵³ Vgl. dazu Meinung HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 19.

⁵⁴ Vgl. dazu Europäisches und Deutsches Kartellrecht-RUSCHE, Art. 107 Abs. 3, N 12.

⁵⁵ Siehe zur weiteren Diskussion einer nicht unabhängig waltenden Wettbewerbskommission bzw. Wettbewerbskommission der EU in Sachen Beihilfeüberprüfung ebenfalls HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 20.

Würde die Schweiz die Situation der EU spiegeln, wäre die Übertragung der umfassenden Beihilfekontrolle auf die WEKO nicht zielführend. Die WEKO als Überwachungsbehörde wäre im Unterschied zur Kommission wohl eine technische und unabhängigere Institution. Dass eine Behörde ohne politische Leitung durch die Beihilfeüberwachung in der Schweiz Einfluss auf Politikbereiche nehmen könnte, die laut BV den Kantonen oder Gemeinden vorbehalten sind, ist vor dem Hintergrund des föderalen Ordnungssystems der Schweiz wohl nicht denkbar. Bei der Einführung der Beihilfepolitik in der Schweiz müsste die Aufteilung der Zuständigkeiten an Bund, Kantone und Gemeinden durch geeignete organisatorische und verfahrensrechtliche Massnahmen berücksichtigt werden. In der Umsetzung könnte dies etwa bedeuten, dass die Ermessensausübung der beihilfegewährenden Behörde – ohne Überprüfungsmöglichkeit durch die Überwachungsbehörde – überlassen wird.⁵⁶ Es wäre hier wohl sinnvoller eine Behörde zu beauftragen, die Überwachung zu übernehmen, die auch eine Verantwortung gegenüber dem Bund und den Kantonen (und allenfalls Gemeinden) trägt.⁵⁷

Sollte die Option der Beihilfeüberwachung in der Schweiz in Anlehnung an die EU als *ex-ante*-Kontrolle ausgestaltet werden, müsste berücksichtigt wer-

⁵⁶ Vgl. dazu HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, dessen Meinung hier gefolgt wird. In Rz. 23 diskutiert er ferner, dass die Einschränkung der Prüfungsdichte ähnlich geregelt werden könnte, wie die Bestimmungen über verwaltungsrechtliche Beschwerden gem. VwVG.

⁵⁷ HIRSBRUNNER argumentiert, dass die personelle Zusammensetzung der Überwachungsbehörde nicht nur technisch, sondern politisch verantwortungsvoll zusammengesetzt werden müsste. So sollten etwa Politiker, die Erfahrungen in den Bereichen Finanzpolitik oder Wirtschaftsförderung haben und dadurch bereits ein politisches Gespür bei der Entscheidungsfindung sowie bei der Kommunikation vorweisen, einbezogen werden, vgl. dazu HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 21. Die Zusammensetzung der Überwachungsbehörde bleibt ein potenziell heikles Thema. Wenn die WEKO als Kontrollbehörde in die Beschlüsse des Bundesrates (z.B. WEKO, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, Gutachten vom 29. Juni 2020), der Bundesversammlung, der Kantonsregierungen oder der kantonalen Parlamente (vgl. Medienmitteilung des Bundesrats, Coronavirus: Bundesrat gibt Bürgschaft für SR Technics frei) eingreift, in der die grossen Wirtschaftsverbände, die Konsumentenorganisationen, der Bauernverband und der Gewerkschaftsbund, nicht aber die Politik, vertreten wären, würde sie sich öffentlich leicht angreifbar machen. Da die WEKO bislang nur in wenigen Fällen vom Bund oder von den Kantonen nach dem Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0) befasst wurde, trat die personelle Konstellation bislang kaum in die öffentliche Erscheinung. Werden künftig aber politisch umstrittene Investitionsprojekte Gegenstand einer beihilferechtlichen Kontrolle, die ein grosses Medieninteresse auf sich ziehen, wäre wohl auch mit erheblichen Kontroversen und kommunikativen Herausforderungen hinsichtlich der personellen Zusammensetzung zu rechnen. Siehe dazu HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 24.

den, dass die Beihilfekontrolle sich gegen die öffentliche Hand sowie die für sie tätigen Behörden oder öffentlichen oder privaten Unternehmen richtet.⁵⁸ Die öffentliche Hand wäre dazu verpflichtet, die geplante Beihilfe vorgängig zu melden und wäre gleichzeitig Adressatin einer etwaigen Verfügung. An dieser Stelle kann auf das Verwaltungsgesetz (VwVG)⁵⁹ als verfahrensrechtliche Grundlage verwiesen werden, wobei aber zu bedenken ist, dass (auch im Hinblick auf eine allfällige Rückforderungsverfügung) das VwVG nicht explizit auf solche Verfahren zugeschnitten ist. Die öffentliche Hand (Bundesbehörden, kantonale Behörden oder Organe mit mittelbarer Staatsverwaltung) könnte zwar spezialgesetzlich als parteifähig oder beschwerdebefugt erklärt werden, doch würden sich in diesem Zusammenhang wohl weitere, komplexe Rechtsanwendungsfälle ergeben und neue Rechtsfragen eröffnen.⁶⁰ Damit würde nur ein neuer, zu klärender Bereich erschaffen werden. Deswegen wäre wohl eine neue Verfahrensordnung, die auf das Beihilfesystem zugeschnitten ist, zu entwickeln.

In der EU kann die Kommission gem. Art. 16 Verordnung 2015/1589/EU⁶¹ die nachträgliche Rückforderung unrechtmässig gewährter Beihilfen anordnen. In der Schweiz könnte die Überwachungsbehörde ihre Kompetenz zur Rückforderung grundsätzlich auf das SuG als Rechtsgrundlage stützen. Art. 30 Abs. 1 und 3 SuG sehen vor, dass eine Behörde eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung widerrufen und die ausgerichteten Leistungen zurückfordern kann, wenn sie die Leistung in Verletzung von Rechtsvorschriften gewährt hat. Dabei gilt es allerdings zu berücksichtigen, dass gem. Art. 30 Abs. 2 lit. b SuG eine Rückforderung nur dann möglich ist, wenn die begünstigte Person zuvor in der Lage gewesen war, die Verletzung der Rechtsvorschrift leicht zu erkennen. Im Vergleich zu der äquivalenten Rechtsvorschrift in der EU reicht diese Bestimmung damit weniger weit. Ebenfalls weicht die Verzinsungsbestimmung (Art. 32 SuG) von derjenigen des EU-Rechts ab. Nichtsdestotrotz könnte das

⁵⁸ Unternehmen, die die Beihilfen erhalten, sind selbstverständlich ebenfalls von der Beihilfeüberwachung betroffen.

⁵⁹ Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021).

⁶⁰ Vgl. zu der Frage der Parteifähigkeit des Gemeinwesens nach dem VwVG Praxiskommentar 3. Aufl. VwVG-MARANTELLI-SONANINI/HUBER, Art. 6 N 13; sowie zu der Thematik des allgemeinen Beschwerderechts des Gemeinwesens nach VwVG, VwVG Praxiskommentar 3. Aufl. VwVG-MARANTELLI-SONANINI/HUBER, Art. 48 N 21 ff.

⁶¹ Verordnung 2015/1589/EU 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.

SuG als Rechtsgrundlage und Anknüpfungspunkt für eine künftige Rückforderung von ungerechtfertigt gewährten Beihilfen dienen.

1. Kompetenz der WEKO

Die WEKO ist bislang mit der Aufgabe betraut, die Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem LVA zu überprüfen. Gem. Art. 14 LVA sind die schweizerischen Behörden angehalten, alle in der Schweiz bestehenden Beihilferegungen im Anwendungsbereich des Abkommens fortlaufend zu überprüfen. Diese völkerrechtliche Pflicht wird durch das LFG⁶² umgesetzt, wobei Art. 103 Abs. 1 LFG die Zuständigkeit für die technische Evaluation der betroffenen Regelungen der WEKO zuweist.

Die WEKO prüft demnach:

- 1) Entwürfe zu Beschlüssen des Bundesrats auf deren Vereinbarkeit mit dem LVA;
- 2) Massnahmen von Kantonen, Gemeinden oder anderen schweizerischen, öffentlich-rechtlichen oder gemischt-wirtschaftlichen Körperschaften;
- 3) Gleichartige Massnahmen der EU oder der einzelnen Mitgliedstaaten.

Die WEKO verfügt allerdings über keine abschliessende Entscheidkompetenz. Sie äusserst sich nur zu Entwürfen, nicht aber zu endgültigen Massnahmen. Die Stellungnahme der WEKO stellt keine Verfügung dar und ist dementsprechend auch nicht anfechtbar.⁶³ Das Ergebnis der Prüfung der WEKO hat die massnahmenerlassende Behörde zu berücksichtigen. Die Behörde bleibt für die endgültige Entscheidung über die allfällige Gewährung der Beihilfe aber zuständig⁶⁴ und kann sie noch vor dem Erlass der infragestehenden Massnahme im Lichte der Stellungnahme der WEKO anpassen.⁶⁵ Allfälliges Anfechtungsobjekt ist der anschliessende Rechtsakt der Behörde. Die WEKO veröffentlicht ihre Stellungnahmen gestützt auf Art. 48 KG.⁶⁶ Das Bundesamt für

⁶² Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, SR 748.0).

⁶³ WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten vom 18. Dezember 2018, Rz. 60.

⁶⁴ Siehe dazu auch WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten vom 18. Dezember 2018, Rz. 61.

⁶⁵ Vgl. WEKO, *Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève (AIG)*, Gutachten vom 5. Juli 2021, Rz. 60 f. sowie HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 4.

⁶⁶ Vgl. HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 11.

Zivilluftfahrt (BAZL) ist dafür zuständig, die Kommission über die etwaige Prüfung gem. Art. 14 LFA zu informieren, wobei die Kommission danach Gelegenheit erhält, sich gegebenenfalls vor einer endgültigen Entscheidung zu äussern.⁶⁷

Die WEKO prüft ausschliesslich nach Art. 103 Abs. 1 und 3 LFG, ob die betreffende Beihilfe mit dem LFG vereinbar ist und nicht, wie etwa angenommen werden könnte, nach dem KG. Auch das VwVG ist nach der ständigen Auffassung der WEKO nicht anwendbar.⁶⁸ Während der Prüfung der infragestehenden Beihilfe gibt es gem. WEKO keine Parteistellung, keine Mitwirkungspflicht und keine Untersuchungsmassnahmen.⁶⁹ Es gilt jedoch anzumerken, dass die Praxis der WEKO hiervon abweicht. Die WEKO nimmt sehr wohl Untersuchungsmassnahmen vor, indem sie das beihilfeempfangende Unternehmen sowie Dritte befragt. Für das Gutachten der WEKO vom 29. Juni 2020, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, gab die WEKO an, dass das WEKO-Sekretariat die Wettbewerber und Kunden mittels Auskunftsbefragen zum Sachverhalt befragt hatte und die Ergebnisse der Befragungen verwertete⁷⁰, was als Untersuchungsmassnahme gewertet werden kann. Die WEKO beansprucht bei der Ermittlung der Beihilfen damit einen grösseren Spielraum, als es der Kommission gem. EU-Recht erlaubt ist.⁷¹ In der EU darf die Kommission den Beihilfeempfänger zunächst nur dann befragen, wenn der beihilfegewährende Mitgliedstaat ausdrücklich zustimmt.⁷² Die Kommission ist i.d.R. zudem darauf beschränkt, denjenigen Mitgliedstaat zu konsultieren, der die betreffende Beihilfemassnahme gewährt hatte. Andere Mitgliedstaaten, Unternehmen oder Verbände dürfen erst nach der Eröffnung eines förmlichen Prüfverfahrens einbezogen werden. Dies setzt allerdings voraus, dass die Informationen des beihilfegewährenden Mitgliedstaats für eine umfassende Bewertung nicht ausreichen.⁷³ Die Kommission hat dabei den Grund-

⁶⁷ Vgl. WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten vom 18. Dezember 2018, Rz. 16, mit Verweis auf Stellungnahme der Direktion für Europäische Angelegenheiten (DEA) zu Art. 14 LVA.

⁶⁸ Sieh dazu WEKO, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, Gutachten vom 29. Juni 2020, Rz. 15 und Rz. 217 ff.

⁶⁹ WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten vom 18. Dezember 2018, Rz. 60.

⁷⁰ WEKO, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, Gutachten vom 29. Juni 2020, Rz. 15 und Rz. 217 ff.

⁷¹ Vgl. dazu auch HIRSBRUNNER, Kontrolle staatlicher Beihilfen in der Schweiz, Rz. 4 und 8.

⁷² Art. 7 Abs. 2 lit. b Verordnung 2015/1589/EU.

⁷³ Vgl. Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a i.V.m. Erwägungsgrund 10 Verordnung 2015/1589/EU.

satz der Verhältnismässigkeit zu respektieren, insb. wenn es um die Befragung von kleinen und mittelgrossen Unternehmen (KMU) geht.⁷⁴

2. Praxis der WEKO

Die Praxis der WEKO ist gemessen an der Anzahl beihilferechtlicher Anwendungsfälle überschaubar.⁷⁵ Zu den von der WEKO im Rahmen ihrer Kompetenz behandelten Fällen zählen die zwei vor der COVID-19-Krise ergangenen Fälle *Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport international de Genève* (AIG) (vom 27. September 2004)⁷⁶ sowie *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS* (vom 18. Dezember 2018)⁷⁷. Anlässlich der COVID-19-Pandemie hat sich die WEKO dann mit drei weiteren Beihilfefällen, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss* (vom 20. Mai 2020)⁷⁸, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics* (vom 29. Juni 2020)⁷⁹ sowie *Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève* (AIG) (vom 5. Juli 2021)⁸⁰ befasst.

Die WEKO kam in den erstgenannten zwei Fällen zum Schluss, dass es sich bei den jeweiligen Unterstützungsmassnahmen um keine Beihilfen i.S.v. Art. 13 Abs. 1 LVA handelte. Die WEKO entschied im Fall AIG, dass die Wiederinbetriebnahme des Terminals T2 den Wettbewerb nicht signifikant beeinträchtigt und somit keine wettbewerbswidrigen Praktiken vorgelegen hätten. Damit wurde die Wiederinbetriebnahme des Terminals T2 genehmigt.⁸¹ Im Fall *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS* entschied die WEKO, dass der Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS in der gegebenen Form keine

⁷⁴ Vgl. ebenfalls Art. 7 Abs. 2 lit. b Verordnung Verordnung 2015/1589/EU.

⁷⁵ Bis zum Ausbruch der COVID-19-Pandemie war die Praxis der WEKO beschränkt auf das LVA. Nach dem 7. Mai 2020 sollte die WEKO auch Finanzhilfen des Bundes im Luftverkehrsbereich technisch begutachten, was dafür sorgte, dass die WEKO sich weiterer Fälle zur Prüfung annahm. Dennoch bleibt die Anzahl Fälle bis 2024 bescheiden.

⁷⁶ WEKO, *Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève*, Gutachten vom 27. September 2004.

⁷⁷ WEKO, *Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS*, Gutachten vom 18. Dezember 2018.

⁷⁸ WEKO, *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss*, Gutachten vom 20. Mai 2020.

⁷⁹ WEKO, *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics*, Gutachten vom 29. Juni 2020.

⁸⁰ WEKO, *Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève* (AIG), Gutachten vom 5. Juli 2021.

⁸¹ WEKO, *Remise en service de l'ancien terminal T2 de l'Aéroport International de Genève*, Gutachten vom 27. September 2004, Rz. 36 ff.

wettbewerbsrechtlichen Bedenken aufwarf, da er notwendig gewesen sei, um die Wettbewerbsfähigkeit der SWISS in einem stark umkämpften Markt zu gewährleisten.⁸²

Im Fall *Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss* bejahte die WEKO zwar die Erfüllung des Tatbestandes nach Art. 13 Abs. 1 LVA, wonach eine Beihilfe vorgelegen habe. Jedoch stufte sie die jeweilige, infragestehende Unterstützungsmassnahme als mit Art. 13 Abs. 3 Bst. b LVA vereinbar ein.⁸³ Im Ergebnis waren diese beiden Fälle mit dem LVA in Einklang und die Beihilfemassnahmen legitim, da sie nach Auffassung der WEKO verhältnismässig, geeignet, erforderlich und angemessen waren.

Nur im Fall *Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics* empfahl die WEKO die Nichtgewährung einer Ausfallbürgschaft durch den Bund. Primäres Argument war die Tatsache, dass die chinesische HNA-Gruppe, zu der die SR Technics gehörte, bereits vor dem Inkrafttreten des von der Kommission erlassenen Beihilfe-Krisenrahmens in finanzielle Schwierigkeiten geraten war. Deshalb sei die Grundvoraussetzung, die Ausfallbürgschaft mit dem Krisenrahmen für vereinbar zu erklären, gar nicht erst gegeben. In ihrer Stellungnahme vertrat die WEKO die Auffassung, dass die Bürgschaft nicht einmal geeignet gewesen wäre, um eine erhebliche Störung im Wirtschaftsleben der Schweiz zu verhindern, und darüber hinaus nicht angemessen gewesen wäre. Sie führte aber aus, dass die Ausfallbürgschaft eventuell neben der beihilferechtlichen Prüfung nach dem LVA auch nach den Leitlinien der Kommission über Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen⁸⁴ oder nach den allgemeinen Vereinbarkeitskriterien für Beihilfen zur Beseitigung von Schäden infolge von Naturkatastrophen oder sonstigen aussergewöhnlichen Ereignissen⁸⁵ hätte überprüft werden können. Der Bundesrat als Adressat folgte weder der Empfehlung der WEKO noch ordnete er eine weitere Prüfung an, sondern entschied sich, die Ausfallbürgschaft in dem Falle freizugeben. Ausschlaggebendes Argument für den Bundesrat war der Umstand, dass aufgrund der besonders hohen regulatorischen Anforderungen die sog. *Line Maintenance*, also die schnelle Wartung ausländischer Airlines, die kurz nach ihrer Landung

⁸² WEKO, Entlastungsmechanismus zugunsten der SWISS, Gutachten vom 18. Dezember 2018, Rz. 200.

⁸³ WEKO, Unterstützungsmassnahmen zugunsten der SWISS und Edelweiss, Gutachten vom 20. Mai 2020, Rz. 86 ff.

⁸⁴ WEKO, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, Gutachten vom 29. Juni 2020, Rz. 244 ff.

⁸⁵ WEKO, Unterstützungsmassnahme zugunsten der SR Technics, Gutachten vom 29. Juni 2020, Ergebnis, Rz. 99 ff.

an Schweizer Flughäfen wieder abheben, kurzfristig nicht zu ersetzen gewesen wäre. Der Bundesrat wandte ein, dass eine rasche Handlung aufgrund der nötigen Liquidität nötig gewesen wäre und der Ausfall der SR Technics den Flugbetrieb in der anspruchsvollen Phase der Wiederaufnahme der Tätigkeiten zusätzlich belastet hätte.⁸⁶

Im Fall *Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève* (AIG) bejahte die WEKO die Erfüllung des Tatbestandes nach Art. 13 Abs. 1 LVA zunächst, stellte in einem weiteren Schritt aber fest, dass die Unterstützungsmassnahme mit den Anforderungen nach Art. 13 Abs. 3 lit. b LVA vereinbar war und damit die Unterstützungsmassnahme eine zulässige Beihilfe darstellte. Art. 13 Abs. 3 lit. b LVA erlaubt Beihilfemassnahmen, sofern sie als gerechtfertigt und notwendig für ein bestimmtes Ziel gelten (Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei, wie z.B. zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Infrastruktur oder zur Abmilderung aussergewöhnlicher Situationen). Die WEKO betonte hierbei, dass die Unterstützung des Flughafens Genf sowohl erforderlich war, um die Stabilität der kritischen Verkehrsinfrastruktur zu gewährleisten, als auch verhältnismässig war, da sie in ihrer Höhe und Ausgestaltung angemessen gewesen war. Dies hatte insgesamt dazu beigetragen, die negativen wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Pandemie abzufedern, ohne den Wettbewerb im Binnenmarkt der Schweiz unverhältnismässig zu verzerren.⁸⁷

IV. Subventionswettlauf

In Folge der geopolitischen Ereignisse der jüngsten Zeit sind wirtschafts-
protektionistische Tendenzen von Nationalstaaten weltweit zu beobachten.⁸⁸
Diese Tendenzen äussern sich auf dem Gebiet der (erneuerbaren) Energie(n)
gehäuft auch in der EU.

Die Kommission hat seit dem Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine 2022 einen befristeten Krisenrahmen für staatliche Beihilfen erlassen, welcher die Mitgliedstaaten dabei unterstützen sollte, die wirtschaftlichen Nachteile ab-

⁸⁶ Vgl. dazu Medienmitteilung des Bundesrats, Coronavirus: Bundesrat gibt Bürgschaft für SR Technics frei.

⁸⁷ WEKO, *Mesure de soutien en faveur de l'Aéroport international de Genève* (AIG), Gutachten vom 5. Juli 2021, Rz. 1 ff.

⁸⁸ Wie z.B. die COVID-19-Pandemie, der Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine, Handelskriege und protektionistische Massnahmen in China und den USA.

zufedern. Einige Monate später hat sie ebendiesen bereits ausgedehnt.⁸⁹ Hier lässt sich eine Tendenz der Kommission erkennen, unter der Schirmherrschaft des Beihilferechts den Rahmen von Unterstützungsmassnahmen auszuweiten. Die Änderungen des ausgedehnten Beihilferegimes sind dabei vorläufig bis zum 31. Dezember 2025 befristet und betreffen insb. drei Aspekte:

- 1) Den Ausbau der erneuerbaren Energien und die Erleichterung der Dekarbonisierung der Industrie durch die Einführung der Möglichkeit, den Ausbau aller erneuerbarer Energiequellen zu unterstützen;
- 2) Die Gewährung von Beihilfen für weniger ausgereifte Technologien wie erneuerbaren Wasserstoff ohne Ausschreibung, sofern bestimmte Vorkehrungen zur Wahrung der Verhältnismässigkeit der öffentlichen Förderung getroffen werden;
- 3) Die Anhebung der Beihilfeobergrenzen und die Vereinfachung der Beihilfeberechnung zur Schaffung von Anreizen für Investitionen, die dann zu einer erheblichen Verringerung der Emissionen führen sollen.⁹⁰

Die Vereinfachung der Regeln staatlicher Beihilfen im Energiebereich sorgte zwar für eine unmittelbare Abfederung der wirtschaftlichen Folgen des Angriffskrieges. Das Aufweichen der Beihilferegeln läuft aber gleichzeitig Gefahr, den Sinn des etablierten Beihilfesystems auszuhöhlen. Mit der Ergreifung solcher Massnahmen kann es im gleichen Atemzug zu einem Subventionswettlauf kommen, der ultimativ die Integrität des Binnenmarktes gefährden könnte.⁹¹

Ein Blick auf die genehmigten EU-Beihilfen innerhalb des Krisenrahmens veranschaulicht zudem ein Ungleichgewicht zwischen den Mitgliedstaaten. Deutschland meldete mehr als die Hälfte aller von der Kommission genehmigten Beihilfen im Umfang von EUR 672 Mrd. an. Ein weiteres Viertel der genehmigten Beihilfen fällt auf Frankreich und 7% auf Italien. Obwohl die übrigen Mitgliedstaaten zusammengenommen einer Wirtschaftsleistung von 45% der EU entsprechen, haben sie lediglich 16% der Beihilfen angemeldet. Dies ist

⁸⁹ Vgl. Mitteilung Kommission befristeter Krisenrahmen, ABl 022/C 121 I/01 CI 131/1 vom 24. März 2022; Mitteilung Kommission befristeter Krisenrahmen, ABl C 426/1 vom 9. November 2022, sowie Pressemitteilung Kommission, Verlängerung, vom 20. November 2023.

⁹⁰ Pressemitteilung Kommission, Staatliche Beihilfen zur Krisenbewältigung vom 1. Februar 2023.

⁹¹ Vgl. dazu Plenarsitzungsdokument, Wettbewerbspolitik, Jahresbericht 2023, Rz. 2, worin die Kommission dazu auffordert, keine Bedingungen zu schaffen, die zu einem Subventionswettlauf führen und einen unlauteren Subventionswettbewerb zu verhindern und dagegen vorzugehen.

eine offensichtliche Schieflage und wird von den wirtschaftlich weniger starken Mitgliedstaaten mit Sorge beobachtet, da die Beihilfeloockerungen den ohnehin wirtschaftsstärkeren Ländern weitere Wettbewerbsvorteile verschaffen könnten.⁹²

Obschon ein Eingriff in den Wettbewerb grundsätzlich unerwünscht ist, liegt ein Grund der weiteren Ausdehnung des Beihilferechts darin, die Wirtschaft in der EU angesichts der internationalen Konkurrenz zu schützen.⁹³ Die Volksrepublik China hat gem. der Internationalen Energieagentur (IEA) seit 2010 bereits zehnmal mehr in Produktionsanlagen für Solarpaneele investiert als Europa.⁹⁴ In der EU werden aufgrund der Industriepolitik Chinas deshalb spürbare Wettbewerbsverzerrungen sowie neue Handelsabhängigkeiten befürchtet. Gem. IEA beträgt der weltweite Marktanteil Chinas bei sämtlichen Fertigungsstufen von Solarmodulen indessen mindestens 80% und bei Siliziumscheiben 97%.⁹⁵ Zudem hat das chinesische Handelsministerium rechtliche Grundlagen geschaffen, um den Export von Solartechnologie und anderen Hochtechnologien zu beschränken, welche den Ausbau der Solarindustrie ausserhalb Chinas erschweren könnten. Solche Exportbeschränkungen können die weltweiten Preise für Solarpaneele in die Höhe treiben. Dies ist insb. für den EU-Mitgliedstaat Deutschland, welcher als ehemaliger Marktführer auf dem Solarmarkt seine Marktposition abgeben musste, entscheidend. Die Photovoltaikindustrie Deutschlands fordert deshalb seit geraumer Zeit, die europäische Solarindustrie zurück in die EU bzw. nach Deutschland zu holen.⁹⁶ Diese Forderung entspricht dabei tatsächlich auch den Plänen der Kommission. Die Kommission hat zu Beginn des Jahres 2024 dazu in einer Pressemitteilung die Stärkung der Solarindustrie angekündigt. Sie stuft die

⁹² Pressemitteilung Kommission, Staatliche Beihilfen zur Krisenbewältigung vom 1. Februar 2023 sowie Pressemitteilung Kommission, Verlängerung, vom 20. November 2023.

⁹³ Die Wettbewerbskommissarin Margarethe Vestager äusserste sich dazu zwar kritisch und betonte, dass die Wettbewerbsfähigkeit in der EU und in Europa nicht auf staatliche Beihilfen aufgebaut werden könne. Allerdings unterstrich sie den Umstand, wonach die von der EU angestrebte Abkehr fossiler Brennstoffe durch solche Unterstützungen so schneller erreichen könnte. Sie knüpfte in diesem Zusammenhang an den *Green Deal* als oberstes, langfristiges Ziel der EU an, welcher den Wirtschaftseingriff als strategische Vorgehensweise legitimierte. Siehe auch Pressemitteilung Kommission, Staatliche Beihilfen zur Krisenbewältigung vom 1. Februar 2023.

⁹⁴ Vgl. IEA, Solar PV Global Supply Chains, 7.

⁹⁵ Vgl. IEA, Solar PV Global Supply Chains, 24.

⁹⁶ Dabei sollen sich Unternehmen gegenüber Herstellern verpflichten, Produkte in gewissem Umfang abzunehmen und im Gegenzug dazu Unterstützung durch die Kommission und die deutsche Bundesregierung zu erhalten. Vgl. dazu WEIDEMANN, Solarindustrie zurückholen.

Photovoltaik- und Solarthermie-Technologien offiziell als strategisch wichtig ein, da diese gem. dem *Net Zero Industry Act*⁹⁷ dazu beitragen sollen, die Netto-Null-Technologien in der EU bis 2030 auf mindestens 40% des jährlichen Bedarfs der EU zu steigern. Diese Massnahmen, die den Marktzugang für in der EU hergestellte Solaranlagen verbessern sowie die Industrie stärken und schützen sollen, sind zugleich ein Ausdruck des Bestrebens der Kommission, der Gefahr einer Produktionsverlagerung ins Ausland aufgrund ausländischer Subventionen, entgegenzuwirken.⁹⁸ Ob dies als Reaktion auf Handelsboykotte anderer Länder mittels Instrumentalisierung des Beihilferegimes erfolgte, sei dahingestellt.

Doch nicht nur China, sondern auch zahlreiche andere Staaten stärken durch staatliche Interventionen ihre grünen Schlüsselindustrien. So droht eine Abwanderung der europäischen Industrie aufgrund des *US-Inflation Reduction Act (IRA)*⁹⁹ in die Vereinigten Staaten von Amerika (USA). Die USA unterstützen ihre grünen Industrien verstärkt, um sie vor ausländischer Konkurrenz zu schützen und wettbewerbsfähiger zu machen. Gleichzeitig sanktioniert das US-Handelsministerium bereits seit 2011 chinesische Solarpanels mit Importzöllen mit dem Argument, dass es sich dabei um Dumpingpreise handle. Die USA erhöhten zwischenzeitlich auch den Druck auf verbündete Länder in der EU, um die Tech-Boykotte gegenüber China zu verschärfen.¹⁰⁰

Obwohl die Dekarbonisierung der Industrien global betrachtet zu begrüßen ist, plädiert die EU dafür, faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und erwägt deshalb eine erneute Ausdehnung des Beihilferechts mittels Industrieplans zugunsten des *Green Deal*.¹⁰¹ Offizielles Ziel des Industrieplans ist die gemeinsame Industriepolitik sowie die Dekarbonisierung der Industrie im Hinblick auf die Klimaneutralität.¹⁰² Um Beihilfen zu beantragen, müssen die

⁹⁷ Vgl. auch Pressemitteilung Kommission, *Net Zero Industry Act*, vom 16. März 2023 sowie Verordnung (EU) 2024/1735 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Schaffung eines Rahmens für Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Ökosystems der Fertigung von Netto-Null-Technologien und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724, ABl L 2024/1735 vom 28. Juni 2024.

⁹⁸ Vgl. Pressemitteilung Kommission, EU-Initiative zur Stärkung der Solarindustrie.

⁹⁹ Siehe dazu den *US Inflation Reduction Act of 2022*.

¹⁰⁰ Vgl. ECKSTEIN/BORK, China plant Exportbeschränkungen für Hochtechnologien, vom 6. Februar 2023.

¹⁰¹ Vgl. Mitteilung Kommission, Ein Industrieplan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, vom 1. Februar 2023, KOM(2023) 62 endgültig, 3.

¹⁰² Gem. Mitteilung Kommission, Ein Industrieplan zum Grünen Deal für das klimaneutrale Zeitalter, vom 1. Februar 2023, KOM(2023) 62 endgültig, 3, besteht der Industrieplan aus vier Säulen und ist als integraler Teil des *Green Deal* gestaltet. Die erste Säule beinhaltet

Mitgliedstaaten konkret nachweisen, dass ohne eine Förderung das Risiko besteht, dass Produktionsstätten die EU verlassen. Die erneuerbaren Energien werden dabei in ausgereifte und weniger ausgereifte Technologien unterteilt, wobei Solarenergie, Windkraft oder Strom aus Wasserkraft zu den ausgereiften Technologien zählen. Für sie muss die Höhe der Beihilfen mittels Auktionen festgelegt werden. Weniger ausgereifte Technologien dürfen höchstens zu 45% der totalen Investitionskosten mittels Beihilfen unterstützt werden.

V. Wettbewerbsrechtliche Wirtschaftsordnung

Die EU-Mitgliedstaaten und die Schweiz haben sich einer wettbewerbsrechtlich organisierten Wirtschaftsordnung verpflichtet. Der Wettbewerb und damit einhergehend der Freihandel sind insb. in Europa nicht national beschränkt. Anhand des EU-Binnenmarktes und des globalen Warenhandels zeigt sich die Bedeutung vergrößerter Märkte zunehmend. Bei einer Marköffnung einer zuvor eigenständigen Volkswirtschaft und der Teilnahme der Unternehmen an einem Binnenmarkt sind geregelte Marktzugangsrechte und Wettbewerbsregeln nötig. Im Falle der EU wurde das umfassende Wettbewerbsregime geschaffen, wozu das EU-Beihilferecht gehört. Es möchte eine faire und gleiche Wettbewerbsgrundlage für die Teilnehmer schaffen. Dabei ist zu beachten, dass viele Gemeinwesen auf unterschiedlicher Ebene es als ihre Aufgabe erachten, günstige Rahmenbedingungen für den Wettbewerb und die wirtschaftliche Entwicklung auf ihrem Gebiet (z.B. durch die Standortförderung) zu ermöglichen, weswegen die Wirtschaftsförderung mittels Subventionen auf allen Ebenen des Gemeinwesens stattfindet.¹⁰³

VI. Marktversagen

Der Wettbewerb bildet die Grundlage einer freien Marktwirtschaft. Ein funktionierender Wettbewerb wirkt im besten Falle effizienzsteigernd und bringt

das sog. Netto-Null-Ziel-Gesetz, welches beschleunigte Genehmigungsverfahren für Produktionsstätte vorsieht, sowie ein weiteres Gesetz zu kritischen Rohstoffen, welches den Zugang zu seltenen Materialien gewährleisten soll. Die zweite Säule betrifft die gemeinsame europäische Finanzierung, wobei ein Souveränitätsfonds auf EU-Ebene geplant wurde, welche aber als Idee bereits wieder verworfen wurde. Die dritte Säule widmet sich der Verbesserung der Kompetenzen und des Schutzes der Arbeitskraft, da befürchtet wird, dass ein beträchtlicher Anteil der Arbeitsplätze von der Dekarbonisierung und der Transformation betroffen sein könnte. Die vierte Säule soll die Lieferketten stärken, indem Freihandelsabkommen ausgebaut werden.

¹⁰³ Vgl. auch Ausführungen in ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 33.

Innovationen hervor. Funktionieren die Marktmechanismen (Angebot, Nachfrage, Preise, Quantität, Varietät, Qualität), wird sich ein Staat mit Interventionen zurückhalten. Entsprechend entwickelt sich auch die Wirtschaftlichkeit von Unternehmen, da sie sich in einem solchen funktionierenden Wettbewerb gegenüber anderen Marktteilnehmern behaupten müssen (sog. dynamische Effizienz).¹⁰⁴ Der Markt sorgt somit – jedenfalls in der Theorie – für eine effiziente Allokation von Ressourcen und für eine optimale Bedürfnisbefriedigung der Konsumentinnen und Konsumenten.

Abweichend von der (theoretischen) Idealvorstellung einer funktionierenden Marktwirtschaft gibt es selbstverständlich Fälle, in denen der Wettbewerb nicht zum erwünschten Ergebnis führt. Der Markt läuft in diesen Fällen nicht unter optimalen Bedingungen ab und ist aus ökonomischer Sicht nicht perfekt.¹⁰⁵ Wirkt die Dynamik zwischen Angebot und Nachfrage nicht optimal, führt der Markt nicht zu einem angemessenen Ergebnis und es liegt Marktversagen vor.¹⁰⁶ Marktversagen liegt klassischerweise vor, wenn einzelne oder mehrere Marktmechanismen nicht mehr greifen und damit keine effiziente Ressourcenverteilung gewährleistet ist. Ökonomisch betrachtet handelt es sich dabei um Situationen, in denen der Markt aus eigener Kraft keine Paretoeffizienten Ergebnisse hervorbringt. Damit sind Zustände gemeint, in denen niemand bessergestellt werden kann, ohne jemand anderen schlechter zu stellen. So führen z.B. Preisabsprachen, eine marktbeherrschende Stellung oder Monopole sowie Informationsasymmetrien zu Marktversagen.¹⁰⁷

Neben diesen ökonomisch erklärbaren Ursachen für Marktversagen gibt es auch Konstellationen, in denen gesellschaftliche oder politische Ziele verfolgt werden, die nicht allein durch Marktmechanismen erreicht werden können. Dazu zählen etwa die Entwicklung strukturschwacher oder ländlicher Regionen, die Förderung sozialer Gerechtigkeit oder der Schutz öffentlicher Interessen wie Gesundheit, Sicherheit oder Kultur. Auch in diesen Fällen ist der Markt nicht das geeignete Steuerungsinstrument, sodass staatliche Massnahmen erforderlich werden.¹⁰⁸

Die Feststellung von Marktversagen kann als ökonomische und rechtliche Rechtfertigung für staatliches Eingreifen dienen. Regulierungen, Subventionen, Besteuerung oder direkte staatliche Leistungen sollen die entstandenen

¹⁰⁴ KIRCHNER, 230; BLAUBERGER/KRÄMER, 173.

¹⁰⁵ SMITH, 421; NEUMANN, 28.

¹⁰⁶ NEUMANN, 5.

¹⁰⁷ GÜNPINAR, 22 ff.

¹⁰⁸ GÜNPINAR, 19 ff.

Ineffizienzen korrigieren und damit einen gesellschaftlich wünschenswerten Zustand (wieder-)herstellen.

VII. Staatliche Interventionen

Liegt ein Marktversagen vor, ist das Ziel, die marktwirtschaftliche Ordnung wiederherzustellen (oder allfällige öffentliche Interessen zu verwirklichen). Dies geschieht mittels Wettbewerbspolitik, wobei die Instrumente der staatlichen Interventionen dazu verwendet werden und in diesem Kontext als legitim erachtet werden. Hier ist auch von einer zielkonformen Verbesserung einer suboptimalen Allokation oder Veränderung aus Gerechtigkeitsanliegen die Rede.¹⁰⁹

Für die Rechtfertigung staatlicher Interventionen existieren in der Wettbewerbstheorie zwei gegensätzliche Konzeptionsansätze des Wettbewerbs:

1) Dem *konstruktivistischen Ansatz* liegt der Gedanke zugrunde, dass der Staat den Wettbewerb überhaupt erst erschafft. Dem Staat werden daher starke Befugnisse in der weiteren Schaffung der nötigen Voraussetzungen eines funktionierenden Wettbewerbs zugesprochen. Demnach ist im Grundsatz alles verboten, was nicht erlaubt ist. Aufgrund von Annahmen über die wirtschaftliche Entwicklung des Wettbewerbs lenkt der Staat die wirtschaftliche Entwicklung dann häufig mittels Subventionen. Dadurch entsteht allerdings ein gewisses Risiko, dass ebendiese staatlichen Interventionen zu unerwünschten Ergebnissen führen können. Liegt ein solches Ergebnis trotz staatlichen Eingreifens vor, ist von Staatsversagen die Rede. Um die unerwünschten Ergebnisse dieses Staatsversagens zu korrigieren, kann ein Staat als Lenkungsmittel erneut Subventionen einsetzen, die aber in der Folge wieder den Wettbewerb beeinflussen. Unerwünschte Ergebnisse werden somit erneut mit staatlichen Subventionen ausgeglichen.¹¹⁰

¹⁰⁹ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, 116; In der EU haben viele Mitgliedstaaten den Ruf, ineffiziente Unternehmen durch Subventionen am Leben zu erhalten und dadurch eine Marktintegration und freien Wettbewerb zu blockieren, siehe dazu MARTIN, 43.

¹¹⁰ Siehe zum ganzen auch NEUMANN, 29 ff.; GÜNPINAR, 19; Ein anschauliches Beispiel im Bereich der Agrarpolitik der EU zu den Folgen staatlicher Interventionen sind auch die sog. Milchseen und Butterberge. Durch unbeschränkte Preisgarantien wurde ein Anreiz geschaffen, möglichst grosse Mengen zu produzieren, was unter Einfluss anderer Faktoren schliesslich in einen Überfluss an Agrarprodukten resultierte. Dem Überangebot und dem Risiko eines Preisabfalls wurde mittels Einlagerungen und teilweiser Vernichtung der Agrarprodukte begegnet. Vgl. dazu Kommission, Zeitstrahl zur Gemeinsamen Agrarpolitik.

2) Demgegenüber entsteht dem *evolutionären* Ansatz zufolge der Wettbewerb als dynamischer Entdeckungsprozess aus dem individuellen Streben nach Eigennutzen. Der evolutionäre Ansatz bezieht sich auf die Vorstellung, dass der wirtschaftliche Wettbewerb wie ein evolutionärer Prozess funktioniert, ähnlich dem Konzept der biologischen Evolution in der Natur. Es wird dabei auf den Selbstverbesserungs- und Selbstregulierungsprozess des Marktes und die Beiträge der Unternehmer gesetzt, die den funktionierenden Wettbewerb formen. Hiernach ist im Grundsatz alles erlaubt, was nicht verboten ist. Der Markt und der Wettbewerbsprozess entwickeln sich hier im Sinne eines Entdeckungsverfahrens schrittweise fort.¹¹¹ Der evolutionäre Ansatz berücksichtigt dabei, dass auf einem Markt nicht alle Wirtschaftsziele von Anfang an bekannt sind. Das äussert sich auch dadurch, dass zur Erreichung der Ziele die dafür notwendigen staatlichen Interventionsmassnahmen noch nicht bekannt sein können.¹¹²

Die staatlichen Interventionen bringen aber immer auch Risiken und Kosten mit sich, wie z.B. ineffiziente Ressourcenallokationen, Überregulierung und politische Einflussnahme, weswegen die Ausgestaltung staatlicher Interventionen immer einer sorgfältigen Abwägung unterliegen muss, um nicht erneute, unerwünschte Konsequenzen zu schaffen.

VIII. Zwischenfazit

Das EU-Beihilferecht kennt mit Art. 107 Abs. 1 AEUV eine Verbotsnorm, die grundsätzlich Beihilfen verbietet. Die EU auferlegt Drittstaaten die Beihilferegeln mit dem Ziel, ein *level playing field* für alle am Binnenmarkt teilnehmenden Unternehmen zu schaffen. Dadurch werden die Bestrebungen der Gleichbehandlung der Konkurrenten durch die Einführung von Beihilferegeln in bilateralen Verhältnissen deutlich. Dies leuchtet aus EU-Sicht ein, da ansonsten drittstaatliche Unternehmen nicht nur Zugang zum EU-Binnenmarkt mit sämtlichen Vorteilen hätten, sondern auch die für die Mitgliedstaaten geltenden Beihilferegeln umgehen könnten.

Eine erste Einschätzung der Anwendung des EU-Beihilferegimes aus Sicht der schweizerischen Rechtsprechung unterstreicht zunächst die Vereinbarkeit der beihilferechtlichen Verbotsnorm mit der schweizerischen Wirtschaftsverfassung aufgrund der (gemeinsamen) liberalen und wettbewerbsori-

¹¹¹ VON HAYEK, 94.

¹¹² NEUMANN, 29.

entierten Wirtschaftsordnungen. Obwohl die Beihilfebestimmungen auf den ersten Blick nicht bedenklich erscheinen, ist eine Übernahme dennoch umstritten. Bei einer allfälligen Übernahme des EU-Beihilferechts in der Schweiz wäre die Einführung einer umfassenden Kontrollbehörde nötig, welche in Anlehnung an das EU-Beihilferegime gestaltet werden könnte und mit *ex-ante* oder mit *ex-post*-Kontrollmöglichkeiten ausgestattet werden könnte. Die WEKO wird als Pendant zur Kommission als mögliche Kontrollinstanz diskutiert. Sie fungiert derzeit als unabhängige Kontrollbehörde, ist aber weder Verfügungs- noch Ermittlungsbehörde und stellt kein vorbereitendes Organ für eine Behörde dar, die eine Beihilfeprüfung veranlasst. Sie kann keinen bindenden Rechtsakt erlassen und formuliert lediglich Stellungnahmen und Empfehlungen zu den zuständigen Gebieten. Es ist der beihilfeerlassenden Behörde überlassen, gem. den für sie massgebenden organisations- und verfahrensrechtlichen Bestimmungen eine Würdigung vorzunehmen (und dabei die allfälligen Verfahrensrechte zu beachten) und dann auf dieser Grundlage einen Entscheid über die infragestehende Massnahme zu treffen. Die WEKO ist in ihrer derzeitigen Ausgestaltung als künftige Kontrollbehörde in Beihilfesachen abzulehnen. Stattdessen ist bei der Übernahme des EU-Beihilferechts die Schaffung einer neuen, unabhängigen Behörde zu begrüssen.

Die EU findet sich ferner in einem Spannungsverhältnis wieder. Einerseits möchte sie konkurrenzfähig sein und unter fairen Wettbewerbsbedingungen im Rahmen einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung einen Markt für erneuerbare Energien schaffen. Andererseits sieht sie sich mit der Situation konfrontiert, dass andere Regionen der Welt durch protektionistische Massnahmen und Handelsboykotte der EU den Vorrang streitig machen. Obwohl die EU offiziell der freien Marktwirtschaft verschrieben ist, interveniert sie mittels expandierendem Beihilfebegriff weiterhin in die Wirtschaftspolitik und gewährt unterdessen Beihilfen in grossen Summen. Diese Interventionen dienen aber allem Anschein nach dem gemeinsamen, übergeordneten Ziel der Klimaneutralität und scheinen deshalb stets gerechtfertigt zu sein. Obwohl die Kommission betont, dass die Wettbewerbsfähigkeit der EU nicht auf staatliche Unterstützungsmassnahmen beruhen könne, anerkennt sie den Umstand, dass eine Abkehr von traditionell erzeugter Energie dadurch schneller erreicht würde und Handelsabhängigkeiten reduziert werden könnten. Die Kritik, dass mit der Instrumentalisierung des Beihilferegimes als Durchsetzungsmittel der Ziele der Kommission die Aushöhlung der eigentlichen Bedeutung des Beihilfesystems für das Wettbewerbsrecht erfolge, ist nicht einfach von der Hand zu weisen. Ein expandierender Beihilfebegriff kann i.S.d. Umweltschutzes zwar

wünschenswert sein, jedoch sollte diese Ausdehnung des Begriffs nicht von den eigentlichen Kernaufgaben des Wettbewerbsrechts abweichen.

Damit lässt sich ein Zusammenhang zwischen der schrittweisen Ausdehnung des Beihilfenbegriffs und der zunehmenden klimapolitischen Intervention der EU herstellen. Die EU verfolgt das Ziel, eine nachhaltige und klimaneutrale Wirtschaft zu fördern, weshalb sie verstärkt staatliche Massnahmen zur Unterstützung der Energiewende genehmigt. Ein restriktiverer Beihilfenbegriff könnte paradoxerweise dazu führen, dass staatliche Unterstützungsmassnahmen für klimapolitische Zwecke noch leichter genehmigt würden. Dies liegt daran, dass eine engere Definition des Begriffs dazu führen könnte, dass bestimmte staatliche Fördermassnahmen gar nicht erst als Beihilfen im Sinne des EU-Rechts eingestuft werden. In diesem Fall würden sie nicht unter die strengen Beihilfenkontrollmechanismen fallen und könnten ohne umfangreiche Prüfung durch die Kommission genehmigt werden. Die derzeitige Beihilfe-Entwicklung deutet darauf hin, dass die Kommission bewusst einen Mittelweg zwischen strenger Beihilfenkontrolle und politischer Steuerung wählt, indem sie klima- und energiepolitische Massnahmen zunehmend als mit dem Binnenmarkt vereinbar einstuft. Die verstärkte Förderung klimapolitischer Massnahmen kann daher eine Verschiebung der Prioritäten innerhalb der Beihilfenkontrolle bewirken. Diese Entwicklung kann zu einer faktischen Aufweichung der bisherigen Beihilfenkontroll-Massstäbe führen und ist als gezielte Anpassung an neue politische Herausforderungen zu verstehen.

Angesichts dieser Entwicklungen scheint sich im Kontext der allfälligen Übernahme des Beihilferechts in der Schweiz die Befürchtung, dass es sich bei der Anwendung von Art. 107 Abs. 1 AEUV um eine strikte EU-Verbotsnorm handle, zumindest in der praktischen Anwendung etwas zu relativieren.

Die EU und die Schweiz haben sich einer wettbewerbsrechtlichen Wirtschaftsordnung und demokratischen Prinzipien verschrieben. Auf den Märkten kann es allerdings zu Marktversagen kommen, das mittels staatlicher Interventionen korrigiert werden kann. Beihilfen und Subventionen stellen solche staatliche Intervention dar. Deren Wirkung kann auf dem Gebiet der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien besonders anschaulich beobachtet werden. Die fundamentalen, gemeinsamen Werte der EU und der Schweiz begründen damit gemeinsame Anknüpfungspunkte, die sich insb. auch im Hinblick auf das Verständnis von Fördermassnahmen von erneuerbaren Energien auswirken.

Teil 2 – Gemeinsame Anknüpfungspunkte

I. Rechtliche Grundlagen in der EU

Um die zentrale Thematik der vorliegenden Arbeit – die Einordnung der Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen im EnG mit dem Beihilferecht der EU – nachvollziehen zu können, wird nachfolgend eine rechtliche Bestandsaufnahme gemacht und veranschaulicht, wie sich die Förderung der erneuerbaren Energien im Rechtsrahmen der EU entwickelt hat und wie sie sich heute gestaltet. Die Gegenüberstellung zu den schweizerischen energiepolitischen Zielen und Rechtsgrundlagen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien ermöglicht sodann die Veranschaulichung weiterer, gemeinsamer Anknüpfungspunkte.

1. Energiepolitische Ziele der EU

Die in ihrer heutigen Form bestehende EU entstammt dem Grundgedanken heraus, die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS) 1952 zu schaffen. 1957 wurde mit den Römischen Verträgen die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG)¹¹³ gegründet, die das Ziel verfolgte, einen gemeinsamen Markt zu schaffen und Handelsbarrieren zwischen den Mitgliedstaaten abzubauen. 1987 wurde mit der Einheitlichen Europäischen Rechtsakte (EEA)¹¹⁴ erstmals eine Rechtsgrundlage für die gemeinsame, europäische Umweltpolitik etabliert. In den 1990er Jahren war erstmals vom Energiebinnenmarkt die Rede und 1998 wurde sodann das erste Energiepaket erlassen.¹¹⁵ Wegweisend für die Umwelt- und Energiepolitik der EU war die Festlegung der sog. 20-20-20-Ziele im Jahr 2008 im Rahmen des Klima- und Energiepakets.¹¹⁶ Diese Ziele beinhalteten die Reduktion der Treibhausgasemissionen (THG), die Steigerung der Energieeffizienz sowie den Ausbau des Anteils erneuerbarer Energien. Erstmals wurden dabei die Bereiche Strom, Wärme, Kälte und

¹¹³ Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Rom, vom 25. März 1957.

¹¹⁴ Einheitliche Europäische Rechtsakte, ABl L 169 vom 29. Juni 1987, 1.

¹¹⁵ Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Dezember 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 27/20 vom 30. Januar 1997, 20.

¹¹⁶ Siehe das Klima und Energiepaket, welches die Ziele zur Senkung der THG um 20%, des Anteils von 20% an erneuerbaren Energien sowie die Verbesserung der Energieeffizienz um 20%, die auch als 20-20-20-Ziele bekannt sind, vorsieht.

Transport gemeinsam in der Erneuerbare-Energien-Richtlinie (*Renewable Energy Directive* oder RED I) geregelt.¹¹⁷ Mit dem Reformvertrag von Lissabon 2009 wurde dann die erste Energierechtsgrundlage in Form von Art. 194 AEUV geschaffen.¹¹⁸ Im Jahre 2010 folgte die Europäische Energiestrategie¹¹⁹ und 2014 wurden die Reduktionsziele mit dem klima- und energiepolitischen Rahmen 2030 verschärft.¹²⁰ Im Jahre 2015 hat die EU als Gesamtes das Pariser Abkommen zur Erreichung der Klimaziele unterzeichnet und ratifiziert.¹²¹ Die EU hat sich damit verpflichtet, Massnahmen zur Bewältigung klima- und umweltpolitischer Herausforderungen zu erlassen, wie z.B. die Förderung des Ausbaus der erneuerbaren Energien und der Energieeffizienz, um die Effekte der Klimaerwärmung zu minimieren und den Anstieg der Klimaerwärmung im Vergleich zur vorindustriellen Zeit auf deutlich unter 2 Grad Celsius zu begrenzen (wobei ein maximaler Temperaturanstieg von 1,5 Grad Celsius angestrebt wird).

Die Kommission schreibt der Dekarbonisierung verschiedener Wirtschaftssektoren, insb. des Energiesektors, eine entscheidende Rolle zu, um die festgelegten Klimaziele zu erreichen. Die EU will gem. ihrer Energiestrategie bis 2050 der erste klimaneutrale Kontinent werden. Dafür hat die Kommission mit dem *Green Deal* von 2019, welcher eine von sechs Prioritäten der EU darstellt, die entsprechende Strategie verabschiedet.¹²² Zur Zielerreichung und Umsetzung der im *Green Deal* enthaltenen Massnahmen stellt die EU im Zeitraum von 2021-2027 rund EUR 1 Bio. zur Verfügung. Der *Green Deal* kann damit auch als politische Selbstverpflichtung der EU bezeichnet werden, der durch zahlreiche Regulatorien und Rechtsakte eine nachhaltige und starke Wirtschaft schaffen soll, wobei dem europäischen Markt neue Geschäftsfelder er-

¹¹⁷ 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 vom 5. Juni 2009, 16.

¹¹⁸ Vgl. Art. 194 AEUV, worin die Grundsätze der EU-Energiepolitik festgelegt wurden und eine geteilte Zuständigkeit zwischen den Mitgliedstaaten und der EU verankert ist.

¹¹⁹ Neue Energiestrategie für Europa 2011-2020.

¹²⁰ Mitteilung Kommission: Ein Rahmen für die Klima- und Energiepolitik im Zeitraum 2020-2030, vom 28. Januar 2014, KOM(2014) 15 endgültig, 2.

¹²¹ Vgl. Kommission Pressemitteilung 4. Oktober 2016, Pariser Klimaschutzabkommen kann in Kraft treten; UNFCCC, Paris Agreement, Art. 4 Nr. 1.

¹²² Der *Green Deal* stellt dabei eine umfassende und ehrgeizige Initiative der Kommission unter Ursula von der Leyen dar, die verbindliche Gesamtziele für die EU festlegt und dabei verschiedene Politikbereiche integriert und koordiniert, um Klimaneutralität zu erreichen. Mitteilung Kommission zum Europäischen Grünen Deal, vom 11. Dezember 2019 KOM(2019) 640 endgültig.

öffnet werden sollen. Dem (beschleunigten) Ausbau der erneuerbaren Energien kommt dabei eine tragende Schlüsselrolle zu.¹²³

Hinzu kommt, dass in der EU die nationalen Strommärkte seit dem Jahr 2007 vollständig liberalisiert wurden. Diese Öffnung hat dazu geführt, dass sämtliche Marktteilnehmer einen diskriminierungsfreien Marktzugang und gleiche Rahmenbedingungen erhalten haben. Bedeutende Komponenten zur Marktöffnung waren dabei die Entflechtung der Übertragungs- und Verteilnetze als natürliche Monopole von Stromproduktion, Stromhandel, Stromvertrieb und Strom- bzw. Energiespeicherung und das Recht auf freie Durchleitung von Strom im Netz für sämtliche Stromanbieter (*Third Party Access*), die freie Lieferantenwahl für alle Endverbraucher sowie die Schaffung nationaler Stromregulierungsbehörden. Mit dem sog. *Clean Energy Package* von 2020 hat die EU ihr Strommarktrecht dann umfassend modernisiert. Die neuen Bestimmungen beinhalten die weitere Marktintegration, die Stärkung der Versorgungssicherheit, die Stärkung der Endverbraucherrechte sowie Regeln für den Ausbau und die Integration von erneuerbaren Energien und insgesamt die Dekarbonisierung des Energiesektors.¹²⁴

2. Primärrechtliche Grundlagen der erneuerbaren Energien

Mit dem Reformvertrag von Lissabon 2009¹²⁵ wurde der EU eine Kompetenz im Energiebereich auf der Grundlage von Art. 194 Abs. 1 AEUV erteilt. Gem. Art. 194 Abs. 1 AEUV verfolgt die Energiepolitik der EU im Geiste der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten im Rahmen der Verwirklichung oder des Funktionierens des Binnenmarktes und unter Berücksichtigung der Notwendigkeit der Erhaltung der Umwelt, verschiedene Ziele. Neben der Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts und der Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit fördert die Energiepolitik der EU die Energieeffizienz, Energieeinsparungen und die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen sowie die Interkonnektion der Energienetze.

¹²³ 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 vom 21. Dezember 2018, Art. 3 ff.

¹²⁴ Vgl. dazu Europäisches Parlament, Energiebinnenmarkt sowie MEEUS/NOUICER, *The EU Clean Energy Package*.

¹²⁵ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon, ABl C 306 vom 17. Dezember 2007, 1.

Art. 194 Abs. 2 AEUV regelt dabei die Ausübung dieser Kompetenz im Bereich Energiepolitik. Demnach setzen das Europäische Parlament und der Rat der EU im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens nach Art. 294 AEUV Massnahmen, die erforderlich sind, um die Ziele nach Art. 194 Abs. 1 AEUV zu realisieren. Bevor solche Massnahmen erlassen werden können, erfolgt die Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen. Es steht den Mitgliedstaaten zu, jeweils selbst über die Bedingungen für die Nutzung der Energieressourcen sowie über die Wahl zwischen den Energiequellen und der allgemeinen Struktur der Energieversorgung zu bestimmen. Die Kommission ist an diesem Verfahren zwar nicht direkt beteiligt, hat aber gem. Art. 17 Abs. 2 EUV ein Initiativmonopol. Demnach darf ein Gesetzgebungsakt in der EU nur auf Vorschlag der Kommission erlassen werden, soweit in den Verträgen nichts anderes festgelegt ist. Damit ist es der Kommission möglich, die mitgliedstaatlichen Regelungen zumindest zu skizzieren. Zudem kann sie durch sog. ungekennzeichnete Rechtsakte, also Rechtsakte, die in den Verträgen als verbindliche Rechtshandlungen vorgesehen sind, bei denen jedoch die Form nicht festgelegt ist¹²⁶, wie z.B. Leitlinien, das Recht mitgestalten.¹²⁷

Grundsatzentscheidungen in der Energiepolitik werden aber nach wie vor von den Mitgliedstaaten getroffen, womit die EU im Energiebereich nur über eingeschränkte Kompetenzen verfügt. Gem. Art. 4 Abs. 2 lit. i AEUV besteht im Energiebereich nach Art. 194 AEUV zwar geteilte Zuständigkeit zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, dies wird jedoch durch das in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerte Subsidiaritätsprinzip beschnitten. Art. 194 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV gewährt den Mitgliedstaaten das Recht, wie oben bereits erwähnt, ihre Energiequellen frei zu wählen und die Struktur ihrer eigenen Energieversorgung selbst zu bestimmen. Dies bedeutet wiederum eine Schmälerung der EU-Kompetenz in diesem Bereich.¹²⁸ Mit dem Inkrafttreten der Richtlinie 2009/28/EG am 23. April 2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen (Erneuerbare-Energien-Richtlinie/RED, siehe dazu unten [Teil 2, I., 2.](#)), wurden erstmals verbindliche Ziele für den Anteil an erneuerbaren Energien in den Mitgliedstaaten festgelegt. In der Rechtssache *Ålands Vindkraft* entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH) allerdings bereits vorausschauend, dass es auf EU-Ebene keine Harmonisierung der nationalen För-

¹²⁶ OPILIO, 49.

¹²⁷ LUDWIGS, § 5 Rz. 93, 98 f.

¹²⁸ PAPENKORT/WELLERSHOFF, 81.

dermassnahmen für erneuerbare Energien geben werde.¹²⁹ In der Lehre wird aufgrund des Kompetenzvorbehalts der Mitgliedstaaten im Bereich der Grünstromförderung auch vom „Rückzugsgebiet nationalstaatlicher Lösungen“¹³⁰ gesprochen.¹³¹

Die Kompetenzverteilung im Wettbewerbsrecht der EU, wozu das hier vorrangig behandelte Beihilferecht zählt, weicht im Vergleich zur Energiepolitik der EU allerdings deutlich ab. Wie oben ausgeführt, sind die Kompetenzen der EU im Bereich der Energiepolitik eingeschränkt. Den Mitgliedstaaten kommt ein grosser Teil der Entscheidungskompetenz zu. Dagegen hat die EU im Beihilferecht umfassende Befugnisse. So statuiert Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV die ausschliessliche Zuständigkeit der EU im Bereich Wettbewerbsrecht. Sie ist demnach ausschliesslich dafür zuständig, erforderliche Wettbewerbsregeln zu erlassen, um das Funktionieren des EU-Binnenmarktes zu gewährleisten. Hinzu kommt, dass die Kommission gem. Art. 108 Abs. 1 AEUV über die (funktionale) Kompetenz verfügt, indem sie fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten die bestehenden Beihilferegeln überprüft und die Möglichkeit hat, zweckdienliche Massnahmen vorzuschlagen, welche die fortschreitende Entwicklung und das Funktionieren des Binnenmarktes erfordern (siehe dazu unten [Teil 3, I., 4., c\), bb\)](#)).¹³²

3. Sekundärrechtliche Grundlagen der erneuerbaren Energien

Im beihilferechtlichen Kontext hat sich die Kommission, insb. seit dem Beschluss der Energiewende, gehäuft mit dem Bereich der erneuerbaren Energien auseinandergesetzt. Neben den formellen EU-Rechtsvorschriften für Klima- und Energiefragen sind auch die von der Kommission erlassenen Beschlüsse, Mitteilungen und Entscheide zentral für die Umsetzung der wirksa-

¹²⁹ EuGH, Urteil vom 1. Juli 2014 in der Rechtssache C-573/12, ECLI:EU:C:2014:2037 – Ålands Vindkraft AB/Energimyndigheten, Rz. 51.

¹³⁰ GUNDEL, N 79 f.

¹³¹ Da das Beihilferecht mittlerweile auch als eigenes Rechtsgebiet betrachtet werden kann und die Kompetenzen der Kommission sich im Beihilfegebiet weit erstrecken, kann diese Aussage relativiert werden (siehe oben, [Teil 1, II.](#)).

¹³² Kommentar EUV/AEUV-CREMER, Art. 108 N 1; Kurzkomentar EUV/AEUV-KÜHLING/RÜCHARDT, Art. 108 N 1; STUMPF, 223. Die Kontrolle von Beihilfen durch die Kommission lässt sich in zwei Kategorien aufteilen: in die Kontrolle bereits bestehender Beihilfen (Art. 108 Abs. 1 und 2 AEUV) und Genehmigung neuer Beihilfen (Art. 108 Abs. 3 AEUV). Die Kommission ist somit alleinige Kontrollinstanz und dafür zuständig, Genehmigungen und Rückforderungen von Beihilfen anzuordnen.

men Klima- und Energiewendepolitik geworden. Sie gelten als wichtige Hilfsmittel bei der Beurteilung einer staatlichen Massnahme als Beihilfe.¹³³

Die erste Regulierung, die die erneuerbaren Energien betraf, stellte der Erlass der Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt¹³⁴ dar. Diese Richtlinie wurde umfassend novelliert und durch die Fassung 2009/28/EG (*Renewable Energy Directive* oder RED I) ersetzt, welche ihrerseits von der Richtlinie 2018/2001/EU (*Renewable Energy Directive* oder RED II) ersetzt wurde. Mittlerweile wurde auch diese Fassung einer umfassenden Novellierung unterzogen und durch die Richtlinie 2023/241/EU (*Renewable Energy Directive III* bzw. RED III) ersetzt.

Die Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG trat als zentraler Teil des sog. europäischen Klimaschutzpakts 2009 in Kraft. Sie erging zum einen gestützt auf die Rechtsgrundlagen des Art. 175 Abs. 1 EG (Umweltkompetenz, heutiger Art. 192 AEUV) und zum anderen in Bezug auf die Art. 17, 18 und 19 der Erneuerbare-Energien-Richtlinie 2009/28/EG auf Art. 95 EG (Binnenmarktkompetenz, heutiger Art. 114 AEUV).

Am 30. November 2016 stellte die Kommission die Neufassung der Richtlinie 2009/28/EG (RED I) mit dem Titel „Saubere Energie für alle Europäer“ als Teil des sog. Winterpakets vor. Inhaltlich befasste sich die Richtlinie 2009/28/EG neben dem EU-weit verbindlichen Energieziel sowie der gemeinsam geregelten Förderung der Energiesektoren auch mit der Energieeffizienz, der Festigung der weltweiten Führungsrolle der EU in den erneuerbaren Energien und dem Festlegen eines fairen Angebots für die Endverbraucher.¹³⁵ Die Richtlinie 2009/28/EG wird dahingehend als Paradigmenwechsel gedeutet, als dass sie erstmals die Förderung der erneuerbaren Energien aller Energiesektoren regelte und verbindliche Ziele für den Anteil der erneuerbaren Energien am Energieverbrauch in den Mitgliedstaaten bis 2020 festlegte. Verbindliche Vorgaben betrafen lediglich gemeinsame Mindeststandards beim Ausbau der erneuerbaren Energien, wobei die Wahl der Mittel zur Erreichung dieser Ziele

¹³³ Vgl. Mitteilung Kommission, u.a. über die Verlängerung und Änderung der Leitlinien für Regionalbeihilfen 2014-2020, ABl C 224 vom 8. Juli 2020, 2 ff.

¹³⁴ Richtlinie 2001/77/EG des Europäischen Parlaments und des Tarifs vom 27. September 2001 zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energiequellen im Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl L 283, 33 (nicht mehr rechtskräftig).

¹³⁵ Mitteilung Kommission, Saubere Energie für alle Europäer, vom 30. November 2016, KOM(2016) 860.

den Mitgliedstaaten frei zustand.¹³⁶ Die Richtlinie 2009/28/EG sah einen Bruttoendenergieverbrauch aus erneuerbaren Energien von 32% bis 2030 vor. Die einzelnen verbindlichen Ziele für die Mitgliedstaaten wurden abgeschafft und stattdessen wurden die Mitgliedstaaten dazu angehalten, neu sog. Aktionspläne zur Erreichung des (gemeinsamen) Ausbauziels der Kommission einzureichen. Auch hierbei haben die Mitgliedstaaten die freie Wahl der Umsetzung, wobei aber beim Ausbau der erneuerbaren Energien Mindeststandards, wie z.B. die Vorschriften zum Netzzugang gem. Art. 15 der Richtlinie 2009/28/EG, verpflichtend waren.¹³⁷

Am 21. Dezember 2018 wurde die Novellierung der Richtlinie 2009/28/EG in Form von Richtlinie 2018/2001/EU (RED II) verkündet und diese trat am 24. Dezember 2018 in Kraft. Einige Bestimmungen der Vorgängerrichtlinie wie z.B. die darin aufgelisteten Ziele, hatten aber weiterhin Geltung.

Eine der wichtigsten Neuerungen betraf das festgelegte verbindliche Gesamtziel von 32% Anteil an erneuerbaren Energien auf EU-Ebene bis 2030, welches in Art. 3 der Richtlinie 2018/2001/EU Niederschlag gefunden hatte. Art. 3 der Richtlinie 2018/2001/EU sah vor, dass die Mitgliedstaaten ab 2021 gemeinsam sicherstellen müssen, dass das EU-weite Ausbauziel der erneuerbaren Energien von 32% bis 2030 erreicht wird, wozu sie gem. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2018/2001/EU im Rahmen ihrer jeweiligen Klima- und Energiepläne nationale Beiträge festlegen mussten, sowie gem. Art. 3 Abs. 4 der Richtlinie 2018/2001/EU ihre nationalen Ausbauziele aus der vorgängigen Richtlinie für 2020 weiterhin einzuhalten hatten. Hiermit wurden Förderregelungen erstmals explizit erlaubt, die Art. 107 Abs. 1 AEUV entgegenstehen könnten. So bestimmte Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2018/2001/EU, dass die Förderregelungen für Elektrizität aus erneuerbaren Quellen Anreize für die marktbasierte und marktorientierte Integration von Elektrizität aus erneuerbaren Quellen in den Elektrizitätsmarkt setzen sollten, wobei aber unnötige Wettbewerbsverzerrungen auf den Elektrizitätsmärkten zu vermeiden und etwaige Systemintegrationskosten und die Netzstabilität berücksichtigt werden mussten. In Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2018/2001/EU wurde sodann darauf verwiesen, dass Förderregelungen von Elektrizität aus erneuerbaren Quellen so ausgestalten seien, dass die Integration von Elektrizität aus erneuerbaren Quellen in den bestehenden Elektrizitätsmarkt maximiert würde. Dabei sollten die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Produzenten von erneuerbarer Energie auf die Preissignale des Marktes reagieren und Einnahmen maximieren sollten. Art. 4

¹³⁶ LUDWIGS, § 5 N 226 ff.

¹³⁷ LEHNERT/VOLLPRECHT, 308.

Abs. 3 Abschnitt 2 der Richtlinie 2018/2001/EU nahm schliesslich direkt Bezug auf die Fördermassnahme der Marktprämie als direktes Preisstützungssystem, welche entweder gleitend oder fix ausgestaltet werden konnte und sich im Gebiet der Förderung erneuerbarer Energien an Beliebtheit erfreute.¹³⁸ Die Mitgliedstaaten durften unbeschadet der für Elektrizität geltenden Binnenmarktvorschriften der EU für Kleinanlagen und Demonstrationsvorhaben Ausnahmen von diesem Absatz vorsehen. Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie 2018/2001/EU schrieb den Mitgliedstaaten vor, dass die Förderung von Elektrizität aus erneuerbaren Quellen auf offene, transparente, wettbewerbsfördernde, nicht-diskriminierende sowie kosteneffiziente Weise zu erfolgen hatte. Art. 5 der Richtlinie 2018/2001/EU öffnete zudem die grenzüberschreitenden Förderregelungen. Demnach hatten Mitgliedstaaten ebenfalls das Recht, gem. Art. 7-13 der Richtlinie 2018/2001/EU zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie die in einem anderen Mitgliedstaat produzierte Elektrizität aus erneuerbaren Quellen fördern wollten. Art. 6 der Richtlinie 2018/2001/EU beschrieb schliesslich den finanziellen Aspekt der Förderung. Demnach waren die Mitgliedstaaten befugt, die Höhe der Förderung nach objektiven Kriterien anzupassen, sofern die betreffenden Kriterien in der Förderregelung von Beginn an festgelegt waren. Gleichzeitig oblag den Mitgliedstaaten die Pflicht, einen längerfristigen Zeitplan mit der voraussichtlichen Zuteilung von Fördermitteln zu veröffentlichen sowie die Wirksamkeit ihrer Förderregelungen mindestens alle fünf Jahre zu bewerten. Anzumerken bleibt, dass auch in der Richtlinie 2018/2001/EU die beiden in den Mitgliedstaaten der EU meist verbreiteten Fördermodelle der Einspeisevergütung und des Quotenmodells weiterhin zugelassen wurden.¹³⁹

Am 18. Oktober 2023 haben schliesslich das Parlament und der Rat die Richtlinie 2023/2413/EU (RED III) zur Änderung der Richtlinie 2018/2001/EU, der Verordnung 2018/1999/EU und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie 2015/652/EU erlassen, welche am 31. Oktober 2023 im Amtsblatt verkündet wurde. Sie ist am 20. November 2023 in Kraft getreten.¹⁴⁰

¹³⁸ Die Schweiz kennt die Marktprämie als Unterstützungsmassnahme hauptsächlich für die Grosswasserkraft gem. Art. 30 EnG.

¹³⁹ Z.B. unter Art. 2 Ziff. 5 Richtlinie 2018/2001/EU.

¹⁴⁰ Richtlinie 2023/2413/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Oktober 2023 zur Änderung der Richtlinie 2018/2001/EU, der Verordnung 2018/1999/EU und der Richtlinie 98/70/EG im Hinblick auf die Förderung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Aufhebung der Richtlinie 2015/652/EU des Rates, ABl L 2023/2413 vom 31. Oktober 2023.

Die Änderungen der Richtlinie 2023/2413/EU betreffen einige Verschärfungen der Vorgängerbestimmungen. Die Richtlinie 2023/2413/EU setzt neu als Ziel, den Anteil an erneuerbaren Energien am Bruttoendenergieverbrauch der EU bis zum Jahr 2030 auf mindestens 42,5% zu erhöhen. Im Sektor Wärme und Kälte schreibt die Richtlinie eine jährliche Erhöhung des Anteils an erneuerbaren Energien um 0,8% (für den Zeitraum 2021-2025) bzw. 1,1% (für den Zeitraum 2026-2030) gegenüber dem Basisjahr 2020 vor. Im Verkehrssektor besteht für die Mitgliedsstaaten ein Wahlrecht, den Anteil an erneuerbaren Energien bis zum Jahr 2030 entweder auf 29% zu erhöhen oder die Treibhausgasintensität im Verkehr um mindestens 14,5% zu verringern.

Die Bestimmungen der Richtlinie müssen von den Mitgliedstaaten, vorbehaltlich einzelner Regelungen, bis zum 21. Mai 2025 in nationales Recht umgesetzt werden. Die neueste Version soll den Druck auf die Mitgliedstaaten verstärken, um den Ausbau und Einsatz der erneuerbaren Energien deutlich zu erhöhen. Die Richtlinie 2023/2413/EU enthält neben neuen Zielsetzungen für den Einsatz erneuerbarer Energien und den dazugehörigen Verpflichtungen und Berechnungsmethoden auch wesentliche Neuerungen zur Förderung der Energieerzeugungs-, Speicher- und Transportinfrastruktur. Zudem soll der Handel mit erneuerbaren Energien durch Vereinfachungen von Vereinbarungen, den sog. *Power Purchase Agreements*, gefördert werden. Die Mitgliedstaaten werden zudem aufgefordert, die Erreichung des unverbindlichen Ziels von 45% erneuerbaren Energien am Endenergieverbrauch anzustreben. Das im RePowerEU-Plan¹⁴¹ vorgesehene verpflichtende 45%-Ziel wurde hiermit in unverbindlicher Form beschlossen.¹⁴²

Bemerkenswert ist, dass die Richtlinie 2023/2413/EU eine verbindliche Festlegung des überragenden öffentlichen Interesses vorsieht. Die Mitgliedstaaten müssen seit dem 21. Februar 2024 sicherstellen, dass Projekte zur Nutzung erneuerbarer Energien bis zur Erreichung der Klimaneutralität in Genehmi-

¹⁴¹ Der RePowerEU-Plan ist als Antwort der Kommission auf den Angriffskrieg Russlands auf die Ukraine zu verstehen, um möglichen Verzerrungen auf dem Energiemarkt entgegenzuwirken. Dieser beabsichtigt seit Mai 2022 Energie zu sparen, die Energielieferanten zu diversifizieren sowie mehr saubere Energie zu produzieren. Dies ist durchaus mit Erfolg verbunden: seit dem zweijährigen Wirken des RePowerEU-Plan wurde die Gaskonsumation in der EU um 18% reduziert, die Abhängigkeit von russischen fossilen Brennstoffen zum größten Teil verringert, den Konsumenten weiterhin sichere und bezahlbare Energie angeboten, ein Anstieg im Zubau von erneuerbaren Energien verzeichnet sowie zum ersten Mal überhaupt mehr Elektrizität aus Wind- und Solaranlagen erzeugt als aus Gas. Vgl. zum Ganzen auch den RePowerEU-Plan 2022.

¹⁴² Vgl. auch ADEMI/KRATZ, 159.

gungsverfahren, bei der Planung, im Bau und im Betrieb, im überragenden öffentlichen Interesse liegen.

Von besonderer Bedeutung waren zudem die sog. Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (*energy and environmental aid guidelines*, EEAG).¹⁴³ Sie wurden auf Vorschlag der Kommission um zwei weitere Jahre verlängert und ab Januar 2022 mit den neuen Leitlinien, den sog. 2022 *guidelines on State aid for climate, environmental protection and energy* (CEEAG 2022)¹⁴⁴ ersetzt. Der Charakter der CEEAG entspricht einem Regelungskatalog, welcher bei der Prüfung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Binnenmarkt herbeizuziehen ist. Die Kommission hat in den CEEAG allgemeine Grundsätze festgelegt, wonach sie die Prüfung einzelner Massnahmen vornimmt, so z.B. die Beihilfeintensität oder die Eignung der Massnahme zur Zielerreichung, wobei diese auf einer Abwägung zwischen positiven Auswirkungen einer staatlichen Beihilfe im Hinblick auf die Umwelt- und Energieziele der EU und potenziell negativen Auswirkungen auf den zwischenstaatlichen Handel und den Wettbewerb beruhen. Die CEEAG geben somit Auskunft darüber, welche staatlichen Beihilfen nach dem Verständnis der Kommission gewährt werden dürfen. Die Kommission beabsichtigte im Lichte der Verlängerung bzw. Neuerung der CEEAG, neben den ehemaligen EEAG, auch andere Leitlinien einer umfassenden Überprüfung, dem sog. *Fitness-Check*, zu unterziehen. Als Teil des *Green Deal* wurde am 07. Juni 2021 der Entwurf der CEEAG 2022 zunächst zur Konsultation veröffentlicht, bevor sie in Kraft traten. Die Mitgliedstaaten sind derweil seit dem 01. Januar 2024 verpflichtet, ihre bestehenden Umweltschutz- und Energiebeihilferegulungen den Voraussetzungen der CEEAG 2022 anzupassen. Hervorzuheben ist, dass sich im Verlauf der Jahre aufgrund der jeweils unterschiedlichen nationalen Gegebenheiten der Mitgliedstaaten ein Nebeneinander verschiedener Förderinstrumente und -modelle entwickelt hat.¹⁴⁵ Dieser Modellwettbewerb ist in den EEAG und den CEEAG ausdrücklich festgeschrieben und erwünscht. Dies soll, in Anlehnung an das Ziel der Richtlinie, einen gut funktionierenden, gemeinsamen Elektrizitätsbinnenmarkt garantieren, den Anteil der erneuerbaren Energien ausbauen und diese in den Markt integrieren.¹⁴⁶ Inhaltlich de-

¹⁴³ Mitteilung Kommission, Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020, ABl C 200 vom 28. Juni 2014, 1.

¹⁴⁴ Siehe Mitteilung Kommission, CEEAG 2022, ABl C 80/1 vom 18. Februar 2022.

¹⁴⁵ GUNDEL, N 79.

¹⁴⁶ Teilweise wird hier auch von einem Spannungsverhältnis aufgrund der divergierenden Ziele gesprochen, da ein Eingriff in den Wettbewerb durch staatliche Massnahmen grundsätzlich unerwünscht ist. Siehe dazu etwa GRABMAYER et al., 1.

cken sich die Fördertatbestände der EEAG und der CEEAG grundsätzlich mit der Allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung (AGVO) wobei einige Bereiche sogar ausführlicher geregelt sind (siehe unten, [Teil 3, I, 3., f\), aa\)](#)).

Schliesslich sind an dieser Stelle auch die Umweltschutzbeihilfen, die unter die Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV fallen, zu nennen. Die Kommission hat für die Ermessensausnahmen ein Prüfungsschema entwickelt, welches zum Tragen kommt, wenn die Voraussetzungen der entsprechenden Ausnahmebestimmung erfüllt sind. Neben den Umweltschutzbeihilfen existieren zahlreiche weitere Ermessensausnahmen, wie z.B. die Regionalbeihilfen oder Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige. Für die vorliegende Arbeit sind die seit dem 27. Januar 2022 neuen und überarbeiteten Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 von Bedeutung.¹⁴⁷ Die neuen Leitlinien fokussieren sich darauf, den Behörden der Mitgliedstaaten einen Rahmen vorzugeben, damit diese die Ziele des *Green Deal* möglichst effizient unterstützen können, dabei jedoch Wettbewerbsverzerrungen minimieren. Diese Leitlinien umfassen verschiedene Bereiche, angefangen von der Erweiterung der Investitions- und Technologiekategorien bis hin zur flexibleren Gestaltung und Vereinfachung bestehender Vorschriften. Sie beziehen sich ebenfalls auf Aspekte wie das verbesserte Zusammenwirken zwischen Leitlinien und AGVO, die Entwicklung von Gemeinschaften für erneuerbare Energien, das *Fit-for-55*-Paket und die Taxonomie.¹⁴⁸

II. Rechtliche Grundlagen in der Schweiz

Nachdem dargestellt wurde, wie sich das Gebiet der (erneuerbaren) Energien im rechtspolitischen Rahmen der EU entfaltete, werden nachfolgend die schweizerischen Rechtsgrundlagen im Bereich Energie dargelegt. Ähnlich wie die EU verfügt die Schweiz über eine Energiestrategie 2050 und strebt ebenfalls die Klimaneutralität bis 2050 an. Dieses Ziel kann als gemeinsamer An-

¹⁴⁷ Siehe dazu auch Kommission, Fragen und Antworten, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022.

¹⁴⁸ Insgesamt sind diese Bereiche nicht immer klar voneinander abgegrenzt und die Kommission verwendet häufig auch den Begriff *Paket* für eine Reihe von Vorschlägen und Stossrichtungen, die den Bereich Klima und Energie betreffen, aber auch andere Bereiche wie die Landnutzung, Verkehr oder Steuern einbeziehen, um damit die Treibhausgasemissionen bis 2030 um mindestens 55% gegenüber dem Stand von 1990 zu senken. Vgl. dazu z.B. auch: Pressemitteilung Kommission, Europäischer Grüner Deal: Neuausrichtung von Wirtschaft und Gesellschaft in der EU, vom 14. Juli 2021.

knüpfungspunkt bezeichnet werden. Der Weg dorthin gestaltet sich jedoch unterschiedlich.

1. Energiepolitische Ziele der Schweiz

Art. 89 BV bildet die Grundlage der schweizerischen Energiepolitik. Er verpflichtet den Bund und die Kantone, eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sicherzustellen. Dabei sind erneuerbare Energien zu fördern und der Energieverbrauch zu verringern. Die Energiepolitik zielt darauf ab, die Energieeffizienz zu steigern und die Nachhaltigkeit zu gewährleisten. Dazu gehören auch die Reduktion des CO₂-Ausstosses und die Förderung energieeffizienter Technologien und Verhaltensweisen. Die schweizerische Energiepolitik schreibt in ihrer Energiestrategie 2050 zwar Klimaziele vor, spricht jedoch von Richtwerten und nicht von absoluten Zahlen. Die Energiestrategie weist, wie in der EU, ebenfalls Etappenziele auf und versucht gesetzliche Rahmenbedingungen (so etwa mit dem EnG, dem CO₂-Gesetz¹⁴⁹ oder dem Mantelerlass ab 2025 und voraussichtlich ab 2026¹⁵⁰) zu schaffen. Der Ausbau des Anteils der erneuerbaren Energien an der Stromproduktion wird prioritär behandelt. Die Fördermassnahmen der erneuerbaren Energien sind im schweizerischen Verständnis allerdings eher als (terminierte) Anschubsubventionen, mit dem Ziel der vollständigen Marktintegration, zu verstehen. Daneben sieht die Energiestrategie 2050 die Förderung der Energieeffizienz vor, mit dem Ziel, den Energieverbrauch pro Kopf und Bruttoinlandprodukt zu reduzieren. Gleichzeitig wird der schrittweise Ausstieg aus der Kernenergie umgesetzt, wobei aber die sichere und stabile Stromversorgung gesichert werden muss. Deshalb sieht die En-

¹⁴⁹ Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Gesetz, SR 641.71). Anmerkung: In der Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 wurde das revidierte CO₂-Gesetz abgelehnt.

¹⁵⁰ Am 9. Juni 2024 wurde der sog. Mantelerlass durch die Schweizer Stimmberechtigten angenommen. Um die Versorgungssicherheit der Schweiz zu gewährleisten, hatte das Parlament im September 2023 zuvor das Bundesgesetz für eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien verabschiedet (Stromgesetz, ehemals Energie-Mantelerlass). Den Vollzug der neuen gesetzlichen Regelungen hat der Bundesrat am 13. November 2024 in verschiedenen Verordnungen präzisiert. Die Gesetzänderungen und Verordnungen treten gestaffelt in Kraft. Das erste Paket tritt am 1. Januar 2025 in Kraft. Das zweite am 1. Januar 2026. Beim Mantelerlass handelt es sich um einen breit abgestützten Kompromiss, der vorgibt, wie viel erneuerbare Energie ausgebaut werden sollen, wie dies umgesetzt werden soll, wo Energieproduktionsanlagen gebaut werden dürfen und wo sie verboten sind. Der Mantelerlass fördert zudem die Energieeffizienz. Siehe dazu auch Botschaft sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien.

ergiestrategie 2050 ebenfalls vor, die Energieinnovation und Forschung und Entwicklung zu fördern und die internationale Energiezusammenarbeit, insb. mit der EU mittels bilateraler Abkommen, zu stärken. Die internationalen Verpflichtungen des Pariser Abkommens haben ebenfalls Einzug erhalten und äussern sich ebenfalls im Netto-Null-Ziel. Schliesslich zielt die Energiestrategie 2050 darauf ab, die dezentrale Energieproduktion zu erhöhen, um die Abhängigkeit von zentralen Energiequellen zu verringern und möchte finanzielle und wirtschaftliche Anreize schaffen, um nachhaltige Investitionen zu ermöglichen.

Derzeit befindet sich der Schweizer Strommarkt auf dem Weg der Liberalisierung. Gesetzliche Grundlage für die Liberalisierung ist das Stromversorgungsgesetz (StromVG).¹⁵¹ Es sieht die Öffnung des Strommarkts in Phasen vor. Die erste Phase (2009) sah vor, den Grosskunden mit einem jährlichen Stromverbrauch von mehr als 100 MWh die Möglichkeit einzuräumen, ihren Stromlieferanten frei zu wählen. Die zweite Phase, also die vollständige Marktöffnung unter Einbezug der freien Lieferantenwahl für Haushaltskunden, sollte zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen. Dies wurde jedoch mehrfach verschoben und ist derzeit noch nicht vollständig umgesetzt. Der letzte Schritt zur vollständigen Liberalisierung wäre bzw. ist das Stromabkommen mit der EU, welches beihilferechtliche Regelungen enthält. Die EU hatte hierzu deutlich gemacht, dass der Abschluss des Stromabkommens ohne ein umfassendes InstA nicht möglich sei. Ohne ein Stromabkommen wäre die Integration des Schweizer Strommarkts in den europäischen Markt allerdings begrenzt, weswegen der Strommarkt der Schweiz bislang nur teilweise liberalisiert geblieben ist. Der Abschluss der Verhandlungen im Rahmen des Verhandlungsmandats 2024 wird hier voraussichtlich Abhilfe verschaffen.¹⁵²

2. Förderung der erneuerbaren Energien auf Bundesebene

Die schweizerischen Fördermassnahmen im Bereich der erneuerbaren Stromproduktion sind hauptsächlich auf Bundesebene geregelt. Sie finden gem. EnG nur auf einheimische Anlagen Anwendung und sind zeitlich begrenzt. So wurden z.B. einheimische Anlagen nur bis zum Jahre 2022 in das Einspeisevergütungssystem (EVS) gem. Art. 19 EnG aufgenommen, während der Investitionsbeitrag bzw. Einmalvergütung (EIV) gem. Art. 24 ff. EnG nach dem Jahr 2030

¹⁵¹ Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7).

¹⁵² Faktenblatt Strom, 20. Dezember 2024.

auslaufen. Die Zuständigkeit der Kantone im Rahmen der Energiepolitik beschränkt sich hingegen gem. Art. 89 Abs. 4 BV insb. auf den Verbrauch von Energie in Gebäuden (siehe unten [Teil 2, II., 3.](#)).

Ursprünglich war vorgesehen, das bestehende Fördersystem durch das sog. Klima- und Energielenkungssystem (KELS) 2017 abzulösen.¹⁵³ Das Parlament ging jedoch nicht auf die KELS-Vorlage ein, was zu einer politisch schwierigen Situation geführt hat.¹⁵⁴ Einerseits wurden mit der Totalrevision des CO₂-Gesetzes Nachfolgeregelungen bzw. die Weiterführung bestehender Massnahmen zur Reduktion von Treibhausgasemissionen beschlossen. Andererseits herrschte hinsichtlich des Ausbaus der erneuerbaren Energien Uneinigkeit darüber, wie es nach dem Auslaufen der aktuell geltenden Fördermassnahmen weitergehen sollte. Der Bundesrat hatte allerdings den Willen geäussert, die Förderbeiträge für die einheimischen erneuerbaren Energien zu verlängern und sie dabei wettbewerbllicher und marktnäher zu gestalten.¹⁵⁵

Das heute geltende EnG, welches 21. Mai 2017 vom Stimmvolk angenommen wurde, trat zusammen mit vier neuen und fünf revidierten Verordnungen, welche der Bundesrat bzw. das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) am 1. November 2017 verabschiedeten, per 1. Januar 2018 in Kraft. Es handelt sich bei den bundesrätlichen Verordnungen um die EnV¹⁵⁶, die Energieeffizienzverordnung (EnEV)¹⁵⁷ sowie die Energieförderungsverordnung (EnFV)¹⁵⁸. Das UVEK hat die Verordnung über den Herkunftsnachweis und die Stromkennzeichnung (HKSV)¹⁵⁹ erlassen. Revidiert wurden die CO₂-Verordnung¹⁶⁰, die Kernenergieverordnung (KEV)¹⁶¹, die Landesgeologieverordnung (LGeolV)¹⁶², die Stromversorgungsverordnung (StromVV – sie regelt die erste Phase der Strommarktöffnung, in welcher die

¹⁵³ CAMENISH, 33 ff.

¹⁵⁴ Der National- und Ständerat sind am 8. März 2017 bzw. am 12. Juni 2017 auf die Vorlage nicht eingetreten. Vgl. dazu auch Botschaft KELS, 7877 ff.

¹⁵⁵ U.a. mit dem Erlass des Mantelerlasses bzw. des StromVG, vgl. dazu Medienmitteilung des Bundesrats, Bundesrat will einheimische erneuerbare Energien stärken und Strommarkt öffnen.

¹⁵⁶ Energieverordnung (EnV, SR 730.01).

¹⁵⁷ Verordnung über die Anforderungen an die Energieeffizienz serienmässig hergestellter Anlagen, Fahrzeuge und Geräte (Energieeffizienzverordnung, EnEV, SR 730.02).

¹⁵⁸ Verordnung über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (Energieförderungsverordnung, EnFV, SR 730.03).

¹⁵⁹ Verordnung des UVEK über den Herkunftsnachweis und Stromkennzeichnung (HKSV, SR 730.010.1).

¹⁶⁰ Verordnung über die Reduktion der CO₂-Emissionen (CO₂-Verordnung, SR 641.711).

¹⁶¹ Kernenergieverordnung (KEV, SR 732.11).

¹⁶² Verordnung über die Landesgeologie (Landesgeologieverordnung, LGeolV, SR 510.624).

festen Endverbraucher keinen Anspruch auf Netzzugang nach Art. 13 Abs. 1 StromVG haben)¹⁶³ und die Verordnung über die Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich (GebV-En)¹⁶⁴.

Mit dem Inkrafttreten des EnG wurde die Pronovo Aktiengesellschaft (AG) gesetzlich als neue Vollzugsstelle erschaffen. Ihr kommt gem. Art. 63 Abs. 1 EnG Verfügungskompetenz zu. Sie ist gem. Art. 63 Abs. 2 EnG als 100%ige-Tochtergesellschaft der nationalen Netzgesellschaft (Swissgrid AG) in Rechtsform einer privatwirtschaftlichen AG ausgestaltet. Die Pronovo AG verdrängt damit die Swissgrid AG, welche bis zum 31. Dezember 2017 noch für den Vollzug der Förderprogramme des Bundes zur Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien zuständig war. Gem. Art. 63 Abs. 1 EnG muss die Pronovo AG die Vollzugsaufgaben des Herkunftsnachweiswesens (HKN), des EVS, der Einspeisevergütung nach bisherigem Recht, der EIV für Photovoltaikanlagen sowie der Erstattung der Mehrkosten aus Verträgen nach Art. 73 Abs. 2 EnG erfüllen. Der Bundesrat hat überdies die Möglichkeit, der Vollzugsstelle weitere Aufgaben zu übertragen, die mit den Mitteln aus dem Netzzuschlagsfonds zusammenhängen oder die Herkunftsnachweise betreffen. In den nicht vom EnG geregelten Bereichen findet das VwVG Anwendung.

Gem. Art. 64 Abs. 3 EnG untersteht die Vollzugsstelle der Aufsicht des Bundesamts für Energie (BFE). Das BFE ist befugt, die Statuten, das Budget und die Abrechnung über die Vollzugsaufgaben zu genehmigen. Die Fördermittel, welche die Pronovo AG im Rahmen ihrer Vollzugstätigkeit ausrichtet, stammen aus dem Netzzuschlagsfonds, welcher als Spezialfonds nach Art. 52 Finanzhaushaltsgesetz (FHG)¹⁶⁵ ausgestaltet ist. Gem. Art. 37 Abs. 2 EnG verwaltet das UVEK den Netzzuschlagsfonds.

Die Pronovo AG erhebt von den Netzbetreibern einen Zuschlag auf das Netznutzungsentgelt für das Übertragungsnetz und legt diesen in den Netzzuschlagsfonds ein (sog. Netzzuschlags-Inkasso). Derzeit beträgt dieser Zuschlag CHF 0.023/kWh.¹⁶⁶ Von der sog. Bilanzgruppe für erneuerbare Energien¹⁶⁷ erhält

¹⁶³ Stromversorgungsverordnung (StromVV, SR 734.71).

¹⁶⁴ Verordnung über die Gebühren und Aufsichtsabgaben im Energiebereich (GebV-EN, SR 730.05).

¹⁶⁵ Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltsgesetz, FHG, SR 611.0).

¹⁶⁶ Dies ist das gesetzliche Maximum gem. Art. 35 Abs. 3 EnG, wobei der Bundesrat ihn bedarfsgerecht festlegt. Gem. der Übersicht der Subventionen des Bundes beträgt die Einlage in den Netzzuschlagsfonds 2023 CHF 1'225'834'461 und macht mit 2,6% der Gesamtsubventionen den achten Platz unter den zehn grössten Subventionen.

¹⁶⁷ 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 Elek-

die Pronovo AG den Referenzmarktpreis für die gem. Produktionsfahrplan¹⁶⁸ 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 als sog. Marktpreis-Inkasso unverzüglich in den Netzzuschlagsfonds ein, um zu einem späteren Zeitpunkt mit diesem Geld die Auszahlung des Referenzmarktpreises als Anteil an das EVS zu finanzieren.¹⁶⁹

Als die Swissgrid AG noch Vollzugsstelle war, stand gegen Bescheide der Swissgrid AG das Rechtsmittel der Beschwerde an die Eidgenössische Elektrizitätskommission (ElCom) offen. Nach geltendem Recht kann nach Art. 66 Abs. 1 EnG gegen von der Pronovo AG erlassene Verfügungen innert 30 Tagen nach Eröffnung Einsprache erhoben werden. Durch das Einspracheverfahren wird die Möglichkeit der Neuüberprüfung von Verfügungen durch die Verwaltung geschaffen, ohne dabei das Gericht anzurufen.¹⁷⁰

Dagegen sind Verfügungen der Pronovo AG in den anderen von Art. 66 Abs. 1 EnG festgehaltenen Bereichen nicht mittels Einspracheverfahren anfechtbar. Diese können direkt beim Bundesverwaltungsgericht nach Art. 66 Abs. 2 EnG angefochten werden. Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts, die das EVS betreffen, können an das Bundesgericht weitergezogen werden, weil es sich hierbei um Anspruchssubventionen handelt.¹⁷¹

Bei der Revision der EnFV vom 1. April 2019 wurden überdies verschiedene Fristen aus praktischen Gründen angepasst. So wurden die Frist für das Einreichen von Projektfortschrittmeldungen sowie die Frist zur Inbetriebnahme von Wasser- und Windkraftanlagen verlängert, weil sie sich in der Praxis als zu kurz erwiesen hatten. Bisher galt für die Wasserkraftanlagen eine sechsjährige und für Windkraftanlagen eine siebenjährige Frist zur Inbetriebnahme, welche beide auf zwölf Jahre erstreckt wurden. Die Verlängerungen ermöglichen damit höchstens eine Verdopplung der durch die Vollzugsstellen vorgesehenen

trizität 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.

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ MÖLLER/BAUMANN, Rz. 4.

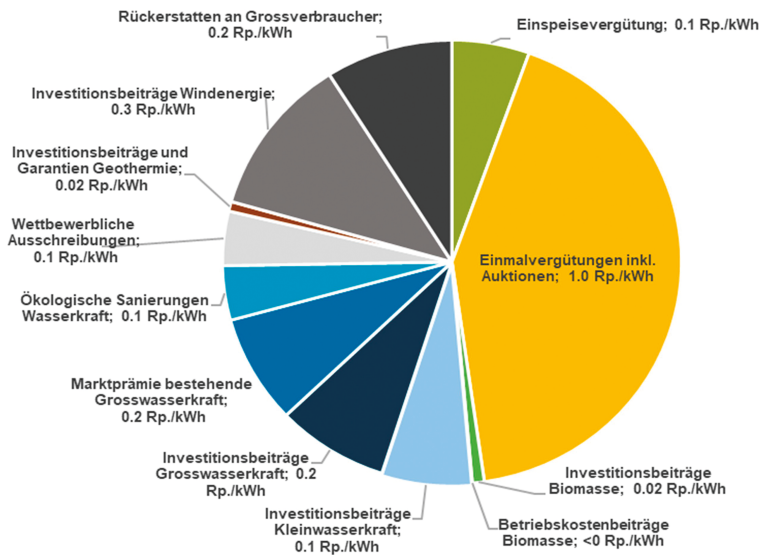
¹⁷⁰ MÖLLER/BAUMANN, Rz. 62; Botschaft Energiestrategie 2050, 7694.

¹⁷¹ Vgl. zur kostendeckenden Einspeisevergütung das Urteil des BG 2C_180/2017 vom 10. Januar 2018, E. 1.

Fristen. Kann die gesuchstellende Person die Fristen für Projektfortschritte und Inbetriebnahme aus anderen Gründen, für die sie nicht einzustehen hat, nicht einhalten, hat sie die Möglichkeit, vor Ablauf der jeweiligen Frist ein schriftliches Gesuch für eine Fristerstreckung zu stellen. Die Fristverlängerungen führen z.B. bei den Anlagen, die am EVS teilnehmen, dazu, dass auch nach Ende des Eingehens von Verpflichtungen betreffend EVS seit dem 1. Januar 2023 die Vergütungsdauer einer Anlage erst Jahre später zu laufen beginnt. Die Fristverlängerung sorgt folglich dafür, dass dieses Förderprogramm weit über seine eigentliche Abschaffung hinaus weiterbesteht.¹⁷²

Die schweizerische Förderpolitik weist im Bereich der erneuerbaren Energien dahingehend eine gewisse Inkonsistenz auf, als dass sie zum einen im EnG mengenmässige Richtwerte (damit aber keine absoluten Werte) für die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien bis ins Jahr 2035 festlegt, zum anderen aber die Förderinstrumente zur Zielerreichung sowohl zeitlich als auch finanziell beschränkt. Ob diese zeitlichen Begrenzungen und finanziell beschränkten Mittel (gem. Art. 34 und 36 EnG soweit die Mittel für die Massnahmen reichen) tatsächlich genügend Anreiz schaffen, um die Technologien der erneuerbaren Energien markt- und wettbewerbsfähig zu gestalten, wird sich zeigen.

Aufteilung und Preiszusammensetzung Netzzuschlag (2023)¹⁷³:



¹⁷² MÖLLER/BAUMANN, Rz. 67.

¹⁷³ Grafik des UVEK zu den Verwendungsarten des Netzzuschlagsfonds (2023).

3. Förderung der erneuerbaren Energien auf kantonaler Ebene

Neben den Massnahmen zur Förderung der erneuerbaren Energien im EnG auf Bundesebene sind gem. Art. 89 Abs. 4 BV vor allem die Kantone im Rahmen der Energiepolitik für Massnahmen zuständig, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen. Hier besteht aufgrund des hohen Energieverbrauchs eine besonders grosse Hebelwirkung. Für die Umsetzung des Gebäudeprogramms ist der Bund aber gemeinsam mit den Kantonen verantwortlich. Die Kantone fördern zusätzlich in den Bereichen effiziente Energienutzung, erneuerbare Energien und Abwärme, auf teilweise harmonisierte und teilweise unterschiedliche Weise.

Der Bund trifft im Energiebereich sog. Zielvereinbarungen mit Kantonen und Gemeinden. Diese dienen dazu, Massnahmen zur Energieeffizienz, zu den erneuerbaren Energien und allgemein zu den Klimazielen des Bundes, umzusetzen. Die Kantone orientieren sich damit an der Zielsetzung des Bundesrats, der das Netto-Null-Ziel bis 2050 anstrebt. Die Gemeinden werden über kantonale Energiepläne und Förderprogramme eingebunden. Die Konferenz Kantonaler Energiedirektoren (EnDK) und die Energiefachstellenkonferenz erarbeiten und koordinieren die gemeinsamen energiepolitischen Aktivitäten der Kantone und tragen dadurch massgeblich zur Zielerreichung der Energiestrategie 2050 bei. Die EnDK hat sich auf gemeinsame Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich (MuKen) geeinigt, welche die Gesetzgebungen der 26 Kantone namentlich im Gebäudebereich möglichst weitgehend harmonisieren sollen. Die EnDK hat daneben auch den Gebäudeenergieausweis der Kantone (GEAK) geschaffen, welcher ein bundesweit anzuwendendes Bewertungs- und Beratungsinstrument für Gebäude darstellt.¹⁷⁴

Die finanzielle Förderung gestaltet sich in den Kantonen aber unterschiedlich. Die Energieeffizienz und die erneuerbaren Energien werden üblicherweise über eigene, kantonale Rahmenkredite oder Förderfonds finanziert, mit denen Massnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz und der Ausbau erneuerbarer Energien unterstützt werden. Welche Massnahmen dabei genau unterstützt werden, gestaltet sich von Kanton zu Kanton unterschiedlich. Soweit sie allerdings die Gebäudeenergie betreffen und den Vorgaben des Harmonisierten Fördermodells (HFM) entsprechen, werden die Kantone dafür mit Global-

¹⁷⁴ Siehe dazu auch GEAK. Die Förderungen auf kantonaler Ebene können sehr unterschiedlich gestaltet sein. Einen Überblick bietet die eigens dafür erstellte Webseite Gebäudeprogramm <www.dasgebaeudeprogramm.ch>.

beitragen des Bundes unterstützt, die aus der Teilzweckbindung der CO₂-Abgabe finanziert werden.¹⁷⁵

Neben ihren bestehenden Verantwortlichkeiten im Bereich der Energiepolitik sind die Kantone auch für eine Reihe weiterer Aufgaben zuständig. Dazu gehören die Festlegung und Umsetzung von Vorschriften zur Verbesserung der Energieeffizienz in Unternehmen, die Identifizierung geeigneter Standorte für erneuerbare Energien in ihren Raumplanungskonzepten, die Bereitstellung von Beratungsdiensten für Einzelpersonen und Unternehmen zu Energiethemen, die Genehmigung von Kraftwerksprojekten und die Entwicklung von Energieplänen. Darüber hinaus spielen die Kantone eine wichtige Rolle als alleinige oder teilweise Eigentümer von Energieversorgungsunternehmen und dienen gemeinsam mit dem Bund und den Gemeinden als Vorbild für energieeffizientes Verhalten.¹⁷⁶

III. Exkurs: Funktionsweise des Strommarkts

Im Hinblick auf die Wirkungsweise und das Zusammenspiel der EU-Beihilfen und der schweizerischen Fördermassnahmen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien sowie der Einbettung des schweizerischen Strommarkts in den EU-Strombinnenmarkt bedarf es einer Einführung in das Funktionswesen des komplexen Strommarkts. Der schweizerische Strommarkt ist ein hybrides System, das stark mit dem europäischen Strommarkt verflochten ist, was ebenfalls als gemeinsamer Anknüpfungspunkt bezeichnet werden kann. Eine künftige enge Anbindung und Zusammenarbeit sind entscheidend für die Sicherstellung der Versorgungssicherheit sowie die effiziente Nutzung erneuerbarer Energien. Das künftige Stromabkommen kann diese Beziehungen weiter vertiefen und die Marktintegration stärken. Der nachfolgende Abschnitt soll deswegen einen generellen Überblick über das Funktionieren eines Strommarkts verschaffen, indem der Stromhandel, die Preiszusammensetzung des Stroms, die handelnden Akteure sowie die Veränderungen bzw. Herausforderungen, die mit der Energiewende auf den Strommarkt zukommen, dargelegt werden.

¹⁷⁵ Vgl. dazu Art. 51 Abs. 1 und 2 EnG sowie Art. 34 CO₂-Gesetz.

¹⁷⁶ Siehe zum Ganzen Jahresbericht über den Stand der Energie- und Klimapolitik in den Kantonen 2024.

1. Begriffe und Definitionen

Häufig werden im Zusammenhang mit dem Strommarkt technische Fachbegriffe und Masseinheiten verwendet, die dem Laien nicht geläufig sind. Für die Analyse des Strommarkts und zum besseren Verständnis des Energie- bzw. Stromsektors, ist es deshalb sinnvoll, sie hier darzulegen.

a) Primärenergie und Sekundärenergie

Die Primärenergie bezeichnet den Energiegehalt natürlich vorkommender Energieträger wie Uran, Kohle, Erdöl und regenerative Energiequellen. Unter regenerativ oder erneuerbar versteht man diejenigen Primärenergieträger, die nach menschlichem Zeitmass unerschöpflich sind und deren Energiepotenzial immerwährend erhalten bleibt.¹⁷⁷ Die erneuerbaren Energien basieren auf den primären Energiequellen der Sonneneinstrahlung, der Energie der Erde sowie der Gravitation. Nukleare und fossile Brennstoffe entstanden dagegen in einem Millionen von Jahren andauernden Prozess und werden in absehbarer Zeit aufgrund intensiver Nutzung ausgeschöpft sein, ohne dass die Natur sie schnell genug ersetzen kann.¹⁷⁸

Der Primärenergieverbrauch bezeichnet den gesamten Energieverbrauch, den Industrie, Gewerbe, öffentliche Einrichtungen, Haushalte und Verkehr an Strom, Wärme und Kraftstoffen beanspruchen.¹⁷⁹

Die Sekundärenergie wird durch einen i.d.R. mit Verlusten behafteten Umwandlungsprozess aus Primärenergie gewonnen. Um beim Endverbraucher als Endenergie anzukommen, muss die Sekundärenergie dorthin transportiert werden. Dabei kommt es zu Übertragungsverlusten und eventuell auch weiteren Umwandlungsverlusten. Die Endenergie entsteht aus der genutzten Primärenergie abzüglich der Wirkungsgrad- und Leitungsverluste sowie des Eigenbedarfs der erzeugenden Anlage. Sie entspricht somit der Summe an technisch genutzten Energieformen, die dem Endverbraucher zur Verfügung stehen, und lässt sich in die Bereiche Strom, Wärme und Kraftstoffe unterteilen.¹⁸⁰

¹⁷⁷ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 4.

¹⁷⁸ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 4, 11.

¹⁷⁹ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 4.

¹⁸⁰ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 5.

b) Last, Regelleistung und Masseinheiten

Die Last bezeichnet die elektrische Leistung. Die Beiträge verschiedener Kraftwerke zur elektrischen Leistung werden in Grund-, Mittel- und Spitzenlast unterteilt. Die Grundlast bezeichnet dabei die Belastung des Stromnetzes, die während eines Tages nicht unterschritten wird. Diese Leistung muss durch ein geeignetes Kraftwerk (Atomkraftwerk, Flusswasserkraftwerk o.Ä.) kontinuierlich bereitgestellt werden, um so auch das Netz stabil zu halten. Dabei verfolgt jedes Kraftwerk das Ziel, den Strom mit möglichst geringen Brennstoffkosten so günstig wie möglich zu produzieren. Der Lastgang bezeichnet die im zeitlichen Verlauf abgenommene Leistung, die sich wiederum auf eine zeitliche Periode bezieht.¹⁸¹

Wird die Grundlast überschritten, handelt es sich um Mittel- oder Spitzenlast. Um das Netz stabil zu halten, ist entscheidend, dass die starken tages- und jahreszeitlichen Schwankungen ausgeglichen werden können.

Die Mittellast deckt Schwankungen und Divergenzen während eines Tages ab. Für die Bereitstellung der benötigten Energie eignen sich Kraftwerke, die oft nur wenige Stunden am Tag Energie ins Netz einspeisen. Dies sind z.B. Müllverbrennungsanlagen. Für die gesamte Deckung der Mittellast werden üblicherweise Kraftwerke mit höheren Brennstoffkosten und geringeren Investitionskosten genutzt. Deswegen sind die Stromgestehungskosten aufgrund der geringeren Auslastung höher als bei Grundlastkraftwerken.¹⁸²

Die Spitzenlast ist der Teil der Nachfrage, der über die Grund- und Mittellast hinausgeht. In der Schweiz wird die Spitzenlast kombiniert mit der Mittellast auch als Spitzenenergie bezeichnet.¹⁸³ Die Spitzenlast selbst bezeichnet den Anteil der elektrischen Leistung in einem Versorgungsgebiet, die nur kurzfristig benötigt wird. Dies ist z.B. durch kurzfristige Verbrauchsspitzen zur Mittagszeit oder als kurzfristige Reserve für den Ausfall und Ersatz anderer Kraftwerke der Fall. Der Begriff der Spitzenlast wird manchmal auch herbeigezogen, um die maximale gesamte Leistung zu beschreiben. Hierfür wäre aber der Begriff der Höchstlast oder Spitzenleistung zutreffender.¹⁸⁴

Weiter sind die Begriffe der Residuallast und Regelleistung von Bedeutung. Die Residuallast bezeichnet die in einem Stromnetz nachgefragte Leistung abzüg-

¹⁸¹ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 6.

¹⁸² DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 7.

¹⁸³ Spitzenlast gem. Energielexikon.

¹⁸⁴ Vgl. Spitzenlast gem. Energielexikon.

lich des Anteils an fluktuierenden, und damit nicht steuerbaren, Kraftwerken, wie z.B. Photovoltaik- oder Windanlagen. Das Stromnetz muss der gesamten, eingespeisten Leistung sämtlicher Kraftwerke zu jedem Zeitpunkt der abgenommenen Leistung entsprechen. Um dies zu garantieren, wird die Residuallast weitgehend von konventionellen Kraftwerken bereitgestellt.¹⁸⁵

Aufgrund unvorhersehbarer Ereignisse kann es zu Schwankungen und Divergenzen bei der Einspeisungs- oder Ausspeisungsleistung im Stromnetz kommen. Um dies auszugleichen, wird mit Hilfe von schnell anlaufenden und regelbaren Kraftwerken die sog. Regelleistung vorgehalten. Solche Kraftwerke sind z.B. Gasturbinenkraftwerke oder Pumpspeicherkraftwerke.¹⁸⁶

Watt bezeichnet die elektrische Einheit für Leistung. Dabei handelt es sich um den Energieumsatz pro Zeitperiode. Anhand der Masseinheit Watt lässt sich ablesen, wie viel Strom entweder erzeugt oder verbraucht wird. Die elektrische Leistung macht eine Aussage darüber, wie viel elektrische Arbeit vom Strom pro Sekunde verrichtet wird. Die Masseinheit dient folglich der Angabe, wie viel elektrische Energie in eine andere Form, z.B. Hitze, umgewandelt wird.¹⁸⁷

c) Struktur des Strommarkts

Ein Zehntel des zwischen den Ländern Europas ausgetauschten Stroms fließt auf Höchstspannungsleitungen durch die Schweiz. Deswegen wird die Schweiz auch als Stromdrehscheibe Europas bezeichnet. Dieses dichte Netz wurde ursprünglich zum Energieaustausch zwischen den Stromversorgern aus verschiedenen Ländern für den Fall von Ausfällen und Engpässen gebaut. Diese physikalische Anbindung garantiert gleichzeitig die Integration der Schweiz (zumindest technisch) in den europäischen Strommarkt.¹⁸⁸

Als Strommarkt wird derjenige Teil des Endenergiemarktes bezeichnet, der die Endverbraucher bzw. Endabnehmer mit Elektrizität versorgt.¹⁸⁹ Das Strommarktdesign basiert in der Schweiz, wie auch im übrigen Europa, auf dem sog. *Energy-Only-Markt*. Nur die tatsächlich gelieferte Menge an Strom (Arbeit) wird monetär abgegolten. Die ledigliche Bereitstellung von Kapazitäten (Leistung) wird hingegen nicht vergütet. Die Kraftwerke erhalten für die Bereitstel-

¹⁸⁵ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 9.

¹⁸⁶ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 10.

¹⁸⁷ Masseinheit gem. Energielexikon.

¹⁸⁸ VSE, Erklärung Strommarkt und Stromhandel.

¹⁸⁹ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 11.

lung ihrer Kapazitäten nur dann einen sog. Deckungsbeitrag, wenn die variablen Kosten ihrer Stromproduktion unter den erzielten Strompreisen liegen.¹⁹⁰

Durch den Anstieg an Strom aus erneuerbaren Energien hat der Anteil an Strom, der zu tiefen variablen Preisen produziert werden kann, ebenfalls zugenommen. Deswegen ist der Deckungsbeitrag zur Bereitstellung von Kapazitäten auch gering. Aufgrund dieser Situation fehlt oftmals der Anreiz für Investitionen in bereits bestehende oder neue Anlagen. In der EU haben viele Länder ihr Strommarktdesign des *Energy-Only-Markts* mit Elementen der Kapazitätsmechanismen ergänzt.¹⁹¹ Die Schweiz plant, das Strommarktdesign mit der Revision des StromVG anzupassen.¹⁹²

In der Schweiz ist die sichere Versorgung mit Elektrizität im zweiten Kapitel ab Art. 5 StromVG geregelt und fällt unter den *Service public*.¹⁹³ Der *Service public* umfasst die politisch definierte Grundversorgung mit Infrastrukturgütern und Infrastrukturdienstleistungen, die für alle Bevölkerungsschichten und Regionen des Landes nach gleichen Grundsätzen in guter Qualität und zu angemessenen Preisen zur Verfügung stehen sollten.¹⁹⁴ Gem. StromVG muss die Grundversorgung der Schweiz zu jedem Zeitpunkt aufrechterhalten werden und gesichert sein. Unter Grundversorgung wird das Anschlussrecht von Endverbrauchern an das Elektrizitätsnetz verstanden.¹⁹⁵

2. Akteure des Strommarkts

Auf dem Strommarkt bewegen sich Erzeuger bzw. Produzenten, Händler, Netzbetreiber, Anbieter und Endverbraucher. Die Stromerzeuger produzieren, wie der Begriff selbst verrät, mithilfe eines Kraftwerks Elektrizität, während die Händler die Energie einkaufen, dabei selbst aber kein eigenes Kraftwerk besitzen. Sie kaufen den Strom auf der Strombörse ein oder schliessen direkt mit den Stromerzeugern Abnahmeverträge ab. Diesen Strom verkaufen sie dann wieder an der Strombörse oder am Grosshandelsmarkt und geben ihn zur Einspeisung an die Netzbetreiber weiter. Die Einspeisung selbst kostet. Die Händler bezahlen den Netzbetreibern das entsprechende Netznutzungs-entgelt, um dafür die Leitungen der Stadtwerke bzw. regionalen Versorger

¹⁹⁰ VSE, Erklärung Strommarkt und Stromhandel.

¹⁹¹ VSE, Erklärung Strommarkt und Stromhandel.

¹⁹² Vgl. Bericht Revision StromVG.

¹⁹³ Botschaft zum EMG und StromVG, 1618.

¹⁹⁴ BGE 144 III 111 E. 5.2; Vgl. FÖHSE Rz. 167.

¹⁹⁵ Botschaft zum EMG und StromVG, 1618 f.

nutzen zu dürfen. Die Netzbetreiber sorgen für eine reibungslose Verteilung des Stroms und sind für die Instandhaltung des Netzes verantwortlich. In der Schweiz ist die Swissgrid AG als einziger, nationaler Netzbetreiber dafür zuständig. Sie ist zugleich auch die Eigentümerin des Schweizer Übertragungsnetzes. Am Übertragungsnetz sind Grosskraftwerke angeschlossen, um ihre produzierte Energie direkt auf Höchstspannungsebene einspeisen zu können. Die Energie wird vom Übertragungsnetz in einem nächsten Schritt an das Verteilungsnetz weitergegeben. Bei den Stromanbietern handelt es sich um Unternehmen, welche die Schweizer Endverbraucher mit Strom beliefern. Gem. Art. 9 EnG ist die Herkunft des Stroms kennzeichnungspflichtig. Art. 4 EnFV präzisiert die Handhabung der Stromkennzeichnung, welche jährlich mittels Herkunftsnachweisen erfolgt. Hinzu kommt, dass der Lieferanten- und Produktmix deklariert werden muss. In der Schweiz werden jeweils per Ende August eines Jahres die Strompreise für das folgende Jahr publiziert. Schliesslich gibt es noch die Zielgruppe, für die der Strom überhaupt produziert wird. Die Endverbraucher setzen sich aus privaten Haushalten und Unternehmen zusammen. In der geltenden Rechtslage dürfen grosse Stromverbraucher ihren Stromlieferanten frei wählen. Dagegen ist ein Verbraucher, der jährlich weniger als 100'000 kWh verbraucht, dazu verpflichtet, den Strom vom lokalen Stromversorgungsunternehmen zu beziehen. I.d.R. sind dies kleine Unternehmen und Privatverbraucher. Mit der vollständigen Strommarktliberalisierung soll diese Unterscheidung zwischen grossen und kleinen Verbrauchern geändert werden und in der Folge soll die Wahl des Stromlieferanten allen offenstehen.¹⁹⁶

3. Stromhandel und Preisbildung

Weil das Stromnetz technisch gesehen schwankungsempfindlich ist (die Netzbetreiber dürfen immer nur dieselbe Menge Strom zur selben Zeit in das Stromnetz einspeisen, wie sie auch entnehmen), ist ein koordinierter Handel von Strom notwendig. Um Störungen zu vermeiden, überwacht der Regelleistungsmarkt dieses hochkomplizierte Unterfangen. Dabei handeln die Netzbetreiber des Regelleistungsmarktes ebenfalls mit Strom, indem sie z.B. Energie einkaufen, um das Stromnetz stabil zu halten. Der Stromhandel ist von Angebot und Nachfrage abhängig. Die Produzenten, die nach Abzug des Eigengebrauchs Reststrom übrighaben, können diesen an der Börse anbieten, wofür sie einen Preis festlegen. Die eingehenden Angebote und Nachfragen

¹⁹⁶ Vgl. zum Ganzen auch Bericht Revision StromVG.

werden an der Strombörse durch ein System aufgelistet, welches im Anschluss den sog. *Clearingpreis* ermittelt. Hierbei handelt es sich um den Preis, der die Mehrheit aller Angebote und Nachfragen abdeckt.¹⁹⁷ Der Strompreis an der Strombörse richtet sich gem. *Merit-Order-Effekt* nach dem teuersten Kraftwerk.¹⁹⁸

Schweizer Stromhändler, die zu den führenden Marktteilnehmern gehören, handeln auf verschiedenen europäischen Strombörsen. Daneben geschieht der Stromhandel auch auf bilateraler Ebene, über Broker-Plattformen, sog. *Over-the-Counter-Handel* (OTC). Dabei werden unterschiedliche Produkte gekauft und verkauft. Dies sind etwa Jahres- oder Quartals- und Monatskontrakte (Terminmarkt) bis zu kurzfristigen Produkten wie *Day-Ahead* oder *Intraday*.¹⁹⁹ Beim Terminmarkt erwirbt insb. die Industrie den Strom für einen Zeitraum von bis zu sechs Jahren im Voraus. Diese Vorgehensweise hat den Vorteil, dass sich Unternehmen einen Festpreis sichern können und dadurch Planungssicherheit haben. Beim *Day-Ahead-Markt*, der auch als *Spot-Markt* bekannt ist, handeln Unternehmen bis zwölf Uhr mittags mit Strom, den die Erzeuger direkt am nächsten Tag liefern. Beim *Intraday-Markt* wird Strom in Blöcken von 15 bis 60 Minuten für denselben Tag gehandelt, was insb. für Unternehmen mit kurzfristig zu viel oder zu wenig Strom sinnvoll ist.²⁰⁰ Die Spitzen- und Mittellast werden i.d.R. als Produkte an den Strombörsen gehandelt, was meist dazu führt, dass die jeweils wirtschaftlichste Lösung für die Deckung von Spitzenenergie zum Einsatz kommt.²⁰¹ In der Schweiz sowie auch in den Nachbarländern Deutschland, Frankreich und Österreich, wird der Spitzenlastenstrom in sog. Einzelstundenkontrakten am *European Energy Exchange* (EEX) als *Spot-Markt* gehandelt. Der ausgeprägte Stromhandel, also die Bildung und Entwicklung von liquiden Grosshandelsmärkten, war bzw. ist immer noch eine zentrale Voraussetzung für die Einführung von Wettbewerb am Strommarkt.²⁰²

Ferner beeinflussen Faktoren wie das Wetter, rechtliche Bestimmungen, die Preise von CO₂ (Emissionsrechtehandel) und Brennstoff, sowie das Verhalten an den Verbraucherstellen die Preisbildung. Bei der Energielieferung wird schliesslich diejenige Energie verrechnet, die effektiv verbraucht wird. Der Endverbraucher bezahlt mit dem Preis der Netznutzung auch den Transport

¹⁹⁷ Wie funktioniert die Strombörse.

¹⁹⁸ DRYSCH/ROSARIUS, Rz. 20.

¹⁹⁹ VSE, Erklärung Strommarkt und Stromhandel.

²⁰⁰ SCHLEINIGER/BETZ/WINZER, Strommarkt Schweiz, 15 ff.

²⁰¹ Vgl. Spitzenlast und Mittellast gem. Energielexikon.

²⁰² WÜRFEL, 120.

des Stroms. Darin ist auch eine Gebühr für verschiedene Dienstleistungen, wie z.B. die Energiemessung, inbegriffen. Schliesslich kommen noch verschiedene Abgaben hinzu. Einerseits sind dies Bundesabgaben zur Förderung erneuerbarer Energien und zum Schutz der Gewässer und Fische, andererseits ist es eine Abgabe für die allgemeinen Systemdienstleistungen des Netzbetreibers Swissgrid (SDL), aber teilweise sind es auch Konzessionsabgaben des jeweiligen Kantons oder der jeweiligen Gemeinde. 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.²⁰³

Gesamthaft macht der Energiebezug der Endverbraucher rund 50% der Stromkosten aus (Energietarif). Die Netznutzungskosten machen rund 37% aus, davon entfallen 7% auf das Übertragungsnetz und 30% auf die Verteilungsnetze. Die Abgaben machen 9% aus, davon 7% für die Förderung der erneuerbaren Energien und 2% für kantonale und kommunale Abgaben. Seit 2024 kommt die neue Komponente der Stromreserve hinzu, die sich auf 4% beläuft.²⁰⁴

IV. Zwischenfazit

In der EU kann der *Green Deal* mittlerweile als treibende Kraft hinter der Energiewende bezeichnet werden. Die Kommission betont regelmässig dessen oberste Priorität und gibt ihm Vorrang gegenüber den anderen, sog. fünf strategischen Prioritäten der Kommission.²⁰⁵ Dabei ist die Stossrichtung der EU deutlich: Sie will eine echte und unabhängige²⁰⁶ Energieunion schaffen, die den Strombinnenmarkt in der EU vereint, um dadurch einen weitestgehend energieautonomen Kontinent zu kreieren.²⁰⁷ Die Förderung und Marktintegra-

²⁰³ Botschaft Energiestrategie 2050; Wegleitung Kostenrechnung 2023, ElCom; Swissgrid hat die gesetzlich festgelegte Aufgabe, SDL in marktbasierten Verfahren zu beschaffen (Swissgrid Beschaffung SDL).

²⁰⁴ Vgl. Dazu Swissgrid, Tarife für das Schweizer Übertragungsnetz 2024.

²⁰⁵ Die Kommission hat sechs Prioritäten 2019-2024, die sie verfolgt. Zusätzlich hat die Kommission ein Aufbau- und Resilienzprogramm entwickelt, welcher Europa nach der COVID-19-Pandemie sozial und wirtschaftlich auf Kurs bringen soll. Vgl. dazu auch die Prioritäten der Kommission 2019-2024.

²⁰⁶ Insb. angesichts der Invasion Russlands in die Ukraine ist die Beendigung der Energieabhängigkeit gegenüber Russland ein Ziel oberster Priorität für die EU.

²⁰⁷ Auch wenn die Energieabhängigkeit der EU in Form von Gas aus Russland seit dem Angriffskrieg auf die Ukraine reduziert werden soll, wird durch die Diversifizierung der Gasherkunftsländer zwar das Risiko einer Abhängigkeit eines einzigen Lieferanten gestreut,

tion der erneuerbaren Energien ist dabei unerlässlich.²⁰⁸ Der *Green Deal* dient deswegen auch gewissermassen als Auffangbecken für annähernd sämtliche klima- und energiepolitischen Unterfangen der Kommission und der Mitgliedstaaten. Darunter fallen die klima- und energiepolitischen Gesamtziele der EU, welche im klima- und energiepolitischen Rahmen 2030²⁰⁹ zu finden sind. Diese sind für die Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben mit festgelegten, zu erreichenden Zielwerten.

Die EU hat i.S.d. energiepolitischen Ausrichtung rechtliche Grundlagen im Primärrecht und im Sekundärrecht geschaffen. Art. 194 AEUV ist die primärrechtliche Grundlage für die Energiepolitik der EU. Hinzu kommt auf sekundärrechtlicher Ebene neben zahlreichen Rechtsakten auch die Fülle an Pressemitteilungen, Vorschlägen, Initiativen, Paketen und Strategien seitens der Kommission.²¹⁰ Die Kommission hat zum Beihilferecht und spezifisch auf dem Gebiet der (erneuerbaren) Energien bereits zahlreiche Leitlinien veröffentlicht, worin sie ihr Vorgehen zur Beurteilung von Beihilfen vertieft erläutert und damit auch das Beihilferegime als Ganzes regelt.²¹¹ Bezeichnend für dieses Gebiet ist die sehr hohe Regelungsdichte, welche es teilweise schwierig macht, den Überblick zu behalten.

Ein Blick auf die Historie der Fördermassnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien veranschaulicht eindrücklich die Wirkungsweise der verschiedenen Massnahmen und der Instrumentalisierung des Beihilferegimes. In der EU hat die Erstreckung des Anwendungsbereichs der EEAG auf erneuerbare Ener-

jedoch bleiben die Abhängigkeiten von Gas insgesamt weiterhin bestehen. Vgl. dazu insgesamt auch ADEMI/KRATZ, 158 ff.

²⁰⁸ Ein Blick auf den Mitgliedstaat Deutschland bezeugt zudem, dass die Kommission die Beihilferegeln als gezieltes Instrument nutzt, um Investitionen in erneuerbare Energien zum Wohle der Grünen Agenda zu beschleunigen. Die Kommission genehmigte allein für Deutschland im Jahre 2023 Beihilfen für energieintensive Unternehmen im Umfang von EUR 6,5 Mrd., u.a. für den Ausbau von Ladeinfrastruktur für E-Autos im Umfang von EUR 350 Mio., Unterstützungen für das LNG-Terminal in Brunsbüttel im Umfang von EUR 40 Mio., sowie zwei Unterstützungsmassnahmen im Umfang von mindestens EUR 550 Mio., mit denen ThyssenKrupp Steel Europe dabei unterstützt werden sollte, um seine Stahlproduktionsprozesse zu dekarbonisieren und rascher auf erneuerbaren Wasserstoff umzustellen. Vgl. Pressemitteilung Kommission, Staatliche Beihilfen: Genehmigung für deutsche energieintensive Unternehmen 2023, vom 10. August 2023.

²⁰⁹ Kommission, Klima- und energiepolitischer Rahmen bis 2030.

²¹⁰ Die Kommission unter Präsidentin Ursula von Der Leyen hat sich der Grünen Agenda verschrieben. Der *Green Deal* fungiert als Wirtschaftswachstumsstrategie und wird als Nachfolgerin von Europa 2020 und der Lissabon-Strategie gesehen. Dieser wird teilweise auch als Blaupause für die EU-Politik bezeichnet.

²¹¹ Vgl. hierzu Zusammenstellung Kommission *State Aid Legislation*.

gien in den Jahren 2008–2012 bereits dazu geführt, dass 80% sämtlicher Beihilfen für erneuerbare Energien gewährt wurden. Dies ermöglichte einen rasanten Anstieg der erneuerbaren Energien von 5,1% im Jahre 2008 auf 21,8% im Jahre 2011 an der Gesamtstromproduktion der EU.²¹² Diese als Anschubfinanzierungen gedachten Fördermittel für erneuerbare Energien haben in den vergangenen Jahren erheblich dazu beigetragen, den Klimazielen näher zu kommen und den grünen Wandel zu beschleunigen.

Diese Kennzahlen zeugen davon, dass die EU ihre Klimaziele ernsthaft verfolgt. Gleichzeitig werden auch der Lenkungsmechanismus und die besondere Rolle des Beihilferegimes deutlich. Die Kommission instrumentalisiert das Beihilferecht zunehmend und gezielt, um den gewünschten Wandel im Wettbewerbsrecht herbeizuführen und die Grüne Agenda durchzusetzen. Die Berücksichtigung von umwelt- und energiepolitischen Interessen im Beihilferecht wächst damit. Obschon diese Entwicklung von Seiten der Rechtswissenschaft grundsätzlich positiv wahrgenommen wird, erntet dieses Vorgehen von einem Teil der Lehre Kritik.²¹³ Die Aufgabe der Kommission als Kontrollbehörde soll es nämlich sein, den EU-Binnenmarkt von staatlichen Massnahmen und deren wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen zu schützen und gerade nicht zu (energie-)politischen Interventionen einzuladen. Doch angesichts des fortschreitenden Klimawandels und der aktuellen geopolitischen Lage in Europa ist eine Abkehr von Genehmigungen im Bereich Förderung der erneuerbaren Energien und Umweltschutzmassnahmen nicht abzusehen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall: Im Jahre 2024 hat die Kommission Beihilfen, die etwa der Dekarbonisierung von Produktionsprozessen in der Stahlindustrie dienen, im Umfang von mehreren Mrd. Euro genehmigt.²¹⁴

Die Schweiz verfolgt die gleichen klimapolitischen Ziele wie die EU. Sie strebt ebenso die Klimaneutralität bis 2050 an. Hierin kann ein weiterer, gemeinsa-

²¹² 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, 14.

²¹³ Vgl. dazu z.B. CALLIES, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, 86; KINGSTON, 380; Entschliessung des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten vom 1. Februar 1993 über ein Gemeinschaftsprogramm für Umweltpolitik und Massnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung – Ein Programm der Europäischen Gemeinschaft für Umweltpolitik und Massnahmen im Hinblick auf eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung, ABl C 138 vom 17. Mai 1993, 1; BARTOSCH Art. 107 Abs. 2 N 2 ff.

²¹⁴ Pressemitteilung Kommission, Dekarbonisierung der Stahlproduktion, vom 26. Februar 2024.

mer Anknüpfungspunkt zwischen der EU und der Schweiz gesehen werden. Die Schweiz verfolgt ihr Ziel aber nicht mit festgelegten, verbindlichen Zielwerten, sondern möchte etappenweise die Wirtschaft und Kantone dazu bringen, die Richtwerte zu erreichen. Die Schweiz fördert den Ausbau der erneuerbaren Energien hauptsächlich mittels Gesetzen auf Bundesebene. Hier ist insb. das EnG von Bedeutung, welches u.a. die Fördermassnahmen der Einspeisevergütung, des Investitionsbeitrags bzw. Einmalvergütung und der Marktprämie kennt. Dabei ist die Pronovo AG die gesetzlich festgelegte Vollzugsstelle. Das BFE wird hinsichtlich der Marktprämie tätig. Die Kantone sind gem. Art. 89 Abs. 4 BV im energetischen Bereich für den Gebäudepark zuständig. Die in den Gesetzen und Verordnungen verlängerten Fristen sorgen dafür, dass die Förderprogramme weit über ihre eigentlichen Abschaffungen hinaus weiterbestehen. Dies macht sie auch im Hinblick auf eine zukünftige Beurteilung gem. EU-Beihilferecht bedeutsam.

Der Strommarkt zeichnet sich schliesslich durch seinen komplexen Aufbau aus. Das Stromsystem zielt darauf ab, den Handel, die Verteilung und den Verbrauch von Strom zu regeln, mit dem Ziel, eine stabile und effiziente Versorgungssicherheit zu garantieren. Die Schweiz ist zwar im europäischen Strommarkt (physisch und technisch) eingebunden, ist aber aufgrund der fehlenden Strommarktiliberalisierung nicht vollständig integriert. Eine grosse Herausforderung für die Schweiz ist die Sicherstellung eines stabilen und nachhaltigen Strommarkts angesichts der Energiewende und der zunehmenden Bedeutung der erneuerbaren Energien. Schlüssel zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit und zur Erreichung der Klimaziele wird die verstärkte Integration in den Strombinnenmarkt der EU sein.

Teil 3 – Beihilfen in der EU und Subventionen in der Schweiz

I. Beihilfen in der EU

1. Grundsätzliches

Kern des EU-Binnenmarktes sind die Grundfreiheiten. Der einheitliche Binnenmarkt wird durch Harmonisierung und Rechtsangleichung durch die verschiedenen Mitgliedstaaten realisiert.²¹⁵ In Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb wurde überdies die Gewährleistung eines unverfälschten Wettbewerbs zum Ziel des Binnenmarktes erklärt, das sicherstellen soll, dass Unternehmungen einzelner Marktteilnehmer den Wettbewerb der EU weder verfälschen noch behindern dürfen.²¹⁶ Um dieses Ziel eines unverfälschten Wettbewerbs und eines funktionierenden Binnenmarkts auf einem *level-playing-field* umzusetzen, wurden die Wettbewerbsregeln für den Binnenmarkt erlassen. Die EU geht indes von der grundsätzlichen Prämisse aus, dass Beihilfen, zumindest unter gewissen Voraussetzungen, ein legitimes Instrument zur Politikgestaltung darstellen, auch wenn sie ein grundsätzliches Beihilfeverbot kennt.²¹⁷ Aus Sicht der EU ist das Beihilferecht als Teil des Wettbewerbsrechts und durch den instrumental Charakter auch als Teil der Wettbewerbspolitik ausgestaltet. Das grundsätzliche Verbot von staatlichen Beihilfen, allerdings mit einem inzwischen weiten Erlaubnisvorbehalt, ist ausdrücklich festgehalten.²¹⁸

Gem. Art. 3 Abs. 1 lit. b AEUV hat die EU im Bereich des Wettbewerbsrechts die ausschliessliche Kompetenz.²¹⁹ Sie ist für die Festlegung der für das Funktio-

²¹⁵ Gem. Art. 26 Abs. 2 AEUV wird der Binnenmarkt als Raum ohne Binnengrenzen definiert, worunter vor allem die vier Grundfreiheiten der Personen-, Waren-, Kapital- und Dienstleistungsfreiheit verstanden werden.

²¹⁶ Mitteilung Kommission, Protokoll (Nr. 27) über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl C 115 vom 9. Mai 2008; EUV/AEUV-PISKA, Art. 26 N 7.

²¹⁷ OESCH, Wirtschaftsteilnehmer, 282.

²¹⁸ Siehe zum Ganzen ausführlich ADEMI et al., Subventionen in der Schweiz, Rz. 1084 ff.

²¹⁹ Anzumerken bleibt, dass die EU das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 4 Abs. 1 EUV, Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 EUV kennt. Sie kann ihre eigene Wirkungsmacht, auch im Wettbewerbsrecht, demnach selbst nicht ausweiten. Dementsprechend darf die EU nur die ihr primärrechtlich übertragenen Aufgaben übernehmen, wobei sie bei der Ausübung gem. Art. 5 Abs. 1 EUV die Prinzipien der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit berücksichtigen muss. Vgl. dazu auch grundlegend: KRAUSSER.

nieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln zuständig. Titel VII, Kap. 1 AEUV umschreibt die für die EU geltenden Wettbewerbsregeln, wobei sich der Abschnitt 1 an die Unternehmen richtet, während Abschnitt 2 sich explizit mit staatlichen Beihilfen befasst. Für letzteren Bereich sind Art. 107, 108 und 109 AEUV einschlägig. Für die vorliegende Untersuchung ist Art. 107 Abs. 1 AEUV von Interesse, welcher das Kernstück des Beihilferechts und eine der wichtigsten Komponenten des Wettbewerbsrechts bildet.

Art. 108 AEUV umschreibt die Aufsicht über die mitgliedstaatlichen Beihilfen, welche der Kommission obliegt. Die Kommission hält eine starke Rolle bei der Überprüfung bzw. Überwachung und Genehmigung der Beihilferegelungen inne. Sie überprüft fortlaufend (und in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten) die bestehenden Beihilferegelungen und stellt i.S.v. Art. 108 Abs. 2 AEUV fest, ob eine aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe mit dem Binnenmarkt nach Art. 107 AEUV vereinbar ist oder ob sie missbräuchlich angewandt wurde, und ist befugt zu mahnen und hinzuweisen, dass der betroffene Staat sie binnen einer bestimmten Frist aufzuheben oder umzugestalten hat. Sie ist gleichzeitig dem Rat und dem Parlament gegenüber politisch verpflichtet.

2. Beihilfebegriff und Prüfschema

Eine eigentliche Definition des Begriffs Beihilfe ist weder im Primärrecht der EU noch in dessen Vorgängerbestimmungen vorhanden. Es existiert damit keine ausdrückliche Definition des subventionsähnlichen Begriffs. Der Beihilfebegriff wird im EU-Verständnis gewissermassen vorausgesetzt.²²⁰

Der EuGH schuf auf Grundlage des EGKS-Vertrags mit der Entscheidung *Steenkolenmijnen* erstmals den Grundstein für einen weit gefassten Ansatz des Beihilfebegriffs, der vom bis dahin herkömmlichen Subventionsbegriff abwich.²²¹ Gem. Urteil des EuGH wurde (und wird nach wie vor) in der Beihilfe ein eng mit der Subvention verwandter Vorgang gesehen, der jedoch in stärkerem Masse zweckbetont ist, da Beihilfen im Gegensatz zu der subventionstypischen Geld- oder Sachleistung, speziell als Mittel zur Verfolgung bestimmter Ziele dienen, die i.d.R. nicht ohne fremde Hilfe erreicht werden können.²²²

²²⁰ ADEMI et al., Subventionen in der Schweiz, Rz. 68.

²²¹ Siehe dazu 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*.

²²² EuGH, 30/59, Rz. 42.

Gem. Definition des Grundtatbestandes nach Art. 107 Abs. 1 AEUV wird 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, als Beihilfe verstanden. Damit die Beihilfe vorliegt, müssen alle Tatbestandselemente kumulativ erfüllt sein. Sind diese Tatbestandselemente erfüllt, erklärt Art. 107 Abs. 1 AEUV die Beihilfe als nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar. In der Praxis wird hiervon ein Verbot von Beihilfen abgeleitet.²²³

Die Kommission hat zudem als Hilfestellung und für die weitere Einordnung des Begriffs der staatlichen Beihilfe 2016 eine Bekanntmachung veröffentlicht, in der sie Schlüsselkonzepte erläutert, die eine einfachere, transparentere und kohärentere Anwendung des Begriffs ermöglichen.²²⁴

Sind die Tatbestandsmerkmale kumulativ erfüllt und wird die infragestehende Massnahme entsprechend als Beihilfe eingestuft, muss die (geplante) Massnahme zunächst der Kommission zur Genehmigung gemeldet werden (sog. Notifizierungspflicht). Ob sie genehmigt und gewährt wird, hängt davon ab, ob die Massnahme, allenfalls unter Anwendung der verschiedenen Ausnahmebestimmungen, vereinbar ist mit dem Beihilferecht. Eine dieser Ausnahmebestimmungen ist die in der Praxis besonders relevante Freistellung.²²⁵ Liegt ein Freistellungsfall vor, besteht keine Meldepflicht gegenüber der Kommission. Die Freistellungstatbestände (siehe unten [Teil 3, I., 3., f\)](#)) wurden durch die Kommission entwickelt, um den in der EU und im Beihilferecht geltenden Prämissen der Subsidiarität und der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen.²²⁶

Um das Vorgehen der Kommission abzubilden, wird nachfolgend das (praktische) Prüfschema des Art. 107 Abs. 1 AEUV veranschaulicht.²²⁷ Dieses dient als Orientierungshilfe bei der späteren beihilferechtlichen Prüfung der schweizerischen Massnahmen in dieser Arbeit. Die Tatbestandselemente werden danach im Einzelnen erläutert.

²²³ SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 415.

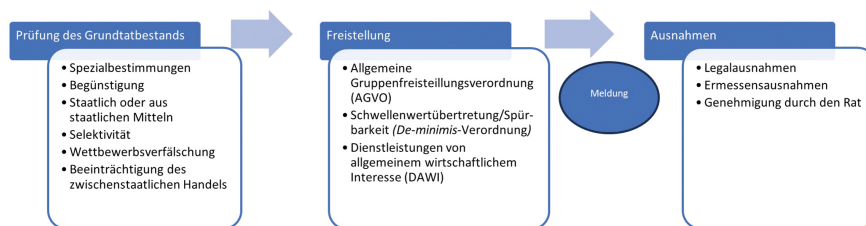
²²⁴ Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 1.

²²⁵ Vgl. auch ADEMI et al., Subventionsrecht, Rz. 70 ff.

²²⁶ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 169.

²²⁷ Es wird zudem laufend durch Sekundärrechtsakte, Rechtsprechung von EuGH und des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) sowie durch die Verwaltungspraxis der Kommission geformt.

Vorgehen bzw. Prüfschema (gem. Kommission):



Sofern keine Spezialbestimmungen greifen, wird zunächst geprüft, ob die infragestehende Massnahme den Grundtatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllt (siehe unten [Teil 3, I, 3.](#)). Wird dies bejaht, besteht die grundsätzliche Meldepflicht gegenüber der Kommission. Sofern aber die (voraussichtliche) Beihilfe einen Freistellungstatbestand (unter Anwendung der verschiedenen Freistellungsverordnungen) erfüllt, ist sie ganz von der Meldepflicht ausgenommen und kann (vom Mitgliedstaat) gewährt werden. Ist hingegen kein Freistellungstatbestand erfüllt, ist die Beihilfe wie gewohnt der Kommission zu melden und gegebenenfalls zu prüfen, ob eine Ausnahme greift und sie dennoch genehmigt und damit gewährt werden darf.

Ergänzend soll hier auf die Verfahrensverordnung in Beihilfesachen (VVO)²²⁸ hingewiesen werden, welche für das weitere Verständnis des Beihilfebegriffs dienlich ist. Die VVO unterscheidet Einzelbeihilfen und Beihilferegelungen, wobei Einzelbeihilfen gem. Art. 1 lit. e VVO konkrete, gegenüber einem bestimmten Unternehmen festgelegte Massnahmen sind, während Beihilferegelungen gem. Art. 1 lit. d VVO als generell-abstrakte Sachverhaltsbeschreibungen definiert sind, die bei Erfüllung für eine Vielzahl von Fällen ohne weitere, nähere Durchführungsmaßnahmen die Beihilfe ermöglichen.

Ferner unterscheidet die VVO zwischen bestehenden und neuen Beihilfen. Gem. Art. 1 lit. b VVO sind bestehende Beihilfen Altbeihilfen, bereits ausdrücklich genehmigte Beihilferegelungen, als auch jene Beihilfen, bei denen die Genehmigung durch Fristablauf oder Verjährung fingiert wird, sowie solche Beihilfen, die zum Zeitpunkt ihrer Einführung keine Beihilfen waren, aber aufgrund der Binnenmarktentwicklung zu Beihilfen mutierten. Die restlichen Fälle gelten als neue Beihilfen.²²⁹

²²⁸ Verordnung 2015/589/EU 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.

²²⁹ Siehe zum Ganzen ausführlich ADEMI et al., Subventionsrecht, Rz. 115 ff.

3. Beihilfetatbestand

Der Grundtatbestand der Beihilfe nach Artikel 107 Abs. 1 AEUV erfasst 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.²³⁰

a) Begünstigung

Erstes und zentrales Tatbestandselement des Beihilfetatbestandes gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV ist die Begünstigung. Sie umfasst positive Leistungen und Massnahmen jeglicher Form, die dazu beitragen, eine Belastung für den Beihilfeempfänger zu vermindern, die dieser ohne die Begünstigung zu tragen hätte. Eine Leistung stellt gem. Rechtsprechung des EuGH jeder geldwerte und damit wirtschaftliche Vorteil für den Empfänger dar²³¹, wobei der Begriff nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH zufolge (nach wie vor) weit auszulegen ist.²³² Der wirtschaftliche Vorteil stellt sich ein, wenn der staatlichen Zuwendung keine angemessene, marktübliche Gegenleistung gegenübersteht.²³³ Die Gegenleistung muss dabei nicht in Abhängigkeit zur Leistung stehen, da kein synallagmatisches Verhältnis verlangt wird. Vielmehr ist eine „wirtschaftliche Gesamtbetrachtung vor dem Hintergrund normaler Marktbedingungen“²³⁴ entscheidend. Zu beachten ist, dass keine angemessene Gegenleistung vorliegt, wenn das begünstigte Unternehmen zwar eine Leistung erbringt, diese jedoch nicht dem Wert der staatlichen Leistung entspricht.²³⁵ Für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Vorteils ist der Motivationsgrund oder das Ziel des staatlichen Eingriffs ferner nicht erheblich. Ausschlaggebend für die Einstufung ist ausschliesslich die Auswirkung der Massnahme auf das Unternehmen. Ein Vorteil liegt bereits vor, wenn der Staat zu von den normalen Marktbedingungen abweichenden Konditionen eingreift und sich die finanzielle Lage eines Unternehmens dadurch verbessert.²³⁶

²³⁰ Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 1.

²³¹ EuGH, Urteil vom 23. März 2006 in der Rechtssache C-237/04, ECLI:EU:C:2006:197 – Eni-
risorse SpA/Sotacarbo SpA, Rz. 42.

²³² VOGEL, 34.

²³³ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 153.

²³⁴ WEISS, 23.

²³⁵ EuGH, Urteil vom 28. Januar 1999 in der Rechtssache T-14/96, ECLI:EU:C:1999:12 – BAI/
Kommission, Rz. 71.

²³⁶ Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 67.

Zu beachten gilt, dass die Gewährung einer Beihilfe nach dem Wirkungskriterium und dem *effet-utile*-Prinzip beurteilt wird. Weder die Motivation noch die rechtliche Ausgestaltung einer staatlichen Massnahme kann daher ausschlaggebend für die Einstufung als Beihilfe sein, sondern ausschliesslich deren begünstigende Wirkung. Der *effet-utile*-Grundsatz ist in Art. 4 Abs. 3 EUV verankert und besagt, dass die Verwirklichung des EU-Rechts praktisch nicht unmöglich sein darf. Eine Norm ist demnach so auszulegen und anzuwenden, dass das Vertragsziel am besten und einfachsten erreicht werden kann.²³⁷ So können auch Steuererleichterungen, die Gewährung von Sondertarifen oder die Befreiung von Soziallasten sowie Abgabebefreiungen²³⁸ als Begünstigung und allenfalls als Beihilfe qualifiziert werden.²³⁹

aa) Altmark-Trans-Rechtsprechung

Obwohl das Tatbestandselement der Begünstigung gem. ständiger Rechtsprechung des EuGH weit auszulegen ist, erfährt der Begriff dennoch Einschränkungen. Der EuGH entschied im *Altmark-Trans-Urteil*²⁴⁰, dass staatliche Massnahmen nicht in den Anwendungsbereich von (dem heute geltenden) Art. 107 Abs. 1 AEUV fallen, wenn der Vorteil eines Unternehmens als Ausgleich für die Kosten der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben des Staates dient.

Im Ausgangsverfahren der *Altmark-Trans-Rechtsprechung* ging es um die Erteilung von Genehmigungen an Busliniendienste. Das private Verkehrsunternehmen Altmark Trans GmbH erhielt für die Zeitperiode vom 25. September 1990 bis 19. September 1994 Genehmigungen sowie Zuschüsse für den Linienverkehr mit Omnibussen im Landkreis Stendal, Deutschland. Am 27. Oktober 1994 hatte das Regierungspräsidium Magdeburg der Altmark Trans GmbH eine weitere, befristete Liniengenehmigung bis zum 31. Oktober 1996 erteilt, lehnte allerdings im gleichen Atemzug den Antrag auf Erteilung einer Genehmigung zur Bedienung dieser Linie durch die kommunale Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH ab. Das Regierungspräsidium Magdeburg begründete seinen Entscheid damit, dass die Altmark Trans GmbH zum einen als Altunternehmerin den gesetzlich verankerten Beistandsschutz geniesse und zum anderen sie die

²³⁷ 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.

²³⁸ EuGH, Urteil vom 15. Dezember 2005 in der Rechtssache C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768 – Italien/Kommission, Rz. 78.

²³⁹ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 152.

²⁴⁰ 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.

Zulassungsbedingungen ohnehin erfülle und ferner die ordnungsgemäße Verkehrsbedienung durch die Altmark Trans GmbH ein besseres Verkehrsangebot darstelle und mit DM 0.58 pro Fahrtkilometer zudem die geringste Finanzierung durch die öffentliche Hand erfordere. Demgegenüber hätte die Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH kein besseres Angebot unterbreiten können und sei deshalb unterlegen gewesen.

Gegen diesen Entscheid klagte die Altmark GmbH und wandte ein, dass die Altmark Trans GmbH nicht leistungsfähig sei, weil sie ohne die begünstigenden, öffentlichen Zuschüsse des Landkreises Stendal nicht hätte überleben können.

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) hielt hierzu zwar fest, dass die Subventionierung eines Unternehmens des öffentlichen Personenverkehrs nicht geeignet sei, diesem die sog. Eigenwirtschaftlichkeit i.S.v. § 8 Abs. 4 Satz 2 Personenförderungsgesetz abzusprechen, da die Definition des Begriffs der Eigenwirtschaftlichkeit vorliegend der vom Gesetzgeber zugrunde gelegten und bis dahin praktizierten Auslegung des Begriffs voll entspräche.²⁴¹ Gem. § 8 Abs. 4 Satz 2 Personenförderungsgesetz ist von Eigenwirtschaftlichkeit die Rede, sofern Verkehrsleistungen erfüllt sind, die sich selber finanzieren können. Konkret waren dabei solche Verkehrsleistungen gemeint, deren Aufwand durch Beförderungserlöse, Ausgleichsleistungen auf Grundlage von allgemeinen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 2 der Verordnung 1370/2007/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Strasse und zur Aufhebung der Verordnungen 1191/69/EWG und 1107/70/EWG 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 Art. 3 Abs. 1 der Verordnung 1370/2007/EG darstellen und keine ausschliesslichen Rechte gewähren, gedeckt wurden. Das BVerwG zweifelte jedoch an der Vereinbarkeit der Auslegung von § 8 Abs. 4 Satz 2 Personenförderungsgesetz mit dem damaligen Gemeinschaftsrecht und legte die Frage, die sich auf zwei Bereiche erstreckte, deshalb dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.²⁴²

Der erste Teil der vorgelegten Frage betraf die Zuschüsse zum Defizitausgleich im öffentlichen Personenverkehr und ob diese überhaupt in den Anwendungsbereich des damaligen Art. 87 Abs. 1 EGV (heutiger Art. 107 Abs. 1 AEUV) fallen

²⁴¹ EuGH, C-280/00, Rz. 40.

²⁴² EuGH, C-280/00, Rz. 30.

würden oder ob aufgrund des örtlichen bzw. regionalen Charakters der erbrachten Verkehrsdienste und gegebenenfalls der Bedeutung des betreffenden Tätigkeitsgebiets, diese überhaupt dazu geeignet waren, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Der zweite Teil der vorgelegten Frage betraf Art. 73 EGV (heutiger Art. 93 AEUV), der besagt, dass diejenigen Beihilfen mit den Verträgen vereinbar sind, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.²⁴³ Das BVerwG wollte hierzu wissen, ob Art. 73 EGV auch auf öffentliche Zuschüsse angewendet werden konnte, mit denen die Mehrkosten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ohne Rücksicht auf die Verordnung 1191/69/EWG²⁴⁴ ausgeglichen würden. Die Verordnung 1191/69/EWG regelt(e) die gemeinsame Verkehrspolitik mit dem Ziel, Unterschiede zu beseitigen, die sich daraus ergeben haben, dass die Mitgliedstaaten den Verkehrsunternehmen mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundene Pflichten auferlegt hatten.

Der EuGH ging auf die zwei Teilfragen im Rahmen seiner beihilferechtlichen Prüfkompetenzen ein. Hinsichtlich der ersten Teilfrage stellte er fest, dass auch öffentliche Zuschüsse mit rein örtlichem oder regionalem Charakter den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können. Allerdings konstatierte er, dass beachtet werden müsse, dass die öffentlichen Zuschüsse nicht notwendigerweise als Beihilfen zu qualifizieren seien, da ein Zuschuss, sofern er lediglich als Ausgleich für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen ausgezahlt werde, eben nicht als Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu werten sei. Entscheidend sei in einer solchen Konstellation vielmehr, ob das den Zuschuss erhaltende Unternehmen einen finanziellen Vorteil erhalte oder nicht.

Der EuGH entwickelte im Zuge dieser Rechtsprechung vier kumulativ zu erfüllende Ausschlusskriterien, wonach es sich bei einem Zuschuss um keine Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handle:

²⁴³ Der Übersicht wegen werden vorliegend die aktuell gültigen Beihilfebestimmungen aus dem AEUV verwendet.

²⁴⁴ Verordnung 1191/69/EWG des Rates vom 26. Juni 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffsverkehrs, ABl L 156 vom 28. Juni 1969, 1.

1. Das begünstigte Unternehmen muss mit der Erfüllung einer klar definierten Gemeinwohlaufgabe betraut worden sein;
2. für die Berechnung des Ausgleichs werden zuvor objektiv und transparent aufgestellte Parameter verwendet;
3. der Ausgleich darf die Nettokosten der Aufgabenerfüllung nicht übersteigen. Das bedeutet, dass der Ausgleich die erforderlichen Kosten nicht übersteigen darf, die zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen notwendig sind;
4. das Unternehmen wird über ein öffentliches Vergabeverfahren beauftragt oder die Ausgleichshöhe wird anhand einer Vergleichsmarktanalyse ermittelt.²⁴⁵

Werden diese in der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen kumulativ erfüllt, handelt es sich in der Folge nicht um eine Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV, welche die Wettbewerbsstellung des Unternehmens stärkt. Gem. EuGH sei nur in diesem Falle gewährleistet, dass dem betreffenden Unternehmen kein Vorteil gewährt würde.

Hinsichtlich des zweiten Teils der Frage entschied der EuGH, dass neben einer vollumfänglichen Ausnahme vom Anwendungsbereich der Verordnung 1191/69/EWG ebenfalls eine Teilausnahme, wie sie für eigenwirtschaftliche Verkehre in § 8 Abs. 4 des deutschen Personenbeförderungsgesetzes konkludent vorgesehen war, vorliegend zulässig sei. Er kam zum Schluss, dass die Verordnung keine Anwendung finden würde, wenn bei eigenwirtschaftlichen Verkehrsleistungen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt und öffentliche Zuschüsse gewährt würden.²⁴⁶

Der EuGH verknüpfte in diesem Urteil erstmals die beihilferechtliche Grundsatzafrage gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen mit den Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts und machte – im Widerspruch zur vorherigen Kommissionspraxis – deutlich, dass eine Beihilfe ungeachtet ihres lokalen oder regionalen Charakters eine zwischenstaatliche Handelsbeeinträchtigung darstellen könne.

Dieses Urteil wird als Meilenstein der beihilferechtlichen Rechtsprechung gewertet, weil es das Spannungsverhältnis zwischen Wettbewerb und dem öf-

²⁴⁵ EuGH, C-280/00, Rz. 95; BUTLER/BÄRENBRINKER 12 f.

²⁴⁶ EuGH, C-280/00, Rz. 57.

fentlichen Personennahverkehr durchleuchtete und die daraus entwickelten Grundsätze auf andere Bereiche der Daseinsvorsorge übertragbar machte.²⁴⁷ Dies hat damit auch die bislang offene Diskussion im Bereich der Daseinsvorsorge zu einem (vorläufigen) Abschluss gebracht sowie den Begriff der Begünstigung durch die Ausarbeitung der vier Voraussetzungen präzisiert.²⁴⁸

bb) Direkte und indirekte Begünstigung

Für die Beurteilung einer Massnahme als Beihilfe ist der Unterschied zwischen einer direkten und indirekten Begünstigung bedeutend. Die begünstigende Wirkung einer staatlichen Massnahme muss sich nicht direkt beim unmittelbaren Beihilfeempfänger realisieren. Sie kann sich auch indirekt bei einem anderen Unternehmen auswirken, weswegen überhaupt zwischen der direkten bzw. unmittelbaren und der indirekten bzw. mittelbaren Begünstigung unterschieden wird. Wie oben dargestellt, herrscht ein wirkungsorientiertes Verständnis des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung, weswegen auch die mittelbare Begünstigung vom EU-Beihilferecht erfasst wird.²⁴⁹ Da sich damit ein expansives Verständnis der begünstigenden Wirkung eröffnet, wird in der Lehre versucht, diese als „uferlose Ausweitung“²⁵⁰ empfundene Interpretation des Begünstigungsbegriffs zu begrenzen. Ein Teil der Lehre will nur diejenigen, mittelbaren Begünstigungen als Beihilfetatbestand erfassen, die nachweisbar und quantifizierbar sind und von der „öffentlichen Hand aus wirtschaftspolitischen oder sonstigen Erwägungen absichtlich herbeigeführt werden und nicht nur als Nebenerscheinung auftreten“²⁵¹. Das hier verlangte Erfordernis der Nachweisbarkeit und Quantifizierbarkeit, also der Feststellung und Limitierung einer bestimmten Höhe, scheint hinsichtlich des Art. 107 Abs. 1 AEUV widersprüchlich. Der Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst gerade Begünstigungen jeglicher Art, unabhängig von ihrer Höhe.²⁵² Es besteht nach wie vor Uneinigkeit über die sinnvolle Abgrenzung des Anwendungsbereichs des EU-Beihilferechts (siehe dazu die ausführliche Diskussion zur Spürbarkeit [Teil 3. I., 3., f\), bb\)](#)).

²⁴⁷ Die klassischen Bereiche der Daseinsvorsorge sind Aufgaben zur Versorgung mit Strom, Wasser oder der Betrieb des öffentlichen Personenverkehrs.

²⁴⁸ NETTESHEIM, 256.

²⁴⁹ MAYORAZ, Rz. 91.

²⁵⁰ HEIDENHAIN et al., 30.

²⁵¹ MAYORAZ, Rz. 91.

²⁵² SOLTÉSZ/HELLSTERN, 490.

cc) Marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber

Ob es sich bei einer Zuwendung oder Unterlassung an einen Dritten um eine tatsächliche Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt oder lediglich um eine positive Reflexwirkung, ist im Einzelfall regelmässig schwierig einzuschätzen.²⁵³

Die Kommission und der EuGH haben deshalb Hilfsmittel in Form des *Private Investor Test* oder auch *Market Economy Investor Test* entwickelt, die sie für die Beurteilung des Vorliegens einer Begünstigung und damit einer nicht marktkonformen Massnahme nutzen. Anhand dieses Tests wird die Wirtschaftlichkeit der geplanten Massnahme ermittelt, indem sie mit dem aktuellen Zustand sowie der bestmöglichen Handlungsalternative verglichen wird und die Ergebnisse dokumentiert werden. Mittels dieses Verfahrens soll ermittelt werden, ob sich ein privater Investor von vergleichbarer Grösse wie der öffentliche Mittelgeber bei den gleichen Konditionen dafür entschliessen würde, Kapitalhilfen in entsprechend gleichem Umfang zu gewähren. Entscheidend dabei ist, dass sich ein privater Investor bei objektiv gleicher wirtschaftlicher Ausgangslage für die gleiche Handlungsentscheidung (und damit Investitionsentscheidung) entschliesst. Der *Private Investor Test* bzw. *Market Economy Investor Test* ist dann erfüllt, wenn sich bei der Einstufung herausstellt, dass die zu beurteilende Massnahme die optimale Handlungsoption für die Investition darstellt.²⁵⁴

Daneben existieren zwei weitere, einschlägige Beurteilungsverfahren der Begünstigung, der *Private Creditor Test* und *Private Vendor Test*, die sich allerdings auf andere Bereiche beziehen. Beim *Private Creditor Test* wird der Frage nachgegangen, ob bei Begünstigungen durch den Staat als Gläubiger ein privater Gläubiger sich gleich verhalten hätte. Der *Private Creditor Test* gibt Aufschluss darüber, wann eine Rückzahlungsmodalität (z.B. Kredit oder Darlehen) als Begünstigung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu verstehen ist. Eine Begünstigung liegt hiernach jeweils dann vor, wenn die Bedingungen nicht denjenigen eines privaten Gläubigers entsprechen.²⁵⁵

Der *Private Vendor Test* wird herangezogen, wenn es um die Beurteilung der Frage geht, ob sich ein privater Verkäufer zu gleichen Bedingungen wie der Staat dafür entschliessen würde, Grundstücke oder Unternehmensbeteiligun-

²⁵³ 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.

²⁵⁴ OESCH, Wirtschaftsteilnehmer, 255.

²⁵⁵ MAYORAZ, Rz. 90.

gen zu verkaufen. Entscheidendes Beurteilungskriterium dafür ist, ob die wirtschaftlichen Transaktionen unter marktüblichen Bedingungen erfolgt sind. Ist dieses Kriterium erfüllt, hat sich der Staat wie ein marktwirtschaftlich handelnder Wirtschaftsteilnehmer verhalten.²⁵⁶

b) Staatlichkeit

Art. 107 AEUV richtet sich an die Mitgliedstaaten, während gegenüber Privaten die Wettbewerbsvorschriften gem. Art. 101 ff. AEUV gelten.²⁵⁷ Das Staatlichkeitsmerkmal verfolgt den Zweck, privatwirtschaftlich bewirkte Begünstigungen vom Beihilfebegriff abzugrenzen.²⁵⁸ Laut Wortlaut von Art. 107 Abs. 1 AEUV existiert ein terminologischer Unterschied und das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit beinhaltet zwei Elemente. Der erst verwendete Begriff ist „staatlich“, womit direkt bzw. unmittelbar durch die Mitgliedstaaten gewährte Beihilfen gemeint sind. Der zweitverwendete Ausdruck ist „aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“, womit aus staatlichen Mitteln finanzierte Beihilfen gemeint sind, die jedoch nicht unmittelbar durch Mitgliedstaaten gewährt werden müssen. Der zweite Aspekt, der die Rückführbarkeit und Zurechenbarkeit der mittelbaren Beihilfen auf den Staat betrifft, erfüllt dabei die Funktion eines Auffangtatbestandes. Gem. EuGH könnten Mitgliedstaaten durch die Zwischenschaltung einer öffentlichen oder privaten Einrichtung das Beihilfeverbot ansonsten umgehen.²⁵⁹ Der EuGH präzisiert in seiner Rechtsprechung ferner, dass die unmittelbare bzw. mittelbare Gewährung aus staatlichen Mitteln unter Zurechenbarkeit zum Staat zu verstehen ist²⁶⁰, wobei nur in Fällen der mittelbaren Begünstigung weiter detailliert zu prüfen ist.²⁶¹ Art. 107 Abs. 1 AEUV wendet sich ausdrücklich nur an Mitgliedstaaten und betrifft die von ihnen gewährten Beihilfen. Verfügt die EU über die Gelder und wird den Mitgliedstaaten kein Spielraum bei der Entscheidung über die Mittelverwendung und die Auswahl der Empfänger eingeräumt, kann es sich nicht um Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handeln.²⁶²

²⁵⁶ VOGEL, 48 ff.

²⁵⁷ Dazu aber Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 49.

²⁵⁸ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 49.

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 64.

²⁶¹ BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 151; offenbar a.A. BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 157 sowie MAYORAZ, Rz. 80.

²⁶² 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/Denmark A/S und andere/Kommission der Eu-

Die Zurechenbarkeit der Mittel zum Staat ist grundsätzlich immer dann erfüllt, wenn eine Behörde tätig wird, wobei unter den Begriff „Behörde“ alle Stellen fallen, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen.²⁶³ Hingegen sind nicht automatisch alle von öffentlichen Anstalten gewährten Begünstigungen als staatlich zu erachten.²⁶⁴ Folglich ist von einem weiten und funktionalen Verständnis des Begriffs „Behörde“ auszugehen und die Bezeichnung der gewährenden Stelle an sich unerheblich.²⁶⁵ Die Zurechenbarkeit ist ferner dann gegeben, wenn der Staat tatsächlich die Kontrolle über die Mittel gewährende Stelle ausübt, selbst wenn dies schwer nachzuweisen ist.²⁶⁶ Die Zurechenbarkeit wird im Einzelfall, im Kontext der Massnahme sowie mithilfe verschiedener Indizien ermittelt. Letztere decken dabei ein weites Spektrum ab und können laut EuGH im Vorliegen von staatlichen Anteilen, der Entscheidungsautonomie der ausgebenden Stelle, der Eingliederung eines Unternehmens in die öffentliche Verwaltung oder in der Intensität der Aufsicht der Unternehmensführung liegen.²⁶⁷ Der EuGH geht einerseits so weit, jeglichen durch staatliche Regulierung bedingten Vorteil als Beihilfe zu erfassen, wobei zunächst eine Belastung des Staatshaushaltes gefordert wird.²⁶⁸ Diese Belastung kann sich allerdings auch aufheben, wenn ein Mitgliedstaat bestimmte Gelder zur Verfügung stellt, die dann einem durch denselben Staat bezeichneten Zweck innerhalb der Staatsfinanzen wieder zugeführt werden.²⁶⁹ Andererseits hat der EuGH klargestellt, dass nicht jeder aus staatlicher Regulierung herbeigeführte Vorteil als Beihilfe qualifiziert werden könne.²⁷⁰ So werden

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.

²⁶³ Für Deutschland wurde dies angenommen und m.E. auf jeden Mitgliedstaat übertragbar, siehe dazu: Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 65.

²⁶⁴ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 66.

²⁶⁵ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 65 ff.

²⁶⁶ EuGH, Urteil vom 17. Juli 2008 in der Rechtssache C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413 – Essent Network Noord BV unterstützt durch Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV/Aluminium Delfzijl BV und im Verfahren zur Rechtswahrung Aluminium Delfzijl BV/Staat der Nederlanden und im Verfahren zur Rechtswahrung Essent Network Noord BV/Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV und Saranne BV, Rz. 69 ff.; EuGH, C-482/99, Rz. 52.

²⁶⁷ EuGH, C-482/99, Rz. 55.

²⁶⁸ BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 148; Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 68.

²⁶⁹ 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.

²⁷⁰ 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 Rechts-

Transferleistungen zwischen Privaten (z.B. festgelegte Mindestpreise) sowie Mittel, die nie unter staatlicher Kontrolle standen, regelmässig nicht vom Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit erfasst.²⁷¹

Bevor der EuGH den Begriff der Staatlichkeit im *PreussenElektra*-Urteil²⁷² definierte (siehe ausführliche Beurteilung und Anwendung von *PreussenElektra* unten [Teil 4, I., 3., d\)](#)), schuf er bis dato eine teilweise nicht immer konsistente Spruchpraxis, die zunächst nicht dazu beitrug, Klarheit und Rechtssicherheit zu schaffen.

Im Entscheid *van Tiggele*²⁷³ erkannte der EuGH erstmals das Erfordernis der staatlichen Mittelherkunft an. Demnach vermochte die Festlegung von Mindestpreisen im Einzelhandel durch den Staat nicht als Qualifikation einer Beihilfe zu genügen, wenn ihr ausschliessliches Ziel in der Begünstigung eines Verkäufers eines Erzeugnisses zu Lasten der Verbraucher lag.²⁷⁴ Auch wenn der Staat hier regulatorisch in das Wirtschaftsgeschehen eingegriffen habe, geschah dies laut Auffassung des EuGH nicht durch die mittelbare oder unmittelbare Gewährung von staatlichen Mitteln.²⁷⁵ Das Merkmal sei hier eng auszulegen. Um als Beihilfe qualifiziert zu werden, müsse die Vorteilsgewährung unmittelbar zu einer Belastung des Staatshaushaltes führen.²⁷⁶

Den Ansatz des Fehlens einer direkten Staatshaushaltsbelastung wandte der EuGH in weiteren Folgeentscheiden an und bekräftigte seine Haltung. In *Slo-man Neptun*²⁷⁷ ging es um die Qualifikation eines deutschen Schifffahrtgesetzes, welches Schiffen unter internationaler Flagge erlaubte, ausländische Seeleute gegenüber deutschen Staatsangehörigen weniger zu bezahlen. Gem. EuGH handelte es sich hierbei um keine Beihilfe, weil der gewährte Vorteil ge-

sache 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 – Slo-man Neptun Schiffahrts AG/Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Slo-man Neptun Schiffahrts AG, Rz. 19.

²⁷¹ 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; BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 139.

²⁷² Vgl. EuGH, C-379/98.

²⁷³ EuGH, C-379/98, Rz. 58; EuGH, 82/77, Rz. 25.

²⁷⁴ EuGH, C-379/98, Rz. 24 f.

²⁷⁵ STUMPF, 226.

²⁷⁶ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV N 57.

²⁷⁷ EuGH, Urteil vom 17. März 1993 in der Rechtssache C-72/91 und 73/91, ECLI:EU:C:1993:97 – Slo-man Neptun Schiffahrts AG/Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Slo-man Neptun Schiffahrts AG.

rade nicht den Staat finanziell belastete, sondern sich lediglich aufgrund der veränderten Vertragsbedingungen zwischen den Unternehmen und den Arbeitnehmern ergeben hätte.²⁷⁸ Die Unterscheidung zwischen staatlichen und aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen diene gem. Auffassung des EuGH zudem nur dem Zweck, auch solche Beihilfen vom Beihilfebegriff zu erfassen, welche durch vom Staat benannte oder errichtete, öffentliche oder private Einrichtungen (und damit einer zwischengeschalteten Stelle) gewährt werden.²⁷⁹ Mit der gleichen Begründung lehnte der EuGH auch in den Urteilen *Kirsammer-Hack*²⁸⁰ und *Viscido*²⁸¹ das Vorliegen einer Beihilfe ab.

Gleichzeitig zeugt die teilweise parallel ergangene Judikatur des EuGH davon, dass das Gericht seinem restriktiven Ansatz nicht immer treu bleibt. In der Rechtssache *Caisse Nationale de Crédit Agricole*²⁸² versuchte der EuGH erstmals private Fördermittel mit der Begründung als staatlich einzustufen, dass die Mittel gewährende Einrichtung selbst unter dem staatlichen Einfluss gestanden habe. In diesem konkreten Fall entschied der EuGH, dass durch die Förderung bedürftiger französischer Landwirte durch Betriebsüberschüsse die Beihilfeeigenschaft erfüllt sei, weil, wie bei *Steinike & Weinlig*²⁸³, nicht unterschieden werden könne, ob die Beihilfe direkt bzw. unmittelbar vom Staat oder durch eine von ihm eingesetzte Einrichtung gewährt wurde. Die Nähe zum Staat äussere sich durch die Möglichkeit der staatlichen Kontrolle und Einflussnahme, was in dieser Konstellation in der Folge zur Qualifikation als Beihilfe genüge.²⁸⁴ Im Urteil *Van der Kooy*²⁸⁵ argumentierte der EuGH gleich.

Trotz der teilweise unterschiedlichen Auslegungen und Argumentation kann dennoch festgehalten werden, dass der EuGH ein eher restriktives Verständnis des Beihilfebegriffs prägte und die Übertragung der staatlichen Mittel voraus-

²⁷⁸ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV N 57; KRÖGER 196.

²⁷⁹ EuGH, C-72/91 und 73/91, Rz. 19.

²⁸⁰ EuGH, Urteil vom 30. November 1993 in der Rechtssache C-189/91, ECLI:EU:C:1993:907 – *Kirsammer-Hack/Sidal*, Rz. 17.

²⁸¹ 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.

²⁸² EuGH, Urteil vom 30. Januar 1985 in der Rechtssache 290/83, ECLI:EU:C:1985:37 – *Kommission/Frankreich*, Rz. 14

²⁸³ Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 78/76, ECLI:EU:C:1977:52 – *Steinike und Weinlig/Deutschland*, Rz. 8.

²⁸⁴ ERK, 177; RUGE, 247.

²⁸⁵ Vgl. EuGH, Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofes vom 3. Mai 1985 in der Rechtssache 67, 68, 70/85, ECLI:EU:C:1988:38 – *Van der Kooy u. a./Kommission*.

setzt.²⁸⁶ Eine gewisse Staatsnähe, die durch Verfügungs- und Kontrollbefugnisse ausgeübt wird, genügt. Dies führe zu einer automatischen Reflexwirkung und habe eine Belastung des Staatshaushaltes zur Folge.²⁸⁷

Der Wortlaut in Art. 107 Abs. 1 AEUV macht eine terminologische Unterscheidung zwischen „staatlich“ und „aus staatlichen Mitteln gewährte“ Beihilfen. Aufgrund dieses Unterschiedes hat sich nicht nur das oben behandelte Merkmal der Mittelherkunft, sondern auch die Zurechenbarkeit zum Staat als nicht unumstrittenes, weiteres Kriterium in der neueren Rechtsprechung des EuGH herausgebildet.²⁸⁸ Der EuGH wandte dieses Kriterium u.a. in der Rechtssache *Stardust Marine* an.²⁸⁹ Dieses Kriterium bzw. die terminologische Unterscheidung drücke gem. EuGH nur aus, dass auch jene Begünstigungen vom Beihilfeverbot erfasst werden sollen, die von einer „vom Staat benannten oder errichteten privaten oder öffentlichen Einrichtung“²⁹⁰ gewährt werden. Der Staat muss demnach die ihm zustehenden Verfügungs- und Kontrollbefugnisse konkret ausüben, damit ihm die Massnahme zurechenbar ist. Ob die Zurechenbarkeit vorliegt, sei im Einzelfall zu entscheiden. Dies wird anhand der Kriterien der Art und Weise der Tätigkeit des Unternehmens sowie der Intensität der behördlichen Aufsicht bei einem öffentlichen Unternehmen und dessen Eingliederung in die (öffentliche) Verwaltungsstruktur beurteilt.²⁹¹

Mit *PreussenElektra* folgte schliesslich die (nicht ganz unumstrittene) Konkretisierung dieses Merkmals. In diesem wegweisenden Urteil wurde das zuvor entwickelte Kriterium der Staatlichkeit erstmals auf die beihilferechtliche Einordnung eines nationalen Fördersystems für erneuerbare Energien angewendet. Der EuGH entschied, dass die Staatlichkeit der Mittel nur dann vorliege, wenn sie haushaltswirksam seien, was in der Rechtsprechung für lange Zeit danach den dogmatischen Grundstein für die Einstufung einer Beihilfe bildete. Der EuGH stellte fest, dass die Verpflichtung zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien zu Mindestpreisen den Stromerzeugern unstreitig einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft hätte und ihnen höhere Gewinne ohne jegliches Risiko ermöglicht worden seien. Jedoch würde dieser Umstand nicht ausreichen, die einzelne Massnahme als Beihilfe zu qualifizieren, weil sie

²⁸⁶ STUMPF, 226; KRÖGER, 197.

²⁸⁷ KRÖGER, 198; Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 68.

²⁸⁸ Vgl. hierzu die Meinungen LÜBBIG/MARTIN-EHLERS, Beihilfenrecht, Rz. 207 ff; BEHLAU, 362.

²⁸⁹ EuGH, C-482/99, Rz. 23.

²⁹⁰ Siehe u.a. EuGH, 78/76, Rz. 21; EuGH, 290/83, Rz. 14 ; EuGH, Urteil vom 7. Juni 1988 in der Rechtssache 57/86, ECLI:EU:C:1988:284 -Griechenland/Kommission, Rz. 12; EuGH, 67, 68, 70/85, Rz. 35.

²⁹¹ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 69 f.

auf einem Gesetz beruhe und, gem. der generalanwaltlichen Ausführungen *Jacobs* zufolge, die staatlichen Mittel den privaten Sektor nie verlassen hätten. Im Ganzen lehnte der EuGH dabei die Beihilfequalität des deutschen Strom-einspeisungsgesetzes von 1990 ab (siehe ausführliche Beurteilung und Anwendung von *PreussenElektra* unten [Teil 4, I., 3., d\)](#)).

c) Selektivität

Neben dem sachlichen Anwendungsbereich des Art. 107 Abs. 1 AEUV wird durch die Präzisierungen der bestimmten Unternehmen oder Produktionszweige der persönliche Anwendungsbereich der Wettbewerbsregeln eingegrenzt. Es fehlt zwar an einer eigentlichen Legaldefinition in Art. 107 Abs. 1 AEUV, dennoch sind der Begriff der Bestimmtheit bzw. Selektivität und der Unternehmensbegriff für die Anwendung und Reichweite des Wettbewerbsrechts grundlegend.²⁹²

Vom Beihilfeverbot in Art. 107 Abs. 1 AEUV sind nur „bestimmte“ Unternehmen oder Produktionszweige betroffen. Laut Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der Beihilfe fallen unter den Beihilfebegriff nur diejenigen Massnahmen, die selektiv bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen einen Vorteil gewähren.²⁹³ Die „Selektivität“ bzw. die „Bestimmtheit“ dient somit der beihilferechtlichen Abgrenzung von Massnahmen gegenüber allgemeinen wirtschafts- und sozialpolitischen Massnahmen der Mitgliedstaaten und hängt mit dem Tatbestandsmerkmal der Begünstigung eng zusammen.²⁹⁴ Der geförderte Personenkreis muss hinreichend abgrenzbar sein, damit die Unterscheidbarkeit zu den allgemeinen Regelungen sichergestellt ist.²⁹⁵

Nach Auffassung des EuGH ist ein Unternehmen als „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“²⁹⁶ zu verstehen. Sowohl in der Rechtsprechung des EuGH als

²⁹² Art. 107 Abs. 1 AEUV umfasst Produktionszweige wie z.B. die Film- und Uhrenindustrie, womit an sich eine Abgrenzung erfolgt und damit die Selektivität gekennzeichnet wird, die bedeutet, dass die Begünstigungen nicht allen Wirtschaftsakteuren auf dem Markt gleichermaßen zugutekommen.

²⁹³ Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 117.

²⁹⁴ EuGH, Urteil vom 29. Juni 1999 in der Rechtssache C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332 – *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Rz. 27; FRENZ, Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 552.

²⁹⁵ FRENZ, Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 552.

²⁹⁶ EuGH, Urteil vom 29. September 2011 in der Rechtssache C-521/09 P, ECLI:EU:C:2011:620 – *Elf Aquitaine SA/Kommissio*, Rz. 53.

auch in der Verwaltungspraxis der Kommission hat sich derweil ein funktionaler Unternehmensbegriff durchgesetzt.²⁹⁷ Eine Gewinnerzielungsabsicht ist für eine (wirtschaftliche Tätigkeit ausübende) Einrichtung nicht erforderlich, solange ein Markt sowie konkurrierende Marktteilnehmer für die ausgeübte Tätigkeit existieren.²⁹⁸ Hieraus lässt sich auch ein weitgefasstes Verständnis für den Begriff des Unternehmens ableiten. Der Unternehmensbegriff lässt sich im EU-rechtlichen Gefüge zudem in Zusammenhang mit der Entwicklung des Kartell- und Missbrauchsverbots des Wettbewerbs verorten.²⁹⁹

d) Wettbewerbsverfälschung

Das Beihilfeverbot ist als wesentlicher Teil des Normensystems des Wettbewerbsrechts konzipiert. Ein Ziel des Beihilfeverbots liegt deshalb im Schutz des Wettbewerbs vor Verfälschungen durch ungerechtfertigte Beihilfen. Das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung weist deswegen einen engen Bezug zu der marktwirtschaftlich orientierten Wettbewerbsordnung auf.³⁰⁰ Eine Wettbewerbsverfälschung i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt dann vor, wenn eine staatliche Massnahme geeignet ist, die Wettbewerbsposition der Begünstigten gegenüber anderen am Markt teilnehmenden Wettbewerbern zu verbessern.³⁰¹

Von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst sind sowohl drohende Wettbewerbsverfälschungen als auch staatliche Massnahmen, die dazu geeignet sind, die Position des Beihilfeempfängers gegenüber anderen, konkurrierenden Marktteilnehmenden aufgrund dieser Vorteilsgewährung zu verbessern und damit den Wettbewerb (ungerechtfertigt) zu verfälschen.³⁰² Daneben ist nicht nur die tatsächliche Wettbewerbsverfälschung von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst. Die auch nur potenziell drohende wettbewerbsverfälschende Wirkung einer Beihilfe bzw. das potenzielle Wettbewerbsverhältnis fällt ebenso darunter, weil auch diese bzw. dieses grundsätzlich immer unvereinbar ist mit dem freien Wettbewerb im Binnenmarkt der EU.³⁰³

²⁹⁷ ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 100.

²⁹⁸ KÖKE, 91.

²⁹⁹ KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 127.

³⁰⁰ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 163.

³⁰¹ VOGEL, 74.

³⁰² Verordnung 2514/1999/EG der Kommission vom 29. November 1999 zur Festlegung pauschaler Einfuhrwerte für die Bestimmung der im Sektor Obst und Gemüse geltenden Einfuhrpreise, ABl L 305 vom 30. November 1999, 27.

³⁰³ VOGEL, 74; Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 189.

Eine Verfälschung des Wettbewerbs kann gem. EuGH bereits dann vorliegen, wenn lediglich die Marktbedingungen für die Teilnehmer des Wettbewerbs verändert wurden.³⁰⁴ Dies ist z.B. dann der Fall, wenn Beihilfen unverdiente Kostenvorteile für bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige schaffen, die in der Folge die Position der Begünstigten im Wettbewerb stärken.³⁰⁵ Dabei muss sich die Wettbewerbsverfälschung nicht notwendigerweise auf den Binnenmarkt erstrecken. Eine drohende Wettbewerbsverfälschung zwischen Unternehmen eines einzelnen Mitgliedstaates genügt.³⁰⁶ Dieses Tatbestandsmerkmal äussert sich damit zwischen den konkurrierenden Marktteilnehmern, womit es vorrangig auf der Ebene der Unternehmen festgestellt wird. Die Wirkung äussert sich dann im damit eng verbundenen Tatbestandsmerkmal der Handelsbeeinträchtigung auf der Ebene der Mitgliedstaaten.³⁰⁷

Die potenzielle oder tatsächliche Besserstellung des Begünstigten muss sich auf einem Markt realisieren. Das Entstehen bzw. die Existenz des relevanten Marktes wird dabei gewissermassen vorausgesetzt. Die Kommission verfolgt in ihrer Beihilfeüberwachung diesbezüglich aber kein einheitliches Konzept bzw. Vorgehen.³⁰⁸ Für das Vorliegen eines relevanten Marktes genügt gem. EuGH bereits der Nachweis, dass eine Beihilfe geeignet ist, dem Empfänger in einem bestehenden Wettbewerb einen Vorteil zu verschaffen.³⁰⁹ Bei Betriebsbeihilfen geht der EuGH sogar grundsätzlich davon aus, dass es sich dabei um eine Wettbewerbsverfälschung handelt und dass ein Markt besteht.³¹⁰ Trotz der grosszügigen Abgrenzung durch den EuGH greift dieses Abgrenzungskriterium gem. Auffassung des EuG (nur) für typische Konstellationen, in denen „die Struktur der Wettbewerbs- und Handelsbeziehungen auf potenzielle Folgen schliessen lässt“³¹¹.

Die Kommission hat bei der Ermittlung der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals bei der infragestehenden Beihilfe lediglich den Nachweis zu erbringen, dass

³⁰⁴ EuGH, Urteil vom 17. September 1980 in der Rechtssache 730/79, ECLI:EU:C:1980:209 – Philip Morris/Kommission, Rz. 11.

³⁰⁵ Vgl. ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 105.

³⁰⁶ FRENZ, Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 677.

³⁰⁷ SANCHEZ RYDELSKI, 71 f.

³⁰⁸ Vgl. ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 106.

³⁰⁹ EuGH, Urteil vom 13. Februar 2003 in der Rechtssache C-409/00, ECLI:EU:C:2003:92 – Spanien/Kommission, Rz. 75.

³¹⁰ EuGH, Urteil vom 19. September 2000 in der Rechtssache C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467 – Deutschland/Kommission, Rz. 30.

³¹¹ 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.

die Massnahme zur Wettbewerbsverfälschung geeignet ist.³¹² Dies versteht sich vor dem Hintergrund, dass auch nur potenzielle Wettbewerbsverfälschungen vom Tatbestand umfasst sind. Die Kommission ging teilweise davon aus, dass mit jeder Beihilfegewährung eine Wettbewerbsverfälschung vorliege.³¹³ Der EuGH war hier allerdings anderer Auffassung und hielt die Kommission an, in ihren Beihilfeentscheidungen die Umstände im Einzelfall, aus denen sich eine Wettbewerbsverfälschung ergab, darzulegen. Es sei, so der EuGH, in Ausnahmefällen möglich, dass es an einer Wettbewerbsverfälschung mangeln könne.³¹⁴ Von der Kommission verlangt der EuGH bzw. das EuG gem. neuerer Rechtsprechung, dem Kommissionsbeschluss die Begründung beizulegen, weshalb es bei einer infragestehenden Massnahme nicht für ausgeschlossen zu erachten sei, dass der Vorgang in einer Wettbewerbsverfälschung resultiere und schliesslich zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen könne.³¹⁵ Dennoch legt der EuGH das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsverfälschung in seiner Rechtsprechung grosszügig aus und bejaht diesen in der Praxis regelmässig.³¹⁶ So schloss der EuGH in der Rechtsache *Spanien/Kommission* etwa aufgrund des Vorliegens einer Beihilfe ohne Weiteres auf eine verzerrende und verfälschende Wettbewerbswirkung.³¹⁷

e) Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Das Tatbestandsmerkmal der (grenzüberschreitenden) Beeinträchtigung des Handels äusserst sich, wie aus dem Wortlaut ersichtlich, auf der Ebene der Mitgliedstaaten und ist weit auszulegen. Eine infragestehende Massnahme muss gem. der Zwischenstaatlichkeitsklausel dazu geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.³¹⁸ Dabei genügt es, wenn durch die Gewährung von Beihilfen eine mittelbare Wirkung auf den Wettbewerb erfolgt.³¹⁹ So kann z.B. die (positive oder negative) Beeinflussung des

³¹² Vgl. EuGH, Urteil vom 29. April 2004 in der Rechtssache C-327/97, ECLI:EU:C:2004:234 – Italienische Republik/Kommission.

³¹³ Vgl. 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.

³¹⁴ EuGH, C-296/82, Rz. 24.

³¹⁵ 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.

³¹⁶ SANCHEZ RYDELSKI, 153.

³¹⁷ Siehe dazu 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.

³¹⁸ OESCH, Wirtschaftsteilnehmer, 255 ff.; Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe, ABl C 262 vom 19. Juli 2016, 190.

³¹⁹ KÖKE, 93.

Wirtschaftsverkehrs innerhalb der EU als Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handelns gewertet werden.³²⁰ Die Anforderungen des Tatbestandsmerkmals gelten folglich nicht absolut.³²¹

Die Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels muss lediglich möglich sein und ihr Eintritt ist nicht tatsächlich erforderlich. Es genügt, wenn eine Beihilfe die Stellung eines Unternehmens oder Produktionszweigs im EU-internen Handel stärken kann.³²²

Eine grenzüberschreitende Tätigkeit des begünstigten Wirtschaftsteilnehmers ist nicht erforderlich.³²³ Den Anforderungen der Beeinträchtigung genügt bereits ein erschwelter Markteintritt für ein ausländisches Unternehmen. Dies kann z.B. schon bei geringfügigen Zuwendungen vorliegen, die ausschliesslich zur Förderung örtlicher Dienstleistungen gedacht sind.³²⁴

In seiner Rechtsprechung betont der EuGH, dass nur die konkrete Eignung einer Massnahme gegeben sein muss. Weder die Nachweisbarkeit von Auswirkungen dieser Massnahme, noch die Marktabgrenzung, sind für das Tatbestandsmerkmal erforderlich.³²⁵ Der EuGH ist der Auffassung, dass die Massnahme dann geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, wenn sich aufgrund objektiver, rechtlicher sowie tatsächlicher Umstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit voraussehen lässt, dass sie den Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten mittelbar oder unmittelbar, potenziell oder tatsächlich, beeinflussen kann.³²⁶

Ist unwahrscheinlich, dass der Beihilfeempfänger mehr als nur marginale Kunden aus einem anderen Mitgliedstaat gewinnen würde, fehlt es der Massnahme, gem. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der Beeinträchtigung, an der Geeignetheit.³²⁷

³²⁰ BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 160.

³²¹ SANCHEZ RYDELSKI, 71.

³²² Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 14.

³²³ OESCH, Wirtschaftsteilnehmer, 263.

³²⁴ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 14.

³²⁵ Vgl. EuGH, 730/79.

³²⁶ EuGH, Urteil vom 14. Juli 1981 in der Rechtssache C-172/80, ECLI:EU:C:1981:178 – Züchner/Bayerische Vereinsbank AG, Rz. 18; EuGH, Urteil vom 24. November 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-267/91 und C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905 – Keck und Mithouard, Rz. 16 ff.; zum Ganzen BREITENMOSER/WEYENETH, N 1133 ff.

³²⁷ 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.

f) Freistellung

Wie bereits anhand des Prüfschemas gezeigt, ist eine Beihilfe von der Meldepflicht an die Kommission befreit und damit nicht vom Durchführungsverbot betroffen, sofern sie einen Freistellungstatbestand erfüllt. Die drei zentralen und einschlägigen Freistellungstatbestände berücksichtigen dabei die Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismässigkeit.³²⁸

aa) Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung

Als erster, zentraler Freistellungstatbestand ist die AGVO zu nennen.³²⁹ Sie listet gewisse Beihilfen auf, die von der Notifizierungs- und Genehmigungspflicht durch die Kommission befreit sind. Die AGVO zielt darauf ab, Vorhaben zu stützen, die massgeblich zur Schaffung von Arbeitsplätzen und zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Binnenmarktes beitragen. Aus diesem Grund sind die in der AGVO gelisteten Beihilfemassnahmen mit dem Binnenmarkt vereinbar. Die AGVO gilt nur für sog. transparente Beihilfen, wie Zuschüsse, Darlehen, Bürgschaften oder Steuererleichterungen.³³⁰

In Art. 1 Abs. 1 AGVO sind verschiedene Beihilfegruppen erfasst, so z.B. Regionalbeihilfen, Umweltschutzbeihilfen und Ausbildungsbeihilfen. Gem. Art. 1 Abs. 2 AGVO sind u.a. die besonders bedeutsamen öffentlichen Mittel für Fischerei und Aquakultur und die öffentlichen Mittel zur Förderung für die Primärerzeugung landwirtschaftlicher Erzeugnisse von der Freistellung erfasst.³³¹

Die AGVO ist für die vorliegende Thematik dahingehend von Bedeutung, als dass mittlerweile fast sämtliche durch die Mitgliedstaaten gewährte, neue Beihilfen in den Anwendungsbereich der AGVO fallen und deswegen ohne die vorherige Genehmigung durch die Kommission durchgeführt werden können.³³² Dieser Umstand führt zur Diskussion über den Umgehungsgedanken und lässt den etwaigen Rückschluss zu, dass die Mitgliedstaaten sich gerade

³²⁸ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 169.

³²⁹ Verordnung 651/2014/EU 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 2016, 1.

³³⁰ Transparente Beihilfen sind Beihilfen, für die der Beihilfewert im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung notwendig ist; BARTOSCH, Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung, Erwägungsgründe, N 1 ff.

³³¹ Siehe für weitere Ausführungen ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 128 ff.

³³² Gem. EU-Beihilfeanzeiger können mehr als 96% aller Beihilfemassnahmen schnell und ohne Anmeldung bei der Kommission durchgeführt werden, da sie unter die AGVO fallen.

deswegen darauf ausgerichtet haben, fast nur noch Beihilfen zu gewähren, die in erster Linie in den Anwendungsbereich der AGVO fallen.³³³ Der EuGH hat mit dem Urteil *Eesti Pagar*³³⁴ einen ersten Anlauf genommen, diese Umgehungstendenzen zu unterbinden. Gem. Auffassung des EuGH sind die Tatbestände der AGVO eng auszulegen. Sofern die Formulierungen der AGVO nicht deutlich oder aus anderen Gründen auslegungsbedürftig sind, entfalten sie keine freistellende Wirkung. Weder Mitgliedstaaten noch beihilfegewährenden Einrichtungen steht hier Interpretations- und Gestaltungsspielraum zu.³³⁵

bb) Spürbarkeit und De-minimis

Der zweite Freistellungstatbestand bildet die sog. Spürbarkeit in Kombination mit der *De-minimis*-Regel. Beihilfen können sich zwar auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken, sind aber nicht immer spürbar. Dies ist insb. dann der Fall, wenn sie von geringem Umfang sind. Deswegen ist fraglich, ob die im zwischenstaatlichen Wettbewerb nicht spürbaren Beihilfen, die durch Mitgliedstaaten meistens an KMU gewährt werden, überhaupt vom Anwendungsbereich des Beihilfeverbots erfasst sind.

Zur Klärung dieser Thematik veröffentlichte die Kommission mit ihrer Mitteilung über *De-minimis*-Beihilfen vom 6. März 1996 (die mittlerweile von den Nachfolgeverordnungen überholt wurde)³³⁶ erstmals eine Orientierungshilfe, die die Bagatellgrenze staatlicher Beihilfen festlegte und eine *De-minimis*-Regel formte. Diese (bis heute gültige) *De-minimis*-Formel besagt, dass eine Beihilfe, die von einem Mitgliedstaat gewährt wird und deren Betragshöhe als geringfügig zu betrachten ist, von der Kommission nicht genehmigt werden muss. Die Kommission setzte in der Mitteilung über *De-mimis*-Beihilfen vom 6. März 1996 die Spürbarkeitsschwelle bei ECU 100'000 pro Unternehmen über drei Steuerjahre an (wobei ECU als Rechnungseinheit der Europäischen Gemeinschaft von 1979 bis 1989 diente, und Vorläufer des Euro war). Nachfolgerin der Mitteilung über *De-mimis*-Beihilfen vom 6. März 1996 war die *De-*

³³³ Gründe dafür müssen aber nicht notwendigerweise in der Absicht liegen, die Massnahme nicht durch die Kommission beurteilen zu lassen. Aufgrund der Fülle an angemeldeten Beihilfen kann ein Mitgliedstaat auch etwa die lange Wartezeit als Grund annehmen; vgl. hierzu ebenfalls EU-Beihilfeanzeiger.

³³⁴ EuGH, Urteil vom 5. März 2019 in der Rechtssache C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172 – *Eesti Pagar AS/Ettevõtluse Arendamise Sihtasutus, Majandus- ja Kommunikatsiooniministeerium*.

³³⁵ EuGH, C-349/17, Rz. 59.

³³⁶ Mitteilung der Kommission über *De-minimis*-Beihilfen, ABl C 68 vom 6. März 1996, 9, die inzwischen keine Gültigkeit mehr hat.

minimis-Verordnung 1998/2006/EG vom 18. Dezember 2006.³³⁷ Die *De-minimis*-Verordnung 1998/2006/EG legte einen Schwellenwert von EUR 200'000 pro Unternehmen über drei Steuerjahre fest, während für Unternehmen im Strassentransportsektor ein reduzierter Betrag von EUR 100'000 galt. Mit der revidierten *De-minimis*-Verordnung 1407/2013/EU³³⁸ wurden die Werte aus der Vorgängerverordnung zwischenzeitlich bestätigt. Seit dem 1. Januar 2024 gelten schliesslich die *De-minimis*-Verordnung 2023/2831/EU³³⁹ und *De-minimis*-Verordnung 2023/2832/EU³⁴⁰. Die *De-minimis*-Verordnung 2023/2831/EU hebt den Schwellenwert inzwischen auf EUR 300'000 pro Unternehmen über drei Steuerjahre hoch und verpflichtet die Mitgliedstaaten, ab dem 1. Januar 2026 alle gewährten *De-minimis*-Beihilfen in einem zentralen Register zu erfassen. Sie hat eine Geltungsdauer bis zum 31. Dezember 2030. Die *De-minimis*-Verordnung 2023/2832/EU richtet sich speziell an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI, siehe nachfolgend, [Teil 3, I., 3., f\), cc\)](#)) erbringen. Der Höchstbetrag pro Unternehmen über drei Steuerjahre beträgt hier EUR 750'000. Zudem besteht für die Mitgliedstaaten ebenfalls die Pflicht, ab dem 1. Januar 2026 alle gewährten *De-minimis*-Beihilfen in einem zentralen Register zu erfassen. Sie hat ebenfalls eine Geltungsdauer bis zum 31. Dezember 2030. Wie in der AGVO werden von den *De-minimis*-Verordnungen ebenfalls nur die transparenten Beihilfen erfasst. Transparent ist eine Beihilfe dann, wenn sie in einer Form gewährt wird, für die der Bruttosubventionsäquivalent, also der Beihilfewert, im Voraus genau berechnet werden kann und dadurch eine Risikobewertung obsolet wird.³⁴¹

Das Kriterium der *De-minimis*-Regel ist folglich untrennbar mit dem Kriterium der Spürbarkeit (auf den zwischenstaatlichen Handel) verbunden. Die *De-minimis*-Voraussetzung umfasst damit eine festgelegte Höchstgrenze für die Beihilfehöhe, womit die *De-minimis*-Regel nur dann Anwendung findet,

³³⁷ Verordnung 1998/2006/EG der Kommission, ABl L 378/5, vom 15. Dezember 2006.

³³⁸ Verordnung 1407/2013/EU 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 352/1 vom 24. Dezember 2013.

³³⁹ Verordnung 2023/2831/EU der Kommission vom 13. Dezember 2023 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen, ABl L C/2023/9700, vom 15. Dezember 2023.

³⁴⁰ Verordnung 2023/2831/EU der Kommission vom 13. Dezember 2023 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, ABl L C/2023/9701, vom 15. Dezember 2023.

³⁴¹ LÜBBIG/MARTIN-EHLERS, Beihilfenrecht, Rz. 246.

wenn die festgesetzte Grenze nicht überschritten wird. Wird der bestimmte Schwellenwert nicht erreicht, kommt die Anwendung von Art. 107 Abs. 1 AEUV gar nicht erst in Frage. Ebenfalls müssen Beihilfen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums pro Unternehmen den festgelegten Höchstbetrag nicht überschreiten, auch nicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV (Meldepflicht hinsichtlich jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung einer Beihilfe) gemeldet werden.

Der eigentliche Grund für die Einführung der *De-minimis*-Regel war aus Sicht der Kommission die Verwaltungsvereinfachung. Mit der Anwendung der *De-minimis*-Regel sollte fortan die beihilferechtliche Überprüfung von Beihilfen, deren Auswirkungen eben nicht spürbar und damit irrelevant für den funktionierenden Wettbewerb sind, reduziert werden.³⁴² Die Einführung dieses „quantitativen“ Kriteriums sorgte dafür, dass die ansonsten ausserordentlich grosse Reichweite der Zwischenstaatlichkeitsklausel erstmalig begrenzt werden konnte. Der Blick auf die Entwicklung der *De-minimis*-Regel zeigt die kontinuierliche Anpassung an die wirtschaftlichen Gegebenheiten im EU-Binnenmarkt.

Anzumerken bleibt, dass der Wortlaut von Art. 107 AEUV zu quantitativen Begrenzungen im Hinblick auf die Höhe mitgliedstaatlicher Beihilfen schweigt. Die Hintergrundüberlegungen der Kommission, wonach staatliche Massnahmen von geringfügigem Umfang kaum geeignet sein können, den zwischenstaatlichen Handel effektiv zu beeinträchtigen, sind nachvollziehbar. Aufgrund der Verwaltungspraxis und der Natur der europäischen Wettbewerbsstruktur hätte die Kommission (in der Theorie) ansonsten eine hohe Anzahl an Beihilfen zu überprüfen, was zu einer Überforderung des Apparats hätte führen können. Damit leuchtet es ein, dass zur Vermeidung eines Ausufers der grossen Anzahl zu prüfender Fälle ausschliesslich die tatsächlich spürbaren Massnahmen tatbestandsmässig von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfasst werden. Dadurch kann die Wettbewerbskommission den Fokus auf die wesentlichen Fälle legen, was wiederum in einer Stärkung der Wirkung durch die Beihilfekontrolle mündet.³⁴³

Ob die *De-minimis*-Verordnungen mit dem Primärrecht überhaupt vereinbar sind, ist bis dato unbeantwortet geblieben. Art. 107 Abs. 1 AEUV kann nur von den EU-Gerichten abschliessend ausgelegt werden und nicht etwa durch eine von der Kommission erlassenen Verordnung.³⁴⁴ Der EuGH geht für die blosse

³⁴² LÜBBIG/MARTIN-EHLERS, Beihilfenrecht, Rz. 246.

³⁴³ FRENZ, Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 707 ff.

³⁴⁴ 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.

Anwendbarkeit des EU-Beihilferechts richtigerweise nicht vom Erfordernis einer Spürbarkeit aus. Die *De-minimis*-Regel hat er bislang allerdings auch nicht als mit dem Primärrecht unvereinbar bezeichnet.³⁴⁵ Die abschliessende Beantwortung der Frage durch die Rechtsprechung steht nach wie vor aus.

cc) *Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse*

Dritter, bedeutender Freistellungstatbestand sind die Beihilfenvorschriften für den Ausnahmereich der DAWI.³⁴⁶ Wird ein Unternehmen vom Staat beauftragt, unter einer Ausgleichszahlung eine DAWI zu erbringen, wird anhand der einschlägigen DAWI-Beihilferegelungen bestimmt, ob es sich dabei um staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt oder ob sie eine Ausnahme gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV bilden und gewährt werden dürfen.³⁴⁷ Gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV wird für Unternehmen eine solche Ausnahme anerkannt, sofern die Anwendung der Beihilfebestimmungen nicht die Erfüllung der den Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert. Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet die rechtliche Grundlage zum DAWI-Freistellungsbeschluss³⁴⁸, welcher den Anwendungsbereich im beihilferechtlichen Kontext konkretisiert.

Der Begriff der DAWI ist aber zunächst unscharf und muss weiter erörtert werden. Es handelt sich dabei um einen Rechtsbegriff, der in Art. 14 AEUV sowie in Art. 106 Abs. 2 AEUV verwendet wird. Die Kommission versteht unter DAWI wirtschaftliche Tätigkeiten, die von den Mitgliedstaaten oder der EU mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden, insb. bestimmte Leistungen der grossen netzgebundenen Wirtschaftszeige, wie z.B. des Energiesektors oder des Verkehrswesens.³⁴⁹ Das Grünbuch der Kommission zu den DAWI nennt als gemeinsame Elemente weitere Kriterien wie Dauerhaftigkeit, Qualität, Erschwinglichkeit, Verbraucherschutz und Universaldienst-

³⁴⁵ MAYORAZ, Rz. 116.

³⁴⁶ Neben den verschiedenen Mitteilungen und Beschlüssen der Kommission existieren auch Verordnungen und Rechtsprechung, die sich mit der Anwendung der Beihilfenvorschriften auf die DAWI beschäftigen.

³⁴⁷ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 18.

³⁴⁸ Beschluss 2012/21/EU 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.

³⁴⁹ Weissbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vom 12. Mai 2004, KOM(2004) 347 endgültig, Anhang 1.

charakter.³⁵⁰ Die Mitgliedstaaten haben bei der Bestimmung der Leistungen, die im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegen, eine erhebliche Gestaltungsfreiheit.³⁵¹ Diese positive Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten unterliegt lediglich einer Missbrauchskontrolle der Kommission auf offenkundige Fehler.³⁵² Die Dienstleistungen müssen im Allgemeininteresse stehen, womit Dienstleistungen im Interesse einzelner Personen oder Personenkreise oder zur Wahrung von Partikularinteressen ausgeschlossen sind.³⁵³ Das allgemeine wirtschaftliche Interesse muss sich von anderen Tätigkeiten des Wirtschaftslebens besonders unterscheiden³⁵⁴ und es muss zumindest auch im öffentlichen Interesse liegen. Dies ist i.d.R. dann der Fall, wenn die in dem Betrauungsakt festgelegte Zwecksetzung das beauftragte Unternehmen zwingt, auch dort tätig zu werden, wo dies aus rein privatwirtschaftlichen Aspekten dem eigenen Interesse des Unternehmens zuwiderliefe.³⁵⁵ Der klassische Fall ist etwa die Auferlegung mit Universaldienstleistungsverpflichtungen, die den Zweck verfolgen, die (unerlässliche) Grundversorgung der Allgemeinheit mit lebensnotwendigen Diensten für alle kontinuierlich, flächendeckend, nichtdiskriminierend und zu erschwinglichen Preisen, sicherzustellen.³⁵⁶ Ein besonderes Interesse der EU ist hier nicht erforderlich. Vielmehr genügt das Interesse einer Gemeinde oder der Bevölkerung eines Teils eines Mitgliedstaats.³⁵⁷

Die DAWI-Vorschriften sollen ferner garantieren, dass ein mit DAWI beauftragtes Unternehmen finanzielle Hilfeleistungen zur Kostendeckung erhält. Die Kosten für das Unternehmen entstehen wiederum aus der Umsetzung

³⁵⁰ Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vom 21. Mai 2003, KOM(2003) 270 endgültig, 41.

³⁵¹ Inbs. anerkennt Art. 106 Abs. 2 AEUV das Interesse der Mitgliedstaaten, bestimmte Unternehmen der Wirtschafts- und Fiskalpolitik einzusetzen, um die Ziele ihrer staatlichen Politik zu erreichen. Vgl. dazu auch Nomos EU-Beihilfenrecht, SCHWARZE/VOET VAN VORMIZIEELE, Art. 106 Abs. 2 AEUV, N 63. Siehe ferner auch Art. 106 Abs. 2 AEUV sowie u.a. auch den Beschluss 2012/21/EU 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

³⁵² EuG, Urteil vom 15. Juni 2005 in der Rechtssache T-17/02, ECLI:EU:T:2005:218 – Olsen/Kommission, Rz. 216–228.

³⁵³ LANGEN/BUNTE, Kartellrecht-STADLER, Art. 106 AEUV, N. 49.

³⁵⁴ EuGH, Urteil vom 10. Dezember 1991, in der Rechtssache C-179/90, ECLI:EU:C:1991:464 – Porto di Genova/Siderurgica Gabrielli, Rz. 27.

³⁵⁵ GRABITZ/HILF/NETTESHEIM EUV/AEUV-WERNICKE, Art. 106, N 48.

³⁵⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 27. April 1994, in der Rechtssache C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171 – Gemeente Almelo u.a./Energiebeprijf IJsselmij NV.

³⁵⁷ Nomos EU-Beihilfenrecht, SCHWARZE/VOET VAN VORMIZIEELE, Art. 106 Abs. 2 AEUV, N 66.

der DAWI selbst, wozu auch ein angemessener Gewinn gehört. Hingegen sind Überkompensationen und Quersubventionierungen zugunsten kommerzieller Tätigkeiten verboten.³⁵⁸

Gem. ursprünglicher Auffassung des EuGH, die im Urteil *Altmark-Trans* Niederschlag fand, fallen Ausgleichszahlungen für die erwähnten Leistungen in den Anwendungsbereich von Beihilfen, wenn die Zahlungen über den blossen Ausgleich hinausgehen. Der EuGH war ursprünglich der Ansicht, dass die Ausgleichszahlungen i.S.v. Art. 106 Abs. 2 AEUV der Kommission zu melden gewesen seien. Mittlerweile wurde in der Folgejudikatur allerdings festgehalten, dass solche Zahlungen, die nicht über den Ausgleich der erbrachten Leistungen hinausgehen und bestimmte Voraussetzungen erfüllen, keine Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen und in der Folge nicht meldepflichtig sind. Dementsprechend werden sie von der Kommission nicht geprüft.³⁵⁹

Die Beihilfevorschriften im DAWI-Bereich folgen der in der *Altmark-Trans*-Rechtsprechung aufgestellten Logik und lassen sich systematisch in folgende Kategorien gliedern:

- Die erste bildet die DAWI-Mitteilung³⁶⁰, die den grundsätzlichen Anwendungsbereich des Beihilferechts im DAWI-Bereich statuiert;
- die zweite ist der DAWI-Freistellungsbeschluss³⁶¹, der Fälle von Ausgleichsleistungen bestimmt, die als staatliche Beihilfen zu qualifizieren sind, aber von der Notifizierungspflicht an die Kommission ausgenommen sind;
- der DAWI-Rahmen³⁶² bildet die dritte Kategorie und fängt die übrigen Fälle von Ausgleichsleistungen auf, die staatliche Beihilfen bilden, aber nicht vom DAWI-Freistellungsbeschluss erfasst werden. Diese müssen der Kommission zur Genehmigung gemeldet werden;

³⁵⁸ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 120.

³⁵⁹ EuGH, C-280/00, Rz. 95.

³⁶⁰ 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.

³⁶¹ Beschluss 2012/21/EU 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.

³⁶² 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.

- die letzte bildet die DAWI *De-minimis*-Verordnung³⁶³. Hierin sind die Voraussetzungen geregelt, unter denen Zuwendungen an die Erbringer von DAWI von geringer Höhe aufgrund der *De-minimis*-Regel nicht als staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen sind.

In diesem Zusammenhang ist ebenfalls die Transparenzrichtlinie von Bedeutung. Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, finanzielle Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und zu öffentlichen oder bestimmten Unternehmen möglichst transparent zu gestalten.³⁶⁴

Der Kommission kommt hinsichtlich der DAWI-Vorschriften offensichtlich die Rolle der Kontrollbehörde zu. Als Aufsichtsbehörde überprüft sie, ob einem Mitgliedstaat bei der Festlegung einer DAWI ein offenkundiger Fehler unterlaufen ist oder ob die Festlegung korrekt erfolgte, und ob die staatlichen Ausgleichsleistungen an das betroffene Unternehmen als staatliche Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind und gewährt werden dürfen.³⁶⁵ Hinsichtlich der Kontrollbefugnisse der Kommission ist ebenso auf die *Altmark-Trans*-Rechtsprechung zu verweisen. Der EuGH hatte hierzu entschieden, dass unter bestimmten Voraussetzungen staatliche Leistungen an Unternehmen, die mit der Erbringung von DAWI beauftragt sind, nicht als staatliche Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren seien.³⁶⁶

g) Ausnahmevorschriften

Neben den Freistellungstatbeständen lassen sich in Art. 107 Abs. 2 AEUV und Art. 107 Abs. 3 AEUV (und grundsätzlich auch in Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV) zusätzliche Ausnahmebestimmungen für Beihilfen finden. Die Ausnahmevorschriften können neben den oben vorgestellten Freistellungstatbeständen zur Anwendung kommen und dazu führen, dass die Beihilfen dennoch durchgeführt werden können.

³⁶³ Verordnung 360/2012/EU 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.

³⁶⁴ 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.

³⁶⁵ EuGH, Urteil vom 29. Juni 2004 in der Rechtssache C-110/02, ECLI:EU:C:2004:395 – Kommission/Rat u.a.

³⁶⁶ Siehe dazu auch EuGH, C-280/00; MAYORAZ, Rz. 124.

Die in Art. 107 Abs. 2 AEUV statuierten Legalausnahmen sind zwar mit dem Binnenmarkt als vereinbar zu betrachten, dennoch gilt für sie die Meldepflicht. Die Kommission ist bei der Prüfung der infragestehenden Beihilfe nicht befugt, Ermessen auszuüben. Sind die Tatbestandsmerkmale von Art. 107 Abs. 2 AEUV erfüllt, liegt die Beihilfeausnahme i.S.d. Legalausnahme vor.³⁶⁷

Von den in Art. 107 Abs. 2 AEUV genannten Legalausnahmen sind die sog. Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV zu unterscheiden. Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV werden von der Kommission vor ihrer Genehmigung mit weitem Ermessen überprüft. Art. 107 Abs. 3 AEUV spricht davon, dass Beihilfen dann als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden können. Deswegen werden sie als Ermessensausnahmen bezeichnet. Das Vorgehen bzw. das angewandte Prüfschema für die Beurteilung einer staatlichen Beihilfe durch die Kommission wurde durch das EuG teilweise jedoch kritisiert.³⁶⁸

Daneben existiert primärrechtlich noch die Ausnahmegenehmigung durch den Rat gem. Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV, die sich in der Verfahrensordnung des Beihilferechts verorten lässt und ein Verfahren ohne die Beteiligung der Kommission betrifft.

³⁶⁷ EuGH, 730/79, Rz. 17.

³⁶⁸ Vgl. dazu EuG, Urteil vom 15. November 2018, in der Rechtssache T-793/14, ECLI:EU:T:2018:790 – Tempus Energy und Tempus Energy Technology/Kommission. Das klagende Unternehmen Tempus Energy, das auf Nachfragesteuerung (*Demand-Side Response*) spezialisiert war, war der Auffassung, dass das Kapazitätsmarktsystem, welches die Kommission gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV im Vorfeld genehmigt hatte, innovative Technologien wie *Demand-Side Response* benachteiligte und diskriminierte. Die Kommission hatte den Kapazitätsmarkt mit der Begründung genehmigt, dass dieser notwendig gewesen sei, um eine stabile Energieversorgung in Grossbritannien zu gewährleisten. Sie war ferner der Auffassung gewesen, dass die Nachfragesteuerung ausreichend berücksichtigt worden sei und keine offensichtliche Diskriminierung vorgelegen hätte, da die *Demand-Side Response*-Technologien ebenfalls am Kapazitätsmarkt hätten teilnehmen können. Zudem betonte die Kommission die Dringlichkeit der Massnahme, um eine drohende Versorgungslücke zu verhindern. Zur Vereinbarkeit der fraglichen Massnahme mit dem Binnenmarkt hatte die Kommission erklärt, dass sie ihre Beurteilung auf die in Ziff. 3.9 der Leitlinien zur Verwirklichung eines Ziels von gemeinsamem Interesse genannten Voraussetzungen gestützt habe, die die besonderen Bedingungen für die Förderung einer angemessenen Stromerzeugung festlegten. Das EuG hat in seiner Rechtsprechung die Kommission allerdings wegen unzureichender Begründung bei der Genehmigung staatlicher Beihilfen gerügt. Es bemängelte insb., dass keine vollständige Marktanalyse vorgenommen wurde und alternative Massnahmen zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit, die weniger wettbewerbsverzerrend hätten sein können, nicht ausreichend geprüft wurden. Ferner konstatierte das EuG, dass die Kommission ihre Genehmigung erteilt hatte, ohne eine eingehende Untersuchung der potenziellen Diskriminierung neuer Technologien (*Demand-Side Response*) durchzuführen und stellte fest, dass die Kommission hätte prüfen müssen, ob das Kapazitätsmarkt-Regime diese Technologien gleichberechtigt behandelte. Das EuG hob die Entscheidung der Kommission auf.

Das Beihilferecht mit seinen zahlreichen Ausnahmebestimmungen ist umfassend und erfährt laufend Anpassungen. Nachfolgend wird deswegen ausschliesslich auf die für diese Arbeit relevanten Bereiche der Ausnahmevorschriften eingegangen.³⁶⁹

aa) Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV/Legalausnahmen

Die Besonderheit von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 2 AEUV besteht darin, dass der Kommission kein Ermessensspielraum bei der Beurteilung des Vorliegens des Ausnahmetatbestands zukommt. Das bedeutet, dass neue Beihilfen der Kommission vorab gemeldet werden müssen und dann von der Kommission durch einen Beschluss aufgrund des Vorliegens des Ausnahmetatbestands als mit dem Binnenmarkt *de jure* für vereinbar erklärt werden. Art. 107 Abs. 2 AEUV sieht dieses Vorgehen in drei Fällen vor. Bei Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (Art. 107 Abs. 2 lit. a AEUV), bei Katastrophenbeihilfen (Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV)³⁷⁰ sowie bei Beihilfen aus Gründen der Teilung Deutschlands (Art. 107 Abs. 2 lit. c AEUV).

*bb) Ausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV/
Ermessensausnahmen*

Für die Beurteilung der Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV wendet die Kommission ein eigens dafür entwickeltes Prüfschema an, welches dann zum Zuge kommt, wenn die entsprechenden Ausnahmebestimmungen erfüllt sind und es sich folglich um eine Ermessensausnahme handelt. Für die vorliegende Thematik wird nur auf die relevanten Ermessensausnahmen eingegangen. Dennoch sollen der Vollständigkeit wegen die unter Art. 107 Abs. 3 AEUV fallenden Beihilfen erwähnt werden.

Art. 107 Abs. 3 AEUV umfasst folgende Beihilfen:

- Regionalbeihilfen – die am häufigsten vorkommende Ausnahme gegenüber dem Beihilfeverbot;
- Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse;

³⁶⁹ Für eine umfassende Ausführung der Ausnahmen siehe ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 157 ff.

³⁷⁰ Die Kommission erklärte in ihrem Beschluss vom 12. März 2020 hinsichtlich einer staatlichen Beihilfe Dänemarks zugunsten von Eventveranstaltern, dass die COVID-19-Pandemie ebenfalls als aussergewöhnliches Ereignis i.S.v. Art. 107 Abs. 2 lit. b AEUV gelte. Vgl. dazu SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 592.

- Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;
- Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige;
- Beihilfen zur Förderung der Kultur und Erhaltung des kulturellen Erbes.

Bei den Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige sind vorliegend insb. die Umweltschutzbeihilfen und sektorspezifische Regeln von Bedeutung.

aaa) Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige

Die Beihilfen zur Förderung gewisser Wirtschaftszweige waren besonders im Zuge der COVID-19-Pandemie von Bedeutung. Durch ihren Einsatz kam ihre grosse, praktische Relevanz zur Deutung. Die Ausnahme nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV wurde in diesem Zusammenhang im befristeten Beihilferahmen zur Stützung der Wirtschaft gewährt.³⁷¹ Neben den Bereichen der Regionalbeihilfen, Beihilfen für Forschung, Entwicklung und Innovation, KMU-Beihilfen, Rettungs- und Umstrukturierungsbeihilfen sowie Beschäftigungs- und Ausbildungsbeihilfen sind vorliegend insb. die Umweltschutzbeihilfen und sektorspezifische Regeln von Bedeutung.

bbb) Umweltschutzbeihilfen

Im Bereich der Umweltschutzbeihilfen existierte zunächst ein durch die Kommission erlassener Gemeinschaftsrahmen³⁷², der mit den Leitlinien über Umweltschutzbeihilfen³⁷³ ersetzt wurde, welche ebenfalls überarbeitet wurden und als Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020³⁷⁴ bis 2020 Gültigkeit hatten. Diese wurden ihrerseits revidiert und mündeten in den inzwischen seit dem 27. Januar 2022 geltenden, neuen und überarbeiteten Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022³⁷⁵.

³⁷¹ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, 47.

³⁷² Mitteilung der Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 37 vom 3. Februar 2001.

³⁷³ Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Umweltschutzbeihilfen (nicht mehr in Kraft), ABl C 82 vom 1. April 2008.

³⁷⁴ Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2014-2020 (nicht mehr in Kraft), ABl C 200 vom 28. Juni 2014, 1.

³⁷⁵ Mitteilung Kommission, CEEAG 2022 vom 18. Februar 2022, ABl C 80/1 vom 18. Februar 2022.

Die derzeit gültigen Leitlinien legen den Fokus auf die Hilfestellung für die Mitgliedstaaten. Den mitgliedstaatlichen Behörden sollen mittels eines Rahmens Vorgaben gemacht werden, die die Ziele des *Green Deal* möglichst effizient und mit möglichst geringen Wettbewerbsverzerrungen umzusetzen versuchen. Besonders bemerkenswert ist hierbei, dass die neuen Leitlinien ein überaus weites Spektrum an Gebieten und Instrumenten abdecken, wie z.B. die Ausweitung der Kategorien von Investitionen und Technologien oder die flexiblere Gestaltung und Straffung der geltenden Vorschriften, und dadurch die umfassende und sektorenübergreifende Natur des übergeordneten Ziels des *Green Deal* verdeutlichen. Die Leitlinien nehmen bewusst auch konkret Bezug auf das schöpferische Zusammenwirken zwischen den Leitlinien und der AGVO, die Entwicklung von Erneuerbare-Energien-Gemeinschaften, das *Fit-for-55*-Paket und die Taxonomie, womit wiederum der ganzheitliche Ansatz der grünen Wirtschaft betont werden soll.

ccc) Sektorspezifische Beihilfen

Obschon die Bedeutung der Ausnahmen für sektorspezifische Beihilfen inzwischen an Bedeutung eingebüsst hat, gibt es dennoch Anwendungsfälle von Ausnahmen für ganze Sektoren, die weiterhin in Kraft sind.³⁷⁶ Dazu gehören z.B. Luftverkehr³⁷⁷, Seeverkehr³⁷⁸, Eisenbahn-, Strassen- und Binnenschiffahrtsverkehr³⁷⁹, Postdienste³⁸⁰ und die Elektrizität³⁸¹.

³⁷⁶ Der diesbezüglich bis 2009 geltende Gemeinschaftsrahmen wurde nicht erneuert, siehe dazu Mitteilung der Kommission – Multisektoraler Regionalbeihilferahmen für große Investitionsvorhaben (nicht mehr in Kraft), ABl C 70 vom 19. März 2002, 8.

³⁷⁷ 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.

³⁷⁸ 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.

³⁷⁹ Es gelten hierfür die auf Art. 93 AEUV gestützten Sekundärrechtsakte.

³⁸⁰ Kommission, Bekanntmachung 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; 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 osiguriteln institut.

³⁸¹ Siehe dazu Schreiben der Kommission über die Methode für die Analyse staatlicher Beihilfen in Verbindung mit verlorenen Kosten SG(2001) D/290869 vom 6. August 2001; vgl. auch EuGH, Urteil vom 15. September 2016 in der Rechtssache C-574/14, ECLI:EU:C:2016:686 – PGE Górnictwo i Energetyka Konwencyjna SA/Prezes Urzędu Regulacji Energetyki, Rz. 29 ff.

ddd) Prüfschema

Die Kommission hat bei der Beurteilung der Ausnahmetatbestände nach Art. 107 Abs. 3 AEUV einen weiten Ermessensspielraum, den sie gem. Rechtsprechung des EuGH nach Massgabe komplexer wirtschaftlicher und sozialer Wertungen auszuüben hat, die auf die EU als Ganzes zu beziehen sind.³⁸²

Die Kommission wendet bei der Prüfung aller Ermessensausnahmen dasselbe Prüfschema an, welches sich auch in den jeweiligen Leitlinien niederschlägt.³⁸³

Die Kommission prüft die einschlägigen Tatbestandsmerkmale der Ausnahmetatbestände und überprüft dann konkret, nach Massgabe komplexer wirtschaftlicher und sozialer Wertungen, folgende Kontrollfragen, die so auch vom EuG angewendet werden:³⁸⁴

- Besteht ein Beitrag zur Verwirklichung eines klar umschriebenen Ziels von gemeinsamem Interesse;
- ist die Massnahme erforderlich, d.h. besteht ein Marktversagen, das durch die Massnahme behoben werden soll;
- ist die Massnahme geeignet, oder gibt es weniger wettbewerbsverzerrende Möglichkeiten bzw. allgemeinere Massnahmen, die zur Erreichung des Ziels nicht ausreichen;
- entsteht dadurch ein Anreizeffekt, d.h. veranlasst die Beihilfe den Empfänger zur Realisierung des infragestehenden Vorhabens;
- ist die Massnahme angemessen und führt sie nicht etwa zu einer Überkompensation;
- ist sie verhältnismässig im engeren Sinne, d.h. übersteigen die erwünschten Auswirkungen der Beihilfe (Zielerreichung, Behebung des Marktversagens) die unerwünschten (Wettbewerbsverzerrung und Beeinträchtigung des Handels);
- ist die Massnahme transparent, d.h. haben die Mitgliedstaaten, Kommission, Wirtschaftsbeteiligte und Öffentlichkeit leichten Zugang zu allen einschlägigen Vorschriften und zu relevanten Informationen über die auf ihrer Grundlage gewährten Beihilfen (dies allerdings nur gem. den neuen Leitlinien).³⁸⁵

³⁸² EuGH, Urteil vom 22. März 1977 in der Rechtssache 74/76, ECLI:EU:C:1977:51 – Iannelli & Volpi SpA/Meroni, Rz. 11; EuGH, 78/76, Rz. 8.

³⁸³ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 39; vgl. auch EuG, T-793/14.

³⁸⁴ Siehe dazu auch 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.

³⁸⁵ Die Darstellung ist mit Ausnahme des letzten Aspekts angelehnt an Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 AEUV, N 38.

cc) *Ausnahmen nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV/
Ausnahmeregelung durch Rat*

In Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV existiert eine weitere, spezielle Ausnahme. Es handelt sich dabei um eine formelle Ausnahmegenehmigung, und nicht um eine materiell zulässige Beihilfe. Die besondere Ausnahmeregelung durch den Rat gehört in die Verfahrensordnung des Beihilferechts. Anders als bei der Ermessensausnahme für die Kategorie von sonstigen Arten von Beihilfen gem. Art. 107 Abs. 3 lit. e AEUV, wonach der Rat auf Vorschlag der Kommission tätig wird, handelt es sich bei Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV um ein Verfahren ohne Beteiligung der Kommission. Auf Antrag eines Mitgliedstaats kann der Rat dazu aufgefordert werden, eine vom materiell geltenden Beihilferecht abweichende Beihilfe dennoch als mit dem Binnenmarkt für vereinbar zu erklären. Die Anwendung dieser besonderen Ausnahmegenehmigung und damit das Tätigwerden des Rates erfordert allerdings, dass aussergewöhnliche Umstände vorliegen. Ob ein solch aussergewöhnlicher Umstand vorliegt, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen und schlussendlich durch die Gerichte zu beurteilen.³⁸⁶

4. Verfahren und Rechtsschutz

Beim Beihilfeverfahren und der Beihilfekontrolle handelt es sich um ein umfangreiches und komplexes Regelwerk. Dazu existieren verschiedene Rechtsschutzmechanismen, die sicherstellen sollen, dass neben dem Schutz der Betroffenen die staatlichen Beihilfen dem übergeordneten EU-Beihilferecht entsprechen und den fairen Wettbewerb auf dem Binnenmarkt nicht beeinträchtigen. Nachfolgend werden die Grundzüge des Beihilfeverfahrens und der Kontrolle mit Fokus auf bestehende und neue Beihilfen erörtert und die einzelnen Klagemöglichkeiten umrissen.³⁸⁷

³⁸⁶ Vgl. Bekanntmachung der Kommission über die Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer staatlicher Beihilfen, ABl C 247 vom 23. Juli 2019, wo in Rz. 41 auf die aussergewöhnlichen Umstände verwiesen wird, die durch die Gerichte zu beurteilen sind. Siehe ferner EuGH, Urteil vom 15. November 2018 in der Rechtssache T-207/10, ECLI:EU:T:2018:786 – Deutsche Telekom/Kommission, Rz. 42. Der EuGH hat 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 Rechtsache C-223/85, ECLI:EU:C:1987:502 – RSV/Kommission. Die EU-Gerichte haben die aussergewöhnlichen Umstände dieses Falls betont, indem sie es ablehnten, den Vertrauensschutz über die im RSV-Urteil festgestellte aussergewöhnliche Situation hinaus auszuweiten. Siehe auch EuGH, Urteil vom 14. Januar 2004 in der Rechtssache T-109/01, ECLI:EU:T:2004:4 – Fleuren Compost/Kommission, Rz. 145 ff.

³⁸⁷ Für eine umfassende und vertiefte Darstellung siehe ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz Teil 1, III, gesamtes Kap. 8.

a) **Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze**

Die primärrechtliche Grundlage für das Verfahren zur Prüfung der Vereinbarkeit staatlicher Beihilfen mit dem Beihilferecht ist Art. 108 AEUV. Art. 108 Abs. 1 AEUV verpflichtet die Kommission, in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten alle bestehenden Beihilfebestimmungen fortlaufend zu überprüfen. Art. 108 Abs. 2 und 3 AEUV nennen die Überprüfung der rechtswidrigen bzw. missbräuchlichen Beihilfen. Die Parteien eines Beihilfeverfahrens sind die Kommission und der betroffene Mitgliedstaat. Das bedeutet, dass ausschliesslich die zentrale Regierung eines Mitgliedstaates Ansprechpartnerin der Kommission sein kann, unabhängig davon, auf welcher Gemeindewesenesebene Beihilfen geplant oder gewährt werden.³⁸⁸ Der Kommission kommt im Beihilfeverfahren damit die Rolle der zentralen Kontroll- bzw. Beihilfeaufsichtsbehörde zu.

Art. 108 AEUV regelt das Verfahrensrecht lediglich rudimentär. Eingehendere Präzisierungen zu den Verfahrensregeln und der Zuständigkeit der Kommission finden sich in den Einzelbestimmungen auf sekundärrechtlicher Ebene. Hierzu trat 1999 erstmals die Verfahrensverordnung³⁸⁹ in Kraft, welche das Verfahrensrecht i.S.d. Rechtssicherheit transparenter gestaltete und die bis dahin erfolgte Rechtsprechung auf diesem Gebiet kodifizierte.³⁹⁰ Sie wurde im Verlauf der Entwicklung des EU-Beihilferechts und dessen Modernisierung im Jahre 2012 mehrfach revidiert, mit dem Ziel, die Verfahren zu vereinfachen, die Beihilfebegriffe genauer zu definieren und bessere Durchsetzungsmechanismen zu schaffen.³⁹¹ Derzeit gilt die VVO mit Fassung vom 13. Juli 2015³⁹², welche ihrerseits weitere, praxisrelevante Verfahrensvorschriften sowie Verfahrensgrundsätze der Kommission kodifizierte, die ebenfalls beabsichtigen, die Transparenz und die Rechtssicherheit im Beihilfeverfahren zu erhöhen. (Art. 25 VVO enthält beispielsweise das Verfahren zur Untersuchung von ein-

³⁸⁸ SINNAEVE, N. 4.

³⁸⁹ Verordnung 659/1999/EG 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. Gem. Art. 109 AEUV ist der Rat primärrechtlich dazu ermächtigt, eine Verfahrensverordnung (alle zweckdienlichen Durchführungsverordnungen zu den Art. 107 und 108 AEUV zu erlassen. Dies erfolgt auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Parlaments.

³⁹⁰ KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 360.

³⁹¹ 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 endgültig; MAYORAZ, Rz. 140.

³⁹² Verordnung 2015/1589/EU 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.

zelen Wirtschaftszweigen und Beihilfeinstrumenten durch die Kommission, was ein neues Instrument der Beihilfekontrolle darstellt.)

Daneben existieren der seitens der Kommission hervorgebrachte Verhaltenskodex³⁹³ für die Durchführung von Beihilfeverfahren sowie die Mitteilung für ein vereinfachtes Verfahren für bestimmte Beihilfekategorien (Vereinfachungspaket³⁹⁴), die wiederum ebenfalls die Rolle der Kommission im Beihilfeverfahren zementieren. Gem. jüngster EuGH-Rechtsprechung sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, bei Rückforderungen von Beihilfen mittlerweile selbst initiativ zu werden und nicht erst auf Aufforderung durch die Kommission.³⁹⁵

b) Beihilfeverfahren

Die Beihilfeaufsicht besteht aus einem zweistufigen Verfahren. In einem ersten Schritt stellt die Kommission vordergründig fest, ob Bedenken bei der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt bestehen (sog. Vorprüfung). Besteht ein solcher Verdacht bei bestehenden Beihilfen, geschieht dies i.S.v. Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 21 VVO fortlaufend und in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten. Bei den neuen Beihilfen gem. Art. 4 VVO hingegen im Rahmen einer vorläufigen Prüfung der angemeldeten Beihilfen.

Erhärtet sich der Verdacht, wird in einem zweiten Schritt das förmliche Prüfverfahren auf Grundlage von Art. 108 Abs. 1 AEUV i.V.m. Art. 6 VVO eröffnet. Kommt die Kommission im förmlichen Prüfverfahren zum Ergebnis, dass es sich um eine mit dem Binnenmarkt nicht vereinbare Beihilfe handelt oder eine missbräuchliche Anwendung der Beihilfe vorliegt, erlässt sie einen Beschluss. Darin fordert sie den betroffenen Mitgliedstaat auf, die Beihilfe umzugestalten oder ganz aufzuheben. Gem. Art. 108 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV kann die Kommission oder ein anderer Mitgliedstaat zur Durchsetzung des Beschlusses, in Abweichung von Art. 258 und 259 AEUV, direkt vor dem EuGH eine Vertragsverletzung geltend machen.

³⁹³ Kommission, Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, ABl C 136 vom 16. Juni 2009, 13.

³⁹⁴ Bericht der Kommission über die Wettbewerbspolitik 2010 vom 25. Februar 2020.

³⁹⁵ EuGH, C-349/17, Rz. 1; Die Aufforderung an die Mitgliedstaaten in der Beihilfekontrolle selbständig zu werden, führt im Vergleich zu anderen Bereichen des EU-Rechts zu einer Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Mitgliedstaaten in den Bereichen der Wirtschafts- und Steuerpolitik.

Neue Beihilfen müssen gem. Art. 2 Abs. 1 VVO bei der Kommission angemeldet werden. Die Kommission adressiert in ihren Beschlüssen dazu die Mitgliedstaaten.³⁹⁶ Dies unterstreicht den bilateralen Charakter des Beihilfeverfahrens zwischen der Kommission und (der Zentralregierung) eines Mitgliedstaates. Dritte oder Beteiligte (wie Beihilfeempfänger, Konkurrenten oder Verbände) verfügen grundsätzlich über keine Parteistellung im Beihilfeverfahren.³⁹⁷ In der Lehre wird kritisiert, dass die Verfahrensrechte betroffener Dritter oder Beteiligter relativ restriktiv ausgestaltet sind und sie deswegen ihre Interessen nur schwierig wahren können.³⁹⁸ Dies ist insofern von Bedeutung, als dass sie besonders betroffen von negativen Kommissionsbeschlüssen sein können und die Beihilfe entweder zurückerstatten müssen oder diese gar nicht erhalten. Auch in der überarbeiteten und derzeit geltenden VVO besteht diese unzureichende Gewährung von Verfahrensrechten an Dritte weiter.

Im Falle, dass nationale Gerichte über die Einordnung einer nationalen Massnahme als Beihilfe oder zur Praxis der Kommission Fragen haben, können sie sie um Auskunft ersuchen. Die Kommission hat die Mitgliedstaaten hinsichtlich ihrer einschlägigen Praxis zu informieren und stellt ferner wirtschaftliche Daten und Marktstudien zur Verfügung.³⁹⁹

c) Begriffsbestimmung

Art. 1 der VVO unterscheidet zwischen neuen Beihilfen, bestehenden Beihilfen und rechtswidrigen Beihilfen.

Laut Art. 1 lit. b lit. ii, iii und iv VVO sind bestehende Beihilfen genehmigte Beihilfen, also Beihilferegelnungen und Einzelbeihilfen, die von der Kommission oder vom Rat genehmigt wurden, und Beihilfen, die als genehmigt gelten, sowie alle rechtswidrig gewährten Beihilfen, wenn seit der Gewährung der Beihilfe eine Frist von zehn Jahren verstrichen ist (Art. 17 Abs. 3 VVO).

Die neuen Beihilfen sind von Art. 1 lit. c VVO erfasst, wobei darunter jene Beihilfen zu verstehen sind, die keine bestehenden Beihilfen darstellen (ein-

³⁹⁶ EuGH, Urteil vom 2. April 1998 in der Rechtssache C-367/95 P, ECLI:EU:C:1998:154 – Sy-traval und Brink's France, Rz. 45.

³⁹⁷ EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 in der Rechtssache C-276/03 P, ECLI:EU:C:2005:590 – Scott SA/Kommission, Rz. 34.

³⁹⁸ LAPRÉVOTE, 436 ff.

³⁹⁹ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1996 in der Rechtssache C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285 – SFEI/La Poste, Rz. 50.

schliesslich Beihilferegulungen und Einzelbeihilfen). Zu den neuen Beihilfen zählen auch Änderungen bestehender Beihilfen.

Gem. Art. 1 lit. f VVO sind rechtswidrige Beihilfen solche Beihilfen, die unter Verstoß gegen Art. 108 Abs. 3 AEUV (Durchführungsverbot) eingeführt wurden.⁴⁰⁰

aa) Überprüfung bestehender Beihilfen

Gem. Art. 108 Abs. 1 AEUV unterliegen bestehende Beihilfen i.S.v. Art. 1 lit. b VVO der laufenden Überprüfung durch die Kommission (in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten), wobei sich das entsprechende Verfahren nach Art. 21 VVO bis 23 VVO richtet. Zusätzlich fallen staatliche Massnahmen, die ursprünglich nicht als Beihilfen betrachtet wurden, aber nach einer Praxisänderung des EuGH möglicherweise als solche eingestuft werden könnten, ebenfalls in den Anwendungsbereich dieses Verfahrens.

bb) Laufende Überprüfung

Gem. Art. 26 VVO erfolgt die laufende Überprüfung der Beihilfen auf Grundlage der Jahresberichte der Mitgliedstaaten. Stuft die Kommission beruhend auf den ihr vorgelegten Informationen in den Jahresberichten die Beihilfe als nicht zulässig ein, hat ein Mitgliedstaat gem. Art. 21 Abs. 2 VVO zunächst die Möglichkeit, innerhalb eines Monats Stellung zu nehmen. Ist die Kommission danach immer noch der Auffassung, dass die Beihilfe nicht (mehr) zulässig sei, schlägt sie i.S.v. Art. 22 VVO zweckdienliche Massnahmen vor, wie z.B. die Änderung oder Aufhebung der bestehenden Beihilfe. Der Mitgliedstaat kann seinerseits aber auch den Vorschlag der Kommission ablehnen und eigene Vorschläge machen, die die Kommission akzeptieren kann.⁴⁰¹

Die Rechtsfolgen der Einstufung als Beihilfe ergeben sich aus Art. 23 VVO. Wird die durch die Kommission vorgeschlagene, zweckdienliche Massnahme angenommen, steht der Mitgliedstaat in der Pflicht, diese auch durchzuführen. Dasselbe gilt, wenn der Mitgliedstaat den Vorschlag zur Abänderung der Massnahme macht. An dieser Stelle endet das Verfahren.

⁴⁰⁰ Hier wird der Fokus auf neue und bestehende Beihilfen gelegt. Siehe zu den Rechtswidrigen Beihilfen, deren Prüfungsverfahren sowie zur Rückforderung rechtswidriger und mit dem Binnenmarkt unvereinbarer Beihilfen ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Teil I, Kap. 8 Verfahren und Kontrolle, f) Weitere Verfahren, Rz. 222 ff.

⁴⁰¹ EuGH, Urteil vom 11. März 2009 in der Rechtssache T-354/05, ECLI:EU:T:2009:66 – TF1/Kommission, Rz. 71 ff.

Erzielen die Kommission und der Mitgliedstaat jedoch keine Einigung in der Sache und ist die Kommission weiterhin der Meinung, dass die Umsetzung der von ihr vorgeschlagenen, zweckdienlichen Massnahme notwendig sei, um die Vereinbarkeit der bestehenden Beihilfe mit dem EU-Beihilferecht wiederherzustellen, eröffnet sie das förmliche Prüfverfahren gem. Art. 6 ff. VVO.

cc) *Förmliches Prüfverfahren*

Bei Beendigung der Vorprüfung nach Art. 4 Abs. 4 VVO eröffnet die Kommission das förmliche Prüfverfahren per Beschluss. Das förmliche Prüfverfahren dient dazu, den Sachverhalt nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 1 AEUV i.V.m. Art. 6 und 9 VVO detailliert zu ermitteln und gegebenenfalls beim Mitgliedstaat mehr Informationen über die Beihilfe einzuholen.

Die Kommission ist befugt, einen Mitgliedstaat und andere Beteiligte aufzufordern, innerhalb einer bestimmten Frist Stellung zu nehmen und ihre Interessen zu wahren. Beteiligte sind gem. Rechtsprechung des EuGH eine Informationsquelle der Kommission und haben im Verfahren lediglich eine untergeordnete Rolle, da sich das Verfahren weitgehend bilateral zwischen Kommission und Mitgliedstaat abwickelt.⁴⁰² Die Kommission ist i.S.d. Art. 7 und 8 VVO befugt, Bussen gegenüber anderen Mitgliedstaaten, Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen auszusprechen, falls sie der Aufforderung zur Übermittlung von Informationen nicht ordnungsgemäss nachkommen.

Das förmliche Prüfverfahren endet gem. Art. 9 VVO per Beschluss der Kommission, worin sie die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Beihilfe bestimmt oder mit der Feststellung, dass es sich bei der vorgelegten Massnahme um keine Beihilfe handle.

Bestehende Beihilfen gelten als rechtmässig, weil sie zu einem früheren Zeitpunkt erlassen wurden und davon ausgegangen wird, dass sie mit dem EU-Beihilferecht vereinbar waren. Deswegen scheint, im Gegensatz zu den neuen Beihilfen, eine Rückforderung hier nicht sachgerecht. Änderungen oder Aufhebungen bestehender Beihilfen gelten deshalb immer mit Wirkung für die Zukunft.⁴⁰³

⁴⁰² 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.

⁴⁰³ BARTOSCH, Verfahrensverordnung in Beihilfesachen, Art. 20 der Verordnung 2015/1589/EU, N 3.

dd) Überprüfung neuer Beihilfen

Vom Durchführungsverbot gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV sind ausschliesslich neue Beihilfen betroffen. Deswegen ist die Abgrenzung zwischen einer neuen und bereits bestehenden Beihilfe relevant. Neue Beihilfen dürfen erst gewährt werden, wenn die Kommission die Massnahme genehmigt hat. Dabei gelten alle Beihilfen, die nicht bereits bestehende Beihilfen gem. Art. 1 lit. c VVO sind, als neue Beihilfen. Im Falle, dass die ursprüngliche Bestimmung, auf deren Grundlage eine Beihilfe abgeändert oder umgestaltet wurde, eindeutig verändert wurde, handelt es sich gem. EuGH-Rechtsprechung ebenfalls um eine neue Beihilfe.⁴⁰⁴

aaa) Anmelde- und Notifizierungspflicht

Gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV i.V.m. Art. 2 und 3 VVO müssen Mitgliedstaaten geplante neue Beihilfen der Kommission zur Genehmigung vorlegen. Diese Anmeldepflicht ist ein grundlegender Bestandteil des Kontrollsystems für staatliche Beihilfen. Bevor eine Beihilfe von der Kommission genehmigt wird, darf sie nicht gewährt werden. Hier ist von der Notifizierungspflicht für neue Beihilfen die Rede. Die Zentralregierungen der Mitgliedstaaten sind hier ebenfalls Adressaten. Durch diese Pflicht erhält die Kommission die Möglichkeit, sich zur Zulässigkeit einer geplanten Beihilfe zu äussern.

Das Verfahren zur Bewertung neuer Beihilfen ist durch das Durchführungsverbot abgesichert und besteht aus zwei Phasen. Zuerst überprüft die Kommission ordnungsgemäss gemeldete Beihilfen vorläufig gem. Art. 4 VVO. Wenn die Kommission Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit hat, leitet sie in einem zweiten Schritt das förmliche Prüfverfahren gem. Art. 108 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 VVO ein. Dabei schützen die nationalen Gerichte die Rechte Dritter, die aus allfälligen Verstössen gegen die Notifizierungspflicht oder das Durchführungsverbot resultieren.

Das Durchführungsverbot ist eine unmittelbar anwendbare Bestimmung des EU-Rechts. Damit können Konkurrenten eines Unternehmens, das von einer nicht vorab notifizierten Beihilfe begünstigt wird, direkt an ein nationales Gericht gelangen.⁴⁰⁵ Dies hat Auswirkungen auf das Beihilfeverfahren der Mitgliedstaaten. Die nationalen Gerichte prüfen den Beihilfetatbestand gem.

⁴⁰⁴ 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.

⁴⁰⁵ EuGH, Urteil vom 11. Dezember 1973 in der Rechtssache 120/73, ECLI:EU:C:1973:152 – Gebrüder Lorenz GmbH/Deutschland, Rz. 8.

Art. 107 Abs. 1 AEUV, während die Frage der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt in den Zuständigkeitsbereich der Kommission fällt. Die Rollen der Kommission und der nationalen Gerichte ergänzen sich in diesem Verfahren, sodass ein nationales Gericht während des Prüfprozesses über eine Massnahme durch die Kommission parallel mit seiner Prüfung weiterverfahren kann, ohne dass das Verfahren ausgesetzt werden muss.⁴⁰⁶

bbb) Vorprüfung neuer Beihilfen

Die Vorprüfung neuer Beihilfen gem. Art. 4 VVO zielt darauf ab, die gemeldeten staatlichen Massnahmen in Bezug auf ihre Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht summarisch zu prüfen. Die Untersuchungsfrist ermöglicht es der Kommission, eine erste Einschätzung zur Vereinbarkeit zu bilden und dabei alle verfügbaren Informationen zu berücksichtigen, wobei sie gegebenenfalls weitere Informationen von den Mitgliedstaaten anfordern kann.

Im Gegensatz zum förmlichen Prüfverfahren findet dieser Prozess ausschliesslich bilateral zwischen der Kommission und dem Mitgliedstaat statt. Die Kommission ist gem. Art. 1 lit. f VVO nicht verpflichtet, Dritten die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Zudem wird die Information über neu gemeldete Beihilfen erst nach Abschluss der Vorprüfung im EU-Amtsblatt veröffentlicht, sodass Betroffene erst zu diesem Zeitpunkt, nach Abschluss der Vorprüfung, informiert werden.

Die vorläufige Prüfung endet entweder mit der Feststellung der Kommission, dass die gemeldete Massnahme mit dem EU-Beihilferecht vereinbar ist. In diesem Fall entscheidet die Kommission durch einen Beschluss, wonach es keinen Anlass zur Beanstandung gibt (Art. 4 Abs. 2 und 3 VVO), oder dass die Massnahme keine Beihilfe darstellt und somit zu genehmigen ist. Oder die vorläufige Prüfung endet, wenn Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Massnahme bestehen oder unklar ist, ob es sich um eine Beihilfe handelt. In diesen Fällen leitet die Kommission das förmliche Prüfverfahren gem. Art. 108 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 6 und 9 der VVO ein. Ein Beschluss der Kommission muss in jedem Fall innert zwei Monaten getroffen werden, da andernfalls die gemeldete Beihilfe als genehmigt gilt (Art. 4 Abs. 5 und 6 VVO).

⁴⁰⁶ EuGH, C-39/94, Rz. 34 ff.

ccc) Durchführungsverbot

Die Mitgliedstaaten dürfen neue Beihilfen erst nach deren Genehmigung gem. Art. 108 Abs. 3 AEUV durchführen. Bei Verletzung dieses Durchführungsverbots kann eine Beihilfe gem. ständiger Rechtsprechung des EuGH unmittelbar vor nationalen Gerichten angefochten werden.⁴⁰⁷ Einzelpersonen können sich darüber hinaus direkt auf das Durchführungsverbot berufen und dessen Verletzung vor einem nationalen Gericht geltend machen. Die Verletzung des Durchführungsverbots führt zur formellen Rechtswidrigkeit der Beihilfe gem. Art. 1 lit. f VVO. Dies bedeutet jedoch nicht zwangsläufig die Unvereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht.⁴⁰⁸ Wird eine materiell zulässige Beihilfe trotz des Durchführungsverbots gewährt, ohne auf die Genehmigung der Kommission zu warten, ist sie zwar mit dem Binnenmarkt vereinbar, aber formal dennoch rechtswidrig. Die Konsequenz eines solchen Verstosses ist erheblich. Das nationale Gericht hat bei der Verletzung des Durchführungsverbots das entsprechende, nationale Recht mit den entsprechenden nationalrechtlichen Folgen anzuwenden. Dies betrifft sowohl die Gültigkeit der Beihilfen als auch die Rückforderung der unrechtmässig gewährten finanziellen Unterstützung.⁴⁰⁹ Das nationale Gericht hat ebenfalls die Rückerstattung der vorzeitig gewährten Beihilfe anzuordnen.⁴¹⁰ Nationale Rechtsakte, auf deren Grundlage die Beihilfe vor der Anmeldung oder Genehmigung durch die Kommission gewährt wurde, müssen in der Folge für ungültig erklärt werden.⁴¹¹ Die gerichtliche Anordnung wirksamer Massnahmen auf nationaler Ebene soll dazu beitragen, Wettbewerbsverzerrungen zu beseitigen und den früheren Zustand wiederherzustellen.

Die nationalen Gerichte sind ferner dazu verpflichtet, einen Verstoß gegen das Durchführungsverbot unabhängig davon festzustellen, ob die staatliche Massnahme gem. EU-Beihilferecht zulässig ist. Daher dürfen die nationalen Gerichte das Verfahren nicht aussetzen, bis die Kommission eine Entscheidung getroffen hat.⁴¹² Im Gegensatz dazu ist die Kommission verpflichtet, die Zulässigkeit einer staatlichen Massnahme zu prüfen, selbst wenn diese gegen

⁴⁰⁷ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urteil vom 21. November 1991 in der Rechtssache C-354/90, ECLI:EU:C:1991:440 – FNCE/Frankreich, Rz. 11.

⁴⁰⁸ EuGH, C-39/94, Rz. 43.

⁴⁰⁹ EuGH, C-354/90, Rz. 12.

⁴¹⁰ EuGH, C-71/04, Rz. 49.

⁴¹¹ EuGH, C-354/90, Rz. 12.

