

# Memorandum

---

an : Konferenz der Kantonsregierungen  
von : Prager Dreifuss AG  
Prof. Dr. Philipp Zurkinder, Dr. Marino Baldi, Bernhard C. Lauterburg  
Datum : 30. September 2017  
X3167612.docx/80745

## Betreff: Beihilfenkontrolle im Verhältnis Schweiz/EU

---

### I. Auftrag und Ausgangslage

1. Die Europäische Union (*EU*) macht eine Vertiefung der bilateralen Beziehungen bekanntlich unter anderem davon abhängig, dass die Schweiz das Verbot staatlicher Beihilfen nach dem Vorbild des EU-Rechts übernehmen soll. Im Vergleich zum Freihandelsabkommen (*FHA*) von 1972<sup>1</sup> und dem Luftverkehrsabkommen (*LVA*) aus dem Jahr 1999<sup>2</sup>, die bereits beihilferechtliche Bestimmungen enthalten, soll dieses Verbot sehr viel verbindlicher ausgestaltet werden. Es soll insbesondere mit einem Überwachungsmechanismus verknüpft werden, der eine effektive Durchsetzung gewährleisten soll. Das Beihilfenverbot könnte entweder im noch zu abzuschliessenden institutionellen Rahmenabkommen, den betroffenen sektoriellen Abkommen oder sowohl im Rahmenabkommen als auch den sektoriellen Abkommen verankert werden.
2. Das Sekretariat der Konferenz der Kantonsregierungen (*KdK*) hat die beiden Kanzleien Steptoe (Brüssel) und Prager Dreifuss AG (Bern) vor diesem Hintergrund gebeten, einen Bericht über die wahrscheinlichen Auswirkungen einer Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen durch die Schweiz zu verfassen. In diesem Bericht sollen die folgenden Fragen beantwortet werden:
  - 2.1 Welche Politikfelder wären von der Einführung von Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen besonders betroffen? Welche kantonalen Regelungen wären betroffen? Welche Auswirkungen wären zu erwarten?

---

<sup>1</sup> Freihandelsabkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 0.632.401, ABl. 1972 L 300/189.

<sup>2</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68, ABl. 2002 L 114/73.

- 2.2 Welche Auswirkungen hätte die Einführung von Regelungen im Bereich der Staatsbeihilfen auf die kantonale Steuerpolitik?
  - 2.3 Wie ist die diesbezügliche Praxis in den Nachbarstaaten der Schweiz?
  - 2.4 Wie sollte eine föderalismusverträgliche Überwachung von Regelungen über die Staatsbeihilfen ausgestaltet sein?
3. Das vorliegende Grundlagenpapier befasst sich mit den Fragen 2 und 4. Dabei wird das materielle Beihilfenrecht der EU nur soweit nötig dargestellt. Für weitergehende Ausführungen verweisen wir auf die Ausführungen von Simon Hirsbrunner (Steptoe), welcher die Fragen 1 und 3 behandelt.

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

### **A. Einleitung**

4. Die eingangs beschriebenen Kriterien zur Erfüllung des Beihilfetatbestands sind auch für kantonale Steuerregimes relevant. Die Europäische Kommission hat denn auch Artikel 107 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (*AEUV*; früher Art. 87 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft [*EGV*] bzw. Art. 92 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft [*EWGV*]) regelmässig auch auf steuerliche Massnahmen von Mitgliedstaaten angewendet. In ihrem Beitrag zum Steuerstreit zwischen der Schweiz und der EU erwähnt Christa Tobler ein solches Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) bereits aus dem Jahr 1961, das zwar das Recht der Europäischen Kohlen- und Stahlgemeinschaft (EGKS) betraf, aber aufgrund der Verbundenheit der drei Europäischen Gemeinschaftsverträge auch für die damalige Beihilfebestimmung in Art. 92 EWGV massgeblich war. Bereits in diesem Urteil wurde eine Verminderung der Steuerbelastung als Beihilfe qualifiziert.<sup>3</sup>
5. Am 10. Dezember 1998 veröffentlichte die Europäische Kommission eine Bekanntmachung über die Anwendung der Beihilferegeln auf staatliche Massnahmen der direkten Unternehmensbesteuerung. Als Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Beihilferegeln auf steuerliche Massnahmen wurden in der Bekanntmachung Folgende bezeichnet:

---

<sup>3</sup> Christa Tobler, "Bilaterale Beziehungen (punktuell) auf dem Prüfstand? Einige Bemerkungen zum sog. Steuerstreit aus juristisch-systematischer Sicht", in Christa Tobler (Hrsg.), Aspekte des Finanzdienstleistungs- und Unternehmenssteuerrechts nach dem EG-Recht und dem bilateralen Recht, Basler Schriften zur europäischen Integration, Nr. 86 (2008), S. 43ff.

- Es erfolgt entweder eine Verminderung des Steuersubstrates (z.B. spezifische Abzüge, besondere Abschreibungsgrundsätze, Bilanzrückstellungen) oder des Steuerbetrags (z.B. Ausnahmen oder Steuergutschriften, Aufschub oder Aufhebung von Steuern oder Steuerschuldsanierungen);
  - Die Steuervergünstigung muss vom Staat (darunter fallen auch andere Gemeinwesen wie regionale oder lokale Verwaltungseinheiten) gewährt bzw. aus staatlichen Ressourcen bestritten werden.
  - Die steuerliche Massnahme muss den Wettbewerb und Handel zwischen den Mitgliedstaaten direkt oder indirekt beeinträchtigen, was voraussetzt, dass der Begünstigte eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, die den Handel zwischen den Mitgliedstaaten betrifft.
  - Die Steuermassnahme muss spezifisch bzw. selektiv sein und gewisse Unternehmen oder die Produktion von bestimmten Gütern bevorzugen. Die selektive Bevorteilung kann dabei von einer Ausnahme von den Steuervorschriften, welche per Gesetzgebung, Regulierung oder Verwaltungsakt erfolgt oder aber aufgrund eines Ermessensentscheids der Behörden herrühren. Das selektive Element kann allerdings gerechtfertigt werden, wenn sie sich aus der Natur oder dem inneren Aufbau des betreffenden Rechtserlasses ergibt.
6. Die EU wendet somit ihr Beihilferecht regelmässig auf mitgliedstaatliche Steuerregelungen an. Nachfolgend wird in gebotener Kürze die Haltung der Europäischen Kommission gegenüber bestimmten kantonalen Körperschaftssteuerregelungen im Rahmen des sog. Steuerstreits mit der Schweiz und die beihilferechtliche Rechtsprechung der EU-Behörden zu Steuermassnahmen der Mitgliedstaaten analysiert, um die Folgen einer Übernahme des EU-Beihilferechts in einem institutionellen bzw. den bilateralen Abkommen für die kantonalen Steuerregelungen besser abschätzen zu können.

## **B. Beurteilung von schweizerischen kantonalen Körperschaftssteuerregelungen durch die Europäische Kommission – der sog. Steuerstreit zwischen der Schweiz und der EU**

7. Die Europäische Kommission kritisiert bereits seit über zehn Jahren, dass bestimmte kantonale Körperschaftssteuerregelungen Artikel 23 FHA verletzen.<sup>4</sup> In dieser FHA-Vorschrift wird bestimmt, dass "jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht", das Abkommen verletzt, "soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen".
8. Umstritten war (und ist) insbesondere, ob die fragliche FHA-Bestimmung gleich wie die damals in Artikel 87 EGV (heute Artikel 107 AEUV) enthaltene Beihilferegelung auszulegen ist. Während die (damalige) EG daran festhielt, dass Artikel 23 Abs. 1 lit. iii FHA der Auslegung von Artikel 87 Abs. 1 EGV zu folgen hätte, verbat sich die Schweiz, dass

---

<sup>4</sup> Grober zeitlicher Abriss dieser Kontroverse bei Christa Tobler, a.a.O., S. 31ff.

mit dieser Bestimmung in die Souveränität zur Gestaltung der innerschweizerischen Steuersysteme eingegriffen werde. Diese Vorschrift sei eigenständiger Natur und müsse autonom, d.h. losgelöst vom EG-Recht ausgelegt werden.

9. In ihrer Entscheidung vom 13. Februar 2007 über die Unvereinbarkeit bestimmter schweizerischer Körperschaftssteuerregelungen mit dem FHA<sup>5</sup> bezeichnet die Europäische Kommission drei kantonale Körperschaftssteuertypen, die aus ihrer Sicht als Beihilfe i.S. von Art. 87 EGV zu qualifizieren seien. Dabei geht es konkret um den jeweiligen Steuerstatus, der in bestimmten Kantonen für in der Schweiz tätige internationale Unternehmen in der Form von Verwaltungsgesellschaften, Holdinggesellschaften und gemischten Gesellschaften vorgesehen ist.
10. Im Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (*STHG*)<sup>6</sup> werden in Abweichung des Bundesrechts spezielle Regelungen für Verwaltungsgesellschaften, Holdinggesellschaften und gemischte Gesellschaften auf kantonaler Ebene vorbehalten. Anhand der Beispiele der Kantone Schwyz und Zug bemängelt die Kommission die Besteuerung von Verwaltungsgesellschaften und gemischten Gesellschaften mit überwiegender auslandbezogenen Geschäftstätigkeiten wie folgt:
  - "Erträge aus Beteiligungen sowie Kapital und Aufwertungsgewinne auf solchen Beteiligungen sind steuerfrei;
  - die übrigen Einkünfte aus der Schweiz einschliesslich Grundstückeerträge und -gewinne werden zum ordentlichen Tarif besteuert;
  - die übrigen Einkünfte aus dem Ausland werden nach der Bedeutung der (Verwaltungs-)Tätigkeit in der Schweiz zum ordentlichen Tarif besteuert."<sup>7</sup>

Im Zusammenhang mit Holdinggesellschaften stellt die Kommission u.a. wiederum beispielhaft anhand der kantonalen Regelungen in Zug und Schwyz die Steuerfreiheit von Erträgen aus Beteiligungen, "einschliesslich Gebühren für die Erteilung von Lizenzen für die Benutzung immaterieller Vermögenswerte beim Vertrieb von Waren im Ausland, Zinserträgen aus der Konzernfinanzierung und Einkünften aus im Ausland u.a. im Zusammenhang mit einer dort ausgeübten Handelstätigkeit erbrachten Dienstleistungen"<sup>8</sup> als unzulässige Beihilfen im Sinne des Artikels 23 FHA dar.

---

<sup>5</sup> [http://eeas.europa.eu/archives/delegations/switzerland/documents/eu\\_switzerland/20070213\\_kommission\\_steuern.pdf](http://eeas.europa.eu/archives/delegations/switzerland/documents/eu_switzerland/20070213_kommission_steuern.pdf). Vgl. hierzu auch Philipp Zurkinden, "Der merkwürdige 'Entscheid' der EU-Kommission – Ein Appell an die Vernunft in Sachen Holding-Steuer-Streit", in NZZ vom 23. März 2007, S. 19.

<sup>6</sup> Steuerharmonisierungsgesetz, SR 642.14.

<sup>7</sup> Rz 16 und 25 der Entscheidung.

<sup>8</sup> Rz 21 der Entscheidung.

11. Unter Berufung auf die Rechtsprechung zu Art. 92 EWGV (heute Art. 107 AEUV) und sonstigen Definitionen und Kriterien, "die zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens bereits vorlagen oder die von internationalen Organisationen angewandt werden",<sup>9</sup> ist die Kommission in ihrer Entscheidung der Meinung:
- dass mit diesen Steuerbefreiungen den betreffenden Gesellschaftstypen Vorteile gewährt werden, die vom Charakter des Schweizer Steuersystems abweichen. Insbesondere würde letzteres nicht zwischen Einkünften aus dem Inland und solchen aus dem Ausland unterscheiden und sei das Argument der geringeren Nutzung der Infrastruktur kein besonderes Merkmal des kantonalen Unternehmenssteuersystems und daher keine Rechtfertigung für die Steuerermässigungen, welche überdies auch noch im Widerspruch zum räumlichen Zuständigkeitsbereich der Kantone stünden;
  - dass aufgrund der dadurch entstehenden Steuermindereinnahmen diese Vorteile aus staatlichen Mitteln bestritten werden;
  - dass die fraglichen Steuerermässigungen jeweils nur einer bestimmten Kategorie von Unternehmen (d.h. den bestimmten Gesellschaftstypen) zugutekommen, d.h. also spezifisch sind und damit insbesondere multinationale Unternehmen diskriminiert werden, die ihre Holding- oder Verwaltungstätigkeiten nicht in die Schweiz verlagern bzw. würden Unternehmen privilegiert, die ihre Präsenz (ausserhalb der Verwaltungs- und Koordinierungstätigkeiten) ausserhalb der Schweiz verstärken würden;
  - dass der faire Wettbewerb zwischen schweizerischen Unternehmen und Unternehmen der Gemeinschaft verfälscht werde bzw. zu verfälschen drohe und es wahrscheinlich sei, dass die betreffenden Begünstigungen den grenzüberschreitenden Wettbewerb zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz beeinträchtigen und geeignet seien, auch den Handel zwischen den Abkommenspartnern zu behindern.<sup>10</sup>
12. Die Schweizer Gegenargumente, wonach die Steuerregelungen gar nicht unter das Abkommen fallen würden bzw. nicht gemäss den Beihilfavorschriften des EGV ausgelegt werden könnten, diese Regelungen in jedem Fall gerechtfertigt seien, da sie eine Mehrfachbesteuerung vermeiden, die betreffenden Unternehmen die Infrastruktur in der Schweiz nur in ganz geringem Masse in Anspruch nehmen würden und zudem der unter das FHA fallende Warenverkehr und Wettbewerb nicht verfälscht werden, werden von der Europäischen Kommission nicht gehört.<sup>11</sup>
13. Die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 13. Februar 2007 hat zu keiner Lösung der Probleme geführt. Immerhin wurde aufgrund des Drucks der EU in der

---

<sup>9</sup> Rz 29 der Entscheidung.

<sup>10</sup> Siehe Erwägungen in den Rz 26 – 58 der Entscheidung.

<sup>11</sup> Siehe Erwägungen 59ff. der Entscheidung.

Schweiz die politische Diskussion über eine Unternehmenssteuerreform lanciert und damit auch über die Abschaffung der kantonalen Körperschaftsteuer-Privilegien. Am 12. Februar 2017 hat das Schweizer Stimmvolk die sog. Unternehmenssteuerreform III verworfen, mit welcher die von der Europäischen Kommission in ihrer oben beschriebenen Entscheidung monierten Privilegierung von ausländischen Erträgen hätten abgeschafft werden sollen. Seither wird an einer neuen Vorlage gearbeitet, die möglicherweise im Jahr 2019 vor das Volk kommen sollte.

### **C. Die Beihilfenpraxis der EU nach der Entscheidung gegen die Schweiz**

14. Die Europäische Kommission hat sich erst ab ca. 2000 vertiefter mit ihren Beihilfevorschriften auseinandergesetzt und eine Fallpraxis entwickelt. Hatte sie sich anfänglich vor allem auf die beihilferechtliche Kompatibilität von abstrakten Steuerregelungen der Mitgliedstaaten konzentriert,<sup>12</sup> fokussiert sie in letzter Zeit auch steuerliche Einzelakte, insbesondere sog. Steuerrulings.
15. 2013 wurde von der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission eine Task Force zum Thema "Steuerplanungspraktiken" ins Leben gerufen.<sup>13</sup> Diese Task Force hat bei den Mitgliedstaaten Informationen zu Steuervergünstigungsmassnahmen bzw. Steuerrulings zu Gunsten von einzelnen Unternehmen verlangt und in der Folge verschiedene Verfahren eingeleitet.
16. In sechs der sieben infolge der Ermittlungen der Task Force eröffneten Verfahren ging es um individuelle Steuervergünstigungs-Vereinbarungen (Steuerrulings), welche mit einzelnen Unternehmen getroffen wurden und in drei dieser Fälle erfolgten bis heute die materiellen Endentscheide. Am 21. Oktober 2015 wurden sog. Steuervorbescheide bzw. -rulings, mittels welchen die luxemburgische Steuerbehörde zu Gunsten von Fiat Finance und die niederländische Behörde zu Gunsten von Starbucks eine Verringerung der Steuerlast vereinbart hatten, als illegale Beihilfen qualifiziert. Die Europäische Kommission stellte in ihren Entscheiden einerseits klar, dass Steuervorbescheide bzw. -rulings als solche durchaus legal und grundsätzlich insofern sinnvoll seien, als damit für Unternehmen Klarheit über deren Steuersituation geschaffen werden könne. Bei beiden betreffenden Steuervorbescheiden seien aber Ausnahmen vom jeweiligen Steuersystem geschaffen worden, welche künstliche und komplexe Methoden enthielten, die die wirtschaftliche Realität nicht berücksichtigt hätten. So wurden bei Fiat Finance aufgrund von wirtschaftlich nicht haltbaren Überlegungen die Eigenkapitalausstattung, aber auch die Vergütung

---

<sup>12</sup> Als Beispiele seien hier die Verfahren gegen verschiedene Mitgliedstaaten mit Regelungen zu sog. Koordinationszentren, welche Verrechnungspreise für konzernintern erbrachte Service-Leistungen zum Gegenstand hatten, genannt; vgl. etwa die Entscheidungen der Kommission vom 22. August 2002 gegen Spanien (ABl. Nr. L 31/26 vom 6.2.2003); vom 5. September 2002 gegen Deutschland (ABl. Nr. L 177/17, vom 16.7.2003); vom 16. Oktober 2002 gegen Luxemburg (ABl. Nr. L 170/20, vom 9.7.2003) und vom 17. Februar 2003 gegen Luxemburg (Abl. Nr. L 282/25, vom 30.10.2003).

