

Prof. em. Dr. Peter M. Keller  
Chutzenstrasse 57  
3047 Bremgarten  
Tel. 031 305 66 60  
Natel 079 677 03 62  
E-Mail: peterm.keller@  
bluewin.ch

Trägerverein der Biodiversitätsinitiative  
c/o Pro Natura  
z.H.v. Frau Stella Jegher  
Postfach  
4018 Basel

Bern, den 13. Mai 2024

## Rechtsgutachten Biodiversitätsinitiative und Mantelerlass

Sehr geehrte Frau Jegher

Mit E-Mail vom 22. März 2024 haben Sie mich angefragt, ein juristisches Gutachten zum Verhältnis von Biodiversitätsinitiative und Mantelerlass (Stromgesetz) zu verfassen. Dieses soll sich dazu äussern, wie sich der Initiativtext und seine möglichen Interpretationen zum Mantelerlass verhalten. In erster Linie gehe es darum zu wissen, welchen Einfluss beides auf die Interessenabwägung habe.

Konkret lautet Ihre **Fragestellung** wie folgt:

- Inwiefern würde die Annahme der Biodiversitätsinitiative die Umsetzung des Mantelerlasses unterminieren?
- Führt die Umsetzung der Initiative in die Bundesgesetzgebung *zwingend* dazu, dass die neu austarierte Interessenabwägung zwischen Ausbau der Erneuerbaren einerseits und Natur-, Gewässer- und Landschaftsschutz andererseits unterminiert werden könnte? Oder kann sie auch unter Beibehalt dieser Bestimmungen umgesetzt werden?

In ihrer E-Mail vom 5. April 2024 haben Sie den mit Telefon vom 25. März 2024 näher besprochenen Gutachterauftrag schriftlich bestätigt und mir sachdienliche Unterlagen zugestellt.

## 1. Ausgangslage: Interessenabwägung nach geltendem Recht

### 1.1. Allgemeines zur Interessenabwägung

Die Genehmigung von Nutzungsplänen und die Erteilung von Baubewilligungen für Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien setzen regelmässig Interessenabwägungen voraus. In diesem Rahmen sind die Interessen an der Errichtung eines bestimmten Vorhabens als Nutzungsinteressen den Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes gegenüberzustellen; dabei sind die sachlich massgebenden Interessen für und wider zu ermitteln, zu beurteilen und zu optimieren (Art. 3 Abs. 1 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000 [RPV; SR 700.1]; zur Methodik PIERRE TSCHANNEN, Interessenabwägung bei raumwirksamen Aufgaben, URP 2018 111 ff., insbesondere S. 120 f.). Unterschieden wird dabei zwischen einfachen (freien) Interessenabwägungen (Nutzungsinteressen gegen Schutzinteressen) und vorstrukturierten Interessenabwägungen, für welche die Gesetzgebung nähere Regeln und Gewichtungen vorgibt, mit denen sie in den Abwägungsvorgang eingreift und bestimmte Aspekte desselben konkretisiert (TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 125).

### 1.2. Allgemeines zu den Rechtsgrundlagen nach geltendem Recht

Allgemeine Regelungen zur Abwägung der Nutzungsinteressen mit Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes finden sich in Art. 78 Abs. 2 und 5 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV; SR 101), in den Art. 5 ff., 18 ff., 21 f. und 23a ff. des Natur- und Heimatschutzgesetzes vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) sowie in der Natur- und Heimatschutzverordnung vom 16. Januar 1991 (NHV; SR 451.1), in der BLN-Verordnung vom 29. März 2017 (VBLN; SR 451.11) und in den Biotopschutzverordnungen des Bundes, z.B. in der Auenverordnung vom 28. Oktober 1992 (AuenV; SR 451.31). Für Wasser- und Zugvogelreservate gemäss Art. 11 des Jagdgesetzes vom 20. Juni 1986 (JSG; SR 922.0) ist die Wasser- und Zugvogelreservatsverordnung vom 21. Januar 1991 (WZVV; SR 922.32) einschlägig.

Besondere Anforderungen an Interessenabwägungen bei der Beurteilung von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien stellen Art. 12 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) sowie die Art. 8 f. der Energieverordnung vom 1. November 1917 (EnV; SR 730.01). Auf die Bestimmungen von Art. 71a f. EnG wird nicht eingegangen, da es sich dabei um Übergangsrecht handelt.

