

Rechtliche Massnahmen zur Verhinderung und Bewältigung einer Strom- und Gasmangellage

Prof. Dr. iur. *Peter Hettich*, Universität St. Gallen

Inhaltsverzeichnis

I. Absehbar prekär werdende Versorgungslage	1
II. Sicherstellung der Versorgung mit Gas.	2
III. Sicherstellung der Versorgung mit Elektrizität.	4
IV. Würdigung	8

Der vorliegende Beitrag stellt die rechtlichen Massnahmen, die Parlament und Bundesrat seit Mitte des Jahres 2021 zur Vermeidung und Bewältigung der befürchteten Energiemangellage ergriffen haben, chronologisch dar und versucht sich in einer – freilich durch die persönliche Perspektive des Autors gefärbten – wertenden Einordnung (Stand: .

I. Absehbar prekär werdende Versorgungslage

Auf Druck von Parlament und verschiedenen Akteuren der Energiewirtschaft befasst sich der Bundesrat schon seit geraumer Zeit mit der abnehmenden Energieversorgungssicherheit der Schweiz.¹ Im Bereich der Elektrizität mündeten seine Bemühungen am 18. Juni 2021 in einen Entwurf für ein «Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien»² – einen Mantelerlass zur Änderung des StromVG und des EnG³. Der Erlass soll die Selbstversorgungsfähigkeit der Schweiz im Bereich Elektrizität «erhalten» helfen.⁴ Derweil entwickelte sich mit dem Abbruch der Verhandlungen um das institutionelle Abkommen am

1 Das für die Versorgungssicherheit wohl zentrale Bundesgesetz über die Stromversorgung vom 23. März 2007 (Stromversorgungsgesetz, StromVG, SR 734.7) befindet sich allerdings seit seinem Inkrafttreten in einem relativ fruchtlosen Revisionsprozess. Für einen Überblick *Peter Hettich et al.*, Strommarkt 2023: Quotenmodelle im Zieldreieck von Umweltverträglichkeit, Wirtschaftlichkeit und Versorgungssicherheit, St.Gallen/Zürich 2017, S. 183.

2 Entwurf eines BG über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (Änderung des Energiegesetzes und des Stromversorgungsgesetzes), BBl 2021 1667 (Mantelerlass.

3 Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0).

4 Der Bundesrat strebt dabei an, «die bisherige Selbstversorgungsfähigkeit der Schweiz (aktuell im Mittel ca. 22 Tage) [...] längerfristig zu erhalten» (Bundesrat, Botschaft zum Bundesgesetz über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien vom 18. Juni 2021, BBl 2021 1666, S. 15).

26. Mai 2021⁵ auch das Verhältnis zur Europäischen Union zum Schlechteren: Es war zu befürchten, dass die Mitgliedstaaten der Union ihre Exportkapazitäten Richtung Schweiz künstlich reduzieren könnten; dies aufgrund der Vorgabe von Art. 16 der europäischen Verordnung über den Elektrizitätsbinnenmarkt⁶, wonach die Mitgliedstaaten bis Ende 2025 70% ihrer grenzüberschreitenden Übertragungsnetzkapazitäten für den Handel zwischen Mitgliedstaaten reservieren sollen. Die ab 2025 nun absehbar prekär werdende Versorgungslage⁷ sollte mit einer verstärkten Vorsorgeplanung sowie einer Beschleunigung der Verfahren zur Bewilligung von Wasserkraft- und Windenergieanlagen aufgefangen werden;⁸ im weiteren Verlauf beschloss der Bundesrat an seiner Sitzung vom 16. Februar 2022 überdies die Einrichtung einer Wasserkraftreserve für den Winter 2022/23, vorerst auf dem Verordnungsweg, sowie «den gestaffelten Bau von zwei bis drei Gaskraftwerken mit einer Leistung von insgesamt bis zu 1000 Megawatt».⁹

Eine Woche später, am 24. Februar 2022, begann die Invasion russischer Truppen in die Ukraine.

II. Sicherstellung der Versorgung mit Gas

Seither agiert der Bundesrat eher unorthodox. Rasch richtete der Bundesrat sein Augenmerk auf die Gasversorgung und beauftragte am 4. März 2022 das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF «in Zusammenarbeit mit der WEKO», der Schweizer Gasbranche die gemeinsame Gasbeschaffung zu ermöglichen.¹⁰ Rechtlich einwirken konnte der Bundesrat auf die von den Verwaltungsbehörden unabhängige WEKO (Art. 19 Abs. 1 KG¹¹) aber nur, indem er der Gasbranche eine ausnahmsweise Zulassung

5 Bundesrat, Das Institutionelle Abkommen Schweiz-EU wird nicht abgeschlossen, Medienmitteilung vom 26. Mai 2021; diese und die nachfolgend referenzierten Medienmitteilungen sind abrufbar unter <<https://www.admin.ch/>>.