<sup>13</sup> [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/tax\\_rulings/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/tax_rulings/index_en.html).

hierfür auf ein Niveau festgelegt, das nicht den wirtschaftlichen Marktbedingungen entsprach. Bei Starbucks wurden die Lizenzgebühren, welche die Starbucks Manufacturing EMEA BV als einzige Starbucks-Kaffeerösterei Europas einem im Vereinigten Königreich ansässigen Starbucks-Unternehmen zu zahlen hatte, viel zu hoch angesetzt, wobei ins Gewicht fiel, dass kein anderes Unternehmen der Gruppe und auch kein anderes unabhängiges Unternehmen, das für Starbucks Kaffee röstet, für die Verwendung dieses Know-hows in ähnlicher Situation Lizenzgebühren entrichten muss und zudem das niederländische Unternehmen, auf welches die Gewinne verlagert wurden, weder im Vereinigten Königreich noch in den Niederlanden Körperschaftssteuern zahlen musste! Zudem wurde der Preis für Kaffeebohnen, der von Starbucks an eine in der Schweiz ansässige Starbucks-Unternehmung bezahlt wurde, so hoch und nicht den wirtschaftlichen Bedingungen entsprechend angesetzt, dass indirekt weitere Gewinne auf die niederländische Unternehmung verlagert wurden.<sup>14</sup>

17. Der dritte Entscheid betraf zwei Steuerrulings, welche Irland mit Apple geschlossen hatte und die zu einer Steuervergünstigung bei Apple im Betrag von bis zu 13 Mia. Euros führten. Die in Irland domizilierte Apple Sales International wurde als Vertragspartner für alle Kunden, die in Europa Apple-Produkte in irgendeinem Apple-Verkaufsgeschäft kauften, bezeichnet, womit alle Verkäufe bzw. die mit diesen Verkäufen erzielten Gewinne in Irland verbucht wurden. Mit den Steuerrulings wurde dann der grösste Teil der Gewinne wieder von Irland weg auf einen fiktiven "Verwaltungssitz" von Apple International, der aber weder in Irland noch in einem anderen Land domiziliert war und auch keine eigenen Mitarbeiter oder Geschäftslokalitäten (nur ein paar Verwaltungsräte, welche zudem zu einem grossen Teil Vollzeit für Apple Inc. tätig waren) besass und daher auch nicht steuerpflichtig war, verlegt.<sup>15</sup> Die gleiche Vorgehensweise billigte die irische Steuerbehörde mit Bezug auf Apple Operations Europe, das für die Herstellung von bestimmten Apple-Computerserien zuständig war und bei dem ebenfalls der grösste Teil des Gewinns einem "Verwaltungssitz" zugewiesen wurde. Die Europäische Kommission kam zum Schluss, dass Irland die im Verkaufsbereich erzielten Gewinne von Apple Sales International und Apple Operations Europe künstlich und nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechend "Verwaltungssitzen" zugewiesen wurden, wo sie nicht besteuert wurden. Damit zahlte Apple weit weniger Steuern als andere Unternehmen in der gleichen Situation. Die Kommission stellte explizit fest, dass sie mit diesem Entscheid weder das Steuersystem noch den Körperschaftsteuersatz Irlands in Frage stelle und dass auch die Steuerstruktur von Apple als solche und die Frage, ob die Gewinne in den Ländern, in welchen die Produkte effektiv verkauft wurden, hätten verbucht werden sollen, nicht

---

<sup>14</sup> Vgl. Fall Nrn. SA.38375 (Fiat) und SA.38374 (Starbucks); beide Entscheide mit Datum vom 21. Oktober 2015; s. auch die entsprechende Medienmitteilung in IP/15/5880. Die beiden Unternehmen müssen Steuern im Betrag von 25-30 Mio. Euros zurückzahlen.

<sup>15</sup> Vgl. Rz 51 der Entscheidung.

unter die Beihilfenvorschriften fallen würden.<sup>16</sup> Sie stellt aber im Zusammenhang mit Unternehmensgruppen fest, dass die Gewinne den Gruppenunternehmen in einer Weise zugewiesen werden müssen, die der wirtschaftlichen Realität entspricht bzw. dass die Zuweisung so erfolgen solle, "wie es unter normalen Geschäftsbedingungen zwischen unabhängigen Unternehmen der Fall wäre (sogenannter "**Fremdvergleichsgrundsatz**").<sup>17</sup>

18. Im vierten bisher ergangenen Entscheid ging es nicht um ein einzelnes Steuerruling, sondern um eine Steuerregelung Belgiens, gestützt auf welche multinationale Unternehmen Steuervorbescheide bzw. -rulings beantragen konnten, mit denen die Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage um 50-90% verringert werden konnte, um einen "Gewinnüberschuss" auszugleichen, der von der Zugehörigkeit zu einer internationalen Unternehmensgruppe herrühre. In solchen Rulings wird der von einem multinationalen Unternehmen erzielte Gewinn verglichen mit dem durchschnittlichen Gewinn eines eigenständigen Unternehmens in vergleichbarer Situation und die Differenz als "Gewinnüberschuss" qualifiziert und vom Gewinn abgezogen. Die Europäische Kommission kam zum Schluss, dass diese Regelung vom belgischen Körperschaftsteuersystem und auch dem oben erwähnten Fremdvergleichsgrundsatz abweicht.<sup>18</sup>
19. Zurzeit sind im Bereich individuelle Steuerrulings noch drei Verfahren gegen Luxemburg hängig. Im einen Verfahren wird geprüft, ob Luxemburg mittels Steuervorbescheiden bzw. -rulings im Zusammenhang mit zwei Darlehenstransaktionen zwischen insgesamt vier Unternehmen der GDF-Suez-Gruppe die beiden Beträge jeweils sowohl als Eigen- wie auch als Fremdkapital qualifiziert hatte, womit inkohärente Steuerbehandlungen ein- und derselben Transaktion und damit Steuervorteile entstanden.<sup>19</sup> Im zweiten Verfahren prüft die Kommission Steuervorbescheide Luxemburgs, mittels welchen McDonalds Europe Franchising sowohl in Luxemburg als auch in den USA praktisch keine Körperschaftsteuern auf entstandene Gewinne bezahlt und im dritten Verfahren geht es um Verrechnungspreisvereinbarungen bei Amazon.<sup>20</sup>
20. Am 3. Juni 2016 veröffentlichte die Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission ein Arbeitspapier zum Thema Beihilfen und Steuerrulings.<sup>21</sup> Darin wird zunächst nochmals festgehalten, dass einerseits die EU-Beihilfenvorschriften grundsätzlich

---

<sup>16</sup> Vgl. Fall Nr. SA. 38373 und Medienmitteilung in IP/16/2923. Der Entscheid datiert vom 30.8.2016. Sollten andere Länder nachträglich Steuern auf die von Apple Sales international und Apple Operations Europe in diesem Zeitraum erwirtschafteten Gewinne verlangen, so würde sich der Betrag, der in Irland nachzuzahlen ist, reduzieren.

<sup>17</sup> Bzw. "at arm's length"-Grundsatz; vgl. Medienmitteilung IP/16/2923, S. 2.

<sup>18</sup> Fall Nr. SA.37667. Entscheid vom 11.1.2016. Medienmitteilung in IP/16/42.

<sup>19</sup> Fall Nr. SA.44888. Medienmitteilung in IP/16/3085. Das Verfahren wurde am 19.9.2016 eingeleitet.

<sup>20</sup> Fall Nrn. SA.38945 (Verfahrenseinleitung am 3.1.2.2015, Medienmitteilung in IP/15/6221) und Nr. SA.38944 (Verfahrenseinleitung 7.10.2014, Medienmitteilung in IP/14/1105).

<sup>21</sup> [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/working\\_paper\\_tax\\_rulings.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/working_paper_tax_rulings.pdf).



auch Steuerregelungen erfassten und dass andererseits die Gewährung von Steuerrulings grundsätzlich ein wichtiges Instrument zur Herstellung von Rechtssicherheit für den Steuerpflichtigen darstelle. In der Folge werden die Erkenntnisse aus den oben erwähnten Steuervorbescheids- bzw. -rulings-Verfahren zusammengefasst. Die Generaldirektion Wettbewerb stellt fest, dass es in diesen betreffenden Steuervorbescheiden bzw. -rulings hauptsächlich um Verrechnungspreise in multinationalen Konzernen ging und die Prüfung darauf fokussierte, ob die jeweilige Steuerlösung vernünftigerweise die bestehenden Marktgegebenheiten reflektiert und insbesondere das "arm's length"- bzw. Fremdvergleichs-Prinzip berücksichtigt. Das Arbeitspapier stellt fest, dass, sofern sich die Steuerbehörden an die einschlägigen OECD-Verrechnungspreis-Leitlinien halten und die auf den konkreten Einzelfall anwendbare Methode richtig anwenden, im Normalfall die EU-Beihilfavorschriften eingehalten seien.

#### **D. Fazit**

21. Die Europäische Kommission wendet ihre Beihilfavorschriften seit jeher auf steuerliche Massnahmen ihrer Mitgliedstaaten gemäss den eingangs beschriebenen Kriterien an. Dabei werden nicht nur konkrete individuelle Steuerverfügungen oder -vorbescheide bzw. -rulings erfasst, sondern auch generell anwendbare Steuerregelungen. Da eine Steuervergünstigung regelmässig aus staatlichen Mitteln bestritten wird, ist für die Subsumierung unter den Beihilfetatbestand entscheidend, ob es sich um eine selektive Begünstigung handelt oder nicht. Falls sich der Vorteil innerhalb des Steuerhoheitsgebiets nur auf eine bestimmte Gruppe von Unternehmen oder einen Produktionszweig erstreckt oder auf Unternehmen bzw. Produktionszweige eines lokalen Gebiets innerhalb des Hoheitsgebiets und kann sich dieser Vorteil nicht aufgrund des Wesens und Aufbaus des einschlägigen Steuersystems begründen, liegt gemäss dieser Rechtsprechung eine materielle oder eine regionale Selektivität vor.<sup>22</sup>
22. In der Schweiz dürften mit der anstehenden revidierten Unternehmenssteuerreform die kantonalen Unternehmenssteuervergünstigungen nach Art. 28 StHG wohl wegfallen, womit das Problem der von der Europäischen Kommission in ihrem oben beschriebenen Entscheid vom 13. Februar 2007 monierten kantonalen Körperschaftssteuerregelungen weitgehend wegfallen dürfte. Bei Übernahme von Beihilferegeln in der Schweiz dürften aber die kantonalen Steuervorbescheide bzw. -rulings weiterhin relevant sein. Aus der Kurzanalyse der EU-Rechtsprechung ergibt sich, dass unter dem EU-Beihilferecht in diesem Zusammenhang vor allem der sog. Fremdvergleichs- bzw. "at arm's length"-Grundsatz und die einschlägigen OECD-Richtlinien eine wichtige Rolle spielen bzw. deren Berücksichtigung bei der Gestaltung von Steuerrulings vor beihilferechtlichen Folgen

