

Zürich,
26. Januar 2011

Weisung des Stadtrates an den Gemeinderat

Volksinitiative der Jungen Grünen, «Für eine sinnvolle Nutzung von Flachdächern», Antrag auf Ungültigerklärung

Einleitende Bemerkungen

Die Volksinitiative «Für eine sinnvolle Nutzung von Flachdächern» wurde am 15. Juli 2010 bei der Stadtkanzlei eingereicht. Die Volksinitiative hat folgenden Beschlussskizzenentwurf zum Gegenstand:

I. Die Bau- und Zonenordnung (BZO) der Stadt Zürich wird wie folgt geändert:

Art. 11.1 wird aufgehoben

Art. 11a Flachdächer (neu)

1. Flachdächer sind in allen Zonen ökologisch wertvoll zu begrünen. Wo immer möglich ist zusätzlich eine Sonnenenergienutzung zu installieren.
2. Ausgenommen von Abs. 1 sind Flächen, die als begehbare Terrassen genutzt sind.

Übergangsbestimmung:

Das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz) übernimmt die kostendeckende Einspeisevergütung von neu installierten Photovoltaikanlagen ausgelöst durch Art. 11a BZO ergänzend zur nationalen kostendeckenden Einspeisevergütung (KEV) solange, bis auf nationaler Ebene kein Einspeisevergütungslimit mehr besteht (Deckel).

II. Der Stadtrat setzt diese Änderung der Bau- und Zonenordnung in Kraft.

Zur Begründung schreiben die Initiantinnen und Initianten:

Bei neuen Gebäuden werden vorwiegend Flachdächer gebaut. Die wertvollen entstehenden Flächen werden jedoch zu wenig genutzt. Dabei gibt es auf diesen Flächen interessante Nutzungsmöglichkeiten, wie Gründächer, Energiegewinnung oder begehbare Terrassen.

Die Flachdachinitiative will, dass auf allen neuen Flachdächern in der Stadt Zürich zukünftig entweder eine zugängliche Dachterrasse gebaut wird, oder das Flachdach begrünt und wo sinnvoll mit einer Solarenergieanlage versehen wird. Sinnvoll heisst, dass sich die Solarenergiegewinnung energetisch am entsprechenden Standort auch lohnt. Zudem soll die Übergangsbestimmung gewährleisten, dass wer Strom auf seinem Flachdach produziert und dabei nicht in den Genuss von städtischen Fördermitteln oder der kostendeckenden Einspeisevergütung vom Bund gerät, trotzdem eine rentable Anlage betreiben kann.

Mit Beschluss Nr. 1509/2010 stellte der Stadtrat fest, dass die Volksinitiative zustande gekommen ist (§ 127 Gesetz über die politischen Rechte, GPR, LS 161). Ist wie vorliegend eine Initiative in Form eines ausgearbeiteten Entwurfs zustande gekommen, so hat der Stadtrat innert sechs Monaten nach ihrer Einreichung über ihre Gültigkeit bzw. Rechtmässigkeit zu entscheiden (§ 130 Abs. 1 GPR). Hält der Stadtrat die Initiative für unrechtmässig, so lässt er dies in einem Stadtratsbeschluss innert gleicher Frist feststellen und unterbreitet dem Gemeinderat den Antrag auf Ungültigerklärung (§ 130 Abs. 2 GPR). Mit StRB Nr. 1509/2010 wurde der Vorsteher des Hochbaudepartements beauftragt, die Volksinitiative auf ihre Gültigkeit hin zu prüfen und dem Stadtrat zuhanden des Gemeinderates, gestützt auf die erfolgten Untersuchungen, die entsprechenden Anträge zu stellen.

Gestützt auf die durchgeführte Prüfung der Rechtmässigkeit kann Folgendes festgehalten werden: Rechtmässig ist die Volksinitiative, wenn sie weder gegen übergeordnetes Recht

verstösst noch offensichtlich undurchführbar ist und wenn sie den Grundsätzen der Form- und Materieeinheit genügt (§ 121 Abs. 1 GPR i.V.m. Art. 28 Abs. 1 Kantonsverfassung, KV, LS 101). Auf kommunaler Stufe kann Gegenstand einer Initiative nur sein, was der Sache nach dem obligatorischen oder fakultativen Referendum untersteht (§ 96 Ziff. 1 Gemeindegesetz, GG, LS 131.1). Mit der vorliegenden Volksinitiative wird eine Änderung der Bau- und Zonenordnung (BZO) der Stadt Zürich verlangt. Solche Änderungen unterliegen dem fakultativen Referendum (Art. 12 i.V.m. Art. 41 lit. k Gemeindeordnung der Stadt Zürich, GO, AS 101.100).

Der Entwurf der Initiative im Vergleich zur heutigen Regelung

Auch wenn ein Flachdach nicht als Terrasse genutzt wird, muss nach heutigem Baurecht auf dem Dach keine Solaranlage erstellt werden. Hingegen besteht schon heute eine Begrünungspflicht (Art. 11 Abs. 1 BZO i.V.m. § 76 Planungs- und Baugesetz, PBG, LS 700.1). Eine Solarenergienutzung auf Dächern ist nach heutigem Recht erlaubt (§ 292 PBG und Art. 18b Abs. 2, 24d Abs. 3, 39 Abs. 3, 43 Abs. 2 BZO), sie wird aber nicht vorgeschrieben.

Der vorliegende Entwurf verlangt, dass jene Bereiche der Flachdächer, die nicht als Terrasse ausgestaltet sind, zwingend für die Nutzung von Solarenergie – kombiniert mit ökologisch wertvoller Begrünung – zu nutzen sind. Und zwar immer dann, wenn sich die Solarenergienutzung energetisch lohnt. Weiter sieht der Entwurf die Einführung einer Regelung zur kostendeckenden Einspeisevergütung vor, mit der sichergestellt werden soll, dass die verlangten Solaranlagen rentabel betrieben werden können.

Zur Durchführbarkeit

Der Initiativtext lässt offen, welchen spezifischen Anforderungen die zu erstellenden Solarenergieanlagen zu genügen haben, oder wodurch sich eine ökologisch wertvolle Begrünung auszeichnet. Auch bleibt unklar, gestützt auf welche technischen und/oder betriebswirtschaftlichen Kriterien die Baubehörde zu beurteilen hat, ob sich auf einem Flachdach eine Solaranlage energetisch lohnt. Weiter stellt sich die Frage, ob die Regelung gemäss Entwurf es zulässt, den sonnigen Teil eines Flachdachs der Terrassennutzung vorzubehalten, um im schattigen Bereich eines Flachdachs aus energetischen Gründen keine Solaranlage erstellen zu müssen.

Bei der Anwendung des vorliegenden Entwurfs durch die Baubehörde wäre also mit gewissen Schwierigkeiten zu rechnen. Eine offensichtliche Undurchführbarkeit liegt jedoch nicht vor.

Zur Einheit von Form und Materie

Die Initiative wurde ausschliesslich und vollständig als ausgearbeiteter Entwurf eingereicht, weshalb die Einheit der Form gewahrt ist.

Der Entwurf hat zwar zwei unterschiedliche Materien zum Gegenstand, die Solaranlagenpflicht zum einen und die kostendeckende Einspeisevergütung zum anderen. Weil aber diese beiden Teile der Initiative einen (wenn auch von den Initiantinnen und Initianten geschaffenen) sachlichen inneren Zusammenhang aufweisen und in einer sachlichen Beziehung zueinander stehen, bzw. dasselbe Ziel verfolgen, bleibt die Einheit der Materie gewahrt.