6 Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt (ABl L158 vom 14. Juni 2019, S. 54 ff.).

7 Peter Hettich, Stell dir vor, es ist Blackout, und keiner ist schuld, Schweizer Monat Nr. 1093 vom Februar 2022, abrufbar unter <<https://schweizermonat.ch/stell-dir-vor-es-ist-blackout-und-keiner-ist-schuld/>> (zuletzt besucht am 8. November 2022).

8 Bundesrat, Bundesrat will Verfahren für Wasserkraft- und Windenergieanlagen beschleunigen, Medienmitteilung vom 3. Februar 2022. Die Vorlage beruht auf einer von Heinz Aemisegger und Arnold Marti verfassten Studie vom 27. Oktober 2021, abrufbar unter <<https://www.are.admin.ch/>> (zuletzt besucht am 8. November 2022).

9 Bundesamt für Energie BFE, Versorgungssicherheit: Bundesrat richtet ab dem nächsten Winter eine Wasserkraftreserve ein und plant Reserve-Kraftwerke, Medienmitteilung vom 17. Februar 2022.

10 Bundesrat, Ukraine: Bundesrat beschliesst Massnahmen für die Gasversorgungssicherheit im Winter 2022/23, Medienmitteilung vom 4. März 2022.

11 Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251).

eines womöglich von der WEKO für unzulässig erklärten Verhaltens (Art. 8 KG) in Aussicht stellte.¹² Das für die Ausnahmegewilligung vorgesehene Verfahren, welches nicht vorsieht, dass der Bundesrat der WEKO vorgreift (Art. 31 KG), konnte der Bundesrat dabei freilich nicht einhalten.¹³

Die vom Bundesrat am 31. August 2022 in Konsultation gegebenen Verordnungen zur Bewältigung der Gasmangellage (Umschaltung erdgasbetriebener Zweistoffanlagen auf andere Brennstoffe, Verbote und Beschränkungen der Verwendung von Gas, Kontingentierung des Gasbezugs) stützen sich vorwiegend auf Art. 31 Abs. 1 und 2 Bst. a und b LVG¹⁴. In diesen Verordnungen enthalten ist der Vorschlag, Innenräume höchstens auf 19 Grad Celsius zu heizen und Boiler höchstens auf 60 Grad Celsius zu erwärmen, was «als verhältnismässig und zumutbar zu betrachten ist»¹⁵; gemäss Art. 49 LVG könnte das vorsätzliche «Überheizen» in der Folge mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft werden. Es geht hier rechtlich um zeitlich begrenzte wirtschaftliche Interventionsmassnahmen im Zusammenhang mit der unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden schweren Mangellage. Die Verordnungen sollen erst bei Eintritt der schweren Mangellage in Kraft gesetzt werden;¹⁶ mit Brief vom 23. September 2022 haben die Vorsteher von WBF und UVEK aber die Umstellung von Zweistoffanlagen auf Heizölbetrieb schon ab dem 1. Oktober 2022 – rechtlich unverbindlich – empfohlen.¹⁷ Zur Erleichterung dieser Umstellung hat der Bundesrat am 16. September Änderungen der CO₂-Verordnung und der Luftreinhalteverordnung, bei letzterer vor allem zeitlich befristete weniger strenge Grenzwerte für Kohlenmonoxid und Stickoxide, beschlossen.¹⁸ Um die Versorgung der Schweiz mit Mineralölprodukten weiterhin sicherstellen zu können, hat das WBF am 2. September 2022 eine Verordnung über die Pflichtlagerfreigabe von flüssigen Treib- und Brennstoffen (Autobenzin, Diesel- und Heizöl sowie Flugpetrol) erlassen; diese trat am 3. Oktober 2022 in Kraft.¹⁹ Die Freigabe dieser Pflichtlager erfolgte gestützt auf Art. 21 VWLV²⁰ i.V.m. Art. 31 Abs. 2 Bst. f LVG und setzt eine drohende oder

12 Bundesrat, Energie: Bundesrat und Branche stärken Gas-Beschaffung und bereiten sich auf mögliche Mangellagen vor, Medienmitteilung vom 29. Juni 2022.

13 Siehe etwa Beat Zirlick/Christoph Tagmann, in: Marc Amstutz/Mani Reinert [Hrsg.], Kartellgesetz, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2021, Art. 31 N 9 f.

14 Bundesgesetz über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 17. Juni 1966 (LVG; SR 531).

15 WBF/Wirtschaftliche Landesversorgung WL, Kommentar zum Entwurf einer Verordnung über Verbote und Beschränkungen der Verwendung von Gas vom 31. August 2022, S. 2.

16 Bundesrat, Energie: Bundesrat startet Sparkampagne, Medienmitteilung vom 31. August 2022.

17 WBF/UVEK, Energie: Der Bundesrat empfiehlt die Umschaltung von Zweistoffanlagen, Medienmitteilung vom 23. September 2022.

18 Bundesamt für Umwelt BAFU, Umschaltung von Zweistoffanlagen: Bundesrat passt zwei Verordnungen an, Medienmitteilung vom 16. September 2022, abrufbar unter <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/recht/mitteilungen.msg-id-90374.html>> (zuletzt besucht am 8. November 2022).

19 Verordnung des WBF über die Pflichtlagerfreigabe von flüssigen Treib- und Brennstoffen vom 12. September 2022 (SR 531.211.38).

20 Verordnung über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 10. Mai 1967 (VWL; SR 531.11).

bestehende schwere Mangellage voraus. Schon zuvor waren am 22. Juli 2022 und am 18. August 2022 wegen des – aufgrund logistischer Engpässe auf dem Rhein und bei ausländischen Bahnen – beeinträchtigten Nachschubs von Mineralölprodukten Pflichtlagerunterschreitungen von 6,5% bzw. 12,8% zugelassen worden;²¹ mit der Zulassung dieser Unterschreitungen von knapp 20% waren dann aber die Kompetenzen des Bundesamts für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL) ausgeschöpft.²² Für Gas konnten hingegen keine Pflichtlager freigegeben werden, da solche auf dem Territorium der Schweiz nicht bestehen; die Lagerpflicht kann hier auch durch eine finanzielle Beteiligung an der Lagerung von Heizöl extra-leicht erfüllt werden.²³

Ein von den Departementsvorstehern des UVEK und des WBF am 22. Mai 2022 im Vorfeld des WEF in Davos angekündigtes «Solidaritätsabkommen» mit Deutschland zur Bewältigung von Engpässen in der Gasversorgung²⁴ scheint aufgrund offener institutioneller Fragen gescheitert. Deutschland ist hinsichtlich des Erdgases ~~freilich ebenfalls eher ein «Habenichts»~~; Gemäss Presseberichten sei die «Gas-solidarität» mit Deutschland auch in der Union selbst gering; dennoch konnte das Land seine Gasspeicher zu 99,38% füllen (Stand 7. November 2022).

III. Sicherstellung der Versorgung mit Elektrizität

Die Schweiz ist seit geraumer Zeit darauf angewiesen, im Winterhalbjahr Elektrizität aus dem Ausland importieren zu können. Seit der kritischen Energie- und Netzsituation im Winter 2015/16 wird dieser Missstand denn auch wiederkehrend von der ElCom angeprangert.²⁵ Für den kommenden Winter 2022/23 akzentuiert sich nun die ungenügende Fähigkeit zur Selbstversorgung aufgrund tatsächlicher Entwicklungen im Ausland: Im Winter produzieren die deutschen Windkraft- und Photovoltaikanlagen naturgemäss schwach; russisches Erdgas zur Produktion von Elektrizität ist nicht mehr verfügbar; die alternden französischen Kernkraftwerke sind aufgrund von umfangreichen Wartungsarbeiten und massiven Korrosionsproblemen in geringerer Anzahl als sonst am Netz. Als Konsequenz droht der Schweiz also nicht «erst» Ende 2025, sondern schon diesen Winter eine «Strommangellage». Entlastend wirken mittlerweile Massnahmen im Ausland,

21 WBF/BWL, Trockenheit beeinträchtigt Mineralölversorgung der Schweiz, Medienmitteilung vom 22. Juli 2022; BWL, Zweite Pflichtlagerunterschreitung für Mineralölprodukte, Medienmitteilung vom 18. August 2022.

22 Art. 5 Abs. 1 der Verordnung des WBF über die Pflichtlagerhaltung von flüssigen Treib- und Brennstoffen vom 20. Mai 2019 (SR 531.215.411).

