



Gutachten zu einer Bundeskompetenz zu einer sektorenübergreifenden Regulierung von Beihilfen

EJPD, Bundesamt für Justiz
Gutachten vom 28. März 2023

Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

1. Der Bund ist gestützt auf die Bestimmungen der BV, welche ihn selbst ermächtigen, Beihilfen zu gewähren, sowie auf seine inhärente Organisationskompetenz befugt, die Beihilfegewährung durch seine Behörden zu regulieren sowie zu deren Überwachung eine Behörde einzusetzen. Bei der Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie der Beihilfeüberwachung für seine eigenen Behörden ist er weitgehend frei. Mit der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Gewaltenteilung sowie der verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesrates ist es jedoch nicht vereinbar, Akte (individuell-konkrete Anordnungen und generell-abstrakte Erlasse) der Bundesversammlung und des Bundesrates als solche einer förmlichen Rechtmässigkeitskontrolle einer Überwachungsbehörde zu unterstellen. Möglich ist es, eine vorgängige, rechtlich nicht bindende Stellungnahme einer Überwachungsbehörde für solche Akte vorzusehen. Beihilfegewährende Akte von Departementen, Bundesämtern und weiteren untergeordneten Verwaltungsbehörden können zusätzlich wahlweise einem Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung durch eine Überwachungsbehörde oder einem Behördenbeschwerderecht einer solchen unterstellt werden.
2. Nach Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV hat der Bund für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum zu sorgen. Erreicht werden soll dieser insbesondere durch die Verhinderung von Diskriminierung kantonsexterner Anbieter und die Beseitigung übermässiger kantonaler Beschränkungen des zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehrs und nicht durch die vollständige Nivellierung sämtlicher kantonaler Unterschiede. Dementsprechend ist der Bund gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV befugt, Beihilfen der Kantone, welche in ihrer Wirkung einer Marktzugangsbeschränkung für die nicht begünstigten externen Anbieter gleichkommen, in dem diese ihre Wirtschaftstätigkeit nicht oder nur unter wirtschaftlich erheblich erschwertem Umständen aufnehmen können, einzuschränken. Der Regelungsansatz der EU – ein grundsätzliches Beihilfeverbot mit detaillierter Regelung der Ausnahmen bzw. Rechtfertigungsmöglichkeiten – ist dagegen von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV nicht umfasst. Gestützt auf Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV kann der Bund diesen Schutz vor Diskriminierung und übermässigen Wettbewerbsverzerrungen auch autonom auf Anbieter aus dem Ausland ausdehnen.



3. Gestützt auf Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV kann der Bund mittels völkerrechtlichen Vertrags darüberhinausgehende materielle Regelungen – allenfalls bis hin zur vollständigen Übernahme des materiellen Beihilferechts der EU – auch mit Geltung für die Kantone vereinbaren. Bei der Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben im Landesrecht bleibt er jedoch an die innerstaatliche Kompetenzauftteilung gebunden, sodass er hinsichtlich der Beihilfegewährung durch die Kantone nicht weitergehend legiferieren kann, als er es ohnehin gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV tun dürfte.
4. Die Bindung an die innerstaatliche Kompetenzauftteilung bei der landesrechtlichen Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben gilt insbesondere auch bei der Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie der Beihilfeüberwachung für kantonale Behörden. Bei der Ausübung seiner Kompetenzen hat der Bund die kantonale Organisations- und Verfahrensautonomie zu wahren und darf diese nur soweit einschränken, als dies zur Sicherstellung der richtigen und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts in den Kantonen unerlässlich ist.
5. Nicht möglich ist es daher, beihilfegewährende Akte der Kantone dem Erfordernis einer Zustimmung durch eine Überwachungsbehörde des Bundes zu unterstellen. Auch eine Pflicht, geplante Beihilfen vorgängig einer Überwachungsbehörde des Bundes zur Stellungnahme vorzulegen sowie das Verfahren der Beihilfegewährung bis zur Stellungnahme zu sistieren, geht zu weit. Schliesslich kann auch kein Beschwerdeweg direkt von den beihilfegewährenden kantonalen Behörden an das Bundesverwaltungsgericht unter Ausschluss der kantonalen Verwaltungsrechtspflege vorgesehen werden.
6. Möglich sind hingegen insbesondere: eine Stellungnahme der Überwachungsbehörde auf freiwillige (vorgängige) Vorlage der Kantone oder auf Eigeninitiative; ein Behördenbeschwerderecht der Überwachungsbehörde gegen sämtliche beihilfegewährende Akte der Kantone; eine Pflicht, diese Akte der Überwachungsbehörde mitzuteilen; die Ausstattung von Beschwerden gegen diese Akte mit aufschiebender Wirkung; eine Verpflichtung der Kantone zur Rückforderung bundesrechtswidrig gewährter Beihilfen sowie die Verpflichtung der Kantone zur Transparenz hinsichtlich der durch sie gewährten Beihilfen.

Inhaltsverzeichnis

1	Hintergrund	5
2	Fragestellung	5
3	Bundeskompetenz zur sektorenübergreifenden materiellen Regulierung von Beihilfen	6
3.1	Art. 95 Abs. 1 BV: Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit	7
3.2	Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV: Einheitlicher schweizerischer Wirtschaftsraum	8
3.2.1	Grammatikalische Auslegung	9
3.2.2	Systematische Auslegung	10
3.2.3	Historische Auslegung	11
3.2.4	Teleologische Auslegung	13
3.2.5	Zwischenfazit und Umfang der möglichen Beihilferegulierung	14
3.2.6	Begrenztheit der Kompetenz auf den Binnenmarkt Schweiz	16
3.3	Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV: Auswärtige Angelegenheiten und Aussenwirtschaftspolitik	16
3.3.1	Allgemeine Grundsätze	16
3.3.2	Art. 101 Abs. 1 BV im Speziellen	17
3.3.3	Anwendung auf die Regulierung von Beihilfen	19
3.4	Art. 129 Abs. 3 BV: Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen	20
3.5	Fazit	21
4	Bundeskompetenz zur Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie zur Einsetzung einer Beihilfeüberwachungsbehörde	21
4.1	Beihilfegewährung durch Bundesbehörden	21
4.1.1	Akte der Bundesversammlung	23
4.1.1.1	Bundesgesetze	23
4.1.1.2	Übrige Akte der Bundesversammlung	23
4.1.2	Akte des Bundesrates	24
4.1.3	Akte der Departemente, Bundesämter und weiterer untergeordneter Verwaltungsbehörden	26
4.1.4	Modalitäten des Verfahrens	26
4.1.4.1	Vorlagepflicht für geplante Beihilfen und Durchführungsverbot	26
4.1.4.2	Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen	27
4.1.4.3	Aufschiebende Wirkung von Beschwerden und Beschwerdelegitimation von Konkurrenten	27
4.1.5	Fazit	27
4.2	Beihilfegewährung durch kantonale Behörden	28
4.2.1	Beurteilung verschiedener Überwachungsinstrumente	28
4.2.1.1	Stellungnahme auf freiwillige Vorlage geplanter Beihilfen oder auf Eigeninitiative	28
4.2.1.2	Zustimmungserfordernis und Durchführungsverbot	29
4.2.1.3	Behördenbeschwerderecht	29
4.2.1.4	Genehmigung kantonaler Erlasse	30
4.2.1.5	Ausschluss des kantonalen Verwaltungsrechtswegs	30

4.2.1.6	Aufschiebende Wirkung von Beschwerden.....	31
4.2.1.7	Mitteilungspflicht für beihilfegeährende Akte	31
4.2.1.8	Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen	32
4.2.1.9	Transparenz bei der Gewährung von Beihilfen.....	32
4.2.1.10	Beschwerdelegitimation von Konkurrenten.....	33
4.2.2	Regelung des Verfahrens der Beihilfegeähnung sowie der Beihilfeüberwachung bei völkerrechtlich vereinbartem materiellen Beihilferecht	33
4.2.3	Fazit	33
4.3	Exkurs: Völkerrechtliche Vereinbarung betreffend das Verfahren der Beihilfegeähnung sowie die Beihilfeüberwachung.....	34
4.3.1	Mögliche Abweichung von der Verfassung?	34
4.3.2	Bindung an die Verfassung bei der Umsetzung im Landesrecht.....	35

1 Hintergrund

Von Februar 2022 bis Anfang 2023 untersuchte eine technische Arbeitsgruppe zwischen Bund und Kantonen unter Leitung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) Möglichkeiten, in der Schweiz staatliche Beihilfen in Anlehnung oder nach dem Vorbild der Europäischen Union (EU) zu regulieren, sei dies durch eine autonome Einführung entsprechender Regelungen in der Schweiz, durch eine völkerrechtliche Vereinbarung eines mit der EU äquivalenten Beihilferechts oder durch eine völkerrechtliche Übernahme (mit allfälligen Ausnahmen) des EU-Beihilferechts, wobei die völkerrechtlichen Vereinbarungen sich jeweils auf einzelne Sektoren (z.B. Elektrizitätsbereich) beschränken oder übergreifend auf sämtliche Sektoren zur Anwendung gelangen könnten.

Als Beihilfen gelten in der EU aus staatlichen Mitteln gewährte Vorteile¹, durch die bestimmte Unternehmen² oder Produktionszweige begünstigt werden, wodurch der Wettbewerb verfälscht wird oder verfälscht zu werden droht und der Handel zwischen den EU-Mitgliedsstaaten beeinträchtigt wird.³ Beihilfen sind nach Art. 107 AEUV⁴ grundsätzlich verboten. Diverse Beihilfen können jedoch im Sinne einer Ausnahme oder Rechtfertigungsmöglichkeit mit dem EU-Binnenmarkt vereinbart und somit zulässig sein (vgl. Art. 107 Abs. 2 und Abs. 3 sowie Art. 106 Abs. 2 AEUV). Über die Vereinbarkeit mit dem EU-Binnenmarkt entscheidet die Europäische Kommission, welche nach Art. 108 AEUV die Einhaltung des EU-Beihilferechts überwacht. Ihr ist nach Art. 108 Abs. 3 AEUV jede beabsichtigte Einführung oder Umgestaltung von Beihilfen zu notifizieren und die entsprechenden Beihilfen dürfen bis zum Entscheid der Kommission über deren Zulässigkeit nicht ausgerichtet werden (Durchführungsverbot). Erfasst werden von dieser Kontrolle sowohl Beihilfen, die in einem konkreten Einzelfall gewährt werden (Einzelbeihilfen), als auch generell-abstrakte Regelungen, gestützt auf welche Beihilfen gewährt werden können (Beihilferegelungen). Die allgemeinen materiellen Bestimmungen von Art. 107 AEUV sowie das Verfahren der Beihilfeüberwachung werden in diversen sekundärrechtlichen Erlassen sowie in Bekanntmachungen und Mitteilungen der Europäischen Kommission detailliert ausgeführt.⁵

2 Fragestellung

Dieses Gutachten untersucht, inwieweit eine Bundeskompetenz zu einer sektorenübergreifenden Regulierung von staatlichen Beihilfen besteht, welche auch die Beihilfegewährung durch kantonale und kommunale Behörden⁶ umfasst. In einem ersten Schritt wird untersucht, inwieweit der Bund zuständig ist, Beihilfen materiell zu regeln – ob er also etwa (gewisse) Beihilfen pauschal oder mit Ausnahmen verbieten oder ob er inhaltliche Anforderungen an

¹ Darunter fallen alle Arten von wirtschaftlichen Vergünstigungen, die ein Unternehmen unter normalen Marktbedingungen ohne Eingreifen des Staates nicht erhalten könnte. Neben à fonds perdu-Beiträgen können dies beispielsweise Darlehen oder Garantien, Dienst- oder Sachleistungen oder auch der Erlass von Abgaben, Steuern oder anderen Belastungen, die grundsätzlich geschuldet wären, sein.

² Darunter fällt jede Einheit, die wirtschaftliche Tätigkeiten ausübt, unabhängig von der Rechtsform oder Finanzierung.

³ Vgl. zum Ganzen im Detail Europäische Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV, Bekanntmachung zum Beihilfebegriff, ABI 2016 C 262/1.

⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (konsolidierte Fassung), ABI. 2012, C 326/47.

⁵ Vgl. insb. Verordnung (EU) 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI 2015 L 248/9 [zum Verfahren]; Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABI 2014 L 187/1 [zur Ausnahme gewisser Beihilfen vom Beihilfeverbot und dem Verfahren]; Verordnung (EU) Nr. 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Art. 107 und 108 AEUV auf De-minimis-Beihilfen, ABI 2013 L 352/1 [zur Ausnahme von Beihilfen unter einem Schwellenwert von in der Regel 200'000 EUR über einen Zeitraum von drei Steuerjahren von der Notifikationspflicht].

⁶ Einschliesslich denjenigen ausserhalb der Zentralverwaltung. Wenn im Folgenden der Einfachheit halber von der kantonalen Ebene gesprochen wird, werden dadurch in einem weiten Sinne sämtliche unterhalb der Bundesebene stehende staatliche Einheiten verstanden. Vgl. auch den Adressatenkreis des BGBM, welcher Kantone, Gemeinden sowie andere Träger öffentlicher Aufgaben umfasst (Art. 2 Abs. 2 BGBM) sowie die Ausführungen bei BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesamt für Bauten und Logistik) sowie der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz (BPUK), Zürich 2005, S. 20 ff. [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage].

Beihilfen aufstellen dürfte. In einem zweiten Schritt wird sodann untersucht, inwieweit dem Bund im Rahmen seiner allfälligen materiellen Gesetzgebungskompetenz auch die Kompetenz zur Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung und -kontrolle, insbesondere einer Einsetzung einer Beihilfeüberwachungsbehörde (nachfolgend Überwachungsbehörde), zu kommt und welche weiteren verfassungsrechtlichen Schranken für die verschiedenen denkbaren Modalitäten des Verfahrens und der Befugnisse einer allfälligen Überwachungsbehörde bestehen.

Im Vordergrund stehen zwei mögliche Modelle für eine Überwachungsbehörde. Bei beiden müssten geplante Beihilfen einer unabhängigen Überwachungsbehörde des Bundes mitgeteilt werden. Bis zu deren Bescheid bestünde ein Durchführungsverbot. Im *Zustimmungsmodell* könnten die Beihilfen nur gewährt werden, sofern die Überwachungsbehörde oder – bei einem ablehnenden Entscheid derselben – eine Rechtsmittelinstanz ihre Zustimmung erteilt. Im *Beschwerdemodell* beurteilt die Überwachungsbehörde die Rechtmässigkeit der geplanten Beihilfen in einer rechtlich nicht bindenden Stellungnahme. Für den Fall, dass die beihilfegewährende Behörde die Beihilfe entgegen dieser Stellungnahme gewähren würde, kommt der Überwachungsbehörde ein Beschwerderecht zur Anfechtung der entsprechenden Beihilfe vor einer Rechtsmittelinstanz zu.

3 Bundeskompetenz zur sektorenübergreifenden materiellen Regulierung von Beihilfen

Der Bund verfügt nur über diejenigen Kompetenzen, welche ihm die Verfassung zuweist (Prinzip der Einzelermächtigung, Art. 3 und 42 BV⁷). Welche Kompetenzen die Verfassung dem Bund zuweist, ist nach den anerkannten Regeln der Auslegung zu ermitteln. Die Kantone verfügen über eine subsidiäre Generalkompetenz und können im Bereich der Kompetenzen, welche nicht (ausschliesslich) dem Bund zugewiesen sind, selbst entscheiden, welche Aufgaben sie mit welchen Mitteln – etwa mit Beihilfen – erfüllen wollen (Aufgabenautonomie, Art. 43 und 47 BV).

Die Bundesverfassung enthält keine Bestimmung, welche explizit die generelle Regulierung der Gewährung von Beihilfen betrifft. In diversen Bestimmungen wird der Bund ermächtigt oder verpflichtet, wirtschaftliche Vorteile zu gewähren (z.B. Art. 71 Abs. 1 oder Art. 104 Abs. 2 BV).⁸ Gestützt auf diese Bestimmungen ist der Bund auch kompetent, die durch ihn selbst gewährten Beihilfen zu regeln.⁹ Sodann kann der Bund gestützt auf gewisse Sachkompetenzen auch die Beihilfegewährung durch die Kantone in diesem Bereich regeln.¹⁰ So hat er gestützt auf seine Kompetenz im Bereich der Luftfahrt (Art. 87 BV) und in Umsetzung der Beihilfebestimmungen des Luftverkehrsabkommens mit der EU¹¹ die Wettbewerbskommission (WEKO) mit der Überprüfung von Beihilfen im Luftverkehrsbereich betraut (Art. 103 LFG¹²). Entsprechende Sachkompetenzen sind jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, welche sich auf mögliche Grundlagen für eine *sektorenübergreifende* Regulierung von Beihil-

⁷ Bundesverfassung (SR 101).

⁸ Es ist an dieser Stelle nicht möglich zu untersuchen, ob (alle) diese Bestimmungen den Bund zur Gewährung solcher wirtschaftlichen Vorteile, welche Beihilfen im Sinne des Beihilfebegriffs des EU-Rechts darstellen, ermächtigen. Ebenfalls nicht Gegenstand der Untersuchung ist, inwiefern allenfalls solche Bestimmungen Schranken für die materielle Regulierung von Beihilfen in ihrem Bereich enthalten.

⁹ Vgl. Botschaft vom 15. Dezember 1986 zu einem Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen, BBI 1987 I 369, 421.

¹⁰ Ob und wie weit eine Sachkompetenz die Kompetenz zur Regulierung von Beihilfen in diesem Sachbereich umfasst, ist jeweils durch Auslegung zu ermitteln.

¹¹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68).

¹² Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG; SR 748.0).

fen beschränkt. Als allgemeine Kompetenzgrundlage für die Regulierung der Beihilfegewährung durch die Kantone kommen insbesondere die Binnenmarktkompetenz (Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV) sowie die Kompetenzen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten und der Aussenwirtschaftspolitik (Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV) in Frage. Schliesslich ist noch kurz auf die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Vorschriften gegen ungerechtferigte steuerliche Vergünstigungen nach Art. 129 Abs. 3 BV einzugehen. Zwei weitere Bestimmungen können bereits in einer kürzeren Prüfung ausgeschlossen werden:

- Das aus dem in Art. 94 BV verankerten Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit fliessende Prinzip der staatlichen Wettbewerbsneutralität stellt selbst eine gewisse materielle Schranke dar, welche sowohl vom Bund als auch von den Kantonen bei der Gewährung von Beihilfen berücksichtigt werden muss.¹³ Art. 94 BV gewährt jedoch dem Bund nach einhelliger Ansicht – ebenso wie sein grundrechtliches Gegenstück Art. 27 BV – keinerlei Gesetzgebungskompetenzen.¹⁴
- Nach Art. 96 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften gegen volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und *anderen Wettbewerbsbeschränkungen*. Auch Beihilfen können zu Wettbewerbsverzerrungen mit entsprechenden Auswirkungen führen,¹⁵ womit ihre Regulierung zumindest vom Wortlaut von Art. 96 Abs. 1 BV gedeckt wäre. Während Art. 27 und 94 BV den Wettbewerb vor Verzerrung durch *staatliche* Massnahmen schützen, zielt Art. 96 BV aber primär auf die Gewährleistung des Wettbewerbs zwischen *Privaten*.¹⁶ Zwar wird auch staatliches Handeln von Art. 96 BV erfasst, jedoch nur soweit es um eine Teilnahme am Wirtschaftsprozess als Anbieter oder Nachfrager von Gütern und Dienstleistungen geht.¹⁷ Gegen eine Abstützung auf Art. 96 BV als eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Bekämpfung sämtlicher Wettbewerbsbeschränkungen spricht auch, dass der Begriff der *anderen Wettbewerbsbeschränkungen* ursprünglich aus dem Kartellgesetz stammt und erst später in die BV aufgenommen wurde mit dem Ziel klarzustellen, dass nicht nur Kartelle sondern – unabhängig von ihrer Organisations- oder Erscheinungsform – möglichst alle wettbewerbsbeschränkenden Gebilde erfasst werden sollen.¹⁸

3.1 Art. 95 Abs. 1 BV: Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit

Nach Art. 95 Abs. 1 BV kann der Bund Vorschriften erlassen über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit. Diese Befugnis umfasst auch die Regelung der Voraussetzungen der Ausübung dieser Tätigkeit (Marktzugang), wie die persönlichen und fachlichen Voraussetzungen des Marktzutritts und die Berufsausübungsregeln.¹⁹ Sehr weit verstanden, könnte man darunter auch die Regulierung von Beihilfen fassen, können doch an bestimmte

¹³ OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1339 f. und ausführlich BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016, S. 99 ff.

¹⁴ Vgl. nur BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2017 (nachfolgend: Komm. BV), Art. 94 N 2.

¹⁵ MARTENET, in: Martenet/Dubey (Hrsg.), Commentaire romand, Constitution fédérale, Basel 2021 (nachfolgend: CR Cst.) Art. 96 N 26.

¹⁶ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 96 N 4; JACOBS, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Zürich 2014 (nachfolgend: SG Komm. BV), Art. N 6; UHLMANN, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (nachfolgend: BSK BV), Art. 96 N 7.

¹⁷ Dies anerkennt im Grundsatz auch MARTENET, CR Cst., Art. 96 N 26, der aber Art. 96 BV in einem Konglomerat mit Art. 92, Art. 95 Abs. 2 und Art. 98 BV dennoch für eine Bundeskompetenz zur Regulierung von Beihilfen heranziehen möchte, wobei auch er die primäre Grundlage in Art. 95 Abs. 2 BV zu sehen scheint.

¹⁸ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 96 N 5; JACOBS, SG Komm. BV, Art. 96 N 13 f.; UHLMANN, BSK BV, Art. 96 N 15.

¹⁹ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 5; HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 6 f.

Unternehmen ausgerichtete Beihilfen rein faktisch den Marktzugang anderer Unternehmen aufgrund fehlender Konkurrenzfähigkeit verhindern oder zumindest erschweren. In diesem Sinne wäre die Abwesenheit von wettbewerbsverzerrenden Beihilfen an Konkurrenten eine Voraussetzung für den Marktzugang.²⁰ Unter dem Blickwinkel von Art. 95 Abs. 1 BV wird jedoch gefordert, «dass die Regelung *wirtschaftsbezogen* ist, d.h. die Regelung der wirtschaftlichen Vorgänge nicht nur den (für den Bund kompetenzmässig greifbaren) Annex eines grösseren Regelungsbereiches bildet»²¹, die wirtschaftliche Aktivität müsse im Mittelpunkt der Regulierung stehen, Art. 95 Abs. 1 BV könne also z.B. nicht als Rechtsgrundlage für eine Vereinheitlichung des Beschaffungsrechts auf Bundesebene dienen.²² Zusammen mit der Entstehungsgeschichte von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV (unten 3.2.3) spricht somit einiges dafür, Regelungen, welche nur die allgemeinen Rahmenbedingungen für einen freien Marktzugang betreffen, ohne (auch) einen Bezug zur Ausübung einer spezifischen Tätigkeit zu haben, nur unter dem Blickwinkel von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV zu betrachten. Da eine Regulierung von Beihilfen genau diese allgemeinen Rahmenbedingungen betrifft, fokussiert sich die vorliegende Untersuchung auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV, auch wenn das Verhältnis zwischen Art. 95 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BV wohl noch nicht abschliessend geklärt ist.²³ Der enge Bezug von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 zu Art. 95 Abs. 1 BV bleibt jedoch im Rahmen der systematischen Auslegung (unten 3.2.2) von Bedeutung.

3.2 Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV: Einheitlicher schweizerischer Wirtschaftsraum

In der Lehre mehren sich die Stimmen, welche den Bund gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV als kompetent erachten, die Beihilfegewährung durch kantonale Behörden zu regulieren.²⁴ Von einigen Autoren wird sodann bereits heute die Anwendbarkeit des Binnenmarktgesezes (BGBM)²⁵ auf Beihilfen angenommen,²⁶ was implizit eine entsprechende Bundeskompetenz voraussetzt. Auch die WEKO hat in einer Empfehlung betreffend die vorgesehene Ausrichtung von Schulzulagen in Form von Gutscheinen, welche nur in Geschäften der Stadt Genf gültig sein sollten, festgehalten, dass eine Beschränkung des Marktzugangs im Sinne des BGBM nicht nur dann vorliegen kann, wenn externe Anbieter benachteiligt, sondern auch dann, wenn lokale Anbieter begünstigt werden.²⁷ Diverse Autoren weisen sodann auf die Thematik der fehlenden Beihilfekontrolle in der Schweiz hin, ohne jedoch selbst zur Frage ei-

²⁰ Vgl. BIAGGINI, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Staatsrechtliche Studie erstellt im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2003, S. 71 [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage], mit einem ähnlichen Ansatz hinsichtlich von Art. 95 Abs. 1 als Bundeskompetenz für Regelungen betreffend die Gewährleistung des freien Marktzugangs im öffentlichen Beschaffungswesen.

²¹ UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 6.

²² CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 21.

²³ Vgl. etwa UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 10, welcher Art. 95 Abs. 2 BV in kompetenzrechtlicher Sicht nur insoweit als relevant und nicht bereits in Art. 95 Abs. 1 BV enthalten sieht, als er auch einen Auftrag an den Bund formuliert.

²⁴ OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1343 f.; RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 27; MARTENET, CR Cst., Art. 96 N 26; OESCH/RENFER, in: Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), Wettbewerbsrecht II, Kommentar, Zürich 2021, Art. 1 BGBM N 10; HASANI, Die Beihilfekontrolle in der Europäischen Union, in: Jusletter 29. April 2019, Rz. 19 ff. und 43; DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier /Oesch (Hrsg.), SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2020, Rz. 21.

²⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesezt, BGBM; SR **943.02**).

²⁶ DIEBOLD, Eingriffsdogmatik der Binnenmarktfreiheit, in: recht 2015, S. 209 ff., S. 222; RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 35; einschränkend auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 134; a.M. DELLA PORTA, in: Martenet/Bovet/Tercier (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Basel 2013, Art. 1 LMI N 37 ff.

²⁷ Recommandation du 2 octobre 2017 à l'attention de la Ville de Genève concernant la modification de l'article 23A du Règlement relatif aux aides financières du service social du 17 décembre 1986, RPW 2017/3 513.

ner Bundeskompetenz Stellung zu nehmen, wobei teilweise auf die entsprechenden Ausführungen in den beiden Botschaften zum (revidierten) BGBM (unten 3.2.3) hingewiesen wird.²⁸ Eine explizit ablehnende Stellungnahme findet sich soweit ersichtlich nicht.

Im Folgenden soll mit Hilfe der klassischen Auslegungsmethoden genauer untersucht werden, was der Verfassungsgeber mit Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV demokratisch vorentschieden hat, welche Interpretationsspielräume allenfalls offengeblieben sind und was aus welchen Gründen unklar ist. Auch gegebenenfalls später hinzugekommene auslegungsrelevante Gesichtspunkte sind zu berücksichtigen.²⁹

3.2.1 Grammatikalische Auslegung

Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV lautet:

Der Bund sorgt für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum.

Die Verfassung führt den Begriff des «einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums» – des Binnenmarkts – nicht weiter aus. Darunter wird allgemein ein Raum verstanden, in dem Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital ohne Behinderung durch Kantongrenzen frei zirkulieren können.³⁰ Eine Behinderung des zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehrs kann nicht nur in der rechtlichen Einschränkung eines ausserkantonalen Wirtschaftsteilnehmenden liegen, sondern auch in der faktischen Bevorzugung von dessen innerkantonalen Konkurrenten.³¹ Die Regulierung von Beihilfen zur Sicherstellung eines freien zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehrs ist somit vom Wortlaut von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV erfasst.

Die Verwendung der Formulierung «sorgt für» bringt zum Ausdruck, dass es sich bei Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV nebst einer Gesetzgebungskompetenz zugleich um einen Verfassungsauftrag handelt und der Bund die zu seiner Erreichung notwendigen Massnahmen zu treffen hat.³² Aus der Formulierung der französischen Fassung «veille à créer» kann sogar geschlossen werden, dass dieser Auftrag bei der Schaffung der Bestimmung mit der neuen BV (vgl. unten 3.2.3) noch nicht erfüllt war.³³

Die Verfassung äussert sich nicht zu den Mitteln, mit welchen ein einheitlicher Binnenmarkt geschaffen werden soll.³⁴ Die geforderte «Einheitlichkeit» des Binnenmarkts zusammen mit der eben erwähnten Finalität («sorgt für») legt eine möglichst weitgehende Beseitigung aller Hindernisse eines freien zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehrs nahe.³⁵ Die italienische

²⁸ CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 27; UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 11; BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016, S. 100.

²⁹ BIAGGINI, Verfassungsauslegung, in: Diggemann/Hertig Radall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, I.10, Rz. 38 ff.

³⁰ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 7; CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 25 f.; HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 15.

³¹ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 2011, § 7 Rz. 46, «kantonale Vorschriften und Praktiken dürfen [...] nicht zu einer rechtlichen oder faktischen Beeinträchtigung des interkantonalen Wirtschaftsverkehrs führen»; ebenso CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 25.

³² CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 22; HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 14.

³³ So AUER/MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 277 ff., Rz. 22; ähnlich die Formulierung der italienischen Fassung «provvede alla creazione».

³⁴ CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 23.

³⁵ Vgl. AUBERT, in: Aubert/Mahon (Hrsg.), Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003 (nachfolgend: Petit Comm. Cst.), Art. 95 N 10; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 8.

Fassung legt mit der Verwendung von «non discriminante» anstatt «einheitlich» aber bereits einen etwas anderen Fokus.³⁶

3.2.2 Systematische Auslegung

Der Wortlaut von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV kann nicht isoliert gelesen werden. Im Rahmen einer systematischen Auslegung muss die Bestimmung im Kontext der gesamten Verfassung betrachtet werden. Vorliegend ist insbesondere dem Föderalismus angemessen Rechnung zu tragen.³⁷ Er kommt als tragendes Prinzip der Verfassung in zahlreichen Bestimmungen zum Ausdruck.³⁸ Nach dem Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a BV, vgl. auch Art. 43a BV) soll der Bund nur diejenigen Aufgaben an sich ziehen und erfüllen, welche die Kantone nicht besser oder ebenso gut erfüllen können.³⁹ Sodann ist der Bund gehalten, die Autonomie der Kantone auch bei der Ausübung seiner Kompetenzen möglichst zu wahren (Art. 47 BV, vgl. auch Art. 46 Abs. 3 BV).⁴⁰

Würde die möglichst weitgehende Beseitigung aller Hindernisse eines freien zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehrs, wie sie der Wortlaut von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV nahe legt, absolut verstanden, würde dies letztlich den Föderalismus hinsichtlich wirtschaftsrelevanter Regelungen in Frage stellen. Denn sämtliche kantonale Unterschiede stellen grundsätzlich ein Hindernis für einen einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum dar. Eine vollständige Einführung aller kantonaler Unterschiede kann jedoch im Lichte der föderalen Grundordnung nicht das Ziel von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV sein.⁴¹ Die systematische Auslegung steht somit einem vollständigen Beihilfeverbot entgegen. Sie spricht aber nicht grundsätzlich gegen eine Bundeskompetenz zur Regulierung der Beihilfegewährung durch die Kantone. Sie gebietet jedoch eine zurückhaltende Ausübung dieser Kompetenz im Sinne des Subsidiaritätsprinzips und der Wahrung der Autonomie der Kantone.

Dies bestätigt sich bei einer Betrachtung der Lehre und Praxis zu den direkten Nachbarn von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV – Art. 95 Abs. 1 und 95 Abs. 2 Satz 2 BV – mit denen er auch entstehungsgeschichtlich eng verknüpft ist (sogleich 3.2.3).

Bei der Ausübung seiner Kompetenz nach Art. 95 Abs. 1 BV, Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit zu erlassen, hat der Bund nach dem Subsidiaritätsprinzip zwischen Vereinheitlichung, Teilvereinheitlichung oder blosser Harmonisierung zu wählen. Während sich Bundesvorschriften in Bereichen, in denen der Bund bereits teilweise über andere Kompetenzen verfügt, leichter rechtfertigen lassen, hat sich der Bund in wichtigen, angestammten Kompetenzbereichen der Kantone eine besondere Zurückhaltung aufzuerlegen.⁴²

Auch bei den bundesrechtlichen Regelungen zur Gewährleistung der berufliche Freizügigkeit nach Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV besteht eine aus föderalistischen Überlegungen abgestufte

³⁶ Die französische Fassung stimmt mit der Verwendung von «unique» mit der deutschen überein.

³⁷ Vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2016, Rz. 187.

³⁸ Vgl. BELSER, Föderalismuskonzeption der BV, in: Diggelmann/Hertig Radall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2020, Bd. I, III.6, Rz. 13 ff.

³⁹ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 5a N 5.

⁴⁰ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, 213.

⁴¹ Vgl. zum Ganzen CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 23 f.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 8; AUBERT, Petit Comm. Cst., Art. 95 N 10.

⁴² Vgl. zum Ganzen CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 21; UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 7 und 13 f.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 3.

Umsetzung – einheitliche Regelung der Zulassung (z.B. bei den medizinischen Berufen), abschliessende Regelung der Anerkennung durch die Kantone (z.B. im BGFA⁴³) oder die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung von kantonalen und kantonal anerkannten Fähigkeitsausweisen mit verbleibendem Spielraum für die Kantone (Art. 4 und 3 BGBM).⁴⁴

3.2.3 Historische Auslegung

Der historischen Auslegungsmethode kommt auch bei einer Auslegung der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen eine wichtige Rolle zu. Dabei wird auf den Sinn abgestellt, den die Norm im Zeitpunkt ihrer Entstehung hatte, soweit sich klare Anhaltspunkte für das entstehungszeitliche Verständnis finden.⁴⁵ Die Ausführungsgesetzgebung zu einer Verfassungsnorm wird üblicherweise nicht im Rahmen der historischen, sondern im Rahmen der geltungszeitlichen Auslegung berücksichtigt.⁴⁶ Letztere stellt auf das Normverständnis im Zeitpunkt der Rechtsanwendung ab.⁴⁷ Andernfalls könnte die einmalige grosszügige geltungszeitliche Konkretisierung einer verfassungsrechtlichen Aufgabennorm durch historische Auslegung einem Schluss vom Sein auf das Sollen Vorschub leisten und z.B. eine unzulässige Aufgabenannektierung durch den Bund perpetuieren.

Das BGBM verhält sich nicht als typische Ausführungsgesetzgebung zu Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV. Mit Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV sollte auch eine klare Verfassungsgrundlage für das BGBM geschaffen werden, welche bei dessen Erlass noch umstritten war, weshalb allgemein auf seine wechselwirkende Verbindung mit dem BGBM hingewiesen wird.⁴⁸ Bei der historischen Auslegung von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV darf daher auch die Entstehungsgeschichte des BGBM, welche zeitlich vor der Schaffung von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV beginnt, berücksichtigt werden.

Beim ursprünglichen Erlass des BGBM hatte der Bundesrat noch gestützt auf die alte Bundesverfassung ausgeführt, dass eine Lösung im Rahmen des geltenden Verfassungsrechts gesucht worden und deshalb auf den Einbezug wettbewerbsverzerrender Subventionen von Kantonen und Gemeinden verzichtet worden sei.⁴⁹ Als Reaktion auf die Schaffung des Binnenmarktes Schweiz dürfe aber kein Rückgriff auf vermehrte Subventionen und auf exzessive Steuererleichterungen eintreten, selbst wenn das Binnenmarktgesetz hier aus verfassungsrechtlichen Gründen auf das Setzen von Schranken verzichten müsse.⁵⁰ Sollte sich also mit der neuen Bundesverfassung nichts an der Kompetenzaufteilung geändert haben, so wäre dies ein Hinweis, dass dem Bund keine Kompetenz zur Regulierung der Beihilfegewährung durch die Kantone zukommt.

Bei Erlass des BGBM stützte sich der Bund auf Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV⁵¹ – entspricht im Wesentlichen dem heutigen Art. 95 Abs. 1 BV – und Art. 33 Abs. 2 aBV – entspricht dem heutigen Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV, allerdings noch beschränkt auf die wissenschaftlichen Berufe. Diese Kompetenzgrundlagen waren nicht ganz unumstritten, insbesondere wurde in Frage

⁴³ Bundesgesetz vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61).

⁴⁴ Vgl. HETTICH, SG Komm. BV, Art. 9 N 18; CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 35 f.; UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 18.

⁴⁵ HAFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2022, Rz. 1064 ff.

⁴⁶ TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: Thürer/Auber/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 9 Rz. 13.

⁴⁷ TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: Thürer/Auber/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 9 Rz. 14.

⁴⁸ CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 25; HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 13; UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 8; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 9.

⁴⁹ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), BBI 1995 I 1213, 1249.

⁵⁰ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM), BBI 1995 I 1213, 1281.

⁵¹ Bundesverfassung vom 29. Mai 1874.

gestellt, ob Art. 31^{bis} Abs. 2 aBV nebst Vorschriften an die Adresse der Wirtschaftsteilnehmenden auch Vorschriften an die Adresse der Kantone für die Ausgestaltung ihrer marktbezogenen Regelungen bzw. für ihr marktbezogenes Verhalten ermögliche.⁵² Dies ist vorliegend von besonderem Interesse, weil auch die Regulierung der Beihilfegewährung der Kantone solchen Vorschriften entspräche. Als Alternative zu 31^{bis} Abs. 2 aBV wurde eine Abstützung auf die in Art. 31 Abs 1 aBV – entspricht der neu in Art. 27 und Art. 94 BV verankerten Wirtschaftsfreiheit – enthaltene Binnenmarktkomponente vorgeschlagen. Darauf wurde jedoch verzichtet, da Grundrechte nach herrschender Lehre keine Gesetzgebungskompetenz enthalten.⁵³

In der Botschaft zum neuen Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV – welcher keine direkte Entsprechung in der aBV hat – wurde explizit auf das BGBM Bezug genommen.⁵⁴ Es steht somit heute ausser Zweifel, dass sich das bestehende BGBM auf eine genügende Bundeskompetenz stützt. Die Einführung von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV wurde sodann primär mit der Binnenmarktdimension des – nicht kompetenzbegründenden – Art. 31 Abs. 1 aBV sowie der Lehre und Rechtsprechung dazu gerechtfertigt.⁵⁵ Über die Schaffung einer soliden Grundlage für das BGBM hinaus wurde mit Art. 95 Abs. 2 BV somit die Binnenmarktdimension der Wirtschaftsfreiheit endgültig zu einer Gesetzgebungskompetenz verdichtet und diesbezüglich gewissermassen die Grundsätze des BGBM in die Verfassung rückimportiert.⁵⁶ Hinsichtlich Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV ging die Verfassungsrevision also über eine blosse Nachführung hinaus.⁵⁷

Auch anlässlich der Teilrevision des BGBM – welche sich auf die neue Verfassung mit Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV abstützen konnte – wurde «aus ähnlichen Überlegungen wie bei den kantonalen und kommunalen Monopolen» auf die Einführung einer Überprüfungsmöglichkeit kantonaler und kommunaler Beihilfen verzichtet.⁵⁸ Auf eine Regelung kantonaler sowie kommunaler Monopole wurde wegen schwerwiegender verfassungsrechtlicher Bedenken, welche durch ein Gutachten bestätigt worden seien, verzichtet.⁵⁹ Diese Ausführung in der Botschaft könnten so verstanden werden, dass auch hinsichtlich der Regulierung der Beihilfegewährung durch die Kantone verfassungsrechtliche Bedenken bestanden hätten. Die im Rahmen der Teilrevision des BGBM in Auftrag gegebenen Gutachten äussern sich jedoch nicht zur Frage, ob Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV eine Bundeskompetenz zur Regulierung von Beihilfen enthält.⁶⁰ In ihren allgemeinen Ausführungen betonen die Gutachter die Möglichkeit und allfällige Notwendigkeit auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV gestützter bundesrechtlicher Regelungen, welche

⁵² Vgl. auch mit Hinweisen auf zustimmende Lehrmeinungen RICHLI, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesezt, in: AJP 1995 S. 593 ff., S. 603.

⁵³ AUER/MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 277 ff., Rz. 6.

⁵⁴ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, 298 f.

⁵⁵ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, 298 f., vielleicht erklärt das auch, weshalb bei der Revision des BGBM trotz ursprünglichem Verzicht der Aufnahme von Art. 31 Abs. 1 aBV der (nicht kompetenzbegründende) Art. 94 BV in den Ingress aufgenommen wurde.

⁵⁶ AUER/MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 277 ff., Rz. 5 ff., «[a] loi [...] a contribué à faire évoluer, et à renforcer, son propre fondement constitutionnel», sowie mit dem Hinweis, dass auch die Formulierung von Art. 95 Abs. 2 Satz 2 BV an das BGBM angelehnt sei; in diesem Sinne auch BIAGGINI, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Staatsrechtliche Studie erstellt im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2003, S. 73 f. [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage].

⁵⁷ RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt, in: Jusletter 14. März 2022, Rz 19; vgl. auch Botschaft vom 20. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgeseztes, BBI 2005 465, 498, «Wenngleich es sich bei der neuen Bundesverfassung von 1999 im Prinzip um eine blosse Nachführung handelt, verfügt das Binnenmarktgesezt dank dieser neuen Bestimmung somit über ein solides Fundament.»

⁵⁸ Botschaft vom 20. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgeseztes, BBI 2005 465, 477.

⁵⁹ Botschaft vom 20. November 2004 über die Änderung des Binnenmarktgeseztes, BBI 2005 465, 476.

⁶⁰ So explizit das erste Gutachten AUER/MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 277 ff., Rz. 97. Das zweite Gutachten betrifft sodann nur die kantonalen Monopole AUER/MARTENET, Les monopoles cantonaux et communaux face à la Loi sur le marché intérieur – Avis de droit complémentaire, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 314 ff.

über das damals bestehende BGBM hinausgehen. «Ce n'est qu'en présence d'une barrière sérieuse à la création d'un espace économique unique, clairement identifiée comme telle par la pratique et par les sciences juridiques et économiques, que le législateur doit intervenir, et ceci uniquement par des moyens finement ciblés vers cette seule barrière.» Sie begründen dies im Wesentlichen mit einem «qualitativen Sprung» («saut qualitatif»), welchen der Verfassungsgeber mit der Schaffung von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV vollzogen habe.⁶¹ Es bleibt somit unklar, ob der Bundesrat aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken, und falls ja aufgrund welcher, auch unter der neuen Verfassung auf eine Regulierung der Beihilfegewährung durch die Kantone verzichtete. Allfällige verfassungsrechtliche Bedenken lassen sich jedenfalls nicht auf die im Rahmen der Teilrevision des BGBM in Auftrag gegebenen Gutachten stützen.

Die historische Auslegung von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV spricht somit nicht gegen eine Regulierung der Beihilfegewährung der Kantone durch den Bund. Vielmehr stützt sie eine solche, sofern diese zur Erreichung des Ziels eines einheitlichen Binnenmarkts, wie es auch mit dem BGBM verfolgt wird, notwendig ist.

3.2.4 Teleologische Auslegung

Die teleologische Auslegung fragt nach Ziel und Zweck einer Vorschrift. Die *ratio legis* lässt sich regelmäßig nur unter Zuhilfenahme der grammatischen und der systematischen Auslegung ermitteln. Sie kann sowohl in historischer als auch in geltungszeitlicher Perspektive erfolgen.⁶² Bei den Aufgabennormen wird eine teleologische Auslegung vorab auf ressortspezifische Zielbestimmungen und sonstige Rechtsetzungsdirektiven achten. Die Grundsätze der Wirtschaftsordnung im Sinne von Art. 94 BV können zur Konturierung der Aufgabennorm herangezogen werden.⁶³

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und die Grundsätze über die Wirtschaft (Art. 94–107 BV) sind Kernelemente der schweizerischen Wirtschaftsverfassung. Die sich daraus ergebende freiheitliche und wettbewerbsorientierte Grundordnung kann im Rahmen der teleologischen Auslegung ergänzend herangezogen werden. Stellt man allein darauf ab, könnte sogar ein Beihilfeverbot unter Zulassung «legitimer Beihilfen im öffentlichen Interesse» zur Sicherung einer staatlichen Wettbewerbsneutralität als von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV erfasst betrachtet werden. Dies muss insbesondere deshalb gelten, weil die Geltendmachung individualrechtlicher Positionen bislang nicht zu einem stimmigen Beihilferegime geführt hat.⁶⁴

Neben der wettbewerbsorientierten Wirtschaftsordnung ist im Rahmen der teleologischen Auslegung aber auch die ebenfalls in der Verfassung angelegte Eigenständigkeit der Kantone zu beachten. Sinn und Zweck von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV ist ein erleichterter interkantonaler Marktzugang und die Herstellung der Gleichbehandlung der ortsansässigen und ortsfremden Anbieter⁶⁵ und nicht die Beseitigung sämtlicher kantonalen Unterschiede, welche sich irgendwie negativ auf den Binnenmarkt auswirken könnten.⁶⁶ Das Ziel des freien gleichberechtigten Zugangs zum einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraum soll primär

⁶¹ Vgl. zum Ganzen AUER/MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 277 ff., Rz. 21 ff.

⁶² TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: Thürer/Auber/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 9 Rz. 16.

⁶³ TSCHANNEN, Verfassungsauslegung, in: Thürer/Auber/J. P. Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 9, Rz. 18.

⁶⁴ OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1345 f.

⁶⁵ HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 15.

⁶⁶ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 8; CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 23 f.

durch das *Verbot der Diskriminierung externer Anbieter* und durch die *Beseitigung übermässiger kantonaler Beschränkungen des zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehrs* erreicht werden.⁶⁷

Das sowohl mit der Zielrichtung von Art. 95 Abs. 2 BV und der Eigenständigkeit der Kantone am besten vereinbare Mittel – welches auch im BGMB gewählt wurde – ist der gegenseitige Zugang unter weitgehender gegenseitiger Anerkennung von Regeln.⁶⁸ Auch eine bundesweite Harmonisierung ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn auch besonders rechtfertigungsbedürftig.⁶⁹ Letztlich ist eine Abwägung erforderlich: «Je geringer die Auswirkungen kantonaler Unterschiede auf das gute Funktionieren des schweizerischen Binnenmarktes sind, desto eher rückt der Grundsatz des freien und gleichberechtigten Marktzugangs in den Hintergrund, desto schwieriger wird es, eine Rechtsharmonisierung durch den Bund auf die „Binnenmarktkompetenz“ abzustützen.»⁷⁰ Oder umgekehrt formuliert: «que plus les effets des différences cantonales affectent le fonctionnement du marché intérieur, plus le mandat de veiller à la création d'un espace économique unique prend de l'importance et plus la compétence fédérale en la matière peut fonder une harmonisation du droit par le législateur fédéral.»⁷¹

Die Gewährung von Beihilfen kann indirekt den Marktzugang von ausserkantonalen Konkurrenten des Beihilfeempfängers erschweren.⁷² Mit kantonalen Beihilfen kann somit die mit dem BGBM angestrebte Gewährleistung des freien und gleichberechtigten Marktzugangs unterlaufen werden. Ihre Regulierung würde somit der Absicherung dieser Marktzugangsrechte dienen.⁷³ Auch der Bundesrat anerkannte dies, als er ausführte, als Reaktion auf die Schaffung des Binnenmarktes Schweiz dürfe kein Rückgriff auf vermehrte Subventionen und auf exzessive Steuererleichterungen eintreten.⁷⁴

Die teleologische Auslegung bestätigt somit die Ergebnisse der anderen Auslegungsmethoden. Eine Regulierung der Beihilfegewährungen durch die Kantone entspricht grundsätzlich dem Sinn und Zweck von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV. Sie hat jedoch die Eigenständigkeit der Kantone möglichst weitgehend zu wahren.

3.2.5 Zwischenfazit und Umfang der möglichen Beihilferegulierung

Sofern es zu Gewährleistung eines freien und gleichen Marktzugangs im schweizerischen Wirtschaftsraum und insbesondere der Verhinderung von Diskriminierung externer Anbieter und der Beseitigung übermässiger kantonaler Beschränkungen des zwischenkantonalen Wirtschaftsverkehrs notwendig ist, ist der Bund berechtigt (allenfalls gar verpflichtet), auch

⁶⁷ CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 24; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 8; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 2011, § 7 Rz. 43; vgl. auch HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 15, «Im Zentrum steht die Herstellung der Gleichbehandlung der ortsnässigen und ortsfremden Anbieter.»

⁶⁸ HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 15; UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 13.; CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 23.

⁶⁹ CANAPA, CR Cst., Art. 95 N 27; UHLMANN, BSK BV, Art. 95 N 13; a.M. HETTICH, SG Komm. BV, Art. 95 N 15, der nur eine Harmonisierung gewerbopolizeilicher Regeln gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV zulassen möchte.

⁷⁰ BIAGGINI, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Staatsrechtliche Studie erstellt im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2003, S. 71 [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage].

⁷¹ AUER/MARTENET, La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 277 ff., Rz. 26.

⁷² RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 25.

⁷³ OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1343.

⁷⁴ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesezt, BGBM), BBI 1995 I 1213, 1281.

über die bestehenden Regeln des BGBM hinaus gesetzgeberisch tätig zu werden. Er hat sich dabei jedoch im Sinne des Subsidiaritätsprinzips auf das Notwendige zu beschränken.⁷⁵

Für die Regulierung von Beihilfen bedeutet dies, dass der Bund die Beihilfegewährung durch die Kantone einschränken darf, wenn eine solche Beihilfegewährung in ihrer Wirkung einer Marktzugangsbeschränkung (vgl. Art. 3 BGBM) für die nicht begünstigten externen Anbieter gleichkommt, indem diese ihre Wirtschaftstätigkeit nicht oder nur unter wirtschaftlich erheblich erschweren Umständen aufnehmen können.⁷⁶ Gleichzeitig hat der Bund jedoch zu berücksichtigen, dass Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV nicht die Nivellierung sämtlicher kantonaler Unterschiede bezweckt und dass die Beihilfegewährung in ihrem Kompetenzbereich eine angestammte Domäne der Kantone ist. Eine allfällige Regulierung des Bundes würde die Kantone in all diesen Bereichen in ihrer Aufgabenumsetzung, konkret der Wahl der Mittel zu Erfüllung ihrer Aufgaben, einschränken. Der Regelungsansatz der EU – ein grundsätzliches Beihilfeverbot mit detaillierter Regelung der Ausnahmen – ist deshalb nicht mit Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV vereinbar.⁷⁷ Der Bund hat sich vielmehr auf die Verhinderung von Diskriminierung und die Beseitigung übermässiger zwischenkantonaler Wettbewerbsverzerrungen zu beschränken.

Zur Prüfung der Frage, ob eine Beihilfe den Wettbewerb so stark verzerrt, dass sie in ihrer Wirkung einer Marktzugangsbeschränkung für die nicht begünstigten Anbieter gleichkommt, wird regelmässig die Höhe der Beihilfe ein wichtiger Indikator sein.⁷⁸ Die Höhe der Beihilfe allein ist jedoch nicht hinreichend zur Beurteilung, ob eine übermassige Marktverzerrung vorliegt.⁷⁹ Letztlich können nur die wirtschaftlichen Auswirkungen der Beihilfegewährung auf die nicht begünstigten Anbieter entscheidend sein.⁸⁰ Beihilfen ohne entsprechende Auswirkungen – Beihilfen ohne «Binnenmarktrelevanz» – darf der Bund durch seine Regulierung nicht erfassen. Eine Möglichkeit dies sicherzustellen wäre es, Beihilfen unter einem gewissen Schwellenwert vom Geltungsbereich eines allfälligen Beihilferechts auszunehmen, da diese kaum je eine genügend schwerwiegende, indirekte Marktzugangsbeschränkung bewirken.⁸¹ Bei der Festlegung eines solchen Schwellenwerts käme dem Gesetzgeber ein gewisser Spielraum zu. Eine Orientierung an den De-minimis-Schwellenwerten der EU wäre möglich, aber nicht zwingend, da der Binnenmarkt Schweiz aufgrund seiner Grösse und lokalen Besonderheiten nicht eins zu eins mit demjenigen der EU vergleichbar ist. Denkbar wäre es ebenfalls die Schwellenwerte je nach Sektor oder je nach Art der Beihilfe unterschiedlich auszustalten, sofern dies durch ein Binnenmarktanliegen begründet ist (erhöhte oder vermindeerde Gefahr der Diskriminierung oder Wettbewerbsverzerrung). Schliesslich umfasst die

⁷⁵ Vgl. mit einer ähnlichen Stossrichtung zum Ganzen AUER/MARTENET, *La loi sur le marché intérieur face au mandat constitutionnel de créer un espace économique unique – Avis de droit*, veröffentlicht in: RPW 2004/1, 277 ff., Rz. 21 ff.; vgl. auch BIAGGINI, *Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen*, Staatsrechtliche Studie erstellt im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2003, S. 77 [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage], für die Möglichkeit einer Harmonisierung des öffentlichen Beschaffungsrechts über das bestehende BGBM hinaus gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV.

⁷⁶ So RENFER, *Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt*, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 41, bereits *de lege lata* zum BGBM; vgl. allgemein auch RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 2011, § 7 Rz. 46, «kantonale Vorschriften und Praktiken dürfen [...] nicht zu einer rechtlichen oder faktischen Beeinträchtigung des interkantonalen Wirtschaftsverkehrs führen».

⁷⁷ Sowohl auch OESCH, *Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone*, in: AJP 2013 S. 1337 ff., der zwar grundsätzlich für ein Beihilfeverbot mit Ausnahmetatbeständen plädiert (S. 1343), aber später festhält, dass der geltende Verfassungstext keine umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes zum Erlass eines allgemeingültigen Beihilfeverbots enthalte (S. 1345). RENFER, *Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt*, in: Jusletter 14. März 2022, Rz 25, schliesst zumindest ein explizites und ausnahmsloses Beihilfeverbot für alle kantonalen Beihilfen aus und verweist auf BUNDI, *System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU*, Zürich 2016, 303 f., welcher auch *de constitutione ferenda* ein Systemwechsel von einem Missbrauchsprinzip zu einem Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt ablehnt.

⁷⁸ RENFER, *Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt*, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 33, 44 und 47, welcher fast ausschliesslich darauf abzustellen scheint.

⁷⁹ Zu denken ist insb. an Beihilfen, welche in einem Bereich gewährt werden, in welchem gar kein Markt besteht, oder an Beihilfen, welche zur Korrektur von Marktversagen gewährt werden.

⁸⁰ So auch RENFER, *Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt*, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 51.

⁸¹ Vgl. RENFER, *Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt*, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 41.

Möglichkeit der Festlegung von Schwellenwerten auch die Festlegung der Berechnung der Höhe von besonderen Arten von Beihilfen, wie beispielweise Darlehen.⁸²

Selbst wenn kantonale Beihilfen einen gewissen Schwellenwert überschreiten und die wirtschaftlichen Auswirkungen auf die nicht begünstigten externen Anbieter eine genügende Intensität erreichen, bedeutet dies nicht, dass der Bund befugt ist, diese allesamt für unzulässig zu erklären. Vielmehr müssen den Kantonen auch solche Beihilfen offenstehen, sofern sie im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. b und c BGBM). Mit Blick auf das Ziel eines diskriminierungsfreien Marktzugangs scheint es zulässig, direkte und indirekt diskriminierende Beihilfen – im Sinne einer Beihilfegewährung *einzig* gestützt auf das Kriterium des (Wohn-)Sitzes im beihilfegewährenden Kanton oder Kriterien, welche indirekt auf die Begünstigung entsprechender Anbieter ausgerichtet sind, (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c und Abs. 3 BGBM) – weitgehend zu untersagen.⁸³ Eine gewisse Zurückhaltung ist dagegen bei der Beurteilung der übrigen öffentlichen Interessen, welche mit der Gewährung von Beihilfen verfolgt werden, angebracht. Hier besteht ein enger Bezug zur Aufgabenautonomie, im Rahmen welcher die Kantone grundsätzlich frei sind, zu bestimmen, welche Aufgaben sie wahrnehmen möchten.

3.2.6 Begrenztheit der Kompetenz auf den Binnenmarkt Schweiz

Schliesslich gilt es festzuhalten, dass Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV aufgrund seines Wortlauts («schweizerischen Wirtschaftsraum») nur zur Verhinderung von Diskriminierung und zur Be seitigung übermässiger Wettbewerbsverzerrungen *im Binnenmarkt* herangezogen werden kann. Zwar wird rein faktisch die Reduzierung von Beihilfen mit wettbewerbsverzerrender Wirkung im Binnenmarkt auch die Marktzugangschancen für ausländische Anbieter erhöhen. Gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV bleibt es dem Bund aber verwehrt, auch formell Anbieter aus dem Ausland in den Schutz vor Diskriminierung und übermässiger Wettbewerbsverzerrung durch Beihilfen der Kantone einzubeziehen.⁸⁴ Damit wäre beispielsweise eine flächendeckende Beihilfe an sämtliche Unternehmen einer gewissen Branche mit Sitz in der Schweiz nicht erfasst. Es stellt sich somit die Frage, ob eine entsprechende Gesetzgebungs kompetenz allenfalls in den Bundeskompetenzen im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten enthalten ist.

3.3 Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV: Auswärtige Angelegenheiten und Aussenwirtschaftspolitik

3.3.1 Allgemeine Grundsätze

Nach Art. 54 Abs. 1 BV sind die auswärtigen Angelegenheiten Sache des Bundes und nach Art. 101 Abs. 1 BV – mit der Artikelüberschrift Aussenwirtschaftspolitik – wahrt er die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland. Das klassische Mittel der Wahrnehmung dieser Kompetenzen ist der Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen,⁸⁵ dem Bund stehen jedoch alle denkbaren Instrumente insbesondere auch interne Akte wie die Gesetzgebung zur

⁸² Vgl. insgesamt ähnlich betreffend die Festlegung des Schwellenwerts zum offenen Verfahren im Beschaffungsrecht aufgrund der «Binnen marktrelevanz» der einzelnen Aufträge, BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesamt für Bauten und Logistik) sowie der Bau-, Planungs- und Umweltschutzzirkonferenz (BPUK), Zürich 2005, S. 27 ff. und 59 ff. [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage].

⁸³ Vgl. wohl noch weitergehend RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesezt, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 42 ff., sämtliche Beihilfen nur an Ortsansässige.

⁸⁴ Ebenso HASANI, Die Beihilfenkontrolle in der Europäischen Union, in: Jusletter 29. April 2019, Rz. 43 f.

⁸⁵ EHRENZELLER, SG Komm. BV, Art. 54 N 12.

Verfügung, sofern ein genügender Aussenbezug besteht.⁸⁶ Im Rahmen seiner Kompetenzen nach Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV ist der Bund nicht an die interne Kompetenzaufteilung zwischen Bund und den Kantonen gebunden, er ist auch für diese Bereiche zuständig, für welche intern die Kantone zuständig sind.⁸⁷ Dies gilt jedoch primär für den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen, im Nichtvertragsbereich aber – wenn überhaupt – nur eingeschränkt.⁸⁸ Zudem muss der Bund in Ausübung seiner Kompetenzen Rücksicht⁸⁹ auf die Zuständigkeiten der Kantone nehmen und ihre Interessen wahren (Art. 54 Abs. 3 BV).⁹⁰ Völkerrechtliche Verträge und andere aussenpolitische Instrumente sollen die Kompetenzen der Kantone nur soweit beschränken, als es unvermeidbar und durch ein überwiegendes gesamtschweizerisches Interesse gerechtfertigt ist.⁹¹ Schliesslich erfolgt die (legislative und administrative) Umsetzung völkerrechtlicher Verträge entlang der internen Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen.⁹² Der Bund kann auch hier nur gestützt auf eine Einzelermächtigung in der BV legiferieren.⁹³

3.3.2 Art. 101 Abs. 1 BV im Speziellen

Art. 101 Abs. 1 BV ergänzt und konkretisiert die umfassende Kompetenz des Bundes in auswärtigen Angelegenheiten gemäss Art. 54 Abs. 1 BV im Bereich der Aussenwirtschaft.⁹⁴ Unter Aussenwirtschaft werden sämtliche grenzüberschreitenden wirtschaftlichen Aktivitäten verstanden.⁹⁵ Im Rahmen von Art. 101 Abs. 1 BV gelten dementsprechend dieselben Grundsätze, welche bereits oben allgemein ausgeführt wurden.⁹⁶ Darüber hinaus enthält der Artikel eine Verpflichtung des Bundes, die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland zu wahren. Dies umfasst – entgegen dem «nationalistisch» anmutenden Wortlaut⁹⁷ – so-

⁸⁶ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 12 f.; MAHON, Petit Comm. Cst., Art. 54 N 5; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 101 N 4; OESCH, BSK BV, Art. 101 N 14.

⁸⁷ EPINEY, BSK BV, Art. 54 N 20; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 101 N 3; OESCH, BSK BV, Art. 101 N 14.

⁸⁸ Streng für eine vollständige Bindung an die innerstaatliche Aufgabenteilung im Nichtvertragsbereich Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, 230; ebenso EHRENZELLER, SG Komm. BV, Art. 54 N 15; wohl auch MAHON, Petit Comm. Cst., Art. 54 N 6. Offenlassender für eine mögliche Abweichung «insb.» oder «principalement» bei Abschluss von Verträgen BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 5; MAROONIAN/KOLB, CR Cst., Art. 54 N 19. Entweder eine überwiegende Betroffenheit des Aussenverhältnisses oder eine interne Kompetenz forderte noch unter der alten BV SCHINDLER, in: Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996, Art. 8 N 30 und 34. Vgl. schliesslich STURNY, Mitwirkungsrechte der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes, Freiburg 1998, S. 70, «der verfassungsrechtlichen Kompetenzabgrenzung für den innerstaatlichen Bereich [ist] in der Weise Rechnung zu tragen, dass der Bundesgesetzgeber Bestimmungen, die er nicht bereits gestützt auf besondere Gesetzgebungsztändigkeiten erlassen kann, nur bei Vorliegen triflicher Gründe einführt». Andere Autoren äussern sich nicht direkt zu dieser Frage, insb. die Kommentierungen zu Art. 101 BV.

⁸⁹ Eine von der Konferenz der Kantonsregierungen vorgeschlagene weitergehende Formulierung, wonach der Bund in seiner Aussenpolitik die Zuständigkeiten der Kantone zu *wahren* habe, wurde jedoch abgelehnt, Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, 231.

⁹⁰ Die Rücksichtnahmepflicht nach Art. 54 Abs. 3 BV gilt auch im Rahmen von Art. 101 BV, OESCH, BSK BV, Art. 101 N 15; ZIEGLER, CR Cst., Art. 101 N 14.

⁹¹ PFISTERER, SG Komm. BV, Art. 54 N 72 ff., Art. 54 Abs. 3 BV als «Abwägungsauftrag» für den Bund; vgl. auch EPINEY, BSK BV, Art. 54 N 44 und BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 23, welche beide die begrenzte normative Reichweite von Art. 54 Abs. 3 BV betonen.

⁹² MAHON, Petit Comm. Cst., Art. 54 N 7; EPINEY, BSK BV, Art. 54 N 22.

⁹³ EHRENZELLER, SG Komm. BV, Art. 54 N 14. Darüber hinaus ist es ihm nur in dem für die vorliegende Untersuchung nicht relevanten Fall, dass die Kantone ihrer Pflicht zur Umsetzung nicht nachkommen, möglich, im Sinne einer *ultima ratio* als Ersatzmassnahme selbst die erforderlichen Regelungen zu treffen, um seiner völkerrechtlichen Verantwortlichkeit nachzukommen, BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 16; ausführlich zur Entwicklung des Meinungsstandes SCHINDLER, in: Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996, Art. 8 N 11 ff. Vgl. auch BIAGGINI, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Staatsrechtliche Studie erstellt im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2003, S. 82 [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage], welcher betont, dass die Ersatzvornahme nicht als Mittel der Rechtsangleichung oder -vereinheitlichung im Beschaffungsrecht dienen kann. Im Lichte der h.L. zu weit dagegen die Formulierung «Der Bund kann aber die Umsetzung auch selbst vornehmen, wenn dies für die Erfüllung der internationalen Verpflichtungen unerlässlich oder aufgrund der Vertragsinhalte angezeigt ist», Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 I 1, 230

⁹⁴ OESCH, BSK BV, Art. 101 N 2.

⁹⁵ OESCH, BSK BV, Art. 101 N 3.

⁹⁶ Vgl. bereits die Hinweise in den jeweiligen Fussnoten oben 3.3.1.

⁹⁷ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 101 N 2.

wohl Aktivitäten der schweizerischen Wirtschaft im Ausland als auch wirtschaftliche Aktivitäten, die sich aus dem Ausland ins Inland richten.⁹⁸ Entsprechend dem liberalen Grundverständnis auf dem die Aussenwirtschaftspolitik der Schweiz beruht, steht die Sicherung des Marktzugangs für Anbieter aus der Schweiz im Ausland sowie die gleichzeitige Öffnung des inländischen Marktes für ausländische Anbieter im Zentrum.⁹⁹

Dem entsprechen auch die ersten beiden Dimensionen der strategischen Ausrichtung der schweizerischen Aussenwirtschaftspolitik, wie sie der Bundesrat im Aussenwirtschaftsbericht 2004 festgelegt hatte: In der ersten Dimension (Marktzugang und internationales Regelwerk) soll den Anbietern aus der Schweiz durch den Abbau von staatlichen Massnahmen, welche ausländischen Anbietern den Marktzutritt erschweren oder verwehren, sowie den Aufbau eines internationalen Regelwerks für den Wirtschaftsverkehr ein möglichst diskriminierungsfreier Marktzugang in allen Ländern ermöglicht werden; in der zweiten Dimension (Binnenmarktpolitik) soll im Binnenmarkt Schweiz insbesondere durch eine Öffnung für internationale Konkurrenz mehr Wettbewerb geschaffen werden, was auch den Wirtschaftsteilnehmenden aus der Schweiz durch Zugang zu qualitativ höherstehenden und günstigeren Vorleistungen zugutekommen soll.¹⁰⁰

Die Regulierung von staatlichen Beihilfen ist von zunehmender aussenwirtschaftspolitischer Relevanz. Die Feststellung, dass Beihilfen den Marktzutritt beeinträchtigen können, gilt natürlich auch für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr. Einige für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Verträge enthalten dementsprechend bereits Bestimmungen, welche die Beihilfegewährung einschränken.¹⁰¹ Sodann ist die Regulierung von Beihilfen einer der zentralen Punkte in den Gesprächen betreffend die weitere Ausgestaltung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU, sei es durch die sektorenübergreifende Regelung gewisser institutioneller Fragen oder durch den Abschluss weiterer oder die Aktualisierung bestehender Marktzugangsabkommen.

Zur Klärung der Frage, wieweit Art. 101 BV auch eine Kompetenz zur internen Gesetzgebung enthält, bietet sich eine geltungszeitliche Betrachtung an, die untersucht, welche der Bundesgesetze bisher gestützt auf Art. 101 BV erlassen wurden (oder sich heute darauf stützen würden). Diese haben mehrheitlich ausschliesslich Aussenbezug und kein eigentliches Korrelat innerhalb der Kompetenzen, welche gemäss der internen Kompetenzaufteilung entweder dem Bund oder den Kantonen zugewiesen sind (vgl. z.B. das Exportrisikoversicherungsgesetz¹⁰² oder das Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen¹⁰³).¹⁰⁴ Das

⁹⁸ LEHNE, SG Komm. BV, Art. 101 N 5 f.

⁹⁹ LEHNE, SG Komm. BV, Art. 101 N 12 ff. und 29; OESCH, BSK BV, Art. 101 N 7; ZIEGLER, CR Cst., Art. 101 N 9 f.

¹⁰⁰ Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2004 sowie Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen vom 12. Januar 2005 BBI **2005** 1089, 1101 ff., die dritte Dimension (Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung in Partnerländern) ist im vorliegenden Zusammenhang von geringerer Bedeutung. In der 2021 aktualisierten Aussenwirtschaftsstrategie nimmt die Binnenmarktpolitik einen weniger prominenten Platz ein, es wird jedoch ebenfalls eine wettbewerbsorientierte, mit der Aussenwirtschaftspolitik kohärente Binnenmarktpolitik sowie jeweils die Gegenseitigkeit der Marktoffnung propagiert, vgl. Strategie des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) vom 23. November zur Aussenwirtschaftspolitik, insb. S. 49 f., abrufbar unter: www.seco.admin.ch > Aussenwirtschaft & Wirtschaftliche Zusammenarbeit > Aussenwirtschaftspolitik.

¹⁰¹ Vgl. insb. Übereinkommen vom 15. April 1994 über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen (Anhang 1A.13 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation; SR **0.632.20**); Art. 23 Abs. 1 lit. iii des Abkommens vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (SR **0.632.401**); Art. 13 und 14 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR **0.748.127.192.68**); Art. 16 des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) (SR **0.632.31**). Vgl. für eine inhaltliche Besprechung der entsprechenden Bestimmungen OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1346 f. und ausführlich BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016, S. 136 ff.

¹⁰² Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Schweizerische Exportrisikoversicherung (Exportrisikoversicherungsgesetz, SERVG; SR **946.10**).

¹⁰³ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über aussenwirtschaftliche Massnahmen (SR **946.201**).

¹⁰⁴ Vgl. für weitere Beispiele BIAGGINI, Komm. BV, Art. 101 N 4; LEHNE, SG Komm. BV, Art. 101 N 30 ff.

heisst, der Bund kann sie allein gestützt auf Art. 101 BV erlassen, ohne über eine zusätzliche interne Kompetenz in einem konnexen Bereich zu verfügen. Es gibt jedoch auch solche, welche einen engen Bezug zu einer internen Gesetzgebungskompetenz haben, wie z.B. das Bundesgesetz über die technischen Handelshemmisse (THG)¹⁰⁵ zur Gesetzgebungskompetenz betreffend die Inverkehrbringung von Produkten. Grundsätzlich betrifft das THG nur die Gesetzgebung des Bundes,¹⁰⁶ welche insbesondere auf die technischen Vorschriften der wichtigsten Handelspartner der Schweiz abgestimmt werden soll.¹⁰⁷ Um den Binnenmarkt noch weiter zu öffnen,¹⁰⁸ wurde ergänzend autonom und einseitig das Cassis-de-Dijon-Prinzip¹⁰⁹ gegenüber Mitgliedstaaten der EU und des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) eingeführt,¹¹⁰ womit auch die noch bestehenden kantonalen Produktevorschriften verdrängt werden können. Zwar verfügt der Bund gestützt auf Art. 95 Abs. 1 BV über die Kompetenz, die Inverkehrbringung von Produkten insbesondere aus polizeilichen Motiven einheitlich zu regeln.¹¹¹ Sodann kann er mit dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarkts gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV den Umgang mit den im nicht vereinheitlichten Bereich noch bestehenden kantonalen Vorschriften regeln (so geschehen mit Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips im zwischenkantonalen Verhältnis in Art. 2 Abs. 1 und 3 insbesondere Satz 2 BGBM). Jedoch ist die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon-Prinzips gegenüber der EU und dem EWR weder polizeilich noch durch den Abbau kantonaler Handelshemmisse, sondern aussenwirtschaftspolitisch motiviert und stützt sich somit primär auf Art. 101 Abs. 1 BV.¹¹² Dennoch wäre der Bund dafür ohne seine Kompetenzen nach Art. 95 Abs. 1 oder Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV, allein gestützt auf Art. 101 Abs. 1 BV nicht kompetent gewesen. Es muss diese Art von Konnex zu einer bestehenden internen Gesetzgebungskompetenz gemeint sein, wenn in der Lehre ausgeführt wird, dass die Möglichkeit des Bundes, im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten von der internen Kompetenzaufteilung abzuweichen, primär für den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen bzw. nicht für den Nichtvertragsbereich gilt.¹¹³ Jedenfalls muss ein entsprechend enger Konnex zu einer internen Gesetzgebungskompetenz für eine autonome Gesetzgebung (auch) gestützt auf Art. 101 Abs. 1 BV ausreichen.

3.3.3 Anwendung auf die Regulierung von Beihilfen

Nach dem bisher Ausgeführten gestalten sich die Kompetenzen des Bundes zur sektorenübergreifenden materiellen Regulierung von Beihilfen nach Art. 54 Abs. 1 und 101 Abs. 1 BV folgendermassen:

Mittels interner Gesetzgebung kann der Bund zur Sicherung bestehender oder Schaffung neuer Marktzugänge für Anbieter aus der Schweiz (bzw. jeweils zur Erhöhung der Chancen darauf) sowie zur Förderung des Wettbewerbs im schweizerischen Binnenmarkt, eine Regulierung von Beihilfen, welche er gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV für den Binnenmarkt

¹⁰⁵ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmisse (THG; SR **946.51**).

¹⁰⁶ Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 2 THG; vgl. zum Verhältnis zur kantonalen Produktesetzgebung auch Botschaft vom 15. Februar 1995 zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmisse (THG), BBI **1995** II 521, 545 f.

¹⁰⁷ Art. 4 Abs. 2 THG.

¹⁰⁸ Vgl. Botschaft vom 25. Juni 2008 zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmisse, BBI **2008** 7275, 7294.

¹⁰⁹ Das Cassis-de-Dijon-Prinzip (auch Herkunftsprinzip) besagt, dass Produkte, welche nach den Vorschriften des Herkunftslandes hergestellt und in Verkehr gebracht wurden, grundsätzlich auch an einem anderen Ort in Verkehr gebracht werden dürfen, selbst wenn sie nicht den dort geltenden Vorschriften entsprechen.

¹¹⁰ Art. 16a THG.

¹¹¹ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 95 N 5.

¹¹² Vgl. die Aufführung des THG in den jeweiligen Kommentierungen zu Art. 101 BV etwa bei OESCH, BSK BV, Art. 101 N 37 ff. und LEHNE, SG Komm. BV, Art. 101 N 32. In der Botschaft vom 25. Juni 2008 zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmisse, BBI **2008** 7275, 7364, werden sowohl Art. 95 als auch 54 und 101 BV als Grundlage genannt, ohne jedoch auf deren Verhältnis zueinander einzugehen.

¹¹³ Vgl. FN 84.

schaffen darf (oben 3.2.5), in ihrer Schutzwirkung auch auf Anbieter (gewisser) anderer Staaten ausdehnen.¹¹⁴ Eine darüberhinausgehende autonome materielle Regelung von Beihilfen bleibt ihm jedoch auch gestützt auf Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV verwehrt. Eine Bundeskompetenz zur autonomen Reglung sämtlicher (nicht ausschliesslich) aussenwirtschaftspolitisch relevanter Bereiche ohne engen Konnex zu einer bestehenden internen Gesetzgebungskompetenz des Bundes würde auf eine Aushöhlung der kantonalen Autonomie hinauslaufen, können doch diverse Massnahmen im kantonalen Zuständigkeitsbereich eine gewisse Auswirkung auf die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit zeitigen.

Mittels völkerrechtlichen Vertrags kann der Bund über den durch die interne Kompetenzaufteilung vorgegebenen Rahmen hinausgehen und weitergehende Regelungen vereinbaren, allenfalls – sofern er unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Kantone zum Schluss kommt, dieser Einschnitt in deren Zuständigkeiten sei im überwiegenden gesamtschweizerischen Interesse – bis hin zur vollständigen Übernahme des materiellen Beihilferechts der EU. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Umsetzung dieser allfälligen völkerrechtlichen Vereinbarungen entlang der innerstaatlichen Kompetenzaufteilung zu erfolgen hätte. Materielles Beihilferecht könnte hinsichtlich der Beihilfegewährung durch kantonale Behörden nur innerhalb der oben skizzierten Schranken von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV sowie Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV in die Bundesgesetzgebung überführt werden. Allenfalls wäre eine landesrechtliche Umsetzung aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des völkerrechtlich vereinbarten Beihilferechts jedoch entbehrlich. Die Umsetzung entlang der internen Kompetenzaufteilung würde sodann insbesondere auch für die verfahrensrechtliche Umsetzung des materiellen Beihilferechts gelten (dazu unten 4.2).

3.4 Art. 129 Abs. 3 BV: Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen

Gemäss Art. 129 Abs. 3 BV kann der Bund Vorschriften gegen ungerechtfertigte steuerliche Vergünstigungen erlassen. Nach Wortlaut der neuen Verfassung sind dadurch nicht mehr nur Steuerabkommen – individuell verabredete Zugeständnisse im Einzelfall – sondern auch generell-abstrakte Vergünstigungen erfasst.¹¹⁵ Art. 129 Abs. 3 BV verleiht dem Bund somit die Kompetenz, eine bestimmte Art von Beihilfe – steuerliche Vergünstigungen – sowohl in ihrer Form als Einzelbeihilfen als auch als Beihilferegelungen auch für die Kantone zu regulieren. Diese Gesetzgebungskompetenz wird derzeit vom Bund nicht genutzt.¹¹⁶ Das DBG¹¹⁷ sowie das StHG¹¹⁸ sehen jedoch beide keine Möglichkeit vor, Steuerabkommen zu schliessen, weshalb solche bereits aufgrund des Legalitätsprinzips hinsichtlich der Steuern, die in den Geltungsbereich dieser Gesetze fallen, unzulässig sind.¹¹⁹ Art. 5 und 23 Abs. 3 StHG geben den Kantonen jedoch die Möglichkeit, auf dem Wege der Gesetzgebung für Unternehmen, die neu eröffnet werden und dem wirtschaftlichen Interesse des Kantons dienen, für das Gründungsjahr und die neun folgenden Jahre Steuererleichterungen vorzusehen.¹²⁰

¹¹⁴ Ähnlich aber hinsichtlich der Kompetenzen einer Überwachungsbehörde des Bundes wohl zu weitgehend HASANI, Die Beihilfenkontrolle in der Europäischen Union, in: Jusletter 29. April 2019, Rz. 42 ff.

¹¹⁵ BEHNISCH, SG Komm. BV, Art 129 N 33 f.

¹¹⁶ DANON/MALEK, CR Cst., Art. 129 N 4.

¹¹⁷ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11).

¹¹⁸ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz, StHG; SR 642.14).

¹¹⁹ BEHNISCH, SG Komm. BV, Art 129 N 32.

¹²⁰ Kritisch hinsichtlich der ungenügenden Kontrolle und Durchsetzung dieser Bestimmungen OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1340 ff.

Da eine Gesetzgebungskompetenz zur Regulierung nur einer einzelnen Art von Beihilfen vor dem Hintergrund der vorliegenden Untersuchung – einer allfälligen Angleichung an die umfassende Regulierung *sämtlicher* Arten von Beihilfen der EU – keinen Mehrwert bietet, wird darauf verzichtet, den genauen Umfang der Kompetenz nach Art. 129 Abs. 3 BV weiter zu untersuchen. Auch im Rahmen der Untersuchung, inwieweit der Bund eine Kompetenz zur Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie zur Einsetzung einer Beihilfeüberwachungsbehörde hat, wird nicht weiter auf allfällige diesbezügliche Besonderheiten nach Art. 129 Abs. 3 BV eingegangen.

3.5 Fazit

Gestützt auf die Bestimmungen der BV, welche den Bund ermächtigen, Beihilfen zu gewähren, ist er befugt, die Beihilfegewährung durch ihn selbst zu regulieren.

Gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV ist der Bund sodann befugt, Beihilfen der Kantone, welche in ihrer Wirkung einer Marktzugangsbeschränkung für die nicht begünstigten externen Anbieter gleichkommen, in dem diese ihre Wirtschaftstätigkeit nicht oder nur unter wirtschaftlich erheblich erschweren Umständen aufnehmen können, einzuschränken. Gestützt auf Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV kann er diesen Schutz vor Diskriminierung und übermässiger Wettbewerbsverzerrung auch autonom auf Anbieter aus dem Ausland ausdehnen. Mittels völkerrechtlichen Vertrags kann er gestützt auf Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV darüberhinausgehende materielle Regelungen – allenfalls bis hin zur vollständigen Übernahme des materiellen Beihilferechts der EU – auch mit Geltung für die Kantone vereinbaren. Hinsichtlich der Umsetzung der völkerrechtlichen Vorgaben im Landesrecht bleibt er jedoch an die innerstaatliche Kompetenzaufteilung gebunden, sodass er hinsichtlich der Beihilfegewährung durch die Kantone nicht weitergehend legiferieren kann, als er es ohnehin gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV tun dürfte.

4 Bundeskompetenz zur Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie zur Einsetzung einer Beihilfeüberwachungsbehörde

Im Rahmen der Prüfung einer Bundeskompetenz zur Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie der Überwachungsbehörde ist zuerst zwischen den Staatsebenen Bund und Kantone, sodann hinsichtlich der beihilfegewährenden Behörde und hinsichtlich der Art des beihilfegewährenden Aktes zu unterscheiden, da unter Beihilfegewährung sowohl Beihilfen, die mittels individuell-konkreten Anordnungen gewährt werden (Einzelbeihilfen), als auch generell-abstrakte Erlasse, gestützt auf welche Einzelbeihilfen gewährt werden können (Beihilferegelungen), verstanden werden. Schliesslich ist hinsichtlich der Modalitäten der Überwachung zu unterscheiden und insbesondere zu prüfen, inwieweit ein Zustimmungs- oder Be schwerdemodell (oben 2) realisierbar ist.

4.1 Beihilfegewährung durch Bundesbehörden

Gestützt auf die Verfassungsbestimmungen, welche den Bund ermächtigen, Beihilfen zu gewähren, sowie auf seine inhärente Organisationskompetenz (vgl. Art. 164 Abs. 1 lit. g BV) ist der Bund grundsätzlich auch kompetent, das Verfahren der Beihilfegewährung durch seine eigenen Behörden zu regeln sowie zu deren Überwachung eine Behörde einzusetzen. Bei der genauen Ausgestaltung – insbesondere der Kompetenzen der Überwachungsbehörde – ist er jedoch an gewisse verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden. Er hat insbesondere die Gewaltenteilung sowie die hierarchische Stellung des Bundesrates als oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes zu berücksichtigen.

Die Gewaltenteilung stellt auch ohne explizite Nennung ein anerkanntes Grundprinzip der Verfassung dar.¹²¹ Dies bedeutet aber nicht die strikte Geltung irgendeiner Gewaltenteilungslehre. Die konkrete Ausgestaltung der Gewaltenteilung ergibt sich vielmehr aus den einzelnen Verfassungsbestimmungen, insbesondere der Behördenorganisation und den Kompetenzzuweisungen im 5. Titel der Bundesverfassung («Bundesbehörden»).¹²² Gemäss dieses Titels übt die Bundesversammlung nach Art. 148 Abs. 1 BV unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen die oberste Gewalt im Bund aus. Art. 148 BV vermittelt der Bundesversammlung selbst keine Kompetenzen, bringt jedoch ihre vergleichsweise direkteste und stärkste demokratische Legitimation zum Ausdruck und betont die Vorrangstellung, welche ihr aufgrund anderer Verfassungsbestimmungen zukommt.¹²³ Insbesondere ist die Bundesversammlung zur Wahl und Kontrolle (Art. 169 BV, Oberaufsicht)¹²⁴ der beiden anderen obstesten Bundesbehörden befugt, ohne selbst einer Gegenkontrolle zu unterliegen.¹²⁵ Teil der verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Gewaltenteilung ist auch Art. 190 BV, wonach Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Art. 190 BV enthält sowohl ein Anwendungsgebot für Bundesgesetze als auch ein Verbot, diese einer abstrakten Normenkontrolle – d.h. einer Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht unabhängig von einer Anwendung im Einzelfall – zu unterziehen.¹²⁶ Art. 190 BV enthält jedoch kein Prüfungsverbot.¹²⁷ Nicht ausgeschlossen ist somit eine konkrete (auch akzessorische, vorfrageweise oder inzidente) Normenkontrolle – d.h. eine Überprüfung eines Bundesgesetzes auf seine Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht anlässlich der Rechtmässigkeitsprüfung eines konkreten Anwendungsaktes. Aufgrund des Anwendungsgebots muss das Bundesgesetz allenfalls trotz Verstoss gegen höherrangiges Recht (insbesondere der Verfassung) dennoch angewendet werden. Schliesslich ist es auch Ausdruck der Gewaltenteilung, dass nach Art. 189 Abs. 4 BV Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates nicht beim Bundesgericht angefochten werden können, wobei das Gesetz Ausnahmen vorsehen kann.

Nach Art. 174 BV ist der Bundesrat die oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes. Nach Art. 178 Abs. 1 Satz 1 BV leitet er die Bundesverwaltung und nach Art. 187 Abs. 1 lit. a BV beaufsichtigt er diese und die anderen Träger von Aufgaben des Bundes. Dem Bundesrat kommt somit von Verfassungsrechts wegen die Höchststellung innerhalb der Verwaltungshierarchie zu.¹²⁸ Die Intensität der bundesrätlichen Leitung und Aufsicht kann jedoch je nach Grad der Autonomie, welche einer Verwaltungseinheit zukommt, abgestuft sein. Auch unabhängige, weisungsungebundene, allenfalls mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet Verwaltungseinheiten, welche z.B. Aufsichtsfunktionen wahrnehmen, unterstehen jedoch der Letztverantwortung und einer minimalen Aufsicht des Bundesrates.¹²⁹

¹²¹ TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 1004

¹²² MASTRONARDI/SCHINDLER, SG Komm. BV, Vorbemerkungen zu Art. 143–191c, N 5 und 30; vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV, Vorbemerkungen zu BV 143–191c, N 9.

¹²³ MASTRONARDI, SG Komm. BV, Art. 148 N 6; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 148 N 4.

¹²⁴ Selbst die parlamentarische Oberaufsicht umfasst jedoch nicht die Befugnis, einzelne Entscheide aufzuheben oder zu ändern (Art. 26 Abs. 4 ParIG).

¹²⁵ TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 1319; ausführlich zum Ganzen THURNHERR, BSK BV, Art. 148 N 3 ff.

¹²⁶ HANGARTNER/LOOSER, SG Komm. BV, Art. 190 N 9.

¹²⁷ Vgl. nur BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 13.

¹²⁸ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 178 N 11.

¹²⁹ MÜLLER, BSK BV, Art. 178 N 23 und Art. 187 N 11 ff.; BIAGGINI, SG Komm. BV, Art. 178 N 17 und Art. 187 N 14, beide insoweit auch kritisch zur Verfassungsmaessigkeit der Unterstellung der Bundesanwaltschaft unter eine besondere, von der Bundesversammlung gewählte Aufsichtsbehörde.

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden zu untersuchen, inwieweit Akte von Bundesversammlung und Bundesrat einer Beihilfenkontrolle unterzogen werden können.

4.1.1 Akte der Bundesversammlung

4.1.1.1 Bundesgesetze

Ausgeschlossen ist eine unmittelbare Kontrolle von Bundesgesetzen durch die Überwachungsbehörde bereits durch Art. 190 BV. Dieser enthält wie erwähnt (oben 4.1) ein Verbot, Bundesgesetze einer abstrakten Normenkontrolle zu unterziehen, womit nebst einer direkten gerichtlichen Prüfung auch die Unterstellung unter ein Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung einer Überwachungsbehörde ausgeschlossen sein muss.

Nicht ausgeschlossen ist dagegen wie gesehen (oben 4.1) eine konkrete Normenkontrolle. Die im Rahmen von Art. 190 BV klassische Frage des Umgangs mit einem Normenkonflikt zwischen Bundesgesetz und Verfassung (Anwendungsgebot des Bundesgesetzes trotz dessen Verfassungswidrigkeit) stellt sich jedoch im vorliegenden Fall nicht. Wenn sowohl das materielle Beihilferecht als auch die Beihilferegelung in einem Bundesgesetz enthalten wären, würde es sich um einen Normenkonflikt auf derselben Normstufe handeln, welcher nach den allgemeinen Auslegungsregeln – insbesondere dem grundsätzlichen Vorrang der *lex posterior* und *lex specialis* – zu lösen wäre.¹³⁰ Dem Gesetzgeber bleibt es unbenommen, in einem späteren oder spezielleren Gesetz von seinem früheren oder allgemeineren materiellen Beihilferecht abzuweichen. Bei einer völkerrechtlichen Vereinbarung des materiellen Beihilferechts würde sich die Frage nach dem Verhältnis des Völkerrechts zum Landesrecht stellen und der Normenkonflikt wäre entsprechend zu lösen.¹³¹ Dieses Schema setzt sich auch bei der – zulässigen¹³² – konkreten Normenkontrolle von Verordnungsbestimmungen des Bundes fort (auch hier stellt sich die Frage der «Immunisierung» von verfassungswidrigen Verordnungen nicht).¹³³ Bei Verankerung des Beihilferechts in einem Bundesgesetz wäre vorab dessen Verhältnis zum Bundesgesetz, auf welches sich die Beihilferegelung in der Verordnung stützt, zu klären und sodann die Vereinbarkeit des Verordnungsrechts mit dem so ermittelten Gesetzesrecht zu prüfen. Bei völkerrechtlichem Beihilferecht würde sich ebenfalls die Frage nach dem Verhältnis des Völkerrechts zum Landesrecht stellen, wobei allenfalls danach zu unterscheiden wäre, ob die Völkerrechtswidrigkeit erst auf Verordnungs- oder bereits auf Gesetzesebene angelegt ist.

4.1.1.2 Übrige Akte der Bundesversammlung

Aus dem Ausschluss von Akten der Bundesversammlung von einer Anfechtung vor Bundesgericht nach Art. 189 Abs. 4 BV kann ein grundsätzliches¹³⁴ Verbot abgeleitet werden, Akte der Bundesversammlung – darunter fallen sowohl individuell-konkrete Anordnungen als auch generell-abstrakte Erlasse – direkt als solche einer Rechtmässigkeitskontrolle zu unterziehen. Somit sind dem Grundsatz nach sowohl ein Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung einer Überwachungsbehörde für entsprechende Akte, als auch die Anfechtung von Einzelbeihilfe oder die abstrakte Normenkontrolle von Beihilferegelungen in Verordnungen der Bundesversammlung ausgeschlossen. Nach Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV kann das Gesetz jedoch Ausnahmen von diesem Verbot vorsehen. So sind z.B. gewisse Verfügungen der Organe der

¹³⁰ HANGARTNER/LOOSER, SG Komm. BV, Art. 190 N 32.

¹³¹ Hierzu sei auf die einschlägige Literatur und Rechtsprechung verwiesen, welche an dieser Stelle nicht wiedergegeben werden kann.

¹³² Vgl. nur SEFEROVIC, BSK BV, Art. 189 N 60.

¹³³ Einzig bei einer echten selbständigen, also einzig auf die Verfassung gestützten, Verordnung könnte sich theoretisch umgekehrt das materielle Beihilferecht – aufgrund des Anwendungsgebots für Bundesgesetze und Völkerrecht von Art. 190 BV – gegen eine allenfalls verfassungsrechtlich gebotene Beihilfe durchsetzen. Eine solche Konstellation ist aber nur schwer vorstellbar.

¹³⁴ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 189 N 21, zur Ausnahme im Klageverfahren zwischen Kantonen und Bund nach Art. 189 Abs. 2 BV.

Bundesversammlung beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar (vgl. Art. 33 lit. VGG¹³⁵), aber auch eine abstrakte Normenkontrolle von Verordnungen der Bundesversammlung wäre gestützt Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV denkbar.¹³⁶ Ausnahmen können insbesondere in der Rechtsweggarantie (Art. 29a BV) begründet sein¹³⁷ und sind somit hinsichtlich eines Beschwerderechts von privaten Konkurrenten von Beihilfeempfängern möglich.¹³⁸

Die Beschwerdemöglichkeit von Privaten muss jedoch vom Beschwerderecht einer Verwaltungsbehörde, welche in die Behördenorganisation des Bundes eingebunden¹³⁹ ist, unterschieden werden. Hinsichtlich eines solchen Beschwerderechts gegen Akte der Bundesversammlung ist nebst Art. 189 Abs. 4 BV die übrige verfassungsrechtliche Ausgestaltung der Gewaltenteilung (vgl. oben 4.1) zu beachten. Keine Bestimmung des 3. Kapitels «Bundesrat und Bundesverwaltung» (des 5. Titels) der BV sieht eine förmliche Rechtmässigkeitskontrolle von Akten der Bundesversammlung durch den Bundesrat oder die Bundesverwaltung vor, im Gegenteil hat der Bundesrat nach Art. 182 Abs. 2 BV für den Vollzug der Gesetzgebung und der Beschlüsse der Bundesversammlung zu sorgen. Es ist somit nicht mit der gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Gewaltenteilung vereinbar, wenn Akte der Bundesversammlung dem Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung einer Verwaltungsbehörde unterstellt oder von einer solchen mittels Beschwerde einer gerichtlichen Kontrolle zugeführt werden.

4.1.2 Akte des Bundesrates

Auch Akte des Bundesrates – individuell-konkrete und generell-abstrakte – können nach Art. 189 Abs. 4 BV grundsätzlich nicht direkt als solche einer Rechtmässigkeitskontrolle unterzogen werden. Auch hier können nach Art. 189 Abs. 4 Satz 2 BV Ausnahmen im Gesetz vorgesehen werden, was bei gewissen Verfügungen des Bundesrates erfolgt ist (vgl. Art. 33 lit. a und b VGG), aber auch für eine abstrakte Normenkontrolle von Verordnungen des Bundesrates möglich wäre. Die möglichen Ausnahmen betreffen auch hier insbesondere das Beschwerderecht von privaten Konkurrenten von Beihilfeempfängern (vgl. zum Ganzen mit Hinweisen die entsprechenden Ausführungen zu den Akten der Bundesversammlung oben 4.1.1.2).

Die Beschwerdemöglichkeit von Privaten muss jedoch auch hier vom Beschwerderecht einer Verwaltungsbehörde, welche in die Behördenorganisation des Bundes eingebunden ist, unterschieden werden. Hinsichtlich eines solchen Beschwerderechts gegen Akte des Bundesrates ist nebst Art. 189 Abs. 4 BV auch die verfassungsrechtliche Stellung des Bundesrates als oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes (oben 4.1) zu beachten. Mit dieser jedenfalls nicht vereinbar scheint es, seine Akte dem Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung einer Überwachungsbehörde zu unterstellen. Aber auch eine Kompetenz einer Überwachungsbehörde, die Rechtmässigkeit von Akten des Bundesrates durch deren direkte Anfechtung in Frage zu stellen, erscheint fraglich.

¹³⁵ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR **173.32**).

¹³⁶ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 189 N 19.

¹³⁷ Vgl. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 189 N 20; HALLER, SG Komm. BV, Art. 189 N 62.

¹³⁸ Vgl. betreffend die Legitimation zur Einleitung einer abstrakten Normenkontrolle durch Beschwerde gegen drittbegünstigende kantonale Erässe BGE 109 Ia 252, «Ein Privater kann mit staatsrechtlicher Beschwerde wegen rechtsungleicher Behandlung einen Erlass anfechten, wenn er geltend macht, dieser privilegierte Dritte in objektiv nicht zu rechtfertigender Weise; dazu genügt es, dass sich der Betreffende in einer Lage befindet, die derjenigen der Dritten vergleichbar ist, und dass sich der den Dritten gewährte Vorteil gleichzeitig für ihn als Nachteil auswirkt», sodann BGE 131 I 198 und 124 I 145.

¹³⁹ Weit verstanden, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung etwa als weisungsgebundene, allenfalls mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Verwaltungseinheit.

Es bestehen gewisse Parallelen zur Frage, inwieweit Verwaltungsbehörden zur konkreten Normenkontrolle berechtigt sind. Nach dem in der Schweiz bestehenden System der diffusen Normenkontrolle sind grundsätzlich alle rechtsanwendenden Behörden berechtigt und verpflichtet, die Vereinbarkeit der von ihnen angewendeten Normen mit höherrangigem Recht zu überprüfen.¹⁴⁰ Hinsichtlich der Normenkontrolle durch Verwaltungsbehörden wird jedoch eine Relativierung vorgenommen, deren genauer Umfang noch nicht abschliessend geklärt zu sein scheint.¹⁴¹ Klar scheint, dass untergeordnete Verwaltungsbehörden den Erlassen ihrer übergeordneten Behörden – offensichtliche Rechtswidrigkeit vorbehalten – die Anwendung nicht versagen dürfen. Gelangen sie zum Schluss, dass ein entsprechender Erlass nicht mit höherrangigem Recht vereinbar ist, so haben sie auf dem Dienstweg eine Änderung des Erlasses zu beantragen.¹⁴² Begründet wird dies mehrheitlich mit dem Weisungsrecht der übergeordneten Behörde, womit eine konkrete Normenkontrolle von Erlassen der Legislative (beispielsweise von Bundesgesetzen auf ihre Völkerrechtskonformität) auch von untergeordneten Verwaltungsbehörden vorgenommen werden könnte.¹⁴³ Teilweise wird jedoch auch darüber hinausgehend generell eine Einschränkung oder Zurückhaltung der konkreten Normenkontrolle durch (untergeordnete) Verwaltungsbehörde angetönt,¹⁴⁴ welche auch explizit auf aus der Zentralverwaltung ausgegliederte Behördenkommissionen bezogen wird.¹⁴⁵ Bei den Autoren, welche das Weisungsrecht als Grund für die Einschränkung in den Vordergrund stellen, finden sich keine expliziten Ausführungen zur konkreten Normenkontrolle durch weisungsunabhängige Verwaltungsbehörden. Stellt man nur auf das Kriterium der Weisungsgebundenheit ab, so scheint eine konkrete Normenkontrolle (auch von Verordnungen des Bundesrates) durch eine unabhängige Überwachungsbehörde nicht ausgeschlossen.

Selbst wenn die Überwachungsbehörde zur konkreten Normenkontrolle befugt ist, bestehen doch immer noch verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich eines deutlich darüber hinausgehenden Beschwerderechts gegen Akte des Bundesrats. Es stellt einen Unterschied dar, ob eine Verordnung des Bundesrates in einem konkreten Anwendungsfall akzessorisch überprüft wird oder ob sämtliche Akte des Bundesrats, welche Beihilfen darstellen, systematisch einer förmlichen Rechtmässigkeitskontrolle unterzogen und allenfalls einem gerichtlichen Verfahren zugeführt werden. Akte des Bundesrats unterstehen denn auch bisher unter keiner entsprechenden Kontrolle einer anderen Aufsichtsbehörde des Bundes. Exemplarisch kann das Datenschutzrecht erwähnt werden, welches ebenfalls als Querschnittsmaterie an bestimmte Formen des Handelns sämtlicher Behörden gewisse Rechtmässigkeitsanforderungen aufstellt und auch für den Bundesrat verbindlich ist. Dennoch ist der Bundesrat von der Aufsicht des – weisungsunabhängigen, administrativ der Bundeskanzlei zugeordneten (Art. 26 Abs. 3 DSG¹⁴⁶) – Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten

¹⁴⁰ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Basel 2010, Rz. 710; LOOSER, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, § 16 N 119 f.; vgl. jedoch bereits die Relativierung auf «zumindest [die] Gerichte» bei BIAGGINI, Abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Überprüfung von Erlassen im Rahmen der abstrakten und konkreten Normenkontrolle, in: ius.full 2006, S. 164 ff., S. 165.

¹⁴¹ Vgl. RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Basel 2010, Rz. 1010; HÄFELIN/HALLER/KELLER /THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2020, Rz. 2083.

¹⁴² BGE 108 I^b 540, E. 4.c); BGE 104 I^b 412, E. 3; HÄFELIN/HALLER/KELLER /THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2020, Rz. 2084; TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 503; vgl. jedoch BGE 131 II 271, E. 11.7, wo das Bundesgericht ein Departement als seine direkte Vorinstanz zur akzessorischen Normenkontrolle einer Verordnung des Bundesrates verpflichtete.

¹⁴³ So konsequenterweise LOOSER; Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, § 16 N 125; vgl. auch BGE 108 I^a 41 E. 2.c), Verpflichtung des Regierungsrates zur Prüfung der Vereinbarkeit eines kantonalen Gesetzes mit der BV.

¹⁴⁴ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 190 N 18; LOOSER; Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich/St. Gallen 2011, § 16 N 126; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, Bern 2021, Rz. 1773.

¹⁴⁵ BIAGGINI, Abstrakte und konkrete Normenkontrolle, Überprüfung von Erlassen im Rahmen der abstrakten und konkreten Normenkontrolle, in: ius.full 2006, S. 164 ff., S. 174 f.

¹⁴⁶ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

(EDÖB) ausgenommen (Art. 27 Abs. 1 Satz 2 DSG)¹⁴⁷ und dessen Beschwerderecht richtet sich nur gegen Entscheide der Departemente und der Bundeskanzlei (Art. 27 Abs. 6 DSG).¹⁴⁸

Etwas entschärft werden könnte die Problematik, wenn die Zuständigkeit zur Beihilfegewährung (zumindest in Form der Verfügung) grundsätzlich jeweils auf Stufe eines Departements oder eines Amtes angelegt würde. Sofern die Konkurrenten von Beihilfeempfängern eine Beschwerderecht gegen entsprechende Verfügungen hätten, würde bereits heute der Delegationsautomatismus nach Art. 47 Abs. 6 RVOG¹⁴⁹ greifen.

4.1.3 Akte der Departemente, Bundesämter und weiterer untergeordneter Verwaltungsbehörden

Die Kontrolle von Akten der Departemente, Bundesämter und weiterer untergeordneter Verwaltungsbehörden stösst auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Möglich – wenn auch ungewöhnlich – ist deren Unterstellung unter ein Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung durch die Überwachungsbehörde. So wird auch dem EDÖB in Art. 51 Abs. 1 des revidierten DSG¹⁵⁰ eine Verfügungskompetenz und somit eine autoritative Entscheidungsmöglichkeit gegenüber anderen Verwaltungsbehörden eingeräumt. Verfassungsrechtlich drängt sich auch keine Unterscheidung der Kontrolle hinsichtlich der Art der Akte auf, sowohl individuell-konkrete Anordnungen als auch generell-abstrakte Erlasse können erfasst werden. Für die Frage, inwieweit die Überwachungsbehörde im Rahmen ihrer Zustimmungsprüfung auch befugt wäre, eine konkrete Normenkontrolle von Erlassen der Bundesversammlung und des Bundesrates vorzunehmen vgl. oben 4.1.2.

Möglich wäre es auch, der Überwachungsbehörde lediglich ein Beschwerderecht gegen Akte der Departemente, Bundesämter und weiterer untergeordneter Verwaltungsbehörden allenfalls verbunden mit einer vorgängigen Stellungnahme durch die Überwachungsbehörde (dazu sogleich unten) einzuräumen. Auch das Beschwerderecht könnte sich sowohl auf individuell-konkrete Anordnungen als auch auf generell-abstrakte Erlasse erstrecken. Hinsichtlich der konkreten Normenkontrolle von Erlassen der Bundesversammlung und des Bundesrates würde dieses Modell den Vorteil bieten, dass erst ein Gericht endgültig über deren Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht entscheidet, wobei sich die Überwachungsbehörde natürlich bereits vor der Beschwerdeerhebung entsprechende Überlegungen machen und diese allenfalls in der Beschwerde vorbringen müsste.

4.1.4 Modalitäten des Verfahrens

Soweit nicht aus institutionellen Gründen eine förmliche Kontrolle von Akten gewisser Behörden verfassungsrechtlich ausgeschlossen ist, ist der Bund weitgehend frei, seine Verfahren der Beihilfegewährung und deren Überwachung auszugestalten. Im Folgenden wird lediglich auf einige zentrale Möglichkeiten eingegangen.

4.1.4.1 Vorlagepflicht für geplante Beihilfen und Durchführungsverbot

Möglich ist eine rechtlich nicht bindende Stellungnahme der Überwachungsbehörde zu beabsichtigten Einführungen oder Umgestaltungen von Beihilfen verbunden mit der Pflicht für

¹⁴⁷ Vgl. auch Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), BBI **1988** II 413, 479, «Der Datenschutzbeauftragte kann nicht Kontrollorgan seiner eigenen Aufsichtsbehörde sein».

¹⁴⁸ Auch im revidierten Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG, BBI **2020** 7639) bleibt der Bundesrat von der Aufsicht ausgenommen (Art. 4 Abs. 2 lit. b) und unterliegt deshalb auch nicht der Verfügungskompetenz, welche das Beschwerderecht ersetzt (Art. 51 Abs. 1).

¹⁴⁹ Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR **172.010**).

¹⁵⁰ Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; BBI **2020** 7639).

beihilfegewährende Behörden, solche Beihilfen der Überwachungsbehörde vorzulegen und bis zur deren Stellungnahme noch nicht definitiv einzuführen (allenfalls mit einer Regelung des Vorgehens bei besonderer Dringlichkeit). Dies gilt für sämtliche Akte aller Behörden des Bundes, also auch für Bundesgesetze und andere Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates, welche von einer förmlichen Kontrolle der Überwachungsbehörde ausgenommen sind. Im Gesetzgebungsverfahren könnte die Stellungnahme der Überwachungsbehörde beispielweise in die Botschaft des Bundesrates einfließen.¹⁵¹ Rechtlich nicht bindende Stellungnahmen einer Verwaltungsbehörde sind mit der verfassungsrechtlich vorgesehenen Gewaltenteilung sowie Stellung des Bundesrates ohne weiteres vereinbar. Sie entsprechen dem gängigen Einbezug von Verwaltungsbehörden in die Vorbereitung dieser Akte, welcher auch eine Äusserung zur Rechtmässigkeit des geplanten Aktes beinhalten kann.¹⁵²

4.1.4.2 Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen

Möglich ist es weiter (im Rahmen des Vertrauenschutzes), die Rückforderung von in Verletzung des Beihilferechts ausgerichteten Beihilfen vorzusehen (vgl. bereits heute Art. 30 SuG). Relevanz erlangt dies insbesondere bei durch Akte der Departemente, Bundesämter und weiterer untergeordneter Verwaltungsbehörden gewährten Beihilfen, welche der Überwachungsbehörde nicht mitgeteilt wurden. Erlangt die Überwachungsbehörde Kenntnis von diesen, so kann sie diese einer nachträglichen Kontrolle unterziehen und bei Feststellung einer Verletzung des Beihilferechts je nach gewähltem Modell entweder nachträglich die Zustimmung verweigern und die Rückforderung anordnen oder bei der beihilfegewährenden Behörde eine Wiedererwägung beantragen und anschliessend allenfalls den Beschwerdeweg beschreiten. Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates können jedoch nur durch diese selbst widerrufen werden.

4.1.4.3 Aufschiebende Wirkung von Beschwerden und Beschwerdelegitimation von Konkurrenten

Schliesslich kann der Bund weitere verfahrensrechtliche Fragen regeln. Er könnte beispielsweise die aufschiebende Wirkung von Beschwerden – seien es die der Überwachungsbehörde im Rahmen ihres Behördenbeschwerderechts oder die eines Konkurrenten der Beihilfeempfänger – gegen Beihilfen von Bundesbehörden abweichend von Art. 55 VwVG¹⁵³ regeln. Ebenfalls möglich wäre es, die Legitimation vom Konkurrenten zur Beschwerdeführung spezialgesetzlich über die – in der Lehre teilweise als zu eng kritisierte – Rechtsprechung des Bundesgerichts hinaus auszudehnen.¹⁵⁴

4.1.5 Fazit

Der Bund ist grundsätzlich weitgehend frei, das Verfahren seiner Behörden zur Beihilfegewährung zu regeln. Beihilfegewährende Akte – sowohl individuell-konkrete Anordnungen

¹⁵¹ So bereits heute das Ergebnis der Überprüfung von Beihilfen im Luftverkehrsbereich durch die WEKO nach Art. 103 LFG, vgl. Botschaft vom 10. September 2003 zur Änderung des Luftfahrtgesetzes (Prüfung der Vereinbarkeit von staatlichen Beihilfen mit dem Luftvertragsabkommen Schweiz-EG), BBI 2003 6241, 6245 f. Auch bei parlamentarischen Initiativen wäre eine Stellungnahme der Überwachungsbehörde direkt gegenüber der zuständigen Kommission (vgl. Art. 112 Abs. 1 ParlG) oder via Stellungnahme des Bundesrates (Art. 112 Abs. 3 und 4 ParlG) möglich.

¹⁵² Vgl. etwa allgemein die Ämterkonsultation (Art. 4 RVOV) oder im Speziellen die Stellungnahme des EDÖB zu Vorlagen über Erlasses und Massnahmen des Bundes, die für den Datenschutz erheblich sind (Art. 31 Abs. 1 lit. b DSG) sowie die Aufgabe des Bundesamts für Justiz auf die Rechtmässigkeit von Erlassen, Beschlüssen und Entscheiden der Bundesversammlung, des Bundesrates und der Bundesverwaltung hinzuwirken (Art. 6 Abs. 2 lit. a der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, OV-EJPD; SR 172.213.1).

¹⁵³ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021).

¹⁵⁴ Vgl. etwa bezüglich Beihilfen OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1339 f. oder allgemein RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 2011, § 5 Rz. 138 ff. Vgl. zur Legitimation von Konkurrenten zur Einleitung einer abstrakten Normenkontrolle bereits oben FN 138.

(Einzelbeihilfen) als auch generell-abstrakte Erlasse (Beihilferegelungen) – von Departementen, Bundesämtern und weiteren untergeordneten Verwaltungsbehörden können wahlweise einem Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung durch eine Überwachungsbehörde oder einer vorgängigen Stellungnahme einer Überwachungsbehörde, verbunden mit einem Behördenbeschwerderecht derselben, unterstellt werden. Mit der gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Ausgestaltung der Gewaltenteilung ist es jedoch nicht vereinbar, Akte der Bundesversammlung als solche einer förmlichen Rechtmässigkeitskontrolle einer Überwachungsbehörde zu unterstellen. Mit der verfassungsrechtlichen Stellung des Bundesrates als oberste leitende und vollziehende Behörde des Bundes ist es sodann nicht vereinbar, seine Akte dem Erfordernis einer vorgängigen Zustimmung einer Überwachungsbehörde zu unterstellen, und hinsichtlich eines Beschwerderechts einer Überwachungsbehörde gegen Akte des Bundesrats bestehen aus diesem Grund zumindest verfassungsrechtliche Bedenken. Auch für Akte der Bundesversammlung und des Bundesrates ist es jedoch möglich, eine vorgängige, rechtlich nicht bindende Stellungnahme einer Überwachungsbehörde vorzusehen.

4.2 Beihilfegewährung durch kantonale Behörden

Der Bund hat in Ausübung seiner Kompetenzen die Eigenständigkeit der Kantone, insbesondere deren Organisationsautonomie und die darin enthaltene Verfahrensautonomie, zu wahren (Art. 47 BV).¹⁵⁵ Die Organisationsautonomie der Kantone umfasst das Bestimmen ihrer Staatsorgane sowie deren Organisation, Zuständigkeiten und Verfahren insbesondere des Verfassungs-, Gesetzgebungs- und Verwaltungsverfahrens.¹⁵⁶ Die Autonomie der Kantone gilt jedoch nicht absolut und kann eingeschränkt werden, soweit dies für die *Sicherstellung der richtigen und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts* in den Kantonen unerlässlich ist, was eine Abwägung zwischen der Verpflichtung des Bundes, für eine adäquate Aufgabenerfüllung zu sorgen, und der Organisations- und Verfahrensautonomie der Kantone erfordert.¹⁵⁷ Im Rahmen von Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV bedeutet dies, dass zwischen einer möglichst effektiven Verhinderung der Diskriminierung externer Anbieter und Beseitigung übermässiger zwischenkantonaler Beschränkungen des Wirtschaftsverkehrs sowie einer möglichst weitgehenden Wahrung der kantonalen Organisations- und Verfahrensautonomie abzuwägen ist.¹⁵⁸ Mit allfälligerem Rückgriff auf Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV wird diese Abwägung um die Dimension des grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs erweitert, kann aber aufgrund des notwendigen engen Bezugs zu Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV (oben 3.3) nicht zu einem grundlegend anderen Abwägungsergebnis führen.

4.2.1 Beurteilung verschiedener Überwachungsinstrumente

4.2.1.1 Stellungnahme auf freiwillige Vorlage geplanter Beihilfen oder auf Eigeninitiative

Möglich – ja geradezu angezeigt¹⁵⁹ – ist es in jedem Fall, die freiwillige (vorgängige) Vorlage geplanter Beihilfen der Kantone zur (rechtlich nicht bindenden) Stellungnahme an eine Überwachungsbehörde des Bundes vorzusehen. Solche Stellungnahmen können auch auf Eigeninitiative der Überwachungsbehörde vorgesehen werden (vgl. für beides bereits heute Art. 8 und 10 BGBM).

¹⁵⁵ Nebst Art. 47 BV wird die Organisationsautonomie auch aus Art. 3, 46 und 51 BV abgeleitet, BIAGGINI, Komm. BV, Art. 47 N 8.

¹⁵⁶ EGLI, SG Komm. BV, Art. 47 N 20; BELSER/MASSÜGER, BSK BV, Art. 47 N 15.

¹⁵⁷ BGE 128 I 254 E. 3.8.2; EGLI, SG Komm. BV, Art. 47 N 20; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 47 N 8.

¹⁵⁸ Vgl. BIAGGINI, Die Regelungsaufteilung im geltenden schweizerischen Vergaberecht sowie Darstellung möglicher Alternativen, Staatsrechtliche Studie erstellt im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2003, S. 75 [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage].

¹⁵⁹ Die Achtung der Eigenständigkeit der Kantone gebietet es, ihnen die Möglichkeit zu gegeben, ihre bundesrechtlichen Verpflichtungen möglichst eigenverantwortlich zu erfüllen, BIAGGINI, Komm. BV, Art. 49 N 20; vgl. auch TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 976 und WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 44.

4.2.1.2 Zustimmungserfordernis und Durchführungsverbot

Ein unzulässiger Eingriff in die kantonale Organisations- und Verfahrensautonomie wäre es, die Beihilfegewährung kantonaler Behörden dem Erfordernis einer Zustimmung einer Überwachungsbehörde des Bundes zu unterstellen. Auch ein Durchführungsverbot – im Sinne einer zwingenden vorgängigen Vorlage geplanter Beihilfen und Sistierung des Verfahrens der Beihilfegewährung bis zur Stellungnahme einer Überwachungsbehörde – wäre ein Eingriff in die Verfahren auf Erlass einer Verfügung sowie der Gesetzgebung, für welchen Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV keine Grundlage bietet. Dies gilt umso mehr, als das damit verfolgte Ziel – die Verhinderung einer Wettbewerbsverzerrung durch die vorzeitige Beihilfegewährung, welche allenfalls nicht mehr volumnäßig rückgängig gemacht werden könnte – weitestgehend auch mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden kann (dazu sogleich unten). Ein Durchführungsverbot liesse sich allenfalls dann rechtfertigen, wenn sich im Verlaufe der Zeit zeigt, dass ohne ein solches der gleichberechtigte Zugang zum schweizerischen Binnenmarkt nicht gewährleistet werden kann.¹⁶⁰ Gegen das Erfordernis einer Zustimmung durch und einer zwingenden vorgängigen Vorlage zur Stellungnahme an eine Überwachungsbehörde des Bundes spricht schliesslich auch, dass dies das verfahrensrechtliche Korrelat eines materiellen Verbot-Ausnahme-Regelungsmodells darstellt, für welches der Bund hinsichtlich der Beihilfegewährung durch kantonale Behörden gerade keine Kompetenz hat (oben 3.2.5).

4.2.1.3 Behördenbeschwerderecht

Möglich wäre ein Behördenbeschwerderecht einer Überwachungsbehörde gegen kantonale Beihilfegewährungen. Die Behördenbeschwerde von Bundesbehörden gegen kantonale Akte ist ein Mittel der Bundesaufsicht, mit welcher die Einhaltung des Bundesrechts durch die Kantone sichergestellt werden soll.¹⁶¹ Ein Behördenbeschwerderecht kommt nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG¹⁶² der Bundeskanzlei und den Departementen des Bundes (sowie sofern bundesrechtlich vorgesehen den ihnen unterstellten Dienststellen) zu, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG können sodann spezialgesetzlich (weitere) Beschwerderechte für (weitere) Behörden vorgesehen werden (vgl. insbesondere Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM).¹⁶³ Die Bundesaufsicht umfasst grundsätzlich sowohl den übertragenen (auch delegierten) Wirkungsbereich – die Wahrnehmung von Aufgaben, welche vom Bund übertragen wurden – als auch den autonomen (auch eigenen oder originären) Wirkungsbereich der Kantone.¹⁶⁴ Massstab der Bundesaufsicht ist das Bundesrecht unter Einschluss des Völkerrechts¹⁶⁵, womit das Behördenbeschwerderecht der richtigen und einheitlichen Anwendung des materiellen Beihilferechts unabhängig von seiner Verankerung in einem Bundesgesetz oder einem völkerrechtlichen Vertrag dienen könnte.

Das Behördenbeschwerderecht könnte sich gegen sämtliche beihilfegewährende Akte der Kantone, insbesondere auch gegen Erlasse richten.¹⁶⁶ Bereits das Behördenbeschwerderecht nach Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG erstreckt sich auch auf kantonale Erlasse.¹⁶⁷ Jedoch

¹⁶⁰ Vgl. zu entsprechenden Überlegungen zur Subsidiarität bereits oben 3.2.4.

¹⁶¹ TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 983; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 49 N 25; vgl. auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 47 N 4, wonach Art. 47 BV den Bund nicht hindert, die Bundesaufsicht auszuüben.

¹⁶² Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR **173.110**)

¹⁶³ Die Behördenbeschwerderechte von Bundesbehörden enthalten auch das Recht, die Rechtsmittel des kantonalen Rechts zu ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren zu beteiligen (vgl. Art. 111 Abs. 2 BGG).

¹⁶⁴ TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 965; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 49 N 20.

¹⁶⁵ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 49 N 23.

¹⁶⁶ Die Bundesaufsicht bezieht sich auf das gesamte der kantonalen Ebene zuzurechnende Handeln, BIAGGINI, Komm. BV, Art. 49 N 20; WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 39.

¹⁶⁷ Botschaft vom 28. Februar 2001 zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBI **2001** 4202, 4330.

scheint das Verhältnis zwischen Behördenbeschwerden gegen kantonale Erlasse und der Klage nach Art. 189 Abs. 2 BV und Art. 120 Abs. 1 lit. a BGG nicht restlos geklärt. Es wird vertreten, dass bei kantonalen Erlassen, die in Missachtung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung erlassen wurden, das Klageverfahren dem Beschwerdeverfahren vorgehe.¹⁶⁸ Kantonale Erlasse, welche gegen materielles Beihilferecht des Bundes verstossen, sind jedoch nicht zwingend kompetenzwidrig. Die Kantone bleiben im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zur Gewährung von Beihilfen kompetent, müssen dabei jedoch die materiell- und allenfalls verfahrensrechtlichen Vorgaben des Bundesrechts einhalten (ähnlich der Beachtung der Grundrechte oder der Grundsatzgesetzgebung des Bundes).¹⁶⁹ Jedenfalls ist es möglich, spezialgesetzlich ein Behördenbeschwerderecht gegen kantonale Erlasse nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG vorzusehen.¹⁷⁰ Es empfiehlt sich daher, wenn ein allfälliges Beschwerderecht der Überwachungsbehörde sich auch auf kantonale Erlasse erstrecken soll, dies explizit im Gesetz vorzusehen (vgl. z.B. Art. 73 StHG).

4.2.1.4 Genehmigung kantonaler Erlasse

Ebenfalls ein Mittel der Bundesaufsicht ist zwar grundsätzlich die Genehmigung von kantonalen Erlassen durch den Bund nach Art. 186 Abs. 2 BV und Art. 61b RVOG. Der Gesetzgeber darf jedoch die Genehmigungspflicht nur vorsehen, «wo es die Durchführung des Bundesrechts verlangt». Die Lehre ist sich einig, dass damit nur Erlasse im übertragenen und nicht auch solche im autonomen Wirkungsbereich der Kantone gemeint sind.¹⁷¹ Wie bereits erwähnt, bleiben die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten zur Gewährung von Beihilfen kompetent. Auch wenn sie dabei zukünftig das Beihilferecht des Bundes beachten müssten, würden beihilfegewährende Erlasse der Kantone deshalb nicht in Vollzug des Bundesrechts ergehen, sondern wären weiterhin dem autonomen Wirkungsbereich zuzuordnen.¹⁷² Auch auf diesem Weg ist es somit nicht möglich, Beihilferegelungen der Kantone dem Erfordernis einer Zustimmung des Bundes zu unterstellen.

4.2.1.5 Ausschluss des kantonalen Verwaltungsrechtswegs

Ebenfalls ein zu weit reichender Eingriff in die Organisationsautonomie wäre es, den Beschwerdeweg direkt von den beihilfegewährenden Behörden der Kantone an das Bundesverwaltungsgericht unter Ausschluss der kantonalen Verwaltungsrechtspflege (insbesondere -gerichtsbarkeit) vorzusehen. Zwar ist es nach Art. 33 lit. i VGG möglich, in einem Bundesgesetz gegen Verfügungen kantonaler Instanzen die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vorzusehen, dies ist jedoch primär für letztinstanzliche kantonale Entscheide erfolgt, womit die Kantone in der Ausgestaltung des kantonalen Instanzenzugs frei bleiben.¹⁷³ Dies muss umso mehr gelten, als die hier in Rede stehenden beihilfegewährenden Akte der Kantone nicht in Vollzug des Bundesrechts ergehen. Eine Ausschaltung des kantonalen Instanzenzugs lässt sich schliesslich auch nicht mit der Sicherstellung der richtigen und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts begründen, zumal dafür auch eine nachfolgende

¹⁶⁸ WALDMANN, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, Basel 2018 (nachfolgend: BSK BGG), Art. 120 N 3 ff. mit weiteren Hinweisen.

¹⁶⁹ Vgl. in diesem Sinne zur Unterscheidung zwischen Normenkonflikt und Kompetenzkonflikt WALDMANN, BSK BV, Art. 49 N 11 ff.

¹⁷⁰ WALDMANN, BSK BGG, Art. 120 N 6; vgl. auch DIEBOLD, Die Verwirklichung des Binnenmarktes Schweiz, in: Cottier/Oesch (Hrsg.), SBVR Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2020, Rz. 126, welcher die WEKO bereits *de lege lata* und entgegen dem Wortlaut gestützt auf Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM zur abstrakten Normenkontrolle legitimiert sieht.

¹⁷¹ SÄGESSER, in: Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Bern 2007, Art. 61b N 7; TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2021, Rz. 980; RUCH, SG Komm. BV, Art. 186 N 13.

¹⁷² Anders gelagert wäre die Sache beispielweise, wenn der Bund die Kantone zur Einrichtung einer eigenen Überwachungsbehörde verpflichten würde. Kantonale Erlasse in Umsetzung dieser Pflicht könnten einer Genehmigungspflicht unterstellt werden.

¹⁷³ Vgl. etwa Art. 46 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2016 über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG; SR 531) oder Art. 166 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG; SR 910.1); Ausnahme: Art. 53 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10), Beschwerde gegen Beschlüsse der Kantonsregierungen.

Prüfung durch das Bundesgericht (oder Bundesverwaltungsgericht) ausreicht. Sofern das kantonale Recht jedoch kein Rechtsmittel vorsieht – sowie in den meisten Kantonen hinsichtlich kantonaler Erlasse (abstrakte Normenkontrolle) zumindest der Gesetzesstufe¹⁷⁴ – kann die Beschwerde direkt an ein Gericht des Bundes erfolgen (vgl. bereits heute Art. 87 Abs. 1 BGG).

Ein allfälliges Behördenbeschwerderecht einer Überwachungsbehörde des Bundes würde diese auch zur Ergreifung sämtlicher kantonaler Rechtsmittel legitimieren (vgl. bereits heute Art. 89 Abs. 2 lit. a und d i.V.m. Art. 111 Abs. 2 BGG). Sie könnte sich auch erst zu einem späteren Zeitpunkt am Verfahren beteiligen und beispielweise erst einen kantonal letztinstanzlichen Entscheid anfechten.¹⁷⁵

4.2.1.6 Aufschiebende Wirkung von Beschwerden

Um Wettbewerbsverzerrungen durch die Gewährung bundesrechtswidriger Beihilfen zu vermeiden, kann der Bund für Beschwerden – sowohl einer Überwachungsbehörde als auch der Konkurrenten der Beihilfeempfänger – gegen beihilfegewährende Akte der Kantone grundsätzlich die aufschiebende Wirkung vorsehen. Zu weitgehend scheint jedoch ein genereller Ausschluss der Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung im Einzelfall zu entziehen, um den konkreten Umständen des Einzelfalls, beispielweise einer besonderen Dringlichkeit, Rechnung zu tragen. Eine einschränkende bundesrechtliche Regelung, in welchen Fällen die aufschiebende Wirkung ausnahmsweise entzogen werden darf, erschiene indessen noch vertretbar.

4.2.1.7 Mitteilungspflicht für beihilfegewährende Akte

Als Voraussetzung der tatsächlichen Wahrnehmung des Behördenbeschwerderechts könnten die Kantone verpflichtet werden, ihre «binnenmarktrelevanten» (vgl. zu entsprechenden Schwellenwerten bereits oben 3.2.5) beihilfegewährenden Akte einer Überwachungsbehörde mitzuteilen (vgl. bereits heute Art. 112 Abs. 4 BGG, jedoch nur betreffend die Eröffnung von Entscheiden).

Zur Beschwerdeführung benötigt die Überwachungsbehörde eine Mitteilung der rechtlich verbindlich gewährten Beihilfen – der erlassenen beihilfegewährenden Verfügungen und der verabschiedeten beihilfegewährenden Erlasse. Es stellt sich die Fragen, ob (zusätzlich) eine Mitteilungspflicht auch bereits schon zu einem früheren Zeitpunkt vorgesehen werden könnte, womit die Überwachungsbehörde mehr Zeit für die Prüfung der beihilfegewährenden Akte auf ihre Bundesrechtskonformität hätte. Dagegen spricht, dass dies auf eine systematische Kontrolle sämtlicher kantonaler Beihilfen abzielt, womit man sich verfahrensrechtlich in die Richtung eines Verbot-Ausnahme-Regelungsmodells bewegt, für welches materiell keine Bundeskompetenz besteht (oben 3.2.5). Dafür spricht, dass die Kantone ohnehin zu einer Mitteilung bei der definitiven Beihilfegewährung verpflichtet werden können und die blosse Vorverle-

¹⁷⁴ Vgl. die Auflistung bei AEMISEGGER/SCHERRER REBER, BSK BGG, Art. 82 N 48.

¹⁷⁵ Vgl. zu dieser Möglichkeit für beschwerdeberechtigten Bundesbehörde bereits unter bestehendem Recht EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 111 N 13 mit weiteren Hinweisen.

gung dieses Zeitpunktes somit keinen wesentlichen zusätzlichen Eingriff in die Verfahrensautonomie der Kantone darstellt.¹⁷⁶ Damit eine Pflicht, bereits geplante Beihilfen der Überwachungsbehörde mittzuteilen, noch als vertretbar erschiene, müsste sie somit so ausgestaltet werden, dass sie möglichst geringfügig in die Verfahrensautonomie der Kantone eingreift.

Es dürfte sich als schwierig erweisen, den genauen Zeitpunkt der Meldung sowie die Anforderungen an den Ausarbeitungsgrad der Akte rechtlich zu fassen, da sowohl individuell-konkrete als auch generell-abstrakte Akte erfasst und die verschiedenen kantonalen Verfahrensordnungen betroffen sind. Jedenfalls dürfte durch die Ausgestaltung der Mitteilungspflicht nicht indirekt ein Durchführungsverbot eingeführt werden (vgl. oben 4.2.1.2). Nicht möglich wäre somit beispielsweise eine Mitteilungspflicht eine bestimmte Zeitspanne vor der definitiven Gewährung der Beihilfe, weil dies für diese Zeitspanne einem Durchführungsverbot gleichkäme.

4.2.1.8 Rückforderung rechtswidrig gewährter Beihilfen

Für den Fall einer bundesrechtswidrigen Gewährung von Beihilfen durch die Kantone kann der Bund (im Rahmen des Vertrauensschutzes) deren Rückforderung vorsehen, um die damit verbundenen Wettbewerbsverzerrungen bestmöglich zu beheben. Relevant wird dies insbesondere bei beihilfegewährenden Akten, welche der Überwachungsbehörde nicht mitgeteilt wurden. Erlangt die Überwachungsbehörde nachträglich Kenntnis von diesen und stellt sie deren Bundesrechtswidrigkeit fest, so muss sie über eine Interventionsmöglichkeit verfügen. Am naheliegendsten scheint es, sie zu ermächtigen, bei den beihilfegewährenden Behörden der Kantone eine Wiedererwägung zu beantragen.¹⁷⁷ Gegen allfällige ablehnende Entscheide würde sodann wieder das Behördenbeschwerderecht greifen.

4.2.1.9 Transparenz bei der Gewährung von Beihilfen

Die fehlende Transparenz hinsichtlich der durch die Kantone gewährten Beihilfen wird in der Literatur als wesentliches Hindernis für die effektive Überprüfung der Vereinbarkeit dieser Beihilfen mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit kritisiert.¹⁷⁸ Die Herstellung von Transparenz ist in besonderem Mass geeignet, zur Verwirklichung der Ziele der Verhinderung von Diskriminierung und der Beseitigung übermässiger Wettbewerbsverzerrungen beizutragen.¹⁷⁹ Der Bund kann daher die Kantone zu mehr Transparenz bei der Beihilfegewährung, beispielsweise zur Publikation aller «binnenmarktrelevanten» Beihilfen (vgl. zu entsprechenden Schwellenwerten bereits oben 3.2.5),¹⁸⁰ verpflichten.

¹⁷⁶ Immerhin wäre eine frühere Mitteilung mit zusätzlichem Aufwand für die Kantone verbunden. Weil diese zu einem Zeitpunkt erfolgten müsste, zu welchem allenfalls noch keine vollständige Klarheit über die zu gewährende Beihilfe besteht, ist mit Rückfragen der Überwachungsbehörde zu rechnen. Sodann wäre voraussichtlich nochmals eine Mitteilung der definitiv (allenfalls angepassten) gewährten Beihilfe notwendig.

¹⁷⁷ Vgl. bereits unter bestehendem Recht zur Möglichkeit beschwerdeberechtigter Bundesbehörden zu verlangen, dass eine kantonale Behörde ein Verfahren eröffnet, um einen bundesrechtswidrigen Zustand zu beheben, EHRENZELLER, BSK BGG, Art. 111 N 13 mit weiteren Hinweisen.

¹⁷⁸ MAYORAZ, Staatliche Beihilfen in den Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, unter besonderer Berücksichtigung von ausgewählten Aspekten aus der schweizerischen Elektrizitätswirtschaft, Zürich 2018, Rz. 496 ff.; BUNDI, System und wirtschaftsverfassungsrechtliche Zulässigkeit von Subventionen in der Schweiz und von Beihilfen in der EU, Zürich 2016, S. 302 f.; HIRSBRUNNER, Könnte die Schweiz ein Verbot staatlicher Beihilfen verkraften?, in: EuZ 2017, S. 63 ff.; OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1342 f.; RENFER, Die Erfassung staatlicher Beihilfen durch das Binnenmarktgesetz, in: Jusletter 14. März 2022, Rz. 4.

¹⁷⁹ Vgl. BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesamt für Bauten und Logistik) sowie der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz (BPUK), Zürich 2005, S. 15 und 18 [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage], Transparenz (im Beschaffungswesen) als Vorbedingung für Nichtdiskriminierung.

¹⁸⁰ Vgl. zur Möglichkeit eines Publikationsorgans des Bundes BIAGGINI, Verfassungsrechtliche Abklärungen im Zusammenhang mit der Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bundesamt für Bauten und Logistik) sowie der Bau-, Planungs- und Umweltschutzdirektorenkonferenz (BPUK), Zürich 2005, S. 40 f. [nicht veröffentlicht, Einsicht auf Anfrage].

4.2.1.10 Beschwerdelegitimation von Konkurrenten

Schliesslich können – gerade in Verbindung mit einer erhöhten Transparenz – auch Beschwerden von privaten Konkurrenten von Beihilfeempfängern der Sicherstellung der richtigen und einheitlichen Anwendung bundesrechtlicher Vorgaben für die Beihilfegewährung dienen.¹⁸¹ Auch hinsichtlich beihilfegewährender Akte der Kantone kann es somit gerechtfertigt sein, die Legitimation von Konkurrenten zur Beschwerdeführung über die in der Lehre teilweise als zu eng kritisierte Rechtsprechung des Bundesgerichts hinaus auszudehnen.¹⁸²

4.2.2 Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie der Beihilfeüberwachung bei völkerrechtlich vereinbartem materiellen Beihilferecht

Die Ausführungen dieses Kapitels (4.2) sind grundsätzlich auf eine mögliche Regulierung der Beihilfegewährung durch kantonale Behörden gestützt auf die internen Gesetzgebungskompetenzen des Bundes ausgerichtet, sie behalten jedoch ihre Geltung auch bei einer allfälligen völkerrechtlichen Vereinbarung materiellen Beihilferechts. Der Bund bleibt für dessen Umsetzung im Landesrecht an die innerstaatliche Kompetenzaufteilung gebunden und kann somit auch hinsichtlich der Regelung des Verfahrens der Beihilfegewährung durch kantonale Behörden und der Ausgestaltung der Kontrolle durch eine Überwachungsbehörde des Bundes nicht weitergehen, als er es ohnehin gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 sowie Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV tun dürfte (vgl. dazu bereits oben 3.3 und 3.5), auch wenn dies aufgrund des völkerrechtlich vereinbarten Regelungsmodells allenfalls angezeigt wäre.

4.2.3 Fazit

Der Bund hat die kantonale Organisations- und Verfahrensautonomie zu wahren und darf diese nur soweit einschränken, als dies zur Sicherstellung der richtigen und einheitlichen Anwendung des Bundesrechts in den Kantonen unerlässlich ist. Nicht möglich ist es daher, beihilfegewährende Akte der Kantone dem Erfordernis einer Zustimmung durch eine Überwachungsbehörde des Bundes zu unterstellen. Auch eine Pflicht, geplante Beihilfen vorgängig einer Überwachungsbehörde des Bundes zur Stellungnahme vorzulegen sowie das Verfahren der Beihilfegewährung bis zur Stellungnahme zu sistieren, geht zu weit. Schliesslich kann auch kein Beschwerdeweg direkt von den beihilfegewährenden kantonalen Behörden an das Bundesverwaltungsgericht unter Ausschluss der kantonalen Verwaltungsrechtspflege vorgesehen werden. Möglich sind hingegen insbesondere:

- eine Stellungnahme der Überwachungsbehörde auf freiwillige (vorgängige) Vorlage der Kantone oder auf Eigeninitiative,
- ein Behördenbeschwerderecht der Überwachungsbehörde gegen sämtliche beihilfegewährende Akte der Kantone,
- eine Pflicht, diese Akte der Überwachungsbehörde mitzuteilen,
- die Ausstattung von Beschwerden gegen diese Akte mit aufschiebender Wirkung,

¹⁸¹ Vgl. allgemein zur diesbezüglichen Rolle der gerichtlichen Kontrolle RUCH, SG Komm. BV, Art. 49 N 29 ff.

¹⁸² Vgl. etwa bezüglich Beihilfen OESCH, Die (fehlende) Disziplinierung staatlicher Beihilfen durch Kantone, in: AJP 2013 S. 1337 ff., S. 1339 f. oder allgemein RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 2011, § 5 Rz. 138 ff. Vgl. zur Legitimation von Konkurrenten zur Einleitung einer abstrakten Normenkontrolle bereits oben FN 138.

- eine Verpflichtung der Kantone zur Rückforderung bundesrechtswidrig gewährter Beihilfen sowie
- die Verpflichtung der Kantone zur Transparenz hinsichtlich der durch sie gewährten Beihilfen.

4.3 Exkurs: Völkerrechtliche Vereinbarung betreffend das Verfahren der Beihilfegewährung sowie die Beihilfeüberwachung

Gestützt auf Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV ist der Bund grundsätzlich auch kompetent, sich (und die Kantone) völkerrechtlich zu einer bestimmten Ausgestaltung des Verfahrens der Beihilfegewährung sowie der Beihilfeüberwachung zu verpflichten.¹⁸³ Man könnte somit die Frage stellen, ob mittels völkerrechtlichen Vertrags ein Verfahren der Beihilfegewährung sowie eine Beihilfeüberwachung, welche über die in den vorangehenden Kapiteln beschriebenen verfassungsrechtlichen Grenzen hinausgeht, vereinbart werden könnte.

4.3.1 Mögliche Abweichung von der Verfassung?

In der Lehre ist umstritten, ob und gegebenenfalls inwieweit der Bund beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge von der Verfassung abweichen darf.¹⁸⁴ Nach einer Ansicht ist eine Abweichung grundsätzlich möglich, der Bund bleibe jedoch an die «materielle Grundordnung» der Verfassung gebunden. Im Einzelfall müsse eine Abwägung der verfassungsmässigen und aussenpolitischen Werte und Interessen erfolgen.¹⁸⁵ Eine andere Meinung steht einer generellen «Abweichungskompetenz» kritisch gegenüber. Mittels Auslegung sei jeweils zu ermitteln, ob eine Verfassungsnorm auch im Aussenverhältnis strikt gewahrt sein wolle oder inwieweit allenfalls im Aussenverhältnis eine Relativierung zulässig sei. Bei den möglichen Abweichungen handle es sich demnach um verfassungsrechtlich erlaubte, nicht um verfassungswidrige.¹⁸⁶ Einigkeit besteht, dass vor Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags, welcher mit der «materiellen Grundordnung» der Verfassung im Konflikt steht bzw. nicht nur im verfassungsrechtlich erlaubten Rahmen von der Verfassung abweicht, die Verfassung entsprechend zu ändern wäre.¹⁸⁷

Die Gewaltenteilung sowie generell die grundlegenden verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Behördenorganisation und Kompetenzordnung sind ohne weiteres der «materiellen Grundordnung» der Verfassung zuzuordnen. Damit ist aber noch nicht entschieden, ob jede geringfügige Abweichung von einzelnen dieser Bestimmungen die «materielle Grundordnung» der Verfassung als solche verletzt respektive ob nicht auch diese Bestimmungen im Aussenverhältnis allenfalls eine gewisse Relativierung zulassen. Auch der Föderalismus ist zweifellos ein Grundpfeiler der Verfassung.¹⁸⁸ Gleichzeitig ist es anerkannt, dass der Bund

¹⁸³ Nicht Gegenstand dieser Untersuchung ist die Möglichkeit, für die Kontrolle der Beihilfegewährung durch Bund und Kantone eine supranationale Überwachungsbehörde vorzusehen.

¹⁸⁴ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 12a und MAROONIAN/KOLB, CR Cst., Art. 54 N 30 ff. jeweils mit weiteren Hinweisen; vgl. ausführlich zur Entwicklung des Meinungsstandes SCHINDLER, in: Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996, Art. 8 N 15 ff.

¹⁸⁵ EHRENZELLER, SG Komm. BV, Art. 54 N 13; WALDMANN, Erste Würdigung der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen vom 20.08.2009 aus bundesstaatsrechtlicher und föderalistischer Sicht, BBI 2011 4321 ff., 4334 f.; SCHINDLER, in: Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987–1996, Art. 8 N 18.

¹⁸⁶ BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 12a f.

¹⁸⁷ EHRENZELLER, SG Komm. BV, Art. 54 N 13; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 12a.

¹⁸⁸ WALDMANN, Erste Würdigung der Vereinbarung zwischen der Schweiz und Libyen vom 20.08.2009 aus bundesstaatsrechtlicher und föderalistischer Sicht, BBI 2011 4321 ff., 4334 ff.; MAROONIAN/KOLB, CR Cst., Art. 54 N 31 FN 69.

bei Abschluss völkerrechtlicher Verträge von der innerstaatlichen Kompetenzaufteilung abweichen darf.¹⁸⁹ Ob eine Abweichung von den durch die Gewaltenteilung und die Stellung des Bundesrates (oben 4.1) sowie die Autonomie der Kantone (oben 4.2) verfassungsrechtlich gesetzten Grenzen möglich ist, müsste somit für jede einzelne Verfahrensbestimmung und Kompetenz einer Überwachungsbehörde abgewogen bzw. durch Auslegung ermittelt werden, was an dieser Stelle nicht erfolgen kann.

4.3.2 Bindung an die Verfassung bei der Umsetzung im Landesrecht

Unabhängig von einer allfälligen Abweichungskompetenz ist folgendes zu beachten: Zumindest die Errichtung oder Bezeichnung der zuständigen Überwachungsbehörde und die Regelung ihrer Organisation müssten durch innerstaatliche Rechtsetzung erfolgen. Aller Voraussicht nach müssten auch die Einzelheiten des Verfahrens der Überwachungsbehörde sowie der Verfahrensvorschriften für die beihilfegewährenden Behörden innerstaatlich konkretisiert werden.¹⁹⁰ Anders als bei einer allfälligen völkerrechtlichen Vereinbarung eines materiellen Beihilferechts ist hier somit in jedem Fall in gewissem Umfang eine landesrechtliche Umsetzung erforderlich. Für diese Umsetzung wäre der Bund wieder vollumfänglich an die Verfassung gebunden. Das gilt sowohl für die institutionell bedingten Grenzen der Kompetenzen einer Überwachungsbehörde auf Bundesebene (oben 4.1.1 und 4.1.2) als auch für die Autonomie der Kantone (oben 4.2). Verfahrensrechtliche Vorgaben an die Kantone könnten also nur insoweit in die Bundesgesetzgebung überführt werden, als der Bund diese ohnehin gestützt auf Art. 95 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 54 Abs. 1 und Art. 101 Abs. 1 BV vorsehen dürfte. Bei einer völkerrechtlichen Vereinbarung eines Verfahrens der Beihilfegewährung sowie einer Beihilfeüberwachung, welche über die in den vorangehenden Kapiteln beschriebenen verfassungsrechtlichen Grenzen hinausgeht, müssten somit spätestens für eine Umsetzung in der Bundesgesetzgebung zuerst die entsprechenden Grundlagen in der Verfassung geschaffen werden.

¹⁸⁹ Vgl. bereits oben 3.3 und 3.5 sowie im vorliegenden Zusammenhang BIAGGINI, Komm. BV, Art. 54 N 12a und MAROONIAN/KOLB, CR Cst., Art. 54 N 31.

¹⁹⁰ Es ist nicht davon auszugehen, dass ein völkerrechtlicher Vertrag eine abschliessende Verfahrensordnung enthalten würde, welche keinerlei Konkretisierung mehr benötigt.