

**Zeitschrift
des Bernischen
Juristenvereins**

**Revue
de la société
des juristes
bernois**

153. Jahrgang
Erscheint
jeden Monat
September
2017

9 2017

www.zbjv.ch

ZBJV

Organ für schweizerische
Rechtspflege
und Gesetzgebung

Redaktoren
Prof. Dr. Jörg Schmid
Prof. Dr. Sibylle Hofer

Stämpfli
Verlag AG
Bern



Stämpfli Verlag

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- 581** Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestandesaufnahme im neuen Energierecht des Bundes
Von Prof. Dr. KATHRIN FÖHSE, Bern/St. Gallen
- 616** Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2016
Personenrecht und Erbrecht
Von Prof. Dr. iur. REGINA E. AEBI-MÜLLER, Universität Luzern
- 624** Die sachenrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2015
Von Prof. Dr. iur. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg

Impressum

Herausgeber

Stämpfli Verlag AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 12, Fax 031 300 66 88

E-Mail verlag@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Verantwortliche Redaktoren

Prof. Dr. JÖRG SCHMID, Luzern, Prof. Dr. SIBYLLE HOFER, Bern

Redaktionelle Mitarbeiter:

Prof. Dr. REGINA AEBI-MÜLLER, Luzern; Dr. BERNHARD BERGER, Bern; Prof. Dr. FELIX BOMMER, Luzern; Kantonsrichter ROLF BRUNNER, St. Gallen; Oberrichter Dr. RUEDI BÜRG, Aarau; Prof. Dr. THOMAS GÄCHTER, Zürich; Prof. Dr. HEINZ HAUSHEER, Bern; Prof. Dr. BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Freiburg; Prof. Dr. MARC M. HÜRZELER, Basel; Kantonsgerichtsschreiber LOUIS ISELI, Luzern; Prof. Dr. MANUEL JAUN, Bern; Bundesgerichtsschreiber Dr. MARTIN KOCHER, St. Gallen; Prof. Dr. THOMAS KOLLER, Bern; Prof. Dr. JÖRG KÜNZLI, Bern; Prof. Dr. PETER V. KUNZ, Bern; Prof. Dr. CHRISTOPH LEUENBERGER, St. Gallen; Prof. Dr. ANDREAS LIENHARD, Bern; Kantonsgerichtsschreiberin INES MEIER, Luzern; Prof. Dr. MARKUS MÜLLER, Bern; Prof. Dr. PETER POPP, Zug/Bern; Prof. Dr. WOLFGANG PORTMANN, Zürich; Dr. iur. THERES OERTLI SCHMID, Zürich; Kantonsrichter Dr. LIONEL SEEBERGER, Sitten; Prof. Dr. PIERRE TSCHANNEN, Bern; Prof. Dr. AXEL TSCHENTSCHER, Bern; Dr. FRIDOLIN WALTHER, Bern; Prof. Dr. STEPHAN WOLF, Bern/Thun; Prof. Dr. JUDITH WYTENBACH, Bern.

Abonnemente

Mitgliedschaft Bernischer Juristenverein mit ZBJV inkl. Online-Archiv CHF 187.–,

Printabo für Mitglieder des Luzernischen Juristenvereins inkl. Online-Archiv CHF 139.–, Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

Abonnementspreise Zeitschrift inkl. Online-Archiv:

Schweiz CHF 157.–, Ausland CHF 199.–,

Abopreis reine Online-Ausgabe CHF 121.–,

Einzelheft CHF 12.– (exkl. Versandkosten).

Preise inkl. MwSt. (Online: 8%/Print 2,5%) und Versandkosten.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

www.zbjv.recht.ch

Bestellungen Abonnemente, Einzelnummern und Rezensionsexemplare:

Stämpfli Verlag AG, Periodika, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern

Tel. 031 300 63 25

E-Mail periodika@staempfli.com, Internet www.staempfliverlag.com/zeitschriften

Inserate: Stämpfli AG, Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 63 89

E-Mail inserate@staempfli.com, Internet www.staempfli.com/zeitschriften

Druck und Spedition: Stämpfli AG, Wölflistrasse 1, Postfach, 3001 Bern,

Tel. 031 300 66 66

E-Mail info@staempfli.com, Internet www.staempfli.com

Auflage: 2014 Exemplare notariell beglaubigt, ISSN 0044-2127 (Print)/

e-ISSN 2504-1444 (Online)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Der Verlag behält sich alle Rechte am Inhalt der ZBJV vor. Insbesondere die Vervielfältigung auf dem Weg der Fotokopie, der Mikrokopie, der Übernahme auf elektronische Datenträger und andere Verwertungen jedes Teils dieser Zeitschrift bedürfen der Zustimmung des Verlags.

Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestandesaufnahme im neuen Energierecht des Bundes

Von Prof. Dr. KATHRIN FÖHSE*, Bern/St. Gallen

I. Ausgangslage und Fragestellung

1. Überblick

Der Ausbau der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien ist ein wichtiger Pfeiler der Energiestrategie 2050 des Bundes. Der Bau und Betrieb von Kraftwerken steht indessen regelmässig in Konflikt mit ebenso legitimen Anliegen des Natur- und Heimatschutzes. Die rechtlichen Hürden, die ein entsprechendes Projekt zu überwinden hat, sind dadurch in der Regel hoch. Das für den Kraftwerksbau und -betrieb relevante Planungs- und Umweltrecht¹ ist nun nicht nur gespickt mit offenen Normen und weiten Handlungsspielräumen,²

* Die Autorin ist Assistenzprofessorin an der Universität St. Gallen (HSG) und praktiziert als Rechtsanwältin bei Kellerhals Carrard in Bern. In ihrer ehemaligen Funktion als Rechtsdienstleiterin im Bundesamt für Energie (BFE) verantwortete sie u. a. den Erlassentwurf zur Energiestrategie 2050 des Bundes und begleitete die parlamentarischen Beratungen in den Kommissionen von National- und Ständerat. Herzlich gedankt für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die wertvollen Hinweise sei Prof. Dr. Peter Hettich, Fürsprecher Thomas Moser, dem Schöpfer (nicht nur) dieser Bestimmungen im neuen Energiegesetz, sowie Rechtsanwältin Anita Miescher.

1 Zu den Begrifflichkeiten s. PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 6. Aufl., Bern 2016, S. 420; vgl. auch JOSEF ROHRER in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer, Kommentar NHG, Zürich 1997, 1. Kap. Rz. 4 ff.; HERIBERT RAUSCH/ARNOLD MARTI/ALAIN GRIFFEL, Umweltrecht, Zürich 2004, Rz. 1 f.

2 PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 26 Rz. 34 f.; RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 1) Rz. 510. Als Beispiel seien schon nur die Gesetze aus dem Bereich des Wasserrechts erwähnt: das Bundesgesetz vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (GSchG, SR 814.20), das Bundesgesetz vom 21. Juni 1991 über den Wasserbau (SR 721.100) und das Bundesgesetz vom 22. Dezember 1916 über die

sondern auch in sich selbst ein Feld mit handfesten Interessenkonflikten. So sieht, wer ein Kraftwerk bauen und betreiben will, sein Vorhaben regelmässig nicht nur mit zahlreichen Vorschriften aus diversen Sachgesetzen konfrontiert, sondern früher oder später auch einer behördlichen, nicht selten auch gerichtlichen Interessenabwägung unterzogen. Zur Interessenabwägung ist zu schreiten, nachdem die übrigen, vorab zu berücksichtigenden Sondernormen in die Erwägungen eingeflossen sind. Sie umfasst folglich nur noch den danach verbleibenden Raum und wird gängigerweise in drei Schritte aufgeteilt: (1) Ermittlung der betroffenen Interessen, (2) Beurteilung bzw. relative Gewichtung dieser Interessen und schliesslich (3) möglichst umfassende Berücksichtigung der betroffenen Interessen im Entscheid, im Konfliktfall entsprechend dem zuvor ermittelten Gewicht (illustrativ: Art. 3 RPV³), wobei die Stufe 2 und 3 ineinander fliessen.⁴

Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG, SR 721.80). Alle Gesetze beinhalten natur- und heimatschutzrechtliche Bestimmungen unterschiedlichen Zwecks, mit unterschiedlicher Normdichte und mit unterschiedlichen Ermessensspielräumen (vgl. zum damaligen Stand HANS MAURER in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zuferey/Karl Ludwig Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, Zürich 1997, 4. Kap. Rz. 31 ff.).

3 Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 (RPV).

4 Vgl. BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar RPG, Bern 2006, Rz. 4 f. zu Art. 3 RPG. PIERRE TSCHANNEN/FABIAN MÖSCHING, Nationale Bedeutung von Aufgaben- und Eingriffsinteressen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG, Gutachten im Auftrag des Bundesamts für Umwelt (BAFU), 7. November 2012, S. 19, weisen auf die unterschiedliche Terminologie hin. Betrachtet man den Ablauf, setzt die eigentliche Interessenabwägung erst im zweiten Schritt oder gar im dritten Schritt ein (Interessenabwägung im engeren Sinne); vgl. allgemein TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 26 Rz. 34 ff.; ALAIN GRIFFEL, Die Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Habil. Univ. Zürich, Zürich 2001, Rz. 443 ff. insbes. Rz. 449 ff.; MARTIN PHILIPP WYSS, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit, Habil. Univ. Bern, Bern 2001, 1. Teil, Rz. 28 f. Ausführlich schliesslich zur Interessenabwägung im Energiebereich äussert sich KASPAR PLÜSS, Interessenabwägung beim Bau von Wasser- und Windenergieanlagen, Zürich/St. Gallen 2017, der Möglichkeiten zur Erhöhung der Rechtssicherheit anhand der Prüfung von monetären und nicht monetären Landschaftsbewertungen prüft; zur Methode s. Rz. 103 f.

Bei Anlagen mit Planungspflicht⁵ erfolgt die Interessenabwägung je nachdem noch unabhängig von einem konkreten Projekt (u. U. nur teilweise) bereits im Rahmen der Richt- und Nutzungsplanung. In konkreter Ausführung eines Vorhabens ist sie bspw. vorzunehmen bei zonenwidrigen Bauten ausserhalb der Bauzone⁶, bei Bauten in der Landwirtschaftszone⁷, im Falle der Notwendigkeit einer Rodungsbewilligung für den Bau von Windkraftanlagen im Wald⁸ oder im Bereich der Wassernutzung⁹ (dort bspw. auch bei der Erhöhung der Mindestrestwassermenge nach Art. 33 GSchG). Der Kelch der Interessenabwägung zieht hingegen regelmässig an jenen vorüber, die zonenkonform in der Bauzone bauen (hier besteht grundsätzlich ein Anspruch auf eine Bewilligung, wenngleich die Bewilligungsbehörde in Bezug auf planungsrechtliche Vorschriften über einen Ermessensspielraum verfügt), oder im Fall der Anwendbarkeit von Art. 18a Abs. 1 RPG (Solaranlagen).¹⁰

5 Wie, gemäss Konzept Windenergie des Bundes, z. B. Windenergieanlagen mit einer Gesamthöhe von 30 Metern und mehr (vgl. Bundesamt für Raumentwicklung ARE [Hrsg.], Konzept Windenergie, Basis zur Berücksichtigung der Bundesinteressen bei der Planung von Windenergieanlagen, Bern 2017, Stand 28. Juni 2017, S. 7). S. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 1C_346/2014 vom 26. Oktober 2016, E. 2.4, und die Besprechung von BERNHARD WALDMANN, Windenergie im Konflikt mit dem Natur- und Landschaftsschutz, RFJ/FZR 2016 S. 385 ff., Ziff. 3, S. 398 (nachfolgend WALDMANN, Windenergie); vgl. auch Art. 2 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG, SR 700) und den Richtplanvorbehalt von Art. 8 Abs. 2 RPG, sowie die im Zusammenhang mit dem neuen Energierecht verabschiedeten Art. 10 nEnG und Art. 6 Abs. 2 Bst. b^{bis} und Art. 8b RPG (BBl 2016 7683), die den zwingenden Richtplaninhalt betreffend die Energie erweitern.

6 Im Falle einer Ausnahmbewilligung nach Art. 24 Bst. b RPG.

7 S. Art. 16 und insbes. Art. 16a Abs. 1^{bis} RPG für Biomasseanlagen und Art. 34a Abs. 4 und Art. 34 Abs. 4 RPV.

8 Vgl. Art. 5 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über den Wald (WaG, SR 921.0) und dort insbes. Art. 5 Abs. 3^{bis} WaG, aber auch Art. 13a Abs. 2 Bst c der Verordnung vom 30. November 1992 über den Wald (WaV, SR 921.01).

9 Vgl. Art. 22 und 39 WRG.

10 Vgl. HÄNNI (Fn. 1), S. 336; WALDMANN/HÄNNI (Fn. 4), Rz. 72 zu Art. 22 RPG, jeweils mit Hinweisen zur Rechtsnatur der Baubewilligung; s. dazu auch ANDREAS ABEGG/LEONIE DÖRIG, Koordinationspflichtige Bauvorhaben bei Schutzobjekten, Zürich/St. Gallen 2017, Rz. 56 ff. und Rz. 70 (mit Hinweisen).

Häufig braucht ein Projektant die Interessenabwägung nicht zu fürchten. In manchen Fällen aber gleicht sie einem beklemmenden Gang durch die «hohle Gasse». Nun lauert dort freilich nicht der Tell mit der Armbrust im Anschlag hinterm Holunderstrauch. Die Falle schnappt vielmehr in Form einer durch den Verfassungs-, Gesetz- oder Ordnungsgeber vorweggenommenen Benennung, Beurteilung und Gewichtung der Schutzinteressen zu (formell vorstrukturierte, materiell eingeschränkte Interessenabwägung).¹¹ Die Gewichtung der Schutzinteressen kann dabei derart hoch ausfallen, dass ihnen gegenläufige Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen)¹² das Wasser kaum reichen können und ihnen buchstäblich der Wind aus den Rotoren genommen wird – die Prüfung findet ein jähes Ende, kaum hat sie begonnen. Wir befinden uns in der Welt der Schutzinteressen von nationaler Bedeutung, wie sie in Art. 6 Abs. 2 NHG¹³ und den drei Verordnungen¹⁴ zu den Inventaren¹⁵ des allgemeinen Biotopschutzes positiviert sind.

