



Isabelle Häner

Prof. Dr. iur., Rechtsanwältin, Partnerin
Head Industry Group öffentlicher Sektor
Telefon +41 58 258 10 00
isabelle.haener@bratschi.ch

Komplexe Verfahren vereinfacht

Die drohende Strommangellage hat das Bewusstsein dafür geschärft, dass die Verfahren bis zu einer rechtskräftigen Bewilligung von Grosskraftwerken für erneuerbare Energien bei weitem zu lange dauern. Der in diesem Newsletter besonders vorgestellte Fall des Windkraftwerkes Grenchenberg (BGE 148 II 36) begann im Jahr 2009 mit dem Richtplaneintrag. Das Bundesgericht hat den Fall im November 2021 insofern entschieden, als es sich zum Gestaltungsplan (Sondernutzungsplan) äusserte. Dem Entscheid über den Sondernutzungsplan wird nun noch das Baubewilligungsverfahren folgen. Bis die Anlage gebaut werden kann, dürfte es sicher 2025 werden. Ebenso drastisch ist die Ausgangslage bei den Wasserkraftwerken, die überdies eine weit längere Bauzeit beanspruchen. Frage ist allerdings, ob die Verfahren überhaupt effizienter werden können, wenn die inhaltlichen Voraussetzungen mittlerweile eine kaum mehr zu überblickende Komplexität erreicht haben.

I. Die Verfahrensstufen nach geltendem Recht: Von der Planung bis zur Bewilligung

Auf der obersten Planungsstufe steht unter Umständen das behördenverbindliche Konzept des Bundes (Art. 22 RPV), welches gestützt auf eine erste Interessenabwägung an sich bereits positiv festlegen könnte, welche Standorte in für ein Grosskraftwerk (Wasserkraftwerke und Windkraftwerke mit 40 GWh Jahresproduktion) in Frage kommen, bzw. im Sinne einer Negativplanung festlegen könnte, welche Standorte ausser Betracht fallen. Zur Zeit besteht ein Konzept zur Windenergie,¹ das jedoch einzig wichtige Grundsätze für die Interessenabwägung festhält, aber weder Standorte positiv festsetzt noch negativ ausschliesst. Bei der Wasserkraft besteht gar kein bundesrechtliches Konzept.² Das Konzept selbst kann nicht direkt angefochten werden, weil es vom Bundesrat festgesetzt wird und bundesrätliche Entscheide von der direkten gerichtlichen Überprüfung ausgeschlossen sind (es besteht nur die sogenannte akzessorische Prüfung, dazu sogleich).

¹ Konzept Windenergie vom 25.9.2020.

² Vgl. zum Ganzen Heinz Aemisegger/Arnold Marti, Juristische Studie vom 27. Oktober 2021 zuhanden der Bundesämter BFE, ARE und BAFU «Energiewende – Vereinfachung der Planung für Projekte zur Nutzung erneuerbarer Energien».

Als nächste Planungsstufe bedürfen Wasserkraftwerke – ausser Kleinkraftwerke³ – wie Windkraftwerke eines Eintrages im kantonalen Richtplan. Der Richtplan wiederum ist ebenfalls nur behördenverbindlich und bindet die Grundeigentümer nicht (Art. 9 Abs. 1 RPG). Der Richtplan muss auf Abklärungen beruhen, welche das zu realisierende Projekt am priorisierten Ort zumindest plausibel erscheinen lassen, d.h. die Prüfung von Alternativstandorten erfolgt auf dieser Planungsstufe.⁴ Der Richtplan selbst kann, weil er behördenverbindlich ist, von der Standortgemeinde angefochten werden.⁵

Als nächste Stufe folgte die Nutzungsplanung, die bei grossen Energieerzeugungsanlagen meistens in einem Sondernutzungsplan (in der Regel ausserhalb der Bauzonen) besteht. In diesem Verfahren sind alle weiteren wesentlichen Fragen des Vorhabens zu klären und es muss eine vollständige Gesamtinteressenabwägung stattfinden⁶. Die Nutzungsplanung ist dabei mit dem Bewilligungsverfahren zu koordinieren, was bedeutet, dass beide Verfahren parallel eingeleitet werden müssen. Insbesondere ist es erforderlich, dass Aspekte der notwendigen Bewilligungen (Baubewilligung, Rodungsbewilligung, gewässerschutzrechtliche Bewilligung etc.) bereits in die Nutzungsplanung einfließen können, zumal diese Bewilligungen ebenfalls eine umfassende Interessenabwägung erfordern. Zudem muss ausserhalb der Bauzone die zuständige kantonale Behörde über die Standortgebundenheit entscheiden, was ebenso von einer Interessenabwägung abhängt (Art. 25 Abs. 2 RPG). Im Rahmen des Nutzungsplanverfahrens, ist im Regelfall auch die Umweltverträglichkeitsprüfung vorzunehmen, wobei dies im kantonalen Recht im Einzelnen geregelt ist. Bei den Wasserkraftwerken kommt das Konzessionsverfahren hinzu, weil die Nutzung der Wasserkraft regelmässig konzessionspflichtig ist⁷. Weil der Nutzungsplan eigentümerverbindlich ist, kann dieser nun von den Eigentümern, den Umweltverbänden sowie allfälligen betroffenen Nachbarn angefochten werden. Dabei gilt die Regel, dass im folgenden Baubewilligungsverfahren keine Rügen mehr gegen den Nutzungsplan vorgebracht werden können. Die Sondernutzungspläne mit den Sonderbauvorschriften weisen jedoch gerade in den Fällen von Grosskraftwerken (wie anderen wesentlichen Infrastrukturanlagen) einen sehr hohen Detailierungsgrad auf. Sie bilden somit das zentrale Anfechtungsobjekt. Im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens gegen den Nutzungsplan können die beschwerdeführenden Parteien sowohl das vom Bundesrat erlassene Konzept (vgl. oben) wie auch den Richtplan insofern in Frage stellen, als sie geltend machen können, der Nutzungsplan stütze sich auf ein widerrechtliches Konzept bzw. einen widerrechtlichen Richtplan, z.B., indem die Standortwahl auf einer unzureichenden Interessenabwägung beruhe oder relevante andere Alternativstandorte nicht geprüft worden seien (akzessorische Prüfung).

Wird der Sondernutzungsplan genehmigt und rechtskräftig, können ebenso die restlichen Bewilligungen erteilt werden (Baubewilligung, Standortbewilligung, Rodungsbewilligung, gewässer-

³ BGE 140 II 262 E. 2.3.

⁴⁴ BGE 148 II 36 E. 2.

⁵ BGE 146 I 36 E. 1.

⁶ Vgl. Marti/Aemisegger (Fn. 2), Rz. 28.

⁷⁷ Vgl. Art. 38 Wasserrechtsgesetz (WRG), SR 721.80.

schutzrechtliche Bewilligung etc.). Diese unterliegen ebenfalls für sich genommen dem Koordinationsgebot und sind zumindest zeitgleich von derselben Instanz zu eröffnen (Art. 25a Abs. 1 RPG). Inwiefern bei den Wasserkraftwerken die Konzession gleichzeitig mit den anderen Bewilligungen erteilt wird, hängt vom kantonalen Recht ab. Im Regelfall sehen die Kantone aber ein konzentriertes Verfahren vor.

II. Was lässt sich vereinfachen

Eine Verfahrensvereinfachung ist im Hinblick auf die Komplexität der Materien (Grosskraftwerke in meistens empfindlichen Landschaften) – die letztlich für alle Infrastrukturanlagen gilt – kein einfaches Unterfangen. Der Rechtsschutz gegen solche Anlagen muss einerseits gestützt auf die Bundesverfassung (Art. 29a BV), andererseits gestützt auf die Europäische Menschenrechtskonvention (Art. 6 EMRK) sowie aufgrund der Aarhus-Konvention für die Umweltverbände gewährleistet bleiben. Mithin gehört es zum Rechtsstaat, dass der Rechtsmittelweg offensteht und zumindest ein unabhängiges Gericht mit vollständiger Überprüfungsbefugnis über einen Streitfall entscheidet. Diese Schranken sind jedenfalls zu beachten. Allerdings verlangt die Bundesverfassung ebenso, dass die Entscheide innert angemessener Frist ergehen (Art. 29 Abs. 1 BV), die Verfahren somit beschleunigt werden, was bei Grossprojekten wie Grosskraftwerke längst nicht mehr der Fall ist.

In einer Gesetzesrevision werden nunmehr nach umfassender Prüfung der Zuständigkeit des Bundes – welcher die Kompetenzen der Kantone zu wahren hat – verschiedene Vorschläge geprüft. Diese betreffen Wind- und Wasserkraftwerke mit über 40 Gwh/Jahresproduktion. Bereits eine Vernehmlassung durchgeführt wurde über eine Gesetzesnovelle, welche folgende wesentliche Punkte vorsieht:

- Im Konzept legt der Bundesrat die Standorte positiv fest.
- Die Kantone übernehmen die Standorte in den Richtplan auf und führen die vom Bund vorgegebene Interessenabwägung weiter. Erweisen sich die Vorgaben des Bundes als nicht umsetzbar, ist dies im Richtplan festzuhalten. Der Richtplan kann von den Gemeinden nicht mehr angefochten werden.
- Die Kantone haben ein konzentriertes Plangenehmigungsverfahren durchzuführen, das sowohl das Nutzungsplanverfahren wie auch sämtliche Bewilligungen und bei der Wasserkraft für auch die Konzessionserteilung beinhaltet. Den Gemeinden soll keine Planungs- und/oder Bewilligungskompetenz mehr zukommen. Diese werden ihre Rechte gleich wie die Privaten und die Umweltverbände wahren können.
- Der gesamte Entscheid kann in der Folge beim obersten kantonalen Gericht und hernach beim Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden.
- Die Gerichte sollen inhaltlich entscheiden und von Rückweisungen möglichst absehen.

IV. Würdigung

Es wird sich weisen, inwiefern die Vorschläge tatsächlich vereinfachend und beschleunigend wirken. Hierzu dient jedenfalls, dass sämtliche Bewilligungen wie auch die Wasserrechtskonzession in einem einzigen Entscheid ergehen werden. Für die Behörden wie auch für die Rechtssuchenden erhöht sich damit der Überblick. Sachdienlich ist es auch, dass die sehr zeitintensiven Rückweisungen vermieden werden und die Gerichte möglichst in der Sache entscheiden sollen. Inhaltlich wird es zwar nicht weniger anforderungsreich, weil die materiellrechtlichen Vorgaben bestehen bleiben. Allerdings dürfte sich mit den klaren Vorgaben zunächst in Bezug auf die Planungsstufen (Konzept, Richtplan) und alsdann dem konzentrierten Entscheid auf kantonaler Ebene für die Nutzungsplanung und die Bewilligungen auch die Fehleranfälligkeit reduzieren, was sich wiederum positiv auf die sogenannte „Gerichtsfestigkeit“ solcher Entscheide auswirken dürfte.

Freilich, wenn der Bundesgesetzgeber konkrete Anlagen in einem Bundesgesetz festschreibt – wie dies zur Zeit für die Grosskraftwerke inklusive Solaranlagen in den Bergen politisch diskutiert wird - und der Bundesgesetzgeber gewissermassen zu Planungsbehörde wird, werden auch die Rechtsmittelmöglichkeiten praktisch ausgeschaltet, weil die Bundesgesetze für die Gerichte zwingend anzuwenden sind (Art. 190 BV). Eine Verfassungsgerichtsbarkeit besteht insofern nicht. Damit greift hier einzig die demokratische Kontrolle durch das fakultative Referendum

Bratschi AG ist eine führende Schweizer Anwaltskanzlei mit über 100 Anwältinnen und Anwälten in den Wirtschaftszentren der Schweiz, bietet schweizerischen und ausländischen Unternehmen und Privatpersonen professionelle Beratung und Vertretung in allen Bereichen des Wirtschaftsrechts, im Steuerrecht und im öffentlichen Recht sowie in notariellen Angelegenheiten.

Der Inhalt dieses Newsletters gibt allgemeine Ansichten der Autorinnen und Autoren zum Zeitpunkt der Publikation wieder, ohne dabei konkrete Fragestellungen oder Umstände zu berücksichtigen. Er ist allgemeiner Natur und ersetzt keine Rechtsauskunft. Jede Haftung für seinen Inhalt wird ausdrücklich ausgeschlossen. Bei für Sie relevanten Fragestellungen stehen Ihnen unsere Expertinnen und Experten gerne zur Verfügung.

Basel
Lange Gasse 15
Postfach
CH-4052 Basel
T +41 58 258 19 00
F +41 58 258 19 99
basel@bratschi.ch

Bern
Bollwerk 15
Postfach
CH-3001 Bern
T +41 58 258 16 00
F +41 58 258 16 99
bern@bratschi.ch

Genf
Rue du Général-Dufour 20
1204 Genf
T +41 58 258 13 00
F +41 58 258 17 99
geneva@bratschi.ch

Lausanne
Avenue Mon-Repos 14
Postfach 5507
CH-1002 Lausanne
T +41 58 258 17 00
T +41 58 258 17 99
lausanne@bratschi.ch

St.Gallen
Vadianstrasse 44
Postfach 262
CH-9001 St. Gallen
T +41 58 258 14 00
F +41 58 258 14 99
stgallen@bratschi.ch

Zug
Gubelstrasse 11
Postfach 7106
CH-6302 Zug
T +41 58 258 18 00
F +41 58 258 18 99
zug@bratschi.ch

Zürich
Bahnhofstrasse 70
Postfach
CH-8021 Zürich
T +41 58 258 10 00
F +41 58 258 10 99
zuerich@bratschi.ch