

der fall

«Zahlen, bitte!»

Der Fall zum Abgaberecht

Andreas Stöckli* / Cyrill A. H. Chevalley**

Sachverhalt¹

Zur Entlastung des Staatshaushalts sollen im Kanton XY die Kosten, die durch die Anbindung von verkehrsintensiven Bauten und Anlagen (wie beispielsweise grossen Einkaufszentren) an den öffentlichen Verkehr entstehen, nicht mehr durch die öffentliche Hand, sondern durch die verkehrsintensiven Bauten und Anlagen selber getragen werden. Auf Antrag des Regierungsrats nimmt der kantonale Gesetzgeber daher am 16. Dezember 2016 (Schlussabstimmung) einen neuen § 22 in das Gesetz über den öffentlichen Verkehr (GöV-XY) auf. Nachdem die Referendumsfrist ungenutzt verstrichen ist, wird die Teilrevision des GöV-XY am 30. Juni 2017 mit dem Hinweis, dass die neue Gesetzesbestimmung zu einem späteren Zeitpunkt durch den Regierungsrat des Kantons XY in Kraft gesetzt werde, im Amtsblatt des Kantons XY publiziert.

Die fragliche Norm (§ 22 GöV-XY) lautet wie folgt (der Regierungsrat beabsichtigt nicht, sie durch eine Verordnung zu konkretisieren):

§ 22 Verpflichtung Dritter

¹ Sind wegen Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen besondere Massnahmen für den öffentlichen Personenverkehr oder den Schienengüterverkehr erforderlich, sind die dadurch entstehenden Kosten ganz oder teilweise durch den Verursacher oder die Verursacherin zu tragen.

² Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen im Sinn von Absatz 1 sind namentlich:

- Einkaufs- und Fachmarktzentren mit einer Nettofläche von mehr als 7500 m²,
- Sportstätten mit Zuschaueranlagen für mehr als 20000 Zuschauerinnen und Zuschauer,
- Freizeiteinrichtungen wie Vergnügungsparks, Multiplexkinos und Erlebnisbäder mit Kapazitäten für mehr als 4000 Besucherinnen und Besucher.

³ Der Verbundrat bestimmt die Abgabepflichtigen und legt ihre Beiträge fest. Dabei berücksichtigt er die durch die Abgabepflichtigen verursachte höhere Nachfrage

nach öffentlichem Personenverkehr oder Schienengüterverkehr und das durch sie verursachte Mehrangebot.

⁴ Keine Beitragspflicht besteht, wenn die Bauten und Anlagen in der Spitzenstunde mit insgesamt mehr als 20 Kurspaaren (Abfahrten je Richtung) erschlossen sind und kein Mehrangebot auslösen.

⁵ Inhalt, Umfang, Dauer und Anpassung der Massnahmen gemäss Absatz 1 sowie die Höhe der Beiträge sind in einem Vertrag zwischen dem Verbundrat und den Abgabepflichtigen zu bestimmen. Kommt kein Vertrag zustande, entscheidet der Verbundrat durch Verfügung.

Nach der Botschaft des Regierungsrats sind unter «besonderen Massnahmen für den öffentlichen Personenverkehr oder den Schienengüterverkehr» insbesondere die Erstellung neuer Linien, die Verlängerung bestehender Linien, Änderungen an der

* Prof. Dr. iur. Andreas Stöckli, Rechtsanwalt, ehem. Assistenzprofessor mit Tenure Track für Öffentliches Recht, insb. Öffentliches Wirtschaftsrecht, an der Universität Basel, seit Februar 2018 Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Freiburg i.Ü.

** Cyrill A. H. Chevalley, stud. iur., studentischer Mitarbeiter an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

1 Dieser Fall lehnt sich an einen vom Erstautor als Fachprüfung (Bachelorabschlussprüfung) im Öffentliches Recht an der Universität Basel gestellten Klausurfalle an. Die hier publizierte Lösung ist zu didaktischen Zwecken bewusst ausführlich gehalten und geht stellenweise (deutlich) weiter als die von den Studierenden für die Erreichung der Maximalpunktzahl erwarteten Ausführungen. Die Vollzitate der verwendeten Literatur finden sich im Anhang am Schluss der Fallbearbeitung.

Als Inspiration diente eine entsprechende Gesetzesänderung im Kanton Luzern (am 01.07.2015 in Kraft getretener § 22 des Gesetzes über den öffentlichen Verkehr [öVG] vom 22. Juni 2009 [SGS 775]). Gegenwärtig sind mehrere Beschwerden gegen gestützt auf dieses Gesetz erlassene Verfügungen beim Regierungsrat des Kantons Luzern hängig (Stand 22.03.2018). Vgl. den Artikel «Center reichen Beschwerde ein» in der Luzerner Zeitung vom 21.03.2016, abrufbar unter <<http://www.luzernerzeitung.ch/>> (Stand 29.03.2018).

Linienführung, die Einrichtung zusätzlicher Haltestellen sowie Angebotsverdichtungen zu verstehen. Eine Abgabe kann somit einerseits (einmalig) für bauliche Massnahmen (Erstellung neuer Infrastruktur), andererseits aber auch (jährlich) für betriebliche Massnahmen (Aufrechterhaltung der besonderen Verkehrsmassnahmen) erhoben werden.

Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen zu § 22 GöV-XY wurde ein Antrag, der auch Arbeitsstätten mit mehr als 500 Angestellten in die Liste der Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen (§ 22 Abs. 2 GöV-XY) aufnehmen wollte, da auch grosse Arbeitsstätten ein erhebliches Mass an öffentlichem Verkehr verursachten, deutlich verworfen. Die ablehnenden Voten beriefen sich insbesondere darauf, dass die Unterstellung von grossen Arbeitsstätten unter die Abgabepflicht nicht wirtschaftsfreundlich sei und dem Ziel des Kantons, Unternehmen anzusiedeln, entgegenlaufe. Ausserdem wurde auf die praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung dieser grossen Arbeitsstätten hingewiesen.

² Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

³ Zum Begriff der Bauten und Anlagen im Raumplanungsrecht allgemein STÖCKLI/NEUMANN/OLSTEIN, ius.full 2017, 38 f.; vgl. spezifisch für die «verkehrsintensiven» Bauten und Anlagen BAFU/ARE-Richtlinien, 9; EICHBAUM, 5 f. Eine eigentliche Legaldefinition besteht zwar nicht, und auch die BAFU/ARE-Richtlinien nennen keine scharfen Abgrenzungskriterien. Eine Annäherung lässt sich über die Kriterien der Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV) vom 19. Oktober 1988 (SR 814.011) erreichen. Diese verfolgt allerdings nicht völlig identische Ziele und enthält daher zahlreiche weitere Fallgruppen, deren Umweltverträglichkeit nicht primär wegen ihres Einflusses auf die Verkehrssituation einer Prüfung bedarf (EICHBAUM, 6 f.).

⁴ EICHBAUM, 5.

⁵ Die Anbindung an den öffentlichen Verkehr stellt keine Bauvoraussetzung des Bundesrechts dar (PK RPG-JEANNERAT, Art. 19 N 5, 18). Das kantonale Recht kann Abweichendes vorsehen (PK RPG-JEANNERAT, Art. 19 N 18, 40). Für eine solche Abweichung liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte. Auch der Kanton Luzern kennt im Übrigen keine derartige Bestimmung.

⁶ Die Fallbearbeitung sollte im Gutachtenstil erfolgen. Als Hilfsmittel standen die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101) und das Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110) zur Verfügung.

Der Interessenverband der Einkaufszentren im Kanton XY (*IV Shopping Centers*), ein Verein im Sinne des ZGB², der nach seinen Statuten die Förderung der unternehmerischen Interessen des Detailhandels bezweckt und zu dessen Mitgliedern sämtliche grossen Einkaufszentren des Kantons XY zählen (daneben sind noch einige wenige kleinere, von § 22 GöV-XY nicht erfasste Einkaufszentren Mitglied), hegt grundsätzliche Zweifel an der Rechtmässigkeit dieser Vorschrift.

Hinweise zur Fallbearbeitung:

(1) Sie dürfen davon ausgehen, dass es sich beim Begriff der verkehrsintensiven Baute (bzw. der «Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen») um einen an sich etablierten *Terminus technicus* des Bau- und Raumplanungsrechts handelt.³ Allerdings fielen neben den in § 22 GöV-XY genannten Einrichtungen z.B. auch grosse Arbeitsstätten darunter.⁴

(2) Besondere Massnahmen für den öffentlichen Personenverkehr oder den Schienengüterverkehr werden bei verkehrsintensiven Bauten und Anlagen nicht nur aus verkehrs- und versorgungspolitischen Gründen getroffen, sondern auch, weil diese Werke im Sinne eines raumplanungs-, bau- und umweltrechtlichen Grundsatzes nur erstellt und betrieben werden sollten, wenn eine angemessene Anbindung an den öffentlichen Verkehr besteht, und sich die Erstellung auf bereits gut erschlossene Standorte konzentrieren sollte.⁵

Aufgaben⁶

(1) Welches Rechtsmittel kann der *IV Shopping Centers* auf Bundesebene ergreifen? Wird darauf eingetreten? (Es ist davon auszugehen, dass im Kanton XY kein kantonales Rechtsmittel gegen kantonale Erlasse besteht.)

(2) Qualifizieren sie die in § 22 GöV-XY vorgesehene öffentliche Abgabe.

(3) Welche Rügen könnte der Interessenverband *IV Shopping Centers* vorbringen und wie sind diese materiell zu beurteilen? Nicht zu prüfen sind Kompetenzfragen (namentlich die derogatorische Kraft des Bundesrechts).

Frage 1: Welches Rechtsmittel kann der IV Shopping Centers auf Bundesebene ergreifen? Wird darauf eingetreten? (Es ist davon auszugehen, dass im Kanton XY kein kantonales Rechtsmittel gegen kantonale Erlasse besteht.)

Formelle Prüfung

I. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

1. Anfechtungsobjekt (Art. 82 BGG)

Gemäss Art. 82 lit. b BGG beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen kantonale Erlasse. Erlasse i.S.v. Art. 82 lit. b BGG sind Akte der Rechtsetzung, das heisst Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen (vgl. Art. 22 Abs. 4 ParlG⁷).⁸ Zulässige Anfechtungsobjekte der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 82 lit. b BGG sind grundsätzlich die von kantonalen, kommunalen oder interkantonalen⁹ Organen ausgehenden Erlasse.¹⁰ Bei § 22 GöV-XY

handelt es sich um einen unmittelbar verbindlichen, generell-abstrakten Hoheitsakt des kantonalen Gesetzgebers.¹¹ Folglich liegt ein taugliches Anfechtungsobjekt i.S.v. Art. 82 lit. b BGG vor.

2. Ausnahmekatalog (Art. 83 BGG) und Streitwertgrenzen (Art. 85 BGG)

Der Ausnahmekatalog¹² und die Streitwertgrenzen¹³ sind im Wege der abstrakten Normenkontrolle nach Art. 82 lit. b BGG unbeachtlich.¹⁴

3. Vorinstanzen (Art. 87 BGG)

Gemäss Art. 87 Abs. 1 BGG ist die Beschwerde gegen kantonale Erlasse beim Bundesgericht direkt möglich, sofern der betreffende Kanton wie hier kein Rechtsmittel gegen den Erlass vorsieht.¹⁵

⁷ Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2002 (SR 171.10).

⁸ BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 45; BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 27; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1887; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 13 N 6. Der Begriff des Erlasses stellt einen Begriff des Bundesrechts dar und bezieht sich auf sämtliche kantonalen Hoheitsakte mit rechtsetzendem Charakter (BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 27).

⁹ BGE 138 I 435 E. 1.1 S. 439; BGE 137 I 31 E. 1.3 S. 38 f. Nach der Rechtsprechung ist die abstrakte Normenkontrolle gegenüber interkantonalem Recht sogar dem Bundesgericht vorbehalten (BGE 138 I 435 E. 1.3 f. S. 440 ff.); bei einer Gutheissung der Beschwerde ist die Norm mit Wirkung für alle Konkordatskantone aufgehoben (BGer 1C_176/2013, 1C_684/2013 (07.01.2014) E. 2.1 f. [nicht publ. in BGE 140 I 2]; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1956).

¹⁰ BGE 141 I 36 E. 1.2.2 S. 39 f.; BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 27; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1953; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1888. Eine Ausnahme gilt für die von der Bundesversammlung zu genehmigenden Kantonsverfassungen (BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 27; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1959).

Unter Art. 82 lit. b BGG fällt auch die Anfechtung kantonaler Normenkontrollentscheide (BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 28; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1893). Anfechtungsobjekt ist dann zwar der kantonale Normenkontrollentscheid. Dennoch kann unmittelbar die Aufhebung des angefochtenen Erlasses selbst verlangt werden, da dessen Rechtmässigkeit *in abstracto* im Streit steht (BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 28; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1893).

¹¹ Sofern der Rechtssatzcharakter einer Bestimmung wie hier nicht wirklich Probleme bietet, reicht eine kurze Abhandlung der Voraussetzungen (vgl. aber für einen gegenteiligen Fall BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 44 f.). Eingehend zu den einzelnen Begriffselementen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 13 N 8, 11 und zu den Abgrenzungen des Erlasses von anderen öffentlich-rechtlichen Handlungsformen BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 30 ff.

¹² Vgl. zum Ausnahmekatalog HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1951; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1879 ff.

¹³ Vgl. zu den Streitwertgrenzen RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1884 ff.

¹⁴ BGE 138 I 435 E. 1.2 S. 440. Dies gilt auch bei der Anfechtung eines kantonalen Normenkontrollentscheids (BGE 138 I 435 E. 1.2 S. 440; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1953; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1894).

¹⁵ BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 47; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1968; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1909.

4. Beschwerdelegitimation

a. Beschwerdelegitimation eines Verbands

Tritt, wie im vorliegenden Fall, ein Verband als Beschwerdeführer auf, hängen die zu prüfenden Legitimationsvoraussetzungen davon ab, ob dieser Verband in eigenem Namen zur Wahrung eigener Rechte (Art. 89 Abs. 1 BGG), in eigenem Namen zur Wahrung der Interessen seiner Mitglieder (egoistische Verbandsbeschwerde, Art. 89 Abs. 1 BGG) oder in eigenem Namen zur Wahrung ideeller Interessen (ideelle Verbandsbeschwerde, Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG) Beschwerde führt.¹⁶

In casu erhebt der *IV Shopping Centers* in eigenem Namen Beschwerde, will damit jedoch die Interessen seiner von der neuen Regelung betroffenen Mitglieder wahren. Damit handelt es sich um eine egoistische Verbandsbeschwerde.¹⁷ In diesem Fall muss der Verband partei- und prozessfähig sein, sich statutarisch zur Wahrung der streitbetroffenen persönlichen Interessen der Mitglieder verpflichtet haben, selbst formell beschwert sein, und die Mehrheit bzw. eine Grosszahl der Mitglieder müsste materiell

beschwert sein, sodass sie selbst zur Beschwerde befugt wären.¹⁸

b. Partei- und Prozessfähigkeit des Verbands

i. Parteifähigkeit

Die Parteifähigkeit stellt als «prozessuale Rechtsfähigkeit»¹⁹ das verfahrensrechtliche Gegenstück zur zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit dar und bedeutet die Fähigkeit, im Beschwerdeverfahren als Partei aufzutreten.²⁰ Der *IV Shopping Centers* ist gemäss Sachverhalt als Verein i.S.v. Art. 60 ff. ZGB, das heisst als juristische Person des Privatrechts, konstituiert, und damit grundsätzlich rechts- und parteifähig (vgl. Art. 53 ZGB).

ii. Prozessfähigkeit

Die Prozessfähigkeit entspricht der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit.²¹ Sie bedeutet die Fähigkeit, eine Beschwerde selbst einzureichen und den Prozess selbst zu führen oder durch einen gewählten Vertreter führen zu lassen.²² Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist der *IV Shopping Centers* handlungs- und prozessfähig (vgl. Art. 54 ZGB).

c. Statutarische Verpflichtung zur Wahrung der streitbetroffenen Interessen

Der Verband müsste ferner statutarisch zur Wahrung der streitbetroffenen Interessen seiner Mitglieder verpflichtet sein.²³ Die Erhebung einer öffentlichen Abgabe von Einkaufszentren (vgl. § 22 Abs. 2 lit. a GöV-XY) eignet sich zur Schmälerung von deren Gewinnaussichten. Zur Förderung bzw. Wahrung dieser unternehmerischen Interessen des Detailhandels hat sich der *IV Shopping Centers* gemäss Sachverhalt verpflichtet.

d. Beschwerderecht (Art. 89 Abs. 1 BGG)

i. Formelle Beschwerde²⁴ des Verbands (lit. a)

Der Beschwerdeführer müsste im vorinstanzlichen Verfahren als Partei teilgenommen oder aufgrund einer Verweigerung von Parteirechten keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten haben.²⁵ Dieses Erfordernis entfällt, wenn wie hier mangels kantonaler Vorinstanz unmittelbar gegen einen Erlass Beschwerde ergriffen wird.²⁶

¹⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2013; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1935.

¹⁷ Bei der materiellen Prüfung wird daher zu erörtern sein, ob die Mitglieder des *IV Shopping Centers* in ihren Rechten verletzt sind.

¹⁸ BGer 2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014, 2C_816/2014 (21.07.2017) E. 2.2 (nicht publ.in BGE 143 I 403); BGE 136 II 539 E. 1.1 S. 542; BGE 123 I 221 E. I.2 S. 225; BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1–70 N 33 ff.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1935.

¹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1988.

²⁰ BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1–70 N 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1988.

²¹ BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1–70 N 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1992.

²² BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1–70 N 1; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1992.

²³ BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1–70 N 35.

²⁴ Und nicht etwa (wie leider manchmal in Prüfungsarbeiten zu lesen ist) «formelle Beschwerde» (zu prüfen ist bei der Legitimation, ob die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Hoheitsakt *beschwert* ist).

²⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1996; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1926.

²⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1996; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1926.

- ii. Materielle Beschwer²⁷ der Mehrheit der Mitglieder
- α. Spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache (lit. b)

Besonders berührt ist, wer mehr als jedermann vom Entscheid oder Erlass betroffen ist und «in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache»²⁸ steht.²⁹ Bei der abstrakten Anfechtung von Erlassen genügt die virtuelle Betroffenheit, das heisst die minimale Wahrscheinlichkeit, dass der Erlass auf den Beschwerdeführer einmal Anwendung findet.³⁰ Vorausgesetzt ist allerdings auch in diesem Fall, dass der Beschwerdeführer durch den Erlass unmittelbar betroffen ist, sich also nicht nur gegen (mögliche) indirekte Auswirkungen zur Wehr setzt.³¹

Gemäss Sachverhalt würden gewisse Mitglieder des *IV Shopping Centers* der Abgabepflicht nach § 22 GöV-XY unterstehen. Eine hinreichende Wahrscheinlichkeit der Erlassenanwendung auf diese Mitglieder besteht somit.

- β. Schutzwürdiges und aktuelles Interesse (lit. c)

Schutzwürdig ist das Interesse des Beschwerdeführers, wenn er aus der Gutheissung der Beschwerde einen praktischen Nutzen zöge, weil seine Situation

²⁷ Wengleich die Voraussetzungen von lit. b und lit. c keineswegs identisch sind, weisen sie doch einen engen inhaltlichen Zusammenhang auf (BGE 136 II 281 E. 2.2 S. 284).

Die materielle Beschwerde richtet sich bei einer Beschwerde nach Art. 82 lit. b BGG immer nach den Voraussetzungen des abstrakten Normkontrollverfahrens, unabhängig davon, ob ein kantonaler Normenkontrollentscheid besteht oder nicht (BGE 141 I 36 E. 1.2.2 S. 40).

²⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1999.

²⁹ BGE 139 II 279 E. 2.2 S. 282; BGE 138 II 162 E. 2.1.2 S. 164; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1928.

³⁰ BGer 2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014, 2C_816/2014 (21.07.2017) E. 2.2 (nicht publ. in BGE 143 I 403); BGE 138 I 435 E. 1.6 S. 445; BGE 136 I 17 E. 2.1 S. 21; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2002; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1933. Virtuell betroffen sind insbesondere die Einwohnerinnen des jeweiligen Kantons, bei Verletzungen der Wirtschaftsfreiheit allenfalls auch Gewerbetreibende mit Sitz in einem anderen Kanton (HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2002).

³¹ BGE 135 I 43 E. 1.4 S. 47 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1933.

durch den Ausgang des Verfahrens beeinflusst werden kann.³² Im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann dieser Nutzen rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein.³³ Aktuell ist das Interesse, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Bundesgericht noch besteht und durch die Gutheissung der Beschwerde beseitigt würde.³⁴

Bei einer Aufhebung der Norm³⁵ entfielen die Abgabepflicht der betroffenen Mitglieder, der diesen drohende Nachteil liesse sich damit beseitigen.

- γ. Materielle Beschwerde einer Mehrheit bzw. grossen Zahl der Mitglieder

Schliesslich müsste eine Mehrheit bzw. eine grosse Zahl der Mitglieder des *IV Shopping Centers* materiell beschwert sein.³⁶ Auch wenn der Sachverhalt keine genauen Angaben zur Mitgliederstruktur des *IV Shopping Centers* liefert, lässt sich aus der Angabe, auch «einige wenige» kleine, nicht abgabepflichtige Einkaufszentren zählten zu den Mitgliedern, umgekehrt ableiten, dass die Mehrheit abgabepflichtig und damit von der Regelung betroffen wäre.³⁷

e. Zwischenergebnis

Der *IV Shopping Centers* ist zur egoistischen Verbandsbeschwerde legitimiert.

³² BGE 139 II 499 E. 2.2 S. 504; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1999.

³³ BGer 2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014, 2C_816/2014 (21.07.2017) E. 2.2 (nicht publ. in BGE 143 I 403); BGE 139 II 499 E. 2.2 S. 504; BGE 138 II 162 E. 2.1.2 S. 164; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1930.

³⁴ RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1931; vgl. BGE 138 II 42 E. 1 S. 45; BGE 135 II 430 E. 2.1 S. 434.

³⁵ Bei einer abstrakten Normenkontrolle wird eine verfassungswidrige Norm aufgehoben (BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 24).

³⁶ BGer 2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014, 2C_816/2014 (21.07.2017) E. 2.2 (nicht publ. in BGE 143 I 403); BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 59. Die bundesgerichtliche Praxis zum erforderlichen Anteil betroffener Mitglieder ist schwankend, vgl. die Hinweise bei BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1–70 N 36.

³⁷ Entscheidung wäre in der Praxis eine detaillierte Begründung der Beschwerde in dieser Hinsicht (BSK BGG-WALDMANN, Art. 89 N 1–70 N 36).

5. Beschwerdegrund (Art. 95 BGG)

Gemäss Art. 95 lit. a BGG kann mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Verletzung von Bundesrecht geltend gemacht werden. Bundesrecht i.S.v. Art. 95 lit. a BGG umfasst die von Bundesbehörden erlassenen Rechtsnormen aller Erlassstufen und aller Rechtsgebiete.³⁸

Vorliegend wird ein Verstoß gegen das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV), die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV), das Willkürverbot (Art. 9 BV), den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) sowie die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) geltend gemacht. Diese in der Bundesverfassung niedergelegten Rechtsansprüche stellen verfassungsmässige Rechte³⁹ dar und bilden Teil des Bundesrechts. Es handelt sich also um zulässige Beschwerdegründe.

6. Beschwerdefrist (Art. 101 BGG)

Gemäss Art. 101 BGG ist die Beschwerde gegen einen Erlass innert 30 Tagen nach dessen kantonalrechtlich massgebender Publikation⁴⁰ beim Bundesgericht einzureichen.⁴¹ Bei einem referendumpflichtigen Erlass löst erst die amtliche Bekanntmachung, dass die Referendumsfrist unbenutzt abgelaufen ist

bzw. der Erlass in der Volksabstimmung angenommen wurde (Erwahrungsbeschluss) und dass er auf einen bestimmten Termin in Kraft treten kann, den Lauf der Beschwerdefrist aus.⁴² Massgebend für den Beginn der 30-tägigen Beschwerdefrist ist somit die amtliche Publikation vom 30. Juni 2017. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass der *IV Shopping Centers* die Beschwerde fristgerecht eingereicht hat (vgl. Art. 44 Abs. 1, Art. 46 Abs. 1 lit. b, Art. 48 Abs. 1 BGG)^{43, 44}

7. Form und Inhalt der Beschwerdeschrift (Art. 42 und Art. 106 Abs. 2 BGG)

Gemäss Art. 42 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten in schriftlicher oder elektronischer Form sowie in einer Amtssprache verfasst beim Bundesgericht einzureichen.⁴⁵ Neben der in Art. 42 Abs. 2 BGG festgelegten allgemeinen Begründungspflicht⁴⁶ müsste die Beschwerdeführerin zudem das Rügeprinzip nach Art. 106 Abs. 2 BGG beachten, wenn sie, wie hier, die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten (Art. 127

³⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1970; zu Einschränkungen HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 1970a; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1957.

³⁹ Zum Begriff der verfassungsmässigen Rechte BGE 131 I 366 E. 2.2 S. 368.

⁴⁰ Entscheidend ist die Publikation des Erlasses verbunden mit der Feststellung, dass dieser gültig zu Stande gekommen ist und auf einen bestimmten Termin in Kraft treten kann (BGE 135 I 28 E. 3.3.1 S. 33; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2017; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1975). Nicht massgebend für die Fristberechnung ist in jedem Fall der Zeitpunkt des eigentlichen Inkrafttretens (BGE 119 Ia 123 E. 1a S. 126). Für das Vorgehen, falls die Beschwerde gegen einen Erlass zu früh eingereicht wird (in der Regel Sistierung des Verfahrens bis zur Publikation des Erwahrungsbeschlusses), vgl. BGE 135 I 28 E. 3.3.1 S. 33; BGE 133 I 286 E. 1 S. 288 f.; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1975.

⁴¹ Vgl. aber für die Fristen, wenn eine abstrakte Normenkontrolle durch eine kantonale Instanz möglich (und damit vorgeschrieben) ist, RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1977.

⁴² BGE 135 I 28 E. 3.3.1 S. 33; BGE 133 I 286 E. 1 S. 288; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2017; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1975. Falls eine konstitutive Genehmigung des Bundes erforderlich ist, löst eine Publikation des Erlasses vor deren Einholung den Lauf der Frist noch nicht aus, sondern erst die Bekanntmachung der Genehmigung (BGE 121 I 187 E. 1a S. 189; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2017).

⁴³ Zur Berechnung im Einzelnen Art. 44 ff. BGG. Gemäss Art. 44 Abs. 1 BGG beginnt die Frist am folgenden Tag, also am 1. Juli, zu laufen. Zudem wären die Gerichtsferien (vgl. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG) zu beachten.

⁴⁴ Prüfungstaktischer Hinweis: Oft ist eine genaue Berechnung des Endzeitpunkts der Frist nicht erwartet. Wenn im Sachverhalt konkrete Daten genannt werden, sollte allerdings wenigstens kurz darauf Bezug genommen werden.

⁴⁵ Im Einzelnen RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1978; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2020.

⁴⁶ Hierzu BGE 140 III 86 E. 2 S. 88; BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53; BGE 134 II 244 E. 2.1 S. 245 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2021; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1980. Die Begründungspflicht erstreckt sich auch auf die (von Amtes wegen zu prüfenden) Sachurteilsvoraussetzungen, namentlich auf die gesetzlichen Legitimationsvoraussetzungen, soweit diese nicht ohne weiteres ersichtlich sind (BGE 134 II 120 E. 1 S. 121; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1982).

Abs. 1, Art. 27, Art. 8 Abs. 1, Art. 9 und Art. 26 BV) geltend macht, das heisst die entsprechenden Rechtsverletzungen präzise vorbringen und begründen.⁴⁷ Mangels gegenteiliger Hinweise darf davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeschrift des *IV Shopping Centers* diese gesetzlichen Anforderungen erfüllt.

II. Ergebnis

Die Sachurteilstvoraussetzungen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG sind erfüllt. Das Bundesgericht wird auf die Beschwerde des *IV Shopping Centers* eintreten.

Frage 2: *Qualifizieren sie die in § 22 GöV-XY vorgesehene öffentliche Abgabe.*

Qualifikation der öffentlichen Abgabe

Öffentliche Abgaben sind Geldleistungen, welche das Gemeinwesen oder ein von ihm beauftragter Dritter einem privaten Abgabesubjekt (natürliche oder juristische Person) gestützt auf öffentliches Recht auferlegt.⁴⁸ Dabei werden traditionell zwei Hauptgruppen, Steuern und Kausalabgaben, unterschieden.⁴⁹ Allerdings gibt es keinen *Numerus clausus*

der zulässigen Arten öffentlicher Abgaben; der Gesetzgeber ist mithin nicht an die etablierten Kategorien gebunden.⁵⁰ Rechtsnatur⁵¹ und Rechtmässigkeit⁵² beurteilen sich stets im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung einer Abgabe.

I. Abgrenzung von Steuer und Kausalabgabe

Fraglich ist zunächst, ob § 22 GöV-XY den Steuern oder den Kausalabgaben zuzuordnen ist.

1. Allgemeine Abgrenzung

Unter den Begriff der Steuern werden jene öffentlichen Abgaben subsumiert, welche abstrakt («voraussetzungslos»⁵³), das heisst ohne Zurechnungszu-

teilweise als eigenständige, dritte Kategorie öffentlicher Abgaben betrachtet (BGE 135 I 130 E. 2 S. 133; BEUSCH, Benutzungsgebühren, 43).

⁵⁰ BGE 125 I 449 E. 2b S. 451; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2757; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 5; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 48 (speziell für die Kausalabgaben); WYSS, 21.

⁵¹ BGE 125 I 449 E. 2b S. 451; vgl. WYSS, 22, 24. Der Gesetzgeber hat somit prinzipiell keine Wahlfreiheit, ob eine von ihm vorgesehene öffentliche Abgabe als Steuer oder als Kausalabgabe zu behandeln sei (WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 8). Allerdings scheint die Rechtsprechung die vom Gesetzgeber vorgesehene Rechtsnatur der Abgabe (Steuer bzw. Kausalabgabe) bereits in die Prüfung der Rechtmässigkeit einfließen zu lassen, sodass eine unzulässige Vorzugslast nicht etwa zur (Kostenanlastungs-) Steuer umgedeutet wird (vgl. BGE 131 I 313 E. 3.3 S. 317 und zustimmend hierzu WYSS, § 3 Fn. 59; krit. WALDMANN, 62).

⁵² BGE 140 I 176 E. 5.2 S. 180; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 1, 5 f.; WYSS, 22 (mit Rechtsprechungsnachweisen). Eine besondere Bedeutung weist die Abgrenzung auf Bundesebene auf, da der Bund gemäss herrschender Auffassung aus der jeweiligen Sachkompetenz zwar die Kompetenz zur Erhebung von Kausalabgaben, wegen des Verfassungsvorbehalts für neue Bundessteuern aber nicht die Ermächtigung zur Erhebung von Steuern ableiten kann (HÄNER, 1 f.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 1, 5 f., 14 ff.; vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 4). Für weitere Rechtsfragen, in denen die Abgrenzung von Bedeutung ist, HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 507 f.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 5 ff.

⁵³ BGE 140 I 176 E. 5.2 S. 180; BGE 132 II 371 E. 2.3 S. 376; BGE 131 I 313 E. 3.3 S. 317; HÄNER, 3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 7. Treffender als der Begriff «Voraussetzungslosigkeit» wäre eigentlich der Begriff «Gegen-

⁴⁷ BGer 2C_774/2014, 2C_813/2014, 2C_815/2014, 2C_816/2014 (21.07.2017) E. 3.1 (nicht publ. in BGE 143 I 403); BGE 141 I 36 E. 1.3 S. 41; BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 2022, 2039; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, N 1981. Insbesondere bei der Geltendmachung einer Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) ist detailliert darzulegen, inwiefern der angefochtene Erlass an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 136 I 49 E. 1.4.1 S. 53; BGE 128 I 295 E. 7a S. 312; vgl. für die Willkürzüge gegen einen vorinstanzlichen Entscheid BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

⁴⁸ HÄNER, 2; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 4; WYSS, 4. Zu den Funktionen der öffentlichen Abgaben im Allgemeinen WYSS, 4 und der Kausalabgaben im Speziellen WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 5; WYSS, 216.

⁴⁹ HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 506; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 5; WYSS, 6; vertiefend HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 506; WYSS, 32 f. Weder für den Begriff der Steuer noch für jenen der Kausalabgabe findet sich in der Bundesverfassung eine Legaldefinition (WYSS, 25). In der neueren Lehre werden Lenkungsabgaben, denen keine Fiskalfunktion zukommt,

sammenhang zu einer bestimmten Leistung des Staats, geschuldet sind;⁵⁴ ihr Rechtsgrund (*causa*) liegt bereits in der Erfüllung des Steuertatbestands.⁵⁵

Kausalabgaben sind hingegen die Gegenleistung für eine individuell zurechenbare, bestimmte staatliche Leistung oder einen individuell eingeräumten Vorteil.⁵⁶ Sie beruhen somit auf dem Prinzip der Individualäquivalenz,⁵⁷ einem unmittelbaren Austauschverhältnis zwischen einer konkreten staatlichen Leistung und einer geldwerten Gegenleistung.⁵⁸ Zu den Kausalabgaben werden in der Regel Gebühren (Verwaltungs-, Benutzungs- und Konzessionsgebühren), Vorzugslasten (Beiträge), Mehrwertabgaben und Ersatzabgaben gezählt.⁵⁹

2. Abgrenzung von Kostenanlastungssteuern und Kausalabgaben im Besonderen

Sollte § 22 GöV-XY eine Steuer festlegen, müsste es sich um eine Kostenanlastungssteuer handeln. Diese wird einer bestimmten Gruppe von Pflichtigen auferlegt, weil die betreffenden Aufwendungen des Gemeinwesens diesen Pflichtigen eher zuzurechnen sind als der Allgemeinheit (Kriterium der Gruppenäquivalenz⁶⁰).⁶¹ Sie weist eine besonders nahe Ver-

leistungslosigkeit», da auch Steuern an die Erfüllung des Steuertatbestands geknüpft sind und einzig der Nachweis eines Zurechnungszusammenhangs zwischen Geldleistung und staatlicher Leistung entfällt (HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 507; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 12; WYSS, 4 f.).

⁵⁴ BGE 135 I 130 E. 2 S. 133 (= Pra 99 [2010] Nr. 1); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 7; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 1; WYSS, 6 f.

⁵⁵ HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 507; WYSS, 6.

⁵⁶ BGE 138 II 70 E. 5.3 S. 73 (= Pra 101 [2012] Nr. 86); BGE 135 I 130 E. 2 S. 133 (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BGE 121 II 138 E. 3a S. 141; HÄNER, 2; HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 507; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 1; WYSS, 7, 26, 215.

⁵⁷ HÄNER, 3; WYSS, 7.

⁵⁸ HÄNER, 2 f.; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 1; WYSS, 7 f.

⁵⁹ HÄNER, 3; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 4; leicht abweichend HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2756.

⁶⁰ Dies im Gegensatz zum Kriterium der Individualäquivalenz bei Kausalabgaben (HÄNER, 10). Vgl. aber zum Kriterium der Gruppenäquivalenz insbesondere bei der Bemessung von Aufsichtsabgaben BGE 141 V 509 E. 6.2 S. 515 f. und krit. hierzu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2794; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 85 f.

⁶¹ BGE 124 I 289 E. 3b S. 291 f.; BGE 122 I 305 E. 4b S. 310; HÄNER, 7, 9 f.; HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 513; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 13; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 22; WYSS, 18.

wandtschaft zu den Kausalabgaben (insbesondere der Vorzugslast) auf.⁶² Während die Erhebung einer Vorzugslast an einen konkret zurechenbaren, individuellen wirtschaftlichen Sondervorteil anknüpft,⁶³ wird die Kostenanlastungssteuer einer bestimmten Gruppe von Steuersubjekten aufgrund von deren abstrakter Interessenlage, also unabhängig vom Vorliegen eines konkreten Nutzens oder eines konkreten Verursacheranteils, auferlegt.⁶⁴

Vorliegend knüpft die Konzeption der Abgabe für verkehrsentensive Bauten und Anlagen nicht an deren abstraktes Interesse an einer möglichst guten Erschliessung durch den öffentlichen Personenverkehr und den Schienengüterverkehr an, sondern ist nur im Hinblick auf konkret durchgeführte Massnahmen (§ 22 Abs. 1 GöV-XY) und abhängig vom verursachten Mehrangebot (§ 22 Abs. 3 und 4 GöV-XY) geschuldet. Demzufolge besteht ein individuelles Austauschverhältnis zwischen staatlicher Leistung (Verkehrsmassnahme) und Gegenleistung (Abgabe). § 22 GöV-XY sieht mithin eine Kausalabgabe vor.

II. Abgrenzung von Vorzugslast und (Verwaltungs-)Gebühr

Fraglich ist des Weiteren, um welche Art einer Kausalabgabe es sich bei der in § 22 GöV-XY festgelegten Abgabe handelt. In Betracht kommt vorliegend entweder eine Vorzugslast oder eine Verwaltungsgebühr.

1. Allgemeine Abgrenzung

Beiträge (Vorzugslasten) dienen dem Ausgleich des wirtschaftlichen Sondervorteils, welcher Einzelnen aus einer öffentlichen Einrichtung zugunsten der

⁶² BGE 124 I 289 E. 3b S. 291; WYSS, 8, 18. Vgl. zur nur auf Bundesebene zu findenden Rechtsfigur der Kostenanlastungskausalabgabe, deren primärer Zweck wohl in einer Umgehung des Verfassungsvorbehalts für neue Bundessteuern (vgl. Fn. 52) liegen dürfte, HÄNER, 10 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 14; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 20 f.; WYSS, 8, 28, 113.

⁶³ BGE 132 II 371 E. 2.3 S. 375; BGE 131 I 313 E. 3.3 S. 317; BGE 124 I 289 E. 3b S. 291; HÄNER, 7; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 44 f.

⁶⁴ BGE 132 II 371 E. 2.3 S. 375 f.; BGE 124 I 289 E. 3b S. 291 f.; HÄNER, 7, 9 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 13 f.; WYSS, 18 f.

Allgemeinheit erwächst.⁶⁵ Als Sondervorteil gilt jener wirtschaftliche Nutzen, der den von der Allgemeinheit aus einer öffentlichen Einrichtung gezogenen Vorteil überschreitet.⁶⁶ Dabei genügt die blosser Möglichkeit, vom Vorteil Gebrauch zu machen.⁶⁷ Der wirtschaftliche Sondervorteil muss im Zeitpunkt der Abgabenerhebung allerdings hinreichend individualisiert und konkretisiert sein.⁶⁸ Ob der Pflichtige um die Erstellung der öffentlichen Einrichtung nachgesucht hat, spielt keine Rolle.⁶⁹ Vorzugslasten können einmalig oder periodisch erhoben werden.⁷⁰

Verwaltungsgebühren sind jene öffentlichen Abgaben, welche von einem Abgabesubjekt für eine von diesem veranlasste oder verursachte Amtshandlung erhoben werden,⁷¹ um die dadurch entstehenden Kosten ganz oder teilweise zu decken (Verursacherprinzip).⁷² Unerheblich ist, ob um diese Leistungen nachgesucht wurde oder der Staat von Amtes wegen tätig wurde,⁷³ und ob sich die Amtshandlung für den Pflichtigen im eigentlichen Sinne vorteilhaft auswirkt.⁷⁴

Die Vorzugslast unterscheidet sich von der Verwaltungsgebühr somit erstens hinsichtlich des Adressatenkreises der staatlichen Leistung; letztere knüpft an eine individuell-konkrete staatliche Leistung, erstere an eine staatliche Leistung zugunsten der Allgemeinheit an.⁷⁵ Der zweite Unterschied liegt im Motiv der Abgabenerhebung. Während mit der

Gebühr die Abgeltung der dem Gemeinwesen verursachten Kosten angestrebt wird,⁷⁶ dient eine Vorzugslast primär dem Ausgleich wirtschaftlicher Sondervorteile im Sinne der Rechtsgleichheit.⁷⁷

2. Rechtsnatur von § 22 GöV-XY

Der öffentliche Personenverkehr und der Schienengüterverkehr werden vom Staat im Interesse der Allgemeinheit, namentlich auch der Anwohnerinnen, Spediteure und anderer Betriebe in der jeweiligen Gegend, erstellt und betrieben. Selbst dann, wenn aus Anlass der Errichtung einer verkehrsintensiven Baute oder Anlage besondere Massnahmen ergriffen werden, geschieht dies stets im Hinblick auf die verkehrs- und sozialpolitischen Interessen eines gesamten Gebiets. Die Abgabe nach § 22 GöV-XY soll also nicht besondere individuell-konkrete Erschliessungsmassnahmen, welche für die Erteilung einer Baubewilligung vorausgesetzt wären (Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG⁷⁸),⁷⁹ abgelten, son-

⁷⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 21; WYSS, 39.

⁷⁷ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 30; WALDMANN, 71 f.; WYSS, 41. Ein typisches Beispiel einer Vorzugslast sind dementsprechend Grundeigentümerbeiträge an Erschliessungsanlagen, während die Erstellung des eigentlichen Gebäudeanschlusses als Entgelt für eine konkrete Leistung und damit als Gebühr zu qualifizieren ist (BGE 106 Ia 241 E. 3a S. 242 f.; WALDMANN, 69 f.).

Als Vorzugslast qualifizierte das Bundesgericht eine Abgabe, welche erhoben werden sollte, wenn grosse Bauprojekte einen Ausbau des Stromversorgungsnetzes erforderlich machen (BGE 100 Ia 89 E. 4a/aa S. 93 f.). Als Vorzugslast konzipiert war auch die öffentliche Abgabe, welche in der Stadt Bern von Grundeigentümern im Umkreis von Strassenlampen erhoben werden sollte, um deren (behaupteten) Sondervorteil aus der Beleuchtung auszugleichen (BGE 131 I 313 E. 3.3 S. 317). Eine Vorzugslast erblickte das Bundesgericht schliesslich ebenfalls in der von Industriebetrieben erhobenen Abgabe für eine umweltgerechte Entwässerungsanlage; der wirtschaftliche Sondervorteil wurde in der Tatsache erblickt, dass solche Betriebe andernfalls gar nicht errichtet werden dürften (BGer 2P.248/2004 [13.05.2005] E. 4.2 und insb. E. 5.2).

Verwaltungsgebühren sind hingegen die den Organisatoren von Grossveranstaltungen auferlegten Kosten für den Einsatz (zusätzlicher) Sicherheitskräfte (BGer 1C_502/2015 [18.01.2017] E. 6.1 [nicht publ. in BGE 143 I 147]).

⁷⁸ Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979 (SR 700).

⁷⁹ Zu den Voraussetzungen für die Erteilung einer Baubewilligung im Allgemeinenen STÖCKLI/NEUMANN/OLSTEIN, ius.full 2017, 39 ff. Zu beachten ist, dass der Begriff der

⁶⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2814; HÄNER, 7; HUNGERBÜHLER, ZBl 2003, 510; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 29; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 44; WYSS, 13.

⁶⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 29.

⁶⁷ HÄNER, 7; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 29; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 44; WYSS, 13.

⁶⁸ WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 44; WYSS, 13; vgl. für eine ungenügende Konkretisierung BGE 122 I 305 E. 4c S. 311.

⁶⁹ HUNGERBÜHLER, ZBl 2003, 510; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II, N 886. Immerhin setzt die Erhebung einer Vorzugslast voraus, dass die dem Beitragspflichtigen erwachsenden Vorteile allfällige Nachteile klar überwiegen (WALDMANN, 78).

⁷⁰ HUNGERBÜHLER, ZBl 2003, 510.

⁷¹ BGer 1C_502/2015 (18.01.2017) E. 6.1 (nicht publ. in BGE 143 I 147); HÄNER, 4; HUNGERBÜHLER, ZBl 2003, 509; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 23; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 37 f.; WYSS, 11.

⁷² WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 38 f.

⁷³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 57 N 20; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 38; WYSS, 11.

⁷⁴ HUNGERBÜHLER, ZBl 2003, 509; WYSS, 27.

⁷⁵ WALDMANN, 69.

den den wirtschaftlichen Sondervorteil einzelner verkehrsintensiver Einrichtungen abschöpfen.⁸⁰

III. Ergebnis

Demzufolge sieht § 22 GöV-XY eine Kausalabgabe in der Gestalt einer Vorzugslast vor.⁸¹

Frage 3: Welche Rügen könnte der Interessenverband IV Shopping Centers vorbringen und wie sind diese materiell zu beurteilen? Nicht zu prüfen sind Kompetenzfragen (namentlich die derogatorische Kraft des Bundesrechts).

A. Vorbemerkung: Prüfmassstab des Bundesgerichts im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle

Das Bundesgericht prüft im Wege der abstrakten Normenkontrolle, ob dem angefochtenen Rechtsatz nach den anerkannten Regeln der Auslegung ein Sinn beigemessen werden kann, der ihn mit den

Erschliessung im Raumplanungsrecht (Art. 19 Abs. 1 und Art. 22 Abs. 2 lit. b RPG) nicht den eigentlichen Gebäudeanschluss, sondern nur die Möglichkeit zu dessen leichter Realisierung umfasst (STÖCKLI/NEUMANN/OLSTEIN, ius.full 2017, 41). Er beinhaltet auch nicht die Anbindung an die Infrastruktur des öffentlichen Verkehrs; letztere stellt im Allgemeinen lediglich einen Planungsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 lit. a RPG) dar (PK RPG-JEANNERAT, Art. 19 N 40). Das kantonale Recht könnte zwar solche Anforderungen festlegen (vgl. Art. 22 Abs. 3 RPG; PK RPG-JEANNERAT, Art. 19 N 18, 40); der Sachverhalt liefert indessen keine Anhaltspunkte hierfür.

⁸⁰ Im Übrigen erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass der Kreis der vorteilsbegünstigten Personen sich mit jenem der Verursacher deckt (WALDMANN, 78 m.Vw. auf BGer 2P.248/2004 [13.05.2005] E. 5.2); die Anknüpfung der Abgabe an das Verursacherprinzip (vgl. nur § 22 Abs. 1 GöV-XY) ist für sich allein genommen ebenso wenig entscheidend wie die Verwendung des Begriffs «Beitrag» in § 22 Abs. 3 GöV-XY.

⁸¹ Mit einer guten Begründung liesse sich auch eine rechtliche Qualifikation als Verwaltungsgebühr (nicht aber als Kostenanlastungssteuer) vertreten. Von einer Verwaltungsgebühr könnte allerdings eher ausgegangen werden, wenn z.B. ein abgelegener Bauernhof mit einer Strasse erschlossen wird und nur die Bewohner dieses Hofes die Strasse benutzen. Selbst wenn indessen eine Verwaltungsgebühr vorliegen sollte, änderte dies grundsätzlich nichts an der Geltung des Legalitätsprinzips im Abgaberecht

angerufenen Garantien der Bundesverfassung vereinbar erscheinen lässt, und hebt ihn nur dann auf, wenn er sich jeder verfassungskonformen Auslegung entzieht, nicht aber, wenn er einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist.⁸² Mitberücksichtigt werden die Tragweite der Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit eines hinreichenden verfassungsrechtlichen Schutzes im konkreten Anwendungsfall, die konkreten Umstände bei der zukünftigen Anwendung der angefochtenen Bestimmung sowie allfällige Auswirkungen auf die Rechtssicherheit.⁸³ Dabei ist die konkrete Wahrscheinlichkeit einer mit der Verfassung vereinbaren Rechtsanwendung in die Beurteilung einzubeziehen,⁸⁴ wobei die blosser Möglichkeit eines verfassungswidrigen Ergebnisses in besonders gelagerten Einzelfällen noch keinen Grund zur Aufhebung der Norm im Verfahren der abstrakten Normenkontrolle darstellt.⁸⁵

B. Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV)

In Betracht kommt erstens eine Verletzung des in Art. 127 Abs. 1 BV verankerten Legalitätsprinzips

(BGE 135 I 130 E. 7.2 S. 140 [= Pra 99 (2010) Nr. 1]; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 6 ff.), des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips (BGE 135 I 130 E. 2 S. 133 [= Pra 99 (2010) Nr. 1]; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 16, 23a f.) sowie der übrigen verfassungsmässigen Rechte.

⁸² BGE 143 I 137 E. 2.2 S. 139; BGE 140 I 2 E. 4 S. 14; BGE 137 I 31 E. 2 S. 39; BGE 125 I 65 E. 3b S. 67. Eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung ist namentlich bei einem lückenhaften, zweideutigen oder unklaren Normtext, nicht aber entgegen dem eindeutigen Wortsinn zulässig (BGE 140 I 2 E. 4 S. 14; BGE 137 I 31 E. 2 S. 39 f.).

⁸³ BGE 143 I 137 E. 2.2 S. 139; BGE 140 I 2 E. 4 S. 14; BGE 137 I 31 E. 2 S. 40; BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 86.

⁸⁴ BGE 143 I 137 E. 2.2 S. 139; BGE 140 I 2 E. 4 S. 14; BGE 125 I 65 E. 3b S. 67 f.; BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 86. Hierzu stellt das Bundesgericht auch auf die Erklärungen der mit der Anwendung des Erlasses zukünftig betrauten Behörden ab (BGE 130 I 82 E. 2.1 S. 86; BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 86).

⁸⁵ BGE 143 I 137 E. 2.2 S. 139; BGE 142 I 99 E. 4.3.5 S. 118; BGE 140 I 2 E. 4 S. 14; BGE 137 I 31 E. 2 S. 40; BGE 125 I 65 E. 3b S. 68; BSK BGG-AEMISEGGER/SCHERRER REBER, Art. 82 N 23–74 N 86.

im Abgaberecht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung⁸⁶ und herrschender Lehre⁸⁷ kommt diesem, im Gegensatz zum allgemeinen Gesetzmässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 1 BV,⁸⁸ der Status eines selbstständigen verfassungsmässigen Rechts zu. Es ist gemäss herrschender Auffassung auch auf Kausalabgaben anwendbar⁸⁹ und gilt für sämtliche Ebenen des Bundesstaats.⁹⁰ Im Allgemeinen umfasst das Legalitätsprinzip drei Postulate, nämlich das Erfordernis des Rechtssatzes, das Erfordernis der genügenden Normstufe und das Erfordernis der genügenden Normdichte.⁹¹ Die Anforderungen richten sich im Einzelfall nach der Natur der jeweiligen Materie; das Legalitätsprinzip darf weder überspannt noch seines Sinngehalts entleert werden.⁹²

Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche sich bei der Anwendung eines Gesetzes stellenden Fragen zwingend *expressis verbis* zu regeln wären; es genügt, dass sich die Antworten auf zu regelnde Fragen durch eine *lege artis* erfolgte Auslegung einer gesetzlichen Bestim-

mung ergeben.⁹³ Auch im Abgaberecht darf die Exekutive zudem die zum Vollzug des Gesetzes benötigten Verordnungen erlassen.⁹⁴

I. Normstruktur

Zur Gewährleistung einer rechtssicheren, rechtsgleichen und willkürfreien Verwaltungspraxis muss eine Abgabe erstens auf einer generell-abstrakten Norm des öffentlichen Rechts⁹⁵ beruhen (vgl. Definition 1/I.1 *supra*).⁹⁶ Wie bereits dargelegt wurde (1/I.1 *supra*), handelt es sich bei § 22 GöV-XY um einen Rechtssatz.⁹⁷

II. Normstufe

Entsprechend Art. 127 Abs. 1 BV wird auch bei Kausalabgaben verlangt, dass namentlich⁹⁸ Subjekt (Kreis der Abgabepflichtigen), Objekt (abgabebegründender Tatbestand) und die Bemessungsgrundlage mit hinreichender Bestimmtheit in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen sind, da öffentliche Abgaben regelmässig schwerwiegend in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen.⁹⁹ Wenn

⁸⁶ BGE 140 I 176 E. 5.2 S. 180; BGE 136 I 142 E. 3.1 S. 145; BGE 132 II 371 E. 2.1 S. 374; BGE 132 I 117 E. 4.1 S. 120; BGE 127 I 60 E. 3a S. 67.

⁸⁷ BSK BV-BEHNISCH, Art. 127 N 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2796; HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 514; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 16; SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 N 5; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 1.

⁸⁸ BGE 127 I 60 E. 3a S. 67; BSK BV-EPINEY, Art. 5 N 32; SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 16.

⁸⁹ BGE 135 I 130 E. 7.2 S. 140 (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BGE 132 II 371 E. 2.1 S. 374 (implizit); BSK BV-BEHNISCH, Art. 127 N 17; HANGARTNER, AJP 2007, 107 f.; SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 N 5; WALDMANN, 73; a.M. WYSS, 132 (ungeschriebenes verfassungsmässiges Recht). Diese Auslegung lässt sich auch auf die gleichermassen massgebende französische (*régime fiscal*) und italienische (*regime fiscale*) Fassung stützen (HANGARTNER, AJP 2007, 107 f.).

⁹⁰ BGE 142 II 182 S. 186 E. 2.2.1; BGE 135 I 130 E. 7.2 S. 140 (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BSK BV-BEHNISCH, Art. 127 N 17; HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 514; WALDMANN, 73.

⁹¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N 14; WYSS, 137 ff. Eine alternative Einteilung gliedert die Anforderungen in das Erfordernis des Rechtssatzes (entspricht der Normstruktur und der Normdichte) und das Erfordernis der Gesetzesform (entspricht der Normstufe) (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 338 ff., 350 ff.).

⁹² BGE 133 V 402 E. 3.2 S. 405 (= Pra 97 [2008] Nr. 84); BGE 130 I 113 E. 2.2 S. 116; BGE 126 I 180 E. 2a/bb S. 183; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 8 f.

⁹³ BEUSCH, FHB, N 22.42.

⁹⁴ BGE 139 II 460 E. 2.1 S. 463.

⁹⁵ Geldleistungen, welche Private dem Staat kraft Privatrecht schulden, fallen nicht unter den Begriff der öffentlichen Abgaben (WYSS, 5). Das Legalitätsprinzip entfaltet seine verfassungsrechtliche Bedeutung im Abgaberecht, wie auch in den übrigen Anwendungsfällen, somit nur dann, wenn der Staat auf dem Boden des öffentlichen Rechts handelt (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 1).

⁹⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 15; WYSS, 137; allgemein SGK BV-SCHINDLER, Art. 5 N 32.

⁹⁷ Beim Verfahren der abstrakten Normenkontrolle stellt regelmässig die angefochtene Bestimmung selbst den Rechtssatz i.S.v. Art. 127 Abs. 1 BV (bzw. Art. 36 Abs. 1 BV) dar.

⁹⁸ Die Aufzählung wird in der Lehre als exemplarisch betrachtet (SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 N 8; WYSS, 161). Insbesondere sind auch allfällige Ausnahmen von der Abgabepflicht mit hinreichender Bestimmtheit in das formelle Gesetz aufzunehmen (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 3; WYSS, 161), sofern diese Elemente nicht schon als Bestandteil der Umschreibung von Subjekt bzw. Objekt der Abgabe verstanden werden.

⁹⁹ BGE 128 II 247 E. 3.1 S. 251; BGE 123 I 248 E. 2 S. 249; HÄNER, 20 ff.; HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 516; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 9; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II, N 1074; WYSS, 160. Eine Ausnahme besteht einzig

die konkrete Ausgestaltung einer Abgabe an den Verordnungsgeber delegiert wird, muss das formelle Gesetz insbesondere diese drei Elemente zumindest in ihren Grundzügen festlegen.¹⁰⁰ Als Gesetz im formellen Sinn auf kantonaler Ebene gilt eine durch das kantonale Parlament (Legislative) im durch die Kantonsverfassung vorgesehenen Verfahren der Gesetzgebung erlassene Norm.¹⁰¹

Gemäss Sachverhalt wurde § 22 GöV-XY vom kantonalen Parlament verabschiedet und unterstand dem fakultativen Referendum. Mangels gegenteiliger Hinweise ist davon auszugehen, dass es sich hierbei um das kantonalrechtlich vorgesehene Verfahren der Gesetzgebung handelt. Die Bestimmung als solche stellt somit eine formell-gesetzliche Norm dar. Zu prüfen bleibt, ob sie auch die Grundzüge der Abgabepflicht (Subjekt, Objekt und Bemessungsgrundlage) enthält.

1. Kreis der Abgabepflichtigen (Abgabesubjekt)

Der Kreis der Abgabepflichtigen müsste in seinen Grundzügen mit hinreichender Bestimmtheit aus dem formellen Gesetz hervorgehen.¹⁰² Bei der Um-

schreibung des Abgabesubjekts sind prinzipiell keine Lockerungen der Normstufe zulässig.¹⁰³ Allerdings muss das Abgabesubjekt nicht explizit im Gesetz genannt sein; es reicht, wenn dieses durch Auslegung bestimmbar ist.¹⁰⁴ Bei Kausalabgaben besteht ein enger Konnex zwischen staatlicher Leistung (Abgabeobjekt) und dem Kreis der dafür Abgabepflichtigen, sodass es genügt, wenn sich aus dem Zusammenspiel dieser beiden Elemente unmissverständlich ergibt, wen die Abgabepflicht treffen soll.¹⁰⁵

a. Verfassungskonformität der Regelung von § 22 GöV-XY

Gemäss § 22 Abs. 1 GöV-XY sind die Verursacherinnen oder Verursacher von besonderen Massnahmen für den öffentlichen Personenverkehr oder den Schienengüterverkehr abgabepflichtig. Die gesetzliche Regelung beruht somit auf dem Verursacherprinzip. Bei letzterem handelt es sich allerdings nicht um ein aus sich selbst heraus eindeutiges Zuordnungskriterium, sondern einen Leitgedanken, welcher stets einer wertenden Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf.¹⁰⁶

für Kanzlei- und Kontrollgebühren, da diese eine geringe Höhe aufweisen und Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip eine Überprüfung der Abgabehöhe im Einzelfall ermöglichen (BGE 112 Ia 39 E. 2a S. 44 [für Kanzleigebühren], E. 2d S. 46 [für Kontrollgebühren]; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 9). Auch hier muss allerdings ein Rechtssatz (Verordnungsstufe) vorliegen (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 9). Aufgrund der elementaren Bedeutung des Legalitätsprinzips im Abgaberecht ist die Begründung einer Abgabepflicht mittels Gewohnheitsrechts unzulässig (BGE 94 I 305 E. 3 S. 310 f.; WYSS, 160).

¹⁰⁰ BGE 135 I 130 E. 7.2 S. 140 (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BGE 130 I 113 E. 2.2 S. 116; BGE 128 II 247 E. 3.1 S. 251; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 71. Daraus ergibt sich zwangsläufig eine gewisse Überschneidung mit dem Erfordernis der hinreichenden Normdichte. Die sich stellenden Fragen könnten auch dort diskutiert werden.

¹⁰¹ BGE 132 I 157 E. 2.2 S. 159; BSK BV-BEUSCH, Art. 127 N 6; SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 N 9; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 2; vgl. für die kommunale Ebene BGE 127 I 60 E. 2e S. 66. Nicht begriffswesentlich ist somit, ob der Erlass dem fakultativen oder obligatorischen Referendum unterstand (BGE 132 I 157 E. 2.2 S. 159; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 2). Strenger (zumindest für den Fall von Art. 36 Abs. 1 BV) SCHEFER, 55 ff.

¹⁰² Die bundesgerichtlichen Massstäbe sind eher milde: Die Wendungen «*manifestations nécessitant un important ser-*

vie d'ordre ou de protection» (BGE 135 I 130 E. 7.3 S. 141) und «*entreprises exerçant des activités économiques et commerciales bénéficiant des retombées directes ou indirectes du tourisme*» (ohne präzisierende Kasuistik) (BGE 122 I 61 E. 2c S. 65 f.) stellen noch genügend bestimmte formell-gesetzliche Grundlagen dar und können durch eine gesetzesvertretende Verordnung konkretisiert werden. Hingegen wurde der Begriff der «Beteiligten» vom Bundesgericht als nicht hinreichend bestimmt betrachtet (BGE 123 I 248 E. 3c S. 251). Auch der Bundesgesetzgeber setzt das Legalitätsprinzip im Übrigen nicht in allzu strenger Weise um (HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 516 m.w.N.).

¹⁰³ BGE 123 I 248 E. 2 S. 249; HUNGERBÜHLER, ZBI 2003, 516; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 9.

¹⁰⁴ BEUSCH, FHB, N 22.57; vgl. z.B. BGE 130 I 113 E. 2.3 S. 116 (Studiengebühren: pflichtig ist, wer zum Studium zugelassen wird); BGE 126 I 180 E. 2b/aa S. 184 (Kreis der Abgabepflichtigen und abgabebegründender Tatbestand ergeben sich aus dem bundesrechtlichen Begriff der öffentlichen Beurkundung).

¹⁰⁵ BEUSCH, FHB, N 22.57 f.; FEUZ, 155 f.; WYSS, 161.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 138 II 111 E. 5.3.2 S. 125 (bzgl. Littering-Gebühren); BGE 123 I 248 E. 3b S. 251 f. (bzgl. Kosten für den Einsatz des Jagdaufsehers nach einem Wildschaden); FRIEDERICH, 136 (bzgl. Littering-Gebühren). Das Verursacherprinzip ergibt sich im Übrigen nicht unmittelbar aus der Bundesverfassung, sondern bedarf grundsätzlich

Insbesondere¹⁰⁷ bezüglich der nicht in § 22 Abs. 2 GöV-XY «namentlich» konkretisierten Einrichtungen¹⁰⁸ stellt sich die Frage, wann von einer Baute bzw. Anlage «mit grossem Verkehrsaufkommen» auszugehen ist. Das gesetzgeberische qualifizierte Schweigen bezüglich grosser Arbeitsstätten¹⁰⁹ zeigt, dass nicht unmittelbar an raumplanungs- und umweltrechtliche Begriffe angeknüpft werden kann. Auch wenn die Vielfalt der Erscheinungsformen von «Bauten und Anlagen» grundsätzlich für eine gewisse Offenheit der gesetzlichen Normierung spricht und § 22 Abs. 2 GöV-XY eine Konkretisierung des Begriffs der «Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen» ermöglicht, bleiben bei der Abgrenzung der Beteiligten wichtige Wertungsfragen offen. Damit fehlt es bereits an einer hinreichend bestimmten Festlegung des Kreises der Abgabepflichtigen bzw. der massgebenden Abgrenzungskriterien im formellen Gesetz.¹¹⁰

einer spezialgesetzlichen Verankerung (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 56 N 37; vgl. implizit auch BGE 127 I 60 E. 2d S. 64 f.).

- 107** Selbst in Bezug auf die explizit genannten Fallgruppen (§ 22 Abs. 2 GöV-XY) lässt sich die Frage aufwerfen, wie der Kreis der Abgabepflichtigen abzugrenzen sei. Genau genommen erklärt § 22 Abs. 1 GöV-XY nämlich nicht die Bauten und Anlagen bzw. deren Eigentümerinnen selbst für abgabepflichtig, sondern die Verursacherinnen besonderer verkehrstechnischer Massnahmen. Für bauliche Massnahmen könnten somit insbesondere die Bauherrin oder die Eigentümer des Grundstücks, für betriebliche Massnahmen namentlich die Grundstückseigentümerin, die Mieter bzw. Pächter des Gebäudes oder einzelner Verkaufsflächen sowie die Veranstalter einzelner Events als Verursacher betrachtet werden. In Betracht käme auch eine prozentuale Verteilung der Gesamtkosten auf diese Gruppen von Beteiligten.
- 108** Die Nennung konkreter Fallgruppen erscheint zwar wünschenswert im Sinne des Legalitätsprinzips im Abgaberecht, kann aber zu Konflikten mit der Rechtsgleichheit führen. Zu diesem Spannungsfeld BGE 122 I 61 E. 2c S. 65 f.
- 109** Vgl. zur Auslegung von steuerrechtlichen Erlassen BGE 131 II 562 E. 3.4 f. S. 567 f. und zur Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens in diesem Kontext im Speziellen BGE 128 II 112 E. 6d S. 120 f.
- 110** Im abstrakten Normenkontrollverfahren können alle Verletzungen verfassungsmässiger Rechte vorgebracht werden, selbst wenn diese sich nicht unmittelbar zum Nachteil der Beschwerdeführerin auswirken. Beschwerdelegitimation und Beschwerdegründe sind mithin strikt zu trennen; wer zur Beschwerde legitimiert ist, kann alle ihm dienlichen Rügen vorbringen, selbst wenn die betreffenden

b. Verfassungskonformität im Falle einer Konkretisierung durch eine Verordnung

Fraglich erscheint höchstens, ob die gesetzliche Grundlage von § 22 GöV-XY dann genügen würde, wenn der Regierungsrat diese (anders als geplant) mittels Verordnung konkretisierte. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen bezüglich des Erlasses einer konkretisierenden Verordnung bestimmen sich danach, ob in casu eine gesetzvertretende oder eine vollziehende Verordnung erforderlich wäre. Die Unterscheidung zwischen diesen Verordnungsarten knüpft an das inhaltliche Verhältnis der Verordnung zum Gesetz an.¹¹¹

Das entscheidende Abgrenzungskriterium liegt darin, dass die Vollziehungsverordnung sich auf sekundäres Recht beschränkt, das heisst keine grundsätzlich neuen Rechte und Pflichten einführen und keine vom Gesetz geschaffenen Ansprüche wieder beseitigen darf, selbst wenn dies vom Gesetzeszweck gedeckt wäre.¹¹² Dennoch darf auch die vollziehende Verordnung den Inhalt des Gesetzes entsprechend der *ratio legis* entfalten¹¹³ und enthält daher zwangsläufig ein gewisses Mass an Regeln, die in dieser Weise nicht im Gesetz stehen.¹¹⁴ Zulässig bleiben zudem die Schliessung untergeordneter, unwesentlicher Lücken und die Präzisierung unbestimmter Rechtsbegriffe.¹¹⁵

Die gesetzvertretende Verordnung enthält hingegen Elemente, die im Gesetz nicht angelegt sind, und übernimmt damit bereichsweise Gesetzesfunktion.¹¹⁶ Die Kompetenz zum Erlass einer solchen ge-

Normen nicht unmittelbar seinem Schutz dienen (BGE 137 II 30 E. 2.3 S. 34; relevant insbesondere für die Beschwerdelegitimation von Nachbarn bei Bauprojekten).

- 111** TSCHANNEN, § 46 N 16.
- 112** BGE 141 II 169 E. 4.3.1 S. 175; BGE 139 II 460 E. 2.2 S. 463; BGE 103 IV 192 E. 2a S. 194; TSCHANNEN, § 46 N 20; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 406 f.
- 113** BGE 141 II 169 E. 3.3 S. 172; BGE 139 II 460 E. 2.1 S. 462 f.; TSCHANNEN, § 46 N 16, 18 f.; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 406 f.
- 114** TSCHANNEN, § 46 N 17.
- 115** BGE 139 II 460 E. 2.2 S. 463; BGE 103 IV 192 E. 2a S. 194; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 406 m.w.N.
- 116** TSCHANNEN, § 46 N 16, 22; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 439. Typischerweise überlässt der Gesetzgeber entweder bewusst die Vervollständigung des Gesetzes der Exekutive, oder er hat zwar eine an sich vollständige Regelung erlassen und will der Exekutive ermöglichen, Teile

setzesvertretenden Verordnungsbestimmung¹¹⁷ muss sich in jedem Fall aus einer formell-gesetzlichen Delegationsnorm ergeben.¹¹⁸

Vorliegend lassen der Verursacherbegriff sowie die Wendung der «Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen» einen gewichtigen Raum offen, der einer wertenden Konkretisierung bedarf. Wie der Kreis der Abgabepflichtigen zu ziehen und abzugrenzen ist, lässt sich dem Gesetz selbst auch nicht im Wege der Auslegung entnehmen. Damit ist die gesetzliche Regelung noch nicht vollständig und bedarf einer inhaltlichen Ergänzung durch eine gesetzvertretende Verordnung, nicht nur der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe durch eine vollziehende Verordnung. In casu fehlt es jedoch an einer formell-gesetzlichen Delegations-

dieser Regelung zu durchbrechen (TSCHANNEN, § 46 N 23; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 439). Beispiel für den ersten Fall: Art. 10a Abs. 3 USG (Der Bundesrat wird ermächtigt, die Anlagetypen zu bezeichnen, für welche eine Umweltverträglichkeitsprüfung [UVP] vorzunehmen ist, und allenfalls Schwellenwerte festzulegen. Gestützt darauf wurde die UVPV erlassen [vgl. Fn. 3 *supra*]). Exemplarisch für die zweite Konstellation Art. 151 Abs. 2 MG (Bundesgesetz über die Armee und die Militärverwaltung [Militärgesetz, MG] vom 3. Februar 1995 [SR 510.10]) (Beispiel nach TSCHANNEN, § 46 N 23).

117 Manche Verordnungen enthalten sowohl gesetzesvollziehende als auch gesetzvertretende Bestimmungen. Dies macht die Abgrenzung in der Praxis umso schwieriger (TSCHANNEN, § 46 N 17).

118 BGE 141 II 169 E. 3.3 S. 172; BGE 139 II 460 E. 2.1 S. 462 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 16; TSCHANNEN, § 46 N 24; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 439. Nach ständiger Rechtsprechung und herrschender Lehre ist die Gesetzesdelegation nur unter vier kumulativen Voraussetzungen zulässig (BGE 137 II 409 E. 6.4 S. 413; BGE 128 I 327 E. 4.1 S. 337; BGE 118 Ia 305 E. 2b S. 310 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 16; TSCHANNEN, § 27 N 28 ff.; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I, N 438 ff.): Sie darf durch das kantonale Recht nicht ausgeschlossen sein, muss in einer formell-gesetzlichen Delegationsnorm enthalten sein, muss sich auf eine bestimmte Materie beschränken (Verbot der Blankodelegation), und das Gesetz selbst muss die Grundzüge (Inhalt, Zweck und Ausmass) der delegierten Regelung umschreiben, soweit sie die Rechtsstellung der Bürger schwerwiegend berührt. Auch die besonderen Gesetzesvorbehalte der Bundesverfassung schliessen die Regelung weniger wichtiger Fragen aus diesen Bereichen in einer gesetzvertretenden Verordnung nicht aus (BGE 131 II 13 E. 6.3 S. 26; FEUZ, 113; TSCHANNEN, § 45 Rz 28.

norm, sodass die Herstellung einer verfassungskonformen Ordnung mittels gesetzvertretender Verordnung ausscheidet. Damit ist das Legalitätsprinzip im Abgaberecht hinsichtlich der formell-gesetzlichen Festlegung des Abgabesubjekts verletzt.

2. Abgabebegründender Tatbestand (Objekt)

Auch der Gegenstand der Abgabe, das heisst der abgabebegründende Tatbestand, muss mit hinreichender Bestimmtheit im formellen Gesetz enthalten sein.¹¹⁹ Wie bereits beim Abgabesubjekt ist darauf hinzuweisen, dass eine Konkretisierung durch Auslegung und unter Berücksichtigung der Umschreibung des Abgabesubjekts zulässig ist (vgl. 3/B.II.1 *supra*).

Nach § 22 Abs. 1 GöV-XY wird die Abgabepflicht ausgelöst, wenn «besondere Massnahmen für den öffentlichen Personenverkehr oder den Schienengüterverkehr» «erforderlich» sind. Eine Ausnahme besteht nach § 22 Abs. 4 GöV-XY, wenn die Bauten und Anlagen in der Spitzenstunde bereits mit mehr als 20 Kurspaaren erschlossen sind und kein Mehrangebot auslösen. Aufgrund der Vielzahl möglicher Erscheinungsformen solcher «Massnahmen» und der grösseren Sachnähe der Exekutive erscheint eine noch nähere Präzisierung im formellen Gesetz weder zielführend noch erforderlich.

Gewisse Bedenken wirft zwar der den Behörden bei der Realisierung solcher Massnahmen zukommende Ermessensspielraum auf. Die Möglichkeit der Pflichtigen, die Abgabepflicht mittels Vertrags quasi konsensual zu regeln, wird aufgrund der Verfügungskompetenz der Behörde von geringem Wert sein (vgl. § 22 Abs. 5 GöV-XY).¹²⁰ Jedoch haben die Pflichtigen die Möglichkeit, gegen eine konkrete Massnahme, die geradezu sinn- und zwecklos ist, im

119 FEUZ, 157; WYSS, 162.

120 Dieser Tatsache trägt das in BGE 135 I 130 E. 7.3 S. 142 (= Pra 99 [2010] Nr. 1) vorgebrachte Argument zu wenig Rechnung. Zuzustimmen ist der bundesgerichtlichen Argumentation hingegen darin, dass es (vor allem bei einer höchstens kostendeckenden Abgabe, wie sie hier vorliegt) kaum im Interesse einer Behörde liegen dürfte, den mit völlig übertriebenen Massnahmen einhergehenden Aufwand auf sich zu nehmen (vgl. BGE 135 I 130 E. 7.3 S. 142 [= Pra 99 (2010) Nr. 1]). Dies reduziert die Wahrscheinlichkeit einer verfassungswidrigen Handhabung der Norm erheblich und wirkt als Korrektiv zum an sich sehr grossen Ermessensspielraum der Behörde.

Wege der Verwaltungsrechtspflege das Willkürverbot anzurufen, sodass der Rechtsschutz im Einzelfall gewährleistet ist.¹²¹

Die formell-gesetzliche Festlegung des abgabebegründenden Tatbestands ist mithin verfassungskonform.

3. Bemessungsgrundlage

a. Grundsatz

Prinzipiell muss das Gesetz im formellen Sinn überprüfbare Kriterien nennen, welche die Höhe der Abgabe begrenzen.¹²² Diese Kriterien müssen sich zumindest durch Auslegung ermitteln lassen und eine objektivierte Überprüfung der Abgabe ermöglichen.¹²³ Als Grundsatz kann davon ausgegangen werden, dass die Höhe der Abgabe in hinreichend bestimmter Weise definiert ist, wenn die formell-gesetzliche Grundlage entweder den Betrag selbst oder Berechnungsgrundlage und Rahmen festsetzt.¹²⁴

Gemäss § 22 Abs. 1 GöV-XY sind die entstehenden Kosten ganz oder teilweise auf die Verursacherin zu überwälzen. Demzufolge stellt die Gesamtsumme der entstehenden Kosten zugleich die maximale Höhe der Abgabe dar. Dieser Betrag wird jedoch nicht zahlenmässig nach oben beschränkt und kann daher im Einzelfall sehr hoch ausfallen. Bei der Bezugnahme auf die verursachte höhere Nachfrage und das verursachte Mehrangebot (§ 22 Abs. 3 GöV-XY) fehlt ein Massstab für die Bedeutung und Gewichtung dieser Kriterien. Somit eignet sich das formelle Gesetz allein nicht, die Abgabebhebung für die Pflichtigen voraussehbar zu gestalten.

¹²¹ Zur Bedeutung der Rechtsschutzmöglichkeit im Einzelfall vgl. die allgemeinen Ausführungen unter 3/A *supra* und BGE 135 I 130 E. 7.3 S. 142 (= Pra 99 [2010] Nr. 1).

¹²² WYSS, 163; vgl. auch FEUZ, 158.

¹²³ BEUSCH, FHB, N 22.72 f.

¹²⁴ BGer 2C_807/2010 (25.10.2011) E. 3.3 (für eine kostenunabhängige Kausalabgabe); WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II, N 1075. Ungenügend ist hingegen die blosser Statuierung einer Kostentragungspflicht im Verhältnis zu einer bestimmten Referenzgrösse wie z.B. der Fläche eines Grundstücks, da sich daraus kein Hinweis zur Kostenbemessung entnehmen lässt (BGer 2C_407/2010 [16.11.2010] E. 2.3).

b. Lockerung bei Kausalabgaben

Bei Kausalabgaben (nicht aber Steuern)¹²⁵ gelten bezüglich der Bemessungsgrundlage allerdings gelockerte Anforderungen, wenn die Abgabehöhe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien, nämlich das Kostendeckungsprinzip und¹²⁶ das Äquivalenzprinzip, begrenzt und der Ordnungsgeber zur Konkretisierung mittels gesetzesvertretender Verordnung ermächtigt wird.¹²⁷

i. Kostendeckungsprinzip

Nach dem Kostendeckungsprinzip soll der Gesamtertrag der Abgaben die Gesamtkosten des Gemeinwesens für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder höchstens geringfügig übersteigen.¹²⁸ Der massgebende Verwaltungszweig bestimmt sich nach

¹²⁵ WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 7, 23. Dies illustriert die Bedeutung der korrekten Abgrenzung von Kostenanlassungssteuer und Vorzugslast.

¹²⁶ Divergierende Auffassungen bestehen im Übrigen hinsichtlich der Frage, ob die Prinzipien alternativ (so wohl TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 12; WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II, N 1086) oder kumulativ anwendbar sein müssen (so WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 80), damit eine Lockerung in Betracht kommt.

¹²⁷ BGE 135 I 130 E. 7.2 S. 140 (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BGE 130 I 113 E. 2.2 S. 116; BGE 126 I 180 E. 2a/bb S. 183; BGE 124 I 11 E. 6a S. 19; BGE 123 I 254 E. 2a S. 255; BGE 122 I 305 E. 5a S. 311; BGE 121 I 230 E. 3g/bb S. 238; BGer 2C_407/2010 (16.11.2010) E. 2.3; BGer 2P.87/2006 (14.2.2007) E. 3.4; BEUSCH, FHB, N 22.76; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 6, 14; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 7, 80; WYSS, 169. In diesen Fällen genügt unter Umständen sogar eine Ermächtigung der Exekutive zur Festsetzung der Bemessungsregeln (HÄNER, 21; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 79). Allerdings ist die formell-gesetzliche Grundlage nicht *eo ipso* verzichtbar, weil das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip Anwendung finden (BGE 123 I 254 E. 2b/aa S. 255 f.; HUNGERBÜHLER, ZBl 2003, 517). Sofern die Prinzipien aber tatsächlich beschränkend bzgl. der Abgabehöhe wirken, kann das Bedürfnis, im Einzelfall eine angemessene Lösung zu finden, für eine weniger restriktive Handhabung der Normstufe sprechen (BGer 2P.87/2006 [14.02.2007] E. 3.4).

¹²⁸ BGE 132 II 47 E. 4.1 S. 55; BGE 131 II 735 E. 3.2 S. 739 f.; BGE 124 I 11 E. 6c S. 20; HÄNER, 17; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 13; UHLMANN, 94; WYSS, 107. Zu den relevanten Kostenpunkten des Gesamtaufwands BGE 124 I 11 E. 6c S. 20; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 13; UHLMANN, 94.

dem Kriterium der sachlich zusammengehörenden Verwaltungsaufgaben.¹²⁹

α. Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des Kostendeckungsprinzips hängt von drei kumulativen Voraussetzungen ab, nämlich der Entstehung von Kosten, deren Ausschcidbarkeit und deren Zurechenbarkeit.¹³⁰ Zudem gilt das Kostendeckungsprinzip nur, wenn mit der Abgabe nach dem Willen des Gesetzgebers nicht (zulässigerweise) Gewinn erzielt werden soll.¹³¹ Sowohl Vorzugslasten als auch Verwaltungsgebühren bezwecken eine Abgeltung der dem Gemeinwesen für eine bestimmte Tätigkeit entstehenden Auslagen.¹³² Die für bauliche und betriebliche Massnahmen anfallenden Kosten lassen sich in der Regel beziffern und einem konkreten Verwaltungszweig zuordnen, sind also ausschcidbar,¹³³ und können auch einzelnen Pflichtigen zugeordnet werden, sind mithin zurechenbar.¹³⁴ Wenn der Gesetzgeber zudem maximal die im Einzelfall anfallenden Kosten überwälzen will (§ 22 Abs. 1 GöV-XY: «ganz oder teilweise»), dann wird der Gesamtertrag des betreffenden Verwaltungszweigs dennotwendig die anfallenden Gesamtkosten nicht übersteigen und die Tätigkeit keinen Gewinn abwerfen. Somit ist in casu, wie allgemein bei Vorzugslasten (und Verwaltungsgebühren),¹³⁵ davon auszugehen, dass das Kostendeckungsprinzip Geltung beansprucht.

β. Bedeutung

Fraglich ist allerdings, ob sich das Kostendeckungsprinzip eignet, um eine Lockerung hinsichtlich der Normstufe der Bemessungsgrundlage zu erlauben. Bereits aus dem formellen Gesetz ergibt sich nämlich, dass die Tätigkeit des Gemeinwesens keinen Gewinn abwerfen soll. Zudem indiziert der Wortlaut von § 22 Abs. 3 GöV-XY, dass unter Umständen nur ein Teil der Kosten abzuwälzen ist und der Rest

nach dem Gemeinlastprinzip, das heisst über die allgemeinen Steuern,¹³⁶ finanziert wird. Demzufolge lassen sich aus dem Kostendeckungsprinzip kaum Konkretisierungen der Bemessungsgrundlage ableiten.

ii. Äquivalenzprinzip

Das Äquivalenzprinzip besagt, dass die erhobene Abgabe im Einzelfall nicht in ein offensichtliches Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung treten darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss.¹³⁷ Der objektive Wert der staatlichen Leistung bemisst sich entweder nach dem Nutzen, welche sie dem Pflichtigen einzutragen vermag,¹³⁸ oder nach dem Kostenaufwand für die konkrete Inanspruchnahme des Staats im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs.¹³⁹ Nicht ausgeschlossen sind auf Wahrscheinlichkeiten und Durchschnittserfahrungen basierende Berechnungsmassstäbe, solange die Schematisierungen nicht zu sachlich unhaltbaren oder rechtsungleichen Ergebnissen führen.¹⁴⁰

α. Anwendbarkeit

Da das Äquivalenzprinzip als gebührenrechtliche Ausgestaltung des Willkürverbots und des Verhältnismässigkeitsprinzips erscheint,¹⁴¹ ist es dem Ge-

129 BGE 126 I 180 E. 3b/cc S. 190; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 15; UHLMANN, 95 f.

130 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 14.

131 HÄNER, 18 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 14; WYSS, 96 f.

132 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 16.

133 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 14.

134 Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 14.

135 HÄNER, 18 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 16.

136 Zum Gemeinlastprinzip TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 16.

137 BGE 139 I 138 E. 3.2 S. 141; BGE 132 II 47 E. 4.1 S. 55 f.; BGE 131 II 735 E. 3.2 S. 740; BGE 126 I 180 E. 3a/bb S. 188; BGE 121 I 230 E. 3g/bb S. 238; HÄNER, 15; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 19; UHLMANN, 89; WYSS, 72 ff.

138 TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 23b. Bei Erschliessungsbeiträgen von Grundeigentümern schlägt sich die Erschliessung normalerweise als Mehrwert der Liegenschaft nieder (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 23b; vgl. auch WALDMANN, 63 f.).

139 BGE 126 I 180 E. 3a/bb S. 188; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 20; zum Verhältnis der Ansätze UHLMANN, 89.

140 BGE 126 I 180 E. 3a/bb S. 188; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 21. Bei Verwaltungsgebühren wird sofern möglich auf einen Vergleich mit gängigen Marktpreisen abgestellt (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 23a).

141 BGE 140 I 176 E. 5.2 S. 180; BGE 126 I 180 E. 3a/bb S. 188; HÄNER, 15; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 19; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 9; WYSS, 84.

setzgeber versagt, davon abzuweichen.¹⁴² Die Anwendbarkeit setzt einzig voraus, dass die Leistung des Gemeinwesens geldwerter Natur ist.¹⁴³

Die vorliegend zu betrachtende Gebühr wurzelt in einer an sich geldwerten Leistung des Gemeinwesens, nämlich der Verbesserung der Erschliessung eines Grundstückes. Das Äquivalenzprinzip ist somit anwendbar.

β. Bedeutung

Fraglich ist allerdings, ob das Äquivalenzprinzip vorliegend auch seine schützende Wirkung entfalten kann.

Verlässliche Referenzpreise auf dem Markt dürften sich für bauliche Massnahmen im Zusammenhang mit Bauten und Anlagen i.S.v. § 22 GöV-XY kaum finden lassen, sodass eine nutzungsbezogene Betrachtung nicht praktikabel erscheint. Eine Begrenzung der Abgabehöhe über die im Einzelfall anfallenden Kosten ergibt sich bereits aus § 22 Abs. 1 GöV-XY («ganz oder teilweise»). Das Äquivalenzprinzip kann somit höchstens dann als Korrektur- und Derogationsmechanismus wirken, wenn im Einzelfall eine nicht mehr vertretbare Abgabehöhe resultiert.¹⁴⁴ Solange allerdings nur die effektiv anfallenden Kosten überwältigt werden, muss angenommen werden, dass selbst eine beträchtliche Abgabehöhe noch als vertretbar einzustufen wäre. Damit lässt sich aus dem Äquivalenzprinzip keine effektive Begrenzung der Abgabehöhe ableiten.

iii. Konsequenzen

Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip sind zwar anwendbar, erweisen sich jedoch von beschränktem Erkenntniswert und vermögen die Höhe der Abgabe kaum in einem weitergehenden Masse zu beschränken, als dies schon im Gesetz selbst erfolgt ist.

Selbst wenn indessen eine Lockerung des Erfordernisses einer formell-gesetzlichen Grundlage in Betracht gezogen werden sollte, müssten die Grundzüge der Regelung zumindest in einer gesetzesvertretenden Verordnung festgelegt werden, da wesentliche Wertungsentscheidungen zur Bemessung einer Abgabe, die eine beachtliche und grundsätzlich nach oben unbeschränkte Höhe annehmen kann, vorzunehmen sind. Im formellen Gesetz fehlt es jedoch an einer Ermächtigung des Ordnungsgebers zum Erlass einer gesetzesvertretenden Verordnung (vgl. 3/B.II.1.b *supra*).

Damit fehlt es in jedem Fall an einer hinreichenden formell-gesetzlichen Verankerung der Bemessungsgrundlage.

4. Zwischenergebnis

Dem Erfordernis der Normstufe ist im Hinblick auf die Festlegung des Kreises der Abgabepflichtigen und der Bemessungsgrundlage nicht Genüge getan.

III. Normdichte

Das Legalitätsprinzip im Abgaberecht erfordert drittens, dass die anwendbaren Rechtssätze die Abgabepflicht insgesamt so konkretisieren, dass der rechtsanwendenden Behörde kein übermässiger Spielraum verbleibt und die Abgabepflicht für die Betroffenen voraussehbar wird.¹⁴⁵

1. Subjekt der Abgabe

Wie bereits dargelegt wurde (3/B.II.1.b *supra*), wäre es in casu nicht zulässig, die sich bei der Anwendung von § 22 GöV-XY stellenden Fragen durch eine vollziehende Verordnung zu regeln. Demzufolge fehlt es in jedem Fall an einer hinreichend bestimmten rechtssatzmässigen Festlegung des Abgabesubjekts.

2. Objekt der Abgabe

Auch das Objekt der Abgabe muss in seinen wesentlichen Zügen im formellen Gesetz vorgezeichnet sein. Gemäss den obigen Ausführungen (3/B.II.2

¹⁴² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 19; WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 9; WYSS, 84. Übersteigt die Höhe der Abgabe (eindeutig) den Wert der staatlichen Leistung, handelt es sich um eine Gemengsteuer (WIEDERKEHR, Kausalabgaben, 9). Dies schliesst indessen nicht aus, dass der Ertrag einer erhobenen Gebühr aufgrund einer zulässigen Schematisierung nicht exakt dem Wert der staatlichen Leistung entspricht (BGE 126 I 180 E. 3a/bb S. 188).

¹⁴³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 21; WYSS, 76.

¹⁴⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 58 N 23a; vgl. zur Schwäche des Äquivalenzprinzips bei fehlenden Marktwerten BGE 121 I 230 E. 3g/bb S. 238.

¹⁴⁵ BGE 136 I 142 E. 3.1 144 f.; BGE 133 V 402 E. 3.2 S. 405 (= Pra 97 [2008] Nr. 84); BGE 126 I 180 E. 2a/bb S. 183; BGE 123 I 248 E. 2 S. 249 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 2797; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 59 N 4. Zu den möglichen Lockerungen bei der Bemessungsgrundlage siehe 3/B.II.3 *supra*.

supra) kann von der formell-gesetzlichen Grundlage kaum eine höhere Bestimmtheit verlangt werden, als sie § 22 GöV-XY aufweist, wenn Praktikabilitätsgesichtspunkten hinreichend Rechnung getragen werden soll. Indessen erschiene im Interesse von Rechtsgleichheit und Rechtssicherheit eine Konkretisierung der eine Abgabepflicht auslösenden Massnahmen mittels vollziehender Verordnung angebracht. Selbst wenn der Regierungsrat gegenwärtig den Erlass einer solchen nicht plant, erscheint es nicht ausgeschlossen, dass er dies nach einem entsprechenden Bundesgerichtsurteil täte und die Norm in dieser Hinsicht verfassungskonform gehandhabt würde.

3. Bemessungsgrundlage

§ 22 GöV-XY belässt den rechtsanwendenden Behörden grosse Spielräume bezüglich Handhabung und Gewichtung der in § 22 Abs. 3 GöV-XY genannten Kriterien und hinsichtlich des Umfangs. Auch hier kann eine reine Vollziehungsverordnung keine verfassungskonforme rechtssatzmässige Verankerung schaffen (vgl. 3/B.II.3.b.iii *supra*).¹⁴⁶

IV. Ergebnis

§ 22 GöV-XY verstösst gegen das Legalitätsprinzip im Abgaberecht.

¹⁴⁶ Vgl. BGer 2P.87/2006 (14.02.2007) E. 3.5: Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip entbinden nicht von hinreichender Konkretisierung in einem Rechtssatz.

¹⁴⁷ Für das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit werden in der Lehre unterschiedliche Prüfschemata vorgeschlagen (vgl. für eine Übersicht BIAGGINI, ius.full 2003, 2 ff.), deren hauptsächlichster Unterschied in der Frage liegt, ob die Grundsatzkonformität in einem ersten Schritt (vor den allgemeinen Einschränkungsvoraussetzungen von Art. 36 BV) zu prüfen sei (so BIAGGINI, ius.full 2003, 10; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 705; HÄNNI/STÖCKLI, N 76; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 83) oder ob dies beim bzw. unmittelbar vor dem öffentlichen Interesse (also im Rahmen von Art. 36 BV) erfolgen soll (so RHINOW/SCHNEIDER/UEBERSAX, N 3243). Diese Fallbearbeitung orientiert sich an der erstgenannten Auffassung, modifiziert das Schema aber im Hinblick auf die jeweils partikulären Fragestellungen der abwehrrechtlichen bzw. gleichbehandlungsrechtlichen Dimension. Vgl. zur Relativierung der Bedeutung von Prüfschemata BIAGGINI, ius.full 2003, 11; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 83; TSCHANNEN, § 7 N 93.

C. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)¹⁴⁷

I. Schutzbereich

1. Sachlicher Schutzbereich

a. Schutzobjekt

Der sachliche Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit erfasst jede gewerbsmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit.¹⁴⁸ Dabei ist unerheblich, ob der Tätigkeit haupt- oder nebenberuflich nachgegangen wird,¹⁴⁹ ob damit ein Gewinn erzielt werden soll oder lediglich eine Deckung der Selbstkosten beabsichtigt wird,¹⁵⁰ ob die Tätigkeit selbstständig oder unselbstständig ausgeübt wird,¹⁵¹ und

¹⁴⁸ BGE 136 I 197 E. 4.4.1 S. 203; BGE 125 I 267 E. 2b S. 269; BGE 124 I 310 E. 3a S. 313; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 628 ff., insb. 634; HÄNNI/STÖCKLI, N 38; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 28; vgl. aber zu einer abweichenden Konzeption des Begriffs der «wirtschaftlichen Tätigkeit» REICH, N 108: *willingness to pay* auf dem Markt. Prinzipiell nicht durch die Wirtschaftsfreiheit geschützt sind damit öffentlich-rechtliche Tätigkeiten des Gemeinwesens (BGE 141 I 124 E. 4.1 S. 127; BGer 1P.58/2004 [15.11.2004] E. 2.2; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 632; HÄNNI/STÖCKLI, N 41). Ob die Tätigkeit wirtschaftlich sinnvoll oder gesellschaftlich nützlich ist, spielt nach schweizerischer Auffassung keine Rolle (REICH, N 107, m.w.N. zur abweichenden Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts). Ebenso unerheblich ist, ob die Tätigkeit nur innerhalb der Schweiz erfolgt oder auch einen Auslandsbezug aufweist (HÄNNI/STÖCKLI, N 39). Nach der nicht unumstrittenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst die Wirtschaftsfreiheit hingegen nicht die Möglichkeit, Einkäufe nach Belieben tätigen zu können (Konsumfreiheit) (BGE 102 Ia 104 E. 7 S. 122 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 639; krit. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 31 f.).

¹⁴⁹ BGE 118 Ia 175 E. 1 S. 176 (bzgl. Selbstdispensation); BGer 2P.52/2001, 2A.89/2001 (24.10.2001) E. 4a (bzgl. Selbstdispensation); HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 635; HÄNNI/STÖCKLI, N 39; REICH, N 107; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 29.

¹⁵⁰ BGE 128 I 19 E. 4c/aa S. 29; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 635; HÄNNI/STÖCKLI, N 39; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 8; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 30; leicht abweichend REICH, N 112.

¹⁵¹ BGE 84 I 18 E. 2 S. 20 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 639; HÄNNI/STÖCKLI, N 39; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 29.

ob sie permanent oder nur sporadisch betrieben wird.¹⁵² Auch die gewinnorientierte, privatrechtliche Tätigkeit eines Einkaufszentrums fällt in den sachlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit.

b. Geschützte Ansprüche

Geschützt sind alle Handlungen im Rahmen einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit, namentlich die freie Wahl der Ausbildung und der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit (Berufswahlfreiheit),¹⁵³ der freie Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit (Berufszugangsfreiheit)¹⁵⁴ sowie deren freie Ausübung (Berufsausübungsfreiheit; insbesondere freie Wahl von Ort, Zeit und sachlichen Mitteln, freie Wahl der betrieblichen Organisation und freie Werbung)¹⁵⁵ (Art. 27 Abs. 2 BV). Zudem verbietet die Wirtschaftsfreiheit Massnahmen, welche den Wettbewerb zwischen direkten Konkurrenten verzerren.¹⁵⁶

2. Persönlicher Schutzbereich

Auf die Wirtschaftsfreiheit können sich insbesondere natürliche Personen mit schweizerischer Staatsangehörigkeit und juristische Personen des Privatrechts mit Sitz in der Schweiz berufen.¹⁵⁷ Als

¹⁵² BGE 118 Ia 175 E. 1 S. 176; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 8; REICH, N 107.

¹⁵³ BGE 136 I 197 E. 4.4.1 S. 203; BGE 105 Ia 67 E. 4b S. 71; vgl. aber BGE 125 I 173 E. 3c S. 176 (aus der Wirtschaftsfreiheit lässt sich kein Anspruch auf Zugang zu einem Universitätsstudium ableiten); HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 640; HÄNNI/STÖCKLI, N 44; RHINOW/SCHMID/BAGGINI/UHLMANN, § 5 N 33 ff.

¹⁵⁴ BGE 141 I 124 E. 4.1 S. 127; BGE 136 I 197 E. 4.4.1 S. 203; BGE 136 I 29 E. 3.2 S. 32; HÄNNI/STÖCKLI, N 45; RHINOW/SCHMID/BAGGINI/UHLMANN, § 5 N 34 f.

¹⁵⁵ BGE 138 II 440 E. 16 S. 456; BGE 136 I 197 E. 4.4.1 S. 203; BGE 136 I 184, E. 3.2.4 S. 195, E. 4.1 S. 195 f.; BGE 136 I 29 E. 3.2 S. 32; BGE 133 I 110 E. 7.4 S. 126; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 643 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, N 46 ff.; RHINOW/SCHMID/BAGGINI/UHLMANN, § 5 N 36 ff.

¹⁵⁶ BGE 121 I 129 E. 4d S. 134; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 692; HÄNNI/STÖCKLI, N 53 ff.; RHINOW/SCHMID/BAGGINI/UHLMANN, § 5 N 36 ff. Ob sich dieser Anspruch aus Art. 27 BV allein oder aus Art. 94 i.V.m. Art. 27 BV ergibt (zum Meinungsstand SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 28 ff.), hat keinen Einfluss auf die materiellen Prüfkriterien.

¹⁵⁷ BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 226; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 655 f.; HÄNNI/STÖCKLI, N 58.

Mitglieder des *IV Shopping Centers* firmieren im Kanton XY tätige Einkaufszentren. Mangels gegenteiliger Angaben im Sachverhalt kann davon ausgegangen werden, dass dies juristische Personen mit Sitz in der Schweiz sind.¹⁵⁸ Der persönliche Schutzbereich ist somit ebenfalls eröffnet.

II. Eingriff in die abwehrrechtliche Dimension

Fraglich ist, ob die Erhebung einer Vorzugslast von einem privatwirtschaftlich tätigen Unternehmen einen Eingriff in die Ausübungsfreiheit als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit darstellt. Als Eingriff gilt jedes staatliche Verhalten, welches die Ausübung eines Grundrechts beeinträchtigt oder verunmöglicht.¹⁵⁹

Eine Fiskalmassnahme mag zwar faktische Auswirkungen auf die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit haben, indem sie deren Lukrativität schmälert. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung stellt allerdings nicht jede Massnahme, welche sich auf die wirtschaftliche Tätigkeit eines Privaten auswirkt, eine Einschränkung dieses Grundrechts dar.¹⁶⁰ Gewerbesteuern verstossen gegen die Wirtschaftsfreiheit, wenn sie sich für den betroffenen Gewerbezweig geradezu prohibitiv auswirken, indem sie einen angemessenen Geschäftsgewinn verunmöglichen und die Ausübung des Gewerbes als Ganzes in Frage stellen oder zumindest

¹⁵⁸ Ausländische natürliche Personen können sich auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, wenn sie über eine Niederlassungsbewilligung verfügen, einen Rechtsanspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung haben oder sich ein entsprechendes Recht aus dem Freizügigkeitsabkommen ergibt (BGE 125 I 182 E. 5a S. 198; BGE 123 I 19 E. 2 S. 20 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 655; HÄNNI/STÖCKLI, N 58). Ausländische juristische Personen sind zumindest dann von der Wirtschaftsfreiheit erfasst, wenn sie dieses Recht aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten können (BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 227; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 656; HÄNNI/STÖCKLI, N 59). Für öffentliche Unternehmen wurde die Frage bisher offengelassen (BGE 131 II 13 E. 6.4.1 S. 27; vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 656; HÄNNI/STÖCKLI, N 60).

¹⁵⁹ Zum Terminus «Eingriff» eingehend BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 14 ff.; SCHEFER, 26 ff.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 2.

¹⁶⁰ BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135 f. (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BGE 125 I 182 E. 5b S. 198 f.; vgl. Wyss, 64.

erheblich erschweren.¹⁶¹ Kausalabgaben können nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit verstossen, wenn sie das Kostendeckungsprinzip beachten.¹⁶²

Nach dieser Rechtsprechung stellt die Erhebung einer das Kostendeckungsprinzip beachtenden Vorzugslast, wie sie hier vorliegt (vgl. 3/B.II.3.b.i *supra*), mithin von vornherein keinen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Selbst wenn eine weniger apodiktische Perspektive eingenommen würde, führte die Erhebung von Kausalabgaben für bauliche und betriebliche Massnahmen noch nicht dazu, dass die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit nicht mehr in ökonomisch vernünftiger Weise ausgeübt werden könnte. Eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit (und allenfalls auch der Eigentumsgarantie, vgl. 3/F.II. *infra*) könnte jedoch erst dann erfolgreich geltend gemacht werden, wenn die Abgabehöhe anders als im vorliegenden Fall eine prohibitive Wirkung entfaltetete.¹⁶³

III. Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten¹⁶⁴

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten beinhaltet ein prinzipielles Verbot

wettbewerbsverzerrender Massnahmen, welche einzelne Konkurrenten bevorzugen bzw. benachteiligen sollen oder faktisch diese Auswirkung haben.¹⁶⁵ Dabei ist ein strengerer Massstab als im Rahmen des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 Abs. 1 BV anzulegen, sodass auch Unterscheidungen, für die grundsätzlich ernsthafte sachliche Gründe bestehen, aufgrund ihrer wettbewerbsverzerrenden Wirkung eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit darstellen können.¹⁶⁶ Allerdings gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten nicht absolut und schliesst gewisse haltbare, verhältnismässige Unterscheidungen aus gewichtigen öffentlichen Interessen sowie systemimmanente Ungleichheiten nicht aus.¹⁶⁷ Im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung ist insbesondere dem Gebot der Vermeidung spürbarer Wettbewerbsverzerrungen Rechnung zu tragen.¹⁶⁸

1. Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten

a. Direkte Konkurrenten

Als direkte Konkurrenten gelten nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts nur Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das glei-

¹⁶¹ BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135 (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BGE 128 I 102 E. 6b S. 110; BGE 125 I 182 E. 5b S. 198 f.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 60 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 11. Unzulässig sind zudem standespolitisch motivierte Gewerbesteuern (BGE 128 I 102 E. 6b S. 110).

¹⁶² BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135 f. (= Pra 99 [2010] Nr. 1); BGE 125 I 182 E. 5b S. 198 f. Unproblematisch sind Kausalabgaben nach dieser Rechtsprechung namentlich dann, wenn sie auf die Kunden überwälzt werden können (BGE 135 I 130 E. 4.2 S. 135 f. [= Pra 99 (2010) Nr. 1]). Ob dies im vorliegenden Fall möglich wäre, erscheint fraglich (vgl. Fn. 217 *infra*).

¹⁶³ Vgl. zu den relativ hohen Anforderungen an die Eingriffsintensität bei Verkürzungen des Anspruchs auf freie Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit BGE 136 I 29 E. 3.2 S. 32 (Passivrauchen BE); BGE 133 I 110 E. 7.4 S. 126 (Passivrauchen GE). Entsprechend hohe Anforderungen gelten bzgl. der Annahme eines Eingriffs in die Eigentumsgarantie durch Fiskalmassnahmen (3/F.II *infra*).

¹⁶⁴ Von einem «Eingriff» in den Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung zu sprechen, wäre nicht falsch, da selbst das Bundesgericht diesen Begriff im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten verwendet (vgl. BGE 140 I 218 E. 6.5 S. 231 [= Pra 104 (2015) Nr. 1]); vgl. zudem RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHL-

MANN, § 5 N 41, nach denen der Anspruch auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten nicht eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgleichheitsgebots, sondern einen unmittelbaren Ausfluss der Wirtschaftsfreiheit darstellt). Es ist allerdings nicht zu verkennen, dass das Konzept des Grundrechtseingriffs eng mit der Einschränkung von Freiheitsrechten nach Art. 36 BV zusammenhängt und nur beschränkt auf gleichheitsrechtliche Fragen passt (vgl. Fn. 201 *infra*).

¹⁶⁵ BGE 140 I 218 E. 6.3 S. 229; BGE 138 I 378 E. 6.2.2 S. 386; BGE 125 I 431 E. 4.b/aa S. 435 f.; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 65; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 693.

¹⁶⁶ BGE 140 I 218 E. 6.2 S. 229 (= Pra 104 [2015] Nr. 1); BGE 125 I 431 E. 4.b/aa S. 435 f.; BGE 121 I 129 E. 4d S. 134; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 693; RHINOW/BIAGGINI/SCHMID/UHLMANN, § 5 N 135.

¹⁶⁷ BGE 142 I 162 E. 3.7.3 S. 170; BGE 140 I 218 E. 6.3 S. 229 f.; BGE 125 I 431 E. 4.b/aa S. 436; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 694; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 26 f.; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 43, 137.

¹⁶⁸ BGE 142 I 162 E. 3.7.3 S. 170; BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53; BGE 125 I 431 E. 4.b/aa S. 436; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 27; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 43.

che Bedürfnis zu befriedigen.¹⁶⁹ Zumindest zwischen den im gleichen räumlichen Umfeld liegenden grossen Einkaufszentren besteht ein solches Verhältnis direkter Konkurrenz.

Keine direkten Konkurrenten der grossen Einkaufszentren sind hingegen kleine Detailhändler (z.B. Quartierläden)¹⁷⁰ und grosse Arbeitsstätten. Auch zwischen den sich typischerweise an Zentrums-lagen befindenden Einkaufszentren, welche vom Ausnahmetatbestand von § 22 Abs. 4 GöV-XY erfasst werden, und Einkaufszentren in der Peripherie besteht kaum ein Verhältnis direkter Konkurrenz.¹⁷¹

Zudem lässt sich nach der Rechtsprechung aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten kein Anspruch auf eine interkantonale Rechtsvereinheitlichung ableiten, selbst wenn dadurch gewisse faktische Verkürzungen des Gleichbehandlungsanspruchs in Kauf zu nehmen sind.¹⁷²

169 BGE 142 I 162 E. 3.7.3 S. 170; BGE 132 I 97 E. 2.1 S. 100; BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 436; BGE 121 I 129 E. 3b S. 132; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 695. In der Lehre stösst diese enge Auffassung zum Teil auf Kritik, siehe z.B. BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 66; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 25; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 138 ff. m.w.N.; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 32.

170 Das Bundesgericht hat die Frage, ob unterschiedlich grosse Einkaufszentren, Sportstätten oder Freizeiteinrichtungen als direkte Konkurrenten anzusehen sind, bisher nicht beurteilt. Allerdings äusserte das Bundesgericht in einem Fall (BGE 125 II 129 E. 10 S. 149 ff.), in dem einem Einkaufszentrum mit grosser Verkaufsfläche und Parkhalle die Pflicht zur Erhebung einer Gebühr für Kundenparkplätze auferlegt wurde, Bedenken, ob dieses grosse Einkaufszentrum als direkter Konkurrent der weiteren Einkaufsgeschäfte im betreffenden Ort anzusehen sei, konnte die Frage aber offen lassen.

171 Eine abweichende Auffassung wäre an dieser Stelle vertretbar. In diesem Falle beanspruchen die Ausführungen zur Ausnahme bereits gut erschlossener Einrichtungen (vgl. 3/D.III.3 *infra*) auch unter dem Titel der Wirtschaftsfreiheit Geltung. Aufgrund des strengeren Massstabs bei wettbewerbsrelevanten Massnahmen dürfte § 22 Abs. 4 GöV-XY umso mehr eine Verletzung des gleichheitsrechtlichen Anspruchs darstellen.

172 BGer 2C_1017/2011 (08.05.2012) E. 6. Ohnehin dürfte nur in Einzelfällen ein Verhältnis direkter Konkurrenz zwischen einem Einkaufszentrum im Kanton XY und einem anderen Einkaufszentrum in einem Nachbarkanton bestehen, da die bundesgerichtliche Rechtsprechung den Kreis der direkten Konkurrenzen äusserst eng zieht (vgl. 3/C.I.III.1.a *supra*).

b. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung der direkten Konkurrenten kommt in zweierlei Hinsicht in Betracht. Erstens unterstehen neue Anlagen einer Abgabepflicht für bauliche und betriebliche Massnahmen, während bestehende Anlagen nur für betriebliche Massnahmen abgabepflichtig sind. Zweitens führt die Formulierung von Schwellenwerten in § 22 Abs. 2 lit. a GöV-XY dazu, dass zwei Einkaufszentren von annähernd identischer Grösse von einem ganz unterschiedlichen Abgaberegime betroffen sein können. In beiden Fällen resultieren aufgrund der unterschiedlichen Belastung mit öffentlichen Abgaben gewisse Verzerrungen in der Kostenstruktur der Unternehmen.¹⁷³

2. Grundsatzkonformität

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit bzw. eine Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten müssen nebst den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 BV zusätzlich die speziellen Voraussetzungen von Art. 94 BV, welcher die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für eine Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs verankert,¹⁷⁴ erfüllen.¹⁷⁵ Dazu ist zuerst zu prüfen, ob es sich um einen grundsatzkonformen oder einen grundsatzwidrigen Eingriff handelt, ob die Massnahme also den freien Wettbewerb, basierend auf dem Prinzip von Angebot und Nachfrage, nicht verzerrt.¹⁷⁶ Während grundsatzkonforme Eingriffe sich

173 Unterschiedliche fiskalische Belastungen können nach herrschender Auffassung eine Verkürzung des Anspruchs auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten darstellen (BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291; BGer 2C_139/2009 [13.08.2009] E. 10.3; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 33).

174 BGE 143 I 403 E. 5.2 S. 407; BGE 142 I 162 E. 3.2.1 S. 165; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 623.

175 BGE 143 I 403 E. 5.6 S. 411 ff.; HÄNNI/STÖCKLI, N 63.

176 BGE 138 I 378 E. 9 S. 398 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 657. Anstelle des Begriffspaars grundsatzkonform/grundsatzwidrig finden sich auch die Termini systemkonform/systemwidrig, nicht wettbewerbsverzerrend/wettbewerbsverzerrend, wirtschaftspolizeilich/wirtschaftspolitisch (vgl. HÄNNI/STÖCKLI, N 63). Allerdings können aus diesen Begriffen Missverständnisse entstehen, da die Wirtschaftsfreiheit keine grundrechtliche «Systemgarantie» enthält (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 88) und nicht jede wirtschaftspolitische Mass-

gemäss Art. 36 BV rechtfertigen lassen, unterstehen «Abweichungen» vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit einem Verfassungsvorbehalt (Art. 94 Abs. 4 BV).¹⁷⁷ Bei der Beurteilung der Systemkonformität ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vorranglich auf das objektive Eingriffsmotiv abzustellen,¹⁷⁸ während ein gewichtiger Teil der Lehre auch eine Berücksichtigung der Auswirkungen auf den freien Wettbewerb verlangt.¹⁷⁹

Als grundsatzwidrig gelten namentlich wirtschafts- oder standespolitische Massnahmen, welche den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbezweige oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, das Wirtschaftsleben nach einem festen Plan zu lenken oder in anderer Weise den Mechanismus von Angebot und Nachfrage ausser Kraft zu setzen.¹⁸⁰

Grundsatzkonform sind in der Regel polizeilich, sozialpolitisch, raumplanerisch oder umweltpoli-

tisch motivierte Eingriffe.¹⁸¹ Sie bedürfen keiner Grundlage in der Verfassung selber und sind zulässig, wenn sie die Anforderungen des Art. 36 BV erfüllen und direkte Konkurrenten gleich behandeln.¹⁸²

In casu bezweckt der Gesetzgeber des Kantons XY keine Beeinflussung des Wettbewerbs, sondern er will eine Überwälzung von Kosten im Sinne des Rechtsgleichheitsgebots sicherstellen¹⁸³ und zudem das raumplanerische Anliegen, die Errichtung verkehrsintensiver Bauten an bereits gut erschlossenen Lagen zu fördern, verwirklichen. Damit verfolgt er grundsatzkonforme Motive.¹⁸⁴

3. Rechtfertigung entsprechend Art. 36 BV¹⁸⁵

a. Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV)¹⁸⁶

Der Kerngehalt ist der absolut geschützte, notstandsfeste und unantastbare Bereich eines Grund-

nahme eine Wirtschaftslenkung beabsichtigt (vgl. BIAGGINI, ius.full 2003, 10).

177 BGer 2C_940/2010 (17.05.2011) E. 3.1; HÄNNI/STÖCKLI, N 63. Zu entsprechenden Normen, welche zur Abweichung ermächtigen, HÄNNI/STÖCKLI, N 64.

178 BGE 143 I 403 E. 5.2 S. 407, E. 5.4 S. 408 ff.; BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53; BGE 125 I 431 E. 4c S. 436 f.; ebenso KIENER/KÄLIN, 373 ff.; vgl. REICH, N 807–816, 862, 865 (objektiver Regelungszweck massgebend; allfällige besonders gewichtige Einwirkungen auf den Wettbewerb erfordern aber bei Art. 36 Abs. 3 BV ein entsprechend bedeutsames öffentliches Interesse). Grundsatzwidrig könnte eine von einem grundsatzkonformen Motiv getragene Massnahme nach neuerer Auffassung immerhin dann werden, wenn sie extrem einschneidende Auswirkungen auf den Wettbewerb entfaltet (BGE 143 I 403 E. 5.4.3 S. 409 ff. gl.M. wohl KIENER/KÄLIN, 374 f.). Bloss nebensächliche Reflexwirkungen auf den Wettbewerb führen allerdings noch nicht zur Grundsatzwidrigkeit einer Massnahme (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.1; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 94).

179 BIAGGINI, ius.full 2003, 10; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 659. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 92 ff. stellen sogar vordringlich auf das Ausmass der Wettbewerbsverzerrung ab. Bei der Prüfung der Wettbewerbsneutralität ist auch allfälligen besonderen Eingriffsinteressen an einer den Wettbewerb eigentlich beeinträchtigenden Massnahme Rechnung zu tragen (BIAGGINI, ius.full 2003, 10).

180 BGE 143 I 403 E. 5.2 S. 407 f.; BGE 130 II 87 E. 3 S. 92; BGE 130 I 26 E. 4.5 S. 43; BGE 125 I 267 E. 2b S. 269; BGE 123 I 12 E. 2a S. 15; BGE 105 Ia 67 E. 4b S. 71 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 658; KIENER/KÄLIN, 374.

181 BGE 130 II 87 E. 3 S. 92; BGE 130 I 26 E. 4.5 S. 43; BGE 125 I 267 E. 2b S. 269; BGE 123 I 12 E. 2a S. 15; BGE 105 Ia 67 E. 4b S. 71 f.; KIENER/KÄLIN, 373 ff.

182 BGE 130 II 87 E. 3 S. 92; BGE 130 I 26 E. 4.5 S. 43; BGE 125 I 267 E. 2b S. 269; BGE 123 I 12 E. 2a S. 15; BGE 105 Ia 67 E. 4b S. 71 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 668.

183 Demgegenüber wäre nach herrschender Auffassung eine rein fiskalisch motivierte Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit unzulässig (BGE 128 I 3 E. 3a S. 10; KIENER/KÄLIN, 381; krit. BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 61).

184 Cave: Ein leider immer wieder vorkommender (Flüchtigkeits-)Fehler besteht darin, bereits hier zum Schluss zu gelangen, die staatliche Massnahme sei zulässig. Auch eine grundsatzkonforme Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit muss den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen. Daher empfiehlt sich prüfungstaktisch das vorgängige Erstellen einer genauen Disposition.

185 Wie beim allgemeinen Rechtsgleichheitsgebot (vgl. Fn. 201 *infra*) sollte nach der hier vertretenen Auffassung von einer unmittelbaren Anwendung von Art. 36 BV auf nicht-freiheitsrechtliche Ansprüche abgesehen werden, was jedoch einer entsprechenden Berücksichtigung der Kriterien nicht entgegensteht (ähnlich wohl BGE 142 I 162 E. 3.2.2 S. 165; BGE 125 I 431 E. 4b/aa S. 436). Demgegenüber scheinen einzelne Bundesgerichtsentscheide (vgl. insb. BGE 140 I 218 E. 6.4 ff. S. 230 ff. [= Pra 104 (2015) Nr. 1]) sowie gewisse Stimmen in der Lehre (vgl. REICH, N 972; SGK BV-VALLENDER, N 34) ohne weiteres von der Anwendbarkeit von Art. 36 BV auf sämtliche aus Art. 27 fliessenden Ansprüche auszugehen.

186 Für eine Prüfung des Kerngehalts an erster Stelle und nicht, wie die Struktur von Art. 36 BV eigentlich nahelegt,

rechts.¹⁸⁷ Den Kerngehalt verletzen insbesondere Massnahmen, welche ein Grundrecht seiner Substanz entleeren.¹⁸⁸ Worin der Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit im Einzelnen liegt, ist umstritten.¹⁸⁹ Der individualrechtliche Kern wird am ehesten im Verbot, überhaupt einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, oder im staatlichen Zwang, einen bestimmten Beruf zu ergreifen, gesehen.¹⁹⁰ Der institutionelle Kern von Art. 27 BV (bzw. Art. 94 BV) wäre dann verletzt, wenn die Privatrechtsordnung durch Ausschaltung der Privatautonomie geradezu ausgehöhlt würde, ganze Wirtschaftszweige verstaatlicht würden oder der Marktmechanismus eliminiert würde.¹⁹¹ Die Erhebung einer öffentlichen Abgabe für bauliche und betriebliche Massnahmen des öffentlichen Verkehrs, welche einen bei den Pflichtigen anfallenden wirtschaftlichen Sondervorteil ausgleichen soll, tastet diese Kerngehalte der Wirtschaftsfreiheit in keiner Weise an.

b. Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

Eine Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten ist nur zulässig, wenn sie sich auf einen hinreichend bestimmten Rechtssatz einer ausreichenden Normstufe stützt.¹⁹² Mit § 22 GöV-XY liegt ein formelles Gesetz vor.¹⁹³

an vierter Position, spricht das in der Lehre vorgebrachte Argument, das Wesen des Kerngehalts verbiete eine Abwägung gegen jegliche Art von Eingriffsinteresse (BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 61; vgl. für einen flexiblen Aufbau nach prozessökonomischen Gesichtspunkten SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 13; TSCHANNEN, § 7 N 115).

187 KIENER/KÄLIN, 126; OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 N 24; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 45; TSCHANNEN, § 7 N 113 ff.

188 TSCHANNEN, § 7 N 113.

189 Vgl. BGE 136 I 17 E. 4.5 S. 28; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 54 (Kerngehalt «kaum von Bedeutung»).

190 HÄFELIN/HÄLLER/KELLER/THURNHERR, N 700; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 55; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 29; RHINOW/BIAGGINI/SCHMID/UHLMANN, § 5 N 132; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 57.

191 HÄFELIN/HÄLLER/KELLER/THURNHERR, N 700; BSK BV-UHLMANN, Art. 27 N 55; OFK BV-BIAGGINI, Art. 27 N 29; RHINOW/BIAGGINI/SCHMID/UHLMANN, § 5 N 132 f.; SGK BV-VALLENDER, Art. 27 N 57.

192 BGE 140 I 218 E. 6.5 S. 231 f. (= Pra 104 [2015] Nr. 1); RHINOW/BIAGGINI/SCHMID/UHLMANN, § 5 N 100 ff.; vgl. zu den Anforderungen von Art. 36 Abs. 1 BV im Allgemeinen BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 29 ff.; TSCHANNEN, § 7 N 100.

c. Sachliche Rechtfertigung einer Differenzierung¹⁹⁴

Bereits aus der Feststellung, dass der Gesetzgeber grundsatzkonforme Motive verfolgt, ergibt sich, dass ein öffentliches Interesse besteht, und dieses auch nicht in einer derart unverhältnismässigen Weise verfolgt wird, dass die Massnahme den freien Wettbewerb in systemwidriger Weise verzerren würde. Daher fragt sich nur, ob die vom Gesetzgeber verfolgten Interessen gewichtig genug sind, um die Auswirkungen der Massnahme auf den freien Wettbewerb aufzuwiegen.¹⁹⁵

i. Erfassung nur neuer baulicher Massnahmen

Da die Regelung nur eine Abgabepflicht für nach ihrem Inkrafttreten durchgeführte bauliche Massnahmen vorsieht, profitieren primär bestehende Einrichtungen, was im Hinblick auf die Lastengleichheit im Verhältnis zwischen direkten Konkurrenten nicht unproblematisch ist. Allerdings ist diese intertemporale Ungleichheit in ihren Auswirkungen moderat, wenn berücksichtigt wird, dass sich die einmaligen Kosten für bauliche Massnahmen über viele Jahre hinweg amortisieren lassen. Zudem liegt eine gewisse Ungleichbehandlung in jeder Rechtsänderung.¹⁹⁶ Dies ist zulässig, solange sich die Anpassung des Rechts auf vernünftige sachliche Gründe, namentlich gewandelte Rechtsanschauungen in der Gesellschaft, zu stützen vermag.¹⁹⁷ Die Abgabepflicht für betriebliche Massnahmen trifft

193 Zumindest für die Abgabepflicht der Einkaufszentren wird dieses wohl den Anforderungen des Legalitätsprinzips in seiner Ausprägung nach Art. 127 Abs. 1 BV bzw. Art. 36 Abs. 1 BV genügen (vgl. aber Fn. 107 *supra*).

194 Wird hier nach öffentlichem Interesse und Verhältnismässigkeit aufgeschlüsselt, müssten auch fiskalische Interessen und Praktikabilitätsgesichtspunkte als öffentliche Interessen anerkannt werden (in diesem Sinne Oesch, 406; speziell zur Praktikabilität insb. BGE 101 Ia 336 E. 6 f. S. 341 ff.).

195 Die Würdigung der Intensität einer allfälligen Auswirkung auf den Wettbewerb und die Gewichtung der dahinter stehenden öffentlichen Interessen ist stark wertungsabhängig (vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 143 f.).

196 Vgl. für die intertemporale Problematik BGE 130 I 26 E. 6.3.3.3 S. 54 (Zulassungstopf für neue Ärzte).

197 BGE 122 II 113 E. 2b S. 117 f.

ausserdem alte und neue Anlagen gleichermaßen. Damit lässt sich die Regelung in dieser Hinsicht mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung direkter Konkurrenten vereinbaren.

ii. Schwellenwerte nach § 22 Abs. 2 GöV-XY

Für die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung spricht an sich, dass direkte Konkurrenten mit unterschiedlicher Ladenfläche tendenziell auch unterschiedliche Verkehrsaufkommen generieren. Allerdings besteht keine zwingende Korrelation zwischen der Grösse einer Einrichtung und dem Vorliegen von besonderen Massnahmen, welche im Sinne der Rechtsgleichheit die Abschöpfung eines Sondervorteils verlangen.¹⁹⁸ Auf diese Besonderheit kann aufgrund der starren Schwellenwerte von § 22 Abs. 2 GöV-XY nur ungenügend eingegangen werden.¹⁹⁹

Wenngleich also die mit Schwellenwerten verbundenen Ungleichbehandlungen namentlich im Abgaberecht einem Praktikabilitätsinteresse entsprechen, knüpft § 22 Abs. 2 GöV-XY nicht an ein sachlich genügend präzises Kriterium an, welches eine mit der Rechtsgleichheit vereinbare Typisierung ermöglichen würde.²⁰⁰ Es ist weder unumgänglich, die Abgabepflicht (allein) an die Grösse einer Einrichtung zu knüpfen, noch erscheint es einzelnen Bauten und Anlagen zumutbar, im Gegensatz zu ihren direkten Konkurrenten einer ihre Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigenden Abgabepflicht zu unterstehen. Umso mehr wird durch diese Schematisierung das Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen verletzt.

IV. Ergebnis

§ 22 GöV-XY verletzt das Gebot der Gleichbehandlung direkter Konkurrenten nach Art. 27 BV.

¹⁹⁸ Vgl. BGE 100 Ia 89 E. 4b S. 94.

¹⁹⁹ Zur Präzision als Kriterium der Eignung eines Grundrechtseingriffs allgemein SCHEFER, 83.

²⁰⁰ Zu den Massstäben OESCH, 397 f., 405 ff. Selbst wenn ein grösseres Einkaufszentrum prinzipiell besser in der Lage sein mag, einen gewichtigen finanziellen Beitrag an Erschliessungsanlagen zu leisten, ändert dies nichts daran, dass auch kleinere Anlagen ihren Mitteln entsprechend beitragen könnten.

D. Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV)²⁰¹

I. Schutzbereich

1. Sachlicher Schutzbereich

Der allgemeine Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV verlangt keine absolute, sondern nur eine relative Gleich- bzw. Ungleichbehandlung nach vernünftigen, sachlichen Kriterien.²⁰² Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich (Gleichbehandlungsgebot), Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln (Differenzierungsgebot).²⁰³ Ein Erlass²⁰⁴ verletzt das Gebot der Rechtsgleichheit, wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder

²⁰¹ In der Lehre ist umstritten, inwiefern der prinzipiell auf Freiheitsrechte zugeschnittene Art. 36 BV auch auf die Beeinträchtigung des Rechtsgleichheitsgebots Anwendung finden soll. Während manche Autoren ihm die Anwendbarkeit prinzipiell absprechen (BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 32 ff.; KIENER/KÄLIN, 415), gehen andere von seiner (modifizierten) Anwendbarkeit aus (OFK BV-BIAGGINI, Art. 36 N 4; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, N 1192; SCHEFER, 9 f.; WIEDERKEHR, AJP 2008, 394). Des Weiteren findet sich die Auffassung, Art. 36 BV sei nicht anwendbar bei internen Motiven (tatsächliche Gleichheit bzw. Ungleichheit), da hier gar keine Verkürzung des Gleichbehandlungsanspruchs vorliege; eine entsprechende Anwendung der einzelnen Teilgehalte von Art. 36 BV erscheine jedoch bei der Verfolgung externer Motive (politische Gestaltungs- oder Lenkungsziele) durchaus sinnvoll (eingehend hierzu OESCH, 400 ff.). Vgl. auch die vermittelnde Position von TSCHANNEN, § 7 N 93 ff., der festhält, dass die Ansätze eher in der Begründung denn im Ergebnis divergieren. Nach SCHWEIZER ist Art. 36 BV beim Willkürverbot ungeeignet, bei der Rechtsgleichheit hingegen sinnngemäss (gesetzliche Grundlage, ernsthafte sachliche Gründe) anwendbar (SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 6). Das vorliegend gewählte Schema lehnt sich an die Vorschläge von KIENER/KÄLIN, 415, und SGK BV-SCHWEIZER, Art. 36 N 6, an, und berücksichtigt dabei das Postulat von OESCH, Typisierungen insbesondere am Gebot der Verhältnismässigkeit zu messen (OESCH, 402 ff., insb. 406 f.).

²⁰² BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 31; KIENER/KÄLIN, 414 f.

²⁰³ BGE 137 V 121 E. 5.3 S. 125; BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 5; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 29; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 572; KIENER/KÄLIN, 414.

²⁰⁴ Art. 8 Abs. 1 BV beansprucht sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung Geltung (KIENER/KÄLIN, 414; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 23 N 4).

wenn er Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen.²⁰⁵ Die Vergleichbarkeit der Situationen muss nicht generell, sondern immer im Hinblick auf die im Einzelfall rechtserheblichen tatsächlichen Verhältnisse beantwortet werden.²⁰⁶ Bei der Frage, ob vernünftige sachliche Gründe für eine Gleichbehandlung bzw. Differenzierung bestehen, handelt es sich regelmässig um eine von der jeweils herrschenden Auffassung abhängige Wertungsfrage.²⁰⁷ Im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots bleibt dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum.²⁰⁸ Im Kontext der Erhebung einer öffentlichen Abgabe müssen insbesondere die Auswahl (3/D.II *infra*) und die Abgrenzung (3/D.III *infra*) der Pflichtigen²⁰⁹ nach rechtsgleichen Kriterien erfolgen.²¹⁰

205 BGE 138 I 321 E. 3.2 S. 324; BGE 137 V 121 E. 5.3 S. 125; BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 5; BGE 122 I 305 E. 6a S. 313; ebenso KIENER/KÄLIN, 418; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 21; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 23 N 5.

206 BGE 137 V 121 E. 5.3 S. 125; BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 5 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 572; KIENER/KÄLIN, 416 f.

207 BGE 137 V 121 E. 5.3 S. 125; BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 5 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 758 ff.; KIENER/KÄLIN, 417; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 19. Vgl. zur Wertungsabhängigkeit der Kostentragung bei grossen Sportveranstaltungen BGE 135 I 130 E. 6 S. 137 ff. (= Pra 99 [2010] Nr. 1), wo das Bundesgericht erkannte, der Hooliganismus stelle ein besonders gewichtiges Problem dar, welches es rechtfertige, die Veranstalter von Sportevents einem im Vergleich zu anderen grossen Anlässen schärferen Regime der Kostenüberwälzung zu unterstellen.

208 Zur Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Prüfung von kantonalen Erlassen aus föderalistischen und demokratischen Gründen insbesondere auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, N 762 ff. und illustrativ der abgaberechtliche Fall BGE 106 Ia 241, in welchem ebenfalls eine Ungleichbehandlung alter und neuer Bauten zu würdigen war. Vgl. hierzu allgemein auch BGE 141 I 124 E. 3.2 S. 126 f.; BGE 137 V 121 E. 5.3 S. 125; BGE 136 I 1 E. 4.1 S. 6; BGE 125 I 431 E. 4e/aa S. 439; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 576.

209 Wenn sich die vorliegende Fallbeurteilung auf die Situation der Einkaufszentren konzentriert, geschieht dies zur Vermeidung von Redundanzen, weil die Argumentation *mutatis mutandis* auch für die in § 22 Abs. 2 GöV-XY ebenfalls namentlich erfassten Fachmarktzentren, Sportstätten und Freizeiteinrichtungen Geltung beansprucht. Der *IV Shopping Centers* könnte jedoch im Einzelnen jede potenzielle Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots rügen, auch wenn sich diese nicht zum Nachteil der Einkaufszentren auswirkt (vgl. Fn. 110 *supra*).

2. Persönlicher Schutzbereich

Art. 8 Abs. 1 BV schützt natürliche und juristische Personen und grundsätzlich²¹¹ unabhängig von deren Staatsangehörigkeit bzw. Sitz.²¹² Somit können sich auch die Mitglieder des *IV Shopping Centers* auf die Rechtsgleichheit berufen.

II. Auswahl des Kreises der Abgabepflichtigen

Werden die Kosten für die Vornahme besonderer Massnahmen im öffentlichen Verkehr in Abweichung vom Gemeinlastprinzip nur einzelnen natürlichen oder juristischen Personen auferlegt, stellt sich die Frage, ob diese Ungleichbehandlung gegenüber der Allgemeinheit vor Art. 8 Abs. 1 BV standhält.²¹³

1. Vergleichbare Sachverhalte

Zwar ist nicht zu verkennen, dass die Errichtung einer konkreten Baute oder Anlage den Anlass zu bestimmten Verkehrsmassnahmen geben mag. Entscheidend ist aber, dass der öffentliche Verkehr definitionsgemäss für die Allgemeinheit angeboten wird. Vergleichbare Sachverhalte liegen damit vor.²¹⁴

210 Vgl. zu diesen beiden Gesichtspunkten die Rechtsprechung und Lehre zum Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung bei der Erhebung von Kostenanlastungssteuern: BGE 124 I 289 E. 3b S. 292 (ähnlich schon BGE 122 I 305 E. 6b S. 314); SGK BV-VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 N 44.

211 Zu den Ausnahmen KIENER/KÄLIN, 416 f.

212 KIENER/KÄLIN, 413 f.; SGK BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 16 f.

213 Vgl. auch die Kasuistik bei HUNGERBÜHLER, ZBl 2003, 527 ff.

214 Prinzipiell liesse sich zwar auch argumentieren, die Sachverhalte seien nicht vergleichbar, da die abgabepflichtigen Bauten und Anlagen einen Sondervorteil aus den Infrastrukturmassnahmen des Gemeinwesens ziehen. Das vorliegende Vorgehen beruht allerdings auf der Überlegung, dass aufgrund des Legalitätsprinzips im Abgaberecht (vgl. 3/B *supra*) nur dann eine Kostenüberwälzung stattfindet, wenn die Abweichung vom Gemeinlastprinzip vom Gesetzgeber vorgesehen wurde. Dabei bleibt ihm ein erheblicher Spielraum (vgl. 3/D.I.1 *supra*). Somit erscheint das Gemeinlastprinzip faktisch und rechtlich als Ausgangspunkt, eine Kostenüberwälzung an besonders profitierende Abgabesubjekte als rechtfertigungsbedürftige Abweichung. Vgl. für die parallele Frage der Kostenanlastungssteuer als Abweichung vom Grundsatz der Allgemeinheit der Besteuerung BGE 124 I 289 E. 2b S. 292.

2. Ungleichbehandlung

Die Erhebung einer Kausalabgabe für Verkehrsmassnahmen von einzelnen Rechtsunterworfenen behandelt diese ungleich.

3. Gesetzliche Grundlage

§ 22 GöV-XY stellt selbst die formell-gesetzliche Grundlage dar, auf welche sich die Ungleichbehandlung stützt.

4. Rechtfertigung durch sachliche Gründe

Die Überwälzung der Auslagen des Gemeinwesens auf einzelne Pflichtige mittels Vorzugslast liesse sich dann rechtfertigen, wenn die Auslagen des Gemeinwesens ausscheidbar und individuell zurechenbar wären und die Möglichkeit bestünde, einen besonderen wirtschaftlichen Nutzen aus der Einrichtung im Interesse der Allgemeinheit zu ziehen.²¹⁵

a. Ausscheidbarkeit und Zurechenbarkeit

Wie bereits im Rahmen des Kostendeckungsprinzips erörtert, sind die entstehenden Kosten ausscheidbar und zurechenbar (3/B.II.3.b.i *supra*).

b. Sondervorteil bei den Abgabepflichtigen

Sofern die in § 22 GöV-XY vorgesehene öffentliche Abgabe als Vorzugslast qualifiziert wird, müssten die Abgabepflichtigen schliesslich einen nachweisbaren wirtschaftlichen Sondervorteil aus der öffentlichen Einrichtung ziehen.²¹⁶ Es ist nicht zu verkennen, dass sich die kommerziellen Aussichten der abgabepflichtigen verkehrintensiven Bauten und Anlagen durch eine gute Erschliessung typischerweise verbessern.²¹⁷ Namentlich aufgrund der Mög-

lichkeit, nur einen Teil der Kosten zu überwälzen (vgl. § 22 Abs. 1 GöV-XY: «ganz oder teilweise»), erscheint eine verfassungskonforme Anwendung des Erlasses prinzipiell nicht ausgeschlossen.²¹⁸

5. Zwischenergebnis

Eine Abweichung vom Gemeinlastprinzip ist demzufolge mit Art. 8 Abs. 1 BV vereinbar.

III. Abgrenzung des Kreises der Abgabepflichtigen

Aus dem Gebot der Rechtsgleichheit ergibt sich des Weiteren, dass der Kreis der Abgabepflichtigen nach vertretbaren sachlichen Gründen auszugestaltet ist. Abgabepflichtig sind vorliegend grundsätzlich «Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen» (§ 22 Abs. 1 GöV-XY), namentlich die in § 22 Abs. 2 GöV-XY genannten. Hinsichtlich der direkten Konkurrenten stellt der aus Art. 27 BV abgeleitete Gleichbehandlungsanspruch eine *lex specialis* dar (vgl. hierzu 3/C.III *supra*). Im Lichte von Art. 8 Abs. 1 BV ist somit nur die Abgrenzung gegenüber anderen besonderen Gruppen von Abgabepflichtigen zu prüfen.

leuchtung in der Nähe ihres Hauses); BGE 131 I 1 E. 4.4 S. 8 ff. (Grundeigentümer ziehen keinen Sondervorteil aus dem Unterhalt des öffentlichen Wegnetzes).

Selbstverständlich haben letztlich auch die Besucherinnen der abgabepflichtigen Bauten und Anlagen ein Interesse daran, diese aufzusuchen und dort ihre Einkäufe zu tätigen oder ihre Freizeit zu verbringen. Aufgrund des grossen preislichen Drucks im Detailhandel wird es den Abgabepflichtigen zudem kaum möglich sein, die von ihnen erhobenen Kosten auf ihre Kundinnen zu überwälzen, sodass sie selbst die Last werden tragen müssen. Schliesslich tragen die verkehrintensiven Bauten und Anlagen über ihre Steuern ohnehin schon zur Finanzierung des Verkehrsnetzes bei (vgl. BGE 131 I 1 E. 4.4 S. 8 ff.). Ob die Regelung des Kantons XY (namentlich bzgl. betrieblicher Massnahmen) vor diesem Hintergrund ökonomisch sinnvoll ist, stellt indessen nicht eine im Wege der Rechtskontrolle zu beurteilende Frage dar (vgl. BGE 139 II 460 E. 2.3 S. 463 f.).

218 Gerade bei einer angespannten Finanzlage in einem Kanton zeigt das Bundesgericht sich tendenziell zurückhaltend bei der Kontrolle kantonaler Erlasse (vgl. BGE 130 I 113 E. 2.5 S. 118 f.).

215 Die Kriterien lehnen sich an BGE 131 I 313 E. 3.5 S. 318 f. (m.w.N.) an. Vgl. für das Anknüpfen an Durchschnittsmassstäbe bzgl. Sondervorteil BGE 98 Ia 169 E. 3 S. 172 (Ausbau einer Geschäftsstrasse).

216 BGE 131 I 313 E. 3.5 S. 318 f. Wird in casu von einer Verwaltungsgebühr ausgegangen, müsste diskutiert werden, inwiefern die Abgabepflichtigen als Verursacher der amtlichen Handlung zu sehen sind. Eine (Mit-)Verursachung ist sicher anzunehmen; im Übrigen lässt sich obige Argumentation auch im Lichte des Verursacherprinzips führen.

217 Vgl. hingegen BGE 131 I 313 E. 3.5 S. 319 (Grundeigentümer ziehen keinen Sondervorteil aus der Strassenbe-

1. Ausnahme für grosse Arbeitsstätten

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen Arbeitsstätten mit mehr als 500 Arbeitsplätzen nicht von der Abgabepflicht nach § 22 GöV-XY erfasst sein. Fraglich ist, ob sich diese Differenzierung mit dem Gebot der Rechtsgleichheit vereinbaren lässt.²¹⁹

a. Vergleichbare Sachverhalte

In casu liegt der massgebliche Anknüpfungspunkt der Kostenüberwälzung in der Generierung eines grossen Verkehrsaufkommens. Ein solches kann sowohl durch Bauten und Anlagen, wie sie in der exemplarischen Aufzählung von § 22 Abs. 2 GöV-XY genannt sind, als auch durch grosse Arbeitsstätten verursacht werden. Somit liegt Gleichheit hinsichtlich des im konkreten Fall massgebenden Gesichtspunkts vor.²²⁰

b. Ungleichbehandlung

Die grossen Arbeitsstätten werden durch die Befreiung von der Abgabepflicht ungleich behandelt.

c. Gesetzliche Grundlage

§ 22 GöV-XY stellt selbst die gesetzliche Grundlage dar, auf welche sich die Ungleichbehandlung stützt.

d. Rechtfertigung durch sachliche Gründe

Die Ausnahme für grosse Arbeitsstätten müsste sich auf vernünftige sachliche Gründe stützen können.

²¹⁹ Dem historisch-subjektiven Auslegungselement, welches auf den Willen des Gesetzgebers abstellt, kommt bei neueren Erlassen wie dem vorliegend zu erörternden § 22 GöV-XY ein verstärktes Gewicht zu (BGE 131 I 74 E. 4.2 S. 81; BGE 112 Ia 97 E. 6c S. 104; vgl. TSCHANNEN, § 4 N 27).

²²⁰ Die pauschale Ausnahme grosser Arbeitsstätten lässt sich nicht auf den Katalog der UVPV stützen (vgl. allgemein Fn. 3 *supra*). Dieser erfasst auch bestimmte grosse Arbeitsstätten, welche typischerweise besonders gewichtige Auswirkungen auf die Umwelt zeitigen (z.B. Aluminiumhütten, Stahlwerke sowie Sprengstoff- und Munitionsfabriken). Die Problematik der Umweltverträglichkeit dieser Bauten und Anlagen ist jedoch nicht nur auf deren verkehrstechnische Auswirkungen, sondern insbesondere auch auf deren Schadstoffemissionen und Gefährdungspotenzial zurückzuführen. Demgegenüber erschöpft sich der Anknüpfungspunkt von § 22 GöV-XY in der Auswirkung einer Baute oder Anlage auf die lokale Verkehrssituation.

In Betracht kommt erstens das in der parlamentarischen Debatte genannte Ziel der Wirtschaftsförderung. Dieses Argument erscheint zwar insoweit schlüssig, als die Auferlegung von Erschliessungskosten die Ansiedlung und Entwicklung von Unternehmen erschweren dürfte. Allerdings leisten namentlich auch grosse Einkaufszentren einen bedeutenden Beitrag zur kantonalen Wertschöpfung und bieten regelmässig viele Arbeitsplätze an, und auch ihre Ansiedlung wird durch eine Abgabepflicht wesentlich erschwert. Das erste im Parlament vorgebrachte Argument vermag damit keine Differenzierung zu rechtfertigen.

Zweitens wurde die Ausnahme für grosse Arbeitsstätten in der parlamentarischen Debatte mit praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung dieser Unternehmen begründet. Lebensnah kann jedoch angenommen werden, dass die Identifikation dieser Betriebe einer modernen kantonalen Verwaltung nicht oder nicht wesentlich mehr Aufwand als die Ermittlung der von § 22 Abs. 2 GöV-XY genannten Einrichtungen bereitet.

e. Ergebnis

Die Ausnahme von grossen Arbeitsstätten lässt sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen und verletzt somit das Gleichbehandlungsgebot nach Art. 8 Abs. 1 BV.

2. Erfassung nur grosser Verkehrsverursacher²²¹

Zu prüfen ist ferner, inwiefern die Erfassung nur grosser Verkehrsverursacher, wie sie § 22 GöV-XY vorsieht, mit der Rechtsgleichheit vereinbar ist.²²²

²²¹ Abhängig davon, wie viel Gestaltungsspielraum dem kantonalen Gesetzgeber eingeräumt wird, kann an dieser Stelle auch eine andere Auffassung vertreten werden. Allerdings stellt sich dann die Frage, wie viel Schutz die Rechtsgleichheitsgarantie von Art. 8 Abs. 1 BV praktisch noch bietet.

²²² Im Übrigen müsste die Regelung nicht nur theoretisch, sondern auch in der Realität rechtsgleich sein. Erweist sich also beispielsweise, dass aufgrund der konkreten Ausgestaltung der Bestimmung nicht nur vorwiegend, sondern ausschliesslich grosse Einkaufszentren abgabepflichtig sind, weil gar keine Fachmarktzentren, Sportstätten und Freizeiteinrichtungen der nach § 22 GöV-XY abgabepflichtigen Grösse existieren, wäre dies umso weniger mit der Rechtsgleichheit kompatibel.

a. Vergleichbare Sachverhalte

Im Vergleich von grossen Einkaufszentren zu kleinen Bauten und Anlagen wie Quartierläden liess sich vorbringen, dass letztere von vornherein kaum ein erhöhtes Verkehrsaufkommen nach sich ziehen, es mithin an der Vergleichbarkeit fehlt. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass auch andere Einrichtungen wie namentlich mittelgrosse Einkaufszentren unterhalb der Schwelle von § 22 Abs. 2 lit. a GöV-XY, die nicht in einem direkten Konkurrenzverhältnis zu den abgabepflichtigen Bauten stehen, spürbar zum Verkehrsaufkommen beitragen können.

b. Ungleichbehandlung

Wenn nur besonders grosse verkehrsintensive Bauten und Anlagen i.S.v. § 22 GöV-XY abgabepflichtig sind, werden sie gegenüber kleineren Verkehrsverursachern ungleich behandelt.

c. Gesetzliche Grundlage

Eine gesetzliche Grundlage liegt vor (3/D.III.1.c *supra*).

d. Rechtfertigung durch sachliche Gründe

Im Abgaberecht erscheint eine gewisse Typisierung aus Praktikabilitätsgründen unerlässlich.²²³ Gerade «Trittbrettfahrer» in der Nähe eines (neu errichteten) grossen Einkaufszentrums dürften allerdings durch die verbesserte Erschliessung ebenfalls von erheblichen und wertungsmässig vergleichbaren Sondervorteilen profitieren. Die Grösse der Baute, an welche § 22 GöV-XY anknüpft, stellt zwar ein gewichtiges Indiz für die Verkehrsintensität einer Einrichtung dar. Allerdings braucht die Grösse nicht

zwingend mit dem Sondervorteil, welchen diese Baute oder Anlage aus dem öffentlichen Verkehr zieht, zu korrelieren. Art. 22 Abs. 1 und 3 GöV-XY erlauben zwar eine Berücksichtigung eines geringen Sondervorteils über eine Reduktion der Abgabehöhe. Die Bestimmung lässt sich aber insoweit nicht rechtsgleich handhaben, als sie keinen Spielraum lässt, um kleinere Bauten und Anlagen, denen ebenfalls ein abgeltungswürdiger Sondervorteil erwächst, entsprechend beitragen zu lassen.

e. Ergebnis

22 GöV-XY verletzt auch in dieser Hinsicht Art. 8 Abs. 1 BV.

3. Ausnahme bereits gut erschlossener Einrichtungen (§ 22 Abs. 4 GöV-XY)

Gemäss § 22 Abs. 4 GöV-XY sind Bauten und Anlagen, welche in der Spitzenstunde bereits mit mehr als 20 Kurspaaren erschlossen sind und kein Mehrangebot auslösen, von der Beitragspflicht befreit. Auch diese Ausnahme müsste vor dem Gebot der Rechtsgleichheit Stand halten.

a. Vergleichbare Sachverhalte

Fraglich ist zunächst, ob die Sachverhalte überhaupt vergleichbar sind. Tatsächlich besteht eine Ungleichheit hinsichtlich der Frage, ob eine besonders ausgebaute Erschliessung mit mehr als 20 Kurspaaren pro Stunde bereits existiert. Der massgebliche Gesichtspunkt liegt allerdings einzig in der Frage, ob die Baute oder Anlage zu einem besonders grossen Verkehrsaufkommen führt. In dieser Hinsicht ist weitgehend unerheblich, ob die entsprechende öffentliche Verkehrsinfrastruktur schon vorhanden ist oder erst geschaffen werden muss und wie intensiv die bisher existierenden betrieblichen Massnahmen schon waren. Somit liegt Vergleichbarkeit in Bezug auf den massgeblichen Gesichtspunkt vor.²²⁴

Angemerkt sei, dass z.B. die Errichtung einer grossen Wohnüberbauung in der Nähe eines neuen Einkaufszentrums unweigerlich einen gewichtigen Einfluss auf die erforderlichen Verkehrsmassnahmen hat. Selbst wenn eine Beitragspflicht der Bauherrin einer peripheren Wohnüberbauung für die Kosten von baulichen Massnahmen im Sinne der Rechtsgleichheit wünschenswert erschiene, muss dem Gesetzgeber zugestanden werden, Einkaufszentren anders als Wohnsiedlungen zu behandeln. Die Verteilung der Kosten für betriebliche Massnahmen auf einzelne Benutzerinnen kommt mangels Praktikabilität ohnehin nicht in Betracht; im Übrigen bezahlen Individuen über die Billetpreise bereits für die Beförderung.

²²³ OESCH, 176 ff. m.w.N.

²²⁴ Ohnehin mutet es etwas widersprüchlich an, von «Bauten und Anlagen mit grossem Verkehrsaufkommen» (§ 22 Abs. 1 GöV-XY) zu sprechen, die «kein Mehrangebot auslösen» (§ 22 GöV-XY). Selbst an einer gut erschlossenen Zentrumsanlage, an der sich vielleicht aus rein technischen Gründen kein noch grösseres Angebot schaffen lässt, profitieren verkehrsintensive Einrichtungen von einer guten Erschliessung und erfahren so einen Sondervorteil.

b. Ungleichbehandlung

Eine Ungleichbehandlung liegt, wie sich schon aus dem Wortlaut von § 22 Abs. 4 GöV-XY ergibt, vor.

c. Gesetzliche Grundlage

Eine gesetzliche Grundlage liegt vor (3/D.III.1.c *supra*).

d. Rechtfertigung durch sachliche Gründe

Der Ausnahmetatbestand von § 22 Abs. 4 GöV-XY müsste durch vernünftige sachliche Gründe gerechtfertigt sein. In Betracht kommen primär raumplanerische Motive. Das raumplanerische Anliegen, die Zersiedelung der Landschaft durch eine verdichtete Bauweise zu verhindern, liesse sich prinzipiell durch finanzielle Anreize zur Errichtung verkehrintensiver Bauten an bereits gut erschlossenen Standorten fördern. Allerdings erfüllen auch jene Bauten, an deren Standort der Erschliessungsgrad von § 22 Abs. 4 GöV-XY nicht erreicht wird, die einschlägigen bau-, planungs- und umweltrechtlichen Vorgaben. Zudem dürften von der Regelung insbesondere bestehende Anlagen profitieren, während neue Einrichtungen, die typischerweise auf grössere, meist nur in der Peripherie zu findende Baulandflächen angewiesen sind, benachteiligt werden.²²⁵ Damit erscheint die Regelung kaum geeignet, das im öffentlichen Interesse liegende Motiv für eine Differenzierung, nämlich die raumplanerische Lenkungswirkung, zu verwirklichen.²²⁶ Auf jeden Fall vermögen die raumplanerischen Interessen die betroffenen Gleichbehandlungsinteressen nicht aufzuwiegen.

²²⁵ Allerdings ist nicht zu verkennen, dass eine gewisse Ungleichbehandlung mit jeder Rechtsänderung einhergeht. Wenn alle verkehrintensiven Bauten und Anlagen für zukünftige bauliche und jährliche betriebliche Massnahmen dem gleichen Abgaberegime unterstehen, muss dem kantonalen Gesetzgeber zugestanden werden, einer gewandelten Rechtsanschauung Rechnung zu tragen (vgl. hierzu OESCH, 152 f.). Dem Grundsatz der Lastengleichheit würde es hingegen widersprechen, bestehende Anlagen von jeglicher Abgabepflicht auszunehmen (vgl. BGE 125 II 129 E. 10b S. 150 und BGE 118 Ib 26 E. 5d S. 35 für die Verschärfung von Emissionsbegrenzungen).

²²⁶ Vgl. für die Anforderung an Lenkungsgebühren, dass diese auch lenkend wirken müssen, BGE 138 II 111 E. 5.4.5 S. 130 und FRIEDERICH, 141 f.

e. Zwischenergebnis

Auch § 22 Abs. 4 GöV-XY lässt sich nicht mit der Rechtsgleichheit vereinbaren.

IV. Ergebnis

Selbst unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums verstösst die Abgrenzung des Kreises der Abgabepflichtigen gegen das Gebot der Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV).²²⁷

E. Willkürverbot (Art. 9 BV)²²⁸

Das für sämtliche²²⁹ natürlichen und juristischen Personen geltende Willkürverbot garantiert als «letzter Rettungsanker»²³⁰ und Auffanggrundrecht²³¹ ein «Mindestmass an Gerechtigkeit»²³². Kennzeichnend für einen willkürlichen Hoheitsakt sind dessen qualifizierte Unrichtigkeit und offenkundige Fehlerhaftigkeit.²³³ Ein Erlass ist nach ständiger Rechtsprechung willkürlich, «wenn er sich nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist»^{234, 235}.

²²⁷ Ausserdem nimmt § 22 Abs. 1 GöV-XY jene Unternehmen in die Pflicht, welche einen Ausbau der Infrastruktur für den öffentlichen Personen- oder Güterverkehr nach sich ziehen, während der Ausnahmetatbestand lediglich Massnahmen des Personenverkehrs berücksichtigt. Auch diese Asymmetrie erweckt gewisse Bedenken.

²²⁸ Auch beim Willkürverbot ist nach der hier vertretenen Auffassung von einer Anwendung der Schrankenregelung von Art. 36 BV abzugehen, da ein Hoheitsakt entweder jeglicher sachlicher Gründe entbehrt und krass falsch ist oder eben nicht (ebenso KIENER/KÄLIN, 402 f.; SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 14; eingehend TSCHANNEN, N 93, 98 m.w.N.).

²²⁹ Das Willkürverbot schützt alle natürlichen und juristischen Personen unabhängig von Nationalität oder Sitz (KIENER/KÄLIN, 398; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 2; SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 17). Zur Legitimation von Trägern öffentlicher Gewalt OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 2.

²³⁰ OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 4 (Hervorhebung unterdrückt).

²³¹ OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 5; SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 15.

²³² KIENER/KÄLIN, 398.

²³³ KIENER/KÄLIN, 399; ähnlich BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 9 N 7; SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 4.

²³⁴ BGE 132 I 157 E. 4.1 S. 163; BGE 131 I 313 E. 3.2 S. 316; BGE 131 I 1 E. 4.2 S. 6.

²³⁵ Für die Lehre BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 9 N 8; KIENER/KÄLIN, 399 f.; OFK BV-BIAGGINI, Art. 9 N 7.

Gegen eine willkürliche Abgabehöhe schützt das Willkürverbot in Verbindung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip in der Gestalt des abgaberechtlichen Äquivalenzprinzips (vgl. 3/B.II.3.b.ii *supra*). Dieses mag vorliegend nur einen beschränkten Erkenntniswert haben, kann abstrakt aber umso weniger als verletzt betrachtet werden, als die Möglichkeit einer bloss teilweisen Kostenüberwälzung genügend Raum für eine vertretbare Abgabehöhe lässt.

Die Auswahl des Kreises der Abgabepflichtigen wurde bereits vor dem Hintergrund des Rechtsgleichheitsgebots geprüft (3/D.II *supra*).²³⁶ Da ein Sondervorteil der Abgabepflichtigen besteht, stützt sich die Kostenauflegung auf vernünftige sachliche Gründe.

Das Willkürverbot ist somit nicht verletzt.

F. Weitere Grundrechte²³⁷

I. Treu und Glauben (Art. 9 BV)

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) steht Rechtsänderungen prinzipiell nicht entgegen.²³⁸ Nur unter besonderen Voraussetzungen, namentlich im Zusammenhang mit dem Rückwirkungsverbot²³⁹ oder wohlerworbenen Rechten²⁴⁰, sind der jederzeitigen Zulässigkeit von Rechtsänderungen Grenzen gesetzt. In casu ist weder eine solche besondere Konstellation ersichtlich, noch wird bestehenden Einrichtungen aufgrund der Einführung einer Abgabepflicht für betriebliche Massnahmen verunmöglicht, ihre Investitionen angemessen

²³⁶ Das Rechtsgleichheitsgebot findet dann Anwendung, wenn mehrere Sachverhalte miteinander verglichen werden, während das Willkürverbot einen Hoheitsakt für sich betrachtet (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 23 N 21). Wenn also vorliegend geprüft wird, ob ein vernünftiger sachlicher Grund für eine Abweichung vom Gemeinlastprinzip besteht, wird die Lage der Abgabepflichtigen mit jener der Allgemeinheit verglichen, was primär eine Frage der Rechtsgleichheit darstellt (vgl. für eine analoge Konstellation BGE 131 I 313 E. 3.5 f. S. 318 ff.).

²³⁷ Bei der Prüfung dieser Grundrechte genügt eine knapp gehaltene Abhandlung im Urteilsstil, da eine Verletzung klar nicht vorliegt.

²³⁸ SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 56.

²³⁹ BGE 122 II 113 E. 3b/cc S. 123; BGer 2P.149/2003 (13.07.2004) E. 2.1; SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 56.

²⁴⁰ BGE 139 II 28 E. 2.7.2 S. 34 f.; SGK BV-ROHNER, Art. 9 N 56.

zu amortisieren. Im Übrigen könnte allfälligen Härten auch noch über die Bemessung der Abgabe Rechnung getragen werden. Daher handelt es sich vorliegend um eine im Hinblick auf den Vertrauensschutz unproblematische Rechtsänderung.²⁴¹

II. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)

Die Eigentumsgarantie bietet erst einen Schutz gegen eine konfiskatorische Besteuerung, da das Vermögen als solches nicht vom Schutzbereich der Eigentumsgarantie erfasst ist.²⁴² Eine ernsthafte Gefährdung des Vermögens in seiner Substanz ist in casu nicht ersichtlich.

G. Gesamtergebnis

§ 22 GöV-XY verletzt das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV), den Anspruch auf Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten (Art. 27 BV) sowie das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV). Die Bestimmung ist somit aufzuheben.

Literatur

AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zürich 2016 (zit. PK RPG-BEARBEITERIN)

BUNDESAMT FÜR UMWELT (BAFU)/BUNDESAMT FÜR RAUMENTWICKLUNG (ARE) (Hrsg.), Verkehrsintensive Einrichtungen (VE) im kantonalen Richtplan, Empfehlungen zur Standortplanung, Umwelt-Vollzug Nr. 0605, Bern 2006 (zit. BAFU/ARE-Richtlinien)

²⁴¹ Vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 24 N 13: Die Rechtssicherheit verbietet dem Gesetzgeber lediglich zeitliche Willkür in der Rechtsetzung. Der Vertrauensschutz käme erst dann ins Spiel, wenn einer an sich abgabepflichtigen Anlage unrichtigerweise eine Befreiung von der Abgabepflicht zugesichert und so eine qualifizierte Vertrauensgrundlage geschaffen wurde (hierzu im Einzelnen TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 22 N 10 ff.).

²⁴² BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 21, 39 f.; vgl. zur Bedeutung der Eigentumsgarantie für das Abgaberecht RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 5 N 43 ff.

- BEUSCH MICHAEL, Kapitel 22 – Abgaberecht, in: Biagini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015 (zit. BEUSCH, FHB)
- BEUSCH MICHAEL, Benutzungsgebühren – unter besonderer Berücksichtigung von Lenkungsgebühren, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, 41 ff. (zit. BEUSCH, Benutzungsgebühren)
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl. Zürich 2017 (zit. OFK BV-BIAGGINI)
- BIAGGINI GIOVANNI, Die Wirtschaftsfreiheit und ihre Einschränkungen, ius.full 2003, 2 ff. (zit. BIAGGINI, ius.full 2003)
- EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. SGK BV-BEARBEITERIN)
- EICHBAUM NIKLAUS, Raumplanungs- und umweltrechtliche Problemfelder beim Bau von Einkaufszentren und Fachmärkten, Diss. St.Gallen, Zürich 2008
- FEUZ ROLAND, Materielle Gesetzesbegriffe, Diss. Bern 2002
- FRIEDERICH UELI, Littering-Gebühren, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, S. 125 ff.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016
- HÄNER ISABELLE, Kausalabgaben – Eine Einführung, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, 1 ff.
- HÄNNI PETER/STÖCKLI ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013
- HANGARTNER YVO, Bundesgericht, I. Öffentlichrechtliche Abteilung, 2.6.2006, X. c. *Einwohnergemeinde Sissach, Steuer- und Enteignungsgericht sowie Kantonsgericht Basel-Landschaft* (1A.198/2005), Verwaltungsgerichtsbeschwerde (BGE 132 II 371), AJP 2007, 107 f.
- HUNGERBÜHLER ADRIAN, Grundsätze des Kausalabgabenrechts. Eine Übersicht über die neuere Rechtsprechung und Doktrin, ZBl 2003, 505 ff.
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Bundesgerichtsgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BSK BGG-BEARBEITERIN)
- OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung, Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Habil. Bern 2008
- REICH JOHANNES, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Diss. Basel 2009, Zürich/St.Gallen 2011
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA/THURNHERR DANIEL/BRÜHL-MOSER DENISE, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 3. Aufl., Basel 2014
- RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- SCHEFER MARKUS, Die Beeinträchtigung von Grundrechten, Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006
- STÖCKLI ANDREAS/NEUMANN MATTHIAS/OLSTEIN SIMON, Die Baubewilligung, ius.full 2017, 34 ff.
- TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- UHLMANN FELIX, Kriterien der Bemessung von Kausalabgaben in der Praxis, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, 87 ff.
- WALDMANN BERNHARD, Die Vorzugslast, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Kausalabgaben, Bern 2015, 55 ff.
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITERIN)
- WIEDERKEHR RENÉ, Kausalabgaben, Bern 2015 (zit. WIEDERKEHR, Kausalabgaben)

WIEDERKEHR RENÉ, Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit?, AJP 2008, 394 ff. (zit. WIEDERKEHR, AJP 2008)

WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012 (zit. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. I)

WIEDERKEHR RENÉ/RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band II, Bern 2014 (zit. WIEDERKEHR/RICHLI, Bd. II)

WYSS DANIELA, Kausalabgaben, Diss. Bern, Basel 2009

Aus dem Schulthess Verlag



November 2017
978-3-7255-7612-8
160 Seiten, PrintPlus
CHF 68.00

Juristische Arbeiten erfolgreich schreiben und präsentieren

Wegweiser zu einer optimalen Arbeitstechnik

2. Auflage

Nadine Ryser Büsschi | Stephan Schlegel | Sonja Pflaum

Dieses Buch vermittelt alle wichtigen Kenntnisse und Fähigkeiten, die im JUS-Studium in schriftlichen Arbeiten umgesetzt werden müssen. Denn juristische Fähigkeiten müssen vor allem in schriftlichen Arbeiten angewendet werden. Das nun in der 2. Auflage vorliegende Buch vermittelt übersichtlich und praxisorientiert Kenntnisse darüber, wie juristische Arbeiten verfasst und präsentiert werden. Es verbindet Hinweise zur inhaltlichen und formellen Gestaltung mit Anleitungen für die Arbeit mit dem Computer. Die ersten beiden Teile widmen sich der Recherche, dem Aufbau, den Formalien, der richtigen Zitiertechnik und der Arbeit mit Word. Hinweise für eine erfolgreiche Präsentation mit Powerpoint sind Inhalt der zwei folgenden Teile. Hinzu tritt ein Teil zu Dissertationen. Das Buch richtet sich an Studierende und Doktorierende. Es ist für das Selbststudium ebenso geeignet wie auch als Lehrmittel für Veranstaltungen zur juristischen Arbeitstechnik oder zum Nachschlagen.

Schulthess Juristische Medien AG
Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich
Telefon +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28
service@schulthess.com, www.schulthess.com

Schulthess §