

# ADVOKATUR MÖRIKOFER

## GUTACHTEN

In Sachen: Stadt Zürich, DIB, Departementssekretariat, Energiebeauftragte  
Betreffend: **Pflicht zur Eigenstromerzeugung bei Arealüberbauungen im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens**  
Datum: 15. November 2021

|  |           |
|--|-----------|
| <b>I. Ausgangslage</b>   | <b>2</b>  |
| <b>II. Fragestellung</b>   | <b>2</b>  |
| <b>III. Vorbemerkungen</b>   | <b>2</b>  |
| <b>IV. Rechtliche Ausgangslage</b>   | <b>3</b>  |
| <b>1. Grundlegendes zur Zulässigkeit von Eigentumseingriffen</b>   | <b>3</b>  |
| a) Gesetzliche Grundlage   | 3         |
| b) Öffentliches Interesse  | 4         |
| c) Verhältnismässigkeit  | 5         |
| <b>2. Auslegung bei unklarem Gesetzeswortlaut</b>  | <b>5</b>  |
| <b>3. Das planungsrechtliche Instrument der Arealüberbauungen</b>  | <b>6</b>  |
| <b>4. Wahlmöglichkeit der Bauherrschaft bei Arealüberbauungen im Besonderen</b>  | <b>8</b>  |
| <b>5. Geschütztes Ermessen der örtlichen Baubehörden</b>   | <b>8</b>  |
| <b>6. Photovoltaikanlagen und deren rechtliche Qualifizierung</b>  | <b>9</b>  |
| a) Bauten und Anlagen:   | 9         |
| b) Ausrüstungen  | 9         |
| c) Zwischenfazit und Diskussion  | 9         |
| <b>7. Weitere im Zusammenhang mit der gutachterlichen Fragestellung relevante Einzelaspekte</b>  | <b>10</b> |
| <b>V. Schlussfolgerung und Beantwortung der Gutachtensfragen</b>   | <b>11</b> |
| <b>1. Stellen PV-Anlagen technische Einrichtungen für Bauten und Anlagen dar, die der Benützung oder der Sicherheit dienen und fallen sie demnach unter den Begriff der «Ausrüstung» gemäss § 4 ABV?</b>                       | <b>11</b> |
| <b>2. Ist es zulässig, gestützt auf § 71 PBG im Baubewilligungsverfahren bei Arealüberbauung gemäss Bau- und Zonenordnung (Art. 8 BZO) eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?</b> | <b>11</b> |
| a) Bietet § 71 Abs. 1 und/oder Abs. 2 eine hinreichende gesetzliche Grundlage, um eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?  | 11        |
| b) Ist es aus Sicht des vorausgesetzten öffentlichen Interesses zulässig, eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?  | 13        |
| c) Ist es aus Sicht Verhältnismässigkeitsprüfung zulässig, eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?   | 14        |
| d) Fazit   | 14        |
| <b>3. Kann allenfalls basierend auf eine andere gesetzliche Grundlage eine solche Vorgabe im Rahmen des Bewilligungsverfahrens gemacht werden?</b>   | <b>15</b> |

## I. Ausgangslage

- 1 Im Rahmen der Energiestrategie 2050 beschloss der Bundesrat u. a. den Ausstieg aus der Kernenergie. Dieser Produktionsverminderung steht mit der Elektrifizierung der Mobilität und der Heizungen eine Stromverbrauchszunahme gegenüber. Ein grosser Teil dieser Lücke wird durch Photovoltaikanlagen (PV-Anlagen) zu decken sein. Das Potenzial auf den Gebäudeflächen ist gross.
- 2 Die Vorlage für das teilrevidierte kantonale Energiegesetz vom 19. Juni 1983 (LS 730.1) sieht vor, die Anforderungen der MuKE n 2014 zur Eigenstromerzeugung zu übernehmen. Gemäss § 10c Abs. 1 E-EnerG muss bei Neubauten ein Teil der benötigten Elektrizität selbst erzeugt werden. Dies kann mit einer Anlage auf dem Grundstück oder in einem Zusammenschluss zum Eigenverbrauch erfolgen. Massgebende Berechnungsgrundlage ist die Energiebezugsfläche. Zwar ist diese Bestimmung relativ offen formuliert und nicht an eine Technologie gebunden; in der Praxis dürfte jedoch meistens eine PV-Anlage eingesetzt werden. Die Volksabstimmung zum neuen Energiegesetz findet am 28. November 2021 statt.
- 3 Gemäss der Klimapolitik des Stadtrates soll die Stadt Zürich bis spätestens 2040 das Ziel von Netto Null Treibhausgasemissionen erreichen. Um dies zu erreichen, ist eine starke Elektrifizierung der Bereiche Wärmeversorgung und Mobilität erforderlich. Um diese zusätzliche Nachfrage nach Strom aus erneuerbaren Energien zu decken, soll der Zubau von PV-Anlagen auf Stadtgebiet stark beschleunigt werden. In der vom Stadtrat am 8. September 2021 (STRB Nr. 893/2021) beschlossenen PV-Strategie werden quantitative Zubau-Ziele und geeigneten Massnahmen formuliert, um diese Beschleunigung zu erreichen. Die PV-Strategie (vgl. Beilage 1 zu STRB Nr. 893/2021, Kapitel 4.3) sieht dabei u. a. vor, dass in Bezug auf Arealüberbauungen geprüft werden soll, ob PV-Anlagen im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens als technische Ausrüstung eingefordert werden können.

## II. Fragestellung

- 4 Im vorliegenden Gutachten sollen folgende Rechtsfragen geklärt werden:
  1. **Stellen PV-Anlagen technische Einrichtungen von Bauten und Anlagen dar, die der Benützung oder der Sicherheit dienen, und fallen sie demnach unter den Begriff der «Ausrüstung» gemäss § 4 ABV?**
  2. **Ist es zulässig, gestützt auf § 71 PBG im Baubewilligungsverfahren bei Arealüberbauungen gemäss Bau- und Zonenordnung (Art. 8 BZO) eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?**
  3. **Kann allenfalls basierend auf eine andere gesetzliche Grundlage eine solche Vorgabe im Rahmen des Bewilligungsverfahrens gemacht werden?**

## III. Vorbemerkungen

- 5 Vorliegende Gutachterfragen beziehen sich auf die Nutzung von Solarenergie mittels Photovoltaik-Anlagen (nachfolgend: PV-Anlagen). Wo das Gesetz, Lehre und Rechtsprechung nicht differenzieren zwischen den verschiedenen Solarenergienutzungen bzw. keine unterschiedlichen Rechtsfolgen daran geknüpft sind, wird nachfolgend der Oberbegriff der Solaranlagen verwendet.
- 6 Der Kantonsrat beschloss am 19. April 2021 eine Teilrevision des Energiegesetzes zur Umsetzung der Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich 2014 (E-EnerG). Gegen diesen Beschluss kam das kantonale Volksreferendum zustande, womit am 28. November 2021

eine Volksabstimmung stattfindet. Im Zeitpunkt der Erstattung dieses Gutachtens lag der Antrag des Regierungsrats (5735) vom 14. Juli 2021 betreffend Beschluss des Kantonsrates über die Genehmigung der Änderung der Besonderen Bauverordnung I vor. Nachfolgende Einschätzungen erfolgen primär gestützt auf das teilrevidierte Energiegesetz de lege ferenda.

- 7 Arealüberbauungen können auch bereits überbaute Grundstücke umfassen, wenn die Überbauung als ganzes den Anforderungen genügt (vgl. § 71 Abs. 3 PBG). Die Überlegungen in diesem Gutachten erfolgen primär in Bezug auf die Neuerstellung von Arealüberbauungen.
- 8 Nachfolgendes Gutachten spricht sich nicht darüber aus, in welcher Form allfällige Vorgaben zur Erstellung von PV-Anlagen (vorgängig) zu machen wären – denkbar wären bspw. Empfehlungen in einem Merkblatt – und bei welchen Konstellationen eine (nachträgliche) Statuierung von Nebenbestimmungen (Auflagen, Vorbehalte) im Baubewilligungsverfahren jeweils rechtmässig wäre (bspw. für an sich baubewilligungspflichtige Anlagen).

#### IV. Rechtliche Ausgangslage

- 9 Nachfolgend wird kurz auf die für die Rechtsanwendung zugrunde liegenden staats- und verwaltungsrechtliche Grundsätze eingegangen, auf die im Zusammenhang mit der Beantwortung der Fragen in diesem Gutachten abgestützt wird. Weiter erfolgt, soweit für dieses Gutachten relevant, eine summarische Übersicht zum Instrument der Arealüberbauung und der bisherigen Rechtsprechung hierzu sowie eine baurechtliche Klassifizierung von Solaranlagen. Diese werden der eigentlichen Fragebeantwortung (vgl. nachfolgend Ziff. V) ebenfalls zugrunde gelegt.

##### 1. Grundlegendes zur Zulässigkeit von Eigentumseingriffen

- 10 Eine Verpflichtung zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion stellt eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung dar. Als solche bedarf sie als Eingriff in die Grundrechte (insbesondere die Eigentumsgarantie gemäss Art. 26 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft; BV, SR 101, sowie die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 und 94 BV) stets einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 36 BV; statt vieler: BGE 142 I 162, E. 3.2.2).
- 11 Die Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit und Klarheit der gesetzlichen Grundlage stehen im Zusammenhang mit der Intensität des Grundrechtseingriffs (vgl. Ziff. 42 betreffend § 71 des Planungs- und Baugesetzes, PBG; LS 700.1).

##### a) **Gesetzliche Grundlage**

- 12 Die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen für raumplanungsrechtliche Festlegungen bzw. zur Rechtsanwendung finden sich im Kanton Zürich primär im PBG und somit in einem Gesetz im formellen Sinn (zum Begriff der raumplanungsrechtlichen Festlegung: BOSSHARD/BERTSCHI, in: GRIFFEL [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Auflage, Zürich 2014, § 19 Rz. 33; zum Gesetz im formellen Sinn statt vieler: BGE 119 Ia 154, E. 3.a).
- 13 Im Kanton Zürich bestehen zudem in weiteren kantonalen Erlassen – nachgerade des Umweltrechts – Vorgaben, welche planungsrechtlich ebenfalls zu berücksichtigen sind. Die Anwendung dieses nominalen Planungsrechts obliegt im Kanton Zürich ebenfalls in der

Zuständigkeit der Gemeinden (vgl. auch FRITZSCHE / BÖSCH / WIPF / KUNZ, Zürcher Planungs- und Baurecht, 6.A., Wädenswil 2019, S. 115 f., mit Hinweis auf VB.2008.00066; zur Terminologie des nominalen Planungsrechts vgl. RAUSCH/MARTI/GRIFFEL, Umweltrecht, Zürich 2004, Rz. 2).

- 14 Im PBG finden sich die Bestimmungen zur Arealüberbauung in den §§ 69 ff. PBG (vgl. Ziff. 29 ff.; zu den weiteren, denkbaren Vorschriften vgl. Ziff. V Beantwortung Frage 3.).
- 15 Die im Zusammenhang mit der gutachterlichen Fragestellung einschlägigen umweltrechtlichen Bestimmungen finden sich im kantonalen Energiegesetz und den ausführenden Verordnungen. Mit ihnen wird vorliegend interessierend § 239 Abs. 3 PBG konkretisiert, als dass Bauten und Anlagen (...) im Hinblick auf einen möglichst geringen Energieverbrauch ausreichend zu isolieren sowie Ausstattungen und Ausrüstungen fachgerecht zu erstellen und zu betreiben sind.
- 16 Gemäss aktuell geltendem § 10a EnerG müssen Neubauten so ausgerüstet werden, dass höchstens 80 % des zulässigen Energiebedarfs für Heizungen und Warmwasser mit nichterneuerbaren Energien gedeckt werden. Im Vollzugsordner Energie der Baudirektion Kanton Zürich sind in Kapitel 3 mögliche Standardlösungen bezüglich Höchstanteil an nichterneuerbaren Energien definiert. Dabei ist es Sache der Bauherrschaft, die konkrete bau- und haustechnische Lösung zur Einhaltung dieser Vorschrift zu wählen (vgl. Vollzugsordner Energie, Kap. 3.1).
- 17 De lege ferenda statuiert § 10a E-EnerG, dass Neubauten und Erweiterungen von bestehenden Gebäuden wie Aufstockungen oder Anbauten so gebaut und ausgerüstet werden, dass für Heizung, Warmwasser, Lüftung und Klimatisierung möglichst wenig Energie benötigt wird.
- 18 § 10c Abs. 1 E-EnerG verlangt, dass bei Neubauten ein Teil der benötigten Elektrizität selbst erzeugt wird. Dies kann mit einer Anlage auf dem Grundstück oder in einem Zusammenschluss zum Eigenverbrauch gemäss Art. 17 EnerG erfolgen. Massgebende Berechnungsgrundlage ist die Energiebezugsfläche. Wer die gestützt auf § 10a erlassenen Mindestanforderungen unterschreitet, kann auf die Erfüllung der Anforderungen gemäss Abs. 1 verzichten (Abs. 2). Die Verordnung regelt die Einzelheiten, insb. (a) Art und Umfang der Energieerzeugung unter gebührender Berücksichtigung der Situation von hohen Bauten; (b) das Mass der Unterschreitung der Mindestanforderungen; (c) die Anrechenbarkeit im Zusammenschluss zum Eigenverbrauch sowie (d) die Ausnahmen (Abs. 3).

#### **b) Öffentliches Interesse**

- 19 Staatliches Handeln muss stets im öffentlichen Interesse liegen (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV).
- 20 Neben raumplanerischen Kernanliegen geniessen auch raumrelevante Aufgaben bzw. gesellschaftliche Kernanliegen bspw. des Umwelt, Natur- und Heimatschutzes, der (nachhaltigen) Energieversorgung oder das Infrastrukturwesen Verfassungsrang (in Bezug auf die Energiepolitik vgl. Art. 89 BV).
- 21 Die öffentlichen Interessen werden weitgehend durch den Gesetzgeber bestimmt und zu meist bereits in den Zweckbestimmungen des nominalen Planungsrecht umrissen (statt vieler: BRGE II Nr. 0016/2020 vom 11. Februar 2020, in: BEZ 2020 Nr. 15, E. 4.3). Das Raumplanungsrecht stellt zudem auf Ziele und Planungsgrundsätze gemäss Art. 1 und 3 des Raumplanungsgesetzes (RPG; SR 700) ab (vgl. auch § 18 PBG).

- 22 Die verschiedenen öffentlichen Interessen stehen untereinander zum Teil in Widerspruch, weshalb es eine der Kernaufgaben der Raumplanung ist, die sich konkret im Raum stellenden öffentlichen und privaten Interessen bestmöglich untereinander zu harmonisieren.
- 23 Generell erachtet es das Verwaltungsgericht in seiner bisherigen Rechtsprechung als zulässig, wenn die Gemeinden im Rahmen der Bewilligung von Arealüberbauungen auch energiepolitische Ziele verfolgen (VGr. vom 26. Juli 2006 VB.2006.00262, E. 3.1, mit Verweis auf BGr. 1P.400/1997 vom 9. Januar 1998). Es besteht ein öffentliches Interesse an der Nutzung von erneuerbaren Energiequellen (VGr. vom 22. November 2006 VB.2006.00322, E. 2.8, mit Verweis auf Art. 89 BV).
- 24 Unter dem Aspekt des vorausgesetzten öffentlichen Interesses können in Bezug auf Solaranlagen die Bestrebungen des Bundesgesetzgebers beachtet werden, mit Art. 18a RPG Solaranlagen auch auf der Ebene des Raumplanungsrechts zu fördern (VGr. vom 7. Januar 2021 VB.2019.00555, E. 4.4.1).
- 25 De lege ferenda und als Nebenänderung zur Teilrevision des Energiegesetzes soll § 238 Abs. 4 PBG im Sinne einer Vorstrukturierung der öffentlichen Interessen dahingehend revidiert werden, dass genügend angepasste energetische Verbesserungen und Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, insbesondere Solaranlagen, bewilligt werden, sofern nicht (andere) überwiegende öffentliche Interessen entgegenstehen.

### c) Verhältnismässigkeit

- 26 In Bezug auf die Beschränkung von privaten Interessen muss staatliches Handeln – namentlich auch die Einschränkung von Grundrechten stets verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV). Damit wird zunächst verlangt, dass staatliche Massnahmen geeignet beziehungsweise zwecktauglich und erforderlich sind. Alsdann muss ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem mit der Massnahme verbundenen Eingriff in die Rechtsstellung der betroffenen Person bestehen (Aspekt der Zumutbarkeit). Staatliche Massnahmen müssen demnach stets durch ein öffentliches Interesse, welches das private Interesse überwiegt, gerechtfertigt sein, andernfalls sie für den Betroffenen unzumutbar sind. Für die Interessenabwägung massgeblich ist einerseits die Bedeutung der mit einer staatlichen Massnahme verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der gegenläufigen privaten Interessen. Eine Massnahme, die tiefgreifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung des betreffenden Rechtssubjektes hat, jedoch bloss von geringem öffentlichen Interesse ist, ist somit als unzulässig einzustufen (statt vieler: BRGE II Nr. 0076/2015 vom 2. Juni 2015, in: BEZ 2016 Nr. 13; E. 3.4.2 m.w.H.).
- 27 Die Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme stellt sich nur, wenn an ihr überhaupt ein zulässiges öffentliches Interesse besteht (HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7.A. Zürich/St. Gallen 2016, N. 515).

### 2. Auslegung bei unklarem Gesetzeswortlaut

- 28 Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet bei jeder Auslegung der Wortlaut der massgeblichen Bestimmung den Ausgangspunkt. Nur wenn der Text nicht ganz klar ist und verschiedene Interpretationen möglich sind, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht (...). Vom Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen,

dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (statt vieler vgl. BGE 141 V 221, E. 5.2.1).

### 3. Das planungsrechtliche Instrument der Arealüberbauungen

- 29 Gemäss § 69 PBG kann die Bau- und Zonenordnung in den Bauzonen allgemein, zonen- oder gebietsweise Arealüberbauungen zulassen. Dabei sind Mindestarealfächen festzulegen.
- 30 Arealüberbauungen dürfen je nach den Bestimmungen in den Bau- und Zonenordnung von der Regelbauweise und den kantonalen Mindestabständen abweichen (vgl. § 72 Abs. 1 PBG). Gemäss Art. 8 der Bauordnung der Stadt Zürich (BZO) sind Arealüberbauungen in allen Wohnzonen, ausgenommen der Zone W2b, sowie in allen Zentrumszonen und Zonen für öffentliche Bauten zulässig (Abs. 1). Die Arealfläche muss mindestens 6000 m<sup>2</sup> betragen (Abs. 2). Die zonengemässe Vollgeschosszahl darf in den zweigeschossigen Wohnzonen auf drei, in der Wohnzone W3 auf vier, in der Wohnzone W4b auf fünf Vollgeschosse und in den übrigen Zonen auf sieben Vollgeschosse erhöht werden (vgl. Abs. 5).
- 31 Für Arealüberbauungen gelten als Ausgleich für die substanzielle Privilegierung bei der Bauweise (insb. Geschosszahl, Gebäudehöhe; Ausnützung) generell erhöhte Anforderungen hinsichtlich der Gestaltung der Bauten, Anlagen und des Gebäudeumschwungs sowie der zweckmässigen Ausstattung und Ausrüstung (vgl. § 71 Abs. 1 PBG).
- 32 Hinsichtlich der Begründung dieser erhöhten Anforderungen stellte das Verwaltungsgericht stellte in einem Entscheid aus dem Jahr 1997 folgende grundlegende Überlegungen an:
- 33 «Bei der Bewilligung und Realisierung von Arealüberbauungen sind die öffentlichen und privaten Interessen weitgehend gleichgerichtet: Die öffentlichen Interessen zielen auf die erhöhten architektonisch-ästhetischen Gestaltungsanforderungen, zweckmässige Erschliessung, Bildung von Gemeinschaftsanlagen, Hebung der Wohnqualität usw., während die privaten Bauherren von einer Erhöhung der Ausnützung und Geschosszahl sowie «Lockerung» weiterer Bauvorschriften Nutzen ziehen. Die im öffentlichen Interesse liegenden «Sonderleistungen» des Bauherrn sind das Korrelat zur im privaten Interesse liegenden Abweichung von der Regelbauweise, insbesondere zur Ausnützungserhöhung.» (VGr. vom 23. Mai 1997 VB.96.00174, in: RB 1997 = BEZ 1997 Nr. 15, E. 3d, in casu im Zusammenhang mit einer Anschlussverpflichtung).
- 34 Das Bundesgericht ist in seinen jüngeren Entscheiden dieser rechtlichen Qualifizierung gefolgt und umriss das Wesen der Arealüberbauung wie folgt:
- 35 «Für Arealüberbauungen gelten als Ausgleich für die erheblichen Privilegierungen bei der Bauweise (insb. Geschosszahl, Gebäudehöhe; Ausnützung) besondere Anforderungen an die Gestaltung und die Einordnung, welche über das in § 238 Abs. 1 PBG geforderte Mass für die Regelbauweise hinausgehen. Als lex specialis verlangt § 71 Abs. 1 PBG darüber hinausgehend, dass Bauten und Anlagen sowie deren Umschwung besonders gut gestaltet sowie zweckmässig ausgestattet und ausgerüstet sein müssen. Nach § 71 Abs. 2 PBG sind bei der Beurteilung insbesondere folgende Merkmale zu beachten: Beziehung zum Ortsbild sowie zur baulichen und landschaftlichen Umgebung; kubische Gliederung und architektonischer Ausdruck der Gebäude; Lage, Zweckbestimmung, Umfang und Gestaltung der Freiflächen; Wohnlichkeit und Wohnhygiene; Versorgungs- und Entsorgungslösung; Art und Grad der Ausrüstung. § 71 Abs. 1 PBG eröffnet den Verwaltungsbehörden einen

Entscheidungsspielraum, welcher durch § 71 Abs. 2 PBG insoweit strukturiert wird, als in einer nicht abschliessenden Aufzählung die massgeblichen Beurteilungskriterien aufgeführt werden. Mit anderen Worten ist die Frage, ob eine besonders gute Gestaltung vorliegt, anhand der in § 71 Abs. 2 PBG genannten und allfälligen weiteren Kriterien zu beurteilen (zum Ganzen: BGr. 1C\_313/2015 vom 10. August 2016, E. 4.1 m.w.H.; 1C\_466/2019 vom 31. August 2020, E. 6.2).

36 Das Verwaltungsgericht hat sich in seiner aktuellen Rechtsprechung der oben wiedergegebenen Formel des Bundesgerichts angeschlossen, und dabei ergänzt, dass bezüglich der erhöhten Anforderungen die besonders gute Gestaltung und die Beziehung zum Ortsbild sowie zur baulichen und landschaftlichen Umgebung im Vordergrund stehe (VGr. vom 4. März 2021 VB.2020.00619, E. 3.2.1; VGr. vom 27. Februar 2020 VB.2019.00055, E. 3.3; VGr. vom 13. Juni 2018 VB.2018.00380, E. 5.1).

37 In der bisherigen Rechtsprechung finden sich Entscheide, bei welchen – neben den erhöhten Einordnungs- und Gestaltungsanforderungen – Mehranforderungen oder aber Anschlusspflichten Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung waren, welche gestützt auf § 71 Abs. 1 und 2 PBG ergingen (nachfolgende Hervorhebungen durch den Verfasser):

- «Bei der Bewilligung und Realisierung von Arealüberbauungen (...) zielen die öffentlichen Interessen auf die erhöhten architektonisch-ästhetischen Gestaltungsanforderungen, zweckmässige Erschliessung, Bildung von Gemeinschaftsanlagen, Hebung der Wohnqualität usw. (...) *Das Gemeinwesen kann bei der Bewilligung einer Arealüberbauung Nebenbestimmungen erlassen, welche den in § 71 Abs. 1 und 2 umschriebenen – im öffentlichen Interesse liegenden – Zielsetzungen genügen.*» (VB.96.00174, a.a.O., E. 3d, betreffend eine Anschlusspflicht an eine Gasanlage).
- «Dadurch, dass neben der weitgehend durch die Regelungen in den §§ 299 ff. PBG definierten Wohnhygiene als Kriterium auch die «Wohnlichkeit» angeführt wird, *wollte der Gesetzgeber offenkundig zum Ausdruck bringen, dass bei einer Arealüberbauung die blosser Beachtung der für Regelüberbauungen geltenden wohnhygienischen Anforderungen nicht ohne weiteres ausreicht.* Welche tatbestandsmässigen Voraussetzungen für eine besonders gute Wohnlichkeit gegeben sein müssen, lässt das Gesetz offen. Es ist daher von einem unbestimmten Gesetzesbegriff auszugehen, bei dessen Anwendung der örtlichen Baubehörde ein Ermessensspielraum zukommt» (BRGE II Nr. 0002/2011 vom 25. Januar 2011 in BEZ 2011 Nr. 27, E. 4.1).
- «§ 71 Abs. 2 PBG bietet grundsätzlich eine hinreichende gesetzliche Grundlage hierfür, soweit die Vorinstanz einen Anschluss an die Fernwärme als unumgänglich für die Qualifikation als Arealüberbauung hält.» (BRGE II Nr. 0016/2020 vom 11. Februar 2020, in: BEZ 2020 Nr. 15, a.a.O., E. 4.3).
- Bei der Realisierung von Arealüberbauungen bestehen *besondere Pflichten* (BRGE I Nrn. 0032-33/2014 vom 28. März 2014, E. 10.11.2, vierter Absatz).
- Auch das Bundesgericht hielt im Entscheid «Ringling» erwägungsweise fest, dass zweifelhaft sei, dass das Projekt *mit Blick auf die Wohnlichkeit und Wohnhygiene von besonders guter Qualität* sei (BGr. 1C\_313/2015, a.a.O., E 4.5).

38 Zwischenfazit

- Bei der Bewilligung und Realisierung von Arealüberbauungen sind die im öffentlichen Interesse liegenden «Sonderleistungen» des Bauherrn das Gegenstück zur im privaten Interesse liegenden Abweichung von der Regelbauweise, insbesondere zur Ausnützungserhöhung.

- In der neueren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts hob dieses explizit hervor, dass bezüglich der Beurteilung der Mehranforderungen die erhöhten Anforderungen hinsichtlich Einordnung und Gestaltung im Vordergrund stünden.
- Die bisherige Rechtsprechung hat indes auch stets darauf abgestellt, dass neben den erhöhten Anforderungen an die Einordnung und Gestaltung grundsätzlich auch weitergehende Anforderungen gegenüber der Regelbauweise in Bezug auf die Ausstattungen und Ausrüstungen (§ 71 Abs. 1 PBG) bzw. Kriterien gemäss (§ 71 Abs. 2 PBG) gestellt werden können. Die diesbezügliche Terminologie in der Rechtsprechung ist jedoch nicht einheitlich. So spricht das Bundesgericht diesbezüglich von *besonders guter Qualität* (BGr. 1C\_313/2015, a.a.O.), das Baurekursgericht davon, dass die *blasse Beachtung der für Regelüberbauungen geltenden Anforderungen nicht ohne weiteres ausreiche* (BEZ 2020 Nr. 15, a.a.O.) bzw. von *besonderen Pflichten* (BRGE I Nrn. 0032-33/2014).

39 Nachfolgend wird diesbezüglich von Mehranforderungen (gegenüber der Regelbauweise) gesprochen.

#### 4. Wahlmöglichkeit der Bauherrschaft bei Arealüberbauungen im Besonderen

40 Die Grundeigentümerschaft kann – im Sinne eines Wahlrechts – den gestützt auf § 71 PBG erlassenen Mehranforderungen entgehen, indem sie nach Regelbauweise baut, und muss sich diesen nur dann unterordnen, wenn sie von den Vorzügen der Arealüberbauung Nutzen ziehen will (vgl. VB.96.00174, a.a.O., E. 3f). Diesbezüglich präsentieren sich die Voraussetzungen anders als bei der Erstellung von Bauvorhaben nach der Regelbauweise (zum Grundsatz des Anspruchs auf Baubewilligung als Ausfluss der Baufreiheit vgl. FRITZSCHE / BÖSCH / WIPF / KUNZ, a.a.O., S. 339).

41 Dies ist zum einen relevant bei der Beurteilung, ob eine gesetzliche Bestimmung im Zusammenhang mit der gestützt darauf ergehenden Anordnung hinreichend konkretisiert und bestimmt ist. Das Baurekursgericht erachtete mit Bezugnahme auf die oben angeführte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts VB.96.00174, a.a.O., dass in casu § 71 Abs. 2 PBG unter dem Titel «Versorgungs- und Entsorgungslösung» als gesetzliche Grundlage hinreichend bestimmt sei für eine Anschlusspflicht an die Fernwärme (BEZ 2020 Nr. 15, a.a.O., E. 4.3, wobei es in casu das öffentliche Interesse verneinte).

42 Die Wahlmöglichkeit der Bauherrschaft wirkt sich zum anderen bei der Verhältnismässigkeit im Zusammenhang mit dem damit verbundenen Eingriff aus. Dies aus dem Umstand, da bei einer Bewilligung und Realisierung von Arealüberbauungen die öffentlichen und privaten Interessen weitgehend gleichgerichtet seien und es der Bauherrschaft im Grundsatz unbenommen sei, nach der Regelbauweise zu bauen (vgl. VB.96.00174, a.a.O., E. 3d und f, mit weiteren Hinweisen zur Verhältnismässigkeitsprüfung).

#### 5. Geschütztes Ermessen der örtlichen Baubehörden

43 Die kommunalen Behörden dürfen eine Arealüberbauung nur dann bewilligen, wenn diese selbst sowie ihr Umschwung besonders gut gestaltet sind, und sie müssen dies anhand der in § 71 Abs. 2 PBG genannten Kriterien prüfen; insoweit verfügen die Gemeinden über keinerlei Autonomie. Bei der Frage dagegen, ob diese Merkmale im Einzelfall eingehalten sind oder nicht, steht der rechtsanwendenden Behörde ein gewisser Spielraum zu. Bei den im Gesetz genannten Beurteilungskriterien handelt es sich weitgehend um unbestimmte Rechtsbegriffe, die eine Wertung erlauben. Die Gerichte haben eine vertretbare Einschätzung hinsichtlich der Beziehung einer geplanten Arealüberbauung zum Ortsbild, hinsichtlich



der Qualität der Bauten, der Umgebungsanlagen usw. zu respektieren und dürfen nicht ihre eigene Einschätzung an die Stelle einer mit dem Gesetzeszweck ebenfalls zu vereinbarenden Lösung setzen (VGr. vom 27. Februar 2020 VB.2019.00055, E. 3.3, mit Verweis auf BGr. 1C\_92/2018 vom 9. Juli 2018, E. 3.5).

- 44 Bei der Überprüfung des kommunalen Entscheids muss das Baurekursgericht die angeführten Entscheidungsgründe gebührend berücksichtigen und sich mit den Kriterien auseinandersetzen, welche von der Baubehörde entwickelt wurden. Sie darf den Entscheid der kommunalen Behörde nur aufheben, wenn diese ihren durch die Gemeindeautonomie gewährleisteten Beurteilungs- und Ermessensspielraum überschritten hat. Dies trifft nicht nur zu, wenn ihr Entscheid sachlich nicht mehr vertretbar und damit willkürlich ist. Da die kommunale Behörde ihr Ermessen pflichtgemäss ausüben muss, hat sie dabei vom Sinn und Zweck der anzuwendenden Regelung auszugehen und neben dem Willkürverbot auch das Rechtsgleichheitsgebot, das Verhältnismässigkeitsprinzip und das übergeordnete Gesetzesrecht zu beachten (VGr. vom 4. März 2021 VB.2020.00619, E. 3.2.2).

## 6. Photovoltaikanlagen und deren rechtliche Qualifizierung

- 45 In der kantonalen Planungs- und Baugesetzgebung werden vorliegend interessierend die Begriffe der «Bauten und Anlagen» einerseits sowie der «Ausstattungen und Ausrüstung» andererseits verwendet und die entsprechenden Legaldefinitionen vorgegeben.

### a) **Bauten und Anlagen:**

- 46 Gemäss § 1 Allgemeine Bauverordnung (ABV; LS 700.2) sind Bauten und Anlagen im Sinne des Planungs- und Baugesetzes Bauten, die im Boden eingelassen oder mit einer gewissen Ortsbezogenheit darauf stehend ihrem Umfang nach geeignet sind, die Umgebung (...) zu beeinflussen (Abs. 1 lit. a) sowie alle planungs- und baurechtlich bedeutsamen äusserlichen Veränderungen von Grundstücken oder deren Nutzung (Abs. 1 lit. b).
- 47 In § 1 Abs. 2 ABV werden Anlagen für die Nutzung von Sonnenenergie namentlich erwähnt und damit als «Anlagen» klassifiziert.

### b) **Ausrüstungen**

- 48 Gemäss § 4 sind Ausrüstungen technische Einrichtungen von Bauten und Anlagen, die der Benützung oder der Sicherheit dienen. Merkmal von Ausrüstungen ist, ihr Bezug zu einem Bauwerk, zu dem sie in dienender Funktion stehen (FRITZSCHE/BÖSCH/WIPF/KUNZ, a.a.O., S. 354).

### c) **Zwischenfazit und Diskussion**

- 49 Auszugehen ist demnach von der Tatsache, dass Anlagen für die Nutzung von Sonnenenergie in § 1 Abs. 2 ABV explizit als Anlagen definiert werden.
- 50 Eine ähnliche Klassierung wie im Zürcher Planungs- und Baurecht nehmen auch das Bundesgericht in BGr. 1C\_62/2018 vom 12. Dezember 2018, E. 6.2.2 (betreffend einen Fall im Kanton Graubünden) sowie JÄGER vor, der Photovoltaikanlagen als Erschliessungsanlagen klassifiziert (JÄGER, in: AEMISEGGER/MOOR/RUCH/TSCHANNEN (Hrsg): Praxiskommentar RPG: Baubewilligung, Rechtsschutz und Verfahren, Art. 18a Rz. 26, FN 41; zu den Elementen in Bezug auf die Medienschliessung vgl. auch § 236 Abs. 1 PBG).
- 51 Weder das Verwaltungsgericht noch das Baurekursgericht haben in ihrer Rechtsprechung auf die damals bereits in Kraft stehende Legaldefinition der ABV abgestellt, resp. in der bisherigen Rechtsprechung wurde nicht näher auf diesen Aspekt eingegangen. In diesem

Zusammenhang kann noch auf die erwägungsweise erfolgten Ausführungen der Gerichte verwiesen werden:

- In VB.96.00174, a.a.O., E. 3d, subsumierte das Verwaltungsgericht die zweckmässige *Erschliessung* ebenfalls unter die «Ausstattung und Ausrüstung» und führte aus, dass wenn § 71 PBG zu den Anforderungen an Arealüberbauungen die zweckmässige Ausstattung und Ausrüstung der Bauten und Anlagen vorschreibe (Abs. 1) und bei der Beurteilung insbesondere die Versorgungs- und Entsorgungslösung zu beachten sei (Abs. 2), so genüge dies in der Regel als gesetzliche Grundlage (...). «Die öffentlichen Interessen zielten auf die (u.a.) zweckmässige Erschliessung.»
- Das Baurekursgericht bezeichnet in seinem Entscheid BRGE II Nr. 0174/2013, a.a.O., E. 7, Solaranlagen als «übliche Ausrüstung von Wohngebäuden».

52 Aus diesen beiden Fundstellen darf u.E. jedoch auch nicht geschlossen werden, dass die Gerichte bewusst und in Abweichung des an sich klaren Wortlauts bzw. der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 ABV eine anderweitige Klassifizierung von Solaranlagen vornehmen wollten.

53 Aus einer (Gebäude-)technischen Warte bestünden dagegen durchaus Argumente, nachgerade Sonnenkollektoren, aber auch PV-Anlagen zur überwiegenden Eigenstromproduktion an Gebäuden als Ausrüstungen anzusehen, da diese als Energieproduktionsanlagen in unmittelbarem Bezug für die Benützung des betreffenden Gebäudes stehen. So gelten Solaranlagen auf Dächern nach Massgabe von Art. 18a RPG, grundsätzlich als zonenkonform, auch wenn überschüssiger Strom ins öffentliche Netz eingespiesen wird (BRGE II Nr. 0174/2013 vom 3. Dezember 2013, E. 7). Im Ergebnis scheint das Verwaltungsgericht in VB.2019.00555, a.a.O., E. 4.3, bei Solaranlagen zumindest von einer dienenden Funktion und implizit einer Ausrüstung auszugehen. Im Zusammenhang mit der Würdigung der Wesensgleichheit ausserhalb der Bauzone gemäss Art. 24c Abs. 4 RPG<sup>1</sup> führte das Verwaltungsgericht aus, dass, geht es um die Errichtung von Solaranlagen an der Gebäudehülle des Gebäudes, welches sie mit Energie versorgen sollen, diese als für eine energetische Sanierung notwendig betrachtet werden können.

#### 7. Weitere im Zusammenhang mit der gutachterlichen Fragestellung relevante Einzelaspekte

54 Solaranlagen können zu einer wesentlichen Beeinträchtigung eines Kulturdenkmals führen. Gemäss Art. 18a Abs. 3 RPG bedürfen Solaranlagen auf Kultur- und Naturdenkmälern von kantonaler oder nationaler Bedeutung stets einer Baubewilligung und dürfen solche Denkmäler nicht wesentlich beeinträchtigen. Nach Art. 32b lit. b der Raumplanungsverordnung (RPV) zählen Gebiete im Perimeter des Bundesinventars der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) mit Erhaltungsziel A zu solchen Kulturdenkmälern. Das Gleiche trifft zu für im kantonalen Richtplan bezeichnete Objekte, namentlich Denkmalschutzobjekte von überkommunaler Bedeutung.

55 Solaranlagen auf solchen Objekten bedürfen einer Baubewilligung. § 2a lit. a der Bauverfahrensverordnung (BVV; LS 700.6) sieht zudem eine Bewilligungspflicht vor für Solaranlagen in Kernzonen, im Geltungsbereich einer anderen Schutzanordnung oder eines Ortsbild- oder

---

<sup>1</sup> Gemäss Art. 24c Abs. 4 RPG müssen Veränderungen am äusseren Erscheinungsbild für eine zeitgemässe Wohnnutzung oder eine energetische Sanierung nötig sein.

überkommunalen Denkmalschutzinventars, im Gewässerraum und im Uferstreifen vor (zur Hierarchisierung der Interessen de lege ferenda vgl. Ziff. 25).

56 Es ist stets im Einzelfall zu prüfen, ob eine wesentliche Beeinträchtigung vorliegt.

## V. Schlussfolgerung und Beantwortung der Gutachtensfragen

### **1. Stellen PV-Anlagen technische Einrichtungen für Bauten und Anlagen dar, die der Benützung oder der Sicherheit dienen und fallen sie demnach unter den Begriff der «Ausrüstung» gemäss § 4 ABV?**

57 In § 1 Abs. 2 ABV werden Anlagen für die Nutzung von Sonnenenergie ausdrücklich als Anlagen klassifiziert, womit der Verordnungsgeber in der ABV entsprechende Solaranlagen nicht als Ausrüstung im Sinne von § 4 ABV verstanden haben wollte.

58 Aus einer technischen Überlegung heraus erscheint es denkbar, nachgerade an Gebäude angebrachte Solarkollektoren zur Warmwasseraufbereitung und hauptsächlich zur Eigensstromproduktion dienende PV-Anlagen als Ausrüstungen zu klassieren. Diese stehen in funktionaler Einheit mit den Gebäuden sowie in dienender Funktion. Jedoch besteht aufgrund der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 ABV u.E. kein Raum für eine solche Qualifikation.

59 Die an sich klare Legaldefinition ist keiner Auslegung zugänglich. Im Interesse der Einheitlichkeit der kantonalen Planungs- und Baugesetzgebung ist davon auszugehen, dass der Begriff der «Ausrüstungen» einheitlich zu verwenden ist. Es bestehen bezüglich der Begriffsverwendung im PBG keine weiteren Anhaltspunkte, weshalb der in § 71 Abs. 1 PBG verwendete Begriff der «Ausrüstung» abweichend von der bzw. weitergehend als die Legaldefinition der Allgemeinen Bauverordnung zu verwenden ist (vgl. auch nachfolgend Frage 2.)

60 Ein anderslautender Prozessstandpunkt, als dass es sich bei PV-Anlagen um Ausrüstungen handelt, wäre in einem Rechtsmittelverfahren entsprechend risikobehaftet.

61 Mit dieser Legaldefinition durch den Verordnungsgeber – genehmigt durch den Kantonsrat – wurde in Bezug auf das Verhältnis zwischen § 71 Abs. 1 und Abs. 2 PBG jedoch ein gewisser innerer Widerspruch geschaffen (vgl. nachfolgend Frage 2.).

### **2. Ist es zulässig, gestützt auf § 71 PBG im Baubewilligungsverfahren bei Arealüberbauung gemäss Bau- und Zonenordnung (Art. 8 BZO) eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?**

62 Diese Frage beschlägt mehrere rechtsrelevante Aspekte. Zum besseren Leseverständnis wird die Beantwortung nachfolgend mit entsprechenden Unterfragen strukturiert.

#### **a) Bietet § 71 Abs. 1 und/oder Abs. 2 eine hinreichende gesetzliche Grundlage, um eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?**

63 Eine architektonisch bessere Gestaltung sowie die Sicherstellung einer zweckmässigen Ausrüstung und Ausstattung ist Motiv und Ziel der Regelung der Arealüberbauung. Dies als Gegenstück zur Privilegierung in Bezug auf eine erhöhte Ausnützung.

- 64 Stellt man auf das Verdikt gemäss Fragebeantwortung 1 ab, als dass es sich bei Solaranlagen baurechtlich um (Versorgungs-)Anlagen und nicht um Ausrüstungen handelt, wird zwischen § 71 Abs. 1 PBG sowie Abs. 2 ein innerer Widerspruch geschaffen, was folgt:
- 65 § 71 Abs. 1 PBG verlangt für Arealüberbauungen eine besonders gute Gestaltung von Bauten und Anlagen und (deren) zweckmässige Ausstattung und Ausrüstung. Die Beurteilung wird durch die nicht abschliessenden Kriterien des § 71 Abs. 2 PBG strukturiert.
- 66 § 71 Abs. 2 lit. e PBG gibt das Kriterium der qualitativ guten Versorgungs- und Entsorgungslösung vor. § 71 Abs. 2 lit. e PBG bietet im Grundsatz wohl eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Statuierung von Mehranforderungen gegenüber der Regelbauweise bzw. den Standardanforderungen auch mit Blick auf die Ver- und Entsorgungslösung, soweit damit hier interessierend *Ausrüstungen* umfasst werden. Mit der ausdrücklichen Erwähnung der Versorgungs- und Entsorgungslösung wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass die blosse Beachtung der für die Regelüberbauung geltenden Anforderungen im Einzelfall nicht ausreicht (vgl. BEZ 2011, a.a.O., Nr. 27, E. 4.1). Entsprechend können im Grundsatz auch diesbezüglich Mehranforderungen als Gegenstück zur zum Teil substantiellen Privilegierung bezüglich der Bauweise bei Arealüberbauungen verlangt werden,
- 67 Der Begriff der Versorgungs- und Entsorgungslösung ist im Gesetz selber nicht definiert. Nachgerade der Begriff der «Versorgung» wird im PBG erschliessungsrechtlich verwendet (vgl. § 236 Abs. 1 PBG, vgl. auch Art. 4 des Eigentums- und Wohnbauförderungsgesetzes, WEG; SR 843). Der Begriff der Versorgungs- und Entsorgungslösung in § 71 Abs. 2 lit. e PBG ist somit weitergehend als die blosse Ausrüstung von Gebäuden («Haustechnik») gemäss § 71 Abs. 1 PBG, da er auch Erschliessungsanlagen der Feinerschliessung mitumfasst.
- 68 PV-Anlagen gelten als Erschliessungs- bzw. Versorgungsanlagen (vgl. BGr. 1C\_62/2018 vom 12. Dezember 2018, E. 6.2.2; JÄGER, Praxiskommentar RPG, a.a.O., Art. 18a Rz. 26, FN 41). Sie können demnach unter das Kriterium «Versorgungs- und Entsorgungslösung» gemäss § 71 Abs. 2 lit. e subsumiert werden. Die Mehranforderungen sind gegenüber den Vorgaben im Energiegesetz und den ausführenden Verordnungen und Vorschriften denkbar, welche – nach den dort statuierten Voraussetzungen – für die Regelbauweise gelten.
- 69 Da die örtlichen Baubehörden Arealüberbauungen insbesondere nach den in § 71 Abs. 2 PBG genannten Kriterien zu prüfen haben – andernfalls sie eine Ermessensunterschreitung begehen würden und ihnen dabei ein geschütztes Ermessen zusteht –, könnte damit die Auffassung vertreten werden, dass § 71 Abs. 2 PBG eine hinreichende gesetzliche Grundlage für entsprechende Vorgaben zur Erstellung von PV-Anlagen im Sinne einer Mehranforderung gegenüber der Regelbauweise bildet.
- 70 In diesem Sinn hat auch das Baurekursgericht eine Anschlusspflicht an ein Fernwärmenetz direkt gestützt auf § 71 Abs. 2 PBG unter dem Titel der Versorgungs- und Entsorgungslösung als rechtmässig erachtet (vgl. BEZ 2020 Nr. 15, a.a.O., E. 4.3, wobei in casu ein hinreichendes öffentliches Interesse verneint wurde).
- 71 Das Verwaltungsgericht erachtete in einem älteren Entscheid, dass «die öffentlichen Interessen u.a. auch auf eine zweckmässige *Erschliessung* zielen.» (VB.96.00174, a.a.O., E. 3d).
- 72 Jedoch war In der bisherigen Rechtsprechung die Diskrepanz zwischen § 71 Abs. 1 und 2 PBG soweit ersichtlich noch nicht entscheidgegenständlich. Sollte diese Rechtsfrage Streitgegenstand werden in einem Rechtsmittelverfahren, obläge es den Gerichten, mittels Auslegung des § 71 PBG nach dem wahren Gehalt zu suchen, verbunden mit dem entsprechenden Prozessrisiko.

**b) Ist es aus Sicht des vorausgesetzten öffentlichen Interesses zulässig, eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?**

- 73 Die Zulässigkeit zur konkreten Vorgabe der Erstellung von PV-Anlagen beurteilt sich unter diesem Gesichtspunkt danach, ob für die konkrete Vorgabe einer bestimmten Energieerzeugungstechnik ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht.
- 74 Das öffentliche Interesse wird weitgehend durch den Gesetzgeber bestimmt.
- 75 De lege ferenda soll der Energiebedarf von Neubauten für Heizung, Warmwasser (...) ohne CO<sub>2</sub>-Emissionen aus fossilen Brennstoffen gedeckt werden (§ 11 Abs. 1 E-EnerG) und auch bei einem Heizungsersatz sind nach Massgabe von § 11 Abs. 2 E-EnerG ausschliesslich erneuerbare Energien einzusetzen. § 10c Abs. 1 E-EnerG verlangt, dass ein Teil der benötigten Elektrizität selbst erzeugt wird. Dies mit einer Anlage auf dem Grundstück oder mittels Zusammenschlusses zum Eigengebrauch (zu den Minderanforderungen vgl. § 10c Abs. 2 E-EnerG). Die Vorgaben sind grundsätzlich offen formuliert und nicht an eine Technologie gebunden (Antrag des Regierungsrates Nr. 5614 vom 22. April 2020 zur Änderung des Energiegesetzes, S. 14).
- 76 Daraus kann ein öffentliches Interesse abgeleitet werden, dass erneuerbare Energien generell zu fördern sind (vgl. § 1 lit. f E-EnerG) und auch die Versorgungssicherheit sicherzustellen ist («ausreichende, umweltschonende, wirtschaftliche und sichere Energieversorgung», § 1 lit. a E-EnerG). Bereits unter der bisherigen Rechtsprechung (vgl. Rz. XX) durften die Gemeinden im Rahmen der Bewilligung von Arealüberbauungen energiepolitische Ziele verfolgen bzw. ein öffentliches Interesse an der Nutzung von erneuerbaren Energiequellen wurde bejaht, wobei nachgerade die Förderung von Solaranlagen unter diesem Aspekt gewürdigt werden darf (vgl. auch Antrag 5614 des Regierungsrates zur Änderung des Energiegesetzes, a.a.O., S. 11).
- 77 Auch wenn zur de lege ferenda vorausgesetzten Eigenstromproduktion zu PV-Anlagen aktuell wohl wenig bis keine alternativen Konkurrenzsysteme denkbar sind, müsste zusätzlich die mit der Vorgabe von PV-Anlagen angestrebte Monopolisierung dieser Technologie im Einzelfall im öffentlichen Interesse liegen.
- 78 Nachdem der Gesetz- und soweit aus E-BBV I ersichtlich der Verordnungsgeber darauf verzichtet haben, diesbezüglich eine Priorisierung oder Hierarchisierung vorzunehmen, dürfte u.E. für eine entsprechende Priorisierung von PV-Anlagen in der Rechtsanwendung – wenn auch im Zusammenhang mit Arealüberbauungen – wohl eher kein Raum bestehen.
- 79 Diese Risikoeinschätzung ergeht mit Blick auf den relativ kürzlich ergangenen Entscheid des Baurekursgerichts BEZ 2020 Nr. 15, a.a.O., E. 4.3. Nach der hier vertretenen Lesart dieses Entscheids hat das Baurekursgericht ein öffentliches Interesse an einer Anschlusspflicht an ein Fernwärmenetz verneint, da die Bauherrschaft mit einer Wärmepumpe und in Übereinstimmung mit der Energieplanung ein (ebenfalls) umweltschonendes System realisieren wollte.
- 80 Insbesondere dort, wo eine Bauherrschaft mittels eines gleichwertigen und mit den Vorgaben des Energiegesetzes konformen Systems eine Eigenstromproduktion vornehmen kann oder will, oder aber eine Arealüberbauung sich in einem Perimeter befindet, in welchem die Energieplanung auch andere Systemlösungen vorsieht, erscheint es deshalb fraglich, ob eine Vorgabe zur Realisierung zwingend einer PV-Anlage vor dem Hintergrund der doch eher der Baufreiheit verpflichteten Rechtsprechung Bestand hätte. Zumindest dürfte diese Vorgabe

nicht so streng ausgestaltet werden, dass äquivalente Systemlösungen, die dem verfolgten öffentlichen Interesse ebenso Rechnung tragen, dadurch ausgeschlossen würden.

**c) Ist es aus Sicht Verhältnismässigkeitsprüfung zulässig, eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bzw. zur Eigenstromproduktion zu machen?**

- 81 Die Frage nach der Verhältnismässigkeit einer Massnahme stellt sich nur, wenn an ihr überhaupt ein zulässiges öffentliches Interesse besteht. Die Verhältnismässigkeitsprüfung einer Mehranforderung muss zudem stets im konkreten Einzelfall erfolgen. Insoweit können in diesem Gutachten diesbezüglich einzig generelle Aspekte aufgeworfen werden.
- 82 Der kantonale Gesetzgeber hat dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz auf Stufe Gesetz sowohl im (teilrevidierten) EnerG wie auch in weiten Teilen des PBG insoweit Rechnung getragen, als dass die Gesetze zwar Anforderungen statuieren, es dabei aber in der Regel der Bauherrschaft überlassen wird zu entscheiden, wie sie diese erreichen kann oder will. So werden weder im PBG noch im (teilrevidierten) Energiegesetz die konkrete Art des Energieträgers bzw. eine konkrete Technik vorgegeben.
- 83 Dies ermöglicht einen gebotenen Projektierungsspielraum für die Bauherrschaft, um im Einzelfall und unter Berücksichtigung von weiteren sich konkret stellenden, öffentlichen oder nachbarschaftsrechtlichen Interessen reagieren zu können. Eine starre «Vorgabe» der Erstellung einer PV-Anlage würde diesem Grundsatz widersprechen und im Einzelfall unter Umständen im Konflikt stehen bspw. zu denkmalpflegerischen oder ortsbildschutzrechtlichen Interessen. Wird der Bauherrschaft eine entsprechende Wahl- und Projektierungsfreiheit eingeräumt, ist damit ein weniger intensiver Eigentumseingriff verbunden.
- 84 Es muss demnach auch unter dem Aspekt der gebotenen Einzelfallbeurteilung als fraglich erscheinen, ob die Vorgabe, in jedem Fall PV-Anlagen zwingend vorzuschreiben Bestand hätte, auch wenn davon ausgegangen werden kann, dass ein grosser Teil der neue vorgeschriebenen Eigenstromproduktion durch PV-Anlagen zu decken sein wird (Antrag 5614 des Regierungsrates zur Änderung des Energiegesetzes, a.a.O., S. 13).

**d) Fazit**

- 85 Eine Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bei Arealüberbauungen im Sinne einer Mehranforderung könnte allenfalls auf § 71 Abs. 1 in Verbindung mit § 71 Abs. 2 lit. e PBG abgestützt werden. Diese Rechtsauffassung ist allerdings aufgrund der fehlenden Rechtsprechung und der klaren Qualifikation des Gesetzgebers von PV-Anlagen als Anlagen und nicht als Ausrüstungen mit einem entsprechenden Prozessrisiko behaftet.
- 86 Auch wenn an der Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bei Arealüberbauungen im Sinne der Förderung der erneuerbaren Energien und Versorgungssicherheit ein öffentliches Interesse geltend gemacht werden kann und zudem diese Zielsetzungen im Rahmen von Arealüberbauungen von den Gerichten bereits als öffentliches Interesse anerkannt worden sind, so ist wohl ein öffentliches Interesse an der konkreten Vorgabe einer bestimmten Technologie zur Erreichung dieser Ziele kaum zu begründen. Zumindest müsste eine äquivalente Systemlösung wohl ebenfalls zugelassen werden.
- 87 Aus den gleichen Gründen (Ausschluss anderer Technologie zur Erreichung des Ziels) ist auch die Verhältnismässigkeit einer solchen Vorgabe zweifelhaft.

### **3. Kann allenfalls basierend auf eine andere gesetzliche Grundlage eine solche Vorgabe im Rahmen des Bewilligungsverfahrens gemacht werden?**

- 88 §§ 69 ff. PBG betreffend die Arealüberbauungen und insbesondere § 71 Abs. 2 PBG stellen lex specialis dar (vgl. BGr. 1C\_313/2015, a.a.O., E. 4.1).
- 89 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.
- 90 Gemäss § 72 Abs. 1 PBG kann die (kommunale) Bau- und Zonenordnung Bauvorschriften enthalten, die von den Bestimmungen für die Regelbauweise und von den kantonalen Mindestabständen abweichen. Die Vorschriften über die (Regel-)Bauweise bestimmen, ob und unter welchen Voraussetzungen offen oder geschlossen zu bauen ist, welche Dachformen gestattet sind und welche anderen Regeln über die Erscheinung der Gebäude beachtet werden müssen (§ 252 PBG). Die Vorgabe zur Erstellung von PV-Anlagen bei Arealüberbauungen kann nicht als abweichende Regelung von der Regelbauweise im Sinne von § 72 Abs. 1 PBG verstanden werden.
- 91 Mit § 49 Abs. 2 lit e PBG wird den Gemeinden ermöglicht, für die Regelbauweise Anordnungen zur Erleichterung der Nutzung von Sonnenenergie zu erlassen. Die bundesrechtlichen Bedingungen (bspw. bundesrechtliche Bewilligungspflicht; Art. 18a RPG) setzen solchen Anordnungen jedoch enge Grenzen. Eine kommunale BZO-Bestimmung, welche eine zwingende Erstellung von PV-Anlagen vorschreibt, dürfte nicht rechtmässig sein, da sie gegen die kantonale Energiegesetzgebung verstösst, welche explizit Raum für verschiedene Standardlösungen vorsieht. Im Zusammenhang mit der Recht- und Zweckmässigkeit einer solchen Bestimmung muss auf die unter Frage 2 ergangene Einschätzung zum öffentlichen Interesse sowie der Verhältnismässigkeit verwiesen werden.
- 92 Auch direkt gestützt auf de lege ferenda § 10c EnerG ist keine entsprechende Anordnung möglich, da auch mit geändertem Energiegesetz keine Privilegierung einer bestimmten Technik einhergeht (so ausdrücklich Antrag 5614 des Regierungsrates zur Änderung des Energiegesetzes, a.a.O., S. 14).

**Michael Steiner**

**Monika Mörikofer**