

SO_GERICHTE VWBES.2016.162 vom 15. März 2017

SO Obergericht, 2017-03-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2016.162

FR: SO_GERICHTE VWBES.2016.162 du 15 mars 2017

IT: SO_GERICHTE VWBES.2016.162 del 15 marzo 2017

Erwägungen

E. 1

Am 19. Januar 2010 beschloss der Gemeinderat der Stadt Solothurn den «Masterplan Energie 2009» (nachfolgend Masterplan), in dem u.a. gebietsweise Präferenzen zur künftigen Energieversorgung aufgezeigt wurden. Der Masterplan legte Zielsetzungen und Leitsätze zur Reduktion des Gesamtenergieverbrauchs und der Förderung von erneuerbaren Energiequellen fest. Um die planerische Umsetzung sicherzustellen, wurde ein «Erschliessungsplan Fernwärme 1. Etappe (Teil Nord und Süd)» (nachfolgend Erschliessungsplan) erarbeitet. Darin sieht die Stadt in weiten Teilen der Gemeinde ausserhalb der Altstadt Zonen mit einer Anschlusspflicht an die Fernwärmeleitung vor.

E. 2

Dieser Erschliessungsplan mit Erschliessungsvorschriften lag vom 21. November 2013 bis 20. Dezember 2013 öffentlich auf. Innert Frist gingen vier Einsprachen von betroffenen Anwohnern dagegen ein, die u.a. eine Verletzung ihrer Eigentumsgarantie sowie der Wirtschaftsfreiheit geltend machten.

Der Gemeinderat der Stadt Solothurn wies die Einsprachen in seiner Sitzung vom 1. Juli 2014 ab und beschloss den Erschliessungsplan mit den dazugehörigen Vorschriften.

E. 2.1

Die Beschwerdeführer werfen den städtischen Behörden diverse Gehörsverletzungen vor. Aufgrund des formellen Charakters des Gehörsanspruchs ist diese Rüge vorab zu prüfen, würde doch eine Gutheissung automatisch zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids und zur Rückweisung der Sache an die Vorinstanz(en) führen (vgl. Urteil 1C_492/2011 vom 23. Februar 2012 E. 2).

E. 2.2

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Klärung des Sachverhalts, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Der Betroffene hat das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern. Dazu gehört insbesondere das Recht, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 133 I 270 E. 3.1 S. 277; 127 I 54 E. 2b S. 56). Das Akteneinsichtsrecht erstreckt sich auf sämtliche Akten; verwaltungsinterne Akten werden indes nicht erfasst. Sie sind für den internen Gebrauch bestimmt, die Meinungsbildung soll nicht vor der Öffentlichkeit ausgebreitet werden (Gerold Steinmann in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Kommentar zur

Schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., St. Gallen 2014 [nachfolgend St. Galler Kommentar zur BV], Art. 29 N 51 mit zahlreichen Hinweisen).

E. 2.3

Die Beschwerdeführer rügen wie bereits vor der Vorinstanz, eine Vielzahl von Akten nicht erhalten zu haben. Dies erstaunt in diesem Verfahrensstadium vor zweiter Instanz insofern, als im angefochtenen Entscheid ausgeführt wird, die Beschwerdeführer hätten am 2. November 2015 selber eingeräumt, die «vermissten Akten» seien im Beschwerdeverfahren nachgereicht worden. Es ist ihnen allerdings zuzugestehen, dass die Stadt gehalten gewesen wäre, ihnen die Stellungnahmen der Regio Energie vom 31. Januar 2014 und des Stadtbauamts vom 30. Januar 2014 zur Vernehmlassung zuzustellen. Dieser Mangel ist nun aber längst behoben worden.

E. 2.4

Festzuhalten gilt, dass Streitgegenstand vorliegend einzig der Erschliessungsplan «Fernwärme 1. Etappe» ist. Ein etwaiges Baubewilligungsverfahren zur Erstellung der Leitungen steht hier nicht zur Diskussion, weshalb die Beschwerdeführer auch keinen Anspruch auf eine diesbezügliche Akteneinsicht geltend machen können.

Gleiches gilt für Unterlagen im Zusammenhang mit dem Verfahren VWBES. 2016.248 (Kantonaler Erschliessungsplan/Aarewassernutzung Bürgerspital Solothurn), welches zwar zu einem gewissen Teil die nämlichen Akteure betrifft, in welchem den Beschwerdeführern aber keine Parteistellung zukommt. Zu beurteilen ist hier die Rechtmässigkeit des angefochtenen Erschliessungsplans und des damit zusammenhängenden Anschlusszwangs. Die Bedenken der Beschwerdeführer, wonach das Hochbauamt als Vertragspartnerin der Regio Energie in anderem Zusammenhang an der Bejahung des Anschlusszwangs Interesse habe, damit der bestehende Wärmelieferungsvertrag angepasst werden könne, sind unbegründet. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine derartige Befangenheit. Der nun angefochtene Beschluss erging vom Gesamtregierungsrat, selbst wenn das BJD das Beschwerdeverfahren instruiert hat. Dass zwischen dem Hochbauamt als Bauherrschaft beim Umbau des Bürgerspitals und der Stadt Solothurn als Standortgemeinde immer wieder Berührungspunkte bestehen, lässt sich nicht verhindern.

Und nicht von Interesse ist heute das vor dem Regierungsrat damals gleichzeitig hängige Aufsichtsbeschwerdeverfahren. Der Umstand, dass sich der Regierungsrat dazu entschieden hatte, in seinem Entscheid sowohl das ordentliche Beschwerdeverfahren wie auch die Aufsichtsbeschwerde zu behandeln, begründet noch keinen Anspruch auf Einsicht in Akten, die nicht mit dem eigenen Verfahren zusammenhängen. Inwiefern die Aufsichtsbeschwerde (und die dazu ergangenen Akten) Einfluss auf die Vorbringen der Beschwerdeführer haben sollte, ist nicht nachvollziehbar. Falls die Rügen in den jeweiligen Verfahren begründet sind, sind sie gutzuheissen. Eine Verknüpfung zu konstruieren, wo keine solche besteht, geht nicht an. Aus dem prozessökonomischen Entscheid des Regierungsrats, beide Verfahren in einem Entscheid abzuhandeln, können die Beschwerdeführer nichts zu ihren Gunsten ableiten. Das Aufsichtsverfahren richtete sich gegen den Gemeinderat und ist für die Beurteilung, ob der angefochtene Erschliessungsplan rechtmässig sei oder nicht, nicht weiter relevant.

Die dem Verwaltungsgericht vorliegenden und den Beschwerdeführern zugestellten Akten genügen dagegen, um sich ein umfassendes Bild über die massgeblichen Sachverhalts- und Rechtsfragen zu machen. Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts liegt nicht vor.

E. 2.5

Unbehelflich ist auch der vage gehaltene Vorhalt der Beschwerdeführer, die Ehefrau des Chefs Rechtsdienst des BJD könnte bei der Ausarbeitung der Erschliessungsplans eine entscheidende Rolle als Mitglied des beauftragten Planungsbüros gespielt haben. Der angefochtene Entscheid wurde von dessen Stellvertreter namens des Regierungsrats verfasst, Gründe für eine etwaige Befangenheit bzw. «personelle Verflechtungen» sind keine ersichtlich und auch nicht rechtsgenügend dargetan. Aus den Akten geht im Übrigen hervor, dass der Erschliessungsplan und der dazu gehörende Raumplanungsbericht vom Büro WAM Planer und Ingenieure AG erarbeitet wurde. Die Ehefrau des Chefs Rechtsdienst dagegen ist selbständig in einem eigenen Büro tätig. Dass sie Einsitz im Gemeinderat der Stadt Solothurn hat, ist für das vorliegende Verfahren nicht von Belang.

E. 3

Mit Eingabe vom 30. September 2014 erhoben A.____, B.____, C.____, D.____ und E.____ beim Regierungsrat Beschwerde gegen den vorerwähnten Beschluss des Gemeinderats. Der Regierungsrat wies die Beschwerden mit RRB Nr. 2016/757 vom 26. April 2016 ab, soweit er darauf eintrat und genehmigte den Erschliessungsplan «Fernwärme 1. Etappe» (Teil Nord und Süd) mit Erschliessungsvorschriften. Gleichzeitig sprach er dem Erschliessungsplan die Bedeutung der Baubewilligung nach § 39 Abs. 4 des Planungs- und Baugesetzes (PBG; BGS 711.1) zu. Einer von dritter Seite gegen die Gemeinde erhobenen Aufsichtsbeschwerde gab der Regierungsrat nicht statt.

E. 3.1

Was die nach wie vor behaupteten Mängel im Mitwirkungsverfahren anbelangt, messen die Beschwerdeführer dem Instrument «Mitwirkung» mehr Gewicht zu, als ihm tatsächlich zukommt.

Art. 4 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes (RPG; BGS 700) sieht vor, dass die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden die Bevölkerung über Ziele und Ablauf der Planungen nach dem RPG unterrichten. Sie sorgen dafür, dass die Bevölkerung bei Planungen in geeigneter Weise mitwirken kann (Abs. 2). Den zuständigen Behörden steht bei der Anwendung von Art. 4 Abs. 2 RPG ein weiterer Handlungsspielraum zu. Das gilt insbesondere auch für die Bestimmung des Kreises, welcher in ein Mitwirkungsverfahren einzubeziehen ist (BGE 133 II 120 E. 3.2 S. 124). Als Mindestgarantie fordert Art. 4 RPG, dass die Planungsbehörden neben der Freigabe der Entwürfe zur allgemeinen Ansichtsäusserung Vorschläge und Einwände nicht nur entgegennehmen, sondern auch materiell beantworten (BGE 111 Ia 164 E. 2d S. 168). Es genügt allerdings, wenn sich die Behörden materiell mit den Vorschlägen und Einwänden befassen, eine individuelle Beantwortung wird nicht verlangt (BGE 135 II 286 E. 4.1 S. 290, mit Hinweisen zu Bernhard Waldmann/Peter Hänni, Raumplanungsgesetz, Handkommentar, 2006, N 13 zu Art. 4 RPG; siehe auch Urteil des Bundesgerichts 1C_101/2007 vom 26. Februar 2008 E. 3.1). Die Mitwirkung im Sinne von Art. 4 RPG stellt eine Einflussmöglichkeit dar, die von den Instrumenten der direkten Demokratie und des Rechtsschutzes zu unterscheiden ist. Sie gehört wie das Vernehmlassungsverfahren zu jenen institutionellen Formen, die keine rechtliche Bindung, sondern bloss politische Einflussnahme bewirken. Information und Mitwirkung ermöglichen die notwendige Breite der Interessenabwägung, bilden eine wichtige Grundlage für den sachgerechten Planungsentscheid und tragen damit zu einer qualitativ guten Planung bei. Deshalb verlangt deren Durchführung einen Zeitpunkt, in

welchem die abschliessende Interessenabwägung noch offen ist (BGE 135 II 286 E. 4.2.3 S. 291 f. mit Hinweisen).

E. 3.2

Aus den Akten ergibt sich, dass die Regio Energie mit vier Inseraten zu Informationsveranstaltungen am 28. Oktober 2011 (Gebiet Biberiststrasse ■ Höhenweg ■ Schöngrünstrasse ■ Bürgerspital), am 7. November 2011 (Gebiet Wengistrasse ■ Westbahnhofstrasse ■ Amthausplatz ■ Werkhofstrasse ■ Untere Steingrubenstrasse ■ Josef-Müllerstrasse), am 24. Januar 2011 (Gebiet Rötiquai ■ Schänzlistrasse ■ Dornacherplatz) und am 31. Januar 2012 (Gebiet Rossmarktplatz ■ Berntorstrasse ■ Wengibrücke) eingeladen hat. Mit der genauen Bezeichnung der betroffenen Quartiere bzw. Strassenzüge war es den Anwohnern möglich, sich vor Erlass des Erschliessungsplans über das Projekt zu informieren und ihre Meinung dazu kundzutun. Dass es die Regio Energie war, die zu den Veranstaltungen eingeladen hat, und nicht das Stadtbauamt tut dem keinen Abbruch. Wie gesehen kommt dem Mitwirkungsverfahren kein Rechtsmittelcharakter zu. Erst in einem späteren Stadium, bei Auflage des Plans und der dazugehörigen Vorschriften, muss es den Betroffenen möglich sein, ihre Rechte gehörig wahrzunehmen. Diese Gelegenheit hatten die heutigen Beschwerdeführer offensichtlich, wie auch das nun anhängige Verfahren zeigt.

Keine reale Möglichkeit zur Mitwirkung bieten dagegen die Gemeinderatssitzungen, selbst wenn diese öffentlich zugänglich sind. Das Publikum kann den Beratungen zuhören, aktiv daran teilnehmen kann es nicht. Es ist zwar denkbar, dass Bürger aufgrund der Informationen aus den Sitzungen danach bei den politischen Gremien vorstellig werden. Dies mutet aber eher konstruiert an.

E. 3.3

Zusammenfassend vermögen die Beschwerdeführer auch mit dieser formellen Rüge nicht durchzudringen. Selbst wenn das «Mitwirkungsverfahren» eher rudimentär durchgeführt wurde und die Stadt offenbar inzwischen daraus gelernt hat (bei der weiteren Etappe «Baulos 40» wird gemäss Solothurner Zeitung online vom 7. Februar 2017 offenbar ein formelles Mitwirkungsverfahren durchgeführt, <http://www.solo-thurnerzeitung.ch/solothurn/stadt-solothurn/fernwaerme-fuer-rythalle-und-co-wo-man-graebt-wird-es-eng-werden-130953843>, abgerufen am 8. Februar 2017), hat dies per se noch keine Aufhebung der umstrittenen Planung zur Folge.

4. Die umstrittene Bestimmung in § 2 der Erschliessungsvorschriften lautet:

«1In den im Erschliessungsplan Fernwärme definierten Zonen besteht grundsätzlich für alle Neubauten und für bestehende Liegenschaften bei einem Ersatz oder wesentlichen Teilersatz der Wärmeerzeugung für die Heizung oder zentrale Warmwasseraufbereitung eine Anschlusspflicht und ein Anschlussrecht an die Fernwärme für die Raumheizung und für die Warmwasseraufbereitung.

2Neubauten oder bestehende Liegenschaften sind an die Fernwärme anzuschliessen, sofern keine wesentlich höheren Erneuerungs-, Umstellungs- und Betriebskosten (insgesamt mehr als 10%) zu erwarten sind als bei der Verwendung eines anderen erneuerbaren Energieträgers. Die Anschlusspflicht und das Anschlussrecht für neue und bestehende Liegenschaften stehen unter dem Vorbehalt, dass für die beanspruchte Leistung genügend Fernwärme zur Verfügung steht.»

Eine Ausnahme statuiert § 3 unter der Marginale «Befreiung von der Anschlusspflicht»:

«Wohn-, Gewerbe- und Industriebauten werden von der Regio Energie Solothurn auf begründetes Gesuch hin von der Anschlusspflicht befreit, wenn eigene nutzbare Abwärme zur Verfügung steht, die mehr als 50% des Eigenbedarfs für diese Zwecke deckt, oder wenn die erforderliche Nennleistung der Wärmeerzeugungsanlage unter 10 kW liegt.»

Die Beschwerdeführer erachten sich durch diese Vorschriften in ihrer Eigentumsgarantie (Art. 26 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, BV, SR 101) verletzt.

E. 4

Die vor dem Regierungsrat unterlegenen Beschwerdeführer gelangten allesamt, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Dominik Strub und Rechtsanwältin Sophie Balz-Geiser, mit Eingabe vom

E. 4.1

Art. 26 Abs. 1 BV gewährleistet das Eigentum. Gegenstand der Eigentumsgarantie sind sämtliche Vermögensrechte des Privatrechts und die sogenannten wohlerworbenen Rechte des öffentlichen Rechts (Klaus A. Vallender/Peter Hettich, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 26 N 15). Die Eigentumsgarantie erscheint in verschiedenen Ausprägungen, namentlich als Bestandes-, als Vermögenswert- und als Institutsgarantie. Als Abwehrrecht gegen Massnahmen des Staats zentral ist die Eigentumsgarantie für das Individuum in ihrer Funktion als Bestandesgarantie. Sie gewährt den vollen Schutz der konkreten vermögenswerten Rechte. Demzufolge hat der Eigentümer das Recht, sein konkretes Eigentum zu behalten, zu nutzen, darüber zu verfügen. Der Eigentümer hat prinzipiell einen Anspruch darauf, dass der Staat seine vermögenswerten Rechte unangetastet lässt. Ein Ausfluss der Bestandesgarantie und des Rückwirkungsverbots nach Art. 5 ist die Besitzstandsgarantie. Demnach ist die sofortige Anwendung neuer Eigentumsbeschränkungen auf bestehende, nach altem Recht rechtmässig erstellte Bauten grundsätzlich unzulässig (Vallender/Hettich, a.a.O., Art. 26 N 29 und 30).

E. 4.2

Wie der Regierungsrat in seinem Beschluss treffend dargelegt hat, hat der Eigentümer gerade im öffentlichen Baurecht immer wieder Eingriffe in sein Eigentum zu gewärtigen. Voraussetzung dafür ist aber, wie bei jedem Grundrechtseingriff, dass dafür eine gesetzliche Grundlage besteht, wobei schwerwiegende Einschränkungen in einem formellen Gesetz selber vorgesehen sein müssen. Weiter müssen die Einschränkungen durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein, sich als verhältnismässig erweisen und der Kerngehalt muss unangetastet bleiben (vgl. Art. 36 BV).

Für einen schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie ist eine klare und eindeutige Grundlage in einem formellen Gesetz erforderlich (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Bei einem leichten Eingriff genügt ein Gesetz im materiellen Sinn (statt vieler: BGE 130 I 360 E. 14.2 S. 362 mit zahlreichen Hinweisen zu Rechtsprechung und Literatur).

5. Nachfolgend wird - wie dies der Regierungsrat getan hat - Schritt für Schritt zu prüfen sein, ob diese Voraussetzungen vorliegend gegeben sind.

5.1 In die erwähnte Befugnis des Eigentümers, über sein Eigentum grundsätzlich nach Belieben zu verfügen, greift die Gemeinde ein, wenn sie ihm vorschreibt, eine bestimmte

Wärmeerzeugungstechnologie zu nutzen (vgl. auch Sebastian Heselhaus / Markus Schreiber, Rechtliche Grundlagen der Fernwärme, in: Jusletter vom 19. Dezember 2016).

Der Regierungsrat hat offen gelassen, ob es sich beim Anschlusszwang an das Fernwärmenetz der Stadt um einen schwerwiegenden Eingriff in die Eigentumsfreiheit handelt, dies, weil er § 7 des kantonalen Energiegesetzes (EnG/SO; BGS 941.21) als hinreichende formell-gesetzliche Grundlage erachtete.

5.2 Was die Kompetenzausscheidung im Bereich der Energiepolitik angeht, ist Art. 89 BV massgebend, der auf Art. 24 octies a BV zurückgeht (ausführlich dazu: Willy Zimmermann, Die Anschlusspflicht für Fernwärme: verfassungsrechtliche Regelung im neuen Energieartikel in: Schweizer Ingenieur und Architekt, 1982 S. 749 ff.). Art. 89 Abs. 1 BV statuiert den Grundsatz, dass Bund und Kantone sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch einsetzen. Nach Abs. 4 sind für Massnahmen, die den Verbrauch von Energie in Gebäuden betreffen, vor allem die Kantone zuständig. Die Wortwahl **vor allem** weist dem Bund eine subsidiäre Grundsatzgesetzgebungskompetenz zu (vgl. Peter Hettich / Stefan Rechsteiner, Gutachten betreffend Rechtsfragen zu Massnahmen der kantonalen Energiepolitik, erstattet am 17. Januar 2013 im Auftrag des Kantons Basel-Landschaft, S. 14 ff.). Diese Kompetenz nahm der Bund mit Erlass des eidgenössischen Energiegesetzes (EnG; SR 730.0) vom 26. Juni 1998 wahr. Einschlägig dort ist Art. 9: Demnach schaffen die Kantone im Rahmen ihrer Gesetzgebung günstige Rahmenbedingungen für die sparsame und rationelle Energienutzung sowie die Nutzung erneuerbarer Energien (Abs. 1). Und die Kantone erlassen Vorschriften über die sparsame und rationelle Energienutzung in Neubauten und bestehenden Gebäuden und unterstützen die Umsetzung entsprechender Verbrauchsstandards. Dabei berücksichtigen sie den Stand der Technik und vermeiden ungerechtfertigte technische Handelshemmnisse (Abs. 2). Abs. 3 nennt sodann exemplarisch gewisse Regelungsbereiche der Kantone. So erlassen sie insbesondere Vorschriften über den maximal zulässigen Anteil nicht erneuerbarer Energien zur Deckung des Wärmebedarfs für Heizung und Warmwasser (lit. a).

Insofern hat der Gesetzgeber das kantonale Energiegesetz in Beachtung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung erlassen, auch wenn das eidgenössische Gesetz erst später geschaffen wurde.

5.3 § 7 EnG/SO sieht unter dem Titel «2.2 Planungsmassnahmen» und der Marginalie «Energieversorgung in den Gemeinden» in Abs. 1 vor, dass die Gemeinden durch Erschliessungspläne und Reglemente Versorgungsgebiete für Gas- und Wärmeversorgung ausscheiden, die Wärmeversorgung mit Gemeinschaftsanlagen vorschreiben und das Verwenden von bestimmten nicht erneuerbaren Energien in abgegrenzten Versorgungsgebieten ausschliessen können. Das Verfahren richtet sich gemäss Abs. 2 nach dem Baugesetz. Aufgrund des Wortlauts scheint die Norm bereits hinreichend klar und auch als Grundlage für den Anschlusszwang zu genügen.

5.4 Dieser Eindruck wird bestätigt durch einen Blick in die Materialien. Botschaft und Entwurf des Regierungsrats vom

E. 9

Mai 2016 ans Verwaltungsgericht. Sie beantragten die Aufhebung des RRB Nr. 2016/757 und die Nichtgenehmigung des Erschliessungsplans mit den dazugehörigen Vorschriften.

Eventualiter sei dieser aufzuheben und zur Neuurteilung an den Gemeinderat der Einwohnergemeinde Solothurn zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht wurde um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ersucht. Im Wesentlichen und sinngemäss begründeten die Beschwerdeführer ihre Anliegen innert verlängerter Frist am 22. Juni 2016 mit einer Verletzung des rechtlichen Gehörs, der Eigentumsgarantie, der Wirtschaftsfreiheit, der Rechtsweggarantie, diverser verfahrensrechtlicher Vorschriften, der Rechtsgleichheit, des Willkürverbots sowie des Grundsatzes von Treu und Glauben. Zudem warfen sie den städtischen Behörden Befangenheit vor.

5. Das Bau- und Justizdepartement (BJD) schloss am 13. Juli 2016 namens des Regierungsrats auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, und verwies auf den angefochtenen Entscheid.

6. Die Stadt Solothurn, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Roland Müller, beantragte am 21. September 2016 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

II.

1. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht erhoben worden. Sie ist zulässiges Rechtsmittel und das Verwaltungsgericht zur Beurteilung zuständig (vgl. § 18 PBG i.V.m. § 49 Gerichtsorganisationsgesetz, GO, BGS 125.12). Die Beschwerdeführer sind als Grundeigentümer durch den vom Regierungsrat bestätigten Anschlusszwang an das Fernwärmenetz in verschiedener Hinsicht beschwert. Entsprechend haben sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und sind zur Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

E. 9.1

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt auch in Zusammenhang mit dem von den Beschwerdeführern gerügten vorzeitigen Leitungsbau nicht vor: Dem Regierungsrat ist darin zuzustimmen, dass die Frage, ob ohne Baubewilligung bereits mit der Netzerstellung begonnen wurde, vorliegend nicht von Belang ist. Hier interessiert die Rechtmässigkeit der Erschliessungsplanung an sich. Hat die Stadt bereits gebaut, hat sie dies auf eigenes Risiko getan. Sie kann damit nicht eine allenfalls rechtswidrige Planung durch Schaffung eines «fait accompli» quasi legalisieren. Auf die diesbezüglichen Rügen ist nicht einzutreten.

E. 9.2

Wie ebenfalls vom Regierungsrat dargelegt, ist Planungsbehörde der Gemeinderat (§ 9 Abs. 2 PBG). Er zählt 30 Mitglieder und 15 Ersatzmitglieder, von deren hinreichender Unabhängigkeit schon aufgrund der unterschiedlichen Parteiangehörigkeiten auszugehen ist. Der Umstand, dass der Stadtpräsident und der damalige Leiter des Rechtsdiensts von Amtes wegen auch Funktionen in der Regio Energie, einer ausgelagerten Verwaltungseinheit, wahrnehmen, ist noch kein Beweis für ein fehlerhaftes, unfaires Verfahren, selbst wenn die Bedenken der Beschwerdeführer in gewissem Masse nachvollziehbar erscheinen mögen. Mit ihren Rügen vermögen sie dennoch nicht durchzudringen.

E. 9.3

Die Gründe für die Perimeterfestlegung wurden bereits im vorinstanzlichen Verfahren aufgezeigt. Die Stadt bleibt bei ihren Ausführungen und verweist auf ihre damalige Stellungnahme vom 7. September 2015. Demnach diene als Basis für die Ausarbeitung des Perimeters der «kommunale Masterplan Energie 2009 der Stadt Solothurn». Darauf

aufbauend habe ein Planungsbüro die Planquadrate auf den sinnvollen Einsatz von Fernwärme hin geprüft. Für die Wirtschaftlichkeit einer Fernwärmeversorgung sei entscheidend, auf möglichst geringer Fläche eine möglichst grosse Anschlussleistung mit entsprechendem Energieabsatz zu erzielen. Die dazugehörige Kennzahl werde als spezifische Wärmedichte bezeichnet (Wärmebedarf pro überbaute Fläche). Das Trasse der Fernwärme sei entlang Gebieten mit grosser Wärmedichte geplant worden. In einem zweiten Schritt seien die Hauptleitungen entlang den Gebieten mit grosser Wärmedichte dimensioniert worden. Dieser wichtige Vorgang habe sehr früh im Verfahren getätigt werden müssen und beruhe auf Schätzungen der tatsächlich zu erzielenden Anschlussleistung. Eine Fehlschätzung lasse sich später kaum korrigieren. Die einzelnen Gebiete mit einer genügend grossen Wärmedichte seien in neuen Varianten zu einem Erschliessungskonzept zusammengeführt worden. Der Entscheid für die jeweilige Variante sei dann anhand von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen unter Berücksichtigung des erwähnten Masterplans gefällt worden. Der Perimeter sei parzellenscharf festgelegt worden. In der Regel könne eine Bautiefe beidseits der Fernwärmeversorgungsleitung bedient werden, um das zu erschliessende Potential auch zu erreichen. Dabei sei zu berücksichtigen gewesen, dass dem Grundeigentümer nicht eine beliebig hohe Anschlussgebühr belassen werden könne. Der Ansatz mit einer Bautiefe trage dem Rechnung. Aus diesen Überlegungen seien die Begriffe Hauptleitung, Feinverteilungsleitung und Hausanschlussleitung entstanden. Das zu erschliessende Potential stehe in direktem Zusammenhang mit der Fernwärme[leitungs]dimension. Bei einem zu geringen Leitungsdurchmesser könne nicht der gesamte Wärmebedarf abgedeckt werden. Eine Überdimensionierung dagegen lasse die Leitungsverluste stark ansteigen und belaste die Wirtschaftlichkeit. Die sachlichen Gründe für die Festlegung des Perimeters seien also die Wärmedichte, Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen und eine Optimierung des Wärmeabsatzes gewesen.

Mit dem Regierungsrat ist davon auszugehen, dass die berücksichtigten Kriterien wie spezifische Wärmedichte, Effizienz des Leitungskalibers, Wirtschaftlichkeit des Netzes etc. Sinn machen und sich auch im Plan ablesen lassen. Eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots oder ein Verstoß gegen das Willkürverbot sind weder ersichtlich noch rechtsgenügend dargetan. Die Beschwerdeführer können nicht verlangen, dass alle Einwohner einer Stadt genau gleich behandelt werden. Diese Anforderungen formuliert denn auch das Rechtsgleichheitsgebot nicht.

E. 9.4

Die Beschwerdeführer werfen der Stadt schliesslich ein Verhalten wider Treu und Glauben vor wegen der Abkehr von der zuvor propagierten Erdgasversorgung.

Selbst wenn sich die energiepolitische Strategie der Stadt gewandelt haben mag, ist darin kein Verstoß gegen Treu und Glauben zu erkennen. Die Energietechnologie befindet sich in ständigem Fortschritt, neue Erkenntnisse können zu neuen Massnahmen führen. Dies zeigt der politische Diskurs zur Energiestrategie 2050. Wer aber im Erschliessungssperimeter eine funktionsfähige Gasheizung installiert hat, kann diese nutzen, bis ein Ersatz nötig wird. Der Bestand ist geschützt. Dies ergibt sich schon aus dem Vertrauensschutz, aber auch explizit aus den Erschliessungsvorschriften. Wie der Regierungsrat treffend ausgeführt hat, ist das Vertrauen des Bürgers, in alle Ewigkeit mit Gas heizen zu können, hingegen nicht von Art. 9 BV erfasst.

10. Daraus ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Beschwerdeführer für die Kosten des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens von total CHF 2'500.00 aufzukommen. Eine Parteientschädigung an die Stadt indes ist ihnen nicht aufzuerlegen. Nach § 77 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 124.11) werden den am verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren beteiligten Behörden in der Regel keine Parteientschädigungen zugesprochen. Zwar war die Stadt anwaltlich vertreten, was jedoch angesichts des eigenen städtischen Rechtsdiensts und der eingehenden Vorbefassung mit der Materie nicht notwendig gewesen wäre. Ein Gemeinwesen von einer bestimmten Grösse hat sich praxisgemäss so zu organisieren, dass es Verwaltungsstreitsachen selbst bewältigen kann (vgl. SOG 2010 Nr. 20 E. 8b).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Beschwerdeführer haben die Kosten des Verfahrens vor Verwaltungsgericht von CHF 2'500.00 zu bezahlen. Diese werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Rechtsmittel: Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung des begründeten Urteils beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: 1000 Lausanne 14). Die Frist wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Schweizerischen Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Für die weiteren Voraussetzungen sind die Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes massgeblich.

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Die Präsidentin

Scherrer Reber

Die Gerichtsschreiberin

Droeser

Das vorliegende Urteil wurde vom Bundesgericht mit Urteil 1C_243/2017 vom 5. Februar 2018 aufgehoben.

E. 12

Dezember 1989 (RRB Nr. 4048) lässt sich zu § 7 entnehmen, dass die Planung der Energieversorgung im Sinne einer vorausschauenden Koordination erfolgen sollte und Doppelspurigkeiten sowie Überversorgungen mit Energie-Infrastruktur vermieden werden sollten. Der Regierungsrat führte damals zuhanden des Kantonsrats aus, im § 39 des Baugesetzes bestehe bereits eine Rechtsgrundlage im Rahmen der Erschliessungsplanung. Demgemäss würden die Gemeinden die Erschliessung des Baugebiets ordnen, indem sie die Energieversorgung regelten und allfällige Anlagen für Fernheizungen vorsähen. Mit der vorgeschlagenen Formulierung in § 7 EnG solle diese Bestimmung ausführlicher ausgestaltet werden. Das Verfahren richte sich weiterhin nach dem Baugesetz. Weiter sei neu vorgesehen, dass nicht nur positiv das Verwenden bestimmter Energien umschrieben werden könne, sondern dass es auch möglich sein sollte, bestimmte Energien mit negativer Umschreibung auszuschliessen. Das habe beispielsweise dann einen Sinn, wenn für ein bestimmtes Gebiet das Verwenden von Elektrospeicherheizungen ausgeschlossen werden

sollte. Die Bestimmung habe auch dann ihren Sinn, wenn eine Gemeinde mit grossen Investitionen die Erschliessung eines Gebiets durchführe und dann ein Interesse daran habe, dass diese Bemühungen nicht durch andere Energieträger konkurrenziert würden.

Ganz grundsätzlich hielt der Regierungsrat zu den Zielsetzungen des Energiegesetzes fest, mit diesem solle dem energiepolitischen Programm von 1985 entsprochen werden. Unter dem Sub-Titel «2.3 Förderung von Energiesparen und Substitutionen» wurde dargelegt, die Energieprobleme sollten gemäss Leitbild in erster Linie über den Marktmechanismus und die Verantwortung der Konsumenten gelöst werden. Wo diese Anreize des Marktes nicht in erwünschtem Masse zum Tragen kämen, solle der Kanton durch Veränderung der Rahmenbedingungen einem energiepolitisch sinnvollen Verhalten zum Durchbruch verhelfen. Wärmedämmung, Wärmerückgewinnung sowie individuelle Heizkostenabrechnung müssten mit kantonalen Vorschriften durchgesetzt werden. Zur Substitution sollten der Einsatz von Wärmepumpen sowie leitungsgebundene Fernwärme gefördert werden (RRB Nr. 4048 S. 11 f). Die vorgesehenen Massnahmen liessen sich in Förderungs-, Planungs- und Sparmassnahmen aufteilen. Zu den Planungsmassnahmen gehörten Massnahmen der Gemeinden, die Versorgung mit Energie in ihrem Gebiet zu ordnen (S. 13 unten). In Präzisierung der möglichen Massnahmen wurde S. 14 ausgeführt, die Gemeinden könnten für bestimmte Gebiete die Energieversorgung regeln, indem bestimmte Energieträger vorgeschrieben oder der Anschluss an Gemeinschaftsanlagen bestimmt werden könnten.

5.5 Mit dem Regierungsrat ist darum allein schon aufgrund des unmissverständlichen Wortlauts von § 7 EnG/SO, erst recht aber mit Blick auf die Intention des Gesetzgebers, davon auszugehen, dass ■ zusammen mit dem Erschliessungsplan und den dazugehörigen Vorschriften ■ grundsätzlich eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den gerügten Eigentumseingriff besteht, auch wenn das Gesetz nicht ausdrücklich die Fernwärme nennt. Es ist nicht ersichtlich, was sonst mit einer «Wärmeversorgung mit Gemeinschaftsanlagen» gemeint sein sollte (so auch Heselhaus/Schreiber, a.a.O., Rz 30). Den Gemeinden sollte mit der zitierten Bestimmung ermöglicht werden, den Energieträger vorzuschreiben, die Erschliessung eines bestimmten Gebiets an die Hand zu nehmen und dabei konkurrenzierende Unternehmen auszuschliessen bzw. einzuschränken. Die Frage nach der Schwere des Eingriffs kann auch hier offen bleiben. Mit Blick darauf, dass die Wahl der Wärmeerzeugtechnik den Eigentümer über Jahre bindet, ist aber von einem zumindest mittelschweren Grundrechtseingriff auszugehen (siehe Heselhaus/Schreiber, a.a.O., Rz 30).

5.6.1 Der solothurnische Gesetzgeber steht mit seinen Absichten denn auch nicht alleine. So schlägt die Konferenz kantonalen Energiedirektoren (EnDK) in ihren an der Plenarversammlung vom 9. Januar 2015 verabschiedeten «Mustervorschriften der Kantone im Energiebereich» (MuKEN) in Art. 10.4 Abs. 7 folgende Formulierung vor: «Wenn eine Fernwärmeversorgung lokale Abwärme oder erneuerbare Energien nutzt, die Wärme zu technisch und wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen anbietet und gemäss Absatz 6 ausgeschiedene Gebiete versorgt, kann der Kanton oder die Gemeinde Grundeigentümer verpflichten, ihr Gebäude innert angemessener Frist an das Leitungsnetz anzuschliessen und Durchleitungsrechte zu gewähren». Der in dieser Bestimmung zitierte Abs. 6 lautet: «Die Energieplanung kann für das Angebot der Wärmeversorgung mit leitungsgebundenen Energieträgern Gebietsausscheidungen enthalten, die insbesondere bei Massnahmen der Raumplanung als Entscheidungsgrundlage dienen».

Bei den MuKEen handelt es sich um das von den Kantonen, gestützt auf ihre Vollzugserfahrung, gemeinsam erarbeitete «Gesamtpaket» energierechtlicher Mustervorschriften im Gebäudebereich. Sie bilden den «gemeinsamen Nenner» der Kantone. Sie haben ein hohes Mass an Harmonisierung im Bereich der kantonalen Energievorschriften zum Ziel, um die Bauplanung und die Bewilligungsverfahren für Bauherren und Fachleute, die in mehreren Kantonen tätig sind, zu vereinfachen. Die Harmonisierung wird durch die Verwendung von gemeinsam erarbeiteten Formularen und Vollzugshilfen zusätzlich unterstützt (<https://www.endk.ch/de/energiepolitik-der-kantone/muken>, abgerufen am 7. März 2017)

5.6.2 Der Kanton Zürich hat in § 295 Abs. 2 seines Planungs- und Baugesetzes (PBG/ZH; LS 700.1) die gesetzliche Grundlage für die Fernwärmeversorgung geschaffen. Danach kann der Staat oder die Gemeinde Grundeigentümer verpflichten, ihre Gebäude innert angemessener Frist an das Leitungsnetz anzuschliessen und das Durchleitungsrecht zu gewähren, wenn eine öffentliche Fernwärmeversorgung lokale Abwärme oder erneuerbare Energien nutzt und die Wärme zu technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen wie aus konventionellen Anlagen anbietet (vgl. dazu BRKE II Nr. 0132/2002 vom 11. Juni 2002 in BEZ 2002 Nr. 38). Und in jüngerer Zeit wurde § 78a PBG/ZH geschaffen, nach dem die Bau- und Zonenordnung für im Zonenplan bezeichnete Gebiete Anordnungen zur Nutzung erneuerbarer Energien treffen kann (diese Bestimmung ist seit 1. Juli 2015 in Kraft). Allerdings kann die Gemeinde nicht die Art der Energieträger, sondern lediglich den Mindestanteil der zu nutzenden erneuerbaren Energien vorschreiben (so jedenfalls die Ansicht des Stadtrats von Zürich am 2. Juli 2014 auf entsprechende schriftliche Anfrage diverser Gemeinderäte, GR Nr. 2014/113).

5.6.3 Gemäss dem alten Energiegesetz des Kantons Bern vom 14. Mai 1981 (aEnG/BE, in Kraft bis 31. Dezember 2011) konnten die Gemeinden zur Förderung des Ersatzes von Heizöl durch Gas und Fernwärme durch Gemeindebauvorschriften für ihr Versorgungsgebiet oder einzelne Teile davon den Anschluss aller Gebäude an das Gas- oder Fernwärmeversorgungsnetz vorschreiben (Art. 11 Abs. 2 lit. b aEnG/BE), wobei damit noch keine Bezugspflicht verbunden war. Zum Bezug von Gas oder Fernwärme für Heizung und Warmwasseraufbereitung verpflichten konnten sie für Neubauten ganz allgemein (Art. 11 Abs. 2 lit. c aEnG/BE) und beim Ersatz von Anlagen oder wesentlicher Teile davon in bestehenden Bauten, soweit nicht wesentlich höhere Kosten zu erwarten waren (Art. 11 Abs. 2 lit. d aEnG/BE). Nach dem neuen kantonalen Energiegesetz (KEng/BE [in Kraft seit dem 1. Januar 2012, BSG 741.1]) können die Gemeinden für das ganze Gemeindegebiet oder für Teile davon in der baurechtlichen Grundordnung oder in Überbauungsordnungen die Verpflichtung einführen, bei Gebäuden, die neu erstellt oder so umgebaut oder umgenutzt werden, dass die Energienutzung beeinflusst wird, einen bestimmten erneuerbaren Energieträger einzusetzen oder das Gebäude an ein Fernwärme- oder Fernkälteverteilnetz anzuschliessen (Art. 13 Abs. 1 lit. a KEng/BE). Die Aufzählung der möglichen Gemeinderegelungen in Art. 13 Abs. 1 KEng/BE ist abschliessend. Andere Vorschriften zur Energieversorgung, so z.B. eine Verpflichtung zum Anschluss an das Erdgasverteilnetz, dürfen die Gemeinden nicht erlassen. Art. 70 Abs. 3 KEng/BE enthält eine Übergangsbestimmung für Gemeindevorschriften, die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer verpflichten, ihr Gebäude an ein Erdgasversorgungsnetz anzuschliessen; diese Vorschriften sind nach zehn Jahren ab Inkrafttreten des Gesetzes nicht mehr anwendbar. Eine entsprechende Übergangsbestimmung für die Fernwärmeversorgung

besteht nicht. Gemäss den Materialien können die Gemeinden auch unter dem neuen Recht vorschreiben, dass in einem bestimmten Quartier alle Gebäude, die beheizt werden oder Warmwasser benötigen, an ein Fernwärmeverteilnetz angeschlossen werden müssen. Art. 13 Abs. 1 lit. a KEnG/BE umfasst jedoch ausdrücklich nur Neubauten, Umbauten und Umnutzungen; nur in diesen Fällen kann zum Bezug von Fernwärme verpflichtet werden. Hingegen besteht der Vorbehalt zumutbarer Mehrkosten beim Ersatz von Anlagen nicht mehr (Urteil 100.2015.19U des Bernischen Verwaltungsgerichts vom 7. Januar 2016 E. 3.5 und 3.6).

5.6.4 Diese Vergleiche zeigen, dass auch § 7 EnG/SO als gesetzliche Grundlage für einen Eingriff in die Eigentumsgarantie genügt und keine ausgefallene Idee des solothurnischen Gesetzgebers ist.

6. Was das öffentliche Interesse anbelangt, formuliert Art. 73 BV den Grundsatz der Nachhaltigkeit. Demzufolge streben Bund und Kantone ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits an. Der Umweltschutz selber ist in Art. 74 BV verankert: Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen (Abs. 1). Er sorgt dafür, dass solche Einwirkungen vermieden werden (Abs. 2 Satz 1). Art. 114 Abs. 1 der kantonalen Verfassung (KV; BGS 111.1) legt im gleichen Sinne fest, dass Schutz und Pflege der Umwelt Aufgaben aller sind. Kanton und Gemeinden sorgen für den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt vor schädlichen und lästigen Einwirkungen. Und schliesslich trifft die Stadt Solothurn gemäss § 3 lit. g der Gemeindeordnung Massnahmen zum Schutz der Umwelt und gewährleistet insbesondere eine umweltschonende Entsorgung. Lit. i der zitierten Bestimmung nennt als weitere Gemeindeaufgabe, dass sich Energieversorgung, öffentliche Gebäude, Quartierentwicklungen, Infrastruktur und Mobilität an den Zielsetzungen der 2000-Watt-Gesellschaft orientieren sollen. Bei der Fernwärmenutzung wird bereits vorhandene Wärme weiter genutzt, ohne dass damit ein massiver CO₂-Ausstoss verbunden wäre, wie er den fossilen Energieträgern immanent ist. Nachdem der Umweltschutz auf Verfassungsstufe als Zielvorgabe erklärt wird, liegt die Förderung der Fernwärme als erneuerbarer Energieform durchaus im öffentlichen Interesse. Und dass die Gemeinde ein gewichtiges Interesse an der Rentabilität des von ihr (mit erheblichen finanziellen Vorleistungen) erstellten Netzes hat, ist evident. Mit dem Anschlusszwang soll die Amortisation dieser Kosten sichergestellt werden. Dass dies im Sinne des Gesetzgebers war, wurde bereits in E. 5.4 hiavor dargelegt. Nur wenn die Amortisation gewährleistet werden kann, ist der Aufbau eines Fernwärmenetzes überhaupt zu erwägen ■ mittelbar dient aber auch dieses vordergründig fiskalische Interesse dem Umweltschutz (vgl. Heselhaus/Schreiber, a.a.O., Rz 32).

7. Eigentlicher «Knackpunkt» des Anschlusszwangs ist die Verhältnismässigkeit dieser Massnahme.

7.1 Das Verhältnismässigkeitsprinzip besagt, dass die Grundrechtseinschränkung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sein muss und dem Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung zumutbar ist (BGE 136 I 197 E. 4.4.1 S. 204 mit Hinweisen). Geeignet ist eine staatliche Handlung dann, wenn durch sie der im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck erreicht werden kann. Gibt es mehrere geeignete Massnahmen, mit welchen der verfolgte Zweck erreicht werden kann, ist eine Massnahme aber in ihren Eingriffswirkungen milder bzw. weniger schwer, so verlangt das Element der

Erforderlichkeit, dass auf schwerer wiegende Massnahmen verzichtet wird. Der Eingriff darf im konkreten Fall in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Beziehung nicht über das, was unerlässlich ist, hinausgehen. Schliesslich muss sich der Eingriffszweck im Verhältnis zur Eingriffswirkung im konkreten Fall bewähren (sog. Verhältnismässigkeit im engeren Sinne; vgl. Rainer J. Schweizer, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 36 N 37 ff., mit zahlreichen Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung).

7.2 § 2 Abs. 2 der umstrittenen Erschliessungsvorschriften soll den Eigentumseingriff in dem Sinne relativieren, als die Anschlusspflicht für Neubauten und bestehende Bauten nur besteht, «sofern keine wesentlich höheren Erneuerungs-, Umstellungs- und Betriebskosten (insgesamt mehr als 10%) zu erwarten sind als bei der Verwendung eines anderen erneuerbaren Energieträgers». Um den Detaillierungsgrad dieser Bestimmung abschätzen zu können, sei wiederum ein Blick über die Kantonsgrenzen getan.

7.2.1 Der Kanton Aargau trägt dem Verhältnismässigkeitsprinzip in § 7 Abs. 1 seines Energiegesetzes (EnG/AG; SAR 773.200) insofern Rechnung, als neue Heizungsanlagen mit fossilen (!) Brennstoffen zulässig sind, wenn der Nachweis erbracht wird, dass keine energieeffizientere Heizungsanlage mit geringerem CO₂-Ausstoss zur Verfügung steht, die für die geplante Anwendung genügt und wirtschaftlich tragbar ist. Bestehende Heizungsanlagen dürfen durch eine gleichartige Heizungsanlage ersetzt werden. Was als wirtschaftlich tragbar zu gelten hat, ist Auslegungsfrage.

7.2.2 Auslegungsfragen wirft auch die Regelung des Kantons Zürich auf, selbst wenn diese differenzierter ist: Wie bereits in E. 5.6.2 hiervor gesehen, verlangt § 295 Abs. 2 PBG, dass die Fernwärmeversorgung die Wärme «zu technisch und wirtschaftlich gleichwertigen Bedingungen wie aus konventionellen Anlagen anbietet». Die zürcherische Rechtsprechung stellt strenge Anforderungen an diese Vergleichsrechnung. So hatte das kantonale Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft (AWEL) im Mai 1996 ein Merkblatt «Anschlusspflicht an Wärmeverbände mit Nutzung von erneuerbarer Energie oder lokaler Abwärme» herausgegeben, was das Verwaltungsgericht in VB.1999.00009 ausdrücklich als unzureichende Beurteilungsgrundlage bezeichnete und die Ausarbeitung eines allgemeinen, sich zur Frage der technischen und wirtschaftlichen Gleichwertigkeit von konventionellen Heizungsanlagen und Fernwärmeheizungen aussprechenden Sachverständigengutachtens verlangte. Die Erkenntnisse eines solchen Gutachtens müssen dann im Einzelfall mittels einer begründeten, die Anschlusspflicht statuierenden Verfügung umgesetzt werden. Für die Baurekurskommission BRKE II war im Entscheid Nr. 0132/2002 vom 11. Juni 2002 (in BEZ 2002 Nr. 38) klar, dass die Kosten für den Fernwärmeanschluss insgesamt nicht höher sein dürfen als jene für eine konventionelle Heizung. Die Feststellung im Merkblatt des AWEL, wonach 10% höhere Anschlusskosten vom Begriff der «wirtschaftlichen Gleichwertigkeit» im Sinne von § 295 Abs. 2 PBG/ZH noch gedeckt seien, erachtete die Rekurskommission als gesetzeswidrig.

7.2.3 Und mit denselben Auslegungsfragen sieht man sich bei der in Art. 10.4 Abs. 7 MuKE vorgeschlagenen Formulierung konfrontiert. Demnach muss die Fernwärmeversorgung «die Wärme zu technisch und wirtschaftlich zumutbaren Bedingungen» anbieten. Im Kommentar zu den einzelnen Artikeln (S. 86 ff.) findet sich kein Hinweis dazu, was als «technisch und wirtschaftlich zumutbar» gelten soll.

7.2.4 Insofern ist die von der Stadt Solothurn gewählte Lösung fast erfreulich detailliert. Das Bundesgericht hatte in Urteil 1P.193/1994 (publ. in ZBl 1995 S. 272 ff.) eine Regelung

in der bernischen Gemeinde Moosseedorf zum Gasanschluss- und -bezugszwang zu beurteilen, welche dem Eigentümer Umstellungs-, Erneuerungs- und Betriebskosten bis maximal 50% über jenen beim Einsatz einer [erdgas]netzunabhängigen Energie zumutete. Das Bundesgericht führte dazu aus, es sei schon fraglich, ob diese 50%-Grenze mit Art. 11 des damaligen bernischen Energiegesetzes vereinbar sei, wonach der Anschluss- und -bezugszwang für bestehende Gebäude nur zulässig sei, wenn dabei keine wesentlich höheren Kosten entstünden. Jedenfalls sei die Verhältnismässigkeit der Massnahme zu verneinen, wenn sie mit Mehrkosten in diesem Ausmass verbunden sei. Gehe es um die Förderung eines nicht erneuerbaren, fossilen Energieträgers, der in der Regel konkurrenzfähig sei, überwögen die energiepolitischen Argumente für den Anschluss- und Bezugszwang nicht gegenüber den privaten Interessen der Eigentümer.

7.3.1 Dass die Anschlusspflicht dazu geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Nutzung erneuerbarer Energie tatkräftig wahrzunehmen und in dem Zusammenhang den Umweltschutz zu fördern, ist offensichtlich ■ auch wenn dazu andere Wege denkbar wären.

7.3.2 Die Regelung muss daneben auch erforderlich sein, d.h. es darf kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels geben. Milder wäre die Variante, bei welcher schlicht die Benutzung nicht erneuerbarer Energien verboten würde, ohne die Art der erneuerbaren Energie vorzuschreiben. § 7 Abs. 1 EnG/SO würde ein solches Vorgehen jedenfalls zulassen. Zwar wird hier die Wahl eines anderen erneuerbaren Energieträgers nicht von vornherein ausgeschlossen. Die Grenze dazu liegt bei den 10% höheren Erneuerungs-, Umstellungs- und Betriebskosten: Ist der Fernwärmeanschluss um diesen Betrag teurer, kann auch auf andere erneuerbare Energien zurückgegriffen werden. Dies wird jeweils eine Einzelfallprüfung (wie bspw. im Kanton Zürich, siehe E. 7.2.2 hiervor) bedingen, bei welcher es dem Eigentümer obliegen wird, die jeweiligen Kosten aufzuzeigen, um sich von der Pflicht zum Fernwärmebezug zu befreien. Immerhin, mit 10% ist die Hürde nicht unerreichbar hoch gesetzt und durch klare Vorgaben definiert. Sie liegt auch weit unter den vom Bundesgericht 1993 bemängelten 50%. Dabei ist zu bedenken, dass die Stadt mit der Erstellung des Fernwärmenetzes eine Vorleistung erbracht hat, die auch amortisiert werden muss. Wird dieses öffentliche Interesse im Auge behalten, ist eine gewisse Vorgabe der Energie-Art in der Tat erforderlich, um das bestehende Netz rentabel zu machen. Daran ändert nichts, dass sich in letzter Zeit offenbar abzeichnet, dass die Fernwärme vom Markt sehr gut aufgenommen wurde und die angeschlossene Wärmeleistung gemäss E. 2.1 lit. e des Antrags an den Gemeinderat weit über dem geplanten Wachstum ist. Eine tatsächliche Amortisationsgarantie hat die Stadt damit noch nicht. Letztendlich räumt § 7 EnG/SO den Gemeinden doch einen gewissen Gestaltungsspielraum ein, was bei der Beurteilung der kommunalen Regelung zu beachten ist (so auch Heselhaus/Schreiber, a.a.O., S. 13 oben).

7.3.3 Gegen die Angemessenheit des Anschlusszwangs spricht, dass auch Eigentümer betroffen sind, die zwar gerne eine erneuerbare Energie (etwa Solarenergie) nutzen würden, in ihrer Wahl nun aber erheblich eingeschränkt werden. Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit im engeren Sinn sind es darum nachgerade die vorgesehenen Ausnahmen, welche ins Gewicht fallen.

Wesentlich ist einerseits, dass die Anschlusspflicht nicht generell, sondern gemäss § 2 Abs. 1 «nur» bei Neubauten oder beim Ersatz oder wesentlichen Teilersatz der Wärmeerzeugungsanlagen besteht. Im Antrag an den Gemeinderat wurde von Seiten des

städtischen Rechtsdiensts ausgeführt, die Reparatur bestehender Anlagen werde nicht als Ersatz gewertet und ziehe somit keine Anschlusspflicht nach sich. Erst wenn grössere Teile ersetzt werden müssten oder eine neue Anlage eingebaut werden solle, werde die Anschlusspflicht vorgeschrieben. Faktisch bedeute dies, dass «erst bei einer Totalerneuerung der Wärmeerzeugungsanlage auf die Fernwärme umgestiegen werden» müsse (Protokoll des Gemeinderats vom 1. Juli 2014 S. 8). Auf dieser Interpretation wird sich die Stadt behaften lassen müssen.

Was die 10%-Grenze von Erneuerungs-, Umstellungs- und Betriebskosten anbelangt, kann auf die Erwägungen hiervor verwiesen werden. Mit dieser Regelung wird der Eingriff in die Wahlfreiheit des Eigentümers gemildert. Ausserhalb dieser Grenze ist der Betroffene in der Wahl eines ökologisch günstigeren Energieträgers frei. Wie gesehen, sind auch in anderen Kantonen bzw. gemäss MuKE ähnliche Ausnahmen möglich, die ebenfalls eine konkrete Prüfung des Einzelfalls bedingen. Die Stadt Solothurn hat dabei weitgehend auf unbestimmte Rechtsbegriffe verzichtet und gleich definiert, was aus ihrer Sicht als «wirtschaftlich tragbar» zu gelten hat. Dies ist zu begrüssen.

Und letztlich wurde noch eine weitere Ausnahme in § 3 der Erschliessungsvorschriften aufgenommen. Wohn-, Gewerbe- und Industriebauten werden von der Regio Energie Solothurn auf begründetes Gesuch hin von der Anschlusspflicht befreit, wenn eigene nutzbare Abwärme zur Verfügung steht, die mehr als 50% des Eigenbedarfs für diese Zwecke deckt, oder wenn die erforderliche Nennleistung der Wärmeerzeugungsanlage unter 10 kW liegt.

Aufgrund der genannten Möglichkeiten, dem Anschlusszwang zu entgehen, ist auch die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn gewahrt.

7.4 Zusammenfassend ist die Verhältnismässigkeit der vorgesehenen Anschlusspflicht demnach zu bejahen. Damit sind die Voraussetzungen für den Eingriff in die Eigentumsгарantie der Betroffenen nach Art. 36 BV erfüllt.

8. Nach wie vor umstritten ist, ob die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführer verletzt wird.

8.1 Die Beschwerdeführer machen dazu im Wesentlichen geltend, wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behinderten, um gewisse Gewerbebereiche oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, seien unzulässig. Der Zwang der im betroffenen Perimeter wohnenden Anwohner, nur noch Fernwärme zu nutzen, führe unbestreitbar zu einer Aushebelung der freien Marktwirtschaft, einhergehend mit einer wirtschaftlichen Besserstellung der Regio Energie Solothurn, welche nota bene in staatlicher Hand sei. Zudem führe die grundsatzwidrige Massnahme auch zu einem Ausschluss der Konsumfreiheit. Es sei augenscheinlich, dass ein Hotelbetrieb, welcher nicht dem Anschlusszwang unterliege, konkurrenzfähiger, da flexibler und anpassungsfähiger sei. Der Hoteleigentümer unter den Beschwerdeführern könne nicht auf steigende Fernwärmepreise reagieren, wohl aber sein direkter Konkurrent, dessen Hotel nicht im Perimeter liege. Für ein Hotel sei ein Anschluss sehr teuer, aufwändig und unsicher, z.B. koste die Installation eines Wärmewandlers, der nie die Effizienz einer Gasheizung habe, sehr viel und könne überdies nicht sicherstellen, dass sämtliche 23 Zimmer des Hotels zu Spitzenzeiten am Morgen und am Abend genügend Warmwasser habe. Die wiederholte Behauptung der Stadt, wonach es sich bei der Fernwärme um die momentan kostengünstigste Variante der Wärmeerzeugung handle, sei gänzlich unbelegt

und werde bestritten.

8.2.1 Art. 27 Abs. 1 BV gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit. Abs. 2 nennt beispielhaft, welchen Inhalt diese Gewährleistung umfasst (Berufswahl-, Berufszugang- und Berufsausübungsfreiheit, vgl. BGE 128 I 92 E. 2a S. 94 f). Geschützt sind sowohl rechtliche wie ausnahmsweise faktische Interessen. Art. 27 BV ist in erster Linie ein Abwehrrecht gegenüber dem Staat und verschafft grundsätzlich keinen Anspruch auf staatliche Leistung. Nach Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Abweichungen davon sind nur zulässig, wenn sie in der BV vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV).

8.2.2 Nach der (in der Lehre kritisierten) Praxis des Bundesgerichts beinhaltet die Wirtschaftsfreiheit keine Konsumfreiheit (Klaus A. Vallender, St. Galler Kommentar zur BV, Art. 27 N 7 mit zahlreichen Hinweisen), wie sie von den Beschwerdeführern angerufen wird. Indes ist die Vertragsfreiheit ein zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit (Vallender, a.a.O., Art. 27 N 45).

8.2.3 Grundsatzwidrig sind gemäss Art. 94 Abs. 4 BV insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten. Dazu gehören Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebereiche oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen, oder sonst wie den Wettbewerb zu verzerren. Keine Abweichungen und damit unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV zulässig sind dagegen andere im öffentlichen Interesse begründete Massnahmen, wie namentlich gewerbepolizeilich, sozialpolitisch, umweltpolitisch und gleichwertig begründete Einschränkungen (Hettich/Rechsteiner, a.a.O., S. 19, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_940/2010 E. 3.2; BGE 131 I 223 E. 4.2 S. 231).

8.2.4 Der aus Art. 27 BV abgeleitete Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verbietet Massnahmen, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 131 II 271 E. 9.2.2 S. 291; 130 I 26 E. 6.3.3.1 S. 53; 125 I 431 E. 4b/aa S. 435 f., je mit Hinweisen). Fiskalische Belastungen können eine derartige Beeinträchtigung verursachen (BGE 125 I 182 E. 5b S. 198 f.; BGE 121 I 129 E. 3d S. 135, je mit Hinweisen). Zulässige öffentliche Interessen vermögen auch verhältnismässige Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen; zu vermeiden sind einzig spürbare, durch das öffentliche Interesse nicht gerechtfertigte Wettbewerbsverzerrungen (BGE 130 I 26 E. 3.3.3.1 S. 53 mit Hinweis auf BGE 125 I 431 E. 4b S. 436; 125 II 129 E. 10b S. 150).

8.3 Zwar wird in der Literatur die Meinung vertreten, ein Zwang zur Nutzung eines bestimmten Energieträgers könne einen Verstoß gegen die Wettbewerbsfreiheit darstellen. Jedoch gehen die Autoren dabei von einer anderen Konstellation als der hier vorliegenden aus: Heselhaus/Schreiber etwa nehmen einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Anbieter alternativer Wärmeerzeugungstechnologien, bspw. von Öl- und Gasheizungen, aber auch von erneuerbaren Energien wie Solarthermie, an (a.a.O., Ziff. 2c S. 11).

Auch Zimmermann äusserte sich schon 1982 zu einem etwaigen Eingriff in die damalige Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 aBV): Die Verpflichtung auf einen bestimmten Energieträger beschränke den Immobilienhersteller und -händler in der freien Wahl ihrer Betriebsmittel, andererseits die Energielieferanten in der freien Ausübung ihrer

Berufstätigkeit sowie in der freien Gestaltung der Geschäftsbeziehungen mit ihren Abnehmern. Demgegenüber könne sich der Konsument, d.h. vor allem der Mieter, nicht auf die Handels- und Gewerbefreiheit berufen (a.a.O., S. 751).

Gemäss Hettich/Rechsteiner untersagen weder die Eigentumsgarantie noch die Wirtschaftsfreiheit die Anschlusspflicht an einen Wärmeverbund. Um die grundrechtlichen Vorgaben einzuhalten, empfehle sich jedoch eine flexible gesetzgeberische Umsetzung, womit Besonderheiten Rechnung getragen werden könne (a.a.O., Ziff. 3.1.3 S. 25). Grundsätzliche Technologieverbote qualifizieren die beiden Gutachter unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Rechte, insbesondere der stark betroffenen Wirtschaftsfreiheit (der Abnehmerkreis für Produzenten von Ölheizungen wird reduziert), der Eigentumsfreiheit sowie des Verhältnismässigkeitsprinzips als besonders heikel. Dementsprechend dränge sich eine Regelung auf, welche das mit der Einschränkung verfolgte Ziel, aber auch die wirtschaftliche Tragbarkeit und allfällige im Einzelfall entgegenstehende Interessen berücksichtige (a.a.O., Ziff. 3.1.2 S. 23, mit Verweis auf S. 17 ff.).

8.4 Damit ist im Ergebnis der Argumentation der Stadt zu folgen, wonach sich die Beschwerdeführer gar nicht auf die Wirtschaftsfreiheit berufen können, da sie in keinem Schutzgut betroffen sind. Selbst wenn aber der Hoteleigentümer unter den Beschwerdeführern seinen Anspruch auf Gleichbehandlung unter Gewerbsgenossen geltend macht, dringt er mit seinen diesbezüglichen Rügen nicht durch. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer bringt der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbsgenossen sehr wohl auch das allgemeine Gleichheitsgebot zum Ausdruck. Art. 27 BV ergänzt Letzteres und bietet einen darüber hinausgehenden Schutz (Vallender, a.a.O., Art. 27 N 31). Insofern sind die Darlegungen des Regierungsrats durchaus schlüssig: Eine absolute Gleichstellung sämtlicher Gewerbsgenossen ■ hier Hotelbetriebe ■ ist Illusion. Auch in anderen Bereichen kommt es zu derartigen Unterschieden, etwa bei der Erhebung von Erschliessungsbeiträgen. Kein Hotelbetrieb kann geltend machen, er müsse wegen eines Strassenausbaus einen hohen Beitrag zahlen und habe darum grössere finanzielle Aufwendungen zu gewärtigen als ein andernorts liegender Betrieb. Die Konkurrenzfähigkeit eines Hotels hängt in erster Linie von seiner Lage, seinem Dienstleistungsangebot, der Zimmeranzahl und dem Kundensegment ab. Auch wenn die Energiekosten selbstredend eine wichtige Rolle spielen, besteht kein absoluter Anspruch auf Gleichbehandlung. Es kann vollumfänglich auf die Ausführungen in E. 3.2.3 des angefochtenen Entscheids verwiesen werden.

8.5 Das mit der Planung verfolgte öffentliche Interesse ist schliesslich massgeblich umweltpolitischer Natur, so dass kein grundsatzwidriger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit erfolgt (Urteil 2C_940/2010 E. 3.2). So erachten auch Hettich/Rechsteiner ein Verbot elektrischer Widerstandsheizungen als «durch ausreichend erhebliche umweltpolitische öffentliche Interessen» motiviert, um einen grundsatzkonformen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Produzenten solcher Heizungen zu bejahen (a.a.O., S. 17 ff., insbesondere S. 19). Hettich/Rechsteiner sind zwar kritisch eingestellt, geben aber ebenfalls zu bedenken, dass der Wettbewerbsausschluss (von dem die Beschwerdeführer nachgerade nicht betroffen sind) letztlich das Ziel des Umweltschutzes verfolge. Zwar sei der Umwelt- und insbesondere der Klimaschutz mit seiner langfristigen Ausrichtung keine klassische Gefahrenabwehr im Sinne der Polizeigüter. Er werde hiermit jedoch ein Ziel verfolgt, dass nicht rein wirtschaftspolitisch sei. Zudem lasse sich argumentieren, dass auf dem

Fernwärmemarkt, der ein natürliches Monopol darstelle, ohnehin kein Wettbewerb herrsche (a.a.O., S. 14 oben).

8.6 Und es ist denn auch nicht so, dass die Vertragsfreiheit der Beschwerdeführer gänzlich aufgehoben würde. Mit den Beschränkungen des Anschlusszwangs auf Neubauten und Totalerneuerungen, der 10%-Hürde und der Ausnahmeregelung in § 3 der Erschliessungsvorschriften wird der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen. Und dass die gesetzliche Grundlage für ein Verbot nicht erneuerbarer Energieträger mit § 7 EnG/SO vorhanden ist, wurde bereits in E. 5 hiervoor erläutert. Gleiches gilt für das öffentliche Interesse (E. 6) und die Verhältnismässigkeit (E. 7 hiervoor).

8.7 Wenn die Beschwerdeführer der Stadt schliesslich sinngemäss vorwerfen, die Versorgungssicherheit sei nicht belegt, müssen sie sich entgegenhalten lassen, dass auch die Befürchtungen, die Hotelgäste müssten dereinst kalt duschen, durch keinerlei Fakten erhärtet wurden. Weshalb es zu einem derartigen Szenario kommen sollte, ist denn auch nicht nachvollziehbar.

9. Was die übrigen Vorhalte der Beschwerdeführer zu etwaigen Verfahrensmängeln anbelangt, kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.