---

<sup>22</sup> Vgl. dazu auch Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV (AB. Nr. C 262/1, vom 19.7.2016), Rn 117ff. und 142ff. (vgl. auch Rz 157ff.). Die Ausübung des Ermessens der Steuerbehörden ist ein Indiz für Selektivität, es sei denn, der Ermessensausübung sei durch objektive Kriterien Grenzen gesetzt (vgl. Rz 123ff.).

grundsätzlich schützt.<sup>23</sup> Auch Massnahmen wie Steuervergleiche oder Pauschalbesteuerungen, aber auch technische Vorschriften wie Abschreibungssätze etc. müssen wirtschaftlich begründbar sein bzw. sich aus dem jeweiligen kantonalen Steuersystem ergeben oder zumindest nicht dagegen verstossen,<sup>24</sup> ansonsten die EU eingreift.

23. Auffallend ist, wie locker die Europäische Kommission mit der Prüfung der Tatbestandserfordernisse den Bezug auf Verfälschung des Wettbewerbs und der Beeinträchtigung des Wettbewerbs umgeht. Zur Bejahung der Erfüllung dieser Erfordernisse reicht grundsätzlich, dass einem bestimmten Unternehmen ein finanzieller Vorteil gewährt wurde. Diese Vorgehensweise erscheint bei Beihilfesachverhalten, die nicht in einem Gemeinsamen Markt wie demjenigen der EU oder dem EWR erfolgen, als nicht sachgerecht. Bereits Tobler hat dies in ihren Bemerkungen zum Steuerstreit explizit ebenfalls festgestellt.<sup>25</sup> Abgesehen davon, ob die bestehende Praxis der Europäischen Kommission überhaupt zulässig ist, müssen zumindest in Fällen von Marktzugangs- und Freihandelsabkommen die Anforderungen an den Nachweis der Verfälschung des Wettbewerbs bzw. der Beeinträchtigung des Handels zwischen den Abkommenspartnern höher sein. So ist in diesem Zusammenhang auch zu beachten, dass im Zusammenhang mit Artikel 23 FHA Schutzmassnahmen nur zulässig sind, wenn der Freihandel tatsächlich und ernsthaft gestört ist.<sup>26</sup> Auch dürften Bedeutung und grenzüberschreitende Auswirkungen von steuerlichen Massnahmen von Sektor zu Sektor unterschiedlich sein, womit es nicht sinnvoll sein dürfte, in einem institutionellen Rahmenabkommen die konkreten Kriterien insbesondere mit Bezug auf die Auswirkungen festzulegen. In mehrerer Hinsicht angemessener erscheint daher, in einem Rahmenabkommen lediglich den Grundsatz eines eigenständigen Beihilfeverbots und die Bezeichnung einer Überwachungsbehörde aufzunehmen.
24. Die Notwendigkeit einer "massgeschneiderten" eigenständigen beihilferechtlichen Lösung, welche ebenfalls sektorspezifisch auszugestalten ist, besteht insbesondere auch bei den kantonalen Wirtschaftsförderungspraktiken, welche regelmässig ebenfalls steuerliche Massnahmen umfassen und beihilferechtlich relevant sein können.<sup>27</sup> Artikel 23 Abs. 3 StHG ermächtigt die Kantone explizit, "für Unternehmen, die neu eröffnet werden und dem wirtschaftlichen Interesse des Kantons dienen, für das Gründungsjahr und die neun

---

<sup>23</sup> Vgl. dazu auch Rz 169ff. der Bekanntmachung.

<sup>24</sup> Vgl. Rz 175ff. der Bekanntmachung

<sup>25</sup> Vgl. Christa Tobler a.a.O. S. 47f.

<sup>26</sup> Beim LVA handelt es sich um ein Integrations- und nicht um ein Marktzugangs-Abkommen, weshalb dort auch die EU-Beihilferegeln übernommen wurden. Vgl. zum Ganzen die Ausführungen von Simon Hirsbrunner (Rn 3).

<sup>27</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang etwa den Leitfaden Steuererleichterung der Wirtschaftsförderung des Kantons Solothurn [http://www.standortsolothurn.ch/fileadmin/standortsolothurn/pdf/Ansiedlungen/Steuer/SteuererleichterungenVorgehensweise\\_2015.pdf](http://www.standortsolothurn.ch/fileadmin/standortsolothurn/pdf/Ansiedlungen/Steuer/SteuererleichterungenVorgehensweise_2015.pdf).

folgenden Jahre Steuererleichterungen" vorzusehen.<sup>28</sup> Inwiefern eine sog. "de minimis"-Regel aufgenommen werden soll, müsste anhand der Gesamtsituation entschieden werden.<sup>29</sup>

### III. Frage 4 – Wie sollte eine föderalismusverträgliche Überwachung von Regelungen über die Staatsbeihilfen ausgestaltet sein?

#### A. Unterschiedliche konzeptionelle Ansätze

25. Die Schweiz kennt in ihrem *autonomen* Recht keine mit dem Konzept der Beihilfenregelung der EU vergleichbare rechtliche Ordnung. Denkbar wäre ein bundesrechtliches System zur Vermeidung bzw. Überwachung *wettbewerbsverfälschender kantonaler Beihilfen*. Eine entsprechende Gesetzgebung wäre aber schon aufgrund der geltenden Verfassung nicht möglich.<sup>30</sup> Auf *Bundesebene* könnten das Subventionsgesetz und das Gesetz über Regionalpolitik (vgl. Rz 32.1) als einschlägig erachtet werden, doch fehlt diesen Erlassen eine spezifisch wettbewerbspolitische Ausrichtung. Immerhin gibt es eine ordnungspolitische Grundnorm: Art. 94 BV hält fest, dass Bund und Kantone sich an den *Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit* halten (Abs. 1) und dass Abweichungen vom Grundsatz einer ausdrücklichen verfassungsmässigen Grundlage bedürfen (Abs. 4).<sup>31</sup>
26. Teilweise vergleichbar in der Zielsetzung mit dem EU-Beihilfenrecht sind die Beihilferegeln einer Reihe von *internationalen Wirtschaftsverträgen der Schweiz*: vorab das Subventionsabkommen der WTO, die Beihilferegeln im FHA sowie jene im LVA. Von einer systematischen Überwachung kann allerdings höchstens beim Sonderfall des LVA die Rede sein.

---

<sup>28</sup> Wesentliche Änderungen der betrieblichen Tätigkeit können einer Neugründung gleichkommen.

<sup>29</sup> Die EU hat eine sog. "de minimis"-Verordnung erlassen: Verordnung Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV auf de minimis-Beihilfen (ABl. Nr. L 352/1, vom 24.12.2013). Grundsätzlich werden darin als "de minimis"-Beihilfen solche qualifiziert, bei denen der Gesamtbetrag der einem Unternehmen von einem Mitgliedstaat gewährten Beihilfe in einem Zeitraum von drei Steuerjahren EUR 200'000 nicht übersteigt (vgl. Art. 3).

<sup>30</sup> Die BV enthält keine Bestimmung, wonach eine Bundesbehörde kantonrechtliche Angelegenheiten auf Bundesrechtskonformität hin überprüfen könnte (vgl. auch Rz 7).

<sup>31</sup> Vgl. dazu Matthias Oesch, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, AJP 2013, S. 1337, 1345. Die Kommentierung zu Art. 94 BV zeigt, dass Bund und Kantone prinzipiell nur Vorschriften erlassen dürfen, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Einklang stehen. Abweichungen hiervon – z.B. Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten – sind nur in engem Rahmen möglich. Insofern beruhen BV und AEUV auf denselben Prinzipien.

