

GUTACHTEN

zuhanden

STADT ZÜRICH
DEPARTEMENT DER INDUSTRIELLEN BETRIEBE

betreffend

EINFÜHRUNG EINER GASABGABE IN DER STADT ZÜRICH

erstellt von

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

JASMINA BUKOVAC, MLAW, RECHTSANWÄLTIN
ASSISTENTIN AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

vom 26. August 2022

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|-------------|--|-----------|
| I. | AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG..... | 4 |
| 1. | Stadt Zürich | 4 |
| 2. | Andere Städte..... | 5 |
| 3. | Auftrag..... | 6 |
| II. | QUALIFIKATION DER VORGESCHLAGENEN GASABGABE | 8 |
| 1. | Übersicht | 8 |
| 2. | Konzessionsgebühr | 8 |
| 3. | Lenkungsabgabe | 8 |
| 4. | Beurteilung | 9 |
| III. | LENKUNGSABGABE AUF FOSSILEN ENERGIETRÄGERN | 11 |
| 1. | Einleitung..... | 11 |
| 2. | Kompetenzverteilung in der Finanzordnung..... | 11 |
| 3. | Kompetenzverteilung in der Umwelt- und Energiepolitik | 14 |
| a) | Art. 74 BV (Umweltschutz)..... | 14 |
| b) | Art. 89 BV (Energiepolitik)..... | 15 |
| 4. | CO ₂ -Abgabe nach dem CO ₂ -Gesetz..... | 16 |
| a) | Gesetz und Materialien..... | 16 |
| b) | Lehre und Rechtsprechung..... | 19 |
| IV. | WEITERE SPANNUNGSFELDER UND LÖSUNGSANSÄTZE..... | 21 |
| 1. | Energiegesetz des Kantons Zürich (Tarifgestaltung)..... | 21 |
| 2. | Strassengesetz..... | 22 |
| 3. | Vernehmlassungsvorlage Bundesgesetz über die Gasversorgung | 22 |
| 4. | Grundsätze des Finanzhaushaltes..... | 23 |
| V. | BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN..... | 24 |
| 1. | Ist es zulässig, in der Stadt Zürich eine kommunale Abgabe auf dem Energieträger Gas im in Kapitel 5 (hier Rz. 8) beschriebenen Sinn einzuführen? Ist es dabei zulässig, Biogas und synthetisches Gas von der Abgabe auszunehmen? Und ist es zulässig, über einen längeren | |

- Zeitraum Überdeckungen aufzubauen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt für die vorgesehenen Zwecke verwendet und damit wieder abgebaut werden?24
2. a) Falls die Frage 1 mit «ja» beantwortet wird: Was gilt es bei der Ausgestaltung der Abgabe zu berücksichtigen?24
- b) Falls die Frage 1 mit «nein» beantwortet wird: Wie könnte eine solche Abgabe bundes- und kantonalrechtlich zulässig ausgestaltet werden, namentlich mit Blick auf den Gegenstand der Abgabe, den Kreis der Abgabepflichtigen, die Höhe der Abgabe und die Mittelverwendung? Welches ist der rechtliche Spielraum auf kommunaler Ebene?.....24
3. Ist es möglich, die Erhebung der Abgabe von der Stadt an die Energie 360° gestützt auf § 63 Abs. 2 und § 67 lit. c Gemeindegesetz (GG, LS 131.1) zu übertragen?25
4. Falls die Frage 3 mit «ja» beantwortet wird: Wie hat die Übertragung dieser Aufgabe zu erfolgen und kann die Energie 360° mit der Kompetenz zur Verfügung der Abgabe bei Streitigkeiten ausgestattet werden?25

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

1. Stadt Zürich

- 1 Der Gemeinderat der Stadt Zürich hat am 2. Februar 2022 die Motion zur Einführung einer Gasabgabe (GR Nr. 2021/44) mit 75 zu 40 Stimmen überwiesen. Der Stadtrat hatte zuvor beantragt, die Motion abzulehnen, und wollte den Vorstoss stattdessen als Postulat entgegennehmen (STRB Nr. 961/2021). Mit der Überweisung der Motion wurde der Stadtrat beauftragt, den Entwurf für einen Erlass, d.h. eine Verordnung des Gemeinderats im Sinne von Art. 54 Gemeindeordnung (AS 101.100) vorzulegen, mit dem eine analoge Abgabe auf dem Energieträger Gas eingeführt wird, wie sie gemäss Art. 3 Verordnung über gemeinwirtschaftliche Leistungen des Elektrizitätswerks der Stadt Zürich (ewz) im Rahmen der 2000-Watt-Ziele (VGL ewz, AS 732.360) auf dem Netznutzungsentgelt besteht. Der Preis für die Entschädigung für gemeinwirtschaftliche Leistungen im Rahmen der 2000-Watt-Ziele beträgt derzeit 1.4 Rp./kWh (AS 732.370). Mit diesen Mitteln werden gegenwärtig Leistungen wie strombasierte Energieberatungen, Rückvergütungen an Kundinnen und Kunden sowie namentlich diverse Förderbeiträge ausgerichtet (vgl. Ausführungsbestimmungen zur VGL ewz, AS 732.361). Die Motionärinnen und Motionäre begründen ihren Vorstoss im Wesentlichen damit, dass neben den Stromkundinnen und -kunden auch Gasbezügerinnen und -bezüger einen finanziellen Beitrag an die Dekarbonisierung und insbesondere die Transformation zur CO₂-freien Wärmeversorgung in der Stadt leisten sollen. Im Sinne der gerechten Lastenverteilung seien die mit der Stilllegung des Gasnetzes verbundenen Kosten wie namentlich Restwertentschädigungen vorab von den heutigen Gas-kundinnen und -kunden zu tragen. Eine Abgabe auf den Gasbezug sei lenkungswirkend und würde die Gaskonversion fördern. Sie sei daher klima- und energiepolitisch erwünscht.
- 2 Am 16. März 2022 hat der Gemeinderat eine Wärmeversorgungsverordnung (WV) erlassen (GR Nr. 2021/444). Diese regelt nebst dem Bau und Betrieb von thermischen Netzen in der Stadt den Ausstieg aus dem fossilen Gas, die Stilllegung von Gasverteilnetzen und in diesem Zusammenhang die Entschädigung für Gasgeräte und Gasverteilnetze.
- 3 Das Gasverteilnetz in der Stadt wird von der Energie 360 Grad AG (Energie 360°), einem öffentlichen Unternehmen in Privatrechtsform, betrieben. Die Stadt hält derzeit 96 Prozent der Aktien. In der Abstimmung vom 23. November 1997 hatten die Stimmberechtigten der Ausgliederung der Gasversorgung aus der Stadtverwaltung auf eine noch zu gründende Aktiengesellschaft zugestimmt. In der Folge wurde die Energie 360° (vormals Erdgas Zürich AG) gegründet. Gleichzeitig wurde der Energie 360° vom

Stadtrat die Bewilligung erteilt, im Rahmen ihrer Tätigkeit «Versorgung mit Gas auf dem Gebiet der Stadt Zürich» den öffentlichen Grund für Gasleitungen und weitere für die Versorgung mit Gas notwendigen betrieblichen Anlagen gemäss § 37 Strassengesetz vom 27. September 1981 (StrG, LS 722.1) zu beanspruchen. Diese Bewilligung umfasst den Neubau, den Ersatz, den Abbruch und die Erhaltung der Anlagen sowie deren Betrieb im öffentlichen Grund auf dem ganzen Stadtgebiet. Das Rechtsverhältnis zwischen der Energie 360° und den Gaskundinnen und -kunden ist privatrechtlicher Natur.

2. Andere Städte

4 Die Stadt Biel und die Gemeinde Lichtensteig, Kanton St. Gallen, kennen bereits eine Gasabgabe.

5 In der *Stadt Biel* bezahlt das selbständige Gemeindeunternehmen Energie Service Biel/Bienne «der Stadt Biel für das Recht auf Benützung des öffentlichen Grundes [...] im Bereich der Gasversorgung eine jährliche Abgabe von 0.5 Rappen pro Kilowattstunde der aus dem Verteilnetz des ESB an die Endkundinnen und -kunden in der Stadt Biel ausgespiessenen Energie» (Art. 45^{bis} Abs. 1 Reglement für das selbständige Gemeindeunternehmen Energie Service Biel/Bienne [ESB] vom 14. Dezember 2011; SGR 7.4-1; vgl. auch Art. 13 Abs. 2 Reglement ESB). «Der ESB bezahlt der Stadt Biel eine Abgabe von 0.2 Rappen pro Kilowattstunde der aus dem Verteilnetz des ESB an die Endkundinnen und -kunden in der Stadt Biel ausgespiessenen Energie aus nicht erneuerbarem Gas (Erdgas) zugunsten der Spezialfinanzierung 'Klimaschutz'» (Art. 45^{bis} Abs. 2 Reglement ESB). Den Kundinnen und Kunden der Gasversorgung werden die Aufwendungen nach Abs. 1 und Abs. 2 als Leistung an das Gemeinwesen als Bestandteil des Netznutzungsentgelts belastet (Art. 45^{bis} Abs. 3 Reglement ESB).

6 Bei der Abgabe nach Abs. 1 für die Benützung des öffentlichen Grundes handelt es sich unserer Ansicht nach um eine Konzessionsgebühr (vgl. 11. Stadtratsprotokoll Stadt Biel vom 23. Oktober 2013, S. 557 ff.; zur Konzessionsgebühr vgl. Rz. 13), während hingegen die Abgabe nach Abs. 2 nicht als Gegenleistung für die Benutzung des öffentlichen Grundes geschuldet wird und daher nicht als Konzessionsgebühr qualifizieren kann. Vielmehr ist die Abgabe für den Verbrauch von Erdgas als Lenkungsabgabe konzipiert (vgl. im Zusammenhang mit dem Klimaschutzreglement Auszug Stadtratsprotokoll Stadt Biel vom 16. September 2020; zur Lenkungsabgabe vgl. Rz. 14 f.).

7 In der *Gemeinde Lichtensteig* wird gemäss Reglement Energieförderprogramm, Politische Gemeinde Lichtensteig vom 15. Juni 2021 (abrufbar unter <[5](https://publikationen.sg.ch/fileadmin/ekab/files/2021/08/00.052.357/attachments/Reglement_-_Voll-</p></div><div data-bbox=)

zugsvorschriften_Energiefoerderprog.pdf>) eine aktive Energiepolitik verfolgt. «Finanzierung und Förderung erfolgen über ein Förderprogrammkonto», welches unter anderem aus «Einlagen aus den Nutzungsabgaben für die Verlegung von Leitungen und Kabeln [...] [a]uf Gasleitungen 0.3 Rp./kWh» geüfnet wird. «Abgesetztes Biogas ist von der Nutzungsabgabe ausgenommen» (Art. 2 lit. a Reglement Energieförderprogramm) – was für den lenkenden Charakter der Abgabe spricht (vgl. Rz. 14 f.). Die Abgabe wird für die Nutzung des öffentlichen Raums durch Gasleitungen geschuldet. Eine solche Abgabe stellt unserer Ansicht nach eine Konzessionsgebühr dar (zur Konzessionsgebühr vgl. Rz. 13).

3. Auftrag

- 8 Zur Umsetzung der Anliegen der Motionärinnen und Motionäre hat das Departement der Industriellen Betriebe gemeinsam mit dem Gesundheits- und Umwelt- sowie dem Tiefbau- und Entsorgungsdepartement folgende Konzeption einer Gasabgabe in der Stadt Zürich entworfen: Die Stadt erhebt auf dem auf Stadtgebiet verbrauchten Erdgas eine Abgabe. Biogas und synthetisches Gas sind von der Abgabe ausgenommen. Die Abgabe bemisst sich nach der Menge des verbrauchten Erdgases in Rappen pro kWh. Die Abgabe wird so ausgestaltet, dass alle Lieferantinnen und Lieferanten von Gas gleichbehandelt werden. Belastet wird die Abgabe aus Gründen der Verursachergerechtigkeit den Gaskundinnen und -kunden. Die Netzbetreiberin in der Stadt, die Energie 360°, erhebt die Abgabe bei den Kundinnen und Kunden. Sie leitet die Einnahmen an die Stadt weiter. In Bezug auf die Mittelverwendung sind verschiedene Varianten denkbar: Einerseits könnten die Mittel im Zusammenhang mit der Stilllegung der Gasverteilnetze in der Stadt für die Entschädigung der nicht amortisierten Investitionen von Hauseigentümerschaften in Gasgeräte und der Energie 360° in Gasverteilnetze verwendet werden (vgl. Art. 21 und 22 WV). Andererseits könnten mit den Mitteln aus der Abgabe Fördermassnahmen im Sinne der VGL ewz (mit-)finanziert werden. Die mit diesen Massnahmen verbundenen Kosten der Transformation werden dadurch in Zukunft durch die Gaskundinnen und -kunden mitgetragen. Die zuständige städtische Stelle vergibt nach Massgabe der noch zu erlassenden gemeinderätlichen Verordnung die entsprechenden Mittel. Über- bzw. Unterdeckungen (Differenz zwischen Einnahmen und vergebenen Mittel) werden in die Folgejahre übertragen.
- 9 Die Unterzeichnenden wurden um eine vertiefte Abklärung der Fragestellung gebeten. Konkret wurden den Unterzeichnenden folgende Fragen vorgelegt:
1. Ist es zulässig, in der Stadt Zürich eine kommunale Abgabe auf dem Energieträger Gas im in Kapitel 5 (hier Rz. 8) beschriebenen Sinn einzuführen? Ist es dabei zulässig, Biogas und synthetisches Gas von der Abgabe auszunehmen? Und ist

es zulässig, über einen längeren Zeitraum Überdeckungen aufzubauen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt für die vorgesehenen Zwecke verwendet und damit wieder abgebaut werden?

2. a) Falls die Frage 1 mit «ja» beantwortet wird: Was gilt es bei der Ausgestaltung der Abgabe zu berücksichtigen?

b) Falls die Frage 1 mit «nein» beantwortet wird: Wie könnte eine solche Abgabe bundes- und kantonrechtlich zulässig ausgestaltet werden, namentlich mit Blick auf den Gegenstand der Abgabe, den Kreis der Abgabepflichtigen, die Höhe der Abgabe und die Mittelverwendung? Welches ist der rechtliche Spielraum auf kommunaler Ebene?

3. Ist es möglich, die Erhebung der Abgabe von der Stadt an die Energie 360° gestützt auf § 63 Abs. 2 und § 67 lit. c Gemeindegesetz (LS 131.1) zu übertragen?

4. Falls die Frage 3 mit «ja» beantwortet wird: Wie hat die Übertragung dieser Aufgabe zu erfolgen und kann die Energie 360° mit der Kompetenz zur Verfügung der Abgabe bei Streitigkeiten ausgestattet werden?

10 Die Unterzeichnenden haben mit E-Mail vom 21. Juni 2022 einen ersten Entwurf mit der Beantwortung der Frage betreffend die Einführung einer kommunalen Abgabe auf den Energieträger Gas vorgelegt sowie auf weitere Spannungsfelder und Lösungsansätze hingewiesen. Nach schriftlichen Rückmeldungen vom 3. und 25. August 2022 wurde das Gutachten in die vorliegende Form gebracht.

II. QUALIFIKATION DER VORGESCHLAGENEN GASABGABE

1. Übersicht

11 Für die sich stellenden Fragen im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Konzeption einer Gasabgabe in der Stadt Zürich ist zuerst deren Abgabearart zu eruieren.

12 Öffentliche Abgaben lassen sich in Kausalabgaben und Steuern einteilen. Daneben bestehen besondere Abgaben und Mischformen (vgl. zu den öffentlichen Abgaben UL-RICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 2753 ff.). Für die Beantwortung der vorliegenden Gutachtenfragen stehen die *Konzessionsgebühr* (für die Beanspruchung des öffentlichen Grundes) und die *Lenkungsabgabe* (als besondere Abgabeform) im Vordergrund, die nachfolgend kurz dargestellt werden. Bei der geplanten Gasabgabe handelt es sich um eine zum Entgelt für den Gasbezug zusätzliche Leistung, deren Anknüpfungspunkt («*causa*») der dabei benutzte öffentliche Grund (Leitungen) oder die geplante Lenkung sein können – soweit es überhaupt eine *causa* gibt und nicht von einer Steuer auszugehen ist (vgl. Rz. 15). Andere Anknüpfungspunkte sind kaum ersichtlich.

2. Konzessionsgebühr

13 Die Konzessionsgebühr wird für die Einräumung eines Monopol- oder Sondernutzungsrecht erhoben. Namentlich stellt die «Gebühr für die Benutzung des öffentlichen Grundes zur Verlegung von Energieleitungen [...] eine Konzessionsgebühr dar, die als Gegenleistung für die Bewilligung der Sondernutzung des öffentlichen Grundes (Konzession) erhoben wird» (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2772; 2774, mit Verweis auf die Rechtsprechung). Die Konzessionsgebühr ist kostenunabhängig, da dem Staat durch die Einräumung eines Monopol- oder Sondernutzungsrechts keine Kosten entstehen. Daher kommt das Kostendeckungsprinzip nicht zur Anwendung (BGE 143 II 283, E. 3.7.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2784, mit Nachweisen).

3. Lenkungsabgabe

14 Mit der Lenkungsabgabe soll das Verhalten der Bevölkerung und der Wirtschaft gelenkt werden. Sie verfolgt keinen fiskalischen Zweck und stellt kein Entgelt für eine staatliche Leistung dar. Wird eine Gebühr mit einem Lenkungszweck verbunden, liegt eine Lenkungsabgabe vor (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2876 ff., mit Hinweisen). Der Lenkungszweck der Abgabe soll als «grundsätzlich taugliches Mittel» erscheinen (BGE 140 I 176, E. 6.3). Die Wirkungen müssen geprüft und evaluiert werden (BGE 147 I 16, E. 5.5).

15 Die aus der Lenkungsabgabe gespiesenen Erträge sind gleichmässig an die gesamte Bevölkerung zurückzugeben oder an jene Personen, die sich zielkonform verhalten haben (vgl. ausführlich RENÉ WIEDERKEHR, Sonderabgaben, recht 2017 43, S. 52 f.). Vorsicht ist dabei bei sachfremden Kriterien geboten. Kommen die eingenommenen Beträge nicht mehr hinreichend den Abgabepflichtigen zugute, verschiebt sich die Abgabe vom Ziel der Verhaltenslenkung hin zur Geldbeschaffung; sie bekommt Steuercharakter. Sie wird damit (ganz oder teilweise) zur Lenkungssteuer (vgl. WIEDERKEHR, a.a.O., S. 53). Es besteht zwar weiterhin ein Lenkungszweck, doch werden diese durch fiskalische Absichten überlagert.

4. **Beurteilung**

16 Im Urteil vom 10. September 2020 (VB.2020.00129) hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fest, dass Gemeinden von ihren Gemeindewerken ohne eigene Rechtspersönlichkeit keine Abgabe für gesteigerten Gemeingebrauch oder Sondernutzung erheben können, weil sie Teil der Gemeinde bilden (E. 4.2). Der Erhebung einer Konzessionsgebühr – selbst bei rechtlich selbstständigen Unternehmen – stehe zudem § 37 Abs. 1 und 2 StrG entgegen (E. 4.6). Der Schluss des Verwaltungsgerichts verhindert bis auf Weiteres die Einführung einer Gasabgabe, welche auf der Nutzung des Untergrunds beruht und diese Kosten den Bezügerinnen und Bezügerern weiterreicht (vgl. zum Strassengesetz Rz. 55).

17 Bei einer Abgabe «auf dem auf Stadtgebiet verbrauchten Erdgas» mit Bemessung «nach der Menge des verbrauchten Erdgases in Rappen pro kWh» handelt es sich nach unserem Verständnis in erster Linie um eine *Lenkungsabgabe* wie im vorangehenden Abschnitt beschrieben (vgl. Rz. 14 f.). Die Motionärinnen und Motionäre beabsichtigen eine Reduktion des Gasverbrauches sowie eine Beteiligung der Bezügerinnen und Bezüger an der Finanzierung der Transformationskosten (Restwertentschädigungen und Stilllegung des Gasverteilnetzes). Zu diesem Zweck soll der Konsum von umweltbelastendem Gas verteuert werden. Dies stimmt mit den Zielsetzungen überein, wie sie auch in anderen Städten angestrebt wurden (vgl. Rz. 4 ff.). Mit dem Lenkungszweck stimmt überein, dass Biogas und synthetisches Gas von der Abgabe ausgenommen werden sollen.

18 Bei der Verwendung werden verschiedene Varianten geprüft. Bei einer vollständigen Rückverteilung steht der Abgabencharakter ausser Frage. Fördermassnahmen, Überdeckungen etc. verschieben den Charakter potentiell in Richtung Steuer. Mit anderen Worten: Je stärker der Gesichtspunkt der Finanzierung, hier der Transformationskosten, in den Vordergrund rückt, desto eher hat man es mit einer Steuer zu tun (vgl.

Rz. 15). Die genaue Grenzziehung ist umstritten (vgl. WIEDERKEHR, a.a.O., S. 53), kann aber mit Blick auf die gefundenen Ergebnisse offengelassen werden (vgl. Rz. 26).

III. LENKUNGSABGABE AUF FOSSILEN ENERGIETRÄGERN

1. Einleitung

19 Nachfolgend soll geprüft werden, ob der Stadt Zürich die Kompetenz zusteht, eine entsprechende Lenkungsabgabe einzuführen. Das Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 23. Dezember 2011 (CO₂-Gesetz; SR 641.71) sieht ebenfalls eine CO₂-Abgabe auf fossile Brennstoffe wie unter anderem Gas vor. Es stellt sich damit die Frage, ob neben dem Bund auch Kantone bzw. Gemeinden eine entsprechende Abgabe erheben können. Dabei ist auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen in der Finanzordnung und in der Energiepolitik- bzw. im Bereich des Umweltschutzes einzugehen.

2. Kompetenzverteilung in der Finanzordnung

20 Die Finanzordnung des Bundes wird in den Art. 126 – 135 BV festgelegt. Sie regelt dabei auch die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen auf dem Gebiet der öffentlichen Abgaben.

21 Gemäss Art. 47 Abs. 1 BV «wahrt [der Bund] die Eigenständigkeit der Kantone.» «Er belässt den Kantonen ausreichende Finanzierungsquellen und trägt dazu bei, dass sie über die notwendigen finanziellen Mittel zur Erfüllung ihrer Aufgaben verfügen» (Abs. 2, zweiter Satz). Dem Bund steht lediglich die Befugnis zur Besteuerung zu, die ihm durch die Bundesverfassung übertragen wird (Art. 3 BV; KLAUS A. VALLENDER/ULRICH CAVELTI, in: St. Galler Kommentar Bundesverfassung, Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Zürich 2014, Art. 134 Rz. 2). Nach der Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 soll die Bestimmung von Art. 47 BV «einen substantiellen Föderalismus, insbesondere eine wesentliche Gestaltungsfreiheit der Kantone auf dem Gebiet der Organisation und der Finanzen» garantieren (Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1, S. 213). In der Lehre wird dies jedoch bezweifelt (GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 47 Rz. 4).

22 Die Bundesverfassung legt Grundsätze fest für die Haushaltsführung (Art. 126 BV), Grundsätze der Besteuerung (Art. 127 BV), sie regelt die direkten Steuern (Art. 128 BV), die Steuerharmonisierung (Art. 129 BV), die Mehrwertsteuer (Art. 130 BV), die Stempelsteuer und Verrechnungssteuer (Art. 132 BV), die Zölle (Art. 133 BV) sowie den Finanz- und Lastenausgleich (Art. 135 BV).

23 Art. 131 BV regelt die besonderen Verbrauchssteuern. Der Bund kann eine besondere Verbrauchssteuer auf Erdgas erheben (Abs. 1 lit. e). Die Kantone und Gemeinden dür-

fen «[w]as die Bundesgesetzgebung als Gegenstand der Mehrwertsteuer, der besonderen Verbrauchssteuern, der Stempelsteuer und der Verrechnungssteuer bezeichnet oder für steuerfrei erklärt, [...] nicht mit gleichartigen Steuern belasten» (Art. 134 BV). Bei der Erhebung besonderer Verbrauchssteuern handelt es sich um *konkurrierende Kompetenzen*. Den Kantonen verbleibt Raum für die Steuererhebung, solange der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch gemacht hat (URS BEHNISCH, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basel 2015, Art. 134 Rz. 1). Der Bund hat mit dem Erlass des Mineralölsteuergesetzes vom 21. Juni 1996 (MinöStG; SR 641.61) von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht, auf die Herstellung, die Gewinnung und die Einfuhr von Erdgas Steuern zu erheben (Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 und 2 Abs. 1 und 2 MinöStG; vgl. MICHAEL BEUSCH, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basel 2015, Art. 131 Rz. 5 und VALLENDER/CAVELTI, a.a.O., Art. 134 Rz. 4). Bei der Mineralölsteuer handelt es sich um eine Verbrauchssteuer, namentlich wird sie «zeitlich möglichst nahe bei der Abgabe der Waren zum Verbrauch erhoben. [...] [Der Handel] überwälzt die Steuer über den Produktpreis auf die Verbraucher» (Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit BAZG, Richtlinie 09 Mineralölsteuer, 01 Allgemeines vom 1. Januar 2022, S. 3). Die Kantone können auf diesem Gebiet daher keine weiteren *gleichartigen* Steuern mehr erheben (BIAGGINI, a.a.O., Art. 131 Rz. 2).

- 24 Der vom Verfassungsgeber verwendete Begriff der *gleichartigen Steuern* ist auslegungsbedürftig und wird in der Lehre kontrovers diskutiert (vgl. BEHNISCH, a.a.O., Art. 134 Rz. 5 ff.; VALLENDER/CAVELTI, a.a.O., Art. 134 Rz. 5 ff.; BIAGGINI, a.a.O., Art. 134 Rz. 2 ff.; THIERRY OBRIST, in: Commentaire romand Constitution fédérale, Vincent Martenet/Jacques Dubey [Hrsg.], Basel 2021, Art. 134 Rz. 6 ff.). In die Beurteilung einbezogen werden namentlich das *Steuerobjekt*, die *Bemessungsgrundlage* und die *Erhebungsart*. Neben dieser technischen Ausgestaltung zählt auch das *Belastungsziel* eine Rolle (VALLENDER/CAVELTI, a.a.O., Art. 134 Rz. 6). Nach BEHNISCH (a.a.O., Art. 134 Rz. 13) soll es zur Vermeidung der steuerlichen Mehrfachbelastung weniger auf die gesetzgeberische Begründung ankommen, sondern es soll auf die *ökonomische Wirkung* abgestellt werden. Nach VALLENDER/CAVELTI (a.a.O., Art. 134 Rz. 7) hingegen müsse auf die *Leistungsfähigkeit* abgestellt werden, die mit der betreffenden Steuer erfasst wird, um eine Mehrfachbelastung zu verhindern.
- 25 Das Bundesgericht ist bei seiner Beurteilung der gleichartigen Steuern zurückhaltend und gewährt den Kantonen somit einen grossen Kompetenzspielraum (vgl. BGer 2C_466/2008 [10.7.2009], E. 9, worin das Bundesgericht den Kantonen im Bereich alkoholischer Getränke einen grosszügigen Kompetenzspielraum für die Erhebung einer Kostenanlastungssteuer belässt; vgl. dazu auch BEUSCH, a.a.O., Art. 131 Rz. 8 und

ferner BGE 140 I 176, E. 8.4; BIAGGINI, a.a.O., Art. 134 Rz. 3 und BEHNISCH, a.a.O., Art. 134 Rz. 7 sprechen von einer «kantons-» bzw. «fiskusfreundlichen» bundesgerichtlichen Rechtsprechung). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung wird in der Lehre jedoch kritisiert, da *gleichgeartet* nicht mit *identisch* gleichzusetzen ist und es vielmehr auf ein gleiches oder ähnliches Steuergut ankommen soll (BEHNISCH, a.a.O., Art. 134 Rz. 13).

26 Die vorgeschlagene Gasabgabe ist unserer Ansicht nach als Lenkungsabgabe – also nicht als Steuer – konzipiert. Die genaue Grenzziehung in Richtung Steuer dürfte wegen der vorgeschlagenen Fördermassnahmen und Überdeckungen allerdings schwierig sein (vgl. Rz. 16 ff.). Selbst wenn aber die vorgeschlagene Gasabgabe als Lenkungssteuer beurteilt werden sollte, spricht gegen ihre verfassungsmässige Zulässigkeit jedoch, dass der Bundesgesetzgeber von seiner konkurrierenden Kompetenz zur Steuererhebung auf diesem Gebiet Gebrauch gemacht hat (vgl. Rz. 23). Im Übrigen bestünde das zusätzliche Problem, dass die Gemeinden im Kanton Zürich keine Befugnis zur Erhebung der entsprechenden Steuer hätten. Das kantonale Steuergesetz vom 8. Juni 1997 (LS 631.1; StG) sieht in § 187 Abs. 1 vor, dass Gemeinden als Gemeindesteuern (a.) Einkommens- und Vermögenssteuern von natürlichen Personen, (b.) Gewinn- und Kapitalsteuern von juristischen Personen, (c.) Quellensteuern von bestimmten natürlichen Personen mit steuerrechtlichem Wohnsitz oder Aufenthalt im Kanton jährlich erheben. Eine eigentliche Autonomie kommt den Gemeinden dabei aber nicht zu (vgl. Art. 125 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 [SR 131.211; KV/ZH]; §§ 187 – 226a StG). Sie können lediglich den Steuerfuss der einfachen Staatssteuer festsetzen (§ 101 des kantonalen Gemeindegesetzes vom 20. April 2015 [LS 131.1; GG]). Die Erhebung einer Lenkungssteuer durch die Stadt Zürich wäre entsprechend nicht möglich.

27 Die Sperrwirkung gemäss Art. 134 BV gilt aber nur für Steuern, nicht für Abgaben (GEORG MÜLLER/STEFAN VOGEL, Ergänzungsgutachten betreffend Finanzautonomie der Kantone/Gleichbehandlung/Lenkungsabgaben zuhanden der Konferenz Kantonale Energiedirektoren (EnDK) vom 12. Juli 2013, S. 8, mit Nachweis, abrufbar unter <<https://biblio.parlament.ch/e-docs/375455.pdf>>; vgl. zur Abgrenzung der Steuer von der Lenkungsabgabe Rz. 14 f.). Der Bund bedarf keiner ausdrücklichen Ermächtigung zur Erhebung der Lenkungsabgabe, vielmehr genügt eine Sachkompetenz zur Verhaltenslenkung (MÜLLER/VOGEL, a.a.O., S. 8). Allerdings ist umstritten, ob dies lediglich für die reine Lenkungsabgabe gilt oder auch für die Fiskalabgabe mit Lenkungszweck gelten soll (vgl. zu den Begriffen GIOVANNI BIAGGINI, Umweltabgaben, marktwirtschaftliche Instrumente – de quoi s'agit-il?, URP 2000 430, S. 434, mit weiteren Hinweisen

und zur umstrittenen Rechtslage bereits HELEN KELLER/MATTHIAS HAUSER, Verfassungskonforme Ertragsverwendung einer Klimalenkungsabgabe, Funktion und Tragwirkung des Verfassungsvorbehalts im Abgaberecht, AJP 2009 803, S. 810 f. mit Hinweisen).

28 Von der Bundeskompetenz zur Erhebung von (reinen) Lenkungsabgaben ist die entsprechende Kompetenz der Kantone bzw. Gemeinden zu unterscheiden. Die Kompetenz zur Erhebung von Lenkungsabgaben richtet sich primär nach der besonderen Ermächtigung im kantonalen Recht. Ob diese Kompetenz auch ohne explizite Ermächtigung besteht, wird in den Kantonen unterschiedlich beurteilt (für die Kantone Bern und Graubünden siehe RETO CRAMERI, Gemeinden im Kanton Graubünden – Aufgaben und Autonomie, Diss. Bern, Zürich/St. Gallen 2019, S. 273). Noch vor der Annahme der Volksinitiative «Schluss mit uferlosem Bau von Zweitwohnungen» am 11. März 2012 kannten diverse Gemeinden im Kanton Graubünden Lenkungsabgaben zur Lenkung des Zweitwohnungsbaus. Die entsprechenden kommunalen Lenkungsabgaben wurden von der Rechtsprechung soweit ersichtlich nie in Frage gestellt (vgl. CRAMERI, a.a.O., S. 273, mit Verweis auf die Rechtsprechung).

29 Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass eine Belastung auf Erdgas nicht zulässig ist, soweit die Belastung (auch) fiskalischen Charakter hat (Lenkungssteuer). Je nach Ausgestaltung könnte dies der Fall sein (vgl. Rz. 14 f.). Zu prüfen ist aber, ob eine Ausgestaltung der kommunalen Gasabgabe als *Lenkungsabgabe* zulässig ist. Die Finanzordnung des Bundes steht dem nicht entgegen. Sollte dies (auch) nicht der Fall sein, wäre eine kommunale Belastung auf Gas in jedem Fall verfassungswidrig – ungeachtet der Ausgestaltung als Lenkungssteuer oder Lenkungsabgabe.

3. Kompetenzverteilung in der Umwelt- und Energiepolitik

a) **Art. 74 BV (Umweltschutz)**

30 Nach Art. 74 Abs. 1 BV erlässt der Bund «Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen.» Dabei handelt es sich um eine umfassende Rechtsetzungskompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung, wobei dem Bund ein verpflichtender Rechtsetzungsauftrag erteilt wurde (ALAIN GRIFFEL, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney [Hrsg.], Basel 2015, Art. 74 Rz. 16; ANNE-CHRISTINE FAVRE, in: Commentaire romand Constitution fédérale, Vincent Martenet/Jacques Dubey [Hrsg.], Basel 2021, Art. 74 Rz. 15). Die Kantone behalten ihre Gesetzgebungsbefugnis, soweit der Bund sie nicht ausgeschöpft hat (FAVRE, a.a.O., Art. 74 Rz. 15).

31 Gestützt auf den Umweltschutzartikel können Lenkungsabgaben erhoben werden. Die CO₂-Abgabe im CO₂-Gesetz (vgl. Rz. 39 ff.) wurde gestützt auf diesen Verfassungsartikel eingeführt (vgl. Botschaft zur Volksinitiative «Für menschenfreundlichere Fahrzeuge» und zu einer Änderung des CO₂-Gesetzes vom 20. Januar 2010, BBl 2010 973, S. 1018). Sofern der Bund von seiner umfassenden Gesetzgebungsbefugnis nicht Gebrauch gemacht hat, dürfen die Kantone auf dem Gebiet des Umweltschutzes Lenkungsabgaben erheben (vgl. zur Schwierigkeit einer abschliessenden Regelung FELIX UHLMANN, Gesetzgebungstechnische und -methodische Überlegungen, in: Ders., Die Rolle von Bund und Kantonen beim Erlass und bei der Umsetzung von Bundesrecht, 12. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2013, 35 ff., S. 37 ff.; GEORGE MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 387 erstes Lemma).

b) Art. 89 BV (Energiepolitik)

32 Art. 89 BV regelt die Grundsätze und Kompetenzen des Bundes im Energiebereich und grenzt Letztere teilweise von den kantonalen Zuständigkeiten ab und legt das Zusammenwirken über den Kompetenzgebrauch fest (RENÉ SCHAFFHAUSER/FELIX UHLMANN, in: St. Galler Kommentar Bundesverfassung, Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Zürich 2014, Art. 89 Rz. 5). Die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen wird als «ausgesprochen komplex» bezeichnet (BGer 1C_36/2011 [8.2.2013], E. 3.2; 1C_240/2017 [11.12.2018], E. 4.1; SCHAFFHAUSER/UHLMANN, a.a.O., Art. 89 Rz. 5 BV).

33 Nach Art. 89 Abs. 1 BV setzen sich «Bund und Kantone [...] im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch.» Dieser Zielkatalog wird an Bund und Kantone sowie an die Gemeinden adressiert (SCHAFFHAUSER/UHLMANN, a.a.O., Art. 89 Rz. 6 BV).

34 «Der Bund legt Grundsätze fest über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch» (Art. 89 Abs. 2 BV). Diese Bestimmung verleiht dem Bund lediglich begrenzte Rechtsetzungskompetenzen (SCHAFFHAUSER/UHLMANN, a.a.O., Art. 89 Rz. 11; vgl. zu den verbleibenden kantonalen Kompetenzen ETIENNE POLTIER, in: Commentaire romand Constitution fédérale, Vincent Martenet/Jacques Dubey [Hrsg.], Basel 2021, Art. 89 Rz. 53 f.).

35 «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» (Art. 89 Abs. 3 BV).

Hierbei handelt es sich um einen umfassenden Gesetzgebungsauftrag an den Bund, der jedoch sachlich begrenzt ist (SCHAFFHAUSER/UHLMANN, a.a.O., Art. 89 Rz. 12).

36 «Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind vor allem die Kantone zuständig» (Art. 89 Abs. 4 BV). «Art. 89 Abs. 4 ist Ausdruck der «ausgesprochen komplexen» [...] Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen. Verfassungsrechtliche Kompetenzzuweisungen an die Kantone sind in der Regel aufgrund von Art. 3 rein deklaratorisch; hier hat der Verfassungsgeber die Zuweisung aber mit dem (singulären) Zusatz 'vor allem' versehen. Der Bund ist also auch – ein bisschen – zuständig, [...] im Wesentlichen über seine Grundsatzkompetenz (Abs. 2), allenfalls seine Regelungskompetenz betreffend Anlagen etc. (Abs. 3 Satz 1) sowie seine Förderungskompetenz (Abs. 3 Satz 2). [Spannungsfelder] bestehen auch in der Abgrenzung zu den Bundeskompetenzen nach Art. 74 (Umweltschutz) und Art. 75 (Raumplanung)» (SCHAFFHAUSER/UHLMANN, a.a.O., Art. 89 Rz. 14; vgl. auch BIAGGINI, a.a.O., Vorbem. Art. 89 – 93, Rz. 2, mit Hinweisen).

37 «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. 5 BV). Diese Norm begründet keine neuen Bundeskompetenzen; vielmehr ist sie als Koordinationsnorm konzipiert (SCHAFFHAUSER/UHLMANN, a.a.O., Art. 89 Rz. 18).

38 Gestützt auf den Energieartikel von Art. 89 BV kann der Bund keine Abgaben erheben. Dem Energieartikel lassen sich aber auch keine kantonalen bzw. kommunalen Kompetenzen ableiten. Die Lenkungsabgabe im CO₂-Gesetz stützt sich entsprechend lediglich auf den Umweltschutzartikel von Art. 74 BV (Botschaft 2010 CO₂-Gesetzes, a.a.O., S. 1017 f.; vgl. Rz. 31).

4. CO₂-Abgabe nach dem CO₂-Gesetz

a) *Gesetz und Materialien*

39 Das CO₂-Gesetz wurde gestützt auf Art. 74 und 89 BV erlassen. Die Lenkungsabgabe wurde – wie im vorstehenden Abschnitt erläutert – gestützt auf Art. 74 BV eingeführt. Art. 29 CO₂-Gesetz sieht eine CO₂-Abgabe auf die Herstellung, Gewinnung und Einfuhr von Brennstoffen vor (Abs. 1). Der Abgabepflicht unterstehen (mit Ausnahme für die Abgabe auf Kohle) die nach dem MinöStG steuerpflichtigen Personen (Art. 30 lit. b CO₂-Gesetz). «Der Abgabesatz beträgt je Tonne CO₂ 36 Franken. Der Bundesrat kann ihn bis auf höchstens 120 Franken erhöhen, falls die gemäss Artikel 3 für die Brennstoffe festgelegten Zwischenziele nicht erreicht werden» (Abs. 2). Der Bundesrat hat den Abgabesatz per 1. Januar 2022 auf CHF 120 Franken gesetzt.

- 40 Die Abgabe «ist als Lenkungsabgabe konzipiert und verteuert fossile Brennstoffe wie Heizöl oder Erdgas» (Botschaft zur Totalrevision des CO₂-Gesetzes nach 2020 vom 1. Dezember 2017, BBl 2018 247, S. 273). Die Abgabe ist jedoch nicht als reine Lenkungsabgabe ausgestaltet. Die «Teilzweckbindung der Erträge dieser Abgabe für das Gebäudeprogramm, für die Förderung der Geothermie und für den Technologiefonds ist insofern als verfassungsmässig zu betrachten, als sie die Erreichung des Lenkungsziels (Verminderung der CO₂-Emissionen) unterstützt und nur den kleineren Teil des Abgabbeertrags betrifft» (Botschaft 2018 Totalrevision CO₂-Gesetz, a.a.O., S. 368). Diese Auffassung ist umstritten (vgl. zur Verfassungsmässigkeit einer Lenkungsabgabe mit Teilzweckbindung KELLER/HAUSER, a.a.O., S. 810 f., mit Hinweisen; Verfassungsmässigkeit der Teilzweckbindung bestätigt in Botschaft 2018 Totalrevision CO₂-Gesetz, a.a.O., S. 368; zur reinen Lenkungsabgabe nach dem alten Recht vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen vom 17. März 1997, BBl 1997 III 410, S. 453).
- 41 Ob die Kantone befugt sind, auf Gas eine Abgabe zu erheben, hängt davon ab, ob die Regelung auf Bundesebene abschliessend ist (vgl. MÜLLER/VOGEL, a.a.O., S. 9, mit Nachweisen).
- 42 Dem CO₂-Gesetz ist nicht ausdrücklich zu entnehmen, ob die Regelung betreffend Lenkungsabgabe abschliessend geregelt wurde oder nicht, weshalb im Rahmen der allgemeinen Auslegungsmethoden die Materialien und die Zielsetzung dieser Regelung berücksichtigt werden müssen (vgl. dazu UHLMANN, Überlegungen, a.a.O., S. 42).
- 43 Der Bundesrat nimmt zur Frage der abschliessenden Regelung der Lenkungsabgabe in der *Botschaft 1997 CO₂-Gesetz*, a.a.O., nicht ausdrücklich Stellung. Die CO₂-Abgabe war aber als ergänzendes Instrument gedacht, deren Einführung nur dann erfolgen sollte, «wenn die CO₂-Reduktionsziele nicht mit anderen Massnahmen erreicht werden können» (Botschaft 1997 CO₂-Gesetz, a.a.O., S. 450). [D]ie Energiegesetzgebung [sollte] mit einer quantifizierten, langfristigen CO₂-Zielsetzung und mit der rechtlichen Möglichkeit, subsidiär zu freiwilligen und behördlichen Massnahmen eine Lenkungsabgabe einzuführen» ausgestattet werden (Botschaft 1997 CO₂-Gesetz, a.a.O., S. 430). Nach der Botschaft werden wichtige Voraussetzungen für die angestrebte Energiepolitik auch durch die Kantone und Gemeinwesen geschaffen (Botschaft 1997 CO₂-Gesetz, a.a.O., S. 428). «Die Massnahmen des Bundes geben den Kantonen Rückhalt für ihre eigene Energiepolitik» (Botschaft 1997 CO₂-Gesetz, a.a.O., S. 429).
- 44 Nach der *Botschaft über die Schweizer Klimapolitik nach 2012 (Revision des CO₂-Gesetzes und eidgenössische Volksinitiative «Für ein gesundes Klima»)* vom 26. August

2009, BBI 2009 7433, S. 7461, 7470 f., soll die CO₂-Lenkungsabgabe auf Treibstoffen als subsidiäres Instrument beibehalten werden.

- 45 Nach der *Botschaft zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem vom 28. Oktober 2015*, BBI 2015 7877, welche die Erhebung einer Stromabgabe und die Abgabe auf Brenn- und Treibstoffen vorsah, hätten die angestrebten Klima- und Stromabgaben des Bundes nicht von der kantonalen oder kommunalen Besteuerung ausgeschlossen werden sollen (auf die Vorlage traten beide Räte nicht ein; Nationalrat am 8. März 2017, Ständerat am 12. Juni 2017). Daher wäre es den Kantonen und Gemeinden auch unter diesem Klima- und Energielenkungssystem weiterhin möglich gewesen, bisherige Konzepte weiterzuführen oder Stromabgaben einzuführen (Botschaft Klima- und Energielenkungssystem, a.a.O., S. 7888 f.). In der Botschaft heisst es zudem: «Nicht eingeführt werden können hingegen kantonale Abgaben auf Brenn- und Treibstoffen» (Botschaft Klima- und Energielenkungssystem, a.a.O., S. 7889). Aus dem Kontext («Verhältnis zu anderen Verfassungsartikeln») ist anzunehmen, dass die Aussage ungeachtet der Einführung der neuen Verfassungsnorm gilt. Sie spricht gegen die Zulässigkeit kantonalen und kommunalen Abgaben. Die Bedeutung der Aussage sollte aber nicht überschätzt werden, da sie soweit ersichtlich nicht begründet und auch in der Lehre nicht aufgenommen wurde.
- 46 Auch nach der *Botschaft 2017 CO₂-Gesetz* soll «[d]er subsidiäre Charakter [...] aufrechterhalten werden, indem der Abgabesatz wie bisher schrittweise in Abhängigkeit der Entwicklung der CO₂-Emissionen aus Brennstoffen erhöht werden soll und damit die Wirkung anderer Massnahmen berücksichtigt» (Botschaft 2017 CO₂-Gesetz, a.a.O., S. 273; vgl. auch S. 285). Auch neueren Materialien ist keine eindeutige Stellungnahme zu entnehmen (vgl. etwa *Parlamentarische Initiative Verlängerung des Reduktionszieles im geltenden CO₂-Gesetz Entwurf und erläuternder Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 23. August 2021*, BBI 2021 2252).
- 47 Die Botschaften lassen keine eindeutigen Schlussfolgerungen zu, doch tendieren sie insgesamt eher zur Unzulässigkeit kantonalen und kommunalen Abgaben. In der Botschaft zum Verfassungsartikel über ein Klima- und Energielenkungssystem (a.a.O., S. 7889) wird *en passant* auf die Unzulässigkeit geschlossen. Andererseits wird der subsidiäre Charakter der Massnahmen des Bundes vor (auch) kantonalen Massnahmen betont – was seinerseits zu relativieren ist, weil der Bund seine Kompetenz unserer Ansicht nach derzeit voll ausschöpft.

b) Lehre und Rechtsprechung

- 48 Auch für MÜLLER/VOGEL spricht der subsidiäre Charakter der Massnahmen des Bundes tendenziell gegen eine abschliessende bundesrechtliche Regelung. Im Ergebnis kommen sie aber zu einem kritischen Befund (a.a.O., S. 10): «Nach unserem Dafürhalten stellen das CO₂-Gesetz und die Verordnung dazu eine abschliessende Regelung des Bundes dar, die es den Kantonen nicht erlaubt, zusätzliche Lenkungsabgaben auf Brenn- und Treibstoffen zu erheben.» Die Autoren setzen sich in ihrem Ergänzungsgutachten mit der Erhebung und Bemessung der Benzinpreise in den Grenzregionen, der Gesamtbelastung des Güterverkehrs durch Abgaben im Vergleich zum Ausland auseinander und nehmen Bezug auf die Auswirkungen auf die Wirtschaft. Ihrer Ansicht nach sei «der Bund nicht mehr in der Lage, den genannten Auswirkungen Rechnung zu tragen», wenn auch die Kantone Lenkungsabgaben erheben können. Auch würde «[d]ie detaillierte Regelung der Voraussetzungen für die Erhebung der CO₂-Abgabe und der verschiedenen Möglichkeiten zur Befreiung bzw. zur Kompensation für bestimmte Unternehmen [...] ebenfalls darauf hin[-deuten], dass der Bund auf diesem Gebiet vollständig legiferiert hat» (MÜLLER/VOGEL, a.a.O., S. 10). Sie verweisen in ihrem Gutachten auf THOMAS KAPPELER. Dieser sieht ebenfalls keinen Raum für kantonale Lenkungsabgaben, wenn der Bund die notwendigen gesetzlichen Grundlagen zur Erhebung von Umweltlenkungsabgaben geschaffen hat (THOMAS KAPPELER, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen umweltpolitisch motivierter Lenkungsabgaben, Diss Zürich, Zürich 2000, S. 89 f.). Die Lehre hat sich in jüngster Zeit soweit ersichtlich nicht mit dieser Frage beschäftigt. Auch das Bundesgericht hat sich damit soweit ersichtlich noch nicht befasst.
- 49 Insgesamt erscheinen uns diese Überlegungen überzeugend. Die bundesrechtliche Regelung ist umfassend. Festgelegt werden Voraussetzungen, Höhe, Begrenzungen und Ausnahmen etc. Hinweise, dass in diesem Bereich auch die Kantone und Gemeinden legiferieren dürfen, finden sich nicht.
- 50 Dieser Auffassung kann immerhin entgegengehalten werden, dass Kantone und Gemeinden nicht selten die Ziele des Bundes verstärken dürfen, also «oft» strengere Voraussetzungen aufstellen dürfen, als es der Bund vorgesehen hat (siehe Beispiel bei MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 387 zweites Lemma). Eine Lenkungsabgabe auf kantonaler oder kommunaler Ebene verstärkt die Lenkungswirkung (während etwa Subventionen zur Abschwächung des derzeitigen Anstiegs der Energiepreise problematisch wären). Mit diesem Argument könnte versucht werden, die Abgabe einzuführen. Es bestünden aber mit Blick auf die wenigen, aber klaren Meinungsäusserungen beträchtliche Risiken. Prozessual ist festzuhalten, dass eine solche Abgabe sowohl nach deren Erlass (*abstrakte Normenkontrolle*) als auch bei jeder Erhebung angefochten werden

könnte (*konkrete Normenkontrolle*). Rechtssicherheit würde sich also auch bei unbenutzten Rechtsmitteln im Anschluss an die Verabschiedung des Erlasses nicht einstellen.

- 51 Auch die Tatsache, dass Biel eine vergleichbare Lenkungsabgabe kennt, dürfte wenig an diesem Befund ändern. Die Tatsache, dass eine solche Abgabe in anderen Kantonen und Gemeinden kaum diskutiert wurde, kann auch als Indiz dafür gesehen werden, dass die Regelung des Bundes in diesem Bereich als abschliessend verstanden wird. Eine gerichtliche Überprüfung dieser Lenkungsabgabe hat allerdings soweit ersichtlich nicht stattgefunden.

IV. WEITERE SPANNUNGSFELDER UND LÖSUNGSANSÄTZE

1. Energiegesetz des Kantons Zürich (Tarifgestaltung)

52 Das Energiegesetz des Kantons Zürich vom 19. Juni 1983 (EnerG; LS 730.1) sieht vor, dass Energieversorgungsunternehmen «Energie grundsätzlich gestützt auf allgemein verbindliche Gebühren für Anschluss und Lieferung ab[geben]. Der Verkauf zu Tagespreisen ist zulässig, um überschüssige Energiemengen bestmöglich zu nutzen» (§ 3 Abs. 1 EnerG). «[D]ie tatsächlichen Kosten und die Art des Energiebezugs» werden bei der Gebührenfestsetzung nach Möglichkeit berücksichtigt (§ 3 Abs. 2 EnerG). In der kantonalen Volksabstimmung vom 28. November 2021 nahm das Zürcher Stimmmolk die Änderung des Energiegesetzes für die Umsetzung der Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich 2014 (MuKE n 2014) an; Auswirkungen auf § 3 EnerG sind nicht ersichtlich.

53 Das kantonale Energiegesetz sagt explizit nichts zur Möglichkeit der Einführung von Lenkungsabgaben. Allerdings regelt § 3 EnerG wie dargelegt die «Tarifgestaltung» (Randtitel). Zum «Tarif» gehören typischerweise alle Nebenkosten. Massgebend für den Tarif sollen in erster Linie die «tatsächlichen Kosten» sein (neben der Art des Energiebezuges; § 3 Abs. 2 EnerG). Diese Bestimmung dürfte sich gegen eine fiskalische Nutzung kommunaler Versorgungsmonopole richten. Auch Lenkungsabgaben stellen nicht «tatsächliche Kosten» dar, sondern eine politisch gewollte Preisgestaltung zur Beeinflussung des Bezuges. Aus den Materialien zum Energiegesetz sowie der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ergibt sich zwar nichts Eindeutiges, doch steht § 3 Abs. 2 EnerG in einem Spannungsverhältnis zu einer kommunalen Gasabgabe. In den parlamentarischen Beratungen wurde eine Ergänzung von Abs. 2 «sowie das Energiesparziel» vom Kantonsrat abgelehnt; allerdings wurde in den Räten auch die Freiheit in der Tarifgestaltung betont. Der Regierungsrat erachtete den Hinweis auf das Energiesparziel als unnötig und betonte, dass die Energieversorgungsunternehmen sämtliche Ziele des Energiegesetzes gemäss § 1 – und nicht nur das Energiesparziel – zu verfolgen haben (vgl. Sitzung des Kantonsrats vom 27. September 1982, KRP 1982/187/0002, S. 10 ff.).

54 Sollte der Vorstoss in der Stadt Zürich nicht schon aufgrund der Bedenken mit Bezug auf die Regelung auf Bundesebene verworfen werden, müsste die Frage einer möglichen kommunalen Gasabgabe vor dem Hintergrund von § 3 Abs. 2 EnerG vertieft abgeklärt werden.

2. Strassengesetz

55 Das StrG sieht in § 37 vor, dass «[d]er Eigentümer einer öffentlichen Strasse [...] die Verlegung von öffentlichen Verkehrs- und Versorgungsanlagen eines andern Gemeinwesens oder entsprechender Anlagen einer Unternehmung, die öffentliche Aufgaben erfüllt, auf schriftliches Gesuch hin zu dulden [hat], sofern die Zweckbestimmung und die technische Anlage der Strasse dies gestatten» (Abs. 1). «Dem Strasseneigentümer sind alle aus solchen Anlagen entstehenden Kosten zu ersetzen und die Strasse ist nach erfolgter Beanspruchung einwandfrei instandzustellen; eine weitere Entschädigung ist nicht geschuldet» (Abs. 2). «Derartige Anlagen sind auf Kosten ihres Trägers zu verlegen oder anzupassen, wenn dies ein Strassenprojekt erfordert» (Abs. 3).

56 Das Verwaltungsgericht hat wie dargelegt (vgl. Rz. 16) entschieden, dass eine Konzessionsabgabe mit § 37 Abs. 1 und 2 StrG nicht kompatibel ist. Der Schluss des Verwaltungsgerichts ist plausibel und verhindert bis auf Weiteres die Einführung einer Gasabgabe, welche auf der Nutzung des Untergrunds beruht und diese Kosten den Bezügerinnen und Bezüglern weiterreicht. Realistischerweise müsste eine Anpassung über eine Änderung des kantonalen Gesetzes erfolgen.

57 Die politischen Chancen einer Änderung können die Unterzeichnenden kaum einschätzen. Aus juristischer Sicht würde immerhin vieles dafürsprechen, dass eine solche Abgabe nicht in Konflikt mit dem Bundesrecht gerät, da dieses nicht der Erhebung von Abgaben entgegensteht, die eine eigene *causa* haben, hier die Benutzung des öffentlichen Grunds. Sollte dieser Weg weiterverfolgt werden, müssten diese Fragen vertieft geprüft werden.

3. Vernehmlassungsvorlage Bundesgesetz über die Gasversorgung

58 Art. 19 Abs. 2 lit. d der Vernehmlassungsvorlage für ein Bundesgesetz über die Gasversorgung sieht vor, dass «Abgaben und Leistungen an Gemeinwesen [...] unter der Voraussetzung [anrechenbar seien], dass diese Kosten dem Netzbetrieb (und nicht dem Energiebereich) zuzurechnen sind» (Gasversorgungsgesetz, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, September 2019, S. 43). Diese Regelung deutet darauf hin, dass im Abgabebereich gerade nicht auf den Gasverbrauch, sondern auf den Netzbetrieb abgestellt werden soll. Ausschlaggebend sollen dabei vor allem die gesetzlichen Aufgaben der Netzbetreiber sein (Erläuternder Bericht Gasversorgungsgesetz, a.a.O., S. 42 f.). Da der Erlass einer solchen Regelung noch einige Jahre in Anspruch nehmen dürfte und das Ergebnis unsicher ist, sollten sich Vorstösse der Stadt kaum an dieser Vorlage ausrichten. Näher geprüft werden könnte, ob im Rahmen einer

Regelung des Bundes die Frage im Sinne der Stadt geregelt wird, dass nämlich kantonale und kommunale Lenkungsabgaben zusätzlich zum CO₂-Gesetz möglich würden.

4. Grundsätze des Finanzhaushaltes

59 Die Grundsätze der Haushaltführung werden in §§ 84 ff. GG geregelt. Die Zürcher Gemeinden sind im Bereich des Finanzhaushaltsrechts beschränkt autonom (VGer VB.2015.00398 [4.11.2015], E. 5.2). Sie führen eine eigene Finanzpolitik und können dabei insbesondere das Budget sowie den Steuerfuss festsetzen (vgl. Rz. 26). Die Gemeinden führen ihre Rechnung über den gesamten Haushalt als Einheit (§ 86 Abs. 1 GG). «Die Einnahmen der Gemeinde fliessen in den allgemeinen Gemeindehaushalt. Davon ausgenommen sind Einnahmen, die aufgrund ihrer Zweckbestimmung einer Spezialfinanzierung zuzuweisen oder als Sonderrechnung zu verwalten sind» (§ 86 Abs. 2 GG). Keine Zweckbindung der Einnahmen bedeutet, dass diese keinem «einzelnen Verwaltungsbereich gutgeschrieben oder für die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe reserviert werden» dürfen (AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz und zu den politischen Rechten in den Gemeinden, Tobias Jaag/Marcus Rüssli/Vittorio Jenni (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2017, § 86 Rz. 4). Gemäss § 87 Abs. 1 GG werden *Spezialfinanzierungen* geführt, «wenn Mittel aufgrund einer Rechtsgrundlage zweckgebunden sind.» Spezialfinanzierungen sind gemäss Abs. 2 zulässig für Eigenwirtschaftsbetriebe (lit. a; § 88 GG), Fonds, die das übergeordnete Recht vorsieht (lit. b), Rücklagen aus Verwaltungsbereichen mit Globalbudget gemäss § 100 GG (lit. c; § 89 GG) sowie Vorfinanzierungen von Investitionsvorhaben (lit. d; § 90 GG). Von den Spezialfinanzierungen sind die Einnahmen, die als *Sonderrechnung* geführt werden sollen, zu unterscheiden. Sie stellen Mittel im Interesse Dritter dar oder stammen aus Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen mit bestimmter Zweckbindung (§ 91 Abs. 1 GG). Gemäss Motion sollen die Mittel aus der Abgabe für die Kosten im Zusammenhang mit der anstehenden Dekarbonisierung der Stadt (namentlich für Restwertentschädigungen und Kosten im Zusammenhang mit Stilllegungen des Gasverteilnetzes) verwendet werden. Sollte die Idee einer Gasabgabe weiterverfolgt werden, müsste genauer geprüft werden, ob und falls ja unter welchen Voraussetzungen die beabsichtigte Zweckbindung der Einnahmen aus der Abgabe zulässig ist.

V. BEANTWORTUNG DER GUTACHTENSFRAGEN

1. **Ist es zulässig, in der Stadt Zürich eine kommunale Abgabe auf dem Energieträger Gas im in Kapitel 5 (hier Rz. 8) beschriebenen Sinn einzuführen? Ist es dabei zulässig, Biogas und synthetisches Gas von der Abgabe auszunehmen? Und ist es zulässig, über einen längeren Zeitraum Überdeckungen aufzubauen, die erst zu einem späteren Zeitpunkt für die vorgesehenen Zwecke verwendet und damit wieder abgebaut werden?**

60 Die Analyse der Rechtsgrundlagen, der Lehre und Praxis hat unseres Erachtens gezeigt, dass der Bundesgesetzgeber auf dem Gebiet der CO₂-Abgabe auf fossilen Brennstoffen wie Gas eine abschliessende Regelung getroffen hat und den Kantonen bzw. Gemeinden entsprechend keine Kompetenzen zugestanden werden, eigene bzw. weitere CO₂-Abgaben für die Nutzung von Gas zu verlangen (vgl. Rz. 41 ff.; 49 ff.). Eine andere Auffassung ist nicht ausgeschlossen und eindeutige Präjudizien bestehen nicht, aber es bestehen auf jeden Fall erhebliche Risiken einer erfolgreichen Anfechtung (abstrakt und konkret) der kommunalen Lenkungsabgabe auf Gas (vgl. Rz. 50). Eine Lenkungssteuer gerät mit Art. 131 Abs. 1 lit. e BV (Verbrauchssteuer auf Erdgas; vgl. Rz. 23 ff.) sowie mit der beschränkten Finanzautonomie der Gemeinde in diesem Bereich (vgl. Rz. 26) in Konflikt.

2. **a) Falls die Frage 1 mit «ja» beantwortet wird: Was gilt es bei der Ausgestaltung der Abgabe zu berücksichtigen?**

61 Zu beachten wären insbesondere die strengen Anforderungen an das Legalitätsprinzip, welche im Bereich der öffentlichen Abgaben bestehen.

b) Falls die Frage 1 mit «nein» beantwortet wird: Wie könnte eine solche Abgabe bundes- und kantonrechtlich zulässig ausgestaltet werden, namentlich mit Blick auf den Gegenstand der Abgabe, den Kreis der Abgabepflichtigen, die Höhe der Abgabe und die Mittelverwendung? Welches ist der rechtliche Spielraum auf kommunaler Ebene?

62 Eine andere Form als Konzessionsgebühr (des öffentlichen Grundes) oder Lenkungsabgabe bzw. -steuer ist für uns nicht ersichtlich. Soweit eine Anpassung des kantonalen Strassengesetzes (politisch) realistisch erscheint, halten wir dies für den naheliegendsten Versuch, eine Gasabgabe einführen zu können. Soweit Klärungen auf Bundesebene angestrebt werden, könnten diese allenfalls im Gesetzgebungsprozess zum Bundesgesetz über die Gasversorgung (vgl. Rz. 58) eingebracht werden.

3. Ist es möglich, die Erhebung der Abgabe von der Stadt an die Energie 360° gestützt auf § 63 Abs. 2 und § 67 lit. c Gemeindegesetz (GG, LS 131.1) zu übertragen?

63 Aufgrund der Antwort zu Frage 1 sind diese Abklärungen wohl von untergeordneter Bedeutung. Eine Auslagerung einer Gemeindeaufgabe ist dort ausgeschlossen, wo deren Erfüllung durch die Gemeinde selbst für die Organisation, die Selbstständigkeit oder die Leistungsfähigkeit der Gemeinde notwendig ist (§ 63 Abs. 1 GG); prima vista scheint dies nicht der Fall zu sein. Die Rechtsgrundlage müsste die Anforderungen nach § 68 GG erfüllen und die Gemeinde müsste ihre Gewährleistungsverantwortung nach § 64 GG wahrnehmen.

4. Falls die Frage 3 mit «ja» beantwortet wird: Wie hat die Übertragung dieser Aufgabe zu erfolgen und kann die Energie 360° mit der Kompetenz zur Verfügung der Abgabe bei Streitigkeiten ausgestattet werden?

64 Vgl. Rz. 63.

* * *



Prof. Dr. Felix Uhlmann



MLaw Jasmina Bukovac