

Dokument	<b>AJP 2013 S. 1337</b>
Autor	<b>Matthias Oesch</b>
Titel	<b>Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone</b>
Seiten	<b>1337-1348</b>
Publikation	<b>Aktuelle Juristische Praxis</b>
Herausgeber	<b>Arnold F. Rusch</b>
Frühere Herausgeber	<b>Ivo Schwander</b>
ISSN	<b>1660-3362</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

AJP 2013 S. 1337

## Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone



Matthias Oesch\*

*Subventionen bzw. – synonym verstanden – Finanzhilfen oder staatliche Beihilfen bewegen sich in einem Spannungsfeld. Auf der einen Seite gehören sie zum Standardrepertoire staatlicher Politikgestaltung und korrigieren unerwünschte Verzerrungen auf imperfekten Märkten. Auf der anderen Seite konfliktieren Subventionen mit dem Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität. Gemeinwesen privilegieren ausgewählte Wirtschaftsteilnehmer und benachteiligen damit indirekt ihre Konkurrenten.*

*Das Recht steht vor der Herausforderung, die unterschiedlichen Interessenlagen einzufangen und einem angemessenen Ausgleich zuzuführen. Gleichwohl äussert sich die geltende Bundesverfassung nicht zur Zulässigkeit ausgewählter Beihilfepraktiken. Die Kantone bleiben in der gezielten Förderung einheimischer Wirtschaftsteilnehmer weitgehend frei. Die beiden Warnlampen, welche bei der Gewährung von staatlichen Beihilfen berücksichtigt werden müssen, sind in der Praxis wirkungslos (Grundsatz staatlicher Wettbewerbsneutralität bzw. Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen). Einzig das*

\* Matthias Oesch, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, L.L.M., Professor an der Universität Zürich.

*Staatsvertragsrecht entfaltet eine gewisse disziplinierende Wirkung; im Zentrum stehen beihilferechtliche Vorgaben des WTO-Rechts und bilateraler (Freihandels-) Abkommen.*

*Dieser Beitrag schlägt vor, die beihilferechtlichen Vorgaben in der Schweiz griffiger zu fassen und ihre Durchsetzung zu verbessern.*

*Les subventions et les aides financières ou les aides étatiques – considérées comme synonymes – soulèvent des intérêts contradictoires. D'une part, elles font partie du répertoire standard des politiques gouvernementales et permettent de corriger des distorsions indésirables sur des marchés imparfaits. D'autre part, les subventions entrent en conflit avec le principe de neutralité de l'Etat en matière de concurrence. Les collectivités privilégient des acteurs économiques sélectionnés et discriminent ainsi indirectement leurs concurrents.*

*Le droit est placé devant le défi de saisir les différents intérêts en présence pour les amener à un juste équilibre. Néanmoins, la Constitution fédérale actuelle ne se prononce pas sur le caractère légal de certaines aides d'Etat. Les cantons sont en grande partie libres de promouvoir de manière ciblée les acteurs économiques nationaux. Les deux signaux d'alerte qui doivent être pris en compte lors de l'octroi d'aides étatiques sont sans effet dans la pratique (principe de la neutralité étatique en matière de concurrence et dispositions contre l'octroi d'avantages fiscaux injustifiés). Seuls les accords internationaux permettent d'imposer une certaine discipline; l'accent est mis sur les règles de l'OMC en matière d'aides étatiques et les accords bilatéraux (de libre-échange).*

*Cette contribution propose de formuler les dispositions en matière d'aides d'Etat de manière plus rigoureuse en Suisse et d'en améliorer la mise en œuvre.*

## A. Einleitung

Die Wirtschaftsverfassung der schweizerischen Bundesverfassung (BV) von 1999 atmet einen betont freiheitlichen und wettbewerbsorientierten Geist. Im Zentrum steht der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ([Art. 94 Abs. 1 BV](#)) bzw. – als grundrechtliche Ausprägung – die Wirtschaftsfreiheit ([Art. 27 BV](#)). Obwohl die konkrete Ausgestaltung und Formulierung dieser Bestimmungen in den Räten umstritten waren und gewisse Differenzen erst in der Einigungskonferenz ausgeräumt werden konnten, beruht auch die Neufassung der Wirtschaftsartikel auf dem Prinzip der Nachführung des bisherigen Rechts und der gelebten Praxis<sup>1</sup>. Aktualisierungen und Akzentsetzungen finden sich nur punktuell; dies gilt etwa für die Binnenmarktkompetenz gemäss [Art. 95 Abs. 2 BV](#)<sup>2</sup>. Gleichzeitig darf die marktwirtschaftliche Prägung der geltenden Ver-

**AJP 2013 S. 1337, 1338**

fassung nicht überschätzt werden<sup>3</sup>. Auch der neue Verfassungstext verpflichtet grundlegend zu einer sozial- und umweltgerechten Ausgestaltung des Wirtschaftsfolgerechts durch Bund und Kantone. Weitere Bestimmungen des 7. Abschnitts über die "Wirtschaft" ([Art. 94–107 BV](#)) sowie Verfassungsnormen sozial-, arbeits-, finanz- oder umweltrechtlicher Prägung, welche sich über den ganzen Verfassungstext verteilt finden, betonen die Bedeutung entsprechender Staatsziele, welche bei der Operationalisierung der Wirtschaftsfreiheit (mit-) berücksichtigt werden müssen<sup>4</sup>.

Einen Sachbereich, in dem sich das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit bzw. – als Teilgehalt davon – dem Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität und der Verpflichtung zu sozial- und umweltverpflichtetem Staatshandeln paradigmatisch offenbart, betrifft die Gewährung von Subventionen bzw. – synonym verstanden – Finanzhilfen (gemäss schweizerischer Terminologie) oder staatlichen Beihilfen (als spezifisch europarechtlicher Begriff). Subventionen bezwecken, die private Erwerbstätigkeit im öffentlichen Interesse zu beeinflussen; ausgewählten Unternehmen werden wirtschaftliche Vorteile gewährt, von denen sie unter normalen Marktbedingungen nicht profitieren würden<sup>5</sup>. Obwohl Subventionen mit dem Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität konfliktieren und das Spiel von Angebot und Nachfrage in problematischer Weise beeinflussen können, äussert sich die geltende

<sup>1</sup> Siehe zur Entstehungsgeschichte Johannes Reich, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, Rz. 650–677; er kommt zum Schluss, dass in der Aktualisierung des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit von 1999 sogar "ein gestärktes politisches Vertrauen in marktwirtschaftliche Grundsätze zum Ausdruck" kommt (Rz. 677).

<sup>2</sup> Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I, 1, 298–299.

<sup>3</sup> Vgl. Reich (FN 1), Rz. 678.

<sup>4</sup> Vgl. Botschaft [BV-Reform](#) (FN 2), 176.

<sup>5</sup> Vgl. dazu René Rhinow/Gerhard Schmid/Giovanni Biaggini/Felix Uhlmann, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. A., Basel 2011, § 16 Rz. 63.

Bundesverfassung nicht zur Zulässigkeit ausgewählter Beihilfepraktiken. Der geneigte Leser sucht entsprechende Vorschriften und Leitplanken an die Adresse der Kantone vergeblich. Es scheint, dass die Kantone in der gezielten Förderung einheimischer Wirtschaftsteilnehmer weitgehend frei bleiben<sup>6</sup>. Immerhin entfaltet das einschlägige Staatsvertragsrecht eine gewisse disziplinierende Wirkung. Im Zentrum stehen beihilferechtliche Vorgaben des WTO-Rechts und bilateraler (Freihandels-) Abkommen, wobei diese Regelungsinstrumente auf rein innerstaatliche Sachverhalte grundsätzlich nicht anwendbar sind.

Dieser Beitrag untersucht das geltende Verfassungs- und Gesetzesrecht mit Blick auf die Zulässigkeit von staatlichen Beihilfen durch Kantone und Gemeinden<sup>7</sup>. Er ist alt Bundesrat Arnold Koller gewidmet, verbunden mit den besten Glückwünschen zum 80. Geburtstag. Einleitend wird aufgezeigt, dass die beiden Warnlampen, welche bei der Gewährung von staatlichen Beihilfen berücksichtigt werden müssen, in der Praxis weitgehend wirkungslos bleiben; es handelt sich dabei um den Grundsatz staatlicher Wettbewerbsneutralität ([Art. 94 Abs. 1 BV](#)) bzw. – als individualrechtliche Ausprägung – den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten ([Art. 27 BV](#)) sowie um die Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen ([Art. 129 Abs. 3 BV](#)) (B.). Vor diesem Hintergrund wird vorgeschlagen, die beihilferechtlichen Vorgaben auch in der Schweiz griffiger zu fassen und ihre Durchsetzung zu verbessern (C.). Ein kurzer Epilog rundet die Ausführungen ab (D.).

## B. Verfassungs- und Gesetzesrecht

Das schweizerische Recht kennt kein Beihilfeverbot an die Adresse der Kantone. Immerhin setzt die Wirtschaftsfreiheit kantonalen und kommunalen Behörden bei der Privilegierung einzelner Wirtschaftsteilnehmer gewisse Schranken, sei es als verbindlicher Verfassungsgrundsatz, sei es als grundrechtliche Gewährleistung. Demgegenüber verzichtet das Binnenmarktgesetz ([BGBM](#)) von 1995 darauf, kantonale und kommunale Beihilfepraktiken zu disziplinieren (I.). Zudem existieren im Bundes- und Konkordatsrecht Vorschriften gegen ungerechtfertigte Steuererleichterungen (II.).

AJP 2013 S. 1337, 1339

## I. Wirtschaftsfreiheit

### 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<sup>8</sup>. 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"<sup>9</sup>. [Art. 94 BV](#) untersagt Massnahmen, "die den Wettbewerb unter privaten Wirtschaftssubjekten verzerren oder den Wettbewerb sogar ganz verunmöglichen"<sup>10</sup>. Dabei ist sowohl auf die Motive als auch auf die Auswirkungen

<sup>6</sup> Bund und Kantone verfügen im Bereich der Wirtschaftsförderung über parallele Kompetenzen; vgl. [Art. 94 Abs. 3 BV](#); Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (FN 5), § 27 Rz. 15; Res Nyffenegger, *Rechtliche Aspekte der kantonalen Wirtschaftsförderung*, Bern 2002, 8–37; für eine Übersicht über kantonale Fördermassnahmen Paul Richli/Livio Bundi, *Staatliche Start- und Innovationsförderung für Unternehmen, insbesondere für KMU*, [AJP/PJA 2008, 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.

<sup>7</sup> Dieser Beitrag befasst sich nicht mit der Subventionsgewährung durch den Bund selber (vgl. dazu etwa Subventionsbericht 2008 des Bundesrats vom 30. Mai 2008, BBI 2008, 6229; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann [FN 5], § 16 Rz. 44–69). Er beruht in wesentlichen Teilen auf meinem Aufsatz über Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer, ZSR 2012, 255–284, und auf zwei Vorträgen, die ich an der Universität Zürich (22. Mai 2012) und an einem wettbewerbspolitischen Workshop von Avenir Suisse (18. April 2013) gehalten habe.

<sup>8</sup> Vgl. Botschaft [BV-Reform](#) (FN 2), 308.

<sup>9</sup> [BGE 125 I 431, 436 E. 4b/aa](#); Giovanni Biaggini, [BV-Kommentar](#), Zürich 2007, Art. 94 Rz. 4.

<sup>10</sup> Botschaft [BV-Revision](#) (FN 2), 294; [BGE 131 I 223, 231 E. 4.2.](#)

abzustellen<sup>11</sup>. 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<sup>12</sup>. Umgekehrt dürften Beihilfen, welche grundsätzlich wettbewerbsneutral ausgestaltet sind und den Wettbewerb nicht (spürbar) verzerren, in aller Regel mit [Art. 94 BV](#) vereinbar sein<sup>13</sup>.

Aus individualrechtlicher Perspektive steht die Ausprägung der Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht gemäss [Art. 27 BV](#) im Vordergrund. Mit Blick auf Wirtschaftsfördermassnahmen ist die grundrechtliche "Durchschlagskraft" der Wirtschaftsfreiheit allerdings bescheiden<sup>14</sup>. 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"<sup>15</sup>. 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<sup>16</sup>. Es ist durchaus möglich, die Verfolgung legitimer Politikziele mit dem Subventionsrecht zu verknüpfen. Entscheidend ist, dass die entsprechende Massnahme (qualifiziert) gerechtfertigt wird: "[S]taatliche Förderung lässt sich nicht ohne Rücksicht auf ein entsprechendes Bedürfnis postulieren und rechtfertigen; sie setzt regelmässig einen Dienst an der Allgemeinheit oder die Wahrnehmung einer wichtigen Funktion in der Gesellschaft und im demokratischen Staat voraus."<sup>17</sup> 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

#### AJP 2013 S. 1337, 1340

gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen."<sup>18</sup> Mit dieser restriktiven Umschreibung des Anwendungsbereichs schränkt das Bundesgericht die Wirksamkeit des Gleichbehandlungsanspruchs von Konkurrenten unnötig ein<sup>19</sup>.

Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht bis heute noch nie eine umstrittene kantonale oder kommunale Subvention gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit als unzulässig erklärt.

<sup>11</sup> 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/PJA 2011, 1097–1103](#); umfassend zum Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit Reich (FN 1), Rz. 798–982; Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (FN 5), § 5 Rz. 87–99.

<sup>12</sup> Reich (FN 1), Rz. 875; Paul Richli, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007, Rz. 878; Patrick Schönbächler, Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen, Zürich 1998, Rz. 49.

<sup>13</sup> 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 Verhältnis zu anderen Unternehmen" zu wahren ist; zum Ganzen Nyffenegger (FN 6), 71–76; Fabian Möller, Rechtsschutz bei Subventionen, Basel 2006, 105–106.

<sup>14</sup> 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. A., Basel 2009, 128–129.

<sup>15</sup> [BGE 125 I 431, 436 E. 4b/aa](#).

<sup>16</sup> [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 2), 294; Möller (FN 13), 101; kritisch zur Praxis des Bundesgerichts etwa Markus Schott, Staat und Wettbewerb, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 773–777.

<sup>17</sup> [BGE 120 Ib 142, 145 E. 3c](#) aa); vgl. auch [BGE 121 I 230, 240 E. 3h](#), wonach die Wirtschaftsfreiheit "keinen Anspruch auf staatliche Subventionen" begründet.

<sup>18</sup> [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](#).

<sup>19</sup> Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (FN 5), § 5 Rz. 141; Schott (FN 16), Rz. 778–779.

## 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<sup>20</sup>. Zu diesem 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 Binnenmarktgesetz auf die materielle Harmonisierung von kantonalem oder kommunalem Recht. Ebenso verzichtet es darauf, ausdrücklich Vorschriften über die Zulässigkeit von Subventionen aufzustellen. Der Gesetzgeber ging ursprünglich davon aus, dass die verfassungsrechtlichen Grundlagen dafür nicht ausreichen (Art. 31<sup>bis</sup> 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"<sup>21</sup>. *De lege lata* bietet das Binnenmarktgesetz wohl einzig Schutz vor Beihilfen, welche den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verletzen. Dies dürfte etwa dann der Fall sein, wenn die selektive Gewährung von Privilegien davon abhängig gemacht wird, dass einheimische Produkte gegenüber auswärtigen Erzeugnissen bevorzugt werden<sup>22</sup>.

## II. Steuerharmonisierung

Bundes- und Konkordatsrecht erlauben den Kantonen nur in engen Grenzen, Steuererleichterungen zu gewähren (II/1). Die Durchsetzung dieser materiellen Steuerharmonisierung weist allerdings erhebliche Defizite auf. Aus diesem Grund entfalten die bundesrechtlichen Vorgaben und Leitplanken in der Praxis nur beschränkte Wirkung (II/2).

### 1. Verbot ungerechtfertigter Steuererleichterungen

Am 12. Dezember 1948 unterzeichneten die Kantone das interkantonale Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen<sup>23</sup>. Gemäss Art. 1 des Konkordats sind Steuerabkommen verboten. Zulässig bleiben einzig gesetzlich vorgesehene Steuererleichterungen für nicht erwerbstätige Ausländerinnen und 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<sup>quater</sup> 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 gestraft und in [Art. 129 Abs. 3 BV](#) überführt<sup>24</sup>. Mittlerweile hat der Bundesgesetzgeber die einschlägigen Konkordatsbestimmungen in [Art. 5 StHG](#) (natürliche Personen) und [Art. 23 Abs. 3 StHG](#) (juristische Personen) übernommen<sup>25</sup>. 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.

AJP 2013 S. 1337, 1341

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 23. November 1994, BBl 1995 I 1213, 1249–1250, 1281.

<sup>22</sup> Vgl. für analoge Überlegungen im WTO-Recht (Art. III [GATT](#)) Oliver Bartholet, WTO und Steuern: Interdependenzen von WTO-Grundprinzipien und nationalem Steuer- und Abgaberecht, [ASA 72, 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.

<sup>23</sup> Das Konkordat trat am 6. Oktober 1949 in Kraft und ist unter [www.estv.admin.ch](http://www.estv.admin.ch) und dem Link zu Dokumentation einsehbar. Bis 1963 traten alle Kantone dem Konkordat bei.

<sup>24</sup> Biaggini (FN 9), Art. 129 Rz. 8–10; Urs R. Behnisch, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler [BV](#)-Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 129 Rz. 29–32; Schott (FN 16), Rz. 443.

<sup>25</sup> Steuerharmonisierungsgesetz vom 14. Dezember 1990 ([StHG](#), SR 642.14).

Alle Kantone haben [Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG](#) in ihre Steuergesetzgebung übernommen und damit die Grundlagen für einzelbetriebliche Steuervergünstigungen geschaffen<sup>26</sup>. 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<sup>27</sup>.

## 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 10'000 Franken (im Wiederholungsfall bis 50'000 Franken) verurteilt. Mangels Beschwerden sah sich die Konkordatskommission allerdings ausserstande, die ihr zugedachte Rolle als Schiedsrichterin im interkantonalen Steuerwettbewerb zu übernehmen<sup>28</sup>. Seit Inkrafttreten des Steuerharmonisierungsgesetzes liegt das Aufsichtsrecht über die Einhaltung der Vorschriften über Steuererleichterungen ([Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG](#)) allein beim Bund<sup>29</sup>.

[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<sup>30</sup>. 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 kantonalen Steuererleichterungen systematisch durch das Bundesgericht überprüfen zu lassen, weil derartige Entscheide innerkantonal kaum je angefochten werden<sup>31</sup>. 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<sup>32</sup>. 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<sup>33</sup>. Voraussetzung für ein gerichtliches Vorgehen gegen unlautere Steuererleichterungen ist selbstredend, dass sie überhaupt publik gemacht werden – was selten genug geschieht.

Die existierenden Mechanismen zur Kontrolle von [StHG](#)-widrigen Begünstigungen sind augenfällig ungenügend. Es besteht eine "eigentliche Aufsichtslücke"<sup>34</sup>. Zurzeit ist es nicht möglich, Steuererleichterungen systematisch auf ihre Vereinbarkeit mit dem Steuerharmonisierungsgesetz überprüfen

---

<sup>26</sup> Steuerinformationen über das interkantonale Konkordat über Steuerabkommen vom Juli 2011, hrsg. von der Schweizerischen Steuerkonferenz SKK, 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.

<sup>27</sup> Vgl. etwa 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](#), 2. A., Basel 2002, Art. 5 Rz. 5–7.

<sup>28</sup> Ulrich Cavelti, Der Vorrang des Steuerharmonisierungsgesetzes gegenüber dem Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen, IFF Forum für Steuerrecht 2002, 59, 59 (Fn. 2).

<sup>29</sup> Cavelti (FN 28), 61–62; Behnisch (FN 24), Art. 129 Rz. 29.

<sup>30</sup> 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. A., Basel 2011, Art. 83 N. 205; zum fehlenden Rechtsanspruch auch Steuerinformationen SKK (FN 26), 9.

<sup>31</sup> Behnisch (FN 24), Art. 129 Rz. 20; Adrian Kneubühler, Durchsetzung der Steuerharmonisierung, [ASA 69, 209](#), 246; vgl. aber auch Peter Locher, Steuerharmonisierung – Quo vadis?, [ASA 79, 429](#), 433.

<sup>32</sup> Ulrich Cavelti, Die Durchsetzung der Steuerharmonisierung – Grenzen und Möglichkeiten, IFF Forum für Steuerrecht 2004, 106, 110; Kneubühler (FN 31), 264.

<sup>33</sup> Vgl. [BGE 135 II 243, 246f. E. 1.2](#); Urteil des BGer. [2C 53/2009 vom 23. September 2011, E. 1.3](#); zur Konkurrentenbeschwerde im Allg. Schott (FN 16), Rz. 794–804; Bernhard Waldmann, in: Marcel Alexander Niggli et al. (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz: Basler Kommentar, 2. A., Basel 2011, Art. 89 Rz. 23–25; zum Rechtsschutz Dritter im Subventionsverfahren Möller (FN 13), 273–308.

<sup>34</sup> Urteil des BGer. [2A 647/2005 vom 7. Juni 2007, E. 5.1](#); Behnisch (FN 24), Art. 129 Rz. 20; Cavelti (FN 32), 107–108; Kneubühler (FN 31), 256–266.

zu lassen. Obwohl dieses Rechtsschutzdefizit allseits bekannt ist, scheiterten Bestrebungen zur effizienteren Durchsetzung der Steuerharmonisierung regelmässig. Zwei Expertenkommissionen von 2004 und

#### AJP 2013 S. 1337, 1342

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<sup>35</sup>. Obwohl der Bundesrat und eine Mehrheit der Kantone für eine griffigere Durchsetzung des Steuerharmonisierungsgesetzes votierten, sprachen sich insbesondere bürgerliche Parteien und Wirtschaftsverbände wiederholt gegen die Schaffung einer Kontrollkommission aus<sup>36</sup>. Gewisse Kritiker befürchteten eine "schleichende Zentralisierung" und damit negative Auswirkungen auf den Steuerwettbewerb; andere befürworteten die Stärkung der Aufsichts- und Beschwerdebefugnisse der Eidgenössischen Steuerverwaltung<sup>37</sup>.

### 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 Binnenmarktgesetzes (BGBM) darauf, dieses Defizit zu beheben. Die Um- und Durchsetzung des Verbots ungerechtfertigter Steuererleichterungen gemäss [Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG](#) im kantonalen Recht steht auf wackligen Füßen.

Die schweizerische Praxis zeichnet sich durch eine eigenartige Nicht-Politik des "freundeidgenössischen *laissez faire*"<sup>38</sup> aus. Es fehlt an verlässlichen Angaben über das tatsächliche Ausmass kantonalen Fördermassnahmen. Während der Bundesrat periodisch über die gewährten Bundessubventionen informiert, sucht man entsprechende Statistiken zu kantonalen Subventionspraktiken vergeblich<sup>39</sup>. Nur vereinzelt rufen umstrittene Beihilfen, welche über die Medien den Weg an die Öffentlichkeit finden, die problematischen Aspekte der Wettbewerbsverzerrung und Ungleichbehandlung bildhaft in Erinnerung; dies galt in den letzten Jahren etwa für Fördermassnahmen zugunsten des Sägewerks Stallinger Swiss Timber bzw. Mayr-Melnhof in Domat/Ems, des Tourismusprojekts Andermatt Swiss Alps und von Novartis in Nyon<sup>40</sup>. Darüber hinaus sind kantonale und kommunale Beihilfepraktiken eine *black box*. Darüber spricht man nicht. Die kantonalen Finanzdirektoren bzw. Wirtschaftsförderer vertrauen sich gegenseitig. Die geographische und politische Kleinräumigkeit der Schweiz scheint eine gewisse faktische Kontrolle zwischen den politischen Entscheidungsträgern auf kantonaler und kommunaler Stufe sicherzustellen. Selbst Wirtschaftsverbände und liberale *think tanks* sprechen sich regelmässig gegen restriktivere Vorschriften für die Gewährung staatlicher Beihilfen an einzelne Unternehmen aus. Das System funktioniert, so scheint's, zur Zufriedenheit weiter Kreise und damit grundsätzlich gut.

<sup>35</sup> Expertenbericht "Um- und Durchsetzung der Steuerharmonisierung" vom Juni 2004 ([www.efd.admin.ch](http://www.efd.admin.ch) und Link zu Dokumentation/Berichte); 2. Expertenbericht "Um- und Durchsetzung der Steuerharmonisierung" vom 9. Mai 2008 ([www.fdk-cdf.ch](http://www.fdk-cdf.ch)); Ulrich Cavelti, Die Schliessung der Durchsetzungslücke des Steuerharmonisierungsgesetzes, IFF Forum für Steuerrecht 2008, 287–296.

<sup>36</sup> Cavelti (FN 35), 290; Locher (FN 31), 431–432.

<sup>37</sup> Vgl. etwa Lars P. Feld/Christoph A. Schaltegger, Braucht die Schweiz eine materielle Steuerharmonisierung? Eine ökonomische Beurteilung verschiedener Vorschläge, Steuerrevue 2009, 727, 738; Thomas Stadelmann, Die Kontrollkommission zur Um- und Durchsetzung der Steuerharmonisierung, Steuerrevue 2005, 655–663.

<sup>38</sup> Giovanni Biaggini, Schweizerische und europäische Wirtschaftsverfassung im Vergleich, [ZBI 1996, 49](#), 68.

<sup>39</sup> Vgl. zur kantonalen "Intransparenz" im Steuerbereich etwa Antwort des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 5. März 2013 auf die Interpellation (Transparenz bei Steuerprivilegien für Unternehmen) von *Ralf Margreiter* (KR-Nr. 14/2013); Bericht des Regierungsrates des Kantons Uri vom 20. Dezember 2011 (Nr. 2011–820 R-270–13), 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."

<sup>40</sup> Pressemitteilung des Departements für Volkswirtschaft und Soziales/Bau-, Verkehrs- und Forstdepartements des Kantons Graubünden vom 4. November 2010; Tagesanzeiger vom 9. November 2010 (online-Ausgabe); NZZaS vom 22. Januar 2012, 12; NZZ vom 24. Januar 2012, 11, 26; NZZ vom 26. Januar 2012, 11; Tages-Anzeiger vom 26. Juni 2013, 1, 3.

Vor diesem Hintergrund erstaunt es nicht, dass politische Vorstösse zur weiteren Disziplinierung von staatlichen Beihilfen regelmässig einen schweren Stand haben. Ende 1999 verlangte eine parlamentarische Initiative die Schaffung eines Gesetzes über die Meldepflicht der Kantone und Gemeinden für staatliche Beihilfen an Unternehmen<sup>41</sup>. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD), die vorberatende Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK-N) und schliesslich der Nationalrat sprachen sich gegen dieses Vorhaben aus, womit der Initiative keine Folge gegeben wurde<sup>42</sup>. Im März 2013 forderte ein Postulat den Bundesrat auf, dem Parlament einen Bericht über die Formen und den Umfang wettbewerbsverzerrender staatlicher Beihilfen an staatliche und private Unternehmen auf allen Staatsebenen zu unterbreiten<sup>43</sup>. Der Bundesrat begründet seinen Antrag auf Ablehnung des Postulats wie folgt: "Die bestehenden Informationen auf Stufe Bund, die kaum zu überwindenden Schwierigkeiten und der Aufwand, sollten Beihilfen weitergehend (d. h. auch auf kantonaler und kommunaler Ebene) erfasst werden, sowie die institutionellen Implikationen weitergehender Beihilfenkontrollen sprechen für den Bundesrat gegen die Annahme des Vorstosses."<sup>44</sup> Der Nationalrat wird sich als erstbehandelnder Rat mit dieser Angelegenheit voraussichtlich in der zweiten Hälfte 2013 befassen. Im April 2013 reichten drei Kantonsräte im Kanton Zürich schliesslich eine parlamentarische Initiative zur Abschaffung von Steuerprivilegien für Unternehmen im Kanton Zürich ein<sup>45</sup>. Sie forderten die Streichung der entsprechenden Bestimmungen im kantonalen Steuergesetz von 1997 (§ 15 und § 62). Am 8. Juli 2013 lehnte der Kantonsrat die vorläufige Unterstützung dieser Initiative mit 59 Stimmen knapp ab (nötig gewesen wären 60 Stimmen, damit die Initiative einer Kommission zur Prüfung und Antragstellung überwiesen worden wäre); damit wird dieses Anliegen nicht weiterverfolgt.

AJP 2013 S. 1337, 1343

chen sich gegen dieses Vorhaben aus, womit der Initiative keine Folge gegeben wurde<sup>42</sup>. Im März 2013 forderte ein Postulat den Bundesrat auf, dem Parlament einen Bericht über die Formen und den Umfang wettbewerbsverzerrender staatlicher Beihilfen an staatliche und private Unternehmen auf allen Staatsebenen zu unterbreiten<sup>43</sup>. Der Bundesrat begründet seinen Antrag auf Ablehnung des Postulats wie folgt: "Die bestehenden Informationen auf Stufe Bund, die kaum zu überwindenden Schwierigkeiten und der Aufwand, sollten Beihilfen weitergehend (d. h. auch auf kantonaler und kommunaler Ebene) erfasst werden, sowie die institutionellen Implikationen weitergehender Beihilfenkontrollen sprechen für den Bundesrat gegen die Annahme des Vorstosses."<sup>44</sup> Der Nationalrat wird sich als erstbehandelnder Rat mit dieser Angelegenheit voraussichtlich in der zweiten Hälfte 2013 befassen. Im April 2013 reichten drei Kantonsräte im Kanton Zürich schliesslich eine parlamentarische Initiative zur Abschaffung von Steuerprivilegien für Unternehmen im Kanton Zürich ein<sup>45</sup>. Sie forderten die Streichung der entsprechenden Bestimmungen im kantonalen Steuergesetz von 1997 (§ 15 und § 62). Am 8. Juli 2013 lehnte der Kantonsrat die vorläufige Unterstützung dieser Initiative mit 59 Stimmen knapp ab (nötig gewesen wären 60 Stimmen, damit die Initiative einer Kommission zur Prüfung und Antragstellung überwiesen worden wäre); damit wird dieses Anliegen nicht weiterverfolgt.

## C. Plädoyer für ein modernes Beihilferecht

Das schweizerische Recht enthält im Bereich der Gewährung staatlicher Beihilfen keine griffigen Vorgaben an die Adresse der Kantone. Mit Blick auf die Tatsache, dass selektive Fördermassnahmen zugunsten ausgewählter (in der Regel einheimischer) Unternehmen das wettbewerbliche *level playing field* erheblich stören können, ist das merkwürdig. Das Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität wird arg strapaziert. Vor diesem Hintergrund scheint es bedenkenswert, die beihilferechtlichen Vorgaben restriktiver zu fassen und ihre Um- und Durchsetzung zu verbessern. Das folgende Kapitel plädiert für die Schaffung eines umfassenden bundesrechtlichen Beihilferegimes, d.h. eines Beihilfverbots inkl. zulässiger Ausnahmetatbestände.

## I. Absicherung von Marktzugangsrechten

Marktzugangsrechte bedürfen zwingend der Absicherung vor wettbewerbsverzerrenden Subventionspraktiken. Griffige Vorschriften über die Gewährung von staatlichen Beihilfen 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<sup>46</sup>. Im EU-Recht stellt das Beihilfeverbot einen unverrückbaren Pfeiler des europäischen Wettbewerbsrechts dar<sup>47</sup>. Bilaterale (Freihandels-) Abkommen lehnen sich an das EU-Beihilfeverbot an oder verweisen auf das WTO-Recht<sup>48</sup>. Demgegenüber enthält das schweizerische Recht keine disziplinierenden Vorgaben an die Adresse der Kantone; das bereichsspezifische Verbot ungerechtfertigter Steuervergünstigungen bestätigt als Ausnahme die Regel (wobei [Art. 129 Abs. 3 BV](#) bzw. [Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG](#) nicht primär binnenmarktrechtliche Zwecke verfolgen, sondern auf allgemeinen Überlegungen

<sup>41</sup> Parlamentarische Initiative 99.466 von NR *Susanne Leutenegger Oberholzer* vom 22. Dezember 1999.

<sup>42</sup> AB 2000 N 1133.

<sup>43</sup> Postulat 13.3175 der FDP-Liberale Fraktion vom 21. März 2013.

<sup>44</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 29. Mai 2013.

<sup>45</sup> Parlamentarische Initiative von *Ralf Margreiter, Stefan Feldmann* und *Heinz Kyburz* betr. Abschaffung von Steuerprivilegien für Unternehmen im Kanton Zürich vom 8. April 2013 (KR-Nr. 114/2013).

<sup>46</sup> Dazu hinten C.III.

<sup>47</sup> Dazu Oesch (FN 7), 263–270.

<sup>48</sup> Dazu hinten C.III.



der Steuergerechtigkeit beruhen). Hier besteht ein Paradox – und die Notwendigkeit zur Remedur. Das Missbrauchspotential von staatlichen Beihilfen im interkantonalen und -kommunalen Verhältnis ist evident. Es ist ein leichtes, Marktzugangsrechte auswärtiger Wirtschaftsteilnehmer durch entsprechende Fördermassnahmen zugunsten einheimischer Unternehmen zu neutralisieren. Legitime Erwartungen werden enttäuscht, wenn auf Bundesebene feierlich die Abschaffung von Zöllen und anderen nichttarifären Handelshemmnissen auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft beschlossen wird, im Anschluss daran kantonale und kommunale Finanzdirektoren und Gemeindevertreter einheimischen Firmen aber – gleichsam als (innen-) politische Kompensation – substantielle Steuervergünstigungen gewähren und damit die ursprünglich bezweckte Wirkung des Wegfalls von Handelsbarrieren untergraben wird.

Im Rahmen der [BV](#)-Revision von 1999 wurde die bereits vorbestehende Binnenmarktkompetenz des Bundes

**AJP 2013 S. 1337, 1344**

ausdrücklich kodifiziert bzw. "verdeutlicht"<sup>49</sup>; gemäss [Art. 95 Abs. 2 BV](#) sorgt der Bund "für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum". Damit besteht eine hinreichende verfassungsrechtliche Grundlage, das kantonale Subventionsrecht zu disziplinieren und dafür zu sorgen, dass die gestützt auf [Art. 27 BV](#) bzw. [Art. 2 und 3 BGBM](#) gewährleisteten interkantonalen und -kommunalen Marktzugangsrechte nicht durch wettbewerbsverzerrende Beihilfepraktiken ausgehöhlt werden<sup>50</sup>. Mit Blick auf den Regelungszweck des Binnenmarktgesetzes, 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 Binnenmarktgesetzes liegt diesbezüglich brach.

