

Planungs- und Baurecht

BERN

Gesuch um Anpassung und Ergänzung der Konzession zum Ausbau des Grimselstausees, Richtplangrundlage, nationales Interesse an der Erweiterung des Stausees, vorsorglicher Schutz eines potenziellen Schutzgebiets; Art. 8 und 8b RPG, Art. 10 und 12 EnG, Art. 6 NHG, Art. 29 NHV. *Vorhaben mit gewichtigen Auswirkungen auf Raum und Umwelt bedürfen einer Grundlage im Richtplan (E. 3.1). Die Kantone haben gemäss dem revidierten Energiegesetz dafür zu sorgen, dass insbesondere die für die Nutzung der Wasser- und Windkraft geeigneten Gebiete und Gewässerstrecken im Richtplan festgelegt werden. Es ist unklar, ob und, wenn ja, inwiefern damit der Richtplanvorbehalt gemäss Raumplanungsgesetz ausgedehnt wurde. Die Erwägungen in der Botschaft zum Energiegesetz sprechen grundsätzlich dafür, eine Richtplangrundlage für alle Wind- und Wasserkraftprojekte zu verlangen. Jedenfalls für Vorhaben von nationaler Bedeutung im Sinne des Energiegesetzes ist eine Grundlage im Richtplan unentbehrlich. Für die streitige Erweiterung des Grimselstausees ist eine Grundlage im Richtplan zwingend, weil das Speichervolumen erheblich vergrössert wird und das Vorhaben gewichtige Auswirkungen auf Schutzinteressen von nationaler Bedeutung hat (E. 3.2). Eine ausreichende Grundlage im Richtplan setzt voraus, dass die raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander abgestimmt worden sind (E. 3.3). In Bezug auf den umstrittenen Ausbau des Stausees ist eine vollständige Abstimmung der raumwirksamen Tätigkeiten auf Richtplanebene noch nicht erfolgt, es fehlt insbesondere jegliche Auseinandersetzung mit den entgegenstehenden öffentlichen Interessen des Natur- und Landschaftsschutzes (E. 3.4). Zudem fehlt eine Abstimmung mit dem geplanten Kraftwerk Trift (E. 3.5). Damit erweist sich die Richtplangrundlage als ungenügend (E. 3.6).*


Das umstrittene Projekt bewirkt einen schweren Eingriff in ein Objekt des Bundesinventars der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN). Schwerwiegende Beeinträchtigungen eines Inventarobjekts sind nur zulässig, wenn sie sich durch ein Interesse von nationaler Bedeutung rechtfertigen lassen, das gewichtiger ist als das Interesse am Schutz des Objektes (E. 4). Die Erweiterung einer bestehenden Wasserkraftanlage liegt im nationalen Interesse, wenn die zukünftige Gesamtproduktion gewisse Schwellenwerte erreicht (E. 4.1). Gemäss einschlägiger Verordnungsbestimmung gilt dies unabhängig von der Höhe der Mehrproduktion (E. 4.2 und 4.3). Fraglich ist, ob diese Regelung mit dem Natur- und Heimatschutzgesetz vereinbar ist oder ob die Energieverordnung so auszulegen ist, dass nicht nur die Gesamtproduktion nach Erweiterung über den Schwellenwerten liegen muss, sondern die Erweiterung auch zu einer massgeblichen Vergrösserung der Leistung bzw. Produktion oder aber des Stauvolumens führt (E. 4.4). Es erscheint plausibel, dass das vorliegend umstrittene Projekt zu einer nicht unerheblichen Mehrproduktion von Strom führen würde (E. 4.5). Jedenfalls aber hätte die geplante Erweiterung einen erheblichen Ausbau der Speicherkapazität zur Folge. Unter den gegebenen Umständen

liegt es grundsätzlich im nationalen Interesse, dieses Ausbaupotenzial zu nutzen (E. 4.6). Besteht somit ein nationales Interesse am Projekt, so ist dieses bei der Interessenabwägung als gleichrangig zu betrachten mit anderen nationalen Interessen. Ein Abweichen von der ungeschmälernten Erhaltung des BLN-Gebiets setzt eine gesamthafte Interessenabwägung voraus, unter Berücksichtigung aller vom Projekt berührten Belange (E. 4.7).

Die Beschwerdeführerinnen sind der Auffassung, das Gletschervorfeld des Unteraargletschers sei nicht nur eine schützenswerte Landschaft von nationaler Bedeutung, sondern als Auengebiet auch ein Biotop von nationaler Bedeutung (E. 5.1). Die Verordnung über den Natur- und Heimatschutz verpflichtet die Kantone, dafür zu sorgen, dass sich der Zustand von Biotopen, denen aufgrund der vorhandenen Erkenntnisse und Unterlagen nationale Bedeutung zukommt, nicht verschlechtert, bis der Bundesrat die Biotope von nationaler Bedeutung bezeichnet hat bzw. die einzelnen Inventare abgeschlossen sind (E. 5.2). Die nach dem Rückgang des Gletschers entstandene alpine Schwemmebene im Vorfeld des Unteraargletschers, welche durch den Höherstau des Grimselsees überflutet und damit teilweise zerstört würde, hat potenziell nationale Bedeutung als Auengebiet (E. 5.3 und 5.4). Dies muss in der gesamthafte Interessenabwägung gewürdigt werden (E. 5.5).

Der Zeitpunkt der Realisierung des umstrittenen Projekts ist ungewiss. Im Richtplan- und Konzessionsverfahren muss der voraussichtliche Realisierungszeitpunkt jedoch berücksichtigt werden. Wird die Konzession angepasst und erweitert, muss zwingend eine Frist für den Bau- und Betrieb des erweiterten Stausees vorgesehen werden. Ist dies noch nicht möglich, schliesst dies eine Konzessionierung zum jetzigen Zeitpunkt aus (E. 6).

Der angefochtene Entscheid des Verwaltungsgerichts wird wegen der fehlenden Grundlage im Richtplan, der mangelhaften Interessenabwägung und des ungewissen Realisierungszeitpunkts aufgehoben und die Sache an den Regierungsrat zurückgewiesen (E. 7).

(Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 4. November 2020, 1C_356/2019; Online; der Volltext ist zu finden unter <https://swisslex.ch>* oder unter www.bger.ch; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen. )

Kommentar von *Peter Hettich*

Der dritte Akt im Grimsel-Drama ist vollendet; der Vorhang ist jedoch noch nicht gefallen. Aus rechtlicher Sicht beginnt das Stück am 14. Oktober 2005 mit der Einreichung eines Baugesuchs für die streitige Erhöhung der Staumauern Spitallamm und Seeuferegg; mit der Erhöhung würde der Stauspiegel des Grimselsees um

* Wenn Sie als Kundin oder Kunde bei Swisslex eingeloggt sind und den Pfadnamen ([swisslex.ch/journals?ref= zbl-jeweilige Jahreszahl-jeweilige Seite](https://swisslex.ch/journals?ref=zbl-jeweilige-Jahreszahl-jeweilige-Seite)) in Ihrem Browser eingeben. Auskunft erhalten Sie über die Hotline 0800 587 463 oder hotline@swisslex.ch.

23 m angehoben und dessen Speichervolumen um 75 Mio. m³ auf insgesamt 170 Mio. m³ vergrössert. Dies entspricht einer zusätzlichen Speicherung von 240 GWh elektrischem Strom – zur Zeit des Baugesuchs noch «Flüssiges Gold» der Alpen.