⁴¹² EuGH, Urteil vom 11. März 2010 in der Rechtssache C-1/109, ECLI:EU:C:2010:136 – CELF/SIDE, Rz. 32.

das Durchführungsverbot verstösst.⁴¹³ Die nationalen Gerichte stellen ergänzend die Einhaltung des Durchführungsverbots sicher, bis die Kommission einen Entscheid trifft. Die nationalen Gerichte nehmen damit ergänzende und neben der Kommission aber auch unterschiedliche Rollen in der Überwachung von Beihilfen und im Beihilfverfahren wahr.⁴¹⁴

ddd) Förmliches Prüfverfahren

Das förmliche Prüfverfahren bei neuen Beihilfen entspricht demjenigen der bestehenden Beihilfen, weswegen auf die obigen Ausführungen verwiesen wird (siehe oben [Teil 3, I., 4., c\), aa\)](#)). Das Durchlaufen des förmlichen Prüfverfahrens ist Bedingung, um Vorgaben zur Anpassung oder Aufhebung einer bestimmten, bestehenden Beihilferegelung gegenüber einem Mitgliedstaat zu erlassen.

ee) Sektoruntersuchung

Gem. Art. 25 Abs. 1 VVO besteht die Möglichkeit, ausgewählte Sektoren zu überprüfen. Hierzu muss seitens der Kommission ein hinreichend begründeter Verdacht bestehen, 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 vereinbar sind.⁴¹⁵ Die Möglichkeit der Sektoruntersuchung wurde ebenfalls im Zuge der Modernisierung des Beihilferechts 2012 eingeführt. Hintergrund der Einführung dieses Instruments war, dass die Kommission mit diesem Mittel mehr Kenntnisse über das Funktionieren bestimmter Wirtschaftszweige erhalten wollte und in der Folge darüber, wie die staatlichen Massnahmen beihilferechtlich einzuordnen seien. Gem. Art. 25 Abs. 1 Uabs. 1 letzter Satz VVO ist sie nach Massgabe der Verhältnismässigkeit befugt, vom betreffenden Mitgliedstaat relevante Auskünfte zu verlangen.

Im April 2015 leitete die Kommission die erste Sektoruntersuchung zu staatlichen Beihilfen ein, die den Stromsektor betraf.⁴¹⁶ Die Kommission befürcht-

⁴¹³ 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.

⁴¹⁴ 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.

⁴¹⁵ MAYORAZ, Rz. 175.

⁴¹⁶ Eine öffentlich zugängliche, umfassende Liste aller Sektoruntersuchungen existiert nicht. Die Kommission hat im Jahre 2022 z.B. auch zum *Internet der Dinge* eine Sektoruntersuchung durchgeführt. Siehe dazu Abschlussbericht über Sektoruntersuchung zum Inter-

tete, dass Kapazitätsmechanismen bestimmte Erzeuger oder Technologien bevorzugen könnten und damit den Wettbewerb im Strommarkt sowie den Stromhandel beeinträchtigen könnten. Die Kommission hatte konkret Bedenken, dass die öffentliche Unterstützung für Kapazitätsanbieter das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen auf dem Strommarkt hätte erhöhen können. In ihrem abschliessenden Bericht vom November 2016 zur Untersuchung kam die Kommission zum Schluss, dass trotz Marktreformen weiterhin Unsicherheit darüber bestünde, ob die stark schwankenden Marktpreise und auftretenden Stromengpässe tatsächlich Anreize für langfristige Investitionsentscheidungen bieten würden.⁴¹⁷ Die Schlussfolgerungen der Kommission konzentrierten sich insb. darauf, inwiefern verschiedene Arten von Kapazitätsmechanismen geeignet waren, allfällige, sich stellende Probleme im Zusammenhang mit der Stromversorgungssicherheit kostengünstig zu bewältigen, ohne in der Folge übermässige Marktverzerrungen zu verursachen.⁴¹⁸ Die Pressemitteilung hebt auch hervor, dass die Kommission hierzu Leitlinien und Orientierungshilfen für die Mitgliedstaaten bereitstellen wollte, um angemessene Lösungen für die Herausforderungen im Zusammenhang mit der Stromversorgungssicherheit zu finden.

d) Rechtsschutz vor den europäischen Gerichten

Wie bereits erläutert, verfügen betroffene Dritte oder Beteiligte nur über wenige Verfahrensrechte. Gleichzeitig besteht ein grosses Interesse von Beihilfeempfängern, Konkurrenten und Mitgliedstaaten an der gerichtlichen Überprüfung beihilferechtlicher Kommissionsbeschlüsse. Für die Wahrung des Rechtsschutzes Betroffener spielen deswegen sowohl nationale Verfahren als auch der Instanzenzug vor den Gerichten der EU eine bedeutende Rolle. Für Klagen von natürlichen oder juristischen Personen in Beihilfesachen ist in erster Instanz das EuG anzurufen. Mitgliedstaaten klagen i.S.v. Art. 256 AEUV direkt beim EuGH.⁴¹⁹

net der Dinge für Verbraucher, vom 20. Januar 2022; Endgültiger Bericht – Sektoruntersuchung zum Internet der Dinge für Verbraucher, vom 20. Januar 2022 sowie BORER, S. 132.

⁴¹⁷ Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung über Kapazitätsmechanismen, vom 30. November 2016, S. 21.

⁴¹⁸ Abschlussbericht zur Sektoruntersuchung über Kapazitätsmechanismen, vom 30. November 2016, S. 20, Fussnote 33.

⁴¹⁹ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108, N 12.

aa) Rechtsmittel

Als Rechtsmittel stehen die Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV, die Untätigkeitsklage gem. Art. 265 AEUV, die Vorabentscheidung gem. Art. 267 AEUV, die Schadenersatzklage gem. Art. 268 und 340 AEUV sowie die Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gem. Art. 279 AEUV als auch die Vertragsverletzungsklage gem. Art. 258-260 AEUV zur Verfügung.⁴²⁰ In Beihilfesachen kommt in der Praxis die Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV am häufigsten vor.⁴²¹ Wird ein Beschluss der Kommission von mehreren Betroffenen angefochten, können die Verfahren i.S.d. Effizienz verbunden werden.⁴²²

aaa) Nichtigkeitsklage

Die Nichtigkeitsklage richtet sich nach Art. 263 AEUV, wobei die Frage der Klagebefugnis vorgängig zu ermitteln ist. Wesentlich bei der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV ist, dass ein im Rahmen des vorläufigen und förmlichen Beihilfeprüfverfahrens erlassener Kommissionsbeschluss sich ausschliesslich an den betroffenen Mitgliedstaat (Art. 25 Abs. 2 VVO) richtet. Gegenstand der Nichtigkeitsklage ist damit die Anfechtung eines bereits erlassenen Beschlusses. Die Mitgliedstaaten geniessen gem. Art. 263 Abs. 2 AEUV eine privilegierte Klagebefugnis, wogegen Dritte und Konkurrenten ihre unmittelbare und individuelle Betroffenheit zunächst durch einen Vereinbarkeitsbeschluss der Kommission darlegen müssen (Art. 263 Abs. 4 AEUV). Die unmittelbare Betroffenheit wurde in der Rechtsprechung oft diskutiert und ist gem. ständiger Rechtsprechung des EuGH gegeben, „wenn sich die Handlung [der Organe der EU] unmittelbar auf ihre Rechtsstellung [einer natürlichen oder juristischen Person] auswirkt und die Durchführung der Handlung rein automatisch erfolgt und sich allein aus der Gemeinschaftsregelung ergibt, ohne dass weitere Durchführungsvorschriften angewendet werden“⁴²³.

Mit der Anwendung der sog. *Plaumann*-Formel wird beurteilt, ob Dritte auch individuell betroffen sein können. Der dem *Plaumann*-Urteil zugrunde liegende Sachverhalt gestaltete sich wie folgt: Deutschland stellte bei der Kommission einen Antrag auf Änderung des Zollsatzes für die Einfuhr von Klementinen aus Drittstaaten, der jedoch abgelehnt wurde. Daraufhin ging die

⁴²⁰ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108, N 12.

⁴²¹ MAYORAZ, Rz. 179.

⁴²² KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 196.

⁴²³ 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.

Plaumann Importgesellschaft mit einer Nichtigkeitsklage beim EuGH gegen den Entscheid der Kommission vor. Der EuGH entschied, dass, wer nicht Adressat des Entscheids der Kommission sei und nicht unmittelbar vom Entscheid betroffen sei, nur dann behaupten könne, individuell betroffen zu sein, wenn der Entscheid ihn aufgrund bestimmter persönlicher Merkmale oder ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn daher ähnlich wie den Adressaten der Entscheidung individualisiert. In diesem Fall war die Klägerin als Importeurin von Klementinen direkt von der umstrittenen Entscheidung betroffen. Allerdings war die kaufmännische Tätigkeit, die sie ausübte, eine Tätigkeit, die von jedermann ausgeführt werden konnte, und war daher nicht ausreichend und geeignet, um die Klägerin in gleicher Weise wie den Adressaten der Entscheidung zu individualisieren.⁴²⁴ Die *Plaumann*-Formel verlangt damit, dass Dritte aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften des Klägers oder besonderer, ihn aus dem Kreis aller übrigen Personen heraushebender Umstände berührt und ihn in ähnlicher Weise wie den Adressaten individualisiert.⁴²⁵

Ist ein angefochtener Rechtsakt mit einem in Art. 263 Abs. 2 AEUV aufgeführten Nichtigkeitsgrund behaftet, gilt die Nichtigkeitsklage als begründet. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein Mitgliedstaat, das Parlament, der Rat oder die Kommission die Klage aufgrund von Unzuständigkeit, Verletzung von Formvorschriften, Verletzung der Verträge oder einer anwendbaren Rechtsnorm des EuGH oder wegen Ermessensmissbrauchs erhebt.

Gem. Art. 278 AEUV hat die Nichtigkeitsklage keine aufschiebende Wirkung. Das bedeutet, dass Rückzahlungen aufgrund eines Rückforderungsbeschlusses erfolgen müssen, auch wenn ein Verfahren gegen den Beschluss der Kommission bereits läuft. Die Klagefrist beträgt dabei zwei Monate.

Ein Urteil i.S.v. Art. 264 AEUV führt dazu, dass der angefochtene Rechtsakt *ex tunc* aufgehoben wird.

Auf mitgliedstaatlicher Ebene steht den Betroffenen der nationale Rechtsweg offen. Den nationalen Gerichten wird eine hohe Bedeutung hinsichtlich der Durchsetzung von Rückforderungsbeschlüssen der Kommission gem. Art. 14

⁴²⁴ EuGH, Urteil vom 15. Juli 1963 in der Rechtssache 25/62, ECLI:EU:C:1963:17 – Plaumann & Co./Kommission.

⁴²⁵ FRENZ, Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 1592; EuGH, 25/62, Rz. 238; Die Plaumann-Formel wird weiterhin durch den EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung bestätigt, 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.

Abs. 1 VVO beigemessen.⁴²⁶ Bei Fragen der Gültigkeit der Kommissionsentscheidungen sind sie nach Massgabe von Art. 267 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.⁴²⁷

Die Nichtigkeitsklage stellt für Mitgliedstaaten, Beihilfeempfänger sowie Konkurrenten bzw. betroffene Dritte eine der wichtigsten Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Kommissionsbeschlüsse dar.

bbb) Untätigkeitsklage

Mit der Untätigkeitsklage in Beihilfesachen gem. Art. 265 Abs. 1 AEUV wird festgestellt, ob bzw. dass ein beklagtes Organ der EU die Beschlussfassung vertragswidrig unterlassen hat. Damit ist das pflichtwidrige Unterlassen durch Kommission oder Rat der Gegenstand der Ungültigkeitsklage. Der EuG-Rechtsprechung zufolge ist ein Feststellungsantrag auf Untätigkeit dann begründet, 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“⁴²⁸. Die Rechtsprechung unterstreicht die Verantwortung der Kommission, Klagen gegen Beihilfen, die möglicherweise nicht mit dem gemeinsamen Markt vereinbar sind, sorgfältig und unvoreingenommen zu prüfen.⁴²⁹ Diese Verpflichtung ergibt sich aus der ausschliesslichen Zuständigkeit der Kommission für die ordnungsgemässe Anwendung der grundlegenden Vorschriften.

Die Klageberechtigten sind gem. Art. 265 Abs. 3 AEUV die Mitgliedstaaten, die Organe der EU sowie natürliche und juristische Personen gem. den Voraussetzungen des Art. 265 Abs. 1 und 2 AEUV. Hierzu hat der EuGH ebenfalls bereits festgestellt, dass Art. 175 Abs. 3 des Vertrages (heutiger Art. 265 AEUV) so auszulegen sei, dass ein Einzelner die Untätigkeitsklage gegen ein Organ der EU erheben kann, welches rechtswidrig den Erlass eines Rechtsaktes unterlassen hat, der sich zwar nicht an den Einzelnen richtet, ihn aber dennoch unmittelbar und individuell betrifft.⁴³⁰

⁴²⁶ Wobei es hier hauptsächlich um Klagen auf Nichtigerklärung einer einzelstaatlichen Rückzahlungsanordnung geht.

⁴²⁷ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 270.

⁴²⁸ EuG, Urteil vom 15. September 1998 in der Rechtssache T-95/96, ECLI:EU:T:1998:206 – Gestevisión Telecinco/Kommission, Rz. 71.

⁴²⁹ EuG, T-95/96, Rz. 72.

⁴³⁰ 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.

Die Stellungnahmefrist für das Organ oder die infragestehende Einrichtung beträgt zwei Monate. Verstreicht die Frist, kann die Untätigkeitsklage gem. Art. 265 Abs. 2 AEUV innert weiterer zwei Monate (sog. Klagefrist) erhoben werden. Aufgrund der Aufforderung gegenüber der infragestehenden Einrichtung, innerhalb der kurzen, zweimonatigen Handlungsfrist tätig zu werden, kommt die Untätigkeitsklage in der Praxis seltener zur Anwendung. Zudem wird es wohl wenige Konstellationen geben, in denen ein öffentliches Organ der EU dazu aufgefordert wird, eine bestimmte Handlung auszuführen, und diese dennoch pflichtwidrig verweigert.

Im Feststellungsurteil wird schliesslich festgehalten, dass die Kommission pflichtwidrig unterlassen hat, einen Beschluss zu fassen.⁴³¹ Die Kommission muss die sich aus dem abschliessenden Feststellungsurteil ergebenden Massnahmen gem. Art. 266 Abs. 1 AEUV ergreifen.

ccc) Vorabentscheidung

Das Vorabentscheidungsverfahren bzw. das Vorlageverfahren i.S.v. Art. 267 AEUV klärt Vorfragen zum Beihilferecht vor nationalen Gerichten ab. Dabei muss keine direkte oder individuelle Betroffenheit der Beteiligten vorliegen.⁴³² Die Kommission ist hinsichtlich der Beurteilung der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem EU-Recht ausschliesslich zuständig. Einem nationalen Gericht ist es deswegen untersagt, den Gerichtshof der EU im Rahmen der Vorabentscheidung über die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem EU-Binnenmarkt anzurufen.⁴³³ Der EuGH kann dagegen einerseits dem anrufenden Gericht hinsichtlich der Vereinbarkeit einer Massnahme mit dem EU-Beihilferecht Anhaltspunkte geben und andererseits über die Gültigkeit von Beschlüssen der Kommission über die Vereinbarkeit von Beihilfen mit dem EU-Binnenmarkt befinden.⁴³⁴ Eine nachträgliche Anfechtung eines gültigen, schriftlichen Beschlusses der Kommission über die Pflicht zur Rückforderung eines Mitgliedstaats mittels Vorlageverfahren ist nicht möglich. Dieser muss vielmehr bei Kenntnis vorher nach Art. 263 AEUV angefochten werden. Das betroffene, nationale Gericht bleibt an die Entscheidung der Kommission gebunden.⁴³⁵

⁴³¹ SOLTÉSZ, § 44, N 76.

⁴³² Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 267, N 19.

⁴³³ EuGH, C-237/04, Rz. 23.

⁴³⁴ 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.

⁴³⁵ 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.

Hingegen ist die indirekte Anfechtung nicht ausgeschlossen, wenn der Kläger von einer Kommissionsentscheidung erst durch die staatliche Umsetzungsentscheidung angemessen Kenntnis erhalten hat.⁴³⁶

Darüber hinaus kann das Vorlageverfahren auch von denjenigen beantragt werden, denen eine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV aufgrund fehlender unmittelbarer und individueller Betroffenheit verwehrt bleibt. Aus Gründen der Rechtssicherheit sind Fälle von Fristversäumnissen jedoch ausgeschlossen. Wenn ein nationales Gericht Zweifel an der Vereinbarkeit einer Massnahme mit dem EU-Recht und dem Verfassungsrecht hegt, ist es dazu verpflichtet, diese Frage den EU-Gerichten vorzulegen, auch wenn ein Verfahren zur Verfassungskontrolle im Mitgliedstaat bereits hängig ist.⁴³⁷

ddd) Schadenersatzklage

I.S.v. Art. 340 Abs. 2 AEUV kann ein Wettbewerber bei Nichteinschreiten der Kommission Schadenersatzansprüche gem. Art. 268 AEUV gegen eine von einem Mitgliedstaat gewährte Beihilfe geltend machen. Die Schadenersatzklage wird auch als Amtshaftungsklage bezeichnet und bedingt ein tatsächliches und sicheres Eintreten eines Schadens, der durch ein rechtswidriges Verhalten eines mitgliedstaatlichen Organs ausgelöst wurde und einen Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem geltend gemachten Schaden aufweist.⁴³⁸ Dies wäre z.B. in einer Konstellation denkbar, bei der ein Beihilfeempfänger einen Schaden einklagt, der durch einen rechtswidrigen Negativbeschluss der Kommission entstanden ist.⁴³⁹

Die Schadenersatzklage verfügt über einen eigenständigen Charakter und kommt daher nicht subsidiär zur Nichtigkeits- oder Untätigkeitsklage zur Anwendung.⁴⁴⁰ Hingegen kommt sie bei den nationalen Rechtsschutzmöglichkei-

⁴³⁶ 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.

⁴³⁷ 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.

⁴³⁸ EuGH, Urteil vom 14. Januar 1993 in der Rechtssache C-257/90, ECLI:EU:C:1993:8 – Italostar SpA/Kommission, Rz. 33.

⁴³⁹ In der Praxis sind diese Klagen allerdings kaum von Bedeutung. Siehe dazu BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 249; SOLTÉSZ, § 43, N 37.

⁴⁴⁰ FRENZ, Handbuch Beihilfe- und Vergaberecht, Rz. 1640 ff.; EuGH, Urteil vom 2. Dezember 1971 in der Rechtssache 5/71, ECLI:EU:C:1971:116 – Zuckerfabrik Schöppenstedt/Rat, Rz. 3, wobei das Plaumann-Urteil hinsichtlich der Subsidiarität gegenüber der Nichtigkeitsklage nicht revidierte.

ten subsidiär zur Anwendung.⁴⁴¹ Das Urteil erfolgt schliesslich in Form eines Leistungsurteils, womit der betroffene Staat zur Schadenersatzzahlung verurteilt wird.⁴⁴²

eee) Massnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes

Art. 279 AEUV ermöglicht einstweilige Anordnungen, um den effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Einstweilige Anordnungen kommen dabei insb. bei den Untätigkeits-, Feststellungs- oder Schadenersatzklagen in Betracht.⁴⁴³ Dieses Rechtsschutzinstrument wird im Hinblick darauf angewendet, dass die Klageerhebung an sich nichts am Rechtsverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten ändert. In der Folge möchte die einstweilige Anordnung dem bestehenden Risiko vorbeugen, dass bereits praktisch vollendete Tatsachen geschaffen werden, bevor überhaupt eine Entscheidung in der Hauptsache erfolgen konnte.⁴⁴⁴ Wenn bei einer Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV die vorläufige Aussetzung der angefochtenen Handlung gem. Art. 278 AEUV allein nicht ausreicht, kann zusätzlich eine einstweilige Anordnung nach Art. 279 AEUV beantragt werden. Art. 279 AEUV kann in Beihilfesachen beispielsweise dann von Bedeutung sein, wenn dadurch weitere Auszahlungen durch einen Mitgliedstaat ausgesetzt werden. Augenscheinlich ist, dass die Kommission zunehmend Anträge auf einstweilige Anordnungen nach Art. 279 AEUV nutzt, um Vertragsverstösse nach Art. 258 AEUV von Mitgliedstaaten sofort zu unterbinden.⁴⁴⁵

fff) Vertragsverletzungsklage

Die Vertragsverletzungsklage richtet sich nach den Art. 258-260 AEUV und dient der Kommission und den Mitgliedstaaten als Rechtsmittel, um die Verletzung des Vertrags durch den EuGH zu prüfen bzw. festzustellen.⁴⁴⁶ Gegenstand des Verfahrens bildet die Feststellung eines mitgliedstaatlichen Verstosses gegen die Verträge. Gem. Art. 258 AEUV obliegt es der Kommission, die Mitgliedstaaten zu überwachen und allfällige Verstösse gegen die Verpflich-

⁴⁴¹ EuGH, Urteil vom 2. März 1978 in der Rechtssache C-12/77, ECLI:EU:C:1978:42 – Debayer SA/Kommission.

⁴⁴² BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 249; PECHSTEIN/GÖRLITZ, 737.

⁴⁴³ VON WINTERFELD, 1413.

⁴⁴⁴ Nomos EU-Beihilfenrecht, SCHWARZE/VOET VAN VORMIZEELE, Art. 279 AEUV, N 2.

⁴⁴⁵ Nomos EU-Beihilfenrecht, SCHWARZE/VOET VAN VORMIZEELE, Art. 279 AEUV, N 10.

⁴⁴⁶ NOWAK, § 10, N 8 ff.

tungen feststellen zu lassen, damit diese unterlassen werden.⁴⁴⁷ Art. 258 AEUV ist somit prozessualer Ausdruck der in Art. 17 EUV niedergeschriebenen, materiellen Rolle der Kommission als Vertragshüterin. Das Vertragsverletzungsverfahren ist ein objektives Rechtsschutzverfahren, da es weder dem Schutz der Rechte der Kommission noch dem Schutz individueller Rechtspositionen über die Anwendung des EU-Rechts dient.⁴⁴⁸ Aufgrund der objektivrechtlichen Funktion des Verfahrens lässt sich schlussfolgern, dass die Klage nach Art. 258 AEUV eine reine Ordnungsfunktion hat, die keinen strafrechtlichen oder sanktionierenden Charakter besitzt. Ebenfalls sind Klagen einzelner EU-Bürger, die die Kommission zu einem Vertragsverletzungsverfahren auffordern, unzulässig. Es geht bei der Vertragsverletzungsklage ausschliesslich um die Feststellung vertragswidriger Zustände. Die Vertragsverletzungsklage dient ferner dem Zweck, das Verhalten eines Mitgliedstaates im Vorverfahren dahingehend zu lenken, dass er sein Verhalten an die vertraglichen Pflichten ausrichtet.⁴⁴⁹

Art. 108 Abs. 2 Uabs. 2 AEUV sowie Art. 23 Abs. 1 VVO sehen des Weiteren eine Sonderform der Vertragsverletzungsklage vor, die in denjenigen Fällen bei einem Mitgliedstaat zum Einsatz kommt, wenn dieser einer Rückforderungsanordnung oder einer Rückforderungsverpflichtung einer nicht mit dem Binnenmarkt vereinbaren Beihilfe nicht termingerecht nachkommt. In einer solchen Konstellation kann die Kommission ohne Vorverfahren direkt auf Feststellung einer Vertragsverletzung klagen.⁴⁵⁰ Die Kommission und jeder weitere, betroffene Mitgliedstaat sind berechtigt, den Gerichtshof der EU anzurufen, wenn der betroffene Mitgliedstaat dem Beschluss (inkl. Bedingungen und Auflagen) nicht nachkommt. Das endgültige Feststellungsurteil adressiert den betroffenen Mitgliedstaat und verpflichtet diesen, die vertragswidrigen Zustände *ex nunc* zu beseitigen.⁴⁵¹

e) Rechtsschutz vor nationalen Gerichten

Art. 108 Abs. 3 AEUV hat unmittelbare Wirkung. Die Mitgliedstaaten stehen deshalb in der Pflicht, die Rechte des Einzelnen gegen eine mögliche Verletzung der Anmeldepflicht und des Durchführungsverbots durch staatliche Stellen zu schützen. Laut EuGH-Rechtsprechung sind die nationalen Gerichte

⁴⁴⁷ EuGH, Urteil vom 4. April 1974 in der Rechtssache 167/73, ECLI:EU:C:1974:35 – Kommission/Frankreich, Rz. 15.

⁴⁴⁸ EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009 in der Rechtssache C-275/8, ECLI:EU:C:2009:632 – Kommission/Deutschland, Rz. 26.

⁴⁴⁹ Nomos EU-Beihilfenrecht, SCHWARZE/VOET VAN VORMIZEELE, Art. 258 AEUV, N 3.

⁴⁵⁰ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108 AEUV, N 4.

⁴⁵¹ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 249.

verpflichtet, die Rückforderung einer bereits gewährten Beihilfe anzuordnen sowie Massnahmen zum Schutze Dritter zu treffen, noch bevor der Kommissionsbeschluss hinsichtlich der Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Binnenmarkt getroffen wurde.⁴⁵² Die EuGH-Rechtsprechung bestätigt weiterhin, dass die nationalen Gerichte in der Beihilfeüberwachung kompetent sind und insb. für Konkurrentenklagen von Bedeutung sind.⁴⁵³ Die Bedeutung des Konkurrentenschutzes und die Durchsetzung des Durchführungsverbots des Art. 108 Abs. 3 AEUV hat die Kommission in einer Bekanntmachung präzisiert und er sucht darin die nationalen Gerichte, die Interessen der Wettbewerber bzw. Konkurrenten des begünstigten Unternehmens zu wahren.⁴⁵⁴ Die Interessensdurchsetzung der Wettbewerber beruht dabei auf den jeweiligen nationalen Prozess- und Verfahrensrechten.⁴⁵⁵ Die nationalen Gerichte sind dabei sowohl für die Durchsetzung des Durchführungsverbots als auch für das Beihilferückforderungsverfahren zuständig. Beide sind nach nationalem Recht durchzuführen.⁴⁵⁶ Die materiellrechtliche Überprüfung einer Beihilfe bleibt aber ausschliesslich der Kommission und dem EuGH vorbehalten.⁴⁵⁷

f) Verbot drittstaatlicher Subventionen

Wie dargelegt, gelten die europäischen Wettbewerbsbestimmungen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV nur für finanzielle Unterstützungen, die von den Mitgliedstaaten der EU gewährt werden. Sie zielen darauf ab, dass der Wettbewerb und der Handel im Binnenmarkt nicht durch Interventionen der Mitgliedstaaten verzerrt werden. Dagegen besteht kein solcher Kontrollmechanismus im Hinblick auf (potenziell) verzerrende Subventionen aus Drittstaaten.⁴⁵⁸ Diese Regelungslücke konnte auch mit den bisherigen Wettbewerbsregelungen, Vergabevorschriften und handelspolitischen Schutzinstrumenten nicht geschlossen werden.⁴⁵⁹ Weder die Kartellvorschriften noch die Fusionskontrollen in der

⁴⁵² EuGH, C-39/94, Rz. 39 ff.

⁴⁵³ KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 196.

⁴⁵⁴ Bekanntmachung der Kommission über die Zusammenarbeit zwischen der Kommission und den Gerichten der Mitgliedstaaten im Bereich der staatlichen Beihilfen, ABl C 312 vom 23. November 1995, 8.

⁴⁵⁵ Nomos EU-Beihilfenrecht, BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 108, N 21.

⁴⁵⁶ KÖNIG/KÜHLING/RITTER, 214.

⁴⁵⁷ EuGH, 78/76, Rz. 9; EuGH, C-354/90, Rz. 14.

⁴⁵⁸ 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, KOM(2021) endgültig, 59 f.

⁴⁵⁹ Siehe ausführlich ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 263 ff.

EU berücksichtigen ausdrücklich, ob Wettbewerbsteilnehmer von Subventionen aus Drittstaaten profitiert haben könnten. Sie erlauben es der Kommission deshalb nicht, allein oder hauptsächlich auf dieser Grundlage, zu entscheiden und einzugreifen.⁴⁶⁰

Da es an entsprechenden Vorschriften fehlte, konnte die Kommission bislang nicht eingreifen, wenn drittstaatliche Subventionen Verzerrungen im Binnenmarkt verursachten. Dies gab der Kommission Anlass, dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Initiativvorschlag zu unterbreiten und führte in der Folge zum Erlass der neuen Verordnung über drittstaatliche Subventionen des Europäischen Parlaments und des Rates, welche am 12. Juli 2023 in Kraft trat (*Foreign Subsidies Regulation, FSR*).⁴⁶¹ Die Kommission bezeichnet diese Verordnung als Schlüsselmassnahme ihrer aktualisierten Industriestrategie, da sie sicherstellt, dass drittstaatliche Regierungen solchen Unternehmen, die ein Unternehmen in der EU erwerben oder an öffentlichen Vergabeverfahren teilnehmen wollen, nicht mehr ungehindert (potenziell wettbewerbsverzerrende) Subventionen gewähren können.⁴⁶² Die Verordnung ist als Teil der europäischen Strategie zur Eindämmung drittstaatlicher Einflussnahme zu verorten und ist insb. im Kontext zu den wachsenden Investitionen chinesischer Unternehmen (siehe dazu *Chem/China – Syngenta*⁴⁶³) innerhalb der EU zu deuten, auch wenn die Kommission deutlich macht, dass damit auch auf andere wichtige Handelspartner, wie die USA, das UK, Russland und die Schweiz, abgezielt wird.⁴⁶⁴ Deutlich zu betonen ist, dass bei den insgesamt 1724 Subventionsmassnahmen aus dem Jahre 2020 aus Drittstaaten lediglich zwei aus der Schweiz gewährt wurden. Der Rest der Subventionen kommt mit 999 und damit mit überragender Mehrheit aus den USA, gefolgt von 414 aus Russland, 205 aus China sowie 104 aus dem UK.⁴⁶⁵

⁴⁶⁰ Ebenfalls werden Zuwendungen an Unternehmen aus Behörden der Drittstaaten, die entweder unmittelbar oder mittelbar über ihre Muttergesellschaften gewährt werden, nicht erfasst. Siehe dazu 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, KOM(2020) 102 endgültig.

⁴⁶¹ Verordnung 2022/2560/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2022 über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, ABl L 330/1 vom 23. Dezember 2022.

⁴⁶² Vgl. dazu KOM(2020) 102 endgültig, sowie KOM(2021) 350 endgültig.

⁴⁶³ BAUMANN, 75; TRAPP, Chinesische Staatsunternehmen, 327 ff.

⁴⁶⁴ KOM(2021) 350 endgültig, 58 f.; Bericht des Europäischen Rechnungshofes, Die Reaktion der EU auf Chinas staatlich gelenkte Investitionsstrategie, 12 ff.

⁴⁶⁵ Kommission, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen, Bericht über die Folgenabschätzung (Zusammenfassung), Begleitunterlage zur Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen Folgenabschätzung, Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Par-

Inhaltlich kommt die Definition der drittstaatlichen Subventionen in Art. 3 der Verordnung derjenigen des Art. 107 Abs. 1 AEUV sehr nahe. Eine drittstaatliche Subvention liegt demnach 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. Gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 2a-c) der Verordnung umfasst der Begriff „finanzielle Zuwendung“ den Transfer von Geldern oder Verbindlichkeiten oder den Verzicht auf fällige Einnahmen oder die Bereitstellung oder den Erwerb von Waren oder Dienstleistungen. Gem. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 a-c) der Verordnung sind für die finanzielle Zuwendung drittstaatliche Zentralregierungen, andere Behörden oder drittstaatliche öffentliche Einrichtungen oder private Einrichtungen, deren Handlungen aber dem Drittstaat zugerechnet werden können, erfasst. Ferner gilt als drittstaatliche Subvention 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. Sie können in verschiedenen Formen gewährt werden, so beispielsweise in Form zinsloser Darlehen, unbegrenzter staatlicher Garantien, Steuerfreistellungen oder Steuerermässigungen, Exportbeihilfen oder als direkte Zuschüsse.⁴⁶⁶

Die Verordnung gibt der Kommission drei neue Instrumente an die Hand, um potenzielle Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt, die sich aufgrund drittstaatlicher Subventionen ergeben, zu untersuchen und korrigierend einzugreifen. Diese sind in Kap. 2, 3 und 4 der Verordnung zu finden und regeln folgende Bereiche:

- Art. 9 der Verordnung befugt die Kommission damit, auf eigene Initiative und von Amts wegen Informationen aus sämtlichen Quellen (einschliesslich Mitgliedstaaten, natürliche oder juristische Personen oder Vereinigungen) mutmasslicher, den Binnenmarkt verzerrender drittstaatlicher Subventionen zu prüfen. Wird die Schwelle von EUR 4 Mio. in einem zusammenhängenden Zeitraum von drei Jahren nicht überschritten, wird das Risiko einer Verzerrung des Binnenmarkts als gering erachtet;
- Art. 19 ff. der Verordnung verpflichtet dazu, Zusammenschlüsse bei der Kommission anzumelden, wenn mindestens eines der beteiligten Unter-

laments und des Rates über den Binnenmarkt verzerrende drittstaatliche Subventionen, vom 5. Mai 2021, 26.

⁴⁶⁶ Siehe zum Ganzen auch die Ausführungen ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Kap. 9, Drittstaatliche Subventionen, Rz. 262 ff.

nehmen in der EU ansässig ist und in der EU einen Umsatz von über EUR 500 Mio. erzielt. Zudem müssen sich die Zuwendungen, die eines der beteiligten Unternehmen aus Drittstaaten in den drei Jahren vor der Anmeldung erhalten hat, auf insgesamt mehr als EUR 50 Mio. belaufen. Vor der Anmeldung können Unternehmen die Kommission um eine Einschätzung bitten, ob die festgelegten Schwellenwerte erreicht werden. Die Kommission kann auch die Anmeldung weiterer Zusammenschlüsse verlangen, selbst wenn die Schwellenwerte nicht erreicht werden;

- Art. 27 ff. der Verordnung sieht vor, dass Angebote bei öffentlichen Aufträgen in der EU gemeldet werden müssen, wenn der Auftragswert EUR 250 Mio. übersteigt und der Bieter in den drei Jahren vor der Angebotsabgabe Zuwendungen von mehr als EUR 4 Mio. aus Drittstaaten erhalten hat. Sollte die Kommission hier der Ansicht sein, dass das Angebot aufgrund seiner Auswirkungen in der EU einer Vorabprüfung bedarf, kann sie verlangen, dass auch Angebote, die die Schwellenwerte nicht erreichen, dennoch gemeldet werden müssen.

Die Verordnung betrifft die Schweiz als Drittstaat damit unmittelbar. Schweizerische und andere Unternehmen, die Subventionen von einer schweizerischen Behörde oder von einem dem Staat anrechenbaren Unternehmen erhalten haben und die in der EU Transaktionen tätigen oder sich an öffentlichen Ausschreibungen in den EU-Mitgliedstaaten beteiligen sowie Umsätze im EU-Binnenmarkt erzielen, fallen direkt in den Anwendungsbereich der Verordnung. Sofern diese Unternehmen die relevanten Schwellenwerte erreicht haben, müssen sie mit einer Meldepflicht rechnen. Jegliche Zuwendungen von öffentlichen Stellen (Bund, Kantone, Gemeinden), einschliesslich steuerlicher Vorteile oder individuell gewährter staatlicher Unterstützungen (darunter auch Unterstützungen infolge der COVID-19-Pandemie), können grundsätzlich die Überprüfung durch die Kommission auslösen.

Bereits anlässlich des Verordnungsvorschlags der Kommission hatte sich der Bundesrat mit Stellungnahme vom 17. August 2022 geäussert. Er erklärte, dass sich die Verordnung auf von der Schweiz subventionierte Unternehmen auswirken könnte, die an Unternehmenszusammenschlüssen und öffentlichen Vergabeverfahren im EU-Binnenmarkt beteiligt sind. In solchen Fällen seien die Unternehmen dazu verpflichtet, „die erhaltenen Subventionen transparent zu kommunizieren (Anmeldepflicht)“⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ Siehe Stellungnahme Bundesrat vom 17. August 2022.

5. Zwischenfazit

Die Beihilfenvorschriften der Art. 107 ff. AEUV blieben seit dem EWG-Vertrag materiell unverändert. Die Kommission hat mit zahlreichen Sekundärrechtsakten sowie Praxishinweisen das Regelwerk um das Beihilferecht umfassend ergänzt. Typisch für das mittlerweile eigenständige Gebiet des Beihilferechts ist deswegen die hohe Regelungsdichte. Der Grundtatbestand des Art. 107 Abs. 1 AEUV wird dabei als Verbotsnorm bezeichnet. Dennoch wurde mit der Schaffung von Freistellungstatbeständen und Ausnahmebestimmungen die Erleichterung der ausdrücklichen Verbotsnorm erreicht. Deswegen kann heutzutage eher von einer Meldepflicht mit Durchführungsverbot gesprochen werden als von einer absoluten Verbotsnorm.

Selbst wenn eine Massnahme die Tatbestandselemente von Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen sollte, haben die Mitgliedstaaten verschiedene Möglichkeiten, die Beihilfe zu gewähren. Von praktischer Bedeutung für die Mitgliedstaaten sind dabei insb. die drei Freistellungstatbestände der AGVO, der *De-minimis*-Regelungen bzw. der *De-minimis*-Verordnung sowie der Freistellungen i.S.d. DAWI gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV. Fällt eine staatliche Massnahme in den Anwendungsbereich einer der Freistellungstatbestände, ist sie von der Notifizierungspflicht an die Kommission befreit.

Ist eine infragestehende Massnahme nicht von der Meldepflicht befreit, kann dennoch ein Ausnahmetatbestand, wie z.B. die Legalausnahme gem. Art. 107 Abs. 2 AEUV, greifen. In einem solchen Fall muss die Beihilfe zwar gemeldet werden, die Kommission ist bei Erfüllung des Tatbestands einer Ausnahme aber dazu verpflichtet, diese Massnahme zu genehmigen. Bei einer Ermessensausnahme gem. Art. 107 Abs. 3 AEUV kann die Kommission die Massnahme hingegen genehmigen. Liegt weder eine Legal- noch eine Ermessensausnahme vor, besteht die weitere Möglichkeit, dass der Rat einstimmig eine besondere Ausnahme nach Art. 108 Abs. 2 Uabs. 3 AEUV erlaubt.

Die Meldeverfahren im Beihilferecht sind mehrstufig aufgebaut. Die Meldung und Genehmigung von Beihilfen sind bedeutende Instrumente der Kommission, um Transparenz und die Gleichbehandlung von Konkurrenten zu schaffen und Marktverzerrungen zu vermeiden. Die Kommission ist mit der ständigen Aufgabe befasst, laufend bestehende Beihilfen zu prüfen, und hat ferner die Möglichkeit, sektorübergreifende Untersuchungen einzuleiten.

Ebenso existiert ein umfangreiches System von Klagemöglichkeiten und Rechtsschutzmitteln, das sicherstellen soll, dass Mitgliedstaaten und Unternehmen (und teilweise Dritte) ihre Rechte wirksam wahrnehmen können.

Mit dem Verbot der drittstaatlichen Subventionen hat die EU schliesslich einen Schritt unternommen, Wettbewerbsvorteile durch Länder ausserhalb der EU, die den Binnenmarkt verzerren könnten, zu unterbinden. Da die Schweiz als Drittstaat direkte Adressatin dieser Verordnung ist, sind subventionierte Schweizer Unternehmen, die am EU-Binnenmarkt teilnehmen, von dieser Verordnung betroffen. Bislang gibt es aber nur wenige praktische Anwendungsfälle.

II. Subventionen in der Schweiz

1. Wirtschaftsverfassung

Die geltende BV schafft die Grundlage für ein System der freien Wirtschaft⁴⁶⁸, welches auf zwei zentralen Säulen beruht: Zum einen betont die BV die individuellen, wirtschaftlichen Grundrechte, wie die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV), die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Koalitionsfreiheit (Art. 28 BV). Zum anderen enthält die BV in den Art. 94-107 BV (Abschnitt Wirtschaft) grundlegende Prinzipien der Wirtschaftsordnung und definiert Ziel- sowie Kompetenzvorgaben für Bund und Kantone.⁴⁶⁹

Die Schweiz kennt, anders als die EU, kein grundsätzliches und ausdrückliches Verbot von Subventionen – der Subventionsbegriff als solcher kommt in der BV gar nicht erst vor. Vielmehr wird in der Schweiz der Subventionsbegriff durch das Gebot der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und Wettbewerbspolitik (Art. 96 BV) abgeleitet und geformt.

Die Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 27 BV ist ein klassisches Freiheitsrecht und garantiert weitgehend die Ausübung privatwirtschaftlicher Tätigkeiten, die möglichst uneingeschränkt von staatlichen Eingriffen erfolgen sollen.⁴⁷⁰ Der Schutzbereich von Art. 27 BV umfasst dabei alle gewerbsmässigen Tätigkeiten zur Gewinn- oder Einkommenserzielung, schliesst aber hoheitliche und öffentlich-rechtlich geprägte Tätigkeiten aus. Gem. Art. 27 BV ist die Gleichbehandlung der Konkurrenten, die über das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 BV hinausgeht, zu berücksichtigen. Ein Konkurrenzverhältnis liegt gem. Art. 27 BV dann vor, wenn Mitbewerber in der gleichen Branche tätig

⁴⁶⁸ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 99.

⁴⁶⁹ REICH, N 867.

⁴⁷⁰ REICH, N 1042.

sind, welche sich mit dem gleichen Angebot an das gleiche Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.⁴⁷¹ Der Grundsatz der Gleichbehandlung bedeutet aber keinen Schutz vor dem Tätigwerden des Staates zur Verwirklichung öffentlicher Interessen.⁴⁷² Art. 27 BV regelt das Gebot der staatlichen Wettbewerbsneutralität nicht ausdrücklich. Vielmehr lässt sich das Gebot der Wettbewerbsneutralität implizit aus einer Kombination des Gebots der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), den Grundsätzen der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV), dem SuG (Grenzen und Zulässigkeiten von Subventionen), dem KG⁴⁷³, der Rechtsprechung des Bundesgerichts sowie teilweise aus internationalen Verpflichtungen, ableiten.⁴⁷⁴

Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gem. Art. 27 BV (einschliesslich des Verfassungsvorbehalts für abweichende Massnahmen) werden in der BV im Abschnitt Wirtschaft (Art. 94-107 BV) konkretisiert. Art. 94 Abs. 1 BV verpflichtet den Bund und die Kantone dazu, sich zunächst an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit als grundlegendes Element der schweizerischen Wirtschaftsordnung zu halten. Bund und Kantone sind demnach verpflichtet, Rahmenbedingungen zu schaffen, die den Wettbewerb fördern und möglichst frei von ungerechtfertigten staatlichen Eingriffen halten. Eine Abweichung vom Gebot der Wirtschaftsfreiheit ergibt sich aus Art. 94 Abs. 4 BV. Demnach sind insb. Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, ausschliesslich zulässig, wenn „sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind“⁴⁷⁵. Die schweizerische Wirtschaftsverfassung verfügt i.S.d. Art. 94 Abs. 2 BV ferner auch über eine sozialpolitische Dimension. Bund und Kantone haben demnach zur Wohlfahrt und Sicherheit der Bevölkerung beizutragen.⁴⁷⁶ Zudem gibt Art. 95 Abs. 2 BV einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum vor, wobei der Bund gewährleisten muss, dass Personen mit einer wissenschaftlichen Ausbildung oder mit einem eidgenössischen, kantonalen oder kantonal anerkannten Ausbildungsabschluss ihren Beruf in der ganzen Schweiz ausüben können.

Art. 96 BV formuliert die Kompetenz- und Zielnormen hinsichtlich der Wettbewerbspolitik. Er ist allerdings als ein offen formulierter Verfassungsartikel

⁴⁷¹ MÜLLER/SCHEFER, 1056.

⁴⁷² RICHLI, 47 ff.

⁴⁷³ Die schweizerische Wettbewerbspolitik anerkennt im Rahmen der internationalisierten Wirtschaft das Auswirkungsprinzip (vgl. Art. 2 Abs. 2 KG), wonach die Wettbewerbsordnung jenes Landes anwendbar ist, auf dessen Markt sich ein Verhalten auswirkt.

⁴⁷⁴ Vgl. dazu 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.

⁴⁷⁵ Vgl. Wortlaut von Art. 94 Abs. 4 BV.

⁴⁷⁶ BIAGGINI et al., Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11.

konzipiert. Er beinhaltet somit keine Definition des Begriffs des Wettbewerbs und definiert nicht ausdrücklich, ob Subventionen zulässig oder unzulässig sind. Stattdessen statuiert Art. 96 Abs. 1 BV, dass der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen erlassen soll. Gem. Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 BV (und im Gegensatz zu Art. 107 AEUV) werden Subventionen nicht genannt. Die hier verwendete Terminologie orientiert sich an Art. 1 KG. Dabei wurde in Art. 96 Abs. 1 BV der Begriff der „ähnlichen Organisation“ durch „andere Wettbewerbsbeschränkungen“ ersetzt, womit vor allem (private) Kartelle oder allgemeiner „Wettbewerbsabreden und andere Wettbewerbsbeschränkungen“ gemeint sind, die Marktmacht ausüben. Daraus lässt sich schliessen, dass staatliche Subventionen i.d.R. nicht in diesen Anwendungsbereich von Art. 96 Abs. 1 BV fallen dürfen. Hinsichtlich des Wettbewerbsbegriffs überträgt die BV dem Gesetzgeber die Zuständigkeit, Konkretisierungen vorzunehmen.⁴⁷⁷ Daraus lässt sich ableiten, dass die BV kein hinreichend bestimmtes Wettbewerbskonzept vorgibt. Vielmehr wird dem Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt, unter Berücksichtigung des Unterbindens von volkswirtschaftlichen oder sozial schädlichen Auswirkungen von Kartellen und marktmachtausübenden Zusammenschlüssen Erkenntnisse aus der Wettbewerbstheorie in die Wettbewerbspolitik einzubringen und dementsprechend die Ausgestaltung des Wettbewerbs laufend zu navigieren.⁴⁷⁸ Art. 96 BV verpflichtet den Bund ferner dazu, aktiv zur Gestaltung der Wettbewerbspolitik beizutragen und eine auf Wettbewerb basierende Privatwirtschaft zu verwirklichen. Dabei wird anerkannt, dass bestimmte staatliche Massnahmen erforderlich sind, um den Wettbewerb vor schädlichem Verhalten privater Akteure zu schützen. Art. 96 BV zielt somit (anders als Art. 27 und 94 BV) darauf ab, den Schutz des Wettbewerbs vor Wettbewerbseinschränkungen zu garantieren. Gleichzeitig macht Art. 96 BV eine verbindliche Abwägung zwischen dem grundrechtlich geschützten Interesse an möglichst uneingeschränkter wirtschaftlicher Betätigung und dem öffentlichen Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb. Die wirtschaftliche Freiheit endet nämlich dort, wo wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen volkswirtschaftlich oder sozial schädlich wirken (Art. 96 Abs. 1 BV), marktmächtige Unternehmen missbräuchliche Preise durchsetzen (Art. 96 Abs. 2 lit. a BV) oder unlautere Wettbewerbspraktiken vorliegen (Art. 96 Abs. 2 lit. b BV). Damit wird

⁴⁷⁷ Vgl. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 13, Rz. 13 ff.; St. Galler Kommentar, JACOBS, Art. 96 N 3.

⁴⁷⁸ Siehe zur ausführlichen Diskussion zur Ausgestaltung der Wettbewerbspolitik und der Subventionen in der Schweiz ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Teil 1, Kapt. IV, 1. b) bb) Konzeption der Wettbewerbspolitik, Rz. 281 ff.

die zentrale Rolle des freien Wettbewerbs im schweizerischen Wirtschaftssystem deutlich.

Anzumerken bleibt, dass die Kantone gem. Art. 3 BV souverän sind und alle Rechte ausüben, die nicht dem Bund übertragen sind. Die Kantone üben i.S.d. Subsidiaritätsgrundsatzes gem. Art. 5a BV ihre Kompetenzen so lange aus, bis der Bund sie übernehmen muss. Das Prinzip der Einzelermächtigung ist für den Bund gültig.

2. Der Subventionsbegriff auf Bundesebene

In der Schweiz existiert hinsichtlich Subventionen die zentrale Rechtsquelle des SuG von 1991. Das SuG enthält – im schweizerischen Rechtsverständnis und im Gegensatz zum EU-Beihilferecht – aber keine eigentlichen Schranken und Einschränkungen, die Subventionen verbieten, und wie oben erwähnt auch keine eigentliche Legaldefinition des Subventionsbegriffs.⁴⁷⁹ Auf Bundesebene muss der schweizerische Subventionsbegriff somit erst abgeleitet werden.

Der Grund dafür liegt in der Entstehungsgeschichte des SuG. Der Bundesrat äusserte sich in der Botschaft von 1986 zum SuG erstmals in Richtung einer Vereinheitlichung des Subventionsrechts. Bis zu diesem Zeitpunkt hatten in der Schweiz zahlreiche unterschiedliche Umschreibungen, Begriffe und Bestimmungen mit unterschiedlicher Normstufe und Dichte existiert, die für einzelne Bereiche sogar eigene, in sich geschlossene Subventionssysteme kannten. Aufgrund dieser Handhabung entstand im Ergebnis ein Nebeneinander von mehreren hundert Bundesgesetzen, allgemeinverbindlicher Bundesbeschlüssen sowie unzähliger Bestimmungen über Subventionen, Finanzhilfen, Abgeltungen, Investitionshilfen und weiterer, ähnlicher Kategorien.⁴⁸⁰ Der Bundesrat stellte in der Botschaft fest, dass die vielen Unterschiede in den Begrifflichkeiten, Rechtsinstituten, Subventionssystemen und in der Regelungsdichte im Hinblick auf die Besonderheiten der jeweiligen Subventionsbereiche der Schweiz im Ursprung zwar gerechtfertigt gewesen waren, sie jedoch oftmals sachlich unbegründet gewesen seien und auf Zufälligkeiten oder aufgrund mangelnder Berücksichtigung bestehender Verwaltungsordnungen und des Gesetzgebers beruht hätten.⁴⁸¹ Deswegen sprach er sich dafür aus, all-

⁴⁷⁹ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 27 ff.

⁴⁸⁰ Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, vom 15. Dezember 1986, BBl 1997 I 369, 371.

⁴⁸¹ Ebenda, 371 ff.

mählich eine Vereinheitlichung des Subventionsrechts in Form eines allgemeinen Subventionsgesetzes auf Bundesebene einzuführen, welches sich auf allgemeine Subventionsgrundsätze stütze.⁴⁸² Das SuG trat dann am 1. April 1991 in Kraft. Das SuG war ein (erfolgreicher) Versuch des Gesetzgebers, erstmals das bis dahin uneinheitliche und unstrukturierte Subventionswesen zu koordinieren und zu systematisieren.

Mit dem Inkrafttreten des SuG entstand somit eine abschliessende, rechtliche Systematisierung des Beitragswesens des Bundes, welches nach einheitlichen Grundsätzen ausgestaltet wurde und gewissermassen einen allgemeinen Teil des Subventionsrechts schaffen sollte.⁴⁸³ Mit der Einführung des SuG wurde dennoch keine eigentliche Legaldefinition des Begriffs der „Subvention“ erzielt. So werden die Subventionsarten nicht als Subventionen bezeichnet, sondern als Finanzhilfen (Art. 3 Abs. 1 SuG) und Abgeltungen (Art. 3 Abs. 2 SuG), entsprechend der offiziellen Gesetzesbezeichnung (siehe unten [Teil 3, II., 3.](#)). Der Subventionsbegriff im SuG wird an sich ausschliesslich im Kurztitel „Subventionsgesetz“ verwendet.

Allerdings gilt der Begriff der Subvention auf Bundesebene als unbestritten.⁴⁸⁴ Laut bestätigter Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Subventionen staatlich gewährte geldwerte Vorteile, die den Empfänger zu einem bestimmten, im öffentlichen Interesse liegenden Verhalten veranlassen.⁴⁸⁵ Dabei muss sich der Empfänger ausserhalb der Zentralverwaltung befinden.⁴⁸⁶ Bemerkenswert ist, dass gem. Rechtsprechung Subventionen nicht der eigentlichen Begünstigung des Subventionsempfängers dienen, sondern zur Verhaltenslenkung⁴⁸⁷ und in Erfüllung öffentlicher Interessen gewährt werden.⁴⁸⁸

Der Grundgedanke und ursprüngliche Zweck des SuG bestand somit darin, die bisherigen, in zahlreichen Formen verstreuten und losen Subventionsbe-

⁴⁸² BBl 1987, 373; Die Einsicht, das Subventionswesen auf Bundesebene zu vereinheitlichen, kam ebenfalls durch zwei parlamentarische Vorstösse zum Ausdruck. Vgl. dazu Motion Muheim vom 15. Dezember 1976 und Motion der Fraktion der SVP vom 07. Juni 1979 zum Subventionsgesetz, vom 8. März 1989, 338.

⁴⁸³ Vgl. die Motion Muheim vom 15. Dezember 1976 und Motion der Fraktion der SVP vom 07. Juni 1979 zum Subventionsgesetz, vom 8. März 1989 338; BBl 1987, 373; BUNDI, Subventionsüberprüfung, 425.

⁴⁸⁴ Siehe zur weiteren Erläuterung auch ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 289 ff. und umfassende Zusammenfassung der Thematik in BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 5 ff.

⁴⁸⁵ BGE 140 I 153 E. 2.5.4., 162.

⁴⁸⁶ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 240.

⁴⁸⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2514.

⁴⁸⁸ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 240.

stimmungen zu systematisieren und zu ordnen. Es ging dabei eher um eine Konsolidierung der bestehenden Regelungen, die Einheitlichkeit und Rechtssicherheit schaffen sollte, als um die Neuausrichtung und Neuinterpretation des Begriffs der Subvention. Mit dem Entstehen des SuG zielte der Gesetzgeber nicht darauf ab, eine Rechtsgrundlage für die neue Definition und Ausrichtung des Subventionsbegriffes und die inhaltliche Schrankensetzung desselben zu schaffen. Historisch betrachtet war das Verständnis des Begriffs der Subvention auf verschiedenen Ebenen schon etabliert. Diese Auffassung fand schliesslich auch Niederschlag im SuG. Bestätigt, geformt und gefestigt wurde der Begriff laufend von der Rechtsprechung. Im Ergebnis enthält das SuG deshalb keine eigentlichen Schranken und Einschränkungen im Sinne einer Verbotsnorm und enthält keine Legaldefinition des Subventionsbegriffs. Dennoch kann mittlerweile von einem einheitlichen und unbestrittenen Subventionsbegriff gesprochen werden.

3. Subventionen auf Bundesebene

Das SuG regelt Subventionen auf Bundesebene, wenn auch, wie oben erläutert, die Rede von Finanzhilfen und Abgeltungen ist. Die Bezeichnung Subvention wird als Oberbegriff für diese beiden Formen der Unterstützungsmassnahmen verwendet.⁴⁸⁹

Art. 1 Abs. 1 SuG stellt die Parameter für die Gewährung von Subventionen auf. Demnach müssen Subventionen auf Bundesebene hinreichend begründet sein, ihren Zweck auf wirtschaftliche und wirkungsvolle Art erreichen, einheitlich und gerecht geleistet werden sowie nach finanzpolitischen Erfordernissen ausgestaltet sein. In Art. 1 Abs. 2 SuG werden Grundsätze für die Rechtsetzung aufgestellt und die allgemeinen Bestimmungen über die einzelnen Finanzhilfe- und Abgeltungsverhältnisse formuliert.

Art. 2 Abs. 1 SuG bestimmt den Geltungsbereich und nennt explizit Finanzhilfen und Abgeltungen, die vom Geltungsbereich betroffen sind. Er schliesst dabei die Anwendung des dritten Kapitels des SuG für Leistungen an ausländische Staaten und internationale Nichtregierungsorganisationen nach Art. 2 Abs. 4 SuG aus.

Art. 3 SuG unterscheidet schliesslich mit den Finanzhilfen und Abgeltungen zwischen zwei Arten von Subventionen. Die Unterscheidung ist insb. für die rechtsetzenden Behörden von Bedeutung, da sie unterschiedliche Grundsätze

⁴⁸⁹ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 245.

je nach Leistungsart zu befolgen haben.⁴⁹⁰ Gem. Art. 3 Abs. 1 und 2 SuG werden Finanzhilfen und Abgeltungen Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt. Der Adressatenkreis des SuG betrifft damit ein breites Spektrum an möglichen Subventionsempfängern. Es können öffentliche Institutionen (auch Kantone und Gemeinden), private Organisationen, Einzelpersonen oder auch Unternehmen, sofern sie einen Beitrag zu einem öffentlichen Interesse leisten, als Empfänger in Frage kommen.⁴⁹¹

In den Art. 6 und 7 SuG werden die Vergabe von Finanzhilfen und in den Art. 9 und 10 SuG die Bestimmungen zu Abgeltungen geregelt. Gem. Art. 4 SuG richten sich die Grundsätze des SuG an den Bundesrat und die Bundesverwaltung, sodass das Gesetz grundsätzlich nur für Subventionen des Bundes gilt.

Bei der Erfüllung von Subventionen besteht nach Art. 13 SuG eine zu befolgende Prioritätenordnung.⁴⁹² Daneben existieren auch Leistungen an andere Staaten und internationale Nichtregierungsorganisationen, die entweder als Unterart der Finanzhilfen oder als eigene Subventionskategorie verstanden werden können. Zudem lassen sich Subventionen danach unterscheiden, ob sie einmalig oder wiederkehrend gewährt werden. Schliesslich existieren zahlreiche verschiedene Subventionskategorien, wie z.B. die Anspruchssubvention und die Koppelungssubvention, die ihrerseits auch Unterkategorien aufweisen und oftmals eine gemeinsame Schnittmenge aufweisen.

Stehen nicht genügend Mittel zur Verfügung, wird den Abgeltungen gem. Art. 13 Abs. 6 SuG Vorrang eingeräumt. Gem. Art. 13 Abs. 5 SuG können Finanzhilfen derweil verweigert werden.

Das SuG zielt damit auf eine transparente und effiziente Vergabe von Subventionen zur Förderung öffentlicher Interessen ab, wobei die Subventionsempfänger natürliche und juristische Personen, nichtstaatliche Organisationen und öffentliche Einrichtungen sein können. Der Subventionsempfänger hat dabei sicherzustellen, dass die Mittel ausschliesslich für den bewilligten Zweck eingesetzt werden (Art. 3 SuG), wobei eine Verpflichtung zur Transparenz und Offenlegung (Art. 28 SuG) und die Pflicht zur Rückerstattung bei nicht zweckgemässer Verwendung (Art. 29 SuG) existieren. Anders als in der EU, gibt es im SuG keine explizite Verpflichtung, Wettbewerbsverfälschungen zu vermeiden. Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV richten sich hingegen an Un-

⁴⁹⁰ Subventionsbericht des Bundes vom 25. Juni 1997.

⁴⁹¹ Siehe auch Ausführungen von BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 6 ff.

⁴⁹² LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 249.

ternehmen oder Produktionszweige i.S.d. Wettbewerbsrechts der EU, die den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Empfänger einer Beihilfe in der EU ist damit eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit.

a) Finanzhilfen

Der Tatbestand der Finanzhilfen beinhaltet gem. Art. 3 Abs. 1 SuG folgende fünf Tatbestandselemente:

- Es liegen geldwerte Vorteile oder Vergünstigungen vor;
- die Ausrichtung erfolgt durch Träger öffentlicher Aufgaben;
- die Ausrichtung geht an Empfänger ausserhalb der Zentralverwaltung (Bundesverwaltung);
- die Finanzhilfen zielen auf Verhaltenslenkung zur Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks ab;
- es besteht kein marktübliches Entgelt für die Gegenleistung.⁴⁹³

Gem. Art. 3 Abs. 1 SuG gehören zu den Begrifflichkeiten der geldwerten Vorteile oder Vergünstigungen namentlich nichtrückzahlbare Geldleistungen, Vorzugsbedingungen bei Darlehen, Bürgschaften sowie Dienst- und Sachleistungen, die unentgeltlich oder verbilligt zur Verfügung gestellt werden.

Gem. Art. 2 Abs. 1 SuG betrifft der Geltungsbereich Subventionen des Bundes. Das SuG ist aber auch dann anwendbar, wenn die Kantone die Subventionen unmittelbar gestützt auf das Bundesrecht ausrichten. Dementsprechend ist es unerheblich, ob die Subventionen durch Träger öffentlicher Aufgaben des Bundes oder der Kantone entrichtet werden.⁴⁹⁴

Nicht nur Privatpersonen, sondern auch andere Gemeinwesen können als Empfänger in den Genuss von Subventionen nach SuG kommen, solange sie Empfänger ausserhalb der Bundesverwaltung sind. Subventionsempfänger können i.S.d. SuG damit auch Unternehmen sein, sofern sie einen Beitrag zu einem öffentlichen Interesse leisten. Sinn und Zweck der Finanzhilferegulierung ist es, im öffentlichen Interesse liegendes, privatautonomes Handeln, zu fördern.⁴⁹⁵ Im Vergleich dazu richtet sich das EU-Beihilfeverbot gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV primär an Unternehmen (jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tä-

⁴⁹³ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 245.

⁴⁹⁴ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 245.

⁴⁹⁵ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 9.

tigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform oder Finanzierung), die staatliche Unterstützungsleistungen erhalten.

Der im SuG verwendete Begriff der Bundesverwaltung referiert auf die Zentralverwaltung bzw. die zentrale Bundesverwaltung i.S.v. Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie Art. 7 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG).⁴⁹⁶ Die Bundesverwaltung (oder eine andere Behörde, die im Auftrag des Bundes Subventionen vergibt) ist damit der Subventionsgeber. Das Beihilferecht der EU adressiert gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV die Behörden der Mitgliedstaaten, die Beihilfen aus staatlichen Mitteln gewähren und damit Beihilfegeber sind.

Subventionen sind i.S.d. SuG darauf ausgelegt, eine Verhaltensänderung des Empfängers zu bewirken, die zur Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks bzw. Interesses dienen. Im Umkehrschluss heisst das, dass keine Subventionen vorliegen, wenn die Geldleistungen an den Empfänger ausgerichtet werden und an den Eintritt bestimmter Ereignisse oder Risiken geknüpft sind, und nicht an ein bestimmtes, gelenktes Verhalten des Empfängers unter Berücksichtigung des öffentlichen Zwecks. Folglich legitimiert die Verknüpfung mit dem bestimmten Verhalten die rechtliche Verhaltensänderung und damit auch eine Rückforderung des Subventionsbetrags, falls die gewünschte und finanziell unterstützte Verhaltensänderung nicht eintritt.⁴⁹⁷

Schliesslich handelt es sich nicht um eine Subvention i.S.d. SuG, wenn eine marktübliche Gegenleistung erbracht wird. In der Konsequenz ist eine Subvention nicht die Erbringung eines marktüblichen Entgelts für eine Gegenleistung. So ist beispielsweise das bezahlte Gehalt für Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung eine marktübliche Gegenleistung (für die entrichtete Arbeit) und stellt keine Subvention dar, auch wenn damit eine verhaltenslenkende Wirkung unter der Verfolgung eines öffentlichen Interesses bezweckt wird.⁴⁹⁸

An dieser Stelle sind noch die in Art. 2 Abs. 4 SuG erwähnten Leistungen an andere Staaten und internationale Organisationen zu erwähnen. Wie eingangs erörtert, fallen diese nach der Systematik des SuG als Unterkategorie in die Kategorie der Finanzhilfen, weswegen sie hier aufgeführt werden. Sie könnten aber auch als separate, dritte Subventionsart neben den Finanzhilfen und Abgeltungen aufgeführt werden. Der Blick auf Art. 2 Abs. 4 SuG macht deutlich, dass das dritte Kapitel des SuG, welches Bestimmungen zu den Finanzhilfen

⁴⁹⁶ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010).

⁴⁹⁷ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 246.

⁴⁹⁸ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 246; BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 7.

und Abgeltungen beinhaltet, explizit nicht auf die Beiträge an andere Staaten und internationale Nichtregierungsorganisationen anwendbar ist.⁴⁹⁹

b) Abgeltungen

Das ergänzende Gegenstück zu den Finanzhilfen sind die Abgeltungen gem. Art. 3 Abs. 2 SuG. Abgeltungen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 SuG sind (monetäre) Leistungen, die darauf abzielen, finanzielle Lasten zu mildern oder auszugleichen, die dem Subventionsempfänger aus der Pflicht zur Erfüllung von bundesrechtlich vorgeschriebenen oder vom Bund übertragenen Aufgaben allenfalls entstehen. Abgeltungen weisen dieselben Tatbestandselemente wie Finanzhilfen auf. Der Unterschied liegt allerdings darin, dass Abgeltungen in erster Linie nicht auf eine Verhaltensänderung abzielen. Da Subventionen aber, wie anhand der Finanzhilfen dargestellt, auf eine Verhaltenslenkung hinwirken, betrachtet ein Teil der schweizerischen Lehre die Abgeltungen nicht als Subventionen.⁵⁰⁰ Dieses Argument wird dadurch gestützt, dass die Aufgaben bzw. der Zweck bei der Abgeltung trotzdem erfüllt werden müssten, mit oder ohne die Verhaltensbeeinflussung. Die Abgeltungen sind aber im SuG kodifiziert und explizit im dafür geschaffenen Subventionsgesetz auf Bundesebene als Ergänzung zu den Finanzhilfen erwähnt. Bei den Abgeltungen kann deswegen davon ausgegangen werden, dass sie Subventionen darstellen. Eine gesonderte Betrachtungsweise macht hier keinen Sinn, insb. weil genügend Anreizwirkung in der Abgeltung enthalten ist, um die initiale Aufnahme einer Tätigkeit oder den Erhalt einer bestimmten Tätigkeit zu ermöglichen oder diese zumindest zu begünstigen. So gelten beispielsweise Abgeltungen an die Kantone zur Erstellung und Bewirtschaftung von Anlagen und Einrichtungen zur Sonderabfallentsorgung, sofern diese Anlagen und Einrichtungen von gesamtschweizerischem Interesse sind, gem. Art. 62 Abs. 1 Gewässerschutzgesetz (GschG)⁵⁰¹ als Abgeltungen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 SuG.

c) Weitere Subventionsarten

Neben den zwei wichtigsten Subventionsarten (Finanzhilfen und Abgeltungen inkl. der Unterkategorie bei den Finanzhilfen) kennt das schweizerische Subventionswesen weitere Kategorisierungen, die sich teilweise überschneiden und die nachfolgend der Vollständigkeit wegen dargestellt werden.

⁴⁹⁹ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 251 f.

⁵⁰⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2515.

⁵⁰¹ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz, GschG) SR 814.20.

Zum einen unterscheiden sich die Subventionen hinsichtlich der Häufigkeit ihrer Gewährung. So gibt es einmalige oder mehrmals gewährte Subventionen. Eine einmalige Subvention kann z.B. ein initialer Investitionsbeitrag für den Bau einer Sportanlage darstellen. Eine mehrmals gewährte oder wiederkehrende Subvention kann dagegen z.B. in der Aufrechterhaltung des Betriebs dieser Sportanlage liegen.⁵⁰²

Ferner existieren sog. Anspruchssubventionen. Von einer Anspruchssubvention ist die Rede, wenn der massgebliche Rechtssatz dem Gesuchsteller bei Erfüllung der Voraussetzungen einen durchsetzbaren Anspruch auf die Subventionen vermittelt.⁵⁰³ Für die Qualifikation als Anspruchssubvention ist es unerheblich, ob ein behördliches Ermessen betreffend die Höhe der Subvention besteht.⁵⁰⁴

Dies führt zur nächsten, damit verknüpften Kategorie, den Ermessenssubventionen. Bei den Ermessenssubventionen verfügt die Behörde über Ermessen darüber, ob sie trotz der Erfüllung sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen des Empfängers die Subventionen gewährt oder nicht. Somit liegt dies im Entscheidungsspielraum der befugten Behörde, wobei wie bei jedem Staatshandeln die Behörden bei der Ermessensausübung die Grundsätze der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 BV), der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV) und des Willkürverbots (Art. 9 BV) zu respektieren haben.⁵⁰⁵

Auf Bundesverwaltungsebene wird ferner unterschieden, wie sich die Subventionen auf die Erfolgsrechnung des Bundes auswirken. Demnach existieren ausgabenseitige Subventionen, die als direkte Subventionen bezeichnet werden. Demgegenüber liegen die einnahmeseitigen Subventionen bzw. indirekten Subventionen. Die ausgabenseitigen bzw. direkten Subventionen sind Subventionen, die die Ausgaben des Bundes erhöhen, während die einnahmeseitigen bzw. indirekten Subventionen die Einnahmen des Bundes reduzieren, indem der Bund auf die ihm zustehenden Gelder verzichtet. Eine indirekte Subvention stellt z.B. die Mehrwertsteuerbefreiung von Spitalbehandlungen gem. Art. 21 Abs. 2 Ziff. 2 Mehrwertsteuergesetz (MWStG)⁵⁰⁶ dar.

Bei Koppelungssubventionen wird ein Beitrag des Bundes zusammen mit einem Unterstützungsbeitrag eines Kantons oder einer Gemeinde gesprochen.

⁵⁰² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2517.

⁵⁰³ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 249.

⁵⁰⁴ Ebenda.

⁵⁰⁵ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 249.

⁵⁰⁶ Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 12. Juni 2009 (Mehrwertsteuergesetz, MWStG, SR 641.20).

Durch Koppelungssubventionen entsteht immer ein multipolares Subventionsverhältnis, d.h. es entsteht ein Rechtsverhältnis, bei welchem mehrere Gemeinwesen gleichzeitig als Subvenienten für dasselbe Vorhaben auftreten.⁵⁰⁷ So existieren z.B. im Bereich der kantonalen Förderung der erneuerbaren Energien Koppelungssubventionen. Einige Kantone knüpfen die Gewährung von Subventionen für erneuerbare Energien daran, ob bereits Fördermittel durch Förderprogramme auf Bundesebene gesprochen wurden. Dagegen schliessen einige Kantone die Subventionierung der erneuerbaren Energien aus, sofern der Bund bereits Fördermittel gesprochen hat (Ausschlusssubventionen).⁵⁰⁸

Förderungssubventionen sind finanzielle Unterstützungen, die bereits im Voraus darauf abzielen, eine bestimmte Tätigkeit zu fördern oder anzustossen. Aus diesem Grund werden sie auch als *ex ante*-Subventionen bezeichnet. Im Gegensatz dazu beziehen sich Erhaltungssubventionen auf finanzielle Unterstützungen, die erst nach der Aufnahme der Tätigkeit gewährt werden, also *ex post*. Diese Subventionen dienen oft dazu, Defizite auszugleichen, die im Zusammenhang mit der erwünschten Tätigkeit entstehen können.⁵⁰⁹

Schliesslich besteht auch die Möglichkeit, Subventionen anhand der Anzahl beteiligter Parteien zu unterscheiden. Die sog. bipolaren Subventionen haben nur zwei beteiligte Endsubjekte, den Subventionsgeber und den Subventionsempfänger.⁵¹⁰ Im Gegensatz dazu haben multipolare Subventionen mehrere beteiligte Parteien. Neben den beiden Endsubjekten gibt es auch sog. Zurechnungszwischensubjekte, die an der Abwicklung des Subventionsverhältnisses beteiligt sind, jedoch nicht unmittelbar am Rechtsverhältnis selbst.⁵¹¹ Die zuvor beschriebenen Koppelungssubventionen fallen immer in die Kategorie der multipolaren Subventionen. Das Subventionsverhältnis besteht hier zwischen zwei Subvenienten, z.B. dem Bund und einem Kanton bzw. einer Gemeinde, sowie einem Subventionsempfänger.

4. Subventionen auf kantonaler Ebene

Die föderalistischen Eigenheiten der Schweiz ziehen sich auch durch das kantonale Subventionsrecht. Die Kantone haben weitreichende Befugnisse in Bezug auf die Subventionspolitik. Sämtliche Kantone weisen immer noch eigene

⁵⁰⁷ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 49.

⁵⁰⁸ Vgl. ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 308 ff.

⁵⁰⁹ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 251.

⁵¹⁰ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 47.

⁵¹¹ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 48.

Subventionsbestimmungen auf, die sich i.d.R. in den jeweiligen Subventionsgesetzen wiederfinden.⁵¹² Die Mehrheit der Kantone folgt allerdings einem der Bundesdefinition vorgegebenen Verständnis von Subventionen, was wiederum zumindest auf ein ungefähres, gemeinsames Rechtsverständnis in dieser Hinsicht deutet.⁵¹³ Auf kantonaler Ebene findet sich bei der Mehrheit der Kantone wie auf der Bundesebene ebenfalls die Unterscheidung zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen, wobei Subventionen teilweise auch als Staatsbeiträge bezeichnet werden.⁵¹⁴ Die Kantone Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Jura, Luzern, Neuenburg, Waadt, Wallis und Zürich unterscheiden zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen⁵¹⁵, während die Kantone Basel-Landschaft und Tessin ausschliesslich Finanzhilfen als Subventionen anerkennen und Abgeltungen nicht erfassen.⁵¹⁶ Die Kantone Freiburg, Genf, Waadt und Wallis klammern die klassischerweise als Subvention eingestuften Steuervergünstigungen vom Subventionsbegriff sogar komplett aus.⁵¹⁷

Typischerweise legen die Kantone in ihren Subventionsgesetzen Parameter fest, nach denen sie Subventionen vergeben, wie z.B. die finanzielle Bedürftigkeit oder soziale oder ökologische Ziele. Die durch die Kantone geförderten Gebiete sind breit gefächert und betreffen viele Bereiche, die mittels unterschiedlicher Ansätze und Programme unterstützt werden. Besonders hinsichtlich des Ausbaus der erneuerbaren Energien setzen einige kantonale Programme auf finanzielle Anreize in ihren Programmen, um die erneuerbaren Energien zu fördern (z.B. Teil deckung von Investitionskosten, Steuervergünstigungen, garantierte Vergütungen für Strom aus erneuerbaren Energien, Forschung und Entwicklung), wenn auch die Förderung häufig auf indirekte Weise erfolgt (siehe unten [Teil 3, II., 8.](#)).

⁵¹² Vgl. dazu beispielhaft § 1 Abs. 1 Staatsbeitragsgesetz des Kantons Zürich vom 1. April 1990, Ordnungsnummer 132.2. Der Kanton Zürich spricht von Staatsbeiträgen als zweckgebundene, geldwerte Leistungen für die Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse.

⁵¹³ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 20.

⁵¹⁴ Anders dagegen im Kanton Zürich, wonach die Subventionen gem. § 1 Abs. 1 Staatsbeitragsgesetz als Staatsbeiträge definiert sind.

⁵¹⁵ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 15 ff.

⁵¹⁶ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 20.

⁵¹⁷ ebenda, 20.

5. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen

Wie oben festgestellt, ermächtigt die BV unter gewissen Voraussetzungen zur Gewährung von Subventionen. Dabei ist die Grundsatzkonformität gem. Art. 94 Abs. 4 BV zu gewährleisten sowie allfällige Spezialgesetze zu berücksichtigen. Zudem müssen die Vorgaben von Art. 36 BV eingehalten werden, falls eine Subvention einen Grundrechtseingriff darstellt. Schliesslich ist auch der Gleichbehandlungsgrundsatz von Konkurrenten zu respektieren.⁵¹⁸ Bei der Prüfung der Grundsatzkonformität muss insb. berücksichtigt werden, dass Bund und Kantone die zentralen Elemente des Marktmechanismus nicht beseitigen und die Wirkung zwischen Angebot und Nachfrage nicht ausschalten.⁵¹⁹

Die Unterscheidung zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Massnahmen ist allerdings nicht immer eindeutig erkennbar. Das Bundesgericht erachtet Massnahmen, die „den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen“⁵²⁰ als unzulässig. Dagegen sind aber gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung gewerbepolizeilich oder sozialpolitisch begründete Einschränkungen erlaubt.⁵²¹ So müssen nicht grundsatzkonforme Massnahmen gem. Art. 94 Abs. 4 BV in der Verfassung vorgesehen sein. Dabei genügt es, wenn sich entsprechende Ausnahmen implizit aus der BV ergeben. So gelten z.B. die Landesversorgung gem. Art. 102 Abs. 1 BV, die regionale und sektorielle Strukturpolitik gem. Art. 103 BV sowie die Landwirtschaft gem. Art. 104 Abs. 2 BV als ausdrücklich in der BV vorgesehene Abweichungen.⁵²²

Art. 94 Abs. 4 BV erlaubt Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, wenn die Massnahmen auf den kantonalen Regalrechten beruhen. Zu den Regalrechten zählen die historischen Regalrechte, wie z.B. das Salzregal oder das Grund- und Bodenregal.⁵²³ Das Bundesgericht stellt ferner klar, dass eine Monopolisierung sonstiger Wirtschaftsbereiche aber auch dazu geeignet sein kann, ein Regalrecht gem. Art. 94 Abs. 4 BV zu begründen. Voraussetzung dafür ist, dass die kantonalen Monopole auf hinreichenden Gründen des öffent-

⁵¹⁸ Vgl. zu den Anforderungen an die Grundrechtsbeschränkungen die umfangreichen Ausführungen ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Kap. IV, 4. a) bb), Rz. 323 ff.

⁵¹⁹ RHINOW, Subvention in der schweizerischen Rechtsordnung, 165.

⁵²⁰ BGE 131 I 223 E. 4.2, 231 f.; vgl. dazu auch BGE 123 I 12 E. 2a, 15.

⁵²¹ BGE 131 I 223 E. 4.2, 231 f.; vgl. dazu auch BGE 128 I 3 E. 3.a, 9 f.

⁵²² BIAGGINI, Art. 94, N 14a.

⁵²³ BIAGGINI, Art. 94, N 15.

lichen Wohls (wie sozial- und wirtschaftspolitischen Massnahmen) beruhen und verhältnismässig sind.⁵²⁴ Sie dürfen zudem nicht als Fiskalmonopole ausgestaltet sein.⁵²⁵

Obwohl Subventionen nicht unter die Eingriffsverwaltung fallen, sondern zur Leistungsverwaltung zählen, unterliegen sie dennoch den allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen staatlichen Handelns.⁵²⁶ So müssen das Legalitätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 1 BV, das Verhältnismässigkeitsprinzip gem. Art. 5 Abs. 2 BV und das Prinzip des Handelns nach Treu und Glauben gem. Art. 5 Abs. 3 BV befolgt werden. Das Gebot der Wirtschaftsfreiheit nimmt eine Sonderrolle ein, da sie dabei einerseits eine individualrechtliche Funktion und andererseits eine System- und Binnenmarktfunktion erfüllt.⁵²⁷ Beim Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit gelten aufgrund der individualbezogenen Funktion dieselben Voraussetzungen wie bei einem Grundrechtseingriff.⁵²⁸

6. Verfahren und Kontrolle

In der Schweiz existiert, ähnlich wie im Beihilferecht der EU, ein umfangreiches und komplexes Regelwerk hinsichtlich Verfahren und Kontrollen zur Subventionsvergabe, sowie dazugehörige Rechtsschutzmechanismen. Die Schweiz kennt aufgrund der kantonalen Souveränität und der weitgehenden Gemeindeautonomie auch eine teilweise Subventionskontrolle auf diesen Ebenen, wobei die Gemeindesubventionen sich je nach gewährter Autonomie stark unterscheiden. Nachfolgend werden die einzelnen Verfahren der Subventionsvergabe, deren Kontrolle sowie die wichtigsten Rechtsschutzmöglichkeiten umrissen.⁵²⁹

a) Subventionsvergabe auf Bundesebene und kantonaler Ebene

Das SuG sieht verschiedene mögliche Handlungsformen zur Vergabe von Subventionen vor. Gem. Art. 16 Abs. 1, 17 und 18 SuG wird mittels Verfügung die

⁵²⁴ BGE 124 I 11 E. 4.a, 17 f.

⁵²⁵ BIAGGINI, Art. 94, N 16.

⁵²⁶ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, 2529; siehe zu den Grundsätzen der Leistungsverwaltung auch BGE 123 I 1 E. 2, 4; BGE 116 Ib 309 E. 5, 313; BGE 103 Ia 369 E. 5 f., 380 ff.

⁵²⁷ BIAGGINI, Art. 94, N 1; BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 105.

⁵²⁸ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 113.

⁵²⁹ Siehe für eine vertiefte und ausführliche Darstellung der Subventionsverfahren und -kontrollen ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Teil I, Kap. IV, Rechtslage in der Schweiz, Unterkapitel 5, Rz. 351 ff.

Subvention gesprochen. Gem. Art. 16 Abs. 2, 19 und 20 SuG wird die Subventionsvergabe durch öffentlich-rechtliche Verträge begründet. Gem. Art. 16 Abs. 4 SuG ist auch die formlose Gewährung möglich. Daneben besteht auch die Möglichkeit, spezialgesetzliche Vergabeformen (Art. 2 Abs. 2 SuG) vorzusehen.⁵³⁰ I.d.R. gewährt der Bund den Kantonen Subventionen (Finanzhilfen und Abgeltungen) mittels Programmvereinbarung i.S.v. Art. 16 Abs. 3 SuG.

Chronologisch zeichnet sich das Subventionsverfahren dadurch aus, dass der Subventionsempfänger das Subventionsverfahren einleitet. Ihm wird dann entweder die Ablehnung des Subventionsgesuchs oder die Zusicherung der Subvention (Subventionszusicherungsverfahren) mitgeteilt und das Subventionsverfahren endet schliesslich mit einem rechtskräftigen Entscheid über die Subventionsvergabe, wobei eine Ablehnung eines Subventionsgesuchs gem. Art. 16 Abs. 5 SuG in jedem Fall mittels Verfügung erfolgen muss.⁵³¹

Der Bundesrat prüft für genehmigte Finanzhilfen und Abgeltungen an Empfänger ausserhalb der zentralen Bundesverwaltung gem. Art. 2 Abs. 1 SuG grundsätzlich periodisch, ob die Bestimmungen des SuG eingehalten werden. Der Bundesrat prüft, ob die bundesrechtlichen Subventionserlasse den Grundsätzen des SuG entsprechen, wobei die Überprüfung gem. Art. 5 Abs. 1 SuG wenigstens alle sechs Jahre stattfindet. Das SuG kennt aber keine systematische Überprüfung von Subventionen vor deren Gewährung. Hinzu kommt, dass mit der Einführung des sog. Neuen Führungsmodells für die Bundesverwaltung von 2014 entschieden wurde, Subventionen nicht mehr in einem periodischen Bericht, sondern in rotierender Weise pro Jahr je ein Departement zu überprüfen.⁵³² Der Bundesrat veröffentlicht hierüber gem. Art. 5 SuG jeweils das Ergebnis. In der Jahresrechnung 2019 berichtete der Bundesrat über das UVEK. Im Jahre 2020 über das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA). Im Jahr 2021 prüfte er die Subventionen des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI). Während er im Jahre 2022 das EJPD und im Jahre 2023 das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) sowie das Eidgenössische Finanzdepartement (EFD) prüfte.⁵³³ Die rotierende Überprüfung führt allerdings möglicherweise dazu,

⁵³⁰ MÖLLER, 135.

⁵³¹ MÖLLER, 152.

⁵³² Vgl. dazu Leitfaden des EFV zur Subventionsberichterstattung in Botschaften vom April 2018.

⁵³³ Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2019, 65 ff.; Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2020, 65 ff.; Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2021, 65 ff.; Bericht der Eidgenössischen

dass gewisse Subventionsbestimmungen erst nach vielen Jahren seit der Gewährung überprüft werden.

Der Entscheid zur Zusicherung über ein Subventionsgesuch erfolgt jeweils durch die zuständige Verwaltungsbehörde. Die verantwortliche Verwaltungsbehörde wird dabei durch das für die spezifische Subvention einschlägige Spezialgesetz genannt. So statuiert z.B. das EnG für die Zusicherung der Subvention i.S.d. Investitionsbeitrags für Photovoltaik-, Wasserkraft- und Biomasseanlagen nach Art. 26 und 27 EnG, die Zuständigkeit des BFE gem. Art. 28 Abs. 1 EnG.