Diese Positivierung erfolgt durch den Akt der Aufnahme eines Objekts in ein Inventar nach Art. 5 NHG bzw. Art. 18a NHG per

11 Vgl. zur Konkretisierung und Vorstrukturierung der Interessenabwägung GRIFFEL (Fn. 4), Rz. 466 ff.; TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 18 f.; NINA DAJCAR, Natur- und Heimatschutz-Inventare des Bundes, Diss. Univ. Zürich, Zürich 2010, S. 133 f.

12 Ich ziehe den Begriff «Nutzungsinteresse» demjenigen des «Eingriffsinteresses» vor. Er bringt m. E. besser zum Ausdruck, dass der finale Zweck der Massnahme die Nutzung einer Ressource (des Grundes oder eines Gewässers) ist und nicht etwa der Eingriff in eine Schutzsphäre. Letzteres ist auch aus Optik des potenziellen Nutzers regelmässig ein unerwünschter Kollateralschaden. Da der Begriff Eingriffsinteresse hingegen ebenso gebräuchlich ist, wird er nachfolgend jeweils in Klammern wiedergegeben.

13 Bundesgesetz vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451).

14 Verordnung vom 28. Oktober 1992 über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung (Auenverordnung, SR 451.31, in diesem Text AuenV); Verordnung vom 15. Juni 2001 über den Schutz der Amphibienlaichgebiete von nationaler Bedeutung (AlgV, SR 451.34); Verordnung vom 13. Januar 2010 über den Schutz der Trockenwiesen und -weiden von nationaler Bedeutung (TwvV, SR 451.37).

15 Auch hier verwendet der Bundesrat den Begriff des Inventars (s. Art. 16 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über den Natur- und Heimatschutz [NHV, SR 451.1]), wengleich Art. 18a NHG den Begriff nicht verwendet. Zur Rechtsnatur s. die Ausführungen von KARL-LUDWIG FAHRLÄNDER in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer (Hrsg.), Kommentar NHG, Zürich 1997, Rz. 11 zu Art. 18a NHG (nachfolgend FAHRLÄNDER, Kommentar NHG).

Verordnung. Damit attestiert¹⁶ der Bundesrat einem Objekt formal, dass es «von nationaler Bedeutung» ist.¹⁷ Konkret zeitigt die Inventarisierung, nebst der Rechtsfolge des besonderen Schutzes gemäss Art. 6 Abs. 1 NHG im Falle eines Objekts nach Art. 5 NHG, dass eine Beeinträchtigung¹⁸ des Schutzzieles des fraglichen Objekts nur dann allenfalls zulässig sein kann, wenn das dieser Beeinträchtigung zugrunde liegende Nutzungsinteresse (Eingriffsinteresse) dem Grundsatz nach ebenfalls mindestens von nationaler Bedeutung ist.¹⁹ Ein Nutzungsinteresse dieser Qualität aufzuzeigen, bedeutet für Projektanten indessen nicht selten das, was Briten als «to fight an uphill battle» bezeichnen würden. In der Meinung des Bundesrates zogen die Nutzungsinteressen in dieser – will man in diesem martialischen Duktus verbleiben – «Schlacht» nun zu oft den Kürzeren: «Im Bewilligungsverfahren hatten die Energieanlagen im Widerstreit mit anderen Interessen bisher häufig einen schweren Stand, namentlich gegenüber von Objekten in den sogenannten BLN-Gebieten [...]»²⁰

16 Der Umstand, dass ein Objekt nicht inventarisiert ist, bedeutet nicht, dass es nicht doch von nationaler Bedeutung sein kann (vgl. dazu JÖRG LEIMBACHER in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer [Hrsg.], Kommentar NHG, Zürich 1997, Rz. 4 zu Art. 6 NHG [nachfolgend LEIMBACHER, Kommentar NHG] oder Art. 16 Abs. 2 NHV).

17 TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 22.

18 Der Begriff ist technischer Natur – s. unten, II. 2. b. aa.

19 Dies ist nicht in allen Konstellationen unumstritten. Man kann sich durchaus fragen, ob das auf Verordnungsstufe ausdrücklich festgehaltene Erfordernis der nationalen Bedeutung der Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) vom übergeordneten Recht gedeckt ist. M.E. ist die Frage aber zu bejahen. Die Überlegungen dazu s. unten, Fn. 104 (mit Hinweisen).

20 Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 (Revision des Energierechts) und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013, BBl 2013 7604, 7665 (nachfolgend Botschaft ES 2050). Diese Analyse ist freilich nicht unumstritten – so zogen RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 1) knapp zehn Jahre zuvor gerade den gegenteiligen Schluss (Rz. 620). Vgl. auch ARNOLD MARTI, Das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzgesetzes auf dem Prüfstand, SJZ 104 (2008) S. 81, S. 81 und 85 (nachfolgend MARTI, Schutzkonzept). Kritik findet DERS. auch in «Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz», ZBl 117 (2016) S. 457 f. (nachfolgend MARTI, Energiewende). Ebenfalls kritisch ist PETER KARLEN in: «Erneuerung statt weitere Erosion des Rechts», ZBl 117 (2016) S. 621 f. Der Diskussion wohnt selbstredend sowohl eine rechtliche wie auch eine stark politische Dimension inne.

2. Vorschlag des Bundesrates und Anpassungen im Parlament

Mittels der Bestimmungen eines eigens dafür geschaffenen Abschnittes (Raumplanung und Ausbau erneuerbarer Energien) im 2. Kapitel (Energieversorgung) des EEnG²¹ hatte der Bundesrat nun im Rahmen des ersten Massnahmenpakets zur Energiestrategie 2050 versucht, den Zubau, die Erweiterung und Erneuerung oder die Konzessionierung solcher Kraftwerke bzw. Infrastrukturen *zu begünstigen*. Dies einerseits über einen planerischen Ansatz (vgl. Art. 11, 12 und 13 EEnG), andererseits über (weitere) positiv-rechtliche Vorschriften zu einem Aspekt der Interessenabwägung im EnG (vgl. Art. 14 und 15 EEnG), die auch (aber nicht nur) auf Art. 6 NHG zielen: «Einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien [...] sind ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung von einem nationalen Interesse, das insbesondere demjenigen nach Art. 6 Abs. 2 [...] (NHG) entspricht» (Art. 14 Abs. 2 EEnG). Bezweckt war damit, dass «für die fraglichen Energieanlagen, zum Beispiel, wenn in einem konkreten Fall über eine Bewilligung zu entscheiden ist, eine gegenüber heute bessere Ausgangslage für die Interessenabwägung geschaffen beziehungsweise eine solche *überhaupt ermöglicht* wird.»²²

Das Parlament liess den Entwurf des Bundesrates allerdings nicht unangetastet. Den planungsrechtlichen Ansatz hat es bis zur Unkenntlichkeit gestutzt, während es die Bestimmung zum nationalen Interesse (Art. 12 nEnG²³ [Art. 14 EEnG]) mit Veränderungen bedachte, die rechtlich nicht leicht zu fassen sind.

3. Gegenstand der Untersuchung

Nachfolgend soll dieser bundesrätlichen Absicht, die Realisierungschancen – namentlich von neuen Wasser- und Windkraftwerken – zu erhöhen, nachgegangen werden. Der Fokus liegt auf den in der Zwischenzeit verabschiedeten, zentralen Bestimmungen zum na-

21 BBl 2013 7757; gegen die Vorlage ist das Referendum ergriffen worden. In der Abstimmung vom 21. Mai 2017 wurde das neue Recht bestätigt, Anfang 2018 soll es voraussichtlich in Kraft treten.

22 Botschaft ES 2050 (Fn. 20), 7628, keine Hervorhebung im Original.

23 BBl 2016 7683.

tionalen Interesse, Art. 12 Abs. 1 bis 3 nEnG, und setzt sie in den Kontext zu den wichtigsten künftigen Anwendungsbereichen.

Vorab noch ein Hinweis: Das Umweltrecht ist eine vielschichtige, komplexe Materie.²⁴ Eine vertiefte Analyse der neuen Bestimmungen im Lichte der umweltrechtlichen Prinzipien, der Überschneidungen bspw. mit dem Raumplanungsrecht, der Unwägbarkeiten der Interessenabwägung, ja der Ermittlung von öffentlichen Interessen²⁵ überhaupt, oder das Wagnis einer dogmatischen Einordnung würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Vielmehr bezweckt der Beitrag lediglich eine erste grobe Würdigung der neuen Regelung. Erleichtert diese Einordnung der Praxis die erste Annäherung an das neue Recht, ist das Ziel erreicht. Inspiriert sie die Wissenschaft zu weiteren Beiträgen, ist das Ziel übertroffen. Der Scheinwerfer soll daher auch nur auf ein kleines Feld aus dem betroffenen Bereich des Natur- und Heimatschutzrechts gerichtet werden, das diese besondere Schutzkonzeption über die Interessenabwägung (Güterabwägung) hervorgebracht hat.

II. Verabschiedeter Erlasstext zum nationalen Interesse

1. Wortlaut und erste Würdigung von Art. 12 Abs. 1 bis 3 nEnG

a. Wortlaut

Ausgangspunkt nachfolgender Auslegung von Art. 12 Abs. 1 bis 3 nEnG soll sein Wortlaut sein:

¹ *Die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau sind von nationalem Interesse.*

24 Materielles Umweltrecht findet sich in zahlreichen Erlassen aller Normstufen und ist, nicht nur in Bezug auf die Normdichte, unterschiedlichsten Charakters. Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung im fraglichen Bereich sind überdies geprägt von stark verzettelten Zuständigkeiten und reichhaltiger Kasuistik. Ursächlich dafür ist u. a. die Entwicklung des Umweltrechts aus der sektoriellen Gesetzgebung heraus, die dieses heterogene, komplexe Bild nach wie vor dominiert, sowie die staatsrechtliche Aufgabenteilung zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden im föderalistischen System der Schweiz (vgl. GRIFFEL [Fn. 4], Rz. 417 f. und 324 f.; HÄNNI [Fn. 1], S. 373 f. Ein guter Überblick mit historisch-philosophischer Einbettung findet sich bei CHRISTOPH JÄGER/ANDREAS BÜHLER, Schweizerisches Umweltrecht, Bern 2016, S. 1 f. und S. 10 f.).

25 Umfassend dazu WYSS (Fn. 4).

² *Einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien, namentlich auch Speicherkraftwerke, sowie Pumpspeicherkraftwerke sind ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung von einem nationalen Interesse, das insbesondere demjenigen nach Artikel 6 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG) entspricht. In Biotopen von nationaler Bedeutung nach Artikel 18a NHG und in Wasser- und Zugvogelreservaten nach Artikel 11 des Jagdgesetzes vom 20. Juni 1986 sind neue Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien ausgeschlossen.*

³ *Hat eine Behörde über die Bewilligung des Baus, der Erweiterung oder Erneuerung oder über die Konzessionierung einer Anlage oder eines Pumpspeicherkraftwerks nach Absatz 2 zu entscheiden, so ist das nationale Interesse an der Realisierung dieser Vorhaben bei der Interessenabwägung als gleichrangig zu betrachten mit anderen nationalen Interessen. Betrifft das Vorhaben ein Objekt, das in einem Inventar nach Artikel 5 NHG aufgeführt ist, so darf ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung in Erwägung gezogen werden.*

b. Überblick zu Gehalt und Struktur

Art. 12 Abs. 1 nEnG entspricht im Wortlaut dem Vorschlag des Bunderates in Art. 14 Abs. 1 EEnG. Materiell erklärt die Norm nunmehr ausdrücklich ein Aufgabeninteresse²⁶ an Nutzung und Ausbau erneuerbarer Energie.²⁷ Die Bestimmung gab in der parlamentarischen Debatte kaum Grund zu Diskussionen. Insbesondere geben die Redebeiträge keinen Anlass, die Bestimmungen anders zu deuten, als es der Bundesrat in der Botschaft²⁸ getan hat.

Der erste Satz von Art. 12 Abs. 2 nEnG enthält drei Elemente: (1) Er statuiert ein nationales Interesse an bestimmten Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien sowie Pumpspeicherkraftwerken, das qualitativ auch – aber nicht nur («insbesondere») – gleichwertig mit jenem nach Art. 6 Abs. 2 NHG ist. (2) Er legt fest, welche Kriterien dem Grundsatz nach für die Qualifizierung «nationales Interesse» massgeblich sind (Grösse und Bedeutung). (3) Er delegiert deren Festlegung, im Zusammenspiel mit Art. 12 Abs. 4 und 5 NHG, die konkretisierende Bestimmungen enthalten, an den Bundesrat. Über diesen Mechanismus wird die Frage nach der Qualität des Nutzungsinteresses (des Eingriffsinteresses) für den allfälligen, konkreten Einzelfall teilweise vorab generell-abstrakt beantwortet. Der erste Satz entspricht

²⁶ Der Begriff wird in der Botschaft ES 2050 (Fn. 20) verwendet (7664); mehr dazu unten, Fn. 31.

²⁷ Vgl. Botschaft ES 2050 (Fn. 20), 7664.

²⁸ S. Fn. 27.

seinem materiellen Gehalt nach dem Entwurf des Bundesrates (zur Ergänzung «namentlich auch Speicherkraftwerke» s. Fn. 36). Auf den zweiten Satz wird unten eingegangen.

Art. 12 Abs. 3 nEnG enthält schliesslich eine Handlungsanweisung an die rechtsanwendende Behörde und nennt gleichzeitig deren Anwendungsbereich (Bewilligung des Baus, Erweiterung, Erneuerung und Konzessionierung einer Anlage oder eines Pumpspeicherkraftwerks). Die Handlungsanweisung zielt auf die relative Gewichtung eines Aspektes (nationales Interesse) der unterschiedlichen Schutz- und Nutzungsinteressen bei der Interessenabwägung, im konkreten Fall bei Anlagen oder Pumpspeicherkraftwerken, die die vom Bundesrat festgelegten Kriterien erfüllen.²⁹ Der letzte Satz von Art. 12 Abs. 3 nEnG dient lediglich der Klarstellung – rechtlich ist er überflüssig, denn er wiederholt die aufgrund des ersten Satzes ohnehin greifende, in Art. 6 Abs. 2 NHG vorgesehene Rechtsfolge. Man darf sich hier also nicht zu *argumentum e contrario* verleiten lassen.

Der Aufbau der Norm orientiert sich soweit an der insbesondere im Zusammenhang mit schwerwiegenden Eingriffen in BLN-Objekte diskutierten Lehre und Praxis.³⁰ Danach ist (soweit möglich) zunächst *dem Grundsatz nach* die Frage zu klären, ob die Aufgabe³¹ als

29 Vgl. Botschaft ES 2050 (Fn. 20), 7665.

30 S. dazu den Überblick bei DAJCAR (Fn. 11), S. 133 ff., insbes. S. 137 f.; LEIMBACHER, Kommentar NHG (Fn. 16), Rz. 21 und 22 ff. zu Art. 6 NHG; PETER M. KELLER, Das Ausbauprojekt «KWO plus» im Lichte des bundesrechtlichen Schutzes der Grimsellandschaft (Rechtsgutachten vom 2. Juli 2002 zuhanden des Grimselvereins), URP 2002 749 ff., S. 765 f.; TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 23 f.

31 Der Begriff «Aufgaben» bzw. «Aufgabeninteresse», wie ihn auch TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4) verwenden, scheint m. E. in diesem Zusammenhang etwas ungünstig. Einerseits läuft man Gefahr, ihn mit der «Erfüllung einer Bundesaufgabe» im Sinne von Art. 2 NHG zu verwechseln, die in diesem Zusammenhang in erster Linie Anknüpfungspunkt für das Greifen von Art. 3 und 6 NHG ist (und die nach h. M. überdies gerade *nicht* per se zur Folge hat, dass ein Interesse von nationaler Bedeutung gegeben ist – vgl. DAJCAR [Fn. 11], S. 138; LEIMBACHER, Kommentar NHG [Fn. 16], Rz. 21 zu Art. 6 NHG). Andererseits könnte man dem Irrtum erliegen, dass das Nutzungsinteresse Ausdruck bzw. Folge einer staatlichen Aufgabe im Sinne einer Erfüllungs- oder Gewährleistungsverantwortung sein müsse (s. dazu den Überblick bei KATHRIN FÖHSE, Die rechtliche Ausgestaltung der nationalen Netzgesellschaft, Diss. Univ. Bern 2014, Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 389 f.). Freilich kann ein Eingriff im Rahmen der Umsetzung einer in der Erfüllungsverantwortung liegenden staatlichen Aufgabe erfolgen – er muss es aber nicht. Häufiger sind die Nutzungsinteressen halbprivater oder privater, wirtschaftlicher Natur. Die zunächst zu stellende Frage

solche einem öffentlichen Interesse von nationaler Bedeutung dient, oder (m. E. klarer): ob sich das Nutzungsinteresse (Eingriffsinteresse) «auf einen Verfassungs- oder Gesetzesauftrag des Bundes»³², mithin auf ein im Recht positiviertes öffentliches Interesse³³ von nationaler Bedeutung stützen kann. Erst wenn ein solches ermittelbar ist, kann in einem weiteren Schritt geprüft werden, ob diesem, dem Grundsatz nach vorhandenen öffentlichen Interesse von nationaler Bedeutung, auch im *konkreten Fall* ein Gewicht beizumessen ist, welches das Abweichen vom Grundsatz der ungeschmälernten Erhaltung und damit eine *schwere Beeinträchtigung* (der Begriff ist technisch besetzt)³⁴ des Objekts rechtfertigen kann. Können nicht beide Hürden genommen werden, überwiegen die Schutz- bzw. Erhaltungsinteressen. Der Eingriff ist nicht zulässig und das Objekt ungeschmälert zu erhalten.³⁵

Während Art. 12 Abs. 1 nEnG die bis anhin kasuistisch geprägte Frage zum allgemeinen nationalen öffentlichen Interesse an Nutzung und Ausbau erneuerbarer Energien bzw. an einer ausreichenden Energieversorgung überhaupt (vgl. Art. 89 und 91 BV) nun ausdrücklich im Gesetz beantwortet, bedarf es im Rahmen von Art. 12 Abs. 2 nEnG noch der Ausführungsbestimmungen des Bundesrates.

Hervorzuheben sind schliesslich zwei³⁶ vom Parlament vorgenommene Änderungen: (1) Einerseits das Anfügen eines zweiten Satzes in Art. 12 Abs. 2 nEnG (ursprünglich Art. 14 Abs. 2 EEnG) der, systematisch missraten, ein Verbot von neuen Anlagen zur Nutzung

ist demnach vielmehr, ob dieses Nutzungsinteresse – unabhängig von der Rechtsgehalt des Trägers dieses Nutzungsinteresses – gleichzeitig von einem nationalen öffentlichen Interesse gedeckt ist. Dieses findet sich (allenfalls) in Verfassungs- und Gesetzgebungsaufträgen (LEIMBACHER, Kommentar NHG [Fn. 16], Rz. 21 zu Art. 6 NHG) und wurde im Falle der Frage der Sicherstellung ausreichender Versorgung mit elektrischer Energie durch das Bundesgericht bejaht (vgl. KELLER [Fn. 30], S. 765 mit Hinweisen).

32 RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 1), Rz. 555.

33 Vgl. dazu in genereller Weise WYSS (Fn. 4), Teil 1, Rz. 321 f.; insofern ergibt sich auch eine Ähnlichkeit mit der Suche nach einem öffentlichen Interesse bei der Rechtfertigung eines Eingriffs in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen.

34 Zum Begriff s. unten, II. 2. b. aa., dritter Absatz.

35 Vgl. nochmals LEIMBACHER, Kommentar NHG (Fn. 16), Rz. 22 zu Art. 6 NHG.

36 Die Ergänzung bzw. Verdeutlichung «namentlich auch Speicherkraftwerke» wird in der Rechtsanwendung nicht von Belang sein. Es ist nicht mehr als die separate Erwähnung eines Kraftwerkstyps aus der Menge der «Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien».

erneuerbarer Energien in Biotopen von nationaler Bedeutung nach Art. 18a NHG und in Wasser- und Zugvogelreservaten nach Art. 11 des Jagdgesetzes³⁷ statuiert. (2) Andererseits ist es die Streichung des Begriffes «grundsätzlich» im ersten Satz von Abs. 3 nEnG – im Erlassentwurf (Art. 14 Abs. 3 EEnG) hiess es «(...) bei der Interessenabwägung als grundsätzlich gleichrangig (...)» Auf diese beiden Elemente soll im Folgenden vorab eingegangen werden:

c. *Verbot neuer Anlagen in Biotopen sowie Wasser- und Zugvogelreservaten*

Mit Blick auf den Gehalt von Art. 12 Abs. 2 nEnG ist das im zweiten Satz platzierte Verbot von neuen Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energie in Biotopen von nationaler Bedeutung sowie in Wasser- und Zugvogelreservaten gesetzessystematisch ein Fremdkörper. Materiell hervorzuheben ist, dass es gezielt den Bau neuer Anlagen zur Nutzung *erneuerbarer Energien* in den fraglichen Gebieten untersagt. Der Bau eines grossen Gaskombikraftwerkes wäre also – hält man sich streng an den Wortlaut der Bestimmung – grundsätzlich immer noch möglich. Das ist eine Absurdität.³⁸ Umgekehrt ist festzuhalten, dass das Verbot soweit nur den *Neubau* einer Anlage betrifft. Nicht erfasst sind demgegenüber aber die Erweiterung, Erneuerung oder Konzessionierung einer Anlage. Dies alles ist, anders als der Neubau, dem Grundsatz nach noch immer möglich. Sofern die erforderliche Grösse und Bedeutung erreicht ist, greift auch die Regel von Art. 12 Abs. 3 nEnG zur Interessenabwägung.³⁹ Das Ganze macht insgesamt den Eindruck eines legistischen Hüftschusses – die Ergänzung trägt die klassischen Züge eines parlamentarischen Kuhhandels, was auch die Materialien ans Licht bringen.⁴⁰

37 Bundesgesetz vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSG, SR 922.0).

38 Ob der Erst-recht-nicht-Schluss hier verfangen würde, ist m. E. rechtlich nicht ganz einfach zu beurteilen. Ins Gewicht fallen hier u. a. unsere freiheitliche Rechtsordnung («was nicht verboten ist, ist erlaubt») und damit die Frage nach der ausreichenden gesetzlichen Grundlage für ein noch weiter gehendes Verbot bzw. Aspekte der Eigentumsgarantie und der Wirtschaftsfreiheit (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. b und c sowie Art. 26 und 27 BV).

39 Vgl. das Votum von Bundesrätin DORIS LEUTHARD (AmtlBull 2015 S 945).

40 S. das Votum von Bundesrätin DORIS LEUTHARD (AmtlBull 2015 S 945).

d. *«Grundsätzlich» gleichwertig – mehr als ein Streit um des Kaisers Bart?*

Die Streichung des Wortes «grundsätzlich» in Art. 12 Abs. 3 nEnG (im Vergleich mit Art. 14 Abs. 3 EEnG) war und ist – um bei dem Bild des Barts zu bleiben – eine haarige Angelegenheit. Das Thema beschäftigte die Räte bis kurz vor der drohenden Einsetzung einer Einigungskonferenz.⁴¹ Zuletzt war es die UREK S⁴², die sich zähneknirschend⁴³ dem Wunsch der Mehrheit des Nationalrates auf Streichung beugte und dem Plenum einen entsprechenden Antrag stellte. Die Streichung betrifft überdies auch andere Erlasse: In Art. 5 Abs. 3^{bis} WaG ist eine von der Energiestrategie inspirierte, analoge Bestimmung bereits am 1. Januar 2017 in Kraft getreten, ein neuer Art. 15d EleG⁴⁴ soll die Konzeption ebenfalls beinhalten. Die Auseinandersetzung im Parlament drehte sich im Kern um die Frage, inwieweit der rechtsanwendenden Behörde bzw. den Gerichten überhaupt noch Spielraum bei der Interessenabwägung im konkreten Fall verbleibt. Art. 12 Abs. 3 nEnG hält nämlich fest, dass das Interesse an der Realisierung eines Vorhabens nicht mehr nur grundsätzlich

41 Doch auch innerhalb des Nationalrates war der Punkt bis zuletzt umstritten – in der UREK vor der letzten Plenardebatte fiel der Entscheid auf Streichung mit 13 zu 12 Stimmen, im Plenum dann mit 100 zu 88 (AmtlBull 2016 N 1240). Die Streichung initiiert hatte fast zwei Jahre zuvor die UREK desselben Rates, die dem Plenum seinerzeit eine entsprechende Empfehlung unterbreitete, ohne dass sich aus dem Kreise der Kommission eine Minderheit formiert hätte (vgl. dazu das Votum von Nationalrat ROGER NORDMANN [AmtlBull 2014 N 2056]). Gegen die Streichung stellte sich zunächst ein (schriftlich begründeter) Antrag von Nationalrat KURT FLURI, der allerdings mit einem Verhältnis von 120 zu 68 bei drei Enthaltungen abgelehnt wurde (AmtlBull 2014 N 2060).

42 Kommission für Umwelt, Raumplanung Energie und Kommunikation (im Text entweder UREK S für Ständerat bzw. UREK N für Nationalrat).

43 S. das Votum des Präsidenten der UREK S WERNER LUGINBÜHL (AmtlBull 2016 S 683).

44 Bundesgesetz vom 24. Juni 1902 betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (EleG, SR 734.0); vgl. die Botschaft vom 13. April 2016 zum Bundesgesetz über den Um- und Ausbau der Stromnetze [Änderung des Elektrizitätsgesetzes und des Stromversorgungsgesetzes], BBl 2016 3865 und den Erlassentwurf in BBl 2016 3947).

gleichrangig mit anderen nationalen Interessen ist, sondern schlicht und einfach gleichrangig.⁴⁵

In enger Auslegung des Wortlauts *nach* der Streichung, stand die Befürchtung im Raum, die Interessenabwägung könnte gänzlich durch den Gesetzgeber vorweggenommen sein, und zwar im Sinne eines Patts.⁴⁶ Der erste Blick auf die neue Bestimmung kann tatsächlich zu dieser Interpretation verführen. Dass dies aber schwerlich die Intention der Initianten der Streichung gewesen sein kann, die die Nutzungsinteressen stärken⁴⁷ wollten, wird aus unterschiedlichen Gründen klar: Ein Patt könnte nur zu einem Ergebnis führen, nämlich dass der Entscheid in jedem Fall zugunsten der Schutz- bzw. Erhaltungsinteressen ausfällt.⁴⁸ Das macht offensichtlich keinen Sinn: Die Materialien erhellen den Gedanken, nämlich das Sicherstellen gleichlanger Spiesse in der Interessenabwägung, was man (m.E. fälschlicherweise) durch das Wort «grundsätzlich» infrage gestellt sah.⁴⁹ Dass die Interessen-

45 Vgl. dazu das Votum des Kommissionspräsidenten der UREK N, STEFAN MÜLLER-ALTERMATT: «Was die Mehrheit unserer Kommission aber jetzt noch stört, ist eben dieses Wort «grundsätzlich». In den Augen der Kommissionsmehrheit führt dieses Wort dazu, dass dann eben bei der Interessenabwägung immer noch Ausnahmen möglich sind und diese Ausnahmen dann in der Regel auch zum Tragen kommen, und zwar entgegen den Interessen der erneuerbaren Energien. Herr Wasserfallen hat vorhin das Beispiel der Wasserkraft ausgeführt. Die Minderheit Fässler Daniel argumentiert juristisch und sagt aus, dass die Abwägung bei einer echten Interessenabwägung eben in der Natur der Sache liege und ergo grundsätzlich sowieso stattfinde, was wiederum die Mehrheit dazu veranlasst, das Wort «grundsätzlich» als grundsätzlich nichtig zu betrachten. Sie sehen, es ist ein mehr oder weniger semantischer Streit. Er wurde von der Mehrheit gegen die Minderheit Fässler Daniel mit 13 zu 12 Punkten gewonnen – grundsätzlich» (AmtlBull 2016 N 1238).

46 Vgl. die Voten von Bundesrätin DORIS LEUTHARD (AmtlBull 2016 N 70; 2016 N 1237 f.; 2016 S 275 f.), vom damaligen Kommissionspräsidenten der UREK S, IVO BISCHOFBERGER (AmtlBull 2015 S 944) oder Ständerat BEAT VON-LANTHEN (AmtlBull 2016 S 273).

47 Vgl. die Voten von Nationalrat HANS GRUNDER (AmtlBull 2016 N 64) und HANSJÖRG KNECHT (AmtlBull 2016 N 1236).

48 Sehr plastisch bei JÖRG LEIMBACHER, Bundesinventare, die Bedeutung der Natur- und Landschaftsinventare des Bundes und ihre Umsetzung in der Raumplanung, Bern 2000, S. 39 (nachfolgend LEIMBACHER, Bundesinventare): «Wer eingreifen will, muss beweisen, dass sein Eingriffsinteresse das Erhaltungsinteresse überwiegt.» Es liegt in der Natur der Interessenabwägung, dass das Pendel auf die eine oder andere Seite ausschlägt – das liegt daran, dass sich die Behörde entscheiden muss; dies ist auch hier nicht anders.

49 Vgl. die Hinweise Fn. 47.

abwägung nach wie vor durchgeführt werden soll bzw. muss⁵⁰, kommt überdies im Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 NHG zum Ausdruck («[...] bei der Interessenabwägung [...]»). Umgekehrt wäre es gar denkbar gewesen, bei einem Konflikt immer zugunsten der Nutzungsinteressen zu entscheiden. Aber das stand nie zur Diskussion.⁵¹

Zwischenergebnis: Eine Interessenabwägung sollte mit der Streichung nicht ausgeschlossen werden; vielmehr ging es darum klarzustellen, dass das «Spiel» der Interessenabwägung – um das freilich unjuristische Bild eines Fussballspiels zu bemühen – beim Stand von 0:0 beginnen soll und nicht (in der Wahrnehmung der Befürworter der Streichung) bei 1:0 zugunsten der Schutz- bzw. Erhaltungsinteressen. Im Ergebnis findet man sich bei der ursprünglich vom Bundesrat gewollten *Akzentverschiebung* wieder, mit welcher der Einstieg in die (ergebnisoffene) Interessenabwägung überhaupt ermöglicht werden soll.⁵² Insofern ist man wohl tatsächlich in der Rubrik «Streit um des Kaisers Bart».

e. *Gehalt von Art. 6 Abs. 2 NHG und Vergleich mit Art. 12 Abs. 3 nEnG*

Gerade mit Blick auf den ursprünglichen Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 nEnG könnte man versucht sein, eine Analogie zu der Formulierung in Art. 6 Abs. 2 NHG zu sehen, wo von «gleich- oder höherwertige[n] Interessen» die Rede ist. Insbesondere im Schrifttum findet man hierzu folgende, oft zitierte Aussage: «Bei den Objekten des Landschafts-, Ortsbild- und Denkmalschutzes von nationaler Bedeutung ist ein Abweichen von vom Grundsatz der ungeschmälernten Erhaltung (...) nur zulässig, wenn die entsprechenden Eingriffsinteressen *gleich- oder höherwertig* sind (Art. 6 Abs. 2 NHG).»⁵³ Dies ist

50 Vgl. auch die Voten der Nationalräte DANIEL FÄSSLER (AmtlBull 2016 N 1233), KARL VOGLER (AmtlBull 2016 N 1236) und MARTIN BÄUMLE (AmtlBull 2016 N 1237) und von Bundesrätin DORIS LEUTHARD (AmtlBull 2016 S 68).

51 Vgl. auch das Schlussvotum von Bundesrätin DORIS LEUTHARD (AmtlBull 2016 S 683).

52 S. das Votum von Bundesrätin DORIS LEUTHARD: Es wird damit nicht mehr erreicht als das, was schon der Bundesrat in der Botschaft wollte (AmtlBull 2016 S 683).

53 RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 1), Rz. 566, Hervorhebung im Original; GRIFFEL (Fn. 4), Rz. 476. Vom Gehalt her gleich LEIMBACHER, Kommentar NHG (Fn. 16), Rz. 22 zu Art. 6 NHG: «Das Vorliegen eines Eingriffs-Interesses von ebenfalls nationaler Bedeutung genügt alleine nicht, um von der ungeschmälernten Erhaltung

m.E. so nicht ganz richtig, weil Art. 6 Abs. 2 NHG *verkürzt* wiedergegeben wird: Die Norm beantwortet *nicht* etwa die Frage, ab welchem Gewicht des Nutzungsinteresses (Eingriffsinteresses) vom ungeschmälernten Erhalten des geschützten Objekts abgewichen werden kann. Der Normgehalt von Art. 6 Abs. 2 NHG erschöpft sich vielmehr in der Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung *in Erwägung gezogen* werden darf. Dies soll dann der Fall sein, wenn (auch) die in die Interessenabwägung einflussenden Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) von (ebenfalls) *mindestens* nationaler Bedeutung sind (darin liegt die «Gleichwertigkeit» mit den Schutz- bzw. Erhaltungsinteressen, also die erste Stufe des in II. 1. b, vierter Absatz, beschriebenen Prüfschemas). Die Bestimmung regelt m. a. W. nur die Frage nach den Voraussetzungen, wann eine Behörde bei nach Art. 5 NHG inventarisierten Objekten *überhaupt* zur Interessenabwägung schreiten (also ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung überhaupt in Erwägung ziehen) darf. Sie regelt dagegen nicht etwa die Frage, *wie* entschieden werden kann, sofern die Behörde oder ein Gericht nach vollzogener Interessenabwägung die Erhaltungs- und Nutzungsinteressen als gleichwertig einstuft.⁵⁴ Art. 6 Abs. 2 NHG ist also nicht mehr als der Schlüssel, der die Tür zum Raum der Interessenabwägung öffnet.

eines Inventars abweichen zu dürfen. Art. 6 Abs. 2 NHG verlangt zusätzlich, dass das Eingriffs-Interesse von nationaler Bedeutung im konkreten Fall das gegenüberstehende bedeutende Erhaltungsinteresse überwiegt (höherwertig) oder doch zumindest von gleichem Gewicht (gleichwertig) ist» (mit Hinweis auf ein entsprechendes Votum des Bundesrates HANS-PETER TSCHUDI in AmtlBull S 1966 13, dem die Aussage zugrunde zu liegen scheint). S. auch LEIMBACHER, Bundesinventare (Fn. 48), S. 39; gleich auch TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 7, 14 und 20; ANDREAS SEITZ/WILLI ZIMMERMANN, Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz NHG: Bundesgerichtliche Rechtsprechung 1997–2007, URP 2008 S. 103, 128; JÄGER/BÜHLER (Fn. 24), Rz. 828; anders: PLÜSS (Fn. 4), Rz. 43, der den ganzen Wortlaut des Gesetzes wiedergibt. Vgl. schliesslich auch BGE 135 II 209 E. 2.1, S. 212 (zunächst m.E. richtig, dann aber ungenau mit in diesem Punkt nicht einschlägigem Verweis auf MARTI, Schutzkonzept [Fn. 20], S. 85; noch "richtig" BGE 127 II 273 E. 4c, S. 281).

⁵⁴ So auch LEIMBACHER, Kommentar NHG (Fn. 16), Rz. 18 und 19 zu Art. 6 NHG, der in Rz. 22 Art. 6 Abs. 2 NHG wieder einen anderen Gehalt zuspricht. Die Botschaft ist hier wenig ergiebig, da sie im Wesentlichen den Erlasstext wiederholt (Botschaft des Bundesrates vom 12. November 1965 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz, BBl 1965 III 89, 103).

M. E. spricht nicht nur der deutsche Wortlaut für diese Interpretation: Die dogmatische Konzeption der Interessenabwägung ist darauf ausgelegt, dass die Behörde oder ein Gericht den Fall einer Entscheidung zuführt. Dabei ist im Ergebnis keine Gleichwertigkeit vorgesehen, es gibt sie dementsprechend auch in der Praxis der Interessenabwägung nicht – wenngleich sie rein hypothetisch möglich wäre.⁵⁵ Eine entsprechende Regel ist also unnötig. Es wäre m. E. überdies materiell inkonsequent, noch in Art. 6 Abs. 1 NHG festzuhalten, dass die in ein Inventar nach Art. 5 NHG aufgenommenen Objekte *in besonderem Masse* Schutz und ungeschmälerte Erhaltung verdienen, um dann gleich im nächsten Absatz positiv-rechtlich zu statuieren, dass dann doch *bereits bei Gleichwertigkeit* der Schutz- und Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) von nationaler Bedeutung *gegen* die ungeschmälerte Erhaltung entschieden werden darf. In der eingangs angeführten, verkürzten Wiedergabe ergibt Art. 6 Abs. 2 NHG m. a. W. gleich in doppelter Weise keinen Sinn: (1) Der Tatbestand würde einen Sachverhalt erfassen, der in der Praxis gar nicht eintritt (Gleichwertigkeit *nach* erfolgter Interessenabwägung), und (2) die so verstandene Norm widerspräche dem Geiste des NHG (vgl. auch Art. 1 NHG).

Wirft man einen Blick in den französischen (Art. 6 al. 2 LPN⁵⁶) oder italienischen (Art. 6 cpv. 2 LPN) Wortlaut der Bestimmung, reibt man sich allerdings die Augen: Dort entspricht der (in einem m. E. holprigen Französisch) redigierte Erlass text dem Gehalt nach tatsächlich der oben wiedergegebenen Aussage im deutschsprachigen Schrifttum – die Passage «darf (...) in Erwägung gezogen werden»⁵⁷ fehlt.

⁵⁵ Vgl. WYSS (Fn. 4), 1. Teil, Rz. 27; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 2), § 26 Rz. 35; illustrativ WALDMANN/HÄNNI (Fn. 4) Rz. 4 zu Art. 3 RPG.

⁵⁶ «Lorsqu'il s'agit de l'accomplissement d'une tâche de la Confédération, la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact dans les conditions fixées par l'inventaire ne souffre d'exception, que si des intérêts équivalents ou supérieurs, d'importance nationale également, s'opposent à cette conservation.» Leider bringt auch die Botschaft in Französisch (FF 1965 III 93) kein Licht ins Dunkel, weil sie ebenso wie die deutsche Ausgabe mehr oder weniger den Erlass text wiedergibt.

⁵⁷ Im nEnG (Art. 12 Abs. 3) in fine hat man den vergleichbaren Wortlaut nun m. E. richtigerweise wie folgt – in diesem Fall vom Deutschen ins Französische und Italienische – übersetzt (in Kenntnis der Diskrepanz im NHG): «Lorsqu'il s'agit d'un objet inscrit dans l'inventaire visé à l'art. 5 LPN, *il est possible d'envisager* une dérogation à la règle suivant laquelle un objet doit être conservé intact» (FF 2016 7469, 7473) bzw. «Nel caso di un oggetto iscritto in un inventario di cui all'articolo 5 LPN si può *prendere in considerazione* una deroga al principio secondo il quale un oggetto dev'essere conservato intatto» (FF 2016 6921, 7473).

Allerdings berufen sich die Autoren in ihrer Interpretation jeweils auf den (abweichenden) deutschen Gesetzestext und nicht auf den französischen oder den italienischen. Soweit ersichtlich, setzt sich auch niemand mit dieser m. E. vorhandenen Differenz des Normgehalts aufgrund des nicht unerheblich abweichenden Wortlauts zwischen dem deutschen und dem französischen bzw. dem italienischen Text auseinander. Selbstredend sind nun die Gesetze in allen drei Landessprachen rechtsverbindlich.⁵⁸ Allerdings muss man sich hier aber entscheiden, welchem man folgen möchte, denn sie haben m. E. materiell einen anderen Regelungsgegenstand. Der Normkonflikt (der Begriff wird untechnisch verwendet) ist also aufzulösen. M. E. wäre, aus oben genannten Gründen, dem deutschen Wortlaut zu folgen, und zwar in eben skizzierter Auslegung. Somit kann ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung auch eines nach Art. 5 NHG inventarisierten Objekts nur durch überwiegende Interessen von nationaler Bedeutung gerechtfertigt werden. Lediglich gleichwertige Interessen sind nicht ausreichend.

Somit kann wie folgt zusammengefasst werden: Ist ein Objekt nach Art. 5 NHG betroffen, darf die Behörde überhaupt *erst dann* zur Interessenabwägung⁵⁹ schreiten, wenn die Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) dem Grundsatz nach *mindestens ebenso* von nationaler Bedeutung sind. Ist dies gegeben, sind diese unterschiedlichen Interessen von nationaler Bedeutung in einer vertieften Analyse zu beurteilen und zu gewichten⁶⁰ (soweit auch die h. M. bzw. Praxis). Nur wenn im Ergebnis die Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) *überwiegen*, ist eine schwere Beeinträchtigung des Schutzzieles – freilich nach wie vor unter grösstmöglicher Schonung (Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 NHG)⁶¹ – gerechtfertigt. Insofern besteht durchaus eine konzeptionelle Ähnlichkeit mit Art. 12 Abs. 3 nEnG. Auf die Praxis wird

58 Damit ist man wieder beim Thema der mehrsprachigen Gesetzesredaktion als Last und Segen zugleich. Vorliegend liegt aufgrund der Umstände die Vermutung nahe, dass – wie in der Bundesverwaltung häufig – der ursprüngliche Erlassentext in deutscher Sprache redigiert und danach ins Französische und Italienische übersetzt wurde. Dies allerdings ist nur eine Vermutung, die auch falsch sein kann und bei der Auslegung des schweizerischen Rechts in der heutigen Konzeption keine Rolle spielen darf.

59 Vgl. Fn. 4.

60 Vgl. nochmal Fn. 4.

61 Dazu sollte die ordnungsgemäss durchgeführte Interessenabwägung ohnehin führen (vgl. auch RAUSCH/MARTI/GRIFFEL [Fn. 1], Rz. 558).

diese Lesart zugegebenermassen keine Auswirkung haben (die Interessenabwägung führt nie zu einem Patt). Sie folgt insbesondere auch der herrschenden Logik bei der Prüfung, wie sie oben (II. 1. b., vierter Absatz) dargestellt ist. Allerdings würde sie etwas Ordnung schaffen und ist m. E. insgesamt stimmiger – sofern die Norm entgegen der oben zitierten Passage nicht ohnehin so verstanden und angewendet wurde.

2. Bedeutung von Art. 12 nEnG für Objekte in Bundesinventaren

a. Allgemeine Bemerkungen

Einleitend soll noch einmal der Grundgedanke des neuen Rechts in Erinnerung gerufen werden. Sieht sich ein konkretes Projekt (Bau, Erweiterung, Erneuerung oder Konzessionierung einer Energieanlage oder – mit Blick auf den Entwurf von Art. 15d EEleG – einer Leitung des Strom[übertragungs]netzes) im Rahmen des Verfahrens einer qualifizierten Interessenabwägung unterzogen (bspw., weil es im Widerstreit mit den Schutzinteressen eines nach NHG inventarisierten Objektes oder auch mit anderen, mitunter positivierten Nutzungsinteressen steht), soll es eine bessere Ausgangslage haben. Diese hat es in erster Linie dadurch, dass *überhaupt* eine Interessenabwägung stattfinden kann.⁶² Das soll nicht bedeuten, dass sich die Projekte stets und automatisch gegen gegenläufige Interessen durchsetzen.⁶³ Wie oben gezeigt, hat diese Aussage trotz gewisser Änderungen durch das Parlament nach wie vor ihre Gültigkeit.

Schliesslich ist noch Folgendes zu bemerken: Es liegt in der Natur des per Rechtssatz verliehenen Status «nationales Interesse», dass jene Anlagen, die die bundesrätlichen Kriterien⁶⁴ erfüllen, über diesen Status auch dann verfügen, wenn ihnen ein schwächer geschütztes Objekt (bspw. aus einem kantonalen Inventar), entgegensteht oder es lediglich um eine leichte Beeinträchtigung eines inventarisierten

62 Botschaft ES 2050 (Fn. 20), 7628.

63 Botschaft ES 2050 (Fn. 20), 7666.

64 Die neue Energieverordnung ist gegenwärtig in der Erarbeitung. Die Vernehmlassungsvorlage ist einsehbar auf www.bfe.admin.ch. In Art. 8 und 9 EEnV sind Werte für Wasser- und Windkraftanlagen vorgesehen. Ein Überblick zur heutigen Kasuistik findet sich bei PLüss, (Fn. 4), Rz. 31 f.

Objektes geht. Der Botschaft des Bundesrates ist zu entnehmen, dass auch in solchen Situationen der Entscheid nicht bereits im Vorhinein zugunsten der Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) gefallen ist.⁶⁵ Dies ergibt sich auch ohne Weiteres aus der oben geschilderten Normkonzeption. Gleiches muss folglich auch gelten in Bezug auf andere, konfligierende Nutzungsinteressen. In der Praxis wird sich zeigen, wie die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte die Interessenabwägung in solchen Situationen vornehmen. Mit Blick auf die Regel darf schliesslich nicht vergessen gehen, dass sich auch ohne diese Festlegung via Bundesratsverordnung die bereits in Ansätzen bestehende Praxis weiterentwickelt hätte, die schon heute auf Kriterien wie die Leistung einer Anlage abstellt.⁶⁶

Nachfolgend soll nun die Bedeutung des neuen Regimes bei Vorhaben, die eine Beeinträchtigung eines Objekts in einem Bundesinventar mit sich bringen, grob dargelegt werden. Dabei wird in folgender Reihenfolge vorgegangen: (1) Inventare nach 5 NHG, (2) Allgemeiner Biotopschutz, Wasser- und Zugvogelreservate sowie Jagdbanngebiete, (3) Moor- und Moorlandschaftsschutz.⁶⁷ Zuletzt (4) sei noch eine Bemerkung zur nicht übernommenen Bestimmung zum «Kern des Schutzwerts» erlaubt.

b. *Nach Art. 5 NHG inventarisierte Objekte*

aa. *Schutzkonzept in Bezug auf die Interessenabwägung*

Durch den formalen Akt der Inventarisierung⁶⁸ nach Art. 5 NHG (Landschaften, Naturdenkmäler und bauliches Erbe) verwirklichen sich für das betreffende Objekt nachfolgende Rechtsfolgen:

65 Botschaft ES 2050 (Fn. 20), 7666.

66 Vgl. TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 26 (mit Beispielen).

67 Nach wohl herrschender Auffassung sind andere Inventare des Bundes nach NHG oder dem Bundesgesetz vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (JSG, SR 922.0) keine Inventare des Bundes für Objekte mit nationaler Bedeutung im Sinne von Art. 5 NHG. Vgl. dazu TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 8; LEIMBACHER, Kommentar NHG (Fn. 16), Rz. 6 zu Art. 5 NHG, der sich mit der Fragestellung auseinandersetzt; s. wohl auch BGE 134 II 97 E. 3.5.2 S. 105 f. (e contrario).

68 Vgl. TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 22; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-5971/2007 vom 17. Januar 2008, E. 4.9.

- Es verdient *in besonderem Masse* ungeschmälerter Erhaltung und grösstmögliche Schonung (Art. 6 Abs. 1 NHG).
- Eine gewichtige Beeinträchtigung des Schutzzieles in zentralen Bereichen des Objektes kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn auch das Nutzungsinteresse (Eingriffsinteresse) von nationaler Bedeutung ist (Art. 6 Abs. 2 NHG).

Ist ein nach Art. 5 NHG inventarisiertes Objekt betroffen, greift Art. 6 Abs. 2 NHG für den Kraftwerks- oder Leitungsbau bereits heute zunächst nur dann, wenn eine Bundesaufgabe⁶⁹ vorliegt (Art. 2 NHG; dennoch hat die Inventarisierung auch Auswirkungen auf kantonale Aufgaben).⁷⁰ Gegenwärtig gibt es drei solche Inventare: (1) das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN), (2) das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (ISOS) und (3) das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (IVS).⁷¹

Art. 6 NHG greift nach h. M. weiter nur dann, wenn der Eingriff ein Objekt überhaupt in seiner geschützten Eigenschaft (gemessen am

69 Materiell ist die Frage, ob eine Bundesaufgabe gegeben ist (soweit es sich nicht klar aus dem Wortlaut von Art. 2 NHG ergibt) mitunter keineswegs trivial. Sie ist Gegenstand einer reichhaltigen Kasuistik. Bundesaufgabe ist z. B. die Erteilung einer Wassernutzungskonzession in Kombination mit gewässerschutzrechtlichen Bewilligungen, die Spülung und Entleerung von Stauräumen nach Art. 40 GSchG, der Biotopschutz bzw. die Anwendung der einschlägigen Normen im NHG bzw. von Art. 78 Abs. 5 BV oder die Erteilung einer Rodungsbewilligung (vgl. dazu TSCHANNEN/MÖSCHING [Fn. 4], S. 10 f. [mit Hinweisen]; ANDREAS ABEGG, *Energiewende im Konflikt mit Natur- und Heimatschutz*, Zürich/St. Gallen 2016, S. 13 ff. [mit Hinweisen]; LEIMBACHER, *Bundesinventare* [Fn. 48], S. 66 ff.; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer [Hrsg.], *Kommentar NHG*, Zürich 1997, Rz. 6 ff. zu Art. 2 NHG [mit Hinweisen, nachfolgend ZUFFEREY *Kommentar NHG*]; DAJCAR [Fn. 11], S. 25 ff. und S. 42; zur Bedeutung von Art. 6 Abs. 2 NHG für den Fall, dass keine Bundesaufgabe gegeben ist s. BGE 135 II 209 E. 2.1 S. 212 f.; TSCHANNEN/MÖSCHING [Fn. 4], S. 13; LEIMBACHER, *Kommentar NHG* [Fn. 16], Rz. 27 f. zu Art. 6 NHG und DERS., *Bundesinventare* [Fn. 30], S. 68 f.).

70 Vgl. LEIMBACHER, *Kommentar NHG* (Fn. 16), Rz. 27 f. zu Art. 6 NHG; TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 13 (mit Hinweisen).

71 S. dazu die einschlägigen Verordnungen: Verordnung vom 10. August 1977 über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler (VBLN, SR 451.11); Verordnung vom 9. September 1981 über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz (VISOS, SR 451.12); Verordnung vom 14. April 2010 über das Bundesinventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (VIVS, SR 451.13) – s. dort v. a. Art. 7, der eine Abstufung entsprechend der Eingriffsintensität festhält.

Schutzziel) beeinträchtigt. Ansonsten liegt eine blossе Veränderung vor. Es wird demnach zwischen drei Eingriffsqualitäten unterschieden: (1) der blossen *Veränderung* (Art. 6 NHG greift nicht bzw. höchstens in der Summe mehrerer Veränderungen, die gesamthaft betrachtet das Schutzziel beeinträchtigen; vgl. aber Art. 3 Abs. 1 NHG); (2) der *leichten* Beeinträchtigung *ohne* Abweichen von der ungeschmäleren Erhaltung (Art. 6 Abs. 2 NHG greift nicht, Art. 6 Abs. 1 NHG indes schon); (3) der *schweren* Beeinträchtigung *mit* Abweichen von der ungeschmäleren Erhaltung (Art. 6 Abs. 2 NHG greift).⁷²

bb. Neue Rechtslage bei einer Beeinträchtigung von Objekten nach Art. 5 NHG

Wird ein nach Art. 5 NHG inventarisiertes Objekt (im Rahmen einer Bundesaufgabe) durch den Bau, die Erweiterung oder Erneuerung einer Anlage oder die Konzessionierung potenziell beeinträchtigt, hat die Behörde in Bezug auf die Frage der Interessenabwägung zunächst zu prüfen, ob die vom Bundesrat festgesetzten Kriterien erreicht sind. Sind sie es, kann die Behörde – unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Gutachtens nach Art. 7 Abs. 2 NHG – zur Interessenabwägung schreiten.⁷³ Sind die Kriterien nicht erreicht, greift die übliche Rechtsfolge: der Eingriff ist unzulässig – der Gesetzgeber hat bereits zugunsten der ungeschmäleren Erhaltung entschieden.⁷⁴ Steht aber nur eine leichte Beeinträchtigung oder eine blossе Veränderung im Raum, ist wiederum zur Interessenabwägung zu schreiten.⁷⁵ Das neue Recht sollte auch zumindest insofern eine Vereinfachung bringen, als nicht mehr aufwendig erörtert werden muss, ob Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) von nationaler Bedeutung gegeben sind (sowohl dem Grundsatz nach, wie auch im Einzelfall).⁷⁶

72 Vgl. dazu LEIMBACHER, Kommentar NHG (Fn. 16), Rz. 12 ff. zu Art. 6 NHG; DERS., Bundesinventare (Fn. 53), S. 31 ff.; TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 14; PLÜSS (Fn. 4), Rz. 43, mit Hinweisen; a. M. DAJCAR (Fn. 11), S. 126 und 128 f., (auch mit Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

73 Art. 12 Abs. 3 nEnG wäre an sich gar nicht nötig. Er stellt lediglich klar, dass die Regel von Satz eins von Abs. 3 auch im Falle von Inventaren nach 5 NHG gilt.

74 LEIMBACHER, Kommentar NHG (Fn. 16), Rz. 20 zu Art. 6 NHG.

75 «(...) so soll es nicht sein, dass Anlagen unterhalb der Schwelle schlechter gestellt sind als heute» (Botschaft ES 2050 [Fn. 20], 7666).

76 Zu den planungsrechtlichen Empfehlungen s. das Konzept Windenergie (Fn. 5), S. 15 (wohl noch zum aktuell geltenden Recht).

- c. *Allgemeiner Biotopschutz*⁷⁷, *Wasser- und Zugvogelreservate sowie Jagdbanngebiete*
- aa. Schutzkonzept bezüglich der Interessenabwägung⁷⁸

Wie der Blick auf den Gehalt von Art. 18 Abs. 1, 1^{bis} und 1^{ter} NHG sowie Art. 18a–d NHG zeigt, hat der Biotopschutz im Laufe der Zeit nicht nur quantitativ an Gewicht gewonnen,⁷⁹ er ist gewissermaßen zur eigenständigen Disziplin geworden.⁸⁰ Allerdings sind auch die Biotope heute nicht alle «absolut»⁸¹ geschützt.⁸² Von Bedeutung im Rahmen dieser Auseinandersetzung ist zunächst die Frage nach der Rechtsfolge der Inventarisierung von Biotopen von nationaler Bedeutung nach Art. 18a NHG in Bezug auf die Interessenabwägung bei

77 Die Legaldefinition des Biotops in Art. 18 Abs. 1 NHG ist etwas dürr ausgefallen – s. FAHRLÄNDER, Kommentar NHG (Fn. 15), Rz. 13 zu Art. 18 NHG. Vgl. auch KARIN SIDI-ALI, La protection des biotopes en droit suisse, Diss. Lausanne, Zürich 2008, S. 20, die nach vertiefter Auseinandersetzung mit dem Begriff auf S. 8 ff. selbst eine Definition wagt: «Un biotope est une unité écologique composée du support abiotique et de la vie qui s’y trouve, caractérisé ou délimité par le réseau de chaînes trophiques qui en font partie.» Im Duden liest man zum Biotop «Durch bestimmte Pflanzen- u. Tiergesellschaften gekennzeichneten Lebensraum» (aus Duden, Fremdwörterbuch, 6. Aufl., Mannheim/Leipzig/Wien/Zürich 1997). Illustrativ ist auch die Aufzählung in Art. 18 Abs. 1^{bis} NHG (s. dazu FAHRLÄNDER, Kommentar NHG [Fn. 15], Rz. 15 zu Art. 18 NHG) und Art. 14 und 15 der Verordnung vom 16. Januar 1991 über den Natur- und Heimatschutz [NHV, SR 451.1]).

78 Zu den Folgen einer fehlenden Inventarisierung s. den von Art. 5 Abs. 2 NHG inspirierten Art. 16 Abs. 2 NHV und dazu SIDI-ALI (Fn. 77), S. 144 f. (mit Hinweisen).

79 Der Biotopschutz im NHG ist stetig verstärkt worden. Die Absätze 1^{bis} und 1^{ter} in Art. 18 NHG wurden im Zuge der Schaffung des USG eingefügt, später folgten Art. 18a–d NHG, die eigentlich als indirekter Gegenvorschlag zur Rothenthurminitiative gedacht waren und nach Annahme der Initiative *zusätzlich* zum damaligen «Rothenthurm-Artikel» Art. 24^{sexies} Abs. 5 BV in Kraft getreten sind (vgl. dazu MAURER, Kommentar NHG [Fn. 2], Vorbemerkungen zu Art. 18–23 NHG, Rz. 4); FAHRLÄNDER, Kommentar NHG (Fn. 15), Rz. 1 zu Art. 18 NHG; weiterführend SIDI-ALI (Fn. 77), S. 23 ff.

80 Zur Auseinandersetzung mit der Frage des Verhältnisses des allgemeinen zum besonderen Biotopschutz s. BERNHARD WALDMANN, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften, Diss. Univ. Freiburg, Freiburg 1997, S. 97 f.; FAHRLÄNDER, Kommentar NHG (Fn. 77), Rz. 2 zu Art. 18 NHG. Die Terminologie ist uneinheitlich.

81 Der Begriff «absolut» erscheint unglücklich, da er irreführend ist. Nichts ist absolut. Er wird deshalb im Text in Anführungszeichen gesetzt (vgl. auch Fn. 93).

82 Vgl. SIDI-ALI (Fn. 15), S. 119; an gleicher Stelle generell zur Interessenabwägung im Biotopschutz; RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 1), Rz. 580.

Eingriffen. Bei diesen Inventaren kann unterschieden werden zwischen jenen des allgemeinen Biotopschutzes (drei an der Zahl) und den zwei Moorschutzzinventaren als Inventare des besonderen Biotopschutzes (Moore sind Biotope, nicht aber Moorlandschaften [vgl. auch Art. 23b NHG]. Letztere sind, sofern von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung, gleichwohl in einem gesonderten Moorlandschaftsinventar zu verzeichnen).⁸³

Die Inventare des allgemeinen Biotopschutzes sind (1) das Bundesinventar der Auengebiete von nationaler Bedeutung (Aueninventar), (2) das Bundesinventar der Amphibienlaichgebiete von nationaler Bedeutung (Amphibienlaichgebiete-Inventar) und (3) das Bundesinventar der Trockenwiesen und -weiden von nationaler Bedeutung (Trockenwieseninventar).⁸⁴

Wenngleich auch Art. 18a und Art. 18b NHG zwischen Objekten von nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung unterscheiden und sich damit an die Konzeption von Art. 5 NHG anlehnen, bestehen doch wichtige Unterschiede. Während bspw. die Inventarisierung eines Objektes nach 5 NHG diesem *ex lege* unmittelbaren, gesteigerten Schutz verschafft, bestimmen Inventare nach 18a NHG ausschliesslich den Perimeter des geschützten Gebiets und die Schutzziele.⁸⁵ Allerdings knüpfen die einschlägigen Ausführungsbestimmungen an den Akt der Inventarisierung u. a. ausdrücklich das grundsätzliche Gebot des ungeschmälernten Erhaltens (Art. 4 Abs. 1 AuenV; Art. 6 Abs. 1 AlgV und Art. 6 Abs. 1 TwwV) und versuchen den Schutz auf ein mit den Objekten nach Art. 5 NHG vergleichbares Niveau zu heben.⁸⁶

Die einschlägigen Bestimmungen zur Interessenabwägung bzw. zu den Eingriffsvoraussetzungen finden sich in Art. 4 Abs. 4 AuenV («ein Abweichen vom Schutzziel ist nur zulässig für unmittelbar standortgebundene Vorhaben, die [...] einem [...] überwiegenden öffentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen»), Art. 7

⁸³ Vgl. dazu ausführlich WALDMANN (Fn. 80), S. 16 ff.; FAHRLÄNDER, Kommentar NHG (Fn. 15), Rz. 28 ff. zu Art. 18a NHG ebenfalls mit Begriffsdefinitionen. S. auch die Legaldefinition in Art. 23b Abs. 1 NHG «Eine Moorlandschaft ist eine in besonderem Masse durch Moore geprägte, naturnahe Landschaft. Ihr moorfreier Teil steht zu den Mooren in enger [...] Beziehung»; s. auch *Dajcar* (Fn. 11), S. 79 f.

⁸⁴ Vgl. dazu RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 1) Rz. 589 ff. mit Hinweisen auf die weitere Literatur und den Überblick bei *Dajcar* (Fn. 11), S. 90 f.

⁸⁵ FAHRLÄNDER, Kommentar NHG (Fn. 15), Rz. 5 f. zu Art. 18a NHG.

⁸⁶ Zur kontroversen Frage der ausreichenden gesetzlichen Grundlage s. Fn. 19.

Abs. 1 AlgV («ein Abweichen vom Schutzziel ortsfester⁸⁷ Objekte ist nur zulässig für standortgebundene Vorhaben, die einem überwiegen- den öffentlichen Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung dienen»; vgl. aber Art. 7 Abs. 2 und 3 AlgV) und Art. 7 TwvV («ein Abweichen vom Schutzziel ist nur zulässig für unmittelbar standortgebundene Vorhaben, die [...] einem [...] überwiegenden Interesse von nationaler Bedeutung dienen»). Somit ist auch im Falle von Objekten der drei Biotopschutzinventare die Ermittlung und Konkretisierung des Schutzzieles entscheidend für die Frage, ob ein Projekt überhaupt einen Eingriff in die ungeschmälerzte Erhaltung desselben nach sich zieht. Wäre Letzteres der Fall, vermögen nur im Verhältnis zu den Erhaltungsinteressen als gewichtiger erscheinende Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) von ebenfalls nationaler Bedeutung ein Abwei- chen von der ungeschmälerzten Erhaltung zu rechtfertigen.⁸⁸

Nach Art. 11 Abs. 1 und 2 JSG scheidet der Bundesrat schliess- lich Wasser- und Zugvogelreservate von internationaler und nationaler Bedeutung sowie Jagdbanngebiete aus.⁸⁹ Die entsprechenden Verord- nungen sind die VEJ und die WZVV⁹⁰. Der Wortlaut der einschlägi- gen Bestimmungen (jeweils Art. 6 Abs. 1) ist identisch: «Bund und Kantone sorgen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben dafür, dass den Schutzzielen der Wasser- und Zugvogelreservate (VZVV) / Bannge- biete (VEJ) Rechnung getragen wird. Liegen im Einzelfall andere Interessen vor, ist anhand einer Interessenabwägung zu entscheiden.» Auch hier knüpft der Schutz also wiederum an den Schutzzielen an. Anders als bei den Inventaren zum allgemeinen Biotopschutz ist die Interessenabwägung grundsätzlich frei von positiv-rechtlicher Vor-

87 Vorliegend interessieren nur die ortsfesten Objekte und nicht auch die Wan- derobjekte nach Art. 3 AlgV.

88 Vgl. RAUSCH/MARTI/GRIFFEL (Fn. 1); Rz. 593 f. mit Bemerkungen zur Pro- blematik des genauen Grenzverlaufs der einzelnen Objekte; DAJCAR (Fn. 11), S. 128 f.; FAHRLÄNDER, Kommentar NHG (Fn. 15); Rz. 27 f. zu Art. 18 NHG und Rz. 49 ff. zu Art. 18a NHG.

89 Einen Überblick schafft LEIMBACHER, Bundesinventare (Fn. 48), S. 111 ff.; DAJCAR (Fn. 11), S. 82 f. und 109 f.

90 Verordnung vom 30. September 1991 über die eidgenössischen Jagdbannge- biete (VEJ, SR 922.31); Verordnung vom 21. Januar 1991 über die Wasser- und Zug- vogelreservate von internationaler und nationaler Bedeutung (WZVV, SR 922.32), die auch die Verpflichtungen aus dem Übereinkommen über Feuchtgebiete, insbe- sondere als Lebensraum für Wasser- und Watvögel, von internationaler Bedeutung (Ramsar-Konvention, SR 0.451.45) ausführt.

strukturierung. Immerhin wird man aber im Auge behalten müssen, dass die vom Bundesrat ausgeschiedenen Wasser- und Zugvogelreservate bzw. Jagdbanngebiete von nationaler oder gar internationaler Bedeutung sind.

bb. Neue Rechtslage beim Biotopschutz, Wasser- und Zugvogelreservaten und Jagdbanngebieten

Durch die legistisch etwas unglücklich geratene Ergänzung in Art. 12 Abs. 3 nEnG («In Biotopen von nationaler Bedeutung nach Artikel 18a NHG und in Wasser- und Zugvogelreservaten nach Artikel 11 des Jagdgesetzes vom 20. Juni 1986 sind neue Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien ausgeschlossen») hat der Gesetzgeber den allgemeinen Biotopschutz erneut verstärkt. Allerdings greift der stärkere Schutz (wohl⁹¹) einzig gegenüber *neuen* Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien und nicht gegen deren Erweiterung, Erneuerung oder Konzessionierung.⁹² Damit ist man, was den Neubau betrifft, im Prinzip beim gleichen Schutz wie bei den Moorschutzzinventaren: beim «absoluten»⁹³ Veränderungsverbot. Gleiches gilt für die Wasser- und Zugvogelreservate (nicht für Jagdbanngebiete). Was allerdings unklar ist, ist ob auch *kantonale* Wasser- und Zugvogelreservate vom stärkeren Schutz profitieren. Der Verweis geht nämlich generell auf Art. 11 JSG und nicht auf einen bestimmten Absatz. Die Vermutung liegt aber nahe, dass nur Wasser- und Zugvogelreservate von nationaler, wohl auch internationaler Bedeutung (Art. 11 Abs. 1 und 2 JSG) gemeint sind, nicht aber auch kantonale Vogelreservate. Dies ist u. a. deshalb anzunehmen, weil der Verweis bei den Biotopen ebenfalls nur auf jene nationaler Bedeutung zielt (Art. 18a NHG) und nicht auch auf Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung (Art. 18b NHG). Ferner wäre es eigenartig, Objekte kantonaler Vogelschutzzinventare stärker zu schützen als Objekte kantonaler Biotopinventare. Dies deutet m. E. darauf hin, dass hier unsauber legifert wurde. Die Frage, ob mit

91 Vgl. Fn. 38.

92 Vgl. PLÜSS (Fn. 4), der sich allerdings nicht mit der Frage der Erweiterung und Erneuerung von bestehenden Anlagen auseinandersetzt.

93 S. zur «Absolutheit» WALDMANN (Fn. 80), S. 253 f.; PETER M. KELLER in: Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer (Hrsg.), Kommentar NHG, Zürich 1997, Vorbemerkungen zu Art. 23a–23d NHG, Rz. 7 ff.; DAJCAR (Fn. 11), S. 142, die sich mit den unterschiedlichen Auffassungen auseinandersetzt.

dem Verweis auf Art. 18a NHG auch die Moorschutzzinventare erfasst sind (aufgrund des Verweises in Art. 23a NHG), kann offenbleiben, da dort ohnehin das «absolute» Veränderungsverbot gilt.

Geht es schliesslich um die *Erweiterung, Erneuerung oder (Neu-)Konzessionierung* einer bestehenden Anlage in Biotopen greift wieder das *neue* Normkonzept – womit im Ergebnis zu den zu Objekten nach Art. 5 NHG gemachten Ausführungen verwiesen werden kann. Sind Wasser- und Zugvogelreservate oder Jagdbanngebiete betroffen, ist die Situation anders: Auf der einen Seite steht diesfalls unter Umständen nun ein Nutzungsinteresse (Eingriffsinteresse) von nationaler Bedeutung gemäss Art. 12 Abs. 2 nEnG bzw. der einschlägigen Verordnung. Auf der anderen Seite fehlt aber eine den Biotopen vergleichbare ausdrückliche Anforderung, wonach Eingriffe in das Schutzziel eines öffentlichen Interesses von nationaler Bedeutung bedürfen. Immerhin ist es aber so, dass schon allein durch die Aufnahme in das entsprechende Bundesinventar dargetan ist, dass das fragliche Objekt von nationaler oder gar internationaler Bedeutung ist, was bei der Interessenabwägung im konkreten Fall zu berücksichtigen sein wird. Ferner befinden sich einige Reservate bzw. Banngebiete gleichzeitig im Perimeter eines BLN-Objekts, womit dieser Schutz ebenfalls greift und den Schutz des Vogelreservats bzw. des Banngebiets überlagert.⁹⁴

d. *Moorschutzzinventare und Moorlandschaftsinventar*

Beim Moor- und Moorlandschaftsschutz kann man sich kurz fassen – er ist vom allfälligen neuen Recht *nicht* berührt.⁹⁵ Moore und Moorlandschaften⁹⁶ von besonderer Schönheit und gesamtschweize-

⁹⁴ Vgl. zu (allfälligen) Schutzkonflikten WALDMANN (Fn. 80), S. 90 und 103; vgl. in Bezug auf die Planung (wohl zum aktuell geltenden Recht) das Konzept Windenergie (Fn. 5), S. 16.