Mit vorliegendem Entscheid hat sich das Bundesgericht nun schon zum dritten Mal mit diesem Bauprojekt befasst. Die überaus lange Verfahrensdauer hat vorliegend jedoch kaum eine Rolle gespielt, denn die tatsächliche Realisierung des Projekts ist unsicher und könnte womöglich «erst in 20 Jahren oder später» (E. 6.2) erfolgen. Der heutige Elektrizitätsmarkt und die schlechte Anbindung an die europäischen Stromhandelsplattformen lässt das gestaute Wasser derzeit, aus einer rein betriebswirtschaftlichen Perspektive, eher als «flüssiges Blei» erscheinen (hierzu *Peter Hettich/Simone Walther/Sabine Schreiber Tschudin*, Schweiz ohne Stromabkommen, Zürich/St. Gallen 2015). Aus einer systemischen Perspektive sind jedoch zusätzliche Energiespeicher unbedingt erforderlich, wenn das schweizerische Energiesystem im Bereich Strom weiterhin mit geringer Karbonintensität und ohne grössere Ausfälle produzieren soll.

Grund für die erneute Rückweisung des Projekts bildet dessen fehlende Verankerung im kantonalen Richtplan. Die Rüge der fehlenden Richtplangrundlage ist von den Beschwerdeführerinnen überhaupt erstmals vor Bundesgericht erhoben worden; auch in den vorangegangenen Bundesgerichtsentscheiden (BGer 1C_207/2008 vom 20. Februar 2009; BGE 143 II 241) blieb der Richtplan unerwähnt. Dabei ist für den unbefangenen Leser offensichtlich, dass ein Projekt dieser Grössenordnung – im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der Vorgabe von Art. 8 Abs. 2 RPG (E. 3.1) – einer Grundlage im kantonalen Richtplan bedarf. Das Versäumnis der Richtplananpassung erscheint für Aussenstehende unerklärlich; als Wink mit dem Zaunpfahl dürfte daher der Hinweis des Bundesgerichts auf die fehlende Abstimmung des Grimsel-Projekts mit dem geplanten Kraftwerk Trift zu verstehen sein, welches im Richtplan lediglich als Vororientierung erwähnt wird (E. 3.5). Die Behandlung des entsprechenden Konzessionsgesuchs (zusätzlicher Energieinhalt von 215 GWh) wäre für die Wintersession 2020, kurz nach Bekanntwerden des vorliegenden Entscheids, vorgesehen gewesen; der Grosse Rat des Kantons Bern hat das Konzessionsgesuch für das Projekt Trift dann von der Traktandenliste gestrichen.

Von gewisser Sprengkraft dürfte sich derweil – so vernimmt man aus Kreisen im BFE ■ – das Obiter Dictum des Bundesgerichts erweisen, wonach einiges dafür spreche, «eine Richtplangrundlage für alle Wind- und Wasserkraftprojekte zu verlangen» (E. 3.2). Die Frage wurde vom Bundesgericht letztlich offengelassen. Mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung zum Richtplanvorbehalt und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass Art. 8b RPG und Art. 10 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) den Bau von Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien wohl eher erleichtern wollten, drängt sich technologieunabhängig ein Richtplanvorbehalt wohl nur für Anlagen «mit mehr als nur kleinräumiger Relevanz» auf, was dann freilich dennoch «in erster Linie für die Wasser- und für die Windkraft» zutreffen mag (Botschaft des Bundesrates zum ersten

Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050, in: BBl 2013 7561 ff., 7708). Bei kleineren Vorhaben legen die Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil 1C_4/2018 vom 31. Januar 2019 E. 3.2 nahe, auf eine Grundlage im Richtplan jedenfalls dort zu verzichten, wo der Standort aufgrund einer zutreffenden Interessenabwägung als geeignet identifiziert wurde («sulla scorta di una corretta ponderazione degli interessi coinvolti»); eine umfassende Interessenabwägung verlangen ja auch schon die Verfahren zur Änderung eines Nutzungsplans bzw. die Verfahren nach Art. 24 RPG. Vorliegend war die Interessenabwägung nach Ansicht des Bundesgerichts aber ohnehin mit Mängeln behaftet.

Aus prozessökonomischen Gründen erörtert das Bundesgericht ferner die kollidierenden Nutzungs- und Schutzinteressen und gibt damit Hinweise zur Vornahme der anstehenden Interessenabwägung im Rahmen der Richtplananpassung: Notwendig ist vorliegend ein Interesse von nationaler Bedeutung am Eingriff; dieses muss gewichtiger sein als das Interesse am Schutz des Objektes. Für die Zuerkennung des nationalen Interesses sind bei Anlagen zur Nutzung erneuerbarer Energien wie namentlich auch Speicherkraftwerke, «Kriterien wie Leistung oder Produktion sowie die Fähigkeit, zeitlich flexibel und marktorientiert zu produzieren», zu berücksichtigen (Art. 12 Abs. 5 EnG); der Bundesrat hat hierfür konkrete technische und energiewirtschaftlichen Kriterien vorgesehen. Im Lichte von Art. 6 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (NHG; SR 451) legt nun das Bundesgericht die konkretisierenden «Art. 8 Abs. 2 und 3 EnV in dem Sinne aus [...], dass nicht nur die Gesamtproduktion nach Erweiterung über den Schwellenwerten liegen muss, sondern die Erweiterung auch zu einer massgeblichen Vergrösserung der Leistung/Produktion oder aber des Stauvolumens führt» [Hervorhebung durch Verfasser]. Vom Gesetzestext her ist eine solch einschränkende Auslegung nicht absolut zwingend geboten und in ihren Auswirkungen auch nicht vollständig überblickbar, zumal vorliegend aufgrund des erheblichen Ausbaus der Speicherkapazität von einem nationalen Interesse auszugehen ist (E. 4.6). Inwiefern im Rahmen der Rückweisung trotzdem noch die berechnete Mehrproduktion «von einer fachkundigen Stelle überprüft werden» muss (E. 4.5), bleibt im Entscheid selbst unklar. Naheliegender scheint es, allein schon der Fähigkeit zur Speicherung von Energie – als «Schlüsselkomponente der Energiewende» (aus dem Titel des 2018 erschienen Werks von *Brigitta Kratz*) – einen gewissen Eigenwert zuzusprechen. Die im kantonalen Verfahren von den Beschwerdeführern eingebrachte Argumentation, wonach «an der reinen Umlagerung von Sommer- zu Winterenergie [...] kein nationales Interesse [besteht]» (Verwaltungsgericht BE, Urteil 100.2017.125/126 vom 21. Mai 2019 E. 4.4), beruht auf einem groben Fehlverständnis der Funktionsweise des zunehmend wetterabhängigen schweizerischen Energiesystems.

Hinsichtlich der Schutzinteressen sind die Auswirkungen des Projekts auf die Moorlandschaft Nr. 268 «Grimsel» kein zentrales Entscheidthema: Ein direkter Eingriff in das Moor liegt nicht vor, da der Bundesrat den südlichen Perimeter der Moorlandschaft so festgelegt hat, dass der höhere Stauspiegel des Grimselsees die

Moorlandschaft – formalrechtlich – nicht tangiert. Tatsächlich endet die Moorlandschaft natürlich nicht an der Linie des geplanten höheren Stauspiegels, sondern am heutigen Stausee. Das Bundesgericht hat die Interessenabwägung des Bundesrates, welche dem öffentlichen Interesse an der geplanten Stauseeerhöhung zur Energieerzeugung Vorrang gegenüber dem Interesse an einem möglichst umfassenden Schutz der Moorlandschaft einräumte, zur Überraschung des Verfassers geschützt (BGE 143 II 241); *prima vista* hätte BGE 138 II 281 zur Zürcher Oberlandautobahn ein strengeres Regime erwarten lassen. Auch die Vorinstanz hat noch festgehalten, dass «die Qualifikation als Moorlandschaft nicht von einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Nutzungsinteressen abhängen» dürfe (Verwaltungsgericht BE, Urteil 100.2013.103/104 vom 22. Dezember 2015 E. 5.1; kritisch ferner *Peter M. Keller*, in: derselbe *et al.*, [Hrsg.], Kommentar NHG, 2. Aufl., Zürich 2019, Art. 23b N 17; *Nina Dajcar*, Anmerkung zum Grimsel-Entscheid, URP 2017, S. 373 ff.). Je nach Gesprächspartner werden durch den kleineren Perimeter «lediglich sieben Arven» oder aber ein Teil des «Arvenwalds im Gebiet Sunnig Aar» geopfert. Jedenfalls sind in der nun vorzunehmenden Interessenabwägung die Auswirkungen auf die unmittelbar angrenzende Moorlandschaft dennoch zu berücksichtigen: Dies betrifft wohl vor allem visuelle Einwirkungen durch das «Einstauband» rund um den See, das bei tiefem Wasserstand als graue und vegetationslose Fläche sichtbar ist und das durch den Höherstau nun verbreitert würde.

