

# **GUTACHTEN**

zuhanden des

**BUNDESAMTS FÜR UMWELT (BAFU)**

betreffend

**VERFASSUNGSGRUNDLAGE FÜR EIDGENÖSSISCHE  
POLIZEIRECHTLICHE INSTRUMENTE IM GEBÄUDEBEREICH**

erstellt von

**PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT  
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH  
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER**

und

**LIC. IUR. FLORIAN FLEISCHMANN  
ASSISTENT AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH**

17. April 2014

## **INHALTSVERZEICHNIS**

<b>I.</b>	<b>AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>BUNDESRECHTLICHE KOMPETENZEN IM BEREICH DES ENERGIEVERBRAUCHS IM GEBÄUDEBEREICH</b>	<b>6</b>
	1. Art. 89 BV im Überblick	6
	2. Grundsatzgesetzgebung des Bundes nach Art. 89 Abs. 2 BV	7
	3. Kompetenzverteilung im Gebäudebereich (Art. 89 Abs. 4 BV)	9
	4. Gebrauch der Bundeskompetenz (Art. 89 Abs. 5 BV)	11
	5. Bundeskompetenz im Bereich der Anlagen (Art. 89 Abs. 3 BV)	12
	6. Weitere Bundeskompetenzen, namentlich Art. 74 BV	13
	7. Exkurs: Ersatzvornahme des Bundes?	17
	8. Zwischenfazit	19
<b>III.</b>	<b>BEURTEILUNG EINZELNER MASSNAHMEN</b>	<b>20</b>
	1. Ölheizungsverbot und Gasheizungsverbot	20
	2. Technische Anforderungen an Öl- und Gasheizungen	21
	3. Grenzwerte für Gebäude	23
	4. Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlage	25
	5. Einführung von obligatorischen Erneuerungsfonds	26
	6. Einführung obligatorischer Gebäude-CO <sub>2</sub> -Ausweise	27
<b>IV.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG</b>	<b>29</b>

## LITERATURVERZEICHNIS

- AUBERT JEAN-FRANÇOIS et al. (Hrsg.) Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff. (zit. BEARBEITER/-IN, Komm. BV 1874, Art. N)
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MAHON PASCAL Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, Zurich/Bâle/Genève 2003 (zit. BEARBEITER, Petit Comm., Art. No)
- BIAGGINI GIOVANNI Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007
- BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.) Staatsrecht, Zürich 2011 (zit. BEARBEITER/-IN, in: Staatsrecht, § N)
- EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.) Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008 (zit. BEARBEITER/-IN, SG-Komm., Art. N)
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010
- JAAG TOBIAS/LIENHARD ANDREAS/TSCHANNEN PIERRE Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, 7. Aufl., Basel 2009
- JAGMETTI RICCARDO Energierecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VII, Basel 2005 (zit. Energierecht)
- KELLER HELEN/HAUSER MATTHIAS Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimaleistungsabgabe, AJP 2009, S. 803 ff.
- MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013
- RAUSCH HERIBERT/MARTI ARNOLD/GRIFFEL ALAIN Umweltrecht – Ein Lehrbuch, Zürich/Basel/Genf 2004
- TSCHANNEN PIERRE Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011
- UHLMANN FELIX Gesetzgebungstechnische und –methodische Überlegungen, in: Uhlmann Felix (Hrsg.), Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, Schriftenreihe des Zentrums für Rechtssetzungslehre, Band 2, Zürich/St. Gallen 2013, S. 35 ff.
- WEBER ROLF H. Energie und Kommunikation, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 60

## I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

- 1 Gemäss Art. 3 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über die Reduktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 23. Dezember 2011 (CO<sub>2</sub>-Gesetz, SR 641.71) sind "die Treibhausgasemissionen im Inland [...] bis zum Jahr 2020 gegenüber 1990 gesamt- haft um 20 Prozent zu vermindern." Der Bundesrat kann sektorielle Zwischenzie- le festlegen (Art. 3 Abs. 1 Satz 2 CO<sub>2</sub>-Gesetz). Für den Gebäudebereich hat der Bundesrat ein Zwischenziel von "höchstens 78 Prozent der Emissionen des Jah- res 1990" per 2015 festgelegt (Art. 3 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Re- duktion der CO<sub>2</sub>-Emissionen vom 30. November 2012 [CO<sub>2</sub>-Verordnung, SR 641.711]). Wird ein Zwischenziel nicht erreicht, "so beantragt das Eidgenös- sische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) nach Anhörung der Kantone und der betroffenen Kreise dem Bundesrat weitere Massnahmen" (Art. 3 Abs. 2 CO<sub>2</sub>-Verordnung).
- 2 Das BAFU befürchtet, dass die Zielsetzungen gemäss CO<sub>2</sub>-Gesetz und CO<sub>2</sub>- Verordnung nicht fristgerecht erreicht werden. Die Gebäudebeheizung und die Wassererwärmung sind in der Schweiz für einen erheblichen Teil der Treibhaus- gasemissionen verantwortlich. Das BAFU prüft deshalb weitergehende Mass- nahmen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen im Gebäudebereich.
- 3 Für diese weitergehenden Massnahmen stellt sich die Frage der verfassungs- mässigen Kompetenz des Bundes. Zur Klärung dieser Frage hat das BAFU die Unterzeichnenden mit E-Mail vom 5. Februar 2014 kontaktiert. Konkret wurde nachgefragt, ob die nachfolgenden klimapolitischen Massnahmen des Bundes im Gebäudebereich durch das geltende Verfassungsrecht gedeckt seien oder nicht:
  1. Verbot
    - Ölheizungsverbot
    - Gasheizungsverbot
  2. Technische Anforderungen an Öl- und Gasheizungen (inkl. Wassererwärmung)
    - Grenzwert für max. Ausstoss an CO<sub>2</sub> pro kWh thermischer Energie analog Luft- schadstoffe (vgl. Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 [LRV, SR 814.318.142.1])
    - etc.
  3. Grenzwerte für Gebäude
    - a) als Vorgabe im Falle von Neubau oder Sanierung (implizit in heutiger kantonaler Energiegesetzgebung enthalten)
    - b) als verbindliche Zielgrösse für alle Gebäude bis zum Jahr YYYY (Sanierungs- pflicht)
    - c) Mögliche Ausgestaltung der Grenzwerte:
      - (1) kg CO<sub>2</sub> pro m<sup>3</sup> Kubatur

- (2) kg CO<sub>2</sub> pro m<sup>2</sup> Energiebezugsfläche (EBF)
  - (3) kg CO<sub>2</sub> pro Gebäude und Kopf
  - (4) Mindestvorgabe Effizienzklasse Gebäudeenergieausweis der Kantone (GE-AK)
  - (5) Maximaler Heizwärmebedarf und maximaler Anteil nicht erneuerbare Energien (analog Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich, MuKE n)
  - (6) Maximaler Heizwärmebedarf und maximale CO<sub>2</sub>-Emissionen
4. Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlage
  5. Einführung von obligatorischen Erneuerungsfonds
  6. Einführung obligatorischer Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweise? (bspw. Weiterentwicklung des GEAK)
- 4 Den Unterzeichnenden wurden zwei Gutachten von Prof. Dr. Georg Müller und PD Dr. Stefan Vogel zur Verfügung gestellt: Das erste Gutachten "Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf den Gebieten der Energie-, Umwelt- und Raumordnungspolitik" datiert vom 21. September 2012 (im Folgenden: "Gutachten MÜLLER/VOGEL"), das zweite Gutachten "Ergänzungsgutachten betreffend Finanzautonomie der Kantone/Gleichbehandlung/Lenkungsabgaben" vom 12. Juli 2013 (im Folgenden: "Ergänzungsgutachten MÜLLER/VOGEL").
  - 5 Mit Blick auf eine gewisse zeitliche Dringlichkeit wurde dem BAFU ein erster Entwurf, welcher sich schweremächtig zur Verfassungsmässigkeit der Massnahmen unter Ziff. 1 bis 3 vorstehend ausspricht, am 19. Februar 2014 übermittelt. Nach einer Besprechung mit dem BAFU vom 10. März 2014 wurde das Gutachten in die vorliegende Form gebracht.
  - 6 Das vorliegende Gutachten äussert sich zu den vorgeschlagenen Massnahmen allein aus verfassungsrechtlicher Sicht. Die technische Machbarkeit, die wirtschaftlichen Auswirkungen sowie die politische Wünschbarkeit der entsprechenden Massnahmen sind nicht Gegenstand des vorliegenden Gutachtens, ebenso wenig die Frage des Erreichens der Reduktionsziele. Die juristische Lehre und Praxis wurde mit einer gewissen Zurückhaltung eingearbeitet.

## II. BUNDESRECHTLICHE KOMPETENZEN IM BEREICH DES ENERGIEVERBRAUCHS IM GEBÄUDEBEREICH

### 1. Art. 89 BV im Überblick

- 7 Für die sich stellenden Kompetenzfragen ist der Blick in erster Linie auf Art. 89 BV zu richten, da diese Bestimmung ausdrücklich die Energiepolitik von Bund und Kantonen betrifft. Art. 89 BV lautet:

*"<sup>1</sup> 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.*

*<sup>2</sup> Der Bund legt Grundsätze fest über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch.*

*<sup>3</sup> 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.*

*<sup>4</sup> Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind vor allem die Kantone zuständig.*

*<sup>5</sup> 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."*

- 8 Art. 89 Abs. 1 BV umschreibt die energiepolitischen Ziele von Bund und Kantonen. Die Bestimmung enthält den ausdrücklichen Vorbehalt, dass sich Bund und Kantone "im Rahmen ihrer Zuständigkeiten" für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch einsetzen. Damit können aus Art. 89 Abs. 1 BV grundsätzlich keine Bundeskompetenzen abgeleitet werden (SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 5; BIAGGINI, Art. 89 N 4); die Bestimmung ist indessen für die Anwendung anderer Bundeskompetenzen einschlägig. Sie fordert Bund und Kantone auf, ihre bestehenden Kompetenzen im Sinne der Zielsetzungen von Art. 89 Abs. 1 BV wahrzunehmen.
- 9 Eine Bundeskompetenz enthält Art. 89 Abs. 2 BV. Gemäss dieser Bestimmung erlässt der Bund "Grundsätze [...] über die Nutzung einheimischer erneuerbarer Energien und über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch". Auf diese Grundsatzkompetenz (SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 12; BIAGGINI, Art. 89 N 5; JAGMETTI, Energierecht, Rz. 1321) und ihr Verhältnis zu den anderen Absätzen von Art. 89 BV ist sogleich zurückzukommen (vgl. hinten Rz. 14 ff.).

- 10 Eine (uneingeschränkte) Bundeskompetenz findet sich in Art. 89 Abs. 3 BV (SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 13; JAGMETTI, Komm. BV 1874, Art. 24<sup>octies</sup> N 52; WEBER, § 60 Rz. 8). Gemäss dieser Bestimmung erlässt der Bund "Vorschriften über den Energieverbrauch von Anlagen, Fahrzeugen und Geräten." Der Bund fördert auch "die Entwicklung von Energietechniken, insbesondere in den Bereichen des Energiesparens und der erneuerbaren Energien."
- 11 Von besonderem Interesse für die gestellten Fragen ist augenscheinlich Art. 89 Abs. 4 BV: *"Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind vor allem die Kantone zuständig."* Bereits ein erster Blick auf die vom Bund ins Auge gefassten Massnahmen zeigt, dass diese schwergewichtig genau unter diese Bestimmung fallen. Entsprechend erscheint Art. 89 Abs. 4 BV für die Kompetenzen des Bundes in diesem Bereich zentral (vgl. hinten Rz. 19 ff.).
- 12 Zu berücksichtigen ist schliesslich Art. 89 Abs. 5 BV. Der Bund hat in seiner Energiepolitik "den Anstrengungen der Kantone und den Gemeinden sowie der Wirtschaft" Rechnung zu tragen. Hierbei handelt es sich grundsätzlich nicht um eine kompetenzbegründende Bestimmung der Bundesverfassung. Art. 89 Abs. 5 BV bezieht sich als Koordinationsnorm vielmehr auf die *Art und Weise, wie der Bund von seinen bestehenden Kompetenzen Gebrauch machen soll* (SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 16; Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 6).
- 13 Das Bundesgericht bezeichnet das Verhältnis zwischen den bundesrechtlichen und den kantonalen Kompetenzen als "ausgesprochen komplex" (BGer., Urteil 1C\_36/2011 vom 8. Februar 2012, E. 3.2 m.w.H.). Die Schwierigkeiten liegen vor allem darin, dass der Bund (nur) mit einer Grundsatzkompetenz ausgestaltet ist (Art. 89 Abs. 2 BV), welche ihrerseits im Lichte weiterer verfassungsrechtlicher Gebote (in Art. 89 BV: Abs. 4 und Abs. 5) möglicherweise mit Zurückhaltung zu interpretieren ist. Es liegt nahe, dementsprechend Art. 89 Abs. 2 BV als Ausgangspunkt der weiteren Betrachtungen zu nehmen, um anschliessend die spezifischere Bestimmung von Art. 89 Abs. 4 BV zu untersuchen. Danach sind weitere Bundeskompetenzen zu prüfen.

## **2. Grundsatzgesetzgebung des Bundes nach Art. 89 Abs. 2 BV**

- 14 Gemäss Art. 89 Abs. 2 BV legt der Bund die Grundsätze "über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch" fest. Es handelt sich dabei um eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz oder – hier gleichbedeutend verstanden – Rahmengesetzgebungskompetenz (SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 12; BIAGGINI, Art. 89 N 5; JAGMETTI, Energierecht, Rz. 1321; JAGMETTI, Komm. BV 1874,

Art. 24<sup>octies</sup> N 37. Vgl. zu den Begrifflichkeiten MÜLLER/UHLMANN, Rz. 387, 3. Spiegelstrich, sowie UHLMANN, S. 42 ff.). Grundsatzgesetzgebung zeichnet sich unseres Erachtens dadurch aus, "dass erstens weiterer Umsetzungsbedarf besteht, zweitens den Kantonen ein Regelungsbereich von substanziellem Gehalt verbleibt und drittens die Regelungsdichte tief ist" (MÜLLER/UHLMANN, Rz. 387, 3. Spiegelstrich; UHLMANN, S. 43).

15 Diesen Vorgaben entspricht Art. 9 des Energiegesetzes vom 26. Juni 1998 (EnG, SR 730.0). Die dort enthaltenen Normen sind nicht direkt anwendbar und setzen voraus, dass sie durch die kantonale (oder interkantonale) Gesetzgebung konkretisiert werden. Gemäss Art. 9 Abs. 3 EnG werden die Kantone ausdrücklich zum Erlass von Vorschriften aufgerufen. Normativ ist Art. 9 EnG sehr offen gehalten, finden sich darin doch nur wenig materielle Vorgaben für die Kantone. Daraus ergibt sich auch, dass im Sinne einer vorstehend definierten Grundsatzkompetenz den Kantonen offensichtlich ein Regelungsbereich von substanziellem Gehalt verbleibt.

16 Dieser Spielraum erscheint insofern eingeschränkt, als die Kantone nicht frei sind, die entsprechenden Massnahmen zu treffen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut von Art. 9 EnG. Zu berücksichtigen ist aber auch Art. 9 CO<sub>2</sub>-Gesetz. Darin werden die Kantone auf Folgendes verpflichtet:

*"<sup>1</sup> Die Kantone sorgen dafür, dass die CO<sub>2</sub>-Emissionen aus Gebäuden, die mit fossilen Energieträgern beheizt werden, zielkonform vermindert werden. Dafür erlassen sie Gebäudestandards für Neu- und Altbauten aufgrund des aktuellen Stands der Technik."*

Dabei handelt es sich um eine finale Norm (vgl. dazu MÜLLER/UHLMANN, Rz. 257). Solche Normen müssen nicht notwendigerweise offener als konditionale Normen sein (vgl. MÜLLER/UHLMANN, Rz. 260). Gerade im Bereich der Treibhausgasemissionen erscheinen die Zielvorgaben durchaus bestimmt. Der Spielraum der Kantone bezieht sich nach geltendem Recht nicht auf das "Ob", sondern augenscheinlich auf das "Wie". In dieser Hinsicht erscheinen sowohl Art. 9 CO<sub>2</sub>-Gesetz wie auch Art. 9 EnG weitgehend offen, sieht man von der Verpflichtung auf einzelne Mittel (Art. 9 Abs. 3 EnG) und die Schaffung eines Gebäudeenergieausweises ab (Art. 9 Abs. 4 EnG).

17 Zu berücksichtigen ist auch, dass eine Grundsatzkompetenz des Bundes nicht a priori ausschliesst, "dass der Bund einzelne Bestimmungen «tief» oder «dicht» normiert und dem Kanton keinen oder einen geringen Umsetzungsspielraum lässt, wie etwa bei der Rodungsbewilligung (detaillierte Bestimmungen) im Waldgesetz (Grundsatzgesetz) oder der sehr einlässlichen Regelung der Ausnahmbewilligung für Bauten ausserhalb des Baugebietes in Art. 24 ff. RPG, die

sich auf die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes in Art. 75 Abs. 1 BV stützt" (MÜLLER/UHLMANN, Rz. 387, 3. Spiegelstrich). Entsprechend kann unseres Erachtens aus dem Begriff der "Grundsatzkompetenz" noch nicht zwingend geschlossen werden, dass der Bund nicht in Einzelfällen eine vollständige, direkt anwendbare Regelung von erheblicher Verbindlichkeit schafft. Entscheidend ist, dass der Bund nicht flächendeckend eine "tiefe" Normierung erlässt und damit den Regelungsbereich der Kantone aushöhlt. Der Bund darf also sowohl Normen mit hohem Abstraktionsgrad setzen, welche die Konkretisierung den Kantonen überlassen, als auch einzelne Detailregelungen erlassen, sofern es sich um zentrale Anliegen handelt, die einer einheitlichen Regelung auf Bundesebene bedürfen (JAGMETTI, Komm. BV 1874, Art. 24<sup>octies</sup> N 37).

- 18 Nach unserem Verständnis sind in Bezug auf die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 89 Abs. 2 BV keine abweichenden Auffassungen ersichtlich (vgl. SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 12; WEBER, § 60 Rz. 7; JAGMETTI, Komm. BV 1874, Art. 24<sup>octies</sup> N 37; JAGMETTI, Energierecht, Rz. 1322; diesbezüglich unklar BIAGGINI, Art. 89 N 5). Die vorstehend allgemein erläuterten Ausführungen zur Grundsatzgesetzgebung des Bundes können auf den Energiebereich angewendet werden.

### 3. Kompetenzverteilung im Gebäudebereich (Art. 89 Abs. 4 BV)

- 19 Vorliegend erscheint in erster Linie Art. 89 Abs. 4 BV als einschlägig, geht es doch bei den vom BAFU vorgeschlagenen Massnahmen unseres Erachtens schwergewichtig um "Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen". Art. 89 Abs. 4 BV hält dazu fest, dass für solche Massnahmen "vor allem die Kantone zuständig" sind. Dabei erscheint die Wendung "*vor allem*" besonders interpretationsbedürftig resp. geradezu "sibyllinisch" (RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, Rz. 195; BIAGGINI, Art. 89 N 9). Sie ist verfassungsrechtlich singulär. Eine vergleichbare Grenzziehung der Kompetenzen von Bund und Kantonen ist in einer anderen Bestimmung der Bundesverfassung nicht vorhanden.
- 20 Von seiner Funktion her geht es in Art. 89 Abs. 4 BV um einen Schutz der kantonalen Kompetenzen im *Baurecht* (Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 5; vgl. auch SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 15; JAGMETTI, Energierecht, Rz. 8501; JAGMETTI, Komm. BV 1874, Art. 24<sup>octies</sup> N 63). Aufgrund der engen Verbindung der in Art. 89 Abs. 4 BV angesprochenen Massnahmen zum Baurecht und den Bauvorschriften, deren Erlass und Anwendung grundsätzlich Sache der Kantone ist, sollen zum Erlass dieser Massnahmen die Kantone zuständig sein (JAGMETTI, Ener-

gierecht, Rz. 8501); diese sind dazu besser geeignet als der Bund (AUBERT, Petit Comm., Art. 89 no 14).

- 21 Unsicher erscheint auch das Verhältnis von Art. 89 Abs. 2 und Abs. 4 BV. Fraglich ist insbesondere, ob Art. 89 Abs. 4 BV im Sinne einer *Verstärkung der kantonalen Kompetenzen* und damit einer weiteren Zurückdrängung der ohnehin auf Grundsätze beschränkten Bundeskompetenz zu verstehen ist (so Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 6). Denkbar wäre auch, dass Art. 89 Abs. 4 BV in der Weise gelesen wird, dass diese Bestimmung auch für den Bund kompetenzbegründend erscheint und auch der Bund sie anrufen kann (so BIAGGINI, Art. 89 N 9, der die Ansicht vertritt, dass dem Bund auch weiterreichende Regelungen als bloss der Erlass von Grundsätzen erlaubt seien). Immerhin sind die Kantone nicht uneingeschränkt zuständig, sondern wird mit der Formulierung "vor allem" angedeutet, dass auch der Bund in diesem Bereich tätig sein darf (AUBERT, Petit Comm., Art. 89 no 15; BIAGGINI, Art. 89 N 9; SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 15; so auch bereits die Botschaft über einen Energieartikel in der Bundesverfassung vom 7. Dezember 1987 [BBI 1988 I 337 ff., 383]) – im Gegensatz dazu hält zum Beispiel Art. 69 Abs. 1 BV ohne jede Einschränkung fest, dass für den Bereich der Kultur die Kantone zuständig sind.
- 22 Das Bundesgericht hat sich soweit ersichtlich in diesem Bereich nicht explizit geäußert. Es spricht etwa in BGE 138 I 454 ff., 467 E. 3.7 von einer "kantonalen Zuständigkeit", misst diese aber nicht näher aus (vgl. auch BGer., Urteil 1C\_36/2011 vom 8. Februar 2012 E. 3.1). Von einer "Zuständigkeit der Kantone" spricht auch der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung des Energiegesetzes vom 24. Juni 2009 (BBI 2009 5317 ff., 5320). Gemäss den Vorschlägen des Bundesrates soll ein schweizweit einheitlicher Gebäudeenergieausweis eingeführt werden, "was aber nichts an der Zuständigkeit der Kantone [ändert], den Ausweis inhaltlich festzulegen und zu gestalten (Art. 89 Abs. 4 BV)." Die explizite Nennung von Art. 89 Abs. 4 BV an dieser Stelle kann mindestens als Indiz gedeutet werden, dass der Bund in diesem Bereich von einem verfassungsrechtlich geschützten Kompetenzbereich der Kantone ausgeht. In dieselbe Richtung weist auch bereits die Botschaft zum Energiegesetz (EnG) vom 21. August 1996 (BBI 1996 IV 1005 ff., 1064), wonach Absatz 4 keine Bundeskompetenzen begründe und vor allem politische Bedeutung habe.
- 23 Die Bestimmung von Art. 89 Abs. 4 BV fand sich inhaltlich identisch bereits in Art. 24<sup>octies</sup> Abs. 4 Satz 3 aBV. Da mit der Neufassung der entsprechenden Passage im Rahmen der Totalrevision der BV keine inhaltliche Änderung angestrebt wurde, lassen sich für die Auslegung der aktuellen Fassung nach wie vor auch

die Materialien zur Vorläuferbestimmung heranziehen (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 [BBI 1997 I 1 ff., 269]). So spricht denn die Botschaft über einen Energieartikel in der Bundesverfassung vom 7. Dezember 1987 (BBI 1988 I 337 ff., 383) davon, dass "über die Nutzung von Energie in Gebäuden [...] vor allem die Kantone die erforderlichen Massnahmen treffen" sollen, wohingegen der Bund "nur subsidiär zu den Kantonen legiferieren und nur Grundsätze aufstellen" soll. Schon diese Bestimmung wurde von der Lehre so interpretiert, dass sie keine neuen Aufgaben des Bundes und auch keine Kompetenzen begründet, sondern lediglich den Rahmen der Bundestätigkeit und deren Grenzen festlegt (JAGMETTI, Komm. BV 1874, Art. 24<sup>octies</sup> N 58).

- 24 Im Ergebnis dürften die unterschiedlichen Strömungen und Annäherungen nicht weit voneinander entfernt liegen. Unseres Erachtens stellt Art. 89 Abs. 4 BV eine weitere Verstärkung des Subsidiaritätsgedankens dar, der allgemein in Art. 5a BV und energiespezifisch in Art. 89 Abs. 5 BV (vgl. hinten Rz. 25) zum Ausdruck kommt (vgl. dazu auch BGer., Urteil 1C\_36/2011 vom 8. Februar 2012 E. 3.1). Eine Kompetenz des Bundes wird in Art. 89 Abs. 4 BV nicht begründet. Gleichzeitig wird aber klargestellt, dass der Gebäudebereich nicht eine ausschliessliche Domäne der Kantone ist. Dreht man in diesem Sinne die (deklaratorische) Kompetenzzuweisung an die Kantone in der Form des Begriffes "*vor allem*" um, so bleibt für den Bund eine Kompetenz, die sich möglicherweise am treffendsten mit dem Begriff "*ausnahmsweise*" umreissen lässt. Die Zuständigkeit der Kantone im Gebäudebereich wäre in diesem Sinne die Regel, die Kompetenz des Bundes (die er kompetenzrechtlich auf eine andere Norm als Art. 89 Abs. 4 BV abstützen müsste, also vor allem Art. 89 Abs. 2 BV) wäre dazu die Ausnahme.

Nichts anderes ergibt sich unseres Erachtens bei einer Lesart von Art. 89 Abs. 4 BV als selbständige Begründung einer Bundeskompetenz. Auch in diesem Fall müsste der Bund mit Blick auf die Formulierung "vor allem" eine primäre Zuständigkeit der Kantone anerkennen.

#### **4. Gebrauch der Bundeskompetenz (Art. 89 Abs. 5 BV)**

- 25 Die Kompetenz des Bundes nach Art. 89 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 89 Abs. 4 BV ist auch im Lichte von Art. 89 Abs. 5 BV zu betrachten. Gemäss dieser Bestimmung trägt der Bund "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." Aus dieser Bestimmung kann der Bund keine Kompetenzen ableiten (SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 16; WEBER, § 60 Rz. 10). Vielmehr stellt Art. 89 Abs. 5 BV die Ausübung der Bundeskompetenzen unter das Erfordernis einer Rücksichtnahme

auf die Anstrengungen der Kantone. Wo also bereits die Kantone massgebliche Anstrengungen zur Erreichung der Ziele von Abs. 1 unternehmen, soll der Bund diesen Rechnung tragen (SCHAFFHAUSER, SG-Komm., Art. 89 N 16). Die Regelung von Art. 89 Abs. 5 BV stellt somit die energierechtliche Konkretisierung des in Art. 5a BV verankerten Subsidiaritätsprinzips dar.

## 5. Bundeskompetenz im Bereich der Anlagen (Art. 89 Abs. 3 BV)

- 26 Zu prüfen ist vorliegend auch das Verhältnis zwischen Art. 89 Abs. 3 BV und Art. 89 Abs. 4 BV. Gemäss Art. 89 Abs. 3 BV erlässt der Bund Vorschriften über den "Energieverbrauch von Anlagen". Zu prüfen ist dabei insbesondere, wie der Begriff "Anlagen", die sich selbstverständlich auch stationär in einem Gebäude befinden können, zu verstehen ist. Es fragt sich insbesondere, ob Heizungen als "Anlagen" im Sinne von Art. 89 Abs. 3 BV gelten.
- 27 Die Verfassung selbst äussert sich nicht zum Begriff der "Anlagen" und auch den Materialien ist dazu nicht viel abzugewinnen. Immerhin ist der Botschaft über einen Energieartikel in der Bundesverfassung vom 7. Dezember 1987 (BBl 1988 I 337 ff., 379) zu entnehmen, dass es sich um "serienmässig hergestellte" Produkte handeln muss. Diese Wendung findet sich auch in Art. 8 EnG, der Ausführungsbestimmung zu Art. 89 Abs. 3 BV, doch ist auch hier der Begriff nicht näher definiert. Selbst in der Energieverordnung vom 7. Dezember 1998 (EnV, SR 730.01) findet sich keine Begriffsbestimmung.
- 28 Der Begriff der Anlagen findet sich an verschiedenen Stellen des Bundesrechts (Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 [Umweltschutzgesetz, USG, SR 814.01], Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 [LRV, SR 814.318.142.1] etc.). Art. 1.4 der Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich (MuKE) wiederum unterscheidet zwischen dem Begriff "Anlage" (künstlich geschaffene und auf Dauer angelegte Einrichtung, die in fester Beziehung zum Erdboden steht und keine Baute darstellt, wie beispielsweise Rampen, Parkplätze, Sportplätze, Schiessplätze, Seilbahnen etc.) und "Haustechnischen Anlagen" (Energierelevante Installationen, die im Zusammenhang mit einer Baute oder Anlage stehen). Die Begriffsverwendung ist insgesamt sehr unterschiedlich, je nachdem, ob eher eine baurechtliche oder eher eine technische Perspektive eingenommen wird.
- 29 JAGMETTI (Energierecht, Rz. 8408 f.) geht mit Bezug auf Art. 89 BV von einem raumplanungsrechtlichen Anlagenbegriff aus, fasst den Begriff in vorliegendem Zusammenhang jedoch weiter. Er kommt dabei zum Schluss, dass jede der Energiegewinnung, -umwandlung, -übertragung oder -verwendung dienende An-

lage erfasst sei. Damit sind grundsätzlich auch *Heizungen* erfasst (vgl. dazu die Massnahmen 1, 2 und 4 in Rz. 3), da es sich hierbei um energieumwandelnde Anlagen handelt.

- 30 Ein so verstandener, weiter Anlagenbegriff wirft die Frage nach dem Verhältnis von Art. 89 Abs. 3 und Abs. 4 BV auf. AUBERT (Petit Comm., Art. 89 no 14) zählt alle die Heizung ("le chauffage") betreffenden Massnahmen zu Art. 89 Abs. 4 BV und somit primär zum Kompetenzbereich der Kantone. Dies erscheint prima vista nahe liegend: Wenn der Gebäudebereich wegen seiner Nähe zum Baurecht und den kantonalen Bauvorschriften primär in den Zuständigkeitsbereich der Kantone fallen soll (vgl. vorne Rz. 20), leuchtet nicht ein, warum dies nicht auch für Heizungen als unverzichtbarer Teil eines Gebäudes gelten soll. Wenn der Verbrauch von Energie in Gebäuden nach Art. 89 Abs. 4 BV primär in die Zuständigkeit der Kantone fällt, sollte dies auch für die Heizung gelten, bestimmt sich doch der Energieverbrauch eines Gebäudes zwar nicht nur (Gebäudeisolierung etc.), aber doch zu einem ganz erheblichen Teil durch die Art des Heizens. Immerhin sind die baurechtlichen Bezüge bei der Heizung weniger stark als bei Massnahmen am Gebäude selbst. Insgesamt erscheint Art. 89 Abs. 4 BV als speziellere Norm, welche den Anlagenbegriff und damit die Bundeskompetenz begrenzt. Diese Einschätzung bedarf allerdings einer Überprüfung im Lichte der Schnittstelle zu Art. 74 BV (vgl. sogleich Rz. 31 ff.).

## **6. Weitere Bundeskompetenzen, namentlich Art. 74 BV**

- 31 Zu überlegen ist auch, inwiefern der Bund die geplanten Massnahmen allenfalls auf weitere Bundeskompetenzen stützen kann. Zu prüfen sind dabei insbesondere die Kompetenzen des Bundes im Bereich des Umweltschutzes (Art. 74 BV) sowie der Raumplanung (Art. 75 BV).
- 32 Im Bereich der Raumplanung besitzt der Bund ebenfalls eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz (Art. 75 Abs. 1 BV; vgl. dazu LENDI, SG-Komm., Art. 75 N 24; BIAGGINI, Art. 75 N 3). Der Blick auf die ins Auge gefassten Massnahmen zeigt indessen, dass diese Kompetenz vorliegend kaum einschlägig ist. Es geht vorliegend nicht um die Besiedlung des Landes, worauf die Raumplanung des Bundes im Wesentlichen gerichtet ist (LENDI, SG-Komm., Art. 75 N 26; BIAGGINI, Art. 75 N 4; MAHON, Petit Comm., Art. 75 no 6). Für die geplanten Massnahmen kann der Bund aus Art. 75 BV nichts zu seinen Gunsten ableiten (JAGMETTI, Energierecht, S. 942 Fn. 199).
- 33 Allerdings hat der Bund in einem verwandten Sachbereich sich auch schon auf seine Kompetenz im Bereich des Raumplanungsrechts (mit)abgestützt. In

Art. 18a RPG regelt der Bund die Zulassung von in Dach- und Fassadenflächen integrierten Solaranlagen. In Kürze wird eine neue Fassung in Kraft treten, welche statt einer Bewilligungspflicht lediglich noch eine Meldepflicht vorsieht (vgl. BBl 2012 5987 ff., 5990). Gegen die entsprechende Revision des RPG kam das Referendum zustande (BBl 2012 8527 f.). Die entsprechenden Änderungen wurden in der Volksabstimmung vom 3. März 2013 angenommen (BBl 2013 3129 ff.) und werden vermutlich im Frühling 2014 in Kraft treten (vgl. Medienmitteilungen des Bundesamtes für Raumentwicklung [ARE] vom 14. März 2013 und vom 28. August 2013, verfügbar unter <www.are.admin.ch => Dokumentation => Medieninformationen => Medienmitteilungen>). Art. 18a RPG kam im Zusammenhang mit der Änderung des Landwirtschaftsgesetzes ins Gesetz. Im Parlament war die Verfassungsgrundlage umstritten. Es finden sich Wortmeldungen, welche von einer klaren Kompetenzüberschreitung sprechen (AB S 2007 562 ff., Votum Germann Hannes [a.a.O., S. 563], Votum Lauri Hans [a.a.O., S. 563 f.] und Votum Escher Rolf [a.a.O., S. 564]), aber auch solche, die eine Abstützung auf die Befugnisse des Bundes im Energie- und Raumplanungsbereich vertreten (AB S 2007 562 ff., Votum David Eugen [a.a.O., S. 564] und Votum Leuthard Doris [a.a.O., S. 564]). Bundesrätin Leuthard erwähnte eine Einschätzung des Bundesamtes für Justiz, welche sich in Richtung Zulässigkeit aussprach (AB S 2007 562 ff., 564).

- 34 Es ist fraglich, ob aus diesem Präjudiz viel abgeleitet werden kann, mindestens nicht im Sinne der Abstützung auf den Raumplanungsartikel. Eher ist an Art. 89 Abs. 3 BV zu denken. Gemäss dessen zweitem Satz fördert der Bund die Entwicklung erneuerbarer Energien; "Anlagen", mindestens deren "Verbrauch", fallen unter die Bundeskompetenz. Allerdings können Solaranlagen den Energieverbrauch in Gebäuden betreffen, wenn die Solaranlage vom Eigentümer direkt genutzt wird. Die Massnahme des Bundes hat auch klare baurechtliche Konsequenzen. Dementsprechend besteht ein gewisser Konflikt zu Art. 89 Abs. 4 BV.
- 35 Näher zu prüfen ist sodann die Bundeskompetenz im Bereich des Umweltschutzes. Gemäss Art. 74 Abs. 1 BV erlässt der Bund Vorschriften "über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen." Die von der Auftraggeberin vorgeschlagenen Massnahmen dienen augenscheinlich der Reduktion von Treibhausgasen und damit einer Zielsetzung des Umweltschutzes. Gemäss Art. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz soll das Gesetz einen "Beitrag [...] leisten, den globalen Temperaturanstieg auf weniger als zwei Grad Celsius zu beschränken." Darin liegt ein umweltpolitisches Ziel. Dementsprechend stützt sich das CO<sub>2</sub>-Gesetz in seinem Ingress auch auf Art. 74 BV.

- 36 Zu berücksichtigen ist indessen, dass Art. 89 Abs. 1 BV die Anliegen des Umweltschutzes und damit von Art. 74 BV ausdrücklich aufnimmt. Gemäss Art. 89 Abs. 1 BV setzen sich Bund und Kantone nebst anderen Zielen für eine "*umweltverträgliche Energieversorgung*" ein; auch der in Art. 89 Abs. 1 BV angesprochene "sparsame und rationelle Energieverbrauch" kann der Umweltschutzpolitik zugerechnet werden. Dieser enge Zusammenhang zwischen Art. 89 Abs. 1 BV und Art. 74 BV spiegelt sich auch im geltenden Energierecht: Gemäss Art. 5 Abs. 3 EnG ("*Leitlinien für die Energieversorgung*") bedeutet eine umweltverträgliche Energieversorgung "den schonenden Umgang mit den natürlichen Ressourcen, den Einsatz erneuerbarer Energien und die Vermeidung schädlicher oder lästiger Einwirkungen auf Mensch und Umwelt." Mit dem letzten Satzteil wird ausdrücklich die Formulierung von Art. 74 Abs. 1 BV aufgenommen.
- 37 Entsprechend dieses engen Zusammenhanges zwischen Art. 89 und Art. 74 BV erscheint fraglich, ob sich der Bund beim Erlass von Massnahmen im Energiebereich auf Art. 74 BV abstützen kann, soweit sich seine Kompetenz nicht aus Art. 89 BV ergibt. Mit Blick auf die Fragen der Energiepolitik erscheint Art. 89 BV für umweltrechtliche Fragen als *lex specialis* (Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 14; JAGMETTI, Energierecht, Rz. 8502). Der Energieartikel ist zudem einiges später als der Umweltschutzartikel in die Bundesverfassung aufgenommen worden, weshalb er auch unter diesem Gesichtspunkt Vorrang genießt, soweit er den gleichen Gegenstand erfasst (Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 14; JAGMETTI, Energierecht, Rz. 8502). Auf den ersten Blick ist dementsprechend zu bezweifeln, dass Art. 74 BV dem Bund *eine über Art. 89 BV hinausgehende Kompetenz* verleihen kann (so auch Gutachten MÜLLER/VOGEL, S. 14).
- 38 Zu berücksichtigen ist allerdings, dass Art. 74 BV in der Verfassungspraxis des Bundes weiterhin eine wesentliche Kompetenzgrundlage darstellt. Dies mag mit der grossen und wohl immer noch zunehmenden Bedeutung des Umweltschutzes (z.B. Klimapolitik) zusammenhängen. Betroffen sind auch die Regelungsbereiche, "die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen" (Art. 89 Abs. 4 BV). Zu nennen sind etwa folgende Bundesregelungen:
- Gemäss Art. 12 USG werden Emissionen unter anderem eingeschränkt durch den Erlass von *Emissionsgrenzwerten* (Art. 12 Abs. 1 lit. a USG) und durch Vorschriften über die *Wärmeisolation von Gebäuden* (Art. 12 Abs. 1 lit. d USG). Begrenzungen können durch Verordnungen oder unmittelbar auf das Umweltschutzgesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben werden (Art. 12 Abs. 2 USG). Die Luftreinhalte-Verordnung sieht für neue stationäre Heizungsanlagen (Feuerungsanlagen) in den Anhängen Emissionsbegren-

zungen vor (Art. 3 Abs. 2 lit. b LRV). Das Inverkehrbringen von Feuerungsanlagen ist in Art. 20 f. LRV geregelt. Anhang 1 enthält detaillierte technische Vorgaben, welche auch für Feuerungsanlagen nach Anhang 3 gelten (Ziff. 1 Abs. 2 lit. b Anhang 1 LRV). Anhang 3 LRV enthält "ergänzende und abweichende Emissionsbegrenzungen für Feuerungsanlagen". Diese Feuerungsanlagen dienen unter anderem der Raumheizung (Ziff. 1 Abs. 1 lit. a Anhang 3 LRV). Anhang 4 LRV unterscheidet in der Folge zwischen "lufthygienischen Anforderungen" (Ziff. 21) und "energetischen Anforderungen" (Ziff. 22); letztere betreffen den "feuerungstechnischen Wirkungsgrad" von Heizkesseln für Öl oder Gas (Ziff. 22).

An diesen Bestimmungen wird klar, dass der Bund mit diesen Vorschriften auf den "Verbrauch von Energie in Gebäuden" (Art. 89 Abs. 4 BV) einen erheblichen Einfluss ausübt, und zwar keineswegs nur in Form einer Grundsatzgesetzgebung, sondern mit hoher bis sehr hoher Regelungsdichte. Auch regelt der Bund bereits heute nicht nur Fragen der Luftreinhaltung, sondern unmittelbar auch den Wirkungsgrad (neuer) Heizungen und damit einen Regelungsbereich, der augenscheinlich von Art. 89 Abs. 4 BV und Art. 9 EnG erfasst wird. Schliesslich fallen Treibhausgasemissionen schon rein sprachlich unter den Anwendungsbereich von Art. 12 USG. Dies lässt daran zweifeln, dass Heizungsanlagen einfach der Regelung von Art. 89 Abs. 4 BV zugeschlagen werden können, wie dies – an sich einleuchtend – vorgebracht wird (vgl. vorne Rz. 30).

- In der Verfassungspraxis hat sich der Bund regulatorisch indessen nicht nur den Heizungsanlagen angenähert, sondern auch der Frage der *Gebäudesanierung*. Abgesehen vom unseres Erachtens nicht geklärten Verhältnis von Art. 12 Abs. 1 lit. d USG zu Art. 9 EnG (vgl. dazu vorne Rz. 15 f.) nimmt der Bund nunmehr unmittelbaren Einfluss auf die CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Gebäuden. Gemäss Art. 34 Abs. 1 CO<sub>2</sub>-Gesetz wird ein Drittel des Ertrags aus der CO<sub>2</sub>-Abgabe, höchstens aber 300 Millionen Franken pro Jahr, für Massnahmen zur Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen bei Gebäuden verwendet. Der Bund gewährt auf der Grundlage einer Programmvereinbarung mit den Kantonen globale Finanzhilfen an die energetische Sanierung von Gebäudehüllen (Art. 34 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a CO<sub>2</sub>-Gesetz). Der Bund gewährt zudem globale Finanzhilfen im Rahmen von Globalbeiträgen nach Art. 15 EnG für die Förderung von erneuerbaren Energien, der Abwärmenutzung und der Gebäudetechnik im Umfang von höchstens einem Drittel der zweckgebundenen Erträge pro Jahr (Art. 34 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 lit. b CO<sub>2</sub>-Gesetz). Ziel dieser Regelung ist eine Verstärkung des Lenkungseffektes der CO<sub>2</sub>-Abgabe

(vgl. dazu KELLER/HAUSER, S. 826). Der Bund steuert damit einen Bereich, der ganz direkt von Art. 89 Abs. 4 BV erfasst wird. Dass er sich dabei fiskalischer Anreize und Programmvereinbarungen bedient, ändert nichts am Bestehen bundesrechtlicher Regeln. Der Bund bedarf grundsätzlich auch für Finanzhilfen einer verfassungsrechtlichen Grundlage (SALADIN, Komm. BV 1874, Art. 3, N 117; JAAG/LIENHARD/TSCHANNEN, S. 59); eine "freiwillige" Übertragung kantonaler Kompetenzen auf den Bund wird kritisch beurteilt (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1062). Entsprechend scheint die heutige Verfassungspraxis auch in diesem Bereich dem Bund Kompetenzen zuzugestehen, die bei einer blossen Betrachtung von Art. 89 nicht leicht zu erklären sind.

- 39 Die vorgenannten Beispiele deuten darauf hin, dass Art. 74 BV neben Art. 89 BV in den Grenzbereichen unvermindert eine kompetenzbegründende Rolle spielt. Dies wird im Übrigen auch im Gutachten MÜLLER/VOGEL angedeutet, wenn diese zum Schluss kommen, dass bei Massnahmen, "welche in einem weiteren umweltpolitischen Kontext stehen und den Energie- bzw. Gebäudebereich lediglich mit betreffen" eine Abwägung vorzunehmen sei "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" (S. 15). Eine einfache Auflösung der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen ist nicht ersichtlich. Unseres Erachtens kommt der Bund nicht um eine wertende Interessenabwägung zwischen Bundesinteressen (namentlich im Bereich des Umweltschutzes nach Art. 74 BV) und Interessen der Kantone an der Respektierung ihrer Kompetenzen nach Art. 89 Abs. 4 BV herum.

## 7. Exkurs: Ersatzvornahme des Bundes?

- 40 Die vorstehenden Ausführungen machen deutlich, dass die Kompetenzen des Bundes im Gebäudebereich beschränkt sind. Überlegen könnte man, wie die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn sich die Massnahmen der Kantone als *un- genügend* erweisen würden. In diesem Falle stünde die Durchsetzung bundesrechtlicher Normen in Frage, namentlich der Bestimmungen des CO<sub>2</sub>-Gesetzes. Es stellt sich die Frage, ob der Bund in dieser Konstellation zu Massnahmen befugt wäre, die den Kompetenzbereich der Kantone betreffen.
- 41 Solche Kompetenzen nimmt der Bund verschiedentlich in Anspruch. So durchbricht er etwa die kantonale Organisationsautonomie, wenn die Kantone nicht rechtzeitig Behörden zur Durchsetzung von Bundesrecht schaffen (UHLMANN, S. 74 f. m.H. auf BGE 135 II 94, 104 E. 6.4). Angesprochen ist damit eine Art

"Ersatzvornahme". Ersatzvornahme bedeutet allgemein, "dass die Verwaltungsbehörden vertretbare Handlungen, die von Verpflichteten nicht vorgenommen werden, durch eine amtliche Stelle oder einen Dritten auf Kosten der Pflichtigen verrichten lassen" (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1154). Im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen geht es um "die Erfüllung einer dem Kanton obliegenden Bundespflicht durch den Bund an Stelle und auf Kosten des säumigen Kantons" (TSCHANNEN, § 26 Rz. 30; JAAG, in: Staatsrecht, § 15 N 40).

- 42 Die Ersatzvornahme des Bundes ist in verschiedenen Bundesgesetzen vorgesehen. So kann der Bundesrat nach Art. 37 des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG, SR 700) vorübergehende Nutzungszonen bestimmen, wenn ein Kanton trotz Fristansetzung seiner Planungspflicht nicht nachgekommen ist (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1234). Möglich ist eine Ersatzvornahme auch beim Erlass von kantonalen Vollzugs- und Einführungsbestimmungen zu Bundesgesetzen: Erfüllt ein Kanton seine Pflicht zum Erlass solcher Bestimmungen nicht fristgerecht, so erlässt der Bundesrat eine Verordnung, welche bis zum Inkrafttreten der kantonalen Regelungen gilt (HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1235). Eine solche Möglichkeit ist etwa in Art. 53 SchIT ZGB vorgesehen. Der Bund ist jedoch auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Ersatzvornahme berechtigt (TSCHANNEN, § 26 Rz. 32; JAAG, in: Staatsrecht, § 15 N 40; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 1236; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1159), diese Auffassung ist aber nicht unbestritten (vgl. BIAGGINI, Art. 49 N 25). In der Tat können Umfang oder Art und Weise der Ersatzvornahme als "wichtig" erscheinen, sodass sich im Lichte von Art. 164 BV eine gesetzliche Regelung aufdrängt (BIAGGINI, Art. 49 N 25). Dies gilt unseres Erachtens insbesondere dort, wo der mögliche Bedarf von Ersatzmassnahmen schon heute absehbar ist.
- 43 Das geltende Bundesrecht auferlegt den Kantonen das Ziel einer CO<sub>2</sub>-Reduktion im Gebäudebereich (vgl. oben Rz. 1, 16). Der Bund könnte die Durchsetzung dieser Ziele verstärken, indem er auf Gesetzesstufe eine Ersatzvornahme des Bundes vorsieht für den Fall, dass sich eine Zielverfehlung abzeichnet. Im Rahmen einer solchen Ersatzvornahme ergeben sich notgedrungen Eingriffe in die kantonale Umsetzungs- und Vollzugskompetenz. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dies hinzunehmen. Mit Blick auch auf die politische Bedeutung der Frage ist unseres Erachtens eine Klärung durch den Bundesgesetzgeber zu prüfen. Dabei wäre zu beachten, dass die Massnahmen des Bundes im Rahmen einer Ersatzvornahme nicht permanent sein dürfen, d.h. nach Erreichung der Ziele die Kompetenz in diesem Bereich wieder bei den Kantonen liegen müsste.

## 8. Zwischenfazit

- 44 Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass Massnahmen des Bundes, die den Verbrauch von Energie und die CO<sub>2</sub>-Emissionen in Gebäuden betreffen, zulässig sind, wenn
- sie in der Regel den Kantonen einen Umsetzungsspielraum belassen und dementsprechend nur punktuell von grosser Regelungstiefe sind,
  - sie sich durch erhebliche Zurückhaltung auszeichnen, je enger ihr Sachbezug zu kantonalem Baurecht erscheint, und
  - sie sich durch ein entsprechendes Bedürfnis rechtfertigen lassen, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Dringlichkeit von klimapolitischen Massnahmen, d.h. die Massnahmen der Kantone nicht als ausreichend i.S.v. Art. 89 Abs. 5 BV erscheinen.
- 45 Tendenziell sind die Massnahmen des Bundes umso eher zulässig, als sie eine umweltschutzrechtliche Zielsetzung haben und die Gebäude als "Emittenten" von CO<sub>2</sub> betrachten. Die Massnahmen des Bundes sind kompetenzrechtlich strenger zu beurteilen, wenn sie den eigentlichen Energieverbrauch betreffen.

### III. BEURTEILUNG EINZELNER MASSNAHMEN

- 46 Die Beurteilung der nachstehenden Massnahmen erfolgt grundsätzlich einzeln. Zu berücksichtigen ist aber, dass unter der Voraussetzung punktueller Eingriffe auch eine *Gesamtbetrachtung* notwendig wäre, d.h. dass Massnahmen des Bundes zwar einzeln zulässig sein, in ihrer *Summe* die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen aber überschreiten könnten.
- 47 Weiter ist zu berücksichtigen, dass die rechtliche Zulässigkeit der Massnahmen unter Art. 89 Abs. 5 BV eng an die *politische und technische Beurteilung* geknüpft ist. Dementsprechend erscheint die vorliegend vorgenommene rein juristische Betrachtungsweise gegebenenfalls ergänzungsbedürftig.

#### 1. Ölheizungsverbot und Gasheizungsverbot

- 48 Beim Öl- oder Gasheizungsverbot ist zunächst zu prüfen, ob es sich dabei tatsächlich noch um "punktuelle Massnahmen" handelt. Gemäss der hier vertretenen Auffassung erlauben Grundsatzkompetenzen dem Bund, eine Einzelfrage auch direkt verbindlich und ohne Umsetzungsrecht der Kantone zu regulieren. Bei einem Verbot von Öl- oder Gasheizungen stellt sich indessen die Frage, ob es sich dabei tatsächlich noch um einen "punktuellen Eingriff" handelt, erscheint doch dadurch ein wesentlicher Teil der kantonalen Steuerbefugnis betroffen. Der "Verbrauch von Energie in Gebäuden" (Art. 89 Abs. 4 BV) dürfte sich nach unserem Verständnis zwar nicht nur (Gebäudeisolation etc.), aber doch erheblich durch die Art des Heizens bestimmen. Gegen das Vorhandensein einer Bundeskompetenz spricht auch, dass ein generelles Verbot eine einschneidende Massnahme darstellt und den Kantonen keinerlei Umsetzungsspielraum belässt.
- 49 Für die Zulässigkeit der Massnahme spricht, dass die Art des Heizens weniger *raumwirksam* erscheint als etwa Massnahmen bezüglich des Gebäudes selbst. Der in Art. 89 Abs. 4 BV angelegte Schutz des kantonalen Baurechts erscheint somit etwas weniger betroffen. Der Bund stellt im Übrigen schon heute Anforderungen an neue Heizungen auf.
- 50 Näher zu prüfen wäre, ob sich ein derartiges Eingreifen des Bundes im Lichte von Art. 89 Abs. 5 BV rechtfertigen liesse. Das würde bedingen, dass allfällige Massnahmen der Kantone als nicht ausreichend zur Erreichung der Ziele von Art. 89 Abs. 1 BV erschienen (vgl. vorne Rz. 25). Es gilt deshalb die Anstrengungen der Kantone einer genaueren Kontrolle zu unterziehen – wie dargelegt mit dem Vorbehalt, dass die Frage auch eine technische Einschätzung bedingt,

die im Rahmen eines juristischen Gutachtens nur begrenzt vorgenommen werden kann.

Verschiedene Kantone haben in ihrer Energiegesetzgebung die Regel statuiert, dass Neubauten und Erweiterungen von bestehenden Bauten so gebaut oder ausgerüstet werden müssen, dass höchstens 80 Prozent des zulässigen Wärmebedarfes für Heizung und Warmwasser mit nicht erneuerbaren Energien gedeckt werden dürfen (vgl. u.a. Art. 42 Abs. 2 Kantonales Energiegesetz des Kantons Bern vom 15. Mai 2011 [KE nG, BGS 741.1]; Art. 5 Abs. 1 Energiegesetz des Kantons St. Gallen vom 26. Mai 2000 [EnG, sGS 741.1]; § 10 a Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 [EnerG, LS 730.1]). Der Kanton Aargau hält in § 7 seines Energiegesetzes (Energiegesetz des Kantons Aargau vom 17. Januar 2012 [EnergieG, SAR 773.200]) fest, dass neue Heizungsanlagen mit fossilen Brennstoffen nur zulässig sind, wenn der Nachweis erbracht wird, dass keine energieeffizientere Heizungsanlage mit geringerem CO<sub>2</sub>-Ausstoss zur Verfügung steht, die für die geplante Anwendung genügt und wirtschaftlich tragbar ist.

Folglich finden sich in den Kantonen zwar durchaus Massnahmen im Hinblick auf die Erreichung der Ziele des Art. 89 Abs. 1 BV. Ob diese jedoch in Bezug auf eine umweltverträgliche Energieversorgung und die Ziele des CO<sub>2</sub>-Gesetzes ausreichend sind, kann durchaus fraglich erscheinen, da in den meisten Kantonen 80 Prozent des Heizbedarfes mit nicht erneuerbaren Energien, also auch Öl und Gas, gedeckt werden dürfen. In diesem Sinne kann der Bund im Lichte des CO<sub>2</sub>-Gesetzes auch ein erhebliches umweltpolitisches Interesse geltend machen.

- 51 Im Ergebnis ist ein Öl- und Gasheizungsverbot durch den Bund mit der geltenden verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung unseres Erachtens schwer in Einklang zu bringen. Zwar bestehen Hinweise, dass sich die Massnahme energie- und klimapolitisch rechtfertigen lässt und damit das Subsidiaritätserfordernis von Art. 89 Abs. 5 BV respektiert, doch greift die Massnahme stark in den Kompetenzbereich der Kantone ein. Sie geht insbesondere über einen lediglich punktuellen Eingriff hinaus und belässt den Kantonen keinerlei Umsetzungsspielraum mehr. Am ehesten liesse sich ein entsprechendes Verbot für neue Anlagen rechtfertigen; hier besteht ein gewisser Anschluss an die bisherige Verfassungspraxis (vgl. vorne Rz. 38 f.).

## **2. Technische Anforderungen an Öl- und Gasheizungen**

- 52 In Bezug auf technische Anforderungen an Öl- und Gasheizungen ist wiederum von entscheidender Bedeutung, ob die Regelung den Kantonen einen Umset-

zungsspielraum belässt und dementsprechend nur punktuell von grosser Regelungstiefe ist. Im Gegensatz zu einem generellen Verbot bestimmter Heizungstypen ist eine Umschreibung gewisser technischer Anforderungen bedeutend weniger einschneidend; den Kantonen verbliebe also weiterhin eine gewisse Steuerungsbefugnis. Dieser Umsetzungsspielraum zeigt sich etwa darin, dass es den Kantonen erlaubt bliebe, weitergehende Anforderungen zu umschreiben oder ähnliche Anforderungen auch für andere Heizungstypen vorzusehen. Den Kantonen käme wohl auch Regelungsspielraum zu, wie sie diese Anforderungen auf bestehende Heizanlagen anwenden. Für neue Anlagen nimmt der Bund schon eine recht weitgehende Regelungskompetenz in Anspruch (vgl. vorne Rz. 38).

- 53 Der Sachbezug zum kantonalen Baurecht ist gleich zu beurteilen wie bei einem Verbot von Öl- und Gasheizungen (vgl. vorne Rz. 49). Zwar ist die Massnahme weniger raumwirksam als Massnahmen am Gebäude selbst. Doch gilt es auch hier festzuhalten, dass sich der "Verbrauch von Energie in Gebäuden" zu einem erheblichen Teil durch die Art des Heizens bestimmt. Die technischen Anforderungen des Bundes sind umso eher kompetenzrechtlich gedeckt, als sie unmittelbar den CO<sub>2</sub>-Ausstoss betreffen; hier erscheint eine Abstützung auf Art. 74 BV grundsätzlich möglich. Je stärker dagegen die Massnahmen den *Verbrauch* von Energie betreffen, desto eher befinden sie sich im Kompetenzbereich der Kantone resp. ist die Zurückhaltung des Bundes stärker einzufordern.
- 54 Zu prüfen ist schliesslich auch hier, ob sich die Massnahme auf Bundesebene im Lichte des in Art. 89 Abs. 5 BV enthaltenen Subsidiaritätsprinzips rechtfertigen lässt, ob also mit anderen Worten die Massnahmen der Kantone nicht ausreichen. Mit Blick auf die "grosszügige" 80%-Regel in den meisten Kantonen darf – auch hier unter Vorbehalt vertiefter technischer Abklärungen – von einem gewissen Handlungsbedarf ausgegangen werden, sodass ein entsprechendes Bedürfnis nach strengeren technischen Mindestanforderungen an Öl- und Gasheizungen angenommen werden dürfte. Allerdings befindet sich der Bund in einem Bereich, in welchem die Kantone augenscheinlich selbst Anstrengungen unternehmen.
- 55 Technische Anforderungen an Öl- und Gasheizungen gehen bedeutend weniger weit als ein Verbot dieser Heizmethoden. Unseres Erachtens steht dieses Instrument, solange es mit einer gewissen Zurückhaltung angewendet wird und in erster Linie auf den CO<sub>2</sub>-Ausstoss gerichtet ist, mit der Kompetenzordnung von Art. 89 BV im Einklang und wäre somit zulässig.

### 3. Grenzwerte für Gebäude

56 Grenzwerte für Gebäude erscheinen kompetenzrechtlich insofern problematisch, als sie bereits sprachlich nahe an dem sind, was der Verfassungsgeber mit Art. 89 Abs. 4 BV den Kantonen vorbehalten wollte, nämlich das Bauen: Gebäude werden gebaut. Je enger also eine Massnahme des Bundes konkret die Gestaltung, den Bau und möglicherweise auch die Beseitigung eines Gebäudes, seine Grösse, sein Aussehen, die Verwendung von Baumaterialien etc. betrifft, desto heikler erscheint sie im Lichte der kantonalen Zuständigkeiten.

Der Sachbezug zum Baurecht ist insofern eng, als es sich um eine Vorschrift bezüglich des Baus von Gebäuden und somit um einen klassischen Fall des Bereiches handelt, den der Bund mit der Regelung in Art. 89 Abs. 4 BV gerade den Kantonen überlassen wollte. Dies hat zur Folge, dass sich die entsprechenden bundesrechtlichen Regelungen durch eine erhebliche Zurückhaltung auszeichnen haben.

57 Damit zusammen hängt auch das Erfordernis, dass die Regelung des Bundes nur punktuell von grosser Regelungstiefe sein darf und den Kantonen also nach wie vor einen Umsetzungsspielraum belassen muss. Bei Vorschriften über einzuhaltende Grenzwerte gehen wir in der Tendenz eher von einem bloss punktuellen Eingriff in die kantonale Bauhoheit aus. Es ist den Kantonen unbenommen, den Bau von Gebäuden weiterhin in allen anderen Facetten eingehend zu regeln. Ebenfalls den Kantonen überlassen bliebe die Festlegung der Mittel, wie diese Grenzwerte konkret zu erreichen sind. Von entscheidender Bedeutung für die Beurteilung der Zulässigkeit dürfte damit die konkrete Ausgestaltung der Grenzwertregelung sein: Ein Grenzwert, der nur mit einer bestimmten Bauweise zu erreichen ist, greift weit stärker in die kantonale Kompetenz ein als ein auf sehr unterschiedlichem Wege zu erreichender Wert. Ähnliches gilt für die Frage, in welchen Situationen der Grenzwert Anwendung findet: Ein Grenzwert, der lediglich im Falle von Neubauten oder Sanierungen Geltung beansprucht, ist eher zulässig als eine für alle Gebäude verbindliche Zielgrösse, welche bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erreicht werden muss. Die erste Variante ist in Bezug auf den sachlichen Anwendungsbereich markant enger gefasst und damit kompetenzrechtlich eher zulässig; die zweite Variante hingegen statuiert eine faktische Sanierungspflicht und greift somit bedeutend stärker in die Bauhoheit der Kantone ein. Kompetenzrechtlich wäre sie kritisch zu beurteilen.

58 Auch hier ist ein Blick auf die diesbezüglichen Anstrengungen der Kantone zu werfen, um beurteilen zu können, ob sich eine solche Massnahme des Bundes nach Art. 89 Abs. 5 BV rechtfertigen lässt. Eigentliche Grenzwerte bezüglich des

CO<sub>2</sub>-Ausstosses von Gebäuden finden sich in der kantonalen Energie- und Baugesetzgebung soweit ersichtlich nicht. Jedoch kennen die meisten Kantone Grenzwerte bezüglich des Wärmedurchgangskoeffizienten und verweisen diesbezüglich auf die SIA-Norm 380/1 "Thermische Energie im Hochbau". Diese Lösung basiert auf Art. 1.6 der MuKE, Ausgabe 2008, der von den meisten Kantonen umgesetzt wurde (vgl. dazu die Übersicht zur Umsetzung der MuKE in die kantonalen Gesetzgebungen, abrufbar unter <[www.endk.ch](http://www.endk.ch)> => Energiepolitik der Kantone => MuKE => MuKE-Umsetzung>, besucht am 14. Februar 2014). Zudem fördern die Kantone zusammen mit dem Bund im Rahmen des "Gebäudeprogramms" die energetische Sanierung von Gebäuden. Angesichts dieser Tatsachen müsste auch hier gezeigt werden, dass die Massnahmen der Kantone als nicht ausreichend erscheinen und damit ein entsprechendes Bedürfnis für eine Regelung auf Stufe des Bundes vorliegt.

Immerhin scheinen die Massnahmen hinsichtlich eines Grenzwertes bezüglich Wärmedurchlässigkeit (angesprochen ist hier also in erster Linie die Isolation) mit denjenigen eines Grenzwertes bezüglich des CO<sub>2</sub>-Ausstosses (angesprochen ist in erster Linie der Energieaufwand und die Art des Heizens) nicht identisch. Die Verankerung des ersten Grenzwertes in den kantonalen Energiegesetzgebungen steht also einer Einführung des Zweiten unseres Erachtens nicht zwingend entgegen. Allerdings hängen die Grenzwerte augenscheinlich auch zusammen: Eine bessere Isolation senkt den CO<sub>2</sub>-Ausstoss.

- 59 Betrachtet man die einzelnen Massnahmen im Lichte der Bundeskompetenz nach Art. 74 BV, erscheinen die Massnahmen umso eher zulässig, als sie das Gebäude als Emissionsquelle (von CO<sub>2</sub>) i.S.v. Art. 12 USG resp. der LRV qualifizieren. Eine direkte Regelung des CO<sub>2</sub>-Ausstosses ist damit kompetenzrechtlich eher zulässig als Verbrauchs- oder Effizienzvorschriften. Erstere sind näher unter Art. 74 BV, letztere unter Art. 89 BV anzusiedeln. Technisch besteht aber natürlich zwischen Verbrauch und Ausstoss ein Zusammenhang, wie dies bereits vorstehend bezüglich Isolation dargelegt wurde.
- 60 Im Ergebnis gilt es somit Folgendes festzuhalten: Eine Grenzwertregelung bezüglich Neubauten und Renovationen ist unseres Erachtens zulässig, sofern sie lediglich als ein punktueller Eingriff in die kantonale Bauhoheit erscheint und den Kantonen (resp. den Bauwilligen) einen Umsetzungsspielraum belässt. Eine Grenzwertregelung mit erheblichen Sanierungspflichten und/oder keinem Spielraum für die Kantone (resp. die Bauwilligen) dürfte zu weit gehen und kaum mit der Kompetenzordnung von Art. 89 BV vereinbar sein. Zusätzlich ist Folgendes

zu beachten: Tendenziell eher zulässig sind Massnahmen, die direkt den CO<sub>2</sub>-Ausstoss im Blick haben als solche, welche den Energieverbrauch betreffen.

#### 4. Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlage

61 Auch bei der Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlage durch ein klimaneutrales Heizsystem ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob es sich dabei um einen lediglich punktuellen Eingriff handelt, der den Kantonen einen Umsetzungsspielraum belässt. Dies hängt entscheidend davon ab, wie die fragliche Sanierungspflicht umschrieben ist. Schreibt die Bundesregelung lediglich eine generelle Sanierungspflicht vor und überlässt die Ausgestaltung der für die Sanierung massgebenden Vorgaben, Werte usw. der Normierung durch die Kantone, so kann von einem lediglich punktuellen Eingriff ausgegangen werden. Anders zu beurteilen wäre eine sehr dichte, tiefe Regelung durch den Bund, welche den Kantonen keinen Umsetzungsspielraum mehr belässt.

62 Eine Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlage betrifft zwar nicht direkt das Bauen, hat aber dennoch erhebliche baurechtliche Auswirkungen. Die Massnahme weist damit einen engen Sachbezug zum Baurecht auf, handelt es sich dabei doch letztlich um Vorschriften bezüglich der Beschaffenheit von Gebäuden. Es liegt demnach auch hier ein klassischer Fall desjenigen Bereiches vor, den der Bund gemäss Art. 89 Abs. 4 BV gerade den Kantonen überlassen wollte. Als Folge davon hat sich eine entsprechende bundesrechtliche Regelung durch besondere Zurückhaltung auszuzeichnen (vgl. dazu auch vorne Rz. 56). Es gilt jedoch auch hier festzuhalten, dass eine bundesrechtlich vorgesehene Sanierungspflicht umso eher kompetenzrechtlich gedeckt ist, als sie unmittelbar den CO<sub>2</sub>-Ausstoss betrifft; in diesem Bereich erscheint eine Abstützung auf Art. 74 BV grundsätzlich möglich. Je stärker dagegen die Massnahme den *Verbrauch* von Energie betrifft, desto eher fällt sie in den Kompetenzbereich der Kantone resp. ist die Zurückhaltung des Bundes stärker einzufordern.

63 Für die Zulässigkeit einer entsprechenden bundesrechtlichen Regelung ist auch hier wiederum entscheidend, ob sie sich durch ein entsprechendes energie- oder klimapolitisches Bedürfnis rechtfertigen lässt, ob die Massnahmen der Kantone also mit anderen Worten als nicht ausreichend i.S.v. Art. 89 Abs. 5 BV erscheinen.

In den MuKE n finden sich soweit ersichtlich keine Hinweise, welche auf eine allfällige Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlagen hindeuten würden. Als logische Konsequenz dessen ist auch den kantonalen Energiegesetzgebungen keine entsprechende Sanierungspflicht bekannt. Im Hinblick auf eine umweltver-

trägliche Energieversorgung und die Ziele des CO<sub>2</sub>-Gesetzes kann somit von einem gewissen Handlungsbedarf ausgegangen werden, sodass sich die fragliche Massnahme durchaus durch ein entsprechendes Bedürfnis rechtfertigen lassen würde.

- 64 Im Ergebnis ist eine Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlage unseres Erachtens zulässig, sofern sie direkt auf den CO<sub>2</sub>-Ausstoss gerichtet ist, lediglich als punktueller Eingriff in die kantonale Bauhoheit erscheint und den Kantonen die Regelung der Einzelheiten überlässt.

## **5. Einführung von obligatorischen Erneuerungsfonds**

- 65 Die Einführung obligatorischer Erneuerungsfonds darf ebenfalls nur punktuell von grosser Regelungstiefe sein und muss den Kantonen einen gewissen Umsetzungsspielraum belassen. Regelt der Bund folglich lediglich die Grundsätze des Erneuerungsfonds und überlässt die Detailfragen dem kantonalen Gesetzgeber, so wäre diese Voraussetzung ohne Weiteres erfüllt. Eine solche Lösung wäre dadurch zu erreichen, dass der Bund die Einführung von obligatorischen Erneuerungsfonds statuiert und lediglich die Grundsätze bezüglich Pflichtiger, einzuzahlender Beträge, Voraussetzungen der Inanspruchnahme usw. regelt, die Detailfragen jedoch den Kantonen zur Regelung überlässt.
- 66 Ein Erneuerungsfonds, welcher dazu dient, Gebäudesanierungen zu finanzieren, weist einen sehr direkten und engen baurechtlichen Bezug auf. Er befindet sich in einem Bereich, den der Verfassungsgeber mit der Regelung von Art. 89 Abs. 4 BV den Kantonen überlassen wollte. Dies erfordert eine besonders zurückhaltende bundesrechtliche Regelung. Jedoch ist ein solcher Erneuerungsfonds umso eher kompetenzrechtlich gedeckt, als die damit angestrebte Erneuerung auf die Reduktion des CO<sub>2</sub>-Ausstosses von Heizungsanlagen gerichtet ist. Je mehr hingegen die Erneuerung auf den Verbrauch von Energie gerichtet ist, desto eher greift die Massnahme in den verfassungsrechtlich geschützten Kompetenzbereich der Kantone ein.
- 67 Bei einem obligatorischen Erneuerungsfonds handelt es sich um ein neues, bisher von keinem Kanton vorgesehenes Instrument. Ein Erneuerungsfonds entspricht zudem sowohl einem energiepolitischen als auch einem klimapolitischen Bedürfnis; er trägt zu einer umweltverträglichen Energieversorgung und zur Verwirklichung der Ziele des CO<sub>2</sub>-Gesetzes bei.
- 68 Zusammenfassend ist eine Einführung von obligatorischen Erneuerungsfonds unseres Erachtens kompetenzrechtlich als zulässig zu betrachten, sofern die Erneuerung wenn auch nicht ausschliesslich, so doch primär auf die Reduktion des

CO<sub>2</sub>-Ausstosses von Heizungsanlagen gerichtet ist und die Regelung den Kantonen einen gewissen Umsetzungsspielraum belässt. Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass eine vollständige Abklärung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit weitere Gesichtspunkte, so z.B. die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV), miteinbeziehen müsste.

## 6. Einführung obligatorischer Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweise

- 69 Erneut ist festzuhalten, dass auch die Einführung obligatorischer Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweise nur punktuell von grosser Regelungstiefe sein darf und den Kantonen demzufolge einen Umsetzungsspielraum belassen muss. Denkbar wäre dies dadurch, dass der Bund, ähnlich wie bei der Einführung von obligatorischen Erneuerungsfonds (vgl. vorne Rz. 65), lediglich die Einführung obligatorischer Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweise vorschreibt und dessen Mindestinhalt festlegt, die konkrete Ausgestaltung aber den Kantonen überlässt. Diese Massnahme betrifft den Gebäudebereich zudem nur sehr punktuell und darüber hinaus erst noch nur am Rande, geht es dabei doch einzig und alleine um einen Ausweis betreffend des CO<sub>2</sub>-Ausstosses eines Gebäudes. Diese Kompetenz nimmt der Bund schon heute wahr (Art. 9 Abs. 4 EnG).
- 70 Daraus erhellt auch, dass ein solcher Ausweis wenig *raumwirksam* erscheint. Der in Art. 89 Abs. 4 BV angelegte Schutz des kantonalen Baurechts scheint somit kaum betroffen. Vielmehr wird das Gebäude hierbei als Emittent von CO<sub>2</sub> verstanden und der Ausstoss in einem individuellen Ausweis festgehalten. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass der Bund die Kantone in Art. 9 Abs. 4 EnG bereits zum Erlass einheitlicher Vorschriften über die Angabe des Energieverbrauchs in Gebäuden in Form eines Gebäudeenergieausweises verpflichtet. Im Unterschied dazu steht beim Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweis nicht der Energieverbrauch, sondern eben der CO<sub>2</sub>-Ausstoss im Zentrum.
- 71 Beim fraglichen Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweis handelt es sich um ein neues, bisher in den Kantonen unbekanntes Instrument. Es weist zwar Ähnlichkeiten mit dem Gebäudeenergieausweis der Kantone (GEAK) auf, verfolgt jedoch statt eines rein energiepolitischen ein klimapolitisches Ziel. Während beim GEAK der Energieverbrauch im Zentrum steht, betrifft der Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweis, wie es der Name bereits sagt, den Ausstoss von CO<sub>2</sub>. Die Pflicht zur Einführung einer Gebäudeenergieausweises steht somit derjenigen zur Einführung eines auf den CO<sub>2</sub>-Ausstoss fokussierten Ausweises nicht entgegen.
- 72 Betrachtet man die beiden Gebäudeausweise im Lichte der Bundeskompetenz nach Art. 74 BV, erscheint ein solcher umso eher zulässig, als er das Gebäude

als Emissionsquelle (von CO<sub>2</sub>) i.S.v. Art. 12 USG resp. der LRV qualifiziert. Eine Regelung bezüglich eines Ausweises über den CO<sub>2</sub>-Ausstoss ist damit kompetenzrechtlich eher zulässig als eine solche bezüglich eines Ausweises über den Energieverbrauch.

- 73 Im Ergebnis ist somit festzuhalten: Die Einführung obligatorischer Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweise ist zulässig, sofern sie den Kantonen einen Umsetzungsspielraum belässt. Als Massnahme, die direkt den CO<sub>2</sub>-Ausstoss im Blick hat, ist sie kompetenzrechtlich weniger problematisch als Massnahmen, welche den Energieverbrauch betreffen.

#### IV. ZUSAMMENFASSUNG

- 74 Massnahmen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen im Gebäudebereich stehen an einer heiklen Schnittstelle zwischen den Kompetenzen des Bundes und derjenigen der Kantone. Unsicherheiten ergeben sich aus der singulären Wendung "vor allem" in Art. 89 Abs. 4 BV, aus der verschachtelten Binnenstruktur von Art. 89 BV sowie aus dem Verhältnis von Art. 89 BV zu Art. 74 BV. Gerade der Gebäudebereich zeigt, dass Massnahmen des Umweltschutzes kaum von energiepolitischen Massnahmen zu trennen sind, sowohl in juristischer wie auch in technischer Sicht.
- 75 Der Gesetzgeber kommt um eine wertende Abwägung einzelner Gesichtspunkte nicht herum, wenn er die Grenzlinie zwischen Bundeskompetenz und kantonalen Kompetenzen festlegen will. Aus unserer Sicht sollte er bei den Massnahmen zur Reduktion der Treibhausgasemissionen im Gebäudebereich auf folgende Gesichtspunkte abstellen, die sich als "Faustregel" in Frageform wie folgt abbilden lassen:

1. Dient die Massnahme eher der Reduktion des CO<sub>2</sub>-Ausstosses als der Verbrauchsreduktion?
2. Betrifft die Massnahme die Heizungsanlage (und damit nicht das Gebäude)?
3. Lässt die Massnahme den Kantonen einen Umsetzungsspielraum?
4. Bestehen in diesem Bereich noch keine Massnahmen der Kantone?

Je deutlicher auf die einzelnen Fragen mit "Ja" geantwortet werden kann, desto eher ist der Bund zuständig. Die Voraussetzungen müssen unseres Erachtens nicht kumulativ erfüllt sein, sondern im Sinne einer Gesamtabwägung eher für die Bundeskompetenz sprechen. Ausnahmsweise darf der Bund auch eine Massnahme treffen, bei welcher die Fragen überwiegend verneint werden mussten.

- 76 Dementsprechend ist nach unserer Einschätzung ein Öl- und Gasheizungsverbot (Massnahme 1) eher unzulässig, die Einführung obligatorischer Gebäude-CO<sub>2</sub>-Ausweise (Massnahme 6) eher zulässig und technische Anforderungen an Öl- und Gasheizungen, Grenzwerte für Gebäude, eine Sanierungspflicht bei Ersatz der Heizungsanlage und die Einführung von obligatorischen Erneuerungsfonds (Massnahmen 2 bis 5) bei entsprechend zurückhaltender Ausgestaltung zulässig.

\* \* \*



Prof. Dr. Felix Uhlmann



lic. iur. Florian Fleischmann