

Freie Landschaft Schweiz  
Herr Elias Vogt  
Däderizstrasse 61  
2540 Grenchen

**Dr. Lukas Pfisterer**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV  
Bau- und Immobilienrecht

**Michael Fretz**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV  
Bau- und Immobilienrecht

**Christian Munz**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV  
Bau- und Immobilienrecht

**Dr. Michael Pletscher**  
Rechtsanwalt

**Giulia Spirig**  
Rechtsanwältin

**Michèle Bächli**  
Rechtsanwältin

**Sibylle Pfisterer**  
Rechtsanwältin

Eingetragen im Anwaltsregister

Aarau, 16. April 2024

## **Beurteilung Stromgesetz**

Sehr geehrte Damen und Herren

### **1. Auftrag**

Sie haben mich beauftragt, die folgenden Themen und Begriffe des neuen Stromgesetzes (BBl 2023 2301) rechtlich zu beurteilen:

- Bedeutung und Inhalt des Begriffes «geeignete Gebiete» nach Art. 9a Abs. 4 StromVG;
- Bedeutung der Zuerkennung des nationalen Interesses nach Art. 13 Abs. 1 und Abs. 3 EnG;
- Auswirkungen der Vorlage auf den Landschaftsschutz nach Art. 78 BV;
- Auswirkungen des Stromgesetzes auf die Rechtsmittelmöglichkeiten;
- Auswirkungen auf die Demokratie in den Gemeinden;
- Auswirkungen auf die Restwassermengen und den Gewässerschutz.

### **2. Bedeutung und Inhalt des Begriffes «geeignete Gebiete» nach Art. 9a Abs. 4 StromVG**

#### **2.1. Begriff**

- <sup>1</sup> Nach Art. 8b RPG und Art. 10 EnG haben die Kantone «geeignete Gebiete» insbesondere für die Nutzung der Wasser- und Windkraft und Gewässerstrecken im Richtplan festzulegen. Das ist nicht neu. Denn für die grossen Produktionsanlagen gilt bereits die Anforderung, dass sie im Richtplan festgesetzt

werden müssen (Richtplanvorbehalt; Art. 8 Abs. 2 RPG, ebenso: Art. 6 Abs. 2 b<sup>bis</sup> RPG; vgl. BGE 147 II 164 E. 3.2 i.S. Grimselstausee).

- 2 Die Kantone legen diese Gebiete im Richtplan fest. Die Kantone müssen dabei u.a. die Interessen des Landschafts- und Biotopschutzes oder der Walderhaltung berücksichtigen (Art. 10 Abs. 1<sup>ter</sup> neu EnG, nachfolgend nEnG), inklusive der Vorgabe, dass die Nutzung erneuerbarer Energien und ihr Ausbau von nationalem Interesse sind, mit Ausbauzielen (vgl. Art. 2 nEnG).

## **2.2. Vermehrte Festlegung von Gebieten**

- 3 Solar- und Windenergieanlagen von nationalem Interesse («Grossanlagen») haben in diesen «geeigneten Gebieten» vom Gesetz gewollt grundsätzlich Vorrang (vgl. Art. 9a Abs. 4 nStromVG; so: UVEK, Erläuternder Bericht vom 21. Februar 2024 zur Vernehmlassungsvorlage der Änderung der Energieverordnung, S. 1 und Erläuterungen zu Art. 7b EnV, S. 15).
- 4 Gemäss dem UVEK steigt damit für die Projektanten die Wahrscheinlichkeit, eine Baubewilligung zu erhalten; auf der anderen Seite dürften die übrigen Gebiete entlastet werden, wodurch auch der Natur- und Landschaftsschutz profitiere (UVEK, Erläuternder Bericht zur Änderung der EnV, a.a.O., S. 16).
- 5 Die Bevorteilung der Grossanlagen gilt ausserhalb der Inventargebiete und auch innerhalb, namentlich der BLN-Objekte, also der schönsten Landschaften der Schweiz (Art. 5 NHG). Hier ist bereits in Art. 12 EnG eine erste deutliche Akzentverschiebung zugunsten dieser Anlagen erfolgt: Sie sollen «grundsätzlich vermehrt auch in BLN-Gebieten gebaut werden können», was zuvor kaum möglich war (vgl. Botschaft zur Revision des Energierechts, BBl 2013 7561, 7665).
- 6 Unter der neuen nationalen Zielvorgabe (Art. 2 nEnG) ist zu erwarten, dass die Kantone vermehrt Eignungsgebiete ausscheiden, und zwar ausserhalb als auch innerhalb der BLN-Gebiete, selbst unter Einbezug der Interessen des Landschafts- und Biotopschutzes, der Walderhaltung sowie der Landwirtschaft (Art. 10 Abs. 1<sup>ter</sup> EnG). Das Argument (UVEK, vgl. oben), Natur- und Landschaftsschutz würden profitieren, erscheint vor diesem Hintergrund als beschönigend und ist zu relativieren.

