

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

Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf den Gebieten der Energie-, Umwelt- und Raumordnungspolitik

Inhaltsverzeichnis:

| | |
|---|----|
| 1. Ausgangslage und Fragestellung | 1 |
| 2. Grenzen bundesrechtlicher Vorgaben betreffend Energieverbrauch in Gebäuden, die sich aus Art. 89 Abs. 4 und 5 BV ergeben (Frage 1a) | 3 |
| 3. Möglichkeit des Bundes, die Kantone im Energiebereich zu einer Rechtsvereinheitlichung über ein Konkordat zu zwingen (Frage 1b) | 7 |
| 4. Zulässigkeit bundesrechtlicher Energie-Bauvorschriften (Frage 1c) | 8 |
| 5. Einschränkungen der Kompetenzen der Kantone in der Energie- und Raumordnungspolitik gestützt auf die Kompetenzen des Bundes im Bereich des Umweltschutzes und der Raumplanung (Frage 2) | 10 |
| 5.1. Gegenstand und Umfang der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes auf dem Gebiet des Umweltschutzes und der Raumplanung | 10 |
| 5.1.1. Umweltschutz | 10 |
| 5.1.2. Raumplanung | 12 |
| 5.2. Verhältnis zu den Kompetenzen der Kantone auf dem Gebiet der Energiepolitik | 14 |
| 6. Zulässigkeit einer Instrumentalisierung des kantonalen Steuerrechts (Frage 3) | 15 |
| 7. Zulässigkeit eines bundesrechtlichen Gebäudeenergieausweis-Obligatoriums (Frage 4) | 17 |
| 8. Zusammenfassung | 18 |

1. Ausgangslage und Fragestellung

Der Vorstand der Konferenz Kantonaler Energiedirektoren (EnDK) hat die Unterzeichnenden am 23. Mai 2012 beauftragt, ein Rechtsgutachten zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf den Gebieten der Energie-, Umwelt- und Raumordnungspolitik auszuarbeiten.

Dies vor dem Hintergrund folgender Feststellung:

„Die Konferenz Kantonaler Energiedirektoren (EnDK) hat den Eindruck, dass die Energiepolitik immer deutlicher im Dreieck von Raumplanung (Art. 75 BV), Umweltschutz (Art. 74 BV) und Energieversorgung (Art. 89 BV) gestaltet wird. Das Verhältnis zwischen Bund und Kantonen ist in diesen drei Rechtsbereichen unterschiedlich ausgestaltet. Die EnDK stellt fest, dass der Bund versucht, über Begründungen in diesem Dreieck das Subsidiaritätsprinzip zu verlassen und immer mehr Fragen an sich zu ziehen, obwohl die Kantone nachweislich in der Lage sind, die ihnen zugeordneten Aufgaben zu erfüllen.“

Im Rechtsgutachten sollen die Grenzen der Zentralisierungswünsche des Bundes aufgezeigt und an konkreten Fragen soweit als möglich illustriert werden. Die einzelnen Fragen lauten wie folgt:

- „1.a) Inwieweit ist es mit Art. 89 Abs. 4 und 5 BV vereinbar, dass der Bund *weitere* (über Art. 9 EnG hinausreichende) *Vorschriften über den Energieverbrauch in Gebäuden* erlässt, wie z.B.:
- Einführung einer Energieinspektion für Gebäudetechnik,
 - Verpflichtungen zu Betriebsoptimierungen von Gebäuden oder
 - Gebrauchsvorschriften für Beleuchtungen von Schaufenstern, Fassaden, Gebäuden usw.?
- b) Kann der Bundesgesetzgeber die Kantone insbesondere dazu verpflichten, die sogenannten *Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich (MuKE)* über ein Konkordat in allen Kantonen harmonisiert umzusetzen?
- c) Kann der Bund in diesem Zusammenhang auch in *baurechtliche Materien eingreifen*, z.B. durch:
- eine Verschärfung von Bauvorschriften für Alt- und Neubauten,
 - die Regelung des Baubewilligungsverfahrens für Solaranlagen oder
 - die Gewährung eines sog. „Ausnützung-Bonus“ für besonders energieeffiziente Bauten?
2. Inwieweit ist es verfassungsrechtlich zulässig, dass der Bund ergänzende Massnahmen (der vorgenannten Art) mit seinen Kompetenzen im Bereich des Umweltschutzes (Art. 74 BV) und der Raumplanung (Art. 75 BV) begründet und die Kompetenzen der Kantone in der Energie- und Raumordnungspolitik auf diesem Weg einschränkt?
3. Ist es verfassungsrechtlich zulässig, dass der Bund im Bereich *der kantonalen und/oder kommunalen Steuern* die Schaffung von Anreizen zur Förderung energieeffizienter Bauten vorschreibt?

4. Kann der Bundesgesetzgeber gestützt auf seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen im Bereich der *Energie* oder des *Zivilrechts* vorschreiben, dass bei Handänderungen von Gebäuden ein *Gebäudeenergieausweis* vorzuweisen ist?“

2. Grenzen bundesrechtlicher Vorgaben betreffend Energieverbrauch in Gebäuden, die sich aus Art. 89 Abs. 4 und 5 BV ergeben (Frage 1a)

Die Kompetenzen des Bundes in Energiefragen werden durch Art. 89 BV umrissen. Der Kompetenzabgrenzung im Bereich gebäudebezogener Massnahmen dient dabei in erster Linie Abs. 4 der genannten Bestimmung.

Art. 89 BV lautet:

¹ Bund und Kantone setzen sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch.

² Der Bund legt Grundsätze fest über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch.

³ Der Bund erlässt Vorschriften über den Energieverbrauch von Anlagen, Fahrzeugen und Geräten. Er fördert die Entwicklung von Energietechniken, insbesondere in den Bereichen des Energiesparens und der erneuerbaren Energien.

⁴ Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind vor allem die Kantone zuständig.

⁵ Der Bund trägt in seiner Energiepolitik den Anstrengungen der Kantone und Gemeinden sowie der Wirtschaft Rechnung; er berücksichtigt die Verhältnisse in den einzelnen Landesgegenden und die wirtschaftliche Tragbarkeit.

Art. 89 Abs. 4 und 5 BV führen die Regelung von Abs. 4 des Art. 24^{octies} aBV weiter, der am 23. September 1990 in die Verfassung aufgenommen wurde:

⁴ Der Bund berücksichtigt in seiner Energiepolitik die Anstrengungen der Kantone und ihrer Gemeinwesen sowie der Wirtschaft. Den unterschiedlichen Verhältnissen der einzelnen Gebiete des Landes und der wirtschaftlichen Tragbarkeit ist Rechnung zu tragen. Massnahmen betreffend den Verbrauch von Energie in Gebäuden werden vor allem von den Kantonen getroffen.

Mit der sprachlichen und systematischen Neufassung der Passage im Rahmen der Totalrevision war keine inhaltliche Veränderung beabsichtigt.¹ Deshalb lassen sich Materialien und Literatur zur Vorgängerbestimmung auch für die Auslegung der neuen Fassung heranziehen.

Abs. 1 von Art. 89 BV umschreibt die Stossrichtung der Energiepolitik des Bundes und der Kantone. Anzustreben ist eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umwelt-

¹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 269.

verträgliche Energieversorgung sowie ein sparsamer und rationeller Energieverbrauch. Eine Kompetenzzuweisung ist mit der Vorgabe nicht verbunden; die Zielsetzung wird vielmehr kompetenzübergreifend formuliert.²

Art. 89 Abs. 2 BV begründet hinsichtlich des sparsamen und rationellen Energieverbrauchs eine *Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes*.³ Die Beschränkung auf das Grundsätzliche führt zu einer „vertikalen“ Begrenzung der Kompetenz.⁴ Der Bund darf im Wesentlichen nur Normen mit hohem Abstraktionsgrad setzen, welche die weitere gesetzliche Konkretisierung den Kantonen überlassen; einzelne Detailregelungen sind zulässig, soweit es sich um zentrale Fragen handelt, die einer einheitlichen Regelung bedürfen.⁵ Die genauen Grenzen der Grundsatzgesetzgebungskompetenz lassen sich freilich nicht leicht bestimmen und die Praxis ist bisweilen sehr pragmatisch.⁶

Art. 89 Abs. 3 Satz 1 BV erweitert die Befugnisse des Bundes sektoral, indem dieser die Möglichkeit erhält, den Energieverbrauch von Anlagen, Fahrzeugen und Geräten abschliessend zu regeln. Insoweit verfügt der Bund über eine *umfassende* Kompetenz.⁷ Hinzu kommt in Satz 2 von Abs. 3 ein Auftrag zur Förderung der Entwicklung von Energietechniken.

Gemäss Art. 89 Abs. 4 BV sind für entsprechende Vorkehren im Gebäudebereich „vor allem“ die Kantone zuständig. Systematisch bildet die Bestimmung eine verdeutlichende Ergänzung zu den vorangehenden Absätzen 2 und 3. Der Grund für die Sonderregelung wird insbesondere im engen Konnex gebäudebezogener Massnahmen zum öffentlichen Baurecht erkannt, welches traditionell in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fällt.⁸ Der genaue Umfang des Vorbehalts ist nicht ohne weiteres erkennbar. Denkbar sind grundsätzlich zwei Ansätze: Entweder wird der

² Tobias Jaag/Andreas Lienhard/Pierre Tschannen, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 7. Aufl., Basel 2009, S. 142; René Schaffhauser, in: Bernhard Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, Art. 89 Rz. 5.

³ Giovanni Biaggini, *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich 2007, Art. 89 Rz. 5; Schaffhauser (Anm. 2), Rz. 12.

⁴ Peter Saladin, *Bund und Kantone, Autonomie und Zusammenwirken im schweizerischen Bundesstaat*, in: ZSR 1984/II, S. 457 f.

⁵ Riccardo Jagmetti, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Basel/Zürich/Bern 1987 ff., Art. 24^{octies} Rz. 37.

⁶ Jean-François Aubert, in: ders./Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse*, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 42 no 10; Biaggini (Anm. 3), Vorb. Art. 42-135 Rz. 12; Urteil des Bundesgerichts vom 8. Februar 2012, 1C_36/2011, E. 3.

⁷ Jaag/Lienhard/Tschannen (Anm. 2), S. 142; Jagmetti, *Kommentar aBV* (Anm. 5), Art. 24^{octies} Rz. 52; Rolf Weber, *Energie und Kommunikation*, in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, § 60 Rz. 8.

Bund in diesem Zusammenhang ebenfalls auf seine Grundsatzgesetzgebungskompetenz (nach Abs. 2) verwiesen oder aber es wird eine eigenständige Kompetenzordnung getroffen. Im letzteren Fall stellt sich die Frage nach dem konkreten Umfang der Bundeskompetenz. Vor allem *Biaggini* vertritt die Auffassung, dass der Bund nach Abs. 4 nicht auf den Erlass von Grundsätzen beschränkt sei; erlaubt seien ihm im Gebäudebereich auch weiterreichende Regelungen.⁹ Teile der Lehre sprechen dem Bund im Rahmen von Art. 89 Abs. 4 BV eine „subsidiäre“ Regelungskompetenz zu.¹⁰ Die Bezugnahme auf das Subsidiaritätsprinzip taucht bereits in der Botschaft (zum Energieartikel in der alten Fassung) auf.¹¹ Die Anknüpfung an das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5a, Art. 43a Abs. 1 BV) taugt jedoch kaum als Grundlage für ein differenziertes Verständnis der Bundeskompetenzen nach den Absätzen 2 und 4. Auch die Zuweisung einer blossen Grundsatzgesetzgebungskompetenz an den Bund bildet Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips.¹² Dies erklärt, weshalb *Schaffhauser* bei Abs. 4 zwar von einer „subsidiären Kompetenz“ des Bundes spricht, diese jedoch von der Grundsatzgesetzgebungskompetenz nach Abs. 2 nicht scharf unterscheidet.¹³

Primäres Ziel von Art. 89 Abs. 4 BV ist der Schutz der kantonalen Einflussosphäre. Dafür, dass der Verfassungsgeber dem Bund in Abs. 4 zugleich eine erweiterte Kompetenz einräumen wollte, finden sich weder im Normtext noch in den Materialien Hinweise. Der Bund wird in der Bestimmung gar nicht erwähnt. Ein Blick in die Praxis bestätigt das Bild. Der Bundesgesetzgeber hat sich bisher mit Eingriffen zurückgehalten. So beschränkt sich Art. 9 EnG¹⁴ darauf, den Kantonen einen Rechtssetzungsauftrag mit gewissen inhaltlichen Vorgaben zu erteilen.¹⁵ Auch im Rahmen der (gebäudebezogenen) Revision des CO₂-Gesetzes¹⁶ wurde die Zuständigkeit der Kantone grundsätzlich anerkannt¹⁷. Es ist somit davon auszugehen, dass Art. 89 Abs. 4 BV den Bund im Bereich des Gebäudeenergieverbrauchs ebenfalls nur zur Grundsatzgesetzgebung ermächtigt. Dabei handelt es sich indessen nicht um einen blossen Verweis auf Art. 89 Abs. 2 BV,

⁸ *Riccardo Jagmetti*, Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VII, Basel/Genf/München 2005, Rz. 8501; *ders.*, Kommentar aBV (Anm. 5), Art. 24^{octies} Rz. 63.

⁹ *Biaggini* (Anm. 3), Art. 89 Rz. 9.

¹⁰ Vgl. *Aubert*, Petit commentaire (Anm. 6), Art. 89 no 15; *Schaffhauser* (Anm. 2), Rz. 15.

¹¹ Botschaft über einen Energieartikel in der Bundesverfassung vom 7. Dezember 1987, BBl 1988 I 383.

¹² *Biaggini* (Anm. 3), Art. 5a Rz. 6.

¹³ *Schaffhauser* (Anm. 2), Rz. 15.

¹⁴ Energiegesetz vom 26. Juni 1998 (SR 730.0).

¹⁵ Botschaft zum Energiegesetz (EnG) vom 21. August 1996, BBl 1996 IV 1064, 1110 f.; Botschaft zur Änderung des Energiegesetzes vom 24. Juni 2009, BBl 2009, 5320.

¹⁶ Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 8. Oktober 1999 (SR 641.71).

¹⁷ Parlamentarische Initiative Anreize für energetisch wirksame Massnahmen im Gebäudebereich, Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrats vom 26. Januar 2009, BBl 2009, 1211 f.

sondern auch um eine *Konkretisierung* dieser Bestimmung.¹⁸ Während es die Grundnorm von Abs. 2 erlaubt, die Möglichkeiten der Grundsatzgesetzgebungskompetenz je nach Teilbereich relativ flexibel zum Einsatz zu bringen, bezieht sich Abs. 4 auf einen bestimmten Ausschnitt aus einem Sachgebiet und auferlegt dem Bund innerhalb dieses Sektors besondere Zurückhaltung. Nach dem Willen des Verfassungsgebers soll der Kompetenzschwerpunkt für die Regelung des Gebäudeenergieverbrauchs klar bei den Kantonen liegen. Somit bleibt es *dem Bund verwehrt, im Gebäudebereich einen – nach Abs. 2 an sich möglichen – Regelungsschwerpunkt mit detaillierteren Vorgaben zu setzen*. Es spricht überdies einiges dafür, dass der Bund gestützt auf Art. 89 Abs. 4 BV den Kantonen lediglich Rechtssetzungsaufträge erteilen kann, während er im Rahmen der Grundsatzgesetzgebungskompetenz nach Art. 89 Abs. 2 BV unter Umständen auch für die Privaten unmittelbar verbindliche Normen erlassen darf.¹⁹ Die spezielle Regelung von Art. 89 Abs. 4 BV macht nur Sinn, wenn sie den Kantonen einen (gegenüber Abs. 2) effektiv deutlich verstärkten Schutz verschafft. Es ist zudem kaum möglich, dass der Bund in dem eng umschriebenen Sachgebiet direkt anwendbare Detailnormierungen trifft, ohne die Regelungskompetenz der Kantone substantiell zu tangieren.

Bei Art. 89 Abs. 5 BV handelt es sich um eine Koordinationsnorm, welche den Bund zur Rücksichtnahme gegenüber anderen Akteuren verpflichtet. Was das Verhältnis zu den Kantonen betrifft, dürfte der Bestimmung sowohl im Bereich der allgemeinen Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Abs. 2 wie auch der Sonderregelungen nach Abs. 3 und 4 Bedeutung zukommen, indem der Bund gehalten ist, Regelungen der Kantone nicht grundlos zu verdrängen.

Zusammenfassend ergibt sich somit, dass Abs. 4 von Art. 89 BV dem Bund für Massnahmen betreffend den Verbrauch von Energie in Gebäuden ebenfalls nur eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz einräumt. Er konkretisiert jedoch die erlaubte Normierungsintensität, indem er Detailregelungen des Bundes an strengere Voraussetzungen knüpft als Abs. 2. Bundesrechtlichen Vorschriften über den Energieverbrauch in Gebäuden, welche über Art. 9 EnG hinausreichen, steht Art. 89 Abs. 4 BV dann nicht entgegen, wenn der Eingriff in den kantonalen Kompetenzbereich sich *auf Rechtssetzungsaufträge* beschränkt, *sachlich eng begrenzt* bleibt und zudem *zureichend begründet* werden kann.

¹⁸ So schon *Jagmetti*, Kommentar aBV (Anm. 5), Art. 24^{octies} Rz. 58.

¹⁹ Auch Art. 9 EnG enthält nur Aufträge zum Erlass von Vorschriften durch die Kantone, keine direkt anwendbaren Regelungen über den Energieverbrauch in Gebäuden.

Es erscheint nur bedingt möglich, aus diesem Befund Antworten hinsichtlich der Zulässigkeit einzelner der in Frage 1a angesprochenen Vorschriften abzuleiten, zumal die erforderliche Abwägung nicht ohne politische Wertungen auskommt und die Massnahmen im Gesamtzusammenhang gesehen werden müssen. Letzteres ist auch insofern von Bedeutung, als sich die Materien, welche der Bund an sich zieht, insgesamt wie auch bezogen auf den Gebäudebereich in einem gewissen Rahmen halten müssen. In die entsprechende Gesamtbetrachtung sind bereits existierende Regelungen (v.a. jene in Art. 9 EnG) mit einzubeziehen. Der verbleibende Spielraum für zusätzliche Eingriffe ist dadurch beschränkt. Generell kann man sagen, dass Rechtssetzungsaufträge des Bundes umso unproblematischer erscheinen, je weniger sie in die Tiefe gehen und je grösser die Gestaltungsfreiheit ist, welche den Kantonen verbleibt. Zudem lassen sich bundesrechtliche Vorgaben, welche gesetzgeberisches Neuland betreten und keine bestehenden kantonalen Bestimmungen ändern, eher rechtfertigen als breiter angelegte Eingriffe in etablierte baurechtliche Regelungsdomänen.

Ein bundesrechtlicher Zwang zur Einführung einer Energieinspektion für Gebäudetechnik würde zusätzlich einen *Eingriff in die kantonale Organisationshoheit* darstellen.²⁰ Die Massnahme wäre somit auch vor diesem Hintergrund begründungspflichtig.

Auf die Frage, inwieweit sich die zur Diskussion stehenden Vorgaben allenfalls auf andere Verfassungskompetenzen des Bundes (im Vordergrund stehen Art. 74 und Art. 75 BV) stützen lassen, wird nachfolgend unter Ziff. 5 eingegangen.

3. Möglichkeit des Bundes, die Kantone im Energiebereich zu einer Rechtsvereinheitlichung über ein Konkordat zu zwingen (Frage 1b)

Um Druck auf die Kantone zum Abschluss einer interkantonalen Vereinbarung bzw. zur Beteiligung an einer solchen auszuüben, stehen dem Bund *direkte* und *indirekte* Mittel zur Verfügung.²¹ Als direktes Instrument wurde mit dem Bundesbeschluss zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 3. Oktober 2003 Art. 48a in die Bundesverfassung aufgenommen. Der sachliche Anwendungsbereich der genannten Bestimmung ist indessen durch die Aufzählung der Aufgabengebiete, in welchen der Bund

²⁰ Denise Buser, *Kantonales Staatsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011, Rz. 405; *Regula Kägi-Diener*, *St. Galler Kommentar BV* (Anm. 2), Art. 47 Rz. 15; *Saladin* (Anm. 4), S. 495 ff.

²¹ *August Mächler*, *Föderalismus in der Krise: Geleitete Zusammenarbeit als Ausweg?*, in: ZSR 2004/I, S. 583.

interkantonale Verträge allgemein verbindlich erklären oder die Kantone zur Beteiligung an solchen Verträgen verpflichten kann, beschränkt. Da der Energieverbrauch in Art. 48a Abs. 1 BV nicht erwähnt wird, ist eine Rechtsvereinheitlichung durch den Bund auf diesem Wege nicht möglich. In indirekter Weise kann der Bund vor allem über die Drohung mit einer eigenen Regelung Druck ausüben. Allerdings braucht er dazu auf dem betreffenden Gebiet eine entsprechende Gesetzgebungskompetenz. Bei deren Ausübung muss er nach Art. 47 Abs. 1 BV die Eigenständigkeit der Kantone wahren, was ihn daran hindert, Zuständigkeitskonflikte einseitig mittels Bundesgesetzgebung für sich zu entscheiden.²² Zudem hält Art. 89 Abs. 5 BV den Bund wie erwähnt zu einem rücksichtsvollen und loyalen Verhalten an, indem er den Bemühungen der Kantone zur Erreichung der energiepolitischen Ziele Rechnung zu tragen hat. Allerdings darf das Bundesgericht aufgrund von Art. 190 BV Übergriffe des Bundesgesetzgebers in die Kompetenzen der Kantone nicht korrigieren. Die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes führt auch nicht dazu, dass das Bundesgericht eine gestützt auf das Gesetz erlassene Verfügung aufheben kann (Ausschluss der akzessorischen Normenkontrolle).

Die in Art. 89 Abs. 2 und Abs. 4 BV vorgesehene Grundsatzgesetzgebungskompetenz erlaubt es dem Bund, die Kantone zum Erlass bestimmter Vorschriften betreffend Energieverbrauch zu verpflichten, wie er das in Art. 9 EnG bereits heute tut.²³ Die Kantone zu einer umfassenden materiellen Harmonisierung zu zwingen, sprengt indessen den Rahmen des Zulässigen, weil der Bund damit den Regelungssektor *in der Substanz vereinnahmen würde*, was Art. 89 Abs. 4 BV verbietet. Zulässig ist es dagegen, wenn der Bund die Kantone *in einzelnen ausgewählten Fragen* zu einer einheitlichen Regelung anhält. Vorauszusetzen ist dabei, dass eine solche Massnahme für die Umsetzung der energiepolitischen Ziele des Bundes effektiv unerlässlich ist.

4. Zulässigkeit bundesrechtlicher Energie-Bauvorschriften (Frage 1c)

Energiepolitisch motivierte Eingriffe des Bundes ins kantonale Baurecht rechtfertigen sich aus Sicht des Bundes dadurch, dass energetische Aspekte in Planungs- und Bewilligungsverfahren aufgrund des beträchtlichen Sparpotentials im Gebäudesektor²⁴ verstärkt berücksichtigt werden sollen. Dieses Ziel liesse sich durch Verschärfungen von Bauvorschriften, etwa im Bereich der Gebäudeisolation, zweifellos erreichen. Eine verbesserte Wärmedämmung von Gebäuden kann

²² Kägi-Diener (Anm. 20), Rz. 9.

²³ Kurzgutachten Bundesamt für Justiz vom 20. Juli 2007, S. 2 f.

²⁴ Botschaft Änderung EnG (Anm. 15), S. 5320.

jedoch mit Ausnutzungsziffern, Abstandsvorschriften oder vergleichbaren baurechtlichen Regelungen in Konflikt geraten, wenn Aussenisolierungen nicht möglich sind bzw. eine verbesserte Isolierung zulasten des Wohnraums geht. Mit einem Ausnutzungsbonus könnte man diese Nachteile korrigieren und einen Anreiz für Sanierungen setzen. Der Bund möchte auch den Bau von Solaranlagen fördern, indem diese in einem möglichst vereinfachten Verfahren oder gar bewilligungsfrei verwirklicht werden können.

Im Anwendungsbereich von Art. 89 Abs. 4 BV wird der Bund nach der hier vertretenen Auffassung auf das Mittel des Rechtssetzungsauftrags beschränkt. Verschärfungen bei der Gebäudeisolation wären deshalb – wenn überhaupt – auf diesem Weg durchzusetzen. Energiepolitisch motivierte Eingriffe ins kantonale Baurecht werden dem Bundesgesetzgeber im Übrigen durch Art. 89 Abs. 4 BV nicht kategorisch verboten. Das Baurecht selber wird als Schutzbereich in der Bestimmung auch gar nicht erwähnt. Der Vorbehalt bezieht sich vielmehr auf „Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen“. Es stellt sich damit die Frage, ob die Norm ihre Vorbehaltswirkung zugunsten der kantonalen Kompetenz nur in Bezug auf kantonale Vorschriften entfalten soll, welche unmittelbar den Verbrauch von Energie regeln. Solaranlagen produzieren Energie und beeinflussen nur indirekt den Energieverbrauch einer Liegenschaft. Da Art. 89 Abs. 2 BV zwischen Grundsätzen über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien sowie solchen betreffend den sparsamen und rationellen Energieverbrauch unterscheidet, liesse sich argumentieren, dass der Vorbehalt von Abs. 4 einzig den letztgenannten Bereich betreffe. Für Anlagen, welche ausschliesslich der Energieversorgung einzelner Gebäude dienen und keinen Strom in ein übergeordnetes Netz einspeisen, erscheint eine solche Aufschlüsselung jedoch nicht sachgerecht. Der Bezug zum Energieverbrauch des jeweiligen Gebäudes ist hier vielmehr derart evident, dass der Zuständigkeitsvorbehalt von Art. 89 Abs. 4 BV nach seinem Sinn und Zweck gleichermassen Geltung beanspruchen muss. Stärker gelockert ist der Konnex zum Energieverbrauch beim Ausnutzungsbonus, da mit diesem lediglich ein Anreiz für das Energiesparen gesetzt werden soll. Hier stellt sich die Frage, ob sich eine solche Massnahme überhaupt noch auf Art. 89 BV stützen liesse. Da eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz unter Berücksichtigung des in Art. 5a und Art. 43a Abs. 1 BV statuierten Subsidiaritätsprinzips im Zweifel eng auszulegen ist, muss dies eher verneint werden. Inwieweit sich Eingriffe ins kantonale Baurecht allenfalls gestützt auf Art. 74 und Art. 75 BV rechtfertigen liessen, wird nachfolgend unter Ziff. 5 untersucht.

Nach Art. 89 Abs. 3 BV hat der Bund jedenfalls die Möglichkeit, umfassende Regelungen zu einzelnen in Gebäuden verwendeten *Geräten* zu erlassen, die zum Gebäude selber nur in einer mittelbaren Beziehung stehen.²⁵

5. Einschränkungen der Kompetenzen der Kantone in der Energie- und Raumordnungspolitik gestützt auf die Kompetenzen des Bundes im Bereich des Umweltschutzes und der Raumplanung (Frage 2)

5.1. Gegenstand und Umfang der Gesetzgebungskompetenzen des Bundes auf dem Gebiet des Umweltschutzes und der Raumplanung

5.1.1. Umweltschutz

Nach Art. 74 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen. Zur natürlichen Umwelt im Sinne dieser Bestimmung gehören Tiere und Pflanzen sowie deren Lebensgemeinschaften, die Luft, der Boden, das Wasser, das Klima und die Lebensräume als Beziehungssysteme dieser Elemente.²⁶ Umweltschutz ist eine typische Querschnittsaufgabe. „Die Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 überschneidet sich offensichtlich mit einer Reihe weiterer Bundeskompetenzen, wie z.B. denjenigen in den Bereichen der Energieversorgung (Art. 89 ff.), der Landwirtschaft (Art. 104) oder auch des Arbeitnehmerschutzes (Art. 110). Diese Überschneidungen mit anderen Bundeszuständigkeiten sind transparent zu machen, so dass die erforderlichen Massnahmen zum Schutz der Umwelt aufeinander abgestimmt werden können.“²⁷

Besonders viele Überschneidungen gibt es bei Massnahmen zum *Schutz des Klimas*. Die in diesem Zusammenhang im Vordergrund stehenden Reduktionen der CO₂-Emissionen lassen sich zwar teilweise durch Massnahmen erreichen, die sich auf die Kompetenzen des Bundes im Bereich des Umweltschutzes stützen.²⁸ Die Ziele des Klimaschutzes können jedoch nur erreicht

²⁵ Vgl. Anhang 2.1 der Energieverordnung (EnV) vom 7. Dezember 1998 (SR 730.01) betreffend Wassererwärmer, Warmwasser- und Wärmespeicher.

²⁶ *Biaggini* (Anm. 3), Art. 74 Rz. 4; *Mahon*, Petit commentaire (Anm. 6), Art. 74 no 6; *Reto Morell*, St. Galler Kommentar BV (Anm. 2), Art. 74 Rz. 7; *Alexander Ruch*, Umwelt – Boden – Raum, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band VI, Basel 2010, Rz. 140.

²⁷ *Morell* (Anm. 26), Rz. 10.

²⁸ Siehe dazu *Helen Keller/Matthias Hauser*, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe, in: AJP 2009, S. 803, 823 ff., mit Hinweisen; Botschaft zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 17. März 1997, BBl 1997 III 472.

werden, wenn auch Vorschriften auf anderen Gebieten – z.B. im Bereich der Energieerzeugung und -verwendung – erlassen werden. Zu prüfen ist deshalb, ob der Bund dazu gestützt auf Art. 74 BV zuständig ist, oder ob er für derartige Anordnungen einer besonderen Ermächtigung auf dem betreffenden Sachgebiet bedarf.

Die Ansicht, dass Art. 74 BV auch die Befugnis beinhaltet, den Energieverbrauch in Gebäuden zu regeln, scheint Art. 12 Abs. 1 lit. d USG²⁹ zugrunde zu liegen, welcher den Bundesrat ermächtigt, zur Einschränkung von Emissionen Vorschriften über die Wärmeisolation von Gebäuden zu erlassen. Es geht dabei jedoch um die Reduktion von Luftverunreinigungen, nicht um eine energiepolitisch motivierte Massnahme. Zudem hat der Bundesrat von einer Umsetzung des in Art. 12 Abs. 1 lit. d USG genannten Auftrags abgesehen, nachdem im Rahmen der Vernehmlassung über einen entsprechenden Verordnungsentwurf auf den Zusammenhang mit dem kantonalen und kommunalen Baurecht hingewiesen wurde.³⁰

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes auf dem Gebiet des Umweltschutzes hat *nachträglich derogatorische Wirkung*. Das bedeutet, dass die Kantone so lange und so weit zum Erlass von Umweltschutzrecht zuständig bleiben, als der Bund von seiner Kompetenz nicht bzw. nicht abschliessend Gebrauch gemacht hat.³¹ Seit dem Erlass des Umweltschutzgesetzes und der zahlreichen Verordnungen dazu gibt es kaum mehr Raum für materielles Umweltrecht der Kantone. Art. 65 USG legt denn auch ausdrücklich fest, dass die Kantone im Rahmen dieses Gesetzes nach Anhören des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation eigene Vorschriften erlassen können, so lange der Bundesrat von seiner Verordnungskompetenz nicht ausdrücklich Gebrauch gemacht hat. Sie dürfen keine neuen Immissionsgrenzwerte, Alarmwerte oder Planungswerte festlegen und keine neuen Bestimmungen über Konformitätsbewertungen serienmässig hergestellter Anlagen sowie über den Umgang mit Stoffen oder Organismen erlassen. Bestehende kantonale Vorschriften gelten bis zum Inkrafttreten entsprechender Vorschriften des Bundesrates.³²

²⁹ Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01).

³⁰ André Schrade/Theo Loretan, in: Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 1998 ff., Art. 12 Rz. 34; Alain Griffel/Heribert Rausch, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Ergänzungsband zur 2. Aufl., Zürich 2011, Art. 12 Rz. 15; Jagmetti, Kommentar aBV (Anm. 5), Art. 24^{octies} Fn. 47, Rz. 63.

³¹ Helen Keller, Kommentar USG (Anm. 30), Art. 65 Rz. 1; Morell (Anm. 26), Rz. 9.

³² Dazu Keller (Anm. 31), Rz. 10 ff.; Griffel/Rausch (Anm. 30), Art. 65 Rz. 2 ff.

Nach der Rechtsprechung wird die *Zuständigkeit der Kantone, im Interesse des Umweltschutzes, aber gestützt auf andere Gesetzgebungskompetenzen* Recht zu setzen, durch Art. 74 BV und Art. 65 Abs. 1 USG nicht beschränkt. So regelt grundsätzlich das kantonale bzw. kommunale Recht, ob eine Baute oder Anlage in einer bestimmten Nutzungszone erstellt werden darf, namentlich auch, ob in Wohnzonen nur nicht störende bzw. in Wohn- und Gewerbebezonen nur mässig störende Gewerbebetriebe zulässig sind.³³ Aus BGE 116 Ib 175, 180, ergibt sich, dass kantonale Bestimmungen im Bereich des Energiesparens als kantonales Umweltrecht betrachtet werden können, das mit der durch Art. 74 BV vorgenommenen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Kantonen vereinbar ist.

5.1.2. Raumplanung

Art. 75 BV schreibt vor, dass der Bund die Grundsätze der Raumplanung festlegt. Diese obliegt den Kantonen und dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes. Der Bund fördert und koordiniert die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit den Kantonen zusammen. Bund und Kantone berücksichtigen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Erfordernisse der Raumplanung.

Raumplanung ist eine öffentliche Aufgabe, „die darauf angelegt ist, einerseits die sachliche Funktion des Aufbaus und der Weiterentwicklung der räumlichen Grundordnung nach quantitativen und qualitativen Anforderungen zu erfüllen und andererseits quer durch alle Aufgabenbereiche der Gemeinwesen hindurch auf die Berücksichtigung der Erfordernisse der räumlichen Ordnung hinzuwirken.“³⁴ Raumplanung kann auch als „Prozess der vorwegnehmenden Koordination von raumwirksamen Handlungsbeiträgen und deren Steuerung über längere Zeit, verbunden mit dem Bemühen um Implementation und Realisierung“ bezeichnet werden.³⁵

Der Bund verfügt nach Art. 75 Abs. 1 BV über eine *Grundsatzgesetzgebungskompetenz* auf dem so umschriebenen Gebiet der Raumplanung. Derartige Kompetenzen ermächtigen den Bund, auf einem Sachgebiet keine abschliessende, sondern eine punktuelle, auf das Wesentliche beschränkte Regelung zu treffen. Die Grundsatzgesetzgebung soll eine gewisse *Harmonisierung* im betreffenden Aufgabenbereich bewirken, muss jedoch den Kantonen einen *substanziellen eigenen Re-*

³³ Vgl. die Hinweise bei Keller (Anm. 31), Rz. 12.

³⁴ Martin Lendi, St. Galler Kommentar BV (Anm. 2), Art. 75 Rz. 10.

³⁵ Lendi (Anm. 34), Rz. 11.

gelungsspielraum belassen. Sie richtet sich primär an die Kantone, kann aber auch unmittelbar Rechte und Pflichten der Privaten festlegen. Der Bund ist befugt, bestimmte Sachverhalte bis in die Einzelheiten zu regeln, wenn es sich dabei um *besonders wichtige Fragen handelt, die einer bundeseinheitlichen Antwort* bedürfen.³⁶

Die Lehre hat sich intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, was zu den Grundsätzen der Raumplanung gehört, die nach Art. 75 Abs. 1 BV vom Bund festgelegt werden. Unumstritten ist, dass der Bund nicht Raumplanung mit anordnender Wirkung gegenüber den Kantonen, Gemeinden und Grundeigentümern betreiben, also insbesondere *keine behörden- oder grundeigentümerverbindlichen Raumpläne* erlassen darf.³⁷ Von besonderer Bedeutung ist das *Subsidiaritätsprinzip*. Eine Bundesregelung hält vor Art. 75 BV stand, „wenn das zu bewältigende Problem die Regelungsgrenzen eines einzelnen Kantons sprengt und die einheitliche Regelung im gesamtschweizerischen Interesse liegt“.³⁸ Wann ein solches Interesse vorliegt, hat im Wesentlichen der *Gesetzgeber* zu beurteilen; er legt fest, was er für grundsätzlich hält. Völlig frei ist er dabei aber nicht, da der Begriff der Grundsatzgesetzgebung ihm Grenzen setzt.³⁹ Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 75 Abs. 1 BV liegt ebenso der Erlass *eigentlicher Bauvorschriften*, jedenfalls soweit kein unmittelbarer Zusammenhang mit der Raumplanung besteht.⁴⁰

Zwar weisen die Vorschriften zur Energieverwendung in Gebäuden eine grosse Nähe zum Baurecht auf⁴¹ und haben viele Kantone die betreffenden Normen in ihre Baugesetze aufgenommen⁴². Eine bundesrechtliche Regelung wäre zudem allenfalls geeignet, die Erstellung von An-

³⁶ *Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier*, Droit constitutionnel suisse, Vol. I, 2^e édition, Berne 2006, no 1013 ff.; *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1087 ff.; *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011, § 20 Rz. 37 ff. – Siehe auch *August Mächler*, Rahmengesetzgebung als Instrument der Aufgabenteilung, Zürcher Diss., Zürich 1987, S. 102 ff.; *Peter Saladin*, Kommentar aBV (Anm. 5), Art. 3 Rz. 192 ff.; ferner vorne Ziff. 2.

³⁷ *Lendi* (Anm. 34), Rz. 24; *Alexander Ruch*, Aktuelle Grundfragen des Raumplanungsrechts, in: Alexander Ruch/Alain Griffel (Hrsg.), Raumplanungsrecht in der Krise, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 9 ff.; *ders.*, Umwelt – Boden – Raum (Anm. 26), Rz. 146 ff.; siehe auch *Biaggini* (Anm. 3), Art. 75 Rz. 3; *Riccardo Jagmetti*, Kommentar aBV (Anm. 5), Art. 22^{quater} Rz. 101 ff.; *Mahon*, Petit commentaire (Anm. 6), Art. 75 no 4 f.; *Alexander Ruch*, in: Heinz Aemisegger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich/Basel/Genf 2010, Einleitung Rz. 24; *Adrian Schneider*, Der angemessene Ausgleich für erhebliche Planungsvorteile nach Art. 5 Abs. 1 RPG, Fribourger Diss., Zürich/Basel/Genf 2006, S. 52 ff. – Dagegen kann der Bund gestützt auf gewisse Kompetenzen in anderen Sachgebieten (z.B. Verkehr, Energie, Landesverteidigung) Sachpläne festsetzen und damit auf die kantonalen bzw. kommunalen Raumpläne einwirken (*Lendi* [Anm. 34], Rz. 23).

³⁸ *Ruch*, Aktuelle Grundfragen (Anm. 37), S. 14.

³⁹ *Ruch*, Umwelt – Boden – Raum (Anm. 26), Rz. 147.

⁴⁰ *Jagmetti*, Energierecht (Anm. 8), S. 942 Fn. 199; *Lendi* (Anm. 34), Rz. 39.

⁴¹ Darin liegt letztlich ja auch der Grund für den Vorbehalt in Art. 89 Abs. 4 BV, dazu vorne Ziff. 2.

⁴² *Jagmetti*, Energierecht (Anm. 8), Rz. 8505.

lagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien und die sparsame Verwendung von Energie in Gebäuden zu erleichtern. Im Hinblick auf den enormen Bedeutungszuwachs, den die Klimapolitik und die Massnahmen im Zusammenhang mit der „Energiewende“ erfahren haben, könnte man wohl auch bejahen, dass es sich dabei um besonders wichtige Fragen handelt, die einer bundesrechtlichen Antwort bedürfen. Indessen liegen sie *nicht im Zielbereich der Raumplanung*, da sie nicht dazu dienen, die räumliche Grundordnung zu steuern, sondern energiepolitische Zwecke verfolgen. Der Bund kann sich deshalb nicht auf seine Grundsatzgesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet der Raumplanung stützen, um derartige Regelungen zu erlassen.

5.2. *Verhältnis zu den Kompetenzen der Kantone auf dem Gebiet der Energiepolitik*

Wie dargelegt überschneiden sich insbesondere die aus Art. 74 BV ergebenden Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der *Luftreinhaltung* und des *Klimaschutzes* mit dem Vorbehalt zu Gunsten der Kompetenz der Kantone zur Anordnung von Massnahmen, die den *Verbrauch von Energie in Gebäuden* betreffen (Art. 89 Abs. 4 BV). Näher zu klären ist deshalb das *Verhältnis zwischen Energie- und Umweltschutzartikel*.

Art. 89 BV, welcher dem Bund Gesetzgebungskompetenzen auf dem Gebiet der Nutzung und des Verbrauchs von Energie zuweist, ist als *Spezialnorm* (*lex specialis*) zu betrachten, welche dem Umweltschutzartikel (Art. 74 BV) vorgeht, soweit beide Bestimmungen den gleichen Gegenstand betreffen.⁴³ Der Energieartikel wurde zudem fast 20 Jahre nach dem Umweltschutzartikel in die BV aufgenommen; er genießt deshalb auch aus diesem Grunde *Vorrang*, soweit er den gleichen Gegenstand erfasst.⁴⁴ Für Vorkehren mit *eindeutig energiepolitischem Fokus* (Energieversorgung und -verbrauch) trifft Art. 89 BV somit eine eigenständige Ordnung, welche durch die Kompetenzverteilung nach Art. 74 BV nicht geändert wird.

Der Vorbehalt der Kompetenz der Kantone zum Erlass von Vorschriften, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen (Art. 89 Abs. 4 BV), wurde im Hinblick auf die Zuständigkeit der Kantone und Gemeinden auf dem Gebiet des Baurechts angebracht.⁴⁵ Daraus folgt, dass der

⁴³ Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 220.

⁴⁴ Jagmetti, Energierecht (Anm. 8), Rz. 8502. Anderer Meinung wohl Biaggini (Anm. 3), Art. 89 Rz. 9.

⁴⁵ Aubert, Petit commentaire (Anm. 6), Art. 89 no 14.

Bund solche Vorschriften *nicht gestützt auf Art. 74 BV über den Umweltschutz* erlassen kann, sondern nur, soweit ihn Art. 89 Abs. 4 BV dazu ermächtigt.⁴⁶

Anders zu entscheiden ist je nachdem bei Massnahmen, welche in einem *weiteren umweltpolitischen Kontext* stehen und den Energie- bzw. Gebäudebereich lediglich mit betreffen. In diesem Fall gilt es eine *Abwägung* vorzunehmen, da dem Vorbehalt von Art. 89 Abs. 4 BV grundsätzlich der gleiche Rang beizumessen ist wie dem Auftrag zum Schutz der Umwelt nach Art. 74 BV. Der Eingriff in den Bereich, der vor allem in die Zuständigkeit der Kantone fällt, erscheint jedenfalls dann als zulässig, wenn die Anliegen des Bundes von besonderer Bedeutung sind und sich ein Verzicht auf Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sehr nachteilig auf die Gesamtzielsetzung auswirken würde.⁴⁷ Die verfassungsrechtlich gebotene *Abstimmung zwischen dem Umweltschutz- und dem Energieartikel* kann namentlich dazu führen, dass der Bund den Kantonen für die Anordnung derartiger Massnahmen gewisse *zusätzliche Rechtssetzungsaufträge* erteilen darf, wenn eine einheitliche Regelung unerlässlich ist, um neue, besonders wichtige Ziele des Umweltschutzes, insbesondere des Klimaschutzes, zu erreichen. Dem Wandel der Interessenlage ist bei der Auslegung der Bestimmung, dass „vor allem“ die Kantone für Massnahmen zuständig sind, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, Rechnung zu tragen. Dabei muss eine Abwägung vorgenommen werden zwischen dem Interesse daran, den Zielsetzungen des Umweltschutzes durch die Verpflichtung der Kantone gerecht zu werden, entsprechende Gebäudevorschriften zu erlassen, und dem Interesse der Kantone an der autonomen Ausübung der ihnen zustehenden Gesetzgebungskompetenz. Zudem hat der Bund bei solchen Querschnittsregelungen konsequenterweise einen ganzheitlichen ausgewogenen Regulierungsansatz zu verfolgen, d.h. er darf sich z.B. nicht auf Sachgebiete konzentrieren, die voraussichtlich auf weniger politischen Widerstand stossen werden. Er kann insbesondere nicht nur deshalb Massnahmen auf dem primär in die Kompetenz der Kantone fallenden Bereich des Verbrauchs von Energie in Gebäuden anordnen, weil er auf anderen Gebieten mehr Mühe hat, seine umweltpolitischen Ziele zu erreichen.

6. Zulässigkeit einer Instrumentalisierung des kantonalen Steuerrechts (Frage 3)

Das primäre Ziel des Steuerrechts liegt darin, dem Staat die für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Einnahmen zu verschaffen. Der Gesetzgeber kann jedoch umweltrechtliche Aspek-

⁴⁶ Siehe dazu vorne Ziff. 2.

⁴⁷ *Saladin*, Bund und Kantone (Anm. 4), S. 463.

te bei der Beurteilung steuerrechtlicher Tatbestände einbeziehen. Dies ist sowohl über die steuerrechtliche Benachteiligung ökologisch verpönte Tatbestände wie auch durch die Privilegierung eines ökologisch erwünschten Verhaltens des Steuersubjekts möglich. Schon heute gibt es gewisse Steueranreize, um Investitionen bei bestehenden Gebäuden, welche dem Energiesparen und dem Umweltschutz dienen, zu fördern.⁴⁸

Die Kompetenz zur Ausgestaltung der Steuerordnung liegt grundsätzlich bei dem Gemeinwesen, welchem die Steuerhoheit zukommt. Im Bereich der direkten Steuern wird der Bund indessen in Art. 129 BV beauftragt, eine harmonisierende Grundsatzgesetzgebung zu erlassen, an der er sich auch selbst zu orientieren hat. Eigentliche Steuermassbestimmungen bilden grundsätzlich nicht Gegenstand der Harmonisierungskompetenz.⁴⁹ Den Kantonen wird lediglich ein rechtlicher Rahmen vorgegeben. Unter anderem werden in Art. 9 Abs. 3 StHG⁵⁰ die möglichen Abzüge für Umweltschutz, Energiesparen und Denkmalpflege geordnet. Ob sie solche vorsehen wollen, bleibt den Kantonen überlassen. Zudem verlangt Art. 9 Abs. 3 lit. a StHG, dass sich die Kantone mit dem Eidgenössischen Finanzdepartement abstimmen. Dieses hat die Massnahmen zur rationellen Energieverwendung und zur Nutzung erneuerbarer Energien, deren Kosten zum Abzug zugelassen werden, in einer Verordnung⁵¹ näher umschrieben. Art. 129 BV taugt nur insofern als Grundlage, um den Kantonen verbindliche Vorgaben hinsichtlich der steuerrechtlichen Behandlung von umweltrechtlich erwünschten Investitionen zu machen, als solche Tatbestände bereits heute verbreitet Gegenstand des kantonalen Steuerrechts bilden.⁵² Das primäre Ziel des Art. 129 BV und des StHG liegt in der Vereinheitlichung des Steuerrechts und nicht darin, innovative neue Lösungen zu entwickeln. Sachpolitik lässt sich auf dem Weg der Harmonisierung des Steuerrechts nicht betreiben. Dies gilt erst recht für Zielsetzungen, die in keinem direkten Bezug zum Steuerrecht stehen. Vielmehr müsste sich der Bund dafür auf eine umweltbezogene *Sachkompetenz* (im Vordergrund steht wiederum Art. 74 BV) abstützen können. Mit anderen Worten ist ein energiepolitisches Engagement des Bundes über steuerrechtliche Instrumente hinsichtlich der

⁴⁸ Christoph Fritzsche/Peter Bösch/Thomas Wipf, Zürcher Planungs- und Baurecht, 5. Aufl., Zürich 2011, S. 607.

⁴⁹ Urs. R. Behnisch, St. Galler Kommentar BV (Anm. 2), Art. 129 Rz. 12; Markus Reich, in: Martin Zweifel/Peter Athanas (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht I/1, Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG), 2. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Vorb. zu Art. 1/2 Rz. 30.

⁵⁰ Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14).

⁵¹ Verordnung über die Massnahmen zur rationellen Energieverwendung und zur Nutzung erneuerbarer Energien vom 24. August 1992 (SR 642.116.1).

⁵² Francis Cagianut, Kommentar aBV (Anm. 5), Art. 42^{quinquies} Rz. 13; Reich, Kommentar StHG (Anm. 49), Art. 9 Rz. 57.

Zuständigkeit nicht grundlegend anders zu beurteilen als die bisher diskutierten Ansätze. Denkbar wäre immerhin, dass der Bund die Spielräume der Kantone für die Einführung von Abzugsmöglichkeiten erweitert.⁵³ Ob sie davon Gebrauch machen, hätten die Kantone dann aber weiterhin selbstständig zu entscheiden. Dies würde allerdings im Ergebnis dem Harmonisierungsgedanken von Art. 129 BV eher zuwiderlaufen.

Gegenüber einer allzu starken Instrumentalisierung des Steuerrechts zur Verwirklichung von Zielen des Umweltschutzes bestehen weitere verfassungsrechtliche Bedenken. Im Steuerrecht sind die Grundsätze der Allgemeinheit und der Gleichmässigkeit der Besteuerung sowie der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu beachten (Art. 127 Abs. 2 BV). Nach herrschender Lehre lässt dies Lenkungscomponenten bei den direkten Steuern nur in einem engen Rahmen zu.⁵⁴ Daneben gerät ein bundesrechtlicher Zwang zu Steuermindereinnahmen mit der den Kantonen gemäss Art. 3 BV zustehenden Steuerhoheit in Konflikt. Schliesslich kann es auch zu einem Widerspruch mit dem Verursacherprinzip (Art. 74 Abs. 2 Satz 2 BV) kommen, indem die Finanzierung gebotener Umweltschutzmassnahmen nicht dem Verursacher, sondern indirekt dem (nicht privilegierten) Steuerzahler aufgebürdet wird.⁵⁵

7. Zulässigkeit eines bundesrechtlichen Gebäudeenergieausweis-Obligatoriums

(Frage 4)

Diskutiert wird, ob das Vorliegen eines Gebäudeenergieausweises zur Voraussetzung für Handänderungen von Liegenschaften erklärt werden soll.⁵⁶ Dabei würde formell zwar ein privatrechtliches Geschäft als Anknüpfungspunkt dienen. Ein direkter materieller Bezug zum Privatrechtsgeschäft bestünde jedoch nur bedingt. Mit der Aufklärung des Käufers über die Energiewerte des Kaufobjekts würde der Gesetzgeber nämlich nicht primär das Ziel verfolgen, dem Käufer die notwendigen Grundlagen für den Vertragsschluss zu liefern und Transparenz unter den privaten Vertragspartnern zu schaffen. Ansonsten müsste sich die Ausweispflicht konsequenterweise auch noch auf weitere preisrelevante Gebäudewerte erstrecken. Das Obligatorium bezweckt vielmehr in erster Linie die Verwirklichung öffentlicher Interessen.⁵⁷ Eine entspre-

⁵³ Klaus A. Vallender/Reto Jacobs, *Ökologische Steuerreform*, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 158.

⁵⁴ Jagmetti, *Energierrecht* (Anm. 8), Rz. 9304 f.; Klaus A. Vallender, *Gedanken zur Ökologisierung des Steuerrechts*, in: ASA 62/1994, S. 647; ders./Jacobs (Anm. 53), S. 160 f.

⁵⁵ Vallender/Jacobs (Anm. 53), S. 161.

⁵⁶ Stefan Rieder/Andreas Lienhard/Philippe Kaufmann, *Gebäudeausweis in der Schweiz: Mögliche Vollzugsmodelle*, Bern 2006, S. 49.

⁵⁷ Rieder/Lienhard/Kaufmann (Anm. 56), S. 56, 66 f.

chende Vorschrift wäre deshalb als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Selbst wenn man trotzdem eine Regelung im *Obligationenrecht* ins Auge fassen wollte, liesse sich diese jedenfalls kaum auf die Privatrechtskompetenz von Art. 122 Abs. 1 BV abstützen.

Bestimmungen über den Gebäudeenergieausweis gehören deshalb thematisch in das Energiegesetz. Dabei hat sich der Bund aber im Rahmen der Kompetenz zu halten, welche ihm aufgrund von Art. 89 Abs. 4 BV zusteht. Wie vorne ausgeführt, hat der Bund für eigenständige Regelungen betreffend den Energieverbrauch in Gebäuden ein überwiegendes Interesse auszuweisen. Zudem ist der kantonale Zuständigkeitsbereich in der Substanz zu wahren. Art. 9 Abs. 4 Satz 2 EnG überlässt es heute den Kantonen, ob bzw. inwieweit sie den Energieausweis für obligatorisch erklären wollen. Gegen ein Obligatorium wird namentlich vorgebracht, dass ein solches zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand führen würde.⁵⁸ Bisher haben die Kantone daher mehrheitlich davon abgesehen, ein solches Obligatorium einzuführen. Solange dieser Zustand andauert, würde sich eine verbindliche Vorgabe des Bundes als relativ weitgehende Einmischung in die kantonalen Kompetenzen erweisen. Um eine Änderung der Gesetzgebung fast sämtlicher Kantone zu rechtfertigen, müsste der Bund sehr gewichtige Gründe anführen. Anders wäre allenfalls zu entscheiden, wenn sich das Obligatorium bereits verbreitet durchgesetzt hätte und der Bund seine Einflussnahme primär mit dem Ziel einer einheitlichen Lösung begründen könnte.

8. Zusammenfassung

Art. 89 Abs. 4 BV ist als Konkretisierung der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 89 Abs. 2 BV für den Bereich des Energieverbrauchs in Gebäuden zu betrachten. Bundesrechtliche Vorschriften über den Energieverbrauch in Gebäuden, welche über Art. 9 EnG hinausreichen, sind insoweit zulässig, als der Eingriff in den kantonalen Kompetenzbereich sich auf Rechtssetzungsaufträge beschränkt, sachlich eng begrenzt bleibt und zudem zureichend begründet werden kann. Die Einwirkungen des Bundes müssen sich dabei auch insgesamt in einem gewissen Rahmen halten, wobei die bestehenden Regelungen zu berücksichtigen sind. Diese Schranken gelten im Besonderen auch für Übergriffe in baurechtliche Materien. Relativ umfassende bundesrechtliche Harmonisierungsvorgaben an die Adresse der Kantone sind unzulässig; solche Einflussnahmen müssen vielmehr ebenfalls sehr gezielt und sachlich eng begrenzt erfolgen.

⁵⁸ Rieder/Lienhard/Kaufmann (Anm. 56), S. 91.

An der so präzisierten Kompetenzverteilung ändern weder Art. 74 noch Art. 75 BV etwas. Gegenüber dem Umweltschutzartikel (Art. 74 BV) erweist sich Art. 89 Abs. 4 BV als speziellere Regelung, welche im Überschneidungsbereich Vorrang beansprucht. Immerhin muss es dem Bund möglich sein, im Rahmen übergeordneter umweltpolitischer Zielsetzungen, welche den Energiebereich mit betreffen, Probleme ganzheitlich anzugehen und den Kantonen in diesem Zusammenhang gewisse Vorgaben zu machen. Auf dem Gebiet der Raumordnungspolitik (Art. 75 BV) kommt es gar nicht zu einer Überschneidung der Kompetenzen. Vielmehr liegen Massnahmen, welche die Regelung des Energieverbrauchs in Gebäuden betreffen, trotz ihrer Nähe zum Baurecht nicht im Zielbereich des Raumplanungsartikels.

Auch die Möglichkeiten des Bundes, auf das kantonale Steuerrecht zur Verfolgung umweltpolitischer Ziele einzuwirken, sind eng begrenzt. Insbesondere bietet der Harmonisierungsauftrag in Art. 129 BV hierfür keine genügende Basis.

Die Zivilrechtskompetenz des Bundes nach Art. 122 Abs. 1 BV stellt keine taugliche Grundlage dar, um zu verlangen, dass bei Handänderungen obligatorisch ein Gebäudeenergieausweis vorliegen muss. Vielmehr müsste sich der Bund hier ebenfalls an die Schranken von Art. 89 Abs. 4 BV halten. Ob der Bund dabei ein genügendes Interesse hat, um einen derart weitgehenden Eingriff zu rechtfertigen, erscheint zweifelhaft.

Erlinsbach/Fällanden, 21. September 2012



(Prof. Dr. iur. Georg Müller)



(PD Dr. Stefan Vogel)