Gem. Art. 35 Abs. 2 SuG steht für Anspruchssubventionen das Beschwerdeverfahren nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege (vgl. insb. Art. 44 ff. VwVG) zur Verfügung.

Abzugrenzen von der Subventionsvergabe ist die Vergabe auf kantonaler und kommunaler Ebene. Hier findet keine systematische Kontrolle der kantonalen sowie kommunalen Subventionen durch den Bund statt. Einige Kantone führen eigene Register, in welchen sie sämtliche Subventionen aufführen, wobei dennoch keine vollständige Übersicht über alle kantonalen Subventionen existiert.⁵³⁴

Beschwerden an kantonale Verwaltungsbehörden und der nachfolgende Instanzenzug richten sich zunächst nach dem jeweils geltenden kantonalen Recht. Entscheide können dann durch Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten gem. Artikel 82 ff. Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) oder durch subsidiäre Verfassungsbeschwerde gem. Art. 113 des BGG beim Bundesgericht angefochten werden. Beschwerden in Bezug auf die Nichtgewährung im Subventionszusicherungsverfahren unterliegen zunächst dem kantonalen Recht. Reicht das kantonale Recht jedoch vom Bundesrecht ab, besteht die Möglichkeit, die Beschwerde beim Bundesgericht einzureichen.

b) Subventionswiderrufsverfahren und Subventionsrückforderungsverfahren

Das Verwaltungsverfahren im SuG lässt sich zeitlich in zwei Phasen unterteilen: in das Subventionszusicherungsverfahren und in das Subventionswiderrufs- bzw. Subventionsrückforderungsverfahren.⁵³⁵ Im Gegensatz zum Subventions-

Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2022, 54 ff.; Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zur Staatsrechnung 2023, 105 ff.

⁵³⁴ So kennen z.B. die Kantone Freiburg, Neuenburg und Wallis solche Subventionsregister.

⁵³⁵ MÖLLER, 152 ff.

zusicherungsverfahren wird das Subventionswiderrufs- und Subventionsrückforderungsverfahren von Amts wegen eingeleitet.⁵³⁶ Die entsprechenden Regelungen finden sich im 3. Abschnitt des SuG.

Das Subventionswiderrufsverfahren wird gem. Art. 30 SuG durchgeführt. Hierbei widerruft die zuständige Behörde eine Finanzhilfe- oder Abgeltungsverfügung, wenn diese rechtswidrig gewährt wurde, entweder aufgrund von Verstössen gegen Rechtsvorschriften oder aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben. Durch den Widerruf werden bereits geleistete Zahlungen zurückgefordert. Der Widerruf entspricht daher der Rückforderung. Es besteht jedoch die Möglichkeit, auf den Widerruf aus verschiedenen Gründen zu verzichten, beispielsweise dann, wenn die Rechtsverletzung von Anfang an nicht leicht erkennbar und damit nicht offensichtlich war (Art. 30 Abs. 4 SuG).

Der Widerruf von Finanzhilfe- und Abgeltungsverfügungen ist in Art. 30 SuG geregelt, während Art. 31 SuG eine analoge Regelung zur Widerrufsbestimmung für Finanzhilfe- und Abgeltungsverträge vorsieht. Der Widerruf von Subventionsgewährungen erfolgt durch Verfügung oder Vertrag.

c) Rückforderung von Finanzhilfen

Das SuG regelt Widerrufsgründe sowie Rückforderungsgründe, die jedoch ausschliesslich für Finanzhilfen gelten (Art. 28 und 29 SuG). Gem. Art. 10 Abs. 1 lit. e SuG werden für 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 jeweils einzelnen Abgeltungserlassen geregelt.

Gem. Art. 28 Abs. 1 SuG zahlt die zuständige Behörde die Finanzhilfe nicht aus oder fordert sie einschliesslich Verzugszinsen zurück, wenn der Empfänger trotz Mahnung seine Verpflichtung nicht erfüllt. Erfüllt der Empfänger trotz Mahnung seine Verpflichtungen nur mangelhaft, sieht das SuG vor, dass anstelle der Nichtauszahlung oder Rückforderung die Finanzhilfe angemessen gekürzt oder teilweise zurückgefordert werden kann. In Härtefällen kann gem. Art. 28 Abs. 3 SuG auf diese Massnahmen verzichtet werden. Im Gegensatz zum Widerruf wird die Subventionsverfügung nicht förmlich widerrufen, sondern es erfolgt lediglich die Rückforderung oder Zurückbehaltung der Leistungen.⁵³⁷

⁵³⁶ MÖLLER, 170.

⁵³⁷ WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1582.

Art. 32 SuG regelt die Verjährungsfristen. Für Forderungen aus Finanzhilfe- und Abgeltungsverhältnissen beträgt die Verjährungsfrist fünf Jahre. Für Ansprüche auf Rückerstattung von Subventionen beträgt die Verjährungsfrist ein Jahr ab Kenntnis der verfügenden Behörde oder Vertragsabschlussbehörde vom Rechtsgrund des Rückforderungsanspruchs. Die absolute Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche beträgt zehn Jahre ab Entstehung des Anspruchs.

d) Rechtsschutz

In einem Subventionsverfahren haben die involvierten Mitbewerber und direkten Konkurrenten der Subventionsempfänger oftmals ein Interesse an einer Entscheidung hinsichtlich der Gewährung oder Nicht-Gewährung von Subventionen, da dieser einen Einfluss auf bzw. einen potenziellen Nachteil für deren Tätigkeiten begründen kann. Direkte Konkurrenten sind gem. Bundesgericht dabei „Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen“⁵³⁸. Der Rechtsschutz Dritter bei Subventionsgewährung wird durch die Verfügung der Subventionsgewährung begründet. Diese sind gem. Art. 48 VwVG sowohl beim verwaltungsinternen Rechtsschutz als auch beim Gang an das Bundesverwaltungsgericht legitimiert.⁵³⁹

Gem. Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG ist derjenige Dritte beschwerdeberechtigt, der vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, nach Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist oder gem. Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat. Gem. Art. 48 Abs. 2 VwVG sind zudem Personen, Organisationen und Behörden zur Beschwerde berechtigt, denen ein anderes Bundesgesetz dieses Recht einräumt.

Der Adressat der Verfügung ist der Subventionsempfänger. Dritte sind i.d.R. aber nicht ohne Weiteres von einer Verfügung besonders berührt. Um beschwerdelegitimiert zu sein, muss i.S.v. Art. 48 Abs. 1 lit. b VwVG eine besonders beachtenswerte, nahe Beziehung zur Streitsache bestehen, womit der Dritte stärker als andere von der Verfügung betroffen sein muss.⁵⁴⁰ Die Kon-

⁵³⁸ BGE 125 I 431 E. 4b/aa, 436.

⁵³⁹ MÖLLER, 297.

⁵⁴⁰ Dahinter steckt die Absicht, die Voraussetzungen einer Populärbeschwerde auszuschliessen, vgl. dazu Kommentar VwVG-HÄNER, Art. 48, N 12.

kurrenten eines Subventionsempfängers sind folglich nicht aufgrund des blossen Status als Konkurrenten zur Beschwerde berechtigt, noch genügt die blossе Eigenschaft eines Konkurrentenverhältnisses, um die besondere Berührtheit zu begründen. Die besondere Beziehungsnähe wird erst durch eine spezialgesetzliche Ordnung, welcher beide Bewerber (Konkurrenten) unterliegen, und soweit die wirtschaftliche Position des Mitbewerbers durch wettbewerbsbeschränkende Massnahmen erheblich behindert wird, begründet.⁵⁴¹ Das Kriterium der besonderen Beziehungsnähe zur Streitsache wird nach objektiven Kriterien aufgrund der konkreten Sachumstände ermittelt.⁵⁴²

Eine Beschwerdeberechtigung kann sich gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung überdies auch dann manifestieren, wenn ein Konkurrent die Privilegierung anderer Konkurrenten oder die (rechts)ungleiche Behandlung geltend macht.⁵⁴³

Abschliessend zu erwähnen ist die Möglichkeit des Rechtsschutzes Dritter bei der vertraglichen Gewährung einer Subvention gem. Art. 19 Abs. 3 SuG. Die Behörde, die mit der Gewährung der Subvention beauftragt ist, muss die Vertragsofferte sowohl dem Gesuchsteller als auch dem beschwerdeberechtigten Dritten unterbreiten. Beide sind dann innerhalb einer 30-tägigen Frist dazu berechtigt, eine anfechtbare Verfügung darüber zu verlangen. Der Rechtsweg geht über das Bundesverwaltungsgericht und an das Bundesgericht in letzter Instanz.⁵⁴⁴

7. Das Energiegesetz

Die unterschiedlichen Förderinstrumente zum Ausbau der erneuerbaren Energien sind auf Bundesebene im EnG geregelt. Das EnG bedient sich dabei unterschiedlicher Fördermodelle. Nachfolgend sollen deshalb die für die vor-

⁵⁴¹ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 88.

⁵⁴² Vgl. dazu Kommentar VwVG-HÄNER Art. 48 VwVG, N 13 f.; mit der Revision der Bundesrechtspflege wurde Art. 48 VwVG geändert und mit Art. 89 BGG in Übereinstimmung gebracht. Das Bundesverwaltungsgericht bezieht hinsichtlich Auslegung von Art. 18 VwVG deshalb auch auf die Praxis von Art. 89 BGG. Einerseits wurde neu in Art. 48 Abs. 1 lit. a VwVG die formelle Beschwerde aufgenommen, da in der Praxis zuvor darüber Unklarheiten bestanden hatten und andererseits wird bei der allgemeinen Beschwerdelegitimation neu verlangt, dass die Beschwerdeführenden besonders berührt sind. Hinsichtlich Letzterem resultierte keine inhaltliche Verschärfung der Voraussetzungen, sodass die Neuformulierung keine praktischen Auswirkungen hat.

⁵⁴³ BGE 125 I 7 E. 3e, 10.

⁵⁴⁴ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 87.

liegende Arbeit relevanten Massnahmen zur Förderung der erneuerbaren Energien erläutert werden, wobei zunächst auf die spezifische Funktionsweise des jeweiligen Modells eingegangen wird. Die im EnG identifizierten Unterstützungsmassnahmen werden dann im nächsten Schritt auf ihre Beihilfe- und anschliessend auf die WTO-Konformität (mit Fokus auf das EVS) hin untersucht.

a) Fördermodelle

Allgemein lassen sich die Förderinstrumente für erneuerbare Energien zwischen monetären und ordnungsrechtlichen Mechanismen unterscheiden. Die monetären Instrumente bilden das Kernstück der Förderung der erneuerbaren Energien.⁵⁴⁵ Dies sind u.a. freiwillige Massnahmen wie Beteiligungen, Spenden oder Umwelttarife⁵⁴⁶, aber auch regulatorische Massnahmen.⁵⁴⁷ Letztere werden in direkte und indirekte Massnahmen unterteilt. Im Kontext der am häufigsten verwendeten Instrumentarien in Europa sind die direkten Massnahmen von Bedeutung.⁵⁴⁸ Darunter fallen die Instrumente der Preis- und Mengensteuerung. Weiter lassen sich Förderinstrumente zum einen danach unterscheiden, ob sie investitions- oder produktionsbezogen sind, und zum anderen danach, ob sie preis- oder mengengetrieben sind.⁵⁴⁹

Folgend sind die Kategorien tabellarisch dargestellt. Auktionen nehmen eine besondere Stellung ein, weil sie mit den anderen Instrumenten kombiniert werden können.⁵⁵⁰

	preisgetrieben	mengengetrieben
investitionsbezogen	Investitionsbeihilfen	Auktionen
	Steuererleichterungen	
produktionsbezogen	Einspeisetarif	Auktionen
	Einspeiseprämie	Quoten und grüne Zertifikate

⁵⁴⁵ POMANA, 175.

⁵⁴⁶ SCHNEIDER, 258.

⁵⁴⁷ POMANA, 176.

⁵⁴⁸ SCHAEFER, 404; WITTHOHN, 113; aktuelle Übersicht aller verwendeten Systeme unter Res Legal Europe, Übersicht und Database über sämtliche, verwendeten Fördersysteme in der EU, abrufbar unter: <www.res-legal.eu/archive/>.

⁵⁴⁹ RESCH et al., 157.

⁵⁵⁰ SCHLEINIGER, 15.

Eine weitere Unterscheidung lässt sich entlang einer Zeitachse machen, wobei der Zeitpunkt des Einsatzes der Fördermassnahme als Kriterium ausschlaggebend ist. Unterschieden wird demnach, ob die Förderung bereits vor dem Investitionsentscheid (*ex ante*) oder erst nach der Einspeisung des produzierten Stroms ins Netz (*ex post*) erfolgt. Typischerweise erfolgt eine investitionsbezogene Förderung *ex ante* und wird in Abhängigkeit von der installierten Leistung (z.B. in MW) bestimmt. Hingegen finden produktionsbezogene Förderungen häufig *ex post* statt, können aber im Fall von Auktionen ebenfalls *ex ante* erfolgen.⁵⁵¹

aa) Modell der Einspeisevergütung

Die Einspeisung von Strom wird entweder in Form eines Einspeisetarifs oder als Einspeiseprämie vergütet. Beim Einspeisetarif (sog. *Feed-in-Tarif*) bekommt der Produzent von erneuerbarem Strom einen im Voraus festgelegten Tarif pro in das Netz eingespeiste Stromeinheit, der über dem Marktpreis liegt. Üblicherweise ist mit der Preisgarantie auch eine Abnahmegarantie verbunden. Diese verpflichtet die Verteilnetzbetreiber, den Strom der einspeiseberechtigten Produzenten jederzeit und in unbeschränkter Menge zu den festgelegten Tarifen abzugelten. Die Mehrkosten für diese Abgeltung werden typischerweise über einen Zuschlag (in der Schweiz über den Netzzuschlag) auf dem Verbraucherpreis auf die Endkonsumenten abgewälzt.⁵⁵²

Der vorgegebene Tarif sollte dabei idealerweise so hoch ausfallen, dass dadurch für die Produzenten Anreize geschaffen werden, um die erneuerbare Stromproduktion im (politisch) erwünschten Ausmass zu erhöhen. Fällt der Tarif zu niedrig aus, wird die zusätzlich produzierte Strommenge marginal sein. Fällt er hingegen zu hoch aus, wird zu viel Strom produziert und die Produzenten realisieren dadurch Gewinne, die aber von den Konsumenten getragen werden.⁵⁵³

Um die Tarifhöhe zu bestimmen, müssen die Kosten der erneuerbaren Stromproduktion abgeschätzt oder in einer Auktion bestimmt werden. Der Tarif orientiert sich nach den verschiedenen Technologien oder Anlagegrössen und fällt deshalb jeweils unterschiedlich hoch aus. Bei der Bestimmung der Tarife werden die fortlaufenden Entwicklungen und Anwendungen neuer Technologien aus Gründen der Kosteneinsparung berücksichtigt, indem die Tarife über

⁵⁵¹ SCHLEINIGER, 15.

⁵⁵² SCHLEINIGER/BETZ/WINZER, Strommarkt Schweiz, 151.

⁵⁵³ Pronovo AG, EVS, Herkunft Fördergelder.

die Zeit hinweg nach unten angepasst werden. Die tieferen Tarife werden dann aber nur auf neue Anlagen angewandt.⁵⁵⁴ Für einen Einspeisetarif wird auch eine beschränkte Nutzungsdauer festgelegt.

Der Vorteil von technologiespezifischen und zeitabhängigen Fördersätzen liegt darin, dass sie weniger Mitnahmegewinne erzeugen. Dies garantiert aber nicht, dass dadurch die kostengünstigste Stromproduktion angeregt wird. Deswegen besteht bei der Frage der Förderung einer bestimmten Technologie ein Zielkonflikt zwischen einerseits möglichst geringen Mitnahmegewinnen der Stromproduzenten und andererseits der Effizienz i.S. einer kostengünstigen Produktion von Strom aus erneuerbaren Energien.

Das System der Einspeiseprämie sieht im Unterschied zum Einspeisetarif mit der sog. Direktvermarktung einen Zuschlag für den Produzenten von Strom aus erneuerbaren Energien, zum ansonsten auf dem freien Markt verkauften Strom, vor. Dadurch setzt sich der Erlös des Stromerzeugers aus zwei Elementen, dem Marktpreis und der Prämie, zusammen.

Die Einspeiseprämie ist dazu gedacht, die Differenz zwischen den (noch relativ hohen) Produktionskosten des Stroms aus erneuerbaren Energien und dem Marktpreis auszugleichen. Dies soll dazu dienen, die erneuerbaren Technologien konkurrenzfähig zu machen und sie in den Markt zu integrieren. Dabei lässt sich, wie beim Tarif, auch die Prämie nach Technologie, Anlagegrösse und Zeitpunkt der Inbetriebnahme, differenzieren.⁵⁵⁵

bb) Modell des Investitionsbeitrags und Einmalvergütung

Ein Investitionsbeitrag wird zur Abgeltung eines Teils der Investitionen in Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien gewährt. Die Auszahlung erfolgt dabei einmalig oder mehrmals und gestaffelt. Diese monetären Unterstützungen sollen die Mehrkosten für die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien abgelten, wobei der Strom zu den marktüblichen Preisen verkauft wird. Sie stellen somit Leistungen an Dritte für Investitionen in Anlagen aus erneuerbaren Energien dar, die das Ziel der Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien verfolgen. Zur Verdeutlichung der Wirkungsweise eines Investitionsbeitrags bzw. einer EIV kann sie mit einer Steuererleichterung in entsprechender Höhe verglichen werden. Aus Sicht eines Stromproduzenten von Strom aus erneuerbaren Energien ist es schlussendlich unerheblich, ob er eine staatliche Unterstützung ausbezahlt erhält oder

⁵⁵⁴ SCHLEINIGER/BETZ/WINZER, Strommarkt Schweiz, 151.

⁵⁵⁵ SCHLEINIGER/BETZ/WINZER, Strommarkt Schweiz, 152.

den gleichen Betrag bei den Steuern einspart. Damit handelt es sich um eine direkte, finanzielle staatliche Unterstützungsmassnahme.⁵⁵⁶

cc) *Modell der Marktprämie*

Eine 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 Förderhöhe ausgleicht.⁵⁵⁷ Sie dient dazu, Stromerzeugern das wirtschaftliche Betreiben einer Anlage zu ermöglichen, indem sie eine zusätzliche Prämie, neben den allfälligen Markterlösen bzw. Markteinbussen, erhalten. Im Gegensatz zu einer festen Marktprämie soll eine gleitende Marktprämie marktnäher wirken, da der Preis je nach Anfrage und Angebot schwankt.

b) **Im Energiegesetz verankerte Fördermassnahmen**

Das EnG enthält neben den vorliegend relevanten Fördermassnahmen auch weitere Unterstützungsmassnahmen für den Ausbau der erneuerbaren Energien, wobei die genauen Konditionen und Fördersätze variieren und aufgrund des technologischen Fortschritts und der Marktbedingungen regelmässig angepasst werden. Nachdem vorgängig die Funktionsweisen der Fördermodelle theoretisch dargestellt wurden, sollen nachfolgend die für diese Untersuchung einschlägigen Fördermassnahmen des schweizerischen EnG im Detail erörtert werden.

aa) *Einspeisevergütung gem. Art. 19 Energiegesetz*

Die Einspeisevergütung ist in Art. 19 ff. EnG geregelt. Sie stellt eine staatlich festgelegte Geldleistung für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien dar, die aus einem zweckgebundenen Spezialfonds stammt. Die (neue) Eigenverantwortlichkeit der Stromproduzenten bezüglich des Absatzes und der Vermarktung des produzierten Stroms sorgt dafür, dass sich die Einspeisung an der Nachfrage des Strommarkts orientiert. Dadurch soll der Strom bedarfsgerecht eingespeist werden. In der Schweiz hat sich das traditionelle Modell der Einspeisevergütung, wie in den meisten EU-Mitgliedstaaten, etabliert, weil es als besonders marktnahe gilt.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ Siehe dazu z.B. Wirkungsprüfung der Subventionen an grosse Photovoltaikanlagen, 20.

⁵⁵⁷ GRAEBER, 29.

⁵⁵⁸ BANFI/MINSCH, 9.

Seit dem Inkrafttreten des aktuellen EnG per 1. Januar 2018 wurde die ehemals kostendeckende Einspeisevergütung durch das marktorientierte EVS ersetzt. Diese Umgestaltung ist in der Energiestrategie 2050 vorgesehen.⁵⁵⁹ Während in der kostendeckenden Einspeisevergütung noch eine fixe Vergütung für die Stromproduzenten vorgesehen war, sieht die jetzige Teilnahme am EVS vor, dass die Stromproduzenten für den Absatz ihres Stroms selbst verantwortlich sind und dadurch einen Anreiz erhalten sollen, zeitlich den Strom dann einzuspeisen, wenn er benötigt wird (Art. 14 EnFV i.V.m. Art. 21 EnG).⁵⁶⁰ Somit gibt es keine eigentliche Abnahmegarantie mehr. Dies ist durch die Umgestaltung aus ökonomischer Sicht aber auch nicht mehr nötig, weil der Stromanbieter seine Produktion jederzeit auf dem Markt zum entsprechenden Preis veräussern kann. Für den ökologischen Mehrwert erhalten die Stromproduzenten die Einspeiseprämie, die sich aus der Differenz zwischen der herkömmlichen kostendeckenden Einspeisevergütung und einem Referenzmarktpreis ergibt. Art. 14 Abs. 1 EnFV bestimmt dabei den Referenzmarktpreis für Photovoltaikanlagen und Art. 14 Abs. 2 EnFV für alle übrigen Technologien. Kleine sowie schlecht steuerbare Anlagen haben weiterhin die Möglichkeit der Vergütung zum Referenzmarktpreis.⁵⁶¹

Am EVS dürfen gem. Art. 19 Abs. 1 und Abs. 3 EnG nur Betreiber von Neuanlagen teilnehmen, die sich auch für den entsprechenden Standort eignen und Elektrizität aus den erneuerbaren Energien der Wasserkraft, Sonnenenergie, Windenergie, Geothermie oder Biomasse erzeugen. Dies nur, solange die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG reichen. Art. 11 EnFV legt des Weiteren allgemeine Anforderungen an die Teilnahme am EVS fest. Neuanlagen sind alle Anlagen, die nach dem 1. Januar 2013 in Betrieb genommen wurden. Erhebliche Erneuerungen oder Erweiterungen einer bestehenden Anlage berechtigen dabei nicht zur Teilnahme. Als erheblich gilt eine Erweiterung ab einer Leistungssteigerung von 2 kW (Art. 24 Abs. 1 lit. a EnG). Gem. Art. 3 Abs. 2 EnFV gilt der komplette Ersatz einer bestehenden Anlage als Neuanlage. Dabei kann von einem kompletten Ersatz ausgegangen werden, wenn die notwendige Investition annähernd so gross ist wie diejenige in eine vergleichbare und tatsächlich neue Anlage.⁵⁶² Die Teilnahme am EVS für neue Anlagen wurde bis Ende 2022 bewilligt.⁵⁶³

⁵⁵⁹ Botschaft Energiestrategie 2050, 7565; MÖLLER/BAUMANN, Rz. 15.

⁵⁶⁰ Botschaft Energiestrategie 2050, 7624 f.

⁵⁶¹ Botschaft Energiestrategie 2050, 7625; MÖLLER/BAUMANN, Rz. 15.

⁵⁶² Botschaft Energiestrategie 2050, 7626.

⁵⁶³ Vgl. auch Webseite BFE, Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien.

Die Teilnahme am EVS beinhaltet ferner auch Mitwirkungspflichten. Anlagebetreiber sind dazu angehalten, die für die Auszahlung notwendigen Informationen einzureichen, allfällige Änderungen der an der Anlage berechtigten Personen mitzuteilen sowie nachträgliche Erweiterungen oder Erneuerungen von Anlagen mindestens einen Monat vor der Inbetriebnahme zu melden.⁵⁶⁴ Darüber hinaus müssen die Mindestanforderungen und Anspruchsvoraussetzungen jederzeit erfüllt werden, da sonst einerseits die Vergütung der Einspeiseprämie entfällt und es andererseits zum Ausschluss kommen kann (Art. 30 EnFV). Zudem gilt der ökologische Mehrwert des aus erneuerbaren Energien produzierten Stroms als abgegolten, weswegen der Handel mit den zugehörigen Herkunftsnachweisen ausgeschlossen ist.⁵⁶⁵

Die Teilnahmemöglichkeiten der verschiedenen Technologien am EVS sind gem. EnG eingeschränkt:

- Photovoltaikanlagen können nur noch in das EVS aufgenommen werden, wenn sie einer geplanten oder bereits realisierten Leistung von mindestens 100 kW entsprechen. Dabei müssen sie bis spätestens 30. Juni 2012 für eine Förderung angemeldet worden sein und ihr Wahlrecht bis spätestens 30. Juni 2018 zugunsten der Einspeisevergütung ausgeübt haben.

Das Wahlrecht zwischen dem EVS und der EIV haben gem. Art. 8 Abs. 1 EnFV Betreiber von grossen Photovoltaikanlagen. Als grosse Photovoltaikanlagen gelten Anlagen mit einer Leistung ab 100 kW. Gem. Art. 8 Abs. 2 EnFV wird das Wahlrecht mit der Einreichung des Gesuchs ausgeübt. Konnte keine fristgerechte Ausübung des Wahlrechts für diejenigen Projekte erfolgen, welche sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens 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 können allerdings diejenigen Projekte, die nach dem Datum des 30. Juni 2012 für eine Förderung angemeldet wurden, nicht mehr in das EVS aufgenommen werden.⁵⁶⁶

Weil gem. Botschaft zur Energiestrategie 2050 der rentable Betrieb bei kleinen Photovoltaikanlagen i.d.R. nicht im Vordergrund steht, werden sie ausserhalb des EVS durch die EIV bzw. einmalige Investitionsbeihilfen gefördert.⁵⁶⁷ Art. 19 Abs. 4 lit. b EnG spezifiziert weiter, dass Anlagen mit ei-

⁵⁶⁴ MÖLLER/BAUMANN, Rz. 34.

⁵⁶⁵ MÖLLER/BAUMANN, Rz. 35.

⁵⁶⁶ Faktenblatt Förderung der Photovoltaik, BFE, Version 1.2, vom 1. Mai 2019.

⁵⁶⁷ Botschaft Energiestrategie 2050, 7626.

ner installierten Leistung von weniger als 30 kW nicht am EVS teilnehmen können. Ausserdem 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, wodurch nur diejenigen Photovoltaikanlagen mit einer Leistung ab 100 kW zur Teilnahme am EVS berechtigt sind.

- Unter dem vorgängigen Recht als „übrige Biomasseanlagen“ bezeichnete Anlagen können am EVS teilnehmen. Ziff. 2.1.2. des Anhangs 1.5 EnFV zählt dabei die zugelassenen Biomassen auf. Seit dem 1. Januar 2018 sind Kehrichtverbrennungsanlagen, 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 1 MW oder mehr als 10 MW sind von der Teilnahme am EVS ausgeschlossen.

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 genügend Mittel zur Verfügung stehen und sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, wird die Aufnahme in das EVS gem. Art. 22 Abs. 1 EnFV zugesichert, selbst wenn ein Projekt noch nicht realisiert wurde. Art. 23 Abs. 1 EnFV sieht technologiespezifische Fristen für die Erreichung von Projektfortschritten und für die Inbetriebnahme vor, welche ab dem Zeitpunkt der Zusicherung zu laufen beginnen. So ist z.B. bei Photovoltaikanlagen das Projekt innert 12 Monaten seit der Zusicherung der Subvention zu realisieren (Art. 23 Abs. 2 i.V.m. Anhang 1.2 Ziff. 4.2 lit. a EnFV). Vorausgesetzt, dass die Anlage unter Einhaltung der Vorgaben in Betrieb genommen wird und die weiteren Voraussetzungen erfüllt sind, kann sie in das EVS aufgenommen werden. Falls eine Anlage zum Zeitpunkt der Zusicherung der Aufnahme in das EVS schon in Betrieb ist, kann sie direkt aufgenommen werden und die Festsetzung der Vergütung kann erfolgen (Art. 24 Abs. 2 EnFV).

Die Einspeisevergütung als aus einem zweckgebundenen Spezialfonds stammende Geldleistung stellt Vermögen dar, welches der Eidgenossenschaft von Dritten mit bestimmten Auflagen zugewendet wurde (Art. 52 Abs. 1 FHG). Gem. Art. 11 Abs. 1 EnFV wird denjenigen Produzenten, welche die Möglichkeit des Eigenverbrauchs nutzen, die Überschussproduktion vergütet. Veräussern Produzenten die gesamte produzierte Elektrizität dem Netzbetreiber, wird die Nettoproduktion vergütet. Empfänger dieser Leistung sind Private, Unternehmen sowie öffentlich-rechtliche Institutionen. Die Leistung der Vergütung ist

in jedem Fall zweckgebunden, auch wenn Strom aus erneuerbaren Energien ohne vom Bund übertragenes Recht eingespeist wird. 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. Somit entspricht dies einer Finanzhilfe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SuG.⁵⁶⁸

Subventionen sind danach zu unterscheiden, ob ein Ermessen über die Gewährung der Subvention besteht oder nicht.⁵⁶⁹ Für die Gewährung der Einspeisevergütung sind die Anspruchsvoraussetzungen im EnG und in der EnFV abschliessend geregelt. Gem. Art. 18 Abs. 1 EnFV ist insb. 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 Einspeisevergütung ist damit als Anspruchssubvention zu qualifizieren.⁵⁷⁰

bb) Investitionsbeitrag/Einmalvergütung gem. Art. 24 ff. Energiegesetz

Für den Investitionsbeitrag bzw. die EIV kommen gem. Art. 24 ff. EnG Betreiber von Photovoltaikanlagen (neue Anlagen mit einer Leistung von weniger als 30 kW sowie erheblich erweiterte oder erneuerte Anlagen), von Wasserkraftanlagen, wobei Pumpspeicherkraftwerke ausgenommen sind (Neuanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 MW und erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen von bestehenden Anlagen mit einer Leistung von mindestens 300 kW) sowie von Biomasseanlagen (neue Kehrlichtverbrennungs- und neue Klärgasanlagen sowie neue Holzkraftwerke von regionaler Bedeutung und erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen solcher Anlagen) in Frage. Der Investitionsbeitrag und die EIV für schweizerische Anlagen sind bis Ende 2030 vorgesehen, sollen aber nach der Revision des EnG bzw. Inkrafttreten des Mantelerlasses bis 2035 verlängert werden.⁵⁷¹

⁵⁶⁸ MÖLLER/BAUMANN, Rz. 39; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1459.

⁵⁶⁹ WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1508 f.

⁵⁷⁰ Zur bisherigen kostendeckenden Einspeisevergütung vgl. BG 2C_180/2017, vom 10.02.2018, E. 1.

⁵⁷¹ Gem. Webseite BFE, Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien, sollen die im EnG enthaltenen Richtwerte für den Ausbau der Wasserkraft und anderer erneuerbaren Energien für 2035 im neuEnG als verbindlich erklärt werden. Dementsprechend sollen die derzeit bis 2030 befristeten Investitionsbeitrag bis Ende 2035 verlängert werden. Vgl. Faktenblatt 2, BFE, Revision Energiegesetz, vom 3. April 2020.

Betreiber von Photovoltaikanlagen erhalten eine einmalige Zahlung, während die Betreiber von Wasserkraftanlagen und Biomasseanlagen die Auszahlung gestaffelt erhalten. Das EnG sieht überdies eine wettbewerbliche Ausschreibung zur Vergabe eines Investitionsbeitrags für Photovoltaikanlagen vor.

- Die EIV für Photovoltaikanlagen, die von der Teilnahme am EVS ausgeschlossen sind, beträgt höchstens 30% der bei der Inbetriebnahme massgeblichen Investitionskosten von Referenzanlagen (Art. 25 Abs. 1 EnG). Anhang 2.1 der EnFV beinhaltet weitere entsprechende Ansätze sowie Bedingungen zur Qualifizierung der Anlagen als Photovoltaikanlagen mit allfälligem Anspruch auf Förderung. Gem. Art. 38 Abs. 1 EnFV setzt sich die Vergütung aus einem fixen Grundbeitrag und einem variablen Leistungsbeitrag zusammen.⁵⁷²

Gem. Art. 41 Abs. 1 EnFV lässt sich zwischen EIV für grosse und kleine Photovoltaikanlagen dahingehend unterscheiden, als dass das Gesuch um EIV für kleine Photovoltaikanlagen erst nach der Realisierung der Anlage gestellt werden kann, während bei den Grossen das Gesuch noch vor dem realisierten Projekt gestellt werden kann. Eine grosse Photovoltaikanlage ist aber innert 12 Monaten nach der Zusicherung der EIV zu realisieren (Anhang 1.2 Ziff. 4.2 EnFV).

Anders als beim EVS kann für erhebliche Erweiterungen oder Erneuerungen von Photovoltaikanlagen ein Gesuch um Förderung mittels EIV für grosse oder kleine Anlagen gestellt werden, wobei eine erhebliche Erweiterung ab einer Leistungssteigerung von 2 kW gilt (Art. 24 Abs. 1 EnG).

- Kehrlichtverbrennungsanlagen und Abwasserreinigungsanlagen sowie Klärgasanlagen, die neben erheblich erweiterten oder erneuerten Wasserkraftanlagen ab 300 kW bis 10 MW vorher am EVS teilnehmen konnten, können nun auch mittels Investitionsbeitrag gefördert werden.⁵⁷³

Die Höhe des Investitionsbeitrags für Wasserkraftanlagen und Biomasseanlagen ist in Art. 26 und 27 EnG festgelegt. Die Höhe des Investitionsbeitrags für Wasserkraftanlagen nach Art. 24 Abs. 1 lit. b EnG wird im Einzelfall bestimmt. Der Investitionsbeitrag für Wasserkraftanlagen mit einer Leistung von bis zu 10 MW beträgt gem. Art. 26 Abs. 1 EnG höchstens 60% der anrechenbaren Investitionskosten, und für solche mit einer Leistung von mehr als 10 MW höchstens 40%. Der Investitionsbeitrag für Biomasseanlagen nach Art. 24

⁵⁷² MÖLLER/BAUMANN, Rz. 22.

⁵⁷³ Botschaft Energiestrategie 2050, 7671 f.

Abs. 1 lit. c EnG wird auch im Einzelfall bestimmt und darf maximal 20% der anrechenbaren Investitionskosten betragen.

Der Bundesrat hatte am 3. April 2020 die Vernehmlassung zur Revision des EnG eröffnet, welches die Verlängerung der Förderung der erneuerbaren Energien vorsieht und sie gleichzeitig marktnäher gestalten soll. Das vorgeschlagene Modell für den Investitionsbeitrag wird von verschiedenen kantonalen Kraftwerken unterstützt, weil im Gegensatz zur Einspeisevergütung und der Marktpremie dieses Modell für den Strom aus erneuerbaren Energien weder eine feste Abnahme noch einen fixierten Abnahmepreis garantiere. Stattdessen würden so starke Anreize für Investoren geschaffen, die ihre Anlagen effizient und nach den Bedürfnissen des Marktes betreiben. Ein Investitionsbeitrag sei aber lediglich eine Anschubfinanzierung, die während einer Übergangsphase gewährt und keinen Dauerzustand darstelle und deswegen marktnahe und wettbewerbsfähig sei.⁵⁷⁴ Das Modell wird im kommenden, ab 2026 geltenden Mantelerlass weitergeführt.

cc) *Marktpremie gem. Art. 30 Energiegesetz*

In der Schweiz ist die Marktpremie als besondere Unterstützungsmassnahme gem. Art. 30 EnG für Elektrizität aus Grosswasserkraftanlagen gedacht. Gem. Art. 30 Abs. 1 EnG können Betreiber von Grosswasserkraftanlagen mit einer Leistung von mehr als 10 MW für die Elektrizität aus diesen Anlagen, die sie am Markt unter den Gestehungskosten absetzen müssen, eine Marktpremie in Anspruch nehmen. Auch bei dieser Massnahme gilt die Prämisse, wonach die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG ausgezahlt werden, solange sie ausreichen. Die Marktpremie beträgt dabei höchstens Rp. 0,2/kWh.⁵⁷⁵

Gem. Art. 30 EnG haben diejenigen Betreiber von Grosswasserkraftwerken mit einer mittleren mechanischen Bruttoleistung von grösser als 10 MW einen Anspruch auf die Marktpremie, die ihren Strom am Markt zu Preisen unter den Gestehungskosten absetzen.⁵⁷⁶ Um diesen geltend zu machen, muss der Kraftwerksbetreiber sein Gesuch bis spätestens 31. Mai des jeweiligen Jahres einreichen. Diese Frist stellt eine Verwirkungsfrist dar. Liegt das vollständige Gesuch nicht bis Ende Mai vor, kann kein Anspruch auf die Marktpremie mehr geltend

⁵⁷⁴ Vgl. Stellungnahme BKW zur Revision des Energiegesetzes.

⁵⁷⁵ Vgl. dazu Art. 36 Abs. 1 lit. c EnG i.V.m. Art. 30 EnG.

⁵⁷⁶ Faktenblatt 2, BFE, Revision Energiegesetz, vom 3. April 2020.

gemacht werden. Das Gesuchsformular stellt das BFE auf seiner Internetseite bereit.⁵⁷⁷

Das BFE prüft schliesslich die Gesuche und verfügt zunächst, ob ein Gesuchsteller einen Anspruch hat. Da sowohl die Höhe der insgesamt zur Verfügung stehenden monetären 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 ist und deswegen gänzlich vermieden werden sollte.⁵⁷⁸

Die Wasserkraft macht mit rund 58% den Grossteil der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien in der Schweiz aus und besitzt ein Marktvolumen von über CHF 1.8 Mrd. Sie nimmt somit für die Stromversorgung der Schweiz eine systemrelevante Rolle ein und stellt zugleich einen wichtigen Zweig der schweizerischen Energiewirtschaft dar.⁵⁷⁹ Ihre überragende Bedeutung in der Versorgungssicherheit verstärkt sich durch den Ausstieg aus der Kernenergie weiter, insb. hinsichtlich der Sicherstellung der Versorgung im Winterhalbjahr. Die Wasserkraft ist aufgrund der Schweizer Lage im europäischen Verbundnetz unverzichtbar für den Stromtransit nach Italien und Süddeutschland und damit für die gesamteuropäische Netzstabilität. Sie ist damit nicht nur für den Standort Schweiz, sondern auch für die Systemstabilität und Versorgungssicherheit der umliegenden Länder relevant. Wasserkraftwerke zeichnen sich aber durch ihren hohen Kapitalbedarf aus und viele Schweizer Kraftwerke stehen in den nächsten Jahrzehnten vor grossen Investitionsentscheidungen, die eine sichere und ausreichende Rentabilität des eingesetzten Kapitals erfordern.⁵⁸⁰ Aufgrund der Flexibilität von Wasserkraft und der Möglichkeit der kurzfristigen Einsetzbarkeit sowie ihrer Speichermöglichkeit wird ihre Bedeutung künftig noch mehr ansteigen. Ihr wird insb. aufgrund einer vermehrten Nutzung der witterungsabhängigen Photovoltaik und Windenergie angesichts der Netzstabilität grundlegende Bedeutung beigemessen.⁵⁸¹ Strom aus Was-

⁵⁷⁷ Webseite Gesuchsformular zur Marktprämie Grosswasserkraft, BFE.

⁵⁷⁸ Vgl. Energate-messenger.ch, Wie funktioniert die Marktprämie für Grosswasserkraft.

⁵⁷⁹ Interview, Ist der Mantelerlass der Schlüssel zur Energiewende?, VSE

⁵⁸⁰ Vgl. dazu Stellungnahme VSE zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU und Regelung der staatlichen Beihilfen der VSE vom 23. Mai 2019; Bericht BFE, Bestehende Wasserkraft: Unterstützung und ihre Wirkung; WILLI/WILLI/PÜTZ, 227 ff.

⁵⁸¹ Vgl. Stellungnahme VSE zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU und Regelung der staatlichen Beihilfen.

serkraft zeichnet sich ausserdem durch seine Flexibilität und die sekundengenaue Abrufbarkeit aus. Eine immer wesentlichere Bedeutung haben auch die Pumpspeicherkraftwerke in der Schweiz. Sie spielen eine Schlüsselrolle in der Versorgungssicherheit. Sie können überschüssige Energie (Wasser) in Zeiten geringer Nachfrage hinaufpumpen und speichern. Zum Zeitpunkt erhöhter Nachfrage können diese Reserven für die benötigte Stromproduktion verwendet werden.⁵⁸² Anders als bei der Einspeisevergütung und dem Investitionsbeitrag ist nicht die Pronovo AG, sondern historisch bedingt das BFE für die Genehmigung der Marktprämie zuständig.

Die Marktprämie für Grosswasserkraftwerke wurde mit der neuesten Revision des EnG am 1. Januar 2018 eingeführt und war ursprünglich auf fünf Jahre begrenzt. Das Parlament hatte aber in seiner Herbstsession 2021 beschlossen, die Marktprämie für weitere acht Jahre zu verlängern. Gem. der derzeit gültigen Fassung des EnG können Gesuche für die Marktprämie zum letzten Mal im Jahr 2031 basierend auf dem Geschäftsjahr 2030 gestellt werden (Art. 38 Abs. 2 EnG).⁵⁸³

8. Kantonale Massnahmen

Neben den Massnahmen zur Förderung der erneuerbaren Energien im EnG auf Bundesebene sind gem. Art. 89 Abs. 4 BV vor allem die Kantone im Rahmen der Energiepolitik für Massnahmen zuständig, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen. Der schweizerische Gebäudebereich spielt bei der Umsetzung der Energiestrategie 2050 eine äusserst wichtige Rolle, da sein Energieverbrauch grosses Einsparpotenzial birgt. Der hiesige Gebäudepark ist ungefähr für die Hälfte des nationalen Gesamtenergieverbrauchs verantwortlich.⁵⁸⁴ Der in der BV verwendete, sibyllinische Ausdruck „vor allem“ verpflichtet den Bundesgesetzgeber zur Zurückhaltung (Art. 89 Abs. 5 BV).⁵⁸⁵ Den Kantonen bleibt überdies weiterer Gestaltungsspielraum in den Materien des Art. 89 Abs. 2 BV sowie in den weder von Art. 89 Abs. 2 BV noch Art. 89 Abs. 3 BV erfassten Energiefragen, soweit sie nicht anderweitig geregelt sind, wie z.B. durch Art. 90, 91 BV.

⁵⁸² VSE, Erklärung Strommarkt und Stromhandel.

⁵⁸³ Webseite BFE, Massnahmen zum Ausbau der erneuerbaren Energien; AFRY, Marktprämie FAQs, 2.

⁵⁸⁴ Siehe KÖPPEL, Energiebedarf für Gebäude halbieren.

⁵⁸⁵ BIAGGINI, Art. 89, N 9 ff.

Der Bund leistet für das gemeinsam von Bund und Kantonen getragene Gebäudeprogramm gem. Art. 51 und 52 EnG entweder jährlich ausbezahlte Globalbeiträge an die einzelnen Förderprogramme der Kantone oder fördert unter bestimmten Voraussetzungen gem. Art. 53 EnG Einzelprojekte mittels Finanzhilfen. Aufgrund des grossen, administrativen Aufwands für die Gewährung von Mitteln für Einzelprojekte und deren Überwachung werden hauptsächlich Globalbeiträge gesprochen.⁵⁸⁶ Wurden andere Massnahmen auf Bundesebene bereits gesprochen, wie z.B. im Rahmen des EVS, eines Investitionsbeitrags bzw. einer EIV, einer wettbewerblichen Ausschreibung durch *EnergieSchweiz*⁵⁸⁷ oder der Nutzung der Geothermie für die Wärmebereitstellung, werden die Globalbeiträge nicht gewährt.⁵⁸⁸ Sie kommen damit subsidiär zur Anwendung. Ferner lässt sich vorliegend klar feststellen, dass es sich entweder um Koppelungssubventionen oder Ausschlusssubventionen handeln muss.⁵⁸⁹ Von einer Koppelungssubvention ist die Rede, wenn die Gewährung einer Subvention bzw. die Fördermittel des Bundes davon abhängt, ob der Kanton selbst einen Beitrag leistet bzw. bereits geleistet hat. Eine Ausschlusssubvention liegt hingegen dann vor, wenn der Erhalt von Fördermitteln des Bundes die Gewährung kantonaler Fördermittel ausschliesst.⁵⁹⁰

Das durch die Kantone implementierte Gebäudeprogramm lässt sich ferner grob in folgende vier Mischkategorien einteilen: Einzelmassnahmen, Gesamt-sanierung, Neubau und Bonus-Förderungen. Zu den Einzelmassnahmen gehören z.B. Wärmedämmungen, die als besonders effizient gelten, oder der Anschluss an ein Wärmenetz mit erneuerbaren Energien.⁵⁹¹ Die Einzelmassnahmen kommen wegen ihrer einfacheren Umsetzung in der Praxis am häufigsten zur Anwendung.⁵⁹² Grundsätzlich verweisen die Kantone hinsichtlich Fördermassnahmen von erneuerbaren Energien auf die Vollzugsstelle des Bundes (Pronovo AG). So z.B. bei einer Bewilligung für den Bau einer Solaranlage auf dem Dach, die auf die Dachfläche abgestimmt ist. Sie muss der

⁵⁸⁶ KÖPPEL, Energiebedarf für Gebäude halbieren; siehe auch Das Gebäudeprogramm.

⁵⁸⁷ Als Programm des BFE unterstützt EnergieSchweiz freiwillige Massnahmen zur Umsetzung der schweizerischen Energiepolitik, siehe dazu EnergieSchweiz, Das Förderprogramm des Bundes im Bereich Energie.

⁵⁸⁸ Vgl. Bericht des BFE zu Globalbeiträgen an die Kantone nach Art. 34 CO₂-Gesetz und die Prozessbeschreibung für die im Jahr 2020 eingegangenen Verpflichtungen bis zu deren Abschluss, 16.

⁵⁸⁹ LIENHARD/MÄCHLER/ZIELNIEWICZ, 251.

⁵⁹⁰ Dabei ist zu beachten, dass die Kantone individuell festlegen, welche Massnahmen zu welchen Bedingungen sie fördern. Als Basis dient das Harmonisierte Fördermodell der Kantone von 2015, siehe EnDK, Harmonisiertes Fördermodell der Kantone 2015.

⁵⁹¹ Siehe dazu Einzelmassnahmen der verschiedenen Kantone bei: Energieheld Schweiz.

⁵⁹² Siehe die verschiedenen Förderungen der Kantone, Energieheld Schweiz.

Gemeinde bzw. dem Kanton lediglich gemeldet werden, während die Vergütung nach einer erfolgten Installation dann über die bundesrechtliche Vollzugsstelle Pronovo AG erfolgt. Die Finanzierung des Gebäudeprogramms wird durch Bund und Kantone gemeinsam getragen und erfolgt aus der Teil zweckbindung der CO₂-Abgabe gem. Art. 34 CO₂-Gesetz und aus den kantonalen Fördergeldern.⁵⁹³

Für das Gebäudeprogramm der Kantone und die einzelnen Förderungen, die sehr unterschiedlich gestaltet sein können, besteht eine eigens dafür gestaltete Webseite, die hilft, einen Überblick zu verschaffen.⁵⁹⁴ Neben der Unterstützung von neu installierten Energiesystemen auf der Basis von erneuerbaren Energien, wie z.B. Photovoltaikanlagen oder Erdsonnenwärmepumpen, werden in den Kantonen Energieberatungen zu energetischen Sanierungen angeboten. Sie werden über den GEAK subventioniert.⁵⁹⁵

Zudem weisen die Kantone oft auch eigene, kantonale Energiestrategien auf. Diese legen meistens den Schwerpunkt auf Energieeffizienzmassnahmen und Gebäudesanierungen, die damit im Einklang mit den verfassungsrechtlich vorgesehenen Aufgaben stehen. Der Kanton Bern hat z.B. eigene kantonale und kommunale Richtpläne entwickelt, die auf die Umsetzung der Energiestrategie des Bundes abzielen.⁵⁹⁶ Dabei wird bei den kantonalen Richtplänen regelmässig auf die MuKen 2014 verwiesen, um Synergien zu nutzen und Doppelspurigkeiten zu vermeiden.⁵⁹⁷

Schliesslich fördern die kantonalen oder städtischen Elektrizitätswerke die Energieeffizienz mit eigenen Programmen. Im Kanton Zürich schaffen die ansässigen Elektrizitätswerke des Kantons Zürich (EKZ) beispielsweise mit dem Förderprogramm „Stromeffizienz in Unternehmen“ Anreize für ihre Geschäftskunden, Effizienzmassnahmen im Strombereich zu ergreifen.⁵⁹⁸ Konkret fördern die EKZ Projekte zur Verbesserung der Stromeffizienz bestehender Anlagen. Der Förderbeitrag richtet sich nach der eingesparten Strommenge (in kWh) und beträgt ma-

⁵⁹³ Vgl. Bericht des BFE zu Globalbeiträgen an die Kantone nach Art. 34 CO₂-Gesetz und die Prozessbeschreibung für die im Jahr 2020 eingegangenen Verpflichtungen bis zu deren Abschluss, 18.

⁵⁹⁴ Vgl. Das Gebäudeprogramm.

⁵⁹⁵ Ebenda.

⁵⁹⁶ Siehe dazu Factsheet Förderbeiträge für Energieprojekte im Kanton Bern von 2022; Kommunalen Richtplan Energie vom Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern von 2011.

⁵⁹⁷ MuKen der EnDK 2014.

⁵⁹⁸ Wobei hauptsächlich die KMU angesprochen sind.

ximal 30% der Netto-Projektkosten. Der Beitragssatz liegt bei CHF 0.1 pro eingesparter kWh.⁵⁹⁹

Im Rahmen der kantonalen Gesetzgebung sind die Kantone ferner dazu verpflichtet, günstige Rahmenbedingungen für die sparsame und effiziente Energienutzung sowie die Nutzung erneuerbarer Energien zu schaffen. Hierzu haben die MuKEN Abhilfe verschafft und durch ihre Vorgaben weitestgehend eine Harmonisierung bzw. Vereinheitlichung der kantonalen Vorschriften erreicht. Das Basismodul der MuKEN 2008 wurde fast vollständig in allen Kantonen umgesetzt.⁶⁰⁰ Derzeit sind die Kantone immer noch dabei, die derzeitigen MuKEN 2014 umzusetzen und ihre gesetzlichen Grundlagen mit den MuKEN Vorschriften auf eine Linie zu bringen.⁶⁰¹ Die MuKEN 2014 empfehlen den Kantonen, Vorschriften zu erlassen, die relevante energetische Wirkungen erzielen können, aber auch vollzugstauglich sind. Aufgrund der kantonalen, energetischen Unterschiede gestehen die MuKEN 2014 den Kantonen Spielraum für massgeschneiderte Lösungen ein, wobei die Zielvorgaben messbar sein müssen.⁶⁰²

In den Kantonen sprechen somit verschiedene kantonale Stellen Fördermittel für energetische Gebäudeerneuerungen und neu installierte Energiesysteme (z.B. Wärmepumpe), die ihrerseits Strom oder Energie (allenfalls) aus erneuerbaren Energien beziehen. Die rechtlichen Grundlagen bilden dabei meistens die kantonalen Energiegesetze. Ein Blick auf die Gesetzgebung des Kantons Zürich verdeutlicht beispielhaft, wie diese im Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 (EnerG) Kap. III, Besondere Massnahmen, geregelt sind.⁶⁰³ Daraus lässt sich schliessen, dass die Kantone nicht an sich mit der direkten Förderung des Ausbaus erneuerbarer Energien beauftragt sind, sondern dies, wenn überhaupt, auf indirekte Weise tun. Sie unterstützen den Ausbau der erneuerbaren Energien insoweit, als dass sie z.B. Energieeffizienzmassnahmen einführen oder Preiserlasse auf den Erwerb von Elektroau-

⁵⁹⁹ Vgl. dazu etwa das Förderprogramm für Unternehmen der EKZ.

⁶⁰⁰ Siehe Webseite der EnDK zu den MuKEN kennt derzeit etwa die Hälfte der Kantone bereits Vorschriften, die z.B. finanzielle Unterstützungen für den Ersatz alter Heizungen mit klimaneutralen Heizungssystem vorsehen. So z.B. auch der Kanton Zürich. Bei der Abstimmung vom 28. November 2021 hatte sich eine Mehrheit der Stimmbevölkerung dafür ausgesprochen, Ölheizungen durch Wärmepumpen zu ersetzen und dadurch 40% der kantonalen CO₂-Emissionen zu beseitigen. Siehe dazu auch Medienmitteilung des Kantons Zürich über das Geänderte Energiegesetz für mehr Klimaschutz, vom 30. September 2021.

⁶⁰¹ Vgl. Bericht zu den MuKEN 2014: So setzen die Kantone sie um.

⁶⁰² Siehe dazu MuKEN der EnDK 2014.

⁶⁰³ Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 (EnerG, Ordnungsnummer 730.1).

tos gewähren oder die Installation von Ladestationen ermöglichen, die dann ihrerseits in der Folge den Strom (idealerweise) aus erneuerbaren Energien beziehen. Für den Ausbau der erneuerbaren Energien verweisen die meisten Kantone, neben dem Verweis auf andere Portale, bezüglich Subventionen auf die Vollzugsstelle Pronovo AG.⁶⁰⁴

Für die vorliegende Untersuchung ist insb. die Kombination der Globalbeiträge gem. Art. 51 und 52 EnG i.V.m. Art. 34 CO₂-Gesetz (und allenfalls i.V.m. den jeweils einschlägigen, kantonalen Energiegesetzen) von Bedeutung.

Das Gebäudeprogramm, welches vom Bund und den Kantonen basierend auf Art. 34 CO₂-Gesetz i.V.m. Art. 51 und 52 EnG getragen wird, soll in Zukunft möglichst unverändert weitergeführt werden und nur bei ausgewiesenem, dringendem Bedarf geändert werden. Die geplante Revision des CO₂-Gesetzes und dessen voraussichtliches in Kraft treten am 1. Januar 2025 wollte die Finanzierung des Gebäudeprogramms sichern und zudem (temporär) bis 2030 von CHF 420 Mio. auf CHF 460 Mio. erhöhen. Ebenfalls zielte es darauf ab, die Massnahmen zur Effizienzsteigerung der Gebäudehülle, zur Dekarbonisierung der Wärmeerzeugung und zur Nutzung der erneuerbaren Energien finanziell zu unterstützen. Jedoch wurde die Annahme des neuen CO₂-Gesetzes per Volksabstimmung vom 13. Juni 2021 abgelehnt, weswegen das bestehende CO₂-Gesetz in Kraft bleibt.⁶⁰⁵ Daraufhin haben sich der National- und Ständerat am 15. März 2024 auf eine überarbeitete Version geeinigt, die ab 1. Januar 2025 in Kraft tritt und bis 2030 Gültigkeit haben soll. Das 2024 neu revidierte CO₂-Gesetz sichert das Bestehen der vorhandenen Instrumente zur Senkung der CO₂-Emissionen. Lenkungsabgaben für CO₂-Emissionen bleiben in derselben Höhe erhalten, während die finanziellen Erlöse aus diesen Abgaben zum Teil in einen nationalen Klimafonds fliessen, während ein weiterer Teil über Krankenkassenprämien an die Bevölkerung zurückverteilt wird. Insgesamt setzt das Gesetz weiterhin auf finanzielle Anreize, um Investitionen in den Klimaschutz und technologischen Fortschritt zu erzielen. Auf zusätzliche Massnahmen, welche für die Erreichung der Klimaziele allerdings nötig wären, wurde verzichtet.

⁶⁰⁴ Die Kantone verweisen auf die verschiedenen Portale, wie www.energiefranken.ch, www.energieschweiz.ch, www.baufoerderung.ch, www.dasgebaeudeprogramm.ch, www.ezs.ch/erneuerbarheizen.

⁶⁰⁵ Gebäudepolitik 2050+, Strategiepapier, EnDK, 21.

9. Zwischenfazit

In der Schweiz wird der Subventionsbegriff weit ausgelegt. Er umfasst gem. SuG Finanzhilfen sowie Abgeltungen. Im schweizerischen Verständnis umfassen Subventionen positive Zahlungen als auch indirekte Subventionen mittels Freistellung von eigentlich geschuldeten Zahlungen. Das SuG sieht eine regelmässige Überprüfung von Subventionen und die Publikation der Ergebnisse in Form von Jahresberichten vor, wobei die Departemente der Verwaltung rotierend kontrolliert werden. Subventionen werden auf allen Ebenen des Gemeinwesens gewährt. Aufgrund der ausgeprägten Souveränität in der Schweiz verfügen die Kantone über zahlreiche eigene Subventionsbestimmungen. Sie unterliegen allerdings nur einer geringen Überprüfung durch den Bund. Auf Bundesebene existiert zwar ein Subventionsregister, welches jährlich Subventionen erfasst. Jedoch sind Subventionen weder vorab bei einer zentralisierten Stelle zu melden, noch unterstehen sie damit einer eigentlichen Genehmigungspflicht. Auf kantonaler Ebene verfügen nur wenige Kantone über ein eigenes Subventionsregister. Dasselbe gilt für die Gemeindeebene. Damit lässt sich für die Schweiz ein insgesamt nur wenig transparentes Subventionsregime zeichnen, welches nur schwer und wohl kaum – oder nur mit grossem Aufwand – vollständig zu erfassen ist. Die erstmalige Konsolidierung der losen Subventionsbestimmungen im Rahmen des SuG kann eher als Zwischenschritt in der Entwicklung des hiesigen Subventionsregimes bezeichnet werden. Eine künftige Neuausrichtung des Subventionsrechts in der Schweiz, inkl. der Verwendung des Begriffs Subvention, welche die Eigenheiten der verschiedenen Gemeindewesen berücksichtigt und Transparenz schafft, wäre deshalb zu begrüßen. Zur Behebung des Defizits der fehlenden, schweizweit zentralen Kontrollinstanz wäre naheliegenderweise die Schaffung einer unabhängigen und dauerhaft eingerichteten Subventionsaufsichtsbehörde auf Bundesebene. Eine solche Institution könnte als zentrale Koordinations- und Prüfstelle fungieren, um Subventionstatbestände systematisch zu erfassen, auf ihre Vereinbarkeit mit gesamtwirtschaftlichen Zielsetzungen zu überprüfen sowie Überschneidungen oder ineffiziente Förderstrukturen frühzeitig zu erkennen. Damit liesse sich der heute weitgehend fragmentierte Vollzug vereinheitlichen und eine kohärentere Subventionspolitik gewährleisten. Zur Verbesserung der Transparenz wäre zudem die Einführung eines öffentlich zugänglichen, digitalisierten Subventionsregisters zu erwägen, welches sämtliche Subventionen von Bund, Kantonen und, soweit möglich, Gemeinden erfassen könnte.

In der Schweiz muss eine Subventionsvergabe neben den Anforderungen des SuG und Spezialgesetzen des Bundes ferner auch Anforderungen des verfassungsrechtlich zulässigen Staatshandelns erfüllen. Bedeutsam sind hier insb. die Grundsatzkonformität sowie die Wirtschaftsfreiheit.⁶⁰⁶

Obwohl Subventionen zur Leistungsverwaltung gehören, müssen sie die üblichen verfassungsrechtlichen Vorgaben für Grundrechtseinschränkungen gem. Art. 36 BV erfüllen. Ebenso müssen kantonale und kommunale Subventionen allfälligen Harmonisierungsnormen entsprechen. Das BGMG enthält derzeit keine speziellen Bestimmungen zu kantonalen Subventionen, jedoch zielt es darauf ab, Marktbeschränkungen innerhalb der Schweiz zu beseitigen.

Hinsichtlich des Rechtsschutzes folgt die Beschwerde gegen nicht gewährte Subventionen grundsätzlich dem üblichen verwaltungsrechtlichen Instanzenzug. Drittparteien müssen hierbei jeweils eine besondere Berührtheit nachweisen, um eine Beschwerde einreichen zu können.

Das EnG regelt die für den Ausbau der erneuerbaren Energien bedeutenden Förderinstrumente. Dabei bedient es sich des EVS gem. Art. 19 ff. EnG, des Investitionsbeitrags bzw. EIV gem. Art. 24 ff. EnG sowie der Marktprämie gem. Art. 30 EnG. Die kantonalen Massnahmen beschränken sich auf das Gebäudeprogramm.

⁶⁰⁶ Staatliche Interventionen mit sozial- und wirtschaftspolizeilicher Ausrichtung sind gem. bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich zulässig, was jedoch in der Lehre kritisiert wird. Aufgrund von Art. 94 Abs. 2 BV kann jedoch davon ausgegangen werden, dass es sich bei sozial- und wirtschaftspolizeilichen Eingriffen in den freien Wettbewerb um eine Sonderstellung handelt, die nicht per se als nicht grundsatzkonform gilt.

Teil 4 – Auswirkungen von Art. 107 Abs. 1 AEUV auf die schweizerischen Fördermassnahmen

I. Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen mit dem EU-Beihilferecht

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob die derzeitige Ausgestaltung der Fördermassnahmen im EnG den Anforderungen des EU-Beihilferechts entspricht. Die zentrale Rechtsnorm ist Art. 107 Abs. 1 AEUV. Beihilfen sind grundsätzlich verboten, es sei denn, sie sind mit dem Binnenmarkt vereinbar und von der Kommission explizit genehmigt. Wie bereits festgestellt, hat die Kommission zahlreiche Leitlinien publiziert, um die Beihilfen näher zu regeln und ihre Praxis dazu zu erläutern, auf die nachfolgend auch Bezug genommen wird.⁶⁰⁷

Insoweit wird zu Beginn geprüft, ob es sich bei den Fördermassnahmen des EnG um Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt und sodann, ob die Vereinbarkeit der jeweiligen Massnahmen mit dem gemeinsamen Markt gegeben ist und schliesslich, ob eine etwaige Rechtfertigung zu prüfen ist. Da die Tatbestandsmerkmale des Art. 107 Abs. 1 AEUV kumulativ erfüllt sein müssen, wird bei Nichtvorliegen bzw. Nichterfüllen eines Tatbestandsmerkmals nicht weiter geprüft.

Vorliegend wird mit der Untersuchung der Marktprämie nach Art. 30 EnG begonnen, da die Marktprämie für Grosswasserkraftanlagen insb. im Hinblick auf die Strommarktöffnung und der Übernahme der darin enthaltenen Beihilfebestimmungen gem. der parlamentarischen Beratung sowie aus Einschätzung des Bundesrats aus EU-beihilferechtlicher Sicht als heikel und problematisch eingestuft wurde.⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ Vgl. hierzu die Zusammenstellung auf der Website der Kommission, Kommission, Aufstellung von State Aid Legislation; OVERKAMP/BRINKSCHMIDT, 871.

⁶⁰⁸ Siehe dazu Bericht der UVEK-N zur Parlamentarischen Initiative 19.443, Erneuerbare Energien einheitlich fördern, Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie, vom 19. April 2021, 26. Gem. diversen Stellungnahmen zum InstA weisen die überwiegende Mehrheit der Stellungnehmenden darauf hin, dass die Marktprämie für die Grosswasserkraft wohl unter die Beihilferegelung fällt, insb. weil die Wasserkraftwerke über Jahrzehnte hinweg finanziert werden müssen, vgl. dazu u.a. Stellungnahme VSE zum institutionellen Abkommen Schweiz – EU und Regelung der staatlichen Beihilfen der VSE vom 23. Mai 2019; Bericht BFE, Bestehende Wasserkraft: Unterstützung und ihre Wirkung; WILLI/WILLI/PÜTZ, 227 ff.

Danach folgt die beihilferechtliche Prüfung der Einspeisevergütung nach Art. 19 EnG sowie des Investitionsbeitrags bzw. Einmalvergütung nach Art. 24-27b EnG, wobei beide Fördermodelle in der EU als grundsätzlich beihilferechtlich akzeptiert gelten.⁶⁰⁹

1. Beurteilung Marktprämie gem. Art. 30 Energiegesetz

Einleitend sollen Hintergründe der Marktprämie für Elektrizität aus der Grosswasserkraft sowie zu den verlängerten Fördermassnahmen dargestellt werden, um die herausragende Bedeutung dieser Anlagen für die Schweiz zu veranschaulichen. Angesichts der hohen Unterstützungsbeträge und der Systemrelevanz zur Sicherung der Stromversorgungssicherheit in der Schweiz wird deren einzigartige (und dominierende) Situation und deren Gefüge in der Stromwirtschaft deutlich.

Die Marktprämie gem. Art. 30 EnG wurde erstmals im Jahr 2018 auf der Grundlage der Geschäftszahlen des BFE von 2017 ausbezahlt. Insgesamt gingen in diesem Jahr 25 Gesuche in einem Gesamtumfang von CHF 129 Mio. ein.⁶¹⁰ Für die Grosswasserkraft waren jährlich aber etwa CHF 100 Mio. aus dem Netzzuschlagsfonds vorgesehen.

Da in der ersten Hälfte der 2010er Jahre die Preise auf dem europäischen Strommarkt derart eingebrochen waren, konnten die meisten schweizerischen Wasserkraftwerke nicht kostendeckend produzieren (und exportieren) und dadurch ihren Zweck nicht erfüllen.⁶¹¹ Hinzu kam die übliche, zu entrichtende Wasserzinsabgabe gem. Art. 49 Wasserrechtsgesetz (WRG)⁶¹², welche in diesem erschwerten Kontext eine zusätzliche, finanzielle Belastung für die Anlagebetreiber darstellte. Als Reaktion darauf beschlossen National- und Ständerat bestehende Anlagen mit einer Marktprämie zu unterstützen. Am 21. April 2020 schlug die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK-N) in ihrem Vorschlag zur parlamentarischen Initiative 19.443 eine Verlängerung der bisher bis 2022 befristeten Massnahmen bis

⁶⁰⁹ Siehe dazu ebenso Bericht der UVEK-N zur Parlamentarischen Initiative 19.443, Erneuerbare Energien einheitlich fördern, Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie, vom 19. April 2021, 26.

⁶¹⁰ Siehe Faktenblatt zur Marktprämie 2018, BFE.

⁶¹¹ RECHSTEINER, 30.

⁶¹² Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (WRG, SR 721.80).

zum Jahre 2031 vor, mit der Begründung, dass bedingt durch die Auslauffrist der Fördermittel ab dem Jahre 2023 eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Technologien der erneuerbaren Energien bestehen würde, die doch allesamt grosses Potenzial zur Erreichung der Ausbauziele hätten.⁶¹³ Gem. Stellungnahme und anschliessender Botschaft des Bundesrats vom 18. Juni 2021 zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (neues StromVG), soll die Förderung der Grosswasserkraft generell mit mehr finanziellen Mitteln unterstützt werden.⁶¹⁴ Der Bundesrat stellte hierzu fest, dass die Verlängerung der Marktprämie für die Grosswasserkraft dazu führe, dass ein wesentlicher Teil der Mittel aus dem Netzzuschlag (weiterhin) nicht für den eigentlich mit dem EnG angestrebten Zubau der Wasserkraft und der anderen erneuerbaren Energien eingesetzt würde, womit die Stärkung der Stromversorgungssicherheit durch Diversifizierung verpasst würde. Der Bundesrat konstatierte sogar, dass die Marktprämie EU-(beihilfe-)rechtlich problematisch sei.⁶¹⁵ Er empfand den Erlassentwurf der UREK-N aber als nicht ausreichend, um die Stromversorgungssicherheit langfristig zu stärken und um die erneuerbaren Energien effizient und sicher in das Stromsystem zu integrieren. Deshalb, so der Bundesrat, wären weitergehende Massnahmen notwendig, um die Versorgungssicherheit zu stärken. Diese Sicht muss auch im Kontext zu der insb. damaligen einseitigen Beendigung der Verhandlungen für ein InstA, was auch die Aussichten auf ein Stromabkommen mit der EU minimierte, betrachtet werden. Der Bundesrat entschloss sich u.a. dazu, einerseits die Marktprämie für Grosswasserkraft weiterzuführen und andererseits sie bis Ende 2030 zu befristen.⁶¹⁶ Dies wurde in Form mit Art. 38 Abs. 2 EnG unter dem Titel „Auslaufen der Unterstützungen“ umgesetzt. Demnach darf die Marktprämie nach Art. 30 EnG letztmals für das Jahr 2030 ausgerichtet werden. Um die Ausbauziele der Energiestrategie zu erreichen, wurden für die Grosswasserkraft neue Tarife von Rp. 0,2/kWh festgelegt (Art. 36

⁶¹³ Siehe Motion 19.3004, Nordmann/Rieder/Wasserfallen, Langfristige Stromversorgungssicherheit. Sicherstellung und Klärung der Verantwortlichkeiten, wobei gefordert wurde, dass Art. 38 Abs. 1 lit. a des neuen EnG (SR 730.0) dahingehend anzupassen gewesen wäre, dass auch neue Windenergieanlagen, neue Kleinwasserkraftanlagen, neue Biogasanlagen, neue Geothermieranlagen und neue Photovoltaikanlagen ab 100 kW unter klar definierten Voraussetzungen eine EIV erhalten, ähnlich wie dies für erheblich erweiterte oder erneuerte Kleinwasserkraftanlagen ab 300 kW, für neue Kehrlichtverbrennungsanlagen, neue Klärgasanlagen sowie neue Holzheizkraftwerke von regionaler Bedeutung, gilt.

⁶¹⁴ Vgl. dazu Medienmitteilung vom Bundesrat zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021.

⁶¹⁵ Siehe BBl 2021, Botschaft sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, 3.

⁶¹⁶ Vgl. dazu auch Medienmitteilung des Bundesrats zur Stellungnahme des Bundesrats zur parlamentarischen Initiative 19.443, vom 2. Juni 2021.

Abs. 1 lit. c EnG), im Gegensatz zu den bisherigen Rp. 0,1/kWh. Der Netzzuschlag soll nicht erhöht, sondern entsprechend länger erhoben werden.⁶¹⁷ Die Marktprämie können Betreiber, Eigentümer oder Elektrizitätsversorgungsunternehmen beanspruchen, die sich zur Abnahme der Elektrizität verpflichtet haben und das Risiko der ungedeckten Gestehungskosten tragen. Im Jahr 2022 wurden Marktprämien an 7 Empfänger auf der Grundlage des Geschäftsjahres 2021 ausgezahlt, wobei die Fördersumme rund CHF 26 Mio. betrug, was einer Leistung von etwa 2'752 GWh oder einem Äquivalent von 7% der schweizerischen Landeserzeugung aus Wasserkraft im Jahr 2021 entspricht. Die Anzahl der Empfänger im Vergleich zum Vorjahr nahm signifikant ab und damit auch die Fördersumme. Gem. Art. 36 Abs. 1 lit. c EnG stehen der Marktprämie Rp. 0,2/kWh aus dem Netzzuschlagsfonds zur Verfügung, woraus CHF 112 Mio. resultieren. Die zur Verfügung stehenden Mittel des letzten publizierten Jahres wurden damit um Weiten nicht vollständig ausgeschöpft.⁶¹⁸

a) Anwendungsbereich

Für die Beurteilung der Marktprämie muss der Anwendungsbereich von Art. 107 AEUV eröffnet sein. Eine verbotene Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt vor, wenn sie den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht, wobei eine Wettbewerbsverfälschung dann vorliegt, wenn die Beihilfe den Ablauf des Wettbewerbs verändert.⁶¹⁹ Aus Art. 107 AEUV geht nicht hervor, dass im Energiemarkt (potenziell) entstehende Wettbewerbsverzerrungen unkontrolliert bleiben sollten. Beihilfen jeglicher Art, und damit auch zu Umwelt- und Energiezwecken, sind grundsätzlich unerwünscht.⁶²⁰ Staatliche Finanzzuwendungen zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bzw. der Energiewirtschaft fallen eindeutig unter die Wettbewerbsaufsicht nach Art. 107 AEUV.⁶²¹ Bei der Marktprämie als gesetzlich festgelegter besonderer Unterstützungsmassnahme für Strom aus Grosswasserkraftanlagen gem. Art. 30 EnG ist davon auszugehen, dass sie den Ablauf des Wettbewerbs (potenziell) beeinflussen und verfälschen kann. Deswegen fällt sie unter die Wettbewerbsaufsicht i.S.v. Art. 107 AEUV. Der sachliche Anwendungsbereich der Beihilfevorschriften nach Art. 107 AEUV ist mit Art. 30 EnG, Marktprämie für Elektrizität aus Grosswasserkraft damit eröffnet.

⁶¹⁷ BBl 2021, Botschaft sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, 31.

⁶¹⁸ Vgl. Faktenblatt zur Marktprämie 2022, BFE.

⁶¹⁹ GRABITZ/HILF/NETTESHEIM EUV/AEUV-VON WALLENBERG/SCHÜTTE, Art. 107 AEUV, N 66.

⁶²⁰ PIEPER, 232.

⁶²¹ GIENSCH, 1 ff.

b) Begünstigung

Erstes Tatbestandsmerkmal für die Qualifizierung der Marktprämie für Elektrizität aus Growasserkraftanlagen nach Art. 30 EnG, als Beihilfe i.S.v. Art. 107 AEUV, ist das Vorliegen einer begünstigenden Wirkung (bzw. eines wirtschaftlichen Vorteils) und die fehlende adäquate Gegenleistung dafür. Gem. der ständigen Rechtsprechung des EuGH und im Besonderen des *Altmark-Trans*-Urteils, ist das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung weit auszulegen (siehe oben [Teil 3, I., 3., a\), aa\)](#)).⁶²² Unter die Begünstigung fallen positive Massnahmen, wie auch andere Massnahmen jeglicher Form, die dazu beitragen, eine Belastung des Empfängers zu vermindern, die dieser ohne die Begünstigung zu tragen hätte. Eine Leistung stellt dabei jeder geldwerte und damit wirtschaftliche Vorteil für den Empfänger dar.⁶²³ Der wirtschaftliche Vorteil liegt vor, wenn eine Leistung durch den Staat an eine private oder juristische Person eines bestimmten Unternehmens oder einen bestimmten Wirtschaftszweig, ohne entsprechende marktübliche Gegenleistung, erbracht wird.⁶²⁴ Der wirtschaftliche Vorteil hängt gem. Lehre und Rechtsprechung allerdings allein von seiner tatsächlichen Wirkung ab.⁶²⁵ Die marktübliche Gegenleistung wird anhand eines Vergleiches mit den Renditeerwartungen eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers, dem *Market Economy Investor Test* oder *Private Investor Test*, bestimmt.

Die Marktprämie gem. Art. 30 EnG stellt eine umlagefinanzierte Zahlung an Betreiber von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien dar, welche die Differenz zwischen dem Grosshandelspreis und der anlagenspezifischen Förderhöhe (d.h. der Gestehungskosten der spezifischen Anlage) ausgleicht, unter der Voraussetzung, dass die Produzenten den Strom unter den Gestehungskosten absetzen müssen. Die bis vorläufig 2030 befristete und aus dem Netzzuschlagsfonds finanzierte Marktprämie wird für Anlagen mit einer mittleren mechanischen Bruttoleistung grösser als 10 MW ausbezahlt.⁶²⁶ Wenn auch im EnG die Bezeichnung „besondere Unterstützungsmassnahme“ gewählt wurde, soll die Begriffsverwendung „besondere“ hier nicht irreführen. Es handelt sich bei der Marktprämie, wie im Übrigen auch bei den anderen im EnG verankerten Fördermassnahmen, um eine Anspruchssubvention. Be-

⁶²² Siehe dazu EuGH, C-280/00.

⁶²³ VOGEL, 34.

⁶²⁴ BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 138.

⁶²⁵ EuGH, Urteil vom 2. Juli 1974, in der Rechtssache C-173/73, ECLI:EU:C:1985:71, Italienische Republik gegen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Rz. 709 ff.; BLECKMANN/KOCH, Rz. 1 ff.

⁶²⁶ Faktenblatt zur Marktprämie 2021, BFE

stätigt das BFE das Vorliegen der gesetzlichen Ansprüche, erhält der Gesuchsteller die finanzielle Unterstützung, solange die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG reichen. Entscheidend für die Geltendmachung des Anspruchs ist folglich, dass der Strom unter den Gestehungskosten verkauft werden muss. Im Gegensatz dazu sind Stromproduzenten der genannten Anlagen, denen es möglich ist, über diese monetäre Schwelle ihren Strom zu veräussern, nicht dazu berechtigt, ein Gesuch um Unterstützung zu stellen bzw. nicht zu einer Entschädigung berechtigt. Hierin ist eine wirtschaftliche Besserstellung der betroffenen Betreiber von Grosswasserkraftanlagen zu sehen, die gesetzlich verankert wurde. Nur erstere erhalten einen wirtschaftlichen Vorteil, welcher den nicht zugelassenen Betreibern von Grosswasserkraftanlagen nicht zusteht.

Deshalb ist vorliegend davon auszugehen, dass die erste Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals der begünstigenden Wirkung, der wirtschaftliche Vorteil, bei Erhalt der Marktprämie nach Art. 30 EnG, erfüllt ist.

Die zweite Voraussetzung verlangt, dass der Begünstigung keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht. Eine marktübliche Gegenleistung fehlt dann, wenn das üblicherweise vom Beihilfegeber erwünschte Verhalten bzw. die geforderte Gegenleistung wirtschaftlich bzw. finanziell nicht als gleichwertig zu werten ist.⁶²⁷ Die Leistung bzw. Unterstützungsmassnahme gilt dann als Beihilfe, wenn ein privater Investor bei vergleichbarer Sachlage unter kaufmännischen Erwägungen eine gleiche Leistung nicht gewährt hätte.⁶²⁸ Bei Anwendung des *Private Investor Test* würde die Marktprämie gem. Art. 30 EnG somit dann keine Begünstigung der Anlagebetreiber darstellen, wenn sie als marktübliches Verhalten eines privaten Investors zu qualifizieren wäre. Deswegen muss zunächst der Frage nachgegangen werden, ob Anlagebetreiber als Empfänger der Marktprämie unter denselben Bedingungen am Markt die gleichen, favorisierenden Begünstigungen erhalten hätten.

Für die Beantwortung dieser Frage bedarf es der weiteren Erläuterung der Hintergrundüberlegungen, die überhaupt zur Einführung der besonderen Unterstützungsmassnahme geführt haben. Deswegen soll nachfolgend dargelegt werden, wie sich die Ausgangssituation gestaltete und wie die wirtschaftlichen Umstände der Anlagebetreiber heute aussehen. Basierend auf diesen Ausführungen kann der *Private Investor Test* angewendet werden.

Die grossen schweizerischen Wasserkraftwerke konnten ihren produzierten Strom in den 2000er Jahren unter guten Konditionen verkaufen. Die Strom-

⁶²⁷ WITTHOHN, 144.

⁶²⁸ HESKAMP, 122.

preisentwicklung war für sie favorabel, da der Strompreis bis zum Jahre 2009 stetig anstieg.⁶²⁹ Im Jahre 2008 wurde mit der Liberalisierung des schweizerischen Strommarktes begonnen (parallel zu der EU, die 2007 ihren Strommarkt öffnete), wodurch ein zunehmender Wettbewerbsdruck auf die Anlagebetreiber entstand. Ausgelöst durch die voranschreitende Strommarktöffnung begannen die Strompreise ab 2010 nicht nur in den Nachbarstaaten der Schweiz, sondern auch in der Schweiz zu sinken. Gleichzeitig kann für diesen Zeitraum auch die Zunahme der Förderung der erneuerbaren Energien, mit dem Ziel der vollständigen Marktintegration, beobachtet werden. Die Stromproduktion aus erneuerbaren Quellen konnte nur durch die staatlichen Anschubfinanzierungen zulegen.⁶³⁰ Die sinkenden Strompreise für die Grossverbraucher in der EU sorgten für einen erhöhten Druck auf die schweizerische Stromproduktion durch die Grosswasserkraft. Aufgrund der noch nicht vollständig vollzogenen Liberalisierung des Strommarktes in der Schweiz dürfen bislang nur Grossverbraucher den Stromlieferanten frei wählen.⁶³¹ Die Eigentümer der Grosswasserkraftwerke in der Schweiz mussten nun ihren Strom zu diesen für sie zunehmend verschärften Bedingungen auf dem freien Markt absetzen. Sie sahen sich mit Wertberechtigungen, Gewinneinbrüchen und Verlusten konfrontiert. Die sinkenden Preise führten somit unumgänglich zur Frage der Rentabilität der schweizerischen Wasserkraftwerke.⁶³² Zusätzlich wurden die Anlagebetreiber der Wasserkraftwerke mit dem hohen Wasserzins belastet, der die rentable Stromproduktion erschwerte. Den Wasserzins müssen die Anlagebetreiber nach wie vor begleichen.⁶³³ Ursächlich für diese Preisentwicklung war somit der eingetretene Wettbewerb als Folge der Strommarktliberalisierung und Konkurrenzierung, sowie die freie Wahl eines Stromlieferanten durch Grossverbraucher inkl. Verteilnetzbetreiber.⁶³⁴ Ferner lässt sich im Hinblick auf das Preisniveau der Schweiz im Strombereich feststellen, dass die inländische Strompreisentwicklung der Preisentwicklung des EU-Strombinnenmarktes folgt. Ein beispielhafter Blick auf den nördlichen Nachbarstaat Deutschland veranschaulicht, wie sich die Preisentwicklung in der Schweiz abspielt. Die schweizerischen Strompreise entwickeln sich fast immer paral-

⁶²⁹ RECHSTEINER, 3.

⁶³⁰ Vgl. Botschaft Energiestrategie 2050, 7583 ff.

⁶³¹ Vgl. Botschaft Energiestrategie 2050, 7585.

⁶³² Siehe umfassenden Bericht über die Rentabilität der schweizerischen Wasserkraft: Eine Studie der Axpo Schweiz, vom 14. März 2018.

⁶³³ Vgl. auch Bericht der VSE über den Wasserzins vom 18. Februar 2019.

⁶³⁴ Wobei anzumerken ist, dass die Endkonsumenten in Form privater Haushalte in der Schweiz ihren Lieferanten immer noch nicht frei wählen dürfen. Vgl. dazu auch RECHSTEINER, 10.

lel zu denjenigen Deutschlands, mit dem wichtigen Unterschied, dass dies auf einem preislich höheren Niveau erfolgt.⁶³⁵ Dieser Preisunterschied erschwert aber den Export überschüssig produzierten Stroms in den Sommermonaten.

Erschwerend für die Betreiber von Wasserkraftwerken kam hinzu, dass gem. Vorschau im Bericht des BFE von 2016 die Wasserkraftwerke bei den bestehenden Preisen und der nach wie vor für sie angespannten Lage am Strommarkt in den kommenden Jahren nicht wirtschaftlich hätten produzieren können, um die dringend notwendigen Investitionen in den Erhalt und Ausbau der Kapazitäten zu erbringen.⁶³⁶ Der Ausbau der Erzeugungskapazitäten ist aber laut der Energiestrategie 2050 notwendig und vorgesehen, um die angestrebten Energieziele zu erreichen.⁶³⁷ Demnach schätzte das BFE im Jahr 2016 noch, dass pro Jahr mit einer Fördersumme für die Grosswasserkraft von CHF 311 Mio. gerechnet werden müsse.⁶³⁸ Für das Geschäftsjahr 2018 wurden aber Fördergelder in Summe von lediglich CHF 65 Mio. zugesprochen.⁶³⁹ Das Geschäftsjahr 2019 fiel mit CHF 84 Mio.⁶⁴⁰ etwas höher aus, während das Geschäftsjahr 2020 Mittel in der Höhe von CHF 155 Mio. auswies.⁶⁴¹ Im letzten, veröffentlichten Geschäftsjahr 2021 fiel der Betrag dann markant auf CHF 26 Mio. herunter.⁶⁴² Die Fördersumme stieg zwar zunächst stetig an, lag aber weit unter dem geschätzten Initialbetrag des BFE. Auch der deutlich tiefere Betrag vom Geschäftsjahr 2021 zeugt davon, dass sich das BFE hier überschätzt hatte. Die Entwicklung in der Anfrage der Unterstützung in Form der Marktprämie gem. Art. 30 EnG, die nicht voll ausgeschöpft wurden, lassen darauf schliessen, dass die Betreiber von Grosswasserkraftwerken wieder vermehrt rentabel produzieren können. Dies impliziert eine Stabilisierung des Strompreises, ist aber auch gleichzeitig ein Ausdruck davon, wie schwierig die Langzeitplanung für den Bundesrat, das Parlament und den Gesetzgeber für die volatilen und teils nicht voraussehbaren Entwicklungen des Strommarktes in Bezug auf staatliche Unterstützungsmassnahmen sein kann.

Für die Einführung der besonderen Unterstützungsmassnahme in Form der Marktprämie gem. Art. 30 EnG war unter diesen gegebenen Umständen und

⁶³⁵ RECHSTEINER, 10.

⁶³⁶ Erläuterungen des UVEK über die Ausführungsbestimmungen zum neuen Energiegesetz vom 30. September 2016, November 2017, 5 ff.

⁶³⁷ Vgl. Monitoringbericht Energiestrategie 2050, Monitoring Bericht 2022, 44.

⁶³⁸ Vgl. dazu Bericht des UVEK zur Rentabilität der Schweizer Wasserkraft.

⁶³⁹ Faktenblatt zur Marktprämie 2018, BFE.

⁶⁴⁰ Faktenblatt zur Marktprämie 2019, BFE.

⁶⁴¹ Faktenblatt zur Marktprämie 2020, BFE.

⁶⁴² Faktenblatt zur Marktprämie 2021, BFE.

der Vorschau der preislichen Entwicklung im Zuge der voranschreitenden Strommarkliberalisierung zum einen die landespolitische und zum anderen die ökonomische Frage der rentablen Produktion entscheidend. Nicht zu vernachlässigen ist hierbei der Umstand, dass die Grosswasserkraftwerke eine tragende und systemrelevante Rolle in der Versorgungssicherheit der Schweiz wahrnehmen. Die ursprünglichen Schätzungen des BFE mögen über die tatsächlich notwendigen Fördergelder hinausgeschossen sein. Jedoch zeigen diese unterschiedlichen Aspekte, dass nur ein ganzheitlicher Ansatz vorliegend greifen konnte. Einen Beschluss für oder gegen die Einfuhr der Marktprämie auf einen isoliert ökonomischen oder rechtlichen Aspekt zu begründen, wäre hier nicht sachgerecht gewesen. Der Sachverhalt war und ist in seiner Natur nach komplex, womit der holistische Ansatz des Bundesrats, unter Berücksichtigung der Langzeitplanung, der voranschreitenden Strommarktöffnung, der volatilen Strompreisentwicklung, der Systemrelevanz der Wasserkraft sowie der politischen (und damals ungeklärten) institutionellen Fragen zwischen der Schweiz und der EU, angemessen erscheint.

Vor diesem Hintergrund ist nun der *Private Investor Test* anzuwenden. Es stellt sich folglich die Frage, ob Betreiber der Anlagen, die die besondere Unterstützungsmassnahme der Marktprämie nach Art. 30 EnG erhalten, diese Begünstigung auch unter den gleichen Bedingungen des Marktes erhalten würden. Diese Frage lässt sich auf den oben ermittelten Hintergrund wie folgt beantworten. Grundsätzlich könnten sich Investitionen in Grosswasserkraftanlagen lohnen. Insb., wenn sich der Strommarktpreis wie in den 2000er Jahren entwickelt. Jedoch erscheint es vorliegend, bei der oben beschriebenen, wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung zum Zeitpunkt der Investitionsentscheidung sowie unter Berücksichtigung der wirtschaftlich relevanten Kennzahlen und der vorherrschenden Markt- und Wettbewerbssituation grundsätzlich nicht logisch, aus Sicht eines marktwirtschaftlich handelnden, privaten Investors, Zuwendungen als Begünstigungen an einen Anlagebetreiber von Grosswasserkraft zu richten, mit der Erwartung, einen finanziellen Vorteil zu erzielen. Ein rationaler Investor würde hier wohl vielmehr anders vorgehen. Da offensichtlich hohe Investitionen für die Erneuerung und den Umbau der Grosswasserkraftanlagen sowie für den Ausbau der Kapazitäten notwendig wären, um zu den am Markt herrschenden Preisen rentabel produzieren zu können, würde ein privater, an der Gewinnerzielung orientierter Investor keine Zuwendungen sprechen. Es ist vorliegend somit nicht davon auszugehen, dass eine wirtschaftlich nicht rentable Anlage am freien Markt unter diesen Gegebenheiten eine Investition bzw. Zuwendung erhalten hätte.

Damit liegt die zweite Voraussetzung der Begünstigung, das Tatbestandsmerkmal des Fehlens der gleichwertigen Gegenleistung, vor.

c) Zwischenergebnis

Insgesamt kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass die Begünstigung i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV mit grosser Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann. Auch hinsichtlich der Frage, ob eine angemessene Gegenleistung vorliegt, ist davon auszugehen, dass die Marktprämie nach Art. 30 EnG nicht als angemessen zu qualifizieren ist.

d) Staatlichkeit

Das Tatbestandsmerkmal der Staatlichkeit bzw. der staatlichen Mittel ist regelmässig zentrales Element für die Beurteilung der Beihilfekonformität, wobei die Einordnung der für eine Fördermassnahme verwendeten finanziellen Mittel nicht immer ganz offenkundig ist.⁶⁴³ Der EuGH definiert den Staatlichkeitsbegriff als unmittelbare bzw. mittelbare Gewährung aus staatlichen Mitteln unter Zurechenbarkeit zum Staat⁶⁴⁴, wobei die Zurechenbarkeit nur in den Fällen der mittelbaren Begünstigung detailliert zu prüfen ist.⁶⁴⁵ Entscheidend ist damit, dass die Mittel hinreichend auf den Staat zurückgeführt werden können, wobei unerheblich ist, wer diese Mittel vergibt. Die Zurechenbarkeit der privaten Mittel zum Staat wird gem. Rechtsprechung des EuGH jeweils dann begründet, wenn eine zumindest vorübergehende, staatliche Kontrolle über die Mittel vorliegt.⁶⁴⁶ Die europäischen Gerichte vertreten den Grundsatz „je intensiver der staatliche Einfluss auf die [Mittel] verwaltende Stelle, desto eher [erfolgt] die Einordnung der Mittel als staatlich“⁶⁴⁷. Für die Beurteilung des Vorliegens des Tatbestandsmerkmals der Staatlichkeit ist folglich der Grad der staatlichen Kontrolle über die privaten Mittel massgebend.⁶⁴⁸ Die Mittel für die Finanzierung von Fördermassnahmen im Energie-

⁶⁴³ MAYORAZ, Rz. 586.

⁶⁴⁴ PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 64.

⁶⁴⁵ BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 151; anderer Ansicht ist hingegen BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 157; MAYORAZ, Rz. 80.

⁶⁴⁶ EuGH, C-482/99, Rz. 37.

⁶⁴⁷ EuGH, C-482/99, Rz. 37.

⁶⁴⁸ 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.

bereich stammen i.d.R. von den Stromendverbrauchern und damit von Privaten.⁶⁴⁹

Die Mittel für die Marktprämie gem. Art. 30 EnG stammen aus einem zweckgebundenen Spezialfonds. Dieser stellt eine Finanzhilfe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 SuG dar und wird durch den Netzzuschlag finanziert. In der Schweiz wird der Netzzuschlag auf die Endverbraucher abgewälzt und wird demnach (hauptsächlich) von Privaten getragen.

Um zu ermitteln, ob der Netzzuschlag als finanzielles Fördermittel dem Staat zugerechnet werden kann, ist an dieser Stelle ein Verweis auf die jahrelang andauernde Auseinandersetzung zwischen Deutschland und der Kommission bezüglich der deutschen Einspeisevergütungen und deren Vereinbarkeit mit dem EU-Beihilferecht sinnvoll, die im Jahre 2019 ihren Abschluss fand.⁶⁵⁰ Kernstück des Urteils war die entscheidende Frage, ob die Vergütungsregelung im deutschen Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) 2012 dem Staat zugerechnet werden konnte.⁶⁵¹

Ausgangspunkt des beihilferechtlichen Verfahrens war die grundsätzliche Konzeption des EEG 2012. In Deutschland wurde durch das Gesetz der Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien vom 28. Juli 2011 per 1. Januar 2012 das neue EEG 2012 in Kraft gesetzt. Dieses beinhaltete eine umfassende und grundlegende Überarbeitung des bis dahin bestehenden EEG 2009.⁶⁵² Mit Beschluss vom 18. Dezember 2013 leitete die Kommission ein Beihilfe-Hauptprüfverfahren zum EEG 2012 ein, worin sie sich mit der Kompatibilität des im EEG 2012 geregelten Vergütungssystems sowie der Umlagereduzierung für Grünstromlieferanten und für energieintensive Unternehmen befasste.⁶⁵³ Mit Urteil vom 10. Mai 2016 entschied das EuG in der Rechtssache *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*, dass die Förderungsmechanismen sowie die Privilegierungsmechanismen des EEG 2012 als Beihilfen i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren

⁶⁴⁹ Vgl. dazu ausführlich ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 1012.

⁶⁵⁰ Vgl. dazu im Ganzen EuG, T-47/15.

⁶⁵¹ Die Finanzierung der Massnahmen für erneuerbare Energien im (schweizerischen) EnG und im (deutschen) EEG sind weitestgehend gleich gestaltet. Der Verweis auf das EEG 2012 und ein Vergleich ist an dieser Stelle zweckmässig, da es sich bei der Prüfung des Tatbestandselements der Staatlichkeit ohnehin um den Finanzierungsaspekt und dessen Zurechenbarkeit handelt, welcher, wie oben erwähnt, bei allen Fördermassnahmen des EnG durch den Netzzuschlagsfonds finanziert wird.

⁶⁵² Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien, vom 25. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2074).

⁶⁵³ Vgl. Beschluss Kommission, C (2013) 4424 endgültig, SA.33995, vom 18. Dezember 2013.

sein.⁶⁵⁴ Ein Blick auf den Aufbau des EEG 2012 verdeutlicht, dass es darauf abzielte, Produzenten alternativen Stroms gegenüber Betreibern klimaschädlicher Anlagen zu privilegieren, indem es ein ganzes, dahinterliegendes System der Abwälzung sämtlicher Förderkosten entlang der gesamten Vermarktungskette auf die Endverbraucher ermöglichte. Dieses Abwälzungssystem funktionierte folgendermassen: Die Verteilnetzbetreiber wurden verpflichtet, Strom aus erneuerbaren Energien von den Anlagebetreibern abzunehmen und zu einem über dem Marktpreis liegenden Preis zu vergüten (§ 8 und 16 EEG 2012). Die Verteilnetzbetreiber leiteten diesen Strom dann an die Übertragungsnetzbetreiber weiter und konnten dadurch (den im vorherigen Schritt bezahlten) höheren Vergütungssatz von diesen verlangen (§ 35 EEG 2012). Die Übertragungsnetzbetreiber ihrerseits vermarkteten den Strom an der Strombörse, wo er von Elektrizitätsversorgungsunternehmen aufgekauft wurde. Die erzielten Einnahmen wurden von der Summe der Ausgaben (die durch das EEG erhöht wurden) abgezogen. Aus der Differenz wurde die sog. EEG-Umlage gebildet. Die EEG-Umlage wurde von den Übertragungsnetzbetreibern ermittelt, festgelegt, veröffentlicht und den Elektrizitätsversorgungsunternehmen in Rechnung gestellt (§ 37 EEG 2012). Die Elektrizitätsversorgungsunternehmen gaben die zusätzlich entstehenden Kosten schliesslich über die Stromrechnung an die Endverbraucher ab. Vom Aufschlag der EEG-Umlage auf die Stromrechnung wurden die sog. besonders stromintensiven Unternehmen ausgeschlossen. Sie sollten im Hinblick auf deren Wettbewerbsfähigkeit nicht durch teuren Strom gefährdet werden (§ 40 ff. EEG 2012). Dadurch, dass die Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien und die besonders stromintensiven Unternehmen keine EEG-Umlage begleichen mussten, wurden sie gegenüber den restlichen am Markt beteiligten Stromerzeugern bessergestellt.

Obwohl die Kommission in ihrem Beschluss vom 25. November 2014 konstatierte, dass die Förderung gewisser Anlagebetreiber und die Privilegierung der stromintensiven Unternehmen als Beihilfe zu qualifizieren seien, weil sie (die Gruppe der Erzeuger von Strom aus erneuerbaren Energien und die besonders stromintensiven Industrieunternehmen) im Ergebnis die EEG-Umlage nicht bezahlen mussten, kann der Beschluss als Ganzes in der Konsequenz als wenig weitreichend bezeichnet werden.⁶⁵⁵ Die Kommission stellte hierzu nämlich fest, dass der durch die EEG-Umlage bedingte (und in der Vergan-

⁶⁵⁴ EuG, T-47/15.

⁶⁵⁵ Vgl. Beschluss der Kommission über die Beihilferegulierung Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen vom 25. November 2014, 122 ff., wo die Kommission feststellte, dass das Vergütungs- und Umlagesystem des EEG 2012 mit dem Primärrecht vereinbar ist.

genheit zurückliegende) Verstoß gegen Art. 30 und 110 AEUV behoben wurde. Daher erklärte sie den Finanzierungsmechanismus für die Förderung von Erzeugern von Strom aus erneuerbaren Energien mit dem Binnenmarkt für vereinbar.⁶⁵⁶ Die Kommission verfügte keine Rückzahlungspflichten der Anlagebetreiber und im Kreis der privilegierten Unternehmen konnten nur geringfügige Veränderungen beobachtet werden. Hinzu kommt, dass zum Zeitpunkt des Beschlusses der Kommission zum EEG 2012 bereits das spätere und beihilferechtlich konforme EEG 2014 erlassen wurde. Die deutsche Bundesregierung hatte im Hinblick auf die Rechtssicherheit des folgenden (revidierten) EEG geklagt, um die Frage der Beihilfekonformität des deutschen Fördermechanismus im EEG 2012 zu klären.⁶⁵⁷

Ausgehend vom Beschluss der Kommission zum EEG 2012 stellt sich im Rahmen der beihilferechtlichen Prüfung die zentrale Frage, ob die durch die Kostenübertragung auf die Endverbraucher finanzierte Subventionierung den staatlichen Stellen zugerechnet werden kann. Wie dargelegt, ist für die Bejahung der Zurechenbarkeit finanzieller Mittel zum Staat das Ausmass der staatlichen Kontrolle über die Gelder ausschlaggebend.⁶⁵⁸

Im Jahre 2008 rekurrierte das EuG zum EEG 2012 auf das Urteil *EssentNetwork*.⁶⁵⁹ Im *EssentNetwork* zugrundeliegenden Sachverhalt hatten die niederländischen Stromnetzbetreiber die aus einem gesetzlichen Aufschlag auf den Strompreis stammenden Gelder an eine private Einrichtung weitergeleitet, welche diese Gelder nach genauen gesetzlichen Vorgaben verwaltete und verteilte. Die detaillierte gesetzliche Regelung sowie die Vorgaben zur Verwaltung und Kontrolle der Gelder durch die private Einrichtung waren für den EuGH ausschlaggebend, um die Zurechenbarkeit der Mittel zum niederländischen Staat festzustellen.⁶⁶⁰

Das EuG argumentierte, dass die Verwaltung der Gelder seitens der Übertragungsnetzbetreiber die Grundlage für eine umfassende staatliche Kontrolle begründen würde, da zum einen das Pflichtenprogramm der Übertragungsnetzbetreiber im EEG 2012 umfassend gesetzlich geregelt gewesen sei und

⁶⁵⁶ Beschluss der Kommission über die Beihilferegelung Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen vom 25. November 2014, 245 ff.

⁶⁵⁷ Beschluss der Kommission über die Beihilferegelung Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen vom 25. November 2014, 123 ff.

⁶⁵⁸ Diese erweiterte Auslegung des Tatbestandsmerkmals soll dazu dienen, die Umgehung des EU-Beihilfeverbots mittels kreativer Gesetzkonstruktionen auf nationaler Ebene zu unterbinden. Siehe dazu OVERKAMP.

⁶⁵⁹ EuGH, C-206/06, Rz. 66 ff.

⁶⁶⁰ EuGH, C-206/06, Rz. 90 ff.

zum anderen die Aufsicht durch die Bundesnetzagentur erfolgen würde. Die Konzeption des EEG 2012 sei in seiner Funktionsweise entsprechend mit einer Abgabe der Endverbraucher und einer Umverteilung dieser Abgabe durch den Staat vergleichbar, weswegen es hier keinen Unterschied machen könne, ob eine Begünstigung in den direkten Subventionen bestünde oder in Form der Abwälzung von Kosten auf andere. Demnach stützte sich das EuG auf den Standpunkt, dass die Privilegierung der stromintensiven Unternehmen eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstelle. Beeinflusst durch die fortwährende und dynamische Entwicklung des EEG diene der Entscheid des EuG als Grundlage dafür, einen neuen Massstab für die künftige nationale Gesetzgebung und Notifikationspflichten für alle Mitgliedstaaten der EU nach Art. 108 Abs. 3 AEUV zu schaffen.⁶⁶¹

Im direkten Vergleich dazu entschied der EuGH bezüglich der Einordnung der staatlichen Mittel zuvor in der Rechtssache *PreussenElektra* hingegen anders. Der EuGH hatte im *PreussenElektra*-Urteil von 2001 zum Stromeinspeisungsgesetz⁶⁶², welches Vorgängergesetz zum EEG war, festgestellt, dass die blosse Festlegung einer Abnahmepflicht zu Mindestpreisen aber nicht genüge, um eine Beihilfe zu begründen, da hiervon keine staatlichen Mittel betroffen gewesen seien (siehe ausführliche Beurteilung und Anwendung von *PreussenElektra* unten [Teil 4, I., 3., d\)](#)).

Im weiteren Verlauf der Auseinandersetzung zwischen Deutschland und der Kommission klagten schliesslich rund 30 Unternehmen gemeinsam mit Deutschland gegen den Beihilfeentscheid der Kommission zum EEG 2012. Dies mit Erfolg. Der EuGH verkündete mit Urteil vom 29. März 2019 in der Rechtssache *Bundesrepublik Deutschland/Kommission*⁶⁶³, dass der Beschluss der Kommission vom 25. November 2014 über die Beihilferegelung Deutschlands zur Förderung erneuerbaren Stroms und stromintensiver Unternehmen im EEG 2012 als nichtig zu betrachten sei. Nach Auffassung des EuGH wurde durch den mit der EEG-Umlage geförderten grünen Strom und die besondere Ausgleichsregelung kein aus staatlichen Mitteln finanzierter Vorteil i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV gewährt. Der EuGH stellte fest, dass es richtig sei, dass die Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien zwar auf gesetzlicher Grundlage in Form des EEG 2012 erfolgte und der darin eingeführte Förder-

⁶⁶¹ Siehe EuG, T-47/15.

⁶⁶² Deutsches Stromeinspeisungsgesetz vom 19. Juli 1994 (BGBl I, 1994, 1618), geändert durch das Gesetz zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts (BGBl I, 1998, 730).

⁶⁶³ EuGH, Urteil vom 29. März 2019 in der Rechtssache C-405/16 P, ECLI:EU:C:2019:268 – Bundesrepublik Deutschland/Kommission.

mechanismus dazu führte, dass die Mittel unter staatlichem Einfluss stünden. Allerdings müsse, um von einer Beihilfequalifizierung zu sprechen, als weitere Voraussetzung der Staat die Verfügungsgewalt über die mit der EEG-Umlage erwirtschafteten Gelder gehabt haben. Gem. EuGH vermochten die gesetzlichen Bestimmungen des EEG 2012 nicht, die Verfügungsgewalt zu begründen. Der EuGH wandte ein, dass das EEG 2012 die Energieversorgungsunternehmen nicht dazu verpflichtet habe, die aufgrund der EEG-Umlage zu entrichtenden Beiträge auf die Endverbraucher abzuwälzen. Die durch den Staat erhobene EEG-Umlage musste damit nicht zwingenderweise vom Endverbraucher erhoben werden, sondern *konnte* lediglich von ihnen erhoben werden. Alternativ hätte sie auch von den Energieversorgungsunternehmen selbst getragen werden können, wofür aber eine privatvertragliche Vereinbarung zwischen den Letztverbrauchern und dem Energieversorgungsunternehmen nötig gewesen wäre.⁶⁶⁴ Da es sich dabei um eine Kann-Vorschrift handelte, habe es ihnen vielmehr freigestanden, diese Kosten selbst zu tragen. Der alleinige Umstand, wonach die aus der EEG-Umlage resultierende finanzielle Belastung auch faktisch auf die Endverbraucher abgewälzt wurde, könne nicht genügen. Die EEG-Umlage könne somit gem. Auffassung des EuGH nicht einer Abgabe gleichgestellt werden. Der Staat habe zudem zu keinem Zeitpunkt die Verfügungsgewalt über die von den Übertragungsnetzbetreibern im Rahmen des Ausgleichsmechanismus verwalteten Gelder gehabt und hätte eine andere als die im EEG 2012 vorgesehene Verwendung der Gelder nicht beschliessen können. Deswegen konstatierte der EuGH, dass es sich bei der EEG-Umlage um keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handle. Als direkte Folge entfielen auch sämtliche von der Kommission zuvor geltend gemachten monetären Rückforderungen gegenüber Deutschland.

Das EuGH-Urteil schlug hohe Wellen und markierte einen wichtigen Meilenstein für künftige energiepolitische Ausrichtungen aufgrund seiner grossen Strahlkraft auf andere Förderinstrumente in Gesetzen zur Förderung erneuerbarer Energien. Mit diesem Entscheid wurde insb. die zuvor in der Literatur und Lehre kontrovers diskutierte und umstrittene Frage der Staatlichkeit der Mittel abschliessend geklärt. Die Würdigung des EEG-Ausgleichsmechanismus durch die Kommission und das EuG wurde zuvor als fehlerhaft empfunden und wiederholt beklagt. Mit dem Urteil erreichte der EuGH, dass die bis

⁶⁶⁴ Siehe dazu auch die Ausarbeitung des Deutschen Bundestags über die Netzentgeltbefreiung nach dem StromNEV und das EEG im Lichte des EU-Beihilferechts vom 8. April 2013, 36. 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.

dahin oftmals als uferlos empfundene Ausweitung des Beihilfebegriffs erstmals eingegrenzt wurde, indem der EuGH der Kommission Leitplanken für die Beihilfekontrolle setzte und ein engeres Verständnis der Staatlichkeit der Mittelschuf.⁶⁶⁵

e) Zwischenergebnis

Die weite Auslegung des Staatlichkeitsbegriffs durch das EuG erscheint zunächst konsequent, um potenziellen Umgehungsversuchen auf nationaler Ebene entgegenzuwirken. Das EU-Beihilfeverbot soll gerade nicht mittels kreativer und extensiver Gesetzeskonstruktionen umgangen werden können, was das EuG mit der Schrankensetzung sicherzustellen versucht. Vorliegend hatte allerdings der deutsche Staat gem. nationalem Gesetz (EEG 2012) faktisch und rechtlich zu keinem Zeitpunkt Zugriff auf die Finanzmittel, die über die Übertragungsnetzbetreiber (die grösstenteils privatrechtliche AG darstellten) weitergeleitet wurden. Die Annahme, dass eine detaillierte gesetzliche Regelung ausreicht, um eine staatliche Kontrolle und damit die Zurechenbarkeit der Mittel zum Staat zu begründen, überzeugt nicht. Hier wurden die Mittel lediglich aufgrund der gesetzlich vorgesehenen Regelungen als staatliche Mittel eingestuft.⁶⁶⁶ Die gesetzgeberische Verantwortung, ein potenzielles Umgehen des Beihilferechts durch geschickte Gesetzesformulierungen zu verhindern, ist selbstverständlich richtig. Allerdings ist es überzogen, bei der gesetzlichen Ausgestaltung von einer absichtlichen Umgehung des EU-Beihilfeverbots auszugehen. Vorliegend ist deshalb nicht davon auszugehen, dass anhand der gesetzlichen Formulierung ein Aushöhlen der eigentlichen Bestimmung von Art. 107 Abs. 1 AEUV und die Abschiebung der Verantwortung begründet wurde.

Für die Beurteilung der Marktpremie nach Art. 30 EnG ist entscheidend, ob die Fördermittel dem Staat zugerechnet werden können. Die Mittel stammen aus dem Netzzuschlagsfonds, einem zweckgebundenen Spezialfonds gem. Art. 52 FHG, der vom UVEK (als Teil der öffentlichen Verwaltung) gem. Art. 37 Abs. 2 EnG verwaltet wird. Laut Art. 35 Abs. 1 EnG wird der Zuschlag von der Vollzugsstelle (Pronovo AG) erhoben und in den Netzzuschlagsfonds eingezahlt. Netzbetreiber können den Netzzuschlag auf die Endverbraucher überwälzen, sind jedoch nicht dazu verpflichtet, da es sich um eine Kann-Vorschrift handelt. Der Bundesrat legt gem. Art. 35 Abs. 3 EnG den Betrag des Zuschlags fest, den die Endverbraucher bei Überwälzung des Netzzuschlags bezahlen müs-

⁶⁶⁵ Vgl. dazu KHALE, Mehr Spielraum für die Förderung erneuerbarer Energien.

⁶⁶⁶ Siehe dazu auch OVERKAMP, Abs. III.

sen. Vorliegend beruht die Förderung des Stroms aus erneuerbaren Energien gem. Marktprämie nach Art. 30 EnG auf einer gesetzlichen Grundlage und die Fördermittel stehen, dadurch, dass sie vom UVEK – als eidgenössisches Department stellt es einen integralen Bestandteil der öffentlichen Verwaltung dar – verwaltet werden, eindeutig unter staatlichem Einfluss.

Wie beim EEG 2012 ist vorliegend allerdings fraglich, ob das Tatbestandselement der Verfügungsgewalt der ausbezahlten Mittel erfüllt ist. Im EuGH-Urteil *Bundesrepublik Deutschland/Kommission* vom 29. März 2019 wird mit der fehlenden staatlichen Verfügungsgewalt über die Gelder argumentiert, weil diese im Rahmen des Ausgleichsmechanismus von den Übertragungsnetzbetreibern verwaltet wurden.⁶⁶⁷ Gem. Art. 35 EnG muss die Vollzugsstelle einen Zuschlag auf das Netznutzungsentgelt von den Netzbetreibern erheben. Demgegenüber können wiederum die Netzbetreiber den Netzzuschlag auf die Endverbraucher abwälzen, mit dem wichtigen Unterschied, dass sie dies aber nicht tun müssen. Damit ist gesetzlich die Regelung über die (privatrechtlich) ausgestalteten Fördermittel i.S.d. *PreussenElektra*-Urteils, genau vorgegeben.

Ferner ist das Kriterium „je intensiver der staatliche Einfluss auf die [Mittel] verwaltende Stelle, desto eher [erfolgt] die Einordnung der Mittel als staatlich“⁶⁶⁸ i.V.m. mit der EuGH-Rechtsprechung zu betrachten. Der EuGH hatte festgestellt, dass die EEG-Umlage aus dem EEG 2012 aufgrund der Kann-Vorschrift nicht einer Abgabe gleichgestellt werden kann, selbst wenn die finanzielle Belastung faktisch auf die Endverbraucher abgewälzt wurde.⁶⁶⁹ Diese Argumentation ist in Bezug auf die schweizerische Gesetzgebung dahingehend zu werten, dass der Schweizer Staat durch die Einführung der Kann-Vorschrift in der Gesetzgebung lediglich einen Rahmen setzt. Das EnG lässt den Netzbetreibern die freie Wahl, den Netzzuschlag gegebenenfalls auf die Endverbraucher abzuwälzen.

Vorliegend kann deswegen nicht von einer intensiven und weitreichenden staatlichen Kontroll- und Verfügungsgewalt über die geldwerten Mittel gesprochen werden. Die Marktprämie wurde zudem gem. Art. 38 Abs. 2 EnG bis Ende 2030 verlängert (und eine Weiterführung dieser Frist ist auch für das neue StromVG vorgesehen), jedoch wurde sie nicht erhöht. Bei der Verlängerung handelt es sich also ebenfalls nicht um eine Intensivierung der Mittelherkunft, auch wenn das Vorliegen des Teil elements „zumindest vorübergehend“ gem. Rechtsprechung des EuGH allenfalls erfüllt sein könnte. Das Ausmass der

⁶⁶⁷ EuGH, C-405/16 P, Rz. 55.

⁶⁶⁸ LUDWIGS, 242.

⁶⁶⁹ EuGH, C-405/16 P, Rz. 71.

staatlichen Kontrolle bleibt dennoch unverändert. Es ist offenkundig, dass die Verlängerung allein es nicht vermag, die intensive und weitreichende staatliche Kontroll- und Verfügungsgewalt über die monetären Mittel und damit die Staatlichkeit der Mittelherkunft zu begründen. Bei Anwendung der neuesten Rechtsprechung des EuGH ist vorliegend die Verwendung der Mittel gem. EnG vorgegeben und in einem engen gesetzlichen Rahmen festgeschrieben. Die Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds dürfen, ganz i.S.d. Argumentation des EuGH zum EEG 2012-Urteil nur zu dem im EnG festgelegten Zweck verwendet werden und es kann keine andere als im Gesetz festgelegte Verwendung der Mittel beschlossen werden. Es liegt somit keine freie staatliche Verfügungsgewalt vor. Damit lässt sich abschliessend feststellen, dass vorliegend die Zurechenbarkeit zum Staat nicht gegeben ist.

Das Tatbestandselement der Staatlichkeit ist damit nicht erfüllt. Wird die aktuelle EuGH-Rechtsprechung und die bisherige Praxis der Kommission angewandt, lässt sich bei der Beurteilung der Marktpremie für Grosswasserkraftanlagen nach Art. 30 EnG festhalten, dass es sich um keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt. Deswegen erübrigt sich an dieser Stelle die weitere Prüfung der restlichen Tatbestandsmerkmale.

Damit kann festgehalten werden, dass die Fördermassnahme nach Art. 30 EnG mit dem EU-Beihilferecht gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar ist.

2. Beurteilung Einspeisevergütung gem. Art. 19 ff. Energiegesetz

Wie zuvor erläutert, gestaltete sich das klassische Einspeisemodell lange Zeit aus der Kombination der Komponenten einer Abnahmepflicht von erzeugtem Strom aus erneuerbaren Energien sowie einer garantierten Mindestvergütung für Strom aus erneuerbaren Energien. Das Zusammenspiel dieser Komponenten ist mit wenig Risiko verbunden, was dieses Modell für die Investitionen von Anlagebetreibern interessant macht. Hinsichtlich des Ausbaus von erneuerbaren Energien war bzw. ist dieses Modell aufgrund seiner Komponenten sehr wirkungsvoll und immer noch global weit verbreitet.⁶⁷⁰ Der ursprüngliche Ansatz der klassischen Einspeisevergütung hat sich im Hinblick auf das Endziel der vollständigen Marktintegration der erneuerbaren Energien erheblich gewandelt. Die Umstrukturierung der Einspeisevergütung hat zu einer marktnäheren Form geführt und das EVS hat Einzug in das EnG gefunden. Anzumerken

⁶⁷⁰ WITTHOHN, 131.

gilt, dass das EVS im EnG unterdessen ein Auslaufmodell darstellt und schrittweise durch das EIV im neuen StromVG ersetzt werden soll.

a) Anwendungsbereich

In den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 107 AUEV fallen Beihilfen, die Wettbewerbsverzerrungen verursachen können. Ebenfalls fallen Beihilfen zu Umwelt- und Energiezwecken unter die Beihilfekontrolle und sind wettbewerbsrechtlich betrachtet kritisch. Bei der Einspeisevergütung nach Art. 19 ff. EnG handelt es sich, wie auch bei der Marktpremie nach Art. 30 EnG, um eine staatliche Finanzleistung zur Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien. Der sachliche Anwendungsbereich der Beihilfebestimmung nach Art. 107 AEUV ist durch das EVS gem. Art. 19 ff. EnG eröffnet.

b) Begünstigung

Zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung, und der etwaigen Einstufung des EVS nach Art. 19 ff. EnG als Beihilfe, ist das Vorliegen einer begünstigenden Wirkung (bzw. eines wirtschaftlichen Vorteils)⁶⁷¹ sowie die fehlende adäquate Gegenleistung⁶⁷² notwendig.

Das EVS gem. Art. 19 ff. EnG i.V.m. dem Vergütungssatz nach Art. 22 EnG stellt eine staatlich festgelegte Geldleistung für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien dar, die aus einem zweckgebundenen Spezialfonds (Netzzuschlagsfonds) stammt, welcher in der Schweiz durch die (privaten) Endverbraucher getragen wird. Am EVS dürfen gem. Art. 19 Abs. 1 EnG nur Betreiber von Neuanlagen teilnehmen, die Elektrizität aus Wasserkraft, Sonnenenergie, Windenergie, Geothermie oder Biomasse erzeugen, solange die Mittel nach Art. 35 und 36 EnG ausreichen. Zur Teilnahme am EVS sind somit nur bestimmte Betreiber von im EnG explizit genannten Neuanlagen berechtigt. Das Gesetz nennt dabei die Photovoltaikanlagen mit einer Leistung von mindestens 100 kW, gewisse, gem. dem vorgängigen Recht als übrige Biomasseanlagen bezeichnete Anlagen sowie Wasserkraftanlagen mit einer Leistung zwischen 1 und 10 MW.

Da das EVS vom ursprünglichen zu einem marktnäheren Modell umgestaltet wurde, ist vorliegend zu prüfen, ob die Teilnahme der im EnG bezeichneten Neuanlagen am derzeit geltenden EVS tatsächlich zu einem wirtschaftlichen

⁶⁷¹ ALTROCK, 43.

⁶⁷² HESKAMP, 120.

Vorteil führt und ob demgegenüber keine äquivalente Gegenleistung erbracht wird.

Die Einspeisevergütung nach Art. 19 ff. EnG stellt eine Anspruchssubvention dar. Sofern die im EnG und im EnFV verankerten Voraussetzungen durch die Betreiber der bezeichneten Neuanlagen erfüllt werden, haben sie in der Folge Anspruch auf diese Subventionsleistungen bzw. Vergütungen. Beruhend auf diesem gesetzlichen Anspruch erhalten sie eine Einspeiseprämie für den eingespeisten Strom aus erneuerbaren Energien, die wiederum flexibel ausgestaltet ist. Da sie Schwankungen unterliegt, kann sie unterschiedlich hoch ausfallen. Mit dem Umbau von der kostendeckenden Vergütung hin zur marktorientierten Vergütung wird den Stromproduzenten keine betraglich fixierte Vergütung mehr garantiert und es besteht auch kein vertraglicher Abnahmepflicht mehr. Dennoch wird den am EVS teilnehmenden Anlagen die Einspeiseprämie für den ökologischen Mehrwert zugesichert. Der ökologische Mehrwert ermittelt sich dabei aus der Differenz zwischen der herkömmlichen kostendeckenden Einspeisevergütung und dem Referenzmarktpreis. Die Herkunftsnachweise im EVS dürfen von den Stromproduzenten aber nicht weiterverkauft werden, da ebendieser Mehrwert zugesichert und abgegolten wird. Die Einspeiseprämie gilt folglich den flexiblen, ökologischen Mehrwert einer Anlage ab und stellt keinen garantierten Mindestabnahmepreis dar. Vielmehr kann aufgrund der schwankenden Einspeiseprämie von einem garantierten, aber schwankenden Deckungsbeitrag gegenüber dem Referenzmarktpreis gesprochen werden. Liegt der Referenzmarktpreis tief, kann die Einspeiseprämie bzw. Vergütung hoch ausfallen. Liegt der Referenzmarktpreis hingegen hoch, fällt die Einspeiseprämie bzw. Vergütung tief aus. Dagegen ist das Bewirtschaftungsentgelt betraglich pro Technologie fixiert und gleicht den Aufwand für die Direktvermarktung ab.⁶⁷³

Das EVS gem. Art. 19 ff. EnG wurde dahingehend umgestaltet, als dass die Stromproduzenten bzw. Betreiber der im Gesetz bezeichneten, Neuanlagen einen Anreiz erhalten sollen, Strom aus erneuerbaren Energien zu jenen Zeiten zu produzieren und in das Netz einzuspeisen, wenn die Nachfrage besonders hoch ist. Die vom EnG bezeichneten, zur Teilnahme am EVS berechtigten Stromproduzenten werden denjenigen Stromproduzenten gegenüber bessergestellt, die nicht am EVS teilnehmen können, auch wenn sie Neuanlagen betreiben. Einen weiteren wichtigen und entscheidenden Faktor bilden die zeitlich und monetär terminierten Subventionsmittel nach Art. 35 und 36

⁶⁷³ Vgl. Faktenblatt Direktvermarktung BFE; Pronovo AG, Was ist die Direktvermarktung; zum Ganzen, ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 1002 ff.

EnG. Für das EVS werden ausschliesslich diejenigen Projekte zur Förderung der erneuerbaren Energien berücksichtigt, die vor dem 20. Juni 2012 angemeldet wurden. Sämtliche, nach diesem Datum angemeldeten Projekte der Anlagebetreiber auf der Warteliste des BFE sind von der Aufnahme in das EVS ausgeschlossen. In der Folge bedeutet das, dass diejenigen Stromproduzenten, die zwar die gesetzlichen Bedingungen erfüllen und eine im EnG bezeichnete Neuanlage betreiben, jedoch aufgrund der befristeten Natur der Fördermittel nicht mehr in das EVS aufgenommen werden, gegenüber den vor dem 20. Juni 2012 angemeldeten Anlagebetreiber wirtschaftlich schlechter gestellt sind, indem sie vom Bezug dieser staatlichen Massnahme ausgeschlossen werden.

Damit ist die erste Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals der begünstigenden Wirkung, der wirtschaftliche Vorteil, erfüllt.

Die zweite Voraussetzung des Tatbestandsmerkmals der Begünstigung verlangt, dass der Begünstigung keine adäquate Gegenleistung gegenübersteht. Eine fehlende, marktübliche Gegenleistung liegt dann vor, wenn die üblicherweise vom Beihilfegeber geforderte Gegenleistung bzw. das erwünschte Verhalten wirtschaftlich bzw. finanziell nicht als gleichwertig zu bewerten ist.⁶⁷⁴ Die infragestehende bzw. geleistete Massnahme gilt dann als Beihilfe, wenn ein privater Investor bei vergleichbarer Sachlage unter kaufmännischen Erwägungen eine gleiche Leistung nicht gewährt hätte.⁶⁷⁵

Der Motivationsgrund für eine Investition bzw. finanzielle Zuwendung ist die Renditeerwartung, damit ökonomische Überlegungen, und nicht das Ziel der Integration der erneuerbaren Energien unter ökologischen Aspekten an sich. Hinzu kommt, dass sich die Investitionen bei einem tiefen Referenzmarktpreis sogar erhöhen würden, was wiederum einen erhöhten Investitionsbetrag bedeuten würde. Bei einem Vergleich der festgelegten Geldleistung für Anlagebetreiber für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien gem. Art. 19 ff. EnG mit der Situation auf dem freien Markt ist vorliegend aus Sicht eines privaten Investors nicht davon auszugehen, dass sich dieser beim gegenwärtigen Stand der Marktintegration der erneuerbaren Energien für eine finanzielle (wenn auch fluktuierende – was sich positiv oder negativ auf die Investitionssumme auswirken kann) Vergütung für die Einspeisung von aus erneuerbaren Energien erzeugtem Strom entschlossen hätte. Wird der *Private Investor Test* angewendet, ist nicht davon auszugehen, dass dieser sich unter diesen Wettbewerbsgegebenheiten auch so verhalten hätte.

⁶⁷⁴ WITTHOHN, 144.

⁶⁷⁵ HESKAMP, 122.

Die zweite Voraussetzung der Begünstigung, die fehlende, gleichwertige Gegenleistung, ist erfüllt.

c) Zwischenergebnis

Aus den obigen Ausführungen lässt sich festhalten, dass das EVS nach Art. 19 ff. EnG das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung erfüllt.

d) Staatlichkeit

Für die Beurteilung des EVS nach Art. 19 ff. EnG bzw. der Einspeisevergütung nach Art. 22 EnG ist, wie bei der besonderen Unterstützungsmassnahme der Marktprämie nach Art. 30 EnG, die Mittelherkunft ausschlaggebend. Die Mittel für die Finanzierung des EVS gem. Art. 19 ff. EnG stammen aus demselben Spezialfonds wie die Mittel für die Marktprämie nach Art. 30 EnG, dem Netzzuschlagsfonds gem. Art. 37 EnG. Dieser wird, wie erläutert, aufgrund der Abwälzung auf die Endverbraucher damit von Privaten finanziert. Die vom EuGH verlangte Zurechenbarkeit der privaten Mittel des Netzzuschlagsfonds zum Staat wurde bereits ausführlich geklärt. Deswegen wird an dieser Stelle auf die oben bereits erfolgten Ausführungen verwiesen (siehe oben [Teil 4, I., 1., d\)](#)). Unerheblich ist dabei, dass sich die Ausführungen oben auf die Marktprämie beziehen und die hiesigen auf das EVS nach Art. 19 ff. EnG. Die Argumentation des EuGH stützt sich bei der Beurteilung der Mittelherkunft und deren Zurechenbarkeit zum Staat auf die Verfügungsgewalt über die ausbezahlten Mittel. Bei der vorliegenden Unterstützungsmassnahme wird ebenfalls der neuesten Rechtsprechung des EuGH gefolgt, weil die Verwendung der Mittel gem. dem EnG bestimmt werden und, ganz i.S.d. Argumentation des EuGH zum EEG-2012-Urteil, keine andere als im Gesetz festgelegte Verwendung der Mittel beschlossen werden kann. Gem. EuGH konnte die EEG-Umlage des EEG 2012 nicht einer Abgabe gleichgestellt werden, obschon diese faktisch die finanzielle Belastung auf die Endverbraucher abwälzte, da die staatliche Verfügungsgewalt über die Gelder fehlte.

Beim schweizerischen Einspeisevergütungsmodell handelt es sich um ein (inzwischen auslaufendes) Förderinstrument, das dem deutschen Modell im EEG in seiner Funktionsweise entspricht. Vorliegend ist deshalb die neueste Rechtsprechung des EuGH anzuwenden, womit die Zurechenbarkeit der Mittel aus dem Netzzuschlagsfonds zum Staat nicht gegeben ist.

e) **Zwischenergebnis**

Das Tatbestandselement der Staatlichkeit bzw. der Zurechenbarkeit der Mittel zum Staat ist vorliegend nicht erfüllt. Deswegen handelt es sich beim EVS nach Art. 19 ff. EnG unter Berücksichtigung der aktuellen EuGH-Rechtsprechung um keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV. Damit erübrigt sich auch die Prüfung der restlichen Tatbestandsmerkmale.

3. Beurteilung Investitionsbeitrag bzw. Einmalvergütung gem. Art. 24 ff. Energiegesetz

Ein Investitionsbeitrag bzw. eine EIV wird gem. Art. 24-27b EnG verschiedenen Anlagen vergütet, wobei gem. BFE dieses Instrument insb. zur Förderung der Stromproduktion aus Photovoltaikanlagen gem. Art. 25 EnG zum Zuge kommt.⁶⁷⁶ Daneben können aber auch Wasserkraftanlagen gem. Art. 26 EnG, Biomasseanlagen gem. Art. 27 EnG, Windenergieanlagen gem. Art. 27a EnG sowie Geothermieanlagen gem. Art. 27b EnG in den Genuss der Subvention kommen. In Art. 24 EnG sind die Grundsätze geregelt, wonach die Anlagen gefördert werden können, soweit die Mittel gem. Art. 35 und 36 EnG reichen. Gem. Art. 15 Abs. 1-3 EnG gilt die Pflicht zur Abnahme und Vergütung für die Netzbetreiber auf ihrem Netzgebiet gegenüber den Stromproduzenten dieser Anlagen. Damit ist die Fördermassnahme in Form des Investitionsbeitrags bzw. der EIV mit der Abnahme- und Vergütungspflicht verknüpft. Aufgrund dieser Kombination kann von einer Mischsubvention gesprochen werden, die aus zwei Komponenten besteht.⁶⁷⁷ Sie setzt sich einerseits aus der Leistungssubvention (Investitionsbeitrag bzw. EIV gem. Art. 24-27b EnG) und andererseits aus Austauschvertrag (Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 EnG) zusammen.⁶⁷⁸ Gem. Art. 15 Abs. 4 EnG finden die Abnahme- und Vergütungspflichten für die gem. Art. 19 EnG am EVS teilnehmenden Anlagebetreiber keine Anwendung.

Beim Investitionsbeitrag bzw. bei der EIV handelt es sich offensichtlich um eine Subvention. Bei der Teilkomponente der Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 Abs. 1-3 EnG hingegen muss im Einzelnen überprüft werden, ob es sich bei einer Pflicht zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien auch um eine Subvention im eigentlichen Sinne handelt. Die Abnahme-

⁶⁷⁶ Siehe dazu Einmalvergütungen, BFE.

⁶⁷⁷ CELIK, 923; BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 47 f.

⁶⁷⁸ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 50 ff.

und Vergütungspflicht (Art. 15 EnG) wurde gem. Bundesrat nicht direkt als Fördermassnahme konzipiert, auch wenn sie dennoch die Produktion der erneuerbaren Energien fördert.

a) Anwendungsbereich

Staatliche, finanzielle Unterstützungsmassnahmen, die auf die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien bzw. der Energiewirtschaft abzielen, fallen unter die Wettbewerbsaufsicht i.S.v. Art. 107 AEUV.⁶⁷⁹ Die vorliegende Kombination aus Investitionsbeitrag bzw. EIV i.S.v. Art. 24-27b EnG i.V.m. der Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 1-3 EnG dient der Förderung der erneuerbaren Energien und bedeutet einen grundsätzlichen Eingriff in den Wettbewerb. Damit ist der sachliche Anwendungsbereich der Beihilfebestimmung nach Art. 107 AEUV eröffnet.

b) Begünstigung

Das Tatbestandsmerkmal der begünstigenden Wirkung besteht aus den zwei Tatbestandselementen des wirtschaftlichen Vorteils einerseits (der erfüllt ist, wenn für bestimmte Unternehmen oder Wirtschaftszweige eine staatliche Leistung an eine private oder juristische Person erbracht wird) und andererseits, dass dem wirtschaftlichen Vorteil keine entsprechende marktübliche Gegenleistung gegenübersteht. Die marktübliche Gegenleistung wird dabei anhand des Vergleichs mit den Renditeerwartungen eines marktwirtschaftlich handelnden Kapitalgebers ermittelt.⁶⁸⁰

Der Investitionsbeitrag bzw. die EIV stellt eine finanzielle Unterstützungsleistung für Anlagebetreiber dar, die Strom mittels Photovoltaik-, Wasserkraft-, Biomasse-, Windenergie- und Geothermietechnologien erzeugen. Die Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 Abs. 1-3 EnG dient laut Botschaft des Bundesrats zur Energiestrategie 2050 dazu, einen Anreiz zur Diversifizierung der verschiedenen Stromerzeugungstechnologien zu schaffen und auf diese Weise die Stromproduktion aus erneuerbaren Energien zu fördern.⁶⁸¹ Gem. Art. 38 Abs. 1 EnfV setzt sich der Investitionsbeitrag bzw. die EIV (z.B. für Photovoltaikanlagen i.S.v. Anhang 2.1 EnfV) aus einem fixen Grundbeitrag

⁶⁷⁹ GIENSCH, 1 ff.

⁶⁸⁰ BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 138.

⁶⁸¹ Botschaft Energiestrategie 2050, 7576.

und einem variablen Leistungsbeitrag zusammen.⁶⁸² Wie die oben untersuchte Marktpremie und Einspeisevergütung, bildet auch ein Investitionsbeitrag bzw. eine EIV eine Anspruchssubvention. Sind die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, haben die Anlagebetreiber folglich einen Anspruch auf diese Subvention.

In den Art. 24-27b EnG werden die anspruchsberechtigten, spezifischen Anlagebetreiber namentlich aufgezählt. Hinzu kommt, dass Art. 15 Abs. 4 EnG diejenigen Anlagen von einer Geltendmachung des Anspruchs ausschliesst, die bereits am EVS teilnehmen. Diese explizite gesetzliche Erwähnung der Anlagen grenzt die berechtigten von den nichtberechtigten Anlagebetreibern ab. Damit ist das Teil element der bestimmten Unternehmen erfüllt.

Ausschliesslich diese Anlagentypen erhalten eine geldwerte, staatliche Leistung in Form eines Investitionsbeitrages bzw. einer EIV. Die Abnahme und die Vergütung durch die Netzbetreiber auf ihrem Netzgebiet nach Art. 15 Abs. 1-3 EnG garantiert zudem ausdrücklich, dass der aus diesen Anlagen der erneuerbaren Energien erzeugte Strom tatsächlich vertrieben wird. Ohne diese Zusicherung in Form der gesetzlich verankerten Garantie zur Abnahme und Vergütung des Stroms aus erneuerbaren Energien müssten die Anlagebetreiber die Kosten zum Ausbau der Technologien sowie die gesamte Veräusserung des erzeugten Stroms selbst verantworten. Damit kann diese Leistung der gesetzlich verankerten Garantie an die Anlagebetreiber als positive Massnahme gewertet werden, die dazu beiträgt, eine Belastung des Subventionsempfängers zu vermindern, die dieser ohne die gewährte Begünstigung hätte tragen müssen. Die gesetzliche Garantie kommt nur für die bezeichneten Anlagebetreiber, die für einen Investitionsbeitrag bzw. eine EIV in Frage kommen, zum Tragen. Diese werden durch diesen Vorteil gegenüber anderen Anlagebetreibern bessergestellt. Damit ist vorliegend das erste Tatbestandselement der begünstigenden Wirkung, der wirtschaftliche Vorteil, erfüllt.⁶⁸³

Diesem wirtschaftlichen Vorteil darf als zweite Voraussetzung keine adäquate Gegenleistung gegenüberstehen. Vom Fehlen einer marktüblichen Gegenleistung ist dann auszugehen, wenn die üblicherweise vom Beihilfegeber geforderte Gegenleistung oder das erwünschte Verhalten wirtschaftlich bzw. finan-

⁶⁸² Siehe auch MÖLLER/BAUMANN, Rz. 22. Anzumerken ist, dass die EIV gem. Art. 25 Abs. 2 EnG nur für diejenigen Photovoltaikanlagen in Frage kommt, die von der Teilnahme am EVS ausgeschlossen sind und höchstens 30% der bei der Inbetriebnahme massgeblichen Investitionskosten von Referenzanlagen betragen.

⁶⁸³ Siehe zum Ganzen auch die Abhandlung ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 1030 ff.

ziell nicht als gleichwertig gilt.⁶⁸⁴ Eine Unterstützungsleistung stellt dann eine Beihilfe dar, wenn ein privater Investor bei vergleichbarer Sachlage unter kaufmännischen Erwägungen nicht eine gleiche Leistung erbracht hätte.⁶⁸⁵

Ein Vergleich zwischen der Situation von Anlagebetreibern im freien Wettbewerb, die erneuerbare Energien mittels Photovoltaik-, Wasserkraft-, Biomasse-, Windenergie- und Geothermietechnologien erzeugen, und der Situation der gesetzlich festgelegten Geldleistungen für Anlagebetreiber gem. Art. 24 ff. EnG i.V.m. der Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 Abs. 1-3 EnG zeigt, dass beim derzeitigen Stand der Marktintegration der erneuerbaren Energien in der Schweiz (insb. auch diejenige der Photovoltaikanlagen) ein privater Investor unter kaufmännischen Erwägungen einem Anlagebetreiber unter diesen Gegebenheiten nicht dieselbe finanzielle Vergütung in Form eines Investitionsbeitrags bzw. einer EIV für Strom aus erneuerbaren Energien ohne eine adäquate Gegenleistung (Renditeerwartung) gewährt hätte. Entscheidendes Argument ist hierbei, dass in der vorliegenden Konstellation die Motivation eines privaten Investors, die genannten Anlagen wettbewerbsfähiger zu machen und sie in den Markt zu integrieren, sich nicht mit dem (vom EnG verfolgten) Endziel, einen verselbständigten, kompetitiven Markt durch die Diversifikation der Stromerzeugung zu kreieren, deckt. Hinzu kommt, dass die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 1-3 EnG einen rechtlichen Zwang für die Netzbetreiber darstellt und ihr ebenfalls eine verhaltens- und lenkungsgesteuerte Komponente zukommt, da sie ein öffentliches Interesse verfolgt. Aufgrund dieses staatlichen Korsetts in Form einer gesetzlich verankerten Pflicht ist i.c. nicht davon auszugehen, dass ein Privater diese Pflichten (insb. unter kaufmännischen Gesichtspunkten) so eingehen würde. Daran mag auch der Umstand nichts ändern, dass die Zusatzkosten auf die Endverbraucher abgewälzt werden können. Wie bereits festgestellt, neutralisiert die Kann-Vorschrift hier ohnehin dieses etwaige Argument. Es steht zwar im eigenen, freien Ermessen der Stromhändler oder Netzbetreiber, einen Abnahme- und Vergütungsvertrag mit den Anlagebetreibern abzuschliessen. Jedoch ist in dieser Situation nicht davon auszugehen, dass genügend Anreiz für eine Investitionsentscheidung eines Privaten gegeben ist.

Somit ist die zweite Voraussetzung, das Fehlen der adäquaten Gegenleistung, erfüllt.

⁶⁸⁴ WITTHOHN, 144.

⁶⁸⁵ HESKAMP, 122.

c) Zwischenergebnis

Auch beim Investitionsbeitrag bzw. bei der EIV gem. Art. 24 ff. EnG kann davon ausgegangen werden, dass das Tatbestandsmerkmal der Begünstigung erfüllt wird.

d) Staatlichkeit

Eine Beihilfe setzt voraus, dass geldwerte, staatliche oder staatlich kontrollierte Mittel zur Unterstützung von einzelnen Wirtschaftsteilnehmern eingesetzt werden, wobei die Mittel nicht unmittelbar durch den Staat gewährt sein müssen. Vielmehr genügt es, dass die Unterstützungsmassnahmen auf den Staat zurückgeführt werden können, wobei unerheblich ist, wer die Mittel vergibt.⁶⁸⁶ Damit ist die Zurechenbarkeit der mittelbaren Gelder zum Staat erforderlich.⁶⁸⁷ Dabei gilt vorliegend zu beachten, dass reine Transferleistungen zwischen Privaten, wie z.B. (staatlich) festgelegte Mindestpreise, das Element der Staatlichkeit regelmässig nicht erfüllen.⁶⁸⁸ Zudem sind solche Mittel, die „nie unter die staatliche Kontrolle“⁶⁸⁹ gelangten, nicht als staatliche Mittel zu qualifizieren. Wie bereits ausgeführt, folgen die europäischen Gerichte zur Beurteilung der Staatlichkeit der Formel „je intensiver der staatliche Einfluss auf die [Mittel] verwaltende Stelle, desto eher [erfolgt] die Einordnung der Mittel als staatlich.“⁶⁹⁰

Bei der zu untersuchenden Fördermassnahme handelt es sich um eine Verknüpfung zwischen der Form der Fördermassnahme als Investitionsbeitrag bzw. als EIV für Anlagebetreiber der in Art. 24-27b EnG genannten Anlagebetreiber und der Vergütungs- und Abnahmepflicht nach Art. 15 Abs. 1-3 EnG. Die Mittel werden so lange ausgerichtet, bis sie i.S.d. Art. 35 und 36 EnG ausreichen. Nachfolgend werden diese zwei Komponenten aus Gründen der Überschaubarkeit einzeln auf ihre Qualifikation als staatliche Mittel und ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilferecht überprüft.

Die erste Komponente, der Investitionsbeitrag bzw. die EIV für Anlagebetreiber i.S.v. Art. 24-27b EnG, wird, wie auch die Marktprämie nach Art. 30

⁶⁸⁶ FRENZ, Handbuch, N 113; BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 6 ff.; CELIK, 907.

⁶⁸⁷ Vgl. auch hierzu u.a. EuGH, C-482/99, Rz. 24; EuGH, C-305/89, Rz. 13; EuGH, C-126/01, Rz. 23 ff.

⁶⁸⁸ EuGH, C-379/98, Rz. 58; EuGH, 82/77, Rz. 25.

⁶⁸⁹ BARTOSCH, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 139.

⁶⁹⁰ LUDWIGS, 242.

EnG und das EVS nach Art. 19 EnG, ebenso aus dem Netzzuschlagsfonds gem. Art. 37 EnG finanziert. An dieser Stelle wird deshalb auf die obigen Ausführungen zur Marktprämie sowie zum EVS bezüglich der Staatlichkeit verwiesen (siehe oben [Teil 4, I., 1., d\)](#) und [Teil 4, I., 2., d\)](#)). Der Netzzuschlagsfonds als Spezialfonds wird durch einen auf die Endverbraucher aufgeschlagenen Aufpreis auf die Stromkosten finanziert, wobei die Netzbetreiber aufgrund der Kann-Vorschrift nicht verpflichtet sind, die Kosten abzuwälzen. Die Zurechenbarkeit privater Mittel zum Staat ist dann begründet, wenn eine zumindest vorübergehende staatliche Kontrolle über die Mittel gegeben ist, wobei auch hier die Intensität bzw. das Ausmass der staatlichen Kontrolle über die verwendeten privaten Mittel ausschlaggebend ist. Wie anhand der Marktprämie und des EVS ermittelt, kann bei der Finanzierung durch den Netzzuschlagsfonds keine ausreichende Zurechenbarkeit der verwendeten Mittel zum Staat festgestellt werden, weshalb es sich bei der ersten Komponente des Investitionsbeitrags bzw. der EIV nach Art. 24-27b EnG um keine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV handelt.

Die zweite Komponente bildet die Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 Abs. 1-3 EnG, die ihrerseits ebenso eine Kombination darstellt. Bevor das Vorliegen des Tatbestandselements der Staatlichkeit ermittelt werden kann, muss vorgängig geklärt werden, wie sich die Abnahme- und Vergütungspflicht gestaltet, wofür sie eingesetzt wird und ob sie überhaupt, im Widerspruch zum bundesrätlichen Verständnis, als eigentliche Fördermassnahme zu qualifizieren ist.⁶⁹¹ Aufgrund der zwei Komponenten dieser Fördermassnahme ist aber offen, ob die Qualifikation als Beihilfe genügt, wenn nur eine Komponente als Beihilfe zu qualifizieren wäre.

Eine gesetzlich festgelegte und garantierte Abnahmepflicht sorgt in erster Linie dafür, dass dem anspruchsberechtigten Anlagebetreiber das Absatzrisiko für sein eigenes Produkt (vorliegend Strom aus erneuerbaren Energien) genommen wird, welches die Suche nach einem zuverlässigen und solventen Vertragspartner ansonsten üblicherweise mit sich bringt.⁶⁹² Dadurch erspart sich ein Stromproduzent nicht nur Aufwand, sondern auch Kosten, was wiederum in einer Bevorteilung gegenüber anderen Marktteilnehmenden resultieren kann.

⁶⁹¹ Der Bundesrat erachtete die Abnahme- und Vergütungspflicht als Schutzinstrument und nicht als Förderinstrument. Vgl. Art. 15 Abs. 4 EnG; ebenso Botschaft Energiestrategie 2050, 7561.

⁶⁹² BAER, 35; KLINGER 541.

Bei der Vergütungspflicht auf der anderen Seite wird dem anspruchsberechtigten Stromproduzenten durch die gesetzliche, detailliert geregelte Pflicht zur Vergütung das Preisrisiko zur Erlangung einer wirtschaftlich rentablen Gegenleistung genommen, das ansonsten üblicherweise von politischen und gesellschaftlichen Situationen sowie der marktspezifischen Nachfrage abhängt. Bei der Vergütungspflicht ist entscheidend, dass die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen die Höhe der Vergütung für erneuerbaren Strom detailliert regeln, und weniger der Umstand, dass für den abgenommenen Strom überhaupt eine synallagmatische Gegenleistung zu erbringen ist (die sich ohnehin aus einem Liefervertrag selbst ergeben würde).⁶⁹³

Damit lässt sich zunächst feststellen, dass die zwei Komponenten der Abnahme- und Vergütungspflicht in ihrer Kombination den Stromproduzenten durch die Produkteabnahme einerseits Sicherheit (Planung, finanziell, wirtschaftlich) geben und andererseits mittels Vergütung die Kostendeckung und eine etwaige Gewinnmarge für dieses Produkt garantieren. Die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 1-3 EnG stellt ferner einen Kontrahierungszwang dar. Es handelt sich zwar um eine auf Gesetzesstufe bestimmte Pflicht zur Vergütung bei Abnahme, allerdings wird die Höhe der Vergütung grundsätzlich zwischen Netzbetreiber und Stromproduzenten bestimmt, wobei sie sich bei der Preisfestsetzung nach Massgabe des Gesetzes an den Marktpreisen zu orientieren haben (Art. 15. Abs. 3 EnG). Aufgrund der Mittelherkunft und der Tatsache, dass die Verwendung der Mittel nicht unter staatlicher Kontrolle steht, sondern gesetzlich vorgegeben ist, ist fraglich, ob sie dem Staat überhaupt zurechenbar sind.

Gem. Art. 15 Abs. 2 EnG werden ausschliesslich kleine Anlagen, die erneuerbare Energien mit einer Leistung von höchstens 3 MW oder einer jährlichen Produktion von höchstens 5'000 MWh produzieren, erfasst. Die Abnahme- und Vergütungspflicht durch die Netzbetreiber für diese spezifizierten Anlagen stellt einen Eingriff in die Vertragsfreiheit dar, welche bei Uneinigkeit über die Vergütungshöhe nach Massgabe von Art. 15 Abs. 3 EnG zustande kommt.⁶⁹⁴ Der Bundesrat erachtet diesen Eingriff jedoch als begründet, um einen „minimalen Ausgleich zwischen der regelmässig schwächeren Position der Produzenten mit verhältnismässig geringer Produktion gegenüber den Energiever-

⁶⁹³ BAER, 35; Vgl. auch SCHMIDT-PREUSS, 56; siehe dazu auch im Einzelnen Art. 15 Abs. 3 EnG, welcher die Regeln zum Vorgehen bestimmt, sofern Uneinigkeit der Netzbetreiber und Produzenten über die Vergütungshöhe vorliegen und Art. 29 EnG, wonach der Bundesrat die Einzelheiten hinsichtlich Ansätzen für den Investitionsbeitrag bzw. EIV regelt.

⁶⁹⁴ MORGENBESSER, N 31 f.

sorgungsunternehmen herbeizuführen“⁶⁹⁵. Denn ausschliesslich die kleineren Anlagen, die sich nicht für das EVS qualifizieren, haben ein subsidiäres Recht auf Vergütung des Stroms gem. den in Art. 15 Abs. 3 lit. a EnG ausgelegten Konditionen. Unter Berücksichtigung der Diversifizierung der Stromproduktion und des Ausbaus der erneuerbaren Energien und damit der Energieversorgung rechtfertigt der Bundesrat hier offenkundig diesen Markteingriff. Er argumentiert, dass es ihm bei dieser Norm um den Schutz von Betreibern kleiner Anlagen geht, die auf dem freien Strommarkt nicht über genügend Verhandlungsmacht verfügten. Hinzu kommt, dass es aus Sicht des Bundesrats bei Art. 15 EnG nicht um ein eigentliches Förderinstrument handle, sondern die Abnahme- und Vergütungspflicht in erster Linie ein Schutzinstrument ebendieser Anlagebetreiber darstelle, welches dazu nur subsidiär zu der vorrangig infrage kommenden Teilnahme am EVS greife.⁶⁹⁶ Der Bundesrat gesteht dennoch ein, dass in der Konsequenz die Abnahme- und Vergütungspflicht gleichwohl zur Förderung der erneuerbaren Energien aus diesen spezifischen Anlagen führe.⁶⁹⁷

Auch wenn der Bundesrat der Auffassung ist, dass i.S.d. ursprünglichen Zwecks Art. 15 EnG lediglich dem Schutz dieser Anlagebetreiber im freien Strommarkt dient, vermag dies vorliegend nicht zu überzeugen. Die Ausgestaltung der in Art. 15 EnG kodifizierten Abnahme- und Vergütungspflicht trägt in jedem Fall zur Förderung der erneuerbaren Energien bei, ob dies die ursprüngliche Intention war oder als logische Konsequenz folgt, ist dabei unerheblich. Der Schutz der Anlagebetreiber und die Förderung der erneuerbaren Energien als Folge können hier nicht voneinander getrennt gewertet werden. Der Investitionsbeitrag bzw. die EIV dienen der Förderung der erneuerbaren Energien, und die Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 EnG dient hier als Auffangbecken, welches sicherstellt, dass die Anlagen auf dem Markt bestehen bleiben und (wenn auch als etwaige Folge) die erneuerbaren Energien gefördert werden. Der Umstand, dass die vorliegende Massnahme subsidiär zum EVS nach Art. 19 ff. EnG greift, stützt diese Argumentation zusätzlich. Damit wird das Argument, dass nur der Schutz der Anlagebetreiber dahintersteckt, neutralisiert. Hinzu kommt, dass der Bundesrat auf eine Strommarktöffnung hinarbeitet. Auf dem freien Markt müssten sich die Anlagebetreiber selbst behaupten. Deswegen ist hier davon auszugehen, dass es sich zumindest aufgrund der Ausgestaltung von Art. 15 EnG mit seinen charakteristischen

⁶⁹⁵ Siehe dazu Botschaft Energiestrategie 2050, 7667.

⁶⁹⁶ Vgl. Art. 15 Abs. 4 EnG; ebenso Botschaft Energiestrategie 2050, 7561.

⁶⁹⁷ Monitoringbericht Energiestrategie 2050, Monitoring Bericht 2022; Monitoringbericht Energiestrategie 2050, Monitoring Bericht 2023, 48.

Zügen einer klassischen Subvention ebenso um eine Subvention handelt und deswegen als solche behandelt wird.⁶⁹⁸

Die Frage der Zulässigkeit von Abnahme- und Vergütungspflichten ist der EuGH in der Rechtssache *PreussenElektra* angegangen. Die Abnahme- und Vergütungspflicht war im deutschen Stromeinspeisungsgesetz (StromEG) kodifiziert, welches später durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts geändert wurde.⁶⁹⁹ Gem. § 1 StromEG galten die Pflichten für die Einspeisung von Strom aus ökologisch besonders wertvollen Energieträgern. Die Abnahmepflicht war in § 2 StromEG geregelt und die Vergütungspflicht in § 3 StromEG. In *PreussenElektra* folgte der EuGH dem restriktiven Ansatz des Generalanwalts *Jacobs* zu der Frage der staatlichen Zurechenbarkeit der Mittel, welcher die Beihilfeeigenschaft des StromEG verneinte.⁷⁰⁰ Er verwies dabei auf die frühere Judikatur, welche die Finanzierung aus staatlichen Mitteln zuvor noch als „grundlegende Voraussetzung des Beihilfetatbestands“⁷⁰¹ betrachtet hatte. Die Kommission und die Preussen-Elektra GmbH waren anderer Meinung und wandten ein, dass die Abnahme- und Vergütungspflichten parafiskalische Abgaben darstellten, die gerade durch die hoheitliche Anwendung von privaten zu staatlichen Mitteln mutieren würden und deshalb als staatliche Mittel zu werten seien.⁷⁰² Der Generalanwalt *Jacobs* wies dies jedoch mit dem Argument zurück, dass der Staat einerseits zu keinem Zeitpunkt die Kontrolle über diese Mittel ausgeübt habe und andererseits die staatlichen Behörden nie Zugriff auf die Mittel gehabt hätten. Aus dieser Logik folgt deshalb der zwingende Schluss, dass die Mittel den privaten Sektor gar nie verlassen hätten.⁷⁰³ Der EuGH stützte zwar die Sicht des Generalanwalts, jedoch konstatierte er ergänzend, dass die vorliegende Verpflichtung zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu einem Mindestpreis den Stromerzeugern unstreitig einen wirtschaftlichen Vorteil verschafft hätte, welcher höhere Gewinne ohne jegliches wirtschaftliches Risiko ermöglichte. Der EuGH hielt hierzu fest, dass eine auf einem Gesetz beruhende Massnahme allein nicht ausreiche, um sie als Beihilfe zu qualifizieren.⁷⁰⁴ Entschei-

⁶⁹⁸ MORGENBESSER liegt hierzu kritisch aus, dass eine Argumentation in die entgegengesetzte Richtung ebenso vertretbar und gerechtfertigt wäre.

⁶⁹⁹ Siehe dazu Deutsche Stromeinspeisungsgesetz vom 19. Juli 1994 (BGBl I, 1994, 1618), welches durch das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (BGBl I, 1998, 730) geändert wurde.

⁷⁰⁰ EuGH, Schlussanträge Generalanwalt, C-379/98, 2141 f.

⁷⁰¹ EuGH, Schlussanträge Generalanwalt, C-379/98, 2139 ff.

⁷⁰² Vgl. EuGH, C-378/98, Rz. 59.

⁷⁰³ EuGH, Schlussanträge Generalanwalt, C-379/98, 2141.

⁷⁰⁴ EuGH, C-379/98, Rz. 61.

dend sei vielmehr, dass Beihilfen nur solche wirtschaftlichen Vorteile seien, die unmittelbar oder mittelbar aus den staatlichen Mitteln gewährt würden. Die unterschiedlichen Formulierungen „staatlich“ und „aus staatlichen Mitteln gewährte“ Beihilfen könnten nicht den automatischen Schluss zulassen, dass sämtliche, staatlich initiierten Begünstigungen zugleich Beihilfen seien.⁷⁰⁵

Für die weitere Prüfung hilft an dieser Stelle ein Blick auf das Nachfolgesetz des StromEG, das deutsche EEG. Im EEG sind bis heute Abnahme- und Vergütungspflichten kodifiziert, die denjenigen des StromEG ähneln.⁷⁰⁶ Die Kommission hat deshalb früh die Grundsätze aus *PreussenElektra* auf das deutsche EEG angewendet, wobei hier der EuGH ebenfalls entschieden hatte, dass der Tatbestand der Beihilfe nicht erfüllt sei, weil keine Übertragung der staatlichen Mittel stattgefunden habe.⁷⁰⁷ Dennoch anerkannte der EuGH in seinem Urteil 2019 zum deutschen EEG 2012, dass einzelne Fördermassnahmen, die im EEG 2012 Einzug hielten, durchaus den Tatbestand der Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV erfüllen könnten.⁷⁰⁸ Anders hingegen entschied der EuGH in seiner früheren Rechtsprechung. Im Jahre 2013 ergangenen Urteil *Association Vent De Colère!* hatte der EuGH entschieden, dass eine Massnahme, die in einer Pflicht zur Abnahme von Energie besteht, vom Begriff der Beihilfe erfasst werden kann, ungeachtet dessen, ob bei ihr die staatlichen Mittel übertragen wurden.⁷⁰⁹

Das deutsche EEG 2012 wurde aber dennoch in seiner Gesamtheit als mit dem Beihilferecht vereinbar erklärt (siehe oben [Teil 4, I., 1., d\)](#)), da nicht hinreichend bestimmt dargelegt werden konnte, dass die Mittel dem Staat zurechenbar waren. Dieses Urteil hat die frühere Rechtsprechung damit teilweise überholt. Bei der Qualifizierung einer Fördermassnahme als Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV lässt sich der EuGH einen gewissen Spielraum bei der Interpretation offen, auch wenn dies kontrovers erscheint. Obwohl er einzelne Massnahmen des EEG 2012 teilweise als Beihilfe einordnete, erklärte er das EEG 2012 insgesamt dennoch als mit dem Beihilferecht vereinbar.

Bei der Analyse der Rechtsprechung des EuGH wird deutlich, dass er im Verlaufe der Zeit ökologische Aspekte, die der Erreichung von Zielen von gemeinsamem Interesse dienen, in seine Abwägung stärker einbezieht und bei der Beurteilung zunehmend mehr gewichtet. Auch bei der Kommission lassen sich

⁷⁰⁵ EuGH, Schlussanträge Generalanwalt, C-379/98, 2131 f.

⁷⁰⁶ KRÖGER, 205.

⁷⁰⁷ EuGH, C-379/98.

⁷⁰⁸ Insb. die Umlageregulungen und die finanzielle Förderung durch die Einspeisevergütung.

⁷⁰⁹ Vgl. EuGH, C-262/12.

entsprechende Tendenzen deutlich beobachten. Obwohl die Kommission im deutschen EEG-Finanzierungsmodell sowie der darin geregelten Umlage eine Beihilfe i.S.v. Art. 107 Abs. 1 AEUV sah, stufte sie die Unterstützungsmassnahme unter den Gesichtspunkten der Energie- und Umweltbeihilfen nach Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV i.V.m. Abschnitt 3.2. der EEAG als gerechtfertigt ein.⁷¹⁰ Gem. Beschluss der Kommission vom 25. November 2014 leisteten diese Massnahmen einen Beitrag zu einem Ziel von gemeinsamem Interesse. Nach Auffassung der Kommission waren sie geeignet, angemessen und transparent und lösten zudem einen Anreizeffekt aus, der den Wettbewerb und Handel nicht übermässig beeinträchtigte. Im Ergebnis bewegten sich die Mechanismen des EEG-Finanzierungsmodells sowie der Umlage im Rahmen der EEAG. Diese Schlussfolgerung der Kommission kam allerdings nicht überraschend, weil das System des EEG 2014 und die Korrekturen im EEG 2017 gerade im Hinblick auf die Vorgaben der EEAG ausgerichtet wurden.⁷¹¹

Für die Einstufung der zweiten Komponente der Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 Abs. 1-3 EnG als staatlich und etwaige Beihilfe ist somit die Beurteilung des Teilaspekts der staatlichen Kontrolle über die Mittel unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung ausschlaggebend.

Vorliegend handelt es sich um ein mittels Gesetzes staatlich angeordnetes und reguliertes System.⁷¹² Gem. Art. 15 Abs. 1 lit. a EnG haben die Netzbetreiber in ihrem Netzgebiet die ihnen angebotene Elektrizität aus erneuerbaren Energien abzunehmen und angemessen zu vergüten. Diese Vergütung erfolgt zwischen den beiden (privaten) Parteien, ohne dass dabei eine Verwaltungsinstanz zwischengeschaltet ist.⁷¹³ Die Geldflüsse finden dementsprechend nur zwischen den Privaten statt. Die Zurechenbarkeit zum Staat kann aber auch dann gegeben sein, wenn eine (private) Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, die Mittel vergütet.⁷¹⁴ Mit Blick auf Art. 22 StromVG (Aufgaben der ElCom als Überwachungsbehörde) i.V.m. Art. 63 und 64 EnG (Zuständigkeiten der Vollzugsstelle) lässt sich aber feststellen, dass weder die ElCom noch die Vollzugsstelle Pronovo AG die Aufgabe als Verwaltungsinstanz wahrnehmen. Die ElCom überwacht die Einhaltung des StromVG, trifft

⁷¹⁰ Siehe auch BARTOSCH, Art. 107 Abs. 3 AEUV, N 202 ff.

⁷¹¹ MÜLLER-TERPITZ/OUERTANI, 540 f.

⁷¹² SCHLACKE/KRÖGER, 317; HESELHAUS/CUCÉ, 241

⁷¹³ Vgl. dazu EuG vom 11. Dezember 2014 in der Rechtssache T-251/11, ECLI:EU:T:2014:1060 – Österreich/Kommission, Rz. 59, 68, wobei das EuG die Vergütung unter Einbezug einer solchen Instanz als parafiskalische Sonderabgabe gleichstellt. Siehe auch HESELHAUS/CUCÉ, 241.

⁷¹⁴ Nomos EU-Beihilfenrecht, PACHE/PIEPER, Art. 107 Abs. 1 AEUV, N 65.

die Entscheide und erlässt die Verfügungen, die für den Vollzug des StromVG und der Ausführungsbestimmungen notwendig sind. Die Vollzugsstelle Pro-novo AG als privates Unternehmen ist für die Verwaltung von Förderprogrammen im Bereich erneuerbarer Energien und Energieeffizienz zuständig. Hinzu kommt, dass i.c. die Mittel für die Vergütung der Anlagebetreiber nicht über staatliche Gelder oder eine die öffentlichen Aufgaben wahrnehmende Stelle erfolgen, sondern von den Netzbetreibern als Private vergütet werden, auch wenn diese die Kosten regelmässig auf die Endverbraucher abwälzen.⁷¹⁵ Gem. *PreussenElektra* ist entscheidend, dass die Endverbraucher die Förderung aufgrund der Kostenabwälzung tragen. Vorliegend hat der Staat aber zu keinem Zeitpunkt Kontrolle über die Mittel und ferner auch keinen Zugriff auf sie. Die Verpflichtung, Strom aus den erneuerbaren Energien abzunehmen und zu (einem Mindestpreis zu) vergüten, führt nicht automatisch zu einer unmittelbaren Übertragung staatlicher Mittel auf die Unternehmen, die diesen Strom erzeugen.⁷¹⁶ Daraus lässt sich schliessen, dass die Geldmittel zur Vergütung der Abnahme des Stroms nicht dem Staat zurechenbar sind.

Die Komponente der Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 Abs. 1-3 EnG ist somit nicht dem Staat zurechenbar, weswegen das Tatbestandselement der Staatlichkeit nicht erfüllt ist.

e) Zwischenergebnis

Damit lässt sich festhalten, dass es sich bei der untersuchten Massnahmenkombination des Investitionsbeitrags bzw. der EIV gem. Art. 24-27b EnG i.V.m. der Abnahme- und Vergütungspflicht gem. Art. 15 Abs. 1-3 EnG nicht um staatliche Mittel handelt, weil die Kosten aus dem Netzzuschlagsfonds durch Private finanziert werden und zu keinem Zeitpunkt die Kontroll- oder Verfügungsgewalt dem Staat unterstand. Deswegen erübrigt sich an dieser Stelle die weitere, beihilferechtliche Prüfung.

4. Beurteilung kantonaler Fördermassnahmen

Auf kantonalen Ebene verfolgt die langfristige Klimastrategie der Schweiz für 2050 im Gebäudesektor das Ziel der Netto-Null-Erzeugung von Treibhausgasemissionen bis 2050 durch den Gebäudepark, wobei der Sektor Gebäude die

⁷¹⁵ Vgl. EuGH, C-379/98; dazu FRENZ, Handbuch, N 107 ff.; CELIK, 923 f.

⁷¹⁶ EuGH, C-379/98, Rz. 58 ff.; bestätigt in: EuG, T-47/15; vgl. HESELHAUS/CUCÈ, 241; FRENZ, Handbuch, N 103; RUSCHE, 82 ff.; VEDDER et al., N 4.390 ff.

Emissionen der privaten Haushalte und des Dienstleistungssektors umfasst. Die aktuellen erhältlichen Zahlen zeigen, dass die Treibhausgasemissionen für das Jahr 2022 für den Gebäudesektor bei 9,4 Mio. Tonnen CO₂-Äquivalenz und damit 44% unter dem Wert von 1990 lagen, womit das Sektorziel für das Jahr 2015 gem. CO₂-Verordnung erfüllt wurde.⁷¹⁷

Für den Gebäudepark sind hauptsächlich die Kantone zuständig. Das Gebäudeprogramm wird zum einen durch die teilzweckgebundenen Mittel aus der CO₂-Abgabe gem. Art. 34 CO₂-Gesetz und zum anderen über kantonale Beiträge finanziert. Seit dem Jahre 2010 wird, entsprechend der gesetzlich vorgegebenen Teil zweckbindung, ein Drittel der Einnahmen über die CO₂-Abgabe, höchstens aber CHF 450 Mio. für Massnahmen zur langfristigen Verminderung der CO₂-Emissionen bei Gebäuden verwendet. Ein etwaiger Restbetrag wird auf die Bevölkerung und Wirtschaft rückverteilt. Der gleiche Rückverteilungsmechanismus findet auch auf den jährlichen Rest des Gebäudeprogramms Anwendung. Die verfügbaren Mittel hängen von der Höhe des Abgabeabsatzes ab und betragen seit dem Jahre 2022 CHF 120 pro Tonne CO₂-Ausschuss, was gem. CO₂-Gesetz dem Höchstsatz entspricht.⁷¹⁸ Bereits seit 2017 werden alle Mittel für das Gebäudeprogramm der CO₂-Teil zweckbindung in Form von Globalbeiträgen an die Kantone ausbezahlt. Die Globalbeiträge sind gem. Art. 34 Abs. 3 lit. b CO₂-Gesetz in einen Sockelbeitrag pro Einwohner sowie in einen Ergänzungsbeitrag aufgeteilt. Der Sockelbeitrag darf dabei höchstens 30% der verfügbaren Mittel ausmachen, wohingegen der Ergänzungsbeitrag nicht höher als das Doppelte des vom jeweiligen Kanton zur Durchführung seines Programms bewilligten jährlichen Kredits ausfallen darf (Art. 34 Abs. 3 lit. b CO₂-Gesetz i.V.m. Art. 52 Abs. 1 EnG).⁷¹⁹

Wie bereits ausgeführt (siehe oben [Teil 3, II., 8.](#)) lässt sich festhalten, dass in der Schweiz auf kantonaler Ebene keine Vorschriften existieren, welche die erneuerbaren Energien direkt fördern. Es kann höchstens von einer in der Folge indirekten Subvention zur Förderung der Produktion aus erneuerbaren Energien auf kantonaler Ebene gesprochen werden. Verfügt ein Kanton über ein Gebäudeprogramm, werden die Mittel für Gebäudesanierungen erst in einem zweiten Schritt an Gebäudeeigentümer ausgerichtet. Dabei können u.a. Privatpersonen, Unternehmen, Stiftungen, Wohnbaugenossenschaften, Gemeinden oder andere institutionelle Organisationen als Gebäudeei-

⁷¹⁷ Gebäudepolitik 2050+, Strategiepapier, EnDK, 4; Das Gebäudeprogramm von Bund und Kantonen, BAFU.

⁷¹⁸ Siehe dazu auch die Finanzierungserläuterungen auf der Webseite Gebäudeprogramm.

⁷¹⁹ Das Gebäudeprogramm von Bund und Kantonen, BAFU.

gentümer in Frage kommen. Im ersten Schritt sind jedoch die Kantone die Subventionsempfänger. Damit stellt sich hier die Frage, ob aufgrund der Kombination der Gebäudesanierung bzw. Effizienzsteigerung, eine (wenn überhaupt indirekte) Subvention der erneuerbaren Energien erfolgt und der Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV eröffnet wird.

a) Anwendungsbereich

Wie bereits vorgängig festgestellt, sind Beihilfen zu Umwelt- und Energiezwecken, worunter Gebäudesanierung und Energieeffizienzsteigerung grundsätzlich fallen dürften, aufgrund ihrer potenziellen wettbewerbsverzerrenden Natur unerwünscht. Staatliche Finanzleistungen an die Energiewirtschaft fallen unter die Wettbewerbsaufsicht von Art. 107 AEUV.⁷²⁰

Das Beihilferecht i.S.v. Art. 107 AEUV adressiert in erster Linie die Mitgliedstaaten als Subventionsgeber und Unternehmen bzw. spezifische Produktionszweige als Subventionsempfänger. Vorliegend werden die Kantone durch den Bund mittels Globalbeiträgen i.S.v. Art. 51 und 52 EnG i.V.m. Art. 34 CO₂-Gesetz unterstützt, sofern sie über ein kantonales Programm zur Förderung energetischer Gebäudehüllen- und Gebäudetechniksanierungen verfügen. Erst in einem zweiten Schritt werden diese finanziellen Unterstützungen für Gebäudesanierungen an die Gebäudeeigentümer ausgerichtet. Dabei ist es unerheblich, ob die Gebäudeeigentümer Privatpersonen oder Unternehmen darstellen, die ihre Gebäude sanieren möchten. Adressat der Unterstützungsmassnahmen sind in erster Linie Kantone und nicht private Unternehmen, die im Wettbewerb agieren.

Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 107 AEUV ist hinsichtlich des kantonalen Gebäudeprogramms nicht eröffnet, weil die Förderbeiträge zur energetischen Sanierung über die Globalbeiträge den Kantonen ausgerichtet werden und sich in einem zweiten Schritt an Gebäudeeigentümer, und nicht an Unternehmen im Wettbewerb, richten.⁷²¹ Die Ausrichtung von Unterstützungsmassnahmen gem. kantonalen Energiegesetzen⁷²² (inkl. MuKEN 2014) i.V.m. Globalbeiträgen gem. 52 EnG und Art. 34 CO₂-Gesetz fallen nicht unter den Tatbestand von Art. 107 Abs. 1 AEUV, womit sich die weitere Prüfung erübrigt.

⁷²⁰ PIEPER, 232; GIENSCH, 1 ff.

⁷²¹ Es ist ohnehin nicht davon auszugehen, dass überhaupt ein Wettbewerb zwischen Gebäudeeigentümer im Bereich Gebäudesanierung existiert.

⁷²² Als Referenz kann das Energiegesetz des Kanton Zürich, welches per 1. September 2022 revidiert wurde und die MuKEN 2014 berücksichtigt, herbeigezogen werden (EnerG, Ordnungsnummer 730.1).

b) Zwischenergebnis

Da der Anwendungsbereich von Art. 107 AEUV bei den geprüften kantonalen Massnahmen nicht einmal eröffnet ist, können sie als mit dem EU-Beihilferecht vereinbar betrachtet werden.

II. Zwischenfazit

Die Marktprämie gem. Art. 30 EnG für die Grosswasserkraft hat in der Schweiz eine überaus grosse wirtschaftliche Bedeutung. Sie macht einen wesentlichen Anteil an der schweizerischen Stromproduktion aus und Überschusskapazitäten sind für den Export in die Nachbarländer gedacht. Dementsprechend ist die Grosswasserkraft auch für das umliegende Ausland hinsichtlich der Stromversorgung und der Netzstabilität sowie des zwischenstaatlichen Stromhandels von erheblicher Bedeutung. Ohne die unterstützende Massnahme i.S.v. Art. 30 EnG wären viele Betreiber von Wasserkraftwerken aufgrund der Strompreisentwicklungen Anfang der 2010er Jahre und der hohen Wasserzinskosten nicht rentabel gewesen. Die Wasserkraft war und ist weiterhin systemrelevant für die hiesige Versorgungssicherheit. Die Unterstützungsmassnahme bleibt deswegen auch künftig, wenn auch befristet, bestehen. Die vom BFE errechneten, jährlichen Förderbeiträge fallen allerdings regelmässig tiefer aus als ursprünglich eingeschätzt. Dies spricht wiederum für die Erholung und vermehrte Rentabilität der Wasserkraftwerke. Obschon die Fördermassnahme vom Bundesrat, dem Parlament (und Vertretern der Strombranche) zunächst als beihilferechtlich kritisch eingestuft wurde, lässt sich aufgrund der vorliegenden Auslegung und unter Berücksichtigung der neuesten EuGH-Rechtsprechung mit grosser Wahrscheinlichkeit annehmen, dass die Marktprämie gem. Art. 30 EnG aufgrund ihrer Finanzierung durch den Netzzuschlagsfonds mit der Verbotsnorm von Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar ist. Deswegen besteht hier kein Anpassungsbedarf.

Das traditionelle EVS gem. Art. 19 EnG stellt ein auslaufendes Modell dar, das sich jedoch historisch betrachtet in vielen europäischen Ländern etabliert hat. In der Schweiz soll es künftig durch die EIV ersetzt werden. In der Schweiz wurde das EVS durch die Einführung der Direktvermarktung und der dynamischen Vergütung modernisiert, wodurch es zunächst marktnäher und dynamischer gestaltet wurde. Auch hier ist die beihilferechtliche Prüfung durch das Element der Staatlichkeit der Mittel bzw. der Herkunft der Mittel entscheidend. Der Netzzuschlagsfonds, aus dem das EVS finanziert wird, wird von den (privaten) Endverbrauchern getragen. Unter Anwendung der neuesten EuGH-

Rechtsprechung liegt hier allerdings keine Verfügungsgewalt der Gelder durch den Staat vor. Das derzeit geltende EVS gem. Art. 19 EnG ist damit mit dem Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar. Daher besteht derzeit kein Anpassungsbedarf bei dieser Massnahme.

Der Investitionsbeitrag bzw. die EIV nach Art. 24 ff. EnG wird ebenfalls aus dem Netzzuschlagsfonds finanziert. Hier scheitert die beihilferechtliche Prüfung aufgrund der Staatlichkeit der Mittel ebenfalls. Diese Fördermassnahme ist somit im Hinblick auf das EU-Beihilferecht ebenfalls unproblematisch und es besteht kein Anpassungsbedarf.

Hinsichtlich der Gebäudesanierung werden die Kantone mit Globalbeiträgen des Bundes unterstützt, die aus der Teil zweckbindung der CO₂-Abgabe finanziert werden. In einem zweiten Schritt richten sich die Förderbeiträge der Kantone an Gebäudeeigentümer – und nicht an Unternehmen. Adressaten des Beihilferegimes nach Art. 107 AEUV sind jedoch Mitgliedstaaten (und Unternehmen bzw. spezifische Produktionszweige). Daher ist der sachliche Anwendungsbereich von Art. 107 AEUV hier gar nicht erst eröffnet, womit sich eine weitere, beihilferechtliche Prüfung erübrigt. Auf kantonaler Ebene besteht damit ebenfalls kein Anpassungsbedarf.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die untersuchten und derzeitigen schweizerischen Fördermassnahmen im Bereich der erneuerbaren Energien auf Bundesebene und kantonaler Ebene mit dem EU-Beihilferecht vereinbar sind und kein Anpassungsbedarf besteht. Bei einer Übernahme der Bestimmungen zu den Beihilfen in der Schweiz könnten die untersuchten Massnahmen deshalb weitergeführt werden und es sind keine negativen Auswirkungen zu befürchten.

Teil 5 – Völkerrechtliche Anknüpfungspunkte

Im Kontext von Subventionen müssen die für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Abkommen berücksichtigt werden. Internationale Abkommen, wie das SCM-Übereinkommen, sowie bilaterale Handelsverträge enthalten Subventionsregelungen, die darauf abzielen, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Die Einhaltung dieser Regelungen ist für die Schweiz unerlässlich, um die Vereinbarkeit nationaler Fördermassnahmen mit dem internationalen Handelsrecht sicherzustellen, einen diskriminierungsfreien Marktzugang zu gewährleisten und sich vor handelspolitischen Konflikten oder Gegenmassnahmen anderer Staaten zu schützen.

Die Schweiz verfügt neben der EFTA-Konvention und dem FHA von 1972 mit der EU derzeit über ein Netz von 33 Freihandelsabkommen mit 43 Partnern.⁷²³ Freihandelsabkommen zielen darauf ab, den Handel zwischen zwei oder mehreren Ländern durch den Abbau oder die Beseitigung von Handelsbarrieren zu erleichtern und so den internationalen Handel zu fördern. Für die Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz wird hinsichtlich Stromhandel und Übernahme des Beihilferechts das bilaterale Stromabkommen mit seiner vorgesehenen dynamischen Rechtsübernahme von Bedeutung sein. Ansonsten enthalten in den Beziehungen EU-Schweiz bislang aber nur das FHA, das LandVA und das LVA subventions- bzw. beihilferechtliche Bestimmungen mit unterschiedlichem Stärkegrad. Aufgrund der beihilferechtlichen Bestimmungen sind diese Abkommen für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung und werden im Folgenden näher erläutert.

Auf internationaler Ebene sind insb. die Bestimmungen der WTO zu berücksichtigen, die die Schweiz als Vertragspartnerin betreffen. Die WTO zielt auf einen fairen und wettbewerbsfähigen internationalen Handel ab, wozu sie u.a. Subventionsbestimmungen eingeführt hat, um möglichen, handelsverzerrenden Massnahmen entgegenzuwirken. Dies ist im Hinblick auf die in dieser Arbeit behandelten Fördermassnahmen zugunsten des Ausbaus der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien, deren Produkt für den zwischenstaatlichen Handel gedacht ist, bedeutsam. Aufgrund dieser Subventionsbestimmungen ist das Recht der WTO ebenfalls von Bedeutung. Nachfolgend werden deshalb die Subventionsbestimmungen der WTO detailliert erläutert und im Anschluss wird die Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen, mit Fokus auf das EVS gem. Art. 19 ff. EnG, mit dem WTO-Recht überprüft.

⁷²³ Freihandelsabkommen der Schweiz, SECO.

I. Bilaterale Abkommen mit der EU

Die über 140 bilateralen Abkommen spielen in den Beziehungen EU-Schweiz eine fundamentale Rolle. Sie bilden die Grundlage für die wirtschaftlichen, politischen und sozialen Beziehungen zwischen den beiden Parteien und erleichtern in vielerlei Hinsicht die Zusammenarbeit. Die bilateralen Abkommen, allen voran das FHA, stellen mittlerweile einen tragenden Pfeiler der Handelsbeziehungen zwischen der EU und der Schweiz dar. Rund 50% der Schweizer Exporte gehen in den EU-Raum. Etwa 69% aller Schweizer Importe stammen aus der EU.⁷²⁴ Die herausragende Bedeutung der bilateralen Abkommen zeigt sich unterdessen auch darin, dass ihre stetige Weiterentwicklung und rechtliche Anpassung an die sich verändernden wirtschaftspolitischen Bedingungen geknüpft ist, die dann Gegenstand der Verhandlungen der beiden Parteien ist.⁷²⁵ Das EU-Recht findet durch staatsvertragliche Verpflichtungen Eingang in die schweizerische Rechtsordnung. Der Gesetzgeber kann EU-Regeln aber auch autonom übernehmen. Damit stehen die staatsvertragliche und die autonome Übernahme des europäischen Rechts grundsätzlich unverbunden nebeneinander.⁷²⁶

Im EU-Binnenmarkt müssen für alle teilnehmenden Staaten die gleichen Regeln gelten. Die Schweiz hat sich durch die Bilateralen Verträge zur Übernahme vom EU-Recht in einigen Regelungsbereichen verpflichtet. Die Schweiz kann die Übernahme entweder statisch, wonach sich die Übernahme des EU-Rechts bis zu einem bestimmten Zeitpunkt richtet, oder dynamisch, womit die Übernahme von EU-Recht der jeweils gerade geltenden Fassung gemeint ist, vollziehen.⁷²⁷ Die überwiegende Methode der Übernahme, wie z.B. für das FHA, ist statisch. Die dynamische Rechtsübernahme bezieht sich bislang lediglich auf einige, wenige der insgesamt 140 Abkommen.⁷²⁸ Die dynamische Rechtsübernahme betrifft neben den fünf bestehenden Binnenmarktabkommen (Per-

⁷²⁴ Schweiz-EU in Zahlen, 2023.

⁷²⁵ OESCH, Die bilateralen Abkommen, 642.

⁷²⁶ HEINEMANN, 14; Die autonome Angleichung des schweizerischen Rechts an das europäische Recht bildete in einigen Bereichen die Voraussetzung für den Abschluss der Bilateralen Verträge, während die Bilateralen Verträge ihrerseits zu einer stärkeren Annäherung führen, was wiederum den weiteren Bedarf an Rechtsangleichungen steigern kann, JAAG/HÄNNI, Rz. 4000 ff. und 4201 ff.

⁷²⁷ HEINEMANN, 16.

⁷²⁸ Der Bundesrat hat in seiner Antwort auf die parlamentarische Initiative Interpellation 24.3612 unmissverständlich festgehalten, dass die dynamische Rechtsübernahme sich nur auf die von ihm genannten Abkommen bezieht, siehe Stellungnahme des Bundesrats zur parlamentarischen Initiative 24.3612, vom 4. September 2024.

sonenfreizügigkeit, LandVA, LVA, technische Handelshemmnisse, Landwirtschaft) sowie der zwei neuen Binnenmarktabkommen in den Sektoren Strom und Lebensmittelsicherheit und dem Kooperationsabkommen Gesundheit, auch die Schengen/Dublin-Assoziierung.⁷²⁹ Beim LandVA und LVA übernimmt die Schweiz das EU-Recht dynamisch, was bislang demokratiepolitisch zu keinen Problemen geführt hat.⁷³⁰ Für die beiden (geplanten) neuen Abkommen zu Strom und Lebensmittelsicherheit sowie das Kooperationsabkommen Gesundheit ist die dynamische Rechtsübernahme vorgesehen.⁷³¹ Mit dem sog. Paketansatz sollen künftig nun die engen Wirtschaftsbeziehungen zwischen der Schweiz und der EU auf eine sichere und langfristige Grundlage gestellt werden und neue Abkommen abgeschlossen werden können, wobei die dynamische Rechtsübernahme und die Streitschlichtung neu in jedem Binnenmarktabkommen individuell durch den sog. vertikalen, sektorbezogenen Ansatz gelöst werden sollen.⁷³² Die dynamische Rechtsübernahme, die den autonomen Nachvollzug damit künftig für diese von den Abkommen betroffenen Bereiche ersetzen soll, bringt den Vorteil mit sich, dass die Schweiz nicht mehr ohne Gegenleistung das EU-Binnenmarktrecht übernehmen muss. Die dynamische Rechtsübernahme würde, auch gestützt auf die bisherigen guten Erfahrungen mit dem LandVA und LVA, zu verlässlichen Rahmenbedingungen und Rechtssicherheit führen. Die Schweiz würde zudem an der Entwicklung von EU-Binnenmarktrecht beitragen, indem sie von den Mitgliedstaaten systematisch konsultiert würde. Von der Schlussabstimmung von EU-Rechtsakten wäre die Schweiz als Drittstaat selbstverständlich nach wie vor ausgeschlossen.⁷³³

⁷²⁹ Siehe auch dazu Faktencheck Bilaterale III von Economiesuisse, vom 19. Januar 2024, worin die dynamische Rechtsübernahme als mit dem direktdemokratischen System der Schweiz als kompatibel bezeichnet wird. Die künftigen Abkommen oder Verhandlungsrunden werden überdies teilweise mit Bilaterale III betitelt. Bislang gibt es aber noch keine offizielle Verhandlungsrunde, die als Bilaterale III bezeichnet wird; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (mit Anhängen und Schlussakte) vom 26. Oktober 2004 (SR 0.362.31).

⁷³⁰ Ebenso hat die Schweiz mit den beiden Assoziierungsabkommen zu Schengen/Dublin keine Probleme mit der dynamischen Rechtsübernahme erfahren.

⁷³¹ Siehe Faktencheck Bilaterale III von Economiesuisse, vom 19. Januar 2024.

⁷³² Medienmitteilung EDA endgültiges Verhandlungsmandat; TOBLER/BEGLINGER, 7.

⁷³³ Ein Beispiel der aktiven Mitgestaltung durch die Schweiz ist die Revision der Waffenrichtlinie 91/477/EWG (Art. 6 Abs. 6 lit. C *in fine* der Richtlinie 2017/853/EU) als Teil des Schengen-Acquis. Die Schweiz konnte als Mitglied des Schengenraums eine ganze Reihe von Ausnahmen für sich aushandeln, die die schweizerischen Besonderheiten berücksichtigen. Damit kann auch von einer erfolgreichen Einflussnahme der Schweiz auf diesem

1. Freihandelsabkommen

Das FHA von 1972 enthält hinsichtlich der Beihilfen eine Verbotsnorm. Es schafft für bestimmte industrielle Produkte im Verhältnis EU-Schweiz eine Freihandelszone, wobei Landwirtschaftsprodukte vom zollfreien Handel ausgenommen sind. Neben den Zöllen sind auch mengenmässige Beschränkungen der abgedeckten Erzeugnisse sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung verboten.⁷³⁴

Zentraler Beihilfeartikel ist Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA. Er enthält Schutzmassnahmen im Falle von Verzerrungen des Handels in Form von Beihilfen. Demnach ist 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 EU und der Schweiz zu beeinträchtigen. Der Wortlaut des Beihilfetatbestands im FHA ist damit fast deckungsgleich mit demjenigen des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

Die Schweiz kennt somit bereits seit in Kraft treten des FHA einen Beihilfetatbestand, der hierzulande Gültigkeit hat und von den Gerichten respektiert wird. Angesichts der unterschiedlichen Rechtsprechung in der EU und in der Schweiz wird allerdings erkennbar, dass die EU-Institutionen und das Bundesgericht eine jeweils andere Auffassung hinsichtlich des Auslegungskriteriums der Unvereinbarkeit i.S.v. Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA haben. Die EU legt die Formulierung in Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA, die mit derjenigen von Art. 107 Abs. 1 AEUV durchaus vergleichbar ist, gem. der beigelegten Schlussakte des Art. 23 Abs. 1 FHA nach dem EU-Recht aus.⁷³⁵ Das Bundesgericht verneinte aber entsprechend der Möglichkeit der „autonomen Auslegung der Vertragsparteien“ bereits den Charakter einer Verbotsnorm von Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA.⁷³⁶

Wie dargelegt, beinhaltet das FHA keine Pflicht der dynamischen Rechtsübernahme und die Schweiz vollzieht EU-Recht autonom (nach). Das Bundesgericht hat sich bei verschiedenen Gelegenheiten mit der Auslegung des FHA

Gebiet gesprochen werden. Sieh dazu OESCH, Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonome Nachvollzug, Rz. 95. Anderer Ansicht der Auswirkungen ist z.B. GLASER, Staatsvertragsreferendum, *passim*.

⁷³⁴ Vgl. Ausführungen in: ADEMI et al. Subventionen in der Schweiz, Rz. 379 ff.

⁷³⁵ 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), worin festgehalten wird, dass die Vertragsparteien das FHA autonom auslegen.

⁷³⁶ EPINEY/METZ, 9; siehe zur autonomen Auslegung des FHA auch BGE 131 II 271 E. 10.3, 294 f.

befasst und hat dabei die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der jeweils einschlägigen Bestimmungen des FHA untersucht.⁷³⁷ Das Bundesgericht betonte in den Entscheiden BGE 118 Ib 367 und BGE 105 II 49, dass das FHA ein reines Handelsabkommen sei, das bloss eine Freihandelszone schaffen wolle. Hingegen strebte der damalige EWG-Vertrag danach, einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung zu schaffen. Dies sei nicht miteinander zu vergleichen. Aus diesem Grund seien die Schweizer Richter befugt, die Bestimmungen des Abkommens im Grundsatz autonom anzuwenden und auszulegen.⁷³⁸ Das Bundesgericht meinte damit wohl, dass die Rechtsprechung des EuGH nicht zwingend und ausschliesslich für die Auslegung des FHA entscheidend sein könne. Das Bundesgericht legte sogar während einer langen Periode Art. 13 und 20 FHA wesentlich enger aus als der EuGH die entsprechenden, parallelen Bestimmungen des AEUV. Das Bundesgericht sprach die unmittelbare Wirkung von Art. 23 FHA gegenüber Privaten zunächst sogar ab. Demnach haben Einzelpersonen und Unternehmen nicht die Möglichkeit, sich unter Berufung auf das FHA als völkerrechtliches Abkommen direkt vor ein nationales Gericht zu gelangen, ohne dass es einer zusätzlichen Umsetzung in das nationale Recht bedarf.⁷³⁹ Ob die Schweiz als Vertragspartei des FHA das Argument der fehlenden, unmittelbaren Wirkung der Beihilfebestimmung gegenüber Privaten aufführen könnte, ist aber fraglich. Dieser restriktive, schweizerische Ansatz wurde in der Folgejudikatur aber ohnehin relativiert.

Das Bundesgericht stellte in seinem Urteil SOVAG fest, dass die europäische Rechtsprechung zu Art. 30 AEUV hinsichtlich der inhaltlichen Auslegung von Art. 7 FHA durchaus zu berücksichtigen sei. Es referierte hierzu in seinem Urteil die einschlägige Rechtsprechung des EuGH und erachtete sie für die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen des FHA als massgeblich.⁷⁴⁰ Im Fall *Physiogel* überprüfte das Bundesgericht, ob Art. 20 FHA einschlägig war, indem es dieselben Kriterien anwendete, die im Rahmen der Überprüfung der Parallelbestimmung des Art. 36 AEUV massgeblich sind. Das Bundesgericht referierte dabei aber nicht konkret auf die Rechtsprechung des EuGH.⁷⁴¹

Ein überaus relevanter Aspekt des FHA betrifft seine rechtliche Durchsetzbarkeit. Das FHA selbst sieht weder die gerichtliche Kontrolle noch die rechtliche

⁷³⁷ EPINEY/METZ, 9.

⁷³⁸ Vgl. BGE 118 Ib 367 E. 6, 378 f. und BGE 105 II 49 E. 3, 57 ff.

⁷³⁹ BGE 140 UV 175 E. 2c;

⁷⁴⁰ BGE 131 II 271, E. 10.3.

⁷⁴¹ BG, 2A.593/2005.

Durchsetzung zur Einhaltung von Art. 23 Abs. 1 FHA durch die Vertragsparteien vor.⁷⁴² Eine Vertragspartei hat die Möglichkeit, Schutzmassnahmen i.S.v. Art. 27 FHA zu ergreifen, sofern sie der Ansicht ist, dass die andere Vertragspartei Art. 23 Abs. 1 FHA nicht einhält. Demnach muss sie unter Vorgabe von Art. 27 Abs. 3 lit. a FHA unverzüglich dem sog. Gemischten Ausschuss notifizieren, welcher sich gem. Art. 29 ff. FHA aus einem gemischten Gremium mit Vertretern der Vertragsparteien zusammensetzt. Im Gemischten Ausschuss sind gem. Art. 27 Abs. 2 Abschnitt 2 FHA die Schutzmassnahmen im Hinblick auf eine möglichst rasche Beseitigung dann Gegenstand regelmässiger Konsultationen.

2. Landverkehrsabkommen

Das LandVA⁷⁴³ zwischen der EU und der Schweiz betrifft die abgestimmte Verkehrspolitik zwischen den Vertragsparteien und beinhaltet Bestimmungen über die Marktzugangsrechte zum Güter- und Personenverkehrsmarkt auf Schiene und Strasse. Es gehört zu einem Paket von sieben Abkommen, den sog. Bilateralen I vom 21. Juni 1999. Von einem grundsätzlichen Beihilfeverbot geht das LandVA aber nicht aus. Es legt lediglich Regeln zur Transparenz von Beihilfen mittels Bilanzierung und Nichtverteilung von Beihilfezielen der jeweils anderen Vertragspartei fest.⁷⁴⁴

Ein explizites Beihilfeverbot existiert einzig in Art. 38 Abs. 6 LandVA. Dieses betrifft aber auch nur einen speziellen Sachverhalt. Demnach dürfen die Vertragsparteien keine direkten oder indirekten staatlichen Beihilfen gewähren, die das Ziel der Milderung der Auswirkungen der Kosten auf die Unternehmen verfolgen, die diesen aufgrund der im LandVA vorgesehenen Gebühren verursacht werden, und diese der Beförderung anlasten. Für diese Bestimmung fehlt es allerdings an weiteren Verfahrensvorschriften und bislang an Anwendungsfällen.⁷⁴⁵

Daneben lassen sich noch einige, diverse Beihilfebestimmungen im LandVA ausmachen, die aber kein Beihilfeverbot enthalten, so z.B. in Art. 23 LandVA. Die Bestimmung von Art. 23 LandVA bezieht sich auf die Unabhängigkeit der Geschäftsführung und die Verpflichtung, Beihilfen in den Tätigkeitsbereichen des Betriebs von Eisenbahnfahrwegen und der Erbringung von Verkehrsleis-

⁷⁴² TOBLER/BEGLINGER, Systematische Darstellung, 412.

⁷⁴³ SR 0.740.72.

⁷⁴⁴ SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438.

⁷⁴⁵ TOBLER/BEGLINGER, Systematische Darstellung, 404.

tungen nicht auf die jeweiligen anderen Tätigkeitsbereiche zu übertragen. Andere Beihilfebestimmungen, die ebenfalls programmatischer Natur sind, lassen sich sodann auch in Art. 28 Abs. 1 LandVA und Art. 35 Abs. 4 LandVA finden.⁷⁴⁶

3. Luftverkehrsabkommen

Das Abkommen über den Luftverkehr zwischen der EU und der Schweiz, das LVA⁷⁴⁷, gehört ebenso zu den sog. Bilateralen I vom 21. Juni 1999. Das LVA enthält einerseits wettbewerbsrechtliche Bestimmungen und andererseits ermöglicht es den schweizerischen Unternehmen eine weitgehend gleichberechtigte Teilnahme am EU-Binnenmarkt im Sektor des Luftverkehrs.⁷⁴⁸ Die Schweiz hat angesichts der umfassenden Teilnahme am Luftverkehrsbinnenmarkt (und der sich deckenden Beihilfebestimmungen des LVA mit den Bestimmungen des AUEV inkl. der Ausnahmen) den diesbezüglichen Besitzstand zum Zeitpunkt des Abkommensabschlusses (inkl. Berücksichtigung der Gerichts- und Verwaltungspraxis) übernommen.⁷⁴⁹

Gem. Art. 1 Abs. 2 LVA werden die nach dem Vertragsabschluss ergangenen Urteile des EuGH der Schweiz übermittelt. Auf Verlangen einer Vertragspartei wird die Geltung für das LVA im Gemischten Ausschuss beraten und beschlossen. In der Schweiz wurde die WEKO als zuständige Behörde designiert. Sie berücksichtigt bei ihrer Ausübung als Überwachungsinstanz die neueste Gerichts- und Verwaltungspraxis der EU (siehe oben [Teil 1, III.](#)).

Im Gegensatz zum LandVA kennt das LVA ein allgemeines Verbot von Beihilfemassnahmen. Zentrale Beihilfebestimmung ist Art. 13 LVA. Gem. Art. 13 Abs. 1 LVA sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln der Schweiz oder eines EG-Mitgliedstaates 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. Der Wortlaut des Beihilfetatbestands im LVA ist damit ebenfalls fast deckungsgleich mit demjenigen des Art. 107 Abs. 1 AEUV.

⁷⁴⁶ SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 438.

⁷⁴⁷ SR 0.748.127.192.69.

⁷⁴⁸ TOBLER/BEGLINGER, Systematische Darstellung, 412.

⁷⁴⁹ Siehe dazu Art. 1 Abs. 2 LVA und SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 437.

Art. 13 Abs. 2 LVA führt die Legalausnahmen aus. Aus dem Wortlaut erschliesst sich, dass Beihilfen im Falle der Erfüllung einer Ausnahme nach Art. 13 Abs. 2 LVA mit diesem Abkommen vereinbar sind. Die Legalausnahmen umfassen einerseits Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher sowie Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige aussergewöhnliche Ereignisse eingetreten sind. Im direkten Vergleich zum Art. 107 Abs. 2 AEUV lässt sich auch hier eine starke Anlehnung des Art. 13 Abs. 2 LVA erkennen. In Art. 107 Abs. 2 AEUV werden ebenfalls die Beihilfen sozialer Art und die Beihilfen bei Naturkatastrophen erwähnt. Art. 107 Abs. 2 AEUV geht insofern weiter, als dass auch die Zulässigkeit von Beihilfen zur regionalen Wirtschaftsförderung und die Kategorie der Weiteren Beihilfen genannt werden.

Art. 13 Abs. 3 LVA führt die Ermessensausnahmen aus. Gem. Wortlaut von Art. 13 Abs. 3 LVA können im Falle der Erfüllung der Ausnahmetatbestände die Massnahmen als mit diesem Abkommen vereinbar angesehen werden.

Die Ermessensausnahmen umfassen drei Tatbestände:

- Gem. Art. 13 Abs. 3 lit. a LVA die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung aussergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht;
- gem. Art. 13 Abs. 3 lit. b LVA die Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben einer Vertragspartei;
- gem. Art. 13 Abs. 3 lit. c LVA die Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft.

Im Vergleich zu Art. 107 Abs. 3 AEUV gibt es hier ebenfalls beträchtliche Gemeinsamkeiten. Art. 107 Abs. 3 AEUV ergänzt hier einzig die Kulturellen Beihilfen und die Weiteren Beihilfen.

Art. 12 LVA nennt die von den Vertragsparteien zu beachtenden Grundsätze hinsichtlich öffentlicher Unternehmen i.S.d. Art. 12 Abs. 1 LVA und (privater) Unternehmen i.S.d. Art. 12 Abs. 2 LVA, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben. Im direkten Vergleich zu Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV lassen sich hier ebenfalls viele Ähnlichkeiten feststellen. Art. 106 Abs. 1 AEUV beinhaltet anders als Art. 12 Abs. 1 LVA zusätzlich noch direkte Regelungen hinsichtlich Unternehmen mit Monopolstellungen oder Sonderrechten. Art. 106 Abs. 2 AEUV ist fast deckungsgleich formuliert.

Anders als das FHA sieht das LVA sehr wohl eine rechtliche Kontrolle und die gerichtliche Durchsetzbarkeit vor. Im Falle von Art. 12 und 13 LVA geschieht dies gem. des sog. Zwei-Säulen-Prinzips jeweils innerhalb der Schweiz bzw. der EU. Gem. Art. 18 Abs. 1 LVA ist jede Vertragspartei auf ihrem eigenen Gebiet für die ordnungsgemässe Anwendung des Abkommens zuständig. Für die Schweiz ist gem. Art. 103 LFG⁷⁵⁰ die WEKO für die Überprüfung von Beihilfen gem. Art. 13 LVA zuständig. In der EU bildet die Kommission als überprüfende Behörde das Gegenstück zur WEKO.

Bevor ein Entscheid durch eine Vertragspartei erfolgt, muss die andere jeweils informiert werden. Im Falle, dass die Schweiz eine Beihilfe gewährt, kann gem. Art. 14 LVA die Kommission die Beurteilung der Beihilfe ihrerseits kundtun und verlangen, dass das weitere Vorgehen dem Gemischten Ausschuss vorgelegt wird. Findet der Gemischte Ausschuss keine einvernehmliche Lösung, besteht die Möglichkeit für beide Parteien bzw. Behörden (WEKO und Kommission), Schutzmassnahmen zu ergreifen. Dieser Schutzmechanismus wirkt somit in beide Richtungen. Für die Schweiz also auch in dem Falle, dass ein EU-Mitgliedstaat verbotene Beihilfen i.S.v. Art. 13 LVA gewährt. Im Unterschied zum FHA müssen diese Schutzmassnahmen allerdings nicht explizit verhältnismässig sein und können sich auch auf andere Sachbereiche erstrecken.⁷⁵¹

Die WEKO prüft gem. Art. 103 Abs. 1 LFG folglich, ob die infragestehenden Beihilfemassnahmen mit Art. 13 LVA vereinbar sind. Das Ergebnis der WEKO muss die für den Beschluss zuständige (und damit Beihilfe gewährende) Behörde gem. Art. 103 Abs. 3 LFG lediglich berücksichtigen. Sie hat keine Pflicht, diese zu befolgen. Daraus folgt, dass die endgültige Entscheidung i.S.v. Art. 14 LVA i.V.m. Art. 103 LFG über die Gewährung der Beihilfe bei der dafür zuständigen Behörde (z.B. Bund oder Kanton) liegt und nicht bei der Beihilfe überwachenden Behörde WEKO. Die WEKO prüft im sektoriellen Bereich gem. Zwei-Pfeiler-System und gibt damit nur eine Stellungnahme zu einem konkreten Sachverhalt ab (siehe zu den Aufgaben der WEKO oben [Teil 1, III., 1.](#)).

II. WTO

Die Vorgaben der WTO sind von der Schweiz und der EU als Mitglieder zu befolgen. Die völkerrechtlichen Subventionsbestimmungen der WTO, die gegenüber nationalem Recht Vorrang haben, sind für weitere, bilaterale Abkom-

⁷⁵⁰ Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948 (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0).

⁷⁵¹ SEITZ/BERNE, Europäisches Beihilferecht, 437.

men zwischen der Schweiz und der EU ebenfalls bedeutsam. Die Gewährung und Zulässigkeit von Subventionen richten sich im Warenhandel nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen im GATT⁷⁵² und dem SCM-Übereinkommen. Das SCM-Übereinkommen ergänzt dabei die teilweise lückenhaften Regelungen des GATT und gilt als Meilenstein für die internationale Disziplinierung von Subventionen.⁷⁵³ Für Subventionen im Dienstleistungshandel kommen die Bestimmungen des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)⁷⁵⁴ zur Anwendung, wobei diese nur rudimentär geregelt sind.

1. WTO/GATT

Die einschlägigen Subventionsbestimmungen des GATT sind die Art. III:8(b), VI und insb. XVI GATT.

Gem. Art. III:8(b) GATT findet das sog. *national treatment* nach Art. III GATT, also das Prinzip der Inländergleichbehandlung, bei der Gewährung von Subventionen keine Anwendung. Das bedeutet, dass ausländische Unternehmen keinen Anspruch auf Gleichbehandlung gegenüber ihren inländischen Konkurrenten bei der Gewährung von Subventionen geltend machen können.⁷⁵⁵ Von dieser Bestimmung erfasst sind lediglich direkte Subventionszahlungen an berechnete Unternehmen. Diskriminierende Abgabenerleichterungen zugunsten der inländischen Industrie oder für bestimmte Produkte müssen das Gebot der Inländergleichbehandlung weiterhin berücksichtigen.⁷⁵⁶

Art. VI GATT ermächtigt hinsichtlich subventionierter Importe eine Vertragspartei zur Erhebung von Ausgleichszöllen (*countervailing duties*), sofern eine bedeutende Schädigung eines inländischen Wirtschaftszweigs eintritt oder eintreten droht (*material injury*). Davon abzugrenzen sind die Ausgleichszölle bei einer ernsthaften Schädigung (*serious prejudice*) nach Art. XVI GATT, die getrennt von Art. VI GATT zu beurteilen sind.

⁷⁵² Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947, in Kraft getreten für die Schweiz am 1. August 1966 (SR 0.632.21).

⁷⁵³ MAYORAZ, Rz. 11.

⁷⁵⁴ Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (mit Anhängen), Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (SR 0.632.20).

⁷⁵⁵ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 138 f.

⁷⁵⁶ BARTHOLET, 369 f.; MAYORAZ, Rz. 13; AB Report, *Canada – Periodicals*, Rz. 33-43; Panel Report, *Indonesia – Autos*, Rz. 14.41-14.45.

Art. XVI GATT stellt die zentrale Bestimmung im Hinblick auf die materielle Regulierung von Subventionen im GATT dar. Dabei unterscheidet Art. XVI GATT zwischen Subventionen im Allgemeinen in Abschnitt A und Ausfuhrsubventionen in Abschnitt B. Für die Subventionen im Allgemeinen bestehen Notifikations- und Verhandlungspflichten. Die Vertragsparteien müssen diejenigen Subventionen notifizieren, die sich auf den internationalen Handel auswirken können. Falls eine Subvention zu einer ernsthaften Schädigung (*serious prejudice*) der anderen Vertragspartei führt oder zu führen droht, gibt es die Möglichkeit, Konsultationen über eine mögliche Beschränkung der Subvention einzuleiten.⁷⁵⁷ Ein eigentliches Verbot bestimmter Subventionen enthält Art. XVI GATT allerdings nicht. Denkbar wäre aber, dass die Gewährung einer Subvention zur Verletzung einer anderen Vorschrift des GATT führt, wie z.B. durch die Bevorteilung durch Gewährung einer nationalen Subvention gegenüber ausländischen Produkten, welche das Prinzip der Inländergleichbehandlung (*national treatment*) verletzt.

Schliesslich verbietet Abschnitt B Ausfuhrsubventionen für Primärprodukte (*primary products*), wie Rohstoffe, sofern ein übermässiger Anteil am Welthandel erreicht wird. Für die übrigen Produkte besteht ein Verbot von Ausfuhrsubventionen nur, sofern eine Ware beim Export günstiger angeboten wird als eine gleichartige Ware im Inland.⁷⁵⁸

Die Vorschriften über Subventionsgewährung im GATT boten zunächst in der Praxis kein griffiges Instrument zur Disziplinierung von Subventionen.⁷⁵⁹ Der Hauptgrund liegt im weiten und eher vagen Verständnis des Subventionsbegriffs, der erst mit dem Inkrafttreten des SCM-Übereinkommens eine einheitliche Definition fand. Bis dahin war unklar, welche staatlichen Massnahmen vom Subventionsbegriff erfasst waren.⁷⁶⁰ Ein weiterer Grund liegt in der Notifikationspflicht nach Art. XVI GATT, wonach die erhoffte Wirkung zur Rücknahme oder Reduzierung von Subventionen verfehlt wurde.⁷⁶¹ Zusätzlich sorgte der bis zur Gründung der WTO schwach ausgestaltete Rechtsschutz für Schwierigkeiten bei der Durchsetzung, weil sich Verfahren über Jahre hinweg zogen und die Annahme eines Urteils von der Zustimmung aller GATT-Vertragsparteien abhängig gemacht wurde, was einem faktischen Vetorecht der

⁷⁵⁷ MAYORAZ, Rz. 14.

⁷⁵⁸ BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit, 138; GATT-Botschaft, BBl 1994, 230.

⁷⁵⁹ PITSCHAS, Rz. 4; GATT Panel Report, EEC – Oilseeds I, Rz. 144–156.

⁷⁶⁰ COLLINS-WILLIAMS/SALEMEBIER, 6.

⁷⁶¹ RIVERS/GREENWALD, 1450 ff.

unterlegenen Partei gleichkam.⁷⁶² Den Vertragsparteien standen somit nur beschränkte und wenig wirkungsvolle Abwehrmöglichkeiten zur Verfügung.

a) SCM-Übereinkommen

Um die Schwächen der Subventionsvorschriften des GATT auszuräumen und die bestehenden Regeln zu stärken, haben die GATT-Vertragsparteien im Rahmen der Tokio-Runde von 1974 bis 1979 einen gesonderten Subventionskodex ausgehandelt.⁷⁶³ Dies ist insofern bemerkenswert, als dass eine international festgelegte Disziplinierung von Subventionen einen Eingriff in die innerstaatlichen Gestaltungsfreiräume bedeutet.⁷⁶⁴ Da Subventionen wichtige Instrumente zur Steuerung der eigenen Wirtschafts- und Sozialpolitik darstellen, unterlag (zumindest bis dahin) die Gewährung von Subventionen ausschliesslich innerstaatlichen Prozessen.

Der Subventionskodex sollte dem Bestreben der Vertragsstaaten, die Subventionsgewährung einzuschränken sowie das Erheben von Ausgleichszöllen an materielle und formelle Vorgaben zu binden, Rechnung tragen. Diese Anliegen schlugen sich sodann in der Zweiteilung des Abkommens nieder. Im ersten Teil (*Track I*) regelte das Abkommen die Erhebung von Ausgleichszöllen als unilaterale Gegenmassnahme gegen Subventionen, während der zweite Teil (*Track II*) substanzielle Bestimmungen über die Subventionsgewährung enthielt.⁷⁶⁵ Die Festlegung von Bestimmungen zu Subventionen, die nicht Exportsubventionen darstellten, bedeutete zudem eine grundlegende Erweiterung in diesem Bereich. Denn bis dahin hatten nur Exportsubventionen (*export subsidies*) Eingang in internationale Abkommen gefunden.⁷⁶⁶

Diese inhaltlichen Neuerungen des Subventionskodex können allerdings nur als Teil Erfolg gewertet werden, weil der Kodex nur für eine Minderheit der GATT-Vertragsparteien verbindlich war. Die Entwicklungsländer lehnten diesen überwiegend ab. Eine Definition des Subventionsbegriffs fehlte weiterhin und der Rechtsschutz war nach wie vor schwach ausgestaltet.⁷⁶⁷

Schliesslich einigten sich die Vertragsstaaten im Zuge der Gründung der WTO in der sog. Uruguay-Runde über das SCM-Übereinkommen. Erstmals wurde

⁷⁶² Vgl. Streitbeilegungsverfahren unter dem GATT 1947, Oesch, WTO, S. 192 f.

⁷⁶³ RIVERS/GREENWALD, 1450 ff.

⁷⁶⁴ RIVERS/GREENWALD, 1470.

⁷⁶⁵ MAYORAZ, Rz. 17.

⁷⁶⁶ ZAMPETTI, 10.

⁷⁶⁷ COLLINS-WILLIAMS/SALEMBIER, 8; ZAMPETTI, 10.

eine Definition des Subventionsbegriffs eingeführt.⁷⁶⁸ Das am 1. Januar 1995 in Kraft getretene SCM-Übereinkommen gilt seither als wichtige Errungenschaft und war Gegenstand in über 100 Fällen im Rahmen der Streitbeilegung der WTO.⁷⁶⁹

Für WTO-Mitglieder sind die Subventionsregeln des SCM-Übereinkommens bindend. Die Schweiz und die gesamte EU gehören zu den Gründungsmitgliedern der WTO. Das SCM-Übereinkommen ist im Anhang 1A des WTO-Übereinkommens platziert. Augenscheinlich ist, dass dem SCM-Übereinkommen die Präambel fehlt und dadurch eine typischerweise klassische Auslegungshilfe für die Vertragsstaaten und Streitbeilegungsorgane der WTO entfällt.⁷⁷⁰ Stattdessen beginnt es direkt mit den allgemeinen Bestimmungen, die den Begriff Subvention und die Spezifität erläutern, und geht dann über zur Zulässigkeit von Subventionen mit dem Ampelsystem (sog. *traffic light approach*), bevor dann die materiellen und formellen Voraussetzungen für Ausgleichsmassnahmen vorgegeben werden.

Inhaltlich zeichnet sich das SCM-Übereinkommen durch eine umfassende Regulierung der Subventionsvergabe und von Ausgleichsmassnahmen aus, sowie durch deutliche, ausgewogenere und erstmals auch tatsächlich durchsetzbare Bestimmungen, die über die bestehenden GATT-Subventionsbestimmungen hinausgehen. Die Subventionsbestimmungen des SCM-Übereinkommens kommen daher als *lex specialis* gegenüber den GATT-Bestimmungen zur Anwendung.⁷⁷¹

Der Anwendungsbereich des SCM-Übereinkommens ist bei staatlichen Massnahmen, die gem. Art. 1 (Begriffsbestimmung der Subvention) und Art. 2 (Spezifität) SCM-Übereinkommen als spezifische Subventionen gelten, eröffnet. Eine Subvention liegt gem. Art. 1.1 SCM-Übereinkommen vor, wenn eine Regierung oder öffentliche Körperschaft durch eine finanzielle Beihilfe (Art. 1.1.(a)(1) SCM-Übereinkommen) oder Einkommens- oder Preisstützung (Art. 1.1.(a)(2) SCM-Übereinkommen) einem Empfänger einen Vorteil verschafft. Die Subvention muss gem. Art. 1.2 SCM-Übereinkommen an einen spezifischen Empfänger adressiert sein.

Nach völkerrechtlichem Gewohnheitsrecht gelten nationale, regionale und lokale Behörden als Teil einer Regierung, da sie öffentliche Aufgaben wahrneh-

⁷⁶⁸ COLLINS-WILLIAMS/SALEMEBIER, 9.

⁷⁶⁹ JACKSON, *World Trading System*, 290; STEGER, 780, 794.

⁷⁷⁰ Panel Report, *Canada – Aircraft*, Rz. 9.119.

⁷⁷¹ PITTSCHAS, Rz. 14 ff.

men und hoheitliche Befugnisse ausüben.⁷⁷² In diesem Zusammenhang umfasst der Begriff „öffentliche Körperschaften“ Einrichtungen, die hoheitliche Funktionen besitzen, mit hoheitlichen Aufgaben betraut sind oder solche Aufgaben tatsächlich ausüben. Unerheblich ist dabei, ob und in welchem Umfang die Regierung direkt Kontrolle über eine solche Einrichtung ausübt. Entscheidend ist vielmehr, dass diese Körperschaften durch ihre Funktion oder ihren Auftrag der öffentlichen Verwaltung oder der Wahrnehmung staatlicher Interessen zugeordnet werden können.⁷⁷³

aa) *Finanzielle Beihilfe*

In den Art. 1.1(a)(1)(i)-(iii) SCM-Übereinkommen sind die Handlungsformen abschliessend aufgezählt, die eine finanzielle Beihilfe i.S.d. SCM-Übereinkommens ausmachen. Ob eine finanzielle Unterstützung unter einen dieser Typen fällt, ist im Einzelfall zu entscheiden. Dabei wird grosszügig ausgelegt, um ein möglichst breites Spektrum an staatlichen Unterstützungsformen zu erfassen.⁷⁷⁴ Dieser weitgefasste Begriff dient dazu, eine Umgehung der in Ziff. (i)-(iii) erwähnten Tatbestände zu verhindern.⁷⁷⁵ Ebenso fallen laut Ziff. (iv) Zahlungen an einen Fördermechanismus oder an private Institutionen darunter, die mit der nötigen Kompetenz betraut sind, (Ziff. (i)-(iii)).⁷⁷⁶ Hingegen stellen Exportbeschränkungen keine finanzielle Beihilfe dar.⁷⁷⁷ Unabhängig davon, ob eine Unterstützung durch einen Staat oder einen Privaten gewährt wird, kann sie eine finanzielle Beihilfe darstellen. Unerheblich ist ferner, ob durch die finanzielle Beihilfe eine Belastung der öffentlichen Hand entsteht.⁷⁷⁸

Eine finanzielle Beihilfe zeichnet sich gem. Art. 1.1(a)(1)(i) SCM-Übereinkommen klassischerweise dadurch aus, dass die Gelder oder andere finanzielle Ressourcen und Forderungen (wie z.B. Aktien) durch Handlungen des Staates oder einer öffentlichen Körperschaft direkt transferiert werden oder der direkte Transfer potentiell möglich ist.⁷⁷⁹ Unerheblich ist ferner, ob der Transfer unter Ausübung der Rechtssetzungsbefugnis geschieht.⁷⁸⁰ Beim direkten

⁷⁷² COPPENS, 50.

⁷⁷³ Siehe AB Report, US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China), Rz. 317 f.

⁷⁷⁴ COPPENS, 40.

⁷⁷⁵ AB Report, US – Softwood Lumber IV, Rz. 52.

⁷⁷⁶ Siehe AB Report, US – Countervailing Duty Investigation on DRAMS, Rz. 108.

⁷⁷⁷ Siehe Panel Report, US – Export Restraints, Rz. 8.75.

⁷⁷⁸ SLOTBOOM, 533 f.; MAYORAZ, Rz. 25.

⁷⁷⁹ AB Report, Japan – DRAMS (Korea), Rz. 250; AB Report, US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint), Rz. 614.

⁷⁸⁰ Panel Report, Korea – Commercial Vessels, Rz. 7.29.

Transfer von Geldern ist gem. Rechtsprechung erforderlich, dass eine ausreichende Ähnlichkeit mit den in Ziff. (i) erwähnten Beispielen, wie Zuschüsse, Kredite und Kapitalbeteiligungen, vorhanden ist.⁷⁸¹ Beim potentiell direkten Transfer muss die gegenüber dem Empfänger eingegangene Verpflichtung rechtlich durchsetzbar sein.⁷⁸²

Die zweite Form der finanziellen Beihilfe ist gem. Art. 1.1(a)(1)(ii) SCM-Übereinkommen die Unterstützung durch Unterlassen des Staates. Hierbei verzichtet der Staat auf eine normalerweise zu entrichtende Abgabe oder erhebt sie absichtlich nicht, wobei das Fehlen von Staatseinnahmen, die ihm im Normalfall zustehen, entscheidendes Kriterium ist. Unter einer Abgabe wird jede einer Regierung geschuldete Geldleistung verstanden.⁷⁸³ Wann eine Abgabe zu entrichten ist, ergibt sich aus dem Vergleich des Normalfalls mit dem Ausnahmefall bzw. der Abweichung vom Normalfall.

Laut Art. 1.1(a)(1)(iii) SCM-Übereinkommen besteht eine finanzielle Beihilfe ferner darin, dass eine Regierung Waren oder Dienstleistungen, die nicht zur allgemeinen Infrastruktur gehören, zur Verfügung stellt oder Waren aufkauft. Darunter fallen sämtliche Handlungen einer Regierung, die dafür sorgen, dass eine Ware oder Dienstleistung für den Empfänger erhältlich wird. Darin eingeschlossen ist die Übertragung von Rechten, die den Zugriff auf die Ware oder Dienstleistung erlauben.⁷⁸⁴ Der Erwerb von Waren durch die Regierung fällt ebenso darunter. Unklarheit besteht darüber, ob Dienstleistungen auch darunter zu subsumieren sind. So sprach sich der *Panel Report, US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint)*, für einen Ausschluss der Dienstleistungen aus, während der *Appellate Body (AB)* diese Frage im anschliessenden Berufungsverfahren offenliess.⁷⁸⁵ Die allgemeine Infrastruktur ist vom Tatbestand in Ziff. (iii) ausgenommen. Dazu zählen Installationen und Dienstleistungen, die als wirtschaftlicher Unterbau einer Volkswirtschaft, einer Region oder eines Landes gelten und allen oder einer grossen Anzahl von Unternehmen zugänglich sind.⁷⁸⁶ Auch hier gilt eine Beurteilung des Einzelfalls, um zu ermitteln, wann eine Einrichtung zur allgemeinen Infrastruktur gehört.

⁷⁸¹ AB Report, US – *Large Civil Aircraft (2nd Complaint)*, Rz. 615.

⁷⁸² Panel Report, EC and Certain Member States – *Large Civil Aircraft*, Rz. 7.302; MAYORAZ, Rz. 26.

⁷⁸³ Panel Report, Canada – Autos, Rz. 10.159.

⁷⁸⁴ AB Report, EC and Certain Member States – *Large Civil Aircraft*, Rz. 963; AB Report, US – *Softwood Lumber IV*, Rz. 75.

⁷⁸⁵ AB Report, US – *Large Civil Aircraft (2nd Complaint)*, Rz. 620, 625; COPPENS, 42 ff.; GRAVE, 242.

⁷⁸⁶ AB Report, EC and Certain Member States – *Large Civil Aircraft*, Rz. 7.1036, 7.1039.

Als Subventionen gelten gem. Art. 1.1.(a)(2) SCM-Übereinkommen jegliche Formen von Einkommens- oder Preisstützung i.S.v. Art. XVI GATT. Obwohl Art. XVI GATT keine Legaldefinition für Einkommens- und Preisstützungssubventionen enthält, wird in der Literatur darunter allgemein verstanden, dass es sich um staatliche Eingriffe handelt, die darauf abzielen, Mindesteinkommen zu sichern oder Mindestpreise für bestimmte Produkte festzulegen.⁷⁸⁷ Durch die Erweiterung des Anwendungskreises der staatlichen Unterstützungsformen mit den Einkommens- und Preisstützungen stellt sich auch die Frage, wie weit der Subventionsbegriff im SCM-Übereinkommen ausgedehnt wird.⁷⁸⁸ Laut dem *Panel Report, China – GOES*, sollen auf staatlichen Eingriffen basierende, indirekte Auswirkungen auf Preise oder Einkommen nicht von dieser Bestimmung umfasst werden. Eine wirkungsbasierte Auslegung des Subventionsbegriffs würde demnach sämtliche staatliche Massnahmen erfassen, die einen Preisanstieg im Markt zur Folge hätten.⁷⁸⁹ Weil jeder staatliche Markteingriff solche Preisveränderungen hervorruft und daher direkt oder indirekt die Preise sowie das Einkommen von Produzenten beeinflusst, sei eine extensive Auslegung abzulehnen, zumal dadurch auch die erstgenannte Subventionsform der finanziellen Beihilfe überflüssig erscheine. Somit sollten nur diejenigen staatlichen Massnahmen als Preis- oder Einkommensstützungssubvention bezeichnet werden, die bewusst den Preis bzw. das Einkommen eines Produzenten fixieren.⁷⁹⁰

bb) Vorteilsgewährung

Laut Art. 1.1 (b) SCM-Übereinkommen bildet die Vorteilsgewährung das zweite Element des Subventionsbegriffes. Eine finanzielle Beihilfe muss somit dem Empfänger einen Vorteil verschaffen. Die beiden Tatbestandselemente sind zwar verknüpft, aber getrennt voneinander zu prüfen. Bei der Vorteilsgewährung ist aus Sicht des Empfängers zu beurteilen, ob dieser durch die konkrete staatliche Handlung tatsächlich wirtschaftlich bessergestellt wurde. Dabei ist unerheblich, ob die Vorteilsgewährung auch eine Belastung des Staates bzw. des öffentlichen Haushalts bedeutet.⁷⁹¹

⁷⁸⁷ RUBINI, Definition of Subsidy and State Aid, 123.

⁷⁸⁸ AB Report, US – *Softwood Lumber IV*, Rz. 52.

⁷⁸⁹ Panel Report, *China – GOES*, Rz. 7.84.

⁷⁹⁰ Vgl. Panel Report, *China – GOES*, Rz. 7.85.

⁷⁹¹ AB Report, *Canada – Aircraft*, Rz. 155 ff.

Um die Vorteilsgewährung zu ermitteln, wird der *Private Investor Test* herbeigezogen.⁷⁹² Dabei wird verglichen, ob ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor in einer vergleichbaren Situation auf dem Markt ebenfalls Zuwendungen an einen Empfänger stellen würde, weil er sich dadurch einen finanziellen Vorteil verspricht. Stellt der Staat allerdings Kapital zu üblichen marktwirtschaftlichen Bedingungen zur Verfügung, liegt keine Vorteilsgewährung vor (vgl. zur Anwendung durch den EuGH auch Teil 3, I. 3. a) cc)).

Als Markt wird im AB Report, US – Upland Cotton, „the area of economic activity in which buyers and sellers come together and the forces of supply and demand affect prices“ beschrieben. Also der Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit, in dem Käufer und Verkäufer zusammentreffen und Angebot und Nachfrage den Preis bestimmen. Gem. Art. 14(a) und (d) SCM-Übereinkommen ist bei der Beurteilung der Vorteilsgewährung auf die Bedingungen im inländischen Markt abzustellen. Art. 14 SCM-Übereinkommen kommt im Bereich der unilateralen Ausgleichsmassnahmen zur Anwendung und stellt eine Auslegungshilfe bzw. auch Grundlage für die Ermittlung des konkreten Vergleichsmassstabs im inländischen Markt dar. Ein Vorteil liegt demnach vor, wenn das vom Staat beglichene Entgelt für eine Ware über dem Entgelt liegt, welches üblicherweise im inländischen Markt für diese Ware anfallen würde (Art. 14(d) SCM-Übereinkommen). Bei der Festlegung des Vergleichsmassstabs werden den Mitgliedstaaten bei Formen der finanziellen Beihilfe, die nicht in Art. 14 SCM-Übereinkommen festgelegt sind, sowie bei der Einkommens- und Preisstützung weite Ermessensspielräume zugesprochen.⁷⁹³

Der Vergleichsmassstab des inländischen Marktes ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn die Preise in diesem Markt nicht bereits durch staatliche Interventionen verzerrt sind.⁷⁹⁴ Besteht eine preisliche Verzerrung aufgrund eines hoheitlichen Eingriffs, kann auf alternative Vergleichsmassstäbe zurückgegriffen werden.⁷⁹⁵ Ursprünglich beschränkte sich die Verwendung eines alternativen Vergleichsmassstabs ausschliesslich auf finanzielle Beihilfen in Form der Bereitstellung von Waren. Mittlerweile wird dieser auch auf finanzielle Beihilfen in Form von Geldtransfers angewandt.⁷⁹⁶

⁷⁹² AB Report, US – Large Civil Aircraft (2nd Complaint), Rz. 662.

⁷⁹³ Panel Report, EC – Countervailing Measures on DRAM Chips, Rz. 7.213.

⁷⁹⁴ AB Report, US – Softwood Lumber IV, Rz. 97.

⁷⁹⁵ AB Report, US – Softwood Lumber IV, Rz. 102.

⁷⁹⁶ AB Report, US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China), Rz. 489.

Bei der Anwendung eines alternativen Vergleichsmassstabs kann zwischen drei Situationen unterschieden werden⁷⁹⁷:

- Der Staat ist der alleinige Anbieter (*sole provider*) und die Preise sind reguliert. Hier kann davon ausgegangen werden, dass die Preise im inländischen Markt verzerrt sind;
- der Staat stellt das überwiegende Angebot im Markt (*predominant provider*). Hier sind die Preise im inländischen Markt mit grosser Wahrscheinlichkeit verzerrt, wobei das entscheidende Kriterium die Marktposition des Staates ist. Er kann als alleiniger oder als bedeutender Anbieter eingestuft werden;
- der Staat tritt als bedeutender Anbieter (*significant provider*) im inländischen Markt auf. Hier sind aber weitere Hinweise für die Darlegung einer Preisverzerrung notwendig.

Gem. AB Report, US – *Softwood Lumber IV* kann ein alternativer Vergleichsmassstab von einem ausländischen Markt herangezogen werden oder auch aufgrund der Produktionskosten eines Gutes konstruiert werden. Hierfür sind die im Inland vorherrschenden Marktbedingungen ohne die staatliche Verzerrung zu berücksichtigen.

Ferner wird neben der direkten auch die indirekte Gewährung eines Vorteils vom Tatbestand erfasst. Das bedeutet, dass Empfänger eines Vorteils nicht nur die unmittelbaren Profiteure einer finanziellen Beihilfe sind, sondern auch diejenigen von einer Fördermassnahme profitieren können, die ein Produkt eines subventionierten Vorlieferanten in ihr Endprodukt verarbeiten (*downstream subsidies*) oder deren Produkteabnehmer subventioniert werden (*upstream subsidies*). Die direkt bevorteilten, formellen Empfänger von Subventionen geben sie an Dritte weiter (*pass-through benefit*), wobei gem. WTO-Rechtsprechung der weitergereichte Vorteil im Einzelfall ausdrücklich nachzuweisen ist.⁷⁹⁸

In Situationen der indirekten Vorteilsgewährung stellt sich bei Liberalisierungen und Privatisierungen von staatlichen Unternehmen die weitere Frage, ob diese Vorteilsgewährung durch die Privatisierung untergeht oder weiterhin besteht. In AB Report, US – *Lead and Bismuth II*, festigt der AB die Meinung,

⁷⁹⁷ COPPENS, 68 ff.; AB Report, US – *Anti-Dumping and Countervailing Duties (China)*, Rz. 441.447.

⁷⁹⁸ AB Report, US – *Softwood Lumber IV*, Rz. 143.

dass ein zuvor gewährter Vorteil untergeht, sofern die Privatisierung zu normalen Marktbedingungen und zu einem fairen Marktwert erfolgt ist.⁷⁹⁹

Im AB Report, US – *Countervailing Measures on Certain EC Products*, stellt der AB fest, dass jeweils im Einzelfall der Nachweis erbracht werden kann, dass ein zuvor gewährter Vorteil auf den neuen privaten Besitzer übergegangen ist.⁸⁰⁰

cc) Spezifität

Gem. Art. 1.2 SCM-Übereinkommen muss eine Subvention spezifisch sein, um den Anwendungsbereich der Teile II, III und V des SCM-Übereinkommens zu eröffnen und verweist dabei gleich auf Art. 2 SCM-Übereinkommen. Damit werden selektive Subventionen von allgemeinen wirtschaftspolitischen Massnahmen abgegrenzt. Letztere fallen nicht unter das Subventionsrecht der WTO.⁸⁰¹

Nach Art. 2.3 SCM-Übereinkommen gelten die in Art. 3 SCM-Übereinkommen verbotenen Ausfuhr- und Imports substitutionssubventionen als spezifisch. Auch verbotene Subventionen (Teil II) und anfechtbare Subventionen (Teil III) müssen die Anforderung der Spezifität erfüllen.⁸⁰²

Laut Art. 2.1(a) und Art. 2.2 Satz 1 SCM-Übereinkommen gelten die übrigen von Art. 1.1. SCM-Übereinkommen erfassten Subventionen als spezifisch, wenn sie ausschliesslich an bestimmte Unternehmen oder an Unternehmen innerhalb eines bestimmten geographischen Gebiets gewährt werden. Unter den Begriff bestimmte Unternehmen fallen auch Wirtschaftszweige i.S.v. Art. 16.1 SCM-Übereinkommen. Dies sind alle inländischen Hersteller gleichartiger Waren oder diejenigen unter ihnen, deren Produktion insgesamt einen erheblichen Teil der gesamten Inlandsproduktion dieser Waren ausmacht.

Art. 2.1 (a)(b)(c) SCM-Übereinkommen legen die Grundsätze für die Beurteilung von spezifischen Subventionen an bestimmte Unternehmen fest. Laut Art. 2.1. (a) SCM-Übereinkommen handelt es sich um eine spezifische Subvention, wenn die gewährende Behörde oder die Gesetzgebung, nach der sich die gewährende Behörde richtet, den Zugang zu einer Subvention ausdrücklich auf bestimmte Unternehmen beschränkt. Diese wird auch als *de-jure*-Spezifität bezeichnet.⁸⁰³

Nach Art. 2.1 (b) SCM-Übereinkommen liegt hingegen keine Spezifität vor, wenn

⁷⁹⁹ AB Report, US – *Lead and Bismuth II*, Rz. 68.

⁸⁰⁰ AB Report, US – *Countervailing Measures on Certain EC Products*, Rz. 127.

⁸⁰¹ JIROUSEK, 128.

⁸⁰² Panel Report, Korea – *Commercial Vessels*, Rz. 7.514.

⁸⁰³ AB Report, US – *Large Civil Aircraft* (2nd Complaint), Rz. 748.

der Anspruch auf eine Subvention auf objektiven Kriterien oder Bedingungen beruht. Art. 2.1 (c) SCM-Übereinkommen relativiert die zuvor genannten Bestimmungen, indem er festlegt, dass selbst bei einem Anschein von Nichtspezifität gem. den Grundsätzen in Buchstaben (a) und (b) weitere Faktoren berücksichtigt werden können, wenn Gründe zur Annahme bestehen, dass es sich faktisch dennoch um eine spezifische Subvention handelt.⁸⁰⁴ Diese Faktoren werden abschliessend aufgezählt und beinhalten z.B. die Inanspruchnahme eines Subventionsprogramms durch eine begrenzte Anzahl bestimmter Unternehmen oder die vorwiegende Inanspruchnahme durch bestimmte Unternehmen.

Von einer Spezifität von Subventionen an Unternehmen innerhalb eines geographischen Gebiets ist dann auszugehen, sobald die Subvention eine geographische Beschränkung erfährt.⁸⁰⁵ Wird gem. Art. 2.2 SCM-Übereinkommen die Subvention von der zuständigen regionalen Behörde gewährt oder handelt es sich um eine Festlegung oder Änderung von allgemein geltenden Steuersätzen durch die dafür kompetente Regierungsebene, liegt keine Spezifität vor.⁸⁰⁶

dd) Verbotene Subventionen

Ob eine spezifische Subvention gem. SCM-Übereinkommen zulässig ist, entscheidet sich nach dem sog. *traffic light approach*. Das dreistufige Ampelsystem des SCM-Übereinkommens unterscheidet zwischen verbotenen (*prohibited subsidies*), anfechtbaren (*actionable subsidies*) und nichtanfechtbaren (*non-actionable subsidies*) Subventionen. Letztere wurden mit einer fünfjährigen Gültigkeitsdauer eingeführt und wurden seit Auslaufen der Frist Ende 1999 nie mehr weitergeführt.⁸⁰⁷ Deswegen wird derzeit nur zwischen verbotenen und anfechtbaren Subventionen unterschieden.

Art. 3.1 (a) SCM-Übereinkommen verbietet sog. Exportsubventionen, also Subventionen, die gesetzlich oder tatsächlich von einer Ausfuhrleistung abhängen. Anhang I des SCM-Übereinkommens enthält eine nicht abschliessende Liste von Beispielen für Exportsubventionen. Fällt eine Massnahme in den Anwendungsbereich des Anhangs I, gilt sie, ohne dass ein weiterer Nachweis erbracht werden muss, als verbotene Exportsubvention.⁸⁰⁸ Die Praxis geht ferner davon

⁸⁰⁴ HORLICK/CLARKE, 43.

⁸⁰⁵ AB Report, US – Anti-Dumping and Countervailing Duties (China), Rz. 9.135; Panel Report, EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft, Rz. 7.1223; Der AB hat sich noch nicht zu dieser Auslegung geäussert.

⁸⁰⁶ Panel Report, EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft, Rz. 9.138.

⁸⁰⁷ WTO Dokument, Special Meeting, Rz. 27; Vgl. Art. 31 SCM-Übereinkommen.

⁸⁰⁸ Panel Report, Brazil – Aircraft (Article 21.5 Canada), Rz. 6.30 f.

aus, dass eine unter Anhang I fallende Massnahme den Tatbestand der Subvention nach Art. 1 SCM-Übereinkommen erfüllt.⁸⁰⁹ Aufgrund der Beispielliste des Anhangs I wird der Nachweis von Exportsubventionen enorm erleichtert. Art. 3.1 (b) SCM-Übereinkommen verbietet ferner Subventionen, deren Gewährung von der Verwendung von einheimischen Waren abhängig ist.

Das SCM-Übereinkommen verbietet somit zwei Arten von Subventionen, die sich gem. den Vertragsparteien bereits aufgrund ihrer Natur negativ auf den zwischenstaatlichen Handel auswirken.⁸¹⁰

ee) *Anfechtbare Subventionen*

Nach Art. 3 SCM-Übereinkommen verbotene spezifische Subventionen können trotzdem gewährt werden, solange sie nicht von einem WTO-Mitglied erfolgreich angefochten wurden. Verursacht die Gewährung einer Subvention eine Schädigung eines inländischen Wirtschaftszweigs, werden dadurch sich aus dem GATT ergebende Vorteile zunichtegemacht oder geschmälert oder werden die eigenen Interessen ernsthaft geschädigt, steht jedem WTO-Mitglied die Möglichkeit zu, gegen die Gewährung vorzugehen (Art. 5 (a)(b)(c) SCM-Übereinkommen).

Die Schädigung eines inländischen Wirtschaftszweiges wird im gleichen Sinne wie Art. 15 SCM-Übereinkommen verstanden (Fn. 11 zu Art. 5(a) SCM-Übereinkommen). Löst eine Subvention eines WTO-Mitglieds bei einem anderen WTO-Mitglied eine bedeutende Schädigung aus oder droht eine bedeutende Schädigung auszulösen oder wird dadurch die Errichtung eines inländischen Wirtschaftszweigs erheblich verzögert, ist sie nach Art. 5(a) SCM-Übereinkommen anfechtbar (Fn. 45 zu Art. 15 SCM-Übereinkommen).

Das systematische Zunichtemachen oder das Schmälern eines Vorteils bilden gem. Art. 5(b) SCM-Übereinkommen eine Voraussetzung für die Anfechtung einer Subvention.⁸¹¹ Die Anfechtbarkeit von Subventionen durch das Zunichtemachen und Schmälern von Vorteilen lehnt sich inhaltlich stark an Art. XXIII GATT an (Fn. 12 zu Art. 5(b) SCM-Übereinkommen), mit dem Unterschied, dass das Zunichtemachen oder die Schmälern des Vorteils nicht die Folge der Verletzung des SCM-Übereinkommens ist, sondern eben Voraussetzung für die Anfechtbarkeit der Subvention.

⁸⁰⁹ Panel Report, Korea – Commercial Vessels, Rz. 7.204.

⁸¹⁰ RODI, 130; MAYORAZ, Rz. 45.

⁸¹¹ GRAVE, 89.

Art. 6.3 SCM-Übereinkommen ist für die Beurteilung einer ernsthaften Schädigung nach Art. 5(c) SCM-Übereinkommen massgebend. Entscheidend ist, ob die Subvention die genannten Auswirkungen verursacht. Der Fokus der Beurteilung liegt deswegen nicht primär auf der Höhe einer Subvention, sondern auf deren Folgen.⁸¹² Die in Art. 6.1 SCM-Übereinkommen ursprünglich vorhandene Liste von Tatbeständen, die eine ernsthafte Schädigung vermuten lassen, war gem. Art. 31 SCM-Übereinkommen zeitlich begrenzt und lief mangels Einigung zur Fortführung ebenfalls Ende 1999 aus. Seitdem gilt keine Beweislastumkehr hin zum subventionsgewährenden WTO-Mitglied. Dennoch wird Art. 6.1 SCM-Übereinkommen als nützliche Auslegungshilfe für den Ausdruck der ernsthaften Schädigung weiterhin herangezogen.⁸¹³

In der Umsetzung gestaltet sich der Nachweis der negativen Auswirkungen einer Subvention jeweils als aufwändig und schwierig. In der Praxis stellt der Nachweis deswegen eine hohe Hürde für die WTO-Mitglieder dar, wodurch die Erfolgsaussichten einer Anfechtung einer Subvention eines anderen WTO-Mitglieds ebenfalls geschmälert werden.⁸¹⁴

ff) Nichtanfechtbare Subventionen

Während noch bis Ende 1999 in Art. 8.2(a)(b)(c) SCM-Übereinkommen drei Kategorien von nichtanfechtbaren Subventionen bestanden (Subventionen für Forschungstätigkeiten, Subventionen zur Entwicklung benachteiligter Regionen und Subventionen zum Umweltschutz), haben sie mangels Fortführungsbeschlusses heute nach Art. 31 SCM-Übereinkommen keine Bedeutung mehr.

Damals wurden Subventionen als legitimes Mittel eines Staates zur Steuerung seiner Wirtschaftspolitik betrachtet und galten deswegen als nicht anfechtbar. Heute können hingegen sämtliche Subventionen in der WTO angefochten werden, sofern die Voraussetzungen gem. Art. 5 SCM-Übereinkommen erfüllt sind.

gg) Abhilfe- und Ausgleichsmassnahmen

Die WTO-Mitglieder haben die Möglichkeit, unilateral (*Track-I-Verfahren*) oder multilateral (*Track II-Verfahren*) gegen schädigende Subventionen anderer WTO-Mitglieder vorzugehen, wobei beide Verfahren parallel verfolgt wer-

⁸¹² AB Report, US – *Large Civil Aircraft* (2nd Complaint), Rz. 697.

⁸¹³ MAYORAZ, Rz. 49; Panel Report, US – *Upland Cotton*, Rz. 1292.

⁸¹⁴ MAYORAZ, Rz. 50.

den können.⁸¹⁵ Unilateral kann ein WTO-Mitglied nach bestimmten Voraussetzungen (Art. 10 ff. SCM-Übereinkommen) Ausgleichszölle auf subventionierte Produkte erheben, um allfällig negative Effekte im eigenen Markt auszugleichen. Die Anforderungen an den Nachweis einer Schädigung im inländischen Markt sind dabei geringer als im multilateralen Verfahren. Das multilaterale Verfahren nach Art. 4 und 7 SCM-Übereinkommen ermöglicht es den WTO-Mitgliedern im Rahmen des WTO-Streitschlichtungsmechanismus gegen verbotene oder anfechtbare Subventionen anderer WTO-Mitglieder vorzugehen.

b) GATS/Dienstleistungen

Das GATS regelt den internationalen Handel mit Dienstleistungen. Es statuiert aber weder bedeutende subventionsrechtliche Vorgaben, noch enthält es ausdrückliche Ausnahmen für Subventionen. Insgesamt sind die Subventionsbestimmungen des GATS schwach ausgestaltet.⁸¹⁶

Lediglich Art. XV GATS befasst sich ausdrücklich mit Subventionen und verpflichtet die WTO-Mitglieder dazu, anzuerkennen, dass Subventionen unter bestimmten Umständen zu Verzerrungen im Handel mit Dienstleistungen führen können. Darüber hinaus fordert der Artikel von den WTO-Mitgliedern, Verhandlungen aufzunehmen, um solche handelsverzerrenden Auswirkungen zu vermeiden. Bis heute sind in diesem Bereich jedoch keine Fortschritte erzielt worden.⁸¹⁷

Weil trotz mangels spezifischer Regelungen für Subventionen, die den Dienstleistungshandel betreffen, der Anwendungsbereich des GATS eröffnet wird, sind einzelne Bestimmungen des GATS zu berücksichtigen. Zentral sind dabei Art. XVII GATS (Inländergleichbehandlung) und Art. XXIII:3 GATS (Zunichemachen oder Schmälern von Vorteilen). In Art. II (Meistbegünstigung), Art. III (Transparenz), Art. VIII (Monopole und Dienstleistungserbringer mit ausschliesslichen Rechten) sowie Art. XV:2 (Konsultation) finden sich weitere subventionsrechtlich zu beachtende Vorgaben.⁸¹⁸

Zwar gebietet das Prinzip der Inländergleichbehandlung gem. Art. XVII GATS, die in- und ausländischen Dienstleistungsanbieter gleich zu behandeln, jedoch wird diese Wirkung durch die flexible Ausgestaltung des GATS gleich wieder

⁸¹⁵ PITTSCHAS, Rz. 100 ff.

⁸¹⁶ Siehe dazu Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (mit Anhängen), Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (SR 0.632.20).

⁸¹⁷ WTO Dokument, Annual Report 2024.

⁸¹⁸ PORRETI, S. 467.

relativiert. Das Prinzip der Inländergleichbehandlung findet nämlich nur auf diejenigen Sektoren Anwendung, in denen sich ein WTO-Mitglied auch ausdrücklich zur Inländergleichbehandlung verpflichtet hat. Zudem richtet sich die Verpflichtung nach den vertraglich festgelegten Bedingungen und Vorbehalten des jeweiligen WTO-Mitglieds. Art. XVII GATS überlässt es somit den Vertragsparteien, inwieweit sie sich vertraglich zur Einhaltung des Prinzips der Inländergleichbehandlung bei der Subventionsgewährung verpflichten wollen.

Ist ein WTO-Mitglied der Auffassung, dass die Anwendung einer Massnahme eines anderen WTO-Mitglieds eine Schmälerung seiner Vorteile aus dem Abkommen bewirkt oder zunichtemacht, kann es sich dagegen mit der Nichtverletzungsbeschwerde nach Art. XXIII:3 GATS zur Wehr setzen. Eine Verletzung der GATS-Vorschriften durch die in Frage stehende Massnahme wird nicht verlangt. Die WTO-Mitglieder nutzen die Nichtverletzungsbeschwerde bisher aber kaum. Bislang ist noch kein Fall über die Konsultationsphase hinausgegangen.⁸¹⁹

2. Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen mit dem WTO-Recht

Mit Blick auf das WTO-Recht als übergeordnetes Völkerrecht scheint, anders als bei der Beurteilung der schweizerischen Fördermassnahmen im EnG gem. EU-Beihilferecht, die Einstufung nicht ganz eindeutig.⁸²⁰ Im WTO-Recht wurden bislang zahlreiche, sich stellende juristische Fragen noch nicht hinreichend ausjudiziert, weswegen eine abschliessende rechtliche Analyse der Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen mit dem WTO-Recht nicht eindeutig erfolgen kann. Hinzu kommt, dass das WTO-Recht kein spezifisches Abkommen kennt, das sich ausschliesslich mit Elektrizität oder Energie befasst, was die Prüfung der Vereinbarkeit von Subventionen mit dem WTO-Recht auf diesem Gebiet erschwert. Die Bestimmung der einschlägigen WTO-Subventionsregeln hängt zudem davon ab, ob das Gut Elektrizität gem. WTO

⁸¹⁹ Vgl. Request for Consultations by the United States, *Belgium – Measures Affecting Commercial Telephone Directory Services*; Request for Consultations by the United States, *Japan – Measures Affecting Distribution Services*.

⁸²⁰ Hinsichtlich der Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen des EnG mit dem EU-Beihilferecht wurde dargelegt, dass die Fördermodelle im EnG aus rechtlicher Perspektive höchst wahrscheinlich mit dem EU-Recht vereinbar sind und weiterhin im jeweiligen rechtlichen Rahmen (im Verfassungsrecht der Schweiz und gem. EU-Recht) konform ausgestaltet werden.

als Ware oder Dienstleistung qualifiziert wird, was sich ebenfalls nicht als ganz offenkundig erweist.⁸²¹ Die existierenden Fördermechanismen in der Schweiz stehen wohl potenziell in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Vorgaben der subventionsrechtlichen Bestimmungen im SCM-Übereinkommen und, wie oben bereits dargelegt, ebenfalls zum Beihilfeverbot der EU (siehe dazu oben [Teil 4, I.](#) und [II.](#)). Dennoch könnten durch die solide Begründung, dass es sich bei den hiesigen Subventionen um Umwelt- und Klimaschutzanliegen, die Garantie der Versorgungssicherheit des Landes oder ein überwiegendes öffentliches Interesse handelt, diese wohl gerechtfertigt sein.

Da viele juristische Fragestellungen auf dem Gebiet der Subventionierung von Strom aus erneuerbaren Energien nicht hinreichend oder überhaupt nicht behandelt wurden, bietet sich mit Blick auf die im EnG verankerten Förderinstrumente bislang einzig die Einspeisevergütung bzw. das EVS gem. Art. 19 ff. EnG zur Beurteilung der Konformität mit dem WTO-Recht an. Dieses Förderinstrument war bereits Gegenstand subventionsrechtlicher Auseinandersetzungen auf der WTO-Ebene, weswegen eine Überprüfung dieses Instruments hier angemessen ist.⁸²² Die Einspeisevergütung erfreut sich grosser Beliebtheit. So kennen neben der Schweiz ungefähr 100 Staaten ein EVS, die auch Mitglieder der WTO sind.⁸²³ Nachfolgend wird deswegen das EVS gem. Art. 19 EnG, als eines der nach wie vor zentralen Fördermechanismen der Schweiz auf die Vereinbarkeit mit dem WTO-Recht überprüft, welches für die Wasserkraft, Sonnenenergie, Windenergie, Geothermie sowie Biomasse in Frage kommt.⁸²⁴

a) Einspeisevergütungssystem gemäss Art. 19 EnG

Kernelement des EVS gem. Art. 19 EnG ist die Kombination der Abnahmepflicht und die Garantie einer Mindestpreisvergütung für die Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien aus den in Art. 19 EnG aufgelisteten Anlagen. Das EVS gem. Art. 19 ff. EnG i.V.m. dem Vergütungssatz nach Art. 22 EnG stellt eine staatlich festgelegte Geldleistung für die Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien dar, die aus einem zweckgebundenen Spezialfonds (Netzzuschlagsfonds) stammt, welcher in der Schweiz durch die

⁸²¹ JACKSON, GATT, 745; MAYORAZ, 543 f.

⁸²² Dies scheint mit Blick auf die vorliegende Arbeit auch gerechtfertigt, da alle im EnG verankerten Fördermassnahmen auf dieselbe Weise durch den Netzzuschlagsfonds finanziert werden.

⁸²³ Renewables 2023, Renewable Energy Systems and Infrastructure, Global Status Report 2023.

⁸²⁴ Der gemeinsame Anknüpfungspunkt bei allen schweizerischen Fördermassnahmen ist ohnehin die gemeinsame Mittelherkunft aus dem Netzzuschlagsfonds.

Endverbraucher getragen wird. Die Mittel werden ausgerichtet, solange sie i.S.v. Art. 35 und 36 EnG ausreichen. Mit dem Umbau von der kostendeckenden Vergütung hin zur marktorientierten Vergütung wird den Stromproduzenten keine betraglich fixierte Vergütung mehr garantiert und es besteht auch kein vertraglicher Abnahmewang mehr. Den am EVS teilnehmenden Anlagen wird die Einspeiseprämie für den ökologischen Mehrwert aber weiterhin zugesichert. Die Funktionsweise und die Teilnahme am EVS i.S.v. Art. 19 ff. EnG wurde bereits ausführlich behandelt und deswegen wird hier darauf verwiesen (siehe oben [Teil 3, II., 7., b\), aa\)](#)).

aa) Qualifikation von Elektrizität

Als erstes stellt sich bei Elektrizität vorrangig die nicht ganz eindeutig zu beantwortende Frage, ob es sich bei diesem Gut um eine Ware oder eine Dienstleistung handelt. Die Qualifikation von Elektrizität als Ware eröffnet den Anwendungsbereich der Subventionsbestimmungen des GATT bzw. des SCM-Übereinkommens, während die Qualifikation von Elektrizität als Dienstleistung den Anwendungsbereich der Subventionsbestimmungen des GATS eröffnet, die als weniger zwingend gelten.⁸²⁵

Der Elektrizität fehlt es an der Eigenschaft der physischen Berührbarkeit. Deswegen spricht dies zunächst gegen die Qualifikation als Ware.⁸²⁶ Dagegen ist elektrischer Strom aber gem. dem Internationalen Übereinkommen über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren⁸²⁷ mit der Nummer 2716 aufgeführt, was wiederum für die Qualifikation der Elektrizität als Ware sprechen könnte. Der Appellate Body hatte im AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program* das kanadische EVS als Kauf von Waren i.S.v. Art. 1. 1(a)(1)(iii) SCM-Übereinkommen bewertet. Die kanadische Provinz Ontario leistete in diesem Fall für die Abnahme von Elektrizität eine Vergütung. Durch diese Betrachtung implizierte der Appellate Body, dass die Elektrizität eine Ware sei.⁸²⁸

Aufgrund der Natur von Elektrizität und der nicht ganz einfachen Einordnung lässt sich i.c. zumindest ableiten, dass die Produktion und der Handel von Elektrizität am ehesten als Ware eingestuft werden können und deswegen dem GATT unterstehen. Die Übertragung und Verteilung von Elektrizität da-

⁸²⁵ MAYORAZ, Rz. 543.

⁸²⁶ JACKSON, GATT, 745; PLOURDE, 36 f.

⁸²⁷ Internationales Übereinkommen über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren vom 14. Juni 1983, SR 0.632.11.

⁸²⁸ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program* Rz. 5.128.

gegen weist eher einen Dienstleistungscharakter auf, womit der Anwendungsbereich des GATS eröffnet wäre.⁸²⁹

bb) Anwendungsbereich

Art. 1.1(a)(1)(i)-(iii) SCM-Übereinkommen zählt die verschiedenen Handelsformen auf, die eine finanzielle Beihilfe (Subvention) charakterisieren. Bei der Einstufung wird im Einzelfall grosszügig ausgelegt, um eine möglichst grosse Spannbreite an staatlichen Unterstützungsmassnahmen abzudecken.⁸³⁰ Unabhängig davon, ob die Unterstützung vom Staat oder von einem Privaten gewährt wird, kann sie als finanzielle Beihilfe gelten. Die finanzielle Beihilfe zeichnet sich gem. Art. 1.1(a)(1)(i) SCM-Übereinkommen dadurch aus, dass die Gelder durch Handlungen des Staates oder einer öffentlichen Körperschaft direkt transferiert werden, wobei der potenziell mögliche direkte Transfer genügt.

Gem. Art. 1.1(a)(2) SCM-Übereinkommen gelten auch jegliche Formen von Einkommens- oder Preisstützung i.S.v. Art. XVI GATT als Subventionen. Eine eigentliche Legaldefinition in Art. XVI GATT, was genau Einkommens- und Preisstützungssubventionen sind, fehlt allerdings. In der Literatur werden darunter aber, wie oben dargelegt, staatliche Eingriffe verstanden, die der Sicherung von Mindesteinkommen oder der Festlegung von Mindestpreisen für bestimmte Produkte dienen.⁸³¹

Das SCM-Übereinkommen findet aber keine Anwendung auf Dienstleistungen, sondern nur auf Waren.

Vor dem Hintergrund, dass es sich beim EVS gem. Art. 19 ff. um die Förderung der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien handelt – und somit konkret die Produktion der Ware Strom unterstützt wird und nicht der Handel, – ist davon auszugehen, dass Strom als Produkt sehr wahrscheinlich als Ware einzustufen ist. Daher dürfte der Anwendungsbereich des GATT bzw. des SCM-Übereinkommens eröffnet sein. Zudem ist aus Art. 1 SCM-Übereinkommen nicht ersichtlich, dass potenzielle, sich im Energiemarkt niederschlagende Wettbewerbsverzerrungen unkontrolliert bleiben sollten. Unterstützend kommt die WTO-Praxis hinzu, wonach die Einordnung einer staatlichen Unterstützungsmassnahme als Subvention i.S.d. SCM-Übereinkommens

⁸²⁹ JAGMETTI, 6466; WTO Dokument, Energy Services, Rz. 9; gleicher Meinung auch MAYORAZ, Rz. 544.

⁸³⁰ COPPENS, 40.

⁸³¹ RUBINI, Definition of Subsidy and State Aid, 123.

grosszügig erfolgt, um möglichst viele Massnahmen abzudecken. Jede Subvention, unabhängig vom Zweck, ist nach dem WTO-Recht grundsätzlich anfechtbar.

Der sachliche Anwendungsbereich des SCM-Übereinkommens ist durch das EVS gem. Art. 19 EnG ff. eröffnet.

cc) *Vorteilsgewährung*

Die finanzielle Beihilfe bzw. die Subvention muss dem Empfänger einen Vorteil i.S.d. Art. 1.1 (b) SCM-Übereinkommen verschaffen. Dabei ist aus Sicht des Empfängers zu beurteilen, ob sich die staatliche Unterstützungsmassnahme tatsächlich positiv auswirkt, indem sie den Empfänger wirtschaftlich besserstellt. Ähnlich wie im Beihilferecht der EU wird auch hier theoretisch der *Private Investor Test* angewendet. Dabei wird verglichen, ob sich ein marktwirtschaftlich handelnder privater Investor in einer vergleichbaren Situation auf dem Markt ebenfalls dafür entscheiden würde, Zuwendungen an einen Empfänger zu gewähren, weil er sich dadurch einen finanziellen Vorteil verspricht. Die Vorteilsgewährung liegt nicht vor, sofern der Staat Kapital zu üblichen und marktwirtschaftlichen Bedingungen gewährt.⁸³²

Exemplarisch für die Beurteilung des Kriteriums der Vorteilsgewährung im Subventionsrecht der WTO steht das Streitbeilegungsverfahren zwischen Japan und der EU gegen Kanada von 2012, konkret das EVS der Provinz Ontario in Kanada (*Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*).⁸³³ Dieses Streitbeilegungsverfahren war die erste Überprüfung der Vereinbarkeit von Fördermassnahmen zur Stromerzeugung durch erneuerbare Energien mit dem WTO-Recht überhaupt. Gegenstand des Streitbeilegungsverfahrens war das weltweit verbreitete Förderinstrument der Einspeisevergütung bzw. des EVS. Der Ausgang des Verfahrens war deshalb für viele Staaten, einschliesslich der Schweiz, von grosser Bedeutung und ist bis heute relevant geblieben.

Im Einzelnen wurde untersucht, inwieweit das infragestehende EVS mit den subventionsrechtlichen Vorgaben des SCM-Übereinkommens vereinbar war. Es ging bei diesem Verfahren aber um weitaus mehr. Mit den nationalen EVS wurden Anstrengungen unternommen, Ziele des internationalen Umwelt- und Klimaschutzes durch den Ausbau erneuerbarer Energien zu erfüllen. Einige Mitgliedstaaten hatten hierzu allerdings die Befürchtung, dass der Aus-

⁸³² AB Report, US – *Large Civil Aircraft* (2nd Complaint), Rz. 662.

⁸³³ AB Report, Canada – *Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*.

gang des Streitbeilegungsverfahrens eine restriktive Auswirkung auf die umweltfreundliche Energiepolitik der WTO-Mitglieder begründen könnte (unter der Prämisse, dass die erneuerbaren Energien umweltfreundlich sind), indem das Ergebnis den Spielraum der Gewährung von Fördermassnahmen zugunsten der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien einschränken würde.⁸³⁴

Dem Streitbeilegungsverfahren lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die kanadische Provinz Ontario operierte mittels der *Ontario Power Authority* (OPA) und garantierte Stromproduzenten von Wind- und Solaranlagen die Abnahme ihres Stroms zu einem fixen, über dem Marktpreis liegenden Preis für einen Zeitraum von 20 bis 40 Jahren. Die Abnahme und Vergütung des Stroms erfolgte auf vertraglicher Basis zwischen der OPA und den Stromproduzenten. Eine Bedingung für den Abschluss eines solchen Abnahmevertrags war, dass die Stromproduzenten einen Mindestanteil lokal hergestellter Bestandteile (sog. *local content requirement*) beim Bau der Kraftwerke verwenden mussten.⁸³⁵ Japan und die EU leiteten gegen diese staatliche Unterstützungsmassnahme bei der WTO das Streitbeilegungsverfahren ein. Japan argumentierte, dass das kanadische EVS aufgrund der Bevorzugung einheimischer Waren gegenüber eingeführten Waren eine verbotene Importsubstitutionssubvention i.S.d. Art. 3.1(b) SCM-Übereinkommen darstelle.⁸³⁶ Die EU machte geltend, dass die Massnahme gegen Art. III:4 und III:5 des GATT verstossen würde, es sich beim EVS um eine Investitionsmassnahme handelte, die mit Art. III des GATT nicht vereinbar sei und, dass im Rahmen der EVS offensichtlich Subventionen gewährt würden, weil es sich um einen finanziellen Beitrag oder eine Form der Einkommens- und Preisstützung handelte und dadurch ein finanzieller Vorteil entstünde. Schliesslich machte die EU ebenfalls wie Japan geltend, dass es sich beim kanadischen EVS um eine verbotene Importsubstitutionssubvention i.S.d. Art. 3.1(b) und Art. 3.2 SCM-Übereinkommen handelte.⁸³⁷

Die Streitschlichtungsbehörden der WTO untersuchten in der Folge, ob es sich bei der infragestehenden Einspeisevergütung bzw. EVS um eine Subvention i.S.v. Art. 1.1 SCM-Übereinkommen handelte. Zentral für die Beurteilung war das Kriterium der Vorteilsgewährung. Um die Vorteilsgewährung zu ermitteln, bedurfte es eines Vergleichs zwischen den konkurrierenden Produk-

⁸³⁴ CHARNOVITZ/FISCHER, 200.

⁸³⁵ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 97.

⁸³⁶ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 1.6.

⁸³⁷ Vgl. WTO dispute settlement case, WT/DS426 – *Canada – Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*.

ten auf demselben Markt. Dafür bestimmte der *Appellate Body* zunächst den sachlich relevanten Markt, wofür er insb. die Angebotssubstituierbarkeit berücksichtigte.⁸³⁸

Der *Appellate Body* differenzierte im vorliegenden Fall einen Markt für Elektrizität aus konventioneller Energie und einen Markt für Elektrizität aus erneuerbarer Energie.⁸³⁹ Dadurch hätte die Einspeisevergütung mit den Marktpreisen innerhalb des Marktes von Strom aus Wind- und Sonnenenergie in der Provinz Ontario erst verglichen werden können.⁸⁴⁰ Als Nächstes stellte der *Appellate Body* fest, dass zur Ermittlung des relevanten Marktpreises, welcher als Vergleichsmassstab für die Vorteilsgewährung dienen sollte, die vom Mitgliedstaat getroffene Wahl der Energieträger und Technologien für die Stromerzeugung (z.B. Erhöhung der Stromerzeugung aus Wind- und Solarenergie) zu berücksichtigen seien.⁸⁴¹ Gleichzeitig anerkannte der *Appellate Body* die Anstrengungen – und die damit einhergehenden Unterstützungsmassnahmen – eines Mitgliedstaates zur Schaffung eines neuen Marktes für Strom aus Wind- und Solarenergie, der ansonsten nicht existieren würde. Die staatlichen Massnahmen seien deshalb innerhalb eines bestehenden Marktes von den staatlichen Massnahmen zur Schaffung eines neuen Marktes zu unterscheiden.⁸⁴² Die staatlichen Massnahmen zur Schaffung eines neuen Marktes könnten gem. *Appellate Body* aber nicht *prima vista* als Subventionen gem. SCM-Übereinkommen eingeordnet werden, da bei der Bestimmung des Vergleichsmassstabs der (staatlich erwünschte) Energiemix als gegebene Komponente erachtet werden müsse.⁸⁴³ Ausserdem argumentierte der *Appellate Body*, könne aufgrund des Umstandes, dass eine Regierung bzw. ein Staat einen zuvor nicht bestehenden Markt überhaupt erst kreierte, eine staatliche Intervention auf diesem Markt in der Folge keine wettbewerbsverzerrende Wirkung entfalten („Where a government creates a market, it cannot be said that the government intervention distorts the market, as there would not be a market if the government had not created it“⁸⁴⁴). Im Ergebnis sei es deshalb schwierig, einen Marktpreis aus einem noch nicht existierenden Markt zu ermitteln, der überhaupt erst durch den Staat geschaffen worden sei, der dann mit der Einspeisever-

⁸³⁸ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 5.169 f.

⁸³⁹ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 5.174.

⁸⁴⁰ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 5.183 f.

⁸⁴¹ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 5.186.

⁸⁴² AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 5.188.

⁸⁴³ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 5.190.

⁸⁴⁴ AB Report, *Canada – Renewable Energy/Feed-in Tariff Program*, Rz. 5.188.

gütung verglichen werden könnte und im Anschluss bestimmt werden könnte, ob ein Vorteil gewährt wurde.⁸⁴⁵

Die Mehrheit des *Appellate Body* wies in der Folge die vorgebrachten Argumente von Japan und der EU unter Referierung auf die vorliegende nichtbe gründete Vorteilsgewährung ab. Es bestünden hohe Anforderungen an den Vergleichsmassstab, von dem wiederum das Kriterium der Vorteilsgewährung abhängt. Ein finanzieller Beitrag wäre zwar erfolgt, jedoch hätte nicht festgestellt werden können, dass sich daraus ein Vorteil für den Empfänger ergeben hätte. Im vorliegenden Falle sei Ontario angesichts der regionalen Beschränkung und der wenigen Konkurrenten im Kontext der Wind- und Solarenergieproduktion bislang auch kein *major player* gewesen. Deswegen konnte nicht von einem Vorteil (*benefit*) die Rede sein. Die anfechtenden Parteien hätten in der Folge ebenso nicht genügend nachweisen können, dass es sich vorliegend um eine Subvention handelte.

Der *Appellate Body* liess seinerseits eine abschliessende, subventionsrechtliche Einordnung des kanadischen EVS allerdings offen.

Politisch war diese Beurteilung durch den *Appellate Body* vielleicht die einfachste Lösung. Die nicht abschliessende juristische Beurteilung führte aber dazu, dass rechtlich neue Unsicherheiten und Instabilitäten hinsichtlich der Einstufung von anderen EVS als Subventionen unter dem WTO-Recht entstanden.⁸⁴⁶ Die Ausführungen des *Appellate Body* zum EVS lassen sich dahin deuten, dass das Kriterium der Vorteilsgewährung sehr restriktiv angewendet wird und eine Verknüpfung zur Bestimmung des Vergleichsmassstabs, an dem selbst sehr hohe Anforderungen gestellt wurden, gegeben sein muss sowie die Ermittlung des Marktpreises auf einem noch nicht existierenden Markt regelmässig schwierig, wenn nicht gänzlich unmöglich ist. Hinzu kommt, dass bislang keine Rechtsprechung darüber vorhanden ist, was überhaupt ein bestehender und was ein neuer Markt ist. Entsprechende Kriterien zur Bestimmung dieser Märkte fehlen immer noch.⁸⁴⁷ Dies erschwert die Beurteilung, ob eine Vorteilsgewährung vorliegt, noch weiter, da die zugrundeliegenden Märkte kaum bestimmt werden können. Zudem stellte der *Appellate Body* fest, dass trotz des geleisteten, finanziellen Beitrags an das Unternehmen aber kein finanzieller Vorteil entstand.

⁸⁴⁵ MAYORAZ, Rz. 573.

⁸⁴⁶ CHARNOVITZ/FISCHER, 1.

⁸⁴⁷ RUBINI, Benchmarking, 221 f.

Trotz der fehlenden abschliessenden subventionsrechtlichen Einstufung und deren Vereinbarkeit mit dem WTO-Recht lassen die teils vagen und unpräzisen Ausführungen des *Appellate Body* zumindest die Deutung zu, dass das kanadische EVS nicht als Subvention i.S.d. SCM-Übereinkommens gewertet werden kann.

Dieser Entscheid des *Appellate Body* hatte bedeutende rechtliche und praktische Auswirkungen. Aufgrund der restriktiven Anwendung des Merkmals der Vorteilsgewährung ermöglichte dies den Mitgliedstaaten der WTO fortan, bei der Ausgestaltung von Fördermassnahmen flexibler vorzugehen.⁸⁴⁸ Diese Flexibilität bei der Ausgestaltung nationaler Fördermassnahmen im Bereich erneuerbarer Energien kann tatsächlich wünschenswert sein, da verschiedene Ausgestaltungsformen von Fördermassnahmen zum Umwelt- und Klimaschutz mehr Streuung des Produktionsrisikos und dadurch mehr Versorgungssicherheit garantieren können sowie das Potenzial besitzen, den Ausbau der erneuerbaren Energien zu beschleunigen. Dies würde gleichzeitig zu einem verminderten Risiko führen, eine staatliche Subvention zu erlassen, die dann gem. WTO-Recht anfechtbar wäre. Allerdings ist die hier etablierte, flexible Anwendung nicht nur auf den Bereich der erneuerbaren Energien beschränkt, sondern kann sich auch auf weniger akzeptierte Fördermassnahmen erstrecken, die dem Umwelt- und Klimaschutz nicht dienlich sind. Ebenso wären protektionistisch motivierte Fördermassnahmen vom Anwendungsbereich des SCM-Übereinkommens ausgeschlossen.⁸⁴⁹

Hätte der *Appellate Body* das kanadische EVS hingegen als (verbotene) Subvention eingestuft, wäre sie in der Folge anfechtbar gewesen. Allerdings wäre auch hier die Vorteilsgewährung nur schwer feststellbar gewesen, da, wie dargelegt, staatliche Massnahmen, die einen neuen Markt erschaffen, faktisch wohl vom Anwendungsbereich des SCM-Übereinkommens ausgeschlossen würden, weil sehr hohe und erschwerte Anforderungen an den Vergleichsmassstab für die Feststellung der Vorteilsgewährung existieren. Im Ergebnis wäre die Qualifikation eines EVS als Subvention daher schwierig.

Der restriktive Ansatz beim Merkmal der Vorteilsgewährung (wie auch der anderen Tatbestandsmerkmale) seitens des *Appellate Body* wurde in der Lehre häufig kritisiert. Insb. wird häufig hervorgebracht, dass nicht nur Fördermassnahmen zu Wind- und Solarenergie, sondern auch eine ganze Reihe anderer staatlicher Fördermassnahmen ausserhalb der Förderung der erneuerbaren

⁸⁴⁸ COPPENS, 514.

⁸⁴⁹ WEBER, Förderung erneuerbarer Energien, Rz. 21.

Energien nicht vom Anwendungsbereich des SCM-Übereinkommens erfasst würden und dadurch die disziplinierende Wirkung des SCM-Übereinkommens ausgehöhlt werden könnte.⁸⁵⁰ Andere sehen in den hohen Anforderungen dagegen eine natürliche, evolutive Rechtsprechung, womit die Anpassung des SCM-Übereinkommens an die heute gültigen Umstände zu begrüssen sei.⁸⁵¹

dd) *Zwischenergebnis*

Die Einordnung des EVS gem. Art. 19 EnG ist nicht ganz eindeutig. In der WTO werden hohe Anforderungen an das Kriterium der Vorteilsgewährung gestellt. Angesichts des Umstands, dass der *Appellate Body* der WTO im Fall der kanadischen Einspeisevergütung nicht abschliessend entschieden hat, ob es sich um eine Subvention handelt, weil das Tatbestandsmerkmal der Vorteilsgewährung nicht begründet werden konnte, lässt darauf schliessen, dass beim EVS nach Art. 19 EnG auch keine Vorteilsgewährung vorliegt. Die Umstrukturierung des schweizerischen EVS von einer kostendeckenden Vergütung zu einer marktorientierten Vergütung führte dazu, dass Stromproduzenten keine fixen Vergütungssätze mehr garantiert werden und auch kein vertraglicher Abnahmepflicht mehr besteht. Die viel marktnähere Ausgestaltung des schweizerischen EVS gegenüber dem kanadischen EVS, welches eine über dem Marktpreis garantierte Abnahme auf eine lange Zeitperiode hin aufwies, unterstützt somit die hier vertretene Auffassung, dass keine Vorteilsgewährung i.S.d. SCM-Übereinkommens vorliegt. Die Einordnung des schweizerischen EVS gem. Art. 19 EnG als Subvention i.S.d. Subventionsrechts der WTO ist aufgrund der engen und restriktiven Auslegung deswegen abzulehnen. Daher erübrigt sich an dieser Stelle die weitere Prüfung.

ee) *Allfällige Rechtfertigung gem. Art. XX GATT*

Aufgrund der offengelassenen abschliessenden Beurteilung seitens des *Appellate Body* kann nicht eindeutig ermittelt werden, ob Art. 19 EnG eine Subvention i.S.d. SCM-Übereinkommen darstellt. Es stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob sie dennoch aufgrund ihres Beitrags zum Umwelt- und Klimaschutz gerechtfertigt sein könnte.

Ein EVS dient grundsätzlich der Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien mit dem langfristigen Ziel der vollständigen Marktintegra-

⁸⁵⁰ So äussern sich kritisch zum restriktiven Ansatz CHARNOVITZ/FISCHER, 177 ff.; COPPENS, 75 ff.; COSBEY/MAVROIDIS, 11 ff.

⁸⁵¹ Anderer Meinung: KENT/JHA, 245 ff.

tion. Die Fördermassnahme der Einspeisevergütung wird meistens auch nur zeitlich begrenzt gewährt und kommt der Umwelt, anders als im Vergleich zur fossilen oder herkömmlichen Stromproduktion, zugute. Der Ausbau der umweltfreundlichen Stromproduktion liegt deswegen i.d.R. auch im öffentlichen Interesse. Art. 8 SCM-Übereinkommen ist aber nicht mehr anwendbar. Deshalb ist die Beurteilung über die Zulässigkeit einer Subvention, die öffentliche Interessen berücksichtigt, nicht mehr möglich. Aufgrund des Wegfallens von Art. 8 SCM-Übereinkommen bedeutet dies in der Konsequenz, dass das EVS gem. Art. 19 EnG, wie jede andere Subvention, unabhängig von ihrem Zweck potenziell anfechtbar ist. Wird davon ausgegangen, dass das EVS gem. Art. 19 EnG doch eine Subvention i.S.d. SCM-Übereinkommens darstellt, ist sie folglich gem. WTO-Recht stets anfechtbar. Diese Situation ist etwa hinsichtlich der Rechtssicherheit bei der Einführung von nationalen Fördermassnahmen aber nicht dienlich. Aufgrund der potenziellen Einstufung einer gem. WTO-Recht anfechtbaren Subvention könnte dies sogar dazu führen, dass die Einführung neuer Fördermassnahmen aufgrund von rechtlichen Ungewissheiten erschwert würde oder gänzlich auf die Einführung verzichtet wird. Den Mitgliedstaaten wird auf diese Weise wenig Gestaltungsspielraum gelassen, bestimmte öffentliche Interessen (auch ausserhalb der erneuerbaren Energien) finanziell zu verfolgen, ohne dabei potenziell gegen Völkerrecht zu verstossen. Die derzeitige Rechtslage in der WTO hinsichtlich dieser weiten Regelung ist deswegen i.S.d. Rechtssicherheit unbefriedigend.⁸⁵²

Abhilfe könnte hier Art. XX GATT schaffen. Art. XX GATT dient als Grundlage zur Rechtfertigung für staatliche Massnahmen, die zwar nicht im Einklang mit dem GATT stehen, aber einem bestimmten, allgemein akzeptierten, öffentlichen Interesse dienen. Darunter fallen gem. Art. XX(a) GATT die öffentliche Sittlichkeit, gem. Art. XX(b) GATT die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen und gem. Art. XX(c) GATT die Erhaltung erschöpflicher Naturschätze. Ob hingegen Art. XX GATT als Rechtfertigungsgrundlage für Verstösse gegen das SCM-Übereinkommen in Frage kommt, ist offen.⁸⁵³

Es gibt sowohl Argumente, die für die Erstreckung des Anwendungsbereichs des Art. XX GATT auf das SCM-Übereinkommen sprechen, als auch Gründe dagegen. Ein Argument zur Ausdehnung der Anwendung von Art. XX GATT auf das SCM-Übereinkommen ist, dass ein enger Zusammenhang zwischen den Subventionsbestimmungen im SCM-Übereinkommen und den Subventionsre-

⁸⁵² COSBEY/MAVROIDIS, 34.

⁸⁵³ RUBINI, Policy Space, 561; BIGDELI, Green Space, 31.

geln des GATT besteht. Die Subventionsbestimmungen im SCM-Übereinkommen präzisieren die Subventionsregeln in Art. XVI und VI GATT.⁸⁵⁴

Ein weiteres Argument liegt in der Ungleichbehandlung von Quoten und Subventionen. Gem. Art. XI GATT können Quoten gerechtfertigt sein, selbst wenn sie stark handelsverzerrend wirken. Demgegenüber erscheint es nicht sachgerecht, weniger handelsverzerrenden Massnahmen in Form von Subventionen den Zugang zu einer Rechtfertigung zu untersagen, nur weil es sich förmlich um Subventionen handelt.⁸⁵⁵

Ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des SCM-Übereinkommens zeigt hingegen Gründe, die gegen die Erstreckung von Art. XX GATT auf das SCM-Übereinkommen sprechen. Die Einführung von Art. 8 SCM-Übereinkommen zielte gerade darauf ab, ein inneres Gleichgewicht zwischen erlaubten und nicht erlaubten Subventionen zu schaffen, ohne dabei auf den Art. XX GATT zurückgreifen zu müssen.⁸⁵⁶ Im SCM-Übereinkommen existiert zudem kein Verweis auf Art. XX GATT. Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Art. XX GATT ausserhalb des GATT selbst braucht es aber einen Anknüpfungspunkt in einer anderen rechtlichen Grundlage, die allerdings im SCM-Übereinkommen fehlt.⁸⁵⁷

Ein weiteres Gegenargument zur Ausdehnung des Art. XX GATT auf das SCM-Übereinkommen liegt in der systemischen Ausgestaltung von Art. XX GATT. Gem. Art. XX GATT darf die Durchführung einer Massnahme nicht in einer Weise erfolgen, die zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung anderer Mitgliedstaaten führen, in denen gleiche Umstände vorliegen. Art. III:8(b) GATT legitimiert dagegen ausdrücklich, Subventionen (ausschliesslich) an einheimische Produzenten zu gewähren. Damit herrscht im GATT eine Dichotomie bzw. ein systemischer Widerspruch vor. Einerseits existiert namentlich die Möglichkeit der Diskriminierung bei der Gewährung von Subventionen, während andererseits Diskriminierungen im Rahmen der Rechtfertigung nicht mehr erlaubt sind.⁸⁵⁸ Art. XX GATT scheint deswegen systemisch nicht geeignet zu sein, um verbotene bzw. anfechtbare Subventionen zu rechtfertigen.

⁸⁵⁴ RUBINI, Policy Space, 562; BIGDELI, Green Space, 31.

⁸⁵⁵ HOWSE, 17 ff.

⁸⁵⁶ COSBEY/MAVROIDIS, 35.

⁸⁵⁷ SHADIKHODJAEV, 500 f.

⁸⁵⁸ COSBEY/MAVROIDIS, 35.

ff) **Zwischenergebnis**

Die Frage einer allfälligen Rechtfertigung gem. Art. XX GATT bleibt damit ebenfalls offen. Aufgrund der historischen Absichten der Einführung von Art. 8 SCM-Übereinkommen, dem fehlenden Verweis im SCM-Übereinkommen auf das GATT sowie des systemischen Aufbaus des GATT, wäre eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. XX GATT auf das SCM-Übereinkommen unbegründet.⁸⁵⁹ Um mehr Handlungsspielraum für allgemein akzeptierte und erwünschte Subventionen zu kreieren, benötigt das SCM-Übereinkommen eine eigene Ausnahmebestimmung. Die WTO-Mitgliedstaaten müssten dazu das SCM-Übereinkommen anpassen. Die gegenwärtige rechtliche Lage in der WTO hinsichtlich Subventionen, die öffentlichen Interessen dienen, ist daher unbefriedigend.

b) Zwischenfazit

Die Vorgaben der WTO sind von der Schweiz und der EU als Mitglieder zu befolgen. Hinsichtlich der Gewährung von Subventionen im Warenhandel kommen die einschlägigen Rechtsgrundlagen des GATT und des SCM-Übereinkommens zur Anwendung, wobei das SCM-Übereinkommen die lückenhaften Regelungen des GATT ergänzt. Es stellt erstmalig ein griffiges Instrument zur Disziplinierung von Subventionen auf internationaler Ebene dar. Subventionen im Bereich des Dienstleistungshandels fallen unter die Bestimmungen des GATS. Die Schweiz hat sich als Mitglied an die völkerrechtlichen Vorgaben zu halten.

Auf dem Gebiet der Subventionen des WTO-Rechts wurden juristische Fragestellungen zur Förderung von Strom aus erneuerbaren Energien bislang kaum hinreichend oder überhaupt nicht behandelt. Ebenso ist offen, ob das Gut Elektrizität eine Ware oder Dienstleistung darstellt. Für den Rechtsvergleich mit den schweizerischen Massnahmen kommt einzig der Fall des kanadischen Einspeisevergütungssystems in Frage, welcher aber rechtlich nicht abschliessend beurteilt wurde. Gem. vorliegender Untersuchung kann festgehalten werden, dass die Vereinbarkeit des EVS gem. Art. 19 EnG mit dem WTO-Recht nicht abschliessend beurteilt werden kann. Die Einordnung des schweizerischen EVS gem. Art. 19 EnG als Subvention i.S.d. Subventionsrechts der WTO ist aufgrund der engen und restriktiven Auslegung der Tatbestandsmerkmale der Vorteilsgewährung und i.S.d. der Rechtssicherheit höchstwahrscheinlich abzulehnen.

⁸⁵⁹ Siehe dazu auch SHADIKHODJAEV, 505 f.

III. Kompatibilität des EU-Beihilferechts mit dem Subventionsrecht der WTO

Das Subventionsrecht der WTO hat für die einzelnen Mitgliedstaaten der EU, die EU selbst sowie die Schweiz eine wichtige Bedeutung und kann Einfluss auf die einzelnen Rechtsordnungen haben. Diese Synergien können sich im Dreiecksverhältnis von WTO-Recht – (bilateralem) EU-Recht – Schweizer Subventionsrecht, auswirken. Nachfolgend sollen deswegen die relevanten Gemeinsamkeiten und Unterschiede des EU-Beihilferechts und des Subventionsrechts der WTO aufgezeigt werden und dahingehend untersucht werden, ob das Verständnis des EU-Beihilferechts sich mit dem Subventionsrecht der WTO deckt.

Die Entstehungsgeschichte des SCM-Übereinkommens verdeutlicht zunächst, dass aufgrund des erheblichen Widerstands der USA die EU ihr Verständnis des Beihilfebegriffs bzw. des Beihilferechts trotz Bemühungen nicht vollständig durchsetzen konnte. Die Bestrebungen der EU zur Durchsetzung des EU-Beihilfeverständnisses im Subventionsrecht der WTO sind eindeutig erkennbar.⁸⁶⁰

Es wurde eine Einigung über eine subventionsrechtliche Kompromisslösung im Rahmen des SCM-Übereinkommens zwischen der EU und den USA erzielt.⁸⁶¹

Dieser Kompromiss äussert sich insb. in der unterschiedlichen Vorgehensweise bei der Disziplinierung von verbotenen staatlichen Beihilfen im SCM-Übereinkommen im Vergleich zu der Disziplinierung im EU-Beihilferecht. Dass mit dem SCM-Übereinkommen im Rahmen der WTO überhaupt ein Disziplinierungsmechanismus erzielt werden konnte und damit den Vertragsparteien ein griffiges Disziplinierungsmittel zur Verfügung gestellt wurde, ist für die EU an sich als Erfolg zu werten.⁸⁶²

1. Überschneidungen

Grundsätzlich unterliegt der Begriff der Beihilfe (in der EU) bzw. der Subvention (in der WTO) einem ähnlichen Verständnis, da die Kriterien zur Einordnung einer staatlichen Massnahme im EU-Recht und im WTO-Recht weitgehend deckungsgleich sind. I.S.d. SCM-Übereinkommens ist eine Subvention (oder Beihilfe) eine finanzielle Unterstützung von Regierungen oder öffentlichen Einrichtungen, die direkt oder indirekt gewährt wird und bestimmte

⁸⁶⁰ WECK/RHEINHOLD, 379.

⁸⁶¹ BLAUBERGER/KRÄMER, 182; RUBINI, Definition of Subsidy and State Aid, 183 f.

⁸⁶² WECK/RHEINHOLD, 378.

wirtschaftliche Tätigkeiten begünstigt oder beeinflusst. Gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV liegt eine Beihilfe vor, sofern staatliche Massnahmen oder staatliche Mittel, die bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen, indem sie diesen einen selektiven Vorteil gewähren, den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Beide Rechtsregelungen verlangen damit eine staatliche finanzielle Unterstützung, die in der Folge einem spezifischen Unternehmen einen Vorteil verschafft. In den meisten Fällen werden staatliche Massnahmen in den jeweiligen Regelungsbereichen der EU und der WTO hinsichtlich ihrer Qualifikation als staatliche Beihilfe bzw. Subvention ähnlich beurteilt.⁸⁶³

Ferner kennen beide Rechtssysteme, wie oben bereits erwähnt, ein System der Disziplinierung, wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung.

2. Unterschiede

Ein Unterschied besteht hinsichtlich des Anwendungsbereichs des EU-Beihilferechts und des SCM-Übereinkommens. Das SCM-Übereinkommen findet keine Anwendung auf Subventionen im Dienstleistungsbereich, das EU-Beihilferecht hingegen schon. Im WTO-Recht sind die Subventionen im Dienstleistungsbereich zudem nur rudimentär im GATS geregelt.

Eine weitere Divergenz besteht, trotz insgesamt ähnlichem Verständnis der Begriffe Beihilfe und Subvention, hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale der Staatlichkeit, der Handelsbeeinträchtigung und der Wettbewerbsverfälschung.

Im Verständnis des EU-Beihilferechts verlangt das Kriterium der Staatlichkeit, dass aufgrund der Massnahme dem Staat in einer Form Kosten entstehen müssen⁸⁶⁴ bzw. dass die Mittel unter der Kontrolle des Staates stehen.⁸⁶⁵ Hingegen wird gem. dem SCM-Übereinkommen das Merkmal der Staatlichkeit weit ausgelegt und erfordert namentlich keine Kosten, die dem Staat entstehen müssen.⁸⁶⁶

Die Kriterien der Handelsbeeinträchtigung und der Wettbewerbsverfälschung fehlen im SCM-Übereinkommen gänzlich. Damit existieren im EU-Beihilfe-

⁸⁶³ EHLERMANN/GOYETTE, 714; RUBINI, Definition of Subsidy and State Aid, 185.

⁸⁶⁴ EuGH, C-379-98, Rz. 58 ff.

⁸⁶⁵ EuGH, Urteil vom 30. Mai 2013 in der Rechtssache C-677/11, ECLI:EU:C:2013:348 – Urteil *Doux Élevage* und *Coopérative agricole UKL-ARREE*, Rz. 34 f.

⁸⁶⁶ AB Report, *Canada – Aircraft*, Rz. 160.

recht zwei weitere Kriterien, die kumulativ zu den restlichen Tatbestandsmerkmalen erfüllt sein müssen und den Begriff der Beihilfe im Vergleich zum Begriff Subvention im WTO-Recht weiter einengen. Im Ergebnis ist der Begriff der Subvention im WTO-Verständnis viel weiter gefasst als der Begriff der Beihilfe im EU-Verständnis.⁸⁶⁷

Das SCM-Übereinkommen enthält in Art. 8 SCM-Übereinkommen zwar eine Aufzählung über zulässige Subventionen (z.B. Subventionen für Forschung und Entwicklung, Umweltschutz oder für bedürftige Regionen, worin sich die Bestrebungen seitens der EU zum Einführen des Verständnisses des EU-Beihilferechts materialisierten), dennoch kennt das SCM-Übereinkommen an sich keine zulässigen Subventionen.⁸⁶⁸ Die Bestimmung galt ferner nur für eine befristete Periode und ist seit Ende 1999 nicht mehr anwendbar. Seit diesem Zeitpunkt sind staatliche Massnahmen, die als Subvention i.S.d. SCM-Übereinkommen gelten, zumindest anfechtbar.⁸⁶⁹ Wie aufgezeigt, existieren einige Ausnahmen vom Beihilfeverbot auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV (siehe oben [Teil 3, I., 3., g](#)). Diese können von der Kommission genehmigt werden und damit als zulässig erachtet werden. Aufgrund dieser divergierenden Auffassung zwischen den beiden hier verglichenen Bestimmungen besteht daher grundsätzlich immer das Risiko für einen EU-Mitgliedstaat, dass in der EU zugelassene Beihilfen von einem Drittstaat und Mitglied der WTO gestützt auf das SCM-Übereinkommen angefochten werden können. So wurde im Falle des Flugzeugherstellers *Airbus* die staatliche Massnahme durch die Kommission jahrelang nicht als Beihilfe qualifiziert, weil es am Kriterium der Handelsbeeinträchtigung mangelte.⁸⁷⁰ Hingegen wurde im Rahmen der WTO die Massnahme als Subvention betrachtet und wurde von den USA angefochten.⁸⁷¹

Schliesslich besteht der vielleicht bedeutendste Unterschied in der Überwachung und Durchsetzung der jeweiligen Bestimmungen. Gem. SCM-Übereinkommen überwacht im WTO-Recht der Ausschuss für Subventionen und Ausgleichsmassnahmen⁸⁷² die gemeldeten Subventionen (Art. 24 und 25 SCM-Übereinkommen). Für die Durchsetzung des Subventionsrechts sind allerdings die Mitgliedstaaten der WTO weitestgehend selbst zuständig, wofür das SCM-

⁸⁶⁷ LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, S. 10; RUBINI, Definition of Subsidy and State Aid, 185; WECK/RHEINHOLD, S. 378.

⁸⁶⁸ BLAUBERGER/KRÄMER, 183.

⁸⁶⁹ MAYORAZ, Rz. 225.

⁸⁷⁰ Siehe Schriftliche Anfrage HUHNE.

⁸⁷¹ Siehe dazu Panel Report, *EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft*, sowie AB Report, *EC and Certain Member States – Large Civil Aircraft*.

⁸⁷² Der sog. *Committee on Subsidies and Countervailing Measures*.

Übereinkommen ihnen zwei Instrumente zur Verfügung stellt. Zum einen können die Mitglieder der WTO gegen Subventionen anderer Mitglieder unilateral Gegenmassnahmen ergreifen. Zum anderen können sie um Streitbeilegungsverfahren ersuchen (Art. 7 und 10 ff. SCM-Übereinkommen). In der EU hingegen gibt es eine zentralisierte Überwachung und Durchsetzung des EU-Beihilferechts durch die Kommission.

3. Zwischenergebnis

Aus den obigen Darstellungen lassen sich Konvergenzen und Divergenzen zwischen dem Beihilferecht der EU und dem Subventionsrecht der WTO feststellen. Im Ergebnis lässt sich dennoch festhalten, dass viele Schnittmengen bestehen und ein weitgehend kongruentes und deckungsgleiches Verständnis von Beihilfen und Subventionen herrscht. Das EU-Beihilferecht geht im Bereich der Dienstleistungen weiter als das WTO-Recht, wohingegen hinsichtlich des Warenhandels der Begriff der staatlichen Beihilfen im EU-Beihilferecht enger ausgelegt wird als sein Pendant im SCM-Übereinkommen. Diese unterschiedliche Auslegung birgt das Potenzial für einen möglichen subventionsrechtlichen Konflikt. Fällt gem. Kommission eine staatliche Massnahme in einem EU-Mitgliedstaat nicht unter den Beihilfetatbestand und würde diese gem. WTO-Recht hingegen als Subvention beurteilt, könnte die staatliche Massnahme von jedem Mitglied der WTO angefochten werden. In der EU zulässige staatliche Beihilfen im Bereich Warenhandel sind gestützt auf das SCM-Übereinkommen aber grundsätzlich stets anfechtbar.⁸⁷³

IV. Zwischenfazit

Auf bilateraler Ebene zwischen der EU und der Schweiz beinhaltet zunächst das FHA Bestimmungen zu Beihilfen und verbietet grundsätzlich Beihilfemassnahmen gem. Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA, wobei Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA inhaltlich und im Wortlaut mit dem Art. 107 Abs. 1 AEUV deckt. Ziel der Verbotsnorm ist es, faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und zu gewährleisten. Das FHA regelt dabei aber weder die gerichtliche Kontrolle noch seine rechtliche Durchsetzung zur Einhaltung von Art. 23 Abs. 1 FHA. Da das Bundesgericht das FHA autonom auslegt, kann es immer (potenziell) zu Rechtsstreitigkeiten kommen.⁸⁷⁴ Ausdruck

⁸⁷³ MAYORAZ, Rz. 194.

⁸⁷⁴ Auch die Beihilferegeln des InstA hätten keine horizontalen Effekte gehabt. Das FHA fällt nicht in den Anwendungsbereich der Beihilferegeln.

der autonomen Rechtsanwendung in der Schweiz ist die vom EuGH teilweise abweichende Auslegung des Art. 23 FHA. Das Bundesgericht interpretierte Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA in verschiedenen Urteilen nicht als eine strikte Verbotsnorm. Vielmehr sieht es diese Bestimmung als Regel, die auf Transparenz und Nichtdiskriminierung abzielt, ohne unmittelbar Beihilfen umfassend zu untersagen. Dagegen legt der EuGH die Bestimmung i.S.d. Integration des Binnenmarkts enger aus, was zu einer strikteren Anwendung der Wettbewerbsvorschriften führt. Der EuGH lehnt die Auslegung von Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA inhaltlich an Art. 107 Abs. 1 AEUV an.

Das LandVA kennt dagegen keine allgemeinverbindliche Verbotsnorm. Ein explizites Beihilfeverbot findet sich lediglich in Art. 38 Abs. 6 LandVA, der jedoch ausschliesslich einen sehr spezifischen Sachverhalt im Bereich Strassennutzungsentgelte regelt. Hierzu existieren aber keine Verfahrensvorschriften und auch keine praktischen Anwendungsfälle.⁸⁷⁵

Angesichts der umfassenden Teilnahme am Luftverkehrsbinnenmarkt der EU hat die Schweiz den Besitzstand zum Abkommensabschluss des LVA übernommen. Das LVA zielt auf eine harmonisierte und einheitliche Luftverkehrspolitik ab und kennt ein allgemeines Verbot von Beihilfen, wobei auch hier Ausnahmetatbestände existieren. In der Schweiz ist die WEKO als Kontrollbehörde zur Überwachung und Bekämpfung wettbewerbswidriger Praktiken im Luftsektor zuständig. Die Anzahl der beihilferechtlichen Fälle ist dabei sehr überschaubar.

Die Schweiz und die EU müssen als Mitglieder der WTO deren völkerrechtlich verbindlichen Subventionsvorgaben respektieren. Dies kann sich wiederum auch auf bilaterale Abkommen zwischen den beiden Parteien auswirken. Auf WTO-Ebene werden Subventionen im Warenhandel durch das GATT und das SCM-Übereinkommen geregelt, während der Dienstleistungshandel unter das GATS fällt, wobei hier die Bestimmungen sehr rudimentär geregelt sind.

Im Hinblick auf die Vereinbarkeit der schweizerischen Fördermassnahmen des EnG mit dem WTO-Recht lässt sich aufgrund der vielen ungeklärten juristischen Fragen keine eindeutige und abschliessende rechtliche Analyse vornehmen. Die Einstufung von Elektrizität als Ware oder Dienstleistung ist nicht eindeutig, was die Anwendung der subventionsrechtlichen Regeln erschwert. Das schweizerische Fördersystem des EVS nach Art. 19 EnG steht dabei möglicher-

⁸⁷⁵ Die Beihilfebestimmungen des InstA wären überdies nur für das LandVA zur Anwendung gekommen. Ansonsten wären keine horizontalen Effekte auf andere Bereiche vorgesehen gewesen.

weise im Spannungsverhältnis zu den Vorgaben des SCM-Übereinkommens. Allerdings erfüllt das schweizerische EVS aufgrund seiner mittlerweile marktnäheren Ausgestaltung wohl nicht das Kriterium der Vorteilsgewährung i.S.d. SCM-Übereinkommens. Hinzu kommt, dass viele Länder (so auch die Schweiz umgebenden EU-Staaten), ein EVS anwenden, weswegen ein Disziplinierungsverfahren höchst unwahrscheinlich scheint. Würde das EVS eine Subvention darstellen, hätte dies grosses Konfliktpotenzial auf internationaler Ebene. Daher ist die Einordnung des EVS gem. Art. 19 EnG als Subvention i.S.d. WTO-Rechts unwahrscheinlich.

Die derzeitige Regelungslage im WTO-Recht kann grundsätzlich als unbefriedigend bezeichnet werden, da es keine spezifischen Regelungen bzw. Ausnahmen für Subventionen gibt, die den öffentlichen Interessen, wie dem Umweltschutz durch den Ausbau der erneuerbaren Energien, dienen. Es wäre hier notwendig, das SCM-Übereinkommen anzupassen, um mehr Handlungsspielraum für solche Subventionen zu schaffen.

Das beihilferechtliche Verständnis der EU überschneidet sich prinzipiell mit dem Subventionsverständnis der WTO. Die Auffassungen können als weitestgehend kohärent bezeichnet werden. Allerdings birgt die engere Auslegung der EU hinsichtlich des Begriffs des Warenhandels sowie hinsichtlich der weitergefassten Auslegung der EU des Begriffs der Dienstleistung gegenüber der WTO ein subventionsrechtliches Konflikt- sowie Umgehungspotenzial. Eine in der EU von der Kommission als zulässige staatliche Beihilfe erklärte Massnahme im Bereich des Warenhandels ist gestützt auf das SCM-Übereinkommen grundsätzlich stets anfechtbar.

Teil 6 – Ergebnisse und Schlussbetrachtungen

I. Ergebnisse aus Rechtsvergleich

1. Teil 1 und 2

Die vorliegende Untersuchung hat aufgezeigt, dass die EU und die Schweiz sich jeweils zu einer wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung bekennen. Sie orientieren sich an den gleichen, wirtschaftsliberalen Werten und begründen damit einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt (siehe oben [Teil 1, V.](#) und [VII.](#) und [Teil 2](#)). Die EU verbietet gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV primärrechtlich Beihilfen mit der Absicht, wettbewerbsverzerrende Massnahmen der Mitgliedstaaten zu unterbinden. Dadurch soll idealerweise die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmenden auf dem EU-Binnenmarkt erreicht werden. Aus Sicht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist das EU-Beihilferecht mit der schweizerischen Verfassung grundsätzlich im Einklang, da staatliche Interventionen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht auch hierzulande prinzipiell unerwünscht sind. Die EU interveniert dennoch aus teils protektionistischen Gründen in den Markt. Die Kommission geht sogar so weit, dass sie mittels Beihilferecht ihre (politischen) Klimaziele durchsetzt und so erheblich Einfluss auf den Markt nimmt. Das Beihilferegime scheint dabei gewissermassen als schützender Schirm zu dienen, unter welchen zahlreiche beihilferechtliche Genehmigungen und Ausnahmen fallen, sofern sie den klimapolitischen Zielen der Kommission dienen (siehe oben [Teil 1, IV.](#)).

Die EU verfügt über eine Energiestrategie 2050. Die rechtlichen Grundlagen der Energiepolitik der EU finden sich primärrechtlich in Art. 194 AEUV, während auf sekundärrechtlicher Ebene zahlreiche Rechtsakte die im AEUV und EUV verankerten energiepolitischen Ziele präzisieren. Bezeichnend für dieses Gebiet ist die äusserst hohe Regelungsdichte, die es teilweise schwierig macht, den Überblick zu behalten. Gleichzeitig ist dies Ausdruck des ernsthaften Bestrebens der Kommission im Kampf gegen den Klimawandel (siehe oben [Teil 2, I., 1., 2., 3.](#)).

Die Schweiz verfolgt gem. ihrer Energiestrategie 2050 ebenfalls das Ziel der Klimaneutralität, wobei sie, wie die EU ebenfalls, Etappenziele kennt, die allerdings nur Richtwerte darstellen. Nichtsdestotrotz kann auch hier von einem gemeinsamen Anknüpfungspunkt gesprochen werden. Die Schweiz kennt gegenüber der Gewährung von Subventionen ein eher tolerantes Verständnis.

Während der Bund den Ausbau der erneuerbaren Energien auf Bundesebene u.a. mittels im EnG verankerter Massnahmen fördert, sind die Kantone gem. Art. 89 Abs. 4 BV im energetischen Bereich für den Gebäudepark zuständig (siehe oben [Teil 2, II., 1., 2., 3.](#)).

Wie in dieser Untersuchung aufgezeigt, ist die ausgeprägte Wirkung der Beihilfepolitik auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien evident. Das Ziel einer nachhaltigen Gesamtwirtschaft möchte die Kommission u.a. mittels Etablierung einer unabhängigen Energieunion erreichen. Die verbindlichen Etappenziele der Energiestrategie veranlassen die Mitgliedstaaten dazu, ihren Beitrag zu diesem Klimaziel zu leisten. Die Etappenziele der EU können aber nur mittels monetärer Förderung zum Ausbau der erneuerbaren Energien erreicht werden. Die Strategie der Kommission erweist sich hier als erfolgreich, da die Anstrengungen tatsächlich Wirkung entfalten. Die Mitgliedstaaten fördern den Ausbau der erneuerbaren Energien mit hohen Summen und der grüne Wandel der Wirtschaft ist i.S.d. strategischen Priorität des *Green Deal* in vollem Gange. Die Marktintegration der erneuerbaren Energien schreitet erfolgreich voran (siehe oben [Teil 2, IV.](#)).

Wie dargelegt, ist eine Übernahme des EU-Beihilferechts in der Schweiz aus unterschiedlichen politischen Gründen weiterhin umstritten. Würde das Beihilferecht autonom nachvollzogen, müsste das Subventionsrecht umfassend angepasst werden. Eine mit *ex ante*-Befugnissen ausgestattete, zentrale Kontrollbehörde in der Schweiz müsste entstehen. Obwohl die WEKO als mögliche Kontrollbehörde für Beihilfen ins Spiel gebracht wird, ist sie zumindest in ihrer jetzigen Ausgestaltung und Zusammensetzung als solche abzulehnen. Vielmehr ist die Schaffung einer neuen, geeigneten und mit Entscheidungsbefugnissen ausgestatteten, kompetenten Behörde zu befürworten (siehe oben [Teil 1, III.](#)). Der Vergleich zwischen der Praxis der Kommission und der WEKO verdeutlicht, wie die Überwachungsbehörden tatsächlich operieren. Die Kommission ist i.d.R. in ihrer Kontrollbefugnis darauf beschränkt, einen Mitgliedstaat zu befragen, der eine zu prüfende Beihilfemassnahme ausrichtet. Andere Mitgliedstaaten, Unternehmen oder Verbände darf die Kommission erst befragen, wenn ein förmliches Prüfverfahren eröffnet worden ist. Sie kann dies nur tun, wenn sich herausstellt, dass die vom beihilfegewährenden Mitgliedstaat gemachten Angaben für eine vollumfängliche Würdigung nicht ausreichen. Sie muss dabei dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebührend Rechnung tragen. Ein Beihilfeempfänger kann ferner nur befragt werden, wenn der beihilfegewährende Mitgliedstaat dem ausdrücklich zustimmt. In der EU bildet die staatliche Souveränität der Mitgliedstaaten damit die Untersuchungsschranke. Die Praxis der WEKO sieht hingegen anders aus. Die WEKO befragt

im Rahmen ihrer vom LVA beauftragten Aufgaben Dritte und das beihilfeempfangende Unternehmen direkt. Die WEKO beansprucht in ihrem Kontrollverfahren für sich einen weitaus grösseren Handlungsspielraum und geht damit offensichtlich weiter als die Kommission (siehe oben [Teil 1, III., 2.](#)).

Die in den verschiedenen Wirtschaftssektoren der Schweiz verbreitete Skepsis gegenüber dem EU-Beihilferegime ist aufgrund der aufgeweichten Verbotsnorm sowie der Praxis der WEKO damit stark zu relativieren (siehe oben [Teil 1, VIII.](#)). Hinsichtlich des Marktzugangs der schweizerischen Stromunternehmen zum EU-Binnenmarkt sowie i.S.d. Ausbaus der erneuerbaren Energien im Gefüge der Strombranche ist eine Angleichung an das EU-Beihilferecht, die im Rahmen des künftigen Stromabkommens vorgesehen ist, sogar zu begrüßen (siehe oben [Teil 1, III.](#) und [Teil 2, II., 1.](#)).

2. Teil 3 und 4

Der Hauptteil der Arbeit hat die Verbotsnorm des EU-Beihilferechts gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV und das schweizerische Verständnis von Subventionen gem. SuG gegenübergestellt, bevor die möglichen Auswirkungen auf die einzelnen, im EnG verankerten Fördermassnahmen untersucht wurden (siehe oben [Teil 3, I.](#) und [II.](#)).

Die Beihilfenvorschriften der Art. 107 ff. AEUV blieben seit dem EWG-Vertrag materiell unverändert. Das EU-Beihilferecht steht seitdem im konstanten, wechselseitigen Widerspruch von liberaler Wirtschaftsordnung und staatlicher Einflussnahme auf die Märkte (siehe oben [Teil 3, I., 3., a\), bb\)](#)). Die Kommission hat im Rahmen der beihilferechtlichen Überprüfung nationaler Massnahmen einen extensiven Ansatz auf der Tatbestandsebene des Art. 107 Abs. 1 AEUV angewendet. Der Einfluss umweltpolitischer Interessen seitens der Kommission äussert sich in der grossen Anzahl an beihilferechtlichen Beschlüssen, womit umweltpolitische Standards im Beihilferecht gesetzt werden sollen. Sie hat mit zahlreichen Sekundärrechtsakten sowie Praxishinweisen das Regelwerk um das Beihilferecht umfassend ergänzt. Die Rolle der Kommission hat durch ihre Kompetenz, Leitlinien für Umweltschutz- und Energiebeihilfen zu erlassen, damit an Bedeutung gewonnen. Mittlerweile kann deswegen auch nicht mehr von einer strengen Verbotsnorm gesprochen werden. Der Begriff hat sich von seiner ursprünglichen Definition damit entfernt. Präziser wäre es, von einer Beihilfemeldspflicht mit (einstweiligem) Durchführungsverbot zu sprechen. Die Instrumentalisierung des Beihilferechts und dessen expandierender Anwendungsbereich mittels Ausdehnung des Beihil-

febegriffs durch die Kommission werden indessen zu Recht häufig kritisiert. Die Erweiterung des Beihilfesystems um den Faktor des Umweltschutzes ist i.S.d. Nachhaltigkeit zu begrüßen. Dennoch ist die Aufweichung des Beihilfebegriffs kritisch zu betrachten, denn der Kernzweck des Wettbewerbsrechts sowie der Aufgabe der Kommission bestehen darin, staatliche Interventionen mit ihren marktverzerrenden Wirkungen weitestgehend zu unterbinden (siehe oben zum Ganzen [Teil 3, I.](#)).

Mit der Schaffung von Freistellungstatbeständen und Ausnahmebestimmungen wurde die strenge Verbotsnorm zusätzlich erheblich aufgeweicht. Von praktischer Bedeutung sind insb. die Freistellungstatbestände in den Sekundärrechtsakten der AGVO, der *De-minimis*-Verordnungen sowie der DAWI-Beihilfevorschriften (gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV). Die Ausnahmetatbestände lassen sich in Art. 107 Abs. 2 AEUV (Legalausnahmen), Art. 107 Abs. 3 AEUV (Ermessenausnahmen) sowie in Art. 108 Abs. 2 Uabs. 3 AEUV (Ausnahmeregelungen durch den Rat) ausmachen (siehe oben [Teil 3, I., 3., f](#)) und [g](#)). Das Beihilferecht der EU sieht zudem eine Voranmeldepflicht sämtlicher, nationaler Fördermassnahmen vor. Das durch die Kommission erlassene Verbot drittstaatlicher Subventionen ist ein Instrument, mittels dessen unzulässige Wettbewerbsvorteile für Unternehmen von Drittländern, die subventioniert werden und auf dem EU-Binnenmarkt teilnehmen, verhindert werden sollen, da sie den Binnenmarkt verzerren könnten. Die Schweiz ist von dieser Verordnung direkt betroffen (siehe oben [Teil 3, I., 4., f](#)).

Das EU-Beihilferecht kennt ein umfangreiches System von Klagemöglichkeiten und Rechtsschutzmitteln. Mitgliedstaaten und Unternehmen (und teilweise Dritte) können ihre Rechte damit wirksam wahrnehmen (siehe oben [Teil 3, I., 4., d](#))).

Im Gegensatz zu Art. 107 Abs. 1 AEUV kennt die schweizerische Wirtschaftsverfassung kein absolutes Subventionsverbot. Die BV schreibt zunächst kein hinreichend bestimmtes Wettbewerbskonzept vor. Sie schweigt zudem über die Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Subventionen. Der Subventionsbegriff kommt in der BV als solcher nicht vor. Der Subventionsbegriff wird vielmehr durch das Gebot der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und Wettbewerbspolitik (Art. 96 BV) abgeleitet und geformt (siehe oben [Teil 3, II., 1.](#)). Das dem Beihilferecht gegenüberstehende schweizerische Subventionsverständnis umfasst gem. SuG auf Bundesebene Finanzhilfen und Abgeltungen. Die Kantone kennen dabei eigene Subventionsgesetze, die sich an den bundesrechtlichen Begriff anlehnen. Es existiert aber kein zentrales Subventionsregister und keine Pflicht, Subventionen vorher anzumelden und genehmigen zu lassen. Eine

Subventionsvergabe muss in der Schweiz neben den Anforderungen des SuG und Spezialgesetzen des Bundes auch Anforderungen des verfassungsrechtlich zulässigen Staatshandelns erfüllen (siehe oben [Teil 3, II., 3., 4., 5.](#)). Insgesamt ist das Subventionsregime der Schweiz aber eher unübersichtlich und intransparent ausgestaltet. Hinsichtlich des Rechtsschutzes folgt die Beschwerde gegen nicht gewährte Subventionen grundsätzlich dem üblichen verwaltungsrechtlichen Instanzenzug (siehe oben [Teil 3, II., 9.](#)).

Hinsichtlich der untersuchten Fördermassnahmen des EVS gem. Art. 19 ff. EnG, dem Investitionsbeitrag bzw. der EIV gem. Art. 24 ff. EnG sowie der Marktpremie gem. Art. 30 EnG lässt sich aufgrund ihrer Finanzierung über den Netzzuschlagsfonds und damit der Abwälzung auf die privaten Endverbraucher festhalten, dass sie mit Art. 107 Abs. 1 AEUV vereinbar sind (siehe oben [Teil 4, I., 1., 2., 3.](#)). Entscheidendes Element ist hierbei jeweils die Staatlichkeit der Mittel bzw. die Herkunft der Mittel. Bei jeder einzelnen Prüfung konnte die Staatlichkeit der Mittelherkunft nicht belegt werden, weswegen sich eine weitere beihilferechtliche Überprüfung erübrigt hat (siehe oben [Teil 4, I., 1., d\), 2., d\), 3., d\)](#)). Deswegen besteht hinsichtlich der untersuchten Fördermassnahmen kein Anpassungsbedarf und sie können so weitergeführt werden.

Auf kantonaler Ebene beziehen sich die Massnahmen auf das Gebäudeprogramm, welches sich an Gebäudeeigentümer, und nicht an Unternehmen, richtet. Der sachliche Anwendungsbereich von Art. 107 AEUV ist deshalb gar nicht erst eröffnet, womit auch auf kantonaler Ebene kein Anpassungsbedarf besteht (siehe oben [Teil 4, I., 4., a\)](#)).

Die vorliegende Analyse hat gezeigt, dass die Übernahme des EU-Beihilferechts auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien keine bedeutenden oder grundlegenden Änderungen der bestehenden Förderpraxis in der Schweiz mit sich bringen würde. Die untersuchten Fördermassnahmen fallen nicht unter die Verbotsnorm des Beihilfetatbestandes (siehe oben [Teil 4, II.](#)). Angesichts derselben Zielsetzungen der EU und der Schweiz hinsichtlich der Klimaziele dürften Subventionen im Bereich Förderung der erneuerbaren Energien ohnehin durch die Ausnahmetatbestände gerechtfertigt sein.

3. Teil 5

Das FHA, das LandVA und das LVA sind bislang die einzigen bilateralen Abkommen, die beihilferechtliche Bestimmungen unterschiedlichen Grades kennen. Das FHA verbietet gem. Auslegung des EuGH Beihilfemassnahmen i.S.v. Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA. Inhaltlich und im Wortlaut decken sich Art. 23 Abs. 1

Ziff. iii FHA und Art. 107 Abs. 1 AEUV. Das Bundesgericht weicht von dieser Auslegung teilweise ab und interpretiert Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA nicht als strikte Verbotsnorm. Gem. Bundesgericht gilt diese Bestimmung als Regel, die auf Transparenz und Nichtdiskriminierung abzielt, ohne unmittelbar Beihilfen umfassend zu untersagen. Das LandVA kennt keine allgemeinverbindliche Verbotsnorm. Hingegen kennt das LVA eine Beihilfeverbotsbestimmung, wobei hier Ausnahmetatbestände greifen. Die WEKO überwacht die Einhaltung des LVA als designierte Kontrollbehörde und fällt Beschlüsse, die sich an die beihilfegewährende Behörde richten (siehe oben, [Teil 5, I.](#)).

Das Subventionsrecht der WTO ist für die Schweiz völkerrechtlich verbindlich. Es regelt Subventionen im GATT, GATS und im SCM-Übereinkommen, wobei letzteres lediglich die Zulässigkeit von Subventionen im Warenhandel umfassend regelt. Im SCM-Übereinkommen existiert eine Definition des Subventionsbegriffs. Dieser unterscheidet zwischen verbotenen, anfechtbaren und nichtanfechtbaren Subventionen. Die Bestimmungen der letzten Kategorie sind allerdings nicht mehr in Kraft, weshalb sämtliche Subventionen i.S.d. SCM-Übereinkommens anfechtbar sind (siehe oben, [Teil 5, II., 1.](#)).

Die Überprüfung der Vereinbarkeit des EVS gem. Art. 19 EnG mit dem Subventionsrecht der WTO hat nicht eindeutig gezeigt, dass es sich dabei um eine Subvention gem. WTO handelt. Aufgrund der hohen Anforderung des Tatbestandsmerkmals der Vorteilsgewährung ist die Einordnung des EVS als Subvention i.S.d. WTO-Rechts abzulehnen. Wäre das EVS als Subvention gem. WTO-Recht einzustufen, würde dies in der Folge eine erhebliche Ausstrahlungswirkung entfalten und die weltweit beliebte Massnahme der Einspeisevergütung damit infrage stellen (siehe oben, [Teil 5, II., 2.](#)).

Das WTO-Recht und die EU haben ein ähnliches Subventionsverständnis, das als weitestgehend deckungsgleich und kohärent bezeichnet werden kann. Allerdings legt die EU den Begriff des Warenhandels einerseits enger aus als die WTO, andererseits legt sie den Begriff der Dienstleistung weiter aus. Dies kann zu einem möglichen subventionsrechtlichen Konflikt führen. Eine in der EU von der Kommission als zulässig erachtete staatliche Beihilfe im Bereich des Warenhandels kann gestützt auf das SCM-Übereinkommen grundsätzlich stets angefochten werden (siehe oben, [Teil 5, III.](#)).

Vorliegend wurde aufgezeigt, dass die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Rahmen der WTO (sowie die bilateralen Abkommen mit der EU) strenge Vorgaben zur Gewährung von Subventionen vorsehen. Mit Blick auf die schweizerische Rechtsordnung wird deutlich, dass keine konkreten Vorschriften zur Zulässigkeit von Subventionen existieren. Deswegen kann hier

ebenso von einem gewissen Spannungsverhältnis zur Schweizer Rechtsordnung gesprochen werden, das Konfliktpotenzial birgt. Dennoch prägen die völkerrechtlichen Verpflichtungen (als auch der zunehmende Einfluss des EU-Beihilferechts) die Ausgestaltung von staatlichen Fördermassnahmen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien in der schweizerischen Rechtsordnung (siehe oben, [Teil 5, IV](#)).

II. Schlussbetrachtungen

Das Wettbewerbsrecht der EU zielt darauf ab, einen fairen und unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt sicherzustellen und die wirtschaftliche Funktionsfähigkeit des EU-Binnenmarkts zu schützen. Dies wird einerseits durch das Verbot wettbewerbsbeschränkender Praktiken gem. Art. 101 AEUV und das Verbot des Missbrauchs der Marktmacht gem. 102 AEUV, sowie andererseits durch das Verbot staatlicher Eingriffe gem. Art. 107 ff. AEUV, die den Wettbewerb im Binnenmarkt verzerren könnten, durchgesetzt. Damit reguliert das Wettbewerbsrecht der EU sowohl das Verhalten von Unternehmen als auch staatliche Massnahmen, die den Wettbewerb beeinträchtigen könnten. Der Wettbewerb an sich ist aber generell kein gesellschaftliches Ordnungsprinzip, welches für sämtliche Gebiete der Gesellschaft, wie Umweltschutz oder soziale Sicherung, gilt. Es verlangt lediglich Geltung hinsichtlich einer bestmöglichen, wirtschaftspolitischen Ordnung für den Wirtschaftsbereich.⁸⁷⁶ Das Wettbewerbsrecht der EU stellt aber insofern eine Besonderheit dar, als dass es als Teil eines grösseren Systems der Marktintegration anzusehen ist. Deswegen ist bei der Auslegung sowie Anwendung des Wettbewerbsrechts der EU stets der marktintegrative Aspekt i.S.d. Zielsetzungen des Binnenmarkts zu berücksichtigen.⁸⁷⁷ Die systematische Konzeption des Wettbewerbs als Teil des Binnenmarkts bedeutet in der Folge auch, dass klassischerweise weitergehende politische Zielsetzungen, wie der Umweltschutz, Berücksichtigung finden. Dieser starke regulatorische Ansatz ist auch Ausdruck seiner Eigenschaft als supranationales Wirtschaftsrecht.⁸⁷⁸

Auch im Hinblick auf das Pariser Klimaabkommen wird in Art. 10 durch die explizite Bezugnahme auf das nachhaltige Wirtschaftswachstum deutlich, dass auf diese Weise eine langfristige Lösung im Kampf gegen den Klimawandel angestrebt werden soll. Der Umweltschutz wird somit auch auf internationaler

⁸⁷⁶ Beihilfen- und Vergaberecht-SÄCKER, Einleitung, N. 1.

⁸⁷⁷ DABBAH, S. 164.

⁸⁷⁸ DABBAH, S. 164.

Ebene immer mehr als eigentlicher Bestandteil einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise anerkannt. Fraglich ist allerdings, wie sich das Wettbewerbsrecht der EU im Zuge des Klimawandels weiterentwickeln wird. Das System des Wettbewerbsrechts, als ursprünglich rein wirtschaftliche Ausrichtung auf den Binnenmarkt, scheint mit der weiteren Verschreibung anderer, nicht per se wirtschaftlicher Prinzipien wie dem Umweltschutz und damit des Ausbaus der erneuerbaren Energien ausgedehnt zu werden. Eine klare Interessensabstufung im Rahmen des Wirtschaftsrechts ist dabei schwierig. Hier muss auf das Primärrecht der EU recurriert werden. Gem. Art. 3 EUV zielt die EU auf eine nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums ab, welches sich durch Preisstabilität, eine im hohen Masse wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt sowie durch ein hohes Mass an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität kennzeichnet. Die Zielvorgaben stehen nebeneinander und haben damit die gleiche Geltungsstufe. Es fehlt an einer klaren Hierarchie dieser Prinzipien, was eine Abwägung zwischen Wirtschafts- und Umweltinteressen erschwert.

Ansätze, über Beihilfen bzw. allgemein über die Wirtschaftsförderung den Umweltschutz zu stützen und diesem prinzipiellen Vorrang einzuräumen, sind in Anbetracht des fortschreitenden Klimawandels grundsätzlich zu begrüßen.⁸⁷⁹ Dabei ist es wichtig, schrittweise vorzugehen und ebenso die Verhältnismässigkeitsprüfung (i.S.d. Verhältnismässigkeitsprinzips gem. Art. 5 Abs. 4 EUV) zu berücksichtigen. Obwohl die Kommission nach wie vor für ihre eher wirtschaftsorientierte Herangehensweise an die Politikfelder bekannt ist, nähert sich das Beihilferecht bzw. die Beihilfekontrolle durch die Integration der Abwägungsprüfung hinsichtlich erlaubter Fördermassnahmen zum Wohle des Klimazieles immer mehr einem *more environmental approach*.⁸⁸⁰ Deswegen ist fraglich, ob die Zielsetzungen des Wettbewerbsrechts künftig unter dem zunehmenden ökologischen und ökonomischen Druck des Klimawandels zwi-

⁸⁷⁹ Vgl. KINGSTON, S. 439 ff.

⁸⁸⁰ Gem. Aktionsplan KOM(2005) 107 endgültig, Rz. 23 kann die Umweltverschmutzung als negativer externer Effekt unternehmerischen Handelns eingeordnet werden. Der Aktionsplan verfolgt das Ziel, die beihilferechtlichen Vorschriften so auszurichten, dass sie einen stärkeren Beitrag u.a. zu nachhaltigem Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Umweltschutz leisten. JACOBS verknüpft den (nach wie vor) wirtschaftsorientierten Ansatz der Kommission bei der Beihilfekontrolle mit dem Einbezug von umweltpolitischen Aspekten. Umweltpolitische Aspekte sind bei der Steigerung des volkswirtschaftlichen Wohlstands auf einem bestimmten Markt bzw. in einer Volkswirtschaft von Bedeutung und deswegen seien Umwelaspekte i.S.d. wirtschaftsorientierten Ansatzes zu berücksichtigen. Er spricht hier vom *more environmental approach*, vgl. dazu JACOBS, 278 ff.

schen rein wirtschaftlichen und nichtwirtschaftlichen Aspekten unterscheiden können. Das Wettbewerbsrecht der EU verfolgt i.S.d. originären Aufgaben einen marktintegrativen Ansatz, wie in der vorliegenden Arbeit am Beispiel der erneuerbaren Energien dargelegt. Gleichwohl darf dies nicht dazu führen, dass die anderen grundlegenden Aufgaben des Wettbewerbsrechts, wie der Schutz des unverfälschten Wettbewerbs und die Sicherstellung fairer Marktbedingungen, vernachlässigt werden.

Für das Funktionieren der Wirtschaft ist die Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen auf dem Binnenmarkt aber entscheidend. I.S.v. langfristigen Wirtschaftsinteressen sind Investitionen, die auf umweltrechtlichen Überlegungen beruhen, aber auch der Wirtschaft dienlich. Ihre Berücksichtigung ist deswegen zu begrüssen.

Ereignisse der jüngsten Zeit, wie der Brexit, die COVID-19-Pandemie, der Angriff auf die Ukraine und die damit ausgelöste Energiekrise sowie internationale Handelsboykotte, haben die EU vor grosse Schwierigkeiten gestellt. Die Kommission begegnete diesen Herausforderungen teilweise mittels des expandierenden Beihilferechts. In diesem Zusammenhang ist von einem industriepolitischen Imperativ die Rede, der ein *Europe First* auslösen könnte und sich insb. auf den Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV als Rechtfertigung (Beihilfe zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem Europäischem Interesse) widerspiegelt. Das Beihilferecht und die Beihilfepolitik können damit auch als steuernde Instrumentarien gewertet werden, welche sich dynamisch an sich verändernde Gegebenheiten anpassen, um die europäische Wirtschaft global zu behaupten.

Der Zugang zum EU-Binnenmarkt ist für die Schweiz von grosser Bedeutung. Die EU nimmt nunmehr i.S.d. Schutzes des Binnenmarkts vor marktverzerrenden Tätigkeiten auch Bezug auf drittstaatliche Subventionen, womit auch die schweizerischen Subventionen angesprochen werden. Dadurch gewinnt auch die Etablierung gleicher Subventionsstandards im Verhältnis EU-Schweiz an Bedeutung.

In der Schweiz bestehen eine etablierte und komplexe Subventionspraxis sowie eine grundsätzliche Toleranz gegenüber Subventionen. Auf Verfassungsebene wird mittels Wirtschaftsfreiheit die Gewährung von Subventionen beschränkt. Das SuG oder auch das BGBM beinhalten zwar subventionsrechtliche Bestimmungen, machen allerdings keine oder lediglich formelle Vorgaben für die Gewährung von Subventionen. Auf kantonaler und kommunaler Ebene existieren zudem mangels zentralisierter Subventionsregister keine verlässlichen Angaben zu gewährten Subventionen. Würde die Schweiz das EU-Beihilferecht überneh-

men und das Subventionsrecht nach europäischem Vorbild umgestalten, wären auch die Einführung einer allgemeinen Meldepflicht und die Etablierung einer unabhängigen Kontrollinstanz nötig. Die WEKO als mögliche Kontrollbehörde könnte zwar auf einen Erfahrungsschatz aufgrund ihrer Kontrollbefugnisse im LVA blicken, müsste aber mit mehr Kontrollbefugnissen ausgestattet sowie personell und finanziell umgestaltet bzw. unterstützt werden. Ebenfalls müsste die WEKO befugt werden, verbindliche und anfechtbare Verfügungsentscheide zu erlassen. Dies wäre allerdings mit grossem Aufwand verbunden. Die WEKO als Kontrollbehörde ist in der derzeitigen Form deshalb undenkbar. Hingegen ist die Etablierung einer neuen Behörde, die mit umfassenden Entscheidungsbefugnissen ausgestattet ist, zu befürworten.

Die Überführung des EU-Beihilferechts in die schweizerische Rechtsordnung würde damit zwangsläufig zu einem Systemwechsel auf dem Gebiet der Subventionen führen. Staatliche Massnahmen würden mit diesem Systemwechsel einer *ex ante*-Kontrolle unterliegen. Die Übernahme des EU-Beihilferechts würde die schweizerische Wirtschaftsverfassung ändern, weshalb die Einführung nicht nur über ein Bundesgesetz erfolgen könnte, sondern umfassend anzugehen wäre.

Die Übernahme des EU-Beihilferechts würde dazu führen, das schweizerische Subventionsregime besser zu strukturieren und dadurch zu einer übersichtlicheren und klareren Regelungsgrundlage beitragen. Die Schweiz könnte hier bereits vorsorglich handeln, indem sie auf allen Staatsebenen für mehr Transparenz im Bereich der Subventionsgewährung sorgt. Dies wäre bereits unter den derzeit geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit möglich. Eine solche Anpassung wäre zu begrüessen, da angesichts der zunehmenden Bedeutung des EU-Beihilferechts im Verhältnis zwischen der EU und Drittstaaten ohnehin mit Auswirkungen auf die hiesige Rechtsordnung zu rechnen ist. Explizite, an das EU-Beihilferecht angelehnte Beihilferegelungen in bilateralen Abkommen formen bereits jetzt die Ausgestaltung von Fördermassnahmen. Mit Blick auf künftige bilaterale Abkommen wie das Stromabkommen müssen deshalb Anpassungen des Subventionsregimes erfolgen.

Das EU-Beihilferecht kann seine Wirkung sektorenübergreifend auch in Bereichen entfalten, die nicht unmittelbar durch die bilateralen Abkommen abgedeckt sind. Eine strikte Einschränkung auf den Anwendungsbereich des jeweiligen bilateralen Abkommens ist in der Praxis schwer umsetzbar. Dennoch wäre es i.S.d. sektoriellen Ansatzes ratsam, die Tragweite der bilateralen Bei-

hilferegeln klar zu definieren, um eine ungewollte Ausweitung ihrer Anwendung über den Rahmen des jeweiligen Abkommens hinaus zu verhindern.

Mit der einseitigen Beendigung der Verhandlungen zum InstA am 26. Mai 2021 seitens des Bundesrates wurden die Aussichten auf ein Stromabkommen zunächst zunichtegemacht. Damit blieben die vollständige Liberalisierung und die Integration der Schweiz in den Strombinnenmarkt der EU vorerst aus. Die schweizerische Strombranche fand sich im Anschluss in einer herausfordernden Position wieder. Sie wurde von der Teilnahme an wichtigen Gremien ausgeschlossen und musste unter diesen Umständen gleichzeitig die Versorgungssicherheit gewährleisten. Mit dem neuen Verhandlungsmandat vom 8. März 2024 zum Paketansatz wurde wieder Bewegung auf dem weiteren Weg der Strommarktliberalisierung gebracht und das von der schweizerischen Strombranche lang ersehnte Stromabkommen steht mit dem materiellen Abschluss der Verhandlungen in Aussicht.⁸⁸¹ Dieser Schritt ist angesichts der politischen Entwicklungen in der Beziehung EU-Schweiz sehr zu begrüßen. Es ist genau das Stromabkommen, welches die Schweiz aus Gründen der Rechtssicherheit für die weitere Gewährleistung ihrer Stromversorgungssicherheit und Netzstabilität sowie für den diskriminierungsfreien Marktzugang ihrer Akteure benötigt.⁸⁸² Die Schweiz ist als Transitland technisch ohnehin vollständig an die Nachbarländer angeschlossen und die schweizerische Strommarktordnung ist in wesentlichen Punkten bereits an die EU-Rahmenvorgaben angelehnt. Die Einbindung in Europa würde die Etablierung anderer, paralleler Stromnetzsysteme obsolet machen. Zudem würde sie zu einer Verbesserung der Netzstabilität und einer Stärkung der Versorgungssicherheit führen. Die Aussicht darauf, dass die Schweiz mit einem Stromabkommen bis zum Jahr 2050 mehr als CHF 50 Mrd. einsparen könnte, ist zudem ein nicht zu vernachlässigendes Argument für den Abschluss des Abkommens.

⁸⁸¹ Gem. Medienmitteilung des Bundesrats zum materiellen Abschluss der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU, vom 20. Dezember 2024, will der Bundesrat mit Abschluss der Verhandlungen zum Vertragspaket das Paket in zwei Teile aufteilen: einen Stabilisierungsteil, mit den bestehenden Verträgen, und einen Weiterentwicklungsteil, mit den neuen Abkommen zu Strom, Lebensmittelsicherheit und Gesundheit. Damit könnte es auch zu zwei Volksabstimmungen kommen.

⁸⁸² Mit dem materiellen Abschluss der Verhandlungen wurde das EDA vom Bundesrat beauftragt, gemeinsam mit dem EDI, dem EJPD, dem EFD, dem WBF, dem UVEK und der Bundeskanzlei einen Botschaftsentwurf für das Gesamtpaket Schweiz-EU vorzubereiten. Die Botschaft soll das Abkommenspaket, die angepasste Schweizer Gesetzgebung sowie die flankierenden Massnahmen enthalten. Der Bundesrat wird dann darüber entscheiden, ob er vor der Sommerpause 2025 eine ordentliche Vernehmlassung zum Botschaftsentwurf eröffnen will, bevor der Entwurf voraussichtlich Anfang 2026 dem Parlament unterbreitet wird.

Die Schweiz und die EU sind mit ihren jeweiligen Energiestrategien 2050 zu- dem darauf ausgerichtet, unter Berücksichtigung internationaler Verpflichtungen, die Klimaneutralität zu erreichen. Die Bedeutung des Klimaschutzes wird sodann auch vermehrt auf anderen Gebieten ersichtlich. Der EGMR hat die Schweiz in seinem Urteil zu den Klimaseniorinnen dazu verpflichtet, mehr im Kampf gegen den Klimawandel zu tun und die Gesundheit von Seniorinnen in der Schweiz zu schützen.⁸⁸³ Auch wenn das Urteil primär den Gesundheitsschutz in den Fokus stellt und die internationalen Klimaabkommen als Massstab für die Wertung verwendet werden, hat hier der EGMR erstmals entschieden, dass die Schweiz im Kampf gegen den Klimawandel und ihren Klimaverpflichtungen zu wenig unternimmt. Die Schweiz steht damit unter Druck, ihrer Verpflichtung nachzukommen und ihre Anstrengungen im Klimaschutz auf sämtlichen Ebenen zu verstärken. Eine vertiefte Kooperation zwischen der EU und der Schweiz würde das Erreichen der Klimaziele ebenfalls um ein Vielfaches erleichtern, die bilateralen Beziehungen EU-Schweiz stärken und zudem international das Signal senden, dass die Schweiz ihre klimapolitischen Verpflichtungen wahrnimmt.

Die im EnG verankerten Fördermassnahmen haben in der Schweiz beträchtlich dazu beigetragen, den Ausbau der erneuerbaren Energien anzukurbeln und in den Markt zu integrieren. Sie sind damit wichtige Elemente im Kampf gegen den Klimawandel. Diese Fördermassnahmen haben sich bewährt und haben, wenn auch in modifizierter Weise, richtigerweise im künftigen Mantelerlass Niederschlag gefunden. Die Annahme des Mantelerlasses mit 68,72% der Stimmbeteiligten am 9. Juni 2024 verdeutlicht zudem die klare Zustimmung der Schweizer Bevölkerung, sich mit der Thematik zu befassen und die vielschichtige und nicht national beschränkte Problematik anzugehen.⁸⁸⁴ Im Hinblick auf die weitere Übernahme des EU-Beihilferechts, nicht nur im Strombereich, ist dies zu begrüßen.

In dieser Arbeit wurde dargelegt, dass bei einer Übernahme des EU-Beihilferegimes keine substanziellen gesetzlichen Anpassungen in der Schweiz nötig sind. Wie in der BV und der Energiestrategie zudem anvisiert, soll durch den

⁸⁸³ Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland (application no. 53600/20). Das Urteil zu den KlimaSeniorinnen unterstreicht diese Tendenz auch auf der Ebene des Menschenrechtsschutzes. Der mangelnde Klimaschutz seitens der Schweiz verletzt laut Urteil die klagenden Seniorinnen in ihren Menschenrechten, die in ihrem Recht auf Privat- und Familienleben gem. Art. 8 EMRK berührt worden seien. Dieser Präzedenzfall hat Auswirkungen auf alle Mitgliedstaaten des Europarates und weltweite Signalwirkung.

⁸⁸⁴ Volksabstimmung über das Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, vom 9. Juni 2024.

Ausbau der erneuerbaren Energien eine verlässliche, diversifizierte und erschwingliche Energieversorgung erreicht werden, die auf umweltschonenden Technologien basiert. Wichtig bleibt aber dennoch, die Fördermassnahmen in Bezug auf die hiesige wettbewerbsrechtlich orientierte Marktordnung einerseits möglichst marktnahe, flexibel und zeitlich terminiert zu gestalten und andererseits im Hinblick auf die Strommarktöffnung an die beihilferechtlichen Vorgaben anzulehnen, um mögliche Konfliktpunkte zu vermeiden. Schliesslich ist das erklärte Ziel von Fördermassnahmen, den Markteinstieg zu ermöglichen und langfristig einen selbsttragenden Markt zu schaffen. Sie sollten daher keinesfalls als Auffangbecken oder gar als dauerhafte Subvention für unrentable Kraftwerke dienen. Dies ist mit den im EnG befristeten Massnahmen bislang gelungen.

Bereits jetzt orientiert sich die Ausgestaltung des schweizerischen Wettbewerbsrechts stark an europäischen Standards. Die Übernahme des EU-Beihilferechts würde die Grundlage für eine klarere und effizientere Subventionspraxis schaffen, die sowohl den Anforderungen des EU-Binnenmarkts als auch den schweizerischen klimapolitischen Zielsetzungen gerecht wird, und damit den Weg für eine nachhaltige und wettbewerbsfähige Energiezukunft ebnen. Die (autonome) Übernahme des EU-Beihilferechts oder zumindest seiner zentralen Grundsätze im Bereich der erneuerbaren Energien stellt nicht nur einen volkswirtschaftlich sinnvollen Schritt dar, sondern wäre auch im Hinblick auf die bilateralen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz ein strategisch bedeutsames Signal. Das schweizerische Subventionsrecht und die Förderung der erneuerbaren Energien sollten somit künftig in Anlehnung an das EU-Beihilferecht gestaltet werden.

Curriculum Vitae

Fatlum Ademi, geboren 1989, erwarb seine Matura 2008 im Kanton Solothurn. Von 2009 bis 2016 studierte er Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und an der Universität Lund in Schweden. Anschliessend arbeitete er als Jurist bis 2019 bei der Direktion für Arbeit beim Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO). Von 2019 bis 2022 war er im Rahmen des SNF-Projekts *Subventionen Schweiz-EU* für das Europa Institut an der Universität Zürich (EIZ) tätig. Seit 2022 ist er wissenschaftlicher Mitarbeiter am EIZ und arbeitet nebenbei als selbständiger Berater im Bereich Sustainability

Die vorliegende Dissertation befasst sich mit der Frage, ob die schweizerischen Fördermassnahmen auf dem Gebiet der erneuerbaren Energien mit den EU-rechtlichen Beihilfevorgaben konform sind. Der Fokus liegt primär auf den möglichen Implikationen des EU-Beihilferechts im Bereich der erneuerbaren Energien für die spezifischen schweizerischen Fördermassnahmen der Einspeisevergütung, des Investitionsbeitrags bzw. Einmalvergütung und der Marktprämie gemäss dem Schweizerischen Energiegesetz sowie für kantonale Fördermassnahmen, insbesondere im Gebäudepark der Schweiz. Daneben werden auch die völkerrechtlichen Grundlagen und subventionsrechtlichen Bestimmungen der WTO berücksichtigt.

Die Untersuchung liefert anhand einer rechtsvergleichenden Analyse Erkenntnisse darüber, ob die Anwendung des EU-Beihilferechts oder bestimmter Teile davon auf dem entsprechenden Gebiet der Förderung der erneuerbaren Energien zu einer (grundlegenden) Änderung in der Subventionspraxis der Schweiz auf Bundesebene und allenfalls auf kantonaler Ebene führen würde und ob die völkerrechtlichen Vereinbarungen davon tangiert sind. Nicht zuletzt wird die Frage nach einer geeigneten Aufsichtsbehörde gestellt, die mehr Transparenz und Systematik in das Subventionswesen bringen könnte.