



Memorandum

Von: Dr. Martin Föhse, Rechtsanwalt
An: Konferenz Kantonalen Energiedirektoren (EnDK)
Datum: 14. April 2022
Betrifft: Zubau und optimale Nutzung von Kraftwerken im Spannungsfeld zwischen Schutz und Nutzungsinteressen

INHALTSVERZEICHNIS

1	ERGEBNISSE	2
2	AUFTRAG	3
3	PROBLEMSTELLUNG UND EINSCHÄTZUNG DES BUNDESRATS	4
3.1	Verantwortlichkeiten	4
3.2	Einschätzung des Bundesrats	4
4	ÜBERBLICK ZUM VORSCHLAG DES BUNDESRATS	5
5	STAATSRECHTLICHE UND DEMOKRATISCHE DIMENSION DES VORSCHLAGS	6
6	ZUM KONZEPT NACH ART. 13 RPG BZW. ART. 9A E ENG	7
6.1	Vorteile nach Auffassung des Bundesrats	8
6.2	Würdigung	8
6.2.1	Gesamtschweizerische Planung	8
6.2.2	Erhöhung der Rechtssicherheit?	11
6.2.3	Zeitgewinn?	12
6.3	Zwischenergebnis	13
7	ZUR INTERESSENABWÄGUNG	14
7.1	Grundsätzliches	14
7.2	Stufengerechte Interessenabwägung	14
7.3	Nationales Interesse am Ausbau und «bedeutende» Anlagen	15
7.4	Zwischenergebnis	16
8	ZUM KANTONALEN PLANGENEHMIGUNGSVERFAHREN	16
8.1	Demokratische Komponente und Instanzenzug	16
8.2	Die kantonale Praxis und das konzentrierte Plangenehmigungsverfahren	18
8.3	Zwischenergebnis	18
9	PRÜFENSWERTE MÖGLICHKEITEN ZUR VERBESSERUNG DER SITUATION	19
9.1	Verfahrensführung und Ressourcen	19

9.2	Berechtigung zur Teilnahme am Verfahren	20
9.3	Begutachtungen	20

1 ERGEBNISSE

Die wirksamste Massnahme des Vorschlags des Bundesrats zur Verbesserung der Situation in Bezug auf die Beschleunigung des Zubaus von Kraftwerken dürfte darin liegen, dass der kantonale Instanzenzug für «bedeutende» Anlagen verkürzt und zwingend eine Behörde auf Stufe Kanton für die Fällung des Gesamtentscheids für zuständig erklärt wird. Dies hätte indessen erhebliche Auswirkungen auf die Partizipation der Gemeinden bzw. der Gemeindebevölkerung an Planungsentscheiden, soweit das kantonale Recht diese heute vorsieht (Eingriff in die Gemeindeautonomie; Beschneidung demokratischer Teilhabe).

Zweifelhaft scheint, dass ein zwingendes konzentriertes Verfahren per se zu einer Beschleunigung führt, da damit auch die Komplexität der Aufgabe steigt. Gemäss Erfahrungen aus den Kantonen kann die Führung mehrerer Verfahren u.U. gar effizienter sein. Diese muss nicht zwingend sequenziell erfolgen, sondern kann auch ohne Rechtsänderung weitgehend parallel und koordiniert geschehen.

Das vorgeschlagene «Konzept», einschliesslich der Priorisierung auf «bedeutende» Anlagen, birgt das Risiko, das Gegenteil von dem zu bewirken, worauf es eigentlich zielt. Die zusätzliche Planungsstufe würde, namentlich bei der Interessenabwägung, zu neuen Abgrenzungsproblemen zur Richt- und Nutzungsplanung führen. Hierzu müsste sich zunächst eine Praxis herausbilden. Gleichzeitig würde das Konzept selbst eine weitere Angriffsfläche für Beschwerden bieten. Da es der Richtplanung vorgelagert ist, wirken sich diesbezügliche Fehler auf der Zeitachse noch folgenschwerer aus als Fehler auf Stufe Richtplan.

Das Konzept dürfte zwar zu einer Priorisierung beim Zubau führen. Dies gar in doppelter – allerdings so wohl nicht gewollter – Hinsicht: Die neue Kategorie der, nach Massgabe ihres Produktionspotenzials, «bedeutenden» Anlagen, würde, kombiniert mit der Pflicht zur «Standortfestlegung» nach Vornahme einer «stufengerechten» Interessenabwägung, einer **Negativplanung** im Kreis der grössten Kraftwerksprojekte in der Schweiz gleichkommen. **(1)** Konsequenterweise hätte der Bundesrat nicht generell, sondern beschränkt auf diesen Kreis, Prioritäten zu setzen. Erfolgt für ein Grossprojekt keine Standortfestlegung, wäre dessen Realisierung faktisch aussichtslos. Ursächlich für diesen «Short-List-Effekt» ist die Ausscheidung «bedeutender» Anlagen, ausgewählt nach ihrem Produktionspotenzial. Ob diese Art der Priorisierung beabsichtigt war, bleibt unklar.

(2) Ferner dürfte das Konzept (als Kollateralschaden) auch Auswirkungen auf weitere Projekte haben, die nach geltendem Recht zwar im nationalen Interesse liegen, deren Erzeugungspotenzial aber nicht gross genug ist, um «bedeutend» zu sein und somit Aufnahme im Konzept zu finden. Für diese Projekte besteht das Risiko, dass sich das Konzept präjudizierend auf die Interessenabwägung gegenüber Schutzinteressen von nationaler Bedeutung auswirkt. Die neue Kategorie der «bedeutenden» Anlage innerhalb der bestehenden Kategorie der Anlagen von nationalem Interesse, würde faktisch zu einer Herabstufung der Bedeutung der betroffenen Projekte führen. Die Massnahme höhlt damit gerade jenes Instrument im EnG aus, das den Zubau begünstigen sollte.

Eine spürbare Verbesserung könnte vielmehr mit einem anderen Ansatz erreicht werden, nämlich bei den Ressourcen. Ein gezielter, priorisierter Einsatz von Personal auf wichtigen Projekten (sowohl bei Behörden wie auch bei Gerichten) dürfte sich mit Blick auf die Verfahrensbeschleunigung deutlich stärker auswirken. Dies flankiert mit einer effizienten Verfahrensführung. Solches würde grundsätzlich keiner Rechtsänderung bedürfen bzw. nur dann, wenn für die Finanzierung dieser Massnahme Mittel bereitgestellt werden sollen.

2 AUFTRAG

Anlässlich seiner Retraite vom 24. Februar 2022 befasste sich der Vorstand der Konferenz Kantonalen Energiedirektoren (EnDK) u.a. mit Fragen nach Möglichkeiten zur Steigerung der inländischen Stromproduktion, einschliesslich der optimalen Nutzung der bestehenden Kraftwerksinfrastruktur. Der Schreibende hielt anlässlich dieses Treffens ein Inputreferat, in welchem er auf die rechtlichen Herausforderungen in diesem Kontext einging. Dies umfasste einerseits die langwierigen Bewilligungs- und Konzessionierungsverfahren, andererseits die Konflikte zwischen Schutz- und Nutzungsinteressen.

Im Fokus stand auch der Vorschlag des Bundesrates zur Beschleunigung der Bewilligungsverfahren, der sich gegenwärtig bis zum 23. Mai 2022 in der Vernehmlassung befindet.

Dieses Memorandum befasst sich in erster Linie mit der verfahrensrechtlichen Seite der Fragestellung, namentlich mit besagtem Vorschlag des Bundesrates. Es geht dabei aber nicht darum, Rechtslage und Handlungsoptionen im Sinne eines Rechtsgutachtens zu erörtern, sondern vielmehr um eine konstruktiv-kritische Einschätzung, namentlich auch unter Einbezug von Erfahrungen aus der Bewilligungspraxis, soweit dies in diesem Rahmen zu leisten möglich war. Nicht Gegenstand nachfolgender Ausführungen ist das nicht weniger gewichtige materielle Umweltrecht.

3 PROBLEMSTELLUNG UND EINSCHÄTZUNG DES BUNDESRATS

3.1 Verantwortlichkeiten

Die Zuständigkeit für die Richt- und Nutzungsplanung sowie für die Baubewilligung für Kraftwerke – seien es Wasserkraftwerke, Windkraft- oder Photovoltaikanlagen – liegt in der Regel bei den Kantonen und Gemeinden. Gleiches gilt für die Konzessionierung von Wasserkraftwerken. In die unmittelbare Vollzugszuständigkeit des Bundes fallen nur Anlagen in internationalen Gewässern (einschliesslich der Konzessionierung) und Kernanlagen. Auch die Kompetenz, das entsprechende Verfahrensrecht zu regeln, liegt weitgehend bei den Kantonen.

Mit Ausnahme des materiellen Baurechts, ist das in solchen Verfahren einschlägige materielle Recht aber weitgehend das Bundesrecht.¹ Die Situation stellt sich so dar, dass in den betreffenden Bewilligungs- und Konzessionsverfahren in der Regel kantonale Behörden, unter Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts, Bundesrecht anwenden bzw. vollziehen. Gleichzeitig bestehen Aufsichts- mitunter gar Vollzugskompetenzen des Bundes. So übt der Bund die Aufsicht über den Vollzug der anwendbaren Bundesgesetze aus. Dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) kommt dabei eine herausragende Schlüsselfunktion zu. Es ist in den kantonalen Verfahren teilweise zwingend anzuhören und ist dazu berechtigt, Rechtsmittel gegen kantonale Entscheide zu ergreifen. Eine Schutz- und Nutzungsplanung nach Art. 32 Bst. c GSchG (eine mögliche Voraussetzung zur Unterschreitung der Mindestrestwassermengen) bedarf z.B. der Genehmigung des Bundesrats. Bei Eingriffen in ein inventarisiertes Objekt nach Art. 5 NHG hat ferner die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission (ENHK) ein Gutachten abzugeben.

3.2 Einschätzung des Bundesrats

Nach Auffassung des Bundesrats, ist das kantonale Recht (gemeint ist das kantonale Verfahrensrecht) nicht auf die «Bearbeitung und Lösung der speziellen Probleme ausgerichtet, die bei der Planung und Bewilligung von Grossanlagen in den Bereichen Wasserkraft und Windenergie zu bewältigen sind.»² Die Folgen sei eine lange Verfahrensdauer, was potenzielle Investorinnen

¹ Zur Anwendung gelangen namentlich das Umweltschutzgesetz (USG, SR 814.01), das Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG, SR 451), das Wasserrechtsgesetz (WRG, SR 721.80), das Gewässerschutzgesetz (GschG, SR 814.20), das Fischereigesetz (BGF, SR 923.0), das Stauanlagengesetz (StAG, SR 721.101)¹ und, v.a. bei Windkraftanlagen, das Waldgesetz (WAG, SR 921.0) sowie das Jagdgesetz (JSG, SR 922.0). Das WRG enthält, ähnlich wie das RPG, zumindest grundlegende Regeln zur Konzessionierung von Wasserkraftwerken.

² Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK, Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Änderung des Energiegesetzes vom 30. September 2016, Vorentwurf vom 2. Februar 2022, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Bern, 2. Februar 2022 (nachfolgend Erl. Ber. E EnG), S. 2. Die fragliche Passage des erläuternden Berichts ist wörtlich aus einem Rechtsgutachten entnommen, auf dem der Erlassentwurf basiert (HEINZ AEMISEGGER/ARNOLD MARTI, Juristische Studie zuhanden der Bundesämter BFE, ARE und BAFU, «Energiewende – Vereinfachung der Planung für Projekte zur Nutzung erneuerbarer Energien», 27. Oktober 2021, S. 3, [nachfolgend «Gutachten»]).

und Investoren abschrecken würde.³ In dem der Vorlage zugrundeliegende Gutachten ist zu lesen, die Koordinationsvorgaben des Bundesumweltschutz- und des Bundesraumplanungsrechts würden den kantonalen und kommunalen Planungs- und Bewilligungsbehörden «grosse Mühe» bereiten. Es würden viel zu oft Verfahrensfehler auftreten, die umfangreiche und kostspielige Verzögerungen zur Folge hätten.⁴ Mit Blick auf den Zubau brauche es schliesslich eine Priorisierung aus gesamtschweizerischer Sicht.⁵

Dass Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides in einer zu grossen Zahl von Fällen zu lange dauern (oder gedauert haben), ist wohl unbestritten. Weniger offenkundig sind dagegen die dieser Wahrnehmung zugrundeliegenden Ursachen. Weder aus den Erläuterungen des Bundesrats noch aus dem Gutachten geht hervor, auf welcher empirischen Erhebung die Schlussfolgerungen fussen und welche Analysen vorgenommen wurden.⁶ Ob Problem und Ursache in der erforderlichen Gründlichkeit untersucht wurden, geht aus den öffentlich zugänglichen Unterlagen nicht hervor.

Angesichts der Heterogenität der 26 Kantone – sowohl in Bezug auf die politischen und geographischen Gegebenheiten wie auch in Bezug auf die Verfahrensgesetzgebung und die damit einhergehende Praxis – überrascht schliesslich, dass man sich offensichtlich in der Lage sah, eine pauschale Diagnose zu fällen. Vielmehr wäre zu erwarten gewesen, dass die Analyse des Status Quo ein deutlich vielfältigeres Bild abgibt, sowohl in Bezug auf die Verfahrensdauer wie auch in Bezug auf Effizienz und Qualität der Verfahrensführung.

4 ÜBERBLICK ZUM VORSCHLAG DES BUNDESRATS

Zur Behebung der nach Auffassung des Bundesrats bestehenden Probleme (oftmals eine zu lange Verfahrensdauer, zu viele Verfahrensfehler und zu hohe Komplexität aufgrund der Koordinationsvorgaben des materiellen Rechts), schlägt der Bundesrat eine Änderung des Energiegesetzes vor, die in erster Linie auf das Verfahren abzielt.

Die entscheidenden Neuerungen sind Folgende:

³ Erl. Ber. E EnG (Fn. 2), S. 2.

⁴ Gutachten (Fn. 2), S. 3. Auf S. 9 f. wird dann ausgeführt, der Hauptgrund liege im Verfahrensinstrumentarium, das kompetenzmässig auf drei staatliche Ebenen (Bund, Kantone und Gemeinden) aufgeteilt und für Planung und Bewilligung solch komplexer Anlagen zu kompliziert, zu schwerfällig und zu wenig effizient ausgestaltet sei.

⁵ Gutachten (Fn. 2), S. 21.

⁶ In dieser Hinsicht existiert ein von ecoconcept zu Händen des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO im Jahr 2015 erstellter Schlussbericht «Effizienz von Planungs- und Bauverfahren sowie den damit einhergehenden Rechtsmitteln», Schlussbericht, 1. Juni 2015. Soweit ersichtlich, lassen sich daraus für die sich hier stellenden Fragen wenig nützliche Erkenntnisse gewinnen.

1. Schweizweite Festlegung von Standorten für «bedeutende» Wasser- und Windkraftanlagen durch den Bund;
2. Anschliessende Richtplanfestsetzung durch die Kantone (unter Ausschluss eines Rechtsmittels);
3. Zwingendes konzentriertes Plangenehmigungsverfahren
 - Nutzungsplanung, Bewilligungen und allfällige Konzessionierung bei Wasserkraftanlagen erfolgen in einem Entscheid;
 - Zwingende Zuständigkeit einer kantonalen Behörde (Ausschluss kommunaler Zuständigkeiten);
 - Direkte Anfechtungsmöglichkeit an das kantonale letztinstanzliche Gericht, anschliessend Möglichkeit der Beschwerde ans Bundesgericht.

Ziff. 2 und 3 gelten wiederum nur für die «bedeutendsten» Anlagen.⁷ In den Erläuterungen wird skizziert, wie der Bundesrat diese zu ermitteln gedenkt – nämlich über ihr Produktionspotenzial: Bei Wasserkraft soll eine Jahresproduktion von 40, ggf. 60 GWh (für Kraftwerke mit Produktionsschwerpunkt im Sommer) massgeblich sein, bei Windkraftanlagen eine Jahresproduktion von (ebenfalls) 40 GWh (gemeint ist dann wohl ein gesamter Windpark).

5 STAATSRECHTLICHE UND DEMOKRATISCHE DIMENSION DES VORSCHLAGS

Die staatsrechtliche Dimension des Vorschlags des Bundesrats liegt nicht im Zentrum der vorliegenden Ausführungen. Dennoch sei darauf hingewiesen, dass die Vorlage v.a. unter zwei Gesichtspunkten problematisch ist.⁸ Materiell handelt es sich beim Gesetzesentwurf in erster Linie um Raumplanungsrecht, in zweiter Linie um Energierecht. Im Fall der Raumplanung hat der Bund nur eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz. Soweit es um die Frage des zulässigen Bauens ausserhalb der Bauzone geht, ist das Bundesrecht indessen abschliessend. Die Raumplanung wiederum obliegt den Kantonen (Art. 75 Abs. 1 BV). Die Kompetenznorm in der Energiepolitik ist noch offener: «Bund und

⁷ Gemäss Wortlaut des Entwurfes (Art. 9a E EnG, Abs. 1) soll der Bund ein Konzept nach Art. 13 RPG «für Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien in den Bereichen Wasserkraft und Windenergie» erarbeiten. Dem Wortlaut nach erfasst sind damit **sämtliche** Wasserkraftwerke und Windkraftanlagen. Nach Art. 9a Abs. 2 E EnG sollen dann im Konzept, «nach Vornahme einer stufengerechten Interessenabwägung» die Standorte für den Ausbau der Energieversorgung «bedeutendsten Anlagen» festgelegt und näher beschrieben werden. Dem Wortlaut nach hat also der Bund **(1)** zunächst ein Konzept für sämtliche Wasserkraftwerke und Windkraftanlagen in der Schweiz zu erstellen und **(2)** danach, eingeschränkt auf die «bedeutenden» Anlagen unter ihnen, eine Standortfestlegung nach «stufengerechter Interessenabwägung» vorzunehmen. Die Erläuterungen offenbaren dann aber, dass sich auch das Konzept selbst nur auf die bedeutenden Anlagen beziehen soll.⁷ Offenbar ist hier **unsauber legiferiert** worden. Im Vorschlag im Rechtsgutachten (dort Art. 13a Abs. 1 E RPG) ist die entsprechende Norm noch frei von diesem Fehler.

⁸ Die Begründung im Erl. Ber. (Fn. 2), S. 6 und S. 16 ist etwas knapp ausgefallen.

Kantone setzen sich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten ein für eine ausreichende, breit gefächerte, sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung sowie für einen sparsamen und rationellen Energieverbrauch (Art. 89 Abs. 1 BV). Mit Blick auf Art. 3 BV, wonach die Kantone alle Rechte ausüben, die nicht dem Bund übertragen sind, dürfte auch hier primär von einer kantonalen Zuständigkeit ausgegangen werden (abgesehen von den Bundeszuständigkeiten bei der Kernenergie nach Art. 90 BV sowie bei der Strom- und Gasmarktregulierung nach Art. 91 BV).

Ferner greift die Vorlage in doppelter Hinsicht in die **Gemeindeautonomie** ein (Art. 50 Abs. 1 BV): **(1)** Zum einen, weil sie die gemäss Praxis zulässige Ergreifung eines Rechtsmittels gegen den Richtplan durch eine Gemeinde wegen Verletzung der Gemeindeautonomie unterbindet. Damit wird in diesem Bereich die kantonalrechtlich eingeräumte Autonomie der Gemeinden direkt durch Bundesrecht beseitigt. **(2)** Zum anderen, weil sie ebenso kantonales Recht, das den Gemeinden in Bewilligungs- und Konzessionierungsverfahren Entscheidungskompetenzen einräumt, derogiert. Bemerkenswert – und soweit ersichtlich nicht erwähnt – ist, dass damit die mitunter bestehende **demokratische** Komponente der Nutzungsplanfestlegung im Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen teilweise eliminiert wird. Die kommunale Nutzungsplanung und/oder die Konzessionierung nach kantonalem Recht unterliegt nicht selten einer Volksabstimmung. Entscheidet (wie neu vorgesehen) die kantonale Exekutive oder eine kantonale Behörde, fällt dieses Element weg.

Nicht beseitigt würde aber ein im kantonalen Recht allenfalls vorgesehenes fakultatives Referendum gegen den kantonalen Richtplan, wie es z.B. der Kanton Basel-Landschaft gemäss § 11 Abs. 3 RBG⁹ vorsieht. Ob dies ein Versehen ist, ist mangels entsprechender Erläuterungen ebenso wenig klar, wie die Antwort auf die Frage, ob die Beseitigung direktdemokratischer Elemente bei der Planfestsetzung insgesamt einen (übersehenen) Kollateralschaden darstellt oder nicht. Jedenfalls kann man sicher auch in dieser Hinsicht die Frage stellen, ob die Eingriffe verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können – und zwar sowohl aus staatsrechtlicher wie auch aus grundrechtlicher Perspektive. Die diesbezüglichen Ausführungen in den Erläuterungen sind etwas dünn ausgefallen.¹⁰ Dies überrascht, hat doch gerade auch das Aufheben direktdemokratischer Elemente durchaus politisches Gewicht, sodass es auch transparent zur Diskussion gestellt werden sollte.

6 ZUM KONZEPT NACH ART. 13 RPG BZW. ART. 9A E ENG

Nachfolgend soll nicht die Frage erörtert werden, ob ein Konzept nach Art. 13 RPG, mit dem der Bund Grundlagen für **seine** raumwirksamen Aufgaben

⁹ Raumplanungs- und Baugesetz vom 8. Januar 1998 (RBG, SGS 400).

¹⁰ Erl. Ber. (Fn. 2), S. 16 f.

erarbeiten soll, hier das richtige Instrument ist. Im Zentrum steht vielmehr die Frage, ob der vorgeschlagene Weg mit Blick auf das gesetzte Ziel (Verkürzung der Verfahrensdauer zwischen Gesuch und rechtskräftigem Entscheid) einen Mehrwert darstellt. Zunächst ist deshalb kurz zusammenzufassen, was man sich mit dem Konzept verspricht – und danach, welcher Preis dafür möglicherweise zu bezahlen ist:

6.1 Vorteile nach Auffassung des Bundesrats

- Schaffung einer auf eine gesamtschweizerische Sicht ausgelegten Planung. Damit könne die Rechtssicherheit für die kantonale Richtplanung deutlich erhöht werden, wovon auch die Gesuchstellenden und Investorinnen und Investoren wie auch die kantonalen Richtplanungsbehörden profitieren würden. Im Rahmen der akzessorischen Prüfung von Konzept und Richtplan könne «davon ausgegangen werden, dass die Gerichte diese bundesrätlichen Entscheide nicht ohne triftige Gründe umstossen» würden;¹¹
- Schaffung von Planungssicherheit, indem im Rahmen des Konzepts konkrete Standorte festgelegt und bereits eine «stufengerechte» Interessenabwägung vorgenommen werden soll. Dabei «genügt eine grobe rechtliche Machbarkeitsbeurteilung für den betroffenen Anlagestandort bzw. das vorgesehene Vorhaben», wie in den Erläuterungen ausgeführt wird.¹²

6.2 Würdigung

6.2.1 Gesamtschweizerische Planung

Das Anliegen einer gesamtschweizerischen Planung in Bezug auf Standorte für grosse Kraftwerke ist nachvollziehbar. Dafür seien, so der Bundesrat, erst grobe Skizzen der Vorhaben erforderlich, die als bedeutendste Anlagen ins Konzept aufgenommen werden sollen. Die Rede ist von «Machbarkeitsstudien».¹³ Wiederum muss man sich hier vor Augen führen, dass das Konzept nur die «bedeutendsten» Anlagen erfasst. Für die Festlegung der «Bedeutbarkeit» steht eine Jahresproduktion von 40 GWh im Raum (sowohl für Wasser- wie auch für Windkraft). Es dürfte sich nicht um allzu viele Anlagen handeln. Der Bundesrat referenziert u.a. auf den «Runden Tisch Wasserkraft», bei welchem 15 Projekte identifiziert wurden, die die fragliche Schwelle überschreiten (wobei einige davon nicht zu einer Mehrproduktion führen). Bei der

¹¹ Erl. Ber. (Fn. 2), S. 8.

¹² Erl. Ber. (Fn. 2), S. 8.

¹³ Erl. Ber. (Fn. 2), S. 8.

Windenergie sind nach Schätzung des Bundesrats dreizehn Projekte betroffen.¹⁴

Ob mit dieser Herangehensweise ein echter Mehrwert bei der Standortfestlegung erzielt werden kann, ist mit Blick auf den Gesetzentwurf und die Erläuterungen fraglich. Man darf wohl davon ausgehen, dass die seit über hundert Jahren tätigen Energieversorgungsunternehmen schon längst die Orte mit Potenzial erkannt haben. Ganz offensichtlich sind auch Projekte vorhanden – ansonsten hätte man am «Runden Tisch» im luftleeren Raum diskutiert. Was genau der Bundesrat zur Standortfestlegung noch beitragen will, wenn das Auswahlkriterium v.a. «Machbarkeitsstudien», und «grobe Skizzen der Vorhaben» sind, ist kaum ersichtlich. Es würde überraschen, wäre dies nicht alles bereits in den Schubladen vorhanden.

Knüpft der Bundesrat bei der Festlegung der Bedeutsamkeit dann einzig an das Produktionspotenzial (40 GWh) an, droht die Massnahme darauf hinauszulaufen, dass bereits bestehenden Projekten (bei denen der Standort ohnehin gegeben ist) bloss zusätzlich das **Etikett «bedeutsam»** aufgeklebt wird. Dass der Bundesrat auch nicht den Anspruch an sich selbst hat, Standorte zu benennen, an welchen ein Projekt zumindest auf Stufe Richtplanung als grundsätzlich realisierbar qualifiziert werden kann, zeigt Art. 10a Abs. 2 des Entwurfs: «Ergibt die stufengerechte Interessenabwägung der Kantone, dass das Konzept für erneuerbare Energien nicht wie vorgesehen umgesetzt werden kann, so weisen sie dies in ihrem Richtplan aus.»¹⁵ Am Ende bedeutet dies, dass die Standortfestlegung nur dort ihre Wirkung entfalten kann, wo ein Kanton anschliessend im Richtplan zur Erkenntnis gelangt, dass der Standort grundsätzlich geeignet ist. Der Sinn einer solchen Standortfestlegung durch den Bundesrat ist nicht zu erkennen.

Insofern wirkt der Vorschlag in mancherlei Hinsicht nicht zu Ende gedacht: Die Standortfestlegung hat nur dann einen Mehrwert, wenn der Bundesrat auch «nein» sagen kann. Ohne diese Möglichkeit bleibt sie bei der vorgeschlagenen Vorgehensweise blutleer. Dass ein «Nein» Teil des Konzepts ist, ist daraus abzuleiten, dass der Bundesrat die Standorte nach einer «Interessenabwägung» festlegen soll. Wie gezeigt, scheint sich der Bundesrat hier aber zu zieren und die Verantwortung im Ergebnis auf die Kantone zu schieben (Art. 10a Abs. 2 des Entwurfs). Faktisch setzt sich der Bundesrat mit der Produktionsgrenze von 40 GWh für bedeutende Anlage nämlich unter Zugzwang. Ob man realisiert hat, dass mit dem vorgeschlagenen Weg nicht nur eine

¹⁴ Erl. Ber. (Fn. 2), S. 8 f.

¹⁵ Dies steht in einem gewissen Widerspruch zu den Erläuterungen (Erl. Ber. [Fn. 2], S. 7): Dort wird skizziert, der Bundesrat würde nach Art. 14 – 23 RPV vorgehen, womit Alternativstandorte zu prüfen seien, die wesentlichen Auswirkungen des Vorhabens auf Raum und Umwelt sowie die Vereinbarkeit mit dem massgeblichen Recht. Wird dies seriös durchgeführt, ist schwer nachvollziehbar, dass ein Kanton dann auf Stufe Richtplan noch zum Schluss kommen können soll, es gehe doch nicht.

«Positivplanung», sondern **gleichzeitig** auch eine «**Negativplanung**» erfolgt, ist nicht ganz klar.¹⁶

Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie sich ein «nein» des Bundesrats verfahrensrechtlich manifestiert. Wohl schlicht in einem «Nichts», da eine ausdrückliche Negativplanung ja nicht vorgesehen ist. Dies kann aus rechtsstaatlicher Sicht problematisch sein, denn die potenzielle Projektantin (die aufgrund der Herangehensweise de facto bekannt ist) hat keine Möglichkeit, sich gegen eine nicht erfolgte Standortfestlegung zu wehren. Dies gilt freilich auch für eine fehlende Richtplanfestsetzung, dort akzentuiert sich das Problem indessen nicht in gleicher Weise wie hier. Unklar bleibt auch, ob die Kantone trotz fehlender Standortfestlegung im Konzept in der Richtplanung einen potenziellen Standort festlegen können – gerade mit Blick auf Art. 10a Abs. 2 des Entwurfs muss man die Frage sicher aufwerfen.

Auf einen Schlag trägt der Bundesrat damit de facto die Verantwortung jedenfalls für das «no go» der grössten Kraftwerksprojekte in der Schweiz. Die Folgen der Produktionsgrenze – im Ergebnis kreiert man damit eine «Shortlist»- kann dann zu einer grossen Hypothek werden. Kommt der Bundesrat nämlich bei allen Anlagen zum Schluss, dass die Nutzungsinteressen überwiegen (und am Ende geht es in der Interessenabwägung genau darum), dürfte, wie gezeigt, die Frage des Sinns dieser Standortfestlegung auftauchen. Ihr Wert strebte diesfalls gegen null. Dieser Umstand könnte politisch einen Druck erzeugen, bei gewissen Grossprojekten die Ampel auf Rot zu schalten. Dies könnte am Ende gar dazu führen, dass Grossprojekte vereitelt werden, die ohne Konzept hätten realisiert werden können (sofern nicht ohnehin zwingendes Recht dagegen spricht). Man läuft Gefahr, dass die Interessenabwägung durch einen politischen Entscheid ersetzt wird, den man ex post mit einer ergebnisorientierten Interessenabwägung zu legitimieren versucht. In den Erläuterungen sind, soweit ersichtlich, jedenfalls keine vertieften Überlegungen dazu zu finden, dass die Interessenabwägung auf Stufe Konzept auch gegen die Nutzungs- und für die Schutzinteressen ausfallen könnte und welche Folgen das nach sich ziehen wird.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Bundesrat bereits im Jahr 2013 ein gesamtschweizerisches Konzept für den Ausbau erneuerbarer Energien, das federführend von den Kantonen hätte erarbeitet werden sollen (mit Unterstützung durch den Bund und Genehmigung durch den Bundesrat), vorgeschlagen hatte.¹⁷ Der Vorschlag sah zwar auch eine

¹⁶ Dass das Konzept (bloss) eine Positivplanung darstellen soll, ist in den Erläuterungen an einer Stelle erwähnt (Erl. Ber. [Fn. 2], S. 5). Die Idee stammt offensichtlich aus dem Gutachten – dort ist aber noch nicht die Rede von der Ermittlung der «bedeutendsten Anlagen» über eine Produktionserwartung. Indessen ist auch dort nicht ersichtlich, wie eine Positivplanung für «bedeutende» Anlagen nicht gleichzeitig auch eine «Negativplanung» für ebendiese Anlagen sein kann.

¹⁷ Vgl. Botschaft vom 4. September 2013 zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie («Atomausstiegsinitiative»)», BBl 2013 7561, 7627 und Art. 11 ff. E EnG.

Negativplanung vor, diese wäre aber nicht bereits im Vornherein (faktisch) auf bestimmte Anlagen (wie hier die bedeutenden) eingegrenzt gewesen.

6.2.2 Erhöhung der Rechtssicherheit?

Einer der Standortfestlegung durch den Bundesrat folgende Richtplanung kann potenziell durchaus in einem anderen Licht erscheinen. Allerdings nur dann, wenn sie qualitativ anders erfolgt, als oben skizziert. Dass man «davon ausgehen» können soll, dass die Gerichte die «bundesrätlichen Entscheide» nicht ohne triftige Gründe umstossen würden, ist eine irritierende Aussage. Zunächst ist anzumerken, dass auch kantonale Richtpläne der bundesrätlichen Genehmigung unterliegen (Art. 11 Abs. 1 RPG). Sie tragen ebenso das «Etikett» Bundesrat. Sie sind im Ergebnis also gleichgestellt mit dem geplanten Konzept. Daneben fusst die Aussage auf einer befremdenden Vorstellung von Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung. Gerichte haben grundsätzlich nur zu prüfen, ob eine Planung gesetzeskonform ist – und zwar ohne dabei auf den Planungsträger zu schielen.

Es sei darauf hingewiesen, dass auch das der Vorlage zugrunde liegende Gutachten dem Konzept «in der Praxis ohne Zweifel eine grosse Bedeutung für die anschliessende Entscheidfindung» zumisst.¹⁸ Die Gerichte würden sich, so nehmen die Gutachter an, bei dessen Überprüfung «grosse Zurückhaltung» auferlegen. Nur: Nach Vorschlag des Gutachtens soll das Konzept in einem partizipativen Verfahren erarbeitet werden (vgl. den Entwurf von Art. 13 RPG, «der Bund erarbeitet in enger Zusammenarbeit mit den Kantonen...») – und gerade daraus, d.h. aus dem besonderen Verfahren, leiten die Gutachter für das Konzept eine erhöhte Legitimation und damit auch Rechtssicherheit ab.¹⁹ Der Bundesrat sieht allerdings von diesem partizipativen Verfahren ab – er will die Standorte in Eigenregie festlegen.

Ob die Planung insgesamt «gerichtsbarer» wird als heute, ist auch aus anderen Gründen alles andere als evident. Im Wesentlichen wird man damit erreichen, dass künftig sowohl das Konzept wie gleichzeitig auch der Richtplan im Rahmen der akzessorischen Prüfung angegriffen werden. Was die Standortwahl anbelangt, wird man sich vornehmlich auf das Konzept konzentrieren und rügen, die Interessenabwägung sei fehlerhaft vorgenommen worden. Eine Verbesserung in der Planungsstabilität ist hier höchstens insofern zu sehen, als man zumindest unterstellen kann, dass der Bundesrat bei der Standortfestlegung gesamtschweizerisch den besseren Überblick hat als ein Kanton (ist das Kriterium am Ende nicht einzig das Produktionspotenzial der Anlage). Daneben wird man aber, wie bereits heute, auch den Richtplan angreifen können. In Bezug auf das ohnehin bereits grosse Planungsermessen wird sich ebenso nichts verändern. Es bleibt also noch immer mehr als genug

¹⁸ Gutachten (Fn. 2), S. 27.

¹⁹ Gutachten (Fn. 2), S. 27 und S. 35.

Angriffsfläche, namentlich auch auf Richtplanstufe, insbesondere dort, wo der Richtplan das Konzept konkretisiert, dieses ergänzt, die Planung vertieft und damit inhaltlich über das Konzept hinausgeht (was er auch muss).

Darüber hinaus gibt es keine Praxis zur Interessenabwägung auf der neuen Stufe «Konzept» (vgl. dazu auch nachfolgend). Die diesbezüglichen Anforderungen, der richtige Massstab, die angemessene Tiefe, werden sich erst in der Praxis entwickeln müssen. Ebenso die Abgrenzung zur Interessenabwägung auf Stufe Richt- und danach auf Stufe Nutzungsplanung. Wie das Bundesgericht hier die konkreten Anforderungen definieren wird, ist völlig offen. Das erste Verfahren (und dieses käme mit Sicherheit) würde im juristischen Blindflug durchgeführt werden müssen.

6.2.3 Zeitgewinn?

Gemäss Erläuterungen soll das Konzept «möglichst rasch, im Idealfall innert zweier Jahre erarbeitet werden.»²⁰ Soweit sind zwei Jahre schon einmal zusätzlich zum heutigen Recht budgetiert. Anschliessend muss der kantonale Richtplan angepasst werden. Denkbar wäre immerhin, dass die darauf basierende kantonale Richtplanung gleichzeitig (koordiniert) angepasst wird, um nicht noch mehr Zeit zu verlieren. Der Einfluss des neuen Konzepts auf die übrige, bestehende kantonale Planung bleibt überdies im Dunkeln.

Eine direkte Anfechtung von Konzept und Richtplan wird ausgeschlossen. Dies dürfte in diesem Verfahrenszeitpunkt tatsächlich Zeit sparen. Allerdings wird dadurch die Anfechtungsmöglichkeit nicht vereitelt, sondern bloss aufgeschoben. Die akzessorische Prüfung im Rahmen der Anfechtung des Gesamtentscheides bleibt weiterhin möglich. Schlimmstenfalls kann das Bundesgericht nach einem jahrelangen Beschwerdeverfahren (zuerst muss ja auch noch ein kantonales Gericht entscheiden) noch immer zum Schluss gelangen, dass nicht nur der Richtplan, sondern auch das Konzept ungenügend sind. Diesfalls müsste also nicht nur die Richtplanung überarbeitet werden, sondern auch das diesem zugrunde liegende Konzept.

Ob man mit dem Ausschluss der Beschwerde gegen den Richtplan unter dem Strich eine Beschleunigung erreicht, kann m.E. nicht pauschal beantwortet werden. Eine Anfechtung eines tatsächlich fehlerhaften Richtplans kann im Gegenteil das Verfahren gar beschleunigen, indem der Fehler verhältnismässig früh entdeckt wird. Das entsprechende Verfahren ist dann auch weniger komplex als wenn ein Gesamtentscheid angefochten wird.

Verschiebt man die Anfechtungsmöglichkeit dagegen nach hinten, wird das Thema Konzept und Richtplanung zwingend im Kontext des Gesamtentscheides geprüft, was in der Regel anspruchsvoller ist und was sich ebenso auf die Verfahrensdauer auswirkt. Entdecken die Gerichte dann tatsächlich Fehler,

²⁰ Erl. Ber. (Fn. 2), S. 8.

dann ist deutlich mehr Zeit verloren als bei einer frühen, direkten Anfechtung eines Richtplans. In diesem Fall beginnt man also auch bei einer Anfechtung eines Gesamtentscheides nochmals von vorne – nunmehr nicht auf Stufe Richtplan (der schlimmste heute denkbare Fall), sondern neu ggf. sogar noch auf der vorgelagerten Stufe des Konzepts.

Im Ergebnis könnte eine Anfechtung gar nützlich sein. Kommt nämlich das Bundesgericht zum Schluss, die Richtplanung sei gesetzeskonform, dann besteht diesbezüglich tatsächlich Rechtssicherheit. Prüfwert wäre allenfalls gar die Einführung der Möglichkeit zur vorfrageweisen Prüfung einer vom Bundesrat genehmigten Richtplanung durch das Bundesgericht, um diese abzusichern.

6.3 Zwischenergebnis

Die grobe Analyse des Vorschlags muss bereits an dieser Stelle zum Schluss führen, dass die mit der Einführung des Konzepts gemäss Vorlage des Bundesrats verbundenen Risiken den potenziellen Nutzen überwiegen. Der Vorschlag wirkt nicht ausreichend durchdacht.

Die skizzierte Methode der Standortfestlegung wäre im Ergebnis nicht nur eine «Positiv-» sondern ebenso eine «**Negativplanung**», eingegrenzt auf eine «**Shortlist**» mit grossen Anlagen. Je mehr sich der Bundesrat bei der Interessenabwägung zurücknimmt, desto wertloser wird die Standortfestlegung (wobei bereits der Begriff «Standortfestlegung» irreführend ist, sind doch die potenziellen Standorte v.a. aufgrund der topographischen Gegebenheiten in aller Regel gegeben). Je mehr sich der Bundesrat einbringt, desto schärfer sind dagegen die Folgen. Es wird in der vorgeschlagenen Konzeption (bewusst oder unbewusst) ein erheblicher politischer Druck aufgebaut.

Darüber hinaus muss mit dem Konzept ein zusätzliches Verfahren durchgeführt werden (der Bundesrat schätzt zwei zusätzliche Jahre), dessen Ergebnis (das Konzept) ein neues Element darstellt, das in einem Prozess akzessorisch angegriffen werden kann.

Der planerische Mehrwert ist in der vorgeschlagenen Konzeption kaum ersichtlich. Auch eine Steigerung der Rechtssicherheit oder die Beschleunigung des Verfahrens ist nicht ersichtlich. Vielmehr droht mitunter Gegenteiliges, schon nur, weil sich zum neuen Recht erst noch eine gefestigte Praxis herausbilden müsste, was ein jahre- wenn nicht jahrzehntelanger Prozess ist.

Schliesslich schafft die neue Planungsstufe zusätzliche Unsicherheiten bei der Interessenabwägung und passt systemisch nicht in die bestehende Konzeption der Positivierung von nationalen Nutzungsinteressen, was weitere erhebliche weitere Probleme nach sich ziehen kann. Vor allem die Bezeichnung «bedeutender» Anlagen stellt sich in diesem Zusammenhang als problematisch dar, worauf sogleich einzugehen ist.

7 ZUR INTERESSENABWÄGUNG

7.1 Grundsätzliches

Die Interessenabwägung ist das Schlüsselement bei den zur Frage stehenden Verfahren. Sie verpflichtet zur Vermittlung von (sich von selbst) manifestierenden Nutzungsinteressen und gesetzlichen Schutzinteressen, namentlich aus dem Umweltrecht im weiteren Sinne. Sie ist das grundlegende Instrument, damit sich das einschlägige Recht entfalten und materialisieren kann. Dementsprechend wäre eine pauschale Priorisierung von entsprechenden Anlagen nicht nur system- sondern auch verfassungswidrig.

Auf dem Papier ist methodisch klar, wie die Interessenabwägung vorzunehmen ist – in Art. 3 RPV²¹ ist das Vorgehen skizziert ([1] Ermittlung der betroffenen Interessen; [2] Beurteilung der betroffenen Interessen; [3] möglichst umfassende Berücksichtigung der Interessen im Entscheid.

In der Praxis ist die Interessenabwägung aber äusserst anspruchsvoll. Das Risiko, bei komplexen Vorhaben etwas zu übersehen oder nicht angemessen genug zu würdigen ist ein dauernder Begleiter. Die rechtanwendenden Behörden können deshalb dazu neigen, eher weiter zu gehen als (möglicherweise) nötig, um den Entscheid möglichst nicht der Gefahr auszusetzen, von einem Gericht in einem kassatorischen Urteil aufgehoben zu werden.

7.2 Stufengerechte Interessenabwägung

Noch anspruchsvoller wird die Interessenabwägung in mehrstufigen Planungsverfahren. Im Vergleich zur Nutzungsplanung sind im Richtplan, vereinfacht gesagt, nicht nur andere Interessen zu berücksichtigen (z.B. die regionale oder überregionale Perspektive), der an sich geringere Detaillierungsgrad führt auch dazu, dass an die Tiefe der Analyse geringere Anforderungen gestellt werden als bei der Nutzungsplanung.

Nunmehr soll mit dem Konzept eine weitere, gar noch über dem Richtplan angelegte Planungsstufe eingeführt werden. Der Bundesrat sagt hierzu lapidar, diese müsse «stufengerecht» durchgeführt werden. Ja, natürlich, kann man hier antworten. Nur: Was ist stufengerecht? Schon nur bei einer Richtplanung – zu welcher eine Praxis existiert – eine «stufengerechte» Interessenabwägung vorzunehmen, ist herausfordernd. Im Ergebnis gibt es dann drei Stufen der Interessenabwägung – Stufe Konzept, Stufe Richtplan und Stufe Gesamtentscheid.

Eine Praxis müsste sich auch hier zuerst etablieren, wobei das Risiko besteht, dass man aus Gründen der Vorsicht bereits auf Stufe Konzept entweder zu weit geht oder, wie oben geschildert, ins andere Extrem kippt. Geht man zu

²¹ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV, SR 700.1).

weit, macht dies das Konzept zwar «gerichtsbarer» engt die nachfolgende Planung aber wiederum ein. Darüber hinaus darf die zeitliche Komponente nicht vergessen werden. Zwischen Erstellung des Konzepts und der konkreten Bauplanung können ebenso einige Jahre liegen, in denen sich grundlegende Dinge ändern können. Es besteht das Risiko, dass das Konzept und der Richtplan bereits wieder überholungsbedürftig sind, bevor zum Gesamtentscheid geschritten werden kann. Hier wird eine (weitere) Komplexität ins Verfahren gegeben, der kaum vernünftig Herr zu werden sein dürfte.

7.3 Nationales Interesse am Ausbau und «bedeutende» Anlagen

Die Bezeichnung «bedeutender» Anlagen soll zu einer Priorisierung führen. Zumindest dieses Ziel dürfte erreicht werden – wie skizziert aber möglicherweise auf Kosten des einen oder anderen Grossprojekts. Doch nicht nur Grossprojekte könnten hier ein Nachsehen haben. Die Bezeichnung «bedeutender» Anlagen wird ebenso einen Effekt haben auf jene Anlagen, die dieses Etikett **nicht** verliehen erhalten.

Im Fokus stehen hier vor allem die Anlagen, die gemäss Art. 12 Abs. 2 EnG²² bzw. Art. 8 f. EnV von nationalem Interesse sind. Bei der Wasserkraft ist heute z.B. eine neue Anlage von nationalem Interesse, wenn sie jährlich über eine Produktion von 20 GWh verfügt (Art. 8 Abs. 2 Bst. a EnV) und damit über halb soviel, um eine «bedeutende» Anlage gemäss dem Vorschlag des Bundesrats zu sein. Im Ergebnis wäre also eine neue Anlage mit einer Produktionserwartung von 30 GWh also von «nationalem Interesse» aber nicht «bedeutend», was schon für sich nicht ganz einfach nachvollziehbar ist.

Konzeptionell zielt die Idee des «nationalen Interesses» nach Art. 12 Abs. 2 EnG darauf, die Frage, ob ein Projekt die erforderliche Wichtigkeit hat, generell-abstrakt zu klären. Dies soll Rechtssicherheit gegenüber von Schutzinteressen nationaler Bedeutung verschaffen, indem die Rechtsanwendenden Behörden nicht mehr darüber befinden müssen, ob ein Projekt tatsächlich von nationaler Bedeutung ist. Die Gutachter beklagen hier, dass (dennoch) meist auf dem Rechtsweg geklärt werden müsse, ob das (nationale) Eingriffsinteresse das (nationale) Schutzinteresse überwiegen würde. Das Konzept, schreiben sie, würde hier diese Abwägung wesentlich vereinfachen.²³ Zu Recht führen sie **nicht** aus, die Interessenabwägung würde wegfallen – sie ist noch immer vorzunehmen. Folgt man der Konzeption gemäss Gutachten, könnte dies in der Tat eine gewisse Vereinfachung nach sich ziehen – jedenfalls auf dem Papier. Eine Planungsbehörde braucht indessen eine gehörige Portion Mut, um sich mit ein paar wenigen Abklärungen zufrieden zu geben, weil man sich (zumindest in Bezug auf den Standort) ja bereits auf das Konzept stützt. Soweit das Konzept (und die darin gemachten Überlegungen) die

²² Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG, SR 730.0).

²³ Gutachten (Fn. 2), S. 22.

Bedürfnisse der Richtplanung nicht abdecken ist ohnehin ebenso eine vollständige, stufengerechte Interessenabwägung durchzuführen. Selbst dann, wenn der Bundesrat den Gutachtern im Verfahren zur Festsetzung des Konzepts gefolgt wäre, würden doch erhebliche Zweifel bleiben, ob das Konzept in der Praxis die erhoffte Vereinfachung bringt und am Ende die Dinge nicht noch viel komplexer macht.

Gleichzeitig kann das Konzept (und die damit einhergehende gezielte Priorisierung) einen Rückschlag für jene Projekte nach sich ziehen, die zwar heute von nationalem Interesse sind, aber dennoch nicht bedeutend genug, um «bedeutend» zu sein. Die Kategorie «nationales Interesse» dürfte damit in Teilen faktisch ausgehebelt werden. Die Interessenabwägung würde insofern beeinflusst, als dass die Nutzungsinteressen zwar noch von nationaler Bedeutung sind, aber (neu) dann doch nicht mehr so gewichtig, um im Konzept Aufnahme zu finden. Dies dürfte sich in der Interessenabwägung zugunsten der Schutzinteressen auswirken.

7.4 Zwischenergebnis

Mit dem Konzept würde eine weitere, über dem Richtplan liegende Planungsebene eingeführt, die eine zusätzliche «stufengerechte» Interessenabwägung erfordert. In der Praxis dürfte die Vornahme dieser Interessenabwägung anspruchsvoll sein, soll daraus ein Mehrwert im Sinne einer grösseren Planungsstabilität erzielt werden. Leitlinien für diese Interessenabwägung wird nur das Bundesgericht setzen können. Dies ist in der Regel ein langer, sich über Jahre hinziehender Prozess, in welchem ein neues Instrument durch die Rechtsprechung Konturen erhält und das System langsam, aber stetig an Stabilität gewinnt. Bis dahin bildet jedes Verfahren einen (angreifbaren) Versuchsballon.

Ein weiteres Problem bildet das Verhältnis der neuen Kategorie der «bedeutenden» Anlagen zur bestehenden Kategorie der Anlagen von «nationalem Interesse», die sich teilweise überlagert. Die Schaffung der neuen Anlagekategorie könnte sich präjudizierend auf Verfahren auswirken, welche Anlagen zum Gegenstand haben, die zwar im nationalen Interesse liegen, aber nicht gross genug sind, um in die Kategorie «bedeutend» zu fallen, um Teil des Konzepts zu sein. In Bezug auf diese Anlagen läuft man Gefahr, dass die Interessenabwägung tendenziell zu Gunsten der Schutzinteressen beeinflusst wird.

8 ZUM KANTONALEN PLANGENEHMIGUNGSVERFAHREN

8.1 Demokratische Komponente und Instanzenzug

Wie bereits oben geschildert, würden die neuen Verfahrensvorschriften dazu führen, dass, soweit «bedeutende Anlagen» betroffen sind, kommunale

Verantwortlichkeiten wegfallen – mit einhergehend auch Volksabstimmungen über kommunale Nutzungspläne und Konzessionierungen. Dagegen bliebe ein Referendum gegen einen Richtplan, soweit dies ein Kanton vorsieht, nach wie vor möglich. Inwiefern dies gesehen und durchdacht wurde bleibt ungewiss. Jedenfalls wird diese doch gewichtige politische Komponente weder im Gutachten noch in den Erläuterungen des Bundesrats erwähnt.

Paradox ist, dass gerade dieser Punkt, ein mutmasslich übersehener Kollateralschaden des Vorschlags, sich durchaus positiv auf den Zubau von Kraftwerken auswirken könnte. Gerade Windanlagen haben nämlich mitunter einen schweren Stand in den Gemeinden. Nach der Praxis in gewissen Kantonen besteht mit der Unterstellung der Nutzungsplanung unter eine Volksabstimmung faktisch ein Vetorecht der Gemeinden in Bezug auf Windparks, wenn diese politisch nicht gewollt sind (was rechtlich besehen freilich schwer haltbar ist). Dieses Element würde wegfallen, der Kanton könnte «übersteuern» und ggf. auch gegen den Willen einer Gemeinde im Rahmen eines Gesamtentscheidens eine Baubewilligung erteilen.

Auch die Problematik, dass teilweise durchaus auch die Kantone die Möglichkeit hätten, über eine kantonale Nutzungsplanung in ähnlicher Form einzugreifen, es aus politischen Gründen aber nicht tun, wäre damit gelöst. Politisch betrachtet ist das Instrument indessen schon fast brachial. Allerdings bleibt nochmals zu betonen, dass das neue Verfahren nur bei «bedeutenden Anlagen» zur Anwendung gelangen würde. Gemäss Angaben der EnDK bestehen in den meisten Kantonen keine Windkraftprojekte, welche die die fragile Schwelle überschreiten würden.

Ein Gewinn auf der Zeitachse wäre sicherlich auch, dass der Gesamtentscheid direkt beim obersten kantonalen Gericht anfechtbar ist. Ein weiterer positiver Effekt könnte sein, dass kantonale Behörden mutmasslich die grösseren Ressourcen haben, um ein komplexes Verfahren zu bewältigen, als eine kommunale Behörde.

Eine weitere Beschränkung des Instanzenzuges ans Bundesgericht, wie es Art. 83 Bst. w BGG²⁴ für Plangenehmigungsentscheide für Stark- und Schwachstromanlage vorsieht (diese sind nur bei Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung anfechtbar), scheint vorliegend der falsche Weg zu sein, denn hier entscheiden kantonale Behörden und nicht Bundesbehörden, womit die Aufgabe des Bundesgerichts für eine einheitliche Rechtsanwendung des Bundesrechts zu sorgen, beeinträchtigt würde.

²⁴ Bundesgesetz vom 17 Juni 2022 über das Bundesgericht, BGG, SR 173. 110).

8.2 Die kantonale Praxis und das konzentrierte Plangenehmigungsverfahren

Es war im Rahmen dieses Memorandums nicht möglich, Erhebungen über das kantonale Recht zu machen oder gar die kantonale Praxis zu untersuchen. Punktuelle, sehr grobe Sichtungen und Gespräche bestätigen aber die Vermutung, dass hier – sowohl in Bezug auf das verfahrensrechtliche Instrumentarium (so sehen z.B. einige Kantone bereits heute die Möglichkeit konzentrierter Verfahren vor) wie auch in Bezug auf die Praxis – erhebliche Unterschiede bestehen.

Dass sowohl die Gutachter wie auch der Bundesrat davon ausgehen, dass das Zusammenlegen der Nutzungsplanung mit der Bau- (und den übrigen Bewilligungen) sowie, bei der Wasserkraft, der Konzessionierung per se zu einer Beschleunigung führen, muss doch bezweifelt werden. Der Vorschlag überrascht vor allem vor dem Hintergrund, dass man ja zum Schluss gekommen war, ein Problem sei die erhebliche Komplexität, die v.a. in der Koordinationspflicht des materiellen Bundesrechts begründet liege. Das Zusammenlegen sämtlicher Verfahren dürfte hier schwerlich Linderung verschaffen, sondern gerade das Gegenteil bewirken. Das Verfahren wird noch anspruchsvoller, als es ohnehin bereits ist. Damit einher geht das Risiko von Fehlern, deren Vermeidung man sich ja ebenso zum Ziel gesetzt hat.

Ein konzentriertes Verfahren kann, muss aber nicht zu einer Beschleunigung führen. Zum einen deshalb, weil auch so die Möglichkeit besteht, die Verfahren weitestgehend parallel und sequenziell zu führen. Zum anderen, weil es mitunter durchaus auch sinnvoll sein kann, die betreffenden Elemente in separaten Entscheiden/Verfahren zu klären, soweit es die Koordinationspflicht zulässt. Im Rechtsmittelverfahren hat dies denn auch den Vorteil, dass u.U. das, was (noch) Gegenstand des Verfahrens bildet, deutlich überschaubarer werden kann.

8.3 Zwischenergebnis

Die Beseitigung kommunaler Zuständigkeiten bei Projekten im Anwendungsbereich des Vorschlags kann sich in dreierlei Weise positiv auf den Zubau auswirken. **(1)** Zunächst wird das Verfahren «verrechtlicht», d.h. eine Verteilung eines Windparks aus politischen Gründen an der Gemeindeversammlung oder einer Urnenabstimmung ist nicht mehr möglich. **(2)** Die Verkürzung des Instanzenzugs führt zu einer Beschleunigung des Rechtsmittelverfahrens. **(3)** Die Behörden auf kantonaler Stufe sind in der Regel besser gewappnet, um anspruchsvolle Verfahren zu führen.

Zu prüfen wäre, diese Zuständigkeit generell für Anlagen im nationalen Interesse nach Art. 12 Abs. 2 EnG zur Anwendung zu bringen.

Das konzentrierte Plangenehmigungsverfahren kann, muss aber nicht per se zu einer Beschleunigung führen. Es kann gar das Gegenteil zur Folge haben. Denkbar wäre hier, den Kantonen vorzugeben, ein solches Instrument vorzusehen, es aber ihnen zu überlassen, unter welchen Voraussetzungen es zur Anwendung gelangt.

9 PRÜFENSWERTE MÖGLICHKEITEN ZUR VERBESSERUNG DER SITUATION

9.1 Verfahrensführung und Ressourcen

Der mutmasslich grösste Hebel, um die Verfahren zu beschleunigen dürfte nach der hier vertretenen Auffassung an einem anderen Ort liegen, nämlich in der **effizienten Verfahrensführung**. Dies bedarf soweit keiner Änderung des Rechts, sondern in erster Linie **qualifizierten Personals in genügender Zahl**.

Durch einen gezielten Einsatz von Ressourcen, kombiniert mit einer Priorisierung und einer effizienten Verfahrensführung,²⁵ dürfte die Verfahrensdauer massiv gesenkt werden können. Dies zeigen Erfahrungen wie z.B. jenes um den Innovationspark Dübendorf, bei welchem genau dieser Ansatz zu einer erheblichen Verkürzung der üblichen Verfahrensdauer geführt hat. Freilich müssen dazu die Ressourcen überall aufgestockt werden. Sowohl bei den Behörden, Fachstellen und Kommissionen, wie auch bei den Gerichten.

Die **Finanzierung** entsprechender Stellen bei den Kantonen könnte allenfalls über den Netzzuschlag erfolgen, geht es um Verfahren für Anlagen von nationaler Bedeutung.²⁶ Eine andere Möglichkeit wäre die Finanzierung von Stellen durch die Projektanten selbst – entweder durch entsprechende, kostendeckende Gebühren oder anderweitig (ähnlich wie es bei der Suche nach dem geologischen Tiefenlager für radioaktive Abfälle praktiziert wird). Hierbei darf indessen nicht vergessen gehen, dass die Projektanten mit der Qualität ihrer Gesuche eine erhebliche Mitverantwortung tragen. Sind diese mangelhaft, kann die Behörde nicht arbeiten.

²⁵ Teil einer effizienten Verfahrensführung kann z.B., der weitgehende Verzicht auf Verschriftlichung sein, gerade auch im Rahmen der verwaltungsinternen Koordination (z.B. durch Durchführung **konferenzeller** Anhörungen); eine strikte Fristenkontrolle, kurze Fristen; Mut zum Entscheid, wenn die Bereinigung gewisser Einsprachen offensichtlich aussichtslos ist.

²⁶ Dies wäre verfassungsrechtlich freilich höchst fragwürdig. Allerdings werden mit dem Netzzuschlag allerlei Dinge finanziert, die rote Linie ist schon längst überschritten (was den Vorschlag natürlich nicht legitimer macht). Vertretbar wäre aber allenfalls eine befristete Erhebung, bis der nötige Zubau gewährleistet ist.

9.2 Berechtigung zur Teilnahme am Verfahren

Das Verbandsbeschwerderecht ist ein wichtiger Grundpfeiler im schweizerischen System des Natur-, Heimat- und Umweltschutzrechts. Es ist zweifelsohne beizubehalten. Prüfwert wäre aber allenfalls vorzusehen, dass sich Umweltverbände, die sich in einem Projekt einbringen wollen, sobald es darum geht, Parteirechte wahrzunehmen oder formell Einsprache zu erheben, dies nur gemeinsam tun können. Es ginge hier nicht darum, Einsprachen abzuwenden, sondern vielmehr darum, den Aufwand für die verfahrensleitende Behörde zu verringern, indem die Anzahl gewichtiger Akteure reduziert werden könnte und entsprechende Eingaben zu konsolidieren wären. Gleichzeitig wird die Möglichkeit Rechtsverletzungen zu rügen durch diese Massnahme nicht eingeschränkt.

9.3 Begutachtungen

Die allenfalls durchzuführenden Begutachtungen können Verfahren ebenso verzögern. Es gilt jedenfalls zu vermeiden, dass dieselbe Frage sowohl von einer kantonalen Fachstelle wie auch von einer Bundesbehörde, z.B. der ENHK, begutachtet wird. Art. 14 Abs. 3 EnG sieht für Kommissionen und Fachstellen nach NHG immerhin bereits einer Frist von drei Monaten für die Einreichung eines Gutachtens vor.