## **2.3. Interessenverschiebung und Einschränkung des Rechtsschutzes**

### **2.3.1. Ausserhalb der Inventargebiete**

- 7 Mit Art. 9a Abs. 4 nStromVG und der Regel, dass mit dem Richtplan der Bedarf an den Grossanlagen ausserhalb der BLN-Gebiete ausgewiesen ist sowie sie standortgebunden sind (lit. a und lit. b), wird die Rechtskontrolle deutlich gestützt.
- 8 Denn Private (Verbände und natürliche Personen) können den Richtplanbeschluss nicht direkt mit Beschwerde anfechten, sondern nur sogenannt «vorfrageweise» im Zusammenhang mit der Nutzungsplanung bzw. dem Baubewilligungsverfahren. Art. 9 Abs. 4 nStromVG entzieht jedoch den Bedarf und die Standortgebundenheit dieser Überprüfung.
- 9 Die Gemeinden können den Richtplan zwar wegen der Verletzung der Gemeindeautonomie anfechten, allerdings mit minimalen Erfolgschancen.
- 10 Art. 9 Abs. 4 nStromVG schränkt die möglichen Rügen gegen solche Projekte somit markant ein. Das Bundesamt für Energie BFE unterstreicht dies im positiven Sinn: Die Behörden oder ein Gericht könnten den Bedarf und die Standortgebundenheit einer Anlage nicht mehr überprüfen. Dies erhöhe die Wahrscheinlichkeit, dass die Anlagen bewilligt würden (Faktenblatt «Mitsprache- und Beschwerdemöglichkeiten» zum Stromgesetz, undatiert). Politisch mag dies je nach Standpunkt gewünscht sein, rechtlich wirkt diese Bestimmung jedoch einschneidend.
- 11 Der Richtplan untersteht im Übrigen auch keiner demokratischen Kontrolle. Denn er wird durch die Kantonsregierungen bzw. die Kantonsparlamente abschliessend beschlossen. Ein Referendum ist nicht möglich.

### **2.3.2. Innerhalb der Inventargebiete**

- 12 Bei den Grossanlagen innerhalb der BLN-Gebiete (Art. 12 Abs. 2 EnG) unterliegen der Bedarfsnachweis und die Standortgebundenheit weiterhin der Interessenabwägung und der gerichtlichen Kontrolle.
- 13 Angesichts der gesetzten Ausbauziele (vgl. Art. 2 nEnG) und der Prämisse, dass die Grossanlagen «grundsätzlich vermehrt auch in BLN-Gebieten gebaut werden» dürfen (vgl. oben), werden die Erfolgsaussichten für Interessen des Natur- und Umweltschutzes wohl beträchtlich zu Gunsten der Stromproduktion verringert.