Zur Rechtmässigkeit der Initiative

Erwägungen betreffend Solaranlagen auf Flachdächern

Nach eidgenössischem Raumplanungsgesetz haben die Nutzungspläne (d.h. die Bau- und Zonenordnungen) die zulässige Nutzung des Bodens zu ordnen (Art. 14 Abs. 1 RPG, SR 700). Eine Bau- und Zonenordnung stellt ihrer Natur nach mehrheitlich eine Negativ-

planung dar, weil ihre Vorschriften – zwecks Umsetzung der richtplanerischen Vorgaben – primär die Grenzen des Eigentumsinhalts und damit der zulässigen Nutzung von Parzellen definieren. Die Lehre geht aber mehrheitlich davon aus, dass in der Raumplanung auch so genannte Positivplanungen zulässig sind, in deren Rahmen Vorschriften erlassen werden, die bestimmte Nutzungen für die von der Regelung erfassten Parzellen obligatorisch erklären. Ein Nutzungszwang liegt auch vor, wenn dieser sich nur auf Teile des Grundstücks bezieht, oder wenn bei einem Verzicht auf eine bestimmte Nutzung eine Alternativnutzung zwingend vorgeschrieben wird.

Positive Nutzungsvorschriften – wie der vorliegende Entwurf der Initiative – greifen in verfassungsmässig geschützte Rechte wie die Handels- und Gewerbefreiheit oder die Eigentumsgarantie ein. Sie bedürfen einer gesetzlichen Grundlage und müssen einem qualifizierten öffentlichen Interesse dienen; auch haben solche Vorschriften im Hinblick auf ihren Zweck geeignet, erforderlich und angemessen zu sein.

Mit dem vorliegenden Beschlussentwurf würde auf kommunaler Stufe eine gesetzliche Grundlage geschaffen für die Pflicht, auf Flachdächern entweder Solaranlagen kombiniert mit ökologisch wertvoller Begrünung oder begehbare Dachterrassen zu erstellen. Ob ein solcher Erlass verhältnismässig ist und einem öffentlichen Interesse dient, kann offen gelassen werden. Nachstehende Erwägungen zeigen, dass der Initiativentwurf keine zulässige Bauvorschrift nach kantonalem Planungs- und Baugesetz darstellt.

§ 46 Abs. 1 PBG schreibt vor, dass eine Nutzungsplanung die Überbaubarkeit und die Nutzweise von Grundstücken zu regeln hat; allerdings nur so weit, als dies nicht bereits abschliessend durch eidgenössisches oder kantonales Recht geschieht. Überdies sind die Gemeinden beim Erlass ihrer Bau- und Zonenordnung an die Institute, Mess- und Berechnungsweisen sowie an die Mindestanforderungen des kantonalen Rechts gebunden, soweit ihnen nicht ausdrücklich Abweichungen gestattet werden (§ 45 Abs. 2 PBG). Bei den kommunalen Bauordnungen handelt es sich um Ausführungsbestimmungen des kantonalen Baugesetzes.

Auf der Grundlage des eidgenössischen Raumplanungsgesetzes definiert das Planungs- und Baugesetz des Kantons Zürich abschliessend den *zulässigen Inhalt* einer kommunalen Nutzungsplanung. In § 48 PBG werden die zulässigen Zonen aufgeführt. Weiter bestimmt das Gesetz, welches die zulässigen Bauvorschriften sind (§§ 49 und 49a PBG) und welches die weiteren Festlegungen einer Bauordnung sind (§§ 66 bis 78 PBG). Die kantonalen Bestimmungen über die zulässigen Bauvorschriften bieten keine Grundlage dafür, mittels kommunalen Ausführungsbestimmungen auf Flachdächern den Bau von Solaranlagen vorzuschreiben, egal an welche Bedingungen eine solche Pflicht geknüpft wird.

Neben dem eigentlichen Regelungskatalog (in den §§ 49 und 49a PBG und §§ 66 bis 78 PBG) betreffend die zulässigen kommunalen Bauvorschriften kennt das kantonale Recht eine Reihe weiterer Bestimmungen, die ähnlich wie der Initiativentwurf einen mehr oder minder ausgeprägten Bau- und Nutzungszwang aufseiten der Grundeigentümerin oder des Grundeigentümers bewirken. Zu erwähnen ist zum Beispiel die Erstellungspflicht hinsichtlich der Fahrzeugabstellplätze (§ 243 PBG), die Pflicht, das Grundstück im vorgeschriebenen Umfang der Wohnnutzung zuzuführen (Art. 6 BZO i.V.m. § 49a Abs. 3 PBG), die Pflicht, eine Fein- bzw. Quartiererschliessung auf eigene Kosten zu erstellen (§ 146 PBG i.V.m. §§ 233ff. PBG), die schon erwähnte Begrünungspflicht nach Art. 11 Abs. 1 BZO i.V.m. § 76 PBG, oder andere Pflichten, wie etwa die, das eigene Leitungsnetz unter gewissen Bedingungen an die öffentliche Fernwärmeversorgung anschliessen zu müssen (§ 295 Abs. 2 PBG), Neubauten so auszurüsten, dass maximal 80 Prozent des zulässigen Energiebedarfs für Heizung und Warmwasser mit nichterneuerbaren Energien gedeckt werden (§ 10a EnerG), oder in gewissen Fällen Überbauungen mit standortgerechten Heizzentralen ausrüsten zu müssen, die auch Abwärme und Energie aus erneuerbaren

Quellen nutzen können (§ 295 Abs. 1 PBG).

Die Beispiele zeigen, dass sich ein an die Grundeigentümerin oder den Grundeigentümer adressierter Bau- oder Nutzungszwang entweder direkt auf Bestimmungen des kantonalen Rechts oder auf kommunale Ausführungsvorschriften wie die Bauordnung i.V.m. dem PBG stützt.

Das kantonalzürcherische Recht kennt in Verbindung mit Solarenergie und Dachterrassen keinen Nutzungs- bzw. Bauzwang; auch nicht im Sinne einer Wahlpflicht. Nicht auszuschliessen ist die (vorliegend nicht näher geprüfte) Möglichkeit, eine Solaranlagenpflicht auf Flachdächern im kantonalen Planungs- und Baugesetz zu verankern. Gestützt darauf könnten die Gemeinden dann angemessene Ausführungsbestimmungen in ihrer Bauordnung erlassen. Einstweilen sind nach heutigem kantonalem Recht auf alle Fälle nur Anordnungen einer Gemeinde zulässig, die der *Erleichterung* von Solarenergienutzung dienen (§ 49 Abs. 2 lit. e PBG). In diesem Sinne erlauben verschiedene Gestaltungsvorschriften in der Bauordnung explizit das Erstellen von Anlagen zur Solarenergienutzung (Art. 18b Abs. 2, 24d Abs. 3, 39 Abs. 3, 43 Abs. 2 BZO).

Aus den erwähnten Gründen ist der vorliegende Initiativentwurf hinsichtlich der Solaranlagenpflicht auf Flachdächern nicht rechtmässig (§ 121 Abs. 1 GPR i.V.m. Art. 28 Abs. 1 lit. b KV).

Weil eine – wie auch immer geartete – Solaranlagenpflicht im kommunalen Baurecht nicht zulässig ist, fällt die Ausarbeitung eines Gegenvorschlags ausser Betracht (§ 130 GPR).

Erwägungen betreffend ökologisch wertvoller Begrünung

§ 76 PBG erlaubt es den Gemeinden, in ihrer Bauordnung die Begrünung von Flachdächern vorzuschreiben. Folglich steht der von den Initiantinnen und Initianten vorgeschlagene Entwurf hinsichtlich der Pflicht, Flachdächer ökologisch wertvoll zu begrünen, im Einklang mit dem kantonalen Recht.

Erwägungen betreffend Einspeisevergütung

Die Initiative verlangt weiter die Aufnahme einer so genannten Übergangsbestimmung in der Bau- und Zonenordnung, gemäss der das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich für die – gestützt auf die neue Regelung in Art. 11 BZO – erstellten Photovoltaikanlagen eine kostendeckende Einspeisevergütung zu übernehmen hat, und zwar so lange nach Bundesrecht eine Begrenzung der Einspeisevergütung besteht.

Das Planungs- und Baugesetz regelt – wie bereits erwähnt – abschliessend, was Inhalt einer Nutzungsplanung sein kann. Die energierechtliche Regelung von Einspeisevergütungen ist nach kantonalzürcherischem Recht nicht Gegenstand der Nutzungsplanung und ist dementsprechend vom kommunalen Gesetzgeber auch nicht in dem für die Nutzungsplanung vorgesehenen Verfahren zu legiferieren. Die von der Initiative verlangte Regelung der kostendeckenden Einspeisevergütung in der Bau- und Zonenordnung ist nicht rechtmässig. Im Rahmen einer rechtssetzungstechnischen Bereinigung nach § 129 GPR wäre es jedoch möglich, den fraglichen Initiativtext in einen anderen als den von den Initiantinnen und Initianten vorgesehenen Gesetzeserlass einzuordnen. Indessen verfolgt die Initiative in erster Linie das Ziel, in Bezug auf Flachdächer die Nutzung von Solarenergie, kombiniert mit ökologisch wertvoller Begrünung, vorzuschreiben und nicht, eine kostendeckende Einspeisevergütung für Photovoltaikanlagen zu schaffen.

Die Frage, ob ein kommunaler Erlass (ausserhalb der Bauordnung), der eine kostendeckende Einspeisevergütung für Photovoltaikanlagen festsetzt, ohne gleichzeitig die Finanzierung dieser Förderbeiträge zu regeln, mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist, kann offenbleiben. Die Übergangsbestimmung gemäss vorliegendem Entwurf hat nämlich einzig zum Zweck, die von der Solaranlagenpflicht Betroffenen finanziell zu entlasten. Weil

aber – wie schon festgestellt wurde – die Solaranlagenpflicht gegen übergeordnetes Recht verstösst, wird eine solche Übergangsbestimmung hinfällig.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das kommunale Recht der Stadt Zürich bereits heute die Förderung von Solaranlagen kennt. So werden für Solarstrom- und Sonnenkollektoranlagen Beiträge aus dem Stromsparfonds gewährt und die Energierücklieferung aus Solarstromanlagen wird nach den einschlägigen Bestimmungen des kommunalen Rechts vergütet (vgl. Tarif EEA Rücklieferungen aus Energieerzeugungsanlagen, AS 732.312; Ziff. 4 des Reglements über den Vertrieb des Verteilnetzes und die Energielieferung des Elektrizitätswerkes der Stadt Zürich, AS 732.210; sowie die Stromsparfonds-Richtlinien der Stadt Zürich, AS 732.350). Weiter besteht die Möglichkeit, Solaranlagen im Rahmen einer Ausschreibung in die Solarstrombörse aufnehmen zu lassen.

Zur Möglichkeit der Teilgültigerklärung

Eine Teilgültigerklärung in Bezug auf die Übergangsbestimmung zur finanziellen Unterstützung der Solaranlagenpflichtigen macht – wie bereits dargelegt – ohne eine gültige Bestimmung zur Solaranlagenpflicht keinen Sinn.

In Bezug auf den Teilgehalt der ökologisch wertvollen Begrünung kann schliesslich festgestellt werden: Weil die anderen Teilgehalte der Initiative unzulässig sind oder dahinfallen und weil ausserdem bereits nach heutiger Bauordnung eine Begrünungspflicht besteht (Art. 11 Abs. 1 BZO i.V.m. § 76 PBG) und zudem unklar ist, ob die nach heutigem Recht schon bestehende Begrünungspflicht verschärft werden soll, bleibt im Ergebnis so wenig vom Willen der Initiantinnen und Initianten übrig, dass der Entwurf nicht für teilweise gültig erklärt werden darf.

Somit steht fest, dass die Volksinitiative «Für eine sinnvolle Nutzung von Flachdächern» die Gültigkeitsanforderungen nicht erfüllt und auch keine Möglichkeit der Teilgültigerklärung besteht. Die Initiative ist deshalb für ungültig zu erklären.

Dem Gemeinderat wird beantragt:

Die Volksinitiative «Für eine sinnvolle Nutzung von Flachdächern» wird für ungültig erklärt.

Die Berichterstattung im Gemeinderat ist dem Vorsteher des Hochbaudepartements übertragen.

Im Namen des Stadtrates
die Stadtpräsidentin
Corine Mauch
der Stadtschreiber
Dr. André Kuy