## B. Überblick zu den Erlassen in der EU und der Schweiz

### (1) Das Überwachungssystem der EU

27. Das Beihilfenrecht der EU kennzeichnet sich vor allem durch das in Art. 107 Abs. 1 AEUV verankerte System der allgemeinen *Genehmigungsbedürftigkeit* mitgliedstaatlicher Beihilfen, soweit diese nicht von einem gesetzlichen Vorbehalt oder einer Ausnahme gedeckt sind. In der Literatur ist oft die Rede von einem "Verbot mit Erlaubnisvorbehalt". Das "Verbot" soll primär die Anmeldung (Notifikation) einschlägiger Beihilfen bei der Kommission sicherstellen. Für die Zeit der Prüfung einer Beihilfe gilt es bei *neuen* Beihilfen als *Vollzugsverbot* (*alte Beihilfen können praktiziert werden, solange die Kommission nicht einschreitet*). Der Entscheid, ob eine Beihilfe als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden kann, obliegt nach Massgabe des in Art. 108 AEUV vorgesehenen Verfahrens der Kommission, doch kann der Rat bei Vorliegen besonderer Umstände auf Antrag eines Mitgliedstaates die Entscheidung an sich ziehen. Die Kommission verfügt bei der *Anwendung der Rechtfertigungsgründe* für wettbewerbsverfälschende Beihilfen über ein *weites Ermessen* auf der Rechtfolgenseite, aber auch über viel Beurteilungsspielraum bei der Feststellung des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes<sup>32</sup>.
28. Massgebend für die *Überwachung* der staatlichen Beihilfen sind Art. 108 AEUV und die dazu ergangenen Durchführungsvorschriften: Art. 108 AEUV hält in seinem Absatz 1 den Grundsatz fest, dass die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten deren kritische Beihilferegulungen *fortlaufend überprüft*. Hervorzuheben ist ferner der in Absatz 3 niedergelegte Grundsatz, wonach die Kommission von jeder beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung einer relevanten Beihilfe so *rechtzeitig unterrichtet* wird, dass sie sich dazu äussern kann (Grundlage des Meldeverfahrens).
29. Was das Prüfverfahren selbst betrifft, so ist dieses in der Verordnung (EU) 2015/1589 vom 13. Juli 2015, welche die vormalige, durch zahlreiche Änderungen und Ergänzungen unübersichtlich gewordene Verfahrensverordnung ersetzte, enthalten. Bestehende und neue Beihilfen unterstehen danach einem potenziell *zweistufigen Prüfverfahren*.
- Die erste Stufe ist beendet, wenn bei *bestehenden* Beihilfen der betroffene Mitgliedstaat dem Vorschlag der EU-Kommission zustimmt, bestimmte zweckdienliche Massnahmen umzusetzen; bei *neuen* Beihilfen ist die erste Stufe beendet, wenn die EU-Kommission aufgrund der Prüfung der angemeldeten Beihilfe entscheidet, keine Einwände zu erheben.
  - Stimmt bei bestehenden Beihilfen der Mitgliedstaat den vorgeschlagenen Massnahmen nicht zu, leitet die Kommission ein förmliches Prüfverfahren ein. Dieses wird durch eine Entscheidung abgeschlossen,

---

<sup>32</sup> Vgl. Mederer, in: Schröter et al., Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014, Art. 107 AEUV, Rn 213 – 215.

in der ggf. die Unzulässigkeit der Beihilfe festgestellt und der Mitgliedstaat verpflichtet wird, die Beihilfe umzugestalten oder einzustellen und diese ggf. zurückzufordern.

- Bei *neu* angemeldeten Beihilfen leitet die EU-Kommission dann ein förmliches Prüfverfahren ein, wenn Bedenken hinsichtlich Vereinbarkeit mit den Regeln des Binnenmarktes bestehen. Dieses wird abgeschlossen mit einem Beschluss, in dem ggf. die Unzulässigkeit der Beihilfe festgestellt oder die Beihilfe unter Bedingungen und Auflagen genehmigt wird.
  - Zu bemerken ist, dass *neu* angemeldete Beihilfen einem *Vollzugsverbot* unterstehen. Deren Durchführung ist somit nur gestattet, wenn die EU-Kommission entweder ausdrücklich auf ein förmliches Prüfverfahren verzichtet (bzw. innert Frist sich nicht materiell zur Beihilfe äussert) oder die Beihilfe nach einem förmlichen Prüfverfahren freigibt.
30. Auf weitere sekundärrechtliche Erlasse sei im Rahmen dieses Memorandums lediglich hingewiesen. Zu erwähnen ist vorab die Ermächtigungsverordnung 2015/1588. Gestützt auf deren Vorgängererlass hatte die EU-Kommission eine Gruppenfreistellungsverordnung (VO 615/2014) und eine De-minimis-Verordnung (VO 1407/2013) erlassen. Nicht näher eingegangen wird hier auch auf die speziellen (lascheren) Beihilferegeln für *bestimmte Sektoren* (Landwirtschaft, Verkehr).

## **(2) *Autonomes schweizerisches Beihilfenrecht***

31. Wie einleitend erwähnt, kennt die Schweiz kein rechtliches Instrument zur ordnungspolitischen Disziplinierung des Beihilfewesens.<sup>33</sup> Eine Regelungskompetenz auf Bundesebene fehlt.<sup>34</sup> Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist (Art. 3 BV). Soweit also nicht konkrete verfassungsrechtliche Grundlagen bestehen, kann der Bund aufgrund der föderalen Struktur der Schweiz nicht in das kantonale Beihilfenwesen eingreifen.
32. Beihilfen – um hier den an sich spezifisch unionsrechtlichen Begriff zu verwenden – finden in der Schweiz ihre rechtliche Grundlage in einer Vielzahl von Erlassen auf den verschiedenen Staatsebenen (Bund, Kantone, Gemeinden):

---

<sup>33</sup> Vgl. vorne, Rz 25; dazu ausführlich etwa Livio Bindi, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Diss. Luzern 2016, S. 99 f.

<sup>34</sup> Das Parlament befasste sich in der Vergangenheit verschiedentlich mit Beihilfen bzw. deren Überwachung und Analyse. Mit der PaIv 99.466 wollte NR Leutenegger Oberholzer ein Gesetz schaffen, welches die Behörden auf allen staatlichen Ebenen verpflichten sollte, Beihilfen über einer Bagatellschwelle von CHF 50'000 zu melden. In einem Bericht sollten dann Ausmass, Vergabekriterien und Auswirkungen dieser Beihilfen dahingehend analysiert werden, ob weitere regulatorische Massnahmen, wie bspw. eine Genehmigungspflicht, erforderlich sei. Die Kommissionsmehrheit und mit ihr der NR gab der PaIv keine Folge. Namentlich wurde betont, dass die PaIv eine erweiterte Kompetenz des Bundes in einer Frage verlangte, in der die Kantone die Kontrolle ausübten.

- 32.1 Einschlägig auf Bundesebene sind namentlich das *Subventionengesetz (SUG)*<sup>35</sup> und das *Bundesgesetz über Regionalpolitik*<sup>36</sup>. Auf kantonaler Ebene kennen soweit ersichtlich nur die Kantone Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Jura, Luzern, Neuenburg, Tessin, Waadt, Wallis und Zürich ein Gesetz, das *Staatsbeiträge* allgemein regelt.<sup>37</sup> Der Begriff *Subvention* umfasst gemäss Subventionengesetz zweckgebundene Finanzhilfen (sowohl positive Leistungen als auch Vergünstigungen) und Abgeltungen. Er ist *breiter als der unionsrechtliche Begriff der Beihilfe*, indem er sich nicht nur auf die Vorteilsgewährung an Unternehmen mit wettbewerbsverfälschender Wirkung bezieht, sondern allgemein auf finanzielle Fördermassnahmen.
- 32.2 *Fiskalische Vergünstigungen*, wie z.B. Steuerbefreiungen durch die Kantone für neu zu gründende juristische Personen, regeln sich primär nach dem StHG. Demnach können die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung für Unternehmen, die neu eröffnet werden oder eine wesentliche Änderung ihrer Betriebstätigkeit erfahren und dem wirtschaftlichen Interesse des Kantons dienen, für das Gründungsjahr und die neun folgenden Jahre Steuererleichterungen vorsehen (Art. 23 Abs. 3 StHG). Der Bund verzichtet nach Art. 7 lit. g SUG in der Regel auf Finanzhilfen in Form von steuerlichen Vergünstigungen.
33. *Verfahrensrechtlich* ist zu unterstreichen, dass die Schweiz in ihrem autonomen Recht über kein mit Art. 108 AEUV bzw. den einschlägigen Ausführungsvorschriften vergleichbares Kontrollverfahren für staatliche Beihilfen verfügt, weder auf Bundes-, noch auf kantonaler Ebene. Hinsichtlich der *Bundesebene* ist zu bemerken, dass es wenig Sinn ergäbe, wenn sich der "Bund" hinsichtlich seines Handelns in einer politisch oftmals heiklen Materie selbst überwachen würde. Auch könnten sich Konflikte ergeben, wenn eine grundsätzlich sowohl auf Bundesgesetze wie auf völkerrechtliche Verträge verpflichtete Behörde Bundesgesetze einer beihilferechtlichen Kontrolle unterziehen müsste.
34. Immerhin prüft der Bundesrat periodisch, mindestens alle sechs Jahre, ob Finanzhilfen und Abgeltungen mit den Grundsätzen des SUG – die allerdings keine ordnungspolitischen Kriterien umfassen – im Einklang stehen (Art. 5 Abs. 1 SUG). In den Kantonen fehlen bis anhin ähnliche Mechanismen. Immerhin trat z.B. im Kanton Bern auf den 1. Januar 2017 der neue Art. 20a des Staatsbeitragsgesetzes in Kraft, gemäss dem die Behörde, die einen Staatsbeitrag ausrichtet, zu überprüfen hat, ob die Beitragsvoraussetzungen und -bedingungen erfüllt werden und ob die mit dem Beitrag bezweckten Leistungen gesetzeskonform, zweckgebunden und vereinbarungsgemäss erbracht werden.

---

<sup>35</sup> Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, SR 616.1.

<sup>36</sup> SR 901.0.

<sup>37</sup> Vortrag des bernischen Regierungsrats vom 23. April 2014 zur Vernehmlassung über die Änderung des Staatsbeitragsgesetzes (2013.RRGR.758), S. 8.

35. Das *Bundesgesetz über den Binnenmarkt*<sup>38</sup> ist auf kantonale und kommunale Subventionen insofern anwendbar, als diese gegen das allgemeine binnenmarktgesetzliche Diskriminierungsverbot verstossen.<sup>39</sup> Die Wettbewerbskommission (*Weko*) überwacht die Einhaltung des Gesetzes durch die Kantone und Gemeinden. Das BGBM will sicherstellen, dass Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz für die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit auf dem gesamten Gebiet der Schweiz freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt haben (Art. 1 Abs. 1 BGBM), enthält indes keine ausdrücklichen Regeln über Beihilfen.<sup>40</sup> Soweit kantonale und kommunale Beihilfen die Grundsätze des BGBM verletzen, kann die Weko unverbindliche Empfehlungen abgeben und Beschwerde gegen kantonale *Entscheide* führen, dies um festzustellen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt (Art. 9 Abs. 2<sup>bis</sup> BGBM). Nicht befugt ist die Weko, kantonale Erlasse einer abstrakten Normenkontrolle zu unterziehen; dies bedürfte einer ausdrücklichen Ermächtigung.

### (3) *Internationales Beihilfenrecht der Schweiz*

36. Zwischen der Schweiz und der EU gibt es *kein allgemein anwendbares bilaterales Beihilfenabkommen*. Das diesbezügliche Verhältnis regelt sich nach den einschlägigen Bestimmungen im FHA, im *Subventionsübereinkommen der WTO*<sup>41/42</sup> sowie in *sektoriellen Abkommen*, namentlich dem LVA. Einzugehen ist nachfolgend auf das FHA und das LVA:
37. Der massgebende Wortlaut von Art. 23 FHA lautet:
- Mit dem guten Funktionieren dieses Abkommens sind unvereinbar, soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen, [...]

---

<sup>38</sup> BGBM, SR 943.02.

<sup>39</sup> So Nicolas Diebold, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, AJP 2015, S. 209, 222.

<sup>40</sup> Bezüglich der Einführung einer Überprüfungsmöglichkeit kantonaler und kommunaler Beihilfen bestanden ernsthafte verfassungsrechtliche Bedenken (vgl. Botschaft über die Änderung des Binnenmarktgesetzes, BBl 2005 465, 477). Gemäss Botschaft ist "aus ähnlichen Überlegungen wie bei den kantonalen und kommunalen Monopolen die Einführung einer *Überprüfungsmöglichkeit* kantonaler und kommunaler Beihilfen" nicht in Betracht gezogen worden. – Diebold (vgl. Fn 39) weist indes darauf hin, dass der Gesetzgeber kantonale Subventionen und andere Förderungsmassnahmen auch nicht explizit vom Geltungsbereich des BGBM ausgenommen hat, womit der Weg offen sei, das allgemeine Diskriminierungsverbot im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung (Art. 95 Abs. 2 BV) auch auf Subventionen anzuwenden.

<sup>41</sup> Anhang 1A.13 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation; SR 0.632.20. Das WTO-Subventionsübereinkommen enthält kein generelles Subventionsverbot. Es wird darin unterschieden zwischen verbotenen, anfechtbaren und nicht anfechtbaren Subventionen; vgl. dazu Claudia Seitz/Stephan Breitenmoser, Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Europäischen Beihilferechts und des Subventionsrechts der WTO, Schweiz; Jahrbuch für Europarecht 2009/2010, S. 139 ff., 148 f.

<sup>42</sup> Während im FHA und im LVA ein institutioneller Streitbeilegungsmechanismus fehlt, können Verstösse gegen das WTO-Subventionsübereinkommen einem WTO-Panel zur Beurteilung unterbreitet werden.

- jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht.
- Ist eine Vertragspartei der Auffassung, dass eine Praktik mit diesem Artikel unvereinbar ist, so kann sie gemäss den in Artikel 27 festgelegten Voraussetzungen und Verfahren geeignete Massnahmen treffen.

Die in Artikel 27 FHA genannten "Voraussetzungen" betreffen die Durchführung eines *Prüf- und Verständigungsverfahrens im Gemischten Ausschuss*. Erst wenn der ernsthafte Versuch einer einvernehmlichen Regelung der Angelegenheit gescheitert ist, kann eine Vertragspartei Schutzmassnahmen ergreifen.

38. Der Beihilfenbegriff des FHA steht demjenigen des AEUV (bzw. des damals geltenden EWGV) nahe, doch gibt es *grundlegende Unterschiede* zum EU-Beihilfenrecht. Zum einen enthält das FHA kein grundsätzliches Beihilfenverbot, weshalb auch keine Relativierungen durch Ausnahmen und Vorbehalte erforderlich sind.<sup>43</sup> Nachdem der EuGH schon den materiellen Beihilferegeln des AEUV *unmittelbare Wirkung* versagt hat,<sup>44</sup> kann eine solche umso weniger für die Beihilfevorschriften des FHA angenommen werden. Es handelt sich um weit definierte Grundsätze, die im Einzelfall der (politischen) Konkretisierung bedürfen. Zu beachten ist auch, dass Schutzmassnahmen nur zulässig sind, wenn der Freihandel *tatsächlich* und *ernsthaft* gestört ist.<sup>45</sup>
39. Gemäss Art. 13 Abs. 1 LVA sind (wettbewerbsverzerrende) Beihilfen vorbehältlich einer Freistellung unzulässig. Art. 13 Abs. 1 LVA ist inhaltlich weitgehend identisch mit Art. 107 AEUV.<sup>46</sup> Art. 14 LVA bestimmt, dass die EU-Kommission und die zuständigen schweizerischen Behörden bestehende staatliche Beihilfen fortlaufend überprüfen und

---

<sup>43</sup> Der unionsrechtliche Beihilfenbegriff erfährt durch den AEUV selbst eine Reihe von Relativierungen. Erstens steht die Unvereinbarkeit unter dem Vorbehalt anderweitiger Regelungen im AEUV ("soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist"). Zweitens sind Beihilfen nur unvereinbar, wenn sie gewisse Auswirkungen haben, nämlich bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigen, dadurch den Wettbewerb verfälschen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Drittens zählt Art. 107 Abs. 2 Ausnahmen vom Unvereinbarkeitsprinzip auf, und viertens hat die Kommission ein weites Ermessen, Beihilfen bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 107 Abs. 3 für mit dem Binnenmarkt vereinbar zu erklären, also zu genehmigen. Fünftens sind in den Artikeln 107 und 108 Ausnahmeregelungen durch Ratsentscheidung vorgesehen.

<sup>44</sup> vgl. u.a. EuGH, Rs. 77/72, Slg. 1973, S. 611, Rn. 6

<sup>45</sup> Gemäss Botschaft dürfen Schutzmassnahmen nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die *ernsthaften* Schwierigkeiten, die sich aus den beanstandeten Verhaltensweisen ergeben, zu beseitigen. Dies schliesse namentlich Massnahmen gegen bloss potenzielle oder theoretische Wettbewerbsverzerrungen aus (BB1 1972 II 653, 702 f). Dies im Unterschied zu Art. 107 AEUV, bei dessen Anwendung nach herrschender Lehre eine Vermutung für die "Handelsbeeinträchtigung" spricht, wenn eine mitgliedstaatliche Finanzhilfe die Stellung eines Unternehmens gegenüber anderen Wettbewerbern verstärkt.

<sup>46</sup> Vgl. auch Botschaft, BB1 1999 6128, 6150.



sich gegenseitig ein Äusserungsrecht einräumen. Einen Durchsetzungsmechanismus analog Art. 108 AEUV kennt das LVA jedoch nicht. Es setzt auf Beschlüsse des Gemischten Ausschusses sowie auf Retorsionsmassnahmen.

#### Art. 14 LVA

Die Kommission und die schweizerischen Behörden werden die in Artikel 12 genannten Angelegenheiten und alle in den EG-Mitgliedstaaten beziehungsweise der Schweiz bestehenden Beihilferegungen fortlaufend prüfen. Jede Vertragspartei trägt Sorge, dass die andere Vertragspartei über Verfahren in Kenntnis gesetzt wird, mit denen die Einhaltung der Regeln von Artikel 12 und 13 sichergestellt werden soll, und sich gegebenenfalls vor einer endgültigen Entscheidung äussern kann. Auf Verlangen einer Vertragspartei erörtert der Gemischte Ausschuss alle geeigneten Massnahmen, die im Hinblick auf den Zweck und das Funktionieren dieses Abkommens erforderlich sind.

#### Art. 22 Abs. 5 LVA

Beschliesst der Gemischte Ausschuss in einer Angelegenheit, mit der er befasst wurde, nicht binnen sechs Monaten nach dem Zeitpunkt seiner Befassung, können die Vertragsparteien unbeschadet des Absatzes 2 für einen Zeitraum von längstens sechs Monaten geeignete zeitweilige Schutzmassnahmen nach Artikel 31 treffen.

40. Die interne (und externe)<sup>47</sup> Beihilfenkontrolle obliegt gemäss Art. 103 des Luftfahrtgesetzes (LFG) der Weko.<sup>48</sup> Diese überprüft, ob Darlehen oder Beteiligungen des Bundes sowie gleichartige Unterstützungsmassnahmen von Kantonen und Gemeinden oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften mit dem LVA vereinbar sind.<sup>49</sup> Die Weko beurteilt eine Beihilfe nicht nur unter wettbewerblichen Gesichtspunkten, sondern berücksichtigt auch andere Interessen, so etwa solche regional- oder strukturpolitischer Art.<sup>50</sup> Sie hat aber keine Entscheidungsbefugnisse und auch kein Beschwerderecht. Die Weko erteilt lediglich ein Gutachten, welches bei der Entscheidungsfindung der zuständigen Behörde zu berücksichtigten ist. Beschliesst die zuständige (politische) Behörde, trotz gegenteiliger Auffassung der Weko, die Beihilfe zu gewähren, kann die EU den Gemischten Ausschuss anrufen und ggf. zeitweilige Schutzmassnahmen verfügen.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> Tatsächlich kann gemäss LVA die Weko bzw. die Schweiz (im Gemischten Ausschuss) bei der Beurteilung von Beihilfen aus EU-Staaten mitreden. Inwieweit dies *in praxi* realistisch ist, ist eine andere Frage (als Bsp. mag die kürzlich von der deutschen Regierung an "Air Berlin" gewährte Beihilfe dienen).

<sup>48</sup> Anders als bei Beihilfen im autonomen Recht (vgl. Fn 13) konnten aufgrund der in Art. 87 BV verankerten Zuständigkeit des Bundes im Bereich der Luftfahrt keine Bedenken verfassungsrechtlicher Natur aufkommen. Warum der Bund der Weko keine Verfügungsbefugnis übertrug, erschliesst sich aus der Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes (BBl 2003 6241) nicht, ist aber insofern naheliegend, als Beihilfen in der Regel eine (starke) politische Komponente enthalten.

<sup>49</sup> Weiter sieht Art. 103 Abs. 1 lit. c vor, dass die Weko auch Beihilfen der EU und ihrer Mitgliedstaaten prüfen kann. Nach der Botschaft (BBl 2003 6241, 6246) kann die Weko so abklären, wie die EU die Regeln über staatliche Beihilfen anwendet.

<sup>50</sup> Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes, BBl 2003 6241, 6245.

<sup>51</sup> Botschaft zur Änderung des Luftfahrtgesetzes, BBl 2003 6241, 6246.

#### (4) *Fazit zur Beihilfenkontrolle*

41. Das je autonome Beihilfenrecht wird in der Schweiz und in der EU unterschiedlich gehandhabt. Während in der EU mitgliedstaatliche Beihilfen weitgehend einer Ex-ante-Kontrolle unterstehen, findet in der Schweiz beim Bund wie bei den Kantonen höchstens eine Ex-post-Kontrolle statt, und zwar erst noch ohne spezifisch wettbewerbspolitische Ausrichtung. Solche Ausrichtung ist den staatsvertraglichen Beihilferegeln der Schweiz (WTO, LVA und FHA) zwar eigen, doch sind in keinem Fall Ex-ante-Kontrollen vorgesehen. Im Verhältnis Schweiz-EU kommen je nach Integrationsgrad unterschiedliche *materielle Regeln* zur Anwendung. Was die *Kontrolle* betrifft, so konnte die Schweiz ihre Autonomie bisher zwar bewahren, doch ist es der EU nach Anrufung des jeweiligen Gemischten Ausschusses unbenommen, Schutzmassnahmen zu ergreifen.
42. Eine Übernahme des EU-Überwachungsmodells wäre in der Schweiz mit grossem administrativem Aufwand verbunden und könnte schlussendlich auch ein staatsrechtliches Problem bedeuten, da eine zumindest indirekte Kontrolle der kantonalen Gesetzgeber bzw. Parlamente ermöglicht würde. Eine Rückforderung von beihilferechtlich unzulässigen Steuervergünstigungen im Sinne der EU wäre in der Schweiz ohne entsprechende kantonale Gesetzgebung zur Regelung der Umsetzung ebenfalls problematisch.

### C. **Grundzüge einer schweizerischen Beihilfenkontrolle**

#### (1) *Grundsätzliche Erwägungen*

43. Die folgenden Ausführungen befassen sich mit der Frage, wie eine föderalismusverträgliche *einheitliche Überwachung* von unterschiedlichen (sektoralen) staatsvertraglichen Beihilferegulungen zwischen der Schweiz und der EU aussehen könnte.<sup>52</sup> Anscheinend postuliert die EU im Rahmen der laufenden bilateralen Verhandlungen mit der Schweiz, es sei eine Behörde einzurichten, die sich horizontal mit der Kontrolle von Beihilfen mit wettbewerbsverfälschender Wirkung zwischen der Schweiz und der EU befasst.
44. Zu den erwähnten Parametern sind folgende Präzisierungen hinsichtlich Natur und Wirkungsweise der anvisierten Überwachung angebracht:
  - 44.1 Zunächst wird hier angenommen, dass die Schweiz *kein umfassendes Abkommen über einen Beitritt zum EU-Binnenmarkt* schliesst. Bei einem materiell mit dem EWR vergleichbaren Abkommen wäre eine Lösung mit Institutionen, wie sie im EWR-Vertrag vorgesehen sind (supranationale Überwachungsbehörde und Gericht) kaum zu vermeiden.

---

<sup>52</sup> D.h. grundsätzlich keine einheitlichen Beihilferegeln in einem institutionellen Abkommen, sondern sektorspezifische Vorschriften in den einzelnen bilateralen Abkommen; s. auch Abschn. 28.2. hiernach.

- 44.2 Es wird davon ausgegangen, die EU stelle sich vor, die Umsetzung der Beihilferegeln in den verschiedenen Abkommen, welche die Schweiz mit der Union bereits abgeschlossen hat und in näherer Zukunft wohl noch abschliessen wird (Abkommen in den Bereichen Energie und Dienstleistungen) sei auf schweizerischer Seite einer *einzigsten Fachbehörde* anzuvertrauen. Struktur, Aufgaben und Kompetenzen einer solchen Behörde würden dann in dem von der EU der Schweiz vorgeschlagenen "Institutionellen Abkommen" definiert. Damit soll klargestellt sein, dass der Ausdruck "horizontale Beihilfenkontrolle" nicht auf einheitliches Beihilfenrecht zielt, sondern vertraglich unterschiedliche, auf die jeweiligen Sektoren zugeschnittene materielle Regeln unterstellt, die aber von einer einzigen Fachbehörde überwacht würden. Es ginge auch nicht darum, dass die Behörde sich mit den inner-schweizerischen Wirkungen kantonaler Beihilfen befasse, sondern nur mit Beihilfen, die sich *im Verhältnis Schweiz/EU wettbewerbsverfälschend* auswirken.
45. Hinsichtlich der *verfassungsrechtlichen Situation* sind bisher in informellen Diskussionen etwa in der Bundesverwaltung immer wieder staatsvertragliche Lösungen unterstellt worden, die im vorliegenden Memorandum mit Bedacht nicht erwogen werden. Darunter fallen insbesondere die beiden folgenden Hypothesen:
- 45.1 Häufig wird angenommen, das EU-Beihilfenrecht erhalte via das beabsichtigte Institutionelle Abkommen *integral* Geltung in der Schweiz. Dies würde in der Substanz und Anwendung natürlich Verfassungsmaterie beschlagen und folglich ein obligatorisches Verfassungsreferendum erfordern. Eine solche Einführung der hochpolitischen EU-Beihilfenordnung in das Schweizer Recht "auf dem Schleichweg" ist indessen *unrealistisch*. Zwar geschah auf den ersten Blick etwas Vergleichbares mit der seinerzeitigen Übernahme des Luftverkehrsabkommens durch die Schweiz, doch war dies in mindestens zweifacher Hinsicht ein absoluter Sonderfall. Zum einen betraf das LVA im Wesentlichen ein einziges Unternehmen, weshalb die für das Land mit ihm eingegangenen Risiken absehbar erschienen. Zum anderen und vor allem konnten aufgrund der in Art. 87 BV verankerten *Zuständigkeit des Bundes im Bereich der Luftfahrt* keine Bedenken verfassungsrechtlicher Art aufkommen. Schliesslich handelt es sich beim LVA um ein Abkommen mit Integrationscharakter.
- 45.2 Die andere, zumindest politisch unrealistische Vorstellung betrifft die systematische Beihilfenkontrolle aufgrund eigenen materiellen Rechts, das *in methodischer Hinsicht* nach dem Vorbild der EU-Beihilfenordnung durchgesetzt würde. Es ginge also darum, ähnlich dem EU-Recht ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, das heisst eine obligatorische Ex-ante-Kontrolle einzuführen. Ein solches Verbot liesse sich weder aus dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 BV), noch aus dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ableiten. Folglich erforderte schon ein auf den Bund beschränktes derartiges Verbot eine Verfassungsrevision. Wenn eine Bundesbehörde auch noch kantonrechtliche Subventionen auf ihre Zulässigkeit hin prüfen müsste, wäre erst recht eine Verfassungsrevision erforderlich. Keine

Bestimmung der BV erlaubt es einer Bundesbehörde, rein kantonrechtliche Angelegenheiten ex ante auf Bundesrechtskonformität hin zu überprüfen. Auch wäre eine gesetzliche Grundlage zur Umsetzung einer solchen Kontrolle nötig.

## (2) *Institutionelle Überlegungen / Vorschläge*

46. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen scheint es dennoch möglich, dem Anliegen der EU bezüglich einer schweizerischen Beihilfenkontrolle *ohne allzu grosse juristische oder politische Probleme* zu entsprechen. Zwei *Grundvoraussetzungen* sind bei der Konzeption einer entsprechenden Regelung konsequent vor Augen zu halten:
- Keine Übernahme horizontaler materieller Beihilferegeln, wie sie die EU kennt, da eine solche unweigerlich ein Kontrollsystem nach dem Muster der EU (verbindliche Ex-ante-Kontrolle) nach sich zöge. Das zu mandatierende Kontrollorgan würde lediglich sektorale Beihilferegeln umsetzen.
  - Äusserste Achtsamkeit gegenüber der verfassungsrechtlich abgestützten kantonalen Kompetenz zur eigenen Wirtschaftsförderung, d.h. namentlich Vermeidung verbindlicher Anweisungen einer Bundesbehörde, es sei denn die Kantone akzeptierten solche aufgrund z.B. eines Konkordats.
47. In *rechtsmethodischer Hinsicht* erscheinen folgende Erwägungen relevant:
- 47.1 Welches immer konkret die Behörde wäre, die im bilateralen Rahmenabkommen Schweiz/EU mit der innerschweizerischen Beihilfenkontrolle mandatiert würde, so müsste dieser Behörde im Abkommen jedenfalls eine *grundsätzliche Kompetenz* zugewiesen werden, sich mit den schweizerischen Beihilfen zu befassen, soweit sie geeignet sind, im Verhältnis Schweiz/EU wettbewerbsverfälschende Wirkungen zu zeitigen. Der "horizontale" Kontrollauftrag wäre nach Massgabe der speziellen Beihilferegeln zu erfüllen, wie sie sich in den *sektoralen Verträgen* zwischen der Schweiz und der EU finden. Diese Verträge könnten im Rahmenabkommen aufgezählt werden, allenfalls auch nur beispielhaft, da schon in absehbarer Zeit weitere Verträge hinzukommen könnten.
- 47.2 Was die *intern schweizerische Kontrolle* betrifft, könnte man zunächst an eine Behörde denken, die über analoge Kompetenzen gegenüber Kantonen und Kommunen verfügt wie die Weko aufgrund des BGBM. Dies hiesse, in einem Bundesgesetz einer eidgenössischen Behörde die Kompetenz zu erteilen, den Kantonen unverbindliche Empfehlungen abzugeben und gegebenenfalls Beschwerde vor einem kantonalen Gericht zu führen, um eine behauptete Rechtswidrigkeit festzustellen. Indessen ist festzuhalten, dass auf entsprechende Anordnungen im BGBM hinsichtlich kantonalen Beihilfen wegen *ernsthafter verfassungsrechtlicher Bedenken* gerade verzichtet wurde.<sup>53</sup> Somit wäre rechtsmethodisch ein anderer Weg ins Auge

---

<sup>53</sup> Vgl. Fn 40.

zu fassen, um – bei aller Schonung kantonaler Souveränität – doch eine gewisse Ernsthaftigkeit der Kontrolle zu gewährleisten.

47.3 Als mögliche Lösung käme ein *Konkordat analog der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVÖB)* in Frage. Da im Beihilfebereich Bund und Kantone parallele Kompetenzen haben, könnte sich der Bund an einem solchen Konkordat beteiligen (Art 48 Abs. 2 BV). Die Vereinbarung könnte vorsehen, dass zum einen die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz auf Kantons- und Gemeindeebene umgesetzt werden können und dass zum andern einer Bundesbehörde beratende (empfehlende) Kompetenzen und ggf. ein spezifisches Beschwerderecht gegen kantonale Entscheide im Rahmen des kantonalen Instanzenzuges eingeräumt würde. Um eine einheitliche Anwendung der einschlägigen völkerrechtlichen Normen zu gewährleisten, ist es naheliegend, dass Bund und Kantone damit *dieselbe Behörde* mandatieren.

48. Was schliesslich die *Institution selbst* betrifft, die mit der Beihilfenkontrolle zu beauftragen wäre, so ist zusätzlich zu bereits Gesagtem Folgendes zu bedenken:

48.1 Als naheliegender Kandidat für die Aufgabe mag die Weko erscheinen, zumal sich diese im Hinblick auf das LVA bereits heute mit der Beihilfenthematik befasst. Die Eignung der Weko für die in Rede stehende spezifische Aufgabe muss jedoch in mehrfacher Hinsicht relativiert werden:

- Die Weko ist eine technische Rechtsanwendungsbehörde, was sich nicht zuletzt darin zeigt, dass gemäss Kartellgesetz die politische Rechtfertigung für private Wettbewerbsbeschränkungen dem Bundesrat vorbehalten ist (Art. 8 KG). Demgegenüber ist die Beurteilung von Beihilfen einer europäisch relevanten Grössenordnung oftmals eine hochpolitische Angelegenheit. Dabei nehmen die Behörden vielfach sehr weites Ermessen sowohl in der Fallbeurteilung wie der Rechtsfolgeanordnung in Anspruch. Man denke hier an Beihilfen, wie sie jüngst auf EU-Seite zur Rettung von Banken und Airlines genehmigt werden mussten, oder auch an Subventionen im Energiebereich, der bekanntlich von einem hohen Mass öffentlichen Eigentums und starker Verflechtung zwischen den Unternehmen geprägt ist. Hier geht es nicht einfach um eine streng wettbewerbliche Beurteilung von Sachverhalten, wie sie die Weko üblicherweise im Hinblick auf die Sanktionierung privater Wettbewerbsverstösse vornimmt. Mit anderen Worten: der in diesem Zusammenhang mit der KG-Revision 1995 beschlossene Paradigmenwechsel spricht gegen die Bezeichnung der Weko als Beihilfenüberwachungsinstanz.
- Das Argument, die Weko sei schon im Rahmen der Beihilfenkontrolle gemäss LVA zuständig, neben wettbewerblichen auch z.B. regional- und strukturpolitische Gesichtspunkte zu berücksichtigen, übersieht die markanten Besonderheiten des LVA Schweiz/EU. Das LVA überträgt zunächst das materielle Beihilferecht der EU praktisch integral auf die Schweiz. Aus Gründen der (formalen) Reziprozität mussten der schweizerischen Kontrollbehörde dieselben Überwachungsbefugnisse eingeräumt werden, wie sie die EU-Kommission hat. Theoretisch kann die Schweiz daher auch ein Urteil darüber abgeben, ob z.B. die kürzlich

ausgerichteten, ohne Zweifel wettbewerbsverzerrenden Beihilfen an "Air Berlin" im höheren Interesse der Union hinnehmbar sind oder nicht. In der realen Welt jedoch macht diese Kompetenz – die in praxi auch kaum je beansprucht werden dürfte – nicht wirklich Sinn.

- 48.2 Aus den erwähnten Gründen erscheint somit die Weko nicht unbedingt als die am besten geeignete Institution zur Beurteilung der (politischen) Vereinbarkeit kantonaler Beihilfen mit dem EU-Grundsatz eines europaweit "unverfälschten Wettbewerbs" oder gar mit dem höheren Gemeinwohl. Die Frage ist somit, ob eine neue Behörde z.B. nach dem Muster einer bestehenden schweizerischen Institution, die sich bereits heute professionell mit Fragen im Grenzbereich Staat/Wirtschaft auseinandersetzt – wie etwa die ComCom oder die ElCom – zu schaffen wäre. Denn auch die EU befasst sich in der heutigen Zeit vor allem mit der Gestaltung von Infrastruktur-Sektoren (Verkehr, Energie, Kommunikation) und ist bestrebt, die gerade in solchen Bereichen häufig vorkommenden, oft halbwegs versteckten Beihilfen zu disziplinieren. Demgegenüber dürften z.B. die befristeten Steuerprivilegien, mit denen etwa der Kanton Jura einem ausländischen Unternehmen die Errichtung einer dortigen Niederlassung erleichtern möchte, weit weniger interessieren.
- 48.3 Vor allem die *ElCom* könnte als Vorbild für die allenfalls zu schaffende neue Institution dienen. Die Behörde samt ihren Kompetenzen müsste, wie schon erwähnt, in einer interkantonalen Vereinbarung, der auch der Bund beiträte, verankert werden. Zur ElCom selbst ist zu erwähnen, dass sie gemäss Gesetz aus fünf bis sieben vom Bundesrat gewählten, unabhängigen Mitgliedern besteht, denen zumindest teilweise neben ausgesprochener Sensibilität für kantonale Belange auch der Sinn für grosse Zusammenhänge nicht abgeht. Über die administrative Ausgestaltung der Behörde, die natürlich auch über ein Sekretariat verfügen müsste, ist hier nichts Weiteres auszuführen. Indessen sind zu den als sinnvoll erscheinenden *Kompetenzen* noch einige Bemerkungen anzufügen:
- Für die operativen Kompetenzen kann auf die Ausführungen in Rz 47.3 zum Vorschlag der Schaffung eines interkantonalen Konkordats verwiesen werden (Kompetenz zur Abgabe von Empfehlungen und zur Beschwerde bei kantonalen Instanzen).
  - Für die Auslösung des Prüfverfahrens sind grundsätzlich zwei Systeme denkbar: Entweder wird die Behörde nur auf "Anzeige" der EU-Seite bzw. der Schweizer Regierung tätig oder aber es würde ein schweizerisches Meldesystem für Beihilfen ab einer bestimmten Grösse geschaffen.
- 48.4 Für die allfällige Streitbeilegung zwischen den Vertragsparteien käme das übliche *diplomatische Verfahren im Gemischten Ausschuss* in Frage. Lässt sich der Fall auf diesem Weg nicht lösen, könnten *Schutzmassnahmen* ergriffen werden. Über deren Verhältnismässigkeit könnte ein nach *klassischen Grundsätzen zu konstituierendes Schiedsgericht* befinden.