In die umfassende Interessenabwägung ebenso einzubeziehen sind die (schweren) Eingriffe in das BLN-Objekt Nr. 1507 «Berner Hochalpen und Aletsch-Bietschhorn-Gebiet», wobei die Vorinstanz (im Konzessionsverfahren, Verwaltungsgericht BE, Urteil 100.2017.125/126 vom 21. Mai 2019 E. 6) den schweren Landschaftseingriff als rechtfertigbar ansah. Überdies ist aufgrund der Erwägungen des Bundesgerichts davon auszugehen, dass die alpine Schwemmebene, die sich im Vorfeld des Unteraargletschers aufgrund des Gletscherrückgangs gebildet hat (und die sich laufend vergrössert), als Aue von potenziell nationaler Bedeutung zu inventarisieren und entsprechend zu schützen ist. Die Vorinstanz ging hier von einem «gewöhnlichem» Biotop bzw. einem Naturschutzgebiet von kantonaler Bedeutung aus. Die Neubewertung als Biotop von nationaler Bedeutung schliesst die Erweiterung einer bestehenden Elektrizitätserzeugungsanlage zwar nicht von vornherein aus (Art. 12 Abs. 2 EnG e contrario); jedoch ist der hohe Stellenwert des Schutzes von Biotopen von nationaler Bedeutung im Rahmen der Interessenabwägung nun ebenfalls zu berücksichtigen (E. 5.5; siehe hierzu wie auch zur ganzen Problematik *Kathrin Föhse*, *Positivierte Aufgaben- und Nutzungsinteressen von nationaler Bedeutung – Bestandesaufnahme im neuen Energierecht des Bundes*, ZBJV 153/2017, S. 594 ff., insbesondere 605 f.). Damit verleiht das Bundesgericht den vorliegend involvierten Schutzinteressen erhebliches Gewicht, was nach BGE 143 II 241, zumindest für das vorliegende Projekt, so nicht zu erwarten war. Jedoch basierten vielleicht auch die Hoffnungen der Energiewirtschaft, mit den nun in Kraft stehenden Art. 10 ff. EnG den Vorgang der Interessenabwägung in ihrem Sinne steuern zu können, von vornherein auf trügerischer Grundlage (kri-

tisch zu den vorliegenden Eingriffen des Gesetzgebers *Arnold Marti*, Energiewende verstärkt Schutz-Ungleichgewicht im Natur- und Heimatschutz, ZBl 117/2016, S. 457 f.; *Peter Karlen*, Erneuerung statt weitere Erosion des Rechts, ZBl 117/2016, S. 621 f.; allgemein zum «Bestreben, Interessenabwägungen zu domestizieren» *Pierre Tschannen*, Interessenabwägung bei raumwirksamen Vorhaben, URP 2018, S. 111 ff., 124).

In seinen jährlichen Monitoringberichten sieht das BFE die Energiestrategie 2050 «kurzfristig auf Kurs» und verortet «langfristige Herausforderungen» (BFE, Medienmitteilung vom 26. November 2020). Der vorliegende Entscheid setzt jedenfalls bei der Realisierung des Ausbaupotenzials im Bereich der Wasserkraft ein Fragezeichen (siehe BFE, Wasserkraftpotenzial der Schweiz: Abschätzung des Ausbaupotenzials der Wasserkraftnutzung im Rahmen der Energiestrategie 2050 vom August 2019, wo allein das Elektrizitätserzeugungspotenzial durch Nutzung neuer Gletscherseen mit 700 GWh/Jahr beziffert wird). Im Bereich der Windkraft weist die Schweizerische Statistik der erneuerbaren Energien (Ausgabe 2019 vom September 2020) seit dem Jahr 2013 nicht mehr als 37 Produktionsstandorte aus (Produktion 2019: 145.92 GWh; Ausbaupotenzial 2050: 4300 GWh). Auf Basis der geltenden raumplanerischen Rechtsgrundlagen erscheint jedenfalls der Bau von 800–1000 Windkraftanlagen mit Höhen von mittlerweile bis zu 250 m als vollkommen unrealistisch (*Peter Hettich/Simone Walther/David Wohlgemuth*, Strommarkt 2023, Zürich/St. Gallen 2017, S. 17 ff.). Nur im Bereich der Photovoltaik geht der angestrebte Zubau flott voran, wobei der technologisch einseitige Ausbau und der Verzicht auf eine «breit gefächerte» Abstützung der Energieversorgung (Art. 89 BV) die Abhängigkeit des Energiesystems vom Wetter bzw. von Importen und Energiespeichern nochmals erhöhen dürfte.

Nach über 15 Jahren rechtlicher Auseinandersetzung ist mit dem mittlerweile dritten Grimsel-Entscheid des Bundesgerichts wieder offen, ob das vorliegende Projekt gestützt auf die geltenden Rechtsgrundlagen bewilligungsfähig ist. So wird einmal mehr offensichtlich, dass der Gesetzgeber im Rahmen seiner Beratungen zur Energiestrategie die konfligierenden Schutz- und Nutzungsinteressen bei der erneuerbaren Elektrizitätserzeugung nicht ausreichend diskutiert hat; die Unzulänglichkeiten der dazumal getroffenen Formelkompromisse treten bei konkreten Projekten offen zutage und lassen sich nicht mehr «weglächeln». Die Nutzung bzw. der Schutz der durch den fortlaufenden Gletscherschwund neu entstehenden «alpinen Schwemmebenen» wurde soweit ersichtlich überhaupt noch kaum thematisiert. Ebenso offenbart sich das Versäumnis, die Energiestrategie verfassungsrechtlich abzusichern (*Marti*, S. 457; *Peter Hettich*, Die Glühbirne – Lucifer neuer Zeiten, ZBl 116/2015, S. 567 ff., 584 f.).

Die vom Bundesgericht hier blossgelegten Probleme lassen sich denn auch nicht mit Geld lösen: Mit der Verlängerung der heute auf Ende 2030 befristeten Investitionsbeiträge bis ins Jahr 2035 bricht die Politik nicht nur ein Versprechen im Abstimmungskampf (Erläuterungen des Bundesrates zur Volksabstimmung vom 21. Mai 2017, S. 9), sondern wählt auch einen unzureichenden Problemlö-

sungsansatz. Selbst bei Anerkennung des Bestrebens, nun eine «Energiereserve zur Absicherung gegen ausserordentliche Extremsituationen» (finanziell) zu fördern, zeigt der Bundesrat eine erstaunliche Unfähigkeit, die Energiewende aus einer Systemperspektive und nicht aus einer (subventionsinteressierten) Akteursperspektive zu lenken. Der wohl in einer Public Affairs Agentur entworfene Titel des neuen «Bundesgesetzes über eine sichere Stromversorgung mit erneuerbaren Energien» (*Bundesrat*, Medienmitteilung vom 11. November 2020) wird also das mit diesem Namen verbundene Versprechen kaum einlösen.