#### **2.4. Demokratie in den Gemeinden**

- <sup>14</sup> Mit dem Eintrag im Richtplan ist ein Eignungsgebiet für die Behörden verbindlich (Art. 9 Abs. 1 RPG). Die Gemeinden müssen diese Festsetzung in der Ortsplanung berücksichtigen.
- <sup>15</sup> Eine Gemeinde kann zwar versuchen, sich gegen eine Solar- oder Windparkzone zu wehren oder in ihrer Zonenordnung eine Schutzzone auszuscheiden. Sie wird damit vermutlich kaum Erfolg haben. Denn die Zonenordnungen der Gemeinden unterliegen der Genehmigung durch den Kanton (Art. 26 Abs. 1 RPG). Aufgrund des Richtplaneintrags wird der Kanton wahrscheinlich von der Gemeinde verlangen, die Windparkzone auszuscheiden oder er wird die Schutzzone nicht genehmigen (vgl. auch Art. 10 Abs. 2 EnG). Dies zeigt sich aktuell auf dem Stierenberg, dem Hausberg der Gemeinde Rickenbach/LU:
- <sup>16</sup> Aufgrund einer an der Urne angenommenen Volksinitiative zum Erhalt des Stierenbergs als Naherholungsgebiet musste der Gemeinderat dort eine Schutzzone ausscheiden. In der anschliessenden Urnenabstimmung fand die Zonenplanänderung eine deutliche Mehrheit. Das zuständige kantonale Departement des Kantons Luzern hatte dazu jedoch erklärt, es erachte die Zone als nicht genehmigungsfähig. Denn sie widerspreche dem Richtplan, der auf dem Stierenberg einen Windpark vorsehe.
- <sup>17</sup> Der betreffende Richtplan ist noch unter dem aktuellen Recht ergangen. Dieses verlangt eine Interessenabwägung auch unter Einbezug der kommunalen Interessen. Diese Interessenlage soll sich nun zu Gunsten der nationalen Interessen weiter verschieben: Das nationale Interesse geht den kantonalen, regionalen und kommunalen Interessen vor (Art. 12 Abs. 3 letzter Satz EnG, so auch das UVEK im erläuternden Bericht zur Änderung der EnV, a.a.O., S. ). Ein kommunales Interesse an einer Schutzzone müsste weichen. Denn es würde das nationale Interesse an den Stromproduktionsanlagen unverhältnismässig einschränken oder dessen Realisierung sogar verhindern. Deshalb dürften solche kommunalen Interessen und Zonen künftig kaum mehr eine Chance haben. Genau so argumentiert bereits heute das kantonale Departement zur Schutzzone in Rickenbach. Mit der Gesetzesrevision würde dies verstärkt. Abstimmungen für Schutzzeiten wie in Rickenbach dürften damit ausgeschlossen werden. Die Demokratie in den Gemeinden würde ausgehebelt.

### **3. Bedeutung der Zuerkennung des nationalen Interesses nach Art. 13 Abs. 1 und Abs. 3 EnG**

#### **3.1. Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung**

- <sup>18</sup> Bis vor wenigen Jahren durften in Inventargebieten nach Art. 5 NHG, namentlich in BLN-Gebieten keine grossen Stromproduktionsanlagen erstellt werden. Sie hätten zu einer (mitunter schweren) Beeinträchtigung der Gebiete geführt. Der nationale Schutzgedanke ging vor. Mit der Zuerkennung des nationalen Interesses (Art. 12 Abs. 2 EnG) wurde der Bau grundsätzlich ermöglicht.
- <sup>19</sup> Der Gesetzgeber geht nun einen Schritt weiter. Nicht nur ist der Bau zulässig, neu müssen die BLN-Gebiete (und andere Bundesinventarobjekte) nicht mehr ungeschmälert erhalten bleiben (Art. 12 Abs. 3<sup>bis</sup> EnG). Anders gesagt: Die Anlagen dürfen die schönsten Landschaften der Schweiz beeinträchtigen.
- <sup>20</sup> Hinzu kommt, dass bisher bei Beeinträchtigungen grundsätzlich Wiederherstellungs- oder angemessene Ersatzmassnahmen ergriffen werden mussten. Für die Grossanlagen wird die Pflicht abgeschafft, es «kann» darauf verzichtet werden, z.B. wenn deren Umsetzung ein Vorhaben verhindern oder dessen Erstellung oder Betrieb übermässig beeinträchtigen würde (so der Entwurf von Art. 9a<sup>bis</sup> der zugehörigen Energieverordnung EnV). Das UVEK relativiert in den Erläuterungen zur EnV: Es sei davon auszugehen, dass dafür i.d.R. Raum bestehe und ein gänzlicher Verzicht nicht notwendig sei (UVEK, Erläuternder Bericht zur Änderung der EnV, a.a.O., S. 17). Allerdings widerspricht es bereits dem bisherigen Schutzgedanken, dass auf diese Massnahmen zumindest teilweise verzichtet werden kann.
- <sup>21</sup> Der Begriff «kann» verlangt zwar nach einer pflichtgemässen Ermessensausübung. Bundesrat Röstli meinte dazu jedoch im Ständerat: «Die Bewilligungsbehörde wird natürlich weiterhin zumutbare Ausgleichsmassnahmen verlangen, aber es gibt vielleicht Gebiete, wo diese nicht unbedingt einfach realisierbar sind. Ich würde jetzt hier in der Güterabwägung eher auf die Seite der Produktion (...) gehen.» (AB 2023 S 419).
- <sup>22</sup> Die im Gesetz vorgesehene Ermessensausübung wird somit im Ergebnis wohl «eher» (Bundesrat Röstli) zu Gunsten der Grossanlagen ausfallen. Das war jedenfalls der Wille des Gesetzgebers, der im Rahmen der Gesetzesauslegung beachtet werden wird.

- 23 Diese Umsetzung würde Art. 78 Abs. 2 Bundesverfassung widersprechen, wonach der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes nimmt, unter anderem Landschaften sowie Naturdenkmäler schont und sie ungeschmälert erhält, wenn das öffentliche Interesse es gebietet.
- 24 Im Ergebnis können die grossen Solar- und Windkraftanlagen somit errichtet werden:
- in den BLN-Gebieten, wenn das nationale Interesse daran den anderen nationalen Interessen vorgeht; die kantonalen, regionalen oder kommunalen sind ohnehin zweitrangig (vgl. Art. 12 Abs. 3 und Abs. 3<sup>bis</sup> nEnG).
  - ausserhalb der BLN-Gebiete, weil das Interesse daran anderen nationalen Interessen grundsätzlich vorgeht, den kantonalen, regionalen oder kommunalen Interessen ohnehin (vgl. Art. 9a Abs. 4 lit. c nStromVG).

### **3.2. Nationales Interesse in weiteren Fällen**

- 25 Der Bundesrat kann Anlagen unterhalb der Grösse und Bedeutung des nationalen Interessens dieses zusprechen (Art. 13 Abs. 1 nEnG).
- 26 Im Vergleich zum heutigen Art. 13 Abs. 1 EnG fehlt im revidierten Art. 13 Abs. 1 nEnG der Begriff «ausnahmsweise». Die Anerkennung des nationalen Interessens soll daher keine Ausnahme mehr bleiben, sondern vermehrt erfolgen.
- 27 Was der Begriff «zentralen Beitrag» bedeutet, ist jedoch unklar. Der Bundesrat hat dies in der zugehörigen Botschaft vom 4. September 2013 nur schwammig ausgeführt (BBl 2019 7561 7666). Klare Kriterien bestehen nicht. Angesichts der Stossrichtung des Gesetzes und der Streichung des Ausnahmecharakters muss damit gerechnet werden, dass der Bundesrat vielen Anlagen den Status zuspricht.
- 28 Damit werden diese Anlagen den («originären») Anlagen von nationalem Interesse gleichgestellt: Bau in BLN-Gebieten ohne Ausgleichsmassnahmen, Bedarfsnachweis und Standortgebundenheit, usw. Natur und Umwelt geraten damit noch mehr unter Druck.

#### **4. Landschaftsschutz nach Art. 78 BV und Alpenkonvention**

- <sup>29</sup> Der Landschaftsschutz wird potenziell stark zurückgestuft: Das EnG spürt die vorgesehene Ermessensausübung tendenziell zugunsten der Grossanlagen vor (Art. 12 Abs. 2 EnG, Art. 13 Abs. 1 nEnG ). Sie werden u.a. vermehrt in den wertvollsten Landschaften (BLN) errichtet werden, ohne dass Beeinträchtigungen ausgeglichen werden müssen oder nur teilweise.
- <sup>30</sup> Insbesondere Art. 9a Abs. 4 nStromVG, welcher das Interesse an den Grossanlagen grundsätzlich über alle anderen nationalen Interessen stellt, erscheint als verfassungswidrig. Denn der Verfassungsgeber hat unter den Staatsaufgaben, wozu nebst der Energieversorgung auch der Landschafts- und der Umweltschutz im Allgemeinen gehören, keine «Wertehierarchie» festgelegt (BGE 132 II 408 E. 4.5.1, S. 419, i.S. Windpark Crêt-Meuron).
- <sup>31</sup> Zudem erscheint diese Vorgabe auch angesichts der Verpflichtungen aus der Alpenkonvention als kritisch. Denn in dieser Konvention hat sich die Schweiz zu Naturschutz und Landschaftspflege verpflichtet, u.a. mit dem Ziel, Natur und Landschaft so zu schützen, zu pflegen und, so weit erforderlich, wiederherzustellen, dass die Vielfalt, Eigenart und Schönheit der Natur und Landschaft in ihrer Gesamtheit dauerhaft gesichert werden (Art. 2 Abs. 2 lit. f Übereinkommen vom 7. November 1991 zum Schutz der Alpen, Alpenkonvention, SR 0.700.1).

#### **5. Auswirkungen auf die Rechtsmittelmöglichkeiten**

- <sup>32</sup> Grosse Solar- und Windparks unterstehen dem Richtplanvorbehalt. Private können den Richtplan nicht direkt anfechten, und vorfrageweise nur noch in Teilen (vgl. Art. 9a Abs. 4 nStromVG; dazu oben).
- <sup>33</sup> Somit unterliegen weder der Bedarf (beinhaltend auch die Grösse der Anlagen) noch der Standort dieser Anlagen je einer Rechtskontrolle.
- <sup>34</sup> In den nachfolgenden Verfahren der Nutzungsplanung bzw. der Baubewilligung sind die Argumente gegen Solar- oder Windparks damit bereits erheblich eingeschränkt. Sofern Ermessensentscheide zu treffen sind, muss zudem das nationale Interesse an den Anlagen gleich bzw. höher gewichtet werden als andere nationale Interessen, jedenfalls aber als kantonale, regionale und kommunale Interessen (Art. 2 nEnG, Art. 12 Abs. 3 nEnG, Art. 9 Abs. 4 nStromVG).

- <sup>35</sup> Die Hürden für Naturschutzverbände und Private für erfolgreiche Einsprachen bzw. Beschwerden gegen diese Anlagen werden im Ergebnis markant erhöht, zusätzlich zu den bereits erfolgten Verschärfungen nach Art. 71a EnG und Art. 71c EnG, so v.a. bei den Windenergieanlagen mit innerkantonalen Zuständigkeitszuweisungen zum Kanton und radikalen Einschränkungen im Beschwerdeverfahren. Namentlich Art. 71c EnG greift dabei klar in die kantonale Raumplanungs- und Verfahrenszuständigkeit ein (Art. 75 BV) und ist daher verfassungswidrig.
- <sup>36</sup> Die Aussage des BFE im Faktenblatt «Mitsprache- und Beschwerdemöglichkeiten» zum EnG (vorgenannt), wonach an den bestehenden Rechtsmitteln grundsätzlich nichts geändert werde und sämtliche Rechtsmittel «unverändert zur Verfügung» stünden, trifft somit einzig auf die formelle Abfolge der Verfahrensschritte zu. Inhaltlich, materiell, werden die Rechtsmittelmöglichkeiten klar (weiter) eingeschränkt. Das bestätigt sogar das UVEK in Zusammenhang mit dem Richtplan und Art. 9a Abs. 4 nStromVG (vgl. oben: Ausschluss der Prüfung von Bedarf und Standortgebundenheit).

## **6. Auswirkungen auf die Demokratie in den Gemeinden**

### **6.1. Volksinitiativen und Abstimmungen über Schutzzonen**

- <sup>37</sup> Die Grossanlagen unterstehen dem Richtplanvorbehalt. Der Richtplan ist für die Gemeinden verbindlich; sie müssen ihn in der Ortplanung berücksichtigen. Abweichungen davon sind nur in ganz engen Grenzen zulässig.
- <sup>38</sup> Setzt nun eine Gemeinde den Richtplan in der Ortsplanung nicht um, wird der Kanton die Ortsplanung kaum genehmigen. Denn er muss soweit nötig dafür sorgen, dass die Nutzungspläne erstellt oder bestehende Nutzungspläne angepasst werden (Art. 10 Abs. 2 EnG).
- <sup>39</sup> Volksinitiativen oder Volksabstimmungen zur Einführung von Schutzzonen entgegen dem Richtplaneintrag (Art. 10 Abs. 1 EnG; vgl. oben zur Gemeinde Rickenbach/LU) dürften künftig unzulässig sein. Denn solche Zonen widersprechen u.a. den Ausbauzielen (Art. 2 nEnG) und verstossen im Ergebnis gegen Bundesrecht. Zudem haben lokale oder regionale Interessen vor dem nationalen Strominteresse zu weichen (vgl. Art. 12 Abs. 3 nEnG, Art. 9a Abs. 4 nStromVG).



- 40 Die Aussage des BFE im Faktenblatt «Mitsprache- und Beschwerdemöglichkeiten» (vorgenannt), wonach Abstimmungen zu konkreten Projekten weiterhin möglich seien, ist somit beschönigend. Das mag allenfalls zutreffen für konkrete Projekte und die Revision der Ortsplanung zur Ausscheidung der konkret notwendigen Windpark-Zone. Abstimmungen über eine Schutzzone auf dem «Hausberg» zu dessen Bewahrung als Erholungsgebiet, entgegen dem Eintrag im Richtplan als geeignetes Gebiet, und ähnliche Inhalte, werden jedoch wohl ausgeschlossen sein. Das Beispiel in Rickenbach/LU (oben) beweist es - und das bereits unter dem heutigen Recht.

## **6.2. Konzentrierte und abgekürzte Verfahren**

- 41 Der Bundesrat kann bei Anlagen, denen er das nationale Interessen zuerkennt, beschliessen, dass die notwendigen Bewilligungen in einem konzentrierten und abgekürzten Verfahren erteilt werden (Art. 13 Abs. 3 EnG).
- 42 Der Bundesrat wird also (und dies in einer Verordnung) in die kantonalen Zuständigkeiten eingreifen und die Bewilligungszuständigkeit von den Gemeinden auf den Kanton verlegen können, entgegen der kantonalen Baugesetzgebung oder sogar den Kantonsverfassungen. Der Inhalt der Bestimmung ist allerdings unklar. Sollte sie so ausgelegt werden, dass der Kanton die Standortgemeinden nicht nur im Baubewilligungsverfahren entmachten, sondern auch bei der Ortsplanung, hätten die Standortgemeinden nichts mehr zu entscheiden. Sie könnten auch nicht mehr über Zonenplanänderungen abstimmen oder ein Referendum ergreifen. Der Kanton würde alles entscheiden.
- 43 Diese schwammige Bestimmung gefährdet somit die kommunale Demokratie in der Ortsplanung, ja kann sie sogar ausschalten und in die Gemeindeautonomie eingreifen.

## **7. Auswirkungen auf die Restwassermengen und den Gewässerschutz**

- 44 Grosse Anlagen zur Stromgewinnung aus Wasser können von nationalem Interesse sein (Art. 12 Abs. 2 EnG). Damit können sie potenziell ebenfalls in BLN-Gebieten gebaut werden.
- 45 Das Stromgesetz schliesst die Grossanlagen zwar in gewissen Gebieten aus (Art. 12 Abs. 2<sup>bis</sup> EnG), formuliert dazu jedoch gleich wieder Ausnahmen: Sie sind möglich,

u.a. wenn lediglich die Restwasserstrecke im Schutzobjekt liegt (Art. 12 Abs. 2<sup>bis</sup> lit. c EnG).

- 46 Somit dürfen die Grossanlagen auch in Biotopen von nationaler Bedeutung nach Art. 18a NHG sowie in Wasser- und Zugvogelreservate nach Art. 11 Jagdgesetz, d.h. in Reservaten von internationaler (Abs. 1) und nationaler Bedeutung (Abs. 2), erstellt werden.
- 47 Neu ist, dass der Bundesrat gestützt auf Art. 2a nEnG die aus besonderen Gründen erhöhten Restwassermengen (Art. 31 Abs. 2 GSchG), z.B. für seltene Lebensräume und -gemeinschaften oder zur Gewährleistung der erforderlichen Wassertiefe für die freie Fischwanderung (Art. 31 Abs. 2 lit. c und lit. d GSchG), bis auf das Minimum der Restwassermengen (Art. 31 Abs. 1 GSchG) unterschreiten kann. Damit würden die gemäss Gesetz zwingend notwendigen Erhöhungen der Restwassermengen (Art. 31 Abs. 2 GSchG) wieder rückgängig gemacht. Die einzige Anforderung dazu ist eine drohende Strommangellage (Art. 2a nEnG). Auch wenn es heisst, dass der Bundesrat «kann» und dies eine Ermessensausübung verlangt, so scheint der Entscheid angesichts des Willens des Gesetzgebers, dies zu ermöglichen, naheliegend.
- 48 Der Bundesrat kann in Notlagen sogar die Restwassermengen unterschreiten, indem er Ausnahmen vom Gewässerschutzgesetz vorsehen kann (Art. 5 GSchG). Im Ständerat wurde dies in der Beratung des Stromgesetzes betont (AB 2022 S 870).
- 49 Angesichts der Tatsache, dass die Restwassermengen bereits das notwendige Minimum darstellen (vgl. die Marginale «Mindestrestwassermenge» von Art. 31 GSchG), geriete der Bundesrat mit der Senkung der Restwassermengen in Konflikt mit der Verfassung, welche die «Sicherung angemessener Restwassermengen» vorschreibt (Art. 76 Abs. 3 BV).

## **8. Ergänzungen zum Rechtsschutz**

### **8.1. Art. 190 BV**

- 50 Das Bundesgericht kann bei Beschwerden gegen die Anlagen u.a. mit dem Argument, das Stromgesetz widerspreche der Bundesverfassung (u.a. mit der gesetzlich vorgegebenen Interessenabwägung «grundsätzlich» zu Gunsten der Stromproduktionsanlagen), nicht eingreifen und helfen. Denn das Stromgesetz als

Bundesgesetz (bzw. die darin geänderten Bundesgesetze) ist für das Bundesgericht verbindlich (Art. 190 BV). Das Bundesgericht muss das Stromgesetz daher als massgebend anwenden, selbst wenn es zur Überzeugung gelangt, das Gesetz sei verfassungswidrig. Das gilt im Übrigen nicht nur für das Bundesgericht, sondern auch für die anderen rechtsanwendenden Behörden.

## **8.2. Urteil i.S. «Klimaseniorinnen»**

- <sup>51</sup> Das kürzlich ergangene Urteil des EGMR in Sache «Klimaseniorinnen» ist betreffend den Rechtsschutz und die Anwendbarkeit des Stromgesetzes nicht massgebend und hilft für den Rechtsschutz in der Schweiz nicht. Denn der EGMR kann sich über die Bundesverfassung der Schweiz hinwegsetzen bzw. ist nicht daran gebunden. Art. 190 BV gilt für den EGMR nicht.

Freundliche Grüsse



Dr. Lukas Pfisterer