



## Memorandum

Von: Phyllis Scholl, Baryon AG

An: Stadt Zürich, DIP, Energiebeauftragte

Zürich, 1. November 2022\_mit Ergänzung vom 3. Februar 2023 (grau hinterlegt)

## Gesetzliche Vorschriften zur Eigenstromproduktion auf Bestandesbauten in der Stadt Zürich

### A. Ausgangslage

Um die "Netto Null"-Ziele der Stadt Zürich bis ins Jahr 2040 zu erreichen, ist gemäss der Stadt Zürich eine starke Elektrifizierung der Bereiche Wärmeversorgung und Mobilität erforderlich. Damit diese zusätzliche Nachfrage nach Strom aus erneuerbaren Energien gedeckt werden könne, müsse der Ausbau von Photovoltaik- bzw. PV-Anlagen auf dem Zürcher Stadtgebiet stark beschleunigt werden. Mit Annahme der Revision des kantonalen Energiegesetzes (**EnerG**) durch die Stimmbevölkerung des Kantons Zürich am 28. November 2021 wurde bereits ein wichtiger gesetzlicher Grundstein in diese Richtung gelegt. Das revidierte Energiegesetz, welches am 1. September 2022 in Kraft trat, sieht unter anderem vor, dass **Neubauten** in Zukunft einen Teil des benötigten Stroms selber produzieren müssen (§ 10c EnerG). Stand heute ist das in technologischer Hinsicht faktisch nur mittels PV-Anlagen möglich.

Im Unterschied zu Neubauten besteht für **Bestandesbauten** bislang keine Möglichkeit, Eigentümerschaften hoheitlich zur Eigenstromproduktion zu verpflichten (**PV-Pflicht**). Im Rahmen der Erarbeitung der PV-Strategie der Stadt Zürich (PV-Strategie) wurden die rechtlichen Möglichkeiten der Stadt Zürich diesbezüglich abgeklärt und es wurde festgestellt, dass im kantonalen Recht eine gesetzliche Grundlage hierfür fehlt (vgl. STRB Nr. 893/2021 betreffend Verabschiedung der Photovoltaik-Strategie der Stadt Zürich). Die PV-Strategie der Stadt Zürich sieht daher vor, dass bei zukünftigen Revisionen/Anpassungen der übergeordneten kantonalen und nationalen Rahmenbedingungen darauf hinzuwirken ist, dass Eigenstromproduktion auch auf Bestandesbauten unter bestimmten Bedingungen vorgegeben werden kann (siehe Abschnitt 4.3 der PV-Strategie). Eine solche Pflicht wird derzeit in mehreren Kantonen diskutiert.<sup>1</sup> Obwohl die Motionen sich inhaltlich sehr ähnlich sind und primär die Einführung einer gesetzlichen PV-Pflicht auf Bestandesbauten fordern im Sinne einer Nachrüstungspflicht, wurden sie in den verschiedenen Kantonen sehr unterschiedlich aufgenommen. Im Kanton Basel-Stadt etwa wurde die obenerwähnte Motion bereits an den Regierungsrat zur Ausarbeitung einer entsprechenden Gesetzesvorlage bis Ende 2025 überwiesen. Im Kanton Luzern wurde die Motion vom Kantonsrat Ende 2021 als Postulat erheblich erklärt. Der Regierungsrat des Kantons Thurgau dagegen lehnte im Frühjahr die generelle PV-Pflicht auf Bestandesbauten

---

<sup>1</sup> Entsprechende Motionen betreffend die Anpassung der jeweiligen kantonalen gesetzlichen Grundlagen (wie bspw. der kantonalen Energiegesetze und/oder Planungs- und Baugesetze) wurden etwa in den Kantonen Basel-Stadt (Motion Jürg Stöcklin vom 20. Mai 2021), Genf (Motion Pierre Eckert vom 1. April 2022), Luzern (Motion Jonas Heeb vom 21. Juni 2021), Thurgau (Motion Marco Rüegg vom 18. August 2021) und Waadt (Motion Vassilis Venizelos vom 3. Mai 2022) eingereicht.



aus rechtsstaatlichen Gründen ab, da diese einen weitgehenden Eingriff in die Eigentums-garantie darstellen würde und angesichts der gegenwärtigen hohen Nachfrage nach PV-Anla-gen (die sogar zu Lieferengpässen führe) unnötig sei.

## B. Fragestellungen und Kurzantworten

**Frage 1:** *Wäre die gesetzliche Verpflichtung zum Bau von PV-Anlagen auf Bestandesbauten verfassungskonform, also mit der Eigentums-garantie und Wirtschaftsfreiheit vereinbar?*

Eine PV-Pflicht für Bestandesbauten durch Eigenbau oder Vermietung der Dachfläche könnte grundsätzlich als vereinbar mit der Eigentums-garantie (Art. 26 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) ausgestaltet werden.

Zur Wahrung der Zumutbarkeit müsste die Pflicht jedoch in vielerlei Hinsicht eingeschränkt werden. Es ist insbesondere zwischen anlassbezogener und nicht anlassbezogener PV-Pflicht zu unterscheiden. Eine nicht anlassbezogene PV-Pflicht, d.h. eine sofortige Verpflichtung ohne z.B. eine Sanierungsnotwendigkeit des jeweiligen Gebäudedaches, würde einen starken Ein-griff in den Bestandsschutz darstellen, weil die Eigentümer/Eigentümerinnen in der Regel über keine Investitionsbereitschaft verfügen und ihre ökonomischen Mittel hierfür nicht eingeplant haben dürften. Bei einer geplanten oder notwendigen Dachsanierung bestünde hingegen ein Anlass, gleich auch eine PV-Anlage zu bauen. Auch bei einer anlassbezogenen PV-Pflicht müssten aber wohl grosszügig bemessene Übergangsregelungen vorgesehen werden, um es den verpflichteten Grundeigentümern/Grundeigentümerinnen zu ermöglichen, sich finanziell und anderweitig auf die PV-Pflicht einzustellen. Zudem dürfte die PV-Pflicht nur im Falle qua-lifizierter Sanierungen oder baulicher Veränderungen greifen. Auch die nachfolgend unter Frage 2 zu beleuchtenden Aspekte der Abnahmepflicht und des Rückliefertarifs würden die Zumutbarkeit der PV-Pflicht erhöhen.

Sodann ist anzumerken, dass die Begründungspflicht für die Notwendigkeit einer Regulierung (konkret: Einführung einer PV-Pflicht für Bestandesbauten) beim Gesetzgeber liegt. Es wäre nachzuweisen, dass die bisher ohne Pflicht installierten PV-Anlagen auf Bestandesbauten nicht ausreichen, um das öffentliche Interesse am Klimaschutz und an der Ver-sorgungssicherheit zu gewährleisten.

**Frage 2:** *Bei welchen bestehenden Gesetzesgrundlagen auf nationaler, kantonaler und kom-munaler Ebene sind Anpassungen notwendig und möglich, damit die Eigenstromproduktion in der Stadt Zürich zukünftig auch auf Bestandesbauten bspw. bei Sanierungen oder auch ohne Sanierungen eingefordert werden kann?*

Für die Einführung einer PV-Pflicht für Bestandesbauten wären aufgrund der bundesverfas-sungsrechtlichen Kompetenzordnung die Kantone zuständig. Die Einführung einer PV-Pflicht auf Bestandesbauten wäre daher auf kantonaler Ebene im kantonalen Energiegesetz umzu-setzen.



Bei der Einführung einer PV-Pflicht wären einige Gesetzesgrundlagen anzupassen. So müssten die kommunalen Bau- und Zonenordnungen (BZO) daraufhin geprüft werden, ob sie begehbaren Flächen (Terrassen) den Vorrang vor PV-Anlagen einräumen. Wenn dies so wäre, müsste die Interessenabwägung in der BZO überdacht und allenfalls angepasst werden.

Zudem wäre zu prüfen, im Bundesrecht die Regelungen im Energiegesetz (EnG) betreffend Zusammenschluss zum Eigenverbrauch (ZEV) und zum Rücklieferarif dahingehend anzupassen, dass die bestehende Mieterschaft gesetzlich zur Abnahme des vor Ort produzierten Stroms verpflichtet wäre und/oder die lokalen Verteilnetzbetreiber den von den Grundeigentümern/Grundeigentümerinnen eingespiesenen (Überschuss-)Strom zu kostendeckenden Preisen (statt zum jeweiligen Marktpreis) abnehmen müssten und dürften.

**Frage 3:** Welche Aspekte könnten auf gesetzlicher Ebene angepasst werden, um den Zubau von Eigenstromproduktionsanlagen zu erleichtern?

Erleichterungen und Anreize zum Bau von PV-Anlagen bestehen bereits mehrere. Zu erwähnen sind (i) die steuerliche Abzugsfähigkeit für die Anschaffung und Installation von PV-Anlagen auf Bestandesbauten<sup>2</sup>, (ii) Anreize durch wesentliche finanzielle Investitionsbeiträge<sup>3</sup>; (iii) administrative Erleichterungen oder zumindest Hilfestellungen in den Bewilligungsverfahren, auch für Gebäude in der Kernzone und in Quartierhaltungszonen<sup>4</sup> sowie (iv) eine Vielzahl von Beratungs- und Förderangeboten<sup>5</sup>.

Wie bereits obenstehend unter Frage 2 erörtert, könnten auf bundesrechtlicher Ebene im Energiegesetz des Bundes (**EnG**) als zusätzliche Erleichterungen folgende Aspekte eingeführt werden: Gesetzliche Verpflichtung der bestehenden Mieterschaft zur Abnahme des vor Ort produzierten Stroms und/oder gesetzliche Verpflichtung der lokalen Verteilnetzbetreiber den eingespiesenen Strom von den Grundeigentümern/Grundeigentümerinnen zu kostendeckenden Preisen abzunehmen. Wiederum ist zu erwähnen, dass diese Verpflichtungen bei Mietern und Stromendkunden auf Widerstand stossen könnten, da sie es wären, die im Fall von tiefen Marktpreisen die Differenz zu den höheren Produktionskosten der Schweizer PV-Dachanlagen bezahlen müssten.

<sup>2</sup> Bereits heute kann die Anschaffung und Installation von PV-Anlagen auf Bestandesbauten im Kanton Zürich als energiesparende Ausgabe vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden (vgl. Zürcher Steuerbuch, Praxishinweis vom 11. Mai 2021).

<sup>3</sup> Mit einer Einmalvergütung erhalten Anlagenbetreiber von Photovoltaikanlagen einen einmaligen Investitionsbeitrag. Siehe für weitere Angaben: [www.pronovo.ch](http://www.pronovo.ch).

<sup>4</sup> [https://solaraction.ch/wpcontent/uploads/2022/09/Gestaltungsempfehlungen\\_AufdachSolaranlagen\\_in\\_Kernzone.pdf](https://solaraction.ch/wpcontent/uploads/2022/09/Gestaltungsempfehlungen_AufdachSolaranlagen_in_Kernzone.pdf)

<sup>5</sup> Siehe z.B. [www.energieschweiz.ch](http://www.energieschweiz.ch), [www.ewz.ch](http://www.ewz.ch), [www.ekzeltop.ch](http://www.ekzeltop.ch); [www.stadt-zuerich.ch/energie](http://www.stadt-zuerich.ch/energie)



## C. Analyseteil

### I. Verfassungskonformität / Grundlagen

Eine gesetzliche Regelung, die Gebäudeeigentümer/Gebäudeeigentümerinnen dazu verpflichtet, eine PV-Anlage auf dem Dach ihrer Bestandsbaute zu installieren und zu betreiben (oder das Dach hierfür zumindest für Dritte zur Verfügung zu stellen), ist in erster Linie auf kantonaler Ebene (z.B. im kantonalen Energiegesetz) denkbar, denn aus staatsrechtlicher Perspektive wären für die Einführung einer PV-Pflicht für Bestandesbauten gemäss Art. 89 Abs. 4 BV<sup>6</sup> i.V.m. Art. 45 Abs. 3 Bst. d EnG<sup>7</sup> wohl die Kantone zuständig. Im Anschluss daran stellt sich die Frage, ob der Kanton Zürich mit dem Energiegesetz im Bereich des Energieverbrauchs im Gebäudebereich eine abschliessende Regelung getroffen hat oder ob die Gemeinden im Kanton Zürich in diesem Bereich über Autonomie in der Rechtsetzung verfügen, also in eigener Kompetenz eine PV-Pflicht für Bestandesbauten im kommunalen Recht einführen könnten. Diese Frage wird unten beim *Titel 1.2.1 Gesetzliche Grundlage* behandelt.

Eine PV-Pflicht müsste auch auf kantonaler Ebene so ausgestaltet sein, dass sie mit den Grundrechten der Schweizerischen Bundesverfassung (BV) vereinbar ist. Dabei ist eine solche Regelung insbesondere an den Massstäben der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) und der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) zu messen, welche durch eine PV-Pflicht tangiert würden.

Die kantonalen Grundrechte der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 ("**KV ZH**") weisen im Vergleich mit den relevanten Normen auf Bundesebene keine weitergehenden oder zusätzlichen Schutzbereiche auf. Die KV ZH enthält insbesondere keine eigenständigen Bestimmungen hinsichtlich der Eigentumsgarantie oder Wirtschaftsfreiheit. Die Bestimmungen der BV über die Verwirklichung und die Einschränkung der Grundrechte gelten sodann auch analog für die Grundrechte des kantonalen Rechts (Art. 10 Abs. 2 KV ZH). Auf eine weitergehende Analyse der KV ZH im Zusammenhang mit der PV-Pflicht kann daher verzichtet werden.

Das Schweizerische Bundesgericht war bislang nicht mit einem Fall der PV-Pflicht befasst. Der Rechtsprechung lassen sich auch keine näheren materiellen Massstäbe für die verfassungskonforme Ausgestaltung einer PV-Pflicht entnehmen.

Im Folgenden wird unter Beachtung der generellen verfassungsrechtlichen Massstäbe geprüft, ob eine PV-Pflicht für Bestandesbauten verfassungskonform sein könnte resp. wie sie auszugestalten wäre, damit sie das sein könnte. Vorab werden noch die wichtigsten Hinweise angebracht, wie betroffene Eigentümer einen gesetzlichen Erlass gerichtlich auf seine Verfassungskonformität prüfen lassen könnten:

- Im Rahmen der sog. "Normenkontrolle" wird überprüft, ob die fragliche Norm im Einklang mit einer übergeordneten Norm wie insbesondere die BV und die Bundesgesetze steht. Das Verfahren der Normenkontrolle bezweckt die Durchsetzung der Hierarchie

<sup>6</sup> Schweizerische Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV)

<sup>7</sup> Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0).



der Rechtsnormen und ist ein zentrales Element des Legalitätsprinzips eines Rechtsstaates.

- Das Bundesgericht übt sowohl abstrakte (auch bezeichnet als selbständige Normenkontrolle) als auch konkrete (auch akzessorische) Normenkontrolle aus.
- Kommunale und kantonale Gesetze können Gegenstand der abstrakten Normenkontrolle sein (Art. 82 lit. b Bundesgerichtsgesetz, BGG), und dies unabhängig vom Rechtsgebiet. Bei der abstrakten Normenkontrolle wird ein Erlass unabhängig von einem konkreten Anwendungsfall überprüft. Gegen kommunale und kantonale Gesetze kann unmittelbar Beschwerde an das Bundesgericht in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, sofern kein kantonales Rechtsmittel zuerst ausgeschöpft werden muss. Im Kanton Zürich ist für kommunale Erlasse und kantonale Rechtsverordnungen als erste Instanz das Verwaltungsgericht zuständig; kantonale Gesetze müssten hingegen direkt beim Bundesgericht zur Kontrolle gebracht werden.
- Bei der konkreten (akzessorischen) Normenkontrolle hingegen überprüft das Bundesgericht die Rechtmässigkeit individuell-konkreter Entscheide, indem es vorfrageweise prüft, ob die betreffende Norm, auf welcher die Verfügung fusst, gegen übergeordnete Normen verstösst. Im Falle der Gutheissung der Beschwerde wird nur der Einzelakt, nicht jedoch die Norm selber aufgehoben, da letztere ja nicht Anfechtungsobjekt ist. Diese Norm wird in der Folge nicht mehr angewendet. Bei der konkreten Normenkontrolle spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob sich der angefochtene Akt auf Bundesrecht, kantonales oder kommunales Recht stützt.

## 1. Eigentumsgarantie (Art. 26 BV)

Das Eigentum ist nach Art. 26 BV verfassungsrechtlich gewährleistet. Träger der Eigentumsgarantie sind grundsätzlich alle Menschen sowie die juristischen Personen des Privatrechts. Die Eigentumsgarantie ist ein Menschenrecht<sup>8</sup>. Auch das Gemeinwesen kann sich ausnahmsweise auf die Eigentumsgarantie berufen, wenn es gleich oder ähnlich betroffen ist wie eine Privatperson<sup>9</sup>. Die PV-Pflicht für Bestandesbauten stellt einen Eingriff in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie dar (hierzu unten 1.1), der allerdings unter Beachtung bestimmter Massstäbe verfassungskonform ausgestaltet werden kann (hierzu unten 1.2).

### 1.1 Bestandsgarantie als Element der Eigentumsgarantie

Die Eigentumsgarantie erscheint in verschiedenen Ausprägungen, namentlich als Bestandsgarantie, als Vermögenswertgarantie und als Institutsgarantie. In ihrer Funktion als Bestandsgarantie ist die Eigentumsgarantie ein Abwehrrecht des Individuums gegen Massnahmen des Staates. Die Funktion der Bestandsgarantie besteht im Schutz des Privateigentums gegenüber Eingriffen des Staates. Sie gewährt den vollen Schutz der konkreten vermögenswerten Rechte<sup>10</sup>. Demzufolge hat der Eigentümer das Recht, sein konkretes Eigentum – z.B. eine Liegenschaft – zu behalten, zu nutzen, darüber zu verfügen<sup>11</sup>. Der Eigentümer hat prinzipiell

<sup>8</sup> AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Band 2, Les droits fondamentaux, 3. Auflage, Bern 2013, Rz. 823.

<sup>9</sup> BGE 127 II 32, E. 2d, 38.

<sup>10</sup> HANGARTNER YVO, Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, Band 2, Zürich 1982, S. 159.

<sup>11</sup> BGE 131 I 333, E. 3.1, 338; BGer 1C\_77/2010 vom 11. Oktober 2010, E. 8.1; BGer 1C\_166/2010 vom 16. September 2010, E. 4.1.



einen Anspruch darauf (subjektives Recht), dass der Staat seine vermögenswerten Rechte unangetastet lässt. Ein Ausfluss der Bestandsgarantie und des Rückwirkungsverbots nach Art. 5 BV ist die sog. Besitzstandsgarantie. Demnach ist die Anwendung neuer Eigentumsbeschränkungen auf bestehende, nach altem Recht rechtmässig erstellte Bauten grundsätzlich unzulässig<sup>12</sup>.

Die Bestandsgarantie der Eigentumsgarantie ist daher durch eine PV-Pflicht berührt, da der Eigentümer/die Eigentümerin durch eine gesetzliche Regelung zur verpflichtenden Ausstattung von PV-Anlagen auf Gebäudedächern sein/ihr Grundstück in einer ganz bestimmten Weise bebauen und nutzen muss (oder seine/ihre Dachfläche hierfür zumindest für Dritte zur Verfügung stellen muss). Eine PV-Pflicht entzieht der einzelnen Person zwar nicht konkrete Rechtspositionen (bspw. das Eigentum am Dach), aber legt generell-abstrakt die Pflicht des Eigentümers/der Eigentümerin fest, sein/ihr Gebäude mit einer PV-Anlage auszustatten. Der dafür benötigte Platz steht dann nicht für andere Verwendungen wie z.B. eine Dachterrasse oder eine Lukarne zur Verfügung.

Bei Neubauten haben die Eigentümerin/der Eigentümer die Wahl, ob überhaupt und wie sie unter den gegebenen Umständen die Baute konzipieren und bauen wollen. Bei Bestandesbauten dagegen besteht keinen Handlungsspielraum mehr, sondern man sieht sich plötzlich mit einer erheblichen, staatlich angeordneten "Zwangsinvestition" konfrontiert.

## **1.2 Beschränkung der Eigentumsgarantie**

Trotz der herausragenden Bedeutung für ihre Träger gilt die Eigentumsgarantie – wie andere Grundrechte – in der Regel nicht absolut. Selbst ein vollständiger Entzug von Eigentumspositionen (Enteignung) ist unter bestimmten Voraussetzungen verfassungsrechtlich zulässig (vgl. Art. 26 Abs. 2 BV). Unter Vorbehalt der Kerngehaltsgarantie (Art. 36 Abs. 4 BV) können Grundrechte eingeschränkt oder relativiert werden, um sie einerseits mit Grundrechten Dritter und andererseits mit weiteren öffentlichen Interessen zu koordinieren (Art. 36 Abs. 2 BV). Für die Einschränkung von Grundrechten gelten die Voraussetzungen von Art. 36 BV. Nach Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen und das Gesetz einige genügende Normdichte aufweisen muss. Weiter müssen die Einschränkungen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, sich als verhältnismässig erweisen und den Kerngehalt unangetastet lassen.

### **1.2.1 Gesetzliche Grundlage**

Für Eingriffe in das Privateigentum und für die Konkretisierung des Privateigentums bedarf es hinreichend bestimmter formell-gesetzlicher Grundlagen (Art. 36 Abs. 1 BV). Das demokratische Gesetzgebungsverfahren gewährleistet, dass in umfassender Weise Vor- und Nachteile

---

<sup>12</sup> BGer 1P.418/2002 vom 16. Dezember 2002, E. 3.1.1; BGer 1C\_64/2011 vom 9. Juni 2011, E. 5.4.1; BGer 1C/2011 vom 8. November 2011, E. 3.4.1; BGer 1C\_535/2012 vom 4. September 2013, E. 3.2.



von Eigentumsbeschränkungen oder Eigentumskonkretisierungen offengelegt und so einer rationalen Entscheidung zugeführt werden können<sup>13</sup>. Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV verlangt für schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten grundsätzlich die Gesetzesform. Auf der Ebene des Bundesrechts etwa sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen (Art. 164 Abs. 1 Satz 1 BV). Zu den wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen gehören insbesondere die Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte (Art. 164 Abs. 1 Satz 2 Bst. B BV). Diese verfassungsrechtlichen Bestimmungen nehmen die bisherige Praxis des schweizerischen Bundesgerichts zur gesetzlichen Grundlage bei Grundrechtseinschränkungen auf. Nach dieser Praxis genügt bei weniger schwerwiegenden Eingriffen ein Gesetz im materiellen Sinn, das sich seinerseits als verfassungsmässig erweist<sup>14</sup>. Für schwerwiegende Eingriffe verlangt das Bundesgericht, dass die formell-gesetzliche Grundlage "klar und eindeutig" ist, wobei es bei dieser Prüfung freie Kognition<sup>15</sup> walten lässt<sup>16</sup>. Die Forderung nach einer formell-gesetzlichen Grundlage bei schweren Eingriffen rechtfertigt sich nicht zuletzt aus Gründen des Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzips. Bei leichten Eingriffen prüft das Bundesgericht die Auslegung des kantonalen Rechts bloss unter dem Gesichtswinkel der Willkür<sup>17</sup>.

Von einem schweren Eingriff ist in der Regel auszugehen, "wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird, oder wenn durch Verbote und Gebote der bisherige oder künftig mögliche bestimmungsgemässe Gebrauch des Grundstücks verunmöglicht oder stark erschwert wird"<sup>18</sup>. Ausgenommen vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für schwerwiegende Einschränkungen bleiben Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV).

Es stellt sich somit die Frage, ob die PV-Pflicht ein schwerer oder leichter Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellt. Wäre der Eingriff ein leichter Eingriff, würde eine Verordnungsbestimmung als gesetzliche Grundlage genügen. Ist der Eingriff jedoch als schwer einzustufen, ist eine von der Legislative erlassene Gesetzesbestimmung erforderlich. Die PV-Pflicht stellt wie oben bereits ausgeführt einen Eingriff in die Bestandsgarantie der Eigentumsgarantie ein, welcher meines Erachtens eher schwer erscheint. Die PV-Pflicht führt nebst ästhetischen Auswirkungen und nutzungsrelevanten Einschränkungen auch zu nicht unerheblichen finanziellen Kosten auf Seiten der betroffenen Grundeigentümer/Grundeigentümerinnen. Eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr im Sinne von Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV ist nicht erkennbar. Angesichts der bundesgerichtlichen Praxis wäre eine entsprechende Regelung daher in einem Gesetz im formellen Sinn mit genügender Normdichte vorzusehen. Dies nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund, dass Bestandesbauten aufgrund der bestehenden Eigentumsrechte (Bestandsgarantie) allgemein höheren Anforderungen an grundrechtliche Eingriffe als Neubauten unterliegen und die PV-Pflicht für Neubauten, welche mit der Umsetzung der Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich

---

<sup>13</sup> VALLENDER KLAUS A./HETTICH PETER, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Auflage, herausgegeben von BERNHARD EHRENZELLER, BENJAMIN SCHINDLER, RAINER J. SCHWEIZER, KLAUS A. VALLENDER, St. Gallen 2014, S. 577 Rz. 42.

<sup>14</sup> BGE 108 Ia 33, E. 3a, 35; bestätigt in BGE 130 I 360, E. 1.2, 362.

<sup>15</sup> Kognition eines Gerichts bedeutet Umfang der Überprüfungscompetenz eines Gerichts.

<sup>16</sup> BGE 119 Ia 362, E. 3, 366; BGE 135 III 633, E. 4.3, 637; BGE 130 I 360, E. 1.2, 362; BGer 1C\_375/2011 vom 28. Dezember 2011, E. 3.1.

<sup>17</sup> BGer 1C\_73/2013 vom 3. September 2013, E. 4.2.

<sup>18</sup> BGE 109 Ia 188, E. 2, 190; bestätigt in BGer 1C\_19/2013 vom 19. November 2013, E. 6.2.



(MuKE n 2014) eingeführt wurde, in den Kantonen auch in von den Legislativen erlassenen Gesetzen umgesetzt wurden. Es wäre kaum begründbar, weshalb die PV-Pflicht für Bestandesbauten auf Verordnungsstufe eingeführt werden dürfte.

Nachfolgend wird auf die Frage eingegangen, ob im Kanton Zürich die Gemeinden die Kompetenz hätten, auf Stufe der kommunalen Gesetzgebung eine PV-Pflicht einzuführen: Die Gemeindeautonomie der Zürcher Gemeinden wird durch Art. 50 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 85 Abs. 1 KV ZH gewährleistet. Gemäss Art. 85 Abs. 1 Satz 2 KV ZH gewährt das kantonale Recht den Gemeinden möglichst weiten Handlungsspielraum.

Nach der seit 1967 stets wiederkehrenden Formulierung des Bundesgerichts ist eine Gemeinde in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen *nicht abschliessend* ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde *zur Regelung überlässt* und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt.<sup>19</sup> Die KV ZH weist den Gemeinden keine spezifischen Aufgaben zu. Welche Aufgabe die Gemeinden zu erfüllen haben und wie viel Autonomie ihnen dabei zukommt, wird erst durch die Gesetze bestimmt. Der Umfang der Gemeindeautonomie ergibt sich daher aus einer Vielzahl von Gesetzesbestimmungen.<sup>20</sup> Folglich ist mittels Auslegung des EnerG und weiterer sachverwandter Rechtsvorschriften zu ermitteln, ob das kantonale Recht die PV-Pflicht abschliessend ordnet oder den Gemeinden eine PV-Pflicht für Bestandesbauten zur Regelung überlässt.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet der Wortlaut der Bestimmung Ausgangspunkt jeder Auslegung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so muss nach der wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente.<sup>21</sup> Abzustellen ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Das Bundesgericht lässt sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten und stellt nur dann allein auf den Wortlaut ab, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt.

Im Folgenden wird die Auslegung gemäss dem Methodenpluralismus vorgenommen. Die Auslegung basiert auf der Auffassung, dass eine gesetzliche Pflicht zur Eigenstromerzeugung eines Gebäudes eine energetische Bauvorschrift darstellt. Bei der Auslegung ist folglich nebst dem EnerG auch das PBG miteinzubeziehen.

Wortlaut: Das EnerG äussert sich im Unterschied zu Neubauten nicht zur Frage, ob auf Bestandesbauten PV-Anlagen zu bauen sind, damit diese einen Teil der benötigten Elektrizität selbst erzeugen. Auch enthält der Wortlaut keine Delegation an die Gemeinden, um diese Frage auf kommunaler Ebene zu regeln. Das Gesetz schweigt sich folglich zur vorliegend interessierenden Frage aus. Es liegt eine Lücke vor. Das Bundesgericht hat in ständiger Rechtsprechung zur sog. Lückenfüllung den Grundsatz entwickelt, dass kein Raum für Lückenfüllung besteht, wenn der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern

<sup>19</sup> Erstmals in BGE 93 I 154 ff.

<sup>20</sup> JAAG TOBIAS, Kommentar zur Zürcher Kantonsverfassung, 2007, Art. 85, Rz.10.

<sup>21</sup> Siehe z.B. BGE 139 V 148 ff.



stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden hat (qualifiziertes Schweigen).<sup>22</sup> Eine echte und zu füllende Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts nur dann vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann.

Auch dem PBG lässt sich keine Pflicht zur Eigenstromerzeugung bei Bestandesbauten entnehmen. § 78a Abs. 1 PBG sieht zwar vor, dass die Bau- und Zonenordnung für im Zonenplan bezeichnete Gebiete Anordnungen zur Nutzung erneuerbarer Energien treffen kann. Gestützt auf § 78a PBG kann jedoch keine Vorgabe zur Eigenstromproduktion im Rahmen des vorgeschriebenen Anteils an erneuerbaren Energien gemacht werden. Die gesetzgeberische Intention von § 78a PBG bestand darin, dass ein erhöhter Anteil an erneuerbaren Energien vorgegeben werden kann, es den Privaten jedoch freistehen muss, wie sie diesen Anteil erreichen wollen (was auch passive Massnahmen beinhalten kann).<sup>23</sup> Eine Vorgabe zur Eigenstromproduktion lässt sich nicht aus dem Wortlaut von § 78a PBG ableiten und lässt sich nachgerade nicht mit dem Grundsatz e maiore ad minus halten.

Die Auslegung des Wortlauts des EnerG und des PBG führt zu keinem klaren Ergebnis.

Entstehungsgeschichte: Die neueren Bestimmungen im EnerG, namentlich die Bestimmungen zur PV-Pflicht bei Neubauten, gehen zurück auf die von der Konferenz Kantonalen Energiedirektoren (EnDK) verabschiedeten MuKE 2014. Die MuKE 2014 sehen keine PV-Pflicht für Bestandesbauten vor. Dies ist denn vermutlich auch der Grund, weshalb in der parlamentarischen Beratung im Kantonsrat zur Revision des EnerG die Thematik soweit ersichtlich gar nicht diskutiert wurde. Die PV-Pflicht für Neubauten (sog. Eigenstromerzeugung) benötigte in der parlamentarischen Debatte relativ wenig Diskussion. Als sog. "casus knacksus" wurde hingegen die Pflicht zur Umstellung der Wärmeerzeugung bei Bestandesbauten (sog. Heizungersatz) bezeichnet.<sup>24</sup> Dieses Thema gab Anlass zu ausführlichen Diskussionen. Daraus lässt sich meines Erachtens ableiten, dass eine PV-Pflicht auf Bestandesbauten auch erheblichen Diskussionsbedarf mit sich gebracht hätte und entsprechend die Thematik nicht einfach übersehen wurde. Hingegen wird sich der kantonale Gesetzgeber bald mit dem Thema befassen, da die MuKE gemäss EnDK zeitnah weiterentwickelt werden sollen. Die EnDK strebt die Einführung einer PV-Pflicht auf Bestandesbauten an.<sup>25</sup> Auch ist auf Stufe Kanton eine Motion hängig und bereits an den Regierungsrat überwiesen, welche auf eine weitere Verbesserung der Rahmenbedingungen der inländischen Solarenergie zielt.<sup>26</sup> Zudem wurde im Herbst 2022 eine parlamentarische Initiative eingereicht, die ausdrücklich eine Änderung von § 10c EnerG in dem Sinn fordert, dass bei Neubauten grundsätzlich eine Solarpflicht, d. h. nicht nur eine technologieneutrale

<sup>22</sup> Siehe z.B. BGE 139 II 404 ff.

<sup>23</sup> ABI 2013-03-15

<sup>24</sup> Vorlage 5614a, Energiegesetz, Teilprotokoll Kantonsrat, 102. Sitzung vom 8. Februar 2021, S. 8, Votum Alex Gantner.

<sup>25</sup> Siehe Gebäudepolitik 2050+, Strategiepapier, vom 26. August 2022, S. 2 und 20, und Interview mit dem Präsidenten der EnDK in <https://www.energate-messenger.ch/news/230257/endk-praesident-schmidt-deutet-solarpflicht-bei-dachsanierungen-an>.

<sup>26</sup> Motion des Kantonsrates 267/2020 "Das Potenzial einheimischer Solarenergie besser nutzen".



Pflicht zur Eigenstromerzeugung, und bei bestehenden Bauten und Parkierungsbauten je nach Zone eine Nachrüstungspflicht besteht.<sup>27</sup>

Der Blick auf die Entstehungsgeschichte des kantonalen Planungs- und Baugesetzes (PBG) zeigt, dass mit dem PBG eine kantonale Vereinheitlichung der Bauvorschriften bezweckt wurde. Den Gemeinden wurden im PBG jedoch mehrere Kompetenzen eingeräumt, um ihren örtlichen Verhältnissen angemessene Regelungen zu treffen. Dem Aspekt der Gemeindeautonomie wurde damit entsprechende Beachtung geschenkt.<sup>28</sup> Im Bereich der Ortsplanung misst das Bundesgericht den Zürcher Gemeinden eine weitgehende Autonomie zu.<sup>29</sup> In den Materialien zur Änderung des PBG im Jahr 1991 als den Gemeinden für ihre Bau- und Zonenordnungen erweiterte Regelungsbefugnisse eingeräumt wurden, findet sich zudem der Hinweis, dass die *Institute, Begriffe, Mess- und Berechnungsweisen* abschliessend im kantonalen Gesetz geregelt bleiben. Die den Gemeinden zustehenden Regelungen wurden möglichst weitgehend bei den planungsrechtlichen Bestimmungen über die Bau- und Zonenordnung zusammengestellt.<sup>30</sup> Die politischen Gemeinden können in ihren Bau- und Zonenordnungen gestützt auf die § 2 lit c sowie nach Massgabe von § 45 Abs. 1 und 2 PBG (einzig) die ihnen vorbehaltenen Ausführungsvorschriften erlassen.<sup>31</sup>

Zusammengefasst lässt sich aus dem Auslegungselement der Entstehungsgeschichte des EnerG und des PBG ableiten, dass deutliche Indizien bestehen, wonach der kantonale Gesetzgeber im Bereich der Eigenstromerzeugung eine abschliessende Regelung getroffen hat und deshalb von einem qualifizierten Schweigen auszugehen ist.

Sinn und Zweck der Norm: Die PV-Pflicht für Bestandesbauten wurde im Rahmen der Umsetzung der MuKE n 2014 im Kanton Zürich eingeführt. Mit den MuKE n wird ein hohes Mass an Harmonisierung bezweckt, um die Bauplanung und die Bewilligungsverfahren für Bauherren und Fachleute, die in mehreren Kantonen tätig sind, zu vereinfachen. Verschiedene Regelungen bzw. unterschiedliche Voraussetzungen auf kommunaler Stufe würden diesen Harmonisierungsbestrebungen entgegenlaufen. Wie oben bereits erwähnt, hatte auch das PBG das Anliegen, eine Vereinheitlichung der Vorschriften zu bringen.

Folglich spricht meines Erachtens auch das sog. teleologische Auslegungselement für ein qualifiziertes Schweigen der kantonalen Gesetzesgrundlagen und gegen das Überlassen des Rechtssetzungsspielraums an die Gemeinden.

Systematische Auslegung<sup>32</sup>: Das EnerG enthält unter dem Titel *Energiesparmassnahmen* Anforderungen an Bauten. So werden namentlich die Deckung des Wärmebedarfs von

<sup>27</sup> Parlamentarische Initiative des Kantonsrates 334/2022 "Energiewende vorantreiben: Solarpflicht bei Neubauten, Nachrüstung bei bestehenden Bauten und Parkierungsanlagen"

<sup>28</sup> Abstimmungszeitung zur Kantonalen Volksabstimmung vom 7. September 1975 betreffend Gesetz über Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz), Beleuchtender Bericht, S. 134 ff.

<sup>29</sup> BGE 147 I 433 E. 4.4.2.

<sup>30</sup> Abstimmungszeitung zur Kantonalen Volksabstimmung vom 1. September 1991, Änderung des Planungs- und Baugesetzes, Beleuchtender Bericht, S. 2.

<sup>31</sup> Gutachten der Adovaktor Mörkofer, 15. November 2021, betreffend: Pflicht zur Eigenstromerzeugung bei Arealüberbauungen im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens, Rz. 89.

<sup>32</sup> Das systematische Auslegungselement fragt nach der systematischen Stellung der auszulegenden Bestimmung im Gefüge des Gesamtgesetzes, eines Rechtsgebiets oder der Rechtsordnung insgesamt. Das



Neubauten (§ 10a), der Heizungsersatz in bestehenden Bauten (§ 11 ff.) und die Pflicht zur Eigenstromerzeugung bei Neubauten (§ 10c) geregelt. In einigen Anwendungsbereichen des EnerG wird den Gemeinden ausdrücklich eine Regelungskompetenz eingeräumt wie z.B. in § 2 für die Mitwirkung an der Versorgung mit Elektrizität, Gas und Wärme, in § 7 für die Energieplanung der Gemeinden oder in § 15 für die Förderung von Information und Beratung in Energiefragen. Zudem werden die Gemeinden in gewissen Bereichen ausdrücklich zur Regelung abweichender Bestimmungen ermächtigt. So räumt § 11 Abs. 6 EnerG den Gemeinden beim Heizungsersatz die Möglichkeit ein, für eine begrenzte Dauer andere Lösungen zu bewilligen, sofern die Energieplanung mittelfristig eine Lösung vorsieht, die der Zielsetzung dieses Gesetzes entspricht. Und schliesslich sieht § 17 Abs. 1 EnerG vor, dass der Regierungsrat die Aufgaben der Gemeinden durch Verordnung regelt. Die Systematik der Bestimmungen des EnerG deutet somit darauf hin, dass der kantonale Gesetzgeber den Gemeinden eine Befugnis zur Regelung der Eigenstromerzeugung bei Bestandesbauten ausdrücklich eingeräumt hätte, hätte er dies gewollt. Entsprechend ist das Schweigen des Gesetzes als qualifiziertes Schweigen zu verstehen.

Dieses Auslegungsergebnis wird durch die systematische Auslegung von den folgenden weiteren Rechtsbestimmungen noch bekräftigt:

- Das EnerG enthält einerseits Bau- und Ausrüstungsvorschriften zum Energiesparen und schafft andererseits die Basis für die in der Energieverordnung (EnerV, LS 730.11) präzisierten Bereiche der Energieplanung, der Förderung von Pilotprojekten, der Information, Beratung und beruflichen Weiterbildung. Die Besondere Bauverordnung I (BBV I, LS 700.21) und die in deren Anhang beachtlich erklärten Richtlinien und Normalien, die die konstruktive, technische und hygienische Beschaffenheit von Bauten, Anlagen, Ausstattungen und Ausrüstungen regelt (§ 1 BBV I), konkretisieren die im Baubewilligungsverfahren zu vollziehenden Bestimmungen des Energierechts. Sie präzisieren das Gebot der rationellen Energienutzung in den Bereichen Wärmedämmung, Feuerungsanlagen und Wassererwärmung, Nutzung von Abwärme und erneuerbaren Energien, individuelle Heizkostenabrechnung, Aussenheizung sowie Klima- Belüftungs- und Beleuchtungsanlagen sowie neu auch im Bereich der Eigenstromerzeugung bei Neubauten<sup>33</sup>. Mit anderen Worten handelt es sich bei den Bau- und Ausrüstungsvorschriften des EnerG um "funktionales" Baurecht. Davon ausgehend, dass das PBG im Bereich der Bauvorschriften eine abschliessende Ordnung schafft (vgl. vorstehend) und den Gemeinden nur dort Autonomie zukommt, wo ihnen diese ausdrücklich eingeräumt wird, ist auch die Regelung der Vorschriften zum Energiesparen als abschliessend zu betrachten.
- Schliesslich fällt auf, dass die BBV I im Zusammenhang mit Klimaanlageanlagen und Elektroheizungen die Eigenstromerzeugung bei bestehenden Bauten ausdrücklich regelt. § 45 BBV I bezweckt einen tiefen Strombedarf von Klimaanlageanlagen, die in bestehenden Bauten neu eingebaut oder erneuert werden. Die entsprechenden Bestimmungen der MuKE 2014 werden in Abs. 2 lit. a und b übernommen. Als Ergänzung zur MuKE entfallen diese technischen Anforderungen, wenn die benötigte Elektrizität mit einer Photovoltaikanlage (PV-Anlage) auf dem Grundstück erzeugt wird

---

Gebot, systematisch auszulegen ergibt sich daraus, dass die Rechtsordnung idealerweise eine Einheit und in seinen Wertentscheidungen einstimmiges System darstellt.

<sup>33</sup> Fritzsche/Bösch/Wipf/Kunz: Zürcher Planungs- und Baurecht, 6. Auflage, Wädenswil 2019, S. 1296 f.



(lit. c.). Denn eine PV-Anlage liefert in der Regel dann viel Strom, wenn auch die Klimaanlage betrieben werden muss.<sup>34</sup> Weiter sieht § 45 c lit. b Ziffer 4 BBV I vor, dass von der Pflicht zum Ersatz von Elektroheizungen Gebäude ausgenommen sind, die mit einer Photovoltaikanlage mindestens 10% mehr Elektrizität erzeugen als für Heizung und Warmwasser benötigt wird. Damit hat der Verordnungsgeber in diesen beiden Sachbereichen die Eigenstromerzeugung durch PV-Anlagen bei bestehenden Bauten vorgesehen. Dieser Umstand spricht ebenfalls für eine abschliessende Regelung auf kantonalen Stufe in Bezug auf die Eigenstromerzeugung bei Bestandesbauten.

- Das PBG räumt den Gemeinden mehrere andere spezifische Aspekte zur eigenständigen Regelung ein wie z.B. § 76 PBG, wonach die Bau- und Zonenordnung die Erhaltung von Baumbeständen und deren Ersatz sowie zonen- oder gebietsweise angemessene Neupflanzungen und die Begrünung von Flachdächern vorschreiben kann. Das PGB schränkt diese Verpflichtungen jedoch dahingehend ein, dass diese die ordentliche Grundstücknutzung nicht übermässig erschweren dürfen. Eine PV-Pflicht für Bestandesbauten wäre, wie im vorliegenden Gutachten ausgeführt wird, ein Eingriff in die Eigentumsgarantie der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer. Es wäre im Licht der systematischen Auslegung der Rechtsordnung und insbesondere dem Argumentum a minori ad maius inkonsistent, wenn ein solcher Eingriff nicht auch im kantonalen Gesetz verankert werden müsste.
- In einem Gutachten der Advokatur Mörikofer aus dem Jahr 2021 wurde die Frage untersucht, ob es zulässig ist, gestützt auf § 71 PBG im Baubewilligungsverfahren bei Arealüberbauungen eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen. Das Gutachten kommt zum Schluss, dass dies nicht zulässig ist.<sup>35</sup> Für die Regelbauweise lässt sich daraus schliessen, dass eine solche Vorgabe umso weniger zulässig wäre.
- Gemäss § 49 Abs. 2 lit. e PBG wird den Gemeinden ermöglicht, für die Regelbauweise Anordnungen zur Erleichterung der Nutzung von Sonnenenergie zu erlassen. Das PBG regelt folglich durchaus auch Einzelaspekte im Bereich der energetischen Bauvorschriften. Es wäre im Licht der systematischen Auslegung der Rechtsordnung inkonsistent, wenn nun der Einzelaspekt der PV-Pflicht für Bestandesbauten nicht auch im kantonalen Gesetz verankert werden müsste.

Zusammenfassend lässt sich meines Erachtens feststellen, dass alle Auslegungsmethoden dafür sprechen, dass der kantonale Gesetzgeber mit den Bau- und Ausrüstungsvorschriften des PBG und des EnerG eine umfassende Ordnung im Bereich der Eigenstromerzeugung von Bauten erlassen hat. Den Gemeinden bleibt kein eigener Regelungsspielraum. Die Nichtregelung der PV-Pflicht für Bestandesbauten ist als qualifiziertes Schweigen des kantonalen Gesetzgebers zu betrachten. Dementsprechend wäre das Prozessrisiko bei einer Normenkontrolle deutlich über 50% und die Rechtsunsicherheit bis zu einer rechtskräftigen Klärung durch eine abstrakte oder konkrete Normenkontrolle wäre hoch.

<sup>34</sup> Beschluss des Regierungsrates vom 14. Juli 2021 betreffend Besondere Bauverordnung I (Änderung), S. 11 f.

<sup>35</sup> Gutachten der Advokatur Mörikofer, 15. November 2021, betreffend: Pflicht zur Eigenstromerzeugung bei Arealüberbauungen im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens, Rz. 90.



### 1.2.2 Rechtfertigendes Eingriffsinteresse (Art. 36 Abs. 2 BV)

Staatliche Eingriffe in das Eigentum sind nur gerechtfertigt, wenn sie auf einem legitimen Eingriffsinteresse beruhen. Art. 36 Abs. 2 BV nennt einerseits ein öffentliches Interesse und andererseits den Schutz von Grundrechten Dritter. Sie dürfen demnach nur dann erfolgen, wenn sie durch ein die privaten Eigentümerinteressen überwiegendes öffentliches Interesse gefordert sind.

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts ist grundsätzlich jedes öffentliche Interesse geeignet, einen Eingriff in das Eigentum zu rechtfertigen, sofern das angestrebte Ziel nicht rein fiskalischer Natur ist oder gegen anderweitige Verfassungsnormen verstösst<sup>36</sup>. Das öffentliche Interesse, das Enteignungen oder Eigentumsbeschränkungen rechtfertigen soll, muss sich aus der Verfassung selbst herleiten lassen<sup>37</sup>. In der Verfassung bisher nicht berücksichtigte Interessen, welche Eigentumsbeschränkungen erfordern, können daher nicht durch den (einfachen) Gesetzgeber, sondern nur durch den Verfassungsgeber als öffentliches Interesse anerkannt werden<sup>38</sup>. Staatsaufgaben, die heute das Privateigentum beschränken und/oder ausgestalten, sind vor allem in den Bereichen der Raumplanung (Art. 75 BV), des Zweitwohnungsbaus (Art. 75b BV), des Umweltschutzes (Art. 74 BV), des Gewässerschutzes (Art. 76 BV), des Waldschutzes (Art. 77 BV), des Natur- und Heimatschutzes (Art. 78 BV) und der energetischen Versorgungssicherheit (Art. 89 BV) zu sehen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind diese gewichtigen öffentlichen Interessen, welche die Verfassung zum Ausdruck bringt, "der Gewährleistung des Eigentums grundsätzlich gleichgestellt"<sup>39</sup>. Beschränkende Massnahmen der genannten Art erfordern somit stets eine Interessenabwägung mit der Eigentumsgarantie.

Die PV-Pflicht würde den Zweck verfolgen, das vorhandene Flächenpotenzial von Gebäuden stärker als bisher zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie zu nutzen. Damit würde die PV-Pflicht zur Erreichung der Ziele der Schweiz mit Blick auf die Versorgungssicherheit (Art. 89 Abs. 1 BV) und den Umweltschutz (Art. 74 BV) beitragen. Zudem würde die verstärkte Erzeugung von Strom aus erneuerbarer Energie auf den Gebäudedächern im Sinne des Natur- und Heimatschutzes Freiflächen bewahren (Art. 78 BV).

Die Einführung einer PV-Pflicht würde sich mit Blick auf diese Ziele voraussichtlich dahingehend auswirken, dass die bisherigen Ausbauziele von PV-Anlagen schneller erreicht würden. Denn die PV-Pflicht würde als zusätzliches ordnungsrechtliches Instrument neben die bislang bestehenden finanziellen Anreize in Form der Einspeisevergütung treten.

Wie bereits erwähnt könnte der Ausbau von PV-Anlagen auf Gebäudedächern dazu beitragen, den zum Ausbau der erneuerbaren Energien erforderlichen Bedarf an Flächen besser zu nutzen. Auf Dachflächen besteht ein erhebliches ungenutztes Potenzial zur Erzeugung von

<sup>36</sup> BGer 1P.290/1992 vom 29. Oktober 1992, 427; siehe auch BGer 1C\_455/2010 vom 7. Januar 2011, E. 3.3-3.5.

<sup>37</sup> RIVA ENRICO/MÜLLER-TSCHUMI THOMAS, Eigentumsgarantie, Zürich 2001, Rz. 18; VALLENDER/HETTICH, Die schweizerische Bundesverfassung, S. 578 Rz. 46.

<sup>38</sup> MÜLLER GEORG, in: AUBERT JEAN-FRANÇOIS/EICHENBERGER KURT/MÜLLER JÖRG PAUL/RHINOW RENÉ A./SCHINDLER DIETRICH (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987-1996, Art. 22<sup>ter</sup>, Rz. 35; VALLENDER/HETTICH, Die schweizerische Bundesverfassung, S. 578 Rz. 46.

<sup>39</sup> BGE 117 Ib 243, E. 3a, 246.



Strom. Dieses müsste sonst durch anderweitige Erzeugungsformen wie PV-Freifläche, Wasserkraft, Wind oder Biomasse, allerdings dann mit den jeweils damit einhergehenden Flächen-, Nutzungs- und Akzeptanzkonflikten, erfüllt werden. Die PV-Pflicht trägt mithin auch zu einem flächenschonenden Ausbau erneuerbarer Energien bei.

### 1.2.3 Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

Eigentumsbeschränkungen unterliegen schliesslich dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV), welcher für das gesamte staatliche Handeln massgeblich ist (siehe Art. 5 Abs. 2 BV). Dieser Grundsatz verlangt gemäss Bundesgericht, "[...] dass die Bestimmungen, welche das Eigentum einschränken, geeignet sind, das angestrebte Ergebnis herbeizuführen, und dass dasselbe nicht durch weniger strenge Massnahmen erreicht werden könnte. Im Weiteren verbietet der Grundsatz alle Einschränkungen, die über das angestrebte Ziel hinausgehen, und er erfordert ein vernünftiges Verhältnis zwischen diesem und den betroffenen öffentlichen und privaten Interessen [...]"<sup>40</sup>. Der Blick auf die Rechtsprechung zeigt, dass es nur sehr wenige publizierte höchstrichterliche Entscheide gibt, bei denen ein Eingriff in die Eigentumsgarantie am Erfordernis der Verhältnismässigkeit scheiterte (vgl. BGE 126 I 219 E. 2h, 225 f. betr. Denkmalschutzmassnahmen, die dem Betroffenen die Erzielung eines angemessenen Gewinns verunmöglichen; BGE 121 I 65 E. 5c, 72 ff. betr. öffentlich-rechtlichem Notweg; BGer, ZBI 1995, 272 bezüglich Anschluss von Altbauten an die Gasversorgung).

Über die Jahre haben Lehre und Rechtsprechung drei Elemente des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes entwickelt, denen jede Verhältnismässigkeitsprüfung folgt: (i) die Eignung der Massnahme, (ii) ihre Erforderlichkeit sowie (iii) die Zumutbarkeit für den betroffenen Grundrechtsträger (auch als Verhältnismässigkeit im engeren Sinne bezeichnet)<sup>41</sup>.

#### 1.2.3.1 Eignung

Zunächst ist zu prüfen, ob die in Aussicht genommene oder getroffene Massnahme überhaupt geeignet ist, um den angestrebten Zweck zu erreichen. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist diesbezüglich eher grosszügig, sie lässt es genügen, wenn eine Massnahme zumindest nicht ungeeignet ist<sup>42</sup>.

Es ist anzunehmen, dass eine PV-Pflicht zu einer Erhöhung der installierten Leistung von PV-Anlagen auf Gebäudedächern und damit zu einer Erhöhung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien führt. Die PV-Pflicht ist mithin als geeignet zur Erreichung der genannten Ziele des Klimaschutzes und der Erhöhung der Versorgungssicherheit anzusehen.

#### 1.2.3.2 Erforderlichkeit

Danach stellt sich die Frage, ob die Massnahme im Hinblick auf das Eingriffsinteresse erforderlich ist. Wäre eine mildere Massnahme gleichermassen geeignet, um den angestrebten

<sup>40</sup> BGer 2C\_1088/2012 vom 27. März 2014, E. 9.3.

<sup>41</sup> GÄCHTER THOMAS, Staatsrecht, 2. Auflage, herausgegeben von GIOVANNI BIAGGINI, THOMAS GÄCHTER, REGINA KIENER, Zürich 2015, S. 465 Rz. 124.

<sup>42</sup> Siehe etwa BGE 130 I 26, E. 6.3.4.2; BGE 109 Ia 33, E. 4b.



Erfolg zu erreichen, so geht die in Frage stehende Massnahme zu weit. Die Erforderlichkeit steht regelmässig im Mittelpunkt der Verhältnismässigkeitsprüfung, da vollständig ungeeignete Massnahmen eher selten sind, Eingriffe jedoch häufig als zu einschneidend kritisiert werden. Zu weit gehen Eingriffe dann, wenn sie in *sachlicher, räumlicher, zeitlicher* oder *persönlicher Hinsicht* über das notwendige Mass hinausgehen. Eine Massnahme darf in sachlicher Hinsicht nur die mit dem Regelungszweck eng verbundenen Sachverhalte regeln, sie ist örtlich auf Gebiete zu beschränken, an denen das zu schützende Interesse bedroht ist, sie darf nur während der Zeitspanne angeordnet werden oder durchgeführt werden, die zur Zielerreichung nötig ist, und sie darf schliesslich nur Personen betreffen, von denen eine Gefahr für das zu schützende Interesse ausgeht<sup>43</sup>.

Die PV-Pflicht ist erforderlich, wenn kein gleich wirksames, milderes Mittel zur Zielerreichung eingesetzt werden kann. Der Gesetzgeber müsste begründen, dass kein gleich wirksames, milderes Mittel besteht.<sup>44</sup> Es müsste dargelegt werden können, dass trotz der bereits bestehenden finanziellen Anreize für den Bau von PV-Anlagen auf Gebäudedächern, noch nicht genügend solche Anlagen zum Bau angemeldet werden. Die angestrebte Menge an PV-Anlagen (resp. das angestrebte Produktionsziel) müsste vorab anhand objektiver Kriterien wie bei Neubauten hergeleitet werden. Auch müsste der Gesetzgeber prüfen, ob zusätzliche finanzielle Anreize (z.B. in Form von weiteren Steuererleichterungen<sup>45</sup> oder höheren Investitionszuschüssen) das mildere Mittel wären. Der Einsatz zusätzlicher finanzieller Mittel ist aber nicht automatisch ein milderes Mittel im Vergleich zu verpflichtenden Massnahmen. Denn zum einen würde die Erhöhung der Vergütung letztlich den Stromverbraucher/die Stromverbraucherin zusätzlich belasten. Zum anderen sprechen freiwillige Massnahmen oder finanzielle Förderung vor allem diejenigen Eigentümer und Eigentümerinnen an, die der Nutzung einer PV-Anlage ohnehin aufgeschlossen gegenüberstehen.

Unabhängig von staatlich angesetzten finanziellen Anreizen würde die Erforderlichkeit der PV-Pflicht grundsätzlich in Frage gestellt, wenn sich abzeichnet, dass Grundeigentümer/Grundeigentümerinnen aufgrund sinkender Preise von PV-Anlagen und zunehmender Effizienz von PV-Anlagen sowie steigender externer Strompreise zunehmend bzw. hinreichend von sich aus und aus eigenem ökonomischem Antrieb heraus (d.h. auch ohne entsprechende gesetzliche Verpflichtung) PV-Anlagen auf ihren Dächern installieren. Diese Entwicklung ist zu verfolgen und für die Prüfung der Erforderlichkeit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen. Das Gemeinwesen müsste insbesondere darlegen können, dass trotz der aktuellen Lage mit sehr hohen externen Strompreisen nicht mehr PV-Anlagen bestellt und zur Installation angemeldet werden. Die lokalen Netzbetreiber dürften hierzu Auskunft geben können.

---

<sup>43</sup> GÄCHTER THOMAS, Staatsrecht, 2. Auflage, herausgegeben von GIOVANNI BIAGGINI, THOMAS GÄCHTER, REGINA KIENER, Zürich 2015, S. 465 Rz. 126.

<sup>44</sup> Zur Grundsatzfrage, ob zusätzliche Gesetzesbestimmungen zunächst auf ihre Notwendigkeit zu prüfen sind siehe mit Verweis auf Montesquieu mit dem Diktum "Wenn ein Gesetz nicht notwendig ist, ist es notwendig, das Gesetz nicht zu erlassen." (Montesquieu, De l'esprit des lois, 1758): FELIX UHLMANN / JASMINA BUKOVAC, Das Verhältnismässigkeitsprinzip aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre in: Verhältnismässigkeit als Grundsatz in der Rechtsetzung und Rechtsanwendung, ZfR - Schriften des Zentrums für Rechtsetzungslehre, 2019, S. 40.

<sup>45</sup> Bereits heute kann die Anschaffung und Installation von PV-Anlagen auf Bestandesbauten im Kanton Zürich als energiesparende Ausgabe vom steuerbaren Einkommen abgezogen werden (vgl. Zürcher Steuerbuch, Praxishinweis vom 11. Mai 2021).



### 1.2.3.3 Zumutbarkeit

Der letzte Schritt der Verhältnismässigkeitsprüfung wird als Prüfung der Zumutbarkeit bzw. als Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne oder als Abwägung von öffentlichen und betroffenen privaten Interessen bezeichnet. Er hat eine differenzierte Abwägung zum Gegenstand: Fällt die Verwirklichung des Eingriffszwecks (vorliegend der öffentlichen Interessen) oder aber das Interesse der vom Eingriff betroffenen Grundrechtsträger und Grundrechtsträgerinnen stärker ins Gewicht? Diese Abwägung kann nicht rein mechanisch erfolgen. Sie erfordert vielmehr eine präzise Analyse und Gewichtung der Interessen auf beiden Seiten.

Bei der Prüfung der Zumutbarkeit ist insbesondere zwischen *anlassbezogener* und *nicht anlassbezogener* PV-Pflicht zu unterscheiden. Eine *nicht anlassbezogene* PV-Pflicht, d.h. eine sofortige Verpflichtung ohne z.B. eine Sanierungsnotwendigkeit des jeweiligen Gebäudedaches, würde einen starken Eingriff in den Bestandsschutz darstellen, weil die Eigentümer/Eigentümerinnen in der Regel über keine Investitionsbereitschaft verfügen und ihre ökonomischen Mittel hierfür nicht eingeplant haben dürften. Eine nicht anlassbezogene PV-Pflicht wäre mit Blick auf die Zumutbarkeit somit aufgrund der mit ihr einhergehenden Eingriffstiefe wohl nur denkbar, wenn hierfür entsprechend lange Übergangsfristen sowie eventuell erforderliche Förderprogramme vorgesehen wären, um die anfallenden Investitionskosten zu stemmen.

Die Zumutbarkeit einer *anlassbezogenen* PV-Pflicht erscheint im Gegenzug näherliegend. Die PV-Pflicht könnte z.B. an eine vom jeweiligen Grundeigentümer bzw. von der jeweiligen Grundeigentümerin geplante oder notwendige Dachsanierung geknüpft werden, wobei der Begriff "Sanierung" im Gesetz deutlich definiert werden müsste und mit Blick auf die Zumutbarkeit zudem kleinere Reparaturarbeiten oder der blosse Einbau einer Lukarne keine PV-Pflicht auslösen dürften (siehe dazu sogleich auch im nächsten Abschnitt). Auch bei einer anlassbezogenen PV-Pflicht müssten aber wohl grosszügig bemessene Übergangsregelungen vorgesehen werden, um es den verpflichteten Grundeigentümern/Grundeigentümerinnen zu ermöglichen, sich finanziell und anderweitig auf die PV-Pflicht einzustellen.

Mit Blick auf die Zumutbarkeit der PV-Pflicht erscheint es zudem angezeigt, eine Bagatellklausel zu definieren, wonach die PV-Pflicht nur im Falle qualifizierter Sanierungen oder baulicher Veränderungen greift. So könnte etwa für kleinere Reparaturarbeiten am Dach vorgesehen werden, dass diese keine PV-Pflicht auslösen. Bei der Zumutbarkeit der PV-Pflicht für die Eigentümer/Eigentümerinnen kommt es sodann auch auf die Höhe der mit der PV-Pflicht einhergehenden finanziellen Kosten an. Hier könnte etwa auf das Verhältnis der Gesamtkosten für die Installation und den Betrieb der PV-Anlage zu dem Grundstücks- und Gebäudewert abgestellt werden oder auf das Verhältnis der Dachsanierungskosten ohne PV-Anlage zu den Dachsanierungskosten mit PV-Anlage. Die Festlegung einer starren Grenze der finanziellen Inanspruchnahme (bspw. in Prozent der sonstigen Sanierungskosten oder des Gebäude- und Grundstückswerts) erscheint starr und damit fehleranfällig. Für Ausnahmefälle, in denen die PV-Pflicht in Einzelfällen eine unbillige Härte darstellen würde, sollte jedenfalls eine Befreiungs- und Härtefallregelung vorgesehen werden, in deren Rahmen auf Antrag der betroffenen Eigentümer/Eigentümerinnen eine Befreiung von der PV-Pflicht bei einem unangemessenen Aufwand oder bei technischer oder tatsächlicher Unmöglichkeit gewährt werden kann. Ein unangemessener Aufwand könnte etwa bei wirtschaftlicher Unzumutbarkeit vorliegen.



Im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit ist zudem zu beachten, dass die PV-Pflicht zwar die Investitionskosten einer Dachsanierung erhöht, diese Zusatzkosten aber über die Laufzeit der Anlage wieder einspielen kann. Die Möglichkeit einer vollständigen Amortisation könnte als Argument für die Zumutbarkeit angeführt werden – hingegen sollte diese Überlegung wohl eigentlich dazu führen, dass die Erforderlichkeit der Massnahme nicht gegeben ist.

Auf die Beurteilung der Zumutbarkeit bzw. Verhältnismässigkeit im engeren Sinne der PV-Pflicht würde sich sodann wohl auch auswirken, wenn eine Möglichkeit vorgesehen würde, die PV-Pflicht zu erfüllen, ohne dass der betroffene Gebäudeeigentümer oder die betroffene Gebäudeeigentümerin selbst die Solaranlage installieren und betreiben muss. So könnte etwa die Option angeboten werden, die Dachfläche Dritten zur PV-Nutzung zur Verfügung zu stellen. In der Praxis sind solche Nutzungen von Dachflächen durch Dritte heute schon üblich.

#### **1.2.4 Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV)**

Im letzten Prüfschritt ist zu untersuchen, ob der Kerngehalt der Eigentumsgarantie verletzt ist (Art. 36 Abs. 4 BV). Kerngehalte von Grundrechten sind generell unantastbar, d.h. gegen Eingriffe absolut geschützt, selbst wenn die Voraussetzungen nach Art. 36 Abs. 1-3 BV erfüllt wären<sup>46</sup>. Wenn aber die Prüfung gemäss Art. 36 Abs. 1-3 BV ergeben hat, dass ein Grundrecht nicht verletzt ist, dürfte der Kerngehalt dieses Grundrechts kaum je verletzt sein, denn es sind kaum Konstellationen denkbar, in denen ein Eingriff zwar als verhältnismässig beurteilt wird, der Kerngehalt aber dennoch verletzt ist<sup>47</sup>. Vor diesem Hintergrund und da die PV-Pflicht offensichtlich nicht in den Wesenskern der Eigentumsgarantie greift, erübrigt sich vorliegend eine eingehendere Prüfung.

#### **1.2.5 Vorgaben zur Grösse und Leistung der PV-Anlage**

Die Fragen, welches Ausmass der Nutzung des Daches oder welche Leistung der PV-Anlage im Rahmen der PV-Pflicht gesetzlich vorgeschrieben werden können, lassen sich aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht pauschal beantworten. Wegen der fehlenden gerichtlichen Entscheidungspraxis besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit, wie weit eine PV-Pflicht hinsichtlich der vorgeschriebenen Anlagengrösse und -leistung oder der Dachausnutzung gehen könnte. Mindestvorgaben wären indes zwingend erforderlich, damit sichergestellt werden kann, dass der Zweck der PV-Pflicht nicht durch zu kleine oder zu leistungsschwache PV-Anlagen unterlaufen wird und dass durch die PV-Pflicht auch zur Erreichung der Ziele des PV-Ausbaus sowie des flächenschonenden Ausbaus erneuerbarer Energien effektiv beigetragen wird. Durch die Vorgaben zur Grösse und Leistung der PV-Anlagen dürfen den Gebäudeeigentümern/Gebäudeeigentümerinnen gleichzeitig aber keine unangemessenen Pflichten auferlegt werden. Die Angemessenheit einer Mindestanlagengrösse ist massgeblich danach zu bewerten, ob sie mit Blick auf die mit der PV-Pflicht verfolgten Ziele verhältnismässig ist. Hierbei kommen verschiedene Ansätze in Betracht, etwa eine Mindestvorgabe zur Errichtung

<sup>46</sup> BGE 142 I 1, 7 E. 7.2.4; BGE 131 I 166, 177 E. 5.3.

<sup>47</sup> Vgl. BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar, 2. Auflage, Zürich 2017, S. 449 Rz. 24; so auch GÄCHTER THOMAS, Staatsrecht, 2. Auflage, herausgegeben von GIOVANNI BIAGGINI, THOMAS GÄCHTER, REGINA KIENER, Zürich 2015, S. 466 Rz. 129.



einer bestimmten installierten Leistung, die Vorgabe zur (anteiligen oder vollständigen) Deckung des Strombedarfs des betreffenden Gebäudes oder die Vorgabe einer Mindestbelegung der zur Verfügung stehenden Dachfläche. Es könnte etwa dazu verpflichtet werden, die Anlagengrösse so zu dimensionieren, dass sie zumindest bilanziell den Strombedarf des betreffenden Gebäudes abdeckt, wobei zusätzlich nach Art des Gebäudes und/oder des durchschnittlichen Stromverbrauchs differenziert werden könnte. Die Festsetzung könnte analog wie bei Neubauten im Baubewilligungsverfahren erfolgen.

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung erscheint auch überlegenswert, eine Bagatellgrenze für kleinere Gebäude (z.B. Kioske, Nebengebäude, kleine Ferienhäuser) vorzusehen, bei denen der Zusatzaufwand für die PV-Anlage besonders ins Gewicht fallen würde. Ein anderer sachgerechter Anknüpfungspunkt zur Bestimmung von Bagatellfällen könnte aber z.B. auch die Nutzungsdauer darstellen.

### **1.2.6 Entgegenstehende andere öffentlich-rechtliche Normen**

Die PV-Pflicht sollte sodann so ausgestaltet sein, dass Kollisionen mit anderen öffentlich-rechtlichen Pflichten vermieden werden (z.B. Denkmalschutz, Vorgaben zur Dachbegrünung) insbesondere um die Erfüllung dieser anderweitigen gesetzlichen Pflichten nicht zu beeinträchtigen, aber auch um die Widerspruchsfreiheit der verschiedenen Rechtsordnungen zu gewährleisten.

## **2. Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)**

### **2.1 Inhalt und Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit**

Wesentliche Aspekte der Vereinbarkeit der PV-Pflicht mit den Grundrechten wurden bereits im Rahmen der Eigentumsgarantie (Art. 26 BV) diskutiert. Ein besonderer Aspekt der PV-Pflicht wird allerdings zudem auch noch im Rahmen der Berufs- und Gewerbefreiheit bzw. der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) relevant. Es geht namentlich um die Frage, ob die mit einer PV-Pflicht einhergehende Verpflichtung der betroffenen Gebäudeeigentümer/Gebäudeeigentümerinnen zur Stromerzeugung mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar ist.

Die Wirtschaftsfreiheit ist in Art. 27 BV verfassungsrechtlich gewährleistet. Sie umfasst insbesondere die *freie Wahl des Berufes* sowie den *freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit* und deren *freie Ausübung*. Die Wirtschaftsfreiheit, die in der Grundrechtsjudikatur des Bundesgerichts eine bedeutende Rolle spielt, schützt die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs dient<sup>48</sup>. Bund und Kantone müssen sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten (Art. 94 Abs. 1 BV). Die Wirtschaftsfreiheit schützt sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen des Privatrechts. Grundrechtlich geschützt ist neben der selbstständigen (unternehmerischen) auch die unselbstständige Erwerbstätigkeit<sup>49</sup>. Unerheblich ist, ob die Erwerbstätigkeit hauptberuflich,

<sup>48</sup> Vgl. statt vieler BGE 140 I 218, 229, E. 6.3.

<sup>49</sup> BGE 84 I 21; BGE 123 I 15.



nebenberuflich oder nur gelegentlich ausgeübt wird<sup>50</sup>. Nicht unter dem Schutz der Wirtschaftsfreiheit steht, wer eine staatliche Tätigkeit oder ein öffentliches Amt ausübt<sup>51</sup>, also etwa der Notar als öffentliche Urkundsperson, der Anwalt als amtlicher (unentgeltlicher) Verteidiger, für Gerichte und Behörden tätige Dolmetscher, Übersetzer und Sachverständige, die ärztliche Tätigkeit, soweit sie im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Anstalt in einem entsprechenden Dienstverhältnis erfolgt.

Durch die PV-Pflicht werden die betroffenen Gebäudeeigentümer/Gebäudeeigentümerinnen gewissermassen per Gesetz zu Betreibern/Betreiberinnen von Anlagen zur Erzeugung von Strom. Sie werden durch die gesetzliche Regelung gezwungen, mit einer PV-Anlage elektrische Energie zu produzieren und – jedenfalls die überschüssige und nicht gespeicherte Energie – in das Netz einzuspeisen. Durch die PV-Pflicht könnte daher die negative Berufsfreiheit berührt sein, da dem betroffenen Gebäudeeigentümer und der betroffenen Gebäudeeigentümerin nicht die freie Wahl gelassen wird, ob er/sie Anlagenbetreiber/-betreiberin und Stromerzeuger/-erzeugerin werden will oder nicht.

## 2.2 Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit

Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen, entsprechend den allgemeinen Regeln von Art. 36 BV (siehe dazu bereits oben), auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, wobei schwerwiegende Einschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen, im öffentlichen Interesse liegen, wobei grundsätzlich jedes hinreichend gewichtige öffentliche Interesse in Betracht kommt, verhältnismässig, d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar sein und den unantastbaren Kerngehalt der Wirtschaftsfreiheit wahren. Zu den (vier) allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 BV kommt – im Regelfall – als fünfte Voraussetzung hinzu, dass staatliche Massnahmen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wahren müssen (Art. 94 Abs. 1 BV).

Ob im Betrieb einer Solaranlage überhaupt von einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit im Sinne von Art. 27 BV gesprochen werden kann, ist fraglich. Auch dürften sich die mit der Eigenschaft als Anlagenbetreiber/-betreiberin und Stromerzeuger/-erzeugerin einhergehenden Verpflichtungen durch die gesetzlich normierte Abnahme- und Vergütungspflicht stark in Grenzen halten, was die PV-Pflicht als verhältnismässig erscheinen lässt.

Mit Blick auf die Verhältnismässigkeit der PV-Pflicht als Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erscheint es aber auch hier vorteilhaft, eine Möglichkeit vorzusehen, der PV-Pflicht nachzukommen, ohne dass der betroffene Gebäudeeigentümer oder die betroffene Gebäudeeigentümerin selbst Anlagenbetreiber/-betreiberin und Stromerzeuger/-erzeugerin werden muss, etwa die Option, die Dachfläche Dritten zur Nutzung zur Verfügung zu stellen.

## 3. Fazit

Unter Beachtung der dargestellten verfassungsrechtlichen Massstäbe könnte eine PV-Pflicht für Gebäudeeigentümer und Gebäudeeigentümerinnen grundsätzlich als vereinbar mit der Bundesverfassung ausgestaltet werden, wobei die Begründungspflicht für die Notwendigkeit

<sup>50</sup> BGE 118 Ia 176.

<sup>51</sup> BGE 130 I 26, 40; BGE 128 I 280; BGE 121 I 326, 328 f.; BGE 103 Ia 394, 401.



einer solchen Massnahme beim Staat liegt. Der Gesetzgeber müsste darlegen, dass ohne eine PV-Pflicht auf Bestandesbauten langfristig zu wenig Strom aus erneuerbaren Energien produziert wird.

## II. Mietrechtliche Aspekte und Rückliedertarif

Die PV-Pflicht für Grundeigentümer und Grundeigentümerinnen würde die Frage aufwerfen, ob dann auch alle Mieterinnen und Mieter (also auch die bestehende Mieterschaft) verpflichtet werden sollten, den lokal produzierten Strom abzunehmen und zu vergüten. Zudem wäre zu fragen, ob im Fall von Netzeinspeisungen (mehr Strom wird produziert als lokal verbraucht wird) die Verteilnetzbetreiber diesen Strom zu den Vollkosten vergüten müssten. Die nachfolgenden Ausführungen gehen diesen Fragen in knapper Form nach.

Die Betreiber von PV-Anlagen dürfen gemäss der geltenden bundesrechtlichen Gesetzeslage (Art. 16-18 EnG) die erzeugte Energie am Ort der Produktion nicht nur selber verbrauchen oder an Dritte (inklusive Stromnetzbetreiber und Stromhändler) veräussern, sondern diese auch – ganz oder teilweise – zum Verbrauch am Ort der Produktion veräussern. Beides gilt als Eigenverbrauch, der unter bestimmten Bedingungen wirtschaftlich vorteilhaft sein kann.

Ein Zusammenschluss zum Eigenverbrauch (ZEV) ist gemäss geltendem Recht zulässig, wenn die Produktionsleistung der Anlage im Verhältnis zur Anschlussleistung erheblich ist (mindestens 10% der Anschlussleistung). Ein ZEV kann zwischen mehreren Grundeigentümern und/oder zwischen einem Grundeigentümer und dessen Mietern (oder Pächtern) bestehen. Soll der ZEV auch für Mieter vorgesehen werden, sind bei dessen Einführung – insbesondere bei vorbestehenden Mietverhältnissen – neben den energie- auch zahlreiche mietrechtliche Bestimmungen zu beachten. So darf ein angemessener Satz für Verzinsung, Amortisation und Unterhalt der Investition nicht überschritten werden. Ferner muss sichergestellt werden, dass bei der Anpassung des Mietzinses, verursacht durch Verrechnung der Elektrizitäts- als Nebenkosten, stets die vom Kanton genehmigten Formulare verwendet und missbräuchliche Mietzinsanpassungen vermieden werden. Solche können insbesondere dann vorliegen, wenn der Allgemeinstrom bisher im Nettomietzins enthalten war und neu, nach Einführung des ZEV, in den Nebenkosten erscheint, ohne dass der Nettomietzins entsprechend reduziert wird.

Während bestehende Mieter dem Zusammenschluss gemäss geltendem Bundesrecht fernbleiben und den Strom weiterhin beim Verteilnetzbetreiber beziehen können, steht Neumieter diese Wahl nicht offen. Nach erfolgtem Zusammenschluss sind sämtliche Mieter zum Strombezug der vor Ort produzierten Energie verpflichtet, es sei denn, der einzelne Mieter habe Anspruch auf Netzzugang (und macht vom Energie-Lieferantenwechsel Gebrauch) oder aber der Vermieter kommt seinen Verpflichtungen zur angemessenen Stromversorgung nicht nach.

Wie eingangs erwähnt, stellt sich die Frage, ob die bestehende Mieterschaft zur Teilnahme am ZEV verpflichtet sein müsste, falls eine PV-Pflicht für Bestandesbauten eingeführt würde. Würde man diese Frage bejahen, müsste das bundesrechtliche Energiegesetz (EnG) entsprechend angepasst werden; auf Stufe der kantonalen Gesetzgebung könnte dies nicht eingeführt werden, da das heute geltende Recht zum ZEV und generell das Mietrecht im Bundesrecht enthalten ist. Der Vorteil einer Abnahmepflicht der Bestandsmieter läge darin,



dass die Grundeigentümerschaft – ganz oder teilweise – den Strom kostendeckend verkaufen könnte. Wenn die Grundeigentümerschaft die Stromproduktion kostendeckend verkaufen kann, ist der Eingriff in die Eigentumsgarantie abgeschwächt.

Das Ziel des kostendeckenden Verkaufs könnte aber auch anderweitig erreicht werden: Die lokalen Verteilnetzbetreiber sind verpflichtet, den nicht vor Ort verbrauchten Strom abzunehmen und zum sog. Rückliefertarif zu vergüten. Die Abnahmepflicht und die Höhe des Rückliefertarifes sind jedoch auch im Bundesrecht geregelt (Art. 15 EnG), wobei der Rückliefertarif gemäss geltendem Recht nicht dem Prinzip der Kostendeckung, sondern dem Prinzip der Marktpreisvergütung folgt: Gemäss Art. 15 Abs. 3 lit. a EnG richtet sich die Vergütung nach den vermiedenen Kosten des Netzbetreibers für die Beschaffung gleichwertiger Elektrizität. Dies bedeutet, dass gemäss geltendem Gesetz kein Recht und keine Pflicht des Netzbetreibers besteht, den eingespiessenen Strom zu Vollkosten zu übernehmen. Bei hohen Marktpreisen ist diese Regelung für die Betreiber von PV-Anlagen vorteilhaft: Liegt der Marktpreis für Strom aus erneuerbaren Quellen über den Vollkosten einer konkreten PV-Anlage, hat der Anlagenbetreiber Anspruch auf den hohen Marktpreis. Bei Marktpreisen, die unter den Vollkosten der konkreten Anlage liegen, ist die Regelung entsprechend unvorteilhaft für den Anlagenbetreiber. Wie eingangs erwähnt, stellt sich die Frage und es wäre zu diskutieren, ob bei Einführung einer PV-Pflicht für Bestandesbauten die Verteilnetzbetreiber verpflichtet und berechtigt sein müssten, den eingespiessenen Strom zu Vollkosten abzunehmen. Würde man diese Frage bejahen, müsste das bundesrechtliche Energiegesetz (EnG) entsprechend angepasst werden. Im Rahmen dieser Diskussion wären aber auch die Kostenfolgen für die Grundversorgungstarife zu beachten, denn die Verteilnetzbetreiber würden die Vollkosten in die Stromtarife der gebundenen Kunden (Haushaltskunden und kleinere Gewerbe) einrechnen.

\* \* \* \* \*