### 1.3. Interessenabwägung im Naturschutzrecht

**Biotope von nationaler Bedeutung** im Sinne von Art. 18a NHG unterliegen normalerweise relativem Schutz. Für Amphibienlaichgebiete, Auengebiete und Trockenwiesen von nationaler Bedeutung sehen die jeweiligen Biotopschutzverordnungen dementsprechend Ausnahmen vom Schutzziel vor. Unter bestimmten, wenn auch strengen Voraussetzungen ist ein „Abwei-

chen vom Schutzziel“ zulässig. Vorausgesetzt sind in der Regel die Standortgebundenheit des Vorhabens und das Vorliegen eines nationalen Interesses an dessen Realisierung (z.B. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 AuenV; zum Ganzen KARL LUDWIG FAHRLÄNDER, in Keller/Zufferey/Fahrländer, Kommentar NHG, 2. Aufl. Zürich 2019, Art. 18a Rz 51; PETER M. KELLER, Das heutige Naturschutzrecht – Systematik und gesetzgeberischer Handlungsbedarf, URP 2016 155 ff., S. 164). Auch wenn die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau nach Art. 12 Abs. 1 EnG im Allgemeinen und einzelne Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien ab einer bestimmten Grösse und Bedeutung von nationalem Interesse sind (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 EnG; Art. 8 f. EnV), erklärt Art. 12 Abs. 2 Satz 2 EnG neue Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien in Biotopen von nationaler Bedeutung für ausgeschlossen. Für die Erneuerung und Erweiterung bestehender Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien in solchen Schutzgebieten verbleibt hingegen auch aufgrund dieser Bestimmung Raum für eine Interessenabwägung nach Massgabe der entsprechenden Normen in den Biotopschutzverordnungen (KATHRIN FÖHSE, Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestandesaufnahme im neuen Energierecht des Bundes, ZBJV 2017 581 ff., S. 591 und 605 f.).

Auch bei Eingriffen in **Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung** im Sinne von Art. 18b Abs. 1 NHG werden die Nutzungs- und Schutzinteressen nicht ganz frei gegeneinander abgewogen, setzt doch Art. 14 Abs. 6 Satz 1 NHV neben einem überwiegenden Bedürfnis das Vorliegen der Standortgebundenheit voraus (FAHRLÄNDER, Kommentar NHG, Art. 18 Rz 30; KELLER, Naturschutzrecht, S. 168 f.).

Für die Beurteilung von Eingriffen in die **Ufervegetation** (Art. 21 Abs. 1 NHG) stellt Art. 22 Abs. 2 NHG spezielle Anforderungen. Vorausgesetzt ist die Standortgebundenheit des Vorhabens sowie die Zulassung durch das Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991 (GSchG; SR 814.20) oder das Wasserbaugesetz vom 21. Juni 1991 (WBG; SR 721.100; zu den Voraussetzungen für eine Ausnahmegewilligung HANS-PETER JENNI, Kommentar NHG, Art. 22 Rz 20 und 24 ff.). Die Ufervegetation unterliegt damit einem besonders ausgestalteten relativen Schutz (zum Ganzen KELLER, Naturschutzrecht, S. 167 f. mit Hinweisen auf BGE 130 II 313 E. 3 = URP 2004 467 und BGer 1A.30/2006 vom 10. Oktober 2006 E. 3.3–3.9 = URP 2006 792 = ZBl 2007 511 mit Bemerkungen von ARNOLD MARTI auf S. 517 f.).

Über Eingriffe in **Wasser- und Zugvogelreservate** von internationaler und nationaler Bedeutung ist gemäss Art. 6 Abs. 1 Satz 2 WZVV im Rahmen einer Interessenabwägung zu entscheiden, welche wie jene über Eingriffe in Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung nicht ganz frei ist. Anwendbar ist nämlich zusätzlich die Bestimmung von Art. 14 Abs. 6 Satz 1 NHV, die neben einem überwiegenden Bedürfnis das Vorliegen der Standortgebundenheit voraussetzt (MICHAEL BÜTLER, Kommentar NHG, Besonderer Teil: JSG/BGF Rz 29). Gemäss Art. 12 Abs. 2 Satz 2 EnG sind neue Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien in

Wasser- und Zugvogelreservaten allerdings ausgeschlossen. Für die Erneuerung und Erweiterung bestehender Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien in solchen Schutzgebieten verbleibt hingegen auch aufgrund dieser Bestimmung Raum für eine Interessenabwägung (FÖHSE, Nutzungsinteressen im Energierecht, S. 605).

#### 1.4. *Interessenabwägung im Landschaftsschutzrecht*

Der Bund nimmt aufgrund von Art. 78 Abs. 2 BV bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes und damit auch auf die Anliegen des Landschaftsschutzes.

Gemäss Art. 6 Abs. 2 NHG darf ein „Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung“ von **Landschaftsschutzobjekten von nationaler Bedeutung** bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen (dazu JÖRG LEIMBACHER, Kommentar NHG, Art. 6 Rz 18 ff.; TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 125 f.). Diese Gesetzesvorschrift betrifft aufgrund von Art. 5 NHG vorab Schutzobjekte des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN). Art. 6 Abs. 2 VBLN erklärt schwerwiegende Beeinträchtigung solcher Schutzobjekte in etwas verständlicheren Worten als das Gesetz als zulässig, wenn sie sich durch ein Interesse von nationaler Bedeutung rechtfertigen lassen, das gewichtiger ist als das Interesse am Schutz des Objekts (dazu neuestens BGE 1C\_327/2022 / 1C\_331/2022 vom 7. November 2023 E. 4.1.2). Aus Art. 12 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 4 EnG i.V.m. Art. 8 f. EnV ergibt sich, welche Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien angesichts ihrer Grösse und Bedeutung von nationalem Interesse sind; das Bundesgericht erachtet den in Art. 9 Abs. 2 EnV verwendeten Schwellenwert für neue Windkraftanlagen für gesetzmässig (BGE 147 II 319 E. 8.4 = URP 2021 744 und seitherige Rechtsprechung). Gemäss Art. 12 Abs. 3 Satz 1 EnG ist sodann das nationale Interesse an der Realisierung der Vorhaben gemäss Art. 12 Abs. 2 Satz 1 EnG bei der Interessenabwägung als gleichrangig zu betrachten mit anderen nationalen Interessen. Nach Art. 12 Abs. 3 Satz 2 EnG darf schliesslich ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 NHG bzw. Art. 6 Abs. 2 VBLN in Erwägung gezogen werden. Art. 12 EnG erkennt somit bestimmten Interessen an der Nutzung erneuerbarer Energien nationale Bedeutung zu und dekretiert dabei – jedenfalls auf abstrakter Ebene – den „Gleichrang von Eingriffs- und Schutzinteressen“ (TSCHANNEN, Interessenabwägung, S. 127 oben; in diesem Sinne auch FÖHSE, Nutzungsinteressen im Energierecht, S. 588 ff., 593 f. und 597 sowie LEIMBACHER, Kommentar NHG, Art. 6 Rz 20, beide auch zum Folgenden). Über die Zulässigkeit der Nutzung von Anlagen für erneuerbare Energien im konkreten Einzelfall ist damit noch nichts ausgesagt; es bleibt die gesetzlich vorstrukturierte Interessenabwägung noch durchzuführen.

Erweist sich eine Beeinträchtigung aufgrund der Interessenabwägung als zulässig, so hat der Verursacher oder die Verursacherin für besondere Massnahmen zum bestmöglichen Schutz des Objekts, für Wiederherstellung oder für angemessenen Ersatz zu sorgen (Art. 6 Abs. 4 VBLN; Leimbacher, Kommentar NHG, Art. 6 Rz 11 a.E. S. 263 oben).

Für **Landschaftsschutzobjekte von nicht nationaler Bedeutung** sieht Art. 3 NHG bei der Erfüllung von Bundesaufgaben eine einfache (freie) Interessenabwägung vor (ANNE-CHRISTINE FAVRE, Kommentar NHG, Art. 3 Rz 13).

### *1.5. Interessenabwägung im Moor- und Moorlandschaftsschutzrecht*

**Hoch- und Flachmoore von nationaler Bedeutung** unterliegen aufgrund von Art. 78 Abs. 5 BV absolutem Schutz. Ausnahmen vom Schutzziel sind von der Verfassung ausgeschlossen; eine Abwägung mit anderen (Nutzungs-)Interessen darf im Einzelfall nicht vorgenommen werden (KELLER, Naturschutzrecht, S. 164; BGE 138 II 281 E. 6.2 = URP 2012 525, auch zum Folgenden). Gleiches gilt für **Moorlandschaften von nationaler Bedeutung** (PETER M. KELLER, Kommentar NHG, Vorbemerkungen Art. 23a–23d Rz 7 ff.); Eingriffe in eine Moorlandschaft von nationaler Bedeutung sind nach Art. 23d NHG nur dann zulässig, wenn sie den für die konkrete Moorlandschaft geltenden Schutzziele nicht widersprechen (KELLER, Kommentar NHG, Art. 23d Rz 4 ff.). Gemäss der Botschaft zu Art. 12 Abs. 2 EnG besteht in Mooren und Moorlandschaften, die durch die Bundesverfassung absolut geschützt sind, „kein Raum für die Energienutzung – und keine grundsätzliche Gleichrangigkeit der Interessen“ (KELLER, Kommentar NHG, Vorbemerkungen zu Art. 23a–23d Rz 7 S. 594, mit Hinweis auf die Botschaft Revision Energierecht, BBl 2013 7665; so, wenn auch ohne Bezugnahme auf die bundesrätliche Botschaft, im Ergebnis ebenso FÖHSE, Nutzungsinteressen im Energierecht, S. 606 f.).

## **2. Interessenabwägung nach Annahme und Inkraftsetzung des Mantelerlasses**

### *2.1. Massgebende Bestimmungen des Mantelerlasses*

Mit dem Bundesgesetz vom 29. September 2023 über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien (sog. Mantelerlass; Referendumsvorlage in BBl 2023 2301), das am 9. Juni 2024 zur Volksabstimmung steht, soll u.a. der besprochene Art. 12 EnG geändert werden. Vorliegend von Bedeutung ist zudem die im Mantelerlass vorgesehene neue Bestimmung von Art. 9a des Stromversorgungsgesetzes vom 23. März 2007 (StromVG; SR 734.7), mit der ein Zubau für die Stromversorgung im Winter realisiert werden soll, in erster Linie mit einer Anzahl von Speicherwasserkraftwerken sowie mit Solar- und Windkraftanlagen von nationalem Interesse (Art. 9a Abs. 1 und 2 nStromVG).

## 2.2. Änderungen an der Interessenabwägung im Naturschutzrecht

Mit Art. 12 Abs. 2<sup>bis</sup> nEnG, der an die Stelle von Art. 12 Abs. 2 Satz 2 EnG treten soll, wird zunächst das Verbot von neuen Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien in Biotopen von nationaler Bedeutung sowie in Wasser- und Zugvogelreservaten im Grundsatz bestätigt (erster Teilsatz). Dieser Ausschluss soll aber gemäss dem zweiten Teilsatz von Art. 12 Abs. 2<sup>bis</sup> nEnG nicht mehr gelten:

- a. für Auengebiete, bei denen es sich um Gletschervorfelder oder alpine Schwemmebenen handelt und die der Bundesrat nach dem 1. Januar 2023 gestützt auf Art. 18a Abs. 1 NHG in das Bundesinventar der Auengebiete von nationaler Bedeutung aufgenommen hat;
- b. bei Schwall-Ausleitkraftwerken zur ökologischen Sanierung nach Art. 39a GSchG, wenn wesentliche Beeinträchtigungen der Schutzziele des betroffenen Objekts beseitigt werden können;
- c. in Fällen, in denen lediglich die Restwasserstrecke im Schutzobjekt zu liegen kommt.

## 2.3. Änderungen an der Interessenabwägung im Landschaftsschutzrecht

Gemäss Art. 12 Abs. 2 nEnG sollen neben einzelnen Wasserkraftanlagen und Windkraftanlagen auch einzelne Solaranlagen als von nationalem Interesse gelten. Entsprechend soll der Bundesrat mit Art. 12 Abs. 4 nEnG beauftragt werden, mit einer Änderung der EnV entsprechende Schwellenwerte festzulegen.

Mit Art. 12 Abs. 3<sup>bis</sup> Satz 1 nEnG soll bestätigt werden, dass bei Landschaftsschutzobjekten von nationaler Bedeutung ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung in Erwägung gezogen werden kann. Dabei soll auf Schutz-, Wiederherstellungs-, Ersatz- oder Ausgleichsmassnahmen verzichtet werden können (Art. 12 Abs. 3<sup>bis</sup> Satz 2 nEnG), dies allerdings nur in Ausnahmefällen, damit ein Vorhaben nicht verhindert wird (Nationalrat PHILIPP MATTHIAS BREGY in AB 2023 N 423; vgl. Entwurf zu einem Art. 9a<sup>bis</sup> nEnV und S. 17 des erläuternden Berichts zur Vernehmlassungsvorlage vom 21. Februar 2024).

Gemäss Art. 9a Abs. 3 nStromVG soll für 15 bezeichnete Speicherwasserkraftwerke und ein weiteres genanntes Wasserkraftwerk, mit denen ein Zubau für die Stromproduktion im Winter realisiert werden soll, u.a. gelten, dass ihr Bedarf ausgewiesen ist (Bst. b), sie standortgebunden sind (Bst. c), das Interesse an ihrer Realisierung anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht (Bst. d) und zusätzliche Ausgleichsmassnahmen zum Schutz von Biodiversität und Landschaft vorzusehen sind (Bst. e). Ähnliches soll nach Art. 9a Abs. 4 nStromVG für Solar- und Windkraftanlagen von nationalem Interesse ausserhalb von Schutzobjekten nach Art. 5 NHG gelten, nämlich dass ihr Bedarf ausgewiesen ist (Bst. a), sie standortgebunden sind (Bst. b) und das Interesse an ihrer Realisierung anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht (Bst. c).

#### 2.4. Keine Änderungen an der Interessenabwägung im Moor- und Moorlandschaftsschutzrecht

Für das Moor- und Moorlandschaftsschutzrecht sieht der Mantelerlass keine Bestimmungen vor.

### 3. Interessenabwägung nach Annahme der Biodiversitätsinitiative

#### 3.1. Massgebende Bestimmungen der Biodiversitätsinitiative

Die Volksinitiative „Für die Zukunft unserer Natur und Landschaft (Biodiversitätsinitiative)“ enthält zur Interessenabwägung folgenden Vorschlag für einen neuen Art. 78a Abs. 3 BV (Text gemäss Botschaft Biodiversitätsinitiative, BBl 2022 737, S. 6):

„Für erhebliche Eingriffe in Schutzobjekte des Bundes müssen überwiegende Interessen von gesamtschweizerischer Bedeutung vorliegen, für erhebliche Eingriffe in kantonale Schutzobjekte überwiegende Interessen von kantonaler oder gesamtschweizerischer Bedeutung. Der Kerngehalt der Schutzwerte ist ungeschmälert zu erhalten. Für den Moor- und Moorlandschaftsschutz gilt Artikel 78 Absatz 5.“

#### 3.2. Einheitlicher Ansatz für die Interessenabwägung im Naturschutz- und Landschaftsschutzrecht (Art. 78a Abs. 3 Satz 1 nBV)

Bei der Lektüre des Vorschlags zu einem Art. 78a Abs. 3 Satz 1 nBV fällt zunächst auf, dass sich diese Bestimmung sowohl auf Naturschutz- als auch auf Landschaftsschutzobjekte bezieht und zudem sowohl auf Schutzobjekte des Bundes als auch auf Schutzobjekte der Kantone. Diese Formulierung weist eine für Verfassungsrecht angemessene Abstraktheit auf und lässt es zu, sämtliche Formen der Interessenabwägung abzudecken, wie sie auf Gesetzes- und Verordnungsebene im Naturschutz- und Landschaftsschutzrecht vorgesehen sind.

Mit der Formulierung „Interessen von gesamtschweizerischer Bedeutung“ führt Satz 1 die in Art. 78 Abs. 3 und 5 Satz 1 der geltenden (neuen) BV gewählten Terminologie fort, wo von Objekten bzw. von Mooren und Moorlandschaften von gesamtschweizerischer Bedeutung die Rede ist (anders als in Art. 24<sup>sexies</sup> Abs. 3 und 5 Satz 1 der alten Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, wo noch von Objekten „von nationaler Bedeutung“ die Rede war). Sowohl für das Schutzinteresse als auch für das Nutzungsinteresse sind die Wendungen „gesamtschweizerische Bedeutung“ und „nationale Bedeutung“, welche Letztere auf Gesetzes- und Verordnungsebene weiterhin verwendet wird, inhaltlich identisch (in diesem Sinne auch Botschaft Biodiversitätsinitiative, BBl 2022 737, S. 16).

Mit Art. 78a Abs. 3 Satz 1 nBV lassen sich die vom Mantelerlass vorgesehenen Bestimmungen über einen Zubau für die Stromproduktion im Winter vereinbaren. Wenn Art. 9a Abs. 3

Bst. d und Abs. 4 Bst. c nStromVG vorsehen, dass das Interesse an der Realisierung von bestimmten Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht, so sollen diesen Vorhaben von Gesetzes wegen in der Regel überwiegende Interessen von gesamtschweizerischer Bedeutung zukommen, die erhebliche Eingriffe in Schutzobjekte des Bundes erlauben. Die Schutzinteressen können deshalb nur noch ausnahmsweise überwiegen, etwa aufgrund einer „Kumulation von Schutzinteressen an einem Standort“, wie z.B. durch die gleichzeitige Beeinträchtigung von mehreren Arten von Schutzgebieten (HERBERT BÜHL, Auswirkungen der Änderungen des Energiegesetzes [EnG] vom 30. September 2022 auf die Solarstromerzeugung und alpine Landschaften, URP 2023 260 ff., S. 279 betr. dem ähnlich lautenden Art. 71a Abs. 1 Bst. d EnG).

Der vorgeschlagene Art. 78a Abs. 3 Satz 1 nBV ändert damit weder etwas an den Interessenabwägungen mit Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung nach geltendem Recht noch an jenen nach dem Mantelerlass. Einzuräumen ist immerhin, dass die im Landschaftsschutzrecht des Bundes vorgesehenen Interessenabwägungen neu nicht mehr nur im Rahmen der Erfüllung von Bundesaufgaben vorzunehmen wären (Botschaft Biodiversitätsinitiative, BBl 2022 737, S. 16); im vorliegenden Zusammenhang ist das allerdings nicht von Bedeutung, da jedenfalls faktisch sämtliche Vorhaben zur Nutzung erneuerbarer Energien in Erfüllung mindestens einer Bundesaufgabe (z.B. Anwendung des Naturschutzrechts des Bundes, Rodungsbewilligung) geplant bzw. bewilligt werden.

### 3.3. Ungeschmälerte Erhaltung des Kerngehalts der Schutzwerte (Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV)

Gemäss dem Vorschlag zu einem Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV ist der Kerngehalt der Schutzwerte ungeschmälert zu erhalten. Diese Bestimmung bezieht sich wörtlich und systematisch auf die gesamte Vorschrift zu einem neuen Art. 78a Abs. 3 Satz 1 nBV. Fraglich erscheint aber, ob der in Satz 2 angesprochene „Kerngehalt der Schutzwerte“ auch alle Schutzobjekte des Bundes und der Kantone im Sinne von Satz 1 betrifft oder nur einen Teil davon. Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet:

- Nach Auffassung der **Initiatinnen und Initianten der Biodiversitätsinitiative** gemäss dem erläuternden Bericht des Trägervereins vom August 2021 (S. 12) soll Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV als Schranke der Gefahr vorbeugen, dass eine Bewilligungsbehörde „sogar diejenigen Elemente des Schutzobjekts opfert, deren Existenz Anlass gab, es in das Inventar aufzunehmen. Untersagt wird also, ein inventarisiertes Schutzobjekt durch einen Eingriff gleichsam auszulöschen.“ Was unter Kerngehalt zu verstehen sei, werde im Verfassungstext bewusst unbeantwortet gelassen; dies gelte es im Einzelfall zu bestimmen (S. 13, auch zum Folgenden). Die Verpflichtung zum Schutz des Kerngehalts gewährleiste ein „Weiterbestehen der Objekte von höchstem



Wert für das ganze Land, nämlich der Schutzobjekte von gesamtschweizerischer Bedeutung.“ Für Objekte, die wegen ihrer kantonalen Bedeutung unter Schutz stünden, sei der Kerngehalt wohl geschützt gegen Beeinträchtigungen durch Vorhaben von kantonalem Interesse, nicht jedoch gegen Beeinträchtigungen durch Vorhaben von überwiegendem nationalem Interesse.

- In seiner **Botschaft zur Biodiversitätsinitiative** (BBl 2022 737, S. 17) hielt der Bundesrat fest, dass Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV dazu führen könnte, dass ein Schutzobjekt des BLN-Inventars, „bei dem Flachwasserzonen als Kerngehalt der Schutzwerte zerstört würden, von vornherein nicht für eine Interessenabwägung in Betracht gezogen werden.“ Auch dürften Schutzobjekte nicht „per se“ – gemeint ist wohl „als Ganzes“ – zerstört werden.
- In der **Parlamentsdebatte zur Biodiversitätsinitiative** betonte Bundesrat ALBERT RÖSTI, die Bestimmung von Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV zur ungeschmälernten Erhaltung des Kerngehalts der Schutzwerte schliesse in „all den betroffenen und den erweiterten Gebieten“ eine Interessenabwägung aus (AB 2023 S 585). Wie sich Ständerat BEAT RIEDER ausdrückte, würde diese Norm „jede wirtschaftliche Aktivität in diesen Kerngebieten verhindern“ (AB 2023 S 1106). Der ungeschmälernte Erhalt des Kerngehalts der Schutzwerte sei – so die Worte von Nationalrätin SUSANNE VINCENZ-STAUFFACHER – „insbesondere bei kleineren Schutzgebieten (...) eine zu starke Einschränkung“ (AB 2022 N 1521).
- Über den „Kern der Schutzwerte“ wurde bereits in der **Parlamentsdebatte zu Art. 12 EnG** diskutiert (FÖHSE, Nutzungsinteressen im Energierecht, S. 608 ff., auch zum Folgenden). Der Ständerat hatte erwogen, in der Bestimmung, die dem heutigen Art. 12 Abs. 3 EnG entspricht, noch anzufügen „sofern das Objekt nicht im Kern seines Schutzwertes verletzt wird“ (AB 2015 S 944 f.), was später vom Nationalrat (AB 2016 N 73) und auch vom Ständerat wieder verworfen wurde (AB 2016 S 276). Konsens herrschte in der Debatte allerdings darüber, dass es dabei um die Unantastbarkeit der Landschaftsikonen (z.B. Rheinfall, Matterhorn oder die Berner Hochalpen) ging (dazu die Voten von Bunderätin DORIS LEUTHARD [AB 2015 S 945 und 2016 S 276] und der Nationalräte HANS GRUNDER und BASTIEN GIROD [AB 2016 N 64 bzw. 67] sowie ARNOLD MARTI, Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz, ZBl 2016 S. 457 f.).

Ein strenges Verständnis von Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV, wie jenes der Initiantinnen und Initianten der Biodiversitätsinitiative, des Bundesrats oder einzelner Votantinnen und Votanten in der Parlamentsdebatte zur Biodiversitätsinitiative, würde Vorhaben zur Nutzung von erneuerbaren Energien in den meisten Biotopen von nationaler Bedeutung verunmöglichen, die mit

Art. 12 Abs. 2<sup>bis</sup> nEnG gemäss Mantelerlass vom Verbot von Eingriffen ausgenommen werden sollen; auch wären in Landschaften von nationaler Bedeutung – die in ihrer Fläche regelmässig grösser sind als Biotop von nationaler Bedeutung – entsprechende Projekte nicht mehr überall, sondern von vornherein nur noch ausserhalb von Bereichen zulässig, die im jeweiligen Schutzobjekt aufgrund ihrer Schutzwerte hauptsächlich geschützt sind. Dagegen hätte ein zurückhaltendes Verständnis vom „Kerngehalt der Schutzwerte“, wie z.B. jenes der Unantastbarkeit beschränkt auf die Landschaftsikonen, in der Praxis kaum einen Einfluss auf die vorzunehmenden Interessenabwägungen, da das Schutzinteresse für derartige Objekte ohnehin sehr hoch gewertet werden muss.

Das weite Feld der skizzierten Möglichkeiten des Verständnisses des vorgeschlagenen Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV lässt darauf schliessen, dass diese Bestimmung – anders etwa als Art. 78 Abs. 5 BV mit dem absoluten Schutz von Mooren und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung (BGE 117 Ib 243 E. 3b und seitherige Rechtsprechung; dazu auch oben Ziff. 1.5) – nicht direkt anwendbar ist. Dazu müsste im Verfassungssatz ausreichend bestimmt geregelt sein, was unter „Kerngehalt der Schutzwerte“ von Biotopen von nationaler Bedeutung einerseits und von Landschaften von nationaler Bedeutung andererseits genau gemeint ist (BGE 139 II 243 E. 10 und 10.5 betr. dem teilweise direkt anwendbaren Art. 75b BV betr. Beschränkung des Zweitwohnungsbaus; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. Bern 2021, § 4 Rz 150).

Der vorgeschlagene Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV lässt damit viel Raum für die Konkretisierung auf Gesetzesebene nach einer allfälligen Annahme der Biodiversitätsinitiative (allgemein zur Konkretisierung von Verfassungsrecht TSCHANNEN, Staatsrecht, § 4 Rz 138 und 142 mit Hinweis auf BGE 112 Ia 208 E. 2a). Die unterschiedlichen Möglichkeiten des Verständnisses dieser Bestimmung dürften eine Regelung auf Gesetzesebene erlauben, die einerseits den Schutz der Biodiversität stärkt und andererseits mit dem Mantelerlass im Einklang steht.

Mit Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV vereinbar sind die Bestimmungen von Art. 9a Abs. 3 Bst. d und Abs. 4 Bst. c nStromVG über einen Zubau für die Stromproduktion im Winter, die vorsehen sollen, dass das Interesse an der Realisierung von bestimmten Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht. Die Wendung „grundsätzlich“ lässt nämlich Raum für das ausnahmsweise Überwiegen der Schutzinteressen, etwa durch eine „Kumulation von Schutzinteressen an einem Standort“ (dazu oben Ziff. 3.2), und auch für die ungeschmälerzte Erhaltung des Kerngehalts der Schutzwerte, wie auch immer diese auf gesetzlicher Ebene umschrieben wird.

### 3.4. Keine Änderungen an der Interessenabwägung im Moor- und Moorlandschaftsschutzrecht (Art. 78a Abs. 3 Satz 3 nBV)

Gemäss Art. 78a Abs. 3 Satz 3 der neuen Verfassungsbestimmung würde für den Moor- und Moorlandschaftsschutz der bisherige Art. 78 Abs. 5 BV gelten. Es würde also diesbezüglich weder am geltenden Recht noch am Mantelerlass etwas ändern.

## 4. Ergebnis

Aufgrund dieser Überlegungen komme ich zu folgendem Ergebnis:

- Das **geltende Natur- und Landschaftsschutzrecht** enthält je nach Schutzobjekten unterschiedliche Regeln der Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben (insbesondere Art. 78 BV, diverse Bestimmungen des NHG und die Bestimmungen der Biotopverordnungen des Bundes über Ausnahmen vom Schutzziel). Ergänzt werden diese Vorschriften mit **Sonderbestimmungen für Vorhaben zur Nutzung erneuerbarer Energien** in Art. 12 EnG.
- Der **Mantelerlass** würde die Sonderbestimmungen für Vorhaben zur Nutzung erneuerbarer Energien von Art. 12 EnG punktuell modifizieren. Er nimmt bestimmte Biotope von nationaler Bedeutung (erst seit kurzer Zeit geschützte Gletschervorfelder) oder bestimmte Auswirkungen auf solche Biotope (Restwasserstrecken von Wasserkraftanlagen, etwa in Auen von nationaler Bedeutung) von dem in Art. 12 Abs. 2 Satz EnG statuierten Verbot von neuen Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien aus. Neben einzelnen Wasserkraftanlagen und Windkraftanlagen sollen gemäss Mantelerlass auch einzelne Solaranlagen als von nationalem Interesse gelten und es soll bei Eingriffen in Landschaftsschutzobjekte von nationaler Bedeutung in Ausnahmefällen auf Ersatzmassnahmen verzichtet werden können.
- Mit der **Biodiversitätsinitiative** werden in drei Punkten Bestimmungen zur Interessenabwägung vorgeschlagen:

Gemäss *Art. 78a Abs. 3 Satz 1 nBV* sollen für erhebliche Eingriffe in Schutzobjekte des Bundes überwiegende Interessen von gesamtschweizerischer Bedeutung vorliegen müssen, für erhebliche Eingriffe in kantonale Schutzobjekte überwiegende Interessen von kantonaler oder gesamtschweizerischer Bedeutung. In dieser Bestimmung ist ein einheitlicher Ansatz für die Interessenabwägung im Naturschutz- und Landschaftsschutz zu sehen, der an den Interessenabwägungen für Vorhaben zur Nutzung erneuerbarer Energien weder nach geltendem Recht noch nach dem Mantelerlass etwas ändert.

Mit Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV wird die ungeschmälerete Erhaltung des Kerngehalts der Schutzwerte von Schutzobjekten verlangt. Angesprochen sind von dieser Bestimmung Schutzobjekte von gesamtschweizerischer Bedeutung, kaum dagegen solche von kantonaler Bedeutung. Was unter „Kerngehalt“ zu verstehen ist, wird weder im vorgeschlagenen Verfassungstext beantwortet noch wurde dies in der Botschaft oder der Parlamentsdebatte zur Biodiversitätsinitiative umfassend geklärt. Ein Blick in die Parlamentsdebatte zu Art. 12 EnG, wo eine Bestimmung zum „Kern der Schutzwerte“ zur Diskussion stand, lässt zumindest auch die Möglichkeit offen, einen Kerngehalt nicht allen, sondern nur den wertvollsten Schutzobjekten von gesamtschweizerischer Bedeutung zuzuerkennen. Aufgrund ihrer Unbestimmtheit erscheint die Bestimmung von Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV nicht direkt anwendbar; auch lässt sie viel Raum für die Konkretisierung auf Gesetzesebene nach einer allfälligen Annahme der Biodiversitätsinitiative.

Art. 78a Abs. 3 Satz 3 nBV bestätigt für den Schutz von Mooren und Moorlandschaften von nationaler Bedeutung die Geltung von Art. 78 Abs. 5 BV.

- Ein **Spannungsfeld zu den Bestimmungen des Mantelerlasses** über die Änderung von Art. 12 EnG würde einzig der Vorschlag der Biodiversitätsinitiative zu Art. 78a Abs. 3 Satz 2 nBV schaffen, mit dem eine ungeschmälerete Erhaltung des Kerngehalts der Schutzwerte der Schutzobjekte verlangt wird. Dazu dürften sich aber mit entsprechenden Bestimmungen auf Gesetzesebene durchaus gangbare Regelungen finden lassen, sowohl zur Stärkung der Biodiversität als auch im Einklang mit dem Anliegen der Förderung von Anlagen zur Nutzung von erneuerbaren Energien im Sinne des Mantelerlasses.

Mit freundlichen Grüßen



Peter M. Keller