

Rolf Lüthi
Fürsprecher - Avocat

Gutachten betreffend Konkurrenz von Zuständigkeiten in den koordinierten Verfahren

Muri, 30. Januar 2009

A. Auftrag

Das Bundesamt für Energie (BFE) hat den Unterzeichneten am 1. Dezember 2008 beauftragt, ein Gutachten zu Fragen betreffend Konkurrenz von Zuständigkeiten in den koordinierten Verfahren zu erstellen. Dabei geht es einerseits um Zuständigkeitsabgrenzungen zwischen kantonalen Behörden und Bundesbehörden und andererseits um Abgrenzungen zwischen zwei oder mehreren bundesrechtlichen Regelungen. Konkret wurden dem Unterzeichneten im Dokument „Verfahrenskoordination“ vom 25. November 2008 folgende Fragen gestellt:

„3.1 Kollision von Bundesrecht mit kantonalem Recht:

3.1.1 Wie weit geht die Einschränkung des kantonalen Rechts in formeller und materieller Hinsicht auf Grund von Artikel 16 Absatz 3 des Elektrizitätsgesetzes, insbesondere bei Anlagen für die Elektrizitätsproduktion wie z.B. Windkraftanlagen, Solaranlagen oder Biomasseanlagen?

- Beispiel: Das Elektrizitätsgesetz regelt die Erstellung von elektrischen Anlagen und greift dabei in kantonales Bau- und Planungsrecht ein

3.1.2 Ist es zulässig, eine bestimmte Anlage durch zwei verschiedene Bewilligungsinstanzen (und damit in zwei unterschiedlichen Bewilligungsverfahren) zu genehmigen?

- Fallbeispiel Windkraftanlagen: Standort und Bauten (Turm) nach kantonalem Bau- und Planungsrecht – elektrische Einrichtung inklusive Netzanschluss nach Bundesrecht
- Fallbeispiel Wasserkraft: Standort, Stauanlagen, Stollen, Druckleitungen, Maschinenhäuser und –kavernen nach kantonalem Bau- und Planungsrecht – elektrische Einrichtung inklusive Netzanschluss nach Bundesrecht
- Fallbeispiel Solaranlagen: Standort und bauliche Massnahmen an Gebäuden nach kantonalem Bau- und Planungsrecht – elektrische Einrichtung inklusive Netzanschluss nach Bundesrecht
- Fallbeispiel Biogasanlagen: Standort und bauliche Massnahmen nach kantonalem Bau- und Planungsrecht – elektrische Einrichtung inklusive Netzanschluss nach Bundesrecht

3.1.3 Nach welchen Kriterien soll der „Lead“ festgelegt und wie können Konflikte gelöst werden?

3.1.4 Wie weit geht die Koordinationspflicht von Bundesrechts wegen?

3.1.5 Nach welchen Kriterien wäre allenfalls eine Differenzierung der Zuständigkeit vorzunehmen?

- 3.1.6 Können allgemein gültige Zuordnungen (allenfalls für die einzelnen Projektarten) definiert werden oder müssen die Zuständigkeiten in jedem einzelnen Verfahren jeweils neu festgelegt (oder sogar unter den beteiligten Behörden ausgehandelt) werden?
- 3.1.7 Braucht es für die Umsetzung des Entscheides auch besondere Zuordnungsregeln (Wer ist zuständig für Bauüberwachung / Kontrolle der Umsetzung von Auflagen / Bauabnahme)?
- 3.2 Kollision von bundesrechtlichen Regeln unter sich und zusätzlich mit kantonalem Recht:
- 3.2.1 Ist eine Aufteilung der Bewilligungszuständigkeit und der Bewilligungsverfahren zulässig?
1. Fallbeispiel Kernanlage: Kernenergiegesetz / Elektrizitätsgesetz
 2. Fallbeispiel Flugplatz: Luftfahrtgesetz / Rohrleitungsgesetz / Elektrizitätsgesetz
 3. Fallbeispiel Gas-Kombi-Kraftwerk: kantonales Recht, Elektrizitätsgesetz, Rohrleitungsgesetz
- 3.2.2 Nach welchen Kriterien soll der „Lead“ festgelegt und wie können Konflikte gelöst werden?
- 3.2.3 Wie weit geht die Koordinationspflicht von Bundesrechts wegen?
- 3.2.4 Nach welchen Kriterien erfolgt allenfalls die Bestimmung der Zuständigkeit und des massgebenden Verfahrensrechts?
- 3.2.5 Können allgemein gültige Zuordnungsregeln (allenfalls für die einzelnen Projektarten) definiert werden oder müssen die Zuständigkeiten in jedem einzelnen Verfahren jeweils neu festgelegt (oder sogar unter den beteiligten Behörden ausgehandelt) werden?
- 3.2.6 Braucht es für die Umsetzung des Entscheides auch besondere Zuordnungsregeln (Wer ist zuständig für Bauüberwachung / Kontrolle der Umsetzung von Auflagen / Bauabnahme)?
4. Wie sind beim Neubau der Schaltanlage eines KKW das kernenergierechtliche und das elektrizitätsrechtliche Verfahren zu koordinieren?

B. Allgemeine Ausführungen zur Verfahrenskoordination

1. Die Erstellung und Änderung von Bauten und Anlagen erfordert in aller Regel eine Baubewilligung. Für deren Erteilung sind entweder Bundesbehörden oder kantonale Behörden zuständig. Gemäss dem in Art. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV / SR 101) enthalte-

nen Grundsatz sind die Kantone souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist; sie üben alle Rechte aus, die nicht dem Bund übertragen sind. Diese generell gültige Aufgabenteilung zwischen Bund und Kanton gilt auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht und damit insbesondere auch in Bezug auf die Zuständigkeit zur Bewilligungserteilung. Der Bund ist somit nur in jenen Bereich zuständig, Bewilligungen für die Erstellung und Änderung von Bauten und Anlagen zu erteilen, in denen ihm von der Bundesverfassung eine entsprechende Kompetenz zugeteilt wurde. In allen übrigen Fällen liegt die Kompetenz bei den Kantonen.

2. Die ursprünglich relativ einfachen Baubewilligungsverfahren wurden im Laufe der Zeit stets komplexer, da für Bauvorhaben in zunehmendem Masse neben der eigentlichen Baubewilligung auch noch weitere Bewilligungen nach verschiedenen Spezialgesetzen eingeführt werden (z.B. eine Ausnahmegewilligung nach dem Bundesgesetz vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG / SR 700), eine Rodungsbewilligung nach dem Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über den Wald (WaG / SR 921.0 usw.). Das Baubewilligungsverfahren und die verschiedenen Verfahren für die erforderlichen Spezialbewilligungen wurden in der Praxis in solchen Fällen zum Teil parallel und zum Teil zeitlich nