

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

**Steptoel**  
STEPTOE & JOHNSON LLP

Schweizerhof-Passage 7  
3001 Bern, Schweiz  
Tel: 41 (0) 31 327 54 54  
Fax: 41 (0) 31 327 54 99  
www.prager-dreifuss.com  
philipp.zurkinden@prager-dreifuss.com



9. Oktober 2017/Rev. 2

**Bericht**  
im Auftrag der  
**Konferenz der Kantonsregierungen**  
über  
**die Folgen einer möglichen Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen  
der EU durch die Schweiz**  
Zusammenfassung

---

Die Konferenz der Kantonsregierungen hat uns gebeten, die wahrscheinlichen Auswirkungen einer Einführung des Verbots staatlicher Beihilfen der EU in der Schweiz zu überprüfen und in diesem Zusammenhang vier Fragen zu beantworten. Wir fassen nachfolgend unsere Folgerungen zusammen.

**1. Welche Politikfelder wären von der Einführung von Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen besonders betroffen? Welche kantonalen Regelungen wären betroffen? Welche Auswirkungen wären zu erwarten?**

Wenn die Schweiz ein Verbot staatlicher Beihilfen nach den Massstäben des EU-Rechts einführt, wäre das gesamte staatliche Handeln, soweit es in einer selektiven Begünstigung eines bestimmten Wirtschaftszweigs oder eines Unternehmens resultiert, einer beihilfenrechtlichen Kontrolle unterworfen. Das Beihilfenverbot könnte zur Untersagung oder der Reduzierung von staatlichen Beihilfen führen. Widerrechtlich gewährte Beihilfen könnten zuzüglich Zinsen noch nach zehn Jahren und ungeachtet des Grundsatzes des berechtigten Vertrauens zurückgefordert werden.

Das Beihilfenverbot ist geeignet, auch Sachverhalte zu erfassen, denen bei objektiver Betrachtung eine regionale oder lokale Bedeutung zukommt.

Es wäre eine grosse Bandbreite von Politikbereichen betroffen. Es ist nicht möglich, diesbezüglich eine abschliessende Aufzählung vorzunehmen, zumal die Verhandlungen mit der EU noch nicht abgeschlossen sind. Zudem wird die bisher zu beobachtende, stetige Ausweitung des beihilfenrechtlichen Tatbestands aller Voraussicht nach auch in Zukunft eine Fortsetzung finden.

Bei einer Einführung des EU-Beihilfenrechts pro Abkommen oder betroffenen Sektor lässt sich der Anwendungsbereich nicht zweifelsfrei abgrenzen. Eine Ausstrahlung auf vor- oder nachgelagerte oder anderweitig verbundene Sektoren kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden.

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

Bei einer Einführung des Beihilfenverbots für das Personenfreizügigkeitsabkommen ist wahrscheinlich, dass die staatliche Förderung der Aus- oder Fortbildung am Arbeitsplatz oder der Beschäftigung von benachteiligten oder behinderten Arbeitskräften beihilferechtlich zu überprüfen wäre.

Wenn das Beihilfenverbot im Anwendungsbereich des Freihandelsabkommen nach den Massstäben des EU-Rechts ausgestaltet wird, ist davon praktisch die gesamte herstellende Industrie betroffen.

Massnahmen der Wirtschaftsförderung, einschliesslich der Gewährung von Anreizen zur Ansiedlung von Unternehmen durch Kantone oder Gemeinden wären auf jeden Fall einem beihilferechtlichen Risiko ausgesetzt.

Eine Einführung des Beihilfenverbots führt nicht zur Abschaffung der kantonalen Regale. Es erfordert keine Privatisierungen. Es hindert öffentliche Monopolunternehmen wie z.B. die kantonalen Gebäudeversicherungen oder die SUVA grundsätzlich nicht daran, ihre Tätigkeit auf nicht-monopolisierte Märkte auszudehnen. Sofern diese Unternehmen jedoch in den Genuss einer staatlichen Förderung kommen sollten, was zu prüfen wäre, könnte dies gegebenenfalls beihilfenrechtlich relevant sein. Betroffen wären z.B. kantonale Gebäudeversicherungen, die von Steuern befreit sind. Vom Staat finanzierte Investitionen in öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen, einschliesslich Stromversorgungsunternehmen oder Kantonalkassen wären gegebenenfalls auf ihre beihilfenrechtliche Vereinbarkeit zu überprüfen.

Sollte in Zukunft ein Finanzdienstleistungsabkommen abgeschlossen werden, wären die Staatsgarantien für die Kantonalkassen in den betroffenen Kantonen gefährdet.

## **2. Welche Auswirkungen hätte die Einführung von Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen auf die kantonale Steuerpolitik?**

Die Analyse des Steuerstreits zwischen der Schweiz und der EU über die Kompatibilität bestimmter kantonalen Körperschaftsregelungen einerseits und der nachfolgenden beihilferechtlichen Rechtsprechung der Europäischen Kommission im Zusammenhang mit mitgliedstaatlichen Steuerregimes (inkl. Steuerrulings) zeigt, dass bei Übernahme des EU-Beihilfenrechts Eingriffe in die kantonale Steuerhoheit drohen. Kantonale Steuervergünstigungen zu Gunsten von Unternehmen oder Unternehmensgruppen, welche in kantonalen Steuerregeln oder aber mittels individuellen Akten, insbesondere Steuerrulings, gewährt werden, fallen grundsätzlich unter das EU-Beihilfenrecht.

Aus schweizerischer Optik dürfte das für die Anwendung des EU-Beihilfenrechts massgebende Kriterium der Beeinträchtigung des Handels zwischen der Schweiz und der EU kein ausreichendes Dispositiv gegen unerwünschte Eingriffe der EU in die kantonale

Steuerhoheit bieten. Das entsprechende Kriterium im EU-Beihilfenrecht d.h. die Beeinträchtigung des Wettbewerbs bzw. des Handels zwischen einzelnen Mitgliedstaaten, wird von den europäischen Institutionen jeweils nur summarisch geprüft und bereits dann bejaht, wenn aufgrund der finanziellen Vergünstigung das betreffende Unternehmen bzw. die betreffende Unternehmensgruppe einen Wettbewerbsvorteil erhält.

Zwar dürften durch die anstehende Unternehmenssteuerreform bzw. deren Annahme durch das Volk die meisten der im Rahmen des vorerwähnten Steuerstreits von der EU monierten kantonalen Steuervergünstigungen zu Gunsten meist internationaler Unternehmen wegfallen, doch wären wichtige kantonale Erlasse, die Steuervergünstigungen für bestimmte Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen enthalten, insbesondere fiskalische Wirtschaftsförderungsmassnahmen sowie individuelle Steuerrulings, unter dem EU-Beihilfenrecht grundsätzlich relevant. Die EU-Entscheide, welche gerade in den letzten zwei Jahren zu Steuerrulings ergangen sind, zeigen, mit welcher Konsequenz die Europäische Kommission solche Vergünstigungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Beihilfenrecht überprüft.

Eine Übernahme des EU-Beihilfenrechts und der entsprechenden Praxis müsste somit sehr kritisch gesehen werden. Viel schonender unter dem Gesichtspunkt des Föderalismus dürfte die Schaffung von autonomen, Beihilfenregeln sein, welche der föderalistischen Struktur der Schweiz und den Eigenarten der einzelnen Wirtschaftssektoren Rechnung tragen und die das Tatbestandselement der Beeinträchtigung des Handels zwischen der Schweiz und der EU auch eigenständig präzisieren. Die definitive Auslegung solcher autonomer Regeln müsste dann auch nicht notwendigerweise dem EuGH obliegen.

### **3. Wie ist die diesbezügliche Praxis in den Nachbarstaaten der Schweiz?**

Entgegen dem ersten Anschein, wird das EU-Beihilfenrecht in den benachbarten EU-Staaten in einer Vielzahl von Fällen angewandt. Die Befolgung der beihilfenrechtlichen Vorgaben bedeutet für die zuständigen Behörden auf regionaler und Gemeindeebene eine große Verkomplizierung und Belastung.

Die Europäische Kommission achtet bei der Anwendung des Beihilfenverbots darauf, den Eindruck einer einseitigen Benachteiligung von einzelnen Mitgliedstaaten zu vermeiden. Wenn sie in bestimmten Wirtschaftssektoren Untersuchungen eröffnet, tut sie dies oft gegen mehrere Mitgliedstaaten gleichzeitig. Als Nicht-EU-Staat könnte die Schweiz nicht mit derselben Rücksichtnahme rechnen.

Sollte es trotzdem einmal so weit kommen, dass einzelne EU-Mitgliedstaaten von einschneidenden Kontrollen verschont bleiben, könnte die Schweiz daraus keinen rechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung herleiten.

#### **4. Wie sollte eine föderalismusverträgliche Überwachung von Regelungen über Staatsbeihilfen ausgestaltet sein?**

Die Schweiz kennt keine mit dem System der Beihilfenregelung der EU vergleichbare Ordnung. Auf Bundesebene fehlt sowohl dem Subventionsgesetz wie auch dem Gesetz über Regionalpolitik die spezifisch wettbewerbspolitische Ausrichtung.

Das im EU-Recht verankerte System der Genehmigungsbedürftigkeit von Beihilfen der Mitgliedstaaten, soweit diese nicht von einem expliziten Vorbehalt oder einer Ausnahme gedeckt sind, wäre in der Schweiz nicht nur verfassungsrechtlich höchst problematisch, sondern würde zu einem administrativen Mehraufwand für die Kantone führen, der nicht abschätzbar ist. Einer Bundesbehörde, welcher die Überwachung der Einhaltung der Beihilfenregeln gemäss institutionellem Abkommen bzw. den jeweiligen sektoriellen bilateralen Verträgen übertragen würde, könnte somit idealerweise nur Empfehlungsbefugnis gewährt werden, kombiniert allenfalls mit einer Beschwerdelegitimation gegen kantonale Beihilfenentscheide im Rahmen des kantonalen Instanzenzugs. Als rechtliches Instrument käme ein Konkordat analog der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVÖB) in Frage, an welchem sich auch der Bund beteiligen würde und das die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen auf Kantons- und Gemeindeebene bezweckt. Statt einer Meldepflicht wären eine Anzeigebefugnis der Schweizer Regierung bzw. EU-Seite und evtl. eine Meldemöglichkeit ab einer gewissen Größe der Beihilfe denkbar.

Als Überwachungsbehörde (welche im Rahmen eines soeben vorgeschlagenen Konkordats von Bund und Kantonen gemeinsam mandatiert würde), wäre die Weko nicht geeignet, obwohl sie im Luftverkehrsabkommen CH-EU eine entsprechende Funktion innehat. Dies namentlich aufgrund der Tatsache, dass die Beihilfekontrolle hoch politischer Natur ist und mit dem 1995 im Rahmen der Totalrevision des Kartellgesetzes vollzogenen Paradigmen-Wechsel (außerwettbewerbliche d.h. insbesondere politische Erwägungen werden in der Beurteilung von Wettbewerbssachverhalten nicht zugelassen) eine Berücksichtigung politischer Aspekte für sie ungewohnt ist. Das Luftverkehrsabkommen ist insofern spezieller Natur als es sich um einen – für die Schweiz singulären - Integrationsvertrag handelt, dessen wettbewerbsrechtlichen (inkl. Beihilfen-)Regeln praktisch kaum angewandt werden.



Geeignet wäre vielmehr eine Überwachungsbehörde wie die ElCom, die aus fünf bis sieben vom Bundesrat gewählten unabhängigen Mitgliedern bestehen würde, wobei diesen Mitgliedern eine besondere Sensibilität für kantonale Belange eigen sein sollte.

Brüssel, Bern 9. Oktober 2017

Simon Hirsbrunner

Prof. Dr. Philipp Zurkinden