

Regierungsratsbeschluss

vom 28. Februar 2023

Nr. 2023/251

KR.Nr. VET 0033/2023 (BJD)

Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter Stellungnahme des Regierungsrates zum Verordnungsveto (Nr. 497)

1. Ausgangslage

Am 25. Januar 2023 haben 21 Mitglieder des Kantonsrates gegen die Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter vom 12. Dezember 2022 Einspruch erhoben (VETO Nr. 497). Der Einspruch wurde folgendermassen begründet:

Insbesondere § 1 Abs. 2, § 1 Abs. 3 und § 2 Abs.1 lit. b sind aus nachfolgenden Gründen nicht gesetzeskonform und nicht rechtmässig:

1. § 1 Abs. 2

Diese Bestimmung ist zu streichen, weil einerseits die Umkehr der Beweislast gegen das im Verwaltungsverfahren geltende Officialprinzip nach Art. 14 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG) verstösst und andererseits die Beweislast-Verteilung Sache des Bundes ist (Art. 8 Zivilgesetzbuch [ZGB]).

2. § 1 Abs. 3

Diese Bestimmung ist zu streichen, weil der Kanton mit dieser Bestimmung eigene, restriktivere Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung schafft.

3. § 2 Abs. 1 lit. b

Diese Bestimmung ist zu ergänzen mit folgendem Zusatz «... aus technischen Gründen nicht möglich ist, namentlich wenn die Dachfläche für andere betriebsnotwendige Einrichtungen benötigt wird oder die Erstellung einer Solaranlage an der Fassade nicht möglich ist; oder». Grund für diese Änderung ist, dass es in Übereinstimmung mit der bundesrechtlichen Bestimmung klar sein muss, dass es sich in § 2 Abs. 1 um eine alternative und nicht um eine kumulative Aufzählung handelt.

Weitere Begründungen im Rat werden vorbehalten.

2. Zustandekommen

Mit Verfügung vom 26. Januar 2023 haben die Parlamentsdienste festgestellt, dass der Einspruch gegen die Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter zustande gekommen ist.

Der Regierungsrat wurde eingeladen, bis 7. März 2023 schriftlich zum Einspruch Stellung zu nehmen.

3. Stellungnahme des Regierungsrates

3.1 Vorbemerkungen

Zur besseren Nachvollziehbarkeit der untenstehenden Ausführungen und auch der Systematik soll an dieser Stelle Art. 45a des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0), der in der Herbstsession 2022 vom Bundesparlament beschlossen wurde und per 1. Oktober 2022 in Kraft getreten ist, wiedergegeben werden. Durch die Lektüre des entsprechenden Gesetzestextes sollten sich einige der im Einspruch aufgeworfenen Fragen direkt beantworten lassen.

Art. 45a Pflicht zur Nutzung der Sonnenenergie bei Gebäuden

¹ *Beim Bau neuer Gebäude mit einer anrechenbaren Gebäudefläche von mehr als 300 m² ist auf den Dächern oder an den Fassaden eine Solaranlage, beispielsweise eine Photovoltaik- oder eine Solarthermieanlage, zu erstellen. Die Kantone können diese Pflicht auch bei Gebäuden mit einer anrechenbaren Gebäudefläche von 300 m² oder weniger vorsehen.*

² *Die Kantone regeln die Ausnahmen, insbesondere wenn das Erstellen einer Solaranlage:*

a. anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften widerspricht;

b. technisch nicht möglich ist; oder

c. wirtschaftlich unverhältnismässig ist.

³ *Bis zum Inkrafttreten der kantonalen Gesetzesbestimmungen zu den Ausnahmen regeln die Kantonsregierungen diese auf Verordnungsstufe.*

⁴ *Kantone, welche Anforderungen zur Eigenstromerzeugung bei Neubauten gemäss MuKE 2014 Teil E oder weitergehend bis am 1. Januar 2023 eingeführt haben, sind von der Umsetzung der Absätze 1-3 befreit.*

3.2 Zum Sinn und Zweck der Verordnung

Der Bundesgesetzgeber hat mit Art. 45a EnG für diverse Kantone, nämlich diejenigen, welche die Voraussetzungen nach Art. 45a Abs. 4 EnG nicht erfüllen (so auch der Kanton Solothurn), eine Solarpflicht auf Neubauten ab einer gewissen Grösse vorgesehen. Die Regelung gilt seit dem 1. Januar 2023 (vgl. Art. 75b EnG). Diese Kantone wurden ebenso verpflichtet, Ausnahmen zu regeln (vgl. Art. 45a Abs. 2 EnG). Dafür zählt der Bundesgesetzgeber beispielhafte Konstellationen auf. Die betroffenen Kantone waren bzw. sind in der Pflicht, eine sogenannte gesetzesvertretende Verordnung zu erlassen. Gesetzliche Grundlage für die Ausnahmen bildet mithin die vorliegend streitbetroffene Verordnung, die der Regierungsrat am 12. Dezember 2022 erlassen hat. Durch den Einspruch wurde die Verordnung einstweilen unwirksam. Im Falle der Bestätigung des Einspruchs durch den Kantonsrat fallen die seit dem Einspruch gehemmten Rechtswirkungen der Verordnung dahin. Dementsprechend sind keine Ausnahmen mehr anwendbar, die Solarpflicht für Gebäude mit einer anrechenbaren Gebäudefläche von mehr als 300 m² gilt mithin absolut und ausnahmslos. Kurz gesagt: Keine Verordnung - keine Ausnahmen.

3.3 Zur Zuständigkeit des Regierungsrates

Im Einspruchstext nicht aufgeführt, aber in der Presse kolportiert wurde die Auffassung, der Regierungsrat sei gar nicht zuständig zum Erlass der streitbetroffenen Verordnung. Zudem haben die entsprechenden Kantonsräte mit Mail vom 22. Februar 2023, mithin zwölf Tage nach Ablauf der Vetofrist, zu Handen der Parlamentsdienste eine erweiterte Begründung zur angeblichen Unzuständigkeit des Regierungsrates nachgereicht.

Wie Art. 45a Abs. 2 EnG entnommen werden kann, regeln die Kantone die Ausnahmen. Dabei handelt es sich um einen üblichen Gesetzgebungsauftrag zu Handen der Kantone. Art. 45a Abs. 3 EnG stellt jedoch unmissverständlich klar, dass bis zum Inkrafttreten allfälliger Gesetzesbestimmungen die Kantonsregierungen die Ausnahmen auf Verordnungsstufe zu regeln haben. Vor dem Hintergrund, dass die Bundesbestimmungen innert weniger Wochen umgesetzt werden mussten, macht eine solche Kompetenzregelung auch Sinn. Art. 45a Abs. 3 EnG übersteuert bzw. derogiert damit die «übliche» Kompetenzordnung gemäss Art. 71 Abs. 2 der Kantonsverfassung vom 8. Juni 1986 (KV; BGS 111.1) zum Erlass von Einführungsverordnungen. Dass das Bundesrecht dem kantonalen Recht vorgeht, sieht Art. 49 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101) explizit vor. Für eine (kantonale) verfassungskonforme Auslegung von Bundesrecht in dem Sinne, dass der Kantonsrat für den Erlass der Einführungsverordnung zuständig wäre, besteht angesichts des klaren Wortlautes von Art. 45a Abs. 3 EnG kein Raum.

Soweit darüber hinaus in den Raum gestellt wurde, beim Vorrang des Bundesrechts würde das Vetorecht des Kantonsrates auch dahinfallen, sei Folgendes erwähnt: Einerseits regelt Art. 45a Abs. 3 EnG nur, aber immerhin, die Kompetenzordnung zum Erlass der Verordnung. Allfällige Vetorechte (die übrigens nur der Kanton Solothurn kennt), werden dadurch nicht direkt in Abrede gestellt, zumal diese die eigentliche Zuständigkeitsordnung nicht berühren. Andererseits wurde im Nachgang zum Erlass der entsprechenden Bundesbestimmung im Herbst 2022 seitens zuständiger Personen des Bundes die Ansicht vertreten, das solothurnische Vetorecht des Kantonsrates finde keine Anwendung auf Art. 45a Abs. 3 EnG, da das Bundesrecht auch in diesem Punkt vorgehe. Der Regierungsrat hat ungeachtet dieser Einschätzung des Bundes gestützt auf die vorstehend dargelegten Gründe die entsprechende Verordnung dennoch dem Vetorecht unterstellt.

Zusammengefasst ist der Vorwurf, der Regierungsrat handle ausserhalb seines Zuständigkeitsbereichs, nachweislich falsch.

3.4 Zu § 1 Abs. 2 der Verordnung

§ 1 Abs. 2 der Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter vom 12. Dezember 2022 lautet wie folgt:

Ersucht die Bauherrschaft um eine Ausnahme nach § 2, so trägt sie für den Nachweis der entsprechenden Voraussetzungen die Beweislast.

Die Einsprecher führen an, die Bestimmung widerspreche dem Officialprinzip (gemeint ist der Untersuchungsgrundsatz) nach Art. (recte: §) 14 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 15. November 1970 (VRG; BGS 124.11) und kehre in unzulässiger Weise die Beweislast um.

Vorneweg ist zu bemerken, dass die Vorschrift den Untersuchungsgrundsatz in keiner Weise tangiert. Die Baubehörde wird den Sachverhalt weiterhin von Amtes wegen zu untersuchen haben. Beweislast und Untersuchungsgrundsatz haben in verwaltungsrechtlichen Verfahren nichts miteinander zu tun (siehe dazu unten mehr). Der Einspruch ist in diesem Punkt unbegründet.

Nichtsdestotrotz soll an dieser Stelle Folgendes, insbesondere zum besseren Verständnis eines Verwaltungsverfahrens, angemerkt werden:

Eine starke Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes findet sich bereits heute in § 26 VRG, die Mitwirkungspflicht der Parteien (siehe auch BGE 138 II 465 m.w.H.). Gerade im Baubewilligungsverfahren und insbesondere wenn es um die Erteilung einer Ausnahmebewilligung geht, ist es rechtmässig, sachlogisch und gängige Praxis, dass die Bauherrschaft die entsprechende Bewilligung erstens zu beantragen und zweitens auf die entsprechenden Sachverhaltselemente hinzuweisen hat. Dies gilt insbesondere für Tatsachen, welche sie besser kennt als die Behörde (BGE 138 II 465). Gerade wenn es beispielsweise darum geht, dass die Erstellung einer Solaranlage aus wirtschaftlichen Gründen unverhältnismässig sein soll, kann niemand anders als die Bauherrschaft die entsprechenden Offerten und Baukostenberechnungen beibringen. Auch im «gewöhnlichen» Baurecht ist es Sache der Bauherrschaft darzulegen, gestützt auf welchen Sachverhalt sie die Ausnahmebewilligung begehrt und die entsprechenden Sachverhaltselemente beizubringen und soweit möglich zu belegen. Wäre dem nicht so, könnte die Bauherrschaft die Ausnahmebewilligung beantragen und der Baubehörde mit dem lapidaren Hinweis auf die Untersuchungsmaxime vorhalten, diese habe die entsprechenden Sachverhaltselemente überhaupt erst zu suchen.

Soweit noch die unzulässige Beweislastumkehr gerügt wird, vermag das Argument der Einsprecher ebensowenig zu überzeugen. Vom Untersuchungsgrundsatz ist nämlich die objektive Beweislast zu unterscheiden. Bleibt eine rechtserhebliche Tatsache trotz rechtskonform durchgeführtem Verfahren unbewiesen, trägt nach den üblichen Beweislastregeln, die auch im öffentlichen Recht als allgemeiner Rechtsgrundsatz gelten, diejenige Person die Folgen, die Rechte aus der behaupteten, aber unbewiesenen Tatsache ableitet (vgl. BGE 144 II 332). Bei der Ausnahmebewilligung ist es die Bauherrschaft, welche aus den entsprechenden behaupteten Tatsachen eine Rechtsfolge für sich ableiten will. Sie trägt folglich auch die Beweislast. Die in der Verordnung vorgesehene Bestimmung widerspiegelt somit nichts anderes als die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Eine eigentliche Umkehr der Beweislast findet, entgegen den im Einspruch geäusserten Befürchtungen, nicht statt.

Die entsprechenden Einwände zur angeblichen Rechtswidrigkeit von § 1 Abs. 2 der streitgegenständlichen Verordnung sind mithin unbegründet.

3.5 Zu § 1 Abs. 3 der Verordnung

§ 1 Abs. 3 der Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter vom 12. Dezember 2022 lautet wie folgt:

Ausnahmen nach § 2 Absatz 1 Buchstabe a und b werden nur gewährt, wenn die Solaranlage trotz Berücksichtigung der wirtschaftlich zumutbaren technischen und gestalterischen Möglichkeiten nicht erstellt werden kann.

Die Einsprecher führen an, diese Bestimmung sei zu streichen, weil damit eigene, restriktivere Voraussetzungen für eine Ausnahmebewilligung geschaffen werden.

Hiezu ist auf den Charakter einer Ausnahmebewilligung zu verweisen, welcher in der Rechtsprechung vielfach definiert wurde: Ausnahmeregelungen bezwecken, im Einzelfall Härten und offensichtliche Unzweckmässigkeiten zu beseitigen. Solche Härtefälle können als Folge besonderer Umstände auftreten, mit denen die notwendigerweise generalisierenden und schematisierenden Normen nicht gerechnet haben. Voraussetzung für die Erteilung einer Ausnahmebewilligung ist, dass besondere Umstände vorliegen (sog. Ausnahmesituation). Ob dies im konkreten Fall zutrifft, ist sorgfältig zu prüfen, da eine leichtfertige Erteilung von Ausnahmebewilligungen die verfassungsrechtlichen Gebote der Gesetzmässigkeit der Verwaltung und der rechtsgleichen

Behandlung der Bürger verletzen würde. Die Gewährung einer Ausnahmeregelung impliziert eine Ausnahmesituation und kann nicht zur Regel werden, andernfalls würde die für die Erteilung von Baubewilligungen zuständige Behörde den kantonalen oder kommunalen Gesetzgeber durch ihre abweichende Praxis ersetzen. Es geht um ein Gleichgewicht zwischen den öffentlichen und privaten Interessen an der Einhaltung der Bestimmungen, von denen abzuweichen wäre, und den Interessen des privaten Eigentümers an der Gewährung einer Ausnahmeregelung, wobei rein wirtschaftliche Gründe oder die Absicht, die beste architektonische Lösung oder eine optimale Landnutzung zu erreichen, für sich allein nicht ausreichen, um eine Ausnahmeregelung zu rechtfertigen (vgl. BGE 117 Ia 141 E. 4 S. 146; 112 Ib 51 E. 5 S. 53; Urteil 1C_279/2018 vom 17. Dezember 2018 E. 4.1.3; je mit Hinweisen).

Damit ist dargetan, dass Ausnahmegewilligung, bereits ihrem Wortlaut entsprechend, eine Ausnahme darstellen sollen und müssen. Der Bundesgesetzgeber hat mit Art. 45a EnG normiert, dass beim Neubau von Gebäuden ab einer gewissen Grösse Solaranlagen zu erstellen sind. Dies stellt die Regel dar, unbeschrieben davon, ob dies in politischer Hinsicht goutiert wird. Die entsprechenden Ausnahmen hierzu sind und bleiben Ausnahmen. Im konkreten Fall, bei den Solaranlagen, geht es mithin darum, dass die Bauherrschaft zwingend zu prüfen hat, ob mit der gesetzlichen Regelung in Einklang stehende Varianten zur Erstellung einer Solaranlage realisierbar sind. Dazu ein Beispiel: Steht ein Neubau mit einem Satteldach in einer Ortsbildschutzzone zur Diskussion, wobei nur die strassenseitige Erstellung einer Solaranlage aus Gründen des Ortsbildschutzes nicht zulässig wäre, so kann sich die Bauherrschaft nicht von der vom Bundesgesetzgeber normierten Solarpflicht befreien, ohne eine Erstellung der Solaranlage an der strassenabgewandten Seite geprüft zu haben. Die entsprechenden technischen und gestalterischen Alternativen sind nur, aber immerhin, im Rahmen des wirtschaftlich Zumutbaren - so steht es denn auch in der Verordnung geschrieben - zu prüfen.

In Anbetracht der vom Bundesgesetzgeber vorgesehenen Solarpflicht und dem restriktiven Charakter einer Ausnahmegewilligung kann keineswegs davon die Rede sein, dass § 1 Abs. 3 der Verordnung restriktivere Voraussetzungen schafft. Vielmehr dient sie, im Übrigen gleich wie § 1 Abs. 2, den kommunalen Baubehörden als Klar- und Hilfestellung für die tagtägliche Arbeit.

3.6 Zu § 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung

§ 2 Abs. 1 lit. b der Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter vom 12. Dezember 2022 lautet wie folgt:

Die Bauherrschaft ist von der Pflicht zur Erstellung einer Solaranlage befreit, wenn ihre Befolgung [...] aus technischen Gründen nicht möglich ist, namentlich wenn die Dachfläche für andere betriebsnotwendige Einrichtungen benötigt wird und die Erstellung einer Solaranlage an der Fassade nicht möglich ist;

Die Einsprecher verlangen, dass am Schluss der Bestimmung ein «oder» anzufügen ist. Ebenso solle das «und» zwischen «...benötigt wird...» und «...die Erstellung...» durch ein «oder» ersetzt werden. Grund für diese Änderung sei, dass es in Übereinstimmung mit der bundesrechtlichen Bestimmung klar sein muss, dass es sich in § 2 Abs. 1 um eine alternative und nicht um eine kumulative Aufzählung handelt.

Die Ausnahmetatbestände in § 2 lit. a - c sind *untereinander* selbstverständlich als alternativ zu verstehen. Dazu bedarf es aus legistischer Sicht nicht des Ausdrucks «oder» nach § 2 Abs. 1 lit. b. Dies ist denn auch im Regierungsratsbeschluss zur Verordnung sowie in der Arbeitshilfe für die Gemeinden dargelegt. Der Einspruch ist in diesem Punkt unbegründet.

Ebensowenig begründet ist die Ergänzung von § 2 Abs. 1 lit. b mit dem Ausdruck «oder» zwischen den betriebsnotwendigen Einrichtungen und den Solaranlagen an den Fassaden. Im Gegenteil, würde dieses «oder» eingefügt, so würde die Bestimmung der bundesrechtlichen Bestimmung widersprechen. So sieht das Bundesrecht vor, dass die Solaranlage auf den Dächern oder an den Fassaden zu erstellen ist. Von Bundesrechts wegen wird somit verlangt, dass - wenn das Dach nicht benützt werden kann - die Fassade entsprechend zur Benützung herangezogen werden muss. Ist die Erstellung der Solaranlage auf dem Dach mithin nicht möglich, muss bereits aus bundesrechtlicher Sicht die Erstellung an der Fassade geprüft werden. Das wird mit dem Verordnungstext dargetan.

3.7 Fazit

Sämtliche Vorhalte und angebliche Rechtswidrigkeiten, die im Einspruch dargelegt werden, erweisen sich als unbegründet. Die Verordnung steht - sowohl formell wie auch materiell - ohne Weiteres im Einklang mit dem übergeordneten Recht. Der Einspruch ist mithin abzulehnen.

4. Antrag des Regierungsrates

Ablehnung des Einspruchs gegen die Einführungsverordnung zum Bundesgesetz über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter.



Andreas Eng
Staatschreiber

Verteiler

Bau- und Justizdepartement
Bau- und Justizdepartement/Rechtsdienst (vs)
Volkswirtschaftsdepartement (2)
Energiefachstelle (2)
Staatskanzlei
Parlamentsdienste
Traktandenliste Kantonsrat