PRAGER DREIFUSS

ATTORNEYS AT LAW

Institutionelles Abkommen - Rechtsgutachten zuhanden der WAK-N; Fragen zu Staatsbeihilfen und zum Freihandelsabkommen CH – EU sowie zu weiteren Fragen

Inhaltsverzeichnis

I. Ausgangslage und Fragestellung 2

II. Beantwortung der Hauptfragen 6

1. Zu Frage 1: Welche Art von Abweichungen kann die Schweiz beim Aushandeln von sektoriellen Beihilferegeln gemäss Artikel 8 A Abs. 2 des Abkommens vom vorgegebenen EU-Beihilferahmen erreichen? 6

a. Vorbemerkungen 6
b. Abweichungsmöglichkeit gemäss InstA 7
c. Abweichungen in Abkommen der EU mit Drittstaaten 8
d. Schlussfolgerungen 13

2. Zu Frage 2: Welche materiellen und formellen Auswirkungen wären von den Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen auf den verschiedenen Staatsebenen konkret zu erwarten? Welche Auswirkungen wären insbesondere auf die kantonale Steuerpolitik zu erwarten? 17

a. Kurzüberblick über das EU-Beihilfenrecht 17
b. Mögliche formelle und materielle Auswirkungen in der Schweiz 19
c. Schlussfolgerungen 24

3. Zu Frage 3. Welche konkreten Auswirkungen hätte die Unterzeichnung des InstA auf die Auslegung des Freihandelsabkommens von 1972, u.a. Artikel 23 FHA? 26

a) Auswirkungen 26
b) Schlussfolgerungen 27

4. Zu Frage 4: Welche Auswirkungen hätte das InstA auf ein "modernisiertes" FHA, wie es in der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz im Anhang zum InstA grob skizziert ist, insbesondere bezüglich der Beihilfenregelung. Welche Bedeutung hätten in diesem Zusammenhang die Guillotineklausel und die Ausgleichsmassnahmen? 28

a) Allgemein 28
b) Beihilferechtliche Regeln für Industrieerzeugnisse und Dienstleistungen 29
c) Ausgleichsmassnahmen und Guillotine-Klausel 30
d) Schlussfolgerungen 31

III. Weitere Fragen: 33

1. Kann die Unionsbürgerrichtlinie im Zusammenhang mit dem Rahmenabkommen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU überhaupt noch zum Thema werden und inwiefern bzw. wann? 33

a) Auftrag und Ausgangslage 33
b) Kurzbeurteilung 34
c) Fazit 36

2. Welche materiellen und formellen Auswirkungen hätte das Abkommen auf die Schweizer Regelungen der MWSt (s. angekündigte Klage der EU gegen UK wegen zu geringer MWSt-Erhebung im Rohstoffhandel) konkret? 36

3. Analyse der Konsequenzen der dynamischen resp. zwingenden Rechtsübernahme von EU-Recht 37

4. Bedeutung und Konsequenzen der Guillotine-Klausel (Art. 22 Abkommen) 38

I. Ausgangslage und Fragestellung

1 Am 7. Dezember 2018 hat der Bundesrat das Verhandlungsergebnis zum institutionellen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) in französischer Sprache in die Konsultation geschickt[1]. Am 16. Januar 2019 hat der Bundesrat die deutsche Fassung des verhandelten Rahmenabkommens sowie Erläuterungen hierzu veröffentlicht (Erl. BR)[2].

2 In Kapitel 2 des Teils II "Institutionelle Rahmenbedingungen", welches den Titel "Allgemeine Grundsätze für die Sicherstellung des ordnungsgemässen Funktionierens der Bereiche des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt" trägt, werden neben institutionellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen (Artikel 8B "Anwendung durch die Vertragsparteien" und Artikel 8C "Transparenz und Modalitäten der Zusammenarbeit") auch materielle Beihilferegeln aufgeführt.

3 In Artikel 8A "Allgemeine Bestimmungen" wird die Grundnorm des EU-Beihilferechts d.h. Artikel 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) abgebildet. Gemäss Ziffer 1 desselben Artikels 8A sind die Bestimmungen in Kapitel 2 auf das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (LVA)[3] anwendbar und bilden den Rahmen, "der in künftigen bilateralen Marktzugangsabkommen gemäss Artikel 2 Absatz 1 übernommen und, falls erforderlich, ergänzt wird".

4 Der Geltungsbereich des InstA erstreckt sich gemäss Artikel 2 Ziffer 1 auf die bestehenden und künftigen Marktzugangsabkommen[4]. Artikel 8A findet aber nur auf das LVA

---

[1] "Accord facilitant les relations bilatérales entre l'union Européenne et la Confédération Suisse dans les parties du marché intérieur auxquelles la Suisse participe – 23.11.2018 – Version finale". Siehe https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-73292.html und https://www.eda.admin.ch/dam/dea/fr/documents/abkommen/Acccord-inst-Projet-de-texte_fr.pdf

[2] https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf

[3] Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999

[4] In Absatz 2 von Artikel 2 werden die bestehenden Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union genannt: das Personenfreizügigkeitsabkommen, LVA, das Landverkehrsabkommen, das Abkommen über den Handel mit Landwirtschaftlichen Erzeugnissen und Abkommen über die technischen Handelshemmnisse, alle vom 21. Juni 1999.

und geplante zukünftige Marktzugangsabkommen zwischen den Vertragsparteien Anwendung[5]. Mit Bezug auf letztere aber nicht direkt, sondern als Rechtsrahmen, d.h. er soll in den künftigen Abkommen konkretisiert und eventuell ergänzt werden. Auf die bestehenden übrigen bilateralen Abkommen hat das InstA puncto Beihilfen keinen Einfluss. Auch die (wenigen) Beihilferegeln im Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse werden nicht ergänzt.

5 Das vorliegende InstA enthält auf der letzten Seite den Entwurf eines Beschlusses des Gemeinsamen Ausschusses nach Artikel 29 des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der EWG (FHA)[6]. Daraus geht hervor, dass mit Abschluss des InstA die Vorgaben in Teil II des InstA für die Auslegung von Artikel 23 Absatz 1 Ziffer iii FHA massgebend sein sollen. Der Beschlussentwurf wird nicht nur physisch im Anschluss an die "Gemeinsame Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen" angeheftet, sondern bezieht sich auf Ziffer 8 dieser vorangehenden gemeinsamen Erklärung. Der Beschluss wird zudem in der Präambel des InstA explizit erwähnt. Obwohl der Gemischte Ausschuss diesen Beschluss gemäss Erl.BR erst fällen wird, wenn das InstA in Kraft getreten ist, muss der Beschlussentwurf als integrierender Bestandteil des InstA bezeichnet werden.

6 Das InstA hat somit im Luftverkehrsbereich und für die Auslegung der Beihilfebestimmung im FHA unmittelbare Folgen für die Schweiz. Im Übrigen wird es aktuell, wenn in Zukunft weitere Marktzugangsabkommen verhandelt werden.

7 Über die Umstände, wie diese materiellen beihilferechtlichen Vorschriften in das Abkommen aufgenommen wurden, ist nichts bekannt. Angesichts des Sinn und Zwecks des Abkommens als "institutionelles Rahmenabkommen" und dem Titel II "Institutionelle Rahmenbedingungen", in welchem sich die materiellen EU-Beihilfevorschriften (Artikel 8 A) befinden, kann allerdings eine gewisse Systemwidrigkeit nicht bestritten werden. Jedenfalls handelt es sich um die einzigen materiellen Vorschriften im Abkommen. Einzelne punktuelle materiellrechtliche Präzisierungen erfolgen erst in Anhängen bzw. Protokollen.

8 Es dürfte sich nicht um reine Spekulation handeln, wenn angenommen wird, dass insbesondere Artikel 8A auf einseitigen Wunsch der EU in das InstA aufgenommen wurde. Diese Annahme wird auch dadurch bestärkt, dass bereits im Positionsbezug der Konferenz der Kantone (KdK) vom 23. März 2018 explizit gefordert wurde, dass im InstA

[5] Art. 8 A Ziff. 1 InstA.
[6] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972

keine materiellen Regeln und Grundsätze über staatliche Beihilfen enthalten sein dürfen[7]. Wie oben erwähnt, ist Artikel 8A zwar auf die künftigen Marktzugangsabkommen nicht direkt anwendbar, bildet aber einen verbindlichen Rahmen, der bei der Aushandlung von Beihilferegeln in solche künftigen Abkommen beachtet werden muss. Im LVA sollen künftig die Bestimmungen in Kapitel 2 InstA Anwendung finden und mit den für den Luftverkehr relevanten EU-Bestimmungen ergänzt werden und die gleichen Bestimmungen sollen zur Auslegung der FHA-Beihilfebestimmung massgeblich sein.

9 Angesichts des oben Gesagten ist davon auszugehen, dass die EU mit der Aufnahme der beihilferechtlichen EU-Grundnorm in das InstA die Grundsätze festlegen wollte, welchen die Beihilferegeln in allfälligen künftigen Marktzugangsabkommen zu entsprechen haben und dass sie gleichzeitig auch sicherstellen wollte, dass in Streitfällen im Zusammenhang mit Beihilfen gemäss Artikel 4 des Rahmenabkommens die Auslegungshoheit beim Europäischen Gerichtshof (EuGH) liegt[8].

10 Das InstA lässt allerdings die Möglichkeit von Abweichungen von den materiellen Grundsätzen in Artikel 8A InstA offen, indem es die Anwendung letzterer Grundsätze unter den Vorbehalt stellt, dass in den künftigen Marktzugangsabkommen "nicht etwas anderes bestimmt wird". Wie weit solche Abweichungen vom einschlägigen Beihilferecht bzw. dessen Grundsätzen in Artikel 107 AEUV gehen können, wird nirgends bestimmt.

11 Unter Berücksichtigung dieser Ausgangslage werden nachfolgend die folgenden Fragen der WAK-N beantwortet:

1. ***Welche Art von Abweichungen kann die Schweiz beim Aushandeln von sektoriellen Beihilferegeln gemäss Artikel 8 A Abs. 2 des Abkommens vom vorgegebenen Beihilferahmen erreichen?***

2. ***Welche materiellen und formellen Auswirkungen wären von den Regelungen im Bereich der Staatseihilfen auf den verschiedenen Staatsebenen konkret zu erwarten? Welche Auswirkungen wären insbesondere auf die kantonale Steuerpolitik zu erwarten?***

---

[7] Der Transparenz halber sei darauf hingewiesen, dass der Verfasser einer der in diesem Positionsbezug erwähnten Gutachter war.

[8] Auch wenn gemäss Beschlussentwurf des Gemischten Ausschusses die Beihilfevorschriften im InstA für die Auslegung der Beihilfevorschrift (auch) im FHA massgebend sein sollen, wäre bei Streitigkeiten immer noch der Gemischte Ausschuss und nicht das Schiedsgericht des InstA zuständig, es sei denn die Parteien würden gemeinsam beschliessen, das Schiedsgericht anzurufen.

3. ***Welche konkreten Auswirkungen hat die Unterzeichnung des InstA auf die Auslegung des Freihandelsabkommens von 1972, u.a. von Artikel 23 FHA?***

4. ***Welche Auswirkungen hätte das InstA auf ein "modernisiertes" FHA, wie es in der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz im Anhang zum InstA in groben Zügen skizziert ist, insbesondere hinsichtlich Beihilferegeln. Welche Bedeutung hätten in diesem Zusammenhang die Guillotineklausel und Ausgleichsmassnahmen?***

12 Die nachfolgenden Antworten beinhalten eine rein rechtliche Beurteilung und keinerlei politischen Einschätzungen.

II. Beantwortung der Hauptfragen

1. Zu Frage 1: Welche Art von Abweichungen kann die Schweiz beim Aushandeln von sektoriellen Beihilferegeln gemäss Artikel 8 A Abs. 2 des Abkommens vom vorgegebenen EU-Beihilferahmen erreichen?

a. Vorbemerkungen

13 Wie einleitend erwähnt, ist nicht bekannt, unter welchen Umständen die materiellen Beihilferegeln in das InstA Eingang gefunden haben. Es ist aber offensichtlich, dass die EU ein Interesse daran hatte, bereits im InstA die EU-Grundregeln als horizontalen Rahmen für die Beihilferegelungen in allfällig kommenden bilateralen Abkommen festzulegen. In den Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU vom 16. Januar 2019 (Erl. BR)[9] wird denn auch festgehalten:

"In künftig abzuschliessenden Marktzugangsabkommen, wie z.B. das Stromabkommen, müssten die Grundsätze übernommen und wo nötig ergänzt werden. Die EU hat immer betont, dass sie keine neuen Marktzugangsabkommen mehr abschliessen wird, ohne dass diese dem EU-Recht gleichwertige Beihilferegeln enthalten und über ein zur EU äquivalentes Beihilfenüberwachungssystem verfügen."

14 Bei den beihilferechtlichen Grundsätzen in Artikel 8A InstA handelt es sich um eine Abbildung von Artikel 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), der Grundnorm des EU-Beihilferechts[10]. Basierend auf dieser Grundnorm wurde in der EU Sekundärrecht in Form von Richtlinien und Verordnungen erlassen, welche insgesamt das EU-Beihilfenrecht bilden. Das Verbot in Artikel 8A Ziff. 2a), sowie die Ausnahmekriterien in lit. b und c von Artikel 8A bilden somit die Grundsätze, an denen sich die Beihilferegeln in zukünftigen bilateralen Abkommen grundsätzlich halten müssen, damit diese als dem EU-Recht gleichwertige Beihilferegeln gelten. Daraus muss gefolgert werden, dass die erwähnten EU-Sekundärerlasse und damit auch die

[9] Erläuterungen zum Institutionellen Abkommen Schweiz-EU vom 16. Januar 2019, https://www.eda.admin.ch/dam/dea/de/documents/abkommen/InstA-Erlaeuterungen_de.pdf

[10] Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union bildet zusammen mit dem Vertrag über die Europäische Union (EUV) das Gerüst der Europäischen Union, wobei letzterer Vertrag überwiegend institutionelle Vorschriften enthält, während der AEUV die Gebiete, in welchen die EU Kompetenzen besitzt, beinhaltet und beschreibt, wie sie diese normativ ausübt. Der Kompetenzbereich Wettbewerb wird in den Art. 101 bis 109 AEUV geregelt. Neben der Kontrolle von Wettbewerbsabreden (Art. 101 AEUV), der Kontrolle von Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 102 AEUV) und der Fusionskontrolle (FKVO), d.h. dem Wettbewerbsrecht zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen, die von Unternehmen selber verursacht werden (sog. private Wettbewerbsbeschränkungen) bildet die Kontrolle von Wettbewerbsverzerrungen durch den Staat bzw. durch Gemeinwesen (z.B. Beihilfen) einen zentralen Pfeiler der EU-Wettbewerbspolitik.

Definition des Beihilfebegriffs durch die Europäische Kommission bei der Konkretisierung in den Marktzugangsabkommen herangezogen werden. Das Beispiel des LVA bestätigt denn auch diese Annahme bzw. legt die aus der Sicht der EU ideale Vorgehensweise offen. Das LVA-Abkommen enthält bereits eine mit dem EU- Beihilferecht äquivalente Verbotsnorm und wird nun mit dem sektorspezifisch einschlägigen EU- Sekundärrecht ergänzt[11].

b. Abweichungsmöglichkeit gemäss InstA

15 Das InstA lässt allerdingt ein Tor für Abweichungen offen.

Artikel 8A InstA lautet folgendermassen:

"Beihilfen in der Schweiz oder eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, [sind] nicht mit dem ordnungsgemässen Funktionieren des Binnenmarkts vereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Vertragsparteien im Geltungsbereich der in Absatz 1 genannten Abkommen beeinträchtigen".

Dieses Verbot gilt aber nur, soweit im LVA und den zukünftigen bilateralen Verträgen nichts anderes bestimmt ist. Abweichungen von diesem Verbot sind somit nur sektorspezifisch möglich bzw. können nur aufgrund aus der Sicht der Schweiz und der EU im Wirtschaftsbereich, den das betreffende künftige bilaterale Abkommen betrifft, herrschenden spezifischen Umstände vereinbart werden. Sektorübergreifende bzw. horizontale Abweichungsgrundsätze sind keine vorgesehen. Unklar ist zudem, welcher Art und inwieweit solche sektorspezifischen Abweichungen möglich sein sollen. Es fehlen jegliche Indizien und Anhaltspunkte.

16 Ein ähnlicher Vorbehalt findet sich auch im AEUV und dessen Artikel 107 selber, indem auch daselbst explizit statuiert wird, dass das Verbot nur insoweit gilt, als der Vertrag (AEUV) nichts anderes vorsieht. Der AEUV sieht allerdings Sonderregelungen lediglich für die Landwirtschaft (Art. 43 AEUV)[12], für den Verkehr (Art. 93, 96) und für Deutschland (98 AEUV)[13] vor. Die Ausnahmen betreffen (mit Ausnahme von Artikel

[11] Vgl. Art. 8 B Ziff. 6 und Anhang X InstA.
[12] Art. 43 AEUV:
[13] Art. 93 AEUV: "Mit den Verträgen vereinbar sind Beihilfen, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen"; Art. 96 AEUV: in dieser Vorschrift werden besondere Bedingungen für die Zulässigkeit von beihilfeartigen Frachten und Beförderungsbedingungen im Verkehr der Union aufgeführt; Art. 98 AEUV:

98 AEUV) somit lediglich Bereiche, welche für bestimmte Mitgliedstaaten von zentraler Bedeutung sind bzw. gemeinschaftsweite Bedeutung haben.

17 Die spärlichen Ausnahmeregelungen im AEUV sind wenig überraschend, sind es doch Ziel und Zweck des AEUV, im Binnenmarkt, d.h. dem Gesamtgebiet aller EU-Mitgliedstaaten einen Wirtschaftsraum zu schaffen, in dem möglichst einheitliche Wettbewerbsregeln gelten.

18 Aufschlussreich könnte sein, ob in Verträgen der EU mit Drittstaaten allenfalls bisher Ausnahmen vom Beihilfeverbot bestehen. Dabei sind allerdings jeweils der Zweck zu berücksichtigen, den die Partner solcher völkerrechtlicher Abkommen jeweils verfolgen, aber auch die geografische Lage und wohl auch die wirtschaftliche Bedeutung des jeweiligen Partners der EU.

c. Abweichungen in Abkommen der EU mit Drittstaaten

19 Gemäss Website der Generaldirektion Handel der Europäischen Kommission (http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/) lassen sich die Abkommen, welche die EU mit Drittstaaten schliesst, in drei Kategorien einteilen:

- Zollunionen[14]

- Assoziations- und Stabilisierungsabkommen, (umfassende) Freihandelsabkommen und Abkommen zu partnerschaftlicher Wirtschaftszusammenarbeit ("Economic Partnership Agreements")[15];

Spezialnorm für die Zulässigkeit von Massnahmen Deutschlands, soweit sie erforderlich sind, um die ökonomischen Nachteile von bestimmten Gebieten auszugleichen, die von der Teilung Deutschlands herrühren.

[14] Gemäss der Website der GD Handel werden mit solchen Verträgen vor allem Zollhindernisse abgebaut und gegebenenfalls gemeinsame Zolltarife vereinbart.

[15] Währenddem die Freihandelsabkommen und Economic Partnership Agreements ihren Fokus auf die wirtschaftliche Zusammenarbeit, vor allem das Funktionieren des Handels zwischen den Partnern legen und dazu Zoll- und technische Barrieren eliminieren und gemeinsame Grundsätze in Wettbewerbsrecht inkl. Beihilfen, Geistiges Eigentum, Ursprungsregeln, Handelspolitik (Ergreifen von Schutz-, Antidumping und sonstigen Massnahmen), öffentliches Beschaffungswesen aufstellen, die aber nicht dem EU-Recht entsprechen müssen (sondern häufig Bezug auf WTO, TRIPS etc. nehmen) sowie vereinzelt eine limitierte Dienstleistungsfreiheit vereinbaren, geht es bei Assoziationsabkommen um eine umfangreichere und intensivere Annäherung des Assoziationspartners zur EU, weshalb die Assoziationsabkommen grundsätzlich mit potenziellen Beitrittskandidaten abgeschlossen werden. Die gemeinsamen Grundsätze richten sich daher in Assoziationsabkommen grundsätzlich nach dem EU-Acquis und deren Einhaltung wird auch direkt oder indirekt durch die EU bzw. dem EuGH übernommen.

- Partnerschafts- und Zusammenarbeitsabkommen[16]

Das Verhältnis zur Schweiz lässt sich nicht wirklich in eine dieser Kategorien eingliedern. Die Schweiz ist wirtschaftlich durch eine Mehrzahl von bilateralen Verträgen mit der EU verbunden, worunter ein Freihandelsabkommen[17], ein auf Arbeitnehmer beschränktes Personenfreizügigkeitsabkommen und ein anderes Abkommen mit auf einen Sektor reduziertem wirtschaftlichem Integrationscharakter wie das Luftverkehrsabkommen[18] sowie weitere vor allem auf den Handel fokussierte Abkommen.

Im InstA wird nun ein Beihilfesystem vorgesehen, das dem EU-Recht entspricht und der (indirekten) Auslegungshoheit des EuGH unterstellt ist und für das bestehende bilaterale Abkommen mit Integrationscharakter (LVA) und für kommende Marktzugangsabkommen der Schweiz Geltung haben soll.

20 Ein summarischer Überblick über die bisherige Abkommenspraxis der EU zeigt, dass es eine derartige Rechtsübernahme im Beihilferecht auch in neueren Freihandelsabkommen nicht gibt:

- In neueren Freihandelsabkommen der EU wie denjenigen mit Singapur[19] werden gemeinsame wettbewerbsrechtliche Grundsätze zur Bekämpfung einerseits von Wettbewerbsbeschränkungen, die von Unternehmen selber verursacht werden (private Wettbewerbsbeschränkungen)[20] und andererseits von staatlichen Wettbewerbsbeschränkungen in Form von Beihilfen[21] festgelegt, welche sich auf der Linie der EU-

[16] Bei diesen Abkommen handelt es sich um solche, die nicht einem der vorangehenden Abkommenskategorien zugeordnet werden können, sei es dass sie einen spezifisch andersartigen Inhalt besitzen oder aber die wirtschaftlichen und/oder Integrationsziele der anderen Vertragskategorien (s. oben), weniger intensiv verfolgen. So hat beispielsweise das Assoziationsabkommen der EU mit der Ukraine ein Partnerschafts- und Kooperationsabkommen abgelöst.
[17] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972.
[18] Abkommen über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999. Dieses auf den Luftverkehr beschränkte Abkommen wurde mit der EU in einem Paket zusammen mit dem Abkommen über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit, dem Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, dem Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, dem Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen, dem Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse und demjenigen über die auf Arbeitnehmer beschränkte Freizügigkeit geschlossen. Aufgrund einer sog. Guillotineklausel sind diese Abkommen auch der Art verknüpft, dass falls nur eines dieser Abkommen gekündigt wird, alle anderen Abkommen ebenfalls dahinfallen.
[19] Freihandelsabkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten und Singapur vom 18. April 2018.
[20] Vgl. Fn. 10 oben.
[21] Das Freihandelsabkommen verwendet den Begriff "subsidies". Darunter fallen aber nicht einfach nur Zahlungen, sondern auch finanzielle Vergünstigungen wie Steuererleichterungen etc. (vgl. Art. 11.7(2.b)).

Grundsätze bewegen und in das jeweilige Wettbewerbsrecht der Parteien aufgenommen werden sollen[22]. EU-Recht wird somit nicht (wortwörtlich) übernommen. Vor allem aber bleiben die Abkommensparteien bei der Auslegung und Entwicklung ihres jeweiligen Wettbewerbsrechts frei[23]. Auslegungsfragen beispielsweise im Zusammenhang mit den ("verbotenen") Beihilfen wird einem Schiedsgericht unterstellt, das grundsätzlich für Streitigkeiten zwischen den Parteien über die Anwendung des Abkommens[24] zuständig ist und endgültig entscheidet[25]. Eine Anrufung des EuGH ist sachlogisch hier nicht vorgesehen. Mit Bezug auf Beihilfen ist weiter bemerkenswert, dass der Transparenz Bedeutung zugemessen wird, was im InstA in Artikel 8C ebenfalls der Fall ist.[26] Spezielle Ausnahmen vom Geltungsbereich der Beihilferegeln werden für Fischerei- und Landwirtschaftsprodukte gemacht[27]

Eine ähnliche Regelung mit Bezug auf die Anwendung von Wettbewerbsrechtsregeln findet sich in einem anderen wichtigen Freihandelsabkommen der EU und zwar in demjenigen mit Südkorea[28]. Auch hier wird keine Übernahme der EU-Regeln oder eine Auslegungshoheit des EuGH vorgesehen und auch in diesem Abkommen wird eine Ausnahme der Anwendung der Beihilferegeln[29] für Fischereisubventionen und landwirtschaftliche Subventionen[30] gemacht.[31]

---

[22] Kapitel 11, Section A, Artikel 11.1 des Abkommens. Der Beihilfebegriff richtet sich sogar nach den WTO-Bestimmungen (s. Art. 11.5 des Abkommens).
[23] Artikel 11.2 des Abkommens.
[24] Ausser beispielsweise den Bestimmungen zur Bekämpfung von privaten Wettbewerbsbeschränkungen.
[25] Vgl. Artikel 11.4 und 14 des Abkommens. Das Abkommen unterscheidet zwischen sog. "verbotenen Beihilfen" (Art. 11.7 des Abkommens: Begleichung von Schulden oder Verbindlichkeiten von Unternehmen bzw. die finanzielle Unterstützung von insolventen und maroden Unternehmen durch Staat oder Gemeinwesen) und "anderen Beihilfen (Art. 11.8 des Abkommens)
[26] Artikel 11.9 des Abkommens.
[27] Artikel 11.5 des Abkommens.
[28] Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits vom 15. Oktober 2009 (Abl. 2011, Nr. L 127, S. 6ff. vom 14. Mai 2011; vgl. insb. die Kapitel 11 (Artikel 11.1-11.3, 11.6-1.8 und dann Abschnitt B
[29] Die deutsche Fassung verwendet den Begriff "Subvention", der aber auch Steuererleichterungen einschliesst (vgl. Art. 11.11b).
[30] Artikel 11.15 Absatz 1 des Abkommens.
[31] Währenddem im wirtschaftlichen Partnerschaftsabkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten und Mexico vom 24. Oktober 1997 noch keine horizontalen beihilferechtlichen Bestimmungen aufgenommen wurden, wird im wirtschaftlichen Partnerschaftsabkommen mit Japan vom 8. Dezember 2017 diesem Thema ein ganzes Kapitel gewidmet (Kapitel 12) Auch dort wird der gleiche Begriff "subsidies" verwendet und die gleiche Kategorie von "prohibited subsidies" wie in den oben beschriebenen Freihandelsabkommen als verboten qualifiziert und einem Schiedsgericht unterstellt. Bemerkenswert sind die verschiedenen Ausnahmen vom Geltungsbereich des Kapitels 12 (vgl. Art. 12.3). Am 21. April 2018 haben die EU und ihre Mitgliedstaaten und Mexico ein neues globales Handelsabkommen abgeschlossen, wobei noch gewisse technische Details zu klären sind, weshalb der Wortlaut dieses neuen Abkommens noch nicht erhältlich ist. Es dürfte sich aber inhaltlich und vom Aufbau her an den Freihandelsabkommen mit Singapur und demjenigen mit Südkorea anlehnen.

21 Nun könnten allenfalls die erwähnten Merkmale auf die geografische Position der Freihandelspartner Singapur und Südkorea zurückgeführt werden, weshalb die Rechtslage im EWR-Abkommen[32] (EWRA) kurz angeschaut wird. Im EWRA erfolgt die Kontrolle von Beihilfen nach den gleichen Grundsätzen wie in der EU[33]. Die Sekundärerlasse der EU werden grundsätzlich ins EWR-Recht übernommen. Überwachung und gerichtliche Kontrolle erfolgen aber durch unabhängigen EWR/EFTA-Behörden und es gibt keine Auslegungshoheit und keine Pflicht zur Einschaltung des EuGH. Theoretisch entscheidet am Ende der Gemischte Ausschuss, es sei denn die Parteien beschliessen gemeinsam, die Entscheidung dem EuGH zu überlassen[34]. In der Praxis ist dies aber nie vorgekommen.

22 Abweichungen vom grundsätzlichen EU-Beihilfeverbot sind im EWRA keine ersichtlich, obwohl sich dort die gleiche Formulierung der Möglichkeit von Abweichungen findet (Art. 61 EWRA).

23 Unter vorliegender Fragestellung interessant sind schliesslich die Regelungen in Assoziationsabkommen der EU mit Drittstaaten. Das Assoziationsabkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten und der Ukraine vom 27. Juni 2014[35] sieht beispielsweise mit Bezug auf Vorschriften zur Bekämpfung von privaten Wettbewerbsbeschränkungen[36] zunächst vor, dass beide Parteien solche in ihrem jeweiligen Wettbewerbsrecht für unzulässig erklären müssen, sofern sie den Handel zwischen den Parteien beeinträchtigen können[37]. Weiter sieht das Abkommen mit Bezug auf die erwähnten privaten Wettbewerbsbeschränkungen eine Annäherung des ukrainischen Wettbewerbsrechts an Sekundärrecht der EU in Form der Verfahrensverordnung Nr. 1/2003, der Fusionskontrollverordnung 139/2004, der Vertikal-Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010 und der Technologietransferverordnung 772/2004 vor[38]. Diese Pflicht zur Rechtsannäherung untersteht dem Streitentscheidungsmechanismus in Kapitel 14 des Abkommens mit Pflicht zur Einschaltung des EuGH, wenn es um die Auslegung von EU-Recht oder von mit dem EU-Recht identischen Abkommensrecht geht[39].

---

[32] Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 13.12.1993 (ABl. vom 3.1.1994, Nr. L 1, S. 3ff.)
[33] Art. 61-63 und Anhang XV des EWR-Abkommens
[34] Vgl. Art. 111ff. des Abkommens. Bei Uneinigkeit sind Schutzmassnahmen vorgesehen. Dasselbe gilt mutatis mutandis bei Nicht-Übernahme von Erlassen der EU, wobei die von den neuen Erlassen berührten Bestimmungen im EWR-Abkommen ausser Kraft gesetzt werden können (vgl. Art. 108ff. des Abkommens).
[35] ABl. Nr. L 161 S. 3ff. vom 29.5.2014.
[36] Vgl. Fn. 10 oben.
[37] Artikel 254 des Abkommens.
[38] Artikel 256 des Abkommens.
[39] Artikel 322 des Abkommens.

In Abschnitt 2 des Kapitels 10 "Wettbewerb" werden die Beihilfen behandelt. Unter dem Titel "Allgemeine Grundsätze" wird in Artikel 262 des Abkommens der Artikel 107 AEUV inhaltlich abgebildet, wobei Absatz 2 insofern ergänzt wird, dass auch Beihilfen, welche den gerechtfertigten Zielen der horizontalen Gruppenfreistellungsverordnungen entsprechen, als vereinbar angesehen werden und Beihilfen, die zur Erfüllung der Normen der im Assoziationsabkommen erwähnten Umwelt-Richtlinien der EU, zu 40% der Kosten genehmigt werden können. Schliesslich werden Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder ein Finanzmonopol besitzen, den Beihilferegeln des Abkommens nur soweit unterstellt als die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben nicht verhindert und auch der Handel zwischen den Vertragsparteien nicht in einem Ausmass Art beeinträchtigt wird, "das dem Interesse der Vertragsparteien zuwiderläuft"[40], was aber ebenfalls EU-Recht entspricht. Die Auslegung des Artikels 262 folgt dabei dem EU-Recht inkl. der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung[41], die in der Europäischen Union in Kraft sind[42]. Der oben erwähnte Streitentscheidungsmechanismus mit der Pflicht zur Anrufung des EUGH- gilt auch für die Beihilfen.

Der Transparenz wird auch in diesem Abkommen grosse Bedeutung zugewiesen, wobei hier dieser Grundsatz explizit (auch) auf die Unternehmen, welche mit besonderen oder ausschliesslichen Rechten ausgestattet sind oder mit der Erbringung von Dienstleistungen von öffentlichem Interesse betraut sind, fokussiert wird.

Zur Erfüllung dieser Verpflichtungen muss die Ukraine innert drei Jahren eine unabhängig arbeitende Beihilfenkontrollbehörde errichten[43].

Der Geltungsbereich des Beihilfenabschnitts ist auf Waren und bestimmte Dienstleistungen gemäss Abkommen beschränkt.[44]

24 Am ehesten dürfte das vertragliche Verhältnis der Schweiz zur EU zwischen demjenigen innerhalb des EWR und demjenigen zwischen der EU und Drittstaaten in Assoziationsabkommen einzuordnen sein. Von beiden Abkommen(sarten) unterscheidet sich das InstA aber dennoch weiterhin insofern als die Schweiz keine Integration wie im EWR anpeilt, und noch weniger ein EU-Beitrittskandidat ist. Man kommt allerdings nicht darum herum festzustellen, dass die EU aufgrund der Beihilferegelung im InstA die

[40] Artikel 262 des Abkommens. Zu den im Abschnitt über die Beihilfen verwendeten Ausdrücken findet sich im Anhang XXIII des Abkommens noch ein Glossar, deren Erklärungen weitgehend dem EU-Recht entsprechen.
[41] Vgl. Art. 264 des Abkommens.
[42] Das Gleiche gilt für Artikel 263 Absätze 3 und 4, welche die Transparenz im Bereich der staatlichen Beihilfen zwischen den Vertragsparteien regeln.
[43] Artikel 267 des Abkommens.
[44] Artikel 266 des Abkommens.

Schweiz wie einen Beitrittskandidaten behandelt. Bemerkenswert ist auch, dass das InstA über den Beschlussentwurf des Gemischten Ausschusses (FHA) die Anbindung an das EU-Beihilferecht auch für das FHA vorsieht, während eine solche Übernahme auch in neueren umfassenden marktzugangsorientierten Freihandelsabkommen der EU bisher nirgends zu finden ist. Immerhin soll das Schiedsgericht des InstA (mit der Auslegungshoheit des EuGH mit Bezug auf EU-Recht und mit EU-Recht inhaltsgleichem Abkommensrecht) zumindest vorerst nicht zwingend für Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem FHA zuständig sein. Gerade das könnte aber bei der geplanten Modernisierung des FHA wieder zur Diskussion stehen.

25 Für vorliegende Frage relevant ist auch, dass in den genannten Abkommen keine sektorspezifischen Ausnahmen von Beihilfeverbot ersichtlich sind, ausser vielleicht der Präzisierung im Umweltbereich im Assoziationsabkommen EU – Ukraine.

d. Schlussfolgerungen

26 In Marktzugangsabkommen mit Drittstaaten verlangt die EU eine Angleichung der Wettbewerbsbedingungen. ***Diese Angleichung ist allerdings je nach Integrationsgrad verschieden***. In wirtschaftlichen Partnerschafts- und Freihandelsabkommen wird grundsätzlich die gemeinsame Orientierung an Grundsätzen zur Bekämpfung von privaten Wettbewerbsbeschränkungen (d.h. Kontrolle von Wettbewerbsabreden zwischen Unternehmen, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüssen) sowie von Beihilfen verlangt, aber keine Übernahme von EU-Recht. Wenn überhaupt wird ein echtes ***Schiedsgericht ohne irgendwelche Auslegungshoheit des EuGH*** zur Streitentscheidung eingesetzt. Zum Vergleich mit bestehenden Partnerschafts- und Freihandelsabkommen der EU muss angefügt werden, dass es sich um Partner handelt, die geografisch nicht mit der Schweiz verglichen werden können. ***In umfassenden Marktzugangsabkommen mit erweitertem Integrationscharakter wie dem EWR und den Assoziationsabkommen wird hingegen die Übernahme bzw. der Nachvollzug von EU-Wettbewerbsrecht verlangt. Bei der Streitentscheidung wird zudem bei einem Partner, der ein potenzieller EU-Beitrittskandidat ist, die Auslegungshoheit des EuGH verlangt. Bei anderen Marktintegrationsabkommen ist das aber nicht der Fall ist***, wie das Beispiel EWR zeigt[45].

[45] Bei der Frage der Bedeutung von EU-Recht im Wettbewerbsbereich in Assoziationsabkommen geht aus dem Ukraine-Abkommen insofern eine nuancierte Unterscheidung hervor, dass bei den wettbewerbsrechtlichen Kontrollinstrumenten betreffend privater Wettbewerbsbeschränkungen eine inhaltliche Annäherung der jeweiligen Rechtsordnungen an diejenige der EU ausreichend ist, während puncto staatliche Wettbewerbsbeschränkungen in der Form von Beihilfen eine praktisch wortwörtliche Übernahme gefordert ist.

27 ***Je stärker der Integrationscharakter eines Abkommens ist, umso weniger sind Abweichungen von den beschlossenen Wettbewerbsregeln vereinbart worden.*** Grundsätzlich sind bei Marktzugangsabkommen der EU mit Drittstaaten Ausnahmen möglich, sofern sie durch wirtschaftlich objektiv wichtige Anliegen der Vertragspartner gerechtfertigt sind und den Wirtschaftsverkehr mit der EU nicht unangemessen stören. ***Der Spielraum wird allerdings bei zunehmender Intensität der Integration kleiner***, so dass im AEUV, dem EWR-Abkommen sowie dem Assoziationsabkommen mit der Ukraine ausser der Fischerei, der Landwirtschaft und im Umweltbereich ***keine Ausnahmen gewährt werden. In solchen Abkommen Ausnahmen von den beschlossenen, dem EU-Recht entsprechenden Beihilferegeln in Wirtschaftsbereichen zu erreichen, die grundsätzlich dem Geltungsbereich des betreffenden Abkommens unterstehen, dürfte gemäss dieser Praxis der EU daher, nur sehr schwer möglich sein.***

28 Das InstA erwähnt in Artikel 8A explizit die Möglichkeit, von den im selben Artikel enthaltenen materiellen Beihilferegeln abzuweichen. ***Nirgends wird allerdings auch nur ansatzweise vermerkt, welcher Art eine solche Abweichung sein könnte. Die gleiche Formulierung findet sich sowohl im AEUV (Art. 107 AEUV) als auch im EWR-Abkommen (Art. 61 EWRA)*** und in beiden Verträgen werden ausser im Verkehrs- und Landwirtschaftsbereich ***keine Ausnahmen*** erwähnt.

29 Die Politik der EU, nach der die Vereinheitlichung von Wettbewerbsrecht in Marktzugangsabkommen mit Integrationscharakter von entscheidender Bedeutung ist, schlägt sich nun auch im InstA nieder. Ausser Wettbewerbsregeln finden sich keine materiellen Vorgaben im InstA[46]. Zum Vorgehensmuster der EU passt auch, dass keine wettbewerbsrechtlichen Vorgaben zur Bekämpfung von privaten Wettbewerbsbeschränkungen in das InstA aufgenommen wurden. Das schweizerische Kartellgesetz enthält in den Artikeln 5, 7 und 9 ff. KG bereits materiellrechtliche Regeln, die denen der EU i.W. gleichwertig sind. Hingegen kennt die Schweiz bis anhin kein Beihilferecht, ausser im LVA. ***Aufgrund der aus ihrer Sicht eminenten Wichtigkeit einheitlicher Beihilferegeln für das Funktionieren des Binnenmarktes hat die EU diese Regeln direkt ins InstA eingeführt und nicht den Abschluss konkreter (sektorieller) Marktzugangsabkommen abgewartet***, in welchen derartige materiellrechtliche Vorschriften aufzunehmen wären. ***Angesichts dessen ist davon auszugehen, dass die EU in künftigen Marktzugangsabkommen verlangen wird, dass darin, ergänzend zu Artikel 8A und 8B, die sektorspezifischen Sekundärerlasse der EU aufzunehmen sind.*** Beim LVA vertritt die EU denn auch genau diese Haltung[47]. Der Integrationsgrad, der offenbar mit dem InstA erreicht werden soll, wird aus Sicht und Praxis der EU, wenn überhaupt, nur wenig Spielraum für Abweichungen zulassen. ***Der Vorbehalt von Abweichungen in Artikel***

[46] Punktuelle materiellrechtliche Präzisierungen finden sich allerdings in Anhängen und Protokollen des InstA.
[47] Vgl. Art. 8B Abs. 6 und Annex X. Der Bundesrat scheint diese Haltung anzuerkennen (vgl. Erl. BR, S. 11).

8A, der sich auch wortwörtlich im AEUV und im EWRA findet, bildet offenbar ***nicht per se eine solide Grundlage***, solche Abweichungen in späteren Verhandlungen von sektorspezifischen Marktzugangsabkommen zu erhalten.

30 Aufgrund dieses ***präjudizjellen Charakters von Artikel 8A und 8B***, dem Umstand, dass die EU in anderen Abkommen mit Integrationscharakter praktisch keine Ausnahmen gewährte und der Tatsache, dass die Schweiz auch in Verhandlungen betreffend zukünftige Marktzugangsabkommen weitgehend ***Bittstellerin*** sein wird, erscheint es dringend ***notwendig, dass bereits im InstA indiziert wird, welcher Art Abweichungen im Sinne von Artikel 8 A sein könnten***. Dass es dabei um ***horizontale Abweichungen*** gehen muss, welche dann in künftigen Marktzugangsabkommen konkretisiert werden, ergibt sich aus dem Charakter des InstA.

31 Bei der Formulierung von Abweichungen kann sich die Schweiz durchaus auf den Standpunkt stellen, dass ***die Integration, welche mit dem sektoriellen Bilateralismus erreicht werden soll, nicht mit der Integration eines EWR/EFTA-Staates oder eines Assoziationsabkommenspartners zu vergleichen ist***. Zwar nimmt die Schweiz auf bilateralem Weg sektoriell am EU-Binnenmarkt teil und liegt geografisch mitten in Europa, ***doch ist der Integrationsgrad differenziert*** zu beurteilen. Entsprechend müssen auch die ***Anforderungen an die Übernahme der EU-Beihilferegeln anders*** ausfallen.

32 Das ändert allerdings nichts daran, dass die Schweiz sehr gute Gründe vorbringen muss, warum ein bestimmter horizontaler Abweichungsansatz für die Schweiz von ***eminent wichtiger wirtschaftlicher und politischer Bedeutung*** ist. Dies trifft zum einen sicher zu auf die ***föderalistische Struktur der Schweiz und die Autonomie der Kantone und Gemeinden, was sich auch im Steuersystem bzw. der Autonomie der Kantone puncto Wirtschaftsförderungsmassnahmen im Steuerbereich*** manifestiert. Weiter müsste darauf hingewiesen werden, dass ***das Erfordernis der Auswirkung von Beihilfemassnahmen auf den Handel zwischen der Schweiz und der EU***, bei dessen Erfüllung die EU-Beihilferegeln zur Anwendung gelangen sollen, ***anders auszulegen ist als dies die Europäische Kommission und der EuGH in innergemeinschaftlichen Beihilfefällen tun***. Die Schweiz ist weder EU-Mitglied noch EU-Beitrittskandidat, weshalb an dieses Handelsbeeinträchtigungserfordernis ***höhere Anforderungen*** zu stellen sind, ansonsten bereits Finanzierungshilfen auf kommunaler Ebene oder die Staatsgarantie einer vorwiegend regional tätigen Kantonalbank als unzulässige Beihilfen qualifiziert werden könnten. Schliesslich könnte auf die ***besondere wirtschaftliche Situation der Schweiz als Kleinstaat mit äusserst begrenzten natürlichen Ressourcen*** hingewiesen werden, die daher auf die wenigen wirtschaftlich bedeutenden Ressourcen wie beispielsweise die Wasserkraft besonders achten muss[48].

[48] Vgl. hierzu etwa https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-74013.html

Entscheidend wird auch die ***Regelung der Übergangsfrist*** sein, welche die Anwendbarkeit der betreffenden Abkommen auf bestehende Beihilfen behandelt, während die Erweiterung der ***EU-De-minimis-Regelung*** je nach Wirtschaftssektor ***nur beschränkt*** Schutz bieten dürfte.

2. Zu Frage 2: Welche materiellen und formellen Auswirkungen wären von den Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen auf den verschiedenen Staatsebenen konkret zu erwarten? Welche Auswirkungen wären insbesondere auf die kantonale Steuerpolitik zu erwarten?

a. Kurzüberblick über das EU-Beihilfenrecht

33 Der oben erwähnte und in Artikel 8A fast wortwörtlich abgebildete Artikel 107 AEUV stellt die Grundnorm des EU-Beihilfenrechts dar. Das Beihilfenverbot in Artikel 107 Abs. 1 AEUV besagt, dass staatliche Beihilfen grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar sind.[49] Es folgen dann in Absatz 2 Legalausnahmen, d.h. also Beihilfen, welche qua Artikel 107 zulässig sind. Dabei handelt es sich um:

- Verbraucherbeihilfen (107 II AEUV)
- Katastrophenbeihilfen (107 II AEUV)
- Beihilfen aufgrund der Teilung Deutschlands (107 II AEUV)[50]
- Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (106 II AEUV)

In Absatz 3 finden sich weitere Ausnahmesachverhalte, die aber aufgrund eines Meldeverfahrens nach Artikel 108 von der Europäischen Kommission beschlossen werden müssen[51]:

- Regionalbeihilfen
- Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse sowie Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates
- Beihilfen zur Förderung bestimmter Wirtschaftszweige oder -gebiete
- Beihilfen zur Kulturförderung

Ferner lassen die Art. 107 III lit. e; 108 II und IV sowie 109 AEUV weitere Ausnahmeregelungen durch Ratsentscheidung zu.

---

[49] Grundsatz der Unvereinbarkeit.
[50] Diese besonderen Ausnahmevorschriften hätten vom Rat auf Vorschlag der Kommission ab 1. Dezember 2014, aufgehoben werden können.
[51] Vgl. insbesondere Verordnung 651/2014 vom 17. Juni 2014 (ABl. L187, S. 1ff. vom 26.6.2014)

Artikel 107 AEUV ist nicht direkt anwendbar. Die Europäische Kommission hat zur Durchführung eine umfassende Anzahl von Sekundärerlassen zur Durchsetzung des Beihilfeverbots erlassen[52].

34 Damit eine staatliche Massnahme als Beihilfe qualifiziert werden kann, müssen sämtliche in Art. 107 I AEUV genannten Voraussetzungen erfüllt sein[53]:

- Der oder die Begünstigten muss/müssen unternehmerisch tätig sein;
  - Jede Tätigkeit, die im Anbieten oder Nachfragen von Waren oder Dienstleistungen auf einem Markt besteht, unabhängig ob gewinnorientiert oder nicht.
  - Unabhängig von Rechtsform und Art der Finanzierung

- Staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfe
  - Zurechnung zum Staat
  - Transfer staatlicher Mittel (inkl. Einnahmeverzicht)

- Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweigen
  - Einzelne Unternehmen/Produktionszweige
  - Vorteil
  - Selektivität (materiell oder regional)

- Wettbewerbsverfälschung
  - Verletzung der wettbewerblichen Chancengleichheit ist wahrscheinlich

- Merkmal der Handelsbeeinträchtigung
  - Einfluss auf innergemeinschaftlichen Wirtschaftsverkehr (weite Auslegung)
  - De-minimis Regelung[54]

---

[52] http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html

[53] Vgl. Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe (ABl. C 262, S. 1, vom 19.7.2016)

[54] Gesamtbetrag der einem einzigen Unternehmen gewährten Vergünstigung in einem Zeitraum von 3 Steuerjahren 200'000 EUR nicht übersteigt (für den gewerblichen Strassengüterverkehr liegt die Bagatellgrenze bei 100'000 EUR); vgl. Verordnung Nr. 1407/2013 (ABl. L 352 S. 1ff. vom 24.12.2013.. Eine Überkompensation der durch die Erfüllung der Gemeinwohlaufgaben verursachten Nettokosten ist grundsätzlich eine Beihilfe, falls sie wettbewerbs- und handelsbeeinträchtigend ist. Der Bagatellwert in solchen Fällen liegt bei 500'000 EUR innerhalb von 3 Steuerjahren.

b. Mögliche formelle und materielle Auswirkungen in der Schweiz

35 Zunächst ist auch hier nochmals darauf hinzuweisen, dass die Unterschrift unter das Rahmenabkommen in der vorliegenden Fassung in beihilferechtlicher Hinsicht unmittelbar im Luftfahrtbereich und allenfalls im Bereich des Freihandelsabkommens CH-EU eine Änderung bringt. Zum einen wird das bestehende LVA mit der EU durch die bestehenden auf den Luftfahrtbereich anwendbaren Sekundärerlasse ergänzt[55]. Zum anderen werden mit dem Beschluss des Gemischten Ausschusses FHA, der dem vorliegenden InstA beiliegt, die Beihilfebestimmungen des FHA im Einklang mit den Beihilfebestimmungen des InstA auszulegen sein.

aa. Mögliche unmittelbare Auswirkungen nach Unterschrift des InstA in der aktuellen Fassung inkl. Beschluss Gemischter Ausschuss FHA

36 Über die Folgen der beschriebenen unmittelbaren Wirkungen für die Schweiz im Freihandels- und Luftfahrtbereich kann nur spekuliert werden. Im Luftverkehrsbereich dürfte sich insofern nichts ändern als bereits das heutige LVA beihilferechtliche Vorschriften enthält, die inhaltlich denjenigen der EU entsprechen. Die geplante Ergänzung dieser Vorschriften mit den EU-Sekundärerlassen, dürfte am schon bisher gültig bestehenden Grundsatz des Beihilfeverbots nichts ändern.

37 Die Auslegung des Artikels 23 FHA nach EU-Recht bzw. -Rechtsprechung könnte zur Folge haben, dass jeglicher aus staatlichen Mitteln bestrittener finanzieller Vorteil zu Gunsten von einzelnen im Warenhandel tätigen Unternehmen in der Schweiz von der EU als Beihilfe moniert würde. Aufgrund des von der EU äusserst weit ausgelegten Beihilfemerkmals der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, könnten daher kantonale Steuerprivilegien oder sonstige Wirtschaftsförderungsmassnahmen, welche im Warenhandel zwischen der Schweiz und der EU aktiven Unternehmen einen finanziellen Vorteil verschaffen und nicht als Regional- oder Investitionsbeihilfe gerechtfertigt[56] bzw. als Bagatellbeihilfe qualifiziert werden können, als unzulässige Beihilfen gelten. Da mit dem erwähnten dem InstA beiliegenden Beschluss keine direkte Anerkennung bzw. Zuständigkeit des Schiedsgerichts verbunden ist (die Parteien können, wenn sie es gemeinsam so beschliessen, das Schiedsgericht anrufen, sind aber nicht dazu verpflichtet[57]), bleibt grundsätzlich der Gemischte Ausschuss zur Beurteilung zuständig.

---

[55] Art. 8A Abs. 1, Art. 8B Abs. 6 und Anhang X des Abkommens.
[56] Wozu die Voraussetzungen allerdings sehr hoch wären, vgl. Verordnung Nr. 651/2014, Kapitel III.
[57] Ziff. 8. der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen.

38 Vor einigen Jahren (ab September 2005) versuchte die EU bereits, gestützt auf den Artikel 23 FHA, bestimmte kantonale Körperschaftssteuerregelungen als mit dem FHA unvereinbar zu erklären. Konkret ging es um die Gewährung von steuerlichen Vorteilen an Verwaltungs-, Holding- und gemischten Gesellschaften, die soweit sie Einkünfte aus dem Ausland beziehungsweise aus Beteiligungen und Handelstätigkeit steuerlich günstig behandeln, vom Bundessteuersystem abweichen und damit die betreffenden Unternehmen wirtschaftlich privilegieren. Die EU konnte allerdings ihre Auslegung nicht durchsetzen - auch nicht durch ihre "Entscheidung der Kommission vom 13. Februar 2007 über die Unvereinbarkeit bestimmter Körperschaftssteuerregelungen mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22. Juli 1972"[58]. Die damalige Argumentation der EU dürfte nicht zuletzt daran gescheitert sein, dass der Begriff der Beihilfe in Artikel 23 FHA die steuerliche Vergünstigung nicht umfasste.

39 Sollten diese Steuerprivilegien in der Schweiz nicht per 1.1.2020 eliminiert werden[59], hätte die EU aber nach Unterschrift unter die aktuelle Fassung des InstA auch vor dem Gemischten Ausschuss wohl kein Problem mehr nachzuweisen, dass der Begriff der Beihilfe derartige Steuervorteile umfasst und könnte sich auf die einschlägige Rechtsprechung der EU-Kommission und des EuGH berufen, die gemäss InstA und dem erwähnten Beschlussentwurf im Zusammenhang mit Artikel 23 Absatz 1 Ziffer iii FHA zu übernehmen ist. Der Schweiz verbliebe wohl nur noch das Argument, dass im Einzelfall der Handel zwischen der Schweiz und der EU durch solche Steuerprivilegien nicht (genügend) beeinträchtigt würde und/oder dass diese Steuerprivilegien Teil unseres Steuersystem seien und daher nicht selektiv sein könnten[60].

40 Die ab dem Jahr 2000 verfolgte Praxis der Europäischen Kommission gegenüber sog. Steuerrulings ist eindeutig und dürfte mit Abschluss des InstA auch für die Schweiz gelten[61]. Mit der Streichung von Artikel 28 Absätze 2-4 des Steuerharmonisierungsgesetzes (StHG) könnte sich ein Teil solcher "Probleme" aber wie erwähnt erledigen.

---

[58] Philipp Zurkinden, "Der merkwürdige "Entscheid" der EU-Kommission, NZZ vom 22.3.2007.
[59] Die Volksabstimmung zur Steuervorlage und Altersfinanzierung (STAF) wird am 19. Mai 2019 stattfinden.
[60] Wobei letzteres Argument wohl eher schwächerer Natur sein dürfte. Vgl. Mitteilung der Kommission übe die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Massnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung (ABl. C 384 S. 3ff. vom 10.12.1998).
[61] Vgl. etwa die Entscheide i.S. Fiat und Starbucks (Fallnrn. SA38375 bzw. SA.38374). Siehe auch den Fall Apple in SA.38373. Die Europäische Kommission hält fest, dass in einer Unternehmensgruppe die Gewinne den Gruppenunternehmen in dem Ausmass zugerechnet werden müssten, das der wirtschaftlichen Realität entspricht bzw. "wie es unter normalen Geschäftsbedingungen zwischen unabhängigen Unternehmen der Fall wäre". (Drittvergleichsgrundsatz). Die Kommission beteuert jeweils, dass sie mit ihrer Praxis nicht Steuersysteme oder Körperschaftssteuersätze als solche in Frage stellen wolle. Interessant ist auch der Fall einer belgischen Steuerregelung, welche vorsah, dass multinationale Unternehmen Rulings verlangen konnten, mit welchen eine Verringe-

41 Die EU veröffentlichte am 3. Juni 2016 ein Dokument zum Thema Beihilfen und Steuerrulings[62], in welchem ihre bisherige Praxis zusammengefasst wurde. Darin wird festgehalten, dass sofern sich die Unternehmen an die einschlägigen OECD-Richtlinien halten, auch keine unzulässige steuerliche EU-Beihilfe vorliegen sollte.

42 Ist mit Unterschrift unter das Rahmenabkommen der Beihilfebegriff so auszulegen wie in der EU so dürften aber auch andere kantonale oder kommunale Wirtschaftsförderungsmassnahmen zu Gunsten von Unternehmen in der Schweiz, die im Warenhandel zwischen der Schweiz und der EU involviert sind, von der EU angreifbar sein, sofern sie nicht als regionale Investitionsbeihilfen oder regionale Betriebsbeihilfen bzw. Stadtentwicklungsbeihilfen (welche allesamt in Gebieten mit unterdurchschnittlicher Wirtschaftskraft erfolgen müssen) oder als KMU-Beihilfen qualifiziert werden. Dies betrifft beispielsweise Artikel 23 Absatz 3 StHG, d.h. kantonale Steuererleichterungen für neu im betreffenden Kanton gegründete bzw. angesiedelte Unternehmen[63]

43 Solange kein Schiedsgericht für die Entscheidung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem FHA für zuständig erklärt wird, müsste die EU den Gemischten Ausschuss anrufen. Materiellrechtlich dürfte auch in Fällen von kantonalen Wirtschaftsförderungsmassnahmen dem Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen der Schweiz und der EU sowie der Frage, ob Artikel 23 Absatz 3 StHG nicht als inhärenter Bestandteil des schweizerischen föderalistischen Steuersystems anzusehen ist, eine wichtige Bedeutung zukommen.

44 Andererseits ist aber auch nach EU-Praxis die Unterstützung von lokalen Unternehmen, welche Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen und diese überwiegend von den lokalen Einwohnern genutzt werden, nicht als Beihilfe anzusehen, da in solchen Fällen der zwischenstaatliche Handel nicht beeinträchtigt sein dürfte[64].

---

rung der Körperschaftssteuer-Bemessungsrundlage von 50-90% möglich waren, um einen Überschuss an Gewinnen auszugleichen, der aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe herrühre. Dabei wurde jeweils der Gewinn des betreffenden Unternehmens mit demjenigen eines selbstständigen Einzelunternehmens verglichen. Die Kommission kam zum Schluss, dass diese Rulings vom Steuersystem Belgiens und auch dem Drittvergleichsgrundsatz abweiche und daher eine unzulässige Beihilfe darstelle (Fallnr. SA.37667).

[62] http//:ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf.
Siehe auch Gesamtübersicht auf http://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html

[63] Ansiedelungen von Unternehmen mit Steuererleichterungen wie der gerade kürzlich verkündete Zuzug von WABCO nach Bern würde somit unter dem Beihilferecht geprüft, da es möglicherweise zweifelhaft sein dürfte, derartige Vergünstigungen als Regionalbeihilfen, Beihilfen für Forschung und Entwicklung etc. im Sinne der Verordnung Nr. 651/2014 zu qualifizieren.

[64] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse. Die Erbringung solcher Dienstleistungen unterstehen dem Beihilferecht nur, wenn sie als wirtschaftliche Tätigkeit zu

45 Handelt es sich beim Unternehmen, das im grenzüberschreitenden Warenverkehr mit der EU wirtschaftlich tätig ist, um ein öffentliches bzw. von Bund, Kanton oder Gemeinde kontrolliertes Unternehmen, muss die Beziehung zwischen dem Gemeinwesen als Eigner einerseits und dem Unternehmen andererseits auf marktwirtschaftlichen Grundsätzen basieren. Massnahmen wie Kapitalbeteiligung, Darlehen, Garantien, Bürgschaften etc. müssen den Bedingungen entsprechen, zu denen ein privater Investor ein solches Engagement auch eingegangen wäre. Ist dem bei einem öffentlichen schweizerischen Unternehmen nicht der Fall, könnte die EU nach Unterschrift unter das vorliegende InstA (inkl. erwähnter Gemeinsamer Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen und entsprechendem Beschluss), den Gemischten Ausschuss befassen.

bb. Mögliche Auswirkungen nach Abschluss von weiteren Marktzugangsabkommen

46 Zunächst ist vorauszuschicken, dass mit Abschluss eines Marktzugangsabkommens gemäss Artikel 8A Ziffer 1 nicht nur die materiellen Vorgaben in Artikel 8A, sondern auch ein Überwachungssystem wie in der EU übernommen wird[65], was einen zusätzlichen Bürokratieaufwand bedeutet, da Beihilfen, welche nicht unter die Legalausnahmen fallen, der zuständigen Behörde zur Prüfung notifiziert werden müssen.

47 Viel diskutiert wurde die Frage, inwiefern die schweizerische Stromwirtschaft mit Abschluss eines Stromabkommens und Übernahme des EU-Beihilferechts mit der Anwendung von letzterem zu rechnen hat. In der Tat müssten wohl viele finanzielle Vergünstigungen in Form von Steuer- und Abgabenerleichterungen sowie sonstige staatliche finanzielle Vergütungen und Zuschüsse geprüft werden, sofern sie sich direkt oder indirekt auf den Handel mit der EU auswirken können und es sich nicht um Kompensationen für die Erbringung von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse handelt (wobei das betreffende Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein muss, keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Konkurrenten erhalten darf und die Kompensation marktwirtschaftlich adäquat sein muss)[66].

---

qualifizieren ist, was bei der Ausübung öffentlicher Aufgaben (Polizei, Armee, Flugsicherung, Sicherheit, Verkehr etc.) kaum und bei Dienstleistungen im Zusammenhang mit sozialer Sicherheit, Gesundheitsfürsorge und Bildung nur teilweise gegeben ist.

[65] Zwar wird im bereits mehrfach erwähnten Beschlussentwurf i.S. FHA gesagt, dass die Bestimmungen von Teil II InstA für die Auslegung von Art. 23 Abs. 1 Ziff. iii FHA massgebend sein sollen. Zur Auslegung der betreffenden FHA-Bestimmung dürfte aber "nur" Art. 8A InstA gemeint sein, womit das in Art. 8B erwähnte Überwachungssystemerst bei Abschluss weiterer Marktzugangsabkommen zur Anwendung käme. Dies wird auch durch Abs. 6 von Art. 8B, zweiter Gedankenstrich gestützt, und beantwortet wohl auch die Frage, ob mit Bezug auf das LVA ein derartiger Handlungsbedarf besteht, negativ.

[66] Vgl. Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften der EU auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von wirtschaftlichem Interesse, Rz 43.

Schlussendlich müssen bei durch Gemeinwesen kontrollierten Unternehmen die Kapitalbeteiligung, die Darlehen, Investitionen, Förderungsbeiträge unter dem Blickwinkel der Handlungen eines privaten Investors geprüft werden, wobei Investitionen und Förderungen beispielsweise im Zusammenhang mit Energieeffizienzprojekten, erneuerbaren Energien, Umweltschutz Forschung, Ausbildung etc. unter gewissen Voraussetzungen vom Beihilfeverbot ausgenommen sind[67].

48 Aktuell stehen bei den kantonalen Elektrizitätswerken wohl die Investitionen in Wasserkraft im Vordergrund[68]. Hier verweist die EU u.a. auf die Richtlinie 2000/60/EG.[69] Auch in Fällen, in denen die Massnahmen nicht durch eine Verordnung freigestellt sind, müsste zudem, neben den anderen bekannten Tatbestandsmerkmalen einer Beihilfe, der Handel zwischen der Schweiz und der EU beeinträchtigt sein.

49 Im Falle eines Finanzdienstleistungsabkommens stehen vor allem die Staatsgarantien der Kantonalbanken in Frage. Auch hierzu hat die Europäische Kommission eine Mitteilung erlassen, in welcher die verschiedenen Formen von Garantien unter dem Beihilferecht analysiert werden[70] und stellt Kriterien auf, bei deren Erfüllung Garantien keine Beihilfe i.S. von Artikel 107 AEUV darstellen[71]. Der Entscheid der EFTA-Überwachungsbehörde vom 15. Juli 2005 zur Zulässigkeit einer Bankgarantie für die Liechtensteinische Landesbank dürfte als praktischer Anhaltspunkt dienen, wann eine Bankgarantie auch unter den EWR-Beihilferegeln unbedenklich ist[72]. Auch im Zusammenhang mit Staatsgarantien für Kantonalbanken muss zudem die Frage gestellt werden, ob eine solche geeignet sein kann, eine Beeinträchtigung des Wirtschaftsverkehrs mit der EU zu bewirken.

Die obigen Grundsätze zur Beurteilung des Verhältnisses der öffentlichen Unternehmen zu ihrem Eigner sind zudem auch bei durch Gemeinwesen kontrollierten Banken zu beachten.

---

[67] Vgl. Verordnung Nr. 651/2014 vom 17. Juni 2014 zur Festsetzung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV, Artikel 25ff.
[68] Vgl. hierzu auch die Medienmitteilung des Bundesrates vom 14.2.2019 betreffend Investitionsbeiträge für Grosswasserkraftwerke in Fn. 48 oben.
[69] Art. 4 Abs. 7 dieser Richtlinie scheint sich, ohne vertiefte Nachforschung des Verfassers, mit Bezug auf Abs. 1 desselben Art. 4 vorwiegend auf Umweltziele zu richten.
[70] Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Artikel 87 und 88 des EG-Vertrags auf staatliche Beihilfen in Form von Haftungsverpflichtungen und Bürgschaften (ABl. vom 20.6.2008, C 155 S. 10ff.).
[71] Abschnitt 2. der Mitteilung.
[72] EFTA Surveillance Authority Decision of 15 July 2005 to amend the Authority's decision of 15 December 2004 to propose appropriate measures to the Principality of Liechtenstein regarding a State guarantee in favour of Liechtensteinische Landesbank (Case No: 48084). Daraus geht hervor, dass Staatsgarantien, die aus wirtschaftlicher/kaufmännischer Sicht puncto wirtschaftlicher Gesamtzustand des Finanzinstituts, Dauer und Entschädigung der Garantie gerechtfertigt sind, für zulässig erklärt werden können.

50 Je nach Formulierung eines Finanzdienstleistungsabkommens könnte allenfalls auch die Versicherungswirtschaft darunter fallen. Im Speziellen wären dann die Gebäudeversicherungsmonopole dahingehend zu überprüfen, ob diese nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten noch gerechtfertigt werden können.

51 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass falls ein allgemeines Dienstleistungsabkommen abgeschlossen werden sollte, die obigen Beurteilungsgrundsätze auch auf diejenigen Unternehmen bzw. auf die allfällig an sie gewährte staatliche Vergünstigungen, Anwendung finden. Im Zusammenhang mit den durch Gemeinwesen kontrollierten Unternehmen wären dann die oben ebenfalls beschriebenen Prinzipien auch insbesondere mit Bezug auf Swisscom und die Schweizerische Post zu beachten[73].

c. Schlussfolgerungen

52 Die Frage, welche formellen und materiellen ***Auswirkungen unmittelbar nach Abschluss des InstA*** und dem Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Artikel 29 FHA in beihilferechtlicher Sicht folgen werden, kann nicht schlüssig beantwortet werden. Gesichert ist lediglich, dass mit Abschluss des InstA die Beihilferegelung im LVA CH-EU mit den einschlägigen EU-Sekundärerlassen ergänzt wird (Art. 8 A Ziff. 1, 8 B Ziffer 6 und Anhang X).

53 Der Umstand allerdings, dass in erwähntem Beschluss des FHA ***explizit*** vorgesehen ist, dass ***die Auslegung von Artikel 23 Absatz 1 Ziffer iii FHA im Sinne der Bestimmungen des Teils 2 des InstA*** erfolgen soll und diese Vorgabe einzig genannte Vorschrift betrifft, deutet darauf hin, ***dass die EU zur Anwendung des Beihilfeverbots des FHA nach der neuesten EU-Praxis zu Artikel 107 AEUV nicht zuwarten will. Trifft diese Annahme zu, würde die EU-Praxis zu Artikel 107 AEUV damit in der Schweiz bereits vor dem Abschluss zukünftiger Marktzugangsabkommen im Sinne von Artikel 8A Ziffer 1 zur Anwendung kommen und zwar mit Bezug auf den Warenhandel zwischen der Schweiz und der EU.***

54 Zur Entscheidung von Streitigkeiten im Zusammenhang mit Artikel 23 Absatz 1 Ziffer iii FHA wäre aber ***auch nach Abschluss des InstA und dem genannten Beschluss des FHA grundsätzlich weiterhin der Gemischte Ausschuss*** und nicht das im InstA vorgesehene Schiedsgericht zuständig, es sei denn die Parteien beschliessen gemeinsam, den Fall vor das Schiedsgericht zu bringen. Wir lesen aus Artikel 1 des vorliegenden FHA-Beschlussentwurfs keine Pflicht der Parteien, an das Schiedsgericht zu gelangen.

---

[73] Inwiefern auch die SBB betroffen wären, wurde hier nicht vertieft angeschaut. Sie dürften aber in erster Linie unter das bilaterale Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 und den dortigen (wenigen) Beihilferegeln fallen.

55 Aufgrund der ***langjährigen EU-Praxis, das Merkmal der Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels sehr weit auszulegen,*** welche, zumindest aus der Sicht der EU, auch für die Auslegung der Beihilferegeln des InstA und damit auch auf das FHA herangezogen werden dürfte, könnte der Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses im InstA doch ***weiterreichende Folgen*** haben. Diese würden die direkt oder indirekt ***im Warenhandel zwischen der Schweiz und der EU tätige Schweizer Wirtschaft im Allgemeinen und die zu Gunsten von Unternehmen aus diesem Wirtschaftsbereich gewährten kantonalen Wirtschaftsförderungsmassnahmen im Besonderen*** betreffen. Mit Blick auf diese drohenden Auswirkungen und angesichts der Tatsache, dass in Freihandelsabkommen der EU mit Drittstaaten zwar regelmässig Beihilferegeln aufgenommen werden, damit aber nicht zwingend eine Auslegung nach EU-Praxis verbunden ist, ***muss erwogen werden, den Beschluss des Gemischten Ausschusses nicht mitzutragen. Allfällige derartige beihilferechtliche Änderungen des FHA können im Rahmen der geplanten Modernisierung des FHA beschlossen werden.***

56 ***In jedem Fall sollte aber versucht werden, das Beihilfe-Tatbestandsmerkmal der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Vertragsparteien selbstständig, d.h. losgelöst von der (exzessiv weiten) Praxis der EU auslegen zu können.*** Die Schweiz ist nicht EU-Mitgliedstaat und auch nicht ein EU-Beitrittskandidat, womit sich hier eine differenziertere Auslegung rechtfertigt.

57 ***Mit Abschluss künftiger Marktzugangsabkommen sind nicht nur die bekannten materiellen Auswirkungen, sondern auch die formellen Auswirkungen zu erwähnen und zwar die Unterstellung der beihilferechtlichen Kontrolle unter das Überwachungssystem gemäss Artikel 8B.*** Damit entsteht der Schweiz und den betroffenen Unternehmen mit der Notifizierungspflicht sicher ***ein bürokratischer Mehraufwand, der aber grundsätzlich naturgemäss mit Kontrollregeln einhergeht.***

58 Grundsätzlich ist gegen die Übernahme der EU-Beihilferegeln in einem (sektoriellen) Marktzugangsabkommen mit erweitertem Integrationscharakter nichts einzuwenden[74], solange auf traditionelle wirtschaftlich und politisch elementare Besonderheiten des Abkommenspartners der EU, der weder Mitgliedstaat noch EU-Beitrittskandidat ist, adäquat Rücksicht genommen wird. Angesichts der drohenden materiellen und formellen Auswirkungen, welche mit Abschluss künftiger Marktzugangsabkommen einhergehen, sind die in den Schlussfolgerungen zur Antwort auf die Frage 1 formulierten Abweichungsanliegen der Schweiz wohl angemessen und sollten im InstA vorgemerkt werden.

---

[74] Obwohl, wie oben erwähnt, die strikte Übernahme dieser Regeln und die Überwachung deren Einhaltung durch ein Schiedsgericht mit Auslegungshoheit des EuGH eigentlich nur in Assoziationsabkommen zu finden sind.

3. Zu Frage 3. Welche konkreten Auswirkungen hätte die Unterzeichnung des InstA auf die Auslegung des Freihandelsabkommens von 1972, u.a. Artikel 23 FHA?

a) Auswirkungen

59 Gemäss Art. 2 Abs. 1 InstA ist der Geltungsbereich des Abkommens auf die bestehenden und künftigen Marktzugangsabkommen zwischen den Vertragsparteien beschränkt. Unter den bestehenden Abkommen wird das Freihandelsabkommen von 1972 nicht erwähnt. Demzufolge müsste man zum Schluss gelangen, dass das InstA auf das FHA nicht anwendbar ist.

60 Hier ist allerdings auf den bereits erwähnten, dem InstA beigefügten Entwurf für einen Beschluss des Gemischten Ausschusses hinzuweisen[75]. Danach kann zum einen das für die betroffenen Abkommen vereinbarte Schiedsgericht im Einvernehmen beider Parteien auch bei Streitigkeiten bezüglich des FHA angerufen werden. Sodann wird zum anderen in einem Erwägungsgrund zum fraglichen Beschlussentwurf postuliert, dass nach Inkraftsetzung des Rahmenabkommens die Anwendung der Beihilferegeln des FHA im Einklang mit den Beihilfebestimmungen des InstA auszulegen sind.[76].

61 Fortan sollen also die Beihilferegeln des FHA nach den in Artikel 8A InstA für das LVA und künftige bilaterale Verträge formulierten – und dem EU-Recht entsprechenden[77] – Grundsätzen ausgelegt werden. Grundlegend neu wäre eine solche Interpretationsregel allerdings insofern nicht, als seinerzeit die EWG (heute EU) schon beim Abschluss des Freihandelsabkommens 1972 eine Erklärung ähnlichen Inhalts abgegeben hatte. Von grosser praktischer Bedeutung war diese Erklärung nie. Eine zweiseitige Erklärung, wie nun vorgeschlagen ist, dürfte künftig allerdings schon eher konkrete Wirkungen entfalten.

62 Für die Frage, was dies konkret für die Schweiz und ihre Beihilfenpolitik bedeuten könnte, ist auf die Ausführungen in der Antwort zur Frage 2 dieses Gutachtens zu verweisen. Kurz zusammengefasst dürfte die EU bereits nach Abschluss des InstA auf eine verstärkt binnenmarktorientierte Auslegung der Beihilferegeln in Artikel 23 Absatz 1 Ziffer iii FHA hinzuwirken versuchen. Dass Artikel 23 Absatz 1 Ziffer iii FHA durch diese Präzisierung eine direkt anwendbare Vorschrift wird, muss bezweifelt werden.

---

[75] Entwurf für einen Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Artikel 29 des am 22. Juli 1972 in Brüssel abgeschlossenen Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
[76] Erl.BR S. 16.
[77] Erl.BR, S. 10.

Vor einer allfälligen Modernisierung des FHA wird weiterhin der Gemischte Ausschuss für Streitigkeiten zuständig sein, es sei denn, die Parteien einigen sich, die Streitigkeit vom Schiedsgericht des InstA entscheiden zu lassen.

63 Im EU-Recht sind die betreffenden Grundbestimmungen durch sekundärrechtliche Erlasse konkretisiert. Solche bestehen im Verhältnis zur Schweiz nach Abschluss des InstA nur für das LVA[78]. Deren Grundsätze geben allerdings dem FHA-Gemischten Ausschuss die materiellen Vorgaben zur Auslegung der Grundbestimmungen in Artikel 8A vor. Anders können die Erwägungen des Beschlussentwurfs und auch die Erläuterungen des Bundesrats (auf Seiten 10 und 16) nicht interpretiert werden. Sollten die Parteien bei einer beihilferechtlichen FHA-Streitigkeit, wie im erwähnten Beschlussentwurf vorgesehen, das Schiedsgericht anrufen, wären spätestens bei Anrufung des EuGH die gleichen EU-Grundsätze im Spiel. Der Umstand, dass in Freihandelsabkommen der EU normalerweise bei der Formulierung oder Auslegung selbst von Wettbewerbsbestimmungen nicht eine strikte Befolgung des EU-Rechts verlangt wird,[79] dürfte durch diese explizite indirekte Verknüpfung im Beschlussentwurf kein Argument gegen eine solche Auslegung mehr sein.

b) Schlussfolgerungen

64 Der Beschlussentwurf des Gemischten Ausschusses des FHA, der als integrierender Bestandteil des InstA betrachtet werden dürfte, bewirkt, dass nach dessen Unterschrift die EU versuchen wird, ***ihre aktuelle Beihilfenpraxis auf die im Warenhandel mit der EU direkt oder indirekt involvierten Unternehmen bzw. auf staatliche Vergünstigungen an diese anzuwenden***, was die in der Antwort zu Frage 2 oben beschriebenen Konsequenzen zur Folge haben könnte. ***Die Anrufung des Schiedsgerichts des InstA durch die EU wäre aber ausgeschlossen***, wenn die Schweiz nicht einwilligt. Zuständig bliebe weiterhin wenigsten bis zu einer allfälligen Modernisierung des FHA der Gemischte Ausschuss.

[78] Vgl. Art. 8 B Ziff. 6 und Anhang X InstA
[79] Vgl. oben Antwort zu Frage 1 dieses Gutachtens.

4. Zu Frage 4: Welche Auswirkungen hätte das InstA auf ein "modernisiertes" FHA, wie es in der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz im Anhang zum InstA grob skizziert ist, insbesondere bezüglich der Beihilfenregelung. Welche Bedeutung hätten in diesem Zusammenhang die Guillotineklausel und die Ausgleichsmassnahmen?

a) Allgemein

65 In einer dem InstA beigefügten gemeinsamen Erklärung der EU und der Schweiz bekunden die Vertragsparteien die Absicht, "im Laufe des Jahres 2020" formelle Verhandlungen im Hinblick auf die Modernisierung des FHA 72 sowie weiterer handelsrelevanter Abkommen zwischen den Parteien einzuleiten (vgl. Ziff. 11 der Erklärung). Dies wird insbesondere mit dem Zeitenlauf seit 1972 und den inzwischen eingetretenen Entwicklungen begründet. Dieser Zeitraum habe zahlreiche Abkommen auf globaler wie bilateraler Ebene (WTO, Freihandelsverträge seit 2000) gebracht, die inhaltlich vielfach erheblich weiter gingen als die bilateralen vertraglichen Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz. Diese gemeinsame Erklärung ist rechtlich nicht verbindlich und die dort enthaltene Liste möglicher Themen muss von den Parteien noch präzisiert werden. Sie entsprechen aber in der Tat den Themen, die in modernen Freihandelsabkommen der EU abgehandelt werden[80].

66 Was die Bereiche für künftige Verbesserungen des FHA's im Einzelnen betrifft, sei lediglich summarisch zunächst auf Fragen im *Zoll- und Ursprungsbereich* verwiesen. Diesbezüglich soll insbesondere ein "Beratungsgremium für Handelsfragen" geschaffen werden, das der technischen Ebene Impulse geben kann. Von nicht geringer wirtschaftlicher Bedeutung wären sodann verbesserte Regeln zum *Schutz des geistigen Eigentums*, ein Gebiet, das im aktuellen FHA überhaupt nicht angesprochen wird, ferner die Weiterentwicklung der Bestimmungen über den Zugang zu *öffentlichen Beschaffungen*. Etwas ausführlicher kommen allfällige Regeln zur Liberalisierung des *Handels mit Dienstleistungen* und der Investitionen, einschliesslich des Bereichs der *Finanzdienstleistungen,* zur Sprache - Themen, die im heutigen FHA nicht berücksichtigt sind. Schliesslich seien mit den Regeln im *Bereich der staatlichen Beihilfen* homogene Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.

67 Über den Inhalt von künftigen Verhandlungen in den Bereichen zu spekulieren, ist hier wenig sinnvoll. Im Rahmenabkommen selbst wird erwähnt, dass es sich bei den fraglichen Themen erst um vorläufige grobe Ideen handle, die auf jeden Fall noch präzisiert, ergänzt oder gegebenenfalls auch gekürzt werden müssten. Sicher ist, dass sich unter den

[80] Vgl. oben Antwort zu Frage 1 des Gutachtens.

suggerierten künftigen Verhandlungsgegenständen einige befinden, die jedenfalls aus heutiger Sicht für die Schweiz von Interesse sein dürften.

68 Zentral ist allerdings, dass je nach Umfang der Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt, d.h. je nach dadurch erfolgtem Integrationsgrad, das InstA auch auf das modernisierte FHA Anwendung finden soll, mit allen damit verbundenen Konsequenzen, insbesondere die Zuständigkeit des Schiedsgerichts.[81]

b) Beihilferechtliche Regeln für Industrieerzeugnisse und Dienstleistungen

69 Was die *Beihilferegeln* im Kontext eines modernisierten FHA im Besonderen betrifft, so dürften diese durch das InstA weitgehend präjudiziert werden. Dies einerseits durch Ziffer 9 der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen, da die EU eine "genügende" Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt erreichen werden will, die eine Unterstellung unter das InstA rechtfertigt. Andererseits aber bewirkt bereits der Beschluss nach Artikel 29 FHA die Übernahme der aktuellen EU-Beihilfepraxis durch das FHA, wovon im Rahmen der Modernisierung des FHA kaum wieder Abstand genommen werden wird.

70 Relevant sind bei dieser Betrachtungsweise die Grundsätze in Artikel 8 A und 8B sowohl in materieller wie auch in institutioneller und verfahrensrechtlicher Hinsicht. So sieht das InstA zunächst einen allgemeinen Rahmen mit – nicht unmittelbar anwendbaren – materiellen Grundsätzen vor, die ausdrücklich auf das Ziel der Gewährleistung homogener Wettbewerbsbedingen ausgerichtet sind und dem EU-Recht entsprechen (vgl. oben Abschnitt a.)[82] Im Hinblick auf die Umsetzung der materiellen Grundsätze[83] soll jede Vertragspartei die staatlichen Beihilfen in ihrem Hoheitsgebiet in je eigenständiger, aber gleichwertiger Weise überwachen. Im InstA werden dafür bestimmte Modalitäten festgelegt, wie insbesondere ein *Meldeverfahren* für Beihilfen, soweit sie nicht von einer Ausnahmebestimmung gedeckt sind. Das Meldeverfahren setzt die Schaffung einer schweizerischen Behörde voraus, die bezüglich Umgang mit Beihilfen über vergleichbare Kompetenzen verfügt wie die Kommission.

71 Die konkrete rechtliche Ausgangslage zur Modernisierung des FHA ist allerdings dennoch nicht klar. Hierzu ist noch einmal zu betonen, dass die Gemeinsame Erklärung nicht

---

[81] Vgl. Ziffer 9 der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen (InstA) und Erl. BR, S. 16.
[82] Deren Grundsätze würden, wie oben erwähnt, gemäss dem schon mehrfach erwähnten Beschlussentwurf bei der Auslegung von Art. 23 FHA bereits vor der Modernisierung zur Auslegung herangezogen. Art. 8 B Ziff. 6 und Anhang X InstA beschreiben das Vorgehen im Zusammenhang mit dem LVA.
[83] Vgl. Ziff. 9 der Gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen mit Verweisung auf Art. 8 A und Art. 8 B. Gemäss Ziff. 6 des Art. 8 B wird auf die einschlägigen Vorschriften des EU-Rechts verwiesen.

rechtsverbindlich ist. Zum zweiten stellt, wie oben erwähnt, Ziffer 9 eben dieser Erklärung explizit fest, dass das InstA nur insoweit bei der Modernisierung des FHA massgeblich ist, als dies der Umfang der Beteiligung am EU-Binnenmarkt rechtfertigt, was ebenfalls noch nicht feststeht, selbst wenn die EU in den Verhandlungen dieses Ziel verfolgen wird. Der ebenfalls bereits erwähnte Beschlussentwurf, der verlangt, dass bei Abschluss des InstA die Bestimmungen von Teil II des InstA bei der Auslegung von Artikel 23 FHA Absatz 1 Ziffer iii berücksichtigt werden sollen, dürfte hingegen doch bereits dahingehend in gewisser Hinsicht präjudizierend sein, dass im Rahmen der geplanten Modernisierung die materiellen, institutionellen und verfahrensrechtlichen Bestimmungen auch tatsächlich umgesetzt werden.

72 Die möglichen Konsequenzen in materiellrechtlicher Hinsicht wurden bereits in der Antwort zur Frage 2 des Gutachtens behandelt.

73 Ein nicht ganz einfaches, aber doch lösbares Problem stellt sich bezüglich der EU-Forderung nach einer *schweizerischen Überwachungsinstanz* mit ähnlichen Kompetenzen wie sie die EU-Kommission hat (Ex-ante-Kontrolle von Beihilfen). Dies vor allem auch im Hinblick auf die Souveränität der Kantone bzw. deren Kompetenz zur kantonalen Wirtschaftsförderung. Als mögliche Lösung, statt der heute im Rahmen der LVA-Umsetzung getroffenen Weko-Lösung, käme ein Konkordat analog der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen in Frage. Sich hierüber allerdings bereits jetzt weitreichende Gedanken zu machen, scheint unter den gegebenen Umständen allerdings verfrüht.

c) Ausgleichsmassnahmen und Guillotine-Klausel

74 Im Zusammenhang mit den Auswirkungen des InstA auf das FHA wird auch die Frage aufgeworfen, ob bereits das bestehende Freihandelsabkommen Ausgleichsmassnahmen vorsieht. Dies ist der Fall, allerdings ist dort nicht von Ausgleichs-, sondern von Schutzmassnahmen die Rede.[84] Der Begriff "Ausgleichsmassnahmen" könnte den Vorteil haben, dass in ihm bereits die Idee der Verhältnismässigkeit anklingt. Das heisst aber nicht, dass die heute im FHA vorgesehenen Schutzmassnahmen bei (behaupteten) Vertragsverletzungen, z.B. im Beihilfebereich, willkürlich sein können. Eine explizite Prüfung der Verhältnismässigkeit findet allerdings nicht statt.

75 Betreffend der Guillotine-Klausel kann festgestellt werden, dass sowohl die Schweiz wie auch die EU das InstA kündigen können. In Artikel 22 sind keine Kündigungsgründe genannt. Im Falle einer Kündigung des InstA treten das InstA und die sich auf

[84] Vgl. Art. 28 FHA.

dieses beziehenden Abkommen ausser Kraft. Die "Guillotine-Klauseln, die in den Abkommen der Bilateralen I vorgesehen sind, kommen im Falle einer Kündigung des InstA nicht ohne Weiteres zur Anwendung. Die fünf bereits bestehenden, vom InstA abgedeckten Abkommen bzw. allfällige künftige derartige Abkommen würden also nicht automatisch ausser Kraft treten[85]. Das InstA sieht vielmehr einen Konsultationsprozess von drei Monaten vor, innerhalb dem sich die Parteien auf die Modalitäten einer Weiterführung u.U. auch nur einzelner der Marktzugangsabkommen einigen können. Wird keine Einigung erzielt, treten die Abkommen, d.h. das InstA sowie die bestehenden Abkommen und künftigen Marktzugangsabkommen (Artikel 2 InstA) nach Ablauf der betreffenden Kündigungsfristen ausser Kraft[86].

76 Da das FHA jedenfalls bis zu seiner geplanten Modernisierung nicht dem InstA unterstellt ist[87], bleibt es von einer allfälligen Kündigung des InstA unberührt[88]. Dies könnte sich aber im Rahmen der geplanten Modernisierung ändern. Gemäss Ziffer 9 der bereits mehrfach erwähnten gemeinsamen Erklärung EU-Schweiz zu den Handelsabkommen könnte, je nach Umfang der Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt "aufgrund des modernisierten FHA"[89], letzteres dem InstA unterstellt werden und wäre dann grundsätzlich auch "Opfer" einer Kündigung nach Artikel 22 InstA.

Es gibt allerdings noch gar keine Informationen bis zu welchem Grad, wenn überhaupt, die Schweiz sich qua FHA im EU-Binnenmarkt integrieren will, weshalb auf diese Frage nur spekulativ geantwortet werden könnte. Die aus der Sicht des Verfassers dieses Gutachtens zentrale Frage, ob die EU im Rahmen eines Streitentscheidungsverfahrens mit einer drohenden Kündigung nach Artikel 22 InstA unter Druck setzen kann, wird in der Antwort zur Frage 3 (s. unten "Weitere Fragen") behandelt.

d) Schlussfolgerungen

77 ***Ziffer 9 der Gemeinsamen Erklärung der EU und der Schweiz zu den Handelsabkommen und vor allem der Beschluss des Gemeinsamen Ausschusses nach Artikel 29 FHA dürften präjudizierende Wirkung auf die Gestaltung eines modernisierten FHA***

---

[85] Vgl. Erl. BR, S. 15.
[86] Ob die Kündigungsfrist immer sechs Monate nach Notifizierung der Kündigung beträgt wird aus Art. 22 InstA nicht klar.
[87] Vgl. Erl.BR S. 15
[88] Der Beschlussentwurf und die darin erwähnte "Verbindung" des Teils II des InstA und Artikel 23 FHA über die Wiener Konvention reicht für ein gleichzeitiges Ausserkrafttreten auch des FHA nicht aus. Hingegen ist nicht klar, ob mit dem Dahinfallen des InstA und der letzteren Abkommen der Bilateralen I auch noch die zwei Abkommen der Bilateralen I dahinfallen, die nicht vom InstA gedeckt sind. Diese Frage dürfte aber in einem solchen Fall von untergeordneter Bedeutung sein.
[89] Erl.BR S. 16.

puncto Beihilferegeln der Art haben, dass bereits mit Abschluss die EU-Praxis übernommen wird. Die Unterstellung des modernisierten FHA unter das InstA und das Schiedsgericht hängen aber vom Umfang der Integration der Schweiz im EU-Binnenmarkt ab. Es gibt keine rechtsverbindliche Pflicht der Schweiz, einer Modernisierung des FHA zuzustimmen. Was die Gestaltung der Modernisierung des FHA betrifft, gibt es aber durchaus Bereiche, die der Schweiz entgegenkommen könnten.

Bereits das bestehende FHA kennt das Instrument der Ausgleichs- bzw. Schutzmassnahmen.

Von einer Kündigung des InstA bliebe das FHA unberührt. Dies könnte sich aber mit einer Modernisierung des FHA insofern ändern, als das modernisierte dem InstA unterstellt werden könnte, wenn die Integration der Schweiz im EU-Binnenmarkt eine solche Unterstellung rechtfertigt In einem solchen Fall könnte das (modernisierte) FHA nach einer Kündigung des InstA i.S. von Artikel 22 InstA und nach erfolgloser Konsultation im horizontalen Ausschuss zusammen mit anderen dem InstA unterstellten Abkommen dahinfallen.

III. Weitere Fragen:

1. Kann die Unionsbürgerrichtlinie im Zusammenhang mit dem Rahmenabkommen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU überhaupt noch zum Thema werden und inwiefern bzw. wann?

a) Auftrag und Ausgangslage

Die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des *Nationalrats* (WAK-N) möchte bezüglich des vorliegenden Entwurfs des Institutionellen Abkommens (InstA)[90] wissen, ob die Unionsbürgerrichtlinie (UBRL)[91] im Zusammenhang mit dem InstA im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU überhaupt noch zum Thema werden kann und falls ja, inwiefern und wann.

In seinen Erläuterungen zum InstA[92] erklärt der Bundesrat, dass die UBRL, welche durch den Vertrag von Maastricht 1992 ermöglicht wurde, innerhalb der EU dahingehend zu einem Systemwechsel führte, dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit zum Konzept einer eigentlichen Unionsbürgerschaft weiterentwickelt worden sei[93].

Gemäss dem dritten Erwägungsgrund zur UBRL:

> *[Die Unionsbürgerschaft] sollte der grundsätzliche Status der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten sein, wenn sie ihr Recht auf Freizügigkeit und Aufenthalt wahrnehmen. Daher müssen die bestehenden Gemeinschaftsinstrumente, die Arbeitnehmer und Selbstständige sowie Studierende und andere beschäftigungslose Personen getrennt behandeln, kodifiziert und überarbeitet werden, um das Freizügigkeits- und Aufenthaltsrecht aller Unionsbürger zu vereinfachen und zu verstärken.*

Das Freizügigkeitsabkommen (FZA)[94] wurde in der Überzeugung geschlossen, dass die Freizügigkeit der Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei wesentlicher Bestandteil einer harmonischen Entwicklung ihrer Beziehungen ist und das diese

---

[90] Abkommen zur Erleichterung der bilateralen Beziehungen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den Bereichen des Binnenmarkts, an denen die Schweiz teilnimmt.
[91] Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG, ABl. L 158 v. 30, April 2004, S.77.
[92] Erläuterungen zum institutionellen Abkommen Schweiz-EU vom 16. Januar 2019 (Erl. BR).
[93] Erl. BR, S. 13
[94] Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit; SR 0.142.112.681.

Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen verwirklicht werden soll[95].

Die UBRL wird im FZA in seiner derzeitigen Fassung[96] nirgends erwähnt. Auch im InstA wird die UBRL nirgends erwähnt.

b) Kurzbeurteilung

Die Verweise im FZA auf das Unionsrecht (Verträge und Sekundärrecht) sind grundsätzlich statisch, d.h. die Schweiz ist lediglich verpflichtet, das zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA bestehende Unionsrecht bzw. die dannzumal einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu berücksichtigen[97].

Im InstA ist die Situation anders:

> *Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität der Abkommen sorgen die Europäische Union und die Schweiz gemäss den Bestimmungen in Teil II, Kapitel 3 dieses Abkommens dafür, dass die Rechtsakte der Europäischen Union, die in den Bereichen der betroffenen Abkommen erlassen werden, nach deren Verabschiedung so rasch wie möglich in das entsprechende Abkommen integriert werden, und bestätigen – wenn das betroffene Abkommen dies vorsieht – die Gleichwertigkeit ihrer Gesetzgebungen, um das angestrebte Ergebnis der Rechtsakte der Europäischen Union, auf die Bezug genommen wird, sicherzustellen*[98].

Weiter entwickeltes EU-Recht muss demnach in denjenigen Bereichen, in denen die Schweiz am Binnenmarkt teilnimmt, in die jeweiligen Abkommen integriert werden.

EPINEY weist zu Recht darauf hin, dass sich aus dem Abkommenstext des InstA nicht in jeder Hinsicht zweifelsfrei feststellen lässt, unter welchen Voraussetzungen genau eine Weiterentwicklung des betreffenden unionsrechtlichen Besitzstands anzunehmen ist[99]. Damit kann die UBRL grundsätzlich zu einem Anwendungsfall für das im InstA vorgesehene Schiedsgericht werden.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang, dass die UBRL teilweise Aspekte regelt, welche die Schweiz im Rahmen des FZA 2002 übernommen hat. Zum einen verweist das

---

[95] Präambel zum FZA.
[96] Stand am 1. Januar 2019.
[97] Art. 16 FZA.
[98] Art. 5 InstA.
[99] Astrid Epiney, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Jusletter 17. Dezember 2018, Rz. 23 ff.

FZA auf bestimmte, durch die UBRL aufgehobene Erlasse des EU-Sekundärrechts[100], zum andern formuliert das FZA die Bedingungen der Freizügigkeit aus, wobei sich die Formulierungen weitgehend an das zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA geltende EU-Sekundärrecht anlehnen[101]. Das Bundesgericht etwa führte zur UBRL aus:

> *Die Richtlinie 2004/38/EG fasste im Wesentlichen die bestehenden Gemeinschaftsinstrumente zur Freizügigkeit zusammen, kodifizierte die Rechtsprechung des Gerichtshofs und modifizierte die bisherige Rechtslage nur punktuell. Die Freizügigkeit und das Niederlassungsrecht der Arbeitnehmer bildeten bereits einen wesentlichen Inhalt des ursprünglichen Vertrags vom 25. März 1957 zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft [...]. Sie wurde im Verlauf der Jahre durch verschiedene Erlasse, worunter durch die genannten, von der Richtlinie 2004/38/EWG inzwischen abgelösten Rechtsakte, der jeweils zuständigen Organe konkretisiert, die alle - teilweise lange Zeit - vor Abschluss des Freizügigkeitsabkommens mit der Schweiz in Kraft traten*[102].

Zweck des FZA war die Einführung einer *begrenzten* Freizügigkeit. Dazu die Botschaft zum FZA:

> *Die Regeln des Freien Personenverkehrs – wie sie innerhalb der EU bereits zur Anwendung kommen – gelten grundsätzlich nach Ablauf der Übergangsfrist auch für die Schweiz. [...] Der Freie Personenverkehr, der bereits im EWG-Vertrag in den Artikel 48 ff. definiert wurde, umfasst die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Selbstständigerwerbenden, d. h. alle Bürger der EU können ihren Arbeitsplatz und ihren Aufenthaltsort innerhalb des Binnenmarktes frei wählen und geniessen dort dieselben Rechte wie die inländische Bevölkerung. Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Aufenthaltsrechts ist die Aufnahme einer selbstständigen oder unselbstständigen Tätigkeit; es gibt im Binnenmarkt keine Freizügigkeit der Arbeitslosen (Leistungsexport der Leistungen der Arbeitslosenversicherung während maximal 3 Monaten)*[103].

Erweiterungen der unionsrechtlichen Freizügigkeit, welche über die zwischen der Schweiz und der EU vereinbarten begrenzten Freizügigkeit der Arbeitnehmer hinausgehen, dürften nach dem Gesagten nur schwer als Weiterentwicklungen gemäss Art. 5 InstA verstanden werden. Letztlich aber kann nicht vorausgesagt werden, wie das Schiedsgericht dereinst entscheiden wird. Der Bundesrat täte daher gut daran, gegenüber der EU *vor der Unterzeichnung des InstA* den Zweck des FZA zu betonen bzw. klarzustellen, dass Erweiterungen der unionsrechtlichen Freizügigkeit, welche über die zwischen der Schweiz und der EU vereinbarten begrenzten Freizügigkeit hinausgehen, nicht Gegenstand des InstA sein können.

---

[100] Im FZA wird verwiesen auf die Richtlinie 64/221/EWG, die Richtlinie 72/194/EWG, die Richtlinie 75/34/EWG und auf die Richtlinie 75/35/EWG.
[101] Astrid Epiney, Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU, in: Jusletter 17. Dezember 2018, Rz. 31.
[102] BGE 136 II 5.
[103] BBl 1999 6128, 6310 f.

c) Fazit

Die Frage der WAK-N *"Kann die Unionsbürgerrichtlinie im Zusammenhang mit dem Rahmenabkommen im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU überhaupt noch zum Thema werden und inwiefern bzw. wann?"* ist wie folgt zu beantworten:

Die UBRL kann sehr wohl zum Thema werden. Dies namentlich dann, wenn es um Weiterentwicklungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer geht, wie sie zwischen der Schweiz und der EU in Anlehnung an das EU-Sekundärrecht bzw. durch Verweis darauf vereinbart wurden. Zahlreiche dieser Sekundärerlasse wurden denn auch von der UBRL 2004 übernommen und wurden entsprechend weiter entwickelt. Hingegen sollten nach hier vertretener Meinung Erweiterungen dieser Freizügigkeit nicht von Art. 5 InstA erfasst sein. Die im FZA manifestierten Grenzen sind zu beachten. In jedem Fall täte der Bundesrat gut daran, gegenüber der EU *vor der Unterzeichnung des InstA* den Zweck des FZA zu betonen bzw. klarzustellen, dass Erweiterungen der unionsrechtlichen Freizügigkeit, welche über die zwischen der Schweiz und der EU vereinbarten begrenzten Freizügigkeit hinausgehen, nicht Gegenstand des InstA sein können.

2. *Welche materiellen und formellen Auswirkungen hätte das Abkommen auf die Schweizer Regelungen der MWSt (s. angekündigte Klage der EU gegen UK wegen zu geringer MWSt-Erhebung im Rohstoffhandel) konkret?*

Gemäss Medienberichten[104] plant die Europäische Kommission das Vereinigte Königreich vor den Europäischen Gerichtshof zu ziehen, da die UK im Rohstoff-Derivatenhandel keine MWSt erhebt. Die Europäische Kommission ist der Ansicht, dass diese Steuerpraxis den EU-MWSt-Prinzipien zuwiderlaufen und auch eine Beihilfe im Sinne von Artikel 107ff. AEUV darstellen könnte. Eine verlässliche rechtliche Beurteilung durch die Europäische Kommission hat bisher noch nicht stattgefunden.

Ohne dass der Verfasser die Einzelheiten dieses Falls kennt, geht es der Europäischen Kommission offenbar darum, dass die Ausnahme von der systemgemäss für Transaktionen geschuldete MWSt selektiv ist, d.h. einigen Unternehmen bzw. einem bestimmten Sektor zugute kommt und daher eine unzulässige Beihilfe darstellen könnte.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass MWSt-Ausnahmen bzw. tiefere MWSt-Sätze für bestimmte Unternehmen oder Sektoren (wie beispielsweise für Beherbergungsdienstleistungen und Lebensmittel oder für ganze Sektoren wie Gesundheit, Schulungen, Banken, Versicherungen, Immobilien etc. in der Schweiz) einen selektiven Vorteil

[104] Vgl. https://regfollower.com/2019/01/25/european-commission-to-launch-proceedings-agsinst-UK-over-VAT-treatment-of-commodity-traders/

im Sinne der EU-Beihilfedefinition darstellen dürfte. Würde die betreffende Vergünstigung ein dem InstA unterstehendes Abkommen oder das FHA, das mit dem Gemeinsamen Beschluss i.S. FHA die Auslegungspraxis der EU zum Beihilfebegriff übernimmt, betreffen, könnte ein selektiver Vorteil gegeben sein.

Eine andere Frage ist, ob die jeweilige Vergünstigung dann auch tatsächlich den Wettbewerb verfälschen bzw. den Handel zwischen der Schweiz und der EU beeinträchtigen könnte. Diese muss im Einzelfall analysiert werden. Entscheidend ist in erster Linie, ob es sich um einen internationalen Markt handelt und ob die Vergünstigung tatsächlich geeignet ist, den Wettbewerb und den Handel mit der EU zu behindern.

Angesichts der Tatsache, dass die Europäische Kommission sich im Zusammenhang mit der MWST-Problematik des Vereinigten Königreichs offenbar relativ lange Zeit gelassen hat, bis sie aktiv geworden ist, zeigt, dass MWSt-Differenzierungen wohl nicht zuoberst auf der Prioritätenliste der EU stehen, es sei denn, es betrifft einen wichtigen Markt und die Vergünstigung ist bedeutend und wettbewerbswirksam. Relevant dürfte im konkreten Einzelfall auch sein, ob die MWSt-Ausnahme einem übergeordneten öffentlichen Interesse entspricht.

3. *Analyse der Konsequenzen der dynamischen resp. zwingenden Rechtsübernahme von EU-Recht*

Die Modalitäten der Übernahme von EU-Recht im Zusammenhang mit der Anpassung der betroffenen Verträge werden im Kapitel 4 InstA recht detailliert beschrieben. Sie lassen dennoch einige Fragen offen. Zum einen ist fraglich, ob die in Artikel 12 im Rahmen der Erarbeitung eines EU-Rechtsakts beschriebene Zusammenarbeit mit der Schweiz letzterer tatsächlich erlauben wird, ihren Standpunkt neben allen anderen EU-Mitgliedstaaten in den betreffenden Rechtsakt massgeblich einfliessen zu lassen.

Jede Übernahme von EU-Recht in einem Marktzugangsabkommen erfordert grundsätzlich den entsprechenden Beschluss des zuständigen Gemischten Ausschusses. Die Umsetzung in Schweizer Recht erfolgt nach den staatsrechtlichen Grundsätzen der Schweiz, was auch die Beachtung der verfassungsrechtlichen Prinzipien der Schweiz miteinschliesst[105].

Die wichtige Frage, nämlich welches die Folgen sind, wenn die Schweiz sich ausserstande sieht, einen Rechtsakt zu übernehmen, wird in diesem Kapitel nicht geregelt. Wie der Bundesrat geht auch der Verfasser davon aus, dass in einem solchen Fall der Streitentscheidungsmechanismus des InstA in Gang gesetzt werden muss. Die Frage ist

[105] Vgl. Erl.BR S. 6 und Art. 13f. InstA.

hier, welche Arten von Ausgleichsmassnahmen die EU anordnen könnte. Fest steht, dass eine Ausgleichsmassnahme im äussersten Fall eine teilweise oder vollständige Suspendierung des oder der betroffenen Abkommen beinhalten kann und zudem vom Schiedsgericht auf seine Verhältnismässigkeit geprüft werden kann[106]. Eine Kündigung des Abkommens nach Artikel 22 InstA als Ausgleichsmassnahme ist nicht vorgesehen. Die grosse Unbekannte ist jedoch, ob nach länger dauernder Suspendierung von Abkommen nicht doch eine Kündigung drohen kann. Eine solche ist gemäss Wortlaut von Artikel 22 InstA offenbar ohne Angabe von Gründen möglich.

4. *Bedeutung und Konsequenzen der Guillotine-Klausel (Art. 22 Abkommen)*

Wir verweisen auf die Antwort zur Hauptfrage 4 (Abschnitt c)). Die Frage, ob das InstA ohne irgendwelchen Grund gekündigt werden kann, ist schwierig zu beantworten, da weder das InstA noch die bundesrätlichen Erläuterungen hierzu irgendwelche Anhaltspunkte vermitteln. Der Wortlaut von Artikel 22 InstA sieht jedenfalls nicht vor, dass eine Kündigung nur bei Angabe von Gründen gültig ist. Da die Frage, ob eine Kündigung begründet werden muss oder ob sie im Einzelfall verhältnismässig ist oder nicht, schlussendlich eine Auslegungsfrage des InstA betrifft, dürfte eine solche Kündigung, wenn der andere Abkommenspartner damit nicht einverstanden ist, beim Gemischten Ausschuss und dann allenfalls beim Schiedsgericht landen. Der EuGH müsste zu dieser Frage kaum anzufragen sein.

Erfolgt eine Kündigung nach einer sog. Ausgleichsmassnahme im Rahmen eines Streitentscheidungsverfahrens, die aber die Gegenpartei nicht zum Einlenken bringt, erscheint eine solche Kündigung in Anbetracht der möglichen schwer wiegenden Folgen im Gesamtkontext des InstA zumindest fraglich. Das Schiedsgericht hätte wohl das letzte Wort. Diese Frage sollte vor dem Abschluss des InstA aus der Sicht der Schweiz unbedingt geklärt werden.

.....
Prof. Dr. Philipp Zurkinden

Bern, 21. Februar 2019

[106] Art. 10 Abs. 6 und 7 InstA.