23 Art. 2 Abs. 4 der Verordnung über die Pflichtlagerhaltung von Erdgas vom 10. Mai 2017 (Erdgaspflichtlagerverordnung, SR 531.215.42). Dazu *Simone Walther*, Schweizerische Energieversorgungssicherheit, *Sicherheit und Recht* 2/2014, S. 125 f., 128 f.

24 UVEK, WEF Davos: Schweiz und Deutschland im Austausch zu Wirtschafts- und Energiethemen, Medienmitteilung vom 22. Mai 2022.

25 ElCom, Versorgungssicherheit Winter 2015/16: Sonderbericht der ElCom vom Juni 2016, abrufbar unter <<https://www.elcom.admin.ch/>> (zuletzt besucht am 8. November 2022).

wie etwa die Rückkehr Deutschlands zur klimaschädlichen Braunkohle sowie die «Laufzeitverlängerungen» belgischer und deutscher Kernkraftwerke.

Diese negativen Aussichten haben die Ständeräte bewogen, den in der vorberatenden UREK-S festgefahrenen Mantelerlass²⁶ zu deblockieren und am 29. September 2022 zu verabschieden: Die vorgeschlagene «Energiereserve für kritische Versorgungssituationen» wurde übernommen (Art. 8a); die Bestimmungen für den Zubau bei der Stromproduktion im Winter wurden ausgebaut (Art. 9^{bis}) und durch Vorgaben zur Energieeffizienz (Art. 9^{ter}) ergänzt. Der Zubau soll in erster Linie mit Speicherwasserkraftwerken und alpinen Solaranlagen bewerkstelligt werden; «sicher abrufbare» Produktion bieten hier freilich nur die 15 im Anhang des revidierten StromVG aufgeführten Wasserkraftwerke aus dem «Tischen Tisch Wasserkraft», deren Bau stark erleichtert werden soll. Das Geschäft liegt nun bei der UREKN, die am 11. Oktober 2022 auf die Vorlage eingetreten ist und diese bis Ende Januar 2023 zu Ende beraten will.

Für dringlich erklärt und schon per 1. Oktober 2022 in Kraft gesetzt wurden das am 30. September 2022 verabschiedete FiREG²⁷ und eine Änderung des EnG mit «Dringliche[n] Massnahmen zur kurzfristigen Bereitstellung einer sicheren Stromversorgung im Winter».²⁸ Die mit dem EnG anvisierte «Solaroffensive» soll namentlich die Produktion von zusätzlicher Elektrizität aus Photovoltaik-Grossanlagen und Speicherwasserkraftwerken ermöglichen (Art. 71a bzw. 71b). Gedacht wurde hier offensichtlich an die in den Medien herumgereichten Projekte in den Regionen Gondo, Grengiols und der Grimsel, die im kommenden Winter sicher noch nicht erstellt sein werden. Ergänzend soll überdies ein «Dringliches Gesetz zur Beschleunigung von fortgeschrittenen Windparks» verabschiedet werden.²⁹

Zur Sicherstellung der Elektrizitätsversorgung kann freilich auch der Bundesrat Massnahmen ergreifen, und zwar gestützt auf Art. 9 StromVG – mit eher mittel- bis langfristigem Zeithorizont – sowie gestützt auf Art. 31 ff. LVG – mit eher kurzfristigem Zeithorizont bei «unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden schweren Mangellagen». Überdies besteht nach wie vor mit Art. 8 WRG³⁰ eine an sich obsoleete Bewilligungspflicht für «[d]ie Ableitung von Wasser und die Abgabe

26 Anm. 2. Zu diesem Problemkreis *Peter Hettich/Alexander Keberle*, Die Energiekrise erlaubt überfällige Kurskorrekturen, NZZaS online vom 13. August 2022.

27 Bundesgesetz über subsidiäre Finanzhilfen zur Rettung systemkritischer Unternehmen der Elektrizitätswirtschaft vom 30. September 2022 (FiREG; SR 734.91). Dieses Gesetz, das sich mit Art. 91 Abs. 1 BV nicht wirklich auf belastbare Verfassungsgrundlagen berufen kann, hat die zuvor auf Art. 185 Abs. 3 BV gestützte Notverordnung des Bundesrates (FiREVO; AS 2022 492) abgelöst. Gestützt auf die FiREVO hat das UVEK der Axpo per Verfügung einen Kreditrahmen von CHF 4 Mia. zugesichert.

28 AS 2022 543.

29 Pa.Iv. 22.461 (UREK-N) «Dringliches Gesetz zur Beschleunigung von fortgeschrittenen Windparks und von grossen Vorhaben der Speicherwasserkraft» vom 22. September 2022, der die UREK-S am 24. Oktober 2022 zugestimmt hat; die UREK-N hat am 2. November 2022 «die Grundzüge dieser Gesetzesvorlage festgelegt und ist dabei nicht unwesentlich vom ursprünglichen Initiativtext abgewichen».