⁹⁵ Der von CELINA TSCHARNER, Ist die Erhöhung der Speicherkapazität im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG von nationaler Bedeutung?, Jusletter, 19. Dezember 2016, Rz. 16, vertretenen Auffassung ist nicht zu folgen. Sie scheint aus dem Umstand des Einfügens der Biotop- und Vogelschutzbestimmung in Art. 12 Abs. 2 nEnG den E-Contrario-Schluss zu ziehen, dass neu der Bau von Energieanlagen in Moorlandschaften grundsätzlich erlaubt sei. Das ist unzutreffend.

⁹⁶ S. dazu auch FAHRLÄNDER, Kommentar NHG (Fn. 15), Rz. 29 f. zu Art. 18a NHG.

rischer Bedeutung sind unmittelbar⁹⁷ durch die Verfassung geschützt. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut, noch Bodenveränderungen vorgenommen werden (Art. 78 Abs. 5 BV) – entsprechend entfällt auch eine Interessenabwägung.⁹⁸ Die Auslegung der Verfassungsbestimmung ergibt, dass die entsprechenden drei Inventare, (1) das Bundesinventar der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung (Hochmoorinventar), (2) das Bundesinventar der Flachmoore von nationaler Bedeutung (Flachmoorinventar) und (3) das Bundesinventar der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsinventar)⁹⁹ lediglich deklaratorisch den räumlichen Geltungsbereich der verfassungsrechtlichen Schutzbestimmung wiedergeben.¹⁰⁰

In Bezug auf das Schutzziel bestehen aber dennoch Unterschiede zwischen den drei Inventaren: Die Objekte in der HmV und der FmV müssen – abgesehen von schutzzieldienlichen Einrichtungen¹⁰¹ – ungeschmälert erhalten werden (s. den jeweiligen Art. 4).¹⁰² In Bezug auf die Moorlandschaften halten Art. 23b und 23d NHG spezielle

97 Vgl. WALDMANN (Fn. 80), S. 73 ff.

98 Umfassend dazu WALDMANN (Fn. 80), S. 1 ff.; s. statt vieler RAUSCH/MARTI/GRIFTEL (Fn. 1), Rz. 573 f. und 595 ff.; ZUFFEREY, Kommentar NHG (Fn. 69), Chap. 2 Rz. 82 f.; KELLER, Kommentar NHG (Fn. 93), Vorbemerkungen zu Art. 23a–23d NHG, Rz. 7 f.; DAJCAR (Fn. 11), S. 141 f.

99 Die einschlägigen Verordnungen sind: Verordnung vom 21. Januar 1991 über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung (Hochmoorverordnung, SR 451.32, in diesem Text *HmV*); Verordnung vom 7. September 1994 über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung (Flachmoorverordnung, SR 451.33, in diesem Text *FmV*); Verordnung vom 1. Mai 1996 über den Schutz von Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsverordnung, SR 451.35 in diesem Text *MIV*).

100 WALDMANN (Fn. 80), S. 156 f.; ARNOLD MARTI, Bundesinventare – eigenständige Schutz und Planungsinstrumente des Natur- und Heimatschutzes, URP 2005 S. 619, S. 632. Vgl. zum Thema der Festlegung des Perimeters BGE 138 II 281 (Schweizer Vogelschutz et. al.) E. 5 S. 288 f. Zum Thema der Interessenabwägung bei der (ursprünglichen) Festlegung des Perimeters s. das Urteil des Bundesgerichts 1C_79/2016 vom 5. April 2017 (zur Publikation vorgesehen), E. 7.4 f., mit dem es das Urteil 100.2013.103/104U vom 22. Dezember 2015 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern aufhob.

101 S. dazu WALDMANN (Fn. 80), S. 237 ff. (mit Hinweisen), DAJCAR (Fn. 11), S. 142 (mit Hinweisen).

102 Vgl. LEIMBACHER, Bundesinventare (Fn. 48), S. 85 f.

Bestimmungen zu Schutz und Gestaltung bereit.¹⁰³ So ist die Gestaltung und die Nutzung von Moorlandschaften zulässig, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenschaften nicht widersprechen (Art. 23d Abs. 1 NHG). Insbesondere der Blick auf die Konkretisierung in Art. 4 und Art. 5 Abs. 2 Bst. d MIV¹⁰⁴ erhellt, dass diese Hürde der Schutzzielverträglichkeit, namentlich für Kraftwerke, kaum zu erreichen sein wird. Das in Art. 12 Abs. 2 NHG positivierte, nationale Interesse ist in der Praxis kein Kriterium.¹⁰⁵

e. «Kern des Schutzwertes»

Schliesslich sei noch kurz auf einen Punkt eingegangen, der weder im Entwurf des Bundesrates noch im verabschiedeten Erlasstext aufzufinden ist. Im Gesamtkontext könnte er indes bei der Auslegung der hier besprochenen Bestimmungen eine Rolle spielen. Der Ständerat nämlich hatte zunächst – auf Antrag seiner UREK – bei Art. 14 Abs. 3 EEnG (nunmehr wäre es Art. 12 Abs. 3 nEnG), letzter Satz, noch angefügt, (...) in Erwägung gezogen werden, «*sofern das Objekt nicht im Kern seines Schutzwertes verletzt wird*».¹⁰⁶ Einem entsprechenden Wunsch¹⁰⁷ nachkommend erklärte Bundesrätin *Leuthard*, was damit gemeint war: «Wir möchten darauf hinweisen, dass «Kern des Schutzwertes verletzen» (...) ein unbestimmter Rechtsbegriff ist. Den konnte die Kommission natürlich nicht füllen. (...) In der Dis-

103 Vgl. dazu bzw. auch zur Frage der Vereinbarkeit mit Art. 75 Abs. 5 BV DAJCAR (Fn. 11), S. 143 (mit Hinweisen); KELLER, Kommentar NHG (Fn. 93), Rz. 4 zu Art. 23d NHG.

104 «Kantone sorgen insbesondere dafür, dass: (...) d. Bauten und Anlagen, die weder mit der Gestaltung und Nutzung nach Buchstabe c in Zusammenhang stehen, noch der Biotoppflege oder der Aufrechterhaltung der typischen Besiedlung dienen, nur ausgebaut oder neu errichtet werden, wenn sie nationale Bedeutung haben, unmittelbar standortgebunden sind und den Schutzzielen nicht widersprechen.» Vgl. dazu aber DAJCAR, die die Kriterien der Standortgebundenheit sowie des Erfordernisses der nationalen Bedeutung in der MIV für unzulässig hält, weil sie weder von der Verfassung, noch vom Gesetz abgedeckt seien (DAJCAR [Fn. 11] S. 145 f. mit Hinweisen); vgl. auch WALDMANN (Fn. 80), S. 286 («an der Grenze des Unzulässigen»).

105 Auch hier illustrativ das Urteil 100.2013.103/104U vom 22. Dezember 2015 des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, E. 5.4 und E. 6 f. sowie insbes. E. 8.

106 AmtlBull 2015 S 944 f.

107 Vgl. das Votum von Ständerat JOACHIM EDER (AmtlBull 2015 S 944).

kussion ging es um das Matterhorn, um die Berner Hochalpen oder um den Rheinfall. Da haben wir sicher keine Differenz, das sind Ikonen von Schutzobjekten, zu denen wir alle dasselbe Verständnis haben. (...) Weil es ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, ist auch nicht von vornherein klar, was darunter zu verstehen ist. (...) Man muss hier irgendeine Balance zwischen den Möglichkeiten zum Bau von Produktionsanlagen der erneuerbaren Energien und der Beibehaltung des doch sehr intensiven und auch richtigen Landschafts- und Naturschutzes finden. Insofern kann ich mich hier mit diesen Präzisierungen zuhänden der Materialien Ihrer Kommission anschliessen.»¹⁰⁸

Im Nationalrat hatte die Ergänzung in der Differenzbereinigung allerdings einen schweren Stand. Die Mehrheit der UREK empfahl dem Plenum bei Art. 14 Abs. 3 EEnG (Art. 12 Abs. 3 nEnG) auf den Entwurf des Bundesrates zurückzugehen (also *ohne* die Ergänzung und *ohne* die Streichung des Begriffes «grundsätzlich»). Eine Minderheit I votierte für «Festhalten» (ebenfalls *ohne* die Ergänzung aber *mit* der Streichung des Begriffes «grundsätzlich») und schliesslich gab es eine Minderheit II, die zwar mit der Streichung des «grundsätzlich» einverstanden war, indessen die Ergänzung des Ständerates guthiess. Die ständerätliche Ergänzung (enthalten in Minderheit II) unterlag bereits in der Ausmehrung der Minderheit I, die sich letztlich auch gegen die Mehrheit durchsetzte.¹⁰⁹

Im Ständerat schliesslich, empfahl die UREK dem Plenum Festhalten.¹¹⁰ Am Ende obsiegte aber dennoch die Minderheit, die die ursprüngliche Fassung des Bundesrates befürwortete, mit 31 zu 12 Stimmen bei zwei Enthaltungen.¹¹¹

Leider finden sich in den Materialien zur Debatte im Nationalrat wenig juristisch verwertbare Voten der Gegner der Ergänzung.¹¹² Etwas ergiebiger ist diesbezüglich das Material aus dem Ständerat: Was in der Summe zum Ausdruck kommt ist, dass über alle politische

108 AmtlBull 2015 S 945.

109 AmtlBull 2016 N 73.

110 AmtlBull 2016 S 273.

111 AmtlBull 2016 S 276.

112 Exemplarisch kann hier auf das Votum von Nationalrat CHRISTIAN WASSERFALLEN verwiesen werden (AmtlBull 2016 N 63 f.), der die am Ende obsiegende Minderheit I anführte.

Couleurs hinweg Konsens darüber herrschte, dass die erwähnten «Landschaftsikonen» (Rheinfall, Matterhorn oder die Berner Hochalpen) unangetastet bleiben sollen.¹¹³ Allerdings stand bei den Gegnern die Befürchtung einer zu starken Akzentverschiebung in Richtung Schutzinteressen, kombiniert mit einer *Rechtsunsicherheit* in Bezug auf die Wendung «Kern des Schutzwertes» im Raum.¹¹⁴

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass aus dem Vorgang (vorerst Aufnahme der Ergänzung und danach wieder Streichung) keine Schlüsse gezogen werden können. Insbesondere der Schluss, besagte «Landschaftsikonen» seien nun antastbar, wäre falsch. Die Befürchtung, der bei richtiger Rechtsanwendung tatsächlich *ohnehin* bestehende «Kernschutz» sei gefährdet, ist daher m. E. unbegründet.¹¹⁵ Vielmehr hätte die Ergänzung auch nicht zu mehr Gewissheit in diesem Punkt geführt, sondern, wie die Gegner zu Recht bemerkten, schlicht zu mehr Auslegungsmaterie und zu neuen – im Endeffekt de facto indes annähernd identischen Abwägungsfragen.¹¹⁶ Bei der Anwendung des Tatbestandes im konkreten Fall hätte man m. a. W. genau die gleichen Fragen zu beantworten gehabt, die man sich bei der Festlegung der Schutzziele und deren Gewichtung in der Interessenabwägung *ohnehin* auch stellen muss.

113 Vgl. die Voten von den Nationalräten HANS GRUNDER (AmtlBull 2016 N 64), BASTIEN GIROD (AmtlBull 2016 N 67) und wohl auch ALBERT RÖSTI (AmtlBull 2016 N 68); s. auch die Voten von Bundesrätin DORIS LEUTHARD (AmtlBull 2016 N 70 und 2016 S 275).

114 Vgl. auch das Votum von Nationalrat KARL VÖGLER (AmtlBull 2016 N 69) und den Ständeräten BEAT VONLANTHEN (AmtlBull 2016 S 273), WERNER HÖSLI (AmtlBull 2016 S 273), BEAT RIEDER (AmtlBull 2016 S 273) und JOACHIM EDER (AmtlBull 2016 S 274).

115 Diese Befürchtung äussert MARTI, *Energiewende* (Fn. 20), S. 458.

116 Eine Analogie zum Begriff der Kernzone eines Nationalparks in Art. 23f Abs. 3 Bst. a NHG bzw. Art. 16 und 17 der Verordnung vom 7. November 2007 über die Pärke von nationaler Bedeutung (PäV, SR 451.36) sehe ich bspw. auch nur bedingt. Vgl. zum «Kerngehalt» in der Auslegung des Natur- und Heimatschutzrechts WALDMANN (Fn. 80), S. 30 ff. S. schliesslich die Überlegungen von LEIMBACHER, *Kommentar NHG* (Fn. 16), Kap. 6 Rz. 13, der einen dem Kerngehaltschutz der Grundrechte analogen Schutz der Natur fordert.