## II. Staatliche Wettbewerbsneutralität und "legitime" Beihilfen

In Ergänzung zu seiner binnenmarktrechtlichen Komponente stellt das Beihilfeverbot ein integrales Element staatlicher Wettbewerbsneutralität im Allgemeinen dar. Ein umfassend verstandenes Beihilfeverbot bezweckt den Schutz der Wirtschaftsfreiheit und der Gleichbehandlung der Konkurrenten unabhängig des Vorliegens eines grenzüberschreitenden Sachverhalts<sup>51</sup>. Im Vordergrund steht nicht mehr (allein) die Sicherung von Marktzugangsrechten auswärtiger Unternehmen, sondern die staatliche Wettbewerbsneutralität (auch) im Verhältnis zu einheimischen Wirtschaftsteilnehmern.

Die schweizerische Wirtschaftsverfassung bekennt sich – unausgesprochen, mit Blick auf die "Wirtschaftsfreiheit" ([Art. 27 BV](#)) und die Grundsätze über die "Wirtschaft" ([Art. 94–107 BV](#)) in Praxis und Lehre aber unstrittig – zu einer freiheitlichen und wettbewerbsorientierten Grundordnung<sup>52</sup>. Das Bundesgericht spricht von [Art. 94 BV](#) "als grundlegende[m] Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung"<sup>53</sup>, von einer "wirtschaftspolitischen Grundentscheidung für ein System des freien Wettbewerbs"<sup>54</sup> bzw. von einem "ordre économique fondé sur la libre concurrence"<sup>55</sup>. Gemäss Bundesrat widerspiegelt [Art. 94 BV](#) "die verfassungsrechtliche Grundentscheidung zugunsten einer freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung"<sup>56</sup>. Gleichzeitig betonen verschiedene

<sup>49</sup> Botschaft [BV](#)-Revision (FN 2), 298; die "eindeutige verfassungsrechtliche Lage wird durch [diese neue Bestimmung] prägnant ausgedrückt." (299); Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann (FN 5), § 3 Rz. 86, 94.

<sup>50</sup> Vgl. zu [Art. 95 Abs. 2 BV](#) Reto Jacobs, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler [BV](#)-Kommentar, 2. A., 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"; demgegenüber ging der Bundesrat bei der Schaffung des Binnenmarktgesetzes noch davon aus, dass die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Disziplinierung von Beihilfen nicht ausreichten, vgl. Botschaft [BGBM](#) (FN 21), 1249–1250, 1281; vorne B.I.2.

<sup>51</sup> Damit unterscheidet sich ein umfassend wirkendes Beihilfeverbot von den beihilferechtlichen Vorgaben im WTO-Recht und im EU-Recht, wo sich die Zulässigkeit selektiver Fördermassnahmen regelmässig (auch) mit Blick auf ihre negativen Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Handel bestimmt; dazu Oesch (FN 7), 259, 265.

<sup>52</sup> Biaggini (FN 9), Vorbem. Art. 94–107 Rz. 1; Klaus A. Vallender, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler [BV](#)-Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 94 N. 5, 14 ff.; Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 499; ausführlich und differenziert zum materiellen Gehalt des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit Reich (FN 1), Rz. 848–888.

<sup>53</sup> Urteil [2C 485/2010 vom 3. Juli 2012, E. 6.1.](#)

<sup>54</sup> [BGE 116 Ia 237, 240 E. 2d.](#)

<sup>55</sup> [BGE 132 I 282, 287 E. 3.2.](#)

<sup>56</sup> Botschaft [BV](#)-Reform (FN 2), 294.

Verfassungsbestimmungen die Bedeutung einer sozial- und umweltverträglichen Wirtschaftsentwicklung und bieten die Grundlage, das System des freien Wettbewerbs sozialverpflichtet und umweltgerecht auszugestalten<sup>57</sup>. So gehen Verfassungstext und gelebte Praxis unstrittig von der Prämisse aus, dass Beihilfen unter gewissen Voraussetzungen ein legitimes Instrument staatlicher Politikgestaltung darstellen können. Sie gehören auf allen Staatsebenen zum behördlichen Standardrepertoire und korrigieren unerwünschte Verzerrungen auf imperfekten Märkten. Sie erhalten Arbeitsplätze, fördern die Entwicklung neuer Technologien und tragen zur Prosperität benachteiligter Regionen bei. Kurzum: Sie bezwecken, die private Erwerbstätigkeit zugunsten des öffentlichen Gemeinwohls zu beeinflussen. Mit Blick auf dieses Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Wettbewerbsneutralität und der Gewährung "legitimer" Beihilfen an ausgewählte Wirtschaftsteilnehmer wird klar, dass entsprechende Fördermassnahmen (qualifiziert) rechtfertigungsbedürftig sind. Sie müssen einem anerkannten öffentlichen Interesse entsprechen, d.h. einem Gemeinwohlanliegen, das rechtlich ausgewiesen ist. Die Tatbestände, welche eine Beihilfengewährung auslösen können, bedürfen demokratischer Deliberation und Legitimation. Des Weiteren müssen die Fördermassnahmen verhältnismässig sein; sie müs-

**AJP 2013 S. 1337, 1345**

sen eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation wahren und dürfen die grundrechtlich geschützten Interessen an einer Politik der gleich langen Spiesse im Vergleich zu den einschlägigen Gemeinwohlinteressen nicht unangemessen einschränken. Art. 5 bzw. [Art. 36 BV](#) sind einschlägig<sup>58</sup>.

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob die Wirtschaftsfreiheit strukturell 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-) Beihilfenregimes zu entwickeln. Letztlich liegt es wohl am Bundesgesetzgeber, den nötigen Impetus zu setzen. Er wird kaum darum herumkommen, entsprechende Leitplanken zu setzen und zu definieren, unter welchen Voraussetzungen Beihilfen grundsätzlich zulässig sind. Im Vordergrund steht dabei die generell-abstrakte Umschreibung der öffentlichen Interessen und der Konstellationen, welche die Gewährung von selektiven Fördermassnahmen auslösen können.

Der geltende Verfassungstext enthält, soweit ersichtlich, keine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass eines allgemeingültigen Beihilfeverbots. [Art. 27](#) und [Art. 94 BV](#) verschaffen dem Bund keine Kompetenzen; auch sie kommen als entsprechende Verfassungsgrundlagen dafür nicht in Frage<sup>59</sup>. Es liegt folglich am Verfassungsgeber, die notwendige Zuständigkeit und Verantwortung des Bundes (über die bereichsspezifisch bereits existierenden beihilferechtlichen Kompetenzen gemäss [Art. 95 Abs. 2 BV](#) und [Art. 129 Abs. 3 BV](#) hinaus) zu schaffen. Ob die Forderung nach Aufnahme einer verfassungsrechtlichen Kompetenz zur Disziplinierung staatlicher Beihilfen im umfassenden Sinn realistisch ist, darf mit Fug bezweifelt werden – aus rechtsstaatlicher und wettbewerbsordnungspolitischer Optik wäre sie allemal zu begrüssen.

**AJP 2013 S. 1337, 1346**

### III. Zunehmende Bedeutung staatsvertraglicher Beihilfeverbote

Diverse Staatsverträge, welche auch für die Schweiz verbindlich sind, enthalten umfassende Beihilfeverbote. Im Zentrum steht das Regelwerk der WTO, dessen Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen (SCM Abkommen) rigide Vorschriften über die Gewährung von Beihilfen kennt<sup>60</sup>. Ausfuhrsubventionen sind *per se* unzulässig. Spezifische Subventionen, welche sich nachteilig auf die Interessen anderer WTO-Mitglieder auswirken, sind anfechtbar. Das SCM Abkommen bietet den WTO-Mitgliedern zwei Instrumente, um sich gegen unzulässige bzw. anfechtbare Subventionen zur Wehr zu setzen. Zum einen erlaubt es, unilateral Ausgleichszölle auf Produkte zu erheben, welche von verpönten

<sup>57</sup> Vgl. Botschaft [BV-Reform](#) (FN 2), 176; vorne A.

<sup>58</sup> Siehe zu Begriff und Funktion des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2009, § 20 und § 21; zur Einschlägigkeit des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit auch bei der Operationalisierung der Rechtsgleichheit bzw. der Gleichbehandlung der Konkurrenten Matthias Oesch, Differenzierung und Typisierung, Bern 2008, 192–214, 360–363.

<sup>59</sup> Vgl. Biaggini (FN 9), Art. 27 N 7, Art. 94 N 2.

<sup>60</sup> Dazu etwa Christian Pitschas, Das Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, in: Hans-Joachim Priess/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003; Christoph Herrmann/Wolfgang Weiss/Christoph Ohler, Welthandelsrecht, 2. A., München 2007.

Subventionen profitiert haben (*"Track I"*). Zum anderen kann die Einsetzung eines Streitschlichtungspanels beantragt werden, um die Rechtmässigkeit einer Subvention überprüfen zu lassen (*"Track II"*). WTO-Panels und der Appellate Body haben sich wiederholt mit umstrittenen Subventionspraktiken von WTO-Mitgliedern befasst. *Causes célèbres* – wenngleich durchs Band ohne schweizerische Beteiligung – betrafen Subventionen zugunsten der Flugzeugindustrie in Brasilien, Kanada, den Vereinigten Staaten und der Europäischen Union<sup>61</sup>. Auch die Auseinandersetzung um amerikanische Steuerbegünstigungen von Gewinnen ausländischer Vertriebsgesellschaften (*Foreign Sales Corporations*) fand den Weg in die Öffentlichkeit<sup>62</sup>. Merkwürdig ist die auffällige Inflexibilität des WTO-rechtlichen Beihilferegimes. Mit Ausnahme von Spezialvorschriften zugunsten von Entwicklungsländern enthält das SCM Abkommen keine Ausnahmeklauseln zugunsten 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

#### AJP 2013 S. 1337, 1346

den rigiden allgemeinen Zulässigkeitsregeln messen lassen müssen – auch wenn die (Wieder-) Einführung einer Kategorie "international akzeptabler Subventionen"<sup>63</sup> politisch umstritten ist.

Im bilateralen Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU steht das Freihandelsabkommen (FHA) von 1972 im Vordergrund<sup>64</sup>. Gemäss Art. 23 Abs. 1 iii) FHA ist "jede staatliche Beihilfe, die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht", mit dem guten Funktionieren des Abkommens unvereinbar, "soweit sie geeignet [ist], den Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz zu beeinträchtigen". Diese Bestimmung 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 (was wohl eher auf eine unbeabsichtigte Unterlassung denn eine bewusste "Radikalisierung" des Beihilfeverbots zurückzuführen ist). Die Operationalisierung des Freihandelsabkommens beruht auf der völkerrechtlichen Tradition der autonomen Auslegung und Durchsetzung. Die Vertragsparteien legen auch das bilaterale Beihilfeverbot im Rahmen der völkerrechtlichen Auslegungsregeln gemäss Art. 31 und 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 je nach ihrem eigenen Gusto aus<sup>65</sup>. Des Weiteren enthält Art. 13 des Luftverkehrsabkommens (LVA) von 1999 eine Beihilferegelung spezifisch für den Luftverkehr<sup>66</sup>. Diese Vorschrift entspricht beinahe wörtlich Art. 107 AEUV. Obwohl das Luftverkehrsabkommen Züge eines Integrationsabkommens in sich trägt, stipuliert auch dieses Abkommen keine automatische Verpflichtung zur "europakompatiblen" Auslegung<sup>67</sup>. 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

<sup>61</sup> Brazil – Export Financing Programmes 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.

<sup>62</sup> US – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations", WT/DS108/AB/R.

<sup>63</sup> Michael Rodi, Die Subventionsrechtsordnung, Tübingen 2000, 131.

<sup>64</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (SR 0.632.401).

<sup>65</sup> 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 zeigt; dazu 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, 221–256.

<sup>66</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr vom 21. Juni 1999 (SR 0.748.127.192.68).

<sup>67</sup> Vgl. Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, 6156. Eine Befolgungspflicht besteht gemäss Art. 1 Abs. 2 LVA nur in Bezug auf die vor der Unterzeichnung des Abkommens ergangene Praxis der EU-Organe; zur Auslegung des LVA im Allgemeinen Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Zürich 2012, 173–175; zur beschränkten Tragweite des LVA als Integrationsabkommen (allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf das bilaterale Beihilfeverbot) nun EuGH Rs. C-547/10, Urteil vom 7. März 2013, noch nicht in der Slg. veröffentlicht.

die involvierten Behörden das Prüfungsergebnis zu berücksichtigen haben, aber nicht daran gebunden sind<sup>68</sup>.

Weitere Freihandelsabkommen, welche die Schweiz mit Drittstaaten 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<sup>69</sup>. 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 ebenfalls das Beihilfeverbot. Weitere Freihandelsabkommen mit Partnern ausserhalb Europas verweisen in ähnlicher Weise auf das WTO-Recht; zeitweise werden derartige Verweise mit darüber hinausgehenden Notifikations- und Konsultationspflichten verknüpft<sup>70</sup>.

Im Ergebnis enthalten Freihandelsabkommen damit – zumindest im Bereich des Warenhandels – durchs Band restriktive Beihilfeverbote. In der Schweiz scheint das Bewusstsein für das Ineinandergreifen der verschiedenen Subventions-Teilordnungen gleichwohl wenig entwickelt. 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

#### AJP 2013 S. 1337, 1347

erstaunt es nicht, dass die disziplinierende Wirkung des Staatsvertragsrechts kaum durchschlägt. Dies mag sich ändern, sofern die Schweiz und die Europäische Union erfolgreich bilaterale Abkommen abschliessen, welche der Schweiz die Teilnahme am gemeinsamen Binnenmarkt ermöglichen. Im Vordergrund stehen zurzeit Verhandlungen über ein umfassendes Energieabkommen. Von verschiedener Seite wird zudem der Abschluss eines Dienstleistungsabkommens angeregt. Die Schweiz wird bei der Aushandlung neuer Marktzugangsabkommen nicht darum herum kommen, den einschlägigen unionalen Rechtsbestand als *Benchmark* zu akzeptieren – und damit auch das unionale Beihilferecht. Entsprechende Bestimmungen werden die Freiräume zum Erlass von selektiven Fördermassnahmen zugunsten ausgewählter Unternehmen erheblich einschränken. Darüber hinaus dürfte es sich als anspruchsvoll erweisen, die Anwendung des Beihilfeverbots "sklavisch" nur etwa auf den Energie- oder Dienstleistungsbereich zu beschränken. Vielmehr ist zu vermuten, dass entsprechende Beihilfeschriften auch in andere Rechtsgebiete "mäandern" und Fördermassnahmen tangieren werden, welche *prima vista* nicht diesen Regelungsbereichen zuzuordnen sind.

## IV. Inverwaltungnahme durch die WEKO

Ein griffiges Beihilferegimes, d.h. ein Beihilfeverbot einschliesslich zulässiger Ausnahmen, bedarf zwingend eines effektiven Kontrollmechanismus<sup>71</sup>. Voraussetzung dafür ist, dass zuständige Behörden bzw. eine breitere Öffentlichkeit über gewährte Beihilfen überhaupt informiert werden. Die Erfahrungen in der Schweiz sind diesbezüglich bescheiden. Zum einen fehlt es an einer allgemeinen Meldepflicht. Kantonale und kommunale Beihilfen werden in aller Regel unter dem Siegel der Verschwiegenheit gewährt. Steuererleichterungen unterliegen dem Steuergeheimnis. Entsprechend finden umstrittene Beihilfepraktiken nur selten den Weg an die interessierte Öffentlichkeit. Zum anderen – und damit zusammenhängend – besteht im Rahmen der Um- und Durchsetzung des Verbots ungerechtfertigter Steuererleichterungen gemäss [Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG](#) eine "eigentliche Aufsichtslücke"<sup>72</sup>. Der interkantonalen Kontrollkommission gelang es nicht, sich als Schiedsrichterin im Steuerwettbewerb zu etablieren. Bestrebungen zur Verbesserung dieser misslichen Situation scheiterten wiederholt. Immerhin wurde mit der Inthronisierung der WEKO als zuständige Behörde zur Überwachung der Einhaltung des Beihilfeverbots im bilateralen Luftverkehrsabkommen (LVA) zumindest bereichsspezifisch Neuland betreten<sup>73</sup>. Zum ersten Mal

<sup>68</sup> Art. 103 des Bundesgesetzes über die Luftfahrt ([LFG](#), SR 748.0); vgl. für eine Beurteilung durch die WEKO [RPW 2004/4, 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 Hofmann, *La liberté économique suisse face au droit européen*, Berne 2005, 421–430.

<sup>69</sup> Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation ([EFTA](#)) vom 4. Januar 1960 bzw. 21. Juni 2001 (konsolidierte Fassung gemäss Vaduzer Abkommen) (SR 0.632.31).

<sup>70</sup> Vgl. für eine Übersicht Oesch (FN 7), 272–273.

<sup>71</sup> Siehe für entsprechende Durchsetzungsregimes im WTO-Recht, im EU-Recht und in (Freihandels-) Abkommen Oesch (FN 7), 259–260, 266–268, 271–273.

<sup>72</sup> Urteil des BGer. [2A 647/2005 vom 7. Juni 2007, E. 5.1](#); dazu vorne B.II.2.

<sup>73</sup> Dazu vorne C.III.

müssen gewisse Beihilfen in der Schweiz einer Behörde gemeldet werden, welche ihre Vereinbarkeit mit dem einschlägigen Staatsvertragsrecht gutachterlich beurteilt und den Behörden Meldung erstattet.

Diese neuartige Funktion der WEKO könnte durchaus präjudiziellen Charakter haben und dazu führen, dass auch weitere Subventionstatbestände einer unabhängigen Beurteilung zugeführt werden – sei es kraft staatsvertraglicher Verpflichtung, sei es kraft Einsicht in die Notwendigkeit, die Gewährung kantonaler Privilegien transparenter zu gestalten und stärker zu disziplinieren. Eine Meldepflicht wäre ein erster Schritt zu einer verstärkten Inverwaltungnahme<sup>74</sup>. Darüber hinaus wäre bedenkenswert, der WEKO die Funktion als Kontrollinstanz zu übertragen; ein Tätigwerden der WEKO könnte auf Antrag einer anderen Behörde und/oder eines Konkurrenzunternehmens hin ausgelöst werden. Darüber hinaus wäre auch denkbar, dass die WEKO die Beurteilung von Beihilfen *ex officio* – also analog zur EU-Kommission bei der Beurteilung geplanter Beihilfen von EU-Mitgliedstaaten – an die Hand nimmt. Diesfalls wäre die WEKO umfassend zuständig für die Prüfung der Vereinbarkeit von kantonalen und kommunalen Beihilfen mit bundesrechtlichen Vorgaben. Dabei wäre es wohl sachgerecht, Beurteilungen durch die WEKO verbindliche Wirkung zuzuerkennen. Entsprechende Verfügungen würden einer allfälligen Nachkontrolle durch das Bundesverwaltungs- bzw. Bundesgericht unterliegen.

## D. Epilog

Eine Prognose, ob die Forderung nach einer stärkeren Disziplinierung kantonaler Beihilfepraktiken realistisch ist, scheint schwierig. Politische Vorstösse auf Bundes- und Kantonsebene, welche in diese Richtung zielen, haben regelmässig einen schweren Stand<sup>75</sup>. Interessanterweise hat sich im Juni 2013 nun auch der Präsident der kantonalen Finanzdirektoren, der Zuger Peter Hegglin, zu Wort gemeldet und eine "Kontrollinstanz für kantonale

**AJP 2013 S. 1337, 1348**

Steuertricks" gefordert: "Im Steuerwettbewerb ist es wie auf dem Fussballfeld: Es braucht einen Schiedsrichter, der feststellt, ob die Spieler sich an die Regeln halten."<sup>76</sup> Es ist durchaus vorstellbar, dass sich die Politik zuerst auf eine effektivere Durchsetzung des Steuerharmonisierungsgesetzes – und damit auch der Voraussetzungen für Steuererleichterungen gemäss [Art. 5 und Art. 23 Abs. 3 StHG](#) – einigen mag. In der Praxis stellen einzelbetrieblich gewährte Steuererleichterungen den wohl am weitest verbreiteten Beihilfetyp dar. Damit wäre ein erster Schritt getan, um den Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität zu stärken und Wirtschaftsteilnehmer vor wettbewerbsverfälschenden Massnahmen zugunsten von Konkurrenzunternehmen zu schützen. Die Überzeugung, dem interkantonalen Steuerwettbewerb nicht nur auf dem Papier Schranken zu ziehen, sondern die einschlägigen Vorgaben auch tatsächlich regelkonform um- und durchzusetzen, könnte als Initialzündung dafür dienen, die problematischen Aspekte der Gewährung von staatlichen Beihilfen in grundsätzlicher Weise zu überdenken und eine breitere Diskussion über einen allfälligen Reformbedarf auf Verfassungs- und/oder Gesetzesstufe zu lancieren. Es ist merkwürdig, dass dies bis heute nicht geschehen ist.

<sup>74</sup> Vgl. dazu die – letztlich erfolglose – parlamentarische Initiative 99.466 von NR *Susanne Leutenegger Oberholzer* vom 22. Dezember 1999; dazu vorne B.III.

<sup>75</sup> Dazu vorne B.III.

<sup>76</sup> NZZaS vom 30. Juni 2013, 8.