30 Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (Wasserrechtsgesetz, WRG; SR 721.80).

der aus einem Gewässer erzeugten elektrischen Energie ins Ausland». Zur Erhöhung der Stromproduktion wurden nun, gestützt auf Art. 31 Abs. 2 Bst. c und Art. 34 LVG, die Restwassermengen auf das gewässerschutzrechtliche Minimum gesenkt;³¹ der Bundesrat hätte zu diesem Zweck wohl auch Art. 5 GSchG³² (Ausnahmen für Gesamtverteidigung und Notlagen) anrufen können. Ferner soll auf den Hochspannungsleitungen Bassecourt-Mühleberg und Bickigen-Chippis die Betriebsspannung erhöht werden dürfen.³³ Die rechtlichen Grundlagen für das temporäre Reservekraftwerk in Birr wurden schliesslich vor allem gestützt auf Art. 32 LVG erlassen.³⁴

Zur Umsetzung der genannten Verordnungen musste sich der Bundesrat auf Art. 34 Abs. 4 LVG stützen. Art. 34 LVG verweist auf einen Katalog von «Bestimmungen anderer Erlasse», die der Bundesrat für die Dauer der Geltung von wirtschaftlichen Interventionsmassnahmen vorübergehend für nicht anwendbar erklären darf; der einschlägige Anhang 1 des LVG erfasste bis zum Herbst dieses Jahres lediglich das Nacht- und Sonntagsfahrverbot für Lastwagen. Der erwähnte Abs. 4 ermöglicht es nun dem Bundesrat, «bei einer unmittelbar drohenden oder bereits bestehenden schweren Mangellage weitere Bestimmungen» in den Katalog aufzunehmen. Im Zuge der verschiedenen Interventionsmassnahmen wurden mittlerweile zentrale Bestimmungen von acht Bundeserlassen in den Katalog aufgenommen und infolgedessen für nicht anwendbar erklärt (Restwasservorschriften, Planungspflicht, Richtplanvorbehalt, Umweltverträglichkeitsprüfung, etc.).³⁵ Überdies erklärt die Verordnung über die Bereitstellung eines temporären Reservekraftwerks in Birr diverse kantonale Bestimmungen für nicht anwendbar, «soweit sie im Widerspruch zur rechtzeitigen Bereitstellung des Reservekraftwerks stehen» (Art. 2 Abs. 2 der Verordnung). Woraus der Bundesrat diese Kompetenz ableite, sei unklar, lässt sich *Giovanni Biaggini* vernehmen;³⁶ die Botschaft schweigt sich bezüglich der Reichweite von Art. 34 Abs. 4 LVG aus.³⁷

31 Verordnung über die befristete Erhöhung der Stromproduktion bei Wasserkraftwerken vom 30. September 2022 (SR 531.65).

32 Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer vom 24. Januar 1991 (Gewässerschutzgesetz, GSchG; SR 814.20).

33 Verordnung über die Erhöhung der Betriebsspannung im elektrischen Übertragungsnetz vom 30. September 2022 (SR 531.63).

34 Verordnung über die Bereitstellung eines temporären Reservekraftwerks in Birr vom 23. September 2022 (SR 531.64).

35 AS 2022 528; AS 2022 545; AS 2022 546.

36 *Daniel Gerny*, Ohne dass es jemand bemerkt hat: Der Bundesrat hat eine drohende Strommangellage ausgerufen, NZZ online vom 26. September 2022.

37 Botschaft des Bundesrats zur Totalrevision des Landesversorgungsgesetzes vom 3. September 2014, BBl 2014 7119, S. 7153 f. In der Botschaft ist lediglich von «Gesetzesnormen ausserhalb des Landesversorgungsrechts», in den Debatten von «Bestimmungen [...], die den allfälligen wirtschaftlichen Interventionsmassnahmen widersprechen» die Rede (a.a.O., S. 7153; Votum SR Baumann, AB 2015 S 255).

Die schon früh angekündigte Wasserkraftreserve wurde schliesslich am 7. September 2022 eingerichtet.³⁸ Mit Blick auf den Wortlaut des zugrunde liegenden, offensichtlich sehr weit ausgelegten Art. 9 Abs. 1 Bst. b StromVG «beschafft» die Wasserkraftreserve freilich keine zusätzliche Energie, sondern verpflichtet die Wasserkraftwerksbetreiber vielmehr dazu, eine Produktionsreserve «vorzuhalten». Die Reserve kommt nur bei fehlender Markträumung, also subsidiär, zum Einsatz, und ist folglich dem Markt entzogen; damit die Reserve nicht zu zusätzlicher Verknappung und entsprechenden Preissteigerungen führt, muss sie einigermassen intelligent bewirtschaftet bzw. abgerufen werden. Für die derzeit offenbar nicht notwendige «Verpflichtung zur Teilnahme» muss sich der Bundesrat ergänzend auf Art. 5 Abs. 4 LVG stützen: Diese Bestimmung des LVG zählt an sich zu den niederschweligen «Vorbereitungsmassnahmen» und nicht zu den einschneidenden «Interventionsmassnahmen».

Die Verordnung zur Errichtung der Wasserkraftreserve soll nun zur «Winterreserveverordnung» erweitert werden: Der Bundesrat möchte so die rechtlichen Grundlagen schaffen, um weitere mit Gas oder notfalls Öl befeuerte Reservekraftwerke und diverse Notstromgruppen in den Dienst der Elektrizitätsversorgung zu stellen; diese neue Verordnung soll unter anderem auf Art. 9 StromVG sowie auf Art. 5 Abs. 4 und Art. 38 Abs. 2 LVG gestützt werden und spätestens Mitte Februar 2023 in Kraft treten.³⁹ Damit die Anlagen zur Verfügung stehen, sind weitere Lockerungen im Bau-, Planungs- und Umweltrecht notwendig und in Aussicht gestellt. Die formell-gesetzliche Grundlage für die Errichtung genuin neuer Reservekraftwerke (Art. 12 der Verordnung) muss jedoch erst geschaffen werden; in der geltenden Verfassungslage kann der Bund nicht selbst zum Kraftwerksbetreiber werden.⁴⁰

Schon vor Inkrafttreten des ermöglichenden Rechts konnte der Bund am 2. September 2022 mit der General Electric Global Services GmbH einen Vertrag über die Bereitstellung eines Reservekraftwerks auf ihrem Betriebsgelände in der Gemeinde Birr (AG) abschliessen. Die so bereitgestellte Leistung von ca. 250 MW – das 2019 abgeschaltete Kernkraftwerk Mühleberg wies eine Leistung von 372 MW auf – wird bis Ende 2026 zu Kosten von rund CHF 470 Mio. führen. Das UVEK erteilte die notwendige Bewilligung am 24. September 2022, am Tag des Inkrafttretens der Verordnung.⁴¹ Gegen die Verfügung sind drei Einsprachen eingegangen, welche allerdings keine aufschiebende Wirkung haben; gegen die Einspracheentscheide des UVEK kann innert fünf Tagen Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden, welches «bei schweren Mangellagen» letztins-

38 Verordnung über die Errichtung einer Wasserkraftreserve vom 7. September 2022 (WResV; SR 734.722).

39 BFE, Energie: Bundesrat startet Vernehmlassung zur Winterreserveverordnung, Medienmitteilung vom 19. Oktober 2022.

40 UVEK, Erläuternder Bericht zur Winterreserveverordnung vom Oktober 2022, S. 6 f. Siehe auch *Reto P. Müller*, Stromversorgungssicherheit, ZBl 117/2016, S. 59 ff., 70 (grosszügiger S. 81).

41 BBl 2022 2221.

tanzlich entscheidet (Art. 45 f. LVG; Art. 83 Bst. j BGG). Am 24. Oktober 2022 wurde schliesslich die Ausschreibung für die Wasserkraftreserve im Winter 2022/23 abgeschlossen; es konnten 400 GWh zu einem Betrag von CHF 296 Mio. gesichert werden, was einem doch stolzen Preis von CHF 0.74/kWh entspricht.⁴² Die Gesamtkosten aller getroffenen Massnahmen sind noch nicht absehbar.

Gestützt auf eine von der Swissgrid AG erstellte Studie kam der Bundesrat am 2. November 2022 zum Schluss, dass im Lichte der von ihm getroffenen Massnahmen von einer angespannten, aber nicht gravierend gefährdeten Stromversorgungslage auszugehen sei.⁴³ Zu Verbrauchsbeschränkungen (Verbote von bestimmten Elektrogeräten), Kontingentierungen von Strom oder rollierenden Netzabschaltungen, die in weiteren Verordnungen zu regeln und vor allem auf Art. 31 ff. LVG zu stützen wären, soll es demgemäss also nicht kommen.⁴⁴ Die beruhigende Nachricht dürfte der Vorsteherin des UVEK die gleichentags erfolgte Erklärung des Rücktritts aus persönlichen Gründen erleichtert haben.

IV. Würdigung

Die obige Darstellung führt zunächst die rechtstaatlichen Herausforderungen der derzeitigen Lage vor Augen: Bevölkerung und Wirtschaft sehen sich konfrontiert mit in hoher Kadenz erlassenen Rechtsnormen, die sich auf tiefer Normstufe befinden, jedoch in erheblichem Ausmass höherrangiges Recht und teilweise verfassungsrechtlich verankerte Grundsätze aushebeln. Ob sich die Massnahmen des Bundes in allen Bereichen auf ausreichende Kompetenzen stützen und das im Bereich der Landesversorgung generell geltende Erfordernis der Subsidiarität erfüllen, ist zumindest diskutabel.⁴⁵ Die pauschale Gleichbehandlung der Akteure,

42 ElCom, Ergebnisse der Ausschreibung Wasserkraftreserve; Medienmitteilung vom 25. Oktober 2022.

43 Bundesrat, Energie: Stromversorgungslage im Winter angespannt, aber nicht gravierend gefährdet, Medienmitteilung vom 2. November 2022. Die erwähnte Studie ist jedoch in bemerkenswerter Weise mit einem wohl präzedenzlosen Haftungsausschluss versehen.

44 Für diesen Fall wurden modulare Verordnungsentwürfe vorbereitet, die derzeit nicht öffentlich sind; die bestehende Verordnung über die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Elektrizitätswirtschaft vom 10. Mai 2017 (VOEW; SR 531.35) regelt lediglich «die Organisation zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung im Bereich der Elektrizitätswirtschaft»; ein Krisenstab für die Energiemangellage wurde vom Bundesrat am 30. September 2022 genehmigt. Beschrieben sind die Interventionsmassnahmen generisch im entsprechenden Gefährdungsdossier des Bundesamts für Bevölkerungsschutz BABS (abrufbar unter <<https://www.babs.admin.ch/>> [zuletzt besucht am 8. November 2022]); am 23. September 2022 hat das BFE einen Bericht «Risikovorsorge der Schweiz für Strom» veröffentlicht (abrufbar unter <<https://www.bfe.admin.ch/bfe/>> [zuletzt besucht am 8. November 2022]). Erhellend auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 7. September 2022 auf die Interpellation 22.3794 (Engler) «Wem würde in einer Strommangellage zuerst der Strom abgestellt?» vom 16. Juni 2022.

45 Besonders eklatant die Relativierung der Subsidiarität in Art. 4 Abs. 2 FiREG, wonach «[d]as UVEK [...] auch dann eine Darlehensverfügung erlassen [kann], wenn das Unternehmen [...] nicht alle zumutbaren Selbsthilfemassnahmen getroffen hat».

z.B. bei rollierenden Netzabschaltungen oder bei Beschränkungen der Verwendung von Gas zum Heizen («19-Grad-Regel»), muss zwangsläufig das in Art. 8 BV ebenfalls enthaltende Differenzierungsgebot verletzen und dürfte sich in Einzelfällen als unverhältnismässig erweisen. Weiter wird die Interessenabwägung der gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen und der politischen Sphäre zugewiesen. Dass vorliegend in grundrechtlich geschützte Freiheitssphären eingegriffen wird, ist offensichtlich.

In Streiflichtern konnte auch aufgezeigt werden, dass Bund und Kantone die in Art. 89 Abs. 1 BV gesetzte Zielvorgabe einer «ausreichende[n], breit gefächerte[n], sichere[n], wirtschaftliche[n] und umweltverträgliche[n] Energieversorgung» nicht nur im kommenden Winter, sondern auch in den folgenden Wintern nicht einhalten können. Anders gewendet wird die Energiepolitik des Bundes dem in Art. 89 Abs. 1 BV zum Ausdruck gebrachten Nachhaltigkeitsgedanken weder in ökologischer, ökonomischer noch sozialer Dimension gerecht: Grosse Abstriche sind insbesondere beim Natur- und Immissionsschutz zu verzeichnen; die Versäumnisse der letzten Jahre haben zu einer Verknappung des Energieangebots und zu hohen Marktpreisen geführt; die Finanzierung der hier geschilderten Massnahmen über die Netznutzungsentgelte bzw. den Netzzuschlag wirkt mit aller Wahrscheinlichkeit degressiv und belastet damit den sozial schwächeren Teil der Bevölkerung proportional am stärksten.

Die politische Aufarbeitung der Geschehnisse hat erst begonnen. So wird geltend gemacht, «dunkle Kräfte» hätten den Ausbau der neuen erneuerbaren Energieerzeugungsanlagen verhindert; diese Sichtweise blendet grundlegende Konstruktionsfehler der Energiestrategie⁴⁶ und des Marktdesigns aus und hält einer näheren Betrachtung wohl nicht stand.⁴⁷ Weiter wird geltend gemacht, das fehlende Stromabkommen bringe die Schweiz nun in die vorliegende missliche Lage; das Stromabkommen ist jedoch ein Marktzugangsabkommen und schafft keinen Zugang zu Erzeugungskapazitäten, die auch im Ausland nicht vorhanden sind.

Vor allem neigt die Politik aber derzeit dazu, die Ereignisse als Ergebnis einer unvorhersehbaren Entwicklung – dem russischen Überfall auf die Ukraine – darzustellen: Namentlich diesem politischen Narrativ ist mit Blick auf die seit Längerem erodierende Versorgungssicherheit deutlich zu widersprechen. Der Politik –

46 Beginnend bei der in Art. 3 Abs. 2 EnG getroffenen Annahme, dass sich der durchschnittliche Elektrizitätsverbrauch pro Person und Jahr bis zum Jahr 2035 um 13% senken lasse, während dieser gemäss dem schweizerischen Energieforschungszentrum SCCER-SoE bis zum Jahr 2050 um 30–50% steigen wird. In seinem Beschluss zum Mantelerlass vom 2. September 2022 hält der Ständerat dennoch an einem Verbrauchssenkungspfad fest, welcher die Erkenntnisse des eigens dafür ins Leben gerufenen Forschungszentrums unberücksichtigt lässt.

47 So haben z.B. National- und Ständerat am 1. Oktober 2021 einer Verlängerung der Subventionen für erneuerbare Elektrizitätserzeugungsanlagen mit 190:5 bzw. mit 44:0 (einstimmig) Stimmen zugestimmt, um eine «Förderlücke» zu verhindern (Pa.Iv. 19.443 [Girod] «Erneuerbare Energien einheitlich fördern. Einmalvergütung auch für Biogas, Kleinwasserkraft, Wind und Geothermie»); damit wurde das im Abstimmungskampf um die Energiestrategie abgegebene Versprechen gebrochen, wonach die Subventionen gemäss Art. 38 EnG auslaufen sollten.

und ihrem Gefolge von Beraterinnen und Beratern⁴⁸ – sind vielmehr gravierende Fehleinschätzungen vorzuwerfen: 1. Der naive Glaube, dass der regulatorisch errichtete «Pseudo-Strommarkt» ausreichende Investitionsanreize für den Kraftwerksbau im Inland erzeugt;⁴⁹ 2. das unerschütterliche Vertrauen in die fortbestehende Exportfähigkeit und Exportbereitschaft unserer Nachbarländer;⁵⁰ und 3. die fatale Annahme, dass wetterabhängige Elektrizitätserzeugungsanlagen ohne Weiteres an die Stelle steuerbarer, grundlastfähiger Kraftwerke treten könnten.⁵¹

48 Den wirtschaftspolitischen Beratungsunternehmen darf in diesem Zusammenhang durchaus Hybris vorgeworfen werden: *Peter Hettich*, Infrastrukturverfassung, in: Oliver Diggelmann/ Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler, Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. III., Rz. 32.

49 Zur Problematik des «Missing Money» *Peter Hettich et al.* (Anm. 1), S. 32 ff.

50 Zur Warnung, dass sich der «politische Preis» für ein Stromabkommen als zu hoch erweisen und dass sich die Schweiz, statt «Alternativlosigkeit» zu propagieren, zwangsläufig auf eigene Projekte zur Verbesserung der Versorgungssicherheit und zur technischen Optimierung der Netznutzung konzentrieren müsse: *Peter Hettich et al.*, Schweiz ohne Stromabkommen, St. Gallen/Zürich 2015, S. 56 f.

51 Dass die Energiestrategie die energiepolitischen Ziele nicht gleichermassen zum Tragen bringen kann, zeigt «schon ein Blick auf die ganz rudimentärsten Kennzahlen» (*Peter Hettich*, Energiepolitik ist nichts für Betonköpfe, HSG Focus 4/2015, abrufbar unter <<https://www.hsgfocus.ch/hsg-focus-4-2015/artikel/energiepolitik-ist-nichts-fur-betonkopfe>> [zuletzt besucht am 8. November 2022]).