Entscheidbesprechungen
Discussions d'arrêts actuels

1. Verfassungs- und Verwaltungsrecht/Droit constitutionnel et administratif

1.14. Bau- und Planungsrecht. Bodenrecht/ Constructions et aménagement du territoire. Droit foncier

Baubewilligung für eine Wasserstoffproduktionsanlage

Besprechung von Baurekursgericht des Kantons Zürich, 0142/2022, 8.9.2022

Baurekursgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, Entscheid 0142/2022 vom 8. September 2022, M. und N. K. sowie R. W. *gegen* Gemeinderat Glattfelden, Baudirektion Kanton Zürich und Axpo Power AG, Baubewilligung bzw. raumplanungsrechtliche, gewässerschutzrechtliche, lärmrechtliche sowie denkmalpflegerische Bewilligung für Wasserstoffproduktionsanlage.

Victor von Sury*

Das Baurekursgericht des Kantons Zürich hob mit Entscheid 0142/2022 vom 8. September 2022 die Baubewilligung für eine Wasserstoffproduktionsanlage der Axpo Power AG auf. Die Wasserstoffproduktionsanlage hätte, ausserhalb der Bauzone, gleich neben dem Kraftwerk Eglisau-Glattfelden errichtet werden und eine Leistung von bis zu 5 Megawatt erbringen sollen. Zur Begründung führte das Baurekursgericht aus, eine solche Wasserstoffproduktionsanlage sei zwar durchaus auf Bandenergie angewiesen, welche das Laufwasserkraftwerk Eglisau-Glattfelden produziere. Das Bauvorhaben sei nichtsdestotrotz nicht als standortgebunden i.S.v. Art. 24 RPG zu qualifizieren. Zum einen sei das Vorhaben aus verschiedenen Gründen nicht zwingend auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen. Zum anderen würden die finanziellen Interessen der Axpo Power AG ebenso wenig einen Standort ausserhalb der Bauzone rechtfertigen.

I. Sachverhalt

Die Axpo Power AG (hiernach Bauherrschaft) plante in der Gemeinde Glattfelden, beim Kraftwerk Eglisau-Glattfelden unmittelbar an der Landesgrenze zu Deutschland, die Erstellung einer Wasserstoffanlage. Aus der Wasserkraft des Rheins sollte damit sogenannter *grüner Wasserstoff*[1] produziert werden. Die Leistung sollte in einer ersten Phase 2,5 Megawatt betragen. Das durch das Bauvorhaben betroffene Grundstück liegt beinahe vollständig in der kantonalen Landwirtschaftszone (Lk). Die übrigen durch das Bauvorhaben betroffenen Grundstücke liegen ebenfalls teilweise in der Landwirtschaftszone, teilweise in einer Quartiererhaltungszone (Q). Geplant war der Abbruch des bestehenden Magazingebäudes auf dem Grundstück Kat.-Nr. 7410 und ein Neubau mit ähnlichen Abmessungen, worin die Wasserstoffproduktionsanlage hätte errichtet werden sollen. Im Aussenbereich war auf der Ostseite des Gebäudes eine Abfüllanlage vorgesehen. Im Übrigen hätte sich das geplante Bauvorhaben in unmittelbarer Nähe des Laufwasserkraftwerks Eglisau-Glattfelden befunden, welches einerseits im Inventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS), zum Teil mit dem Erhaltungsziel A, verzeichnet ist. Andererseits ist das Laufwasserkraftwerk vom Inventar der Denkmalschutzobjekte von überkommunaler Bedeutung erfasst.

Mit Beschluss vom 7. Februar 2022 erteilte der Gemeinderat Glattfelden die Bewilligung für den Bau einer Wasserstoffproduktionsanlage. Gleichzeitig mit dem vorgenannten Beschluss wurde die Gesamtverfügung der Baudirektion des Kantons Zürich (hiernach Vorinstanz) eröffnet. Die kantonale (Ausnahme-)Bewilligung umfasste die raumplanerischen, gewässerschutzrechtlichen, lärmrechtlichen sowie denkmalschutzrechtlichen Aspekte.

Gegen die kantonale Verfügung erhoben am 14. März 2022 diverse Privatpersonen Rekurs beim Baurekursgericht des Kantons Zürich (hiernach Baurekursgericht). Sie beantragten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

II. Erwägungen des Baurekursgerichts des Kantons Zürich

Streitfrage des Verfahrens vor dem Baurekursgericht war, ob die Vorinstanz die Ausnahmebewilligung nach Art. 24 RPG zu Recht erteilt hatte. Dazu legte das Baurekursgericht in einem ersten Schritt die vorinstanzlichen Erwägungen dar. So habe die Vorinstanz in Bezugnahme auf einen Bericht der Bauherrschaft festgehalten, bei einem Standort direkt neben dem bestehenden Kraftwerk würden die für einen Neubau notwendigen elektrischen Installationen sowie Nutzungsentgelte für den Energietransport entfallen. Dar-

* Victor von Sury, MLaw, Rechtsanwalt, Leiter Rechtsdienst beim Bau- und Justizdepartement des Kantons Solothurn.

[1] Unter *grünem Wasserstoff* ist derjenige Wasserstoff zu verstehen, der unter ausschliesslicher Verwendung von Strom aus regenerativen Quellen produziert wurde und deshalb als CO_2-neutral gilt; vgl. dazu Internet: https://www.bmbf.de/bmbf/shareddocs/kurzmeldungen/de/wissenswertes-zu-gruenem-wasserstoff.html (Abruf 22.10.2022).

über hinaus verkürze die Nähe zur Kommandozentrale des Kraftwerks die Interventionszeit bei Störungen. Weiter sei durch die direkte Anbindung der Anlage an das Laufwasserkraft sichergestellt, dass die Wasserstoffproduktion CO_2-frei ablaufe. Gesamthaft habe die Vorinstanz festgehalten, dass die Wasserstoffproduktionsanlage aus technischen und betriebswirtschaftlichen Gründen direkt neben dem bestehenden Flusslaufkraftwerk als standortgebunden im Sinne von Art. 24 RPG zu qualifizieren sei (E. 4.1).

In einem zweiten Schritt legte das Baurekursgericht die Parteistandpunkte dar. Die Rekurrierenden brächten vor, das Bauvorhaben sei weder standortgebunden (Art. 24 lit. a RPG) noch sei die Voraussetzung der Interessenabwägung erfüllt (Art. 24 lit. b RPG). Die von der Vorinstanz angeführten Gründe seien finanzieller Natur und eine CO_2-freie Produktion sei auch innerhalb der Bauzone mit Anschluss an ein Wasserkraftwerk möglich. Darüber hinaus fehle es – so die Rekurrierenden – an einer angemessenen Standortevaluation. Ferner sei ihnen keine Einsicht in den Bericht der Bauherrschaft vom 7. Oktober 2021 gewährt worden. Schliesslich stünden dem Bauvorhaben überwiegende Interessen entgegen (E. 4.2).

Die Vorinstanz selbst reichte den erwähnten Bericht als Beilage zu ihrer Vernehmlassung an das Baurekursgericht ein. Dem Bericht lasse sich entnehmen, dass bei Wasserstoffproduktionsanlagen mit Hilfe von Strom Wassermoleküle in Wasserstoff und Sauerstoff aufgespalten würden, wonach der Wasserstoff unter hohem Druck in einen Speicherbehälter gepumpt und von dort aus anschliessend zu den Tankstellen transportiert würde. Die geplante Leistung betrage 5 Megawatt, wobei zu Beginn eine Leistung von ca. 2,5 Megawatt installiert würde. Zum Bezug der notwendigen Energie würde die Anlage direkt auf der Mittelspannungsebene des bestehenden Kraftwerks zwischen den Generatoren und dem Hochspannungsabgang angeschlossen. Zur Standortgebundenheit werde ausgeführt, dass – bei einem Bau der Anlage in einem Industriequartier – die dort bestehende Elektrizitätsinfrastruktur ausgebaut werden müsse. Ebenso belaste die Betriebsweise das öffentliche Stromnetz. All dies liesse sich bei einer Installation direkt beim Kraftwerk vermeiden. Das benötigte Frischwasser könne teilweise über das bestehende Grundwasserpumpwerk des Laufkraftwerks bezogen werden, was den Bezug aus dem Trinkwassernetz reduziere. In betrieblicher Hinsicht könnten – so die Vorinstanz – die Abfüllanlage sowie der Elektrolyseur durch das bestehende Personal des Laufkraftwerks betrieben und überwacht werden. Es sei zwar möglich, die Produktion von Wasserstoff innerhalb der Bauzone zu realisieren. Aufgrund der notwendigen Wassermenge, der benötigten Energie und der Rückführung des Wassers sei der anbegehrte Standort aber erheblich vorteilhafter. Überdies werde die projektierte Anlage nahezu vollständig auf bereits befestigten Flächen erstellt (E. 4.3).

Die Bauherrschaft führte in ihrer Vernehmlassung aus, mit der projektierten Anlage könne ein Ausstoss von rund 6300 bis 7800 Tonnen CO_2 vermieden werden, namentlich durch die Umstellung von herkömmlichen Benzin- oder Dieselfahrzeugen. In der Phase des Marktaufbaus könne grüner Wasserstoff nur dann wettbewerbsfähig produziert werden, wenn die benötigte Energie nicht mit Netznutzungsentgelten belastet sei, weshalb vor allem Laufwasserkraftwerke (Bandenergie) in Frage kämen. Die meisten davon befänden sich ausserhalb der Bauzone (E. 4.3).

In seiner Beurteilung legte das Baurekursgericht die gesetzlichen Grundlagen sowie die einschlägige Rechtsprechung dar. Eine Baute oder Anlage gelte dann als standortgebunden, wenn sie insbesondere aus technischen oder betrieblichen Gründen auf einen Standort ausserhalb der Bauzone angewiesen sei. Eine relative Standortgebundenheit reiche aus. Mithin müssten besonders wichtige und objektive Gründe vorliegen, die den vorgesehenen Standort ausserhalb der Bauzone als wesentlich vorteilhafter als innerhalb der Bauzone erscheinen liessen. Weiter legte das Baurekursgericht die Anforderungen an die relative Standortgebundenheit dar (E. 5).

In formeller Hinsicht führte das Baurekursgericht aus, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb den Rekurrierenden der Bericht vom 7. Oktober 2021 nicht zugestellt worden sei. Sofern daraus eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu schliessen sei, sei diese jedoch im Rahmen des Rekursverfahrens geheilt worden (E. 6.1.2).

In materieller Hinsicht erwog das Baurekursgericht, dass das Vorbringen der Bauherrschaft, wonach die Produktion von grünem Wasserstoff auf Strom aus Laufkraftwerken angewiesen sei, zutreffe. So sei für eine solche Anlage die Verfügbarkeit von Bandenergie, sprich von über die Zeit gleichmässig produzierter Energie, nötig. Weiter würden sich bei anderen Produktionsformen, insbesondere Windrädern und dergleichen, die gleichen Fragen betreffend die Notwendigkeit der Situierung der Wasserstoffproduktionsanlage in unmittelbarer Nähe des im Nichtbaugebiet liegenden Kraftwerks stellen.

Das Baurekursgericht hielt fest, dass die zu errichtende Anlage nicht auf die Rechtsfigur der abgeleiteten Standortgebundenheit abstellen könne, da dieser keine Hilfsfunktion zu Gunsten des Laufwasserkraftwerks zukomme. Soweit die Vermeidung von Netznutzungsentgelten ins Feld geführt wurde, verwarf das Baurekursgericht diese Argumentation, zumal es sich dabei nicht um eine technische Anforderung handle, genauso wenig wie um einen typischen betrieblichen Grund. Vielmehr handle es sich dabei um ein finanzielles Interesse, welches eben gerade nicht

zur Begründung der Standortgebundenheit angeführt werden könne. Und selbst wenn die Behauptung zur fehlenden Konkurrenzfähigkeit zutreffen sollte, so hätte dies zur Folge, dass das entsprechende regulatorische Umfeld anzupassen wäre. Alternativ – so das Baurekursgericht – sei auch die direkte Subventionierung oder aber eine Verteuerung konkurrierender Energieträger denkbar. Es gehe aber nicht an, den fundamentalen Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet zu durchbrechen, um eine neue Technologie wirtschaftlich zu privilegieren. Da zugleich davon auszugehen sei, dass bei entsprechender Ausgestaltung des regulatorischen Umfelds eine Wasserstoffproduktion auch an weiter vom Ort der Stromproduktion entfernten Standorten möglich sei, entfalle zugleich das Argument, dass nur durch Anbindung der Anlage an das Laufwasserkraftwerk sichergestellt werden könne, dass die Wasserstoffproduktion CO_2-frei ablaufe. Auch das Argument bezüglich der Vermeidung der Installation neuer elektrischer Installationen verwarf das Baurekursgericht. Dies mit der Begründung, dass bei einer Realisierung der Anlage innerhalb der Bauzone die entsprechende Installation zumindest teilweise in der Bauzone zu liegen käme. Schliesslich seien auch der Einsatz von bereits bestehendem Personal sowie die Möglichkeiten hinsichtlich Frischwasserbezug und Wasserrückführung keine hinreichenden Argumente für die Standortgebundenheit. Gesamthaft seien also keine besonders wichtigen und objektiven Gründe ersichtlich, welche die Notwendigkeit des Standortes ausserhalb der Bauzone zu begründen vermöchten (E. 6.2).

In einem nächsten Schritt befasste sich das Baurekursgericht – im Sinne einer Eventualbegründung – mit dem Erfordernis der übergeordneten Standortevaluation. Aufgrund der Bedeutung des Vorhabens stelle sich die Frage, ob ein Standort im Nichtbaugebiet erforderlich sei, wenn dieser sich in der Nähe eines Laufkraftwerks zu befinden habe. Die Vorinstanzen hätten sich mit dieser Frage nicht befasst. Darüber hinaus zeige bereits ein Blick in die Geoinformationssysteme der Kantone, dass in unmittelbarer Nähe bestehender Laufwasserkraftwerke durchaus Bauzonen bestünden, wobei die konkrete Realisierbarkeit an den Standorten vertieft abzuklären gewesen wäre. Das Baurekursgericht nahm dabei Bezug auf das Kraftwerk Schaffhausen, das Kraftwerk Neuhausen sowie das Kraftwerk Rheinau. Abschliessend wurde festgehalten, dass das Argument, wonach der Standort trotz Zuweisung zum Nichtbaugebiet bereits überbaut sei, nicht verfange. Die aktuelle nutzungsplanerische Festlegung sei ein Ausdruck dafür, dass das entsprechende Grundstück wieder einer landwirtschaftlichen Nutzung zugeführt würde, wenn das nicht mehr benötigte Magazingebäude abgebrochen werde (E. 6.3). Gesamthaft sei der Rekurs gutzuheissen, die Verfügung der Vorinstanz aufzuheben, ebenso wie die vom Gemeinderat Glattfelden erteilte Baubewilligung (E. 7). Dies unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Bauherrschaft (E. 8).

III. Anmerkungen

Der Entscheid des Baurekursgerichts spiegelt zwei aktuelle und immerwährende Thematiken wider: Zum einen werden die Grundsätze der Standortgebundenheit beim Bauen ausserhalb der Bauzone zur Anwendung gebracht. Zum anderen zeigt sich ein weiteres Mal, wie schwer es Anlagen zur Gewinnung bzw. Speicherung von alternativen Energieformen haben, ein Projekt der Realisierung zuzuführen.

Die Bewilligungsfähigkeit eines zonenwidrigen Bauvorhabens ausserhalb der Bauzone beurteilt sich nach Art. 24 ff. RPG. Der vorliegend zur Anwendung gebrachte Grundtatbestand von Art. 24 RPG normiert, dass zonenwidrige Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone dann bewilligt werden, wenn einerseits deren Zweck einen Standort ausserhalb der Bauzone erfordert und andererseits keine überwiegenden Interessen entgegenstehen. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist der Nachweis der absoluten Standortgebundenheit nicht vonnöten.[2] Vielmehr genügt die relative Standortgebundenheit. Es muss mithin der sich aus einer entsprechenden Evaluation ergebende geeignetste Standort gewählt werden. Inhärent bei der Prüfung der relativen Standortgebundenheit ist der Nachweis, dass Alternativstandorte geprüft werden und sich aus ebendieser Prüfung ergibt, dass dem gewählten Standort keine valablen Alternativen gegenüberstehen.[3] Die Prüfung von Alternativstandorten wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung teils unter dem Aspekt der Interessenabwägung (Art. 24 lit. b RPG),[4] teils als eine eigene Interessenabwägung im Zuge der Prüfung der Standortgebundenheit (Art. 24 lit. a RPG)[5] vorgenommen.[6]

Das Baurekursgericht prüfte die Standortgebundenheit im vorliegenden Fall unabhängig von der eigentlichen Interessenabwägung. Ungeachtet dessen nimmt es im Rahmen der Beurteilung der Standortgebundenheit durchaus eine eigene Interessenabwägung vor, indem es die Argumente der Bauherrschaft sowie der Vorinstanz dem verfassungs- und gesetzmässigen Trennungsgrundsatz gegenüberstellt.

---

2 So bereits BGE 108 Ib 362 E. 4a.
3 BGE 115 Ib 508.
4 BGE 118 Ib 17 E. 3; 115 Ib 508 E. 6b.
5 BGE 129 II 63 E. 3.2.
6 Vgl. zum Ganzen Christoph Jäger, in: Alain Griffel/Hans U. Liniger/Heribert Rausch/Daniela Thurnherr (Hrsg.), Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich/Basel/Genf 2016, N 3.123 ff.

Von der Bauherrschaft und der Vorinstanz werden primär drei Argumente ins Feld geführt, welche die relative Standortgebundenheit begründen sollen: das Entfallen des Netznutzungsentgelts, welches die Produktion erst wirtschaftlich erscheinen lasse, die (Nicht-)Belastung des öffentlichen Stromnetzes sowie der Verzicht auf den Ausbau elektrischer Installationen. Auf das erste Argument ist nachfolgend einzugehen.

Das Baurekursgericht verwirft ebendieses mit dem Hinweis, beim Verzicht auf das Netznutzungsentgelt handle es sich um ein finanzielles Interesse und nicht etwa um eine technische Anforderung oder einen typischen betrieblichen Grund. Dabei verweist es auf die Erstellung von Bergrestaurants, bei denen sich der gewählte Standort aus dem Zweck des Betriebs ergebe.[7] Der Umstand, dass die finanziellen Interessen bei der Interessenabwägung – im Rahmen der Prüfung der Standortgebundenheit – nicht ausschlaggebend sein können, entspricht der ständigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.[8] Fraglich ist aber immerhin, inwiefern das finanzielle Interesse – sobald die Rentabilität als Ganzes in Frage gestellt wird – zu einem betrieblichen Grund bzw. zu einer technischen Anforderung umqualifiziert werden kann. Im vorliegenden Fall sind die finanziellen Aspekte lediglich ausgabenseitig relevant. Es ist jedoch denkbar, dass finanzielle Aspekte auch einnahmenseitig Bedeutung erlangen. Zu denken ist dabei beispielsweise an Windkraftanlagen. Diese werden naturgemäss nur an Standorten geplant, die sich – technisch und die Windintensität betreffend – für eine Stromproduktion eignen, sprich rentabel sind. In den allermeisten Fällen sind dies exponierte Gebiete, die eben gerade nicht in der Bauzone zu liegen kommen.[9] Solchen Anlagen wird die Standortgebundenheit nicht mit der Begründung aberkannt, das finanzielle Interesse an der Stromerzeugung – welches einer gewinnorientierten Betreibergesellschaft inhärent ist – rechtfertige keinen Standort ausserhalb der Bauzone. Stets berücksichtigt wird das Windenergiepotential.[10] In diesem Zusammenhang erscheint insbesondere die Erwägung des Baurekursgerichts als problematisch, wonach es am regulatorischen Umfeld (sprich an der Politik) liege, Konstellationen wie die vorliegend zur Diskussion stehende mittels Subventionen oder Verteuerung konkurrierender Energieträger rentabel zu gestalten. Mit dieser Argumentation liesse sich jedem Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone, welches aus betrieblichen Gründen (und damit auch aus finanziellen Gründen) auf einen solchen Standort angewiesen ist, die Bewilligung verweigern. Damit ist auch dargetan, dass sich die finanziellen Interessen nicht immer streng von den technischen Anforderungen resp. den betrieblichen Gründen trennen lassen. Die Berücksichtigung der Rentabilität eines Vorhabens, welche – abgesehen von Bauprojekten der öffentlichen Hand – stets begriffsnotwendige Voraussetzung für die Planung und den Bau bildet, lässt sich jedenfalls nicht kategorisch ausschliessen.

Demgegenüber ist mit dem Baurekursgericht einigzugehen, dass mögliche Alternativstandorte innerhalb der Bauzone stets vertieft zu prüfen sind. Insoweit es die Bauherrschaft dabei beliess, entsprechende Alternativstandorte «aufgrund relativ pauschaler Hinweise» (E. 6.3) zu verwerfen, kam sie ihrer Prüfungspflicht nicht nach. Eine entsprechende vertiefte Analyse ist angesichts der einschlägigen Rechtsprechung stets vorzunehmen, wenn die entsprechenden Alternativstandorte nicht von vornherein aus offensichtlichen Gründen ausser Betracht fallen.[11]

Soweit das Baurekursgericht im Übrigen die abgeleitete Standortgebundenheit – ein Spezialfall der Standortgebundenheit – verwirft, ist ihm zuzustimmen. So hat das Bundesgericht zur relativen Standortgebundenheit festgehalten, dass dafür nur Anlagen in Betracht kämen, die einem zonenfremden, jedoch standortgebundenen Betrieb dienten und aus technischen oder betriebswirtschaftlichen Gründen notwendig seien. Massgebend für die abgeleitete Standortgebundenheit sei ein besonderes, aus dem Hauptbetrieb hergeleitetes betriebswirtschaftliches oder technisches Bedürfnis, die entsprechende Anlage am vorgesehenen Ort zu erstellen.[12] Dass die zur Diskussion stehende Wasserstoffproduktion nicht als Hilfsanlage des Laufwasserkraftwerks zu qualifizieren ist, wird denn auch weder von der Vorinstanz noch von der Bauherrschaft behauptet.

Zusammengefasst zeigt der Entscheid des Baurekursgerichts die strengen Massstäbe zum Bauen ausserhalb der Bauzone auf. Der fundamentale Trennungsgrundsatz zwischen Bau- und Nichtbauzone (Art. 75 BV; Art. 1 RPG) ist nur dann zu durchbrechen, wenn dem entsprechenden Bauvorhaben eine umfassende Analyse von Alternativstandorten sowie eine korrekt durchgeführte Interessenabwägung zu Grunde liegen, die zu Gunsten des vorgesehenen Standorts ausserhalb der Bauzone ausfallen. Der Umstand, dass namentlich innovative und zukunftsträchtige Projekte im

[7] BGer, 1C_877/2013, 31.7.2014, E. 3.1.1.
[8] BGE 116 Ib 228 E. 3b.
[9] Vgl. für eine Übersicht über die Windenergieanlagen in der Schweiz Internet: https://www.uvek-gis.admin.ch/BFE/storymaps/EE_WEA/ (Abruf 22.10.2022).
[10] Vgl. etwa BGE 148 II 36 (Windpark Grenchenberg), wobei dort die Evaluation von Standortvarianten bereits auf Stufe Richtplan und dann auch in der vor Bundesgericht umstrittenen Nutzungsplanung erfolgte.
[11] BGer, 1C_533/2010, 20.7.2011, E. 3.2.
[12] BGE 124 II 252 E. 4c.

Bereich der Energieerzeugung und Energiespeicherung oftmals an den Rahmenbedingungen der Raumplanung und des Natur- und Heimatschutzes scheitern, mag zwar unbefriedigend erscheinen, ist im Endeffekt aber der konsequenten Anwendung des normierten Rechts geschuldet. Dies scheint mittlerweile auch auf politischer Ebene erkannt worden zu sein: Erst kürzlich wurden im Rahmen der Verabschiedung des Bundesgesetzes über dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter (Änderung des Energiegesetzes) auf Gesetzesebene unter anderem vereinfachte Voraussetzungen für Photovoltaik-Grossanlagen verankert.[13] So gelten nach Art. 71a EnG gewisse Grossprojekte von Gesetzes wegen als standortgebunden und profitieren noch von weiteren Erleichterungen. Ungeachtet der berechtigten verfassungsrechtlichen Bedenken hierzu[14] erscheint eine Diskussion über die Anpassung der materiell-rechtlichen Vorschriften als transparent wie auch als dringend angezeigt. In diesem Rahmen wird der Kern der Problematik, namentlich die vielseitigen und sich entgegenstehenden Interessen, einer Kontroverse zugeführt werden. Im Gegensatz hierzu entzieht sich die Diskussion über die Anpassung von verfahrensrechtlichen Vorschriften weitestgehend dem vorgenannten Thema.[15] Scheitern für die heimische Energieproduktion durchaus notwendige Bauvorhaben wiederholt an den Rahmenbedingungen des Raumplanungs- bzw. Natur- und Heimatschutzrechts, so ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen Rahmenbedingungen – namentlich in materieller, und nicht etwa nur in verfahrensrechtlicher Hinsicht – unumgänglich. Diese Auseinandersetzung hat jedoch zwingend in einem verfassungskonformen Gesetzgebungsverfahren zu erfolgen.

[13] Art. 71a EnG; eingefügt durch Ziff. I des Bundesgesetzes vom 30. September 2022 (Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter), in Kraft vom 1. Oktober 2022 bis zum 31. Dezember 2025 (AS 2022 543; BBl 2022 1536, 1540).

[14] Vgl. dazu Kurt Fluri, Leichtfertiger Umgang von Bundesrat und Parlament mit der Verfassung, NZZ vom 20.10.2022, 18.

[15] So etwa die Vorlage zur Beschleunigung von Verfahren für Wasserkraft- und Windenergieanlagen (vgl. dazu Vorentwurf vom 2. Februar 2022 zur Änderung des EnG, Internet: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/70143.pdf [Abruf 22.10.2022]).

2. Privatrecht/Droit privé

2.7. Schuldrecht – allgemein/ Droit des obligations – en général

2.7.2. Obligationenrecht – Besonderer Teil – allgemein/Droit des obligations – Partie spéciale – en général

2.7.2.9. Auftragsrecht/Mandat

Execution only: Retrozessionen, Auskunft, Verjährung

Besprechung von BGer, 4A_601/2021, 8.9.2022

Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_601/2021 vom 8. September 2022, Pensionskasse der A. *gegen* Bank Ba. AG, Retrozessionen.

Martina Reber*

Den Kern des Entscheids bilden die verschiedenen Verjährungsfragen im Zusammenhang mit Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis. Das Bundesgericht bestätigt seine (überzeugende) Rechtsprechung, wonach die Herausgabeforderung der Auftraggeberin innert zehn Jahren ab Zufluss der Retrozessionen verjährt. Vor diesem Hintergrund kann es die Frage nach der Herausgabepflicht von Retrozessionen im Execution-Only-Verhältnis offenlassen. Abzulehnen ist hingegen der vom Bundesgericht befürwortete Gleichlauf der Verjährung von Auskunfts- und Herausgabepflicht, da er der einhelligen Lehre und der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht. Zuzustimmen ist dem Bundesgericht darin, dass es die Verletzung der Auskunfts- und Herausgabepflicht hinsichtlich Retrozessionen nicht als Dauerdelikt qualifiziert. Indessen übersieht es, dass vorliegend nur die Sekundäransprüche der Kundin wegen Verletzung der unaufgeforderten Benachrichtigungspflicht und der Herausgabepflicht, nicht aber diejenigen wegen Verletzung der Auskunftspflicht verjährt sind.

I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Zwischen der Pensionskasse der A. (fortan: Kundin) und der Bank Ba. AG (fortan: Bank) besteht seit dem Jahr 2001 eine Konto-/Depotbeziehung (Execution Only). Die Partei-

* Martina Reber, MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Bern. Die Autorin dankt stud. iur. Philipp Bürgi für seine wertvolle Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrages.