

PROF. DR. IUR. GEORG MÜLLER

em. Ordinarius für Staats- und Verwaltungsrecht  
und Gesetzgebungslehre  
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Universität Zürich

5018 Erlinsbach,  
Sugenreben 10  
Tel. 062 844 38 73  
Fax 062 844 42 04  
E-Mail: georg-mueller@sunrise.ch

PD DR. IUR. STEFAN VOGEL

Privatdozent für Staats- und Verwaltungsrecht  
sowie Verwaltungswissenschaft  
an der Universität Zürich

8117 Fällanden,  
Dübendorfstr. 11c  
E-Mail: stefan\_vogel@bluewin.ch

## **Ergänzungsgutachten betreffend Finanzautonomie der Kantone/ Gleichbehandlung/Lenkungsabgaben**

### **Inhaltsverzeichnis:**

1. Ausgangslage und Fragestellung.....	1
2. Kantonale Finanzautonomie (Frage 1).....	2
2.1. Stellenwert von Art. 47 Abs. 2 BV.....	2
2.2. Finanzautonomie im Besonderen.....	3
2.2.1. Inhalt.....	3
2.2.2. Grenzen.....	3
2.2.3. Konnex zur Aufgabenautonomie/Kompetenzordnung.....	4
2.3. Fazit.....	5
3. Gleichbehandlung bei der Ausrichtung von Förderbeiträgen (Frage 2).....	5
3.1. Bedeutung der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV).....	5
3.2. Abgaberechtliche Rahmenbedingungen.....	6
4. Kompetenz der Kantone zur Erhebung von Lenkungsabgaben auf Energie (Frage 3).....	7
4.1. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der öffentlichen Abgaben.....	7
4.2. Zuständigkeit zur Erhebung von Lenkungsabgaben auf fossilen Energieträgern.....	8
4.3. Zuständigkeit zur Erhebung von Lenkungsabgaben auf anderen Energieträgern.....	10
5. Zusammenfassung.....	12

### **1. Ausgangslage und Fragestellung**

Mit E-Mails vom 29. Mai 2013 und 4. Juni 2013 beauftragte die Konferenz Kantonalen Energiedirektoren (EnDK) die Unterzeichnenden, als Ergänzung zum Rechtsgutachten vom 21. September 2012 ein weiteres Gutachten zu folgenden Fragen auszuarbeiten:

1. Darf der Bund die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Globalbeiträgen für Gebäudesanierungen so umschreiben, dass die Kantone faktisch zur Mitfinanzierung aus allgemeinen Steuermitteln gezwungen sind? Insbesondere: Stellt der vorliegende Entwurf (Stand 7. Mai 2013) für einen Art. 51 Energiegesetz (neu) sowie einen Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz (geändert) einen unzulässigen Eingriff in die durch Art. 47 Abs. 2 BV gewährleistete Finanzautonomie der Kantone dar?
2. Lässt die Verfassung es zu, dass die Bevölkerung in Kantonen, welche die Voraussetzungen für eine Partizipation an den Globalbeiträgen nicht erfüllen, keine Möglichkeit hat, in den Genuss von Förderbeiträgen für Gebäudesanierungen, die sie über die CO<sub>2</sub>-Abgabe mitfinanzieren, zu kommen?
3. Sind die Kantone befugt, auf Energien Lenkungsabgaben zu erheben, nachdem der Bund bereits die CO<sub>2</sub>-Abgabe und den Netzzuschlag zur Finanzierung der KEV erhebt und gedenkt, diese in eine allgemeine Lenkungsabgabe auf Energien zu überführen?

## 2. Kantonale Finanzautonomie (Frage 1)

### 2.1. Stellenwert von Art. 47 Abs. 2 BV

Gemäss Art. 47 Abs. 1 BV hat der Bund die Eigenständigkeit der Kantone zu wahren. Art. 47 Abs. 2 BV konkretisiert diesen Grundsatz bezüglich Aufgaben, Organisation und Finanzen, ohne gegenüber Abs. 1 „viel normative Substanz“ hinzuzufügen.<sup>1</sup> Abs. 2 wurde im Rahmen der NFA-Vorlage ergänzt. Hinsichtlich Abs. 1 – und damit Art. 47 BV im Generellen – wird nicht ausgeschlossen, dass aus der Bestimmung „gewisse justiziable Komponenten“ abgeleitet werden können.<sup>2</sup> Indem sich Art. 47 BV letztlich als eine Ausprägung des Subsidiaritätsprinzips erweist, dürfte der Norm – wie Art. 43a Abs. 1 BV – allerdings in erster Linie eine politische und lediglich in Teilen eine rechtlich-justiziable Dimension zukommen. Bereits die Botschaft zum NFA lässt erkennen, dass der Bestimmung jedenfalls ein absoluter Kerngehaltsschutz beizumessen ist.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Giovanni Biaggini, Kommentar BV, Zürich 2007, Art. 47 Rz. 6.

<sup>2</sup> Biaggini (Anm. 1), Art. 47 Rz. 5. Vgl. auch *Regula Kägi-Diener*, in: Bernhard Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 47 Rz. 10.

<sup>3</sup> Botschaft NFA, BBl 2002 2461.

## 2.2. Finanzautonomie im Besonderen

### 2.2.1. Inhalt

Die Finanzautonomie umfasst die Möglichkeit zur Generierung von Finanzmitteln, insbesondere durch die Erhebung von Abgaben.<sup>4</sup> Daneben wird auch die Ausgabenseite, also die Frage des Einsatzes der geäußerten Finanzmittel, erfasst und damit eine Schnittstelle zur Aufgaben- und Organisationsautonomie geschaffen.<sup>5</sup> Wo dabei die Grenze genau verläuft, scheint nicht restlos geklärt. Die Botschaft rechnet die Befugnis der Kantone, die Art und Weise ihrer Aufgabenerfüllung sowie den Einsatz ihrer finanziellen Mittel im Wesentlichen selber zu bestimmen, zur Organisationsautonomie.<sup>6</sup> Demgegenüber untergliedert die Lehre die Finanzautonomie z.T. in eine Einnahmen-, Ausgaben- und eine Verwaltungsautonomie.<sup>7</sup> Je nach Betrachtungsweise dürften deshalb durch die geplante Regelung der Finanzierung von Beiträgen für Gebäudesanierungen neben der Finanzautonomie auch die beiden anderen Bereiche betroffen sein, indem durch Art. 51 Entw. EnG und Art. 34 Entw. CO<sub>2</sub>-Gesetz nicht nur das (für selbst gewählte Zwecke verfügbare) Steuersubstrat der Kantone geschmälert, sondern ebenso die Möglichkeit genommen wird, über die Verwendung der eigenen Finanzmittel selbstständig zu entscheiden.

### 2.2.2. Grenzen

Da die Kantone in den Bundesstaat eingebunden sind, kann die Finanzautonomie lediglich eine *relative* sein.<sup>8</sup> Ein begrenzendes Element besteht nicht zuletzt im Instrument des Finanzausgleichs.<sup>9</sup> Dieser ermöglicht und beschränkt die Finanzautonomie gleichermassen. Einerseits soll er gewährleisten, dass alle Kantone über die notwendigen Mittel verfügen, um ihre Aufgaben sachgerecht erfüllen zu können. Andererseits werden die Kantone untereinander zu einer gewissen finanziellen Solidarität verpflichtet. Auch sonst besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Finanzautonomie und der föderalen Aufgabenordnung. Da die Kantone für den Vollzug weiterer Teile des Bundesrechts verantwortlich sind (Art. 46 Abs. 1 BV), hindert Art. 47 BV den Bund insbesondere nicht daran, den Kantonen neue Vollzugsaufgaben zu übertragen, auch wenn

<sup>4</sup> Kägi-Diener (Anm. 2), Rz. 16.

<sup>5</sup> Kägi-Diener (Anm. 2), Rz. 16.

<sup>6</sup> Botschaft NFA, BBl 2002 2460.

<sup>7</sup> Annja Mannhart/Dominic Staible, Finanzautonomie im neuen Finanzausgleich, in: ZBl 2006, S. 23; Markus Reich, Grundzüge der föderalistischen Finanzverfassung, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 76 Rz. 15.

<sup>8</sup> Anna Pippig, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Finanzausgleichs, Diss., Zürich/Basel/Genf 2002, S. 211 f.; Reich (Anm. 7), Rz. 17.

<sup>9</sup> Reich (Anm. 7), Rz. 16.

diese mit zusätzlichen Kosten verbunden sind.<sup>10</sup> Der Umstand allein, dass der Bund den Kantonen in den vorliegend zu prüfenden Normen weitere finanzielle Verpflichtungen auferlegen möchte, verstösst somit (noch) nicht gegen Art. 47 BV, immer vorausgesetzt, dass die Kantone effektiv in der Lage sind, sich über eigene Steuern oder Beiträge aus dem Finanzausgleich zu refinanzieren (vgl. dazu auch aArt. 46 Abs. 3 BV).

### 2.2.3. Konnex zur Aufgabenautonomie/Kompetenzordnung

Die Finanzautonomie bildet Mittel und Voraussetzung zur Verwirklichung der staatsrechtlichen (primär aufgabenbezogenen) Autonomie und steht zu dieser somit in einer engen Beziehung.<sup>11</sup> Entsprechend richten sich die Inhalte der Finanzautonomie ganz wesentlich nach dem Umfang der Aufgabenautonomie im jeweiligen Bereich.<sup>12</sup> Einmischungsversuche des Bundes in finanzielle Angelegenheiten der Kantone sind damit umso kritischer zu würdigen, je mehr auf diesem Weg auf Bereiche eingewirkt wird, welche in die Zuständigkeit der Kantone fallen. Der Bund muss bei allen seinen Tätigkeiten (auch bei der Ausrichtung von Subventionen) die Kompetenzausscheidung von Art. 3 BV beachten; er braucht also auch für die Lenkung durch finanzielle Beiträge eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage.<sup>13</sup> „Asymmetrische“ Eingriffe in die kantonale Finanz-Hoheitssphäre, welche in keinem zureichenden Zusammenhang mit der Erfüllung oder Gewährleistung von Bundesaufgaben stehen, sind damit ausgeschlossen. Insoweit kommt nach der hier vertretenen Auffassung Art. 47 BV ein justiziabler Charakter zu. Dabei erscheint die in Art. 47 Abs. 2 BV enthaltene Finanzautonomie allerdings weniger als eigenständige Schutzvorschrift, sondern vielmehr als finanzrechtliche Absicherung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung (Art. 3 BV).

Da der Bund im Energiebereich lediglich über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz (Art. 89 Abs. 2 BV) verfügt und der Gebäudebereich „vor allem“ in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt (Art. 89 Abs. 4 BV), kommen sowohl der Aufgaben- wie auch der Finanzautonomie in diesem Bereich ein hoher Stellenwert zu. Besonders kritisch zu würdigen sind dabei finanzielle Vorgaben, welche in ihren (Steuerungs-)Wirkungen über parallel laufende Sachbestimmungen hinausreichen. Vor diesem Hintergrund erscheint der Umstand problematisch, dass die Regelungen von Art. 51 Entw. EnG sowie Art. 34 Entw. CO<sub>2</sub>-Gesetz inhaltlich weiter reichen als jene von Art. 40 Entw. EnG (etwa indem die Förderbestimmungen den GEAK Plus voraussetzen) und

<sup>10</sup> Kägi-Diener (Anm. 2), Rz. 18 f.

<sup>11</sup> Pippig (Anm. 8), S. 213.

<sup>12</sup> Pippig (Anm. 8), S. 214.

zudem finanzielle Weichenstellungen in einem Aufgabenfeld treffen, für welches die Kantone primär zuständig sind. Somit kann der Bund nicht für sich in Anspruch nehmen, finanzielle Aspekte des Vollzugs von Bundesrecht zu regeln. Mit den Förderungsbestimmungen macht er Vorgaben für die Erfüllung einer kantonalen Aufgabe, die sich – jedenfalls ohne besondere Rechtfertigung – nicht mit Art. 47 Abs. 2 BV vereinbaren lassen. Das nicht kompetenzgemässe Vorgehen des Bundes dürfte dabei freilich bereits gegen Art. 3 BV verstossen, neben dem Art. 47 Abs. 2 BV nur bedingt eine eigenständige Bedeutung zu entfalten vermag.

### 2.3. *Fazit*

Art. 47 BV erscheint als Abbild und Ergänzung der Kompetenzregelung von Art. 3 BV. Je nachdem, ob die Kantone als autonome Gliedstaaten oder föderale Vollzugskörper auftreten, entfaltet die Bestimmung unterschiedliche Wirkungen. Als unzulässig erweisen sich finanzrechtliche Regelungen des Bundes, deren hauptsächlicher Zweck darin besteht, auf eigenständige kantonale Aufgaben einzuwirken. Eine Förderordnung darf nicht als Hintertüre für die Umgehung der bestehenden Kompetenzausscheidung missbraucht werden. Vielmehr ist dem bundesrechtlichen Regelungskonzept ein ganzheitlicher, widerspruchsfreier Ansatz der Aufgabenteilung zwischen dem Bund und den Kantonen zugrunde zu legen.

## 3. **Gleichbehandlung bei der Ausrichtung von Förderbeiträgen (Frage 2)**

### 3.1. *Bedeutung der Rechtsgleichheit (Art. 8 BV)*

Formal behandelt der Bund gemäss der vorgesehenen Regelung alle Kantone und deren Einwohner gleich. Je nachdem wie ein Kanton mit den bundesrechtlichen Vorgaben umgeht, d.h. wie viele eigene Mittel er zur „Auslösung“ der Globalbeiträge des Bundes einsetzt, resultiert im Ergebnis jedoch eine Ungleichbehandlung der privaten Beitragsempfänger. Man kann sich deshalb fragen, ob das Anknüpfungskriterium für die Gewährung der Bundesbeiträge sachgerecht ist und mit Art. 8 BV in Einklang steht.

Nach Art. 89 Abs. 5 BV trägt der Bund in seiner Energiepolitik u.a. den Anstrengungen der Kantone und Gemeinden Rechnung und berücksichtigt die Verhältnisse in den einzelnen Landesge-

---

<sup>13</sup> *Jean-François Aubert*, Bundesstaatsrecht der Schweiz, Band 1, Basel 1991, Rz. 153, 614, 768.

genden. Unterschiedliche Lösungen in den verschiedenen Kantonen, die zu einer gewissen Ungleichbehandlung führen, sind deshalb verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig.<sup>14</sup> Indem der Bund die Ausrichtung der Globalbeiträge an die Kantone von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, wird die Ungleichbehandlung im föderalistischen Verhältnis jedoch weiter verstärkt. Es stellt sich die Frage, ob er das tun darf oder ob er verpflichtet ist, seine Mittel ohne Rücksicht auf kantonale Besonderheiten gleichmässig zu verteilen. Freilich liesse sich auch mit einer solchen Verteilung der Bundesgelder an die Kantone nicht garantieren, dass Subventionsempfänger im interkantonalen Verhältnis gleich behandelt werden. Es kann damit nicht verhindert werden, dass Empfänger in einem Kanton allenfalls leichter zu Subventionen kommen als in einem anderen. Letztlich zeigt dieses Dilemma anschaulich, weshalb es auch sachlich problematisch ist, wenn der Bund über finanzielle Anreizinstrumente in kantonale Kompetenzbereiche eingreift und sich so verschiedene Regelungskonzepte übereinander schieben. Während sich ein Privater mit der Rechtsordnung „seines“ Kantons abzufinden hat und aus abweichenden Lösungsansätzen in anderen Kantonen nichts für sich abzuleiten vermag, kann er vom Bund grundsätzlich ganzheitliche Regelungsansätze erwarten, welche sich unabhängig vom Kanton, der betroffen ist, gleich oder jedenfalls ähnlich auswirken.

### 3.2. Abgaberechtliche Rahmenbedingungen

Ein Gebot zu einer gewissen Gleichbehandlung bzw. sachgerechten Differenzierung ergibt sich zusätzlich aus der Einstufung der CO<sub>2</sub>-Abgabe als Lenkungsabgabe, die der Verhaltenslenkung dienen und keine fiskalische Wirkung haben. Vorausgesetzt wird danach, dass die Erträge entweder gleichmässig an die ganze Bevölkerung zurückfliessen oder spezifisch an jene Personen, die sich zielkonform verhalten.<sup>15</sup> Wird der Rückfluss von sachfremden Kriterien abhängig gemacht, stellt dies möglicherweise die Qualifikation als Lenkungsabgabe in Frage, was zu Problemen mit der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der öffentlichen Abgaben führen könnte.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 767.

<sup>15</sup> Tobias Jaag/Helen Keller, Zur Verfassungsmässigkeit einer Energieabgabe, URP 1998, S. 329 f.; Riccardo Jagmetti, Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VII, Basel/Genf/München 2005, Rz. 9412; Klaus A. Vallender/Reto Jacobs, Ökologische Steuerreform, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 67 ff. Siehe auch hinten, Ziff. 4.2.

<sup>16</sup> Dazu hinten, Ziff. 4.1.

Selbst wenn man nicht so weit gehen möchte, setzen spezifische selektive Rückflussregelungen, welchen Subventionscharakter zukommt, jedenfalls voraus, dass diese den Rahmen der verfassungsrechtlichrechtlichen Kompetenzordnung respektieren.<sup>17</sup> Wenn *Keller/Hauser*<sup>18</sup> meinen, dass es dem Bund nach Art. 74 BV freistehe, mit den Erträgen einer Klimalenkungsabgabe auch Gebäudeprogramme zu fördern, übersehen sie, dass sich der Vorbehalt der primären Zuständigkeit der Kantone für Massnahmen im Gebäudebereich in Art. 89 Abs. 4 BV mittels Rückgriff auf die Umweltschutzkompetenz nicht einfach übersteuern lässt.<sup>19</sup> Sie geraten damit in Widerspruch zu ihrer eigenen Forderung, wonach auch der Verwendungszweck einer Lenkungsabgabe durch eine Sachkompetenz des Bundes gedeckt sein müsse. Auch wenn man die Ausschüttung der Fördergelder an die Kantone als besondere Form der Rückerstattung des Ertrags einer Lenkungsabgabe auffassen würde, bleibt es dem Bund – mangels entsprechender Sachkompetenz – verwehrt, in diesem Zusammenhang weitere Auflagen und Differenzierungen zu formulieren.

#### 4. Kompetenz der Kantone zur Erhebung von Lenkungsabgaben auf Energie (Frage 3)

##### 4.1. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der öffentlichen Abgaben

Die Finanzordnung der Bundesverfassung (Art. 126–135 BV) regelt die Bundesfinanzen und die finanziellen Beziehungen zwischen Bund und Kantonen.<sup>20</sup> Sie grenzt die Kompetenzen von Bund und Kantonen zur Erhebung von öffentlichen Abgaben ab. Der Bund verfügt nur über begrenzte Besteuerungsbefugnisse, die ihm durch die Bundesverfassung ausdrücklich übertragen werden. Er kann – parallel zu den Kantonen – Einkommen natürlicher Personen und Ertrag juristischer Personen besteuern (Art. 128 BV), ferner eine Mehrwertsteuer (Art. 130 BV), besondere Verbrauchssteuern (Art. 131 BV), eine Stempelsteuer und eine Verrechnungssteuer (Art. 132 BV), eine Schwerverkehrsabgabe (Art. 85 BV), die Nationalstrassenabgabe (Art. 86 Abs. 2 BV) und eine Spielbankenabgabe (Art. 106 Abs. 3 BV) erheben.<sup>21</sup> Was die Bundesgesetzgebung als Gegenstand der Mehrwertsteuer, der besonderen Verbrauchssteuern, der Stempelsteuer und der

<sup>17</sup> *Vallender/Jacobs* (Anm. 15), S. 77 f.

<sup>18</sup> *Helen Keller/Matthias Hauser*, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe, in: AJP 2009, S. 829.

<sup>19</sup> Dazu bereits unser Gutachten vom 21. September 2012.

<sup>20</sup> *Häfelin/Haller/Keller* (Anm. 14), Rz. 1337a ff.; *Reich* (Anm. 7), Rz. 4 ff.

<sup>21</sup> *Häfelin/Haller/Keller* (Anm. 14), Rz. 1137b f.; *Peter Locher*, Finanzordnung des Bundes, in: Verfassungsrecht der Schweiz (Anm. 7), § 77 Rz. 2.

Verrechnungssteuer bezeichnet oder für steuerfrei erklärt, dürfen die Kantone und Gemeinden nach Art. 134 BV nicht mit gleichartigen Steuern belasten.

Von Steuern zu unterscheiden sind die Lenkungsabgaben. Sie verfolgen keinen Fiskalzweck, sondern dienen der Verhaltenslenkung. Ihr Ertrag fliesst nicht in die allgemeine Staatskasse und wird im Grundsatz auch nicht zur Finanzierung von Staatsaufgaben verwendet.<sup>22</sup> Nach herrschender Lehre und Praxis braucht der Bund keine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung zur Erhebung von Lenkungsabgaben; als Grundlage genügt eine Sachkompetenz des Bundes zur Verhaltenslenkung. Umstritten ist, ob dies nur für die „reinen“ Lenkungsabgaben gilt, deren Ertrag vollständig auf die Bevölkerung und die Wirtschaft verteilt wird, oder auch für Lenkungsabgaben, die zur Finanzierung von Massnahmen eingesetzt werden, welche zur Verstärkung der mit der Abgabenerhebung verfolgten Ziele dienen.<sup>23</sup> Auch die Kantone sind befugt, Lenkungsabgaben zu erheben; die Ausschlussregel des Art. 134 BV findet auf diese Abgabart keine Anwendung, da sie sich in Zielsetzung und Struktur massgeblich von der Mehrwertsteuer bzw. einer Verbrauchssteuer unterscheidet.<sup>24</sup> Bund und Kantone können also Lenkungsabgaben vorsehen, soweit sie auf einem Sachgebiet für die Regelung des Verhaltens der Privaten zuständig sind. Kantonale Lenkungsabgaben kommen in der Praxis relativ häufig vor.<sup>25</sup>

#### 4.2. Zuständigkeit zur Erhebung von Lenkungsabgaben auf fossilen Energieträgern

Das CO<sub>2</sub>-Gesetz<sup>26</sup> sieht Lenkungsabgaben auf fossilen Energieträgern (Brenn- und Treibstoffe) vor. Es stützt sich auf Art. 74 und 89 BV. In seiner ursprünglichen Fassung statuierte es eine „reine“ Lenkungsabgabe, deren Ertrag vollständig an Bevölkerung und Wirtschaft zurückverteilt wurde. Die Teilrevision durch das Bundesgesetz vom 12. Juli 2009<sup>27</sup> führte dann dazu, dass ein Drittel des Abgabenertrages, höchstens aber 200 Millionen Franken pro Jahr, für Massnahmen zur Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Gebäuden verwendet werden können (Art. 10 Abs. 1<sup>bis</sup>

<sup>22</sup> Markus Reich, Steuerrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, § 2 N 24 ff., mit Hinweisen; eingehend Xavier Oberson, Les taxes d'orientation, Bâle 1991, S. 39 ff.

<sup>23</sup> Keller/Hauser (Anm. 18), S. 808 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

<sup>24</sup> Jörg Leimbacher, Rechtliche Überlegungen: Elektrizitätsabgabe im Kanton Bern, Schlussbericht zuhanden des Amtes für Umweltkoordination und Energie der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 9. Mai 2008, publiziert unter <http://www.mm.directories.be.ch/files/4049/14801.pdf>, S. 47 ff.

<sup>25</sup> Siehe dazu Xavier Oberson/Pierre-Alain Guillaume, Le régime financier dans le droit constitutionnel des cantons, in: Verfassungsrecht der Schweiz (Anm. 7), § 78 Rz. 25 ff.

<sup>26</sup> Bundesgesetz über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen (CO<sub>2</sub>-Gesetz) vom 23. Dezember 2011 (SR 641.71).

<sup>27</sup> Anreize für energetisch wirksame Massnahmen im Gebäudebereich, AS 2010 951.

des CO<sub>2</sub>-Gesetzes 1999).<sup>28</sup> Die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates führte in ihrem Bericht vom 26. Januar 2009 zur Parlamentarischen Initiative Anreize für energetisch wirksame Massnahmen im Gebäudebereich<sup>29</sup> aus, die vorgeschlagene Teilzweckbindung sei verfassungskonform, da der gebundene Ertrag das Ziel der CO<sub>2</sub>-Abgabe, also die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen, unterstütze und nur einen relativ geringen Teil des Gesamtertrages ausmache. Zur Hauptsache solle der Abgabenertrag wie bisher an die Bevölkerung und die Wirtschaft zurückverteilt werden. Die CO<sub>2</sub>-Abgabe werde daher ihre Lenkungswirkung weiterhin in erster Linie auf Grund ihrer Erhebung entfalten. Die Kommission stütze sich bei ihrer Beurteilung auf das von *Helen Keller* und *Matthias Hauser* verfasste Rechtsgutachten über den verfassungsrechtlichen Rahmen einer Klimalenkungsabgabe des Bundes.<sup>30</sup> Die Verfassungsmässigkeit einer Lenkungsabgabe mit Teilzweckbindung ist in der Lehre allerdings umstritten.<sup>31</sup>

Geht man davon aus, dass sich der Bund mit der Erhebung der CO<sub>2</sub>-Abgabe im Rahmen seiner Kompetenzen auf dem Gebiet des Umweltschutzes hält, so ist damit noch nicht gesagt, dass die Kantone nicht ebenfalls befugt sind, Lenkungsabgaben auf Energien zu erheben. Art. 74 BV ermächtigt den Bund in umfassender Weise zum Erlass von Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen. Es handelt sich dabei um eine Bundeskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung. Das bedeutet, dass die Kantone so weit und so lange zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Umweltschutzes zuständig bleiben, als der Bund von seiner Kompetenz nicht vollständig Gebrauch gemacht hat.<sup>32</sup> Die Kantone dürfen also Lenkungsabgaben auf dem Gebiet des Umweltschutzes erheben, wenn die Regelung im CO<sub>2</sub>-Gesetz nicht abschliessend ist, sondern Raum für kantonale Vorschriften lässt.<sup>33</sup>

Aus dem Text des CO<sub>2</sub>-Gesetzes ergibt sich nicht unmittelbar, ob die Regelung betreffend Lenkungsabgabe abschliessend sein soll oder nicht. Die Frage muss deshalb auf Grund einer Ausle-

<sup>28</sup> Im geltenden CO<sub>2</sub>-Gesetz vom 23. Dezember 2011 (Art. 34 Abs. 1) wurde der Höchstbetrag auf 300 Millionen Franken festgesetzt; nach Vernehmlassungsentwurf zu einer Totalrevision des Energiegesetzes vom 7. Mai 2013 sollen höchstens 450 Millionen Franken pro Jahr für Massnahmen zur langfristigen Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Gebäuden verwendet werden (Art. 69, Änderung von Art. 34 CO<sub>2</sub>-Gesetz im Anhang).

<sup>29</sup> BBl 2009 1205, 1220.

<sup>30</sup> Siehe vorne, Anm. 4.

<sup>31</sup> *Keller/Hauser* (Anm. 18), S. 810 f., mit Hinweisen.

<sup>32</sup> *Reto Morell*, St. Galler Kommentar BV (Anm. 2), Art. 74 Rz. 9.

<sup>33</sup> *Leimbacher* (Anm. 24), S. 27 ff.; *Vallender/Jacobs* (Anm. 15), S. 86 ff.; zum Verbot kantonaler Übergriffe auf bundesrechtlich geregelte Fragen eingehend *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 22 Rz. 32 ff.

gung des Gesetzes beantwortet werden. In der Botschaft zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 17. März 1997<sup>34</sup> nimmt der Bundesrat dazu nicht ausdrücklich Stellung. Betont wird allerdings, dass es sich bei der Lenkungsabgabe um eine subsidiäre Massnahme handle, die vom Bundesrat nur angeordnet werde, wenn die Ziele der Reduktion von CO<sub>2</sub>-Emissionen nicht auf anderem Weg erreicht werden könnten. Zu berücksichtigen seien dabei auch Massnahmen der Kantone. Das spricht dafür, dass die Regelung des Bundes nicht abschliessend sein soll. Auf der andern Seite wird ausgeführt, bei der Erhebung und Bemessung müssten die Benzinpreise in den Grenzregionen, die Gesamtbelastung des Güterverkehrs durch Abgaben im Vergleich zum Ausland und generell die Auswirkungen auf die Wirtschaft berücksichtigt werden. Können auch die Kantone Lenkungsabgaben erheben, so ist der Bund nicht mehr in der Lage, den genannten Auswirkungen Rechnung zu tragen. Die detaillierte Regelung der Voraussetzungen für die Erhebung der CO<sub>2</sub>-Abgabe und der verschiedenen Möglichkeiten zur Befreiung bzw. zur Kompensation für bestimmte Unternehmen deuten ebenfalls darauf hin, dass der Bund auf diesem Gebiet vollständig legiferiert hat. *Thomas Kappeler*<sup>35</sup> vertritt die Auffassung, sobald der Bund die für die Erhebung von Lenkungsabgaben auf dem Gebiet des Umweltschutzes notwendigen gesetzlichen Grundlagen geschaffen habe, dürften die Kantone keine gleichartigen Abgaben mehr erheben. Es sei ihnen auch verwehrt, Zuschläge zu Bundeslenkungsabgaben zu erheben, es sei denn, ein Bundesgesetz lasse dies ausdrücklich zu. Zulässig seien jedoch kantonale Umweltlenkungsabgaben zur Bekämpfung lokaler Umweltprobleme sowie zur umweltpolitisch motivierten Steuerung des Strassenverkehrs. Angesichts der komplexen Funktionsweise von Lenkungsabgaben erscheint es durchaus gerechtfertigt, diesbezügliche bundesrechtliche Regelungen im Zweifel als abschliessend zu betrachten.

#### 4.3. *Zuständigkeit zur Erhebung von Lenkungsabgaben auf anderen Energieträgern*

Nach unserem Dafürhalten stellen das CO<sub>2</sub>-Gesetz und die Verordnung dazu eine abschliessende Regelung des Bundes dar, die es den Kantonen nicht erlaubt, zusätzliche Lenkungsabgaben auf Brenn- und Treibstoffen zu erheben. Dagegen bleiben die Kantone zuständig, Lenkungsabgaben auf anderen Energieträgern, insbesondere Strom, zu erheben, so lange und so weit der Bund keine entsprechende abschliessende Regelung gestützt auf seine Gesetzgebungskompetenzen auf

<sup>34</sup> BBl 1997 III 410.

<sup>35</sup> *Thomas Kappeler*, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen umweltpolitisch motivierter Lenkungsabgaben, Zürcher Diss., Zürich 2000, S. 89 f.

dem Gebiet der Energiepolitik (Art. 89 BV<sup>36</sup>) und der elektrischen Energie (Art. 91 Abs. 1 BV) trifft.

Das Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998 (SR 730.0) sieht in Art. 15b Abs. 1 vor, dass die Netzgesellschaft einen Zuschlag auf den Übertragungskosten der Hochspannungsnetze erhebt, der u.a. zur Finanzierung der nicht durch Marktpreise gedeckten Kosten der Netzbetreiber für die Übernahme von Elektrizität aus erneuerbaren Energien (KEV) dient. Bei diesem Zuschlag handelt es sich nicht um eine Lenkungsabgabe, sondern um eine Kausalabgabe, zu deren Festlegung der Bund nach Art. 91 BV zuständig ist.<sup>37</sup> Der Entwurf zu einem totalrevidierten Energiegesetz vom 28. September 2012 (Vernehmlassungsvorlage) übernimmt in Art. 36 im Wesentlichen die Regelung des geltenden Gesetzes über die Erhebung und Verwendung des Netzzuschlages.

Seit dem Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes<sup>38</sup> sind alle Strompreiskomponenten (Netznutzungsentgelte, Energiepreise und Mehrkosten infolge der KEV) bundesrechtlich abschliessend geregelt (Art. 14 und 15 StromVG; Art. 7, 7a und 15b EnG). Vorbehalten bleiben nach Art. 14 Abs. 1 StromVG einzig die kantonalen Abgaben und Leistungen. Um solche Abgaben handelt es sich bei den zweckgebundenen Strompreiszuschlägen für Sparmassnahmen und erneuerbare Energie, Lenkungsabgaben auf dem Stromverbrauch oder Gebühren für die Benützung des öffentlichen Grundes.<sup>39</sup>

Kantonale Lenkungsabgaben auf elektrischer Energie sind deshalb weder nach geltendem noch nach dem im Entwurf vorliegenden künftigen Recht ausgeschlossen.<sup>40</sup> Dabei ist auf eine konsistente Ausgestaltung zu achten.<sup>41</sup> Ob sich Erträge aus einer solchen Abgabe auch dazu verwenden liessen, um Gebäudeenergieprogramme zu finanzieren, ist eine andere Frage, da dies je nach Betrachtungsweise eine Neu Beurteilung des Abgabecharakters erforderlich machen und nament-

<sup>36</sup> Ob und inwieweit Art. 89 BV hierfür taugt, ist allerdings fraglich, dazu auch die Hinweise in Anm. 422.

<sup>37</sup> Vgl. dazu *Biaggini* (Anm. 1), Art. 91 Rz. 4; *Jagmetti* (Anm. 15), Rz. 9318; *Georg Müller*, Sind „Service publique-Abgaben“ im Bereich der Versorgung mit elektrischer Energie zulässig?, in: ZBl 2004, S. 464 ff.; *Leimbacher* (Anm. 24), S. 33 ff.

<sup>38</sup> Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz, StromVG) vom 23. März 2007 (SR 734.7).

<sup>39</sup> Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz vom 3. Dezember 2004, BBl 2004 1678; BGE 138 I 454, 465 ff.

<sup>40</sup> Vgl. z.B. §§ 17 ff. des Energiegesetzes (EnG) des Kantons Basel-Stadt vom 9. September 1998 (SG 772.100), wonach der Kanton eine Lenkungsabgabe auf dem Stromverbrauch zum Zwecke der Verbrauchlenkung erhebt und die Erträge für die Ausrichtung eines verbrauchsunabhängigen Strompreis-Bonus verwendet.

<sup>41</sup> Vgl. dazu BGE 138 II 70 ff. = Pra 2012, Nr. 86, wo das Bundesgericht eine mit Lenkungselementen versehene Konzessionsabgabe (für die Nutzung öffentlichen Grundes) als willkürlich einstufte.

lich die Abgrenzung gegenüber einer Verbrauchssteuer erschweren würde. Sollte der Bund seine bisher erhobenen Abgaben in eine allgemeine Energie-Lenkungsabgabe umzuwandeln, so müsste die Frage der Zulässigkeit kantonaler Lenkungsabgaben neu geprüft werden. Um für die notwendige Rechtssicherheit zu sorgen, sollte der Bundesgesetzgeber wenn möglich klarstellen, ob seine Regelung effektiv in umfassendem Sinn abschliessend sein soll. Vorgängig wäre zudem vertieft abzuklären, ob die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Erhebung einer solchen allgemeinen Lenkungsabgabe überhaupt genügen. Nach bisher herrschender Lehre reicht Art. 89 Abs. 2 BV als Grundlage für die Erhebung einer Energielenkungsabgabe nicht aus.<sup>42</sup>

## 5. Zusammenfassung

5.1. Der Bund missachtet die verfassungsrechtlich gewährleistete Autonomie der Kantone und die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, wenn er die Ausrichtung von Globalbeiträgen an die Kantone von Voraussetzungen abhängig macht, welche die Kantone faktisch zu Massnahmen zwingen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, weil nach Art. 89 Abs. 4 BV vor allem die Kantone auf diesem Gebiet zuständig sind.

5.2. Die Bundesverfassung lässt eine gewisse Ungleichbehandlung der Bevölkerung in den Kantonen zu. Fragwürdig ist die Ungleichbehandlung allerdings, wenn es um die Ausrichtung von Bundesbeiträgen an Personen mit Wohnsitz in verschiedenen Kantonen geht. Auch der Umstand, dass die Subventionierung von Gebäudesanierungen eine Form der Rückerstattung von Erträgen der CO<sub>2</sub>-Abgabe darstellt, spricht gegen die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung und steht in einem gewissen Widerspruch zur verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung.

5.3. Die Kantone sind nicht befugt, Lenkungsabgaben auf Brenn- und Treibstoffen zu erheben, weil die Regelung des Bundes in der CO<sub>2</sub>-Gesetzgebung abschliessend ist. Dagegen können die Kantone Lenkungsabgaben auf anderen Energieträgern, insbesondere auf dem Stromverbrauch, erheben. Sollte der Bund an Stelle der bisherigen Abgaben eine allgemeine Energielenkungsabgabe einführen, so müsste die Frage neu geprüft und abgeklärt werden, ob der Bund für die Erhebung einer solchen Abgabe überhaupt die erforderliche Kompetenz besitzt.

---

<sup>42</sup> Vgl. *Keller/Hauser* (Anm. 18), S. 825 f.; *Leimbacher* (Anm. 24), S. 30 f.; *Beatrice Wagner Pfeifer*, *Wirtschaft und Umwelt*, in: Denise Buser (Hrsg.), *Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel Stadt*, Basel 2008, S. 843.

Erlinsbach/Fällanden, 12. Juli 2013

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'G. Müller'.

(Prof. Dr. iur. Georg Müller)

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'S. Vogel'.

(PD Dr. Stefan Vogel)