III. Gesamtwürdigung

Mitunter las man heftige Kritik am Gesetzesentwurf des Bundesrates. So bemerkt MARTI, der Bundesgesetzgeber hätte, «statt die erforderlichen Anlagen von eindeutig nationalem Interesse durch Sachpläne und Konzepte konkret und gerichtlich überprüfbar zu bezeichnen, so wie dies massgebliche Experten primär» vorgeschlagen hätten, «auf Antrag des Bundesrates» mittels einer «sehr einfache[n], unpräzise[n] und überdies verfassungsrechtlich problematische[n] Methode» den bisherigen besonderen Standard der Objekte von nationaler Bedeutung, die nur durch Anlagen von ebenfalls nationalem Interesse beeinträchtigt werden dürften, «flächendeckend» abgesenkt. Dies habe zur Folge, dass in BLN-Gebieten auch Anlagen errichtet werden dürften, die nicht effektiv von nationaler Bedeutung seien, was «der Landschaftsverschandelung in solchen Schutzgebieten Tür und Tor» öffne und «keine Tabubereiche (z. B. Rheinfall, Gletschergebiete)» mehr enthalte.¹¹⁷

KARLEN führt an, dass die Politik das Recht immer häufiger ohne Rücksicht auf seine autonome Funktionslogik einsetze, um auf jedes auftauchende Problem sofort eine Antwort zu geben. Als Beispiel führt er u. a. an, dass «die in Art. 14 des Energiegesetzes vorgesehene <Aufwertung> der Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien bei der Abwägung mit entgegenstehenden Natur- und Heimatschutzinteressen» «wenig einleuchtend» sei. Solle an einer echten Interessenabwägung im Einzelfall festgehalten werden, brauche es die Änderung nicht.¹¹⁸

Im Bewusstsein um die Gefahr, mich dem Vorwurf der Apologetik auszusetzen, nehme ich diese Kritik, beginnend mit jener primär allgemeiner Natur von KARLEN, zum Ausgangspunkt, das neue Recht zusammenfassend ins (hoffentlich rechte) Licht zu setzen. Es fällt nicht schwer, im Grundsatz die von DI FABIO¹¹⁹ inspirierte Analyse KARLENS zu teilen, der eine «Erneuerung statt weitere Erosion des Rechts» fordert. Die de facto in einer zerstörerischen Flutwelle gebo-rene Energiestrategie 2050, deren legislatives Derivat teilweise Ge-

117 So MARTI, *Energiewende* (Fn. 20), S. 457 f.

118 So KARLEN (Fn. 20), S. 622.

119 UDO DI FABIO, *Schwankender Westen*, München 2015.

genstand seines Tadels bildet, trägt in der Tat die Ingredienzien eines scheinbar vermehrt auftretenden politischen Aktivismus gleichsam der physikalischen Gesetzmässigkeit von *actio* (Ereignis; i. c. ein Tsunami in Japan) und *reactio* (neues Gesetz). Dass dies – und der regelmässig damit verbundene Zeitdruck – nicht die besten Voraussetzungen für grosse gesetzgeberische Würfe sind, ist offensichtlich. Wer wünscht sich nicht «neue Ideen, eine breiter angelegte und auch kontroverser geführte Diskussion», «weniger Mainstream» oder «mehr Umsicht» bei Rechtsetzung und Rechtsprechung^{120,121}? Nur: Blosser Kritik und wohlgemeinte Appelle an die Politik werden hier nicht weiterhelfen. Man wird nicht umhinkommen, über Reformen des Rechtsetzungs-, ja des politischen Prozesses nachzudenken, denn dort liegt der Hase im Pfeffer. Die Zeiten EUGEN HUBERS, der sich über Jahrzehnte hinweg «from scratch» mit der Schöpfung eines Erlasses beschäftigen konnte, sind allerdings vorbei.

Man mag sich vielleicht an der sektoriellen Herangehensweise stören. Dabei darf aber nicht vergessen gehen, dass gerade das Umweltrecht stark sektoriell geprägt ist¹²² – ein Umstand, der natürlich zu Konflikten mit dem Prinzip der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung¹²³ führen kann. Dies manifestiert sich gerade in den Schnittstellen einzelner Regelungsmaterien, deren sektorpolitische Zielsetzung sich mitunter diametral widerspricht. Allerdings wirft GRIFFEL m. E. zu Recht die Frage auf, ob der Gesetzgeber überhaupt in der Lage wäre, «komplexe Phänomene anders als sektoriell und problemorientiert anzugehen».¹²⁴ Vieles deutet darauf hin, dass dieser Materie, die nicht selten durch divergierende öffentliche und

120 S. KARLEN (Fn. 20), S. 622.

121 Lesenswert hierzu DI FABIO: «Die demokratischen Regierungen sehen sich immer stärker in einem Rechtsgeflecht, durch dilatorische Formelkompromisse als Gesetz ausgehandelt und dann mittels Bürokratie und Rechtsprechung konkretisiert, die manchmal auf eigene Faust politische Moral durchsetzen. Wer heute das Recht als reines Instrument der Politik ohne Rücksicht auf innere Systematik begreift, wird morgen nach radikaler Rechtsvereinfachung oder wahrscheinlicher nach partieller Missachtung des Rechts rufen, um seinen politischen Gestaltungswillen auch in einer hochgradig verrechtlichten Umwelt durchzusetzen» (DI FABIO [Fn. 119], S. 227).

122 S. Fn. 24.

123 Zur rechtsdogmatischen Einordnung im Zusammenhang mit dem Ganzheitslichkeitsprinzip s. GRIFFEL (Fn. 4), Rz. 460.

124 GRIFFEL (Fn. 4), Rz. 444 mit Hinweisen, und Rz. 446.

private Interessen und ausserordentliche Heterogenität des Gegenstandes gekennzeichnet ist, nicht mit einem übergeordneten, generell-abstrakten Ansatz beizukommen gewesen wäre. Mit Blick auf die politischen Realitäten wäre ein solcher Ansatz ohnehin unrealistisch gewesen.¹²⁵

Schwerer fällt es, für die Kritik im Speziellen Verständnis aufzubringen. Unzutreffend ist die Aussage, der Bundesrat habe den Königsweg über die raumplanerischen Instrumente nicht vorgeschlagen.¹²⁶ Dies hatte er mit Art. 11 E EnG ff. «Konzept für den Ausbau der erneuerbaren Energien» sehr wohl. Nur: Der Vorschlag scheiterte im Parlament am Widerstand der Kantone. Dies ist natürlich bedauerlich, denn die Konzeption hätte m. E. eine vorausschauende, gesamtschweizerische und ausgewogene Berücksichtigung von Schutz- und Nutzungsinteressen ermöglicht und drohende Interessenkonflikte bereits in einem frühen Stadium bereinigt.¹²⁷ Freilich, verboten ist eine Planung dennoch nicht – im Gegenteil.¹²⁸

Was die übrigen Punkte anbelangt, muss man sich vergegenwärtigen, was das neue Recht bei Lichte besehen tut. Im Ergebnis ist es nämlich nicht mehr und nicht weniger, als den Entscheid über die Frage des nationalen Interesses *selber* zu fällen bzw. ihn *einem anderen Organ zu übertragen* – genau so, wie es bereits Teilen des Umweltrechts in Bezug auf die Schutzinteressen vorgesehen ist. Was falsch daran sein soll, wenn Gesetzgeber und Bundesrat auch im Bereich der Energiepolitik – bzw. überhaupt – festlegen, was im nationalen Interesse liegt, ist schwer zu erkennen, zumal die Interessenabwägung im Konkreten damit keineswegs präjudiziert wird und noch immer vorzunehmen ist.¹²⁹ Im Gegenteil: M. E. ist es sinnvoller, wenn

125 Ob bspw. Vorschläge, wie jene von PLÜSS (Fn. 4), der u. a. gesetzliche Beurteilungskriterien für die Interessenabwägung fordert (Rz. 290), dereinst umgesetzt werden können, ist schwer zu sagen. Wie gezeigt, hatte bereits die auch von ihm (m. E. zu Recht) gewünschte übergeordnete Planung (Rz. 292) im Parlament weitestgehend keine Chance.

126 So MARTI (Fn. 20), S. 457.

127 Vgl. dazu TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 39 f.; s. aber nun immerhin das Konzept Windenergie (Fn. 5).

128 Vgl. dazu PLÜSS (Fn. 4), Rz. 71 ff.; vgl. auch die Bestimmungen im nEnG und im RPG (Fn. 5).

129 Vgl. auch WALDMANN, Windenergie (Fn. 5), Ziff. 2 S. 397; unglücklich ist demgegenüber Art. 18a Abs. 4 RPG.

sachlich die Bundesversammlung bzw. der Bundesrat die Frage des nationalen Interesses soweit möglich beantwortet und nicht ein Gericht oder eine (regionale) Behörde. Gerade im Kontext der Energiepolitik sind solche Fragen stark technisch und politisch-strategisch geprägt und bedürfen auch einer langfristigen, gesamtwirtschaftlichen Perspektive unter Einbezug der internationalen Entwicklungen im Sektor. Das ist weder das Kerngeschäft der Gerichte noch jenes von Bewilligungsbehörden. Insbesondere vorliegend bot sich die Positivierung auch geradezu an, da das Anknüpfen an die Leistung oder Flexibilität einer Anlage legistisch bewältigbar ist und bis anhin *ohnehin* für die Frage des nationalen Interesses zentrales Kriterium in der Praxis war.¹³⁰ Mit Blick auf die Prozedur des Inventarisierungsverfahrens erreicht die Festlegung durch den Bundesrat auch ein gleiches Niveau. Sie ist stufengerecht.¹³¹ Ob das neue Recht nun tatsächlich eine Akzentverschiebung zugunsten der Nutzungsinteressen (Eingriffsinteressen) nach sich ziehen wird, hängt in der Tat auch von der Verordnung des Bundesrates, also dessen künftiger Festlegung der Schwellenwerte ab.¹³² Weshalb das Gesetz gegen die Verfassung verstossen soll, wird schliesslich weder begründet, noch ist es zu erkennen.¹³³

Richtig ist, dass der Bundesrat *ausnahmsweise* die Möglichkeit hat, einer Anlage zur Nutzung erneuerbarer Energien trotz Nichterreichens der erforderlichen Grösse und Bedeutung ein nationales Interesse zuzuerkennen. Dass dies zur Folge haben soll, dass auch Anlagen errichtet werden dürfen, die «nicht effektiv»¹³⁴ von nationaler

130 Vgl. im Zusammenhang mit der Interessenabwägung das Urteil des Bundesgerichts IC_346/2014 vom 26. Oktober 2016, E. 6.3, mit Hinweis.

131 Vgl. TSCHANNEN/MÖSCHING (Fn. 4), S. 39 f.

132 Vgl. dazu die Überlegungen bei PLÜSS (Fn. 4), Rz. 98.

133 Mit Blick auf Art. 78 Abs. 2 BV (Rücksichtnahme auf den Natur- und Heimatschutz und ungeschmälerte Erhaltung von Natur- und Kulturdenkmälern bei Erfüllung von Bundesaufgaben, wenn öffentliche Interessen es gebieten) ist die für das Parlament massgebende Grenze des Vertretbaren schwerlich überschritten (a. M. MARTI, *Energiewende* [Fn. 20], S. 457 f.). Insbesondere ist der Grundsatz, dass, sofern öffentliche Interessen es gebieten, Natur- und Kulturdenkmäler ungeschmälert erhalten werden sollen, keineswegs infrage gestellt (zur Bestimmung s. NINA DAJCAR/ALAIN GRIFFEL, BSK BV, Basel 2015, Rz. 16 zu Art. 78 BV; ARNOLD MARTI, St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 6 f. und 9 zu Art. 78 BV).

134 Ähnlich auch PLÜSS (Fn. 4), Rz. 34.

Bedeutung seien, was «der Landschaftsverhandlung in solchen Schutzgebieten Tür und Tor» öffne und «keine Tabubereiche (Rheinfall, Gletschergebiete)» mehr enthalte,¹³⁵ ist m. E. abwegig.¹³⁶ Immerhin muss die fragliche Anlage gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. a nEnG nach wie vor einen *zentralen* Beitrag zur Erreichung der Ausbaurichtwerte leisten. Deutlich wird der Geist des Gesetzes auch mit Blick auf die oben wiedergegebene Debatte zum «Kern des Schutzwertes» und die Ausführungen des Bundesrates. Nein, eine Lockerung des Umwelt- und Gewässerschutzrechts wurde mit der Energiestrategie 2050 nicht angestrebt. Es war nicht die Absicht, dass sämtliche noch freien Standorte verbaut werden, erst recht nicht in Schutzgebieten.¹³⁷

135 MARTI, Energiewende (Fn. 20), S. 457.

136 S. auch WALDMANN, Windenergie (Fn. 5), Ziff. 2 S. 397.

137 Vgl. dazu BGE 140 II 262 E. 8.4.1 S. 281 (WWF et. al.) mit Hinweis auf die Botschaft ES 2050 (Fn. 20).

Zugang zu praxis- orientierten Aufsätzen

ZBJV

Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

Jörg Schmid, Sibylle Hofer (Herausgeber)

Erscheint 11x jährlich,

deutsch, broschiert, 0044-2127

Kompetente AutorInnen kommentieren in der Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins ZBJV ausführlich die bundesgerichtliche und die kantonale Rechtsprechung in Form aktueller Entscheidungen. Aufsätze und Abhandlungen namhafter ProfessorInnen bereichern das Angebot der Zeitschrift. Gesetzesnovellen werden vorgestellt und Gesetzesentwürfe diskutiert. Berichte wie zum Beispiel aus Strassburg vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, aber auch von anderen Institutionen, geben über die Schweiz hinaus Einblick in das juristische Geschehen. Buchbesprechungen und Hinweise auf Veranstaltungen und Vorträge ergänzen die Zeitschrift, die in der ganzen Schweiz gelesen wird. Eine Informationsquelle, die insbesondere für praktische Juristinnen und Juristen nicht wegzudenken ist.

inkl. Online-
Archivzugang



Stämpfli
Verlag

Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

CH-3001 Bern

Tel. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

verlag@staempfli.com

www.staempfliverlag.com



Bestellschein

— **Ex. Jahresabonnement inkl. 1 Online-Archivzugang**

CHF 157.–* inkl. Versandkosten

— **Ex. Jahresabonnement (nur online)**

CHF 121.–

— **Ex. Probeheft**

Gratis

*Lieferanschrift Schweiz

Name, Vorname

Firma

Strasse

PLZ/Ort

Telefon

E-Mail

☐ Ich abonniere den Newsletter

Datum, Unterschrift

1408-185/16

**Retournieren Sie den Bestellschein oder bestellen Sie
Ihre Exemplare unter**

www.staempflishop.com | periodika@staempfli.com

Telefon: +41 31 300 63 25 | Fax: +41 31 300 66 88



Stämpfli Verlag AG

Wölflistrasse 1

Postfach

3001 Bern