



Dr. Martin Föhse | Dr. Christoph Jäger | Dr. Gregor Bachmann

«**Berner Solar-Initiative**»

Prüfung der Gültigkeit der Volksinitiative und Hinweise zur Umsetzung



Rechtsgutachten im Auftrag der

Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern

Bern, 24. Juni 2022

Ort und Datum

Bern, 24. Juni 2022

Auftraggeber

Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirek-
tion des Kantons Bern (WEU)
Generalsekretariat
Münsterplatz 3a
3011 Bern

Auftragnehmerin

Kellerhals Carrard Bern KIG
Effingerstrasse 1
Postfach
3001 Bern

Autoren

Dr. iur. Martin Föhse, Rechtsanwalt
Dr. iur. Christoph Jäger, Rechtsanwalt
Dr. iur. Gregor Bachmann, Rechtsanwalt

INHALT

Erlasse	3
Literatur	5
Materialien	6
Zusammenfassung	8
I. Einleitung	11
A. Ausgangslage.....	11
B. Auftrag und Gutachterfragen	13
C. Aufbau des Gutachtens	13
II. Gültigkeitsvoraussetzungen	14
A. Allgemeines	14
B. Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht	14
C. Durchführbarkeit	15
D. Einheit der Form	15
E. Einheit der Materie.....	16
III. Auslegung der «Berner Solar-Initiative»	17
A. Allgemeines zur Auslegung von Volksinitiativen	17
B. Auslegung im Einzelnen	17
C. Fazit	21
IV. Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht: Grundrechte	21
A. Berührte Grundrechte.....	21
1. Eigentumsgarantie	21
2. Wirtschaftsfreiheit.....	22
3. Nicht berührt: Legalitätsprinzip im Abgaberecht	22
B. Grundrechtsbeschränkung.....	23
1. Gesetzliche Grundlage	23
1.1 Eingriffsschwere	25
1.2 Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage	26
2. Öffentliches Interesse.....	28
3. Verhältnismässigkeit	29
3.1 Eignung.....	29
3.2 Erforderlichkeit.....	29
3.3 Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit i.e.S.)	32
C. Fazit	35
V. Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht: Kantonale Zuständigkeit	36
A. Staatsrechtliche Kompetenzordnung: Verhältnis Bund / Kantone	36

1.	Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen	36
2.	Energie	36
3.	Raumplanung und Bauwesen.....	37
B.	Staatsrechtliche Kompetenzordnung: Verhältnis Kanton / Gemeinde	38
VI.	Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht: Energierecht	40
A.	Energiegesetz des Bundes (EnG).....	40
B.	Stromversorgungsgesetz (StromVG).....	41
C.	Fazit	41
VII.	Umsetzung im bau-, planungs- und umweltrechtlichen Umfeld	42
A.	Ausgangslage und Einordnung	42
B.	Formelle Voraussetzungen zum Bau von Solaranlagen.....	43
C.	Materielle Voraussetzungen zum Bau von Solaranlagen	44
1.	Baubewilligungsfreie, meldepflichtige Solaranlagen	44
2.	Baubewilligungspflichtige Solaranlagen ausserhalb von Schutzgebieten	46
3.	Solaranlagen in Schutzgebieten	47
4.	Umweltrecht: Immissionsschutz bei störenden Reflexionen	49
5.	Fazit	50
VIII.	Anpassungen im übrigen kantonalen und kommunalen Recht	51
1.	Kantonales Recht.....	51
1.1	Ebene Gesetz	51
1.2	Ebene Verordnung	52
2.	Kommunale Ebene	53

ERLASSE

Bund

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
EnG	Energiegesetz vom 30. September 2016 (SR 730.0)
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)

RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz) vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPV	Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (SR 700.1)
StromVG	Bundesgesetz über die Stromversorgung (Stromversorgungsgesetz) vom 23. März 2007 (SR 734.7)
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
VBLN	Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 29. März 2017 (SR 451.11)
VISOS	Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 13. November 2019 (SR 451.12)
VMEE	Verordnung des Eidgenössischen Finanzdepartements über die Massnahmen zur rationellen Energieverwendung und zur Nutzung erneuerbarer Energien vom 24. August 1992 (SR 642.116.1; die Abkürzung wird nicht offiziell verwendet).

Kanton

BauG	Baugesetz vom 09. Juni 1985 (BSG 721.0)
BauV	Bauverordnung vom 6. März 1985 (BSG 721.1)
BewD	Dekret über das Baubewilligungsverfahren vom 22. März 1994 (BSG 725.1)
KEnG	Kantonales Energiegesetz vom 15. Mai 2011 (BSG 741.1)
KEnV	Kantonale Energieverordnung vom 26. Oktober 2011 (BSG 741.111)
KV	Verfassung des Kantons Bern vom 06. Juni 1993 (BSG 101.1)
PRG	Gesetz über die politischen Rechte vom 06. Juni 2012 (BSG 141.1)
StG	Steuergesetz vom 21. Mai 2001 (BSG 661.11)
VUBV	Verordnung über die Unterhalts-, Betriebs- und Verwaltungskosten von Grundstücken vom 12. November 1980 (BSG 661.312.51)

LITERATUR

- AEMISEGGER HEINZ/MOOR PIERRE/RUCH ALEXANDER/TSCHANNEN PIERRE (Hrsg.), Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. Praxiskommentar RPG-BEARBEITER/IN, Art. X N Y).
- BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, Zürich 2017 (zit. BIAGGINI, BV Kommentar).
- GRIFFEL ALAIN, Raumplanungs- und Baurecht, in a nutshell, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2021 (zit. GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht).
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht. 10. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020 (zit. HÄFELIN et al., Bundesstaatsrecht).
- JAAG TOBIAS, Die Verordnung im schweizerischen Recht, ZBI 2011, S. 629 ff. (zit. JAAG, ZBI 2011).
- JÄGER CHRISTOPH, Photovoltaik-Anlagen auf Bauten in der Landwirtschaftszone, in: STREIFF OLIVER (Hrsg.), Raumplanung und Photovoltaik, Zürich/St. Gallen 2021, S. 29–60 (zit. JÄGER, Photovoltaik-Anlagen).
- JÄGER CHRISTOPH, Solaranlagen im Meldeverfahren nach Art. 18a RPG, in: ABEGG ANDREAS/DÖRIG LEONIE (Hrsg.), Aktuelle Herausforderungen beim Bau von Energieanlagen, Umsetzung der Energiestrategie in der Raumplanung, Zürich/St. Gallen 2021, S. 89–118 (zit. JÄGER, Solaranlagen).
- JOSS MARA/SCHREIBER MARKUS/ZUMBERHAUS MARION, Förderung erneuerbarer Energien, in: HESELHAUS SEBASTIAN/SCHREIBER MARKUS/ZUMBERHAUS MARION (Hrsg.), Handbuch zum schweizerischen Energierecht, Zürich/St. Gallen 2022, S. 67–84, (zit. JOSS/SCHREIBER/ZUMBERHAUS, Förderung).
- JOSS MARA/SCHREIBER MARKUS, Photovoltaik, in: HESELHAUS SEBASTIAN/SCHREIBER MARKUS/ZUMBERHAUS MARION (Hrsg.), Handbuch zum schweizerischen Energierecht, Zürich/St. Gallen 2022, S. 109–133 (zit. JOSS/SCHREIBER, Photovoltaik).
- KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht: Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. KARLEN, Verwaltungsrecht).
- KÄLIN WALTER/BOLZ URS, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995 (zit. KÄLIN/BOLZ, Verfassungsrecht).
- KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTTENBACH JUDITH, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte).

MARTENET VINCENT/DUBEY JACQUES (Hrsg.), Commentaire romand Constitution fédérale, Basel 2021 (zit. CR BV-BEARBEITER/IN, Art. X N Y).

MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich 2013 (zit. MÜLLER/UHLMANN, Elemente).

MÜLLER MARKUS, Verhältnismässigkeit: Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013 (zit. MÜLLER, Verhältnismässigkeit).

ODERMATT LUZIAN, Ungültigerklärung von Volksinitiativen, in: AJP 1996, S. 710–724 (zit. ODERMATT, AJP 1996).

PEDRETTI RAMONA, Die Vereinbarkeit von kantonalen Volksinitiativen mit höherrangigem Recht, ZBI 6/2017, S. 299-323 (zit. PEDRETTI, ZBI 2017).

UHLMANN FELIX/FLEISCHMANN FLORIAN, Das Legalitätsprinzip – Überlegungen aus dem Blickwinkel der Wissenschaft in: Zentrum für Rechtsetzungslehre (ZfR), Felix Uhlmann (Hrsg.), Das Legalitätsprinzip in Verwaltungsrecht und Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2017 (zit. UHLMANN/FLEISCHMANN, Legalitätsprinzip).

WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BSK BV-BEARBEITER/IN, Art. X N Y).

ZAUGG ALDO/LUDWIG PETER, Baugesetz des Kantons Bern vom 9. Juni 1985, Kommentar, Band 1, Art. 1–52, öffentliches Baurecht, 5. Aufl., Bern 2020 (zit. ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG).

MATERIALIEN

BUNDESAMT FÜR ENERGIE BFE (Hrsg.), Sonnendach.ch und Sonnenfassade.ch: Berechnung von Potenzialen in Gemeinden, e4plus AG, Bericht vom 8. März 2019 (zit. BFE, Potenziale).

BUNDESRAT, Bericht in Erfüllung des Postulats 11.3561 Bourgeois, «Steuerbelastung – Optimierung der Förderung erneuerbarer Energien», vom 15. Juni 2011 (zit. Bericht Bourgeois).

BUNDESRAT, Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, BBl 2021 1666 ff. (zit. Botschaft Sichere Stromversorgung).

ENERGIE SCHWEIZ (Hrsg.), Photovoltaikmarkt: Preisbeobachtungsstudie 2020, Planair SA, Abschlussbericht vom 30. Juni 2021 (zit. Photovoltaikmarkt).

KOMMISSION FÜR UMWELT, RAUMPLANUNG UND ENERGIE DES NATIONALRATS (UREK N), Bericht zur Parlamentarischen Initiative 19.443 «Erneuerbare Energien einheitlich fördern. Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie» vom 19. April 2021, BBl 2021 1314 (zit. UREK N, Bericht).

ZUSAMMENFASSUNG

Die «Berner Solar-Initiative» erfüllt die für Gesetzesinitiativen erforderlichen Gültigkeitsvoraussetzungen. Sie ist mit übergeordnetem Recht vereinbar, praktisch durchführbar und wahrt das Erfordernis von Einheit von Form und Materie. In der Umsetzung auf Verordnungsstufe und im Vollzug muss jedoch auf die Verhältnismässigkeit geachtet werden.

In Bezug auf die Frage der Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht bleibt anzumerken, dass sowohl die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) als auch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) tangiert werden. Gerade mit Blick auf die Pflicht, auch bestehende Bauten mit Solaranlagen nachzurüsten, ist von einem schweren Grundrechtseingriff auszugehen. Der Gesetzesentwurf genügt indessen – sicherlich unter dem für die Prüfung der Gültigkeitsvoraussetzungen einer Initiative anwendbaren Massstab und mit Blick auf das Prinzip «in dubio pro populo» – den Anforderungen an die hierfür nötige, genügend bestimmte Grundlage im Gesetz im formellen Sinn.

Soweit gewisse Unklarheiten, namentlich in der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder in einem dem Regierungsrat eingeräumten Ermessen bei der Konkretisierung auf Verordnungsebene in angelegt sind, bewegen sich diese «Unbestimmtheiten» in einem rechtlich vertretbaren Rahmen, der zumindest genügend Spielraum belässt, um einen verfassungskonformen Vollzug zu ermöglichen. Die Delegation an den Ordnungsgeber geht teilweise weit, sie erscheint aber insgesamt ebenso noch von den Delegationsgrundsätzen gedeckt, zumal die wesentlichen Pflichten im Gesetz selbst angelegt sind.

Mit Blick auf das vorliegend gegebene öffentliche Interesse erscheint schliesslich auch das Verhältnismässigkeitsprinzip gewahrt bzw. die Vorlage lässt im Vollzug genügend Spielraum, um eine verhältnismässige, verfassungskonforme Umsetzung zu gewährleisten. Selbst wenn die Anwendung der Normen in besonders gelagerten Einzelfällen unverhältnismässig sein könnte, würde dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht dazu führen, dass die Initiative für ungültig zu erklären wäre. Den Betroffenen bleibt es hier unbenommen, ihren Fall gerichtlich überprüfen zu lassen.

Schliesslich ist festzuhalten, dass der Gesetzesentwurf weder kantonales Verfassungsrecht noch übriges, materielles Bundesrecht (ausserhalb der Bundesverfassung) verletzt. Freilich sind dennoch Konstellationen denkbar, wo Bundesrecht einer Umsetzung der Pflicht zur Installation einer Solaranlage im Weg steht. Dies kann dort der Fall sein, wo eine Baubewilligungspflicht gegeben ist, was in erster Linie Solaranlagen an Fassaden betreffen wird. Auch dies kann aber nicht dazu führen, dass die Initiative für ungültig zu erklären ist. Diesen Gegebenheiten wird in der Umsetzung Rechnung zu tragen sein.

Die Gutachterfragen können wir deshalb wie folgt beantworten:

- I. Kann die Kantonale Volksinitiative «Berner Solar-Initiative» (Gesetzesinitiative) verfassungskonform ausgelegt werden oder ist sie ganz oder teilweise ungültig?

Die Initiative ist gültig. Sie kann verfassungskonform ausgelegt und umgesetzt werden.

- II. Wie ist die «Berner Solar-Initiative» aus grundrechtlicher Sicht zu beurteilen?

Die «Berner Solar-Initiative» würde in der Umsetzung Grundrechtseingriffe nach sich ziehen, z.T. gar schwere. Die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit sind berührt. Die Eingriffe beruhen aber auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage. In Umsetzung und Rechtsanwendung kann und muss dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung getragen werden.

- III. Kann die «Berner Solar-Initiative» im energie- und baurechtlichen Umfeld ohne Anpassungen umgesetzt werden? Wo liegen die Chancen und Risiken?

Soweit die Initiative das kantonale materielle Bau- und Energierecht berührt, könnte die «Berner Solar-Initiative» mit einer marginalen Anpassung von Art. 26a EnG umgesetzt werden. Eine Anpassung z.B. von Art. 9 BauG ist u.E. nicht zwingend erforderlich, wäre aber aus Sicht der Klarheit wünschenswert. Aus verfahrensrechtlicher Sicht würde es einer Anpassung bei den Zuständigkeiten bedürfen. Die Gemeinden würden hingegen in gewissen Bereichen das kommunale Baurecht anpassen müssen. Dies kann z.B. dort der Fall sein, wo kommunale Ästhetikvorschriften den Bau von Fassadenanlagen untersagen bzw. sie heute nur mit einer Ausnahmegewilligung nach Art. 26a BauG erstellt werden könnten. Ferner bedarf es auf dieser Stufe Regelungen für den Umgang mit den Mitteln aus der Ersatzabgabe.

Aus rechtlicher Perspektive gibt es in Bezug auf diese Frage keine Chancen und Risiken zu bewerten. Das kommunale Recht wird entsprechend anzupassen sein.

- IV. Kann die «Berner Solar-Initiative» im Marktumfeld ohne Anpassungen umgesetzt werden? Wo liegen die Chancen und Risiken?

Die «Berner Solar-Initiative» tangiert u.E. das Marktumfeld – hier verstanden als Energiewirtschaft/Stromversorgungsmarkt – nicht in rechtlich unzulässiger Weise. Soweit Einzelne Strom ins Netz zurückspeisen, sind sie nicht mehr als zusätzliche Wettbewerber am Strommarkt. Was die Solarthermie anbetrifft, ist ebenso wenig ersichtlich, dass hier namentlich der Markt für alternative Heizsysteme oder Systeme zur Warmwasseraufbereitung in rechtlich nicht vertretbarer Weise tangiert würde.

Auch hier gibt es schliesslich aus rechtlicher Sicht keine Chancen und Risiken zu bewerten. Soweit sich die Frage in diesem Bereich stellt, ist sie politischer und nicht rechtlicher Natur.

- V. Formulieren und begründen Sie Alternativen aufgrund der Erkenntnisse des Gutachtens.

Aus unserer Sicht ist die Initiative gültig und verfassungskonform umsetzbar. Aus rechtlicher Sicht ergibt sich deshalb keine Notwendigkeit, Anpassungen am materiellen Gehalt vorzunehmen. Alternativen, namentlich eine mildere Form der Pflicht zum Bau von Solaranlagen, wie beispielsweise eine Beschränkung nur auf Dachanlagen, sind rechtlich umsetzbar, basieren aber auf politischen und nicht auf rechtlichen Erwägungen.

In der konkreten Umsetzung sehen wir gewisse Herausforderungen, die aber im Rahmen der Vollzugsgesetzgebung auf Verordnungsstufe und später im Vollzug selbst verfassungskonform beherrschbar wären.

I. EINLEITUNG

A. Ausgangslage

- 1 Gemäss Regierungsratsbeschluss RRB Nr. 1481/2021 reichte das Initiativkomitee am 17. November 2021 bei der Staatskanzlei innerhalb der gesetzlichen Frist unter dem Titel «Berner Solar-Initiative» eine Volksinitiative mit folgendem Begehren ein:

«Die nachfolgend unterzeichnenden Stimmberechtigten des Kantons Bern reichen, gestützt auf Artikel 58 der Bernischen Kantonsverfassung vom 6. Juni 1993 und Artikel 140 ff. des kantonalen Gesetzes vom 5. Juni 2012 über die politischen Rechte, die folgende Initiative in Form des ausgearbeiteten Entwurfs ein:

Das kantonale Energiegesetz (KEng) vom 15.05.2011 (Stand 01.01.2012) wird wie folgt geändert:

Der Abschnitt 4 «Energienutzung» ist in «Energienutzung und -produktion» umzubenennen.

Art. 39a Solarenergieproduktion bei neuen Bauten und Anlagen

¹ Neue, auf Dauer angelegte Bauten und Anlagen sind mit Anlagen zur Produktion von Solarenergie auszustatten, wenn sich die Dach- oder Fassadenflächen dafür eignen und die Installation zumutbar ist.

² Geeignete Dach- und Fassadenflächen nach Absatz 1 sind möglichst vollständig für die Produktion von Solarenergie zu nutzen.

³ Der Regierungsrat legt die Eignung, die Zumutbarkeit und den Umfang der minimal zu installierenden Leistung der Anlage durch Verordnung fest. Er berücksichtigt die Energiebezugsfläche als Berechnungsgrundlage.

Art. 39b Solarenergieproduktion bei bestehenden Bauten und Anlagen

¹ Bestehende, auf Dauer angelegte Bauten und Anlagen sind mit Anlagen zur Produktion von Solarenergie auszustatten, wenn sich die Dach- oder Fassadenflächen dafür eignen und die Installation zumutbar ist.

² Der Regierungsrat legt die Eignung, die Zumutbarkeit und den Umfang der minimal zu installierenden Leistung der Anlage durch Verordnung fest. Er berücksichtigt die Energiebezugsfläche als Berechnungsgrundlage.

Art. 39c Anpassung bei bestehenden Bauten und Anlagen

¹ Bestehende Bauten und Anlagen sind an die Vorschrift von Artikel 39b anzupassen, wenn deren Dach- oder Fassadenflächen umfassend erneuert werden.

² Bestehende Bauten und Anlagen sind spätestens bis 1. Januar 2040 an die Vorschrift von Artikel 39b anzupassen.

³ Die Anpassungsfrist von Absatz 2 gilt nicht für Bauten und Anlagen, die vor dem Annahmezeitpunkt der Initiative mit Solaranlagen ausgestattet worden sind und den Umfang der minimal zu installierenden Leistung nicht vollständig

erfüllen. In diesem Fall sind Bauten und Anlagen spätestens an die Vorschrift von Artikel 39b anzupassen, wenn die Anlagelebensdauer abgelaufen ist.

⁴ Der Regierungsrat schafft Anreize, damit die Vorschrift von Artikel 39b rasch umgesetzt wird.

Art. 39d Technologien

¹ Die solarthermische Nutzung ist der Nutzung für Solarstrom gleichgestellt.

Art. 39e Nutzung durch Dritte

¹ Gebäudeeigentümerinnen und Gebäudeeigentümer können die Pflicht zur Solarenergieproduktion nach Artikel 39a und 39b Dritten zur Erfüllung übertragen.

Art. 39f Ausnahmen

¹ Der Regierungsrat legt die Ausnahmen von der Pflicht zur Solarenergieproduktion (Art. 39a und 39b) auf und an Kulturdenkmälern sowie in Landschaften oder Ortsbildern von kantonaler oder nationaler Bedeutung durch Verordnung fest.

Art. 39g Ersatzabgabe

¹ Durch die Leistung einer Ersatzabgabe können sich Gebäudeeigentümerinnen und Gebäudeeigentümer von der Pflicht zur Solarenergieproduktion nach Artikel 39b befreien.

² Die Ersatzabgabe berechnet sich aus der Differenz der minimal zu installierenden Leistung zur effektiv installierten Leistung und beträgt pro kW nicht realisierte Leistung maximal 1000 Franken. Der Regierungsrat legt die weiteren Modalitäten und die Höhe der Ersatzabgabe durch Verordnung fest.

³ Die Gemeinden erheben die Ersatzabgabe und verwenden sie zweckgebunden zur Förderung der effizienten Energienutzung und der erneuerbaren Energien.

⁴ Die Gemeinden können die Erhebung der Ersatzabgabe an Gemeindeverbände delegieren.

Art. 39h Härtefallregelung

¹ Der Kanton kann in Härtefällen die Pflicht zur Energieproduktion nach Artikel 39b zeitlich aufschieben oder die Gebäudeeigentümerinnen und Gebäudeeigentümer von der Pflicht befreien.

Art. 59 Gebäudeanpassungen sowie Abbruch und Neubau

[geltendes Recht] Der Kanton kann Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen gewähren, wenn... [neu]... und die Anforderung von Artikel 39b erfüllt ist.»

- 2 Mit Beschluss vom 15. Dezember 2021 stellte der Regierungsrat des Kantons Bern das Zustandekommen der Initiative fest.¹ Es wurden 18'379 gültige Unterschriften eingereicht.

¹ RRB 1481/2021.

B. Auftrag und Gutachterfragen

3 Das Generalsekretariat der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion des Kantons Bern (WEU) gelangte an die Unterzeichnenden mit dem Auftrag, ein Rechtsgutachten zur «Berner Solar-Initiative» zu erstellen.

4 Gemäss Gutachtensauftrag sind folgende Fragen zu klären:

- I. Kann die Kantonale Volksinitiative «Berner Solar-Initiative» (Gesetzesinitiative) verfassungskonform ausgelegt werden oder ist sie ganz oder teilweise ungültig?
- II. Wie ist die «Berner Solar-Initiative» aus grundrechtlicher Sicht zu beurteilen?
- III. Kann die «Berner Solar-Initiative» im energie- und baurechtlichen Umfeld ohne Anpassungen umgesetzt werden? Wo liegen die Chancen und Risiken?
- IV. Kann die «Berner Solar-Initiative» im Marktumfeld ohne Anpassungen umgesetzt werden? Wo liegen die Chancen und Risiken?
- V. Formulieren und begründen Sie Alternativen aufgrund der Erkenntnisse des Gutachtens.

C. Aufbau des Gutachtens

5 Vorweg ist auf die einzelnen Voraussetzungen für die Gültigerklärung von Volksinitiativen einzugehen (Ziff. II). Sodann ist die «Berner Solar-Initiative» auszulegen, soweit dies für die nachfolgende Beurteilung notwendig ist (Ziff. III). Den ersten Schwerpunkt des Gutachtens bildet die Frage danach, ob die Initiative mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist. Dabei ist die Vereinbarkeit der Initiative mit den Grundrechten (Ziff. IV), der bundesstaatlichen Zuständigkeitsordnung (Ziff. V) sowie dem Energierecht des Bundes (Ziff. VI) zu prüfen. Den zweiten Schwerpunkt bilden Fragen zur Umsetzung der Initiative. Einerseits ist im Grundsatz zu beurteilen, ob – und gegebenenfalls wie – die Initiative im bau-, planungs- und umweltrechtlichen Umfeld umgesetzt werden kann (Ziff. VII). Andererseits ist zu prüfen, ob zusätzliche Anpassungen im übrigen kantonalen und kommunalen Recht erforderlich sind (Ziff. VIII).

II. GÜLTIGKEITSVORAUSSETZUNGEN

A. Allgemeines

6 Die «Berner Solar-Initiative» stellt eine Gesetzesinitiative dar. Sie ist auf die Änderung des kantonalen Energiegesetzes (KEnG) gerichtet. Die Kantonsverfassung stellt keine besonderen Anforderungen an eine Gesetzesinitiative im Verhältnis zu den übrigen Formen von Initiativen gemäss Art. 58 Abs. 1 KV auf. Es kommen demnach die allgemeinen Regeln für Initiativen nach Art. 58–60 KV zur Anwendung.

7 Die Anforderungen an die Gültigkeit von Initiativen sind in Art. 59 KV geregelt. Demnach muss eine Initiative die folgenden Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllen:

- Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht (Art. 59 Abs. 2 lit. a KV);
- Durchführbarkeit (Art. 59 Abs. 2 lit. b KV);
- Einheit der Form und der Materie (Art. 59 Abs. 2 lit. c KV).

8 Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Initiative die Gültigkeitsvoraussetzungen erfüllt. Der Entscheid über die (vollständige oder teilweise) Gültigkeit liegt beim Grossen Rat (Art. 59 Abs. 1 KV). Er hat sich bei der Prüfung der Gültigkeit allein an rechtlichen Kriterien zu orientieren.² Auch wenn die Gültigkeit zweifelhaft erscheint, ist ein Begehren entsprechend dem Grundsatz «*in dubio pro populo*» dem Volk vorzulegen, sofern eine rechtskonforme Auslegung möglich erscheint.³ Liegt hingegen ein Ungültigkeitsgrund vor, ist der Grosse Rat zur Ungültigerklärung verpflichtet.⁴

B. Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht

9 Verstösst eine Initiative gegen übergeordnetes Recht, ist sie ungültig (Art. 59 Abs. 2 lit. a KV). Die «Berner Solar-Initiative» stellt eine Gesetzesinitiative dar, welche mit dem kantonalen Verfassungsrecht, dem Bundesrecht (unter Einschluss des Bundesverfassungsrechts) sowie dem für die Schweiz geltenden Völkerrecht vereinbar sein muss.⁵ Auch das interkantonale Recht ist zu beachten.⁶ Die Vereinbarkeit der Initiative mit dem übergeordneten Recht steht im vorliegenden Fall im Zentrum der Gültigkeitsprüfung; darauf ist nachfolgend gesondert einzugehen (Rz. 31 ff. hiernach).

² KÄLIN/BOLZ, Verfassungsrecht, S. 395.

³ Statt vieler: BGE 147 I 183 E. 6.2; BGE 144 I 193 E. 7.3.1.

⁴ KÄLIN/BOLZ, Verfassungsrecht, S. 395.

⁵ BGE 144 I 193 E. 7.3; BGE 142 I 216 E. 3.1; ODERMATT, AJP 1996, S. 715.

⁶ KÄLIN/BOLZ, Verfassungsrecht, S. 396.

C. Durchführbarkeit

- 10 Undurchführbare Volksinitiativen sind ungültig (Art. 59 Abs. 2 lit. b KV). Angesprochen ist die faktische Durchführbarkeit; die rechtliche Durchführbarkeit ist Gegenstand eines eigenständigen Prüfpunktes – der Vereinbarkeit mit dem übergeordneten Recht (Art. 59 Abs. 2 lit. a KV). Nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben gemäss Art. 34 BV muss die Undurchführbarkeit *offensichtlich* sein, um die Ungültigkeit zu rechtfertigen.⁷ Nur wenn eine Initiative klar und eindeutig Massnahmen verlangt, die unter keinen Umständen realisiert werden können, ist die Ungültigkeitserklärung zulässig.⁸ Blosser Umsetzungsschwierigkeiten genügen nicht, zumal die Abwägungen über die mit dem Begehren verbundenen Vorteile und Nachteile den Stimmberechtigten obliegt.⁹
- 11 Vorliegend sind keine Gründe ersichtlich, welche die «Berner Solar-Initiative» unter dem Blickwinkel des Faktischen als offensichtlich undurchführbar erscheinen lassen. Die Initiative fordert nichts Unmögliches, sie lässt sich in tatsächlicher Hinsicht umsetzen. Das Gültigkeitserfordernis nach Art. 59 Abs. 2 lit. b KV ist folglich erfüllt.

D. Einheit der Form

- 12 Initiativen, welche die Einheit der Form nicht wahren, sind ungültig (Art. 59 Abs. 2 lit. c KV). Konkret bedeutet dies, dass die Formen der einfachen Anregung und des ausgearbeiteten Entwurfs nicht miteinander verbunden werden dürfen (Art. 141 Abs. 1 PRG). Mischformen sind ausgeschlossen, da die beiden Initiativformen je einem anderen Verfahren folgen.¹⁰
- 13 Die «Berner Solar-Initiative» stellt eine *Gesetzesinitiative* dar (Art. 58 Abs. 1 lit. b KV). Das Begehren ist auf eine Änderung des kantonalen Energiegesetzes gerichtet. Die «Berner Solar-Initiative» trägt die Form des *ausgearbeiteten Entwurfs*. Die angebehrten Änderungen des kantonalen Energiegesetzes sind in der Initiative artikelgenau angegeben. Konkret soll das KEnG um neun zusätzliche Bestimmungen betreffend die Solarenergieproduktion ergänzt werden. Eine Umsetzung durch den Gesetzgeber, den Grossen Rat, ist nicht erforderlich. Damit wird die Einheit der Form gewahrt.
- 14 Kein Verstoß gegen das Erfordernis der Einheit der Form liegt im Übrigen darin, dass die Initiative an diversen Stellen die Rechtsetzungsbefugnis an den Regierungsrat als Verordnungsgeber delegiert. Ob diese Rechtsetzungsdelegationen zulässig sind, ist mit Blick auf die Vereinbarkeit der Initiative mit übergeordnetem Recht zu prüfen (siehe Rz. 31 ff. hiernach).

⁷ BGE 128 I 190 E. 5.

⁸ ODERMATT, AJP 1996, S. 717.

⁹ KÄLIN/BOLZ, Verfassungsrecht, S. 396.

¹⁰ ODERMATT, AJP 1996, S. 710; BSK BV-TSCHANNEN, Art. 34 N 24.

E. Einheit der Materie

- 15 Initiativen müssen als weitere Gültigkeitsvoraussetzung die Einheit der Materie wahren (Art. 59 Abs. 2 lit. c KV). Sofern eine Initiative verschiedene Materien umfasst, muss zwischen ihnen ein sachlicher Zusammenhang bestehen (Art. 141 Abs. 2 PRG). Der Sinn des Gebots besteht darin, dass den Stimmberechtigten eine freie und unverfälschte Willensbildung und -äusserung ermöglicht wird.¹¹ Nach Lehre und Rechtsprechung dürfen an den geforderten Sachzusammenhang keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Sofern die Elemente einer Vorlage innerhalb eines thematischen Rahmens liegen, ein einheitliches Ziel verfolgen und in einer plausiblen Zweck-Mittel-Relation stehen, gilt die Einheit der Materie als gewahrt.¹²
- 16 Gegenstand der «Berner Solar-Initiative» ist eine Änderung des kantonalen Energiegesetzes. Zu diesem Zweck sieht die Initiative verschiedene neue Bestimmungen vor. Diese statuieren eine Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen und regeln einzelne damit verbundene Aspekte in sachlicher und zeitlicher Hinsicht (Art. 39a–39e). Sodann enthält der Initiativtext Bestimmungen zu Ausnahmen von der Solarpflicht (Art. 39f), einer Ersatzabgabe (Art. 39g) sowie einer Härtefallregelung (Art. 39h). Überdies werden Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen unter den Vorbehalt gestellt, dass eine Solaranlage installiert wird (Änderung von Art. 59 KEnG).
- 17 Sämtliche Bestimmungen der Initiative gehören thematisch zusammen und stehen in einem sachlichen Zusammenhang, nämlich der Einführung einer Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen auf geeigneten Dach- und Fassadenflächen von neuen und bestehenden Bauten und Anlagen. Es ist nicht ersichtlich, dass die Stimmberechtigten beim Entscheid über die Initiative aufgrund divergierender Teilgehalte in eine «Zwangslage» kommen könnten, die «ihnen keine freie Wahl zwischen den einzelnen Teilen» belässt.¹³ Insofern ist die Voraussetzung der Einheit der Materie gewahrt.

¹¹ ODERMATT, AJP 1996, S. 710 f.

¹² BSK BV-TSCHANNEN, Art. 34 N 42.

¹³ So das Bundesgericht in BGE 129 I 366 E. 2.2.

III. AUSLEGUNG DER «BERNER SOLAR-INITIATIVE»

A. Allgemeines zur Auslegung von Volksinitiativen

18 Das Bundesgericht hat aus Anlass der im Kanton Bern eingereichten kantonale Initiative «Keine Steuergelder für die Berner Reithalle!» folgende Auslegungsgrundsätze für Gesetzesinitiativen statuiert:

«Für die Beurteilung der materiellen Rechtmässigkeit einer Volksinitiative ist deren Text nach den anerkannten Interpretationsgrundsätzen auszulegen. Grundsätzlich ist vom Wortlaut der Initiative auszugehen und nicht auf den subjektiven Willen der Initianten abzustellen. Eine allfällige Begründung des Volksbegehrens darf mitberücksichtigt werden, wenn sie für das Verständnis der Initiative unerlässlich ist. Massgeblich ist bei der Auslegung des Initiativtextes, wie er von den Stimmberechtigten und späteren Adressaten vernünftigerweise verstanden werden muss. Von verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten ist jene zu wählen, die einerseits dem Sinn und Zweck der Initiative am besten entspricht und zu einem vernünftigen Ergebnis führt und welche andererseits im Sinne der verfassungskonformen Auslegung mit dem übergeordneten Recht von Bund und Kanton vereinbar erscheint. Kann der Initiative ein Sinn beigemessen werden, der sie nicht klarerweise als unzulässig erscheinen lässt, ist sie nach dem Günstigkeitsprinzip bzw. dem Grundsatz «in dubio pro populo» als gültig zu erklären und der Volksabstimmung zu unterstellen [...]. Andererseits kann insbesondere bei einer ausformulierten kantonalen Gesetzesinitiative der eindeutige Wortsinn nicht durch eine mit dem übergeordneten Recht konforme Interpretation beiseitegeschoben werden [...].»¹⁴

19 Die «Berner Solar-Initiative» als Gesetzesinitiative ist damit in erster Linie nach dem Wortlaut auszulegen. Ist der Wortlaut eindeutig, kann er auch nicht mit Blick auf die Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht uminterpretiert werden.¹⁵ Erweist er sich demgegenüber als unklar, so ist der tatsächliche Normsinn primär anhand des verfolgten Ziel und Zwecks (sog. teleologische Auslegung) – und namentlich unter Berücksichtigung des Willens der Initianten – zu ermitteln.¹⁶

B. Auslegung im Einzelnen

20 Nachfolgend ist zunächst zu prüfen, ob sich dem Wortlaut der «Berner Solar-Initiative» ein klarer Normsinn entnehmen lässt. Gegenstand der Initiative ist eine Ergänzung (Art. 39a–39h) und Änderung (Art. 59) des kantonalen Energiegesetzes.

21 Die Initianten der «Berner Solar-Initiative» haben dem Initiativbegehren eine Begründung beigegeben. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf eine allfällige Begründung des Volksbegehrens mitberücksichtigt werden, wenn sie für das

¹⁴ BGE 144 I 193 E. 7.3.1, mit weiteren Hinweisen.

¹⁵ PEDRETTI, ZBI 2017, S. 315.

¹⁶ Vgl. PEDRETTI, ZBI 2017, S. 315.

Verständnis der Initiative unerlässlich ist.¹⁷ Eine Berücksichtigung der Begründung setzt somit voraus, dass sich der Wortlaut als unklar erweist und mithin überhaupt durch weitere Auslegung nach dem wahren Normsinn gesucht werden muss.

- 22 Inhaltlich umfasst die Initiative eine Pflicht von Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümern zur Installation von Solaranlagen («Anlagen zur Produktion von Solarenergie»). Voraussetzung dieser Pflicht ist, dass sich die «Dach- oder Fassadenflächen dafür eignen und die Installation zumutbar ist». Die Pflicht bezieht sich sowohl auf neue wie auch bestehende «Bauten und Anlagen», wenn auch mit unterschiedlichen Modalitäten (Art. 39a–39c). Die Wendung «Bauten und Anlagen» ist dabei ganz offensichtlich Art. 22 RPG entnommen, der die Grundlage für die Baubewilligungspflicht enthält. In Art. 39d wird festgehalten, dass die solarthermische Nutzung der Nutzung für Solarstrom gleichgestellt ist; die Regelung ist somit innerhalb der Solaranlagen technologieneutral ausgestaltet. Sodann werden in den Art. 39f–39g Ausnahmen, die Ersatzabgabe für nicht erstellte Solaranlagen sowie Härtefälle geregelt. Art. 59 hält schliesslich fest, dass Finanzhilfen an Gebäudeanpassungen nur gewährt werden dürfen, wenn bei bestehenden Bauten und Anlagen die Anforderung von Art. 39b (Solarenergieproduktion bei bestehenden Bauten und Anlagen) erfüllt ist.
- 23 Dem Wortlaut der Initiative lässt sich ohne weiteres ein klarer Normsinn entnehmen. Im Zentrum steht die Einführung einer Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen auf geeigneten «Dach- und Fassadenflächen» von neuen und bestehenden «Bauten und Anlagen». Der Umstand, dass nur an «Dach- und Fassadenflächen» Solaranlagen anzubringen sind, verdeutlicht auch, dass «Bauten» im Fokus stehen, die über ein Dach und ggf. eine Fassade verfügen und nicht auch weitere, baubewilligungspflichtige «Anlagen».
- 24 Am soweit verständlichen Normsinn ändert nichts, dass teilweise unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet und Rechtsetzungsbefugnisse zur Konkretisierung an den Regierungsrat als Verordnungsgeber delegiert werden.¹⁸ In den Kreis der durch den Regierungsrat (oder ggf. die Praxis) mit materiellem Gehalt zu füllenden Begriffe gehören etwa die Definition der «geeigneten» Dach- und Fassadenflächen oder jene der «umfassenden Erneuerung» derselben, sowie auch die «Zumutbarkeit». Über eine blossе Begriffskonkretisierung hinaus geht (zum Teil) der Auftrag, Ausnahmen und mögliche Härtefälle zu regeln (zu letzterem sogleich). Diese Problematik betrifft indes nicht die Klarheit des Wortlauts und die Auslegung, sondern das Legalitätsprinzip, und ist mithin an anderer Stelle näher zu prüfen.¹⁹ Welche Tragweite die Initiative im Einzelfall letztlich haben wird und wie schwerwiegend der Eingriff in die Rechtsstellung der Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer

¹⁷ BGE 144 I 193 E. 7.3.1.

¹⁸ Der Einfachheit halber sprechen wir hier von der «Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen». Die Wendung wird in der Lehre kritisch betrachtet, vorliegend ist diese Differenzierung aber nicht von Bedeutung (vgl. MÜLLER/UHLMANN, Elemente, Rz. 413).

¹⁹ Siehe Rz. 39 ff. hiernach.

ausfällt, bleibt zu einem grossen Teil offen und lässt sich aufgrund des Gesetzestexts allein nicht bestimmen. Dies bedeutet aber gleichzeitig, dass in ebendiesen Teilen ein Spielraum für eine entsprechend zurückhaltende, verfassungskonforme Umsetzung auf tieferer Normstufe besteht, was für die Frage der Gültigkeit der Initiative aber soweit genügt (vgl. oben Rz. 18 f.).

- 25 Sodann bestehen an einigen Stellen des Initiativtextes Unklarheiten und Inkonsistenzen. Dazu gehört, dass der Gesetzestext einerseits festhält, dass die Installation einer Solaranlage «zumutbar» sein muss (Art. 39a Abs. 1 sowie Art. 39b Abs. 1), er andererseits aber zusätzlich eine «Härtefallregelung» vorsieht (Art. 39h). Inwiefern sich diese Bestimmungen voneinander abgrenzen, bleibt unklar. Sowohl der Rechtsbegriff der Zumutbarkeit wie auch die Härtefallregelung erscheinen in der juristischen Terminologie gewöhnlich als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips. So ist die Zumutbarkeit einer Massnahme ein Prüfpunkt im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung und wird auch als «Verhältnismässigkeit im engeren Sinne» bezeichnet.²⁰ Da die Frage der Zumutbarkeit in der Praxis auf einer Einzelfallbetrachtung beruht, ist es weder üblich noch zweckmässig, diesen Begriff generell-abstrakt zu konkretisieren – so ist es aber in Art. 39a Abs. 2 und Art. 39b Abs. 2 vorgesehen. Indessen führt aber auch dies nicht zu unüberwindbaren Hindernissen in der Umsetzung. Möglich wäre z.B. eine nicht abschliessende Liste denkbarer Konstellationen auf Verordnungsstufe.
- 26 Der Begriff des Härtefalls wiederum hat u.a. im Rahmen der Umsetzung der Ausschaffungsinitiative Bedeutung erlangt. Die diesbezügliche «Härtefallklausel» setzt primär das Verhältnismässigkeitsprinzip um.²¹ Nach einem solchen Verständnis wäre es schwer vorstellbar, dass eine Massnahme gleichzeitig sowohl als «zumutbar» als auch als «Härtefall» qualifiziert würde. Entsprechend ist es notwendig, im Rahmen der weiteren Auslegung das Verhältnis dieser beiden Begriffe zueinander zu klären (siehe dazu Rz. 28 hiernach). Solche Härtefallregeln sind nicht aussergewöhnlich. So kennt bspw. auch das EnG des Bundes eine Härtefallregel (Art. 42 EnG, in Bezug auf den Netzzuschlag). Im Kontext der Härtefallregelung von Art. 39h unklar ist der Erlassentwurf, wo er vorsieht, «[d]er Kanton» könne in Härtefällen die Pflicht zur Energieproduktion zeitlich aufschieben oder Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer von der Pflicht befreien. Angesichts des Gesamtzusammenhangs gehen wir nicht davon aus, dass es sich um eine Vollzugsvorschrift handelt. Dieses würde nach sich ziehen, dass wohl der gesamte Vollzug der neuen Bestimmungen durch eine Behörde auf Stufe Kanton erfolgen müsste, und zwar – bei den Härtefällen – unmittelbar gestützt auf diese Norm, ohne konkretisierende Ausführungsbestimmungen. Mit Blick auf die Tragweite der Bestimmung, gehörte dies aber noch auf Gesetzesstufe konkretisiert. Schwerlich gemeint sein kann ein weiterer Auftrag an den Gesetzgeber selbst, den Härtefall im Energiegesetz selbst zu konkretisieren. Vielmehr ist deshalb auslegungswise auch hier von einem Auf-

²⁰ Vgl. KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 60; BGE 142 I 49 E. 9.1.

²¹ Vgl. Urteil BGER 6B_1152/2017 vom 28. November 2018 E. 2.1.

trag an den Regierungsrat auszugehen, eine generell-abstrakte Regelung auf Verordnungsstufe zu treffen. Gegen diese Auslegung spricht einzig, dass an den übrigen Stellen immer ausdrücklich der Regierungsrat angesprochen ist, nur an der besagten Stelle ist es der «Kanton». Im Ergebnis dürfte es sich hier wohl um ein Versehen handeln. Für dieses Auslegungsergebnis sprechen schliesslich auch die Erläuterungen, wonach «[d]er Regierungsrat» entscheiden könne, in welchen Fällen die Pflicht bestehe, das vorhandene Potenzial zu nutzen (...).

- 27 Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen hinsichtlich von Neubauten wesentlich strenger ausgestaltet ist, als hinsichtlich von bereits bestehenden Bauten. So wird in Art. 39a Abs. 2 zunächst festgehalten, dass geeignete Dach- und Fassadenflächen im Fall von Neubauten «möglichst vollständig für die Produktion von Solarenergie zu nutzen» sind. Eine analoge Regelung für bestehende Bauten und Anlagen fehlt. Zwar sieht Art. 39f Abs. 1 vor, dass der Regierungsrat sowohl bei bestehenden Bauten wie auch bei Neubauten Ausnahmen von der Solarpflicht vorsehen kann. Faktisch wird die Möglichkeit für Ausnahmen wohl aber zu einem grossen Teil auf Bestandesbauten eingeschränkt sein, denn sie sind bei Neubauten nur für Anlagen «auf und an Kulturdenkmälern» sowie in «Landschaften oder Ortsbildern von kantonaler oder nationaler Bedeutung» vorgesehen. Eigentümerinnen und Eigentümer von Neubauten können sich auch nicht durch die Leistung einer Ersatzabgabe von der Pflicht zur Solarenergieproduktion befreien (Art. 39g Abs. 1 *e contrario*).
- 28 Sodann ist die Härtefallregelung ebenfalls auf Eigentümerinnen und Eigentümer bereits bestehender Gebäude beschränkt (Art. 39h Abs. 1 *e contrario*). Diesbezüglich lässt sich der Begründung Folgendes entnehmen: Zumutbar sei die Installation einer Anlage, «wenn diese mit vertretbarem Aufwand ans Stromnetz angeschlossen werden kann». So seien namentlich Gebäude im ländlichen Gebiet ohne Anschluss an das Stromnetz nicht betroffen. Die Härtefallregelung gelte demgegenüber z.B. bei «sehr alten Liegenschaftsbesitzer*innen oder wenn aufgrund des vorliegenden Einzelfalls nur eine ausserordentlich teure Speziallösung möglich wäre». Die Härtefallregelung setzt folglich das Verhältnismässigkeitsprinzip um. Dieser Wille der Initianten kann bei der Auslegung dieser Bestimmungen berücksichtigt werden.
- 29 Die Begründung der Initianten enthält neben den genannten Angaben zur Auslegung auch solche zu möglichen *Umsetzungsvarianten*. Die «Berner Solar-Initiative» enthält (zumindest quantitativ) einige Delegationsnormen. Die Solarpflicht muss folglich durch den Regierungsrat konkretisiert werden. Soweit die Konkretisierung der diesbezüglichen Begriffe in die Kompetenz des Regierungsrats gelegt wird, besteht im Rahmen der Auslegung kein Raum für die Berücksichtigung der Umsetzungswünsche der Initianten. Hierbei handelt es sich vielmehr um *rechtspolitische Postulate*. So sind namentlich die von den Initianten vorgeschlagene Definitionen geeigneter Dachflächen im Rahmen der Auslegung der Initiative nicht zu berücksichtigen, da sie zu deren Verständnis nicht unerlässlich sind. Zu Recht halten die Initianten deshalb in der Begründung betreffend den Eignungsbegriff fest:

«Welche Dächer und Fassaden genau als geeignet gelten und damit von der Initiative betroffen sind, legt der Regierungsrat fest.»

C. Fazit

30 Der Wortlaut der «Berner Solar-Initiative» erweist sich im Rahmen des hier zu Prüfenden insgesamt als klar genug. Punktuell (u.a. bei der «Zumutbarkeit» oder im Kontext der Härtefallregelung) bedarf es eines gewissen Auslegungsaufwandes sowie des Rückgriffs auf die Begründung der Initianten. Im Ergebnis lässt sich aber auch hier der Normsinn in ausreichender Klarheit ermitteln. Für die Berücksichtigung von Umsetzungswünschen der Initianten besteht aber kein Raum. Dies gilt namentlich für die vom Regierungsrat als Verordnungsgeber zu konkretisierenden Rechtsbegriffe in der Initiative.

IV. VEREINBARKEIT MIT ÜBERGEORDNETEM RECHT: GRUNDRECHTE

A. Berührte Grundrechte

31 Die mit der «Berner Solar-Initiative» verbundene Pflicht zur Erstellung und zum Betrieb von Solaranlagen auf neuen wie auch bestehenden Gebäuden greift in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ein. Nicht berührt ist das Legalitätsprinzip im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV).

1. Eigentumsgarantie

32 Mit Blick auf die Eigentumsgarantie erscheinen primär die Teilgehalte der Bestandesgarantie und der Besitzstandsgarantie tangiert. Die mit der «Berner Solar-Initiative» verbundene Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen beschränkt die Nutzungs- oder Verfügungsbefugnisse der Eigentümerinnen und Eigentümer über das Grundeigentum.²² Die *Bestandesgarantie* verleiht dem Einzelnen einen grundsätzlichen Anspruch, sein konkretes Eigentum zu bewahren, zu nutzen und darüber zu verfügen.²³ Dieser Anspruch bezieht sich auch auf die zukünftige Nutzung des Eigentums.²⁴ Indem Eigentümerinnen und Eigentümer von Gebäuden zu einer bestimmten Nutzung ihres Eigentums verpflichtet werden – der Erstellung von Solaranlagen – wird dessen zukünftige Nutzung eingeschränkt.

33 Als zweiten tangierten Teilgehalt der Eigentumsgarantie schützt die *Besitzstandsgarantie* den bisherigen Gebrauch bestehender Eigentumsrechte und den daraus resultierenden Rechtsbestand.²⁵ Rechtmässig erstellte Bauten und Anlagen werden

²² Vgl. BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 26 N 20.

²³ BGE 131 I 333 E. 3.1; BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 43.

²⁴ BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 45.

²⁵ BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 45.

demnach in ihrem Bestand geschützt und müssen grundsätzlich nicht an nachträgliche Rechtsänderungen angepasst werden.²⁶ Die Besitzstandsgarantie ist durch die Verpflichtung von Eigentümerinnen und Eigentümergebäude bereits bestehender Bauten und Anlagen zur Erstellung von Solaranlagen tangiert. Sie werden verpflichtet, ihr Eigentum innert einer Übergangsfrist an die Vorgaben der «Berner Solar-Initiative» anzupassen, spätestens per 1. Januar 2040.

2. Wirtschaftsfreiheit

34 Die Wirtschaftsfreiheit umfasst einen Anspruch des Einzelnen, jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen frei auszuüben.²⁷ Dies umfasst notwendigerweise auch das Recht, eine bestimmte privatwirtschaftliche Tätigkeit *nicht* aufzunehmen bzw. *nicht* am Wettbewerb teilzunehmen. Die «Berner Solar-Initiative» verpflichtet jedoch die Eigentümerinnen und Eigentümer von Gebäuden faktisch zur Teilnahme am Strommarkt.

35 Die Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen ist nicht auf Anlagen zur Deckung des Eigenverbrauchs beschränkt. Vielmehr sollen auf sämtlichen Dach- oder Fassadenflächen, welche sich dafür eignen, Solaranlagen erstellt werden (Art. 39a Abs.1 und Art. 39b Abs. 1). Je nach Grösse der geeigneten Dach- und Fassadenflächen kann die Energieproduktion den (gleichzeitigen) Eigenverbrauch somit weit übertreffen. Sofern keine genügende Speichermöglichkeit gegeben ist, was aktuell der Regelfall ist, muss der überschüssige Strom ins Netz eingespeist und verkauft werden (sog. «Rücklieferung»)²⁸. Vorbehalten bleibt die solarthermische Nutzung der Solaranlage (vgl. Art. 39d Abs. 1), wo eine Netzeinspeisung technologiebedingt ausser Betracht fällt.

36 Die «Berner Solar-Initiative» verpflichtet somit u.U. zur Aufnahme einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit und den damit verbundenen Risiken. Damit greift sie in das Recht der Einzelnen, nach eigenem Gutdünken über die Teilnahme am Wirtschaftsleben zu entscheiden, ein. Die in der Initiative vorgesehene Pflicht zur Teilnahme am Strommarkt könnte überdies dazu führen, dass eine weitestgehend öffentliche Aufgabe (Stromversorgung) an die privaten Grundeigentümerinnen und -eigentümer übertragen wird und diese in der Folge bis zu einem gewissen Grad zum staatlichen Aufgabenträger würden (mit den entsprechenden Rechtsfolgen).

3. Nicht berührt: Legalitätsprinzip im Abgaberecht

37 Offensichtlich eingehalten sind die speziellen Anforderungen des Legalitätsprinzips im Abgaberecht (Art. 127 Abs. 1 BV) hinsichtlich der in Art. 39g des Initiativtextes vorgesehenen *Ersatzabgabe*. Die Ersatzabgabe erfüllt eine Ausgleichsfunktion für die Befreiung von einer Realleistung, hier konkret der Pflicht zur Erstellung einer

²⁶ BSK BV-WALDMANN, Art. 26 N 46.

²⁷ HÄFELIN et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 263.

²⁸ Immerhin sieht Art. 15 Abs. 1 EnG für gewisse Anlagen die Abnahme- und Vergütungspflicht des Netzbetreibers vor (vgl. dazu JOSS/SCHREIBER/ZUMBERHAUS, Förderung, Rz. 27 ff.).

Solaranlage. Sie ist vergleichbar mit einer Ersatzabgabe für die Erstellung von Autoabstellplätzen²⁹ oder der Befreiung eines Arztes von der Pflicht zum Notfalldienst³⁰. Nach Art. 127 Abs. 1 BV muss der Kreis der Abgabepflichtigen (Abgabesubjekt), der Gegenstand der Abgabe (Abgabeobjekt) und die Bemessung zumindest in den Grundzügen im formellen Gesetz selbst geregelt sein.³¹ Dies ist vorliegend der Fall: Abgabesubjekt sind die Gebäudeeigentümerinnen und Gebäudeeigentümer, das Abgabeobjekt besteht im Ausgleich der Pflicht zur Erstellung einer Solaranlage und die Bemessungsgrundlage liegt in der der Differenz der minimal zu installierenden Leistung zur effektiv installierten Leistung und beträgt pro kW nicht realisierte Leistung maximal 1'000 Franken (Art. 39g Abs. 1 und 2). Daran ändert nichts, dass die Höhe der Abgabe in diesem Rahmen durch den Regierungsrat festzulegen ist, zumal eine Überprüfung unter dem Aspekt des Äquivalenzprinzips möglich bleibt.³²

B. Grundrechtsbeschränkung

38 Eingriffe in Grundrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Eingriffe im formellen Gesetz selbst vorgesehen sein müssen (Art. 36 Abs. 1 BV). Ferner müssen Einschränkungen durch ein öffentliches Interesse gedeckt und verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und Abs. 3 BV).³³ Nachstehend sind die mit der «Berner Solar-Initiative» verbundenen Eingriffe in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit daraufhin zu überprüfen, ob sie mit den genannten Einschränkungs Voraussetzungen nach Art. 36 BV vereinbar sind.

1. Gesetzliche Grundlage

39 Einschränkungen in Grundrechte bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und müssen in schwerwiegenden Fällen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV). Für einen schweren Eingriff in die Grundrechte bedarf es einer klaren und eindeutigen Grundlage in einem Gesetz (im formellen Sinn). Für leichtere Eingriffe genügt eine kompetenzkonform erlassene Regelung im materiellen Sinn, d.h. eine rechtsetzende oder -vollziehende Verordnung.³⁴

40 Gemäss Art. 164 Abs. 1 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören insbesondere die grundlegenden Bestimmungen über die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte (Art. 164 Abs. 1 Bst b BV) sowie über die Rechte und Pflichten von Personen (Art. 164 Abs. 1 Bst c BV). Die analoge Bestimmung findet sich in Art. 69 Abs. 4 KV: «Alle grundlegenden und wichtigen Rechtssätze des kantonalen Rechts sind in der Form des Gesetzes zu erlassen. Dazu gehören Bestimmungen, für welche die

²⁹ Vgl. Urteil BGer 1C_654/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 3.3.

³⁰ Vgl. Urteil BGer 2C_807/2010 vom 25. Oktober 2011 E. 3.

³¹ Statt vieler: BGE 143 I 220 E. 5.1.

³² Urteil BGer 1C_654/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 5.4; BGE 143 I 227 E. 4.2.1.

³³ BGE 146 I 70 E. 6.1.

³⁴ BGE 146 I 70 E. 6.2.2.

Verfassung ausdrücklich das Gesetz vorsieht, sowie [u.a.] Bestimmungen über (Bst. a) die Grundzüge der Rechtstellung der einzelnen.»

41 Zur «Bestimmtheit» das Bundesgericht in BGE 131 II 13 E. 6.5.1:

«Das Erfordernis der Bestimmtheit steht im Dienste des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung. Nach der Rechtsprechung darf das Gebot nach Bestimmtheit rechtlicher Normen indes nicht in absoluter Weise verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss. Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Der Bestimmtheitsgrad hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und der Vorhersehbarkeit der im Einzelfall erforderlichen Entscheidung, von den Normadressaten, von der Schwere des Eingriffs in Verfassungsrechte und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab.

Für den Bestimmtheitsgrad sind auch die Flexibilitätsbedürfnisse zu beachten. Regelungen, die ständiger Anpassungen an veränderte Verhältnisse – beispielsweise an wirtschaftliche oder technische Entwicklungen – bedürfen, werden zweckmässigerweise nicht in einem Gesetz im formellen Sinn, sondern in einer Verordnung getroffen. Der Gesetzgeber trifft jedoch die Grundentscheidungen; er legt die grossen Linien fest.»

42 Damit wird im Ergebnis klar, dass die Frage der ausreichenden Bestimmtheit nur *im Einzelfall* geprüft werden kann.³⁵ Bei der Prüfung der Zulässigkeit von Eingriffen in Grundrechte kann nach KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH mit Blick auf das Legalitätsprinzip festgehalten werden, dass die grundrechtseinschränkende Norm so präzise formuliert sein muss, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach richten bzw. die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit voraussehen können. Hierbei müssen die wesentlichen Wertungen in der Norm selbst angelegt sein.³⁶ Schliesslich müssen gleich gelagerte Fälle im Einzelfall rechtsgleich gehandhabt werden und für Parlament und Stimmvolk muss die Tragweite der Norm erkennbar gewesen sein, sodass davon ausgegangen werden kann, dass der (schwere) Grundrechtseingriff genügend legitimiert ist.³⁷

43 Die grundsätzlichen Voraussetzungen zur Gesetzesdelegation sind gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts zudem folgende: (1) Es besteht kein Abschluss der Delegation durch Verfassungsrecht; (2) die Delegationsnorm befindet

³⁵ UHLMANN/FLEISCHMANN, Legalitätsprinzip, S. 12.

³⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, Rz. 54; BSK BV-EPINEY, Art. 36 N 37; BGE 138 I 6 E. 4.2.

³⁷ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, Rz. 58.

sich in einem Gesetz im formellen Sinn; (3) Grundzüge der Regel sind in diesem Gesetz enthalten und (4) die Delegation beschränkt sich auf eine genau bestimmte Materie.³⁸ Die Bestimmung in Art. 69 Abs. 2 KV i.V. m. Art. 69 Abs. 1 KV entspricht diesen Leitlinien.

- 44 Die Lehre unterscheidet schliesslich zwischen Vollzugsverordnungen und gesetzvertretenden Verordnungen. Diese Abgrenzung ist indessen nur dort von Bedeutung, wo eine «saubere» Gesetzesdelegation fehlt – ist eine solche vorhanden, ist die Unterscheidung rein theoretischer Natur.³⁹ Stützt sich ein schwerer Grundrechtseingriff auf eine Verordnungsbestimmung, ist diese Grundlage nur dann ausreichend, wenn das Gesetz im formellen Sinn die Grundzüge der Regelung enthält – und damit die Delegationserfordernisse erfüllt sind.⁴⁰

1.1 Eingriffsschwere

- 45 Vorliegend ist die Frage der Eingriffsschwere von besonderer Bedeutung, da die «Berner Solar-Initiative» diverse unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, welche zur näheren Konkretisierung an den Verordnungsgeber – den Regierungsrat des Kantons Bern – delegiert werden.
- 46 Im Fall der «Berner Solar-Initiative» dürfte der Eingriff bei Neubauten i.d.R. nicht übermässig schwer wiegen, da die Pflicht zur Erstellung einer Solaranlage im Ergebnis einer Bauvorschrift gleichkommt.⁴¹ Im Einzelfall ist es aber durchaus möglich, dass die Solarpflicht bei Neubauten einen schweren Eingriff bewirkt. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn sich der Bau dadurch erheblich verteuert oder die Pflicht Einschränkungen in der (auch ästhetischen) Ausgestaltung der Baute nach sich zieht. Ähnlich verhält es sich mit Blick auf die Wirtschaftsfreiheit. Die mit der Teilnahme am Strommarkt verbundenen Risiken werden in vielen Fällen zumindest vorderhand noch durch die energiepolitischen Subventionen (insbes. u.a. Investitionsbeiträge, Art. 24 ff. EnG) abgedeckt. In den meisten Fällen wird auch die Abnahme- und Vergütungspflicht nach Art. 15 EnG greifen. Der Absatz überschüssigen Stromes von Photovoltaikanlagen ist zumindest zum Marktpreis garantiert. Es ist jedoch auch hier möglich, dass im Einzelfall ein schwerer Eingriff vorliegt.
- 47 Die Pflicht zur Erstellung einer Solaranlage dürfte bei bestehenden Bauten und Anlagen i.d.R. schwer wiegen, da rechtmässig erstellte Gebäude unter erheblichen Investitionen angepasst werden müssten. Das Bundesgericht hat beispielsweise die Verpflichtung, die äussere Hülle eines Gebäudes zu erhalten, als leichten Eingriff

³⁸ MÜLLER/UHLMANN, Elemente, Rz. 415, mit Hinweisen; HÄFELIN et al., Bundesstaatsrecht, Rz. 1872.

³⁹ JAAG, ZBI 2011, S. 642.

⁴⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, Rz. 59.

⁴¹ Vgl. Urteil BGer 1C_99/2017 vom 20. Juni 2017 E. 4: «Die Baufreiheit und damit auch das Recht zur Erweiterung oder zum Ersatz einer Baute bestehen daher nur innerhalb der Vorschriften, die der Gesetzgeber über die Nutzung des Grundeigentums erlassen hat».

qualifiziert.⁴² Die «Berner Solar-Initiative» geht weit über eine reine Erhaltungspflicht hinaus und statuiert eine ausdrückliche *Anpassungs- bzw. Baupflicht*. In beiden Fällen kann zwar nicht davon gesprochen werden, dass «die bisherige oder künftig mögliche, bestimmungsgemässe Nutzung eines Grundstücks durch Verbote oder Gebote verunmöglicht oder stark erschwert wird», wie dies nach der Rechtsprechung für einen schweren Eingriff in das Eigentum regelmässig vorausgesetzt wird.⁴³ Allerdings liegt der vorliegende Fall insofern anders, als kein reines Verbot oder Gebot zu beurteilen ist, sondern zusätzlich Umsetzungspflichten mit der Initiative verbunden sind (Pflicht zu einem «aktiven Tun»⁴⁴). Dies verstärkt die Schwere des Eigentumseingriffs.

- 48 Die vorgesehenen Anpassungs- bzw. Übergangsfristen für bestehende Bauten und Anlagen – bis am 1. Januar 2040 – vermögen die mit der Initiative verbundenen Härten nur geringfügig abzuschwächen, da innert dieser Frist voraussichtlich nur bei einer Minderheit der betroffenen Gebäude ohnehin ein Dach- oder Heizungsersatz vorgenommen werden würde. Die Lebensdauer von Dach und Fassaden eines Gebäudes dürften regelmässig mit mehreren Jahrzehnten zu veranschlagen sein. Dasselbe gilt bezüglich der Härtefallregelung, welche lediglich den rechtsstaatlichen «Minimalstandard» der Verhältnismässigkeit statuiert.⁴⁵ Im Ergebnis ist deshalb mit Blick auf bestehende Bauten und Anlagen von einem schweren Eingriff auszugehen. Dies hat zur Folge, dass für die vorgesehene Solarpflicht für Neubauten eine Grundlage in einer Verordnung ausreichend wäre, während es für die Solarpflicht für bestehende Bauten und Anlagen grundsätzlich einer klaren und eindeutigen Grundlage in einem formellen Gesetz bedarf.⁴⁶ Diese Differenzierung wirkt sich indessen im vorliegenden Fall nicht auf die Beurteilung aus, weil mit der Initiative ohnehin im KEnG eine formell-gesetzlichen Grundlage geschaffen würde.

1.2 Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage

- 49 Die Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen auf Dach- und Fassadenflächen ergibt sich für Gebäudeeigentümerinnen und Gebäudeeigentümer mit genügender Klarheit aus dem Initiativtext. Damit ist der Eingriff in die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit selbst im Gesetz angelegt. Für Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer besteht Klarheit darüber, dass sie auf ihren Dach- und Fassadenflächen grundsätzlich Solaranlagen installieren müssen. An dieser Klarheit ändern die vorgesehenen Rechtsetzungsdelegationen an den Regierungsrat nichts. Die durch den Regierungsrat zu erlassenden Ausführungsbestimmungen entschärfen die gesetzliche Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen. Sie schaffen eine differenzierende Ordnung und begünstigende Ausnahmen sind aus grundrechtlicher Sicht weniger

⁴² BGE 117 Ib 262 E. 2a.

⁴³ BGE 145 I 156 E. 4.1; BGE 143 II 162 E. 3.2.1; BGE 133 II 220 E. 2.5.

⁴⁴ Zu berücksichtigen ist auch, dass die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung auf Enteignungssachverhalte zugeschnitten ist.

⁴⁵ Vgl. Urteil BGer 9C_114/2018 vom 19. Juli 2018 E. 1.

⁴⁶ Vgl. statt vieler: BGE 147 I 393 E. 5.1.1; BGE 140 I 168 E. 4.

problematisch, solange in der Umsetzung das Prinzip der Rechtsgleichheit gewährleistet bleibt. Dies gilt für die Beschränkung der Solarpflicht auf «geeignete» Dach- und Fassadenflächen sowie die Definition der Anlagen, deren Installation «zumutbar» ist (Art. 39a Abs. 1 und Art. 39b Abs. 1). Ebenso gilt dies für die Ausnahmen von der Pflicht zur Solarenergieproduktion auf und an Kulturdenkmälern sowie in Landschaften oder Ortsbildern von kantonaler oder nationaler Bedeutung (Art. 39f), welche aber mit Blick und unter Rückgriff auf Art. 18a Abs. 3 RPG und Art. 32b RPV als klar bestimmt gelten können.

- 50 Das allfällige Argument, die Solarpflicht sei weitgehend von der Definition der «geeigneten» Dachflächen sowie der «Zumutbarkeit» der Installation auf Verordnungsebene abhängig und deshalb mithin die Vorhersehbarkeit nicht mehr gewährleistet, geht fehl. Zu berücksichtigen ist dabei – nebst dem eben erwähnten Umstand, dass die grundsätzliche Pflicht im Gesetz in klarer Weise angelegt ist und es im Übrigen nur um Erleichterungen geht – dass gemäss der oben dargelegten, bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Gesetzgeber je nach Materie nicht völlig darauf verzichten kann, allgemeine Begriffe zu verwenden, die formal nicht eindeutig umschrieben sind. Unbestimmte, allgemeine Begriff können sich etwa wegen einer nicht abstrakt erfassbaren Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, des Bedürfnisses nach sachgerechten Entscheidungen im Einzelfall oder ständiger Anpassung einer Regelung an veränderte Verhältnisse rechtfertigen und unabdingbar sein. Die Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot sind weniger streng zu handhaben, wenn eine stark technische Materie oder unterschiedlich gelagerte Sachverhalte zu regeln sind, bei denen im Interesse einer sachgerechten Flexibilität Differenzierungen im Anwendungsfall angebracht erscheinen; so oder anders dürfen die wesentlichen Wertungen aber nicht von der rechtsanwendenden Behörde selber ausgehen.⁴⁷
- 51 Die in Frage stehenden Delegationen – die Konkretisierung der Eignung und Zumutbarkeit – weisen eine stark technische Komponente auf und gleichzeitig wird die Regelung auf eine Vielzahl technisch und räumlich sowie je nach Adressaten subjektiv verschiedener Lebenssituationen anzuwenden sein. Daraus ergibt sich eine Rechtfertigung, ja Notwendigkeit zu einer gewissen Offenheit der Regelung auf Gesetzesstufe.
- 52 Die gestützt auf die Delegationen der «Berner Solar-Initiative» notwendigen Ausführungsbestimmungen weisen eher den Charakter von Vollzugsverordnungen auf. Sie sind hinsichtlich der Technizität mit Bauvorschriften vergleichbar, welche ebenfalls häufig auf Verordnungsebene angesiedelt sind. So wird beispielsweise im Rahmen der bundesrechtlichen Bauvorschriften für Solaranlagen der gesetzliche Begriff der «genügend angepassten Solaranlagen» nach Art. 18a Abs. 1 RPG auf Verordnungsebene in Art. 32a Abs. 1 RPV konkretisiert. Die Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen und Bauvorschriften für Solaranlagen können allerdings nicht ohne wei-

⁴⁷ BGE 146 I 70 E. 6.2.2; vgl. auch KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 49.

teres gleichgesetzt werden. Die Anforderungen an die Bestimmtheit einer gesetzlichen Pflicht sind höher anzusetzen als bei einer blossen Bau- oder Ausrüstungsvorschrift.

- 53 Auch wenn die konkrete Ausgestaltung dem Ordnungsgeber überlassen wird, sind die wesentlichen Wertungen mit Blick auf die zukünftige Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen auf geeigneten Dach- und Fassadenflächen im Gesetz angelegt. Die Delegation ist somit rechtlich nicht zu beanstanden, sie bewegt sich im üblichen und den Umständen angemessenen Rahmen. Für Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer ist absehbar, welche Pflichten (wenn auch nicht deren genauer Umfang) mit der Vorlage verbunden sind. Im Ergebnis können die Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage eingehalten werden.
- 54 Ob die Umsetzung der Initiative auf Verordnungsebene mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist, betrifft schliesslich nicht das Bestimmtheitsgebot des Legalitätsprinzips. Aufgrund des Günstigkeitsprinzips «in dubio pro populo» ist bei der Gültigkeitsprüfung von Initiativen davon auszugehen, dass die nachfolgende Umsetzung – soweit aufgrund des Initiativtexts möglich – mit übergeordnetem Recht vereinbar ist bzw. sich vereinbar umsetzen lässt.

2. Öffentliches Interesse

- 55 Das öffentliche Interesse an einer nachhaltigen Energieversorgung und der Nutzung erneuerbarer Energien ist evident und verfassungsrechtlich wie auch gesetzlich ausgewiesen (vgl. Art. 89 Abs. 1 BV, Art. 1 Abs. 1 EnG, Art. 34 Abs. 2 KV, Art. 2 Abs. 1 KEnG).
- 56 Die «Berner Solar-Initiative» liegt im Einklang mit den Zielen der Kantonsverfassung, des kantonalen Energiegesetzes sowie des Energiegesetzes des Bundes. Auf kantonaler Ebene hält Art. 31a Abs. 2 KV namentlich fest, dass Kanton und Gemeinden im Rahmen ihrer Kompetenzen den erforderlichen Beitrag zur Erreichung der Klimaneutralität bis 2050 zu leisten haben. Auf Gesetzesebene strebt das KEnG – auf dessen Änderung die «Berner Solar-Initiative» zielt – gemäss Art. 2 Abs. 1 KEnG im Dienste der nachhaltigen Entwicklung eine wirtschaftliche, sichere, ausreichende, umwelt- und klimaschonende Energieversorgung und -nutzung an.
- 57 Auf Bundesebene bezweckt das Energiegesetz die Sicherstellung einer wirtschaftlichen und umweltverträglichen Bereitstellung und Verteilung der Energie, die sparsame und effiziente Energienutzung und den Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf die Nutzung erneuerbarer Energien, insbesondere einheimischer erneuerbarer Energie, gründet (Art. 1 Abs. 2 EnG). Zu berücksichtigen ist auf völkerrechtlicher Ebene auch das Pariser Klimaübereinkommen.⁴⁸ Die Initiative steht somit auf einer Linie mit allgemein anerkannten energiepolitischen Zielen.

⁴⁸ Vgl. dazu BGE 146 I 145 E. 5.4.

Die damit verbundenen Grundrechtseingriffe können sich mithin auf ein hinreichendes öffentliches Interesse i.S.v. Art. 36 Abs. 2 BV stützen.

3. Verhältnismässigkeit

58 Als letzte Voraussetzung für die Einschränkung von Grundrechten gemäss Art. 36 BV verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit schliesslich, dass eine Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen oder privaten Interesse liegenden Zielles geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist. Es muss eine vernünftige Zweck-Mittel-Relation vorliegen.⁴⁹

3.1 Eignung

59 Keine Probleme bereitet der erste Prüfschritt der Verhältnismässigkeitsprüfung, die Frage nach der Eignung der Massnahme, wonach mit der in Frage stehenden Massnahme das im öffentlichen Interesse liegende Ziel erreicht werden muss. Es werden an die Eignung keine hohen Anforderungen gestellt. Ungeeignet ist eine Massnahme, wenn sie mit Blick auf das angestrebte Ziel keine Wirkungen entfaltet, erst recht, wenn sie die Erreichung dieses Ziels erschwert oder gar verunmöglicht.⁵⁰

60 Die gemäss der «Berner Solar-Initiative» vorgesehene Pflicht Privater zur Erstellung von Solaranlagen ist im Sinne dieser Grundsätze offensichtlich geeignet, den Anteil erneuerbarer Energie an der Stromversorgung zu erhöhen, bzw., soweit solarthermische Anlagen eingesetzt werden, zur Dekarbonisierung beizutragen und u.a. Strom zu sparen. Sie leistet insofern einen Beitrag zur Erreichung der energiepolitischen Ziele.

3.2 Erforderlichkeit

61 Mit Blick auf die Erforderlichkeit der mit der «Berner Solar-Initiative» verbundenen Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen ist zu prüfen, ob nicht eine mildere, *vergleichbar geeignete*⁵¹ Massnahme den verfolgten Zweck ebenfalls erreicht.⁵² Der mit der Solarpflicht verbundene Grundrechtseingriff darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als erforderlich.⁵³

62 Zur Erreichung der energiepolitischen Ziele ist ein Zubau von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, namentlich von Solaranlagen, unbestrittenermassen notwendig. Die EU-Kommission führt im Rahmen der von ihr für die vorgeschlagenen Solardachpflicht folgendes aus: «*Der massive und rasche Ausbau erneuerbarer*

⁴⁹ BGE 147 I 346 E. 5.5; BGE 143 I 403 E. 5.6.3.

⁵⁰ KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, Rz. 127.

⁵¹ Zu diesem Kriterium MÜLLER, Verhältnismässigkeit, S. 30.

⁵² Statt vieler: KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, Grundrechte, Rz. 130; KARLEN, Verwaltungsrecht, S. 60.

⁵³ BGE 142 I 49 E. 9.1; BGE 140 I 2 E. 9.2.2.

Energien ist das Kernelement des REPowerEU-Plans – der EU-Initiative zur Beendigung ihrer Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen aus Russland. Die Solarenergie ist der Dreh- und Angelpunkt dieser Bemühungen. Mit jedem Solarpaneel wird die unbegrenzte Energie der Sonne dazu beitragen, unsere Abhängigkeit von fossilen Brennstoffen in allen Bereichen unserer Wirtschaft zu verringern, von der Beheizung von Wohngebäuden bis hin zu industriellen Prozessen. (...) Photovoltaik ist eine der günstigsten verfügbaren Stromquellen. Solarwärme und Solarenergie in Kombination mit Wärmepumpen können Erdgaskessel zum Heizen in Wohn- oder Gewerberäumen ersetzen. Solarenergie in Form von Strom, Wärme oder Wasserstoff kann den Erdgasverbrauch in industriellen Prozessen ersetzen.»⁵⁴ Die Ausgangslage ist für die Schweiz – und heruntergebrochen auch für den Kanton Bern – dieselbe. Das Potenzial auch von Fassadenanlagen ist mittlerweile ebenso nachgewiesen.⁵⁵

- 63 Fraglich ist, ob die Einführung einer Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen diesbezüglich das mildeste Mittel darstellt. Das aktuelle EnG des Bundes sieht Richtwerte für den Ausbau der erneuerbaren Energien vor (Art. 2 Abs. 1 EnG). Demnach soll die durchschnittliche inländische Produktion im Jahr 2020 (ausgenommen Wasserkraft) bei mindestens 4'400 GWh und im Jahr 2035 bei mindestens 11'400 GWh liegen. Gemäss der Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien beobachtet das Bundesamt für Energie (BFE) jährlich, wie sich die Entwicklung im Hinblick auf die aktuellen Ausbaurichtwerte (Art. 2 EnG) präsentiert. Das Monitoring habe gezeigt, dass zur Erreichung der längerfristigen Richtwerte bis 2035 «deutliche Anstrengungen» notwendig seien. Durch das Auslaufen der Förderung 2023 (insbes. für die Windkraft und die Geothermie) bzw. 2030 (insbes. für die Grosswasserkraft und die Photovoltaik) bestehe unmittelbar die Gefahr, dass der Zubau zurückgehe und er gar einbreche und damit die Versorgungssicherheit geschwächt würde.⁵⁶ Die (vorgeschlagene) Gegenmassnahme waren Anpassungen am Förderregime.⁵⁷ U.a. sollte der Ausbau der Photovoltaik beschleunigt werden und mit einem Zubau in der Grössenordnung von 14 TWh den grössten Teil am Ausbau der erneuerbaren Elektrizitätsproduktion beitragen.⁵⁸
- 64 Gewissermassen überholt – bzw. vorzeitig übernommen – wurden die Vorschläge des Bundesrats durch die bereits beschlossene (aber noch nicht in Kraft gesetzte) Revision des EnG, die aus der Parlamentarischen Initiative 19.443 «Erneuerbare Energien einheitlich fördern. Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie» hervorging.⁵⁹ Im erläuternden Bericht führt die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates (UREK N) aus, dass auf-

⁵⁴ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen, EU-Strategie für Solarenergie, COM(2022) 221 final, Brüssel, 18. Mai 2022, S. 1 f.

⁵⁵ BFE, Potenziale, S. 11.

⁵⁶ Botschaft Sichere Stromversorgung, S. 7.

⁵⁷ Botschaft Sichere Stromversorgung, S. 7.

⁵⁸ Botschaft Sichere Stromversorgung, S. S. 16, 19 und 31.

⁵⁹ Erl. Ber., Pa. Iv. Girod, S. 11.

grund des beschlossenen Ausstiegs aus der Kernenergie bedeutende Stromerzeugungskapazitäten vom Netz gehen würden. Selbst wenn die Einbindung in den europäischen Strommarkt weiterhin sehr wichtig für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit der Schweiz sein werde, leiste ein verstärkter Ausbau der inländischen erneuerbaren Stromerzeugung einen bedeutenden Beitrag zur Versorgungssicherheit.⁶⁰

- 65 Die Initiative zielt im hier relevanten Bereich v.a. auf den Zubau von grossen Photovoltaikanlagen, wo noch ein Fördermangel bestehe. Insbesondere grosse Photovoltaik-Anlagen ab einer Leistung von 100 kW, wie sie typischerweise auf Dächern von Landwirtschafts- und Industriegebäuden gebaut würden, würden gegenwärtig nur zurückhaltend realisiert, weil sie in der Regel nicht kostendeckend betrieben werden könnten.⁶¹ Für kleinere Anlagen hat man die bestehende Regel beibehalten (Art. 25 Abs. 2 nEnG).
- 66 Die Vergangenheit und die Erwartungen des Bundes zeigen, dass nicht gewährleistet ist, dass die in Art. 2 Abs. 1 EnG festgelegten Richtwerte – welche bereits einen starken Ausbau der erneuerbaren Energien vorsehen – mit dem vorhandenen und bereits beschlossenen energierechtlichen Förderinstrumentarium erreicht werden können, erst recht nicht eine Erhöhung des Tempos des Zubaus. Die ElCom warnt bereits seit 2021 vor einer unglücklichen Entwicklung mit Blick auf die Versorgungssicherheit per 2020. Sie empfiehlt eine Speicherkraftreserve, kombiniert mit Energie aus Gaskraftwerken.⁶² Angesichts dieser Konstellation wird zumindest klar, dass man gar nicht zu viel Photovoltaik-Anlagen bauen kann. Eine Solarpflicht allein auf öffentlichen Gebäuden würde bei Weitem nicht denselben Effekt erzielen. Was die Solarthermie anbelangt, so trägt sie ebenso einen Teil zur Dekarbonisierung bei und gleichzeitig zur effizienteren Verwendung von Strom (z.B. indem Elektroboiler ersetzt werden können). Insofern erscheint die gemäss der «Berner Solar-Initiative» vorgesehene Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen als effektiveres und mithin geeigneteres Mittel zur Erreichung der Richt- bzw. zukünftigen Zielwerte – und damit unter rechtlichen Gesichtspunkten in vertretbarer Weise als mildestes Mittel. Die in zeitlicher Hinsicht fehlende Begrenzung ist vorliegend nicht problematisch, denn auch in Zukunft wird die Nutzung der Solarenergie unumgänglich sein.
- 67 Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die zur Verfügung stehenden «milderer» Alternativen in Form von Fördermassnahmen, Nudging oder einer Beschränkung der Solarpflicht auf Gebäude im Eigentum des Staates zwar grundsätzlich ebenfalls geeignet sind, den Anteil erneuerbarer Energie zu erhöhen. Sie weisen jedoch nicht dieselbe Effizienz bzw. denselben Wirkungsgrad wie die gemäss der «Berner Solar-Initiative» vorgesehenen Massnahmen auf. Eine für sämtliche Gebäude im Kanton Bern geltende Solarpflicht dürfte mit Blick auf die Erhöhung

⁶⁰ Erl. Ber., Pa. Iv. Girod, S. 30.

⁶¹ Erl. Ber., Pa. Iv. Girod, S. 30.

⁶² Bericht ElCom, S. 1 und 6.

des Anteils erneuerbarer Energien am Energiemix wirksamer sein als indirekte Fördermassnahmen. Die genannten milderen Massnahmen sind somit nicht vergleichbar effizient und mithin geeignet wie eine eigentliche Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen. Insofern ist auch die Voraussetzung der Erforderlichkeit erfüllt.

3.3 Zumutbarkeit (Verhältnismässigkeit i.e.S.)

68 Als letzter Prüfschritt im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist zu beurteilen, ob den Privaten der vorgesehene Grundrechtseingriff zumutbar ist (Verhältnismässigkeit i.e.S.). Das Erfordernis der Zumutbarkeit fragt danach, ob der oder die Betroffene eine Einschränkung seiner Grundrechte hinnehmen muss, damit sich das angestrebte Ziel (hier das öffentliche Interesse an einer umweltfreundlichen mit Blick auf die Versorgungssicherheit nachhaltigen Strom- bzw. Energieversorgung) verwirklichen kann, also die Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung.⁶³ Beides muss in einem vernünftigen Verhältnis zueinander bestehen, wobei die betroffenen privaten und öffentlichen Interessen gegeneinander abzuwägen sind.⁶⁴

69 Diesbezüglich ist zu berücksichtigen, dass eine flächendeckende Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen in ihrer Gesamtheit auf den ersten Blick als zu weitgehend und mithin unverhältnismässig erscheinen kann. Im Rahmen der Zumutbarkeit spielt diese gesamtheitliche Perspektive jedoch keine Rolle, da die Verhältnismässigkeit des Eingriffs individuell, d.h. mit Blick auf den einzelne Gebäudeeigentümmern und -eigentümer, zu prüfen ist. Die gesamtheitlichen Auswirkungen sind demgegenüber Gegenstand politischer Abwägung.

70 Im Zentrum der Überlegungen müssen u.E. die Kosten stehen. Hierzu vorab wenige grundsätzliche Ausführungen. Einerseits ist festzuhalten, dass Photovoltaikanlagen durch den Bund (noch) subventioniert werden. Ferner können mit dem Betrieb einer Solaranlage Energiekosten eingespart werden, im Falle einer Photovoltaikanlage besteht gar die Möglichkeit, überschüssigen Strom zu veräussern. In aller Regel lassen sich die getätigten Investitionen über die Lebensdauer der Anlage amortisieren.⁶⁵ So betrachtet betreffen solche Investitionen in erster Linie die Liquidität der Betroffenen, nicht deren Vermögen. Schliesslich sind die Investitionskosten bei bestehenden Bauten steuerlich absetzbar (Art. 32 Abs. 2 DBG und Art. 1 Bst. a Ziff. 4 VMEE; Art. 36 Abs. 4 StG und Art. 1 Abs. 1 Bst. f. VUBV). Die Freiheit der ästhetischen Ausgestaltung des betroffenen Gebäudes ist u.E. von weniger grossem Gewicht und muss mit Blick auf das gewichtige öffentliche Interesse zurücktreten. Gleiches gilt für die Wirtschaftsfreiheit, wenn es um die Frage geht, am

⁶³ KIENER/KÄLIN, Grundrechte, Rz. 139.

⁶⁴ KIENER/KÄLIN, Grundrechte, Rz. 139; BIAGGINI, BV Kommentar, Art. 36 N 23.

⁶⁵ BUNDESRAT, Bericht Bourgeois, S. 12 – bereits im Jahr 2011 errechnete man (bei einer erwarteten Lebensdauer von 25 Jahre) eine Amortisationsdauer im Rahmen von 13 – 17 Jahren. Die diesbezüglichen Verhältnisse haben sich seither noch verbessert.

Strommarkt teilzunehmen. Wem die Ästhetik ein grosses Anliegen ist, hat zumindest im Fall von bestehenden Bauten theoretisch noch die Möglichkeit, sich durch die Ersatzabgabe von der Pflicht zu befreien. Soweit Schutzinteressen betroffen sind, greifen im Übrigen die einschlägigen Vorschriften.

- 71 Zwei Bestimmungen der «Berner Solar-Initiative» weisen weiter einen besonderen Bezug zur Verhältnismässigkeit i.e.S. bzw. zur Zumutbarkeit auf. So wird einerseits für die Solarpflicht auf Neubauten wie auch bestehenden Bauten und Anlagen vorausgesetzt, dass «die Installation zumutbar ist» (Art. 39a Abs. 1 und Art. 39b Abs. 1). Andererseits sieht der Initiativtext in Art. 39h Abs. 1 eine Härtefallregelung vor. Nach dieser Bestimmung kann der Kanton «in Härtefällen die Pflicht zur Energieproduktion nach Artikel 39b zeitlich aufschieben oder die Gebäudeeigentümerinnen und Gebäudeeigentümer von der Pflicht befreien.» Die genannte Härtefallregelung gilt aber einzig für Eigentümerinnen und Eigentümer bereits bestehender Bauten und Anlagen. Somit kommt deutlich zum Ausdruck, dass zumindest in diesem Bereich Rücksicht auf die individuellen Gegebenheiten zu nehmen ist. Bei Neubauten kommt, wie eben ausgeführt, ebenso zum Ausdruck, dass eine entsprechende Pflicht in der Umsetzung «zumutbar» sein muss, was im Ergebnis auch hier als «Härtefallregel» interpretiert werden kann. Auf die Inkonsistenzen hinsichtlich der Auslegung dieser beiden Normen wurde bereits im Rahmen der Auslegung hingewiesen.⁶⁶
- 72 Mit Blick auf bestehende Bauten ist ferner anzumerken, dass sie erst dann an die Vorschrift von Art. 39b anzupassen sind, wenn deren Dach- oder Fassadenflächen umfassend erneuert werden, jedenfalls aber spätestens bis am 1. Januar 2040. Sofern die noch festzulegende, minimal installierte Leistung bestehender Anlagen nicht vollständig erreicht wird, müssen die entsprechenden Anpassungen erst dann erfolgen, wenn die Anlagelebensdauer «abgelaufen» ist (Art. 39c). Die Übergangsfrist bis 2040 nimmt der Nachrüstungsfrist in gewissem Umfang die Schärfe. Gleichzeitig ist aber festzuhalten, dass die Förderung auf Bundesebene vorderhand nur bis ins Jahr 2030 gewährleistet ist (Art. 38 Abs. 1 nEnG).⁶⁷ Ob die Förderung verlängert und die Preise für Solaranlagen weiterhin im gleichen Umfang sinken, lässt sich an dieser Stelle nicht abschätzen.⁶⁸ Faktisch kann das mögliche Auslaufen der Förderung, je nach Kostenentwicklung (sowohl der Entwicklung der Anlagekosten wie auch jener der alternativen Energiekosten), zu einem gewissen Druck führen, der neuen Vorschrift trotz Frist bis 2040 schon bis 2030 nachzukommen, um (mit Sicherheit) in den Genuss von Bundessubventionen zu kommen.

⁶⁶ Siehe Rz. 25 hiavor.

⁶⁷ Die UREK N schreibt in ihrem Bericht, dass bis 2030 der zur Erreichung der Ziele bis 2035 notwendige Zubau trotz «knapper Bemessung» möglich sein sollte, sofern «insbesondere deutlich höhere CO₂-Preise in Europa zu höheren Strompreisen führen würden (Erläuternder Bericht Pa. Iv. Girod, S. 24). Man wird sich wohl an den Zielen aus dem Entwurf zum Mantelerlass orientiert haben (Art. 2 E EnG), der aber auch Ziele bis 2050 enthält, worin zwischen 2035 – 2050 nochmals ein massiver Zubau v.a. von Photovoltaik vorgesehen ist.

⁶⁸ Vgl. ENERGIE SCHWEIZ, Photovoltaikmarkt, S. 5 f.

- 73 Hinsichtlich von Neubauten erscheint der Eingriff grundsätzlich als zumutbar. Zwar greift hier weder die Härtefall-Regelung von Art. 39f noch die Möglichkeit der Ersatzabgabe (Art. 39g). Allerdings muss auch hier die Installation «zumutbar» sein, d.h. dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügen. Die Pflicht zur Erstellung einer Solaranlage wirkt sich im Ergebnis ähnlich einer – allerdings relativ weitgehenden – Bau- und Ausrüstungsvorschrift aus. Bei bestehenden Bauten und Anlagen wiegt der Eingriff und damit auch das private Interesse schwerer. Angesichts der hohen Bedeutung, welche dem Ausbau der erneuerbaren Energien und dem Klimaschutz in der Schweiz und im Kanton Bern beigemessen wird,⁶⁹ vermag das öffentliche Interesse das private Interesse jedoch zu überwiegen. Das hohe Gewicht, welches dem Interesse am Ausbau der Photovoltaik entgegengebracht wird, ergibt sich auch aus der Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien. Darin wird festgehalten, dass selbst zur Erreichung der Richtwerte des Bundes «deutliche Anstrengungen notwendig» seien. Durch das Auslaufen der Förderung 2030 für die Grosswasserkraft und Photovoltaik bestehe unmittelbar die Gefahr, dass der Zubau zurückgehe oder gar einbreche und damit die Versorgungssicherheit geschwächt werde.⁷⁰
- 74 Daran ändert im Rahmen der Gültigkeitsprüfung der Initiative nichts, dass Konstellationen möglich erscheinen, in welchen die Anwendung der Solarpflicht gemäss «Berner Solar-Initiative» im Einzelfall als unverhältnismässig zu qualifizieren wäre. In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass aufgrund des Günstigkeitsprinzips «in dubio pro populo» im Rahmen der Gültigkeitsprüfung davon auszugehen ist, dass die Initiative verfassungskonform ausgelegt und umgesetzt wird.⁷¹ Entsprechend ist auf dieser Prüfebene von einer tendenziell «milden» Umsetzung auszugehen. Sodann genügt es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung für die Aufhebung bzw. Ungültigerklärung von Gesetzesbestimmungen nicht, dass ihre Anwendung in besonders gelagerten Fällen unverhältnismässig sein könnte.⁷² Vielmehr weist das Bundesgericht für solche Fälle auf die Möglichkeit hin, den konkreten Anwendungsfall gerichtlich überprüfen zu können.⁷³
- 75 Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass Art. 39e, wonach Gebäudeeigentümerinnen und Gebäudeeigentümer die Pflicht zur Solarenergieproduktion nach Artikel 39a und 39b einem Dritten zur Erfüllung übertragen können, keine selbständige Bedeutung hat (die Initiative zielt damit wohl v.a. auf das sog. «Contracting» ab). U.E. hätte die Auslegung der neuen Vorschriften auch ohne diese Bestimmung zu keinem anderen Ergebnis geführt. Sie ist (rechtlich betrachtet) überflüssig, da Contracting bzw. die Flächenvermietung ohnehin zulässig wäre.

⁶⁹ Siehe Rz. 55 hiervor.

⁷⁰ Botschaft Sichere Stromversorgung, S. 7.

⁷¹ Vgl. BGE 132 I 282 E. 3.1: «L'autorité appelée à statuer sur la validité matérielle d'une initiative doit en interpréter les termes dans *le sens le plus favorable* aux initiants» (Hervorhebung hinzugefügt).

⁷² Als Beispiel einer Verhältnismässigkeitsprüfung im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie (Anwendung eines kantonalen Gesetzes, welches ein Vorkaufsrecht des Gemeinwesens bei Grundeigentum vorsah): BGE 142 I 76 E. 3.5.

⁷³ BGE 146 I 70 E. 6.1.

Die Möglichkeit für Ausnahmen nach Art. 39f sind u.E. baurechtlich motiviert und dienen insoweit nicht dem Zweck, die Betroffenen zu «schonen».

C. Fazit

76 Die im Rahmen der «Berner Solar-Initiative» vorgesehene Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen auf Dach- und Fassadenflächen von neuen und bereits bestehenden Bauten stellt einen Eingriff in die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) dar. Mit Blick auf Neubauten ist tendenziell von einem eher leichten, mit Blick auf Bestandesbauten aufgrund der mit der Anpassung verbundenen hohen Kosten (namentlich mit Blick auf den Effekt auf die Liquidität) von einem schweren Grundrechtseingriff auszugehen. Es sind deshalb hohe Anforderungen an die Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage zu stellen. Die Delegationen an den Verordnungsgeber bewegen sich u.E. im Rahmen der gängigen Praxis und sind rechtlich soweit nicht zu beanstanden. Insgesamt können die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage (auch mit Blick auf die Frage des Legalitätsprinzips und die Dimension der demokratischen Legitimation) eingehalten werden. Auch wenn die konkrete Ausgestaltung weitgehend an den Verordnungsgeber delegiert wird, ergeben sich die mit der Initiative verbundenen Pflichten – und somit die Grundlage für Eingriff an sich – aus dem Initiativtext selbst.

77 Das öffentliche Interesse am Ausbau erneuerbarer Energien ist ausgewiesen. Sodann erweisen sich die mit der Initiative verbundenen Massnahmen als grundsätzlich mit Blick auf die hoch zu gewichtenden öffentlichen Interessen an nicht-fossilen Energieträgern und dem Klimaschutz auch als verhältnismässig. Die fehlende Anwendbarkeit der Härtefallklausel für Neubauten relativiert sich mit Blick auf den auch hier greifenden Grundsatz der Zumutbarkeit der Umsetzung der Pflicht im Einzelfall, dem generell-abstrakt (via Verordnung durch den Regierungsrat) und dann individuell-konkret (in der Umsetzung) Rechnung getragen werden kann. Dass die Initiative in Einzelfällen zu unverhältnismässigen Resultaten führen kann, führt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zur Ungültigkeit. Im Ergebnis ist die «Berner Solar-Initiative» als mit den Grundrechten vereinbar zu qualifizieren.

**V. VEREINBARKEIT MIT ÜBERGEORDNETEM RECHT:
KANTONALE ZUSTÄNDIGKEIT**

A. Staatsrechtliche Kompetenzordnung: Verhältnis Bund / Kantone

78 Wie die Auslegung zeigte, enthält der Gesetzesentwurf in erster Linie nominales Energierecht, gleichzeitig aber auch funktionales Baurecht. Die einzelnen Regelungsgegenstände sind nicht scharf voneinander abgrenzbar, sie überlagern sich teilweise. Nachfolgend soll geprüft werden, ob im Bereich der Solarinitiative die nötige kantonale Zuständigkeit gegeben ist.

1. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

79 Gemäss Art. 3 BV sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind. Der Bund erfüllt die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 BV). Die Kantone bestimmen, welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten erfüllen (Art. 43 BV).

80 Die Kantone sind folglich immer dann zuständig, wenn die Bundesverfassung den fraglichen Bereich nicht ausschliesslich dem Bund zur Regelung zuweist. In Bereichen, wo eine umfassende, eine fragmentarische oder eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes gegeben ist, ergibt sich der Spielraum für kantonales Recht aus dem Raum, den das einschlägige materielle Bundesrecht zur Regelung offen lässt (nachträglich derogatorische Kraft des Bundesrechts, Art. 49 Abs. 1 BV). Aufgrund dieses Prinzips geht, in Zusammenarbeit mit Art. 190 BV, in der Regel auch kompetenzwidrig erlassenes Bundesrecht kantonalem Recht vor.

2. Energie

81 Nach Art. 89 Abs. 1 BV setzen sich Bund und Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch ein. Der Bund legt Grundsätze fest über die Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien und über den sparsamen und rationellen Energieverbrauch (Art. 89 Abs. 2 BV). 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). Für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, sind vor allem die Kantone zuständig (Art. 89 Abs. 4 BV). Nach Art. 91 Abs. 1 BV erlässt der Bund schliesslich Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie.

- 82 Zusammenfassend ergibt sich folgende Konstellation in Bezug auf die Bundeskompetenzen gestützt auf Art 89 BV:
- a. Eine Grundsatzkompetenz im Rahmen Art. 89 Abs. 2 BV (Nutzung einheimischer erneuerbarer Energien und sparsamer und rationeller Energieverbrauch);⁷⁴
 - b. Eine Förderkompetenz (u.E. fragmentarischer, nicht ausschliesslicher Natur) aus Art. 89 Abs. 3 Satz 2 BV;⁷⁵
 - c. Primär eine kantonale Kompetenz bei Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen (Art. 89 Abs. 4 BV);⁷⁶
 - d. Keine ausschliessliche Bundeskompetenz im Bereich von Art. 89 BV.⁷⁷

Art. 91 Abs. 1 BV enthält schliesslich eine umfassende, nicht ausschliessliche (d.h. nachträglich derogatorische) Bundeskompetenz im Bereich von Transport und Lieferung elektrischer Energie.⁷⁸ Diese Norm ist u.E. vorliegend indessen nicht einschlägig, sie zielt in erster Linie auf die hier soweit nicht oder nur mittelbar betroffene Strommarktregulierung. Vielmehr sind hier von Verfassungs wegen in erster Linie die Kantone zuständig für Massnahmen im Gebäudebereich, worunter die Pflicht zur Montage von Solaranlagen auf Dach- und Fassadenflächen klarerweise fällt.

- 83 Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Kantone im hier relevanten Bereich von Art. 89 BV eine Rechtsetzungskompetenz haben, soweit diese nicht durch materielles Bundesrecht auf tieferer Normstufe beschränkt wurde.

3. Raumplanung und Bauwesen

- 84 Nach Art. 75 BV legt der Bund Grundsätze der Raumplanung fest. In diesem Rahmen aber ist die Raumplanung Sache der Kantone und dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes (Art. 75 Abs. 1 BV).

- 85 Im Bereich der Raumplanung verfügt der Bund somit ebenfalls nur über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz.⁷⁹ Allerdings regelt der Bund den Bereich des Bauens ausserhalb der Bauzone (trotz Grundsatzgesetzgebungskompetenz) ausführlich und im Wesentlichen abschliessend (vgl. auch Art. 27a RPG). Gar abschliessend bundesrechtlich geregelt ist die Frage, was ausserhalb der Bauzone

⁷⁴ CR BV-POLTIER, Art. 89, N 23 und N 49 ff.; BSK BV-KERN, Art. 89 N 14.

⁷⁵ CR BV-POLTIER, Art. 89, N 57 f.

⁷⁶ BSK BV-KERN, Art. 89 N 16.

⁷⁷ Vgl. auch CR BV-POLTIER, Art. 89 N 24.

⁷⁸ BSK BV-KERN, Art. 91 N 4.

⁷⁹ CR BV-HAAG, Art. 75 N 3.

gebaut werden darf. Spielraum für kantonales Recht besteht soweit aber noch immer bei der Frage, *wie* ausserhalb der Bauzone gebaut werden darf,⁸⁰ wozu z.B. feuerpolizeiliche Vorschriften, Abstandsregelungen oder Mindestanforderungen an Wohnräume zählen.⁸¹

86 Somit ist auch in Bezug auf die Raumplanung als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die Kantone hier kompetent sind, Regeln zu erlassen, soweit der fragliche Bereich nicht durch materielles Bundesrecht auf tieferer Normstufe (Gesetz und Verordnung) abschliessend geregelt wurde.

B. Staatsrechtliche Kompetenzordnung: Verhältnis Kanton / Gemeinde

87 Eine Regelung in einem Gesetz auf kantonaler Stufe kann im innerkantonalen Verhältnis dann problematisch sein, wenn damit ein Bereich berührt wird, bei welchem die kantonale Verfassung den Gemeinden eine massgebliche Autonomie einräumt.

88 Die Gemeindeautonomie ist nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet (Art. 50 Abs. 1 BV). In Bezug auf den materiellen Gehalt der Bestimmung ist die Regelung in der Verfassung des Kantons Bern damit wohl identisch: «Die Autonomie der Gemeinden ist gewährleistet. Ihr Umfang wird durch das kantonale und das öffentliche Recht bestimmt» (Art. 109 Abs. 1 KV). «Das kantonale Recht gewährt den Gemeinden einen möglichst weiten Handlungsspielraum» (Art. 109 Abs. 2 KV).

89 Die bernische Verfassung enthält für den vorliegenden Regelungsbereich keine Bestimmung, aus welcher sich ein Zuständigkeitsvorbehalt für die Gemeinden ergeben würde. Im Gegenteil: Gemäss Art. 35 Abs. 1 und Abs. 2 KV haben sodann von Verfassungen wegen nicht nur der Kanton, sondern auch die Gemeinden Massnahmen für eine umweltgerechte, wirtschaftliche und ausreichende Energieversorgung zu treffen und die Nutzung erneuerbarer Energien zu fördern. Auch die Gemeinden sind somit an den Verfassungsauftrag gebunden, welchen u.a. die Solarpflicht erfüllen will.

90 Der Rahmen der Gemeindeautonomie ergibt sich soweit m.a.W. aus dem einschlägigen materiellen Recht. Widersprüche wären durch entsprechende Anpassungen an kollidierenden Normen auszuräumen oder ggf. durch Auslegung zu klären. Nichts anderes ergibt sich auch aus dem kantonalen Baugesetz. Gemäss Art. 4 Abs. 1 BauG ist die bauliche Nutzung durch die baurechtliche Grundordnung der Gemeinde (Art. 69 ff.) bestimmt. Gemäss Art. 4 Abs. 3 BauG bleiben Nutzungsvorschriften des Bundes (Art. 15-17 RPG) und dieses Gesetzes (Art. 71-87) vorbehalten.

⁸⁰ BSK BV-GRIFFEL, Art. 75 N 27; CR BV-HAAG, Art. 75 N 33 f.

⁸¹ BSK BV-GRIFFEL, Art. 75 N 27.

- 91 Nach unserer Auffassung besagt Art. 4 Abs. 2 BauG *e contrario* nicht, dass mit anderen kantonalen Gesetzen geschaffenes, spezielleres – und damit dem BauG vorgehendes – (funktionales) Baurecht geschaffen werden darf. Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 3 BauG ist insofern zu eng gefasst (vgl. schon nur den Widerspruch zu Art. 3 Abs. 4 BauG sowie der ebenfalls bereits überholte Verweis in der Klammer auf Art. 15-17 RPG). Zum gleichen Ergebnis führt auch die Anwendung der kollisionsrechtlichen Grundsätze, also der bereits erwähnten Lex-specialis-Regel (die spezielle Norm des EnG geht dem BauG vor) sowie der Lex-posterior-Regel (das neue Recht im EnG ginge widersprechendem alten Recht im BauG vor). Art. 65 BauG, der festhält, dass die Gemeinden in ihrer Ortsplanung im Rahmen der Gesetzgebung und der übergeordneten Planung frei sind, geht schliesslich nicht über das hinaus, was die Verfassung bereits vorsieht.

VI. VEREINBARKEIT MIT ÜBERGEORDNETEM RECHT: ENERGIERECHT

92 Nunmehr ist zu prüfen, ob der Initiativtext mit dem Energierecht des Bundes vereinbar ist. Zu prüfen sind das EnG und das StromVG (und die jeweiligen Ausführungsbestimmungen).

A. Energiegesetz des Bundes (EnG)

93 Die Solarinitiative verfolgt ohne Zweifel die gleiche Stossrichtung wie das Energierecht des Bundes. Das EnG bezweckt u.a. den Übergang hin zu einer Energieversorgung, die stärker auf der Nutzung erneuerbarer Energien, insbesondere einheimischer erneuerbaren Energien, gründet (Art. 1 Abs. 2 Bst c. EnG). Der Bund strebt bei der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, ausgenommen Wasserkraft, im aktuellen Recht (noch) einen Ausbau an, mit dem die durchschnittliche inländische Produktion im Jahr 2035 bei mindestens 11'400 GWh liegt (Art. 2 Abs. 1 EnG). Im Entwurf des Bundesrates für ein Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (eine Vorlage zur Änderung des EnG) schlägt der Bundesrat eine Anpassung dieser Zahlen vor: Danach soll die Produktion aus erneuerbaren Energien, ausgenommen Wasserkraft, im Jahr 2035 mindestens 17'000 GWh und im Jahr 2050 mindestens 39'000 GWh betragen.⁸² Das Parlament hat die Beratung auf Stufe der Kommissionen mittlerweile aufgenommen.

94 Art. 12 ff. EnG enthalten Bestimmungen, die den Zubau von Kraftwerken zur Nutzung erneuerbarer Energien begünstigen sollen. Ferner sieht der Bund für Netzbetreiber eine Abnahme- und Vergütungspflicht für dezentral eingespeiste Elektrizität vor (Art. 15 EnG). Die Einspeisung von Elektrizität aus erneuerbaren Energien wurde und wird über das Einspeisevergütungssystem und Investitionsbeiträge gefördert (Art. 19 ff. und Art. 24 ff. EnG). Das Einspeisevergütungssystem wird Ende dieses Jahres auslaufen (Art. 38 Abs. 1 Bst. a EnG). Das Parlament hat aber bereits eine Weiterführung der Förderung beschlossen.⁸³ Im Bereich der Photovoltaik werden Investitionsbeiträge von (je nach Anlage) 30 % bis neu maximal 60 % der Investitionskosten sowie Auktionen für grosse Photovoltaikanlagen (Art. 25 nEnG und Art. 25a nEnG) gewährt. Die Förderung soll noch bis Ende 2030 weiterlaufen (Art. 38 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 nEnG).

95 Art. 45 EnG enthält schliesslich eine Vorschrift zu den Gebäuden. Danach schaffen die Kantone im Rahmen ihrer Gesetzgebung günstige Rahmenbedingungen für die sparsame und effiziente Energienutzung sowie die Nutzung erneuerbarer Energien.

⁸² Vgl. Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs des Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien, BBl 2021 1667; vgl. auch Botschaft Sichere Stromversorgung S. 6 f. und S. 18 f.

⁸³ Über die Parlamentarische Initiative 19.443 «Erneuerbare Energien einheitlich fördern. Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft und Geothermie.

Sie haben nach EnG insbesondere auch Vorschriften über die Produktion erneuerbarer Energien und über die Energieeffizienz zu erlassen (Art. 45 Abs. 3 Bst. d EnG).

- 96 Nach Art. 6 Abs. 2 EnG ist zwar die Energieversorgung «Sache der Energiewirtschaft». Unbenommen der ungeklärten Frage der Tragweite dieser Norm bleibt festzuhalten, dass sie keineswegs die Energieproduktion lediglich der «Energiewirtschaft» vorbehalten will, sie schafft m.a.W. diesbezüglich kein Monopol. Dies ergibt sich auch ohne Weiteres aus dem übrigen Energierecht, welches die Produktion von Strom durch Privatpersonen fördern soll. Dies allein wäre hier massgeblich. Art. 6 Abs. 2 EnG steht der Gültigkeit der Initiative also nicht im Weg.

B. Stromversorgungsgesetz (StromVG)

- 97 Das StromVG schafft den Rahmen für die Strommarktöffnung. Gemäss Art. 1 Abs. 1 StromVG bezweckt das Gesetz, «die Voraussetzungen für eine sichere Elektrizitätsversorgung sowie für einen wettbewerbsorientierten Elektrizitätsmarkt zu schaffen». Es soll ausserdem Rahmenbedingungen für eine zuverlässige und nachhaltige Versorgung mit Elektrizität in allen Landesteilen festlegen (Art. 1 Abs. 2 Bst. a StromVG). Es enthält in erster Linie Vorgaben zur Versorgung von Endverbraucherinnen und Endverbrauchern mit Strom, mit einschliessend den Netzananschluss, v.a. aber Vorgaben zu Netzzugang, Netznutzung, Netznutzungsentgelt sowie Stromtarifen.

- 98 Auch hieraus ergeben sich keine Bestimmungen, denen der Erlasstext zur Solarinitiative zuwiderlaufen würde. Soweit das Gesetz vorsieht – oder wohl eher damit rechnet – dass auch Strom ins Verteilnetz eingespeist wird, treten lediglich weitere Marktteilnehmende hinzu. Eine über die bereits bestehende Subvention des zusätzlich produzierten Stroms hinausgehende Förderung ist nicht vorgesehen, eine unzulässige, mit der Strommarktordnung nicht vereinbare Wettbewerbsverzerrung durch die Einspeisung nicht ersichtlich.

C. Fazit

- 99 Der Gesetzesentwurf der Solarinitiative ist mit dem materiellen Energierecht des Bundes, soweit es sich aus dem EnG, dem StromVG und den jeweiligen Ausführungsbestimmungen ergibt, vereinbar. Mehr noch: Die Solarpflicht liegt auf der Linie dieser Erlasse und deren Zielsetzungen. Es ist keine Norm ersichtlich, denen die fraglichen Bestimmungen widersprechen würde. Aus den gegenwärtig laufenden Gesetzgebungsverfahren auf Bundesebene (u.a. Anpassung von EnG und StromVG mittels eines Mantelerlasses; Vorlage zur Beschleunigung von Bewilligungsverfahren, Rettungsschirm für grosse Stromversorgungsunternehmen) ergibt sich nichts, das zu einer neuen, von der geltenden Rechtslage abweichenden Beurteilung führen würde.

VII. UMSETZUNG IM BAU-, PLANUNGS- UND UMWELTRECHTLICHEN UMFELD

100 Die Initiative verpflichtet die Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer grundsätzlich zur Montage von Solaranlagen auf Dach- und Fassadenflächen. Es stellt sich mit Blick auf die Umsetzung somit die Frage, ob und wie sie dieser Baupflicht überhaupt nachkommen können. Nur wenn sie dieser Pflicht gar nicht nachkommen könnten, würde sich aber dieser Umstand auf die Gültigkeit der Initiative auswirken (faktische Undurchführbarkeit, vgl. dazu Rz. 10 f.). Abgesehen davon dienen die nachfolgenden Ausführungen als Hinweise im Hinblick auf die Konkretisierung der neuen Gesetzesbestimmungen auf Verordnungsstufe und auf mögliche Konflikte mit dem übergeordneten Recht in der Anwendung und im Vollzug.

A. Ausgangslage und Einordnung

101 Die Gesetzesvorschriften der Initiative bilden formell Teil des kantonalen Energierechts (nominales Energierecht), funktional handelt es sich indessen um Vorschriften des öffentlichen Baurechts. Indirekt kann sich die vorgeschlagene Regelung auch auf die Raumplanung auswirken, z.B. indem Schutzzonen gemäss Art. 17 RPG oder andere Schutzanordnungen für Ortsbilder, Gebäudegruppen oder Landschaften angepasst oder neu erlassen werden müssen, was zur heutigen Zeit nicht abgeschätzt werden kann.

102 Die vorgesehenen Vorschriften im KEnG stellen zudem keine klassischen Bauvorschriften dar (wie Gestaltungs-, Nutzungs- oder Ausrüstungsvorschriften), sondern regeln vielmehr eine eigentliche Baupflicht. Ähnlich gelagerte Pflichten kennt man zwar z.B. bei der Wärmedämmung oder beim Feuerschutz. Die Pflicht zum Bau einer Solaranlage auf einem Dach oder einer Fassade hat indessen eine andere Qualität und geht über das Übliche hinaus.

103 Raumplanung ist, wie oben bereits ausgeführt (vgl. Rz. 84 ff.) in erster Linie Sache der Kantone, der Bund hat gemäss Art. 75 BV eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz. Das Baurecht im engeren Sinn (z.B. das Baupolizeirecht) liegt zum vornherein in der Zuständigkeit der Kantone. Allerdings wirken sich andere Bundeskompetenzen, wie z.B. im Bereich des Umweltschutzes (Art. 74 BV) und der Energie (Art. 89 BV), auf das Baurecht aus und überlagern die kantonalen Vorschriften oder schränken deren Spielraum ein.⁸⁴

104 Für die baurechtliche Behandlung bzw. Bewilligung von Solaranlagen auf Gebäuden hat der Bund mit Art. 18a RPG und Art. 32a ff. RPV eine Sonderordnung geschaffen, welche das kantonale Baurecht stark zurückdrängt. Damit soll durch den Abbau von administrativen Hürden und die Statuierung von schweizweit einheitlichen, teilweise reduzierten Anforderungen an den Bau von Solaranlagen im Gebäudebereich der Zubau erleichtert und – ergänzend zur (finanziellen) Förderung im Energiebereich – auch in Bezug auf die Verfahren gefördert und beschleunigt werden. Mit

⁸⁴ Vgl. GRIFFEL, Raumplanungs- und Baurecht, S. 18.

Erlass dieser Bundesvorschriften richtet sich der Bau von Solaranlagen, welche in deren Geltungsbereich fallen, in erster Linie nach Bundesrecht. Die bundesrechtliche Regelung ist grundsätzlich abschliessend und direkt anwendbar. Eine kantonale Ausführungsgesetzgebung ist nicht erforderlich.⁸⁵ Die Kantone haben in diesem Rahmen (nur) noch beschränkten Spielraum, um auf den Bau und die Gestaltung von Solaranlagen Einfluss zu nehmen (vgl. z.B. Art. 32a Abs. 2 RPV). Der Geltungsbereich von Art. 18a RPG wurde mit Revision der Raumplanungsverordnung des Bundes vom 3. Juni 2022, welche am 1. Juli 2022 in Kraft tritt, präzisiert und ausgedehnt.⁸⁶

- 105 Die «Berner Solar-Initiative» liegt auf der Stossrichtung dieser bundesrechtlichen Vorschriften und deckt sich mit deren Zielsetzung (Beschleunigung und Ausdehnung des Zubaus auf Gebäuden). Wird in deren Umsetzung eine Solaranlage von Art. 18a RPG und Art. 32a ff. RPV erfasst, so werden sich tendenziell keine rechtlichen Realisierungshürden für Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer ergeben. Dies zumal die «Berner Solar-Initiative» deckungsgleiche Ausnahmen für Solaranlagen auf oder in Schutzobjekten vorsieht (vgl. Art. 39f KEnG gemäss Initiativtext sowie Art. 18a Abs. 3 RPG und Art. 32b RPV).

B. Formelle Voraussetzungen zum Bau von Solaranlagen

- 106 Die «Berner Solar-Initiative» regelt die formellen Voraussetzungen für die Realisierung von Solaranlagen, wie vor allem die Baubewilligungspflicht, nicht und lässt mithin die bestehenden Regelungen unangetastet. Die Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer müssen sich somit in der Umsetzung der Solarpflicht an diese geltenden Vorschriften halten, namentlich allenfalls an die Baubewilligungspflicht gemäss Art. 22 Abs. 1 RPG.
- 107 Das RPG sieht für auf dem Dach genügend angepasste Solaranlagen in der Bauzone und in der Landwirtschaftszone eine blosser *Meldepflicht* anstelle einer Baubewilligungspflicht vor. Solche Vorhaben sind lediglich der zuständigen Behörde zu melden und können – ohne Widerspruch innert der Frist – direkt realisiert werden (eine umfassende präventive Kontrolle durch eine Behörde entfällt). In Art. 32a Abs. 1 (Normalfall) und Art. 32a Abs. 1^{bis} (Flachdächer) RPV wird konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen eine Solaranlage als «genügend angepasst» im Sinne des Gesetzes gilt. Es handelt sich dabei um detaillierte, im Einzelfall direkt anwendbare Bau- und Gestaltungsvorschriften.⁸⁷

⁸⁵ Praxiskommentar RPG-JÄGER, Art. 18a N 7.

⁸⁶ Medienmitteilung des Bundesrats vom 3. Juni 2022, «Bundesrat setzt revidierte Verordnungen im Energiebereich in Kraft» (abrufbar unter www.admin.ch > Dokumentation > Medienmitteilungen).

⁸⁷ Die Dachfläche darf im rechten Winkel um höchstens 20 cm überragt werden. Die Solaranlage darf sodann von oben gesehen nicht über die Dachfläche hinausragen, muss kompakt angeordnet sein (wobei technisch bedingte Auslassungen und die Anpassung an spezielle Dachformen zulässig ist) und nach dem Stand der Technik reflexionsarm ausgeführt werden (vgl. Art. 32a Abs. 1 Bst. a – d RPV). Für Flachdächer gelten angepasste, teils gelockerte Anforderungen (vgl. Art. 32 a Abs. 1^{bis} Bst. a – c RPV).

- 108 Nach Art. 18a Abs. 3 RPG bedürfen hingegen Solaranlagen auf Kultur- und Naturdenkmälern von kantonaler oder nationaler Bedeutung von Bundesrechts wegen stets einer Baubewilligung. Im Umkehrschluss folgt aus dieser Regelung, dass Solaranlagen auf Kultur- und Naturdenkmälern *von kommunaler Bedeutung* unter den Voraussetzungen von Art. 32a RPV baubewilligungsfrei sind und ebenfalls im Meldeverfahren realisiert werden können.⁸⁸
- 109 Die Bestimmungen gemäss der «Berner Solar-Initiative» lassen sich somit für Solaranlagen auf dem Dach, welche den Gestaltungsanforderungen des Bundesrechts entsprechen, ohne Baubewilligung einfach realisieren. Diesbezüglich ist in Bezug auf das Verfahren mit keinen Umsetzungsschwierigkeiten zu rechnen und bereits von Bundesrechts wegen gilt dies sogar für Schutzobjekte von kommunaler Bedeutung.⁸⁹ Sollen Solaranlagen auf Baudenkmälern oder in Landschaften von nationaler oder kantonaler Bedeutung realisiert werden, so ist wiederum gemäss Bundesrecht zwingend ein Baubewilligungsverfahren zu durchlaufen. Auch diesbezüglich sind somit die Zuständigkeiten und das Verfahren klar und entsteht kein Regelungs- bzw. Anpassungsbedarf im kantonalen Recht.
- 110 Hingegen fallen die von der Berner Solar-Initiative erfassten Fassadenanlagen von Bundesrechts wegen nicht unter das Meldeverfahren; sie bedürfen somit grundsätzlich einer Baubewilligung. Der Kanton hat aber gemäss Art. 18a Abs. 2 Bst. a RPG die Möglichkeit, in seinem Recht das Meldeverfahren auf bestimmte, ästhetisch wenig empfindliche Typen von Bauzonen auszudehnen, in denen auch «andere Solaranlagen» (d.h. welche nicht «genügend angepasst» im Sinne des Bundesrechts sind) ohne Baubewilligung erstellt werden können. Solche anderen Solaranlagen könnten somit auch solche an Fassaden sein.⁹⁰ Um die Umsetzung der Berner Solar-Initiative für die betroffenen Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer administrativ zu erleichtern, könnte sich der Kanton Bern somit überlegen, im Sinne der Stossrichtung der Initiative von diesem Regelungsspielraum Gebrauch zu machen und das Meldeverfahren auf Fassadenanlagen in «ästhetisch wenig empfindliche Typen von Bauzonen» - zu denken ist vor allem an Industrie-, Gewerbe- und Arbeitszonen - auszudehnen.

C. Materielle Voraussetzungen zum Bau von Solaranlagen

1. Baubewilligungsfreie, meldepflichtige Solaranlagen

- 111 Im Falle der meldepflichtigen, baubewilligungsfreien Solaranlagen ist im Bundesrecht vordergründig nur geregelt, unter welchen Voraussetzungen die Baubewilligungsfreiheit, d.h. die verfahrensmässige Privilegierung gemäss Art. 18a RPG, greift. Die Behörde prüft im Meldeverfahren grundsätzlich nur, ob die Anlage nach

⁸⁸ Praxiskommentar RPG-JÄGER, Art. 18a N 47.

⁸⁹ JOSS/SCHREIBER, Photovoltaik, Rz. 20; Praxiskommentar RPG-JÄGER, Art. 18a N 21.

⁹⁰ JOSS/SCHREIBER, Photovoltaik, Rz. 32.

Art. 18a Abs. 1 RPG bewilligungsfrei errichtet werden kann.⁹¹ Sind die Voraussetzungen für das Meldeverfahren hingegen nicht erfüllt, ist ein Baubewilligungsverfahren durchzuführen.

- 112 Welche materiellen Bauvorschriften die Solaranlage zu erfüllen hat, ergibt sich dagegen aus der Bundesregelung nicht direkt, aber nach der hier vertretenen Auffassung sinngemäss. Sind nämlich die Gestaltungsanforderungen gemäss Art. 32a Abs. 1-3 RPV erfüllt, so folgt daraus zwangsläufig, dass die Bauherrschaft jedenfalls in baulicher und gestalterischer Hinsicht ihr Vorhaben in der von ihnen geplanten Weise realisieren darf und keine materiell-rechtlichen Hindernisse der Baugesetzgebung mehr bestehen. Dies folgt auch aus Art. 18a Abs. 4 RPG, wonach die Interessen an der Solarenergienutzung allfälligen gegenläufigen ästhetischen Interessen vorgehen. Allerdings haben die Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer die Einhaltung von Sicherheitsanforderungen, z.B. in Bezug auf die elektrischen Installationen oder Schneerutschungen, in eigener Verantwortung sicherzustellen, ohne dass dies vorgängig behördlich überprüft würde.⁹²
- 113 Aus Art. 18a Abs. 1 RPG folgt somit sinngemäss auch, dass Solaranlagen auf Dächern in der Bauzone wie auch in der Landwirtschaftszone mit dem jeweiligen Zonenzweck vereinbar sind oder nach den Ausnahmen zum Bauen ausserhalb der Bauzone zulässig sind, mithin als zonenkonforme oder standortgebundene Anlagen realisiert werden dürfen.⁹³ Dehnt der Kanton das Meldeverfahren auf «andere» Solaranlagen im Sinne von Art. 18a Abs. 2 Bst. a RPG aus, gilt dies wohl auch für solche Anlagen. Die RPV stellt in Bezug auf Solaranlagen ausserhalb der Bauzonen neuerdings ausdrücklich klar, dass solche Anlagen mit Anschluss ans Stromnetz in gewissen Situationen standortgebunden sein können (vgl. Art. 32c RPV). Im Gebäudebereich (ohne freistehende Anlagen) sind Solaranlagen standortgebunden, welche optisch eine Einheit mit Bauten oder Anlagen bilden, die voraussichtlich längerfristig bestehen, wobei zusätzlich eine Interessenabwägung nötig ist (vgl. Art. 32c Abs. 1 Bst. a und Abs. 3 RPG).
- 114 Diese Regelung ist von Bundesrechts wegen nicht automatisch auf Fassadenanlagen anwendbar; es bestehen in diesem Rahmen keine Bau- und Gestaltungsanforderungen für Fassadenanlagen. Der Kanton könnte das Meldeverfahren, wie gesehen, entsprechend ausdehnen, müsste dann aber wohl gleichzeitig auch die baulichen und gestalterischen Anforderungen definieren, welche meldepflichtige Fassadenanlagen einhalten müssen. Ohne solche besondere Regelung werden Solaranlagen an Fassaden nach Massgabe der geltenden kantonalen und kommunalen Baugesetzgebung in einem Baubewilligungsverfahren geprüft und bei Einhaltung aller Vorschriften bewilligt (vgl. Art. 2 BauG).

⁹¹ JOSS/SCHREIBER, Photovoltaik, Rz. 15.

⁹² Vgl. Praxiskommentar RPG-JÄGER, Art. 18a N 27.

⁹³ Siehe hierzu JÄGER, Photovoltaik-Anlagen, Rz. 9 ff. und Rz. 48 ff.

2. Baubewilligungspflichtige Solaranlagen ausserhalb von Schutzgebieten

- 115 Nach der Bestimmung von Art. 18a Abs. 1 RPG unterliegen Solaranlagen in der Bau- und Landwirtschaftszone ausserhalb von Schutzgebieten, welche nicht auf Dächern erstellt werden oder die Voraussetzungen der «genügenden Angepasstheit» nicht erfüllen, der Baubewilligungspflicht. Dies betrifft namentlich Anlagen auf Fassadenflächen.⁹⁴ Der Kanton kann aber, wie dargelegt, die Baubewilligungsfreiheit auf Fassadenanlagen ausdehnen.
- 116 Die nach der «Berner Solar-Initiative» vorgesehene Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen auf «geeigneten» Fassadenflächen kann materiellrechtlich zu Konflikten mit baupolizeilichen oder ästhetischen Vorschriften führen, welche insbesondere im kommunalen Baurecht zu finden sind. So erscheint es namentlich möglich, dass zwar einerseits die Pflicht zur Erstellung einer Solaranlage gemäss der Regelung der «Berner Solar-Initiative» besteht, hierfür jedoch keine Baubewilligung erteilt werden kann, weil die baurechtlichen Vorgaben nicht erfüllt bzw. allenfalls nicht erfüllbar sind. Dasselbe gilt für Solaranlagen auf Dachflächen, zu deren Erstellung Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer verpflichtet sind, welche jedoch nicht im Sinne von Art. 18a Abs. 1 RPG «genügend angepasst» sind.
- 117 Auf kantonaler Ebene erscheint es dabei möglich, dass die Einordnungs- und Gestaltungsvorschriften der Art. 9 ff. BauG mit der «Berner Solar-Initiative» harmonisiert werden müssen. Mit Blick auf kommunale Ästhetikvorschriften ist zu beachten, dass diese den Vorgaben der «Berner Solar-Initiative» nicht widersprechen dürfen. Es kann deshalb durchaus dazu kommen, dass diesbezüglich Anpassungen im kommunalen Recht vorzunehmen sind.
- 118 Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang, dass das bernische Baugesetz bereits in der geltenden Fassung eine besondere Ausnahmerebestimmung kennt, welche auf die Interessen der Energienutzung, namentlich die aktive oder passive Nutzung der Sonnenenergie, zugeschnitten ist. Danach können von kommunalen Gestaltungsvorschriften Ausnahmen gewährt werden, wenn dies u.a. für die Nutzung der Solarenergie erforderlich ist (vgl. Art. 26a BauG).⁹⁵ Diese Regelung würde mithelfen, allfällige Normkonflikte in der baulichen Umsetzung der «Berner-Solar-Initiative» zugunsten der verpflichteten Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer zu entschärfen.
- 119 Weniger materielle Hürden für baubewilligungspflichtige Solaranlagen sind in Bezug auf die Baupolizeivorschriften (Abstände, Gebäudehöhe, etc.) zu erwarten. So besagt bereits das Bundesrecht, dass u.a. die durch «Anlagen zur besseren Nutzung einheimischer erneuerbarer Energien verursachte Überschreitung von maximal 20 cm bei der Berechnung insbesondere der Gebäudehöhe, der Gebäude-

⁹⁴ Vgl. Praxiskommentar RPG-JÄGER, Art. 18a N 37.

⁹⁵ Vgl. dazu ZAUGG/LUDWIG, Kommentar BauG, Art. 26 N. 3a und N. 5a.

Grenz-, Gewässer-, Strassen- oder Parkplatzabstände und bei Baulinien nicht mitgezählt wird» (vgl. Art. 45 Abs. 4 EnG). Wird hingegen diese Toleranz überschritten, was namentlich bei Fassadenanlagen denkbar ist, so würde wiederum möglicherweise ein Konflikt zu Abstandsvorschriften des kommunalen Baurechts bestehen.

3. Solaranlagen in Schutzgebieten

120 Von Bundesrechts wegen in jedem Fall baubewilligungspflichtig sind Solaranlagen auf Kultur- und Naturdenkmälern von kantonaler oder nationaler Bedeutung (Art. 18a Abs. 3 RPG). Als materielle Voraussetzung für die Baubewilligung hält das Bundesrecht diesbezüglich fest, dass Solaranlagen solche Denkmäler «nicht wesentlich beeinträchtigen» dürfen (Art. 18a Abs. 3 Satz 2 RPG).

121 Art. 32b RPV enthält eine Auflistung der Kulturdenkmäler von kantonaler oder nationaler Bedeutung gemäss Art. 18a Abs. 3 RPG. Darunter fallen namentlich Gebiete, Baugruppen und Einzelelemente gemäss Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (ISOS) mit Erhaltungsziel A (Art. 32b lit. b RPV) sowie Kulturgüter von nationaler oder regionaler Bedeutung, die in einem anderen Inventar verzeichnet sind, das der Bund gestützt auf das NHG erlassen hat (Art. 32b lit. c RPV). Die Kantone können sodann im vom Bund genehmigten Richtplan Kulturdenkmäler «von kantonaler Bedeutung» im Sinne von Art. 18 Abs. 3 RPG bezeichnen. Der Kanton Bern hat gestützt darauf im Richtplan die K-Objekte gemäss Art. 13 Abs. 3 BauV als Kulturdenkmäler von kantonaler Bedeutung in diesem Sinn definiert.⁹⁶ Es handelt sich um die im Bauinventar als schützenswert bezeichneten Baudenkmäler im Sinne von Art. 10a BauG, die im Bauinventar als erhaltenswert bezeichneten Baudenkmäler, wenn sie zu einer Baugruppe des Bauinventars gehören, sowie die Objekte des archäologischen Inventars. Für sie alle gilt das Verbot der wesentlichen Beeinträchtigung durch Solaranlagen.

122 In der Praxis sind auf Ebene des Bundes insbesondere das *Bundesinventar* der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) sowie das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder von nationaler Bedeutung (ISOS) von Relevanz.⁹⁷ Bei der Beurteilung der wesentlichen Beeinträchtigung von Kulturdenkmälern in Sinne von Art. 18a Abs. 3 RPG berücksichtigt das Bundesgericht seine Praxis zur ungeschmälernten Erhaltung eines Schutzobjekts gemäss Art. 6 NHG. Die Schwere der Beeinträchtigung eines Kulturdenkmals des ISOS – wie auch einer BLN-Landschaft – ist demnach im Einzelfall anhand der entsprechenden Schutzziele zu beurteilen. Eine wesentliche Beeinträchtigung liegt vor, wenn eine Solaranlage das Schutzobjekt in jenen Bereichen, die es einzigartig oder charakteristisch machen und aufgrund derer es unter Schutz gestellt wurde, in erheblicher bzw. um-

⁹⁶ Richtplan Kanton Bern, Richtplan 2030, Stand: 22. September 2021, Strategie D32.

⁹⁷ Die Inventare sind in der Form von Verordnungen erlassen worden: Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (VBLN; SR 451.11); Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981 (VISOS; SR 451.12).

fangreicher Weise beeinträchtigt. Dagegen liegt keine wesentliche Beeinträchtigung vor, wenn ein Schutzobjekt in seiner geschützten Beschaffenheit und Wirkung durch eine Solaranlage nur unerheblich eingeschränkt wird. Eingriffe in Schutzobjekte, die für sich allein mit leichten Nachteilen verbunden sind, dürfen jedoch nicht negative Präjudizien für eine Folgeentwicklung schaffen, die insgesamt die Ziele des Natur- und Heimatschutzes wesentlich beeinträchtigen.⁹⁸

- 123 Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist die Baubewilligung einer Solaranlage gestützt auf Art. 18a RPG eine Bundesaufgabe nach Art. 2 NHG.⁹⁹ Somit sind die Bundesinventare direkt verbindlich, d.h. bei der Bewilligung von Solaranlagen im Perimeter des ISOS oder des BLN müssen *zwingend* die Grundsätze des Ortsbilds- und Landschaftsschutzes gemäss jeweiligem Bundesinventar beachtet werden. Zusätzlich kommt auch das Verbandsbeschwerderecht nach Art. 12 NHG zur Anwendung.¹⁰⁰
- 124 Namentlich die flächendeckende Erstellung von Solaranlagen in geschützten ISOS-Gebieten der Kategorie A (wie z.B. der Berner Altstadt) in Ausübung der Solarpflicht nach der «Berner Solarinitiative» dürfte damit in Konflikt mit dem Bundesrecht geraten. Der Initiativtext berücksichtigt indessen diese absehbaren Konflikte, indem der Regierungsrat beauftragt wird, dafür auf Verordnungsebene gestützt auf Art. 39f des Initiativtexts Ausnahmen vorzusehen. Es bleibt aber darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob ein Schutzobjekt durch eine Solaranlage tangiert wird, stark einzelfallabhängig ist (namentlich von den konkreten Schutzziele des betroffenen Objekts) und nur ansatzweise generell-abstrakt auf Verordnungsebene vorweggenommen werden kann. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass mittlerweile auch optisch zurückhaltende Lösungen existieren, welche wie Dachziegel aussehen,¹⁰¹ heutzutage aber in der Regel noch deutlich teurer sind als Standardmodule.
- 125 Auf kantonaler Ebene des Denkmal- und Ortsbildschutzes kommt insbesondere dem *kantonalen Bauinventar* eine erhebliche Bedeutung zu. Wie dargelegt, dürfen die im Bauinventar als schützenswert bezeichneten Baudenkmäler, die im Bauinventar als erhaltenswert bezeichneten Baudenkmäler, wenn sie zu einer Baugruppe des Bauinventars gehören, sowie die Objekte des archäologischen Inventars durch Solaranlagen nicht wesentlich beeinträchtigt werden. Aufgrund der bundesrechtlichen Regelung sind keine spezifischen kantonalen Ausnahmen für Solaranlagen möglich. Das Bauinventar ist auch nach Annahme der «Berner Solar-Initiative» anwendbar und durch die kommunalen und kantonalen Bewilligungsbehörden zu berücksichtigen. Es sind denn auch hier – wie bei den Bundesinventaren – Umsetzungsschwierigkeiten und Konflikte zwischen Ortsbild- bzw. Landschaftsschutz und

⁹⁸ Urteil BGer 1C_26/2016 vom 16. November 2016 E. 3.3, mit weiteren Hinweisen.

⁹⁹ Urteil BGer 1C_179/2015 vom 11. Mai 2016 E. 2.4; Praxiskommentar RPG-JÄGER, Art. 18a N 55.

¹⁰⁰ Urteil BGer 1C_179/2015 vom 11. Mai 2016 E. 2.4.

¹⁰¹ JOSS/SCHREIBER, Photovoltaik, Rz. 22.

der Nutzung erneuerbarer Energien zu erwarten. Der Regierungsrat muss die Ausnahmen der Solarpflicht auf Verordnungsebene definieren, soweit dies überhaupt generell-abstrakt und ohne Einzelfallbeurteilung überhaupt möglich ist.

4. Umweltrecht: Immissionsschutz bei störenden Reflexionen

- 126 Das Umweltschutzgesetz des Bundes sieht in seinem Zweckartikel unter anderem den Schutz von Menschen, Tieren und Pflanzen, ihrer Lebensgemeinschaften und Lebensräume vor schädlichen und lästigen Einwirkungen vor (Art. 1 Abs. 1 USG). Als Einwirkungen gelten nach Art. 7 USG unter anderem auch Strahlen, die durch den Bau und Betrieb von Anlagen erzeugt werden. Dazu gehört auch das Sonnenlicht, das von einer Solaranlage reflektiert wird.¹⁰²
- 127 Blendwirkungen von Solaranlagen stellen somit eine Immission im Sinne des USG dar. Der Inhaber einer Solaranlage muss deshalb nach dem zweistufigen Konzept des USG zum Schutz vor schädlichen oder lästigen Immissionen gemäss Art. 11 Abs. 1 und 2 USG Emissionen *unabhängig* von der bestehenden Umweltbelastung im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. In diese Richtung wirkt auch Art. 32a Abs. 1 lit. c RPV, wonach Solaranlagen «nach dem Stand der Technik reflexionsarm ausgeführt» werden müssen.¹⁰³ Das Erfordernis der Reflexionsarmut ist nicht nur eine ästhetisch-gestalterische Vorgabe, sondern ist gleichzeitig auch Ausfluss der allgemeinen umweltrechtlichen Verpflichtung des Anlageinhabers.¹⁰⁴ Für die Beurteilung der Lichtreflexionen sind deren Intensität, ihre Dauer und der tatsächliche Zeitraum massgebend.¹⁰⁵
- 128 Verursacht eine Solaranlage trotz vorsorglicher Massnahmen *übermässige* Blendungen in der Umgebung, müssen nach der zweiten Stufe des Immissionsschutzes gemäss USG die Massnahmen so weit verschärft werden, dass die Immissionen am Empfangsort weder schädlich noch lästig sind, unabhängig von den Kostenfolgen und den wirtschaftlichen Auswirkungen dieser Massnahmen (vgl. Art. 11 Abs. 3 USG). Ist dies nicht möglich, wird der Anlage die Baubewilligung verweigert.
- 129 Eine flächendeckende Solarpflicht, wie sie nach der «Berner Solar-Initiative» vorgesehen ist, kann die Reflexionsproblematik verschärfen. Dies gilt insbesondere im Fall von nach Norden ausgerichteten Dächern oder Fassaden, da dort die Blendung grössere Störwirkung entfalten kann. Der Problematik kann meist durch technische Massnahmen bzw. Einsatz angepasster Module begegnet werden,¹⁰⁶ was aber mit

¹⁰² Urteil BGer 1C_177/2011 vom 9. Februar 2012 E. 5.2.

¹⁰³ Vgl. Praxiskommentar RPG-JÄGER, Art. 18a N 28.

¹⁰⁴ JÄGER, Solaranlagen, Rz. 47.

¹⁰⁵ Vgl. Urteil BGer 1C_177/2011 vom 9. Februar 2012 E. 5.5.

¹⁰⁶ Vgl. <<https://www.bulletin.ch/de/news-detail/reflexionen-an-photovoltaikanlagen.html>> (besucht am 10. Juni 2022).

Mehrkosten verbunden sein wird, oder aber durch eine angepasste Montage (Ausrichtung) oder mit Massnahmen zur Abschirmung, was aber in der Regel mit einer Reduktion der Energieausbeute einhergeht.

5. Fazit

- 130 Die grosse Mehrheit der von der «Berner Solar-Initiative» betroffenen Solaranlagen auf Dachflächen dürfte baubewilligungsfrei im Meldeverfahren nach Art. 18a Abs. 1 RPG erstellt werden können. In den übrigen Fällen – dies betrifft insbesondere auch Solaranlagen auf Fassadenflächen – ist jedoch eine Baubewilligung erforderlich. Dies gilt namentlich auch für Solaranlagen auf Kultur- und Naturdenkmälern von kantonaler oder nationaler Bedeutung. In diesen Fällen ist es auch denkbar, dass die Vorgaben der Solarinitiative nicht umgesetzt werden können, weil dem Bau übergeordnetes Recht entgegensteht.
- 131 Konfliktpotenzial besteht in erster Linie hinsichtlich des bundesrechtlichen Ortsbild- und Denkmalschutzes. Eine flächendeckende Solarpflicht dürfte insbesondere in geschützten ISOS-Gebieten (wie z.B. der Berner Altstadt) einen schweren Eingriff darstellen. Auch erscheinen namentlich Konflikte mit dem kantonalen Denkmalschutz (Bauinventar) möglich. Diesbezüglich sind vom Regierungsrat Ausnahmen von der Solarpflicht vorzusehen. Weiter kann eine flächendeckende Solarpflicht infolge der Blendungsproblematik zu Konflikten mit dem bundesrechtlichen Immissionsschutz führen.
- 132 Die «Berner Solar-Initiative» kann sodann Anpassungen im kantonalen und kommunalen Bau- und Planungsrecht nötig machen. Dies gilt für kantonale Einordnungs- und Gestaltungsvorschriften (Art. 9 ff. BauG) sowie eventuell vorhandene kommunale Ästhetikvorschriften.

VIII. ANPASSUNGEN IM ÜBRIGEN KANTONALEN UND KOMMUNALEN RECHT

1. Kantonales Recht

1.1 Ebene Gesetz

- 133 Auf Gesetzesebene erscheint es notwendig, die bestehende Regelung zum *Vollzug* im KEnG an die Besonderheiten der «Berner Solar-Initiative» – insbesondere die Solarpflicht bei bestehenden Bauten und Anlagen – anzupassen. Die Initiative selbst äussert sich nicht zum Vollzug der vorgesehenen Solarpflicht. Das KEnG kennt jedoch Vollzugsbestimmungen (Art. 61 ff. KEnG). Systematisch sind die neuen Bestimmungen von Art. 39a bis Art. 39h KEnG gemäss der Initiative im KEnG unter Ziffer 4 («Energienutzung») im Abschnitt über die «Minimalanforderungen» an Gebäude untergebracht. Gesetzgebungstechnisch handelt es sich um eine vertretbare Lösung; die nach der «Berner Solar-Initiative» vorgesehene Pflicht zur Erstellung von Solaranlagen auf geeigneten Dach- und Fassadenflächen kann als Minimalanforderung verstanden werden, wobei neu zum Element der Energienutzung auch die Energieproduktion (in Form von Strom oder Wärme) tritt.
- 134 Nach Art. 64 Abs. 1 KEnG obliegt die Durchsetzung der Minimalanforderungen an die Energienutzung bei der Erstellung, Änderung oder Umnutzung von Gebäuden und Anlagen den Gemeinden. In Art. 62 Abs. 1 KEnG wird festgehalten, dass die Minimalanforderungen an die Energienutzung im Baubewilligungsverfahren geprüft werden. Bei baubewilligungsfreien Vorhaben muss die Bauherrschaft selbst dafür sorgen, dass die Minimalanforderungen eingehalten sind (Art. 63 Abs. 1 KEnG), was auch dem Konzept von Art. 18a RPG bei meldepflichtigen Solaranlagen entspricht. Die Baupolizeibehörden können bei solchen Vorhaben zur Durchsetzung der Minimalanforderungen (nachträglich) Baukontrollen durchführen und bei Widerhandlungen die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes anordnen (Art. 64 Abs. 2 KEnG).
- 135 Dieses Vollzugsregime würde sich somit auch für die Bestimmungen der «Berner Solar-Initiative» aus dem KEnG ergeben. So kann die Einhaltung der Solarpflicht bei Neubauten im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens überprüft werden (Art. 62 Abs. 1 KEnG). Dasselbe gilt bei bestehenden Bauten und Anlagen, wenn deren Dach- oder Fassadenflächen umfassend erneuert werden (Art. 39c Abs. 1). Ebenso genügt die geltende Regelung, wenn die Solarpflicht bei bestehenden Bauten und Anlagen vor Ablauf der Übergangsfrist umgesetzt wird.
- 136 Das geltende Gesetzesrecht enthält jedoch keine Regelung für den Fall, dass die Solarpflicht bei bestehenden Bauten und Anlagen nicht innert der Übergangsfrist von Art. 39c Abs. 2 des Initiativtextes umgesetzt wird. Das Vollzugsregime des KEnG baut auf dem Gedanken auf, dass eine Anpassungspflicht bei bestehenden Gebäuden nur bei einer Änderung oder Umnutzung von Gebäuden besteht (vgl. Art. 64 Abs. 1 KEnG). Die «Berner Solar-Initiative» kann jedoch zu Situationen

führen, in welchen unabhängig von einer Änderung oder Umnutzung des Gebäudes durch Fristablauf am 1. Januar 2040 eine Anpassungspflicht eintritt.

- 137 Es ist folglich vom Gesetzgeber zu regeln, wie – durch welche Behörde in welchem Verfahren – die Pflichten gemäss der «Berner Solar-Initiative» nach Ablauf der Übergangsfrist gemäss Art. 39c Abs. 2 des Initiativtextes durchgesetzt werden. Zweckmässig erscheint, dass auch in diesem Fall das Verfahren der Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes (Art. 64 Abs. 1 KEnG analog) zur Anwendung gebracht wird. Gebäudeeigentümerinnen und -eigentümer wären somit mittels Verfügung im baupolizeilichen Verfahren durch die Gemeinde (auch dann, wenn das Bewilligungsverfahren in die Zuständigkeit der Regierungsratspräsidentin oder des Regierungsrats fällt) aufzufordern, ihr Gebäude an die Vorgaben der «Berner Solar-Initiative» anzupassen. Zu regeln ist aber auch das Verhältnis zur Ersatzabgabe nach Art. 39g. So erscheint es möglich, dass im Fall der Nichtumsetzung der Solarpflicht ohne weiteres die Ersatzabgabe geschuldet ist und diese einzutreiben ist.

1.2 Ebene Verordnung

- 138 Die «Berner Solar-Initiative» enthält umfangreiche Aufträge an den Regierungsrat zur Umsetzungsgesetzgebung auf Verordnungsstufe; er hat schwergewichtig auf dieser Ebene eine *Konkretisierung* diverser Bestimmungen des Initiativ- bzw. Gesetzestexts vorzunehmen. Da durch die Initiative das KEnG geändert wird, erscheint es naheliegend, die erforderlichen Verordnungsbestimmungen in der KEnV unterzubringen. Im Einzelnen sind folgende Punkte zu regeln (nicht abschliessende Aufzählung):

- Präzisierung des Begriffes «Bauten und Anlagen» im Anwendungsbereich der Regelung gemäss der Initiative (welche Bauten und Anlagen sind per se von der Solarpflicht ausgenommen? Carports, Gartenhäuser, spezielle Anlage ohne typische Dach- und Fassadenflächen etc.);
- Festlegung der Erfordernisse an die Eignung von Dach- und Fassadenflächen für die Produktion von Solarenergie (wann liegt eine solche Eignung vor? Welche Faktoren und Bedingungen werden zur Bestimmung dieser Eignung herangezogen?);
- Festlegung der Zumutbarkeit (z.B. unverhältnismässiger Aufwand beim Anschluss an das Stromnetz; ggf. finanzielle Aspekte);
- Konkretisierung des Begriffes der «umfassenden Erneuerung»;
- Festlegung des Umfangs und der minimal zu installierenden Leistung (Verhältnismässigkeit von Aufwand und Ertrag); Festlegung der Grenze der zu-

lässigen Abweichung der minimal zu erreichenden Leistung bei bestehenden Bauten; ggf. Festlegung der (rechtlich massgeblichen) Anlagebetriebsdauer;

- Regelung der Ersatzabgabe, insbesondere deren Höhe innerhalb der gesetzlichen Bandbreite;
- Mögliche Anreize zur raschen Umsetzung von Art. 39b (allerdings begrenzte Möglichkeiten auf Verordnungsebene, z.B. Beratung durch den Kanton i.S.v. Art. 56 KEnG).

2. Kommunale Ebene

139 Nach Art. 39g Abs. 3 des Initiativtextes ist die Ersatzabgabe gemäss «Berner Solar-Initiative» durch die Gemeinden zu erheben. Die Gemeinden müssen die Abgabe «zweckgebunden zur Förderung der effizienten Energienutzung und der erneuerbaren Energien» verwenden.

140 Erforderlich ist somit eine gesetzliche Grundlage auf kommunaler Ebene, wie die Erträge aus der Ersatzabgabe verwendet werden sollen. Die Möglichkeit, dass die Gemeinden die effiziente, sparsame, wirtschaftliche und umweltschonende Energieversorgung und -nutzung fördern können, ist bereits auf kantonaler Ebene in Art. 55 Abs. 1 KEnG vorgesehen. Namentlich erscheinen kommunale Finanzhilfen an Anlagen für die Erzeugung erneuerbarer Energien analog zu Art. 58 KEnG (betreffend kantonale Finanzhilfen) möglich.

141 Schliesslich kann es sein, dass die Gemeinden im Rahmen der baurechtlichen Grundordnung Anpassungen an die Regelungen gemäss der «Berner Solar-Initiative» im KEnG machen müssen, namentlich im Bereich kommunaler Schutzzonen und Schutzobjekte, baupolizeilichen Vorschriften etc., soweit diese der Umsetzung der neuen Vorschriften im kantonalen Recht entgegenstehen.

Bern, 24. Juni 2022

Dr. Martin Föhse

Dr. Christoph Jäger

Dr. Gregor Bachmann