

Verwaltungsgericht des Kantons Bern Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 16. Januar 2025

Verwaltungsrichter Daum, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Häberli, Verwaltungsrichterin Steinmann,
Verwaltungsrichter Stohner, Verwaltungsrichter Tissot
Gerichtsschreiberin Bickel

1. **Stiftung Landschaftsschutz Schweiz**
handelnd durch die statutarischen Organe, Schwarzenburgstrasse 11,
3007 Bern
2. **Schweizer Alpen-Club SAC**
Verein, handelnd durch die statutarischen Organe, Monbijoustrasse 61,
Postfach, 3000 Bern 14
3. **Verein Mountain Wilderness Schweiz**
Verein, handelnd durch die statutarischen Organe, Sandrainstrasse 3,
3007 Bern

Beschwerdeführende

gegen

Morgeten Solar AG
handelnd durch die statutarischen Organe
Beschwerdegegnerin

und

Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental
Amthaus, Postfach 61, 3714 Frutigen

sowie



Einwohnergemeinde Oberwil im Simmental

handelnd durch den Gemeinderat, Hüpbach 267T,
3765 Oberwil im Simmental

Einwohnergemeinde Rüscheegg

handelnd durch den Gemeinderat, Hirschhorn 298a,
3153 Rüscheegg Gambach

betreffend Baubewilligung; Neubau einer Photovoltaik-Grossanlage mit
Nebenanlagen (Gesamtentscheid der Regierungsrätin des
Verwaltungskreises Frutigen-Niedersimmental vom 3. Mai 2024; eBau
Nummer 2023-19717)

Prozessgeschichte:

A.

Die Morgeten Solar AG stellte am 3./4. November 2023 ein Baugesuch für
den Neubau einer alpinen Photovoltaik-Grossanlage mit Nebenanlagen auf
der Parzelle Oberwil im Simmental Gbbl. Nr. 1 _____, im Eigentum der
A. _____, mit dem darauf liegenden Baurecht Nr. 2 _____ (damals
projektiert, gemäss Baurechtsvertrag vom 20.6.2023 errichtet zu Gunsten
der Morgeten Solar AG), und auf der Parzelle Rüscheegg Gbbl.
Nr. 3 _____, im Eigentum der B. _____. Der Standort der geplanten
Anlage befindet sich in der Stockhornkette zwischen den Gipfeln Ochsen und
Gantrisch am Südhang einer Alpfläche auf rund 2000 m ü.M. Gegen das
Bauvorhaben erhoben unter anderen die Stiftung Landschaftsschutz
Schweiz, der Schweizer Alpen-Club SAC und der Verein Mountain Wilder-
ness Schweiz Einsprachen. Mit Gesamtentscheid vom 3. Mai 2024 bewilligte
die Regierungsrätin des Verwaltungskreises Frutigen-Niedersim-
mental das Vorhaben und wies die Einsprachen ab.

B.

Dagegen haben die Stiftung Landschaftsschutz Schweiz, der Schweizer Alpen-Club SAC und der Verein Mountain Wilderness Schweiz am 28. Mai 2024 gemeinsam Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragen, der Gesamtentscheid vom 3. Mai 2024 sei aufzuheben. Das Baugesuch sei im Zusammenhang mit der gewählten Stromableitung zur Unteren Gantrischhütte bzw. zur Unterstation Wattenwil (Verfahren beim Bundesamt für Energie) abschliessend zu behandeln und die Baubewilligung sei zu verweigern. Eventuell sei die Sache zur neuen Beurteilung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Morgeten Solar AG beantragt mit Beschwerdeantwort vom 8. Juli 2024, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Sie verlangt zudem, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Die Einwohnergemeinde (EG) Rüschegg beantragt mit Stellungnahme vom 17. Juni 2024, die Beschwerde sei gutzuheissen und der Gesamtentscheid vom 3. Mai 2024 aufzuheben. Werde die Beschwerde abgewiesen, sei die Bedingung im Gesamtentscheid betreffend Baustart so anzupassen, dass die Genehmigung für die zusätzlich erforderliche Erschliessungsleitung von der unteren Gantrischhütte zur Unterstation Wattenwil ebenfalls rechtskräftig vorliegen müsse. Die EG Oberwil im Simmental hat am 17. Juni 2024 Akten eingereicht, sich aber inhaltlich nicht vernehmen lassen. Die Regierungsrätin hat mit Eingabe vom 18. Juni 2024 sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde geschlossen. Die Stiftung Landschaftsschutz Schweiz hat sich – auch im Namen des Schweizer Alpen-Club SAC und des Vereins Mountain Wilderness Schweiz – mit Eingabe vom 5. August 2024 erneut zur Angelegenheit geäussert und an ihren Anträgen festgehalten. Die Morgeten Solar AG hat sich am 5. August 2024 ebenfalls vernehmen lassen und ihre Rechtsbegehren bestätigt.

Mit Verfügung vom 9. August 2024 hat die Instruktionsrichterin das Gesuch der Morgeten Solar AG um Entzug der aufschiebenden Wirkung abgewiesen.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 74 Abs. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) als letzte kantonale Instanz Beschwerden gegen Verfügungen und Entscheide, die sich auf öffentliches Recht stützen, sofern kein Ausschlussgrund nach Art. 75 ff. VRPG gegeben ist. Es prüft seine Zuständigkeit von Amtes wegen (Art. 3 Abs. 4 und Art. 20a VRPG; statt vieler BVR 2014 S. 216 E. 1.1; Michel Daum bzw. Ruth Herzog, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Art. 3 N. 22 bzw. Art. 74 N. 19; vgl. auch Verfügung der damaligen Abteilungspräsidentin vom 3.6.2024).

1.2 Für die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege ist im Kanton Bern in der Regel ein zweistufiger Instanzenzug vorgesehen. Typischerweise entscheidet erstinstanzlich eine verwaltungsinterne Beschwerdebehörde. Deren Beschwerdeentscheide unterliegen grundsätzlich der Anfechtung an eine verwaltungsexterne Justizbehörde, in der Regel an das Verwaltungsgericht (vgl. Art. 60 ff. und 74 ff. VRPG; Herzog/Daum, in Herzog/Daum [Hrsg.], Kommentar zum bernischen VRPG, 2. Aufl. 2020, Einl. N. 36 ff.; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 60 N. 3, Art. 74 N. 1 und 3). Dementsprechend sind Beschwerden gegen Bauentscheide der Gemeinden oder Regierungsstatthalterämter bei der Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern (BVD) einzureichen (Art. 40 Abs. 1 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985 [BauG; BSG 721.0]). Deren Beschwerdeentscheid kann beim Verwaltungsgericht als zweiter und letzter kantonaler Beschwerdeinstanz angefochten werden (Art. 74 Abs. 1 VRPG). Über die Zonenkonformität von Bauvorhaben ausserhalb der Bauzone und über Ausnahmegesuche nach den Art. 24-24e und 37a des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG; SR 700) entscheidet zunächst das Amt für Gemeinden und Raumordnung des Kantons Bern (AGR; Art. 84 Abs. 1 BauG i.V.m. Art. 108a der Bauverordnung vom 6. März 1985 [BauV; BSG 721.1] und Art. 12 Bst. e der Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisa-

tion und die Aufgaben der Direktion für Inneres und Justiz [Organisationsverordnung DIJ, OrV DIJ; BSG 152.221.131]); dessen Verfügungen können nur zusammen mit dem Bauentscheid bei der BVD und in zweiter Instanz beim Verwaltungsgericht angefochten werden (vgl. Art. 11 i.V.m. Art. 5 des Koordinationsgesetzes vom 21. März 1994 [KoG; BSG 724.1]; Art. 84 Abs. 4 BauG; Art. 74 Abs. 1 VRPG; vgl. Zaugg/Ludwig, Kommentar zum bernischen BauG, Band II, 5. Aufl. 2024, Art. 84 N. 4).

1.3 Die gesetzliche Zuständigkeitsordnung kann das Verwaltungsgericht ausnahmsweise als erste und einzige Beschwerdeinstanz vorsehen, namentlich in Fällen, in denen ein doppelter Instanzenzug aus staatsorganisatorischen oder staatspolitischen Gründen ausser Betracht fällt, beispielsweise wenn die Verfügungskompetenz wegen der Bedeutung des Geschäfts oder aufgrund der Finanzkompetenzordnung beim Regierungsrat oder bei einer Direktion angesiedelt ist (vgl. Ruth Herzog, a.a.O., Art. 74 N. 6 und 11). Weitere Einbrüche in das Modell des doppelten Rechtsmittelzugs lässt die verwaltungsgerichtliche Praxis unter bestimmten Voraussetzungen im Interesse der Prozessökonomie zu. So hat das Verwaltungsgericht – obwohl das Institut im VRPG nicht geregelt ist – verschiedentlich einen sog. Sprungrekurs zugelassen, wenn sich die funktionell zuständige Behörde bereits eindeutig zur Sache geäußert und die beschwerdeführende Partei der Auslassung dieser Behörde zugestimmt hat. Der Sprungrekurs erlaubt die Abkürzung des funktionellen Instanzenzugs, um unnötige Prozessschritte zu vermeiden, die Beteiligten vor Verfahrensleerlauf zu schützen und die verfassungsrechtlich geforderte Offenheit des Verfahrens zu gewährleisten (vgl. BVR 2015 S. 213 E. 2.1, 2014 S. 360 E. 1.2.1 und 1.2.4; Michel Daum, a.a.O., Art. 3 N. 34; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 74 N. 11). Neben dem Instanzenzug kann als weiterer Aspekt der funktionellen Zuständigkeit die Prüfungszuständigkeit (Kognition) verstanden werden (vgl. Michel Daum, a.a.O., Art. 3 N. 1). Dem Verwaltungsgericht kann statt der üblichen Rechtskontrolle (vgl. Art. 80 Bst. a und b VRPG) kraft besonderer sachgesetzlicher Vorschriften zusätzlich Angemessenheitskontrolle zukommen (vgl. Art. 80 Bst. c Ziff. 3 VRPG, sog. volle Kognition; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 80 N. 51 ff. und zum Begriff Art. 66 N. 6). Verfassungsrechtlich sind Vorschriften über die Zuständigkeit von Behörden und den Rechtsmittelweg auf der Stufe des formellen Gesetzes zu erlassen (für den Bund: Art. 164 Abs. 1 Bst. g der

Bundesverfassung [BV; SR 101]; für den Kanton Bern: Art. 69 Abs. 4 Bst. d der Verfassung des Kantons Bern [KV; BSG 101.1]). Das ergibt sich für richterliche Behörden auch aus Art. 30 Abs. 1 BV (vgl. BGE 134 I 125 E. 3.2 f.; Daum/Bieri, in Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 7 N. 4) sowie aus Art. 97-100 KV (BVR 2021 S. 349 E. 2.6).

1.4 Angefochten ist ein Gesamtentscheid der Regierungsstatthalterin betreffend den Neubau einer alpinen Photovoltaik-Grossanlage mit Nebenanlagen. Für die Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen sieht Art. 71a des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) spezielle Bestimmungen vor insbesondere betreffend die Bewilligungsvoraussetzungen, die Vergütung und das Bewilligungsverfahren. Die Bewilligung für Photovoltaik-Grossanlagen wird durch den Kanton erteilt, wobei die Zustimmung der Standortgemeinde und der Grundeigentümerschaft vorliegen muss (Art. 71a Abs. 3 EnG). Für den Kanton Bern regelt die Einführungsverordnung vom 17. Mai 2023 zum eidgenössischen Energiegesetz und zur eidgenössischen Energieverordnung betreffend Photovoltaik-Grossanlagen (EV Photovoltaik-Grossanlagen; BSG 741.11) die Zuständigkeit und das Verfahren für die Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen nach Art. 71a Abs. 3 EnG (Art. 1 EV Photovoltaik-Grossanlagen). Gemäss Art. 3 EV Photovoltaik-Grossanlagen ist die örtlich zuständige Regierungsstatthalterin oder der örtlich zuständige Regierungsstatthalter als Leitbehörde zuständig für den Entscheid über die Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen nach Art. 71a EnG. Der Entscheid der Leitbehörde nach Art. 3 und die weiteren Verfügungen kantonaler Behörden über die Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen nach Art. 71a EnG unterliegen der Beschwerde an das Verwaltungsgericht nach Art. 74 ff. VRPG; die Rüge der Unangemessenheit ist zulässig (Art. 6 Abs. 1 und 2 EV Photovoltaik-Grossanlagen). Das Verwaltungsgericht soll demnach als einzige, mit voller Kognition ausgestattete kantonale Beschwerdeinstanz urteilen.

2.

Zu prüfen ist, ob Art. 6 EV Photovoltaik-Grossanlagen eine genügende Rechtsgrundlage darstellt, um vom grundsätzlich zweistufigen Instanzenzug in der bernischen Verwaltungsrechtspflege abzuweichen.

2.1 Die EV Photovoltaik-Grossanlagen stützt sich ihrem Ingress zufolge vorab auf Art. 88 Abs. 3 KV. Danach kann der Regierungsrat in Fällen zeitlicher Dringlichkeit Bestimmungen, die zur Einführung übergeordneten Rechts nötig sind, in einer Verordnung regeln; dringliche Einführungsbestimmungen sind ohne Verzug durch ordentliches Recht abzulösen. Bis dahin gehen sie vorbestehenden Gesetzen vor. Die Kompetenz zum Erlass dringlichen Ordnungsrechts setzt somit nebst der Dringlichkeit die Notwendigkeit für die Einführung übergeordneten Rechts voraus (BVR 2005 S. 400 E. 4.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 3 N. 4; Kälin/Bolz, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, 1995, Art. 88 N. 8 ff.). – Es stellt sich die Frage, ob sich aus dem Bundesrecht die Notwendigkeit und Dringlichkeit ergibt, eine Regelung einzuführen, die das Verwaltungsgericht bei der Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen als einzige Rechtsmittelinstanz mit umfassender Kognition vorsieht. Art. 66 Abs. 3 KV berechtigt und verpflichtet die Justizbehörden, die dem angefochtenen Entscheid zugrundeliegenden kantonalen Erlasse auf ihre Rechts- und Verfassungskonformität zu überprüfen (sog. konkrete [auch: akzessorische] Normenkontrolle). Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass die Bestimmung höherrangigem Recht widerspricht, ist sie nicht anzuwenden (statt vieler BVR 2024 S. 294 E. 4.1, 2023 S. 51 E. 4.4, 2014 S. 14 E. 3.1; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 66 N. 48, Art. 80 N. 39; Markus Müller, Bernische Verwaltungsrechtspflege, 3. Aufl. 2021, S. 200 f.).

2.2 Bezüglich der Dringlicherklärung von Bundesgesetzen nach Art. 165 BV und ähnlichen Dringlichkeitsklauseln in kantonalen Verfassungen hat das Bundesgericht festgehalten, dass diese Bestimmungen restriktiv auszulegen sind. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass mit der Dringlicherklärung vom ordentlichen Verfahren abgewichen wird und die Referendumsrechte der Stimmberechtigten im Einzelfall eingeschränkt werden (BGE 147 I 420 E. 2.3, 130 I 226 E. 3.2 [Pra 93/2004 Nr. 170]; Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der

Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2023, Rz. 2145; Jaques Dubey, in Commentaire Romand, 2021, Art. 165 BV N. 7; Judith Wytttenbach, in Basler Kommentar, 2015, Art. 165 BV N. 9). Diese Überlegungen treffen auch für die Anwendung von Art. 88 Abs. 3 KV zu: Danach können Bestimmungen, die eigentlich einer Regelung auf Gesetzesstufe bedürfen und dem Referendum unterstehen, auf Verordnungsstufe geregelt werden. Damit werden die entsprechenden Bestimmungen bis zur Überführung in ein Gesetz dem Referendum entzogen (vgl. BGE 147 I 420 E. 2.3; Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser, a.a.O., Rz. 2134). Zudem wird das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV; Art. 66 Abs. 2 und Art. 69 Abs. 4 KV) durchbrochen, indem wichtige Regelungen, die grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten sind, (einstweilen) von der Regierung getroffen werden (vgl. auch Michel Daum, a.a.O., Art. 3 N. 4). Aus diesen Gründen ist im Licht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Art. 88 Abs. 3 KV ebenfalls restriktiv auszulegen. Das zeigt sich auch bereits im Wortlaut von Art. 88 Abs. 3 KV, wonach die Bestimmungen zur Einführung übergeordneten Rechts nötig sein, d.h. eine unerlässliche Voraussetzung für dessen Umsetzung auf kantonaler Ebene bilden müssen.

2.3 Der Regierungsrat hat die EV Photovoltaik-Grossanlagen weiter auf Art. 71a Abs. 3 EnG und auf die Ausführungsbestimmungen der Energieverordnung vom 1. November 2017 (EnV; SR 730.01) gestützt. Art. 71a EnG wurde im Rahmen der Änderung des EnG betreffend «Dringliche Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter» (AS 2022 543) eingeführt, die National- und Ständerat am 30. September 2022 vor dem Hintergrund einer damals befürchteten Strommangellage im bevorstehenden Winter beschlossen haben. Die Änderung zielt darauf ab, die raumplanungs- und umweltrechtlichen Vorgaben – in zeitlich befristeter Weise – für den Bau von Photovoltaik-Grossanlagen in den Alpen (Art. 71a EnG) und für die Erweiterung des Speicherwasserkraftwerks Grimsensee (Art. 71b EnG) herabzusetzen (Andreas Stöckli, Sonderregime für Anlagen zur Stromproduktion aus erneuerbaren Energien: Eine Zwischenwürdigung der dynamischen Rechtsentwicklung, in URP 2024 S. 335 f.). Das Bundesparlament wollte mit Art. 71a EnG eine gesetzliche Grundlage für den schnellen Zubau von Photovoltaik-Grossanlagen auf Freiflächen schaffen.

Namentlich sollten «bereits initiierte Projekte innert kürzester Frist verwirklicht[t]» werden können (vgl. AB S 2022 S. 717 f. [Votum Baume-Schneider, damals Präsidentin der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie, und Votum Rieder]; Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] zu den Verordnungsbestimmungen zu Art. 71a EnG vom 26.1.2023 [nachfolgend: Erläuternder Bericht UVEK], Art. 9d S. 2, einsehbar unter: <www.bfe.admin.ch>, Rubriken «Versorgung/Erneuerbare Energien/Solarenergie/Photovoltaik-Grossanlagen/Recht»). Die neuen Gesetzesbestimmungen wurden nach Art. 165 Abs. 1 BV für dringlich erklärt und sofort, d.h. auf den 1. Oktober 2022, in Kraft gesetzt (AS 2022 543 Ziff. II S. 4). Art. 71a EnG regelt die Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen. Damit sind Anlagen gemeint, deren jährliche Mindestproduktion 10 GWh und deren Stromproduktion vom 1. Oktober bis 31. März (Winterhalbjahr) mindestens 500 kWh pro 1 kW installierter Leistung beträgt (Art. 71a Abs. 2 EnG). Diese Kriterien führen dazu, dass es sich bei Photovoltaik-Grossanlagen nach Art. 71a Abs. 2 EnG um Freiflächen-Anlagen ausserhalb der Bauzonen in alpinen Höhenlagen handelt (vgl. Herbert Bühl, Auswirkungen der Änderung des EnG vom 30. September 2022 auf die Solarstromerzeugung und alpine Landschaften, in URP 2023 S. 260 ff., 267; Erläuternder Bericht Art. 9d S. 2). Art. 71a EnG legt für Photovoltaik-Grossanlagen erleichterte Bewilligungsvoraussetzungen fest: Für solche Anlagen und ihre Anschlussleitungen gilt nach Art. 71a Abs. 1 EnG, dass ihr Bedarf ausgewiesen ist (Bst. a), sie von nationalem Interesse und standortgebunden sind (Bst. b), für sie keine Planungspflicht besteht (Bst. c) und das Interesse an ihrer Realisierung anderen nationalen, regionalen und lokalen Interessen grundsätzlich vorgeht (Bst. d). In Mooren und Moorlandschaften nach Art. 78 Abs. 5 BV, Biotopen von nationaler Bedeutung nach Art. 18a des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) und Wasser- und Zugvogelreservaten nach Art. 11 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG; SR 922.0) sind Photovoltaik-Grossanlagen ausgeschlossen (Art. 71a Abs. 1 Bst. e EnG). Art. 71a Abs. 4 EnG sieht für Photovoltaik-Grossanlagen eine finanzielle Förderung vor: Anlagen, die bis zum 31. Dezember 2025 mindestens zehn Prozent der erwarteten Jahresproduktion (oder mindestens

10 GWh) ins Stromnetz einspeisen, erhalten vom Bund eine Einmalvergütung in der Höhe von maximal 60 Prozent der Investitionskosten (vgl. auch Art. 46k Abs. 1 der Verordnung vom 1. November 2017 über die Förderung der Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien [Energieförderungsverordnung, EnFV; SR 730.03]). Art. 71a EnG ist als Übergangsbestimmung ausgestaltet, die bis zum 31. Dezember 2025 in Kraft steht (AS 2022 543 Ziff. II S. 4). Sie bleibt allerdings anwendbar auf Gesuche, die bis zu diesem Zeitpunkt öffentlich aufgelegt werden, sowie bei allfälligen Beschwerdeverfahren (Art. 71a Abs. 6 EnG).

2.4 Auf kantonaler Ebene bezweckt die EV Photovoltaik-Grossanlagen die Beschleunigung des Bewilligungsverfahrens nach Art. 71a Abs. 3 EnG, insbesondere im Hinblick auf die zeitlichen Voraussetzungen für Vergütungen des Bundes nach Art. 71a Abs. 4 EnG (Art. 2 EV Photovoltaik-Grossanlagen). Der Regierungsrat begründet die Regelung der Zuständigkeit und des Verfahrens, einschliesslich des Beschwerdeverfahrens, für die Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen in einer Dringlichkeitsverordnung nach Art. 88 Abs. 3 KV damit, dass der Kanton Bern von Bundesrechts wegen verpflichtet sei, die Voraussetzungen zu schaffen, damit die Ziele des Bundes betreffend Winterstrom erreicht werden können. Zudem habe der Kanton ein wirtschaftliches Interesse daran, dass Photovoltaik-Grossprojekte nach Art. 71a EnG auf seinem Gebiet umgesetzt werden können. Dafür solle das Verfahren zu deren Bewilligung spezialgesetzlich geregelt werden, um einen speditiven Verfahrensablauf zu ermöglichen (Vortrag der BVD zur EV Photovoltaik-Grossanlagen, in Unterlagen zur Regierungssitzung vom 17. Mai 2023 [Beschluss-Nr. 540/2023; Geschäfts-Nr. 2023.BVD.2096; nachfolgend: Vortrag EV] S. 2). Erst mit der Änderung der EnV vom 17. März 2023 seien die Rahmenbedingungen und damit auch der Handlungsbedarf für die Kantone klar geworden. Bis dahin sei davon auszugehen gewesen, dass die ordentliche Baubewilligungsbehörde für den Entscheid über Photovoltaik-Grossanlagen zuständig sein werde. Art. 71a EnG und die gestützt darauf erlassenen Bestimmungen der EnV und der EnFV machten den dringlichen Erlass einführender Bestimmungen nötig. Der Bundesgesetzgeber habe seine klare Absicht ausgedrückt, dass Photovoltaik-Grossprojekte rasch verwirklicht werden und dass solche Anlagen bereits Ende 2025 teil-

weise Elektrizität ins Stromnetz einspeisen sollen. Die sehr ehrgeizigen Zeitziele des Bundesgesetzgebers seien im Kanton Bern nicht umsetzbar, ohne dass die Bewilligungszuständigkeit und das Verfahren optimiert würden. Der kantonale Gesetzgeber müsse daher tätig werden, um den mit Art. 71a EnG gesetzten Zielen im Interesse des Kantons Nachachtung zu verschaffen. Erwartungsgemäss würden Baugesuche für Photovoltaik-Grossanlagen ab Sommer oder Herbst 2023 eingereicht werden. Zu diesem Zeitpunkt sollte betreffend Zuständigkeits- und Verfahrensfragen Rechtssicherheit bestehen, damit die Gesuchseinreichung nicht behindert werde und die Bewilligungsverfahren so rasch wie möglich voranschreiten könnten. Es bestehe also eine erhebliche zeitliche Dringlichkeit. Für eine Gesetzesänderung sei die Zeit aufgrund der dafür notwendigen Verfahrensschritte zu knapp. Die Anpassungen müssten daher (vorläufig) in der Form einer dringlichen Einführungsverordnung gemäss Art. 88 Abs. 3 KV erfolgen (Vortrag EV S. 2 f.). Der Bund habe in der EnV eine subsidiäre Zuständigkeitsregelung festgelegt, um Verzögerungen zu vermeiden, bis die Kantone dafür eine Regelung getroffen hätten. Danach werde die kantonale Bewilligung mangels anderer Zuständigkeit im kantonalen Recht durch die Behörde nach Art. 25 Abs. 2 RPG erteilt, d.h. im Kanton Bern durch das AGR (vgl. Art. 9g EnV; Art. 84 Abs. 1 BauG und Art. 12 Bst. e OrV DIJ). Für den Kanton Bern sei diese subsidiäre Kompetenzregelung nicht geeignet für eine Verfahrensbeschleunigung. Deshalb solle eine aus Sicht des Kantons Bern sachgerechte Kompetenzordnung festgelegt werden. Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit dränge es sich auch auf, das Verfahren in einigen Punkten speziell zu regeln, um den Verfahrensablauf im Rahmen des Möglichen zu beschleunigen (Vortrag EV Art. 1 S. 3). Der übliche zweistufige Instanzenzug würde im Zusammenhang mit Photovoltaik-Grossanlagen dazu führen, dass die vom Bundesgesetzgeber vorgegebenen Ziele betreffend zeitnahe Winterstromproduktion nicht erreicht werden könnten. Daher werde in diesen Verfahren auf die verwaltungsinterne Beschwerdeinstanz verzichtet und die erstinstanzlichen Entscheide könnten direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden. Damit könne eine deutliche Verkürzung der Verfahrensdauer bis zum rechtskräftigen Entscheid erreicht werden. Im Vergleich dazu wären Massnahmen wie die Verkürzung von Verfahrensfristen wenig effektiv, weshalb darauf verzichtet werde (Vortrag EV Art. 6 S. 7).

2.5 Zunächst ist zu prüfen, ob zeitliche Dringlichkeit bestand für die Neuregelung des Rechtsmittelwegs bei Bewilligungen von Photovoltaik-Grossanlagen.

2.5.1 Dringlichkeit im Sinn von Art. 88 Abs. 3 KV ist gegeben, wenn bis zum Zeitpunkt des notwendigen Inkrafttretens einer Regelung das ordentliche Gesetzgebungsverfahren nicht mehr durchgespielt werden kann. Dies kann namentlich der Fall sein, wenn die Frist für die Umsetzung des übergeordneten Rechts sehr kurz ist, die Vorlage ausserordentlich komplex oder politisch strittig ist und deshalb die Frist nicht eingehalten werden kann oder wenn eine fristgerecht erstellte Vorlage in einer Referendumsabstimmung verworfen wurde (Kälin/Bolz, a.a.O., Art. 88 N. 9).

2.5.2 Art. 71a Abs. 3 EnG und die ausführenden Bestimmungen der EnV sehen keine Umsetzungsfrist für die Einführung der Bestimmungen im kantonalen Recht vor. Daher ist zu prüfen, ob sich auch ohne eine solche Frist aufgrund des übergeordneten Rechts eine kantonale Regelung als zeitlich dringlich erweist. Der Bundesgesetzgeber hat Art. 71a EnG als Übergangsbestimmung ausgestaltet, die nur bis zum 31. Dezember 2025 in Kraft sein wird. Auf Gesuche, die bis zu diesem Datum öffentlich aufgelegt werden, sowie bei allfälligen Beschwerdeverfahren bleibt die Bestimmung jedoch auch danach anwendbar (Art. 71a Abs. 6 EnG). Der Ablauf und die Dauer des Beschwerdeverfahrens haben somit keine Auswirkung darauf, ob ein Projekt von den erleichterten Bewilligungsvoraussetzungen nach Art. 71a EnG profitiert. Allein mit Blick auf die zeitliche Befristung von Art. 71a EnG bestand insofern keine Dringlichkeit, die Zuständigkeit im kantonalen Beschwerdeverfahren mit einer dringlichen Einführungsverordnung neu zu regeln. Der Regierungsrat hat die zeitliche Dringlichkeit mit der Einmalvergütung von maximal 60 Prozent der Investitionskosten begründet, die Anlagen erhalten, die bis zum 31. Dezember 2025 mindestens teilweise Elektrizität ins Stromnetz einspeisen (vgl. Art. 71a Abs. 4 EnG; Art. 2 EV Photovoltaik-Grossanlagen; vorne E. 2.3 f.). Tatsächlich erscheint diese zeitliche Vorgabe höchstens dann einhaltbar, «wenn die fraglichen Anlagen und ihre Anschlussleitungen sowie allfällige Netzverstärkungen unter grösstem Zeitdruck projektiert, bewilligt, erstellt und betriebsbereit gemacht werden kön-

nen» (Vortrag EV S. 2; vgl. auch hinten E. 2.6.3). Auch dem Bundesgesetzgeber war bewusst, dass die Frist dafür äusserst knapp bemessen ist (vgl. etwa AB S 2022 S. 741 [Votum Bundesrätin Sommaruga]). Allerdings geht es insofern vorab um wirtschaftliche Interessen der Bauherrschaften bzw. der Projektantinnen und Projektanten und indirekt des Kantons Bern. Es erscheint zweifelhaft, ob solche allein genügen, um in einer nicht dem Referendum unterstehenden Verordnung des Regierungsrats vom Grundsatz des zweistufigen Instanzenzugs der bernischen Verwaltungsrechtspflege abzuweichen. Im Übrigen wird seit längerem diskutiert, die Frist für die Einmalvergütung zu verlängern oder auf anderem Weg eine Fortsetzung möglichst vorteilhafter Förderbedingungen für alpine Photovoltaikanlagen zu ermöglichen (vgl. etwa Stellungnahme des Bundesrats vom 22.5.2024 zur Interpellation Nr. 24.3357 von Nationalrätin Gabriela Suter «Fristverlängerung für «Solar-Express»-Fotovoltaikanlagen?»). Der Nationalrat hat in der Winter-session 2023 einen Antrag abgelehnt, der vorsah, die Frist für die Einmalvergütung nach Art. 71a Abs. 4 EnG bis zum 31. Dezember 2028 zu verlängern (vgl. ABI N 2023 S. 2574). Der Ständerat seinerseits hat in der Winter-session 2024 einer Änderung von Art. 71a EnG zugestimmt, die für die Einmalvergütung nach Art. 71a Abs. 4 EnG keine Frist mehr vorsieht, bis zu der die Anlage teilweise Elektrizität ins Stromnetz einspeisen muss, sofern das Baugesuch bis zum 31. Dezember 2025 öffentlich aufgelegt wurde. Darüber soll der Nationalrat in der Frühlingssession beraten (vgl. Antrag Nr. 4 Schmid zum Beschleunigungserlass, abrufbar unter: <www.parlament.ch>, Rubriken «Ratsbetrieb/Curia Vista/Geschäft des Bundesrates 23.051/Ratsunterlagen/Anträge»; ABI 19.12.2024 Provisorische Fassung Votum Schmid S. 3 und Abstimmung S. 4 f.). Angesichts der äusserst knapp bemessenen Frist für die Einmalvergütung war jedenfalls schon bei Erlass der Einführungsverordnung absehbar, dass die Frist verlängert oder andere Möglichkeiten der finanziellen Unterstützung vorgesehen werden müssten. In Bezug auf die Dringlichkeit verweist der Regierungsrat schliesslich auf die klare Erwartungshaltung des Bundesgesetzgebers, mit Art. 71a EnG den Bau alpiner Photovoltaik-Grossanlagen zu erleichtern und innert möglichst kurzer Zeit einen substanziellen Zubau zu ermöglichen (vgl. vorne E. 2.3 f.). Insoweit ist auch die Dauer allfälliger Beschwerdeverfahren bzw. des Instanzenzugs von Bedeutung. Ob das für die erforderliche zeitliche Dringlichkeit ausreicht, kann letztlich offenbleiben, muss sich das Dringlichkeitsrecht doch zusätzlich

– und eng damit zusammenhängend – als notwendig erweisen für die Einführung übergeordneten Rechts auf kantonaler Ebene.

2.6 Der Regierungsrat hat sich im Rahmen seiner dringlichen Rechtsetzungskompetenz auf das zu beschränken, was für die Einführung des übergeordneten Rechts notwendig ist. Damit hat er keinen Freipass zur Ausschöpfung aller kantonalen Handlungsspielräume. Diese Kompetenz bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten. Die Verordnung hat bloss sicherzustellen, dass der Kanton dem übergeordneten Recht Folge leisten kann (vgl. BVR 2005 S. 400 E. 4.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 3 N. 4; Kälin/Bolz [Hrsg.], a.a.O., Art. 88 N. 9).

2.6.1 Der Bundesgesetzgeber gibt in Art. 71a Abs. 3 EnG vor, dass die Bewilligung für Photovoltaik-Grossanlagen durch den Kanton erteilt wird. Das Baubewilligungsverfahren bleibt damit ein kantonales Verfahren. Um zu verhindern, dass Verfahren sich in die Länge ziehen, weil die Zuständigkeiten im Kanton nicht geregelt sind, hat der Bundesrat in Art. 9g EnV eine subsidiäre Regelung für die zuständige Bewilligungsbehörde vorgesehen (vgl. ausführlich hinten E. 3.1). Die Regelung in Art. 9g EnV soll die Kantone aber nicht daran hindern, die von ihnen als sachgerecht erachtete Kompetenzordnung festzulegen (Erläuternder Bericht UVEK Art. 9g S. 4). Art. 9g EnV betrifft die Bewilligungsbehörde. Hingegen enthalten weder Art. 71a EnG noch die Ausführungsbestimmungen in der EnV Regelungen für das kantonale Beschwerdeverfahren. Der Bundesgesetzgeber hat davon abgesehen, den Kantonen insofern Vorgaben zu machen. Ebenso wenig hat er den Kantonsregierungen förmlich eine Verordnungskompetenz eingeräumt, damit diese das Beschwerdeverfahren (vorläufig) auf dem Verordnungsweg regeln könnten (vgl. BGE 134 I 125 E. 3.4, mit Beispielen für die Einräumung einer solchen Verordnungskompetenz auf Bundesebene). Hätte der Bundesgesetzgeber es für erforderlich gehalten, das Rechtsmittelverfahren auf bestimmte Weise zu regeln, um zu verhindern, dass die Umsetzung von Art. 71a EnG auf kantonaler Ebene vereitelt wird, hätte er entsprechende Vorgaben gemacht. Indem er insofern nichts geregelt hat, erscheint ein einstufiger Instanzenzug gerade nicht als notwendig für die Umsetzung des Bundesrechts. Anders will der Bundesgesetzgeber im sog. Beschleunigungserlass vorgehen, einer weiteren Änderung des EnG, die momentan im

Parlament beraten wird. Diese zielt darauf ab, die Verfahren für die Planung, den Bau, die Erweiterung und die Erneuerung von grossen Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität oder Wärme aus erneuerbaren Energien zu vereinfachen und damit zu beschleunigen (vgl. Botschaft des Bundesrats zur Änderung des EnG, in BBl 2023 1602 [nachfolgend: Botschaft Beschleunigungserlass] S. 2 f.). Dafür sieht der Entwurf des Bundesrats für Anlagen von nationalem Interesse namentlich ein kantonales konzentriertes Plangehmigungsverfahren vor. Um das neue Bundesrecht sofort operabel zu machen, soll den Kantonen die Kompetenz eingeräumt werden, das Verfahren vorübergehend, bis zum Inkrafttreten der kantonalen Gesetzesbestimmungen, auf Verordnungsstufe zu regeln. Zudem soll der Rechtsmittelweg verkürzt werden, indem es nur (noch) eine kantonale Rechtsmittelinstanz, das obere kantonale Gericht, geben und eine Behandlungsfrist bei Rechtsmittelverfahren von 180 Tagen im Sinn einer Ordnungsfrist eingeführt werden soll (vgl. Botschaft Beschleunigungserlass S. 11, 13 ff., insb. 17 f.). Dies zeigt, dass der Bundesgesetzgeber den Kantonen eine Verordnungskompetenz einräumt und Vorgaben zum kantonalen Rechtsmittelweg macht, wenn er es zur Umsetzung von Bundesrecht für erforderlich hält.

2.6.2 Nach dem Gesagten enthalten Art. 71a EnG und die Ausführungsbestimmungen in der EnV keine Vorgaben zum Instanzenzug bzw. zur Zuständigkeit im kantonalen Beschwerdeverfahren. Mit anderen Worten wird den Kantonen insofern ein Handlungsspielraum belassen. Art. 88 Abs. 3 KV soll dem Regierungsrat gerade nicht die Möglichkeit einräumen, solche Spielräume auf dem Verordnungsweg auszuschöpfen.

2.6.3 Das Ziel des Bundesgesetzgebers, mit Art. 71a EnG den Zubau von Photovoltaik-Grossanlagen im alpinen Raum zu vereinfachen und beschleunigen, führt nicht dazu, dass ein einstufiger kantonaler Instanzenzug notwendig wäre. Zunächst wird das Bewilligungsverfahren, einschliesslich des Beschwerdeverfahrens, bereits und insbesondere durch die erleichterten Bewilligungsvoraussetzungen vereinfacht und beschleunigt. Von diesen können Projekte profitieren, die bis zum 31. Dezember 2025 öffentlich aufgelegt werden. Die Ausgestaltung des Instanzenzugs ist insofern nicht massgebend. Eine Verkürzung des Rechtsmittelwegs ist zudem nicht die einzige

Möglichkeit, das Beschwerdeverfahren und damit das ganze Bewilligungsverfahren zu beschleunigen. Möglich wären beispielsweise auch Behandlungsfristen für die Beschwerdeinstanzen oder Vorgaben, wonach die Beschwerdeinstanzen möglichst selber in der Sache entscheiden (vgl. Art. 14c Abs. 4 des Entwurfs zur Änderung des EnG [Beschleunigungserlass], in BBl 2023 1603; vorne E. 2.6.1). Auch wenn der Regierungsrat solche andere Massnahmen für weniger effektiv hält (vorne E. 2.4 a.E.), erscheint mit Blick auf diese die Verkürzung des Instanzenzugs auch im Licht des verfolgten Ziels des Bundesgesetzgebers nicht notwendig. Ohnehin ist zweifelhaft, ob es tatsächlich zu einer Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens führt, wenn das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Beschwerdeinstanz eingesetzt wird, hat sich der zweistufige Modellinstanzenzug in der bernischen Verwaltungsrechtspflege doch «ausgesprochen bewährt» (vgl. Herzog/Daum, a.a.O., Einl. N. 72; vgl. auch Ruth Herzog, a.a.O., Art. 74 N. 6 betreffend den Rechtsmittelzug gegen kommunale Akte). Als erste und einzige kantonale Beschwerdeinstanz müsste das Verwaltungsgericht alle Abklärungen und Beweismassnahmen, die normalerweise auf Stufe der Vorinstanz erledigt werden, selber vornehmen, was erfahrungsgemäss mit erheblichem Arbeits- und Zeitaufwand verbunden ist. Zudem verfügt es nicht über die vertieften Fachkenntnisse der Vorinstanzen (Fachdirektionen), die grundsätzlich näher an der Sache sind (vgl. Herzog/Daum, a.a.O., Einl. N. 44 f.), weshalb die Sache bisweilen zu weiteren Abklärungen und neuer Verfügung an die verfügende Behörde zurückgewiesen werden müsste. Mit dem einstufigen Instanzenzug geht zudem die Filterfunktion der ersten Beschwerdeinstanz verloren (vgl. Vortrag EV Art. 6 S. 7; vgl. auch betreffend Vergaberecht Auswertung Vernehmlassungsverfahren zum Gesetz über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöBG] vom 18.11.2020 Ziff. 71 S. 24 f., einsehbar unter: <www.kaio.fin.be.ch>, Rubriken «Themen/Öffentliches Beschaffungswesen/ Neues Beschaffungsrecht»). Der Regierungsrat geht bei seiner Argumentation bezüglich Beschleunigung des Beschwerdeverfahrens davon aus, dass grundsätzlich der gesamte Instanzenzug durchschritten wird, was in der Praxis jedoch oft nicht zutrifft. Im Übrigen erscheint das Ziel, bis Ende 2025 mit den Anlagen teilweise Strom ins Netz einzuspeisen, selbst mit einem einstufigen kantonalen Instanzenzug «deutlich erschwert» und kaum erreichbar, wenn es zu Beschwerden kommt (vgl. Stellungnahme des Bundesrats vom

22.5.2024 zur Interpellation Nr. 24.3357 von Nationalrätin Gabriela Suter «Fristverlängerung für ‹Solar-Express›-Fotovoltaikanlagen?»; vgl. auch Abegg/Streiff/Trajkova, Energieanlagen im Konflikt mit dem Natur- und Heimatschutz, Schweizerische Baurechtstagung 2023, S. 51 ff., 70). Das war auch dem Bundesgesetzgeber bewusst. So wurde die Vorlage in der Beratung unter anderem als «extrem befristet» bezeichnet (vgl. AB S 2022 S. 741 [Votum Bundesrätin Sommaruga]). Die Änderung des EnG zielte auf «bereits initiierte Projekte» ab, die «innert kürzester Frist verwirklich[t]» werden können bzw. auf «Anlagen [...], die weit fortgeschritten sind und die man jetzt einfach bauen soll». Die erleichterten Bewilligungsvoraussetzungen sollten helfen, blockierte Projekte wieder voranzutreiben (vgl. AB S 2022 S. 718 und 741 [Voten Rieder und Bundesrätin Sommaruga]; AB N 2022 S. 1700 [Votum Vincenz-Stauffacher]). Für Projekte, welche die knappen Fristen nach Art. 71a EnG nicht einhalten können, sind andere, unbefristete Gesetzesänderungen erlassen worden (vgl. Bundesgesetz vom 29. September 2023 über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien [Änderung des EnG und des Stromversorgungsgesetzes; AS 2024 679], das am 1.1.2025 in Kraft getreten ist) bzw. in Beratung (vgl. zum sog. Beschleunigungserlass vorne E. 2.6.1). Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass nicht unumstritten ist, ob im Sommer/Herbst 2022 für den bevorstehenden Winter tatsächlich von einer drohenden Strommangellage auszugehen war, die als Grund für die Dringlichkeit von Art. 71a EnG angegeben wurde. So hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil betreffend das Reservekraftwerk Birr festgehalten, dass das Vorliegen einer Energiemangellage im Dezember 2022 nicht als erstellt angesehen werden konnte. Das UVEK habe nicht dargelegt, gestützt auf welche Tatsachen und Annahmen über die voraussichtliche Versorgung mit elektrischer Energie der Bundesrat auf das Vorliegen einer schweren Mangellage geschlossen habe. Eine solche war jedoch Voraussetzung für den Erlass der Betriebsverordnung für das Reservekraftwerk, weshalb sich die Verordnung als rechtswidrig erwies (vgl. BV-Ger A-1706/2023 vom 19.2.2024, in ZBI 2024 S. 430 E. 8 mit Kommentar von Andreas Glaser; eine drohende Strommangellage hingegen bejahend etwa Peter Hettich, Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage, in ZBI 2022 S. 650 ff., 651 und 653 f.; ebenso AB N 2022 S. 1700 [Votum Vincenz-Stauffacher für die Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie]). Wenn aber die drohende

Strommangellage als Hintergrund des dringlich erklärten Art. 71a EnG nicht klar vorlag, kann das mit der Bestimmung verfolgte Ziel nicht genügen, um für deren Umsetzung auf kantonaler Ebene die Verkürzung des kantonalen Instanzenzugs als erforderlich zu erachten. Gleich verhält es sich betreffend die Einräumung der vollen Kognition für das Verwaltungsgericht (vgl. Art. 6 Abs. 2 EV Photovoltaik-Grossanlagen), die Folge des einstufigen Instanzenzugs ist.

2.6.4 Zusammengefasst ist die Notwendigkeit, Art. 71a EnG als übergeordnetes Recht umzusetzen, in Bezug auf Art. 6 EV Photovoltaik-Grossanlagen zu verneinen. Die Verkürzung des Instanzenzugs und die Einräumung der vollen Kognition erweist sich mangels entsprechender bundesrechtlicher Vorgaben nicht als erforderlich im Sinn von Art. 88 Abs. 3 KV für die Einführung des Bundesrechts auf kantonaler Ebene. Anders präsentierte sich die Situation bei der Verordnung vom 18. März 2009 über die richterliche Überprüfung von Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht (AuZMV; BAG 09-036; in Kraft vom 1.4.2009 bis 31.12.2009, vgl. Art. 100 Ziff. 1 des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]), die der Regierungsrat ebenfalls gestützt auf Art. 88 Abs. 3 KV erliess. Mit dieser Verordnung regelte er für die Zeit bis zum Inkrafttreten des ordentlichen Rechts die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz gegen ausländerrechtliche Haftentscheide. Er erfüllte damit die bundesrechtliche Vorgabe von Art. 86 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110), wonach die Kantone obere Gerichte als unmittelbare Vorinstanzen des Bundesgerichts einzusetzen haben, nachdem das Bundesgericht die bisherige kantonale Regelung als ungenügend beurteilt hatte (vgl. BVR 2010 S. 145 E. 1.1.1 f.). In diesem Fall enthielt das Bundesrecht somit klare Vorgaben, das kantonale Beschwerdeverfahren neu zu regeln. Anders als im vorliegenden Fall war eine Verordnung gestützt auf Art. 88 Abs. 3 KV daher zulässig, zumal Art. 130 Abs. 4 BGG ausdrücklich vorsieht, dass bis zum Erlass der Ausführungsgesetzgebung im Sinn von Art. 86 Abs. 2 BGG die Kantone die Ausführungsbestimmungen in die Form nicht referendumpflichtiger Erlasse kleiden können, soweit dies zur Einhaltung der Umsetzungsfristen nach Art. 130 Abs. 1 bis 3 BGG notwendig ist.

2.7 Nach dem Gesagten erweist sich die Regelung von Art. 6 EV Photovoltaik-Grossanlagen nicht als notwendig für die Einführung übergeordneten Rechts. Die Voraussetzungen von Art. 88 Abs. 3 KV für Dringlichkeitsverordnungen sind somit nicht erfüllt. Art. 6 EV Photovoltaik-Grossanlagen stellt demnach keine genügende Grundlage dar, um das Verwaltungsgericht in Bewilligungsverfahren betreffend Photovoltaik-Grossanlagen als einzige kantonale Beschwerdeinstanz vorzusehen. Die Bestimmung ist nicht anzuwenden (vgl. vorne E. 2.1). Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde nicht zuständig.

3.

Zu prüfen ist, wie das Bewilligungs- bzw. Beschwerdeverfahren stattdessen weiterzuführen ist.

3.1 Die Zuständigkeit der Regierungsratsstatthalterin als Bewilligungs- und Leitbehörde betreffend Photovoltaik-Grossanlagen hat der Regierungsrat ebenfalls in der dringlichen Einführungsverordnung geregelt (vgl. Art. 3 EV Photovoltaik-Grossanlagen; vorne E. 1.4). Der Bund gibt mit Art. 71a Abs. 3 EnG vor, dass die Baubewilligung zwingend durch den Kanton erfolgen muss. Kommunale Behörden, die im Kanton Bern neben den Regierungsratsstatthalterinnen und Regierungsratsstatthalter Baubewilligungsbehörde sind (vgl. Art. 33 BauG), kommen bei Photovoltaik-Grossanlagen aufgrund der bundesrechtlichen Vorgaben als Baubewilligungsbehörde nicht infrage. Insofern muss daher geregelt werden, welche kantonale Behörde zuständig ist; ansonsten kommt die subsidiäre Regelung von Art. 9g EnV zur Anwendung, wonach die kantonale Bewilligung durch die Behörde nach Art. 25 Abs. 2 RPG erteilt wird, im Kanton Bern das AGR (vorne E. 2.4). Der Verordnungsgeber wollte mit dieser Bestimmung verhindern, dass sich Verfahren in die Länge ziehen, weil die Zuständigkeiten im Kanton nicht geregelt sind. Es bestand jedoch keinerlei Absicht, die Kantone daran zu hindern, die von ihnen als sachgerecht erachtete Kompetenzordnung festzulegen (Erläuternder Bericht UVEK Art. 9g S. 4). Der Kanton Bern erachtete das AGR als nicht geeignet, ein effizientes, korrektes und schnelles Verfahren für die Bewilligung von Photovoltaik-Grossanlagen durchzuführen; es verfüge nicht

über genügend fachliche Ressourcen für die Durchführung eines Baubewilligungsverfahrens als Leitbehörde (vgl. Vortrag EV Art. 3 S. 4). Um der bundesrechtlichen Vorgabe einer kantonalen Bewilligungsbehörde nachzukommen, musste daher insofern eine neue Regelung getroffen werden; eine solche war mit anderen Worten notwendig zur Umsetzung von Art. 71a Abs. 3 EnG und Art. 9g EnV. Die Ausführungsbestimmungen zu Art. 71a EnG, namentlich Art. 9g EnV betreffend die Zuständigkeit der Kantone, wurden erst am 17. März 2023 beschlossen, weshalb erst ab diesem Zeitpunkt klar war, dass nicht die ordentlichen Baubewilligungsbehörden für den Entscheid über Photovoltaik-Grossanlagen zuständig sein würden. Da ab Sommer oder Herbst 2023 Gesuche für Photovoltaik-Grossanlagen erwartet wurden, reichte die Zeit nicht, um die zuständige kantonale Baubewilligungsbehörde im ordentlichen Gesetzgebungsprozess festzulegen, zumal damals im Kanton Bern die Dringlicherklärung von Gesetzen als mögliche Alternative noch nicht bestand (vgl. Art. 74a KV; BAG 24-018; in Kraft seit 3.3.2024). Damit ist auch die zeitliche Dringlichkeit der Regelung von Art. 3 EV Photovoltaik-Grossanlagen zu bejahen. Zu beachten ist zudem, dass die als Leitbehörde bestimmten Regierungsstatthalterinnen und -statthalter ohnehin ordentliche Baubewilligungsbehörde sind für Baugesuche in Gemeinden mit weniger als 10'000 Einwohnerinnen und Einwohnern (vgl. Art. 33 Abs. 1 und 2 BauG). Das Baubewilligungsverfahren wird somit nur insofern auf dem Verordnungsweg abgeändert, als Gemeinden als Baubewilligungsbehörden gemäss bundesrechtlicher Vorgabe ausgeschlossen werden, was einen weit weniger starken Eingriff in die Verfahrensorganisation darstellt als die Abweichung vom Modellinstanzenzug im Beschwerdeverfahren. Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen erfüllt, damit der Regierungsrat die Zuständigkeit für das Baubewilligungsverfahren gestützt auf Art. 88 Abs. 3 KV in einer Verordnung regeln konnte. Art. 3 EV Photovoltaik-Grossanlagen erweist sich als genügende Rechtsgrundlage. Die Regierungsstatthalterin war demnach zuständig für den Gesamtentscheid vom 3. Mai 2024.

3.2 Zu prüfen ist schliesslich, wer zuständig ist für die Beschwerde gegen den angefochtenen Gesamtentscheid. Wie gesehen, ist Art. 6 EV Photovoltaik-Grossanlagen betreffend die Rechtspflege bei solchen Bauvorhaben nicht anwendbar, weshalb der ordentliche, formellgesetzlich geregelte Beschwer-

deweg bei Bauentscheiden zur Anwendung kommt. Für die Beschwerde gegen den Gesamtentscheid der Regierungsstatthalterin ist somit die BVD zuständig (vgl. Art. 40 Abs. 1 BauG; vorne E. 1.2).

3.3 Hält sich die angerufene Behörde für unzuständig, so leitet sie die Eingabe gemäss Art. 4 Abs. 1 VRPG an die zuständige Verwaltungs- oder Verwaltungsjustizbehörde weiter. In Verfahren, in welchen eine derartige Pflicht zur Weiterleitung besteht, wird mit dem negativen Entscheid über die Zuständigkeit das Verfahren nur für das Verwaltungsgericht, nicht jedoch für die Parteien abgeschlossen. Das Verwaltungsgericht stellt in solchen Fällen seine fehlende Zuständigkeit in einem Zwischenentscheid fest und leitet die Eingabe an die zuständige Behörde weiter. Nur wenn die Weiterleitung ausser Betracht fällt, etwa mangels Zuständigkeit einer anderen Behörde, erkennt das Verwaltungsgericht in einem verfahrensabschliessenden Endentscheid auf Nichteintreten (BVR 2013 S. 354 [VGE 2012/301 vom 14.2.2013] nicht publ. E. 3 mit Hinweisen; VGE 2020/372 vom 29.10.2020 E. 3.1; Michel Daum, a.a.O., Art. 4 N. 9, Art. 61 N. 19). Im vorliegenden Fall ist demnach die fehlende Zuständigkeit festzustellen und die Eingabe an die BVD als zuständige Beschwerdeinstanz weiterzuleiten. Wegen seiner grundsätzlichen Bedeutung fällt das Verwaltungsgericht diesen Zuständigkeitsentscheid in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 Bst. a GSOG).

4.

Die Regierungsstatthalterin hat ihren Gesamtentscheid mit einer Rechtsmittelbelehrung an das Verwaltungsgericht versehen. Den Parteien dürfen aus einer unrichtigen Rechtsmittelbelehrung keine Nachteile erwachsen (vgl. Art. 44 Abs. 6 VRPG; Michel Daum, a.a.O., Art. 44 N. 50, 54 und 58). Nach den vorstehenden Ausführungen war die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung für die Beschwerdeführenden nicht ohne weiteres erkennbar. Auf das Erheben von Verfahrenskosten ist daher wegen besonderer Umstände zu verzichten (vgl. Art. 108 Abs. 1 VRPG; BVR 2013 S. 582 E. 3; Ruth Herzog, a.a.O., Art. 108 N. 22). Die Parteien sind nicht anwaltlich vertreten, weshalb keine ersatzfähigen Parteikosten entstanden sind (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 VRPG).

5.

Gegen selbständig eröffnete Zwischenentscheide über die funktionelle Zuständigkeit ist gemäss Art. 82 ff. und Art. 92 Abs. 1 BGG die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig (vgl. BGE 138 III 558 E. 1.3). Diese Entscheide können später nicht mehr angefochten werden (Art. 92 Abs. 2 BGG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der Beschwerde wird verneint. Die Beschwerde vom 28. Mai 2024 wird zur weiteren Behandlung an die Bau- und Verkehrsdirektion des Kantons Bern weitergeleitet.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch Parteikosten gesprochen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- wird den Beschwerdeführenden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückerstattet.
3. Zu eröffnen:
 - Beschwerdeführende
 - Beschwerdegegnerin
 - Regierungsstatthalteramt Frutigen-Niedersimmental
 - Einwohnergemeinde Oberwil im Simmental
 - Einwohnergemeinde Rüscheegg
 - Bundesamt für Umwelt
 - Bundesamt für Raumentwicklungund mitzuteilen:
 - Bundesamt für Energie

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Zwischenentscheid kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.