

Die fehlende Disziplinierung staatlicher Beihilfen in der Schweiz

In der Schweiz fehlt es an griffigen Leitplanken für die Gewährung von Beihilfen. Auch dominiert die Intransparenz. Der Einfluss völkerrechtlicher Beihilfevorgaben auf die Praxis in der Schweiz wird tendenziell zunehmen. *Matthias Oesch, Nina Burghartz*

Abstract Staatliche Beihilfen gehören zum Standardrepertoire staatlicher Politikgestaltung. Gleichzeitig stehen sie mit dem Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität in Konflikt. So entsteht ein Spannungsfeld. Beihilferechtliche Vorgaben finden sich im Völker- und Landesrecht. Das WTO-Recht enthält für den Warenhandel umfassende Regeln. Das Freihandelsabkommen und das Luftverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU lehnen sich an das EU-Beihilfeverbot an. Dies dürfte auch für zukünftige Markt Zugangsabkommen mit der EU gelten, womit das EU-Beihilferecht in der Schweiz bedeutsamer werden dürfte. Demgegenüber enthält das schweizerische Recht kaum griffige Vorgaben. Immerhin setzt der Grundsatz der staatlichen Wettbewerbsneutralität gewisse Schranken. Zudem existieren Vorschriften gegen ungerechtfertigte Steuererleichterungen. Es scheint prüfenswert, die Gewährung von Beihilfen auch in der Schweiz stärker zu disziplinieren.

Staatliche Beihilfen bewegen sich in einem Spannungsfeld. Auf der einen Seite gehören sie zum Standardrepertoire staatlicher Politikgestaltung. Staatliche Behörden gewähren einzelnen Unternehmen nicht rückzahlbare Zuschüsse, zinslose Darlehen, Steuererleichterungen oder die verbilligte Nutzung staatlicher Liegenschaften, um die private Erwerbstätigkeit im öffentlichen Interesse zu beeinflussen. Auf diese Weise werden Arbeitsplätze erhalten, die Entwicklung neuer Technologien wird unterstützt, und benachteiligte Regionen werden gefördert. Auf der anderen Seite stehen staatliche Beihilfen mit dem Gebot staatlicher Wettbewerbsneutralität in Konflikt: Ausgewählte private und öffentliche Unternehmen profitieren von Vorteilen, welche ihnen unter normalen Marktbedingungen nicht gewährt werden.

Das Recht steht vor der Herausforderung, diese gegenläufigen Interessen einem angemessenen Ausgleich zuzuführen. Sowohl das Völkerrecht als auch das Landesrecht machen Vorgaben zur Gewährung von staatlichen Beihilfen.¹ Diese vertikal angeordneten «Beihilfen-

Teilordnungen» sind eng verklammert. Gleichwohl präsentieren sich die gewählten Lösungen unterschiedlich.

WTO-Recht

Völkerrechtlich sind insbesondere die Vorgaben der Welthandelsorganisation (WTO) bedeutsam. Das WTO-Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen enthält detaillierte Vorschriften über die Gewährung von Subventionen. Es beruht auf einem Ampelansatz: Ausfuhr- und Imports substitutionssubventionen sind per se verboten (rotes Licht). Spezifische Subventionen, welche sich nachteilig auf die Interessen eines WTO-Mitglieds auswirken, sind anfechtbar (gelbes Licht). Bis 1999 enthielt das Abkommen zudem eine Liste von Subventionen, welche als nicht anfechtbar galten (grünes Licht). Dazu gehörten Subventionen für Forschungstätigkeiten, für benachteiligte Regionen und für die Anpassung bestehender Einrichtungen an neue Umweltvorschriften. Seit 2000 gelten auch diese Subventionstypen als anfechtbar. Das ist problematisch. Die WTO wird nicht darum herumkommen, Subventionstatbestände zu definieren, welche zulässig sind – wenngleich ein Konsens darüber nicht absehbar ist. Dieser Zustand reflektiert den funktionalen Charakter der Welthandelsordnung, die zumindest in diesem Bereich keine verfassungsrechtliche Ausprägung im Sinne positiver Integration erfahren hat.

WTO-Mitglieder können die Einsetzung eines Streitschlichtungspanels verlangen, um die Rechtmässigkeit einer Subventionspraxis eines anderen WTO-Mitglieds überprüfen zu lassen. Sofern die beklagte Partei eine verbotene oder

¹ Die Begriffe «staatliche Beihilfe» (als spezifisch europarechtlicher Begriff) und «Subvention» werden in diesem Beitrag synonym verwendet. Der Bundesrat stützt sich in seinem periodisch veröffentlichten Subventionsbericht hingegen auf einen weiteren Subventionsbegriff, der sowohl Finanzhilfen als auch Abgeltungen sowie gewisse Beiträge an internationale Organisationen umfasst.

² Heute Art. 107 AEUV.

³ Cottier et al. (2014), Rz. 737–742.

angreifbare Subvention nicht einstellt, wird die klägerische Partei ermächtigt, Gegenmassnahmen zu ergreifen. Ergänzend dazu sind WTO-Mitglieder berechtigt, unilateral Ausgleichszölle auf Produkte zu erheben, die von verpönten Subventionen profitieren.

Die Schweiz war noch nie aktiv an einem WTO-Streitbeilegungsverfahren beteiligt, in dem die Rechtmässigkeit einer Subvention zur Debatte stand. Ebenso verzichtet die Schweiz traditionell darauf, unilateral Ausgleichszölle auf subventionierte Produkte zu erheben. Es ist bezeichnend, dass die Schweiz – im Gegensatz zu den meisten WTO-Mitgliedern – die Vorgaben zum Erlass von Ausgleichsmassnahmen nicht ins nationale Recht übergeführt hat.

Bilaterale Abkommen Schweiz-EU

Das Freihandelsabkommen zwischen der EU und der Schweiz von 1972 verbietet staatliche Beihilfen, die den Warenverkehr zwischen den Vertragsparteien beeinträchtigen. Diese Bestimmung ist praktisch wörtlich dem EU-recht-

lichen Beihilfeverbot nachgebildet² – mit der merkwürdigen Ausnahme, dass das Abkommen keine zulässigen Beihilfetatbestände definiert. Die Vertragsparteien legen das Beihilfeverbot im Rahmen der völkerrechtlichen Auslegungsregeln nach ihrem eigenen Gusto aus. Dies führt leichtin zu divergierenden Resultaten, wie sich in der als «Steuerstreit» bekannten Auseinandersetzung um kantonale Steuerprivilegien für im Ausland tätige Unternehmen anschaulich gezeigt hat.³

Von den weiteren bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU enthält auch das Luftverkehrsabkommen von 1999 eine Beihilferegelung. Diese spezifisch auf den Luftverkehr anwendbare Vorschrift entspricht dem EU-rechtlichen Beihilfeverbot. Das Abkommen verpflichtet die Vertragsparteien zur Schaffung von Verfahren, mit denen die Einhaltung des Beihilfeverbots überwacht wird. In der EU kommt diese Aufgabe der Europäischen Kommission zu. In der Schweiz übernimmt die Wettbewerbskommission (Weko) diese Funktion: Sie gibt nicht bindende Stellungnahmen ab. Dies ist

Bei Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU sind staatliche Beihilfen ein zentraler Punkt. Bundesrat Ueli Maurer (l.) mit EU-Kommissar Pierre Moscovici.



ein bemerkenswertes Novum in einem Land, das kein Sensorium für die nötige Disziplinierung staatlicher Beihilfen hat.

In Zukunft wird die Schweiz bei neuen Marktzugangsabkommen mit der EU – etwa im Bereich der Energie und der (Finanz-)Dienstleistungen – kaum darum herumkommen, das EU-Beihilferecht als Benchmark zu akzeptieren.

Schweizerisches Recht

Das schweizerische Recht enthält – abgesehen vom Subventionsgesetz von 1990, das allgemeine Vorgaben auf Bundesebene statuiert – keine griffigen subventionsrechtlichen Vorschriften. Vor allem die Kantone bleiben in der gezielten Förderung der heimischen Wirtschaft weitgehend frei. Immerhin blinken zwei Warnlampen, die zu berücksichtigen sind.

Wirtschaftsfreiheit

Die Bundesverfassung (BV) verpflichtet alle staatlichen Behörden, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beachten.⁴ Dieser Grundsatz gilt auch bei der Gewährung von Subventionen.⁵ Abweichungen sind nur zulässig, sofern sie in der BV 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 Grundrechtsbeschränkungen⁶ erfüllen – erlaubt sind, oder aber um grundsatzwidrige Eingriffe in das Spiel von Angebot und Nachfrage, welche unzulässig sind. Existenzsichernde Beihilfen sind vermutlich grundsätzlichwidrige Massnahmen.⁷ Umgekehrt dürften Beihilfen, welche wettbewerbsneutral ausgestaltet sind und den Wettbewerb nicht (spürbar) verzerren, in aller Regel grundsatzkonform sein.

Der grundrechtliche Anspruch auf Gleichbehandlung der Konkurrenten konkretisiert den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität.⁸ Privilegierungen zugunsten einzelner Wirtschaftsteilnehmer können durch gewichtige öffentliche Interessen gerechtfertigt werden. Problematisch ist, dass es gemäss (weitum kritizierter) bundesgerichtlicher Praxis nur direkten Konkurrenten möglich ist, sich auf den Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten zu berufen.

Das Binnenmarktgesetz von 1995 (BGBM) verzichtet darauf, die Gewährung von kantonalen Subventionen zu disziplinieren. Das ist merkwürdig. Mit Blick auf den Regelungszweck des BGBM, auswärtigen Wirtschaftsteilnehmern «freien und gleichberechtigten Zugang zum Markt»⁹ zu ermöglichen, scheint es zwingend, die Binnenmarktfreiheit vor Verfälschungen zu schützen. Das Regelungspotenzial des BGBM liegt diesbezüglich brach.

Steuerharmonisierung

Das Konkordat über den Ausschluss von Steuerabkommen von 1948 und das Steuerharmonisierungsgesetz von 1990 erlauben den Kantonen, neu angesiedelten Unternehmen Steuererleichterungen zu gewähren. Die Maximaldauer beträgt zehn Jahre.

Die Durchsetzung dieser materiellen Steuerharmonisierung weist allerdings erhebliche Defizite auf. Zum einen ist es für eine Überprüfung umstrittener Privilegierungen selbstredend notwendig, dass Steuererleichterungen überhaupt publik gemacht werden – was selten passiert. Zum anderen sind Bestrebungen zur effizienteren Durchsetzung der Steuerharmonisierung bis heute regelmässig gescheitert. So schlug 2004 und 2008 je eine Expertenkommission die Schaffung einer unabhängigen Kontrollkommission vor, deren Hauptaufgabe darin bestanden hätte, unzulässige Praktiken anzufechten. Obwohl der Bundesrat und eine Mehrheit der Kantone für eine griffigere Durchsetzung votierten, sprachen sich insbesondere Wirtschaftsverbände und die bürgerlichen Parteien gegen die Schaffung einer solchen Kontrollkommission aus.¹⁰

Paradoxe Situation in der Schweiz

Die Würdigung der beihilferechtlichen Vorgaben im Völker- und Landesrecht ergibt ein durchmisches Bild. Abschliessend lassen sich folgende Thesen formulieren:

– Griffige Beihilferegeln sind ein integrales Element staatlicher Wettbewerbsneutralität. Sie schützen legitime Erwartungen und gewährleisten «level playing fields». Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Absicherung von Marktzugangsrechten. Das WTO-Recht

4 Art. 94 BV.

5 Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 308.

6 Art. 36 BV.

7 Reich, Rz. 875.

8 Art. 27 i. V. m. Art. 94 BV.

9 Art. 1 BGBM.

10 Cavelti, passim.

enthält restriktive Vorschriften für die Gewährung von Subventionen, und einzelne bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EU lehnen sich an das EU-Beihilfeverbot an. Demgegenüber enthält das schweizerische Recht keine griffigen Vorgaben. Die Kantone bleiben in der Förderung der heimischen Wirtschaft weitgehend frei. Hier besteht ein Paradox.

- In der Schweiz dominiert die Intransparenz. Das tatsächliche Ausmass von Fördermassnahmen zumindest auf kantonaler Ebene ist nicht bekannt. Vorstösse zur Schaffung von Meldepflichten sind im Parlament regelmässig gescheitert – bis der Nationalrat im März 2017 ein Postulat der FDP-Liberale-Fraktion angenommen hat.¹¹ Darin wird der Bundesrat aufgefordert, Formen und Umfang staatlicher Beihilfen sowie allfällige Handlungsoptionen aufzuzeigen.
- Es ist prüfenswert, die Gewährung von Beihilfen auch in der Schweiz stärker zu disziplinieren. Dabei ist es fraglich, ob die Wirtschaftsfreiheit strukturell in der Lage ist, das Fehlen spezifischer Vorgaben allein qua rechtsschöpferischer Grundrechtsverwirklichung auszugleichen. Praxis und Lehre tun sich schwer, der Wirtschaftsfreiheit ausserhalb der klassischen Eingriffsverwaltung (also da, wo die öffentliche Verwaltung mit hoheitlichen Anordnungen in Freiheit und Eigentum der Bürger und der Unternehmen eingreift) Konturen zu verleihen – geschweige denn gestützt auf die Wirtschaftsfreiheit ein stimmiges Beihilferegime zu entwickeln. Es läge somit am Verfassungs- und Gesetzgeber, griffige Leitplanken und einen Durchsetzungsmechanismus aufzustellen.

- Der Einfluss völkerrechtlicher Beihilfevorgaben auf die Praxis in der Schweiz wird tendenziell zunehmen. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass die Schweiz neue Marktzugangsabkommen mit der EU abschliesst und dabei das EU-Beihilferecht übernimmt. Dabei dürfte es sich als anspruchsvoll erweisen, die Anwendung des Beihilferechts «sklavisch» nur auf den von einem Abkommen erfassten Politikbereich zu beschränken. Es ist zu vermuten, dass entsprechende Beihilfevorgaben auch in andere Rechtsgebiete «mäandern» und Fördermassnahmen tangieren, die prima vista nicht dem von einem Abkommen erfassten Politikbereich zuzuordnen sind.

¹¹ Postulat 15.3387 «Für einen funktionierenden Wettbewerb. Gegen wettbewerbsverzerrende staatliche Beihilfen» vom 4. Mai 2015.



Literatur

Cavelti, Ulrich (2008). Die Schliessung der Durchsetzungslücke des Steuerharmonisierungsgesetzes, in: IFF Forum für Steuerrecht, 287–296.

Cottier, Thomas et al. (2014). Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern.

Oesch, Matthias (2012). Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer, in: ZSR, 255–284.

Oesch, Matthias (2013). Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch die Kantone, in: AJP, 1337–1348.

Reich, Johannes (2011). Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich und St. Gallen.

Rhinow, René et al. (2011). Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel.