

rods
ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 131 (2012) I · Heft 3

Herausgeber

Bernard Dutoit

Stephen V. Berti

Peter Isler

Pascal Pichonnaz

Daniel Thürer

Hans Peter Walter

Helbing Lichtenhahn Verlag

Öffentliches Wirtschaftsrecht. Das Standardwerk in Neuauflage.



Dieses neu aufgelegte, vollständig überarbeitete Lehr- und Handbuch bietet Studierenden und Praktikern einen kompakten Gesamtüberblick über das aktuelle Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht. Namentlich wird auf das wechselseitige Verhältnis von Recht, Staat und Wirtschaft eingegangen, werden Querbezüge zur Sozial-, Arbeits-, Finanz- und Umweltverfassung hergestellt und erfolgt eine Einbettung in das internationale Wirtschaftsrecht.

In einem allgemeinen Teil stehen die grundrechtlichen, bundesstaatlichen und internationalen Aspekte im Zentrum, wobei die Wirtschaftsfreiheit eine besonders ausführliche, kommentarartige Erörterung erfährt. Im besonderen Teil werden verschiedene Wirtschaftspolitiken des Bundes (insb. Wettbewerbs-, Prozess-, Struktur-, Aussenwirtschaftspolitik) sowie ausgewählte Bereiche der Wirtschaftsaufsicht behandelt, wobei den verfassungsrechtlichen und internationalen Bezügen sowie dem Charakter des öffentlichen Wirtschaftsrechts als «law in action» besondere Aufmerksamkeit geschenkt wird.

Die Autoren

Prof. em. Dr. iur. **René Rhinow**, Seltisberg; Prof. Dr. iur. **Gerhard Schmid**, Rechtsanwalt in Basel; Prof. Dr. iur. **Giovanni Biaggini**, Universität Zürich und Prof. Dr. iur. **Felix Uhlmann**, LL.M., Universität Zürich

2., vollständig überarbeitete Auflage 2011
776 Seiten, gebunden
CHF 148.–
ISBN 978-3-7190-2774-2



Fax-Bestellschein (061 228 91 50). Ja, senden Sie mir bitte gegen Rechnung folgenden Titel

Ex. Titel	Preis zzgl. Versandkosten CHF	ISBN
Rhinow Schmid Biaggini Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage 2011, 776 S., geb.	148.–	978-3-7190-2978-4

Name _____ PLZ/Ort _____

Strasse/Nr. _____ Datum/Unterschrift _____

Portofreie Lieferung bei Bestellungen ab CHF 150.–

www.helbing.ch

ZSR

Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer

MATTHIAS OESCH*

Schlagwörter: Subventionen, staatliche Beihilfen, WTO-Recht, EU-Recht, bilaterale Abkommen, Freihandelsabkommen, WEKO, Wirtschaftsfreiheit, Steuererleichterungen, Binnenmarktgesetz

A. Einleitung

Subventionen finden regelmässig den Weg in die *Headlines* – seien es *à fonds perdu*-Beiträge der Vereinigten Staaten an Boeing, Direktzahlungen des französischen Staates an ausgewählte Bauernbetriebe, vorzugsbedingte Liquiditätshilfen deutscher Bundesländer an Opel, Steuererleichterungen zugunsten des Tourismusprojekts Andermatt Swiss Alps oder die vorgezogene Einzonung von Bauland zugunsten von Novartis in Nyon. Gemeinsam ist all diesen Konstellationen, dass eine staatliche Stelle bezweckt, die private Erwerbstätigkeit im öffentlichen Interesse zu beeinflussen, und deshalb ausgewählten Unternehmen wirtschaftliche Vorteile gewährt, von denen diese unter normalen Marktbedingungen nicht profitieren würden.¹ Subventionen bzw. – synonym verstanden – Finanzhilfen (gemäss schweizerischer Terminologie) oder staatliche Beihilfen (als spezifisch europarechtlicher Begriff) bewegen sich in einem Spannungsfeld. Auf der einen Seite gehören sie zum Standardrepertoire staatlicher Politikgestaltung und korrigieren unerwünschte Verzerrungen auf imperfekten Märkten. Sie erhalten Arbeitsplätze, fördern die Entwicklung neuer Technologien und tragen zur Prosperität benachteiligter Regionen bei. Auf der anderen Seite konfliktieren Subventionen mit dem Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität. Gemeinwesen privilegieren ausgewählte Wirtschaftsteilnehmer und benachteiligen damit indirekt ihre Konkurrenten. Das wettbewerbliche *level playing field* gerät in Schieflage. Problematisch sind insbesondere Subventionen, welche

* PD Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M., Assistenzprofessor an der Universität Bern, matthias.oesch@iew.unibe.ch.

¹ Vgl. dazu RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011, § 16 Rz. 63.

einheimischen Wirtschaftsteilnehmern gewährt werden und damit Marktzugangsrechte auswärtiger Konkurrenten untergraben bzw. neutralisieren. Legitime Erwartungen werden enttäuscht.

Das Recht steht vor der Herausforderung, die unterschiedlichen Interessenlagen – legitime Politikgestaltung qua Subventionsvergabe vs. Schutz auswärtiger Wirtschaftsteilnehmer vor wettbewerbsverzerrender Bevorzugung einheimischer Konkurrenten – einzufangen und einem angemessenen Ausgleich zuzuführen. Darum geht es in diesem Beitrag. Er untersucht die regulatorischen Lösungen der verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung und würdigt diese kritisch.² Das WTO-Recht enthält zumindest für den Warenhandel umfassende subventionsrechtliche Vorgaben (B.). Das EU-Binnenmarktrecht kennt ein Beihilfeverbot, lässt für spezifische Tatbestände aber Ausnahmen zu (C.). Bilaterale (Freihandels-) Abkommen verweisen auf das einschlägige WTO-Recht oder lehnen sich an das EU-Beihilfeverbot an (D.). Demgegenüber enthält das schweizerische Binnenmarktrecht kein Beihilfeverbot an die Adresse der Kantone. Immerhin setzt der Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität gewisse Schranken. Zudem existieren im Bundes- und Konkordatsrecht Vorschriften gegen ungerechtfertigte Steuererleichterungen (E.). Ein zusammenfassendes Fazit schliesst die Ausführungen thesenartig ab (F.). Thematisch sind diese vertikal angeordneten «Subventions-Teilordnungen» eng verklammert. Das Grundproblem, die Gewährung handelsverzerrender Subventionen zu disziplinieren, stellt sich für alle Teilordnungen in vergleichbarer Form und generiert ähnliche Lösungen. Gleichwohl steht die Entwicklung einheitsstiftender Grundstrukturen für eine gesamtheitliche und kohärente Subventionsrechtsordnung erst in den Anfängen.

B. WTO-Recht

Das WTO-Recht enthält diverse Vorschriften über die Gewährung von Subventionen. Dies gilt zuvörderst für das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT) von 1947 (I.). Detaillierte Regelungen finden sich sodann im Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, SCM Abkommen) von 1995 (II.). Demgegenüber enthält das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (*General Agreement on Trade in Services*, GATS) keine subventionsrechtlichen Bestimmungen (III.).

2. Demgegenüber befasst sich dieser Beitrag nicht mit der Subventionsgewährung durch Zentralstellen, d.h. durch die EU (dazu WALTER FRENZ, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, Berlin 2007, Rz. 77–93) oder den Bund (dazu Subventionsbericht 2008 des Bundesrats vom 30. Mai 2008, BBl 2008 6229) selber.

I. Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen

Das GATT-Recht regelt die Zulässigkeit von Subventionen nur rudimentär. Das Kardinalsprinzip der Inländerbehandlung (*national treatment*) findet auf die Gewährung von Subventionen keine Anwendung. Art. III:8(b) GATT stipuliert diesbezüglich eine Ausnahme.³ Damit besteht für ausländische Unternehmen grundsätzlich kein Anspruch auf Nichtdiskriminierung bzw. (positive) Gleichbehandlung in Bezug auf die Gewährung von Subventionen. Problematisch sind im Licht von Art. III GATT allerdings Subventionen, deren Ausschüttung davon abhängig gemacht wird, dass einheimische Produkte gegenüber ausländischen Erzeugnissen bevorzugt werden.⁴

Die zentralen Vorschriften über Subventionen finden sich in Art. XVI GATT. Abschnitt A regelt Subventionen im Allgemeinen. Diese Bestimmungen erschöpfen sich praktisch in Notifikations- und Konsultationspflichten, sofern sich eine Subvention auf den internationalen Handel auswirkt und zu einer ernsthaften Schädigung der Interessen einer anderen Vertragspartei führt bzw. zu führen droht. Abschnitt B enthält zusätzliche Vorschriften über Ausfuhrsubventionen, welche grundsätzlich verboten sind, sofern eine Vertragspartei durch die Subventionierung eines Grundprodukts (*primary product*) einen übermässigen Anteil am Welthandel dieses Produkts erreicht. In Bezug auf alle weiteren Produkte verpflichteten sich die Vertragsparteien, ab 1. Januar 1958 keine Subventionen zu gewähren, welche den Verkauf dieser Produkte zwecks Ausfuhr zu einem Preis ermöglichen, der unter dem vergleichbaren Inlandspreis einer gleichartigen Ware liegt. In der Praxis blieben die Vorschriften von Art. XVI GATT weitgehend wirkungslos.⁵ Die Auslegung der zentralen Begriffe war unter den Vertragsparteien umstritten.⁶ Zudem erlangte Abschnitt B nur für einen Teil der Vertragsparteien Rechtsverbindlichkeit.⁷ Schliesslich war der Rechtsschutz unter dem GATT 1947 nur rudimentär entwickelt und folgte der Prärogative der Diplomatie.⁸ Immerhin

3. Siehe zur (restriktiven) Auslegung der Ausnahme von Art. III:8(b) GATT *Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery*, Panel Report, angenommen am 23. Oktober 1958, BISD 7S/60 (1961), Rz. 13–14.

4. Siehe in Bezug auf Steuererleichterungen etwa OLIVER BARTHOLET, WTO und Steuern: Interdependenzen von WTO-Grundprinzipien und nationalem Steuer- und Abgaberecht, ASA 72, S. 337, 369; *US – Tax Treatment for «Foreign Sales Corporations» – Recourse to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS108/RW, Panel Report, Rz. 8.142.

5. CHRISTIAN PITTSCHAS, Das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, in: Hans-Joachim Priess/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, Rz. 4, – Aus diesem Grund suchten Vertragsparteien verschiedentlich Zuflucht in Nichtverletzungsbeschwerden gemäss Art. XXIII:1(b) GATT, um gegen handelsverzerrende Subventionen anderer Vertragsparteien vorzugehen, vgl. etwa *EEC – Payments and Subsidies Paid to Processors and Products of Oilseeds and Related Animal-Feed Proteins*, Panel Report, angenommen am 25. Januar 1990, BISD 37S/86 (1991), Rz. 144–156.

6. FRENZ (Fn. 2), Rz. 156.

7. JOHN H. JACKSON, *The World Trading System*, 2nd ed., Cambridge/Massachusetts 1999, S. 286.

8. Siehe zum Streitbeilegungsverfahren unter dem GATT 1947 MATTHIAS OESCH, Das Streitbeilegungsverfahren der WTO, recht 2004, S. 192, 192–193.

erlaubte Art. VI GATT den Vertragsparteien, gegen subventionierte Produkte Ausgleichszölle (*countervailing duties*) zu erheben. Davon machten vor allem die Vereinigten Staaten regen Gebrauch.

II. Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen

Die GATT-Vertragsparteien handelten bereits im Rahmen der Tokyo Runde (1974–1979) einen separaten Subventionskodex aus. Damit sollten die Vorgaben von Art. VI und Art. XVI GATT klarer gefasst und die weitherum grosszügige Subventionspraxis der Vertragsparteien diszipliniert werden. Dieses Unterfangen gelang nur teilweise. Bloss eine Minderheit der Vertragsparteien ratifizierte den Kodex. Zudem litt er weiterhin unter erheblichen Rechtsschutzdefiziten. Der Durchbruch erfolgte erst im Rahmen der Uruguay Runde (1986–1995), welche zur Gründung der WTO führte. Der Subventionskodex wurde überarbeitet, verfeinert und als Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen (SCM Abkommen) am 1. Januar 1995 in Kraft gesetzt.

1. Verbotene und anfechtbare Subventionen

Das SCM Abkommen enthält eine umfassende Definition von Subventionen.⁹ Darunter fallen finanzielle Beihilfen aus öffentlichen Mitteln sowie jede Form von Einkommens- oder Preisstützungen, sofern dadurch ein Vorteil gewährt wird. Der Begriff der finanziellen Beihilfen wird in Art. 1.1 a) 1. (i) bis (iv) näher präzisiert. Demnach gelten direkte Transfers von Geldern, Steuererleichterungen, die Zurverfügungstellung von Sachleistungen, die nicht zur allgemeinen Infrastruktur gehören, sowie der Aufkauf von Waren als finanzielle Beihilfen.¹⁰ Zusätzlich muss das Erfordernis der Spezifität erfüllt sein.¹¹ Subventionen, welche ausschliesslich an bestimmte Unternehmen bzw. Industriezweige oder an bestimmte Unternehmen innerhalb eines geographischen Gebiets gewährt werden, gelten gemäss Art. 2 des SCM Abkommens als spezifische Subventionen. Umgekehrt stellen etwa allgemein geltende Steuersätze oder deren Änderung gemäss Art. 2.2 keine spezifischen Massnahmen dar. In Bezug auf die Zulässigkeit von (spezifischen) Subventionen beruht das Abkommen auf dem sog. *traffic light approach*:

- Subventionen, welche von einer Ausführleistung abhängen (Ausfuhrsubventionen), sowie solche, welche davon abhängen, dass einheimische Produkte

gegenüber importierten Produkten bevorzugt werden (Importsubstitutions-subventionen), sind gemäss Art. 3 des SCM Abkommens *per se* verboten (*red light*).¹² Anhang I enthält eine illustrative Auflistung typischer Tatbestände von Ausfuhrsubventionen.

- Spezifische Subventionen, welche sich nachteilig auf die Interessen eines oder mehrerer anderer WTO-Mitglieder auswirken, sind anfechtbar (*yellow light*). Art. 5 des SCM Abkommens nennt drei Fallgruppen nachteiliger Auswirkungen: i) Schädigung eines inländischen Wirtschaftszweiges, ii) Zunichtemachung oder Schmälerung von aus dem GATT erwachsenden Vorteilen, und iii) ernsthafte Schädigung der Interessen. Diese Begrifflichkeiten werden in Art. 6 des Abkommens bzw. kraft Verweis in Teil V des SCM Abkommens und im GATT weiter umschrieben und konkretisiert.
- Art. 8 des SCM Abkommens enthält eine Liste von Subventionen, welche unter gewissen Voraussetzungen als nicht anfechtbar gelten (*green light*). Dazu gehören Subventionen für Forschungstätigkeiten, für benachteiligte Regionen und für die Anpassung bestehender Einrichtungen an neue Umweltvorschriften. Diese Ausnahmeklausel lief gestützt auf Art. 31 des SCM Abkommens am 31. Dezember 1999 aus. Seither gelten die genannten Subventionstypen als anfechtbar. Bis heute gelang es trotz intensiver Verhandlungen nicht, die Kategorie nicht anfechtbarer Subventionen – allenfalls in modifizierter Form – wieder in Kraft zu setzen.

Entwicklungsländer profitieren gemäss Art. 27 des SCM Abkommens von gewissen Sonderbehandlungen. Namentlich aufgeführten Entwicklungsländern ist es insbesondere auch erlaubt, Ausfuhrsubventionen zu gewähren.

2. Ausgleichsmassnahmen und Rechtsschutz

Das SCM Abkommen bietet den WTO-Mitgliedern zwei Instrumente, um sich gegen verbotene bzw. anfechtbare Subventionen zur Wehr zu setzen. Zum einen erlaubt es, unilateral Ausgleichszölle (*countervailing duties*) auf Produkte zu erheben, welche von verpönten Subventionen profitiert haben («Track I»). Teil V des SCM Abkommens regelt die prozeduralen und materiellen Voraussetzungen. Eine rückwirkende Erhebung von Ausgleichszöllen ist gemäss Art. 20 des SCM Abkommens nicht möglich. Zum anderen kann die Einsetzung eines Streitschlichtungspanels beantragt werden, um die Rechtmässigkeit einer Subvention überprüfen zu lassen («Track II»). Das Verfahren beruht im Wesentlichen auf den allgemeinen Vorgaben des WTO-Streitbeilegungsverfah-

⁹ Staatliche Massnahmen im Landwirtschaftsbereich (inkl. Subventionen) werden vom Abkommen über die Landwirtschaft als *lex specialis* erfasst; PITTSCHAS (Fn. 5), Rz. 22.

¹⁰ *US – Measures Treating Exports Restraints as Subsidies*, WT/DS194/R, Panel Report, Rz. 8.73; PITTSCHAS (Fn. 5), Rz. 61; zur schwierigen Begriffsbestimmung im Allg. JACKSON (Fn. 7), S. 293–296.

¹¹ Ausfuhrsubventionen gelten gemäss Art. 2.3 des SCM Abkommens *per se* als spezifische Subventionen.

¹² Anschaulich in Bezug auf Steuererleichterungen *US – Tax Treatment for «Foreign Sales Corporations»*, WT/DS108/AB/R, Appellate Body Report, Rz. 96–121; dazu BARTHOLET (Fn. 4), S. 393–408; CHRISTOPH HERRMANN/WOLFGANG WEISS/CHRISTOPH ÖHLER, *Welthandelsrecht*, 2. Aufl., München 2007, Rz. 694.

rens (*Dispute Settlement Understanding*).¹³ Sofern ein Panel bzw. der Appellate Body als Berufungsinstanz zum Schluss kommt, dass Produkte in unzulässiger Weise subventioniert wurden, wird das betroffene WTO-Mitglied verpflichtet, das Subventionsprogramm zu ändern, die Subvention zurückzunehmen oder – im Falle anfechtbarer Subventionen – die nachteiligen Auswirkungen auf die Interessen der klägerischen Partei auf andere Weise zu beseitigen. Es ist umstritten, ob sich eine solche Verpflichtung auch auf die Rückforderung bereits gewährter Vorteile erstrecken kann, oder ob ein Schiedsspruch allein *pro futuro* wirkt.¹⁴ Sofern sich das WTO-Mitglied weigert, dieser Aufforderung nachzukommen, wird die klägerische Partei ermächtigt, Gegenmassnahmen zu ergreifen.

Die Schweiz war bis anhin noch nie aktiv an einem WTO-Streitbeilegungsverfahren beteiligt, in dem die Rechtmässigkeit einer Subvention zur Debatte stand.¹⁵ Dies entspricht der schweizerischen Politik der vornehmen Zurückhaltung in aussen(wirtschafts-)politischen Belangen. Der Gang vor ein quasi-gerichtliches Panel wird gleichsam als feindseliger Akt betrachtet, der – wenn überhaupt – nur als *ultima ratio* in Frage kommt. Ebenso hat die Schweiz bis anhin darauf verzichtet, unilateral Ausgleichszölle auf subventionierte Importprodukte zu erheben. Es ist bezeichnend, dass die Schweiz – im Gegensatz zu den meisten anderen WTO-Mitgliedern – die WTO-rechtlichen Vorgaben zum Erlass von Ausgleichsmassnahmen nicht einmal ins nationale Recht überführt hat.

III. Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen

Das GATS enthält keine subventionsrechtlichen Vorgaben. Gleichwohl sind zwei Bestimmungen zu beachten. Zum einen ist es durchaus möglich, dass die Gewährung von Subventionen nur an einheimische Unternehmen mit Blick auf das Prinzip der Inländerbehandlung (*national treatment*) gemäss Art. XVII GATS problematisch ist.¹⁶ Dies mag dann der Fall sein, wenn sich ein WTO-

Mitglied für einen spezifischen Dienstleistungssektor ausdrücklich zur Inländerbehandlung verpflichtet hat. Art. XVII GATS enthält keine Ausnahmeklausel in Bezug auf die Gewährung von Subventionen. Zum anderen verpflichtet Art. XV GATS die WTO-Mitglieder, Vorschriften über die Gewährung von Subventionen im Dienstleistungshandel und über den Erlass von Ausgleichsmassnahmen auszuarbeiten. Trotz fortlaufender Anstrengungen ist es bis heute nicht gelungen, in diesem Dossier substantielle Fortschritte zu erzielen.¹⁷

IV. Würdigung

Das SCM Abkommen stellt eine konsequente Weiterentwicklung der rudimentären GATT-Vorschriften dar. Die zentralen Grundsätze beruhen auf einer liberalen und freiheitlichen Grundüberzeugung, wie sie dem WTO-Recht – ganz dem Geist der 1980er- und 1990er-Jahre verpflichtet – insgesamt zu Grunde liegt. Ausfuhrsubventionen sind *per se* unzulässig. Spezifische Subventionen, welche sich nachteilig auf die Interessen anderer WTO-Mitglieder auswirken, sind angreifbar. Das SCM Abkommen funktioniert grundsätzlich gut. Panels und der Appellate Body haben die Kernvorschriften in diversen *causes célèbres* konkretisiert und verbleibende Handlungsspielräume abgesteckt. Bekannte Streitfälle betrafen Subventionen zugunsten der Flugzeugindustrie in Brasilien, Kanada, den Vereinigten Staaten und der Europäischen Union.¹⁸ Auch die Auseinandersetzung um amerikanische Steuerbegünstigungen von Gewinnen ausländischer Vertriebsgesellschaften (*Foreign Sales Corporations*) fand den Weg in die Öffentlichkeit.¹⁹ Im Rahmen der Doha Runde steht das SCM Abkommen nicht im Vordergrund. Das Verhandlungsmandat sieht zwar vor, das SCM Abkommen punktuell zu verbessern, ohne allerdings «the basic concepts, principles and effectiveness of [the SCM Agreement] and [its] instruments and objectives» in Frage zu stellen.²⁰

Gleichzeitig offenbart das SCM Abkommen Schwachstellen. Erstens sind die einschlägigen Vorschriften auffällig starr und unflexibel formuliert. Ausfuhrsubventionen und spezifische Subventionen, welche sich auf den grenzüberschreitenden Handel auswirken, sind angreifbar. Mit Ausnahme von Spezialvorschriften zugunsten von Entwicklungsländern enthält das SCM Ab-

13 Siehe zum WTO-Streitbeilegungsverfahren im Allg. OESCH (Fn. 8), S. 192–205.

14 Siehe dazu etwa *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather – Recourse to Article 21.5 of the DSU*, WT/DS126/RW, Panel Report, Rz. 6,42; FRENZ (Fn. 2), Rz. 163; HERRMANN/WEISS/OHLER (Fn. 12), Rz. 699; PITTSCHAS (Fn. 5), Rz. 104–106.

15 Der einzige Fall, in dem die Schweiz aktiv (als Mitklägerin) vor einem Panel und dem Appellate Body auftrat, betraf *US – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, WT/DS253/AB/R; dazu MATTHIAS OESCH/ANNE-SOPHIE DREYPUS-ROTH, Amerikanische Schutzzölle auf Stahl: Die Schweiz als Klägerin vor der WTO, Die Volkswirtschaft 2004–3, S. 59–62.

16 Siehe dazu PIETRO PORETTI, The Regulation of Subsidies within the General Agreement on Trade in Services of the WTO, *Alphen aan den Rijn* 2009, S. 139–147; ferner THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH, International Trade Regulation, Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, London/Bern 2005, S. 1001; HERRMANN/WEISS/OHLER (Fn. 12), Rz. 891.

17 Vgl. Doha Ministerial Declaration, 20. November 2001, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/1, Rz. 15; Report by the Chairperson of the Working Party on GATS Rules, 14. April 2011, WTO Doc. S/WPGR/21, Rz. 8–11.

18 *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/AB/R; *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R; *EC and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R; *US – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS353/AB/R.

19 *US – Tax Treatment for «Foreign Sales Corporations»*, WT/DS108/AB/R.

20 Doha Ministerial Declaration, 20. November 2001, WTO Doc. WT/MIN(01)/DEC/W/1, Rz. 28; vgl. zum Verhandlungsstand WTO Annual Report 2011, S. 26 (erhältlich unter www.wto.org).

kommen keine Ausnahmeklauseln zugunsten durchaus legitimer Beihilfemassnahmen. Die Kategorie erlaubter Subventionen lief Ende 1999 aus. *De lege ferenda* kommt das WTO-Recht nicht darum herum, Subventionstypen zu definieren, welche legitime sozial-, regional- oder umweltschutzpolitische Anliegen verfolgen und sich nicht an den rigiden allgemeinen Zulässigkeitsregeln messen lassen müssen – auch wenn die (Wieder-) Einführung einer Kategorie «international akzeptabler Subventionen»²¹ politisch umstritten ist. Analoge Überlegungen gelten für das GATS, welches keine subventionsrechtlichen Vorschriften enthält. Zweitens zeigen sich die allgemeinen Defizite des WTO-Rechtsschutzsystems auch im Subventionsrecht. Panel- und Appellate Body-Verfahren dauern oft mehrere Jahre. Während des Verfahrens sind einer klägerischen Partei die Hände gebunden. Das WTO-Recht sieht keine Möglichkeit vor, provisorische Massnahmen zugunsten involvierter WTO-Mitglieder bzw. betroffener Unternehmen zu beantragen. Ebenso wenig besteht ein Anspruch, von einer unterlegenen Partei rückwirkend Schadenersatz für erlittene Handelseinbussen zu verlangen.²² Ein Panel- bzw. Appellate Body-Entscheid entfaltet grundsätzlich keine Rückwirkung. Bereits gewährte Beihilfen müssen nicht automatisch zurückgefordert werden. Aus individualrechtlicher Perspektive fällt ins Licht, dass das WTO-Streitbeilegungsverfahren rein zwischenstaatlich organisiert ist. Unternehmen, deren Produkteabsatz durch die Subventionspraxis anderer WTO-Mitglieder Nachteile erleidet, sind auf diplomatische Unterstützung der eigenen Regierung angewiesen.²³ Dies gilt umso mehr, als die unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht, d.h. die Möglichkeit von Unternehmen, sich vor einer nationalen Verwaltungs- bzw. Gerichtsbehörde direkt auf WTO-Recht zu berufen, sowohl in der Schweiz als auch in den meisten anderen wichtigen Handelsmächten grundsätzlich abgelehnt wird.²⁴

21 MICHAEL RODI, Die Subventionsrechtsordnung, Tübingen 2000, S. 131.

22 Vgl. aber auch HERRMANN/WEISS/OHLER (Fn. 12), Rz. 260, wonach ein Anspruch auf Schadenersatz u.U. aus den allgemeinen Regeln über die völkerrechtliche Staatenverantwortung abgeleitet werden könnte.

23 Siehe zum (informellen) Verfahren in der Schweiz, den Bundesbehörden eine handelschädigende Massnahme eines anderen WTO-Mitglieds zur Kenntnis zu bringen, NICOLAS DIEBOLD/MATTHIAS OESCH, Die Durchsetzung von WTO-Recht durch Schweizer Unternehmen, AJP 2008, S. 1525, 1534–1541.

24 Siehe zur diesbezüglichen Praxis ausgewählter WTO-Mitglieder DIEBOLD/OESCH (Fn. 23), S. 1527–1530; vgl. auch COTTIER/OESCH (Fn. 16), S. 1010, wonach sich das SCM Abkommen durchaus für die unmittelbare Anwendbarkeit eignet; FABIAN MÖLLER, Rechtsschutz bei Subventionen, Basel 2006, S. 348–360; CLAUDIA SEITZ/STEPHAN BREITENMOSE, Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Beihilferechts der EU und des Subventionsrechts der WTO, SJER 2009/2010, S. 139, 160.

C. EU-Binnenmarktrecht

Das EU-Binnenmarktrecht enthält prominent Vorschriften über die Zulässigkeit von staatlichen Beihilfen. Art. 107 und Art. 108 AEUV bilden einen wesentlichen Bestandteil des unionalen Wettbewerbsrechts (I.). Ergänzend sind für die Beurteilung von Beihilfen weitere Grundprinzipien des EU-Rechts einschlägig. Im Vordergrund stehen die Grundfreiheiten und das steuerliche Diskriminierungs- und Protektionismusverbot gemäss Art. 110 AEUV (II.).

I. Staatliche Beihilfen

Art. 107 und Art. 108 AEUV stipulieren ein Beihilfeverbot, bestimmen die zulässigen Ausnahmen und regeln die Beihilfeaufsicht. Diese Vorschriften fanden sich bereits im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) von 1957.

1. Beihilfeverbot und Ausnahmen

Art. 107 AEUV bezweckt, den primär durch die Grundfreiheiten ermöglichten Wettbewerb im Binnenmarkt vor Verfälschungen durch staatliche Privilegierung einzelner Wettbewerbsteilnehmer zu schützen. Zu diesem Zweck stipuliert Art. 107 Abs. 1 AEUV ein grundsätzliches Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen. Dafür müssen die folgenden Tatbestandselemente erfüllt sein:

- Der zentrale Begriff der Beihilfe wird mit Blick auf das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs in ständiger Praxis weit ausgelegt.²⁵ Darunter fällt jede begünstigend wirkende Massnahme, welche freiwillig erfolgt und öffentliche Finanzmittel belastet. Es geht mithin um geldwerte Zuwendungen im weitesten Sinn und damit um einen wirtschaftlichen Vorteil, den ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen nicht erlangen würde.²⁶ Im Fall einer Beteiligung der öffentlichen Hand ist entscheidend, ob sich ein hypothetischer privater Investor vergleichbar engagiert hätte («market economy investor»-Test).²⁷

25 PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, in: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht: Handkommentar, Baden-Baden 2012, Art. 107 Rz. 7; ROLAND BIEBER/ASTRID EPINEY/MARCEL HAAG, Die Europäische Union, 9. Aufl., Baden-Baden 2011, § 13 Rz. 7; GABRIELA VON WALLENGER/MICHAEL SCHÜTTE, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union: Kommentar, München Stand Oktober 2011, Art. 107 Rz. 31–65.

26 Rs. C-342/96, *Spanien/Kommission*, Slg. 1999 I-2459, Rz. 41; Rs. T-67/94, *Ladbroke Racing Ltd.*, Slg. 1998 II-1, Rz. 51–62; Rs. C-81/10 P, *France Télécom SA*, noch nicht in der Slg., Rz. 15–27; WOLFRAM CREMER, in: Christian Calliess/Mathias Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV: Kommentar, 4. Aufl., München 2011, Art. 107 Rz. 38.

27 Rs. C-305/89, *Italien/Kommission*, Slg. 1991 I-1603, Rz. 19–20.

- Der Entscheid über die Vergünstigung muss materiell dem Staat bzw. «staatsnahen» Einrichtungen zurechenbar sein. Dabei ist irrelevant, ob die Begünstigung von einer nationalen, regionalen oder kommunalen Stelle erlassen wird. Demgegenüber werden unionale Beihilfen von Art. 107 AEUV nicht erfasst; dies gilt auch für Privilegierungen, welche auf der Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben beruhen.²⁸
- Eine Beihilfe liegt nur vor, wenn bestimmte Unternehmen bzw. Produktionszweige begünstigt werden, d.h. wenn die Beihilfe selektiv gewährt wird. Als Produktionszweig kommt jeder von den Grundfreiheiten erfasste Wirtschaftssektor in Frage, insbesondere auch der Handel mit Dienstleistungen.²⁹ Steuerliche Massnahmen stellen selektive Beihilfen dar, wenn einzelne Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt werden.³⁰ Demgegenüber fallen Änderungen des Steuersystems, von denen unterschiedslos alle Unternehmen in vergleichbaren Situationen profitieren, typischerweise nicht unter den Beihilfebegriff. Art. 107 AEUV zielt darauf ab, Verfälschungen des Wettbewerbs zwischen Wirtschaftsteilnehmern zu verbieten; er liefert keinen Massstab, um die Steuer- und Abgabepolitik der Mitgliedstaaten in Frage zu stellen, solange diese Politik einer inneren Konsistenz folgt und einzelne Wirtschaftsteilnehmer nicht grundlos bevorteilt.³¹ In ähnlicher Weise gelten Massnahmen, die systemkonform ein allgemein anerkanntes Gemeinwohlinteresse verfolgen, indem etwa die mit bestimmten Produktionskosten verbundene Steuerbelastung reduziert wird (Forschung und Entwicklung, Umweltschutz, Ausbildung, Beschäftigung), nicht als selektiv.³²
- Das Beihilfeverbot erfasst nur Begünstigungen, welche den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen. Entscheidend ist die objektiv feststellbare wettbewerbsverzerrende Auswirkung bzw. die Verbesserung der Wett-

28 Rs. T-351/02, *Deutsche Bahn AG*, Slg. 2006 II-1047, Rz. 99–104.

29 Sondervorschriften bestehen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 106 Abs. 2 AEUV), für die Landwirtschaft (Art. 42 AEUV) und für den Verkehr (Art. 93, Art. 96 und Art. 98 AEUV).

30 Verb. Rs. C-106/09 P und C-107/09 P, *Kommission und Spanien/Gibraltar und Grossbritannien*, noch nicht in der Slg., Rz. 71–75; CLAUDIA SEITZ/STEPHAN BREITENMOSER, Das europäische Beihilferecht im Bereich der staatlichen Steuermassnahmen, SJER 2005/2006, S. 159, 163–170; FRENZ (Fn. 2), Rz. 370–390.

31 Rs. C-256/97, *DMT*, Slg. 1999 I-3913, Rz. 27; Rs. C-487/06 P, *British Aggregates Association*, Slg. 2008 I-10505, Rz. 81–92; Rs. 173/73, *Italien/Kommission*, Slg. 1974 709, Rz. 33; Rs. C-88/03, *Portugal/Kommission*, Slg. 2006 I-7115, Rz. 81; VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 107 AEUV Rz. 45; THOMAS OPPERMAN/CLAUS DIETER CLASSEN/MARTIN NETTESHEIM, *Europarecht*, 5. Aufl., München 2011, § 21 Rz. 10; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Massnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung (98/C 384/03), Rz. 23–27; vgl. zur Besteuerung von Unternehmen im Allg. auch den Verhaltenskodex für die Unternehmensbesteuerung des Rats der Wirtschafts- und Finanzminister (ECOFIN, 98/C 2/01).

32 Mitteilung der Kommission (Fn. 31), Rz. 13.

bewerbsfähigkeit auf dem relevanten Markt. Eine Begünstigung trägt die widerlegbare Vermutung einer Wettbewerbsverfälschung in sich.³³

- Die Beihilfe muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen (Zwischenstaatlichkeitsklausel). Dabei muss der begünstigte Wirtschaftsteilnehmer nicht notwendigerweise grenzüberschreitend tätig sein.³⁴ Bei Beihilfen in geringfügiger Höhe wird regelmässig davon ausgegangen, dass der zwischenstaatliche Handel nicht beeinträchtigt wird. Die Freistellungsverordnung 1998/2006 hat diese Praxis kodifiziert und nimmt «De-minimis»-Beihilfen unterhalb eines Gesamtbetrags von 200 000 € innert drei Jahren vom Anwendungsbereich von Art. 107 Abs. 1 AEUV aus.³⁵

Das EU-Recht geht von der Prämisse aus, dass staatliche Beihilfen unter gewissen Voraussetzungen durchaus ein legitimes Instrument mitgliedstaatlicher Politikgestaltung darstellen. Zu diesem Zweck benennen Art. 107 Abs. 2 und 3 AEUV Tatbestände, bei deren Vorliegen das Beihilfeverbot nicht greift. *Legalausnahmen* gemäss Art. 107 Abs. 2 AEUV gelten für Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher (lit. a), für Beihilfen zur Beseitigung von Schäden, die durch Naturkatastrophen oder sonstige aussergewöhnliche Ereignisse (wie etwa Kriege oder Terroranschläge) entstanden sind (lit. b), sowie für Beihilfen zum Ausgleich von Nachteilen infolge der Teilung Deutschlands (lit. c). In der Praxis spielen diese Legalausnahmen keine grosse Rolle. Weitaus grössere Bedeutung kommt den in Art. 107 Abs. 3 AEUV niedergelegten *Ernessensausnahmen* zu. Die Kommission kann Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung aussergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht (lit. a), Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates (lit. b), Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie dem gemeinsamen Interesse nicht zuwiderlaufen (lit. c), Kulturbihilfen (lit. d) sowie sonstige Beihilfen, welche der Rat bestimmt (lit. e), als mit dem Binnenmarkt für vereinbar erklären. In der Praxis stehen Sektoral- und Regionalbeihilfen gemäss Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV im Vordergrund.³⁶ Die in den letzten Jahren gewährten Beihilfen zur Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise stützten sich vorwie-

33 MÜLLER-GRAFF (Fn. 25), Art. 107 Rz. 20.

34 Rs. 102/87, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1988 4067, Rz. 19.

35 Verordnung Nr. 1998/2006 der Kommission über die Anwendung der Art. 87 und 88 auf «De-minimis»-Beihilfen.

36 Darüber hinaus stützt die Kommission seit jeher auch horizontale Beihilfen auf diese Bestimmung, VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 107 Rz. 176; zu Regionalbeihilfen THOMAS COTTIER/CHRISTOPHE GERMANN, *The WTO and EU Distributive Policy: the Case of Regional Promotion and Assistance*, in: Grainne de Burea/Joanne Scott (eds.), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford 2001, S. 185–209; zu Umweltbeihilfen JOELLE DE SÉPÉBUS, *Die Umweltsubvention im Gemeinschaftsrecht*, Bern 2003, S. 189–349.

gend auf Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV.³⁷ Die Kommission verfügt im Rahmen der Ermessensausnahmen über einen weiten Gestaltungsspielraum.³⁸ Entscheidend ist, dass eine Beihilfe auch aus Unionsperspektive einen legitimen Zweck verfolgt.³⁹ Mittels (nicht verbindlicher) Verwaltungsvorschriften in Gestalt von Mitteilungen, Leitlinien und sog. Gemeinschafts- bzw. Unionsrahmen hat sich die Kommission wiederholt zur Zulässigkeit von Horizontalbeihilfen (etwa zugunsten des Umweltschutzes, der Ausbildung, der Forschung und Entwicklung oder von KMUs), Regionalbeihilfen (etwa zugunsten von Unternehmen in einer Region, deren BIP weniger als 75 % des EU-Durchschnitts beträgt) und Sektoralbeihilfen (etwa zugunsten des Steinkohlebergbaus, des Schiffbaus oder des Verkehrs) geäußert und damit zu einer gewissen Transparenz und Rechtssicherheit beigetragen. 1998 ermächtigte der Rat die Kommission, bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen durch Verordnungen vom Beihilfeverbot freizustellen.⁴⁰ Die einschlägigen Regelungen finden sich mittlerweile grösstenteils in der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung 800/2008.⁴¹

2. Beihilfeverfahren und Rechtsschutz

Art. 108 AEUV regelt die Beihilfeaufsicht.⁴² Die Beurteilung mitgliedstaatlicher Beihilfen obliegt der Kommission.⁴³ Sie entscheidet über die Zulässigkeit einer Beihilfe. Unmittelbare Wirkung – d.h. die Möglichkeit, sich als Privater direkt auf Art. 107 AEUV zu berufen – besteht allein in Bezug auf das Verbot, eine Beihilfe zu gewähren, bevor die Kommission dafür grünes Licht gegeben hat.⁴⁴

Gemäss Art. 108 Abs. 1 AEUV überprüft die Kommission *bestehende Beihilfen* fortlaufend. Bei Bedenken über ihre Rechtmässigkeit eröffnet sie ein

förmliches Hauptprüfungsverfahren. Sofern ein Mitgliedstaat beabsichtigt, eine *neue Beihilfe* auszurichten, ist er gemäss Art. 108 Abs. 3 AEUV verpflichtet, die Kommission zu unterrichten. Diese Notifikationspflicht – und damit auch das Durchführungsverbot bis zur allfälligen Genehmigung – entfällt einzig in denjenigen Fällen, in denen eine Beihilfe von einer Gruppenfreistellung profitiert. Bei Bedenken über die Zulässigkeit eröffnet die Kommission ebenfalls ein förmliches Hauptprüfungsverfahren. Dabei führt sie Anhörungen mit dem betroffenen Mitgliedstaat und weiteren interessierten Kreisen durch. Dazu gehören auch Konkurrenten des potentiell begünstigten Unternehmens. Schliesslich bewilligt die Kommission die geplante Beihilfe, gegebenenfalls verbunden mit Auflagen und Bedingungen, oder untersagt sie. Der Beschluss der Kommission wird im Amtsblatt veröffentlicht. Dasselbe Prüfungsverfahren findet bei neuen Beihilfen, welche ohne förmliche Anmeldung bei der Kommission und damit in Verletzung der Notifikationspflicht gemäss Art. 108 Abs. 3 AEUV bereits gewährt werden, statt. Ergeht diesfalls ein negativer Entscheid, ordnet die Kommission regelmässig die Rückforderung der bereits geleisteten (rechtswidrigen) Beihilfe an.⁴⁵ Die Rückforderung kann ausnahmsweise entfallen, wenn sie gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes verstossen würde. Eine erfolgreiche Berufung auf diesen Grundsatz kommt allerdings kaum vor. Beihilfeempfänger trifft eine Obliegenheit, sich über die erfolgte Anmeldung bei der Kommission zu vergewissern.⁴⁶

Beschlüsse der Kommission unterliegen der allfälligen Kontrolle und Korrektur durch den Gerichtshof der EU. Im Vordergrund steht die Nichtigkeitsklage gemäss Art. 263 AEUV. Mitgliedstaaten können sich vor dem Gerichtshof (EuGH) zur Wehr setzen. Aktivlegitimiert sind ebenfalls regionale und kommunale Gebietskörperschaften; entsprechende Klagen sind an das Gericht (EuG I) zu richten.⁴⁷ Dasselbe gilt für Unternehmen, welche aufgrund eines negativen Beschlusses der Kommission nicht in den Genuss von Beihilfen kommen. Sie sind unmittelbar und individuell betroffen und können gestützt auf Art. 263 Abs. 4 AEUV beim Gericht Nichtigkeitsklage erheben, auch wenn ein Negativbeschluss formell an den betroffenen Mitgliedstaat gerichtet ist.⁴⁸ Gegen eine Positiventscheidung sind die anderen Mitgliedstaaten gemäss Art. 263 Abs. 2 AEUV zur Klage befugt.⁴⁹ Konkurrenten des begünstigten Unternehmens sind gemäss Art. 263 Abs. 4 AEUV zur Nichtigkeitsklage legitimiert, wenn sie individuell und unmittelbar betroffen sind. Dies ist etwa der

37 VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 107 Rz. 153–175.

38 Rs. 730/79, *Philipp Morris*, Slg. 1980 2671, Rz. 17; Rs. C-301/87, *Frankreich/Kommission*, Slg. 1990 I-307, Rz. 15.

39 Rs. 730/79, *Philipp Morris*, Slg. 1980 2671, Rz. 24; Rs. T-369/06, *Holland Malt/Kommission*, Slg. 2009 II-3313, Rz. 92; die Kommission beabsichtigt, in Zukunft einen stärker ökonomischen Ansatz («more economic approach») zu verfolgen, vgl. Aktionsplan der Kommission betr. staatliche Beihilfen (KOM/2005/107).

40 Verordnung Nr. 994/98 des Rates über die Anwendung der Artikel 92 und 93 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen.

41 Verordnung Nr. 800/2008 der Kommission zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag.

42 Art. 108 AEUV wird durch Verordnung Nr. 659/1999 des Rates über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags und Verordnung 794/2004 der Kommission zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 konkretisiert; dazu VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 108 Rz. 3–7; MÜLLER-GRAFF (Fn. 25), Art. 109 Rz. 6–14.

43 Bei «aussergewöhnlichen Umständen» kann der Rat gemäss Art. 108 Abs. 2 AEUV ein negatives Verdikt der Kommission einstimmig kehren; in der Praxis profitieren v.a. mitgliedstaatliche Agrarbeihilfen von dieser Ausnahme Klausel, BIEBER/EPINEY/HAAG (Fn. 25), § 13 Rz. 30.

44 Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964 1253, 1273; Rs. 120/73, *Lorenz*, Slg. 1973 1471, Rz. 8; VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 108 Rz. 109.

45 Rs. C-169/95, *Spanien/Kommission*, Slg. 1997 I-135, Rz. 47–54. Gemäss Art. 15 der Verordnung 659/1999 gilt für die Rückforderung eine Verjährungsfrist von zehn Jahren.

46 OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 31), § 21 Rz. 34; Rs. C-81/10 P, *France Télécom SA*, noch nicht in Slg., Rz. 52–64; Rs. C-24/95, *Alcan*, Slg. 1997 I-1591, Rz. 27–43.

47 Rs. T-132/96 und T-143/96, *Freistaat Sachsen/Kommission*, Slg. 1999 II-3663, Rz. 84–92.

48 Rs. 730/79, *Philipp Morris*, Slg. 1980 2671, Rz. 5; Rs. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, Slg. 1994 I-833, Rz. 14; VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 108 Rz. 67.

49 Rs. C-204/97, *Portugal/Kommission*, Slg. 2001 I-3175.

Fall, wenn ihre Marktstellung durch die Beihilfe spürbar beeinträchtigt wird und sie sich am Verfahren vor der Kommission beteiligt haben.⁵⁰ Umgekehrt kann die Kommission einen Mitgliedstaat beim Gerichtshof gestützt auf Art. 108 Abs. 2 AEUV einklagen, wenn dieser einen Negativbeschluss der Kommission missachtet und rechtswidrig Beihilfen gewährt.

II. Grundfreiheiten und Diskriminierungsverbot

Das Beihilfeverbot gilt im Verhältnis zu anderen Vertragsbestimmungen grundsätzlich als *lex specialis*.⁵¹ Das Beihilfeverfahren, dessen wesentliches Strukturmerkmal der weite Gestaltungsspielraum der Kommission darstellt, würde seiner Wirksamkeit beraubt, wenn jede Beihilfe umfassend auch im Licht der Grundfreiheiten und des steuerlichen Diskriminierungs- und Protektionismusverbots gemäss Art. 110 AEUV geprüft würde. Gleichzeitig darf die Gewährung einer Beihilfe nicht zu einer offenkundigen Missachtung dieser Grundsätze führen. So verstossen Modalitäten eines Beihilfeprogramms, welche sich negativ auf ausländische Wirtschaftsteilnehmer auswirken und zur Erreichung des Zwecks oder des Funktionierens des Programms nicht unerlässlich sind, gegen die einschlägigen Grundfreiheiten; dies ist etwa der Fall, wenn die Gewährung einer Beihilfe von der Verwendung einheimischer Erzeugnisse abhängig gemacht wird.⁵² Ebenso sind steuerliche bzw. abgaberechtliche Vergünstigungen, welche ausschliesslich einheimischen Unternehmen bzw. Waren zugutekommen, im Licht von Art. 110 AEUV problematisch.⁵³ In diesem Sinn beinhaltet auch das Beihilfeverbot gemäss Art. 107 AEUV ein ungeschriebenes Diskriminierungsverbot, wie es in Art. 18 AEUV grundlegend stipuliert und in den Grundfreiheiten sowie im steuerlichen Diskriminierungs- und Protektionismusverbot spezifisch ausgeprägt wird.⁵⁴

50 Rs. C-169/84, *Cofaz*, Slg. 1986 391, Rz. 21–31; Rs. C-367/95 P, *Sytraval*, Slg. 1998 I-1719, Rz. 43–49.

51 CREMER (Fn. 26), Art. 108 Rz. 82; ULRICH BECKER, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2. Aufl., Baden-Baden 2009, Art. 28 Rz. 30.

52 Rs. 74/76, *Iannelli*, Slg. 1977 557, Rz. 9/10, 14; Rs. C-351/88, *Laboratori Bruneau*, Slg. 1991 I-3641, Rz. 7; Rs. 249/81, *Kommission/Irland*, Slg. 1982 4005, Rz. 18; Rs. C-156/98, *Deutschland/Kommission*, Slg. 2000 I-6857, Rz. 78; Rs. 21/88, *Du Pont de Nemours Italiana*, Slg. 1990 I-889, Rz. 20; FRENZ (Fn. 2), Rz. 9–10; STEFAN LEIBL/THOMAS STREINZ, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union: Kommentar*, München Stand Oktober 2011, Art. 34 Rz. 50.

53 Rs. 73/79, *Kommission/Italien*, Slg. 1980 1533, Rz. 11; Rs. 17/81, *Pabst & Richarz*, Slg. 1982 1331, Rz. 21–22; verb. Rs. 142 und 143/80, *Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1981 1413, Rz. 28.

54 Ähnlich wohl auch CREMER (Fn. 26), Art. 107 Rz. 84; OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM (Fn. 31), § 21 Rz. 25.

III. Würdigung

Obwohl das Beihilfeverbot bereits im EWGV von 1957 prominent verankert wurde, spielte die Beihilfepraxis und -politik in den Anfangsjahren der europäischen Integration keine zentrale Rolle.⁵⁵ Erst mit den intensivierten Anstrengungen zur Verwirklichung des gemeinsamen Marktes in den 1980er-Jahren rückten Art. 92 und 93 EWGV bzw. – seit Lissabon – Art. 107 und 108 AEUV in den Vordergrund. Mittlerweile stellt das Beihilferecht einen unverrückbaren Pfeiler des europäischen Wettbewerbsrechts dar. Es sichert gleichsam als Flankenschutz die Durchschlagskraft der Grundfreiheiten. Dabei stellt das Beihilfeverfahren einen der aufwändigsten Tätigkeitsbereiche der Kommission überhaupt dar; im Jahr 2008 etwa wurden 660 Beihilfevorhaben gemeldet.⁵⁶

Das unionale Beihilferecht funktioniert gut und ist weitherum akzeptiert. Die Kommission verfolgt in ihrer jüngeren Praxis einen eher moderaten Kurs.⁵⁷ Sie ist bestrebt, das Beihilfeverbot auf Fälle anzuwenden, welche den Wettbewerb zwischen den Staaten tatsächlich in verpöner Weise zu verfallischen drohen und keinem öffentlichen Interesse von gemeinschaftsweiter Bedeutung dienen. Den Mitgliedstaaten verbleiben angemessene Spielräume zur aktiven Politikgestaltung und zur Profilierung im Staatenwettbewerb. Dies gilt paradigmatisch für das allgemeine System direkter (Unternehmens-) Steuern, dessen Ausgestaltung weiterhin in die alleinige Kompetenz der Mitgliedstaaten fällt. Hier setzen – solange steuerliche Vorteile nicht als spezifische Beihilfen zu qualifizieren sind – das Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten Schranken. Regionale und horizontale Beihilfen werden relativ grosszügig akzeptiert.⁵⁸ Eine reiche Praxis besteht zu Rettungs- und Umstrukturierungsmassnahmen für Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten. Während der Finanz- und Wirtschaftskrise der letzten Jahre hat die Kommission nicht gezögert, den Boden für weitreichende Beihilfemassnahmen zur Stützung und Rekapitalisierung von Finanzinstituten sowie zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzmitteln für gewerbliche Unternehmen zu bereiten. Gleichzeitig übernimmt das Beihilferecht im Zug der fortschreitenden europäischen Integration zunehmend die Funktion eines «Metarechts».⁵⁹ Als Geneh-

55 VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 107 Rz. 3; RODI (Fn. 21), S. 143–144.

56 Gesamtbericht der Kommission über die Tätigkeit der Europäischen Gemeinschaft 2008, Brüssel/Luxemburg 2009, S. 52. – Die Kommission hat am 8. Mai 2012 angekündigt, das Beihilferecht bis Ende 2013 umfassend zu modernisieren (vgl. COM(2012) 209 final). Dabei verfolgt die Kommission drei Ziele: i) Förderung eines nachhaltigen, intelligenten und integrativen Wachstums in einem wettbewerbsfähigen Binnenmarkt; ii) Konzentration der ex ante-Prüfung auf Fälle mit besonders grossen Auswirkungen auf den Binnenmarkt; und iii) Straffung der Regeln und schnellerer Erlass von Beschlüssen.

57 JURGEN KÜHLING, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV: Kurzkommentar*, 2. Aufl., München 2012, Art. 107 Rz. 2–3.

58 Zurzeit betreffen rund 85% aller Beihilfen horizontale Massnahmen von gemeinsamem Interesse, vgl. *Beihilfenanzeiger* 2011, Pressemitteilung der Kommission vom 1. Dezember 2011.

59 KÜHLING (Fn. 57), Art. 107 Rz. 3.

migungsinstanz für die Gewährung neuer Beihilfen greift die Kommission erheblich in die mitgliedstaatliche Politikgestaltung ein. Die einschlägigen Kommissionkodizes lesen sich wie «Anleitungsbücher zur Subventionierung».⁶⁰ Darin formuliert die Kommission Ziele, an denen sich die Mitgliedstaaten in ihrer Beihilfepolitik auszurichten haben, und verleiht dem Beihilferecht damit eine Wirkung, welche über den ursprünglichen Zweck der negativen Integration hinausgeht.⁶¹ Diese Entwicklung trägt typisch verfassungsrechtliche Züge. Aus individualrechtlicher Perspektive fällt schliesslich das fein austarierte Rechtsschutzsystem ins Licht. Wirtschaftsteilnehmer, welche durch einen Beihilfebeschluss der Kommission unmittelbar und individuell betroffen sind, können eine gerichtliche Überprüfung verlangen. Der Gerichtshof billigt der Kommission bei der Auslegung der rechtlichen Vorgaben zwar ein weites Ermessen zu; er ist aber nicht bereit, offensichtliche Beurteilungsfehler zu akzeptieren, und korrigiert Fehleinschätzungen. Das Verbot, eine Beihilfe vor der Genehmigung durch die Kommission zu gewähren, ist auch vor nationalen Behörden unmittelbar anwendbar. Damit wird die Stellung von Konkurrenten potentieller Beihilfeempfänger gestärkt.

D. Freihandelsabkommen

Die Schweiz verfügt über ein dichtes Netz von Freihandelsabkommen. Zurzeit sind knapp 30 Abkommen in Kraft, welche durchs Band subventionsrechtliche Vorschriften enthalten. Dies gilt für die einschlägigen bilateralen Abkommen mit der EU (I.) gleichermassen wie für weitere Freihandelsabkommen (II.).

I. Bilaterale Abkommen Schweiz-EU

Zum bilateralen *Acquis* Schweiz-EU gehören rund zwanzig Hauptabkommen und über hundert weniger bekannte gegenseitige Abmachungen in der Form von Sekundärabkommen. Mehrere dieser Abkommen enthalten subventionsrechtliche Vorgaben. Mit Blick auf ihre volkswirtschaftliche Bedeutung und rechtliche Ausgestaltung stehen die beiden folgenden Abkommen im Vordergrund.

Das Freihandelsabkommen (FHA) von 1972 bezweckt, eine Freihandelszone zu schaffen und den gegenseitigen Marktzugang im Bereich der Industriegüter und der verarbeiteten Landwirtschaftsgüter staatsvertraglich abzusichern.⁶² Als Vorbild dienten das GATT von 1947 und der EWGV von 1957. Bestimmungen dieser Regelwerke wurden sinngemäss oder gar wörtlich über-

nommen. Art. 23 Abs. 1 iii) FHA, wonach «jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht», mit dem guten Funktionieren des Abkommens unvereinbar ist, «soweit sie geeignet [ist], den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen», bildet Art. 92 Abs. 1 EWGV bzw. – seit Lissabon – Art. 107 Abs. 1 AEUV ab. Im Gegensatz zum unionalen Beihilferegime verzichtet Art. 23 Abs. 1 iii) FHA allerdings darauf, Ausnahmetatbestände zu formulieren. Ebenso fehlt ein griffiges Beihilfeverfahren bzw. die Inthronisierung eines (über-) staatlichen Organs, welches analog zur Kommission autoritativ über die Zulässigkeit von Beihilfen befindet. Die Operationalisierung beruht auf der völkerrechtlichen Tradition der autonomen Auslegung und Durchsetzung.⁶³ Die Gemeinschaft erklärte 1972, sie würde Art. 23 Abs. 1 iii) FHA im Licht des gemeinschaftsrechtlichen Beihilfeverbots anwenden.⁶⁴ Die Schweiz hat auf eine entsprechende Erklärung verzichtet. Im Ergebnis legen die Vertragsparteien das bilaterale Beihilfeverbot im Rahmen der völkerrechtlichen Auslegungsregeln gemäss Art. 31 und 32 der Vertragsrechtskonvention je nach ihrem eigenen Gusto aus.⁶⁵ Dies kann leichthin zu divergierenden Resultaten führen, wie sich in der als «Steuerstreit» bekannten Auseinandersetzung um kantonale Steuerprivilegien für im Ausland tätige Unternehmen mit Sitz in der Schweiz anschaulich zeigt.⁶⁶

Art. 13 des Luftverkehrsabkommens (LVA) von 1999 enthält eine Beihilferegelung spezifisch für den Luftverkehr.⁶⁷ Diese Vorschrift entspricht beinahe wörtlich Art. 107 AEUV. Obwohl das LVA Züge eines Integrationsabkommens in sich trägt, stipuliert auch dieses Abkommen keine automatische Verpflichtung zur «europakompatiblen» Auslegung.⁶⁸ Eine Befolgungspflicht besteht gemäss Art. 1 Abs. 2 LVA nur in Bezug auf die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Praxis der EU-Organe. Die Schweiz ist zweifelsohne gut beraten, sich auch an der jüngeren unionsrechtlichen Praxis zu orientieren, um

60 RODI (Fn. 21), S. 5.

61 VON WALLENBERG/SCHÜTTE (Fn. 25), Art. 107 Rz. 22.

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

63 Vgl. etwa BGE 105 II 49, 59 f. E. 3a; BGE 131 II 271, 294 f. E. 10.3.

64 Schlussakte, Erklärung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu Art. 23 Abs. 1 FHA (SR 0.632.401.7).

65 Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (WVRK, SR 0.111).

66 Entscheidung der Kommission vom 13. Februar 2007 über die Unvereinbarkeit bestimmter schweizerischer Körperschaftssteuerregelungen mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 22. Juli 1972, C (2007) 411; THOMAS COTTIER/RENÉ MATTEOTTI, Der Steuerstreit Schweiz-EG: Rechtslage und Perspektiven. SJER 2006/2007, S. 221–256; ASTRID EPINEY, Steuern, Europa und die Schweiz – Ausgewählte Aspekte der «Europakompatibilität» kantonaler Steuerregime aus rechtlicher Sicht, in: Franz Jäger (Hrsg.), Steuerwettbewerb: Die Schweiz im Visier der EU, Zürich/Chur 2008, S. 75–99.

67 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

68 Vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, 6156.

eine parallele Rechtsentwicklung sicherzustellen und das gute Funktionieren des Abkommens nicht zu gefährden.⁶⁹ Damit strahlt das unionale beihilferechtliche «Metarecht», welches seine Konturen wesentlich durch die Genehmigungstätigkeit der Kommission erhält, punktuell auch auf das bilaterale Verhältnis aus.⁷⁰ Art. 14 LVA verpflichtet die Vertragsparteien zur Schaffung von Verfahren, mit denen die Einhaltung des bilateralen Beihilfeverbots überwacht wird. In der EU kommt diese Aufgabe naturgemäss der Kommission zu. In der Schweiz übernimmt die Wettbewerbskommission (WEKO) diese Funktion. Sie überprüft geplante Beihilfen im Anwendungsbereich des Luftverkehrsabkommens, wobei die Behörden das Prüfungsergebnis zu berücksichtigen haben, aber nicht daran gebunden sind.⁷¹

Die Überwachung der Beihilferegeln im Freihandelsabkommen und im Luftverkehrsabkommen liegt folglich primär im Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Vertragspartei. Betrachtet eine Vertragspartei die Gewährung einer Beihilfe durch die andere Vertragspartei als nicht vereinbar mit Art. 23 Abs. 1 iii) FHA bzw. Art. 13 LVA, kann sie den Gemischten Ausschuss befassen. Als *ultima ratio* steht es der Vertragspartei gemäss Art. 27 Abs. 3 lit. a FHA bzw. Art. 31 LVA frei, unilateral Schutzmassnahmen zu ergreifen – unabhängig davon, ob sie tatsächlich im Recht ist oder nicht. Bis heute wurde von dieser Ermächtigung noch nie Gebrauch gemacht.

II. Weitere Freihandelsabkommen

Weitere Freihandelsabkommen, welche die Schweiz abgeschlossen hat, enthalten Vorschriften über die Gewährung von Beihilfen. Art. 16 des EFTA-Übereinkommens verweist direkt auf das einschlägige WTO-Recht, welches einen integralen Bestandteil des Übereinkommens bildet.⁷² Darüber hinaus verpflichten sich die EFTA-Mitgliedstaaten, im Verhältnis untereinander keine Ausgleichsmassnahmen anzuwenden. Anhang Q integriert die einschlägigen Vorschriften des Abkommens über den Luftverkehr zwischen der Schweiz und der EU (LVA) auch in das EFTA-Übereinkommen; dazu gehört auch das Beihilfeverbot. Weitere Freihandelsabkommen verweisen in ähnlicher Weise auf das WTO-Recht; zeitweise werden derartige Verweise

69 Ähnlich ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Zürich 2012, S. 173–175.

70 Siehe oben C.III.

71 Art. 103 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt (LFG, SR 748.0); vgl. für eine Beurteilung durch die WEKO RPW 2004/4, S. 1300–1311. – 2001 wurde kontrovers diskutiert, ob die Zahlungen an die Swissair mit Art. 13 LVA vereinbar waren oder nicht (wobei das LVA zum damaligen Zeitpunkt zwar unterzeichnet, aber noch nicht in Kraft getreten war); DAVID HOPMANN, La liberté économique suisse face au droit européen, Berne 2005, S. 421–430.

72 Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960 bzw. 21. Juni 2001 (konsolidierte Fassung gemäss Vaduzer Abkommen) (SR 0.632.31).

mit darüber hinausgehenden Notifikations- und Konsultationspflichten verknüpft.⁷³

Diese Freihandelsabkommen enthalten unterschiedliche Streitbeilegungsvorschriften. In aller Regel besteht die Möglichkeit, umstrittene Massnahmen – inkl. umstrittener Beihilfepraktiken – durch ein Schiedsgericht autoritativ überprüfen zu lassen. Bis heute wurde noch nie ein derartiges Schiedsgerichtsverfahren initiiert.

III. Würdigung

Freihandelsabkommen enthalten – zumindest im Bereich des Warenhandels – durchs Band relativ restriktive Beihilfeverbote. Inhaltlich folgt die Ausgestaltung der Beihilferegeln zwei Grundschemata. Im europäischen Kontext orientieren sich die Vorschriften am EU-Recht. Dies gilt für diejenigen sektoriellen Abkommen, mit denen sich die Schweiz am gemeinsamen Binnenmarkt beteiligt und an den einschlägigen unionalen Rechtsbestand andockt. Die EU gibt in Bezug auf die Operationalisierung der Beihilfavorschriften im Luftverkehrsabkommen und im Freihandelsabkommen von 1972 den Takt an. Die Schweiz marschiert hintenan oder wehrt sich – mehr oder minder erfolgreich wie im Steuerstreit – nach Kräften. Sie wird auch bei der Aushandlung neuer Marktzugangsabkommen nicht darum herum kommen, das unionale Beihilferecht als *Benchmark* zu akzeptieren. Demgegenüber verweisen Freihandelsabkommen mit Drittstaaten in aller Regel auf das Beihilferegime der WTO, welches dergestalt Eingang in die bilateralen Beziehungen findet. Dies kann aus systemischen Gründen wie auch mit Blick auf die Rechtssicherheit durchaus sinnvoll sein. Gleichzeitig schlagen die materiellen Defizite des WTO-Beihilferechts – Rigidität und Fehlen einer Kategorie von erlaubten Subventionen – ungefiltert auch ins bilaterale Verhältnis durch.⁷⁴ Es scheint überlegenswert, das Beihilferecht in bilateralen Abkommen zwar grundsätzlich auf das WTO-Recht abzustützen, darüber hinaus aber punktuell zu ergänzen und Ausnahmetatbestände für Beihilfetypen zu definieren, welche mit Blick auf gemeinsame Politikziele sinnvoll erscheinen.

Institutionell fällt mit Blick auf die Beihilfeverbote zwischen der Schweiz und der EU die Absenz eines (quasi-) gerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens auf, um Meinungsverschiedenheiten durch eine unabhängige Instanz beurteilen

73 Vgl. etwa Art. 18 des Abkommens zwischen den EFTA-Ländern und der Türkei vom 10. Dezember 1991 (SR 0.632.317.631); Art. 81 des Abkommens zwischen den EFTA-Ländern und der Republik Chile vom 26. Juni 2003 (SR 0.632.312.451); Art. 17 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten und Kanada vom 26. Januar 2008 (SR 0.632.312.32); Art. 11 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten und Mexiko vom 27. November 2000 (SR 0.632.315.631.1); Art. 16 des Abkommens zwischen den EFTA-Staaten und den SACU-Staaten vom 7. August 2006 (SR 0.632.311.181).

74 Siehe oben B.IV.

zu lassen. Das ist augenfällig unbefriedigend.⁷⁵ Es liegt primär im Interesse des kleineren bzw. schwächeren Vertragspartners, Unstimmigkeiten wenn nötig zu entpolitisieren und den Vorrang der Diplomatie zu brechen.⁷⁶ Der Steuerstreit zeigt, dass der *status quo* der Schweiz zum Nachteil gereicht. Mit einem interessanten Novum wartet schliesslich Art. 14 LVA für die innerstaatliche Überwachung des luftverkehrsrechtlichen Beihilfeverbots auf. Die Vertragsparteien verpflichten sich, dafür zuständige Behörden zu bestimmen. Während diese Aufgabe in der EU naturgemäss der Kommission zufällt, wurde in der Schweiz die WEKO mit dieser Aufgabe betraut. Zum ersten Mal müssen gewisse Beihilfen in der Schweiz damit einer Behörde gemeldet werden, welche ihre Vereinbarkeit mit dem Luftverkehrsabkommen gutachterlich beurteilt und den Behörden Meldung erstattet.

E. Schweizerisches Binnenmarktrecht

Die Bundesverfassung verbietet kantonale Subventionen, welche den interkantonalen Wettbewerb verfälschen bzw. zu verfälschen drohen, nicht. Der geneigte Leser sucht ein entsprechendes «Beihilfeverbot» vergeblich. Die Kantone bleiben in der gezielten Förderung der einheimischen Wirtschaft weitgehend frei.⁷⁷ Immerhin blinken zwei Warnlampen, welche beim Erlass kantonalen Fördermassnahmen berücksichtigt werden müssen. Zum einen setzt der Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität bzw. – als individualrechtliche Ausprägung – der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten Schranken (I.). Zum anderen existieren im Bundes- und Konkordatsrecht Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen (II.).

75 Interessanterweise wurde die Schaffung eines obligatorischen Schiedsverfahrens von der Schweiz bereits in den Verhandlungen zum FHA von 1972 «mit Nachdruck» verfochten, von der EWG aus Systemgründen aber verworfen, Botschaft des Bundesrates vom 16. August 1972 über das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und den Europäischen Gemeinschaften, BB1 1972 653, 668.

76 Ähnlich EPINEY (Fn. 66), S. 98; zur Ausgestaltung eines zeitgemässen bilateralen Justizmechanismus etwa CARL BAUDENBACHER, Wie sollen Konflikte im Verhältnis Schweiz-EU gelöst werden?, in: Rolf Sethe et al. (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern 2011, S. 821, 834–838.

77 Bund und Kantone verfügen im Bereich der Wirtschaftsförderung grundsätzlich über parallele Kompetenzen; vgl. Art. 94 Abs. 3 BV; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 1), § 27 Rz. 15; RES NYFFENEGGER, Rechtliche Aspekte der kantonalen Wirtschaftsförderung, Bern 2002, S. 8–37; für eine Übersicht über kantonale Fördermassnahmen PAUL RICHLI/LIVIO BUNDI, Staatliche Start- und Innovationsförderung für Unternehmen, insbesondere für KMU, AJP 2008, S. 665, 679–682; vgl. etwa Art. 50 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993 sowie Wirtschaftsförderungsgesetz vom 12. März 1997; demgegenüber hat der Kanton Zürich darauf verzichtet, über Art. 107 der Verfassung vom 27. Februar 2005 hinaus ein Gesetz über die Standortförderung zu erlassen.

I. Wirtschaftsfreiheit

Die Wirtschaftsfreiheit setzt kantonalen und kommunalen Gemeinwesen bei der Privilegierung einzelner Wirtschaftsteilnehmer Schranken, sei es als verbindlicher Verfassungsgrundsatz, sei es als grundrechtliche Gewährleistung (1.). Demgegenüber verzichtet das Binnenmarktgesetz (BGBM) in problematischer Weise darauf, kantonale und kommunale Beihilfepraktiken zu disziplinieren (2.).

1. Grundsatz und Grundrecht

Art. 94 Abs. 1 BV verpflichtet alle staatlichen Behörden, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten. Dieser Grundsatz gilt auch bei der Gewährung von Subventionen.⁷⁸ Abweichungen sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV nur zulässig, sofern sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Im Zentrum steht dabei die Beurteilung, ob es sich um *grundsatzkonforme* Massnahmen handelt, welche – sofern sie zusätzlich die allgemeinen Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen gemäss Art. 36 BV erfüllen – erlaubt sind, oder um *grundsatzwidrige* Eingriffe in das Spiel von Angebot und Nachfrage, welche unzulässig sind. Die Beurteilung der Grundsatzkonformität bzw. -widrigkeit einer Massnahme ist hochgradig wertungsbedürftig. Nicht jede noch so geringfügige Behinderung qualifiziert automatisch als grundsatzwidrig; verpönt sind nur «spürbare Wettbewerbsverzerrungen».⁷⁹ Art. 94 Abs. 1 BV untersagt Massnahmen, «die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb sogar ganz verunmöglichen».⁸⁰ Dabei ist sowohl auf die Motive als auch auf die Auswirkungen abzustellen.⁸¹ In der Lehre finden sich Hinweise auf Massnahmen, welche durch ihre Tendenz zur Marktabschottung in besonderem Masse in der Gefahr stehen, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen, und damit vermutungsweise grundsatzwidrige Massnahmen darstellen; dazu gehören existenzsichernde Beihilfen.⁸² Umgekehrt dürften Beihilfen, welche grundsätzlich wettbewerbsneutral ausgestaltet sind und den Wettbewerb nicht (spürbar) verzerren, in aller Regel mit Art. 94 BV vereinbar sein.⁸³

78 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BB1 1997 I 1, 308.

79 BGE 125 I 431, 436 E. 4b/aa; GIOVANNI BIAGGINI, BV-Kommentar, Zürich 2007, Art. 94 Rz. 4.

80 Botschaft BV-Revision (Fn. 78), S. 294; BGE 131 I 223, 231 E. 4.2.

81 Urteil des BGER, 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011, E. 3.2; dazu MATTHIAS OESCH, Taxiverordnung der Stadt Zürich – Verstoß gegen die Wirtschaftsfreiheit und das BGBM, AJP 2011, S. 1097–1103; umfassend zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 798–982; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 1), § 5 Rz. 87–99.

82 REICH (Fn. 81), Rz. 875; PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rz. 878; PATRICK SCHÖNBÄCHLER, Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen, Zürich 1998, Rz. 49.

83 Vgl. etwa § 1 Abs. 3 des Dekrets des Grossen Rats des Kantons Aargau vom 29. August 2000, wonach bei der Gewährung von Steuererleichterungen «die Wettbewerbsneutralität im Verhält-

Aus individualrechtlicher Perspektive steht die Ausprägung der Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht gemäss Art. 27 BV im Vordergrund. Mit Blick auf Wirtschaftsfördermassnahmen ist die grundrechtliche «Durchschlagkraft» der Wirtschaftsfreiheit allerdings bescheiden.⁸⁴ Anknüpfungspunkt ist dabei primär der Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten als spezifisch grundrechtliche Konkretisierung des Prinzips der staatlichen Wettbewerbsneutralität. Dieser Grundsatz fliesst direkt aus Art. 27 i.V.m. Art. 94 Abs. 1 BV und gewährleistet «einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber, ohne in der Hauptstossrichtung wirtschaftspolitisch motiviert zu sein, einzelne Konkurrenten namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen».⁸⁵ Der Grundsatz gilt allerdings nicht absolut; gewichtige öffentliche Interessen vermögen Privilegierungen zugunsten einzelner Wirtschaftsteilnehmer unter den Voraussetzungen von Art. 36 i.V.m. Art. 94 BV zu rechtfertigen.⁸⁶ Es ist durchaus möglich, die Förderung legitimer Politikziele mit dem Subventionsrecht zu verknüpfen. Problematisch ist, dass es gemäss (weitherum kritisierte) bundesgerichtlicher Praxis nur direkten Konkurrenten möglich ist, sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten zu berufen, d.h. «Angehörigen der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.»⁸⁷ Mit dieser restriktiven Umschreibung des Anwendungsbereichs schränkt das Bundesgericht die Wirksamkeit des Gleichbehandlungsanspruchs von Konkurrenten unnötig ein.⁸⁸

2. Binnenmarktgesetz

Das Binnenmarktgesetz (BGBM) von 1995 bezweckt, die Binnenmarktfunktion der Wirtschaftsfreiheit zu stärken und damit die Grundlagen für die Verwirklichung des schweizerischen Binnenmarkts zu schaffen.⁸⁹ Zu diesem

nis zu anderen Unternehmen» zu wahren ist; zum Ganzen NYFFENEGGER (Fn. 77), S. 71–76; MÖLLER (Fn. 24), S. 105–106.

84 Dazu etwa RENÉ RHINOW, in: Jean-Francois Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Zürich/Basel/Bern Stand Juni 1988, Art. 31 Rz. 174; GIOVANNI BIAGGINI/ANDREAS LIENHARD/PAUL RICHLI/FELIX UHLMANN, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 5. Aufl., Basel 2009, S. 128–129.

85 BGE 125 I 431, 436 E, 4b/aa; vgl. auch BGE 120 Ib 142, 145 E, 3b, zu staatlichen Fördermassnahmen; BGE 121 I 230, 240 E, 3h, wonach die Wirtschaftsfreiheit «keinen Anspruch auf staatliche Subventionen» begründet.

86 BGE 125 I 431, 436 E, 4b/aa; Urteil des BGer. 2P,183/2004 vom 2. Februar 2005, E. 3.1; Botschaft BV-Revision (Fn. 78), S. 294; MÖLLER (Fn. 24), S. 101; kritisch zur Praxis des BGer. etwa MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 773–777.

87 BGE 125 I 431; 436 E, 4b/aa; vgl. auch BGE 132 I 97, 100 E, 2.1; BGE 119 Ia 445, 448 E, 1a/cc.

88 RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (Fn. 1), § 5 Rz. 141; SCHOTT (Fn. 86), Rz. 778–779.

89 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02); MATTHIAS OESCH/THOMAS ZWALD, BGBM, in: OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 1 Rz. 4.

Zweck setzt es auf die zwei grundlegenden Prinzipien der Nichtdiskriminierung zwischen ortsansässigen und ortsfremden Wirtschaftsteilnehmern und der gegenseitigen Anerkennung der Gleichwertigkeit von kantonalen oder kommunalen Marktzutrittsvorschriften (*Cassis-de-Dijon*-Prinzip). Umgekehrt verzichtet das BGBM auf die materielle Harmonisierung von kantonalem oder kommunalem Recht. Ebenso verzichtet es darauf, Vorschriften über die Zulässigkeit von Subventionen zu erlassen. Der Gesetzgeber ging ursprünglich davon aus, dass die verfassungsrechtlichen Grundlagen dafür nicht ausreichten (Art. 31^{bis} Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 aBV), obwohl er sich bewusst war, dass «in Reaktion auf die Schaffung des Binnenmarktes Schweiz kein Rückgriff auf vermehrte Subventionen und auf exzessive Steuererleichterungen eintreten darf».⁹⁰

Im Rahmen der BV-Revision von 1999 wurde mit Art. 95 Abs. 2 BV eine ausdrückliche Binnenmarktcompetenz des Bundes geschaffen. Damit besteht eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage, das kantonale Subventionsrecht zu disziplinieren und dafür zu sorgen, dass die gestützt auf Art. 2 und 3 BGBM gewährleisteten Marktzugangsrechte nicht durch wettbewerbsverzerrende Beihilfepraktiken ausgehöhlt werden.⁹¹ Mit Blick auf den Regelungszweck des BGBM, auswärtigen Wirtschaftsteilnehmern «freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt» (Art. 1 Abs. 1 BGBM) zu ermöglichen, scheint es geradezu zwingend, die Binnenmarktfreiheit vor entsprechenden Verfälschungen zu schützen. Das Regelungspotential des BGBM liegt diesbezüglich brach.

II. Steuerharmonisierung

Bundes- und Konkordatsrecht erlauben den Kantonen nur in engen Grenzen, Steuererleichterungen zu gewähren (1.). Die Durchsetzung dieser materiellen Steuerharmonisierung weist allerdings erhebliche Defizite auf (2.).

1. Verbot ungerechtfertigter Steuererleichterungen

Am 12. Dezember 1948 unterzeichneten die Kantone das interkantonale Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen.⁹² Gemäss Art. 1 des Konkordats sind Steuerabkommen verboten. Zulässig bleiben einzig gesetzlich vorgesehene Steuererleichterungen für nicht erwerbstätige Ausländerinnen und

90 Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 1213, 1249, 1281.

91 Vgl. dazu RETO JACOBS, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 95 Rz. 16, wonach sämtliche Massnahmen kompetenzkonform sind, welche «auf den freien Marktzugang und den Abbau von Diskriminierungen ausserkantonaler Anbieter und Produkte gerichtet sind.»

92 Das Konkordat trat am 6. Oktober 1949 in Kraft und ist unter www.estv.admin.ch und dem Link zu Dokumentation einsehbar. Bis 1963 traten alle Kantone dem Konkordat bei.

Ausländer (Pauschalbesteuerung) sowie für Industrieunternehmen, welche neu eröffnet und im wirtschaftlichen Interesse des Kantons gefördert werden. Parallel zur Konkordatslösung wurden auch auf Bundesebene Harmonisierungsbestrebungen initiiert. Mit dem 1958 eingeführten Art. 42^{quater} aBV wurde der Bundesgesetzgeber ermächtigt, Vorschriften gegen Abkommen über die Einräumung ungerechtfertigter steuerlicher Vergünstigungen zu erlassen. Im Rahmen der Totalrevision von 1999 wurde diese Vorschrift gestrafft und in Art. 129 Abs. 3 BV überführt.⁹³ Mittlerweile hat der Bundesgesetzgeber die einschlägigen Konkordatsbestimmungen in Art. 5 StHG (natürliche Personen) und Art. 23 Abs. 3 StHG (juristische Personen) übernommen.⁹⁴ Diese Bestimmungen ermächtigen die Kantone, auf dem Weg der Gesetzgebung für Unternehmen, die neu eröffnet werden und dem wirtschaftlichen Interesse des Kantons dienen, Steuererleichterungen vorzusehen. Eine wesentliche Änderung der betrieblichen Tätigkeit kann einer Neugründung gleichgestellt werden. Die maximale Dauer beträgt zehn Jahre.

Alle Kantone haben Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG in ihre Steuergesetzgebung übernommen und damit die Grundlage für einzelbetriebliche Steuererleichterungen geschaffen.⁹⁵ Vereinzelt wurden die tatbestandlichen Voraussetzungen und das Verfahren für die Gewährung von Steuererleichterungen gesetzlich weiter konkretisiert. In aller Regel obliegt es allerdings allein der Praxis, die offen formulierten Begriffe von Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG auszulegen und mit Inhalt zu füllen.⁹⁶

2. Rechtsschutz

Die Kantone haben gemäss Art. 4 des Konkordats von 1948 das Recht, Konkordatsverletzungen bei der Konkordatskommission zu rügen. Diese Kommission wird von den Finanzdirektoren gewählt und entscheidet endgültig. Ein dem Konkordat widersprechender Verwaltungsakt wird aufgehoben. Der fehlbare Kanton wird zu einer Geldbusse bis höchstens CHF 10 000 (im Wiederholungsfall bis CHF 50 000) verurteilt. Mangels Beschwerden sah sich die Konkordatskommission allerdings ausserstande, die ihr zugeordnete Rolle als Schiedsrichte-

rin im interkantonalen Steuerwettbewerb zu übernehmen.⁹⁷ Seit Inkrafttreten des StHG liegt das Aufsichtsrecht über die Einhaltung der Vorschriften über Steuererleichterungen (Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG) allein beim Bund.⁹⁸

Art. 73 StHG enthält spezialgesetzliche Beschwerdevorschriften. Entscheide der letzten kantonalen Instanzen unterliegen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht. Ein Unternehmen, dessen Gesuch um Steuererleichterung abgewiesen wird, ist allerdings nicht beschwerdebefugt, da regelmässig kein Rechtsanspruch besteht; Art. 83 lit. k BGG enthält eine entsprechende Ausnahme.⁹⁹ Gemäss Art. 73 Abs. 2 StHG ist die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) vor dem Bundesgericht beschwerdebefugt. Problematisch ist, dass sich dieses Beschwerderecht nur auf letztinstanzliche kantonale Entscheide bezieht. Damit ist es für die ESTV praktisch nicht möglich, die Rechtmässigkeit kantonaler Steuererleichterungen systematisch durch das Bundesgericht überprüfen zu lassen, weil derartige Entscheide innerkantonal kaum je angefochten werden.¹⁰⁰ In Ergänzung zum spezialgesetzlich vorgesehenen Rechtsmittelsystem wäre allenfalls denkbar, dass der Bund Kantone, welche in allzu grosszügiger Auslegung von Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG Steuererleichterungen gewähren, mit einer Klage gestützt auf Art. 120 BGG belangt.¹⁰¹ Konkurrenten eines Unternehmens, welches von Steuererleichterungen profitiert, müssen gestützt auf Art. 89 Abs. 1 BGG darlegen, dass sie durch die steuerliche Privilegierung «besonders berührt» sind und «ein schutzwürdiges Interesse» an ihrer Aufhebung oder Änderung haben. Dieser Nachweis verlangt eine besondere Beziehungsnähe.¹⁰² Voraussetzung für ein gerichtliches Vorgehen gegen unlautere Steuererleichterungen ist selbstredend, dass sie überhaupt publik gemacht werden – was selten genug passiert.

Die existierenden Mechanismen zur Kontrolle von StHG-widrigen Begünstigungen sind augenfällig ungenügend. Es besteht eine «eigentliche Aufsichts-

93 BIAGGINI (Fn. 79), Art. 129 Rz. 8–10; URS R. BEHNISCH, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler BV-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 129 Rz. 29–32; SCHOTT (Fn. 86), Rz. 443.

94 Steuerharmonisierungsgesetz vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14).

95 Steuerinformationen über das interkantonale Konkordat über Steuerabkommen vom Juli 2011, hrsg. von der Schweizerischen Steuerkonferenz SKK, S. 9; vgl. etwa Art. 18 und Art. 84 des Steuergesetzes des Kantons Bern vom 21. Mai 2000; § 15 und § 62 des Steuergesetzes des Kantons Zürich vom 8. Juni 1997.

96 Vgl. Art. 15 des Steuergesetzes des Kantons Aargau vom 15. Dezember 1998 und Dekret des Grossen Rates über die Möglichkeit von Steuererleichterungen vom 29. August 2000; zu diesen Begriffen MARCO GRETER, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), StHG-Kommentar, Basel 2. Aufl. 2002, Art. 5 Rz. 5–7.

97 ULRICH CAVELTI, Der Vorrang des Steuerharmonisierungsgesetzes gegenüber dem Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, IFF Forum für Steuerrecht 2002, S. 59 (Fn. 2).

98 CAVELTI (Fn. 97), S. 61–62; BEHNISCH (Fn. 93), Art. 129 Rz. 29.

99 Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110); der Widerruf einer Subvention wie auch Entscheide, mit denen von einer Zusicherung abgewichen wird, fallen demgegenüber nicht unter diese Ausnahmeklausel, Urteil des BGer. 2C_910/2010 vom 5. Mai 2011, E. 1.1.; THOMAS HÄBERLI, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz: Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 83 Rz. 205; zum fehlenden Rechtsanspruch auch Steuerinformationen SKK (Fn. 95), S. 9.

100 BEHNISCH (Fn. 93), Art. 129 Rz. 20; ADRIAN KNEUBÜHLER, Durchsetzung der Steuerharmonisierung, ASA 69, S. 209, 246; vgl. aber auch PETER LOCHER, Steuerharmonisierung – Quo vadis?, ASA 79, S. 429, 433.

101 ULRICH CAVELTI, Die Durchsetzung der Steuerharmonisierung – Grenzen und Möglichkeiten, IFF Forum für Steuerrecht 2004, S. 106, 110; KNEUBÜHLER (Fn. 100), S. 264.

102 Vgl. BGE 135 II 243, 246 f. E. 1.2; Urteil des BGer. 2C_53/2009 vom 23. September 2011, E. 1.3; zur Konkurrentenbeschwerde im Allg. SCHOTT (Fn. 86), Rz. 794–804; BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz: Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 89 Rz. 23–25; zum Rechtsschutz Dritter im Subventionsverfahren MÖLLER (Fn. 24), S. 273–308.

lücke».¹⁰³ Zurzeit ist es nicht möglich, Steuererleichterungen systematisch auf ihre Vereinbarkeit mit dem StHG überprüfen zu lassen. Obwohl dieses Rechtsschutzdefizit allseits bekannt ist, scheiterten Bestrebungen zur effizienteren Durchsetzung der Steuerharmonisierung regelmässig. Zwei Expertenkommissionen von 2004 und 2008 – beide durch die kantonale Finanzdirektorenkonferenz eingesetzt – schlugen die Schaffung einer unabhängigen Kontrollkommission vor, deren Hauptaufgabe darin bestanden hätte, StHG-widrige Vorschriften und Praktiken vor der letzten kantonalen Instanz anzufechten.¹⁰⁴ Obwohl der Bundesrat und eine Mehrheit der Kantone für eine griffigere Durchsetzung des StHG votierten, sprachen sich insbesondere Wirtschaftsverbände und die bürgerlichen Parteien wiederholt gegen die Schaffung einer Kontrollkommission aus.¹⁰⁵ Gewisse Kritiker befürchteten eine «schleichende Zentralisierung» und damit negative Auswirkungen auf den Steuerwettbewerb; andere befürworteten die Stärkung der Aufsichts- und Beschwerdebefugnisse der ESTV.¹⁰⁶

III. Würdigung

Kantone sind in der Gewährung von Subventionen an ausgewählte Wirtschaftsteilnehmer weitgehend frei. Obwohl die Schaffung eines gesamtschweizerischen Binnenmarktes bereits bei der Gründung der Eidgenossenschaft im Jahr 1848 ein zentrales Ziel darstellte, wurde es bis heute nicht als vordringlich betrachtet, die Binnenmarktfreiheit durch ein Beihilfeverbot zu ergänzen und abzusichern. Die Wirtschaftsfreiheit entfaltet bei der Disziplinierung kantonalen Subventionen kaum Wirkung. Der Bundesgesetzgeber verzichtete bei der Schaffung des BGBM darauf, dieses Defizit zu beheben. Die Um- und Durchsetzung von Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG im kantonalen Recht steht auf wackligen Füßen. Im Ergebnis zeichnet sich das schweizerische Recht durch eine eigenartige Nicht-Politik des «freundeidgenössischen *laissez faire*»¹⁰⁷ aus. Gleichzeitig fehlt es an verlässlichen Angaben über das tatsächliche Ausmass kantonalen Fördermassnahmen. Während der Bundesrat periodisch über die ge-

währten Bundessubventionen informiert, sucht man entsprechende Statistiken zu kantonalen Subventionspraktiken vergeblich.¹⁰⁸ Immerhin haben die Fördermassnahmen zugunsten des Tourismusprojekts Andermatt Swiss Alps bzw. Novartis in Nyon die problematischen Aspekte der Wettbewerbsverzerrung und Ungleichbehandlung bildhaft in Erinnerung gerufen und zu einer lebhaften Debatte über deren Sinnhaftigkeit geführt.¹⁰⁹

F. Fazit

Die kritische Würdigung der Subventionsregimes im WTO-Recht, im EU-Recht, in bilateralen (Freihandels-) Abkommen und im schweizerischen Recht ergibt ein durchmisches Bild. Die regulatorischen Lösungen sind auffällig divers. Thesenartig lässt sich das folgende Fazit ziehen:

- a) Marktzugangsrechte bedürfen zwingend der Absicherung vor wettbewerbsverzerrenden Subventionspraktiken. Griffige Subventionsvorschriften schützen legitime Erwartungen auswärtiger Wirtschaftsteilnehmer und gewährleisten *level playing fields* für einheimische und auswärtige Produkte. Der Grad der anvisierten Integration der betroffenen Märkte ist dabei grundsätzlich irrelevant. Interessanterweise kennt das global ausstrahlende WTO-Recht, welches weitgehend mit den klassischen Instrumenten der negativen Integration operiert, restriktive Vorschriften für die Gewährung von Subventionen. Im EU-Recht stellt das Beihilfeverbot einen unverrückbaren Pfeiler des europäischen Wettbewerbsrechts dar. Bilaterale (Freihandels-) Abkommen lehnen sich an das EU-Beihilfeverbot an oder verweisen auf das WTO-Recht. Demgegenüber enthält das schweizerische Recht keine disziplinierenden Vorgaben an die Adresse der Kantone. Hier besteht ein Paradox.
- b) Kantonale Subventionspraktiken, welche sich nachteilig auf die Interessen ausländischer Wirtschaftsteilnehmer auswirken (können), müssen das einschlägige Staatsvertragsrecht beachten. Gleichwohl scheint das Bewusstsein für das Ineinandergreifen der verschiedenen Subventions-Teilordnungen wenig entwi-

103 Urteil des BGer. 2A_647/2005 vom 7. Juni 2007, E. 5.1; BEHNISCH (Fn. 93), Art. 129 Rz. 20; CAVELTI (Fn. 101), S. 107–108; KNEUBÜHLER (Fn. 100), S. 256–266.

104 Expertenbericht «Um- und Durchsetzung der Steuerharmonisierung» vom Juni 2004 (www.efd.admin.ch und Link zu Dokumentation/Berichte); 2. Expertenbericht «Um- und Durchsetzung der Steuerharmonisierung» vom 9. Mai 2008 (www.fdk-cdf.ch); ULRICH CAVELTI, Die Schliessung der Durchsetzungslücke des Steuerharmonisierungsgesetzes, IFF Forum für Steuerrecht 2008, S. 287–296.

105 CAVELTI (Fn. 104), S. 290; LOCHER (Fn. 100), S. 431–432.

106 Vgl. etwa LARS P. FELD/CHRISTOPH A. SCHALTEGGER, Braucht die Schweiz eine materielle Steuerharmonisierung? Eine ökonomische Beurteilung verschiedener Vorschläge, Steuerrevue 2009, S. 727, 738; THOMAS STADELMANN, Die Kontrollkommission zur Um- und Durchsetzung der Steuerharmonisierung, Steuerrevue 2005, S. 655–663.

107 GIOVANNI BIAGGINI, Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich, ZBl 1996, S. 49, 68.

108 Vgl. zur kantonalen «Intransparenz» im Steuerbereich etwa Bericht des Regierungsrats des Kantons Uri vom 20. Dezember 2011 (Nr. 2011–820 R-270–13), S. 13: «Für den Kanton besteht somit kein Interesse, seine Position im Standortwettbewerb einseitig mit der Publikation geförderter Unternehmen zu schwächen, zumal auch andere Kantone keine solchen Listen veröffentlichen. Ausserdem wäre die Veröffentlichung nur in Zustimmung mit der steuerpflichtigen Person vereinbar.» – Eine parlamentarische Initiative von NR Susanne Leutenegger Oberholzer vom 22. Dezember 1999 (99.466) verlangte die Schaffung eines Gesetzes über die Meldepflicht der Kantone und Gemeinden für staatliche Beihilfen an Unternehmen. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD), die vorberatende Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) und schliesslich der Nationalrat (AB 2000 N 1133) sprachen sich gegen die Initiative aus.

109 Vgl. NZZaS vom 22. Januar 2012, S. 12; NZZ vom 24. Januar 2012, S. 26; NZZ vom 26. Januar 2012, S. 11.

- ckelt. Das schweizerische Recht verzichtet auf eine Umsetzung der Vorgaben des WTO-Rechts bzw. der bilateralen (Freihandels-) Abkommen. Innerstaatliche Kontrollmechanismen fehlen weitgehend. Die unmittelbare Anwendbarkeit wird traditionell abgelehnt. Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass die disziplinierende Wirkung des Staatsvertragsrechts kaum durchschlägt.
- c) Materiell ergänzen sich die verschiedenen Teilordnungen vertikal teils harmonisch, teils führen sie zu ungelösten Widersprüchen. Ein Hauptunterschied in der Ausgestaltung des Beihilfeverbots im WTO-Recht und im EU-Recht betrifft seine Rigidität bzw. Flexibilität. Das SCM Abkommen enthält keine Ausnahmeklauseln zugunsten legitimer Beihilfemassnahmen. Die WTO-Mitglieder konnten sich bis heute nicht über eine Weiterführung der Kategorie erlaubter Subventionen einigen. Dieser Zustand reflektiert den funktionalen Charakter der Welthandelsordnung, welche zumindest in diesem Bereich keine verfassungsrechtliche Ausprägung im Sinne positiver Integration erfahren hat. Demgegenüber benennt das EU-Recht Tatbestände, bei deren Vorliegen das Beihilfeverbot nicht greift. Das EU-Recht geht von der Prämisse aus, dass Beihilfen unter gewissen Voraussetzungen ein legitimes Instrument staatlicher Politikgestaltung darstellen. Gleichzeitig übernimmt das Beihilferecht im Zug der fortschreitenden europäischen Integration die Funktion eines Metarechts. Die EU – vornehmlich in Gestalt der Kommission – formuliert Ziele, an denen sich die Mitgliedstaaten in ihrer Beihilfepolitik auszurichten haben, und verleiht dem Beihilferecht damit eine Wirkung, welche über den ursprünglichen Zweck der negativen Integration hinausgeht.
- d) Die schweizerische Praxis offenbart, dass die Wirtschaftsfreiheit strukturell nicht in der Lage ist, das Fehlen spezifischer subventionsrechtlicher Vorgaben allein qua (rechtsschöpferischer) Grundrechtsverwirklichung auszugleichen. Praxis und Lehre tun sich schwer, der Wirtschaftsfreiheit ausserhalb der klassischen Eingriffsverwaltung Konturen zu verleihen – geschweige denn allein gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit ein stimmiges (Anti-) Subventionsregime zu entwickeln. Es liegt am Bundesgesetzgeber, den nötigen Impetus zu setzen.
- e) Alle Ebenen der Rechtsgewinnung regulieren Steuererleichterungen. Im WTO-Recht und im EU-Recht fallen sie unter den Subventionsbegriff. In der Schweiz enthält die Steuergesetzgebung harmonisierende Vorschriften. Damit unterscheidet sich das schweizerische Recht konzeptuell von den anderen Regelungsebenen. Ins Auge fällt insbesondere der Verzicht auf eine «Zwischenstaatlichkeitsklausel». Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG verfolgen nicht (primär) binnenmarktrechtliche Zwecke, sondern beruhen auf allgemeinen Überlegungen der Steuergerechtigkeit. Im EU-Recht zeigt sich demgegenüber – gleichsam umgekehrt – eine verstärkte Überlagerung des nationalen Steuerrechts durch das unionale Beihilferecht. Diese Entwicklung führt zu neuartigen Fragestellungen und ist kompetenzrechtlich nicht unproblematisch.

- f) Im EU-Recht fällt die Operationalisierung des Beihilfeverbots in den Kompetenzbereich der Kommission. Im WTO-Recht fehlt eine entsprechende «In-Verwaltungnahme» durch ein supranationales Organ. Es ist mit Blick auf die zwischenstaatliche Struktur der WTO und ihre heterogene Mitgliedschaft wenig wahrscheinlich, dass sich daran in absehbarer Zeit etwas ändert. In der Schweiz gelang es der interkantonalen Kontrollkommission nicht, sich als Schiedsrichterin im Steuerwettbewerb zu etablieren. Seit einigen Jahren ist die WEKO mit der Überwachung des Beihilfeverbots gestützt auf das Luftverkehrsabkommen betraut. Diese neuartige Funktion der WEKO könnte durchaus Präjudizcharakter haben und dazu führen, dass auch weitere Subventionstatbestände einer unabhängigen Beurteilung zugeführt werden – sei es kraft staatsvertraglicher Verpflichtung, sei es kraft eigener Einsicht in die Notwendigkeit, die Gewährung kantonaler Privilegien transparenter zu gestalten und stärker zu disziplinieren. Dabei wäre es wohl sachgerecht, Beurteilungen durch die WEKO verbindliche Wirkung zuzuerkennen.
- g) Freihandelsabkommen enthalten – zumindest für den Warenhandel – durchaus Band Subventionsregeln. Ihre Ausgestaltung folgt zwei Grundschemata. Im europäischen Kontext orientieren sich die Vorschriften am EU-Recht. Damit wird das unionale Beihilferecht indirekt und punktuell auch für die Schweiz bedeutsam. Problematisch ist das Fehlen eines institutionellen Überbaus, welcher eine autoritative Beurteilung umstrittener Beihilfen ermöglichen würde. Dieses strukturelle Defizit – ein Klassiker auf der Baustelle der schweizerischen Europapolitik – gereicht der Schweiz sowohl mit Blick auf die Abwehr umstrittener Forderungen der EU als auch mit Blick auf schweizerische Exportinteressen zum Nachteil. Freihandelsabkommen mit Drittstaaten verweisen in aller Regel auf das WTO-Recht. Damit schlagen die materiellen Defizite des SCM Abkommens ungefiltert auch ins bilaterale Verhältnis durch.
- h) Die Rechtsschutzmechanismen der verschiedenen Subventionsregimes folgen gänzlich eigenen Regeln. Sie reichen vom zwischenstaatlich organisierten Verfahren im WTO-Recht über das fein austarierte Klagesystem auch für Private im EU-Recht bis zum *de facto* inexistenten Rechtsschutz in der Schweiz. Dieser Befund ist für die Schweiz mit Blick auf den primären Zweck griffiger Beihilferegeln – Absicherung des Rechts auf Marktzugang und Schutz des *level playing field* – wenig schmeichelhaft und verlangt nach Remedur.

Zusammenfassung

Staatliche Subventionen bewegen sich in einem Spannungsfeld. Zum einen gehören sie zum Standardrepertoire staatlicher Politikgestaltung und korrigieren unerwünschte Verzerrungen auf imperfekten Märkten. Sie erhalten Arbeitsplätze, fördern die Entwicklung neuer Technologien und tragen zur Prosperität

benachteiligter Regionen bei. Zum anderen konfliktieren Subventionen mit dem Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität. Problematisch sind insbesondere Subventionspraktiken, welche einheimische Wirtschaftsteilnehmer privilegieren und damit Marktzugangsrechte auswärtiger Konkurrenten untergraben bzw. neutralisieren. Dieser Beitrag untersucht die subventionsrechtlichen Vorschriften der verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung. Das WTO-Recht enthält zumindest für den Warenhandel umfassende Vorgaben für die Gewährung von Subventionen. Das EU-Binnenmarktrecht kennt ein Beihilfeverbot, lässt für spezifische Tatbestände aber Ausnahmen zu. Bilaterale (Freihandels-) Abkommen verweisen auf das WTO-Recht oder lehnen sich an das EU-Beihilfeverbot an. Demgegenüber enthält das schweizerische Recht keine subventionsrechtlichen Vorschriften. Immerhin setzt der Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität gewisse Schranken. Zudem existieren Vorschriften gegen ungerechtfertigte Steuererleichterungen. Thematisch sind diese vertikal angeordneten «Subventions-Teilordnungen» eng verklammert. Gleichwohl steht die Entwicklung einheitsstiftender Grundstrukturen für eine gesamtstaatliche und kohärente Subventionsrechtsordnung erst in den Anfängen.

Résumé

Les subventions étatiques évoluent dans une zone de tension. D'une part, elles appartiennent aux outils standards de l'orientation politique de l'Etat et permettent de corriger des distorsions indésirables sur des marchés imparfaits. Elles préservent les places de travail, favorisent le développement de nouvelles technologies et contribuent à la prospérité des régions désavantagées. D'autre part, les subventions entrent en conflit avec le principe de neutralité concurrentielle de l'Etat. Les pratiques qui privilégient les acteurs économiques nationaux en érodant et neutralisant ainsi les droits d'accès des concurrents étrangers posent notamment problème. Cet article examine les normes en matière de subventions aux différents échelons de l'obtention du droit. Le droit de l'OMC comporte, au moins pour le commerce des marchandises, des prescriptions détaillées sur l'octroi de subventions. Le droit du marché intérieur de l'UE comprend une interdiction des aides, mais admet des dérogations pour des situations bien précises. Les accords bilatéraux (de libre-échange) renvoient au droit de l'OMC ou s'inspirent de l'interdiction des aides de l'UE. A l'inverse, le droit suisse ne comporte aucune norme en matière de subventions. Le principe de la neutralité étatique en matière de concurrence instaure toutefois certaines limites. Il existe par ailleurs des normes qui luttent contre les allègements fiscaux injustifiés. Ces «réglementations partielles des subventions» sont étroitement liées sur le plan thématique. Le développement de principes unificateurs tendant à une réglementation globale et cohérente des subventions n'en est toutefois qu'à ses débuts.

rds
ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Gegründet 1852, Neue Folge seit 1882

Band 131 (2012), ISSN 0254-945X

Band 131 I: 5 Hefte jeweils Mitte der Monate März, Mai, Juli, September und Dezember

Band 131 II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Zitiervorschlag: ZSR 2012 I

Proposition de citation: RDS 2012 I

Herausgeber: Prof. Bernard Dutoit, Prof. Stephen V. Berté, Dr. Peter Isler, Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Daniel Thürer, Prof. Hans Peter Walter

Verlag: Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Telefon 061 228 90 70, Telefax 061 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Beiträge sind per E-Mail (zeitschriften@helbing.ch) an den Verlag (Lektorat Zeitschriften) einzureichen. Richtlinien zur Textfassung sind beim Verlag anzufordern.

© 2012 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vertrieb: Helbing Lichtenhahn Verlag, Abo-Service, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel,
Telefon +41 (0)61 228 90 20, Telefax +41 (0)61 228 91 50, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Adressänderungen: Bitte Kontrollnummer und Name der Zeitschrift angeben.

Abonnementspreise pro Jahr	Schweiz		Europa		Übersee	
	Einbanddecken ohne	mit	Einbanddecken ohne	mit	Einbanddecken ohne	mit
Band 131 I = 5 Hefte						
Band 131 II = SJV-Referate						
Abonnement	248.–	333.–	267.–	352.–	276.–	361.–
Abonnement für Studierende	98.–	183.–	117.–	202.–	126.–	211.–

Alle Abonnementspreise in CHF, inkl. 2,5% MwSt., inkl. Versandkosten.

Einzelheft: CHF 65.–, inkl. 2,5% MwSt., exkl. Versandkosten.

Einbanddecken: CHF 85.–, inkl. 8% MwSt., exkl. Versandkosten.

Preisänderungen vorbehalten

Kündigungen für die neue Abonnementsperiode sind schriftlich und bis spätestens 31. Oktober des vorangehenden Jahres mitzuteilen.

Inserate und Beilagen: Zürichsee Werbe AG, Seestrasse 86, 8712 Stäfa,
Tel. 044 928 56 11, Fax 044 928 56 00, E-Mail: info@zs-werbeag.ch. Verlangen Sie die Mediadaten.

Beihefte zur ZSR: Vergünstigung für ZSR-Abonnenten: 20% Rabatt auf Verkaufspreis.

SJV: Sämtliche Mitglieder des SJV erhalten die ZSR im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

SSJ: Les membres du SSJ reçoivent la RDS dans le cadre de leur cotisation.