



Universität St.Gallen

Institut für Law and Economics

Verfassungskonformität des Public Liquidity Backstops

Eine abgaberechtliche Betrachtung der Pauschale für das
Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie

Luca Gmür

ILE-HSG Working Papers

Working Paper No. 2025-23

February 2025

Institute for Law & Economics (ILE-HSG)



Universität St.Gallen

Verfassungskonformität des Public Liquidity Backstops

Eine abgaberechtliche Betrachtung der Pauschale für das Risiko einer
allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie

Masterarbeit von

Luca Gmür

luca.gmuer@student.unisg.ch

Matrikelnummer: 20-613-014

Betreut durch

Prof. Dr. Peter Hongler

Prof. Dr. Ralf Imstepf

Eingereicht am 18. November 2024

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Materialienverzeichnis.....	VIII
Erlassverzeichnis	XI
Judikaturverzeichnis	XII
Abkürzungsverzeichnis	XV
I. Einleitung.....	1
II. Grundlagen des Public Liquidity Backstops	3
A. <i>Entstehungsgeschichte des Public Liquidity Backstops in der Schweiz</i>	3
B. <i>Funktionsweise</i>	4
C. <i>Abgeltungspauschale im Besonderen</i>	6
III. Abgeltungspauschale im System der öffentlichen Abgaben	10
A. <i>Einteilung der öffentlichen Abgaben</i>	10
1. <i>Steuern</i>	11
a) <i>Begriff der Steuer</i>	11
b) <i>Umfang des Steuerbegriffs</i>	13
c) <i>Zwischenfazit</i>	20
d) <i>Arten von Steuern</i>	21
2. <i>Kausalabgaben</i>	22
a) <i>Begriff</i>	22
b) <i>Arten</i>	23
3. <i>Lenkungsabgaben</i>	25
4. <i>Mischformen und Sonderabgaben</i>	27
B. <i>Qualifikation der Abgeltungspauschale</i>	29
1. <i>Qualifikation in der Botschaft</i>	29
2. <i>Stellungnahme</i>	30
IV. Anforderungen an die Abgabenerhebung	34
A. <i>Kompetenzerfordernis</i>	34
1. <i>Herleitung des Verfassungsvorbehalts</i>	34
2. <i>Bedeutung für die Abgeltungspauschale</i>	37

B. Grundsätze der Besteuerung.....	39
1. Legalitätsprinzip.....	39
2. Besteuerungsgrundsätze	41
a) Allgemeinheit der Besteuerung.....	43
b) Gleichmässigkeit der Besteuerung	44
c) Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.....	45
C. Stellungnahme	48
V. Fazit	50
Anhang	XVI
A. Eigenständigkeitserklärung	XVI
B. Hilfsmittelverzeichnis	XVII

Literaturverzeichnis

- APPENZELLER HANSJÜRIG: Too big to fail: Gesetzgeber entdeckt Energieunternehmen, Marktverhaltensregeln sowie Anforderungen an Governance, Eigenkapital und Liquidität, GesKR 2024, 180 ff.
- AUER RES: Sonderabgaben, ein Beitrag zu besonderen Erscheinungsformen öffentlichrechtlicher Geldleistungspflichten (Bern 1980).
- BEUSCH MICHAEL: Benutzungsgebühren – unter besonderer Berücksichtigung von Lenkungsgebühren, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben (Zürich 2015) 41 ff. (zit. BEUSCH, Benutzungsgebühren).
- BEUSCH MICHAEL: Lenkungsabgaben im Strassenverkehr (Diss. Zürich 1999) (zit. BEUSCH, Lenkungsabgaben).
- BIAGGINI GIOVANNI: BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (2. A., Zürich 2017) (zit. OFK BV-BIAGGINI).
- BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER: System des schweizerischen Steuerrechts (8. A., Zürich 2023).
- BÖCKLI PETER: Innovation und Mimikry im Abgaberecht, ASA 58 (1989), 177 ff.
- BÖSCH RENÉ/WERLEN THOMAS: The Regulatory Agenda for 2024 in Switzerland, CapLaw 1/2024, 9 ff.
- BRAUNSCHWEIG THOMAS: Verfassungsrechtliche und gesetzliche Anforderungen an die Erhebung von jährlichen Pauschalabgaben zur Finanzierung allgemeiner Aufsichtstätigkeiten, LeGes 2000/2, 9 ff.
- BRUNNER ARTHUR: Die kantonalen und kommunalen Kurtaxen im Lichte des Bundesrechts, StR 76/2021, 841 ff.
- DUBEY JACQUES/ZUFFEREY JEAN-BAPTISTE: Droit administratif general (Basel 2014).
- Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Reiner J. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar (4. A. Zürich 2023) (zit. SGK BV-VERFASSER/IN).

- Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer/Vallender Klaus A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St.Galler Kommentar (3. A., St.Gallen 2014) (zit. SGK BV-VERFASSER/IN (3. A.)).
- GYGI FRITZ: Verwaltungsrecht, eine Einführung (Bern 1986).
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX: Allgemeines Verwaltungsrecht (8. A., Zürich/St.Gallen 2020).
- HÄNER ISABELLE: Kausalabgaben – Eine Einführung, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben (Zürich 2015) 1 ff.
- HANGARTNER YVO: Der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung, in: Cagianut Francis/Vallender Klaus A. (Hrsg.), Steuerrecht, Ausgewählte Probleme am Ende des 20. Jahrhunderts, Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höhn (Bern 1995) 91 ff.
- HETTICH PETER/WETTSTEIN YANNICK: Rechtsfragen um Kostenanlastungssteuern, ASA 78 (2009/2010), 537 ff.
- HÖHN ERNST/WALDBURGER ROBERT: Steuerrecht, Band I, Grundlagen – Grundbegriffe – Steuerarten, Interkantonales und Internationales Steuerrecht, Steuerverfahrens- und Steuerstrafrecht (9. A. Bern 2001).
- HONGLER PETER: Das Leistungsfähigkeitsprinzip – eine moralische Illusion, Jusletter vom 4. November 2019.
- HUNGERBÜHLER ADRIAN: Grundsätze des Kausalabgabenrechts, Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin, ZBI 104/2003, 505 ff.
- JAAG TOBIAS/KELLER HELEN: Zur Verfassungsmässigkeit einer Energieabgabe, URP 1998, 319 ff.
- KARLEN PETER: Zum Erfinden neuer öffentlicher Abgaben, ZBI 115/2014, 1 f.
- KELLER HELEN/HAUSER MATTHIAS: Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe, Funktion und Tragweite des Verfassungsvorbehalts im Abgaberecht, AJP 2009, 803 ff.
- KLETT KATHRIN: Der Gleichheitssatz im Steuerrecht, ZSR 111/1992, 1 ff.
- KOCHER MARTIN: Die bundesgerichtliche Kontrolle von Steuernormen, Grundlagen, Anfechtungsobjekt, Streitgegenstand, Verfahren, Fallstudien (Habil. Basel 2018).

- LEISINGER BENJAMIN/HULMANN DANIEL: Federal Council Submits Draft Legislation on the Introduction of a Public Liquidity Backstop (PLB) for Systemically Important Banks to the Swiss Parliament, Caplaw 4/2023, 14 ff.
- LOCHER PETER: Von der Schwierigkeit, «neu erfundene» öffentliche Abgaben sachgerecht einzuordnen, in: Brunner Arthur/Kocher Martin/Seiler Moritz/Stadelmann Thomas (Hrsg.), νόμοις πείθου - gehorche den Gesetzen, Liber amicorum für Hansjörg Seiler (Bern 2022) 141 ff.
- LOCHER PETER/MÜLLER GEORG: Ist die Haushaltabgabe wirklich eine Steuer?, ZBl 123/2022, 459 ff. (zit. LOCHER/MÜLLER, Haushaltsabgabe).
- LOCHER PETER/MÜLLER GEORG: Zur Rechtsnatur der neuen Radio- und Fernsehgebühr, ZBl 116/2015, 641 ff. (zit. LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur).
- Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.): Commentaire romand, Constitution fédérale (Basel 2021) (zit. CR BV-VERFASSER/IN).
- MEIER-MAZZUCATO GIORGIO: Steuern Schweiz, Grundriss zu den eidgenössischen und kantonalen Steuern mit Beispielen und Darstellungen (2. A., Bern 2022).
- OBERSON XAVIER: Droit fiscal suisse (5. A., Basel 2021).
- OBERSON XAVIER/HOTTELIER MICHEL: La taxe de surveillance perçue auprès des organismes d'autorégulation en matière de lutte contre le blanchiment d'argent: nature juridique et constitutionnalité, AJP 2007, 51 ff.
- REICH MARKUS: Das Leistungsfähigkeitsprinzip im Einkommenssteuerrecht, ASA 53 (1984), 5 ff. (zit. REICH, Leistungsfähigkeitsprinzip).
- REICH MARKUS: Steuerrecht (3. A., Zürich 2020) (zit. REICH, Steuerrecht).
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER: Schweizerisches Verfassungsrecht (3. A. Basel 2016).
- RICHLI PAUL: Verfassungsgrundsätze für die Umsatzsteuer und die Stempelabgaben, ASA 58 (1990), 401 ff.
- SCHILTKNECHT RETO: Die Risiken der Eigner von Kantonalbanken, GesKR 2024, 355 ff. (zit. SCHILTKNECHT, Risiken).

- SCHILTKNECHT RETO: Übersicht über die Liquiditätsgesetzgebung für Banken – zugleich ein Beitrag zur revidierten Liquiditätsverordnung, GesKR 2022, 493 ff. (zit. SCHILTKNECHT, Liquiditätsgesetzgebung).
- SCHWEIZER RAINER J.: Verteilung der Staatsaufgaben zwischen Bund und Kantonen, in: Diggelmann Oliver/Randall Maya Hertig/Schindler Benjamin (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz Bd. I, Droit constitutionnel suisse Vol. I (Zürich 2020), 691 ff.
- TSCHANNEN PIERRE: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft (5. A., Bern 2021).
- TSCHANNEN PIERRE/MÜLLER MARKUS/KERN MARKUS: Allgemeines Verwaltungsrecht (5. A., Bern 2022).
- UHLMANN FELIX: Kriterien der Bemessung von Kausalabgaben in der Praxis, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben (Zürich 2015) 87 ff.
- VALLENDER KLAUS A.: Grundzüge des Kausalabgabenrechts, Gebühren, Vorzugslasten, Ersatzabgaben (Bern 1976) (zit. VALLENDER, Kausalabgabenrecht).
- VALLENDER KLAUS A.: Leitlinien der Bundesfinanzordnung, AJP 1999, 687 ff. (zit. VALLENDER, Bundesfinanzordnung).
- VALLENDER KLAUS A.: Verfassungsmässig begrenzte Besteuerungsbefugnisse des Gesetzgebers, in: Höhn Ernst/Vallender Klaus A. (Hrsg.), Steuerrecht im Rechtsstaat, Festschrift für Prof. Dr. Francis Cagianut zum 65. Geburtstag (Bern 1990) 21 ff. (zit. VALLENDER, Besteuerungsbefugnisse).
- WALDMANN BERNHARD: Die Vorzugslast, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben (Zürich 2015) 55 ff.
- Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.): Basler Kommentar, Bundesverfassung (Basel 2015) (zit. BSK BV-VERFASSEN/IN).
- WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ: Allgemeines Verwaltungsrecht (Zürich 2019).
- WIEDERKEHR RENÉ: Das Legalitätsprinzip im Kausalabgaberecht, recht 2018, 40 ff. (zit. WIEDERKEHR, Legalitätsprinzip).
- WIEDERKEHR RENÉ: Kausalabgaben (2. A., Bern 2024) (zit. WIEDERKEHR, Kausalabgaben).
- WIEDERKEHR RENÉ: Sonderabgaben, recht 2017, 42 ff. (zit. WIEDERKEHR, Sonderabgaben).

- WIEDERKEHR RENÉ/NIKITIC ANDJELA: Was sind eigentlich «gemischte Abgaben»? , AJP 2024, 939 ff.
- WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL: Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II (Bern 2014).
- WIEDERKEHR RENÉ/SOHI-HÖCHNER CLAUDIA: Was sind eigentlich Kausalabgaben?, AJP 2023, 1133 ff.
- WYSS DANIELA: Kausalabgaben, Begriff, Bemessung, Gesetzmässigkeit (Basel 2009).

Alle angegebenen Internetadressen waren zum Abgabedatum erreichbar.

Materialienverzeichnis

Basel Committee on Banking Supervision, LEV, Leverage ratio, LEV20, Calculation (1. Januar 2023)
(zit. Basler Mindeststandards, LEV).

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1 (zit. Botsch. BV).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
(Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBI 2006 2829 (zit.
Botsch. FINMAG).

Botschaft zum Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer
Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft und zum Bundesbeschluss über einen
Verpflichtungskredit für subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen
der Elektrizitätswirtschaft vom 18. Mai 2022, BBI 2022 1183 (zit. Botsch. FiREG).

Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes vom 6. September 2023, BBI 2023 2165 (zit. Botsch.
BankG).

Bundesrat (Hrsg.): Medienmitteilung, Bundesrat eröffnet Vernehmlassung zur Einführung einer
staatlichen Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken (Bern 25. Mai 2023), abgerufen
von <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-95415.html> (zit. Medienmitteilung Vernehmlassung BankG).

Bundesrat (Hrsg.): Medienmitteilung, Bundesrat verabschiedet Botschaft zur Einführung einer
staatlichen Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken (Bern 06. September 2023),
abgerufen von <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-97631.html> (zit. Medienmitteilung Botschaft BankG).

Bundesrat (Hrsg.): Medienmitteilung, Bundesrat will neues Instrument zur Stärkung der Stabilität
des Finanzsektors einführen (Bern, 11. März 2022), abgerufen von
<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-87574.html> (zit. Medienmitteilung Einführung PLB).

Die Geschäftsführung der Bundesbehörden im Kontext der CS-Krise Bericht der Parlamentarischen
Untersuchungskommission vom 17. Dezember 2024, BBI 2025 515 (zit. PUK Schlussbericht).

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD (Hrsg.): Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des
Bankengesetzes – Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen

der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken, Ergebnisbericht (Bern 6. September 2023), abgerufen von <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-97631.html>> (zit. Vernehmlassungsbericht).

Financial Stability Board (Hrsg.): Guiding principles on the temporary funding needed to support the orderly resolution of a global systemically important bank (“G-SIB”), abgerufen von <<https://www.fsb.org/2016/08/guiding-principles-on-the-temporary-funding-needed-to-support-the-orderly-resolution-of-a-global-systemically-important-bank-g-sib/>> (zit. FSB, Guiding Principles).

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 15. Juli 1999, Anforderungen an die Verfassungsgrundlage für die Erhebung der jährlichen, pauschal bemessenen Abgaben im Bereich der Banken- und Privatversicherungsaufsicht sowie der Unfallverhütung im Strassenverkehr (Bern 15. Juli 1999) (VPB 64.25) (zit. Gutachten BJ).

Kommission für Wirtschaft und Abgaben Ständerat (Hrsg.): Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 25.02.2025 (Bern 25. Februar 2025), abgerufen <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20230062>> (zit. Medienmitteilung WAK-SR, 25. Februar 2025).

Kommission für Wirtschaft und Abgaben Ständerat (Hrsg.): Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 28.08.2024 (Bern 28. August 2024), abgerufen von <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20230062>> (zit. Medienmitteilung WAK-SR, 28. August 2024).

Kommission für Wirtschaft und Abgaben Ständerat (Hrsg.): Medienmitteilung der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 02.07.2024 (Bern 02. Juli 2024), abgerufen von <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20230062>> (zit. Medienmitteilung WAK-SR, 02. Juli 2024).

Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren (Hrsg.): Änderung des Bankengesetzes (Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken), Vernehmlassungsstellungnahme (Bern 12. Juni 2023) (zit. Vernehmlassungsstellungnahme FDK).

Reform der Bundesverfassung, AB S 1998 Separatdruck (zit. AB S Verfassungsreform).

Alle angegebenen Internetadressen waren zum Abgabedatum erreichbar.

Erlassverzeichnis

- Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (Heilmittelgesetz, HMG) vom 15. Dezember 2000 (1. Januar 2024) (SR 812.21).
- Bundesgesetz über den eidgenössischen Finanzhaushalt (Finanzhaushaltgesetz, FHG) vom 7. Oktober 2005 (1. September 2023) (SR 611.0).
- Bundesgesetz über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG) vom 3. Oktober 2003 (1. September 2023) (SR 951.11).
- Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 30. September 2022 (1. Oktober 2022) (SR 734.91).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (3. März 2024) (SR 101).
- Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (20. April 1999) (SR 101) (zit. aBV).
- Entwurf Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (6. September 2023), BBI 2023 2166 (zit. E-BankG).
- Verordnung über die Liquidität der Banken und Wertpapierhäuser (Liquiditätsverordnung, LiqV) vom 30. November 2012 (1. Januar 2023) (SR 952.06).
- Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 16. März 2023 (16. März 2023) (SR 952.3).
- Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (1. September 2023) (SR 172.010).

Judikaturverzeichnis

Zitierweise	Datum	Verweis in Fn
Amtlich publizierte Entscheide des Bundesgerichts:		
BGE 38 I 341	10. Juli 1912	61, 64
BGE 48 I 65	30. März 1922	64
BGE 52 I 44	31. März 1926	64
BGE 99 Ia 638	20. Juni 1973	271, 272
BGE 101 Ia 182	17. Juni 1975	184, 209
BGE 104 Ia 113	25. Januar 1978	151, 252
BGE 112 Ia 39	28. Februar 1986	151, 252
BGE 112 Ia 208	17. September 1986	217
BGE 114 Ia 221	8. Dezember 1988	258
BGE 117 Ia 202	29. Mai 1991	219
BGE 121 I 273	5. September 1995	151, 252
BGE 124 I 289	24. August 1998	65, 109, 131, 159, 276
BGE 125 I 449	15. Oktober 1999	58
BGE 126 I 180	29. Juni 2000	182
BGE 128 I 102	30. Januar 2002	275
BGE 130 III 225	8. Dezember 2003	185, 238
BGE 130 I 156	24. April 2004	214, 219, 221
BGE 131 II 271	8. März 2005	65, 109
BGE 131 I 386	18. August 2005	182, 205
BGE 132 II 371	2. Juni 2006	133, 158, 159, 161
BGE 133 I 206	1. Juni 2007	262, 282, 283, 286, 287, 293, 294, 299, 304

BGE 135 I 130	24. Februar 2009	139
BGE 136 I 49	25. September 2009	281
BGE 136 I 65	25. September 2009	271
BGE 137 I 145	21. Dezember 2010	272, 281, 293
BGE 139 II 460	16. August 2013	247
BGE 140 I 176	27. März 2014	65, 109, 178, 179, 212
BGE 141 V 509	27. August 2015	114, 115, 191, 205
BGE 141 I 153	17. September 2015	277
BGE 142 II 182	24. Mai 2016	248
BGE 143 I 220	17. März 2017	177
BGE 143 I 227	17. März 2017	244
BGE 143 II 283	17. März 2017	151, 249, 252, 254, 274, 276
BGE 143 I 272	3. April 2017	214
BGE 145 I 52	5. September 2018	149
BGE 145 II 206	15. Februar 2019	288
BGE 147 I 16	25. März 2020	56, 174
BGE 147 I 136	18. Mai 2020	214, 218
BGE 147 I 73	27. Juli 2020	282
BGE 149 I 91	19. Dezember 2022	214
BGE 149 I 305	22. Juni 2023	146, 147, 150

Nicht amtlich publizierte Entscheide des Bundesgerichts:

BGer 2C_725/2007	2. Oktober 2008	110, 113
BGer 2C_726/2007	2. Oktober 2008	113
BGer 2C_728/2007	2. Oktober 2008	113

BGer 2C_733/2007	2. Oktober 2008	113
BGer 2C_221/2009	21. Januar 2010	156
BGer 2C_1145/2013; 2C_1146/2013	20. September 2014	286
BGer 2C_334/2014	9. Juli 2015	251
BGer 2C_687/2014	28. August 2015	248
BGer 2C_794/2015	22. Februar 2016	126, 129
BGer 2C_875/2016	10. Oktober 2016	156
BGer 2C_573/2016	22. Mai 2017	248
BGer 2C_672/2017	8. Oktober 2018	270
BGer 2C_57/2018	23. Januar 2020	247
BGer 2C_434/2019	17. März 2021	132, 159, 161, 180
BGer 2C_852/2021	10. Dezember 2021	111, 112
BGer 2C_533/2021	23. Juni 2022	281
BGer 2C_737/2022	16. Januar 2023	293
BGer 1C_433/2022	12. Dezember 2023	65, 109

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts:

BVGE 2007/43	14. September 2007	110
BVGer C-1410/2013	23. Februar 2015	116, 193
BVGE 2016/31	19. September 2016	117

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle juristische Praxis
Art.	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
BJ	Bundesamt für Justiz
Botsch.	Botschaft
Bspw.	Beispielsweise
BV	Bundesverfassung
Diss.	Dissertation
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
ELA	Emergency Liquidity Assistance
f.; ff.	Folgende
FDK	Konferenz der kantonalen Finanzdirektorinnen und Finanzdirektoren
FINMA	Schweizerische Finanzmarktaufsicht
FINMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetz
FiREG	Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft
FSB	Financial Stability Board
GesKR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht
Habil.	Habilitation
Hrsg.	Herausgeber/in
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
Kap.	Kapitel
lit.	Litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnote
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannte
SR	Systematische Rechtssammlung
StR	Steuer Revue

URP	Umweltrecht in der Praxis
WAK-SR	Kommission für Wirtschaft und Abgaben Ständerat
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
zit.	Zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

I. Einleitung

Im Rahmen des Massnahmenpakets, welches die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS ermöglichte, führte der Bundesrat am 16. März 2023 die Grundlagen eines Public Liquidity Backstops (PLB) mittels notrechtlicher Verordnung ein.¹ Dadurch konnte er Liquiditätshilfedarlehen der SNB mit einer Ausfallgarantie absichern und so dazu beitragen, die Liquiditätsversorgung der gefährdeten Bank aufrechtzuerhalten.² Im Nachgang an die Bewältigung der Credit Suisse Übernahme soll dieses Instrument der Finanzmarktregulierung nun ins ordentliche Recht überführt werden.³ Aus der Vernehmlassung ging als Hauptanliegen hervor, dass der Eindruck «Gewinnchancen privat, Verlustrisiken dem Staat» durch die Einführung eines Abgeltungsmechanismus zugunsten des Bundes zu vermeiden sei.⁴

Art. 32c E-BankG trägt diesem Anliegen Rechnung und normiert eine Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie (Abgeltungspauschale). Aufgrund deren unbestimmten Bezeichnung sowie der relativ kurzen verfassungsrechtlichen Einordnung in der Botschaft⁵ verbleiben offene Fragen bezüglich der abgaberechtlichen Natur und der Verfassungskonformität dieser Pauschale. In Anbetracht des laufenden Gesetzgebungsverfahrens erweist sich insbesondere die Beurteilung der Verfassungskonformität als relevant. Trotz dieser Relevanz hat sich die Lehre bisher nur oberflächlich zu dieser Pauschale geäussert⁶ und auch die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht mit vergleichbaren Abgaben auseinandergesetzt.

Die vorliegende Arbeit hat sich zum Ziel gesetzt, diese Forschungslücke durch Untersuchung der folgenden Forschungsfrage zu adressieren: «Ist die Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie verfassungskonform?». Aus Platzgründen beschränkt sich die vorliegende Arbeit auf eine Beurteilung der Abgeltungspauschale aus abgaberechtlicher Perspektive. Eine Betrachtung anderer Rechtsgebiete oder Bestandteile des Gesetzesentwurfs ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

¹ Siehe hierzu Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquiditätshilfedarlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 16. März 2023 (16. März 2023) (SR 952.3).

² Medienmitteilung Vernehmlassung BankG.

³ Medienmitteilung Vernehmlassung BankG.

⁴ Medienmitteilung Botschaft BankG; siehe ursprünglich in Vernehmlassungsstellungnahme FDK.

⁵ Botsch. BankG, 82.

⁶ Siehe bspw. LEISINGER/HULMANN, 14 f.

Zur Bearbeitung der Forschungsfrage erfolgt erst eine kurze Einführung zum PLB und der Abgeltungspauschale,⁷ bevor diese in das System der öffentlichen Abgaben eingeordnet wird. Basierend darauf werden sodann die Anforderungen an eine verfassungsmässige Erhebung der Abgeltungspauschale festgelegt. Die Arbeit schliesst mit einer Stellungnahme zur Natur der Abgeltungspauschale und deren Vereinbarkeit mit den verfassungsmässigen Anforderungen an die Abgabenerhebung.

⁷ Die Ausführungen in diesem Abschnitt wurden im Rahmen der Veröffentlichung der vorliegenden Arbeit auf den Stand vom 25. Februar 2025 aktualisiert.

II. Grundlagen des Public Liquidity Backstops

Der PLB ist eine Form der Liquiditätssicherung systemrelevanter Banken durch die SNB im Rahmen ihrer Funktion als Kreditgeberin letzter Instanz (sog. *Lender of Last Resort*). Dabei gewährt die SNB der betroffenen Bank Liquiditätshilfedarlehen, welche durch Ausfallgarantien des Bundes abgesichert sind. Der PLB gelangt subsidiär zum Einsatz, wenn die zur Verfügung stehende Liquidität der Bank selbst und die Möglichkeit der SNB zur Bereitstellung ausserordentlicher Liquiditätshilfen gegen ausreichende Sicherheiten zur Deckung der finanziellen Verpflichtungen der Bank nicht ausreichen. Auf die Entstehungsgeschichte und Funktionsweise des PLB ist in der Folge vertieft einzugehen.

A. Entstehungsgeschichte des Public Liquidity Backstops in der Schweiz

Der Bundesrat hat bereits am 11. März 2022 die Leitlinien zur Einführung eines PLB als Instrument der Liquiditätssicherung für systemrelevante Banken beschlossen und das EFD mit der Ausarbeitung einer Vernehmlassungsvorlage bis zur Mitte des Jahres 2023 beauftragt.⁸ Im Rahmen des Massnahmenpakets rund um die Übernahme der Credit Suisse durch die UBS führte der Bundesrat den PLB am 16. März 2023, gestützt auf Art. 184 Abs. 3 und Art. 185 Abs. 3 BV, als notrechtliche Verordnung ein.⁹

Um die Bestimmungen in Art. 7d Abs. 2 RVOG einzuhalten und die Überführung des PLB in ordentliches Recht anzustossen, verabschiedete der Bundesrat im September 2023 die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes.¹⁰ Zuvor hatte das EFD eine Vernehmlassung durchgeführt, in welcher 57 Stellungnahmen erfolgten.¹¹

Die Vorlage des Bundesrats stiess in der Vernehmlassung mehrheitlich auf Zustimmung.¹² In- des forderten 16 Vernehmlassungsteilnehmer die Einführung eines Mechanismus zur Abgel- tung des Risikos, welches der Bund aufgrund der von ihm allfällig gewährten Ausfallgaran- tien für Liquiditätshilfedarlehen übernimmt.¹³ Dabei sei der Eindruck «Gewinnchancen privat, Verlustrisiken dem Staat» zu vermeiden.¹⁴ Verschiedene Teilnehmer führen weiter aus, dass

⁸ Medienmitteilung Einführung PLB; siehe mit einer Erklärung für die im internationalen Vergleich späte Einführung des PLB PUK Bericht, 114 ff.

⁹ Botsch. BankG, 8; Siehe Verordnung über zusätzliche Liquiditätshilfe-Darlehen und die Gewährung von Ausfallgarantien des Bundes für Liquidi- tätshilfe-Darlehen der Schweizerischen Nationalbank an systemrelevante Banken vom 16. März 2023 (16. März 2023) (SR 952.3).

¹⁰ Botsch. BankG, 11.

¹¹ Vernehmlassungsbericht, 3.

¹² Vernehmlassungsbericht, 4.

¹³ Vernehmlassungsbericht, 4.

¹⁴ Ursprünglich in Vernehmlassungsstellungnahme FDK.

dieser Abgeltungsmechanismus, parallel zur gängigen Praxis bei der Staatsgarantie von Kantonalbanken, in Form einer *ex-ante*-Pauschale auszugestalten sei, um der präventiven Wirkung des PLB Rechnung zu tragen und Fehlanreize zu vermeiden.¹⁵

Um diesem Hauptkritikpunkt aus der Vernehmlassung Rechnung zu tragen, wurde dem Entwurf ein Art. 32c hinzugefügt, welcher die *ex-ante*-Pauschale zur Abgeltung des Risikos normiert.¹⁶ Des Weiteren soll damit dem Problem der Wettbewerbsverzerrung Rechnung getragen werden, welches ebenfalls in der Vernehmlassung aufkam.¹⁷ Auf die konkrete Funktionsweise dieser *ex-ante*-Pauschale ist in Kap. II.C einzugehen.

Nachdem ursprünglich erwartet worden war, dass die Vorlage zur Einführung des PLB bereits in der Sommersession 2024 im Parlament behandelt würde,¹⁸ steht derzeit die Beratung durch die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerats weiter aus.¹⁹ Im August 2024 hat die Kommission ihre Beratung erneut sistiert, um den Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission «Geschäftsführung der Behörden – CS-Notfusion» abzuwarten, der Ende 2024 erschienen ist.²⁰ Nach der Einsichtnahme in den PUK Schlussbericht und einer Anhörung von Expertinnen und Experten beschloss die Kommission sodann einstimmig, die Beratung des PLB bis zum Erscheinen der Ende 2026 erwarteten Botschaft des Bundesrats zur Anpassung der Too-big-to-fail-Regulierung abermals zu sistieren.²¹ Die hier relevanten Aspekte der Abgeltung des Bundes durch die betroffenen Banken wurden noch nicht behandelt.²²

B. Funktionsweise

Der PLB stellt ein international anerkanntes Instrument zur Liquiditätsversorgung systemrelevanter Banken dar²³ und wird in seinen konzeptionellen Grundzügen durch die Guiding Principles des FSB konkretisiert.²⁴ Der Schweizer Entwurf sieht dabei vor, dass die SNB der liquiditätsarmen Bank ein Darlehen gewährt, welches durch eine Ausfallgarantie des Bundes

¹⁵ Vernehmlassungsbericht, 6.

¹⁶ Botsch. BankG, 19.

¹⁷ Vernehmlassungsbericht, 6; Siehe zur Umsetzung Botsch. BankG, 46.

¹⁸ BÖSCH/WERLEN, 11.

¹⁹ Medienmitteilung WAK-SR, 28. August 2024.

²⁰ Medienmitteilung WAK-SR, 28. August 2024; siehe PUK Schlussbericht im Allgemeinen und betreffend PLB im Besonderen 96 ff.

²¹ Medienmitteilung WAK-SR, 25. Februar 2025.

²² Medienmitteilung WAK-SR, 02. Juli 2024.

²³ Für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf alle Banken SCHILTKNECHT, Risiken, Fn 38.

²⁴ FSB, Guiding Principles, 11 ff.

gedeckt ist. Im Umfang dieser Ausfallgarantie verpflichtet sich der Bund, einen allfälligen definitiven Verlust der SNB aus diesen gesicherten Darlehen nach einem Bankenkursverfahren zu übernehmen.²⁵ Der Bund trägt daher das Ausfallrisiko dieser Darlehen.

In Übereinstimmung mit den Vorgaben des FSB ist der PLB in der Schweiz als Massnahme bei Insolvenzgefahr zu betrachten und ordnet sich dementsprechend in die Gesetzessystematik ein.²⁶ Dies impliziert, dass der PLB nur bei Erfüllen der Voraussetzungen in Art. 25 BankG, das heisst bei drohender Insolvenzgefahr, zur Anwendung kommen kann.²⁷

Zudem ergeben sich aus Art. 32a Abs. 3 E-BankG zusätzliche Voraussetzungen, wonach ein PLB nur zur Anwendung gelangen kann, wenn:

- alle anderen Finanzierungsquellen der betroffenen Bank ausgeschöpft sind (lit. a);²⁸
- die FINMA ein Sanierungsverfahren eingeleitet hat oder ein solches kurz bevorsteht (lit. b);
- die Solvenz der betroffenen Bank gewährleistet oder durch einen Sanierungsplan wiederherstellbar ist (lit. c);
- ohne PLB eine erhebliche Schädigung der Schweizer Volkswirtschaft und des schweizerischen Finanzsystems droht (lit. d); und
- die Massnahme für die Sanierung geeignet sowie erforderlich ist (lit. e).²⁹

Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, kann der Bund gegenüber der SNB Ausfallgarantien gewähren, welche ihr zur Sicherung von Liquiditätshilfedarlehen an betroffene Banken dienen. Wie in Art. 32a Abs. 4 E-BankG festgehalten und bereits durch den Begriff «kann» in Abs. 1 impliziert, besteht kein Rechtsanspruch der betroffenen Bank auf die Gewährung eines PLB.

Die Höhe einer solchen Ausfallgarantie im Rahmen des PLB ist nicht vorbestimmt, um den handelnden Parteien die notwendige Flexibilität einzuräumen, adäquat auf ein konkretes

²⁵ Art. 32a Abs. 2 E-BankG.

²⁶ Art. 32a E-BankG wird dem elften Abschnitt *Massnahmen bei Insolvenzgefahr* hinzugefügt.

²⁷ Siehe hierzu auch Art. 32a Abs. 3 lit. b E-BankG.

²⁸ Namentlich dürfen der systemrelevanten Bank keine eigenen Mittel (erste Verteidigungslinie) oder ausreichende Sicherheiten zur Beantragung ausserordentlicher Liquiditätshilfe der SNB (zweite Verteidigungslinie; sog. ELA nach Art. 5 Abs. 2 lit. e i.V.m. Art. 9 Abs. 1 lit. e NBG) zur Verfügung stehen. Der PLB bildet damit eine dritte, gegenüber den anderen Finanzierungsmöglichkeiten subsidiäre Verteidigungslinie. Siehe zu den drei Verteidigungslinien bspw. SCHILTKNECHT, Liquiditätsgesetzgebung, 494 ff.

²⁹ Es wird weder aus dem Entwurf noch aus der Botschaft ersichtlich, weshalb die Zumutbarkeit als drittes Element der Verhältnismässigkeit hier nicht aufgeführt ist; siehe allgemein zur Verhältnismässigkeit bspw. HÄFELIN/MÜLLER/ÜHLMANN, § 8.

Krisenszenario reagieren zu können.³⁰ Der Bundesrat hat jedoch den Verpflichtungskredit für die Ausfallgarantie im Dringlichkeitsverfahren nach Art. 21 Abs. 4 lit. e i.V.m. Art. 28 FHG der parlamentarischen Finanzdelegation zur Zustimmung zu unterbreiten.³¹

Allein die Möglichkeit der Gewährung eines PLB ist grundsätzlich geeignet, Fehlanreize zu setzen und eine *Moral Hazard*-Problematik zu begründen, indem eine Bank im Vertrauen auf eine staatliche Rettung zu unvorsichtigerem Handeln verleitet werden könnte.³² Diesen Fehlanreizen soll durch die stetig zu erfüllenden Liquiditätsanforderungen der LiqV, die Erhebung einer risikobasierten *ex-ante*-Pauschale, verschiedene strafbewährte Auflagen während der Inanspruchnahme, Massnahmen im Bereich der Vergütung der Bankkader sowie die Verwendung angemessener Zinsen und Prämien entgegengewirkt werden.³³

Während der Laufzeit des PLB fallen für die betroffene Bank die in Art. 32d E-BankG normierten Prämien und Gebühren an. Gemäss Abs. 1 schuldet die Bank dem Bund eine Bereitstellungsprämie für die Gewährung einer Ausfallgarantie, unabhängig von der Beanspruchung eines Darlehens.³⁴ Der Bund und die SNB haben nach Abs. 2 überdies Anspruch auf eine Risikoprämie zur Abgeltung des mit der Gewährung des PLB verknüpften Risikos. Schliesslich hält Abs. 3 fest, dass die SNB Anspruch auf eine Verzinsung des gewährten Darlehens hat. Diese Prämien und Gebühren sollen auch einen Anreiz zur schnellen Rückzahlung und Beendigung des PLB durch die Bank schaffen.³⁵ Davon zu unterscheiden ist die dem Bund geschuldete Abgeltungspauschale, auf die im Folgenden näher eingegangen wird.

C. Abgeltungspauschale im Besonderen

Der im Anschluss an die Vernehmlassung vorgeschlagene Art. 32c E-BankG verpflichtet die Banken zur Leistung der Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie. Diese Pauschale dient der Abgeltung des Risikos, welches der Bund durch allfällige Bereitstellung von Ausfallgarantien eingeht, sowie der Vermeidung allfälliger Wettbewerbsverzerrungen.³⁶ Zur Hervorhebung dieses Abgeltungsmechanismus und der

³⁰ Botsch. BankG, 31.

³¹ Art. 32b E-BankG.

³² Botsch. BankG, 22.

³³ Botsch. BankG, 31 f.

³⁴ Botsch. BankG, 48 f.

³⁵ Botsch. BankG, 48 f.

³⁶ Siehe hierzu ausführlich Kap. II.A.

begrifflichen Vereinfachung wird nachfolgend der Begriff «Abgeltungspauschale» zur Beschreibung dieser *ex-ante*-Pauschale verwendet.

Der aktuelle Entwurf umschreibt die Ausgestaltung der Abgeltungspauschale wie folgt:³⁷

«Art. 32c Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie

1 Der Bund erhebt von den Banken, die systemrelevant oder Teil einer systemrelevanten Finanzgruppe sind, jährlich eine Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie.

2 Die Pauschale entspricht dem Produkt aus einem einheitlichen Bemessungssatz und einer für jede Bank nach Absatz 1 berechneten Bemessungsgrundlage. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

3 Bei der Regelung des einheitlichen Bemessungssatzes berücksichtigt der Bundesrat insbesondere:

- a. das Verlustrisiko aus einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie für Liquiditätshilfe-Darlehen der Nationalbank im langjährigen Durchschnitt; und*
- b. die Geschäftsergebnisse der Banken nach Absatz 1.*

4 Bei der Regelung der Bemessungsgrundlagen für die einzelnen Banken berücksichtigt er insbesondere:

- a. das Gesamtengagement im Sinne des Basler Mindeststandards je Bank unter Abzug folgender Elemente:*
 - 1. der regulatorischen Eigenmittel,*
 - 2. der qualitativ hochwertigen, liquiden Aktiva, und*
 - 3. der für die ausserordentliche Liquiditätshilfe der Nationalbank vorbereiteten Sicherheiten nach Abzug von Risikowertabschlägen;*
- b. Besonderheiten kantonaler Staatsgarantien.*

5 Massgebend für die Berechnung der Pauschale ist der bankspezifische Jahresdurchschnittswert der vierteljährlich berechneten Bemessungsgrundlage.

6 Die Pauschale entfällt ab dem Zeitpunkt, ab dem eine Bank nach Absatz 1 eine Prämie nach Artikel 32d Absatz 1 zu leisten hat.»

Abs. 1 nennt Zweck der Abgeltungspauschale, der gemäss Gesetzestext in der Entschädigung des Risikos einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie liegt. Die von Vernehmlassungsteilnehmern geforderte Vermeidung allfälliger Wettbewerbsverzerrung,³⁸ findet sodann nur Eingang in die Botschaft.³⁹ Abs. 1 normiert darüber hinaus, in Übereinstimmung mit dem Anwendungsbereich des PLB,⁴⁰ dass nur systemrelevante Banken oder Banken die Teil einer

³⁷ Art. 32c E-BankG.

³⁸ Siehe hierzu oben Kap. II.A.

³⁹ Botsch. BankG, 46.

⁴⁰ Art. 32a E-BankG; siehe hierzu oben Kap. II.B.

systemrelevanten Finanzgruppe sind, die Abgeltungspauschale zu entrichten haben. Schliesslich ergibt sich aus der Botschaft zu Abs. 1, dass die Erlöse der Abgeltungspauschale dem allgemeinen Bundeshaushalt zugutekommen und damit nicht zweckgebunden sind.

Abs. 2 bis 5 befassen sich mit der Bemessung der Abgeltungspauschale. Deren Höhe ergibt sich aus dem Produkt eines für alle Abgabepflichtigen einheitlichen Bemessungssatzes und einer bankenspezifischen Bemessungsgrundlage. Der in Abs. 3 normierte Bemessungssatz soll das Verlustrisiko aus einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie im langjährigen Durchschnitt berücksichtigen (lit. a) und gleichzeitig vor dem Hintergrund der Geschäftsergebnisse der Banken tragbar sein (lit. b).⁴¹ Durch diesen Bezug zum Geschäftsergebnis der Banken sollen allfällige Wettbewerbsvorteile ausgeglichen werden, ohne dass den betroffenen Banken Wettbewerbsnachteile entstehen.⁴² Die bankenspezifische Bemessungsgrundlage gemäss Abs. 4 soll dem Risiko der unterschiedlichen Geschäftsmodelle sowie der vorhandenen Liquidität Rechnung tragen.⁴³ Für diese Berechnung stellt der Entwurf auf das Gesamtengagement einer Bank im Sinne der Basler Mindeststandards ab⁴⁴ und subtrahiert davon die in Abs. 4 lit. a genannten Positionen. Die Bemessungsgrundlage soll eine potenzielle Obergrenze des Bedarfs an ausfallgesicherten Liquiditätshilfedarlehen approximieren.⁴⁵

Die Einzelheiten der Bemessung sind durch den Bundesrat festzulegen. Im Ergebnis soll die Pauschale das Risiko des Bundes abgelten und allfällige Wettbewerbsvorteile der Banken ausgleichen, ohne die Banken übermässig zu belasten.⁴⁶ Die Botschaft rechnet mit einem Bemessungssatz zwischen 0,005 und 0,015 Prozent und einem Ertrag von rund CHF 70-120 Millionen.⁴⁷ Im Vergleich zur Bereitstellungsprämie, die, wie erwähnt, erst bei Gewährung der Ausfallgarantie geschuldet ist,⁴⁸ fällt die Abgeltungspauschale tiefer aus.⁴⁹

Schliesslich ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass das FiREG mit der Bereitstellungspauschale in Art. 18 eine Abgabe normiert, die in ihrer Ausgestaltung der

⁴¹ Botsch. BankG, 46 f.

⁴² Botsch. BankG, 47.

⁴³ Botsch. BankG, 47.

⁴⁴ Das Gesamtengagement umfasst die Bilanzpositionen, Derivate, die Securities Financing Transactions (SFT) sowie die Ausserbilanzposten der Bank; siehe hierzu Basler Mindeststandards, LEV 20.5.

⁴⁵ Botsch. BankG, 47.

⁴⁶ Botsch. BankG, 47.

⁴⁷ Botsch. BankG, 47.

⁴⁸ Siehe hierzu oben Kap. II.B.

⁴⁹ Botsch. BankG, 48.

Abgeltungspauschale ähnelt. Da die Verfassungskonformität der Bereitstellungspauschale des FiREG soweit ersichtlich ebenfalls in der Lehre und im Gesetzgebungsprozess nicht weiter untersucht wurde, lässt sich daraus für die vorliegende Arbeit nichts ableiten.⁵⁰

⁵⁰ So äussert sich insbesondere auch die Botschaft nicht zur Verfassungsmässigkeit der Bereitstellungspauschale (siehe Botsch. FiREG); siehe zum FiREG allgemein APPENZELLER, 180 ff.

III. Abgeltungspauschale im System der öffentlichen Abgaben

In einem nächsten Schritt ist die Abgeltungspauschale in das System der öffentlichen Abgaben einzuordnen. Dazu erfolgt zunächst eine theoretische Darstellung der Kategorisierung der öffentlichen Abgaben.

A. Einteilung der öffentlichen Abgaben

Der Oberbegriff der öffentlichen Abgaben umfasst nach neuerer Lehre Geldleistungen, die das Gemeinwesen gestützt auf öffentliches Recht natürlichen und juristischen Privatpersonen auferlegt.⁵¹ Damit grenzt sich dieser Begriff von den Naturallasten, welche auf persönlichen Leistungen von Individuen beruhen,⁵² sowie den privatrechtlichen Schuldverhältnissen gegenüber dem Gemeinwesen ab.⁵³ Schliesslich existieren auch Geldleistungen zugunsten des Gemeinwesens, welche die dargelegte Definition zwar erfüllen, klassischerweise aber nicht zu den öffentlichen Abgaben gezählt werden – ein vielzitiertes Beispiel hierfür sind Bussgelder.⁵⁴

Die öffentlichen Abgaben werden von Lehre und Rechtsprechung in verschiedene Kategorien unterteilt. Zumindest die Unterscheidung⁵⁵ in Steuern, Kausalabgaben und reine Lenkungsabgaben scheint in der Lehre und Rechtsprechung mehrheitlich anerkannt.⁵⁶ Dabei besteht kein *numerus clausus* der Abgabearten und die Legislative ist nicht an die von der Lehre entwickelte Klassifizierung gebunden.⁵⁷ Die Legislative ist folglich im Rahmen ihrer Zuständigkeit und der verfassungsmässigen Schranken frei, neue Abgaben zu normieren, die sich nicht in diese Klassifizierung einordnen lassen.⁵⁸ Die von der Lehre entwickelte Klassifizierung ist dennoch nicht nur dogmatischer Natur. Die Zuteilung zu den verschiedenen Abgabearten hat mitunter Einfluss auf die erforderliche Kompetenzgrundlage, die zu beachtenden Bemessungsgrundsätze, die Strenge des Legalitätsprinzips und verschiedene weitere Bestimmungen.⁵⁹ Im Folgenden ist einzeln auf die genannten Arten öffentlicher Abgaben einzugehen.

⁵¹ BLUMENSTEIN/LOCHER, 1; HÖHN/WALDBURGER, 3; OBERSON, 3; Siehe zu früheren Begriffsverständnissen und zur Entwicklung des zweckneutralen Begriffs der öffentlichen Abgaben AUER, 20 ff.

⁵² MEIER-MAZZUCATO, 12 ff.

⁵³ BLUMENSTEIN/LOCHER, 1.

⁵⁴ Siehe mit weiteren Beispielen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2754; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1585.

⁵⁵ Siehe zur Abgrenzung zwischen diesen Abgabearten und der Anerkennung weiterer möglicher Kategorien unten Kap. III.A.1.b).

⁵⁶ BGE 147 I 16 E. 3.2; m.w.H. BLUMENSTEIN/LOCHER, 11 f.; kritisch gegenüber den reinen Lenkungsabgaben OBERSON, 6 f.

⁵⁷ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1588 f.

⁵⁸ BGE 125 I 449, E. 2b.

⁵⁹ Siehe mit Beispielen TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1589; WALDMANN/WIEDERKEHR, 375 f.

1. Steuern

a) Begriff der Steuer

Die Bundesverfassung enthält keine ausdrückliche Definition des Steuerbegriffs. Dieser gibt daher auch schon seit geraumer Zeit Anlass zu Meinungsverschiedenheiten in der Schweizer Verwaltungs- und Steuerrechtslehre.⁶⁰ Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Frage nach der Definition des Steuerbegriffs, von der Frage zu unterscheiden, wie weit dieser auszulegen ist.

Traditionell wurden Steuern als voraussetzungslos geschuldete Abgabe beschrieben.⁶¹ LOCHER/MÜLLER verstehen darunter, «dass –abgesehen von der Unterwerfung eines Subjekts unter die Steuerhoheit eines bestimmten Gemeinwesens – keine weiteren tatsächlichen Erfordernisse bzw. ‹besonderen Voraussetzungen› für die Steuererhebung notwendig sind».⁶² AUER, der sich ausführlich mit dem Begriff und dessen Entwicklung in der früheren Lehre auseinandersetzt, sieht die Bedeutung der Voraussetzungslosigkeit darin, «dass der Steuereingriff gegenüber dem Pflichtigen durch keine besonderen Umstände, keine besonderen Gründe gerechtfertigt werden kann als durch die schlichte Tatsache, mit der Geldleistung ‹an die allgemeinem Wohle der Gesellschaft dienenden Staatsaufgaben› beizutragen».⁶³

Demgegenüber sah das Bundesgericht in seiner früheren Rechtsprechung die Bedeutung der Voraussetzungslosigkeit darin, dass Steuern «voraussetzungslose, d.h. an keine bestimmte Gegenleistung des Staates geknüpfte öffentlichrechtliche Abgabe[n]» sind.⁶⁴ Auch in seiner heutigen Rechtsprechung scheint das Austauschverhältnis zwischen Gegenleistung und Abgabepflicht dem Begriff der Voraussetzungslosigkeit zugrunde zu liegen. So schreibt es, Abgaben seien voraussetzungslos geschuldet, wenn sie «unabhängig vom konkreten Nutzen oder vom konkreten Verursacheranteil der pflichtigen Person» erhoben werden.⁶⁵ Schliesslich messen verschiedene Lehrmeinungen dem Begriff der Voraussetzungslosigkeit eine ähnliche Bedeutung bei wie das Bundesgericht, indem sie das Fehlen einer (Gegen-)Leistung des Gemeinwesens als wichtigstes Begriffsmerkmal der Voraussetzungslosigkeit hervorheben.⁶⁶ Das

⁶⁰ Siehe bspw. die Uneinigkeiten zwischen VALLENDER, Kausalabgaberecht, 30 ff. und AUER, 28 ff. oder neuerdings im Verwaltungsrecht HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2830 und TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1590.

⁶¹ In der frühen bundesgerichtlichen Rechtsprechung bspw. BGE 38 I 341 E. 1; zur Entwicklung in der Lehre ausführlich LOCHER/MÜLLER, Haushaltsabgabe, 461 f.; LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 643 f.; AUER, 28 ff.

⁶² Mit ausführlichen Hinweisen auf die zustimmende Literatur LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 643.

⁶³ AUER, 62.

⁶⁴ BGE 38 I 341 E. 1; BGE 48 I 65 E. 5; BGE 52 I 44 E. 3.

⁶⁵ BGE 140 I 176 E. 5.2; BGE 131 II 271 E. 5.3; BGE 124 I 289 E. 3.b); zuletzt auch BGer 1C_433/2022, vom 12. Dezember 2023, E. 6.2.

⁶⁶ KELLER/HAUSER, 805; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1590; HÄNER, 3.

Bundesgericht und die erwähnte Lehre scheinen somit zur Beschreibung des Steuerbegriffs in erster Linie auf das Austauschverhältnis zwischen abgabepflichtiger Person und Gemeinwesen und weniger auf die Voraussetzungen der Steuererhebung abzustellen.

VALLENDER geht einen Schritt weiter und beschreibt die fehlende Gegenleistung nicht nur als zentrales Begriffsmerkmal der Voraussetzungslosigkeit, sondern hebt sie als begriffsbestimmend für den Steuerbegriff selbst hervor.⁶⁷ Weiter bezeichnet er die Beschreibung von Steuern als voraussetzungslos geschuldete Abgaben als unzweckmässig und sogar irreführend, da sie fälschlicherweise impliziere, die Steuererhebung sei nicht an weitere rechtliche Voraussetzungen geknüpft.⁶⁸

Diese dargelegte Kritik wurde in der Folge von verschiedenen Lehrmeinungen übernommen⁶⁹ und überzeugt in mehrfacher Hinsicht. Erstens erscheint es tatsächlich missverständlich eine Abgabe, welche die Unterwerfung unter die Gebietshoheit des Gemeinwesens und die Erfüllung eines gesetzlichen Steuererhebungstatbestands voraussetzt, als voraussetzungslos zu bezeichnen. Zweitens erscheint der Begriff der Voraussetzungslosigkeit insofern unangemessen, als dass zahlreiche Lehrmeinungen und auch das Bundesgericht seine eigentliche Bedeutung nicht an Voraussetzungen, sondern an der Verknüpfung mit einer Gegenleistung des Gemeinwesens festmachen.

Dieser Kritik folgend fordert ein Teil der Lehre, bei der Beschreibung des Steuerbegriffs die Voraussetzungslosigkeit durch die Gegenleistungslosigkeit zu ersetzen.⁷⁰ HÖHN/WALDBURGER verstehen darunter, dass der Steuererhebung keine der abgabepflichtigen Person zurechenbare Gegenleistung gegenüberstehe und die Steuer allein aufgrund der rechtlichen Zugehörigkeit zu einem Gemeinwesen geschuldet sei, unabhängig davon, ob die steuerpflichtige Person die damit finanzierten Leistungen tatsächlich in Anspruch nehme oder nicht.⁷¹ Der Begriff der Gegenleistungslosigkeit sei treffender, da er die Zurechenbarkeit einer staatlichen Gegenleistung als zentrales Abgrenzungskriterium zu den Kausalabgaben hervorhebe.⁷²

⁶⁷ VALLENDER, Kausalabgaberecht, 30 ff.

⁶⁸ VALLENDER, Kausalabgaberecht, 32.

⁶⁹ HUNGERBÜHLER, 507; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2830; WALDMANN/WIEDERKEHR, 376 f.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 11.

⁷⁰ HETTICH/WETTSTEIN, 547; HÖHN/WALDBURGER, 5; MEIER-MAZZUCATO, 643; REICH, Steuerrecht, 13; WALDMANN/WIEDERKEHR, 376 f.

⁷¹ HÖHN/WALDBURGER, 5; darauf aufbauend auch HETTICH/WETTSTEIN, 547.

⁷² VALLENDER, Kausalabgaberecht, 31 f.; mit einer ausführlichen Begründung, weshalb die Zurechenbarkeit einer Gegenleistung das zentrale Abgrenzungskriterium darstellt WIEDERKEHR/SOHI-HÖCHNER, 1133 ff.

LOCHER/MÜLLER kritisieren dabei, dass der Begriff der Gegenleistungslosigkeit die Steuermoral untergrabe, da er fälschlicherweise suggeriere, die Steuerpflichtigen würden für die Erfüllung ihrer Steuerpflicht gar keine Gegenleistung erhalten.⁷³ Diese Kritik ist berechtigt und zeigt, dass auch der Begriff der Gegenleistungslosigkeit nicht frei von potentiellen Missverständnissen ist. Allerdings erscheint das Potential für Missverständnisse im Vergleich zur Voraussetzungslosigkeit deutlich geringer. Zudem überzeugt die Gegenleistungslosigkeit im Vergleich zur Voraussetzungslosigkeit durch ihren höheren Erklärungswert, indem sie auf ein zentrales Abgrenzungskriterium der Einordnung öffentlicher Abgaben abstellt.

Verschiedene Lehrmeinungen bezeichnen die Steuer auch als abstrakte Schuld, der diverse unbestimmte, nicht individuell-zurechenbare Gegenleistungen des Gemeinwesens gegenüberstehen.⁷⁴ Dieser Begriff geht wohl auf GYGI zurück, der in ähnlicher Weise die Voraussetzungslosigkeit kritisiert und sie als «zwar sachlich nicht falsch, sicher aber ohne fassbaren Sinninhalt und daher zugleich einigermassen missverständlich» bezeichnet.⁷⁵ Dieser Begriff ist zwar weniger missverständlich als die Voraussetzungs- und Gegenleistungslosigkeit, greift aber zur Abgrenzung der Steuern von anderen öffentlichen Abgaben wiederum auf die Gegenleistung des Gemeinwesens zurück und weist daher einen geringen eigenständigen Erklärungswert auf. Er ist daher der Gegenleistungslosigkeit nicht vorzuziehen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Begriff der Gegenleistungslosigkeit, trotz seiner möglichen Missverständlichkeit, aufgrund seines hohen Erklärungswertes und der Orientierung am Grad der Zurechenbarkeit einer staatlichen Gegenleistung als Abgrenzungskriterium zu den Kausalabgaben am besten geeignet ist den Steuerbegriff zu präzisieren. Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit sind Steuern demnach gegenleistungslos geschuldete Abgaben.

b) Umfang des Steuerbegriffs

In einem zweiten – von der zuvor erörterten Definition des Steuerbegriffs zu unterscheidenden – Schritt ist nun zu untersuchen, wie weit der Steuerbegriff auszulegen ist. Der Umfang des Steuerbegriffs hat einen wesentlichen Einfluss auf die Einteilung der öffentlichen Abgaben und damit die erforderliche Kompetenz zur Abgabenerhebung, die anwendbaren Bemessungsgrundsätze, die Strenge des Legalitätsprinzips und verschiedene weitere

⁷³ LOCHER/MÜLLER, Haushaltsabgabe, 462 f.

⁷⁴ Bspw. TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1590; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 12; WALDMANN/WIEDERKEHR, 378 f.

⁷⁵ GYGI, 265 f.

Bestimmungen.⁷⁶ Der Umfang des Steuerbegriffs ist daher von hoher Relevanz und in der Lehre stark umstritten.⁷⁷ Im Wesentlichen bestehen die folgenden beiden Ansätze.

aa) Weiter Steuerbegriff

Einerseits setzt sich eine Lehrmeinung für einen weiten Steuerbegriff ein.⁷⁸ Dieses Modell basiert auf einem weiten Verständnis der Gegenleistungslosigkeit, wonach in jedem Fall, in dem keine *individuell* zurechenbare Gegenleistung des Gemeinwesens vorliegt, grundsätzlich von einer Steuer auszugehen ist.⁷⁹ Damit grenzen sich die Steuern von anderen öffentlichen Abgaben negativ ab und es entsteht ein bipolares System, in welchem eine Abgabe entweder mit einer individuell zurechenbaren Gegenleistung des Gemeinwesens verbunden ist und somit eine Kausalabgabe darstellt oder andernfalls eine Steuer vorliegt.⁸⁰ Dabei räumt bereits VALLENDER ein, dass dieses bipolare System nicht lückenlos sei und eine Zuordnung der öffentlichen Abgaben, insbesondere in Grenzfällen, nicht wertungsfrei möglich sei.⁸¹ Dennoch könne dieses bipolare Modell als wertvoller Ausgangs- und Orientierungspunkt bei der Einteilung öffentlicher Abgaben dienen.⁸²

LOCHER/MÜLLER kritisieren dieses System als «zu starr, um sämtlichen Erscheinungsformen öffentlicher Abgaben gerecht zu werden»⁸³ und begründen dies an anderer Stelle damit, dass es die stark variierende Zurechenbarkeit staatlicher Gegenleistungen nicht passend abbilden könne.⁸⁴ AUER bemängelt gar, dieses System führe dazu, dass «das Abgaberecht der Chance einer sinnvollen Weiterentwicklung beraubt» werde.⁸⁵ Auf diese Kritik ist zurückzukommen.

⁷⁶ Siehe hierzu bereits oben Fn 59.

⁷⁷ Ausführlich LOCHER/MÜLLER, Haushaltsabgabe, 461 ff.

⁷⁸ BEUSCH, Benutzungsgebühren, 42 f.; HÖHN/WALDBURGER, 5 ff.; HETICH/WETTSTEIN, 545 ff.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 11 ff.; HUNGERBÜHLER, 505 ff.; WYSS, 6 ff.; REICH, Steuerrecht, 19; BÖCKLI, 196 f.; VALLENDER, Kausalabgaberecht, 29 ff.; OBERSON/HOTTELIER, 55 ff.

⁷⁹ So ausdrücklich HÖHN/WALDBURGER, 8; Die neue Lehre anerkennt indes die reine Lenkungsabgabe mehrheitlich als eigenständige Art der öffentlichen Abgaben unabhängig von der Zurechenbarkeit einer Gegenleistung des Gemeinwesens auch im bipolaren Modell der öffentlichen Abgaben (bspw. WIEDERKEHR, Sonderabgaben, 59; siehe ausführlich zur Einordnung von Lenkungsabgaben BEUSCH, Lenkungsabgaben, 99 ff.; a.M. OBERSON, 6 f.).

⁸⁰ VALLENDER, Kausalabgaberecht, 33.

⁸¹ VALLENDER, Kausalabgaberecht, 33 ff.; siehe ebenfalls mit Limitationen des bipolaren Modells BEUSCH, Benutzungsgebühren, 42; HUNGERBÜHLER, 507.

⁸² VALLENDER, Kausalabgaberecht, 34 f.; BEUSCH, Benutzungsgebühren, 42 f.

⁸³ LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 644.

⁸⁴ LOCHER/MÜLLER, Haushaltabgabe, 464.

⁸⁵ AUER, 60.

bb) Enger Steuerbegriff

Andererseits vertritt, im Lichte dieser Kritik, ein zweiter Teil der Lehre einen engen Steuerbegriff.⁸⁶ Zu den Steuern gehören demnach nur diejenigen Abgaben, die «ohne besonderen Verpflichtungsgrund» erhoben werden.⁸⁷ Zwischen den Steuern und den – auch in diesem Modell an eine individuell zurechenbare Gegenleistung des Gemeinwesens anknüpfenden – Kausalabgaben im klassischen Sinn⁸⁸ entsteht durch diese nicht vollständig komplementäre Abgrenzung ein offener Raum der öffentlichen Abgaben, der durch die sog. Sonderabgaben ausgefüllt wird.⁸⁹ Unter diesem Sammelbegriff subsumieren die Vertreterinnen und Vertreter dieser Auslegung verschiedene Abgaben, die sich ihrer Ansicht nach weder den Steuern, noch den Kausalabgaben zuordnen lassen.⁹⁰

AUER unterscheidet sodann fiskalische von nichtfiskalischen Sonderabgaben.⁹¹ Obwohl diese Unterscheidung soweit ersichtlich keinen Eingang in die neuere Lehre findet, schafft sie für die nachfolgende Darstellung dieses Modells und der an ihm geäußerten Kritik dennoch einen wesentlichen Mehrwert.

Nichtfiskalische Sonderabgaben einerseits zeichnen sich nach AUER dadurch aus, dass ihre Erhebung andere als fiskalische Zwecke verfolgt. Ein Beispiel hierfür bilden die reinen Lenkungsabgaben, bei welchem das Ziel der Verhaltenslenkung im Vordergrund steht.⁹² Aufgrund dieses besonderen Zwecks grenzen sich diese Abgaben sowohl von den Steuern als auch den Kausalabgaben ab und können daher nicht (sinnvollerweise) anhand der Zurechenbarkeit einer Gegenleistung des Gemeinwesens in das System der öffentlichen Abgaben eingeordnet werden. Daher werden die reinen Lenkungsabgaben – auch von Vertreterinnen und Vertretern des weiten Steuerbegriffs – weitgehend als eigenständige Art der öffentlichen Abgaben anerkannt, die besonderen Regeln unterliegt.⁹³ Selbst WIEDERKEHR als wiederholter Kritiker der Sonderabgaben⁹⁴ stimmt zu, dass «gewisse Abgaben, die sich klarerweise von

⁸⁶ Ursprünglich wohl AUER, 28 ff.; ebenfalls BLUMENSTEIN/LOCHER, 7 ff.; LOCHER, 142 ff.; LOCHER/MÜLLER, Haushaltsabgabe, 461 ff.; LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 643 ff.; im Resultat auch Gutachten BJ, 366 ff.

⁸⁷ AUER, 34.

⁸⁸ LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 645.

⁸⁹ AUER, 34.

⁹⁰ Siehe bspw. die Aufzählung von AUER, 92 ff.

⁹¹ AUER, 161 f.

⁹² AUER, 161 f.; Siehe zu den Lenkungsabgaben und deren Anerkennung unten Kap. III.A.3.

⁹³ Siehe unten Fn 174.

⁹⁴ Siehe unten Fn 103.

Steuern bzw. Kausalabgaben unterscheiden, auch besonderen Voraussetzungen unterliegen sollen».⁹⁵

Fiskalische Sonderabgaben andererseits dienen nach AUER primär der Erzielung von Einnahmen und nicht der ausschliesslichen Verfolgung eines besonderen, nichtfiskalischen Zwecks.⁹⁶ Diese Lehrmeinung stützt sich zur Abgrenzung dieser Abgaben von Kausalabgaben und Steuern daher auf das bekannte Unterscheidungsmerkmal der Zurechenbarkeit einer Gegenleistung des Gemeinwesens: Diese Sonderabgaben knüpfen an eine Gegenleistung des Gemeinwesens an, die nicht individuell einer abgabepflichtigen Person zugerechnet werden kann (Kausalabgaben), für welche jedoch ein engerer Zurechnungszusammenhang besteht als bei typischen Steuern.⁹⁷ Als Beispiel für diese Abgabenart nennt AUER die besonderen Finanzierungsabgaben,⁹⁸ zu denen wohl auch die heute viel diskutierten Aufsichtsabgaben zu zählen sind.⁹⁹ In einem Gutachten schliesst sich das BJ dieser Lehrmeinung an und führt den Begriff der qualifizierten Gruppenäquivalenz für Abgaben ein, die «zwischen den herkömmlichen Kausalabgaben wie namentlich Vorzugslasten einerseits und Steuern wie insbesondere Kostenanlastungssteuern andererseits» liegen und sich durch einen «besonderen, qualifizierten Zusammenhang zwischen dem Verwendungszweck der Abgabe und dem Kreis der Abgabepflichtigen (...) sowie durch Kostenunabhängigkeit charakterisieren».¹⁰⁰ Aufgrund dieser qualifizierten Gruppenäquivalenz seien diese Sonderabgaben den Kausalabgaben zuzurechnen und an ihre Erhebung dieselben Voraussetzungen zu stellen.¹⁰¹ Im Vergleich zum klassischen Begriff der Kausalabgabe, welcher wesentlich auf dem Kriterium der Individualäquivalenz beruht, liegt dieser Zuordnung ein weiter Kausalabgabenbegriff zugrunde.¹⁰²

Der enge Steuerbegriff und die Anerkennung von Sonderabgaben werden in der Lehre verschiedentlich kritisch hinterfragt.¹⁰³ Ein wesentlicher Teil der Kritik zielt dabei inhaltlich auf

⁹⁵ WIEDERKEHR, Sonderabgaben, 59.

⁹⁶ Damit ist nicht ausgeschlossen, dass diese Abgaben zusätzlich zu ihrem fiskalischen Zweck andere (nichtfiskalische) Nebenzwecke verfolgen (AUER, 161 f.).

⁹⁷ LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 645 ff.

⁹⁸ AUER, 154 ff.

⁹⁹ Siehe für eine Auseinandersetzung damit bspw. HETTICH/WETTSTEIN, 542 ff.

¹⁰⁰ Gutachten BJ, 367; ebenfalls veröffentlicht als BRAUNSCHWEIG, 9 ff.; In dieser Publikation illustriert sodann die Tabelle auf S. 32 die Einordnung der qualifiziert gruppenäquivalenten Sonderabgaben zwischen den Kostenanlastungssteuern und Vorzugslasten zusätzlich.

¹⁰¹ Gutachten BJ, 367.

¹⁰² So explizit in BLUMENSTEIN/LOCHER, 15; LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 647; ebenfalls für einzelne Sonderabgaben AUER, 154 ff.; im Resultat für die Aufsichtsabgaben Gutachten BJ, 367 f.

¹⁰³ BÖCKLI, 194 ff.; HÄNER, 9 f.; HETTICH/WETTSTEIN, 551 ff.; KARLEN, 1 f.; OBERSON/HOTTELIER, 55 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1597 ff.; UHLMANN, 93 f.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 17 ff.; WIEDERKEHR/SOHI-HÖCHNER, 1138 ff.; WIEDERKEHR, Sonderabgaben, 58 f.; WYSS, 9.

die Anerkennung und Zuordnung der qualifiziert gruppenäquivalenten Sonderabgaben ab. So kritisieren verschiedene Stimmen in der Lehre, dass diese Art von Sonderabgaben in erster Linie dazu geschaffen worden sei, um das Erfordernis der Verfassungskompetenz für die Steuererhebung zu umgehen.¹⁰⁴ WIEDERKEHR fordert daher, dass die Einordnung der öffentlichen Abgaben strikt von der Feststellung der erforderlichen Kompetenz zu trennen sei.¹⁰⁵ HETTICH/WETTSTEIN vertreten sogar die Auffassung, dass sich aus der Schaffung einer eigenen Abgabekategorie «kaum etwas zu Gunsten ihrer rechtlichen Zulässigkeit ableiten» lässt.¹⁰⁶ In Bezugnahme auf das Gutachten des BJ führen OBERSON/HOTTELIER aus, dass dessen Schlussfolgerung in Anbetracht des besonderen Auftrags – eine Überprüfung der Verfassungskonformität bestehender Abgaben – durchaus nachvollziehbar, aber keineswegs generalisierbar sei, da das Gutachten nicht ausführe, weshalb die unter anderem von AUER vertretene Ansicht rechtskonformer sei als das bipolare Modell öffentlicher Abgaben.¹⁰⁷ Schliesslich wird verschiedentlich vorgebracht, dass durch die Anerkennung qualifiziert gruppenäquivalenter Sonderabgaben, die ohnehin wertende Abgrenzung zwischen Vorzugslasten und Kostenanlastungssteuern weiter erschwert werde.¹⁰⁸

cc) Rechtsprechung

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht nicht ausdrücklich zu einem der beiden Modelle bekannt. Das Begriffsverständnis des Bundesgerichts, wonach Steuern «unabhängig vom konkreten Nutzen oder vom konkreten Verursacheranteil der pflichtigen Person» erhoben werden,¹⁰⁹ lässt beide Positionen zu. In einigen älteren Urteilen liess es sodann auch explizit offen, wie qualifiziert gruppenäquivalente Sonderabgaben in das System der öffentlichen Abgaben einzuordnen sind.¹¹⁰ In neueren Urteilen lassen sich hingegen Ansätze beider Modelle beobachten, die anhand zweier Beispiele näher zu untersuchen sind:

Für die Anerkennung des bipolaren Modells sowie des engen Steuerbegriffs spricht ein Bundesgerichtsentscheid betreffend die Radio- und Fernsehabgabe.¹¹¹ In seinem Entscheid hält das

¹⁰⁴ WIEDERKEHR, Sonderabgaben, 58 f.; HETTICH/WETTSTEIN, 551 ff.; OBERSON/HOTTELIER, 55 ff.; WYSS, 9; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1597.

¹⁰⁵ WIEDERKEHR, Sonderabgaben, 47 ff.

¹⁰⁶ HETTICH/WETTSTEIN, 555; Stattdessen liesse sich ihrer Ansicht nach bspw. ebenso gut fordern, Sonderabgaben müssen die sinnvollerweise anwendbaren Voraussetzungen der beiden klassischen Abgabekategorien erfüllen.

¹⁰⁷ OBERSON/HOTTELIER, 55 f.

¹⁰⁸ WYSS, 9; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 22; WALDMANN/WIEDERKEHR, 395; HÄNER, 10 f.; WIEDERKEHR, Sonderabgaben, 49 ff.

¹⁰⁹ BGE 140 I 176 E. 5.2; BGE 131 II 271 E. 5.3; BGE 124 I 289 E. 3.b); zuletzt auch BGer 1C_433/2022, vom 12. Dezember 2023, E. 6.2.

¹¹⁰ Siehe bspw. zu den Aufsichtsabgaben nach Art. 22 GwG BGer 2C_725/2007, 2. Oktober 2008, E. 4.2; zu den Verkaufsabgaben nach Art. 65 Abs. 2 HMG BVGE 2007/43 E. 4.3.

¹¹¹ BGer 2C_852/2021, vom 10. Dezember 2021.

Bundesgericht fest, dass Kausalabgaben eine individuell zurechenbare Gegenleistung voraussetzen und schliesst im Resultat die Zuordnung qualifiziert gruppenäquivalenter Sonderabgaben zu den Kausalabgaben aus. Damit folgt es den Lehrmeinungen, welche die Anerkennung qualifiziert gruppenäquivalenter Kausalabgaben ablehnen.¹¹² Die Beobachtung, dass der Begriff der qualifizierten Gruppenäquivalenz in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur wenig Raum einnimmt, stärkt diese Position weiter.¹¹³

In eine andere Richtung weist demgegenüber ein Entscheid des Bundesgerichts betreffend die bernische Aufsichtsabgabe für Vorsorgeeinrichtungen.¹¹⁴ Darin hält es fest, dass eine notwendige Voraussetzung für die Anerkennung einer (Kostenanlastungs-)Steuer darin liege, «dass die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde für die Abgabepflichtigen ohne jeglichen konkreten Nutzen ist».¹¹⁵ Auf den ersten Blick geht das Bundesgericht damit von einem engen Steuerbegriff aus und lässt Raum für die Einordnung qualifiziert gruppenäquivalenter Sonderabgaben als Kausalabgaben. Diese Ansicht ist jedoch zu relativieren. So stützt das Bundesgericht einzig die Einordnung der Vorinstanz, wonach Aufsichtsabgaben einem «individuell zurechenbare[n] und pauschal angerechnete[n] Aufwand» gegenüberstehen.¹¹⁶ Anstatt also Aufsichtsabgaben als qualifiziert gruppenäquivalente Abgaben den Kausalabgaben zuzuordnen, geht das Bundesgericht davon aus, dass im konkreten Fall eine individuell zurechenbare Gegenleistung besteht, welche die Einordnung als Kausalabgabe rechtfertigt.

Im Ergebnis lässt sich aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kein eindeutiges Bekenntnis zu einem der beiden Modelle ableiten. Die Tendenz geht aber wohl dahin, dass das Bundesgericht von einem bipolaren System der öffentlichen Abgaben ausgeht und Abgaben, die nicht an eine individuell zurechenbare Gegenleistung anknüpfen, als Steuer qualifiziert.¹¹⁷ Insbesondere mit Blick auf die Aufsichtsabgaben scheint das Bundesgericht indes ein weiteres Verständnis der Individualäquivalenz zu besitzen als einige Stimmen in der Lehre.¹¹⁸

¹¹² M.w.H. BGer 2C_852/2021, vom 10. Dezember 2021, E. 2.4.3.

¹¹³ Siehe soweit ersichtlich nur BGer 2C_725/2007, vom 2. Oktober 2008, E. 4.2.1.; BGer 2C_726/2007, vom 2. Oktober 2008, E. 4.2.1.; BGer 2C_728/2007, vom 2. Oktober 2008, E. 4.2.1.; BGer 2C_733/2007, vom 2. Oktober 2008, E. 4.2.1.; jeweils unter Verweis auf Gutachten BJ.

¹¹⁴ BGE 141 V 509.

¹¹⁵ BGE 141 V 509 E. 6.2.

¹¹⁶ BVGer C-1410/2013, vom 23. Februar 2015, E. 6.1; Inwiefern diese Ansicht überzeugend begründet ist, kann an dieser Stelle offenbleiben; siehe hierzu unten Kap. III.A.4.

¹¹⁷ Auch das Bundesverwaltungsgericht scheint in diese Richtung zu gehen, wenn es in BVGE 2016/31 E. 3.2.1 schreibt, dass Steuern «voraussetzungslos, das heisst ohne dass dem Abgabepflichtigen eine individuell zurechenbare staatliche Gegenleistung erbracht wird, geschuldet sind».

¹¹⁸ Siehe zur Einordnung von Aufsichtsabgaben unten Kap. III.A.4.

dd) Würdigung

Abschliessend ist festzuhalten, dass in der Lehre sowohl ein weiter als auch ein enger Steuerbegriff vertreten wird. Der wohl herrschende Teil der Lehre vertritt dabei einen weiten Steuerbegriff. Eine differenzierte Betrachtung ist jedoch unerlässlich, um eines der beiden Modelle auszuwählen.

Während LOCHER/MÜLLER dem weiten Steuerbegriff und dem darauf aufbauenden bipolaren System zu Recht eine gewisse Starrheit vorwerfen,¹¹⁹ liegt darin gerade seine Stärke als Orientierungshilfe – anstatt eine weitere schwer abgrenzbare Kategorie öffentlicher Abgaben zu schaffen, bieten Steuern und Kausalabgaben im bipolaren System zwei klare Orientierungspunkte, welche die Einordnung in das System der öffentlichen Abgaben erleichtern. Wie zudem das Beispiel der reinen Lenkungsabgabe zeigt, lässt, sofern diese überzeugend abgegrenzt und begründet werden können, auch das bipolare System Raum für die Anerkennung eigenständiger Arten öffentlicher Abgaben und nimmt dem Abgaberecht keineswegs die Möglichkeit einer sinnvollen Weiterentwicklung.¹²⁰

Demgegenüber überzeugt die dargestellte Kritik am engen Steuerbegriff und den qualifiziert gruppenäquivalenten Sonderabgaben. Der Vorwurf, wonach diese Abgabekategorie primär dazu geschaffen wurde, um die Kompetenzerfordernis für die Steuererhebung zu umgehen, ist in der Lehre weitverbreitet und erscheint plausibel.¹²¹ Die Forderung von WIEDERKEHR, die Frage nach der erforderlichen Kompetenzgrundlage strikt von der Einordnung öffentlicher Abgaben zu trennen, überzeugt vor allem deshalb, da dadurch sowohl die Einordnung öffentlicher Abgaben als auch die Festsetzung eines Kompetenzerfordernisses an Transparenz gewinnt. Der Vorwurf, wonach die Anerkennung qualifiziert gruppenäquivalenter Kausalabgaben die Einordnung öffentlicher Abgaben erschwert, leuchtet ebenfalls ein – so liegt mit der qualifizierten Gruppenäquivalenz ein Begriff vor, der sich nur schwer umschreiben und abgrenzen lässt: Während das BJ von qualifizierter Gruppenäquivalenz ausgeht, wenn «Kongruenz zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Kreis der Personen [besteht], denen

¹¹⁹ Siehe hierzu Fn 83.

¹²⁰ Womit die Befürchtung von AUER widerlegt ist (siehe hierzu oben Fn 85).

¹²¹ Insbesondere in Anbetracht der Kritik von OBERSON/HOTTELIER (Fn 107) am Gutachten des BJ.

die Abgabeverwendung zugute kommt»,¹²² erachtet es LOCHER bereits für genügend, wenn «praktisch jedermann einen Nutzen oder Vorteil aus einer öffentlichen Einrichtung zieht».¹²³

Obschon sich das Bundesgericht nicht explizit auf einen der beiden Ansätze festlegt, ist dennoch die Tendenz erkennbar, dass der Steuerbegriff weit auszulegen ist und qualifiziert gruppenäquivalente Sonderabgaben keine Kausalabgaben darstellen können. Sodann hat auch der Begriff der qualifizierten Gruppenäquivalenz keinen nachhaltigen Eingang in die höchstrichterliche Rechtsprechung gefunden.

Der Steuerbegriff ist daher richtigerweise weit auszulegen. Statt eine weitere Kategorie öffentlicher Abgaben in Form von qualifiziert gruppenäquivalenten Sonderabgaben zu schaffen, ist dem bipolaren Modell folgend grundsätzlich von einer Steuer auszugehen, wenn die Abgabepflicht an keine individuell zurechenbare Gegenleistung des Gemeinwesens anknüpft. Die Frage, inwiefern eine Gegenleistung individuell zurechenbar ist, kann dabei im Einzelfall Wertungsfragen aufwerfen. In einem zweiten Schritt bleibt es nach diesem Modell möglich, einzelne Abgaben, die sich überzeugend von den Steuern und Kausalabgaben abgrenzen lassen, als eigenständige Art der öffentlichen Abgaben anzuerkennen.

c) **Zwischenfazit**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sowohl der Steuerbegriff an sich als auch dessen Umfang umstritten sind. Während der traditionelle, auf der Voraussetzungslosigkeit beruhende Steuerbegriff wegen seiner Missverständlichkeit zunehmend abgelehnt wird, überzeugt der von der neueren Lehre vertretene, auf der Gegenleistungslosigkeit beruhende, Steuerbegriff durch seinen hohen Erklärungswert und seine Orientierung am Abgrenzungskriterium zu den Kausalabgaben – der Zurechenbarkeit einer Gegenleistung des Gemeinwesens. Steuern sind daher richtigerweise als gegenleistungslos geschuldete Abgaben zu verstehen.

Schliesslich ist in der Lehre umstritten, ob der Steuerbegriff eng oder weit auszulegen ist. Wie oben dargelegt, ist im Ergebnis dem wohl vorherrschenden und sicherlich überzeugenderen Teil der Lehre zuzustimmen, der von einem weiten Verständnis des Steuerbegriffs ausgeht. Das darauf aufbauende bipolare Modell der öffentlichen Abgaben besticht durch seine Einfachheit und Orientierungsfunktion, ohne dabei die Anerkennung überzeugend begründeter,

¹²² Gutachten BJ, 355.

¹²³ LOCHER, 148; Die Formulierung «praktisch jedermann» verunmöglicht es dabei nahezu den Begriff der qualifizierten Gruppenäquivalenz klar abzugrenzen.

eigenständiger Abgabearten zu verunmöglichen. Abzulehnen ist hingegen die Anerkennung qualifiziert gruppenäquivalenter Sonderabgaben als Kausalabgaben.

Damit stellt jede Abgabe, die nicht an eine individuell zurechenbare Gegenleistung des Gemeinwesens anknüpft, grundsätzlich eine Steuer dar. Bei der Beurteilung der Zurechenbarkeit einer Gegenleistung können sich im Einzelfall Wertungsfragen ergeben. In der Folge sind verschiedene Steuerarten weiter zu unterscheiden.

d) Arten von Steuern

Die Steuern können anhand verschiedener Merkmale weiter unterschieden werden.¹²⁴ Für die vorliegende Arbeit erweist sich die Unterscheidung in allgemeine Steuern, Zwecksteuern und Kostenanlastungssteuern als hilfreich.

Ein betragsmässig bedeutender Teil der vom Bund erhobenen Steuern dient der allgemeinen Finanzierung des Staatshaushalts.¹²⁵ Die Lehre bezeichnet diese Steuerart als allgemeine bzw. reine Fiskalsteuer oder auch Hauptsteuer.¹²⁶ Abgesehen von der allgemeinen Finanzierungsfunktion dient ihre Erhebung keinem weiteren Zweck und die durch sie erwirtschafteten Mittel sind nicht zweckgebunden.¹²⁷ Beispiele dieser Steuerart sind die Einkommens- und Vermögenssteuer natürlicher Personen sowie die Gewinn- und Kapitalsteuer juristischer Personen.¹²⁸

Davon abzugrenzen sind die Zwecksteuern, deren Erträge ganz oder teilweise zur Finanzierung besonderer staatlicher Aufgaben dienen und damit zweckgebunden sind.¹²⁹ Dazu gehören bspw. die Motorfahrzeugsteuer, Mineralölsteuer, Alkohol- und Tabaksteuer, Kurtaxe sowie die Spielbankenabgabe.¹³⁰

Daneben existieren Kostenanlastungssteuern, die einer bestimmten Gruppe von natürlichen oder juristischen Personen deshalb auferlegt werden, da sie in einem engeren Verhältnis zu gewissen Leistungen des steuererhebenden Gemeinwesens stehen als andere Personen.¹³¹ Ein solches Verhältnis kann dadurch entstehen, dass diese Gruppe als Hauptauslöser für die betroffenen Aufwendungen anzusehen ist oder weil sie generell stärker profitiert als die

¹²⁴ Siehe für verschiedene Unterscheidungsmerkmale REICH, Steuerrecht, 24 ff.

¹²⁵ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1592.

¹²⁶ BGER 2C_794/2015, vom 22. Februar 2016, E. 3.2.1.

¹²⁷ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1591 f.; HÖHN/WALDBURGER, 6; MEIER-MAZZUCATO, 20 f.; REICH, Steuerrecht, 14 ff.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 378.

¹²⁸ MEIER-MAZZUCATO, 20 f.

¹²⁹ BGER 2C_794/2015, vom 22. Februar 2016, E. 3.2.1; REICH, Steuerrecht, 16.

¹³⁰ TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1594.

¹³¹ BGE 124 I 289 E. 3.b); WALDMANN/WIEDERKEHR, 378.

Allgemeinheit.¹³² Da Abgaben dieser Art ohne individuell zurechenbare Gegenleistung oder einen individualisierten Verursacheranteil erhoben werden und lediglich an die abstrakte Interessenlage der Abgabepflichtigen als Gruppe anknüpfen, stellen sie eine gegenleistungslos geschuldete Steuer dar.¹³³ Da die Kosten oder Vorteile nur einer bestimmten Gruppe zugerechnet werden können, wird zur Beschreibung der Kostenanlastungssteuer vereinzelt der Begriff der einfachen Gruppenäquivalenz – in Abgrenzung zur oben dargestellten qualifizierten Gruppenäquivalenz¹³⁴ – verwendet.¹³⁵ Sofern der Ertrag der Kostenanlastungssteuer zweckgebunden ist, liegt zugleich eine Zwecksteuer vor.¹³⁶ Eine nicht zweckgebundene Kostenanlastungssteuer ist jedoch ebenfalls denkbar.¹³⁷ Auf die nicht trennscharfe und durchaus wertende Abgrenzung der Kostenanlastungssteuern von den Vorzugslasten ist zurückzukommen.¹³⁸

2. Kausalabgaben

a) Begriff

Kausalabgaben stellen ein Entgelt für eine bestimmte staatliche Leistung oder einen besonderen Vorteil dar.¹³⁹ Die Erhebung einer Kausalabgabe ist damit, wie der Name bereits impliziert, an einen bestimmten Entstehungsgrund (sog. Causa) geknüpft.¹⁴⁰ Dieser besondere Entstehungsgrund dient dem Gemeinwesen als Rechtfertigung, der abgabepflichtigen Person nebst der Steuerpflicht weitere Abgaben aufzuerlegen.¹⁴¹ Dem oben dargestellten bipolaren Modell der öffentlichen Abgaben folgend¹⁴² muss die Gegenleistung der abgabepflichtigen Person individuell zurechenbar sein. Deshalb wird der Begriff der Individualäquivalenz zur Beschreibung von Kausalabgaben verwendet.¹⁴³

Wie erwähnt führen einzelne Lehrmeinungen neben dem klassischen Begriff der Kausalabgaben eine Kategorie der Kausalabgaben i.w.S. ein und ordnen dieser die qualifiziert

¹³² BGer 2C_434/2019, vom 17. März 2021, E. 4.1.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1596; mit den Begriffen der abstrakten Kosten- und Nutzennähe WIEDERKEHR/NIKITIC, 947.

¹³³ BGE 132 II 371 E. 2.3; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1596.

¹³⁴ Siehe Kap. III.A.1.b).

¹³⁵ Bspw. HÄNER, 9 f.; BRUNNER, 841 f.

¹³⁶ Mit dem Beispiel der Kurtaxe TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1596.

¹³⁷ HÄNER, 10; siehe aber auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2839 f. welche die Kostenanlastungssteuern unter den Zwecksteuern einordnen und REICH, Steuerrecht, 16 f. mit einer Erklärung, weshalb Kostenanlastungssteuern i.d.R. zweckgebunden sind.

¹³⁸ Siehe unten Kap. III.A.2.b).

¹³⁹ BGE 135 I 130 E. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2758.

TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1601.

¹⁴¹ HETTICH/WETTSTEIN, 546 f.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1601.

¹⁴² Siehe oben Kap. III.A.1.b).

¹⁴³ HÄNER, 3.

gruppenäquivalenten Sonderabgaben zu.¹⁴⁴ Dieses Modell ist unter Verweis auf die obigen Ausführungen abzulehnen.¹⁴⁵

In engem Zusammenhang mit dem Begriff der Kausalabgaben stehen das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip. Das Kostendeckungsprinzip besagt, dass der Ertrag aus der Erhebung einer Abgabe «die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen soll».¹⁴⁶ Während die Herleitung dieses Prinzips in der Lehre umstritten ist,¹⁴⁷ liegt dessen Bedeutung anerkanntermassen in der Begrenzung der Abgabenhöhe.¹⁴⁸ Das Äquivalenzprinzip demgegenüber bestimmt, dass die Höhe einer Abgabe «nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der abzugeltenden Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss».¹⁴⁹ Lehre und Rechtsprechung leiten das Äquivalenzprinzip aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Willkürverbot ab.¹⁵⁰ Die gleichzeitige Einhaltung des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips rechtfertigt nach steter Praxis eine Lockerung des Legalitätsprinzips.¹⁵¹ Das Äquivalenzprinzip erhält damit eine Doppelfunktion als Begriffsmerkmal und Bemessungsprinzip, da bereits die Definition der Kausalabgabe voraussetzt, dass eine Abgabe an eine individualäquivalente Gegenleistung des Gemeinwesens anknüpft.¹⁵²

Die Kausalabgaben werden typischerweise in Gebühren, Ersatzabgaben und Vorzugslasten unterteilt.¹⁵³ Im Folgenden sind diese drei Kategorien dazulegen.

b) Arten

Gebühren sind Entgelte für bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlasste Amtshandlungen des Gemeinwesens sowie Entgelte für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung.¹⁵⁴ Dazu gehören die Verwaltungs-, Benutzungs- und Konzessionsgebühren: Verwaltungsgebühren werden als Entgelt für die Inanspruchnahme staatlicher Tätigkeit, wie bspw.

¹⁴⁴ Siehe hierzu oben Kap. III.A.1.b); in der neueren Lehre explizit BLUMENSTEIN/LOCHER, 15; LOCHER/MÜLLER, Rechtsnatur, 647; Siehe ebenfalls AUER, 154 ff.; zumindest für die Aufsichtsabgaben auch Gutachten BJ, 367 f.

¹⁴⁵ Siehe hierzu oben Kap. III.A.1.b).

¹⁴⁶ Statt vieler BGE 149 I 305 E. 3.2.

¹⁴⁷ Mit Bezug zum Verhältnismässigkeitsprinzip und dem Willkürverbot WYSS, 97 ff.; mit einer Herleitung aus dem Wesen der Kausalabgaben HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2778; offengelassen in BGE 149 I 305 E. 3.5.

¹⁴⁸ Ausführlich HÄNER, 17 ff.

¹⁴⁹ Statt vieler BGE 145 I 52 E. 5.2.3.

¹⁵⁰ Siehe m.w.H. BGE 149 I 305 E. 3.4; in der Lehre bspw. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2785.

¹⁵¹ BGE 143 II 283 E. 3.5; BGE 121 I 273 E. 3.a); BGE 112 Ia 39 E. 2.a); BGE 104 Ia 113 E. 4; siehe zum Legalitätsprinzip im Abgaberecht unten Kap. IV.B.1.

¹⁵² Siehe hierzu ausführlich WYSS, 25 ff.

¹⁵³ BLUMENSTEIN/LOCHER, 3 f.

¹⁵⁴ Siehe zum Ganzen ausführlich und mit Beispielen HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2764 ff.; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1603 ff.

die Erteilung einer Baubewilligung, erhoben. Benutzungsgebühren sind Entgelte für die dem öffentlichen Recht unterliegende Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung oder Sache, wie bspw. Kanalisationsgebühren für die Nutzung der öffentlichen Kanalisation. Schliesslich sind Konzessionsgebühren Entgelte für die Einräumung des Rechts an Privatpersonen, eine eigentlich dem Gemeinwesen vorbehaltene Tätigkeit auszuüben oder eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch ausschliesslich zu nutzen, wie bspw. eine Gebühr für die Benutzung des öffentlichen Grundes zur Verlegung von Energieleitungen.

Ersatzabgaben werden für die Befreiung von einer öffentlich-rechtlichen Sach- oder Dienstleistungspflicht von einer Privatperson erhoben.¹⁵⁵ Ihr Entstehungsgrund liegt im Wegfall der primären Leistungspflicht, weshalb sie den Kausalabgaben zugerechnet werden.¹⁵⁶ Der Zweck der Ersatzabgabe besteht in der Schaffung von Rechtsgleichheit zwischen den Personen, welche die Primärleistungspflicht erfüllen, und denjenigen, die davon befreit sind.¹⁵⁷

Vorzugslasten (oder Beiträge) sind Abgaben, die von einem beschränkten Personenkreis erhoben werden, welche aus der Möglichkeit zur Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung einen besonderen wirtschaftlichen Vorteil ziehen.¹⁵⁸ Der konkrete Sondervorteil muss dabei der einzelnen abgabepflichtigen Person individuell zurechenbar sein.¹⁵⁹ Es ist jedoch nicht erforderlich, dass die abgabepflichtige Person den Vorteil tatsächlich in Anspruch nimmt, die reine Möglichkeit zur Inanspruchnahme reicht zur Qualifikation als Vorzugslast aus.¹⁶⁰

Insofern basiert sowohl die Vorzugslast als auch die Kostenanlastungssteuer auf der Erhebung einer Abgabe von einem beschränkten Personenkreis, der durch die Verwendung der Abgabe wirtschaftlich begünstigt wird. Die beiden Abgaben weisen daher eine starke Ähnlichkeit zueinander auf. Sie unterscheiden sich, wie aus den entsprechenden Beschreibungen hervorgeht, anhand der Zurechenbarkeit eines individuellen Vorteils bzw. Verursacheranteils. Ist der Vorteil der abgabepflichtigen Person individuell zurechenbar, handelt es sich um eine Vorzugslast und andernfalls, wenn der Vorteil «bloss an die abstrakte Interessenlage des belasteten

¹⁵⁵ BLUMENSTEIN/LOCHER, 6.

¹⁵⁶ BGer 2C_221/2009, 21. Januar 2010, E. 4.2.; BGer 2C_875/2016, 10. Oktober 2016, E. 2.4.; mit einer Begründung weshalb Ersatzabgaben nicht gegenleistunglos geschuldet sind WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 50 ff.

¹⁵⁷ WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 50 ff.

¹⁵⁸ BGE 132 II 371 E. 2.3; Siehe ausführlich zur Vorzugslast allgemein und zum Begriff im Besonderen WALDMANN, 58 ff.

¹⁵⁹ BGer 2C_434/2019, vom 17. März 2021, E. 4.1.; BGE 132 II 371 E. 2.3; BGE 124 I 289 E. 3.b); WALDMANN/WIEDERKEHR, 383; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 48 ff.

¹⁶⁰ BLUMENSTEIN/LOCHER, 5.

Personenkreises» anknüpft, liegt eine Kostenanlastungssteuer vor.¹⁶¹ REICH hält diesbezüglich fest, dass Vorzugslasten dem individuell zurechenbaren Vorteil in der Abgabebemessung Rechnung tragen müssen, während die Kostenanlastungssteuern diese Vorteils- oder Verursacherbeziehung nur zur Bestimmung der Abgabepflichtigen herbeiziehen.¹⁶² Da keinesfalls eine klare Abgrenzung zwischen individueller Zurechenbarkeit und Gegenleistungslosigkeit besteht, ist die Unterscheidung von Kostenanlastungssteuern und Vorzugslasten zwangsläufig mit Wertungsfragen verbunden.¹⁶³

Bevor verschiedene Mischformen und Sonderabgaben dargelegt werden können, ist in der Folge auf die Lenkungsabgaben einzugehen.

3. Lenkungsabgaben

Lenkungsabgaben dienen der Beeinflussung des Verhaltens der Abgabepflichtigen im Hinblick auf ein bestimmtes Sachziel mittels finanzieller Anreize und zeichnen sich daher durch ihre Lenkungs Komponente aus.¹⁶⁴ Da auch Steuern und Kausalabgaben eine Lenkungs Komponente aufweisen können, unterteilen sich Lenkungsabgaben weiter in Lenkungssteuern, Lenkungskausalabgaben und reine Lenkungsabgaben.¹⁶⁵

Reine Lenkungsabgaben zielen ausschliesslich auf die Verhaltenslenkung ab und verfolgen damit keinen Fiskalzweck.¹⁶⁶ Folglich ist auch kein Ertrag aus der Erhebung einer reinen Lenkungsabgabe zu erwarten, wenn sich sämtliche abgabepflichtigen Personen entsprechend dem Lenkungsziel verhalten.¹⁶⁷ Sofern ein Ertrag aus der Abgabenerhebung resultiert, ist sich die Lehre darüber uneinig, wie dieser zu verwenden ist.¹⁶⁸ Ein enger Begriff der reinen Lenkungsabgabe setzt voraus, dass reine Lenkungsabgaben völlig ertragslos¹⁶⁹ sind und etwaige Erträge aus der Abgabenerhebung daher ohne Weiteres an die Bevölkerung oder Wirtschaft zurückerstattet werden.¹⁷⁰ Ein weiter Begriff der reinen Lenkungsabgabe erlaubt zudem die

¹⁶¹ M.w.H. BGE 132 II 371 E. 2.3; Siehe ausserdem die ausführliche Gegenüberstellung in BGER 2C_434/2019, vom 17. März 2021, E. 4.1.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 49; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1597; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2839; mit Beispielen WALDMANN/WIEDERKEHR, 378 f.

¹⁶² REICH, Steuerrecht, 20.

¹⁶³ So allgemein bereits VALLENDER, Kausalabgaberecht, 34 f.

¹⁶⁴ WALDMANN/WIEDERKEHR, 397 ff.

¹⁶⁵ WALDMANN/WIEDERKEHR, 397 ff.

¹⁶⁶ REICH, Steuerrecht, 23 f.

¹⁶⁷ BLUMENSTEIN/LOCHER, 99.

¹⁶⁸ Siehe ausführlich und m.w.H. zu beiden Begriffsverständnissen: KELLER/HAUSER, 806 ff.

¹⁶⁹ In diesem Zusammenhang spricht die Lehre auch von Staatsquoten- oder Fiskalquotenneutralität. Siehe bspw. KELLER/HAUSER, 810; REICH, Steuerrecht, 23.

¹⁷⁰ Bspw. WYSS, 24; WALDMANN/WIEDERKEHR, 398; HÄNER, 12.

Verwendung von Erträgen im Sinne des Lenkungsziels.¹⁷¹ Diese Ansicht wird unter anderem damit begründet, dass durch eine solche Verwendung das Lenkungspotential der Abgabe verstärkt wird.¹⁷²

Der besondere Zweck und die eingeschränkte Mittelverwendung unterscheiden die reinen Lenkungsabgaben von anderen öffentlichen Abgaben.¹⁷³ Daher werden reine Lenkungsabgaben in Lehre und Rechtsprechung mehrheitlich als eigenständige Art der öffentlichen Abgaben anerkannt.¹⁷⁴ Diese Auslegung ist sodann mit der hier vertretenen bipolaren Einteilung der öffentlichen Abgaben kompatibel.¹⁷⁵ Die Abgrenzung der reinen Lenkungsabgaben von den Steuern und Kausalabgaben lässt sich anhand des im Vordergrund stehenden Lenkungsziels überzeugend begründen und eine Einteilung anhand der Zurechenbarkeit einer Gegenleistung des Gemeinwesens erweist sich für diese Abgabenart als wenig sinnvoll. Schliesslich erlaubt die Lehre die Erhebung reiner Lenkungsabgabe aufgrund ihrer Besonderheiten gestützt auf eine Sachkompetenz in der Verfassung.¹⁷⁶

Davon abzugrenzen sind die Lenkungssteuern und -kausalabgaben, welche im Gegensatz zur reinen Lenkungsabgabe nicht ausschliesslich auf die Verhaltenslenkung abzielen. Im Gegensatz zu den reinen Lenkungsabgaben basieren Lenkungssteuern und -kausalabgaben auf den oben dargestellten Abgabeformen und verfolgen zusätzlich einen Lenkungszweck.¹⁷⁷ Wenn somit eine Abgabe keinen ausschliesslichen Lenkungszweck verfolgt, ist nicht dieser, sondern die oben dargestellte Unterscheidung anhand der Zurechenbarkeit einer staatlichen Gegenleistung für ihre Einordnung in das System der öffentlichen Abgaben massgeblich.¹⁷⁸

¹⁷¹ Bspw. BLUMENSTEIN/LOCHER, 2; REICH schliesst sich grundsätzlich dieser Meinung an, setzt aber einen «qualifiziert enge[n] Konnex zwischen der Abgabenerhebung und der Mittelverwendung» voraus (REICH, Steuerrecht, 24).

¹⁷² KELLER/HAUSER, 806 ff.

¹⁷³ So stellen reine Lenkungsabgaben viel mehr eine Alternative zu Geboten und Verboten dar (siehe REICH, Steuerrecht, 23).

¹⁷⁴ In der Rechtsprechung zuletzt BGE 147 I 16 E. 3.2; WYSS, 17; WALDMANN/WIEDERKEHR, 398; BLUMENSTEIN/LOCHER, 5 ff.; JAAG/KELLER, 327 ff.; BEUSCH, Lenkungsabgaben, 99 ff.; REICH, Steuerrecht, 14 ff.; a.M. OBERSON, 6 f.

¹⁷⁵ Siehe hierzu oben Kap. III.A.1.c); So anerkennen auch Vertreterinnen und Vertreter des bipolaren Modells die Lenkungsabgaben als eigenständige Art der öffentlichen Abgaben (bspw. WIEDERKEHR, Sonderabgaben, 59 f.; WALDMANN/WIEDERKEHR, 398; REICH, Steuerrecht, 14 ff.).

¹⁷⁶ Mit einer überzeugenden Begründung REICH, Steuerrecht, 23.

¹⁷⁷ Siehe bspw. die in BGE 143 I 220 behandelte Trinkwassergebühr mit einem progressiven Tarif bei steigendem Wasserverbrauch; dazu ausführlich bspw. WALDMANN/WIEDERKEHR, 397 f.

¹⁷⁸ BGE 140 I 176 E. 5.4; siehe dazu oben Kap. III.A.1.c).

4. Mischformen und Sonderabgaben

Neben den bereits behandelten Abgabearten haben sich im Laufe der Zeit verschiedene, zum Teil umstrittene Abgaben entwickelt, die sich nur schwer in das bestehende System einordnen lassen. Im Folgenden sind ausgewählte dieser Abgaben näher zu untersuchen.

Gemengsteuern sind, wie ihr Name bereits vermuten lässt, eine Verbindung aus Kausalabgaben und Steuern.¹⁷⁹ Die Abgabe besteht aus einem Teil, der an eine individuell zurechenbare Gegenleistung des Gemeinwesens anknüpft, und aus einem Teil, der gegenleistungslos geschuldet ist.¹⁸⁰ Die Gemengsteuer stellt demnach keine eigenständige Art der öffentlichen Abgaben dar, die aus dem hier vertretenen bipolaren Modell ausbricht. Sie ist vielmehr als Verbindung bestehender Abgabearten zu betrachten.

In der Vergangenheit hat das Bundesgericht Gemengsteuern insbesondere in Fällen anerkannt, in denen eine Abgabe zwar teilweise ein Entgelt für einen individuell zurechenbaren Aufwand des Gemeinwesens darstellte, diesen aber aufgrund der prozentualen Bemessung und der fehlenden Obergrenze klar überstieg.¹⁸¹ Ob eine Gemengsteuer vorliegt, hängt demnach massgeblich davon ab, in welchem Verhältnis die Höhe einer Abgabe zum Wert der ihr zurechenbaren Gegenleistung des Gemeinwesens steht. Insbesondere wenn sich der Wert einer staatlichen Leistung nicht genau bestimmen lässt, besteht erheblicher Spielraum bei der Bemessung einer Abgabe, bevor diese zur Gemengsteuer wird.¹⁸²

Da zumindest ein Teil der Gemengsteuer gegenleistungslos geschuldet ist, kann deren Höhe nicht sinnvoll durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip begrenzt sein.¹⁸³ Die Lehre und Rechtsprechung stellen daher an die Erhebung und Ausgestaltung von Gemengsteuern dieselben Voraussetzungen wie bei den Steuern.¹⁸⁴ Sofern diese Voraussetzungen und insbesondere das Äquivalenzprinzip nicht erfüllt sind, droht eine Herabsetzung der Abgabe auf die für Kausalabgaben zulässige Höhe.¹⁸⁵ Da für die Gemengsteuern damit dieselben Anforderungen wie für die ordentlichen Steuern gelten, führen einzelne Lehrmeinungen aus, dass der

¹⁷⁹ BGE 140 I 176 E. 5.3; MEIER-MAZZUCATO, 34.

¹⁸⁰ BGer 2C_434/2019, vom 17. März 2021, E. 4.1.3.

¹⁸¹ Siehe ausführlich zur entsprechenden Praxis WIEDERKEHR/RICHLI, N 977 ff.

¹⁸² BGE 131 I 386 E. 3.5; BGE 126 I 180 E. 3).

¹⁸³ DUBEY/ZUFFEREY, 649 f.

¹⁸⁴ So explizit in der Rechtsprechung BGE 101 Ia 182 E. 1; in der Lehre HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2866; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1622; DUBEY/ZUFFEREY, 649 f; HÄNER, 9; WIEDERKEHR/RICHLI, N 973 ff.

¹⁸⁵ BGE 130 III 225 E. 2.5.

Begriff der Gemengsteuer entbehrlich ist und diese Abgaben stattdessen den Steuern zuzuordnen sind.¹⁸⁶ Diese Ansicht wird aber, soweit ersichtlich, von der breiteren Lehre und Rechtsprechung nicht übernommen.

An dieser Stelle ist auf die Diskussion über die Einordnung von Aufsichtsabgaben zurückzukommen. Aufsichtsabgaben werden Privaten auferlegt, die eine staatlich beaufsichtigte Tätigkeit ausüben, die bspw. durch das Stiftungs-, Finanzmarkt- oder Heilmittelrecht reguliert ist, und sie dienen dazu, die Kosten der Aufsicht auf die Beaufsichtigten zu verteilen.¹⁸⁷ Obschon diese Kostenzurechnung unbestrittenermassen nicht den Grad der Individualäquivalenz erreicht,¹⁸⁸ ordnet ein Teil der Lehre sowie das BJ die Aufsichtsabgaben den Kostenanlastungskausalabgaben und damit den Kausalabgaben i.w.S. zu.¹⁸⁹

Dem oben dargestellten und begründeten bipolaren Modell der öffentlichen Abgaben folgend ist die Anerkennung qualifiziert gruppenäquivalenter Sonderabgaben als Kausalabgaben i.w.S. abzulehnen.¹⁹⁰ In einem durchaus wertenden Prozess ist stattdessen zu beurteilen, ob die konkrete Abgabe an eine Gegenleistung des Gemeinwesens anknüpft, die einer abgabepflichtigen Person individuell zugerechnet werden kann. Sofern diese Voraussetzung erfüllt ist, handelt es sich um eine Kausalabgabe, andernfalls um eine Steuer. Dies gilt zumindest, sofern sich die Abgabe nicht durch ihre Besonderheiten in überzeugender Weise als eigenständige Art der öffentlichen Abgabe abgrenzt.

Als Beispiel einer solchen Zuordnung kann das bereits erwähnte Urteil zu der bernischen Aufsichtsabgabe für Vorsorgeeinrichtungen dienen.¹⁹¹ In seiner Entscheidung bestätigte das Bundesgericht die vorinstanzliche Einschätzung, dass die Aufsichtsabgabe eine individuell zurechenbare und pauschal¹⁹² angerechnete Abgabe darstelle. Bei Betrachtung der knappen Ausführungen der Vorinstanz bleibt jedoch zumindest zweifelhaft, ob diese Einschätzung

¹⁸⁶ WIEDERKEHR/NIKITIC, 943 ff.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 34; WALDMANN/WIEDERKEHR, 396 f.

¹⁸⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2775 f.

¹⁸⁸ Gutachten BJ, 359.

¹⁸⁹ Ausführlich und m.w.H. LOCHER/MÜLLER, Haushaltsabgabe, 464 ff.; ohne die Kostenanlastungskausalabgaben und Kausalabgaben i.w.S. als Begriffe einzuführen im Resultat auch Gutachten BJ, 359 ff.; siehe betreffend die Aufsichtsabgaben im Finanzmarktrecht Botsch. FINMAG, 2867 f.

¹⁹⁰ Siehe hierzu oben Kap. III.A.1.b).

¹⁹¹ BGE 141 V 509 E. 6.2; siehe hierzu bereits oben Kap. III.A.1.b).

¹⁹² Siehe mit spannenden Ausführungen zum zulässigen Mass an Pauschalisierung unter dem (Individual-)Äquivalenzprinzip UHLMANN, 92 ff.

überzeugend begründet wurde.¹⁹³ Nach der hier vertretenen Ansicht stellen Aufsichtsabgaben im Besonderen sowie auch Kostenanlastungskausalabgaben im Allgemeinen regelmässig¹⁹⁴ Kostenanlastungssteuern dar. Dies aus dem Grund, dass die Vorteils- bzw. Verursacherbeziehung zwar die Bestimmung der Abgabepflichtigen beeinflusst, die Zurechenbarkeit dieser Vorteils- bzw. Verursacherbeziehung aber nicht das für die Einordnung als Kausalabgaben notwendige Mass erreicht.¹⁹⁵

Die abstrakte Einordnung weiterer umstrittener Abgaben kann an dieser Stelle offenbleiben. Stattdessen ist als nächstes auf die Einordnung der hier relevanten Abgeltungspauschale des PLB einzugehen.

B. Qualifikation der Abgeltungspauschale

1. Qualifikation in der Botschaft

Die Botschaft zur Änderung des Bankengesetzes enthält keine abschliessende Aussage darüber, wie die Abgeltungspauschale in das System der öffentlichen Abgaben einzuordnen ist. Stattdessen lässt sich ihr nur folgendes entnehmen:

«Zur Verfassungsmässigkeit der Pauschale nach Artikel 32c E-BankG für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie: Die Erhebung dieser Pauschale bei den systemrelevanten Banken lässt sich auf die Verfassung abstützen, namentlich auf Artikel 98 Absatz 1 BV (sog. Abgabenerhebung kraft Sachzusammenhangs). Bei der Pauschale geht es um einen Ausgleich für die grundsätzliche Risikoübernahmebereitschaft des Bundes beziehungsweise für den Nutzen, den die systemrelevanten Banken daraus ziehen. Bei einer solchen Pauschale ist der Kreis der Abgabepflichtigen und der Kreis derjenigen Personen, denen entweder die Verwendung der Abgabe zugutekommt oder die einen Nutzen aus der gesetzlichen Regelung der grundsätzlichen Möglichkeit eines PLB ziehen, deckungsgleich. Es handelt sich deshalb bei der Pauschale nicht um eine Steuer, und ihre Erhebung bedarf daher keiner expliziten und spezifischen Verfassungsgrundlage. Mit Blick darauf, dass allein schon die gesetzliche Schaffung der Möglichkeit der

¹⁹³ So schreibt das BVGer in BVGer C-1410/2013, vom 23. Februar 2015, einerseits «Die staatliche Gegenleistung und der erforderliche Sachzusammenhang stehen hier nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ausser Frage. Von einer Steuer kann deshalb - entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerin (...) - von vornherein nicht gesprochen werden.» (E. 6.2) und hält nur kurz später andererseits fest «Wie weit das Äquivalenzprinzip bei Aufsichtsabgaben überhaupt herangezogen werden kann, ist streitig, da die mit der Aufsichtsabgabe finanzierte Amtstätigkeit den einzelnen Abgabepflichtigen nicht individuell zugerechnet werden kann» (E. 6.3).

¹⁹⁴ Wobei die Einordnung im Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung einer Abgabe zu erfolgen hat.

¹⁹⁵ Mit dieser Unterscheidung zwischen Kostenanlastungssteuern und Vorzugslasten REICH, Steuerrecht, 20; Unter der Annahme, dass sich zumindest Teile des Aufsichtsaufwands mit gewissen Pauschalisierungen (vgl. Fn 192) individuell den Abgabepflichtigen zurechnen lassen, ist auch eine Einordnung der Aufsichtsabgaben als Gemengsteuer denkbar.

Gewährung eines Liquiditätshilfe-Darlehens mit Ausfallgarantie des Bundes für systemrelevante Banken, losgelöst von einem konkreten Anwendungsfall, den Wettbewerb beeinflussen kann, erscheint die Pauschale im Übrigen als ein Mittel, allfälligen Verzerrungen des Wettbewerbs entgegenzuwirken.»¹⁹⁶

Dieser Ausschnitt zeigt, dass sich die Botschaft primär mit den Kompetenzanforderungen zur Abgabenerhebungen auseinandersetzt und darauf verzichtet, die Abgeltungspauschale klar in das System der öffentlichen Abgaben einzuordnen. Ebenso wenig äussert sich die Botschaft zur Einhaltung weiterer verfassungsrechtlicher Anforderungen an die Abgabenerhebung. Für die Zwecke eines informierten Gesetzgebungsverfahrens erscheint diese kurze verfassungsrechtliche Einordnung daher unzureichend.

Zumindest grenzt die Botschaft die Abgeltungspauschale von den Steuern ab. Diese Abgrenzung basiert auf der Erwägung, dass die Abgeltungspauschale dazu erhoben wird, die Risikobereitschaft des Bundes und die daraus entstehenden Vorteile der abgabepflichtigen Banken auszugleichen. Dabei bestehe Kongruenz zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Kreis der Personen, denen die Abgabeverwendung zugutekommt oder die aus der grundsätzlichen Möglichkeit eines PLB einen Nutzen ziehen. Die Botschaft orientiert sich in diesem Argument stark am bereits diskutierten Gutachten des Bundesamts für Justiz, welches den Begriff der qualifizierten Gruppenäquivalenz einführt, um die Aufsichtsabgaben (als Kostenanlastungskausalabgaben) den Kausalabgaben i.w.S. zuzuordnen.¹⁹⁷ Die Botschaft ordnet damit die Abgeltungspauschale wohl ebenfalls den Kausalabgaben i.w.S. zu.

2. Stellungnahme

Wie oben ausgeführt, ist die Anerkennung qualifiziert gruppenäquivalenter Sonderabgaben als Kausalabgaben i.w.S. abzulehnen.¹⁹⁸ Es ist daher zu beurteilen, ob die Abgeltungspauschale als Steuer oder Kausalabgabe zu klassifizieren ist oder ob sie sich in überzeugender Weise als eigenständige Art der öffentlichen Abgabe abgrenzen lässt. Dabei erscheint die Abgrenzung zwischen Kostenanlastungssteuern und Vorzugslasten entscheidend, da die Abgeltungspauschale von einem besonderen Kreis an Abgabepflichtigen erhoben wird, die zum

¹⁹⁶ Botsch. BankG, 81 f.

¹⁹⁷ Siehe Gutachten BJ, 355, wonach qualifizierte Gruppenäquivalenz vorliegt, wenn «Kongruenz [besteht,] zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem Kreis der Personen, denen die Abgabeverwendung zugute kommt».

¹⁹⁸ Siehe hierzu oben Kap. III.A.1.b).

PLB eine besondere Beziehung aufweisen. Es ist daher zu prüfen, ob diese besondere Beziehung den für die Qualifikation als Kausalabgabe erforderlichen Grad der individuellen Zurechenbarkeit erreicht, wobei folgende Zurechnungszusammenhänge in Frage kommen:

Erstens führt die Botschaft aus, dass die Abgeltungspauschale erhoben wird, um die grundsätzliche Risikoübernahmebereitschaft des Bundes abzudecken.¹⁹⁹ Dies widerspiegelt sich auch in der Bemessung der Abgeltungspauschale: Ihre Höhe bestimmt sich durch die Multiplikation eines Bemessungssatzes als Indikator für das allgemeine Verlustrisiko und einer bankenspezifischen Bemessungsgrundlage als Indikator für den Höchstbetrag an ausfallgesicherten Darlehen.²⁰⁰ Diese Risikoübernahmebereitschaft lässt sich jedoch nur schwer fassen und erscheint abstrakt. Insbesondere da der Bund nicht zur tatsächlichen Gewährung von Ausfallgarantien verpflichtet ist, stellt der PLB vielmehr ein zusätzliches Werkzeug zur Sanierung systemrelevanter Banken dar, durch dessen Einführung der Bund in einem ersten Schritt keine weiteren Risiken oder Kosten auf sich nimmt. Sollte der Bund im Anwendungsfall tatsächlich Ausfallgarantien bereitstellen, und damit Risiken und Kosten auf sich nehmen, werden diese bereits durch die Bereitstellungs- und Risikoprämien abgedeckt.²⁰¹ Des Weiteren äussert sich die grundsätzlich erhöhte Risikobereitschaft in gleicher Weise gegenüber sämtlichen systemrelevanten Banken und lässt sich nicht individuell einzelnen abgabepflichtigen Instituten zurechnen. Dies zeigt sich wiederum im risikobasierten Bemessungssatz, welcher für alle Abgabepflichtigen identisch ist.²⁰² Diese Risikobereitschaft stellt folglich einen abstrakten Vorteil dar, der den Abgabepflichtigen nur als Gruppe und nicht individuell zurechenbar ist. Dies deutet darauf hin, dass die Abgeltungspauschale eine Kostenanlastungssteuer darstellt.

Zweitens dient die Abgeltungspauschale der Ausgleichung der Vorteile, welche den abgabepflichtigen Banken allein durch die Möglichkeit der Bereitstellung einer Ausfallgarantie entstehen. Die bloße Existenz des PLB als gesetzliches Instrument zur Bankensanierung führt nach Ansicht der Botschaft sowohl zu einer Stärkung der Kreditwürdigkeit der betroffenen Banken, wodurch deren Refinanzierungskosten sinken würden, als auch zu einer Erhöhung des Kundenvertrauens und damit zu geringeren Geldabflüssen im Krisenfall.²⁰³ Die

¹⁹⁹ Botsch. BankG, 82.

²⁰⁰ Siehe hierzu oben Kap. II.C.

²⁰¹ Siehe hierzu oben Kap. II.B.

²⁰² Siehe hierzu oben Kap. II.C.

²⁰³ Siehe hierzu Botsch. BankG, 68.

Ausgleichung dieser Vorteile soll sodann auch dazu dienen, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden.²⁰⁴ Das gesteigerte Kundevertrauen ist dabei, ebenso wie die erhöhte grundsätzliche Risikobereitschaft des Bundes, ein abstrakter Vorteil, der keinem einzelnen Abgabepflichtigen individuell zugerechnet werden kann. Stattdessen profitieren alle abgabepflichtigen Institute gemeinschaftlich als Gruppe von einem allfälligen Vertrauenszuwachs durch die Einführung des PLB. Auch in Bezug auf diesen Vorteil weist die Abgeltungspauschale demnach die Merkmale einer Kostenanlastungssteuer auf.

Demgegenüber lässt sich die Stärkung der Kreditwürdigkeit grundsätzlich einzelnen Abgabepflichtigen anhand ihrer (gesunkenen) Finanzierungskosten individuell zurechnen. Praktisch dürften die Feststellung des individualisierten Effekts der gesetzlichen Einführung des PLB erhebliche Schwierigkeiten mit sich bringen, weshalb es kaum möglich sein dürfte, die Abgeltungspauschale daran zu bemessen. Indem sich die Höhe der Abgeltungspauschale anhand der maximalen Risikobereitschaft des Bundes bemisst, wird diese Problematik umgangen. Insofern die Einführung des PLB also tatsächlich zu einer Senkung der Refinanzierungskosten der abgabepflichtigen Institute führt, besteht in diesem Umfang ein den Abgabepflichtigen individuell zurechenbarer Sondervorteil, der auf eine Vorzugslast schliessen lässt.

Abschliessend ist festzuhalten, dass die Abgeltungspauschale zu einem Teil, in Form der tieferen Finanzierungskosten, an eine individuell zurechenbare Gegenleistung anknüpft. Zum anderen Teil ist sie gegenleistungslos geschuldet, da das erhöhte Kundenvertrauen und die Risikobereitschaft des Bundes abstrakte Vorteile darstellen. Damit trägt die Abgeltungspauschale die klassischen Merkmale einer Gemengsteuer, welche Elemente einer Steuer mit denjenigen einer Kausalabgabe vereint. Wie bereits dargelegt, gewährt das Bundesgericht insbesondere in Fällen, in denen sich der Wert einer staatlichen Gegenleistung nur schwer bestimmen lässt, einen erheblichen Spielraum bei der Bemessung einer Abgabe, bevor diese zur (Gemeng-)Steuer wird.²⁰⁵ Diese Fälle unterscheiden sich indes in einem wesentlichen Punkt von der Abgeltungspauschale: Anstatt die Abgabenhöhe zumindest in pauschalisierter Form am individuell zurechenbaren Vorteil der Abgabepflichtigen festzumachen, orientiert sich die Bemessung der Abgeltungspauschale bewusst und einzig am abstrakt zurechenbaren Vorteil der

²⁰⁴ Siehe hierzu Botsch. BankG, 68.

²⁰⁵ Zu den Gemengsteuern BGE 131 I 386 E. 3.5; zu den Aufsichtsabgaben als Kausalabgaben BGE 141 V 509 E. 6.2; Siehe mit Ausführungen zum zulässigen Mass an Pauschalisierung unter dem (Individual-)Äquivalenzprinzip UHLMANN, 92 ff.

grundsätzlich erhöhten Risikobereitschaft des Bundes.²⁰⁶ Infolgedessen kann das Äquivalenzprinzip bei der Erhebung der Abgeltungspauschale zwangsläufig nicht eingehalten werden.

Demzufolge ist die Abgeltungspauschale den Gemengsteuern zuzuordnen. Da die Einnahmen aus der Abgeltungspauschale keiner Zweckbindung unterliegen, sondern in den allgemeinen Bundeshaushalt fliessen,²⁰⁷ liegt sodann keine Zwecksteuer vor.

²⁰⁶ Dies widerspiegelt sich auch im Namen und dem Zweck der Abgeltungspauschale (Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie); siehe Art. 32c E-BankG; hierzu bereits oben Kap. II.C.

²⁰⁷ Siehe hierzu oben Kap. II.C.

IV. Anforderungen an die Abgabenerhebung

Wie bereits kurz erwähnt,²⁰⁸ stellt die Lehre und Rechtsprechung an die Erhebung einer Gemengsteuer dieselben Voraussetzungen wie an die Erhebung einer klassischen Steuer.²⁰⁹ Dies erscheint aufgrund der gemischten Natur der Gemengsteuer und insbesondere des gegenleistungslos geschuldeten Teils der Abgabe gerechtfertigt. Für eine Untersuchung der Verfassungskonformität der Abgeltungspauschale als Gemengsteuer auf Bundesebene ist daher insbesondere die Kompetenz zur Abgabenerhebung und die Einhaltung der Grundsätze der Besteuerung zu beachten. Auf beides ist im Folgenden einzugehen.

A. Kompetenzerfordernis

Gemäss Art. 3 BV üben die Kantone alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind.²¹⁰ Der damit begründete Verfassungsvorbehalt zulasten des Bundes bedeutet, dass Bundeskompetenzen in der Bundesverfassung selbst begründet werden müssen.²¹¹ Diesem Grundsatz folgend benötigt der Bund eine Kompetenz zur Erhebung von Abgaben im Allgemeinen und der Abgeltungspauschale im Besonderen,²¹² was in der Folge darzulegen ist.

1. Herleitung des Verfassungsvorbehalts

Die Kompetenzzuteilung zugunsten des Bundes erfolgt insbesondere im zweiten und dritten Kapitel des dritten Titels der Verfassung.²¹³ Der Inhalt dieser Kompetenzbestimmungen ist dabei anhand derselben Auslegungsmethoden zu bestimmen, die auch auf das übrige Schweizer Recht Anwendung finden.²¹⁴ Die Auslegung anhand des pragmatischen Methodenpluralismus hat dabei weder per se extensiv noch restriktiv zu erfolgen.²¹⁵ Während die einzelnen Auslegungselemente im Allgemeinen keiner hierarchischen Prioritätsordnung unterstehen,²¹⁶ bemerken Bundesgericht und Lehre, dass bei der Auslegung von Kompetenzbestimmungen als Organisationsnormen regelmässig ein relativ enger Auslegungsspielraum besteht, bei dem

²⁰⁸ Siehe hierzu oben Kap. III.A.4.

²⁰⁹ So explizit in der Rechtsprechung BGE 101 Ia 182 E. 1; in der Lehre HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2866; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, N 1622; DUBEY/ZUFFEREY, 649 f; HÄNER, 9; WIEDERKEHR/RICHLI, N 973 ff.

²¹⁰ Ebenfalls Art. 42 Abs. 1 (siehe zur Bedeutung und dem Verhältnis der beiden Normen bspw. SGK BV-MÜLLER/SCHWEIZER, Art. 42, N 1 ff.).

²¹¹ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3, N 10 ff.

²¹² BGE 140 I 176 E. 7.1.

²¹³ Art. 54 ff. BV; Siehe zu den Ausnahmen bspw. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, N 691.

²¹⁴ BGE 147 I 136 E. 2.3.2; BGE 143 I 272 E. 2.2.3; Explizit zu den Kompetenzen des Bundes BGE 130 I 156 E. 2.5; Siehe in der Lehre bspw. BSK BV-BIAGGINI, Art. 3, N 30 ff.; Siehe zu den Schwierigkeiten der traditionellen Auslegungsmethoden bei der Verfassungsauslegung TSCHANNEN, N 142 ff.; Siehe mit einem weitergehenden Verständnis der Verfassungsinterpretation SGK BV-EHRENZELLER, Verfassungsinterpretation, N 1 ff.

²¹⁵ BSK BV-BIAGGINI, Art. 3, N 30; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3, N 10.

²¹⁶ Siehe zuletzt BGE 149 I 91 E. 2.2.

der historischen Auslegungsmethode eine grosse Bedeutung zukommt.²¹⁷ Die Auslegung des Bundesgerichts zielt dabei auf «die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis.»²¹⁸

Neben expliziten Kompetenzzuweisungen in der Verfassung anerkennen Rechtsprechung und Lehre zudem stillschweigende Bundeskompetenzen.²¹⁹ In Anbetracht der mit der Totalrevision erfolgten Nachführung der BV empfiehlt die Lehre eine zurückhaltende Anerkennung stillschweigender Bundeskompetenzen.²²⁰ Diese lassen sich sodann in zwei Kategorien unterteilen: Solche, die sich aus der bundesstaatlichen Struktur der Schweiz ergeben (sog. Zuständigkeiten kraft föderativen Staatsaufbaus oder auch inhärente Kompetenzen), und solche, die sich unmittelbar aus der Ausübung einer weiteren Zuständigkeit ergeben (sog. Zuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs).²²¹

Die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Kompetenzen sowie insbesondere die Anerkennung von Zuständigkeiten kraft Sachzusammenhangs ist auch für die Erhebung von Abgaben von Relevanz. So vertritt die herrschende Lehre die Auffassung, dass die Erhebung von Steuern nur auf Grundlage einer ausdrücklichen Bundeskompetenz zulässig sei.²²² Die Erhebung von Kausalabgaben (sowie reinen Lenkungsabgaben²²³) lasse sich demgegenüber auf eine stillschweigende Kompetenz kraft Sachzusammenhangs zu einer Sachkompetenz des Bundes stützen.²²⁴ Die Herleitung dieses Kompetenzerfordernisses erfolgt in der Lehre unter Berufung auf unterschiedliche Funktionen.²²⁵ Im Vordergrund steht dabei der Schutz des kantonalen Steuersubstrats.²²⁶ Daneben werden auch die Sicherung der demokratischen Mitwirkung, die Begrenzung der Steuereinnahmen des Bundes sowie der Schutz der Bevölkerung vor Eingriffen des Staates als Gründe angeführt.²²⁷

²¹⁷ BGE 112 Ia 208 E. 2.a); BSK BV-BIAGGINI, Art. 3, N 32 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3, N 10.

²¹⁸ Statt vieler BGE 147 I 136 E. 2.3.2.

²¹⁹ BGE 130 I 156 E. 2.5; BGE 117 Ia 202 E. 4; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3, N 13 ff.; BSK BV-BIAGGINI, Art. 3, N 34 ff.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 3, N 8; CR BV-BELLANGER, Art. 42, N 40 ff.

²²⁰ SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3, N 13; CR BV-BELLANGER, Art. 42, N 40 ff.; BSK BV-BIAGGINI, Art. 3, N 41; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, N 718 ff.

²²¹ BGE 130 I 156 E. 2.5; Siehe mit den entsprechenden Begriffen bspw. SGK BV-SCHWEIZER, Art. 3, N 14.

²²² Explizit bspw. KOCHER, 512; WALDMANN/WIEDERKEHR, 375; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 1 ff.; OBERSON, 17 ff.; REICH, Steuerrecht, 51 ff.; HETTICH/WETTSTEIN, 551 ff.; BÖCKLI, 186; VALLENDER, Besteuerungsbefugnisse, 24.

²²³ Siehe hierzu oben Kap. III.A.3.

²²⁴ WALDMANN/WIEDERKEHR, 375; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 1; WYSS, 110 ff.; BEUSCH, Benutzungsgebühren, 43 f.; HETTICH/WETTSTEIN, 551 ff.

²²⁵ Siehe in diesem Kontext auch zu den allgemeinen Funktionen der Verfassung SGK BV-EHRENZELLER, Verfassungsinterpretation, N 32.

²²⁶ M.w.H. HETTICH/WETTSTEIN, 553.

²²⁷ Siehe mit einer Übersicht KELLER/HAUSER, 813 ff.

Indes vertreten einzelne Lehrmeinungen die Ansicht, dass das Erfordernis einer ausdrücklichen Bundeskompetenz für gewisse Steuern zu lockern sei. Neben den oben dargestellten und abgelehnten Lehrmeinungen, welche eine Lockerung durch eine Unterstellung qualifiziert gruppenäquivalenter Abgaben unter die Voraussetzungen der Kausalabgaben erzielen,²²⁸ ist insbesondere auf die Ausführungen von KELLER/HAUSER einzugehen.²²⁹ Sie beschränken den Verfassungsvorbehalt anhand des fiskalischen Zwecks, des Eingriffs in das kantonale Steuersubstrat und der Einschränkung des kantonalen Entscheidungsspielraums auf nach diesen Kriterien bedeutsame Steuern.²³⁰ Diese Argumentation basiert stark auf einer teleologischen Auslegung der Kompetenzzuteilung der Verfassung²³¹ und führt zu einer Vernachlässigung anderer Auslegungsmethoden. Diese Vorgehensweise widerspricht nicht nur dem pragmatischen Methodenpluralismus als juristische Spielregel, sondern führt auch dazu, dass die historische Auslegungsmethode vernachlässigt wird, obschon das Bundesgericht dieser bei der Auslegung von Kompetenznormen eine grosse Bedeutung zumisst.²³² Soweit ersichtlich bietet die historische Auslegungsmethode sodann keinen Anlass zur Unterscheidung zwischen bedeutsamen und unbedeutsamen Steuern.²³³ Des Weiteren lassen sich auch im Rahmen einer teleologischen Auslegung Argumente anführen, die gegen eine Lockerung des Kompetenzerfordernisses sprechen. So könne diese den Schutz der Abgabepflichtigen vor übermässiger Besteuerung schwächen, da die Grundrechte und Grundsätze der Besteuerung wohl nur ein tieferes Schutzniveau gewährleisten.²³⁴ Demzufolge ist eine Beschränkung des Erfordernisses einer ausdrücklichen Bundeskompetenz auf bedeutsame Steuern abzulehnen.²³⁵

In seiner bisherigen Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht, unter Berufung auf Art. 190 BV nur beschränkt zum Erfordernis der ausdrücklichen Bundeskompetenz für die Steuererhebung geäussert.²³⁶ Das Massgeblichkeitsgebot führt zudem dazu, dass im Falle einer Kompetenzzuweisung des Bundes nur ein stark beschränkter Rechtsschutz für die Kantone

²²⁸ Siehe hierzu oben Kap. III.A.1.b).

²²⁹ KELLER/HAUSER, 813 ff.

²³⁰ KELLER/HAUSER, 823.

²³¹ So fassen KELLER/HAUSER ihre Argumentation wie folgt zusammen (Hervorhebung hinzugefügt): «u.E. [liegt] der *Sinn des Verfassungsvorbehalts* für Bundessteuern in der Kompetenzzuteilung zwischen Bund und Kantonen. *Der Verfassungsvorbehalt dient* damit der Wahrung des Steuersubstrats der Kantone und des Spielraums der Kantone zur Ausgestaltung des eigenen Steuersystems. Entscheidender Gesichtspunkt für seinen Anwendungsbereich ist somit, ob ein erheblicher Eingriff in das Steuersubstrat der Kantone vorliegt.» (KELLER/HAUSER, 828).

²³² Siehe hierzu oben Fn 217.

²³³ Siehe ähnlich KOCHER, N 1339 ff.

²³⁴ M.w.H. HETTICH/WETTSTEIN, 554.

²³⁵ Siehe mit einer Ablehnung weiterer Relativierungsversuche des Verfassungsvorbehalts KOCHER, N 1337 ff.

²³⁶ Siehe zu den qualifiziert gruppenäquivalenten Abgaben oben Fn 110.

und Abgabepflichtigen besteht.²³⁷ In einem Entscheid betreffend eine Verwertungsgebühr im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht führte das Bundesgericht indes zumindest aus, dass eine Abgabe, deren Bemessung in einer Verordnung festgelegt ist, nötigenfalls auf den für Kausalabgaben erlaubten Betrag herabzusetzen sei, falls der Bund keine Kompetenz zur Erhebung einer Abgabe mit teilweise Steuercharakter habe.²³⁸

2. Bedeutung für die Abgeltungspauschale

Die Erhebung der Abgeltungspauschale durch den Bund bedarf folglich einer verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlage. Da die Abgeltungspauschale eine Gemengsteuer darstellt,²³⁹ ist für deren Erhebung grundsätzlich, wie bei den ordentlichen Steuern, eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage erforderlich. Die Botschaft stützt die Erhebung der Abgeltungspauschale demgegenüber auf eine stillschweigende Kompetenz kraft Sachzusammenhangs mit Art. 98 Abs. 1 BV.²⁴⁰ Diese Argumentation vermag jedoch aus folgenden Gründen nicht zu überzeugen:

Erstens ist eine dogmatische Einschränkung des ausdrücklichen Kompetenzerfordernisses zur Abgabenerhebung auf bedeutsame Steuern abzulehnen, da diese auf einer einseitigen Auslegung der Verfassung beruht und wesentliche Auslegungsmethoden vernachlässigt. Die fehlende Zweckbindung in der Mittelverwendung der Abgeltungspauschale führt zweitens dazu, dass die Abgabe zumindest im Resultat fiskalische Zwecke verfolgt und damit ohnehin nicht in das von KELLER/HAUSER vorgeschlagene Modell der unbedeutsamen Steuern passt.²⁴¹ Schliesslich führt drittens auch eine Auslegung von Art. 98 Abs. 1 BV anhand des pragmatischen Methodenpluralismus zum Ergebnis, dass keine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs für die Erhebung der Abgeltungspauschale besteht. So bieten die grammatikalische, systematische, historische und geltungszeitliche Auslegungsmethode keine Anhaltspunkte für eine Kompetenz zur Abgabenerhebung gestützt auf Art. 98 Abs. 1 BV. Mit der teleologischen Auslegungsmethode liesse sich zwar argumentieren, dass die Abgabenerhebung notwendig sei, um Fehlanreize zu verhindern und so den Zweck einer effektiven Regulierung des Bankenwesens

²³⁷ SCHWEIZER, 707 f.

²³⁸ BGE 130 III 225 E. 2.5; Siehe mit weiteren Ausführungen WIEDERKEHR/RICHLI, N 984.

²³⁹ Siehe oben Kap. III.B.2.

²⁴⁰ Botsch. BankG, 82.

²⁴¹ Siehe hierzu Fn 230. Auch AUERS Determinationstheorie begründet indes nur eine Ausnahme des Verfassungsvorbehalts für Abgaben mit zweckgebundener Mittelverwendung (siehe AUER, 69); mit einer ausführlichen Ablehnung der Determinationstheorie bereits BÖCKLI, 194 ff.

zu erreichen, dieses Argument reicht jedoch für sich allein nicht aus, um eine Kompetenz zu begründen.

In Konsequenz der vorangehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass die Erhebung der Abgeltungspauschale eine ausdrückliche Kompetenz in der Verfassung erfordert. Auch ohne eine solche kann dem Bund die Anwendung des PLB und die Erhebung der Abgeltungspauschale aufgrund des Massgeblichkeitsgebots nicht versagt werden. Ohne eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage in der Verfassung droht aber die Herabsetzung der auf Verordnungsebene festgelegten Abgabenhöhe, wie dies im Urteil zur Verwertungsgebühr nach SchKG der Fall war.²⁴² Unabhängig von den Rechtsfolgen ist die Erhebung der Abgeltungspauschale ohne angemessene Kompetenzgrundlage auch aus rechtsstaatlichen Überlegungen abzulehnen.

²⁴² Siehe oben Fn 238.

B. Grundsätze der Besteuerung

Bei der Erhebung von Abgaben ist der Bund gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden. Ausserdem normiert Art. 127 BV verschiedene Grundsätze, die bei der Steuererhebung zu beachten sind, namentlich das Legalitätsprinzip (Abs. 1), die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Abs. 2). Schliesslich ist die interkantonale Doppelbesteuerung untersagt (Abs. 3). Im Folgenden ist die Vereinbarkeit der Abgeltungspauschale mit diesen Grundsätzen darzulegen. Auf Ausführungen zum Verbot der interkantonalen Doppelbesteuerung wird mangels Relevanz für die Abgeltungspauschale verzichtet.

1. Legalitätsprinzip

Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht hat seinen Ursprung in der frühen bundesgerichtlichen Rechtsprechung und wird mit der geltenden Verfassung durch Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV in das positive Recht überführt.²⁴³ Der Anwendungsbereich des Legalitätsprinzips ist anerkanntermassen breiter als der Wortlaut von Art. 127 Abs. 1 BV und umfasst alle öffentlichen Abgaben auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene.²⁴⁴ Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht ist sodann ein verfassungsmässiges Recht, welches von Betroffenen direkt gestützt auf Art. 127 Abs. 1 BV geltend gemacht werden kann.²⁴⁵

Art. 127 Abs. 1 BV verlangt, dass die Ausgestaltung der Abgabe, insbesondere der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung, in den Grundzügen im Gesetz selbst zu regeln sind.²⁴⁶ Einerseits legt die Verfassung damit fest, dass im Abgaberecht nur ein formelles Gesetz die Anforderungen an die ausreichende Normstufe erfüllt. Das Bundesgericht spricht in diesem Zusammenhang daher teilweise auch von einem strengen Legalitätsprinzip im Abgaberecht.²⁴⁷ Andererseits legt die Verfassung als Erfordernis einer genügenden Normdichte fest, dass zumindest die im Artikel genannten Elemente der Ausgestaltung einer Abgabe im Gesetz zu regeln sind. Ob die gesetzliche Regelung der Bemessung einer

²⁴³ Siehe ausführlich zur Entwicklung und der Unterscheidung von Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV KOCHER, N 1214; siehe ebenfalls Botsch. BV, 345 f.

²⁴⁴ BGE 143 I 227 E. 4.2; OFK BV-BIAGGINI, Art. 127, N 4; siehe zum Legalitätsprinzip im Kausalabgaberecht ausführlich WIEDERKEHR, Legalitätsprinzip, 40 ff.

²⁴⁵ CR BV-GIRARDIN, Art. 127 N 7 ff.

²⁴⁶ Siehe detailliert zu den einzelnen Elementen SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 12.

²⁴⁷ Bspw. BGE 139 II 460 E. 2.1; BGer 2C_57/2018, vom 23. Januar 2020, E. 3.2.

Abgabe deren Steuertarif umfassen muss, ist dabei nicht abschliessend geklärt.²⁴⁸ In Bezug auf die Tragweite des Legalitätsprinzips und damit die Frage, ob eine gesetzliche Regelung im Einzelfall den dargestellten Anforderungen genügt, führt das Bundesgericht abwägend aus, dass «das Legalitätsprinzip weder seines Gehalts entleert noch in einer Weise überspannt werden [darf], dass es mit der Rechtswirklichkeit und dem Erfordernis der Praktikabilität in einen unlösbaren Widerspruch gerät».²⁴⁹

Durch seine inhaltlichen Anforderungen kommen dem Legalitätsprinzip verschiedene, nicht unumstrittene, Schutzfunktionen zu.²⁵⁰ Erstens gewährleistet das Erfordernis der genügenden Normstufe die durch den Prozess der Gesetzgebung geschaffene demokratische Legitimation der Besteuerung. Die Anforderungen an die formellgesetzliche Grundlage beschränken zweitens auch den Handlungsspielraum der rechtsanwendenden Behörden auf ein angemessenes Mass und tragen so zu einer vorhersehbaren, rechtsgleichen und willkürfreien Besteuerung bei, womit im Resultat die Rechtssicherheit gefördert wird.²⁵¹ Aufgrund dieser Beschränkung weist das Bundesgericht dem Legalitätsprinzip in seiner stetigen Rechtsprechung schliesslich eine Schutzfunktion vor einer übermässigen Besteuerung zu.²⁵²

Die dargestellte Schutzfunktion erlaubt sodann die Ableitung von Ausnahmen vom abgaberechtlichen Legalitätsprinzip. Für Kausalabgaben, deren Höhe durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip begrenzt ist,²⁵³ lockert das Bundesgericht das Legalitätsprinzip und erlaubt die Festlegung der Bemessung der Abgabe auf Verordnungsstufe.²⁵⁴

Um den Anforderungen des Legalitätsprinzips zu genügen, muss die Ausgestaltung der Abgeltungspauschale, und namentlich die genannten Elemente, in ihren Grundzügen im Gesetz geregelt werden. Eine Lockerung der Anforderungen des Legalitätsprinzips kommt nicht in Frage, da die Abgeltungspauschale keine Kausalabgabe sondern eine Gemengsteuer darstellt, die das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip nicht einhält.²⁵⁵ Eine Betrachtung des

²⁴⁸ So fordert dies zumindest der Wortlaut von Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 lit. d BV nicht explizit; siehe dazu SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 12; bejahend BGE 142 II 182 E. 2.2.1; BGer 2C_573/2016, vom 22. Mai 2017, E. 3.2.1.; BGer 2C_687/2014, vom 28. August 2015, E. 3.2; HÖHN/WALDBURGER, 110.

²⁴⁹ Siehe zuletzt bspw. BGE 143 II 283 E. 3.5.

²⁵⁰ Siehe zum Ganzen und hinterfragend SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 9 ff.

²⁵¹ BGer 2C_334/2014, vom 9. Juli 2015, E. 2.4.4; zur Notwendigkeit der generell-abstrakten Formulierung ausführlich Schindler, Art. 5, N 35 ff.

²⁵² BGE 143 II 283 E. 3.5; BGE 121 I 273 E. 3.a); BGE 112 Ia 39 E. 2.a); BGE 104 Ia 113 E. 4.

²⁵³ Siehe zu den beiden Prinzipien bereits oben Kap. III.A.2.a).

²⁵⁴ Bspw. BGE 143 II 283 E. 3.5; Kritisch dazu, ob das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip eine wirksame Schutzfunktion übernehmen können und eine Lockerung des Legalitätsprinzips rechtfertigen WIEDERKEHR, Legalitätsprinzip, 40 f.

²⁵⁵ Siehe hierzu oben Kap. III.B.2.

Gesetzesentwurfs zeigt, dass die Anforderungen an das Legalitätsprinzip im Resultat erfüllt sind, denn die Ausgestaltung der Abgeltungspauschale ist in ihren Grundzügen in Art. 32c E-BankG mit einer genügenden Normdichte und auf einer ausreichenden Normstufe normiert. Die Delegation an den Bundesrat die Einzelheiten der Bemessung festzulegen (Abs. 2), erscheint im vorliegenden Fall aus praktischen Gründen gerechtfertigt.²⁵⁶ Die in Abs. 3 und 4 festgelegten Faktoren, die bei der Bemessung zu berücksichtigen sind, tragen zur Vorhersehbarkeit der Besteuerung bei und unterstützen damit diese Schlussfolgerung ebenfalls.

2. Besteuerungsgrundsätze

Die heute in Art. 127 Abs. 2 BV normierten Grundsätze der Besteuerung fanden erst im Rahmen der Totalrevision der BV Eingang in das positive Verfassungsrecht.²⁵⁷ Davor wurden sie durch das Bundesgericht aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot abgeleitet.²⁵⁸ Art. 127 Abs. 2 BV fordert insbesondere die Beachtung der Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Dabei besteht, mitunter durch den Zusatz «insbesondere», die Möglichkeit zur Anerkennung weiterer Besteuerungsgrundsätze in der Rechtspraxis.²⁵⁹ Neben ihrer Funktion bei der Ausgestaltung von Abgaben kommt den Besteuerungsgrundsätzen auch bei der verfassungskonformen Auslegung von Steuernormen eine besondere Bedeutung zu.²⁶⁰

Das allgemeine Gleichbehandlungsgebot wird vom Bundesgericht dahingehend interpretiert, dass «Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich zu behandeln, bestehenden Ungleichheiten umgekehrt aber auch durch rechtlich differenzierte Behandlung Rechnung zu tragen [ist]». Dieses Verständnis basiert in erster Linie auf den Gerechtigkeitsüberlegungen von Aristoteles, insbesondere dem Konzept der austeilenden Gerechtigkeit.²⁶¹ Aufgrund der Ableitung aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot liegt dieses Gerechtigkeitsverständnis auch den Besteuerungsgrundsätzen zugrunde.²⁶²

²⁵⁶ Die Forderung den Steuertarif auf Gesetzesstufe festzulegen (siehe hierzu Fn 248), scheint vorliegend aufgrund der Komplexität der Berechnung selbst und der zugrundeliegenden Faktoren nicht mit dem Erfordernis der Praktikabilität vereinbar (siehe hierzu Fn 249).

²⁵⁷ Siehe hierzu VALLENDER, Bundesfinanzordnung, 688 f.

²⁵⁸ Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 4 Abs. 1 aBV; mit einer ausführlichen Ableitung bspw. BGE 114 Ia 221 E. 2.c); siehe zu den Problemen des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Steuerrecht ausführlich SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 20 ff.

²⁵⁹ BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 18; mit weiteren Beispielen SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 17.

²⁶⁰ REICH, Steuerrecht, 84.

²⁶¹ SGK BV-SCHWEIZER/FRANKHAUSER, Art. 8, N 5 ff.

²⁶² Siehe explizit BGE 133 I 206 E. 7.4: «Gerechtigkeit im Steuerrecht ist vor allem eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit im Sinne der aristotelischen *iustitia distributiva*.».

Wenn dabei aufgezeigt werden kann, dass die Anwendung des Gleichbehandlungsgebots und der Besteuerungsgrundsätze nicht notwendigerweise zu einer gerechten Besteuerung führen,²⁶³ wird ersichtlich, dass eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Grundsätzen unerlässlich ist, um dem Ziel einer gerechten Besteuerung näherzukommen. Die vorliegende Arbeit beabsichtigt jedoch nicht eine normative Auseinandersetzung mit den Grundannahmen einer gerechten Besteuerung zu führen, sondern die Verfassungskonformität der Abgeltungspauschale im Lichte dieser Besteuerungsgrundsätze zu untersuchen. Daher wird an dieser Stelle auf weitere allgemeine Ausführungen dazu verzichtet. Wo die Grundannahmen der Steuergerechtigkeit die konkrete Auslegung der Besteuerungsgrundsätze beeinflussen, ist darauf zurückzukommen.

Vor einer detaillierten Untersuchung und Anwendung der Besteuerungsgrundsätze auf die Abgeltungspauschale ist zunächst die Bedeutung des Einschubs darzulegen, wonach diese Grundsätze (nur) «soweit es die Art der Steuer zulässt» zu beachten sind.²⁶⁴ Diese relativierende Formulierung geht auf einen Kompromiss zwischen National- und Ständerat zurück und zielte wohl darauf ab, den Bedenken hinsichtlich der Vereinbarkeit der bestehenden indirekten Steuern mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Rechnung zu tragen.²⁶⁵ Die Anwendbarkeit der Grundsätze der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung für alle Steuerarten scheint hingegen unbestritten.²⁶⁶ Diese Relativierung wurde verschiedentlich kritisiert, da sie zu einer willkürlichen Anwendung der Besteuerungsgrundsätze führen könne.²⁶⁷ Für die Zwecke dieser Arbeit ist zumindest festzuhalten, dass alle Besteuerungsgrundsätze, namentlich aufgrund ihrer Herleitung aus dem allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot,²⁶⁸ als Leitlinien bei der Ausgestaltung der Abgeltungspauschale zu beachten sind.²⁶⁹ Die Bezeichnung als Leitlinien passt schliesslich auch deshalb, weil das Bundesgericht der Legislative bei der Ausgestaltung von Steuern einen grossen Gestaltungsspielraum zumisst.²⁷⁰

²⁶³ So überzeugend HONGLER, N 5 ff.; SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 20 ff.

²⁶⁴ Art. 127 Abs. 2 BV.

²⁶⁵ Votum Plattner, AB S Verfassungsreform, 187; Hierzu ausführlich SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR (3. A.), Art. 127, N 52 ff.

²⁶⁶ SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR (3. A.), Art. 127 N 53.

²⁶⁷ Siehe insbesondere SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 66 ff.; ebenfalls BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 31.

²⁶⁸ BSK BV-BEHNISCH, Art. 127 N 20.

²⁶⁹ Siehe m.w.H. SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR (3. A.), Art. 127, N 24.

²⁷⁰ So explizit in Bezug auf das Gleichbehandlungsgebot BGer 2C_672/2017, vom 8. Oktober 2018, E. 1.2; ebenso m.w.H. KOCHER, N 1280.

a) **Allgemeinheit der Besteuerung**

Das Bundesgericht erkennt den Gehalt des Grundsatzes der Allgemeinheit der Besteuerung darin, «dass alle Personen oder Personengruppen nach denselben gesetzlichen Regeln [von der Steuerpflicht] erfasst werden; Ausnahmen, für die kein sachlicher Grund besteht, sind unzulässig».²⁷¹ Im Umkehrschluss leitet das Bundesgericht daraus, wenn auch weniger regelmäßig, das Verbot ab, eine kleine Gruppe von Steuerpflichtigen im Verhältnis zu ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erheblich stärker zu belasten.²⁷² Der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung verbietet damit sowohl die subjektive Privilegierung als auch die subjektive Diskriminierung gewisser Personen und Personengruppen.²⁷³

In einem besonderen Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung stehen grundsätzlich die Gewerbe- und die Kostenanlastungssteuern, da sie den Abgabepflichtigen eine Sonderbelastung auferlegen.²⁷⁴ Das Bundesgericht setzt jedoch an die Rechtfertigung dieser Sonderbelastung unter dem Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung keinen strengen Massstab und verlangt in Bezug auf die Gewerbesteuern lediglich, dass diese durch objektive Gründe oder Interessen allgemeiner Art gerechtfertigt sind.²⁷⁵ Bei den Kostenanlastungssteuern ergänzt das Bundesgericht, dass auch die Auswahl der Abgabepflichtigen nach haltbaren Kriterien zu erfolgen hat.²⁷⁶ Insbesondere in Anbetracht der Kohärenz zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot²⁷⁷ scheint die bundesgerichtliche Praxis zur Vereinbarkeit von Gewerbe- und Kostenanlastungssteuern mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung nach der hier vertretenen Ansicht gerechtfertigt.²⁷⁸

Wie bereits dargelegt, weist die Abgeltungspauschale einige Ähnlichkeiten zu den Kostenanlastungssteuern auf.²⁷⁹ Sodann steht die Erhebung der Abgeltungspauschale von den vier systemrelevanten Banken in einem inhärentem Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung. Um den Anforderungen dieses Grundsatzes zu genügen, muss die

²⁷¹ BGE 136 I 65 E. 5.2; mit einer ausführlichen Herleitung BGE 99 Ia 638 E. 9.

²⁷² BGE 137 I 145 E. 2.1; ebenfalls bereits in BGE 99 Ia 638 E. 9.

²⁷³ OBERSON, 38.

²⁷⁴ OFK BV-BIAGGINI, Art. 127, N 10; REICH, Steuerrecht, 87; HANGARTNER, 92 ff.; zu den Gewerbesteuern BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 26; zu den Kostenanlastungssteuern BGE 143 II 283 E. 2.3.2; HETTICH/WETTSTEIN, 558 ff.

²⁷⁵ M.w.H. BGE 128 I 102 E. 6.b).

²⁷⁶ BGE 143 II 283 E. 2.3.2; BGE 124 I 289 E. 3.b).

²⁷⁷ Welches verletzt ist, «wenn ein Erlass rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen» (BGE 141 I 153 E. 5.1); siehe hierzu SGK BV-SCHWEIZER/FRANKHAUSER, Art. 8, N 21 ff.

²⁷⁸ Mit einer anderen, ebenfalls überzeugenden Begründung SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 35.

²⁷⁹ Siehe hierzu Kap. III.B.2.

Erhebung der Abgabe gemäss den vorangehenden Ausführungen auf sachlich haltbaren Gründen beruhen und die Abgrenzung der Abgabepflichten nach sachlich haltbaren Kriterien erfolgen. Dies ist vorliegend erfüllt:²⁸⁰ Einerseits profitiert zwar auch die allgemeine Bevölkerung von der durch die Einführung des PLB erhöhten Krisenresistenz der systemrelevanten Banken, der Vorteil der abgabepflichtigen Banken ist aber nicht nur konkreter, sondern – zumindest in Bezug auf die Senkung der Finanzierungskosten – auch individueller. Dies stellt einen sachlich haltbaren Grund für die Abgabenerhebung dar. Andererseits erfolgt auch die Abgrenzung der Abgabepflichten anhand sachlich haltbarer Kriterien, indem nur systemrelevante Banken als potenzielle Empfänger der ausfallgesicherten Darlehen zur Entrichtung der Abgeltungspauschale verpflichtet sind. Daher ist die Abgeltungspauschale mit dem Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung vereinbar.

b) Gleichmässigkeit der Besteuerung

Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis zum Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung «sind Personen, die sich in gleichen Verhältnissen befinden, in derselben Weise mit Steuern zu belasten und müssen wesentliche Ungleichheiten in den tatsächlichen Verhältnissen zu entsprechend unterschiedlichen Steuerbelastungen führen».²⁸¹ Diese Formulierung lehnt sich stark am Gehalt des allgemeinen Gleichbehandlungsgebots an und verdeutlicht damit die enge Verbindung zwischen den beiden Prinzipien.²⁸² Diese Formulierung lässt zudem den Schluss zu, dass der Zweck dieses Grundsatzes in einer gleichmässigen Verteilung der Steuerlast auf die Abgabepflichtigen liegt. In der Folge wird verschiedentlich behauptet, dass dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung kaum noch ein eigenständiger Gehalt zukomme, da sich der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bereits ausführlich mit der Lastenverteilung der Besteuerung befasse.²⁸³

In der Literatur wird sodann vereinzelt die Auffassung vertreten, dass der Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung eine gleichmässige Auswahl der Steuerobjekte bedinge und sachlich nicht gerechtfertigte Ausnahmen von Steuerobjekten verbiete.²⁸⁴ Da die Forderung nach einer umfassenden Definition des Steuerobjekts auch unter dem

²⁸⁰ Siehe aber auch SGK BV-HONGLER, Art. 127 N 21, zum Einfluss der Subjektivität bei der Beurteilung sachlicher Gründe.

²⁸¹ BGE 137 I 145 E. 2.1; BGE 136 I 49 E. 5.2; BGer 2C_533/2021, vom 23. Juni 2022, E. 9.2.

²⁸² Zuletzt BGE 147 I 73 E. 6.1; siehe auch BGE 133 I 206 E. 6.1; REICH, Steuerrecht, 88; mit einem Verweis auf den französischen Wortlaut ebenfalls SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR (3. A.), Art. 127, N 21.

²⁸³ BGE 133 I 206 E. 6.1; REICH, Steuerrecht, 87 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 127, N 11; BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 26.

²⁸⁴ Insbesondere KOCHER, N 1298 ff.

Leistungsfähigkeitsprinzip vorgebracht wird,²⁸⁵ scheint dieses Verständnis des Grundsatzes der Gleichmässigkeit der Besteuerung ebenfalls wenig zu seiner eigenständigen Bedeutung beizutragen. Zudem findet dieses Verständnis auch nur beschränkten Eingang in die Rechtsprechung des Bundesgerichts.²⁸⁶

Wie bereits dargelegt, geht auch das Bundesgericht davon aus, dass die eigenständige Bedeutung des Grundsatzes der Gleichmässigkeit der Besteuerung abgenommen hat.²⁸⁷ In seinen Urteilen behandelt es diesen Grundsatz daher auch regelmässig zusammen mit dem Grundsatz der Allgemeinheit oder demjenigen der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.²⁸⁸ Die Vermengung der verschiedenen Besteuerungsgrundsätze lässt sich überzeugend anhand deren gemeinsamen Ableitung aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot erklären.²⁸⁹ An dieser Stelle kann dabei offen bleiben, ob dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung ein eigenständiger Gehalt zukommt.²⁹⁰ Im Resultat scheinen sodann auch die Fragen, welche Art der Ausgestaltung von Abgaben verfassungsrechtlich verpönt ist und weshalb dies der Fall ist, entscheidender zu sein als die Frage, welcher Grundsatz der Besteuerung eine konkrete Art der Ausgestaltung verpönt.

Im nachfolgenden Kapitel zur Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist auf die Lastenverteilung bei der Erhebung der Abgeltungspauschale zurückzukommen. In der Zwischenzeit sei hinsichtlich der Forderung nach einer umfassenden und gleichmässigen Definition des Steuerobjekts festgehalten,²⁹¹ dass die Auswahl des Steuerobjekts der Abgeltungspauschale in Art. 32c Abs. 4 E-BankG auf klaren sachlichen Gründen beruht. Die bankenspezifische Bemessungsgrundlage basiert auf verschiedenen Faktoren und stellt im Ergebnis eine potenzielle Obergrenze für den Bedarf an ausfallgesicherten Liquiditätshilfedarlehen dar.²⁹²

c) Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Das Bundesgericht legt den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit dahingehend aus, «dass die Steuerpflichtigen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit

²⁸⁵ Sie unten Fn 301.

²⁸⁶ Soweit ersichtlich einzig BGer 2C_1145/2013; 2C_1146/2013, vom 20. September 2014, E. 5.1; einordnend BGE 133 I 206 E. 6.1.

²⁸⁷ BGE 133 I 206 E. 6.1.

²⁸⁸ Zuletzt bspw. BGE 145 II 206 E. 2.4.2; mit einer ausführlichen Darstellung früherer Kasuistik SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR (3. A.), Art. 127, N 21. SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 37.

²⁸⁹ Siehe zu dieser Frage erneut unten Kap. IV.B.2.c).

²⁹⁰ Siehe hierzu oben Fn 284.

²⁹² Siehe hierzu oben Kap. II.C.

an die Steuerlasten beizutragen haben».²⁹³ In seinem vielzitierten Entscheid zur Verfassungskonformität degressiver Steuertarife in Obwalden leitete das Bundesgericht daraus, zumindest für die Einkommenssteuer, drei Grundregeln der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ab: (i) Abgabepflichtige gleicher Einkommensschicht haben gleich viel Steuern zu bezahlen (horizontaler Vergleich); (ii) Abgabepflichtige mit verschiedenen hohen Einkommen sind unterschiedlich zu belasten (vertikaler Vergleich); und (iii) Abgabepflichtige, die nicht zu deren Entrichtung in der Lage sind, dürfen nicht mit Steuern belastet werden.²⁹⁴ In der Literatur wird zudem zwischen einer subjektiven und einer objektiven Seite der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit unterschieden.²⁹⁵

Da die konkrete Bemessung der Abgeltungspauschale durch den Bundesrat in einer Verordnung festzulegen ist,²⁹⁶ kann deren Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nur beschränkt untersucht werden. Immerhin sind, aufbauend auf dem Verständnis des Bundesgerichts, folgende Anmerkungen anzubringen.

Erstens ist festzuhalten, dass der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in engem Zusammenhang mit dem Einkommenssteuerrecht steht.²⁹⁷ Dies widerspiegelt sich auch in der Entstehungsgeschichte zur einschränkenden Formulierung von Art. 127 Abs. 2 BV – «soweit es die Art der Steuer zulässt».²⁹⁸ Sodann ist der Anwendungsbereich dieses Grundsatzes bis heute Gegenstand von Uneinigkeiten in der Lehre und höchst richterlich ungeklärt.²⁹⁹ Dies ist bei der nachfolgenden Untersuchung der Abgeltungspauschale zu berücksichtigen.

Zweitens offenbart die bundesgerichtliche Formulierung eine inhaltliche Ähnlichkeit des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zum allgemeinen Gleichbehandlungsgebot sowie zum zuvor dargestellten Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung.³⁰⁰ Einerseits stimmen die ersten beiden Grundregeln der Besteuerung nach der

²⁹³ BGE 137 I 145 E. 2.1; BGE 133 I 206 E. 6.1; Zuletzt bspw. auch BGer 2C_737/2022, vom 16. Januar 2023, E. 5.2.

²⁹⁴ BGE 133 I 206 E. 7.2.

²⁹⁵ Siehe bspw. KLETT, 107 ff.; SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 42; BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 28.

²⁹⁶ Art. 32c Abs. 2 E-BankG.

²⁹⁷ Ausführlich und unter Bezugnahme auf dessen Entwicklung REICH, Leistungsfähigkeitsprinzip, 10 ff.

²⁹⁸ Siehe hierzu oben Fn 265.

²⁹⁹ So hält das Bundesgericht in BGE 133 I 206 E. 6.2 fest: «Für indirekte Steuern und Objektsteuern ist im Einzelfall zu prüfen, inwiefern sich die Besteuerungsprinzipien sachgerecht anwenden lassen.»; für eine umfassende Anwendung des Grundsatzes bspw. BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 29 ff.; für eine Erweiterung auf die MWST bspw. RICHLI, 408 f.; sodann erlauben einige Lehrmeinungen auch die Rechtfertigung von Eingriffen in den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (siehe mit einer Übersicht SGK BV-HONGLER, Art. 127, N 61).

³⁰⁰ Siehe hierzu oben Kap. IV.B.2.b).

wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Wesentlichen mit der bundesgerichtlichen Bestimmung des Gehalts des Gleichmässigkeitsprinzips überein. Andererseits fordern verschiedene Lehrmeinungen für die objektive Seite des Leistungsfähigkeitsprinzips eine umfassende (gleichmässige) Definition des Steuerobjekts, wie dies von anderen Lehrmeinungen auch schon unter dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung vorgebracht wurde.³⁰¹ Zumindest in Bezug auf den deckungsgleichen Geltungsbereich der beiden Grundsätze ist damit der Einwand berechtigt, dass dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung kein eigenständiger Gehalt mehr zukomme.³⁰² Soweit aber dem Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung ein grösserer Anwendungsbereich zugesprochen wird,³⁰³ fällt es schwer, dessen eigenständige Bedeutung zu verneinen.

Drittens scheint der Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit mit seinem Einfluss auf die Bemessung und Lastenverteilung einer Abgabe am engsten mit dem zugrundeliegenden Streben nach Steuergerechtigkeit verknüpft.³⁰⁴ In Bezug auf die Ausgestaltung der Abgeltungspauschale erweisen sich diese klassischen Überlegungen zu einer gerechten Lastenverteilung jedoch nur als begrenzt anwendbar. Obschon der Bundesrat bei der konkreten Bemessung der Abgeltungspauschale die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der abgabepflichtigen Banken beachten kann und soll, steht sowohl bei der Begründung als auch der Bemessung der Abgeltungspauschale ein anderer Gerechtigkeitsgedanke im Vordergrund: Die Erhebung der Abgeltungspauschale zielt darauf ab, dem als ungerecht empfundenen Eindruck «Gewinnchancen privat, Verlustrisiken dem Staat» entgegenzuwirken.³⁰⁵ Insbesondere in Anbetracht des offenen Anwendungsbereichs des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erscheint ein solches Abstellen auf alternative Beweggründe bei der Abgeltungspauschale als Gemengsteuer durchaus zulässig. Sodann kann der Bundesrat den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im klassischen Sinne bei der Bemessung der Abgeltungspauschale weiterhin berücksichtigen.

³⁰¹ BSK BV-BEHNISCH, Art. 127, N 28; SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR (3. A.), Art. 127, N 24; siehe dazu ebenfalls oben Kap. IV.B.2.b).

³⁰² Siehe hierzu oben Fn 283.

³⁰³ So gelte der Grundsatz der Allgemeinheit und Gleichmässigkeit der Besteuerung unbestrittenermassen auch für die indirekten Steuern (SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR (3. A.), Art. 127, N 54.

³⁰⁴ So führt denn auch das Bundesgericht aus, dass «das Prinzip [der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit] (...) bereits mit diesen drei Grundregeln geeignet [ist], zur Steuergerechtigkeit beizutragen» (BGE 133 I 206 E. 7.2); siehe hierzu kritisch HONGLER, N 107.

³⁰⁵ Siehe hierzu oben Kap. II.A; sodann bemisst sich die Abgeltungspauschale auch primär anhand von Indikatoren für das dem Bund entstehende Risiko (siehe hierzu Kap. II.C).

C. Stellungnahme

Die vorangehenden Ausführungen zeigen, dass an eine verfassungskonforme Erhebung der Abgeltungspauschale als Gemengsteuer dieselben Voraussetzungen zu stellen sind, wie an eine ordentliche Steuer. Dabei sind die folgenden Erkenntnisse in Bezug auf die Abgeltungspauschale zusammenzufassen und einzuordnen:

In Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre ist davon auszugehen, dass der Bund für die Erhebung einer Steuer eine ausdrückliche Verfassungsgrundlage benötigt.³⁰⁶ Der Vorschlag der Botschaft, die Erhebung der Abgeltungspauschale auf eine stillschweigende Kompetenz kraft Sachzusammenhangs mit Art. 98 Abs. 1 BV zu stützen, überzeugt gleich mehrfach nicht. Erstens basiert die von einzelnen Lehrmeinungen vorgeschlagene Einschränkung des ausdrücklichen Kompetenzerfordernisses zur Abgabenerhebung auf bedeutsame Steuern auf einer einseitigen Verfassungsinterpretation und ist daher abzulehnen. Zweitens liesse sich die Abgeltungspauschale auch kaum als unbedeutende Steuer unter diesem Modell einordnen, da ihre Mittelverwendung keiner Zweckbindung unterliegt. Eine umfassende Auslegung von Art. 98 Abs. 1 BV anhand des pragmatischen Methodenpluralismus bietet sodann drittens keinen Anhaltspunkt für die Kompetenz zur Erhebung einer Abgeltungspauschale. Eine Erhebung der Abgeltungspauschale gestützt auf Art. 98 Abs. 1 BV wäre demnach aufgrund mangelnder Kompetenz nicht verfassungskonform. Diese Vorgehensweise ist nicht nur aus rechtsstaatlicher Sicht unerwünscht, sondern birgt auch das Risiko einer gerichtlichen Herabsetzung der auf Verordnungsstufe festgelegten Abgabenhöhe. Die Verfassungskonformität könnte durch die Schaffung einer ausdrücklichen Kompetenz in der Verfassung wiederhergestellt werden. Ebenso ist eine Anpassung der Bemessung der Abgeltungspauschale denkbar, sodass deren Höhe äquivalent zum individuell zurechenbaren Vorteil der Abgabepflichtigen ist und die Abgeltungspauschale damit als Kausalabgabe gestützt auf eine stillschweigende Kompetenz kraft Sachzusammenhangs erhoben werden kann.

Sodann hat der Bund bei der Besteuerung die allgemeinen Grundrechte zu wahren und die Grundsätze der Besteuerung nach Art. 127 BV einzuhalten.³⁰⁷ Für die Abgeltungspauschale sind insbesondere das Legalitätsprinzip (Abs. 1), die Grundsätze der Allgemeinheit und der

³⁰⁶ Zum Ganzen Kap. IV.A.

³⁰⁷ Zum Ganzen Kap. IV.B.

Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (Abs. 2) von Relevanz.

Um den Anforderungen des Legalitätsprinzips zu genügen, muss die Ausgestaltung der Abgeltungspauschale – namentlich der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand der Steuer und deren Bemessung – in den Grundzügen im Gesetz selbst geregelt sein. Eine Lockerung dieser Anforderungen kommt nicht in Frage, da die Abgeltungspauschale als Gemengsteuer weder das Kostendeckungs- noch das Äquivalenzprinzips erfüllt. Art. 32c E-BankG genügt den Anforderungen des Legalitätsprinzips hinsichtlich der Normstufe und der Normdichte und regelt die Ausgestaltung der Abgeltungspauschale in ihren Grundzügen. Die Delegation an den Bundesrat, die Einzelheiten der Abgabebemessung in einer Verordnung zu regeln, erscheint sodann aus praktischen Gründen gerechtfertigt.

Die in Art. 127 Abs. 2 BV niedergelegten Grundsätze dienen als Leitlinien für eine rechtsgleiche Besteuerung, auch wenn ihre Erfüllung nicht notwendigerweise auf Steuergerechtigkeit schliessen lässt. Der Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung wird trotz des beschränkten Kreises der Abgabepflichtigen im Falle der Abgeltungspauschale gewahrt, da sowohl die Erhebung der Abgabe als auch die Bestimmung der Abgabepflichtigen auf sachlichen Gründen beruht. Der Grundsatz der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stellen ähnliche Anforderungen an die Bemessung der Abgabe durch den Bundesrat. Auch deren Anforderungen an eine umfassende und gleichmässige Definition des Steuerobjekts erfüllt die Abgeltungspauschale. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Abgeltungspauschale nicht primär auf eine gerechte Lastenverteilung abzielt, sondern die Vermeidung des Eindrucks «Gewinnchancen privat, Verlustrisiken dem Staat» im Vordergrund steht. Dies erscheint jedoch zulässig, insbesondere vor dem Hintergrund des umstrittenen Anwendungsbereichs des Grundsatzes der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Folglich ist die Abgeltungspauschale mit den verfassungsmässigen Besteuerungsgrundsätzen vereinbar.

V. Fazit

Der PLB ist ein international anerkanntes Instrument der Finanzmarktregulierung zur subsidiären Sicherstellung der Liquidität systemrelevanter Banken. Das betrachtete E-BankG sieht vor, dass die SNB einer insolvenzgefährdeten Bank als dritte Verteidigungslinie weitere Liquiditätsdarlehen gewähren kann, welche durch Ausfallgarantien des Bundes gedeckt sind. Die in der Vernehmlassung geäusserten Bedenken bezüglich Vermeidung des Eindrucks «Gewinnchancen privat, Verlustrisiken dem Staat» wurden im aktuellen Entwurf durch die Einführung einer sog. Abgeltungspauschale, der Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie, adressiert.

Da die Abgeltungspauschale Elemente einer Steuer mit denjenigen einer Kausalabgabe vereint und sich deren Bemessung einzig an einem abstrakten Vorteil der Abgabepflichtigen – der erhöhten Risikobereitschaft des Bundes – orientiert, ist sie eine Gemengsteuer. Für ihre verfassungskonforme Erhebung gelten daher dieselben Anforderungen wie für ordentliche Steuern.

Der E-BankG genügt diesen Anforderungen nur unzureichend. So lässt sich die Erhebung der Abgeltungspauschale nicht auf eine stillschweigende Kompetenz kraft Sachzusammenhangs zu Art. 98 Abs. 1 BV stützen, sondern erfordert eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage in der Verfassung. Das Legalitätsprinzip sowie die Besteuerungsgrundsätze hingegen sind im E-BankG bereits eingehalten oder deren Regelung ordnungsgemäss delegiert, sodass sie sich durch den Bundesrat verwirklichen lassen.

Im Resultat ist die Forschungsfrage daher zu verneinen: Die Pauschale für das Risiko einer allfälligen Bereitstellung einer Ausfallgarantie ist in ihrem aktuellen Entwurf mangels ausdrücklicher Kompetenz zur Abgabenerhebung nicht verfassungskonform. Infolgedessen droht eine Herabsetzung der auf Verordnungsstufe festgelegten Abgabenhöhe auf das für Kausalabgaben zulässige Mass. Stattdessen ist für die Erhebung der Abgeltungspauschale entweder eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage in der Verfassung zu schaffen oder deren Bemessung derart anzupassen, dass die Höhe der Abgabe äquivalent zum individuell zurechenbaren Vorteil der Abgabepflichtigen ist und die Abgeltungspauschale damit eine Kausalabgabe darstellt. Die künftige Entwicklung der Bankenregulierung wird daher auch aus abgaberechtlicher Perspektive mit Spannung zu verfolgen sein.

Anhang

A. Eigenständigkeitserklärung

«Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit eigenständig verfasst habe,
- dass ich die Arbeit nur unter Verwendung der im Verzeichnis angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass alle mit Hilfsmitteln erbrachten Teile der Arbeit präzise deklariert wurden;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass ich sämtliche immateriellen Rechte an von mir allfällig verwendeten Materialien wie Bilder oder Grafiken erworben habe oder dass diese Materialien von mir selbst erstellt wurden;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oderurses waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit der Referentin oder dem Referenten im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich mir über die rechtlichen Bestimmungen zur Publikation und Weitergabe von Teilen oder der ganzen Arbeit bewusst bin und ich diese entsprechend einhalte;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate und auf Drittautorschaft menschlichen oder technischen Ursprungs überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St.Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können.»

Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.

Anzahl Zeichen: 95'917 (mit Leerzeichen, ohne Fn); 124'386 (mit Leerzeichen, mit Fn)

B. Hilfsmittelverzeichnis

Hilfsmittel	Verwendung	Betroffene Stellen
ChatGPT (Justement GPT)	<ul style="list-style-type: none">• Zusammenfassung von Urteilen	Ganze Arbeit
Citavi	<ul style="list-style-type: none">• Quellenverwaltung	Ganze Arbeit
DeepL	<ul style="list-style-type: none">• Übersetzung fremdsprachiger Urteile• Sprachliche Überarbeitung einzelner Sätze	Ganze Arbeit
Privates Lektorat	<ul style="list-style-type: none">• Sprachliche Überarbeitung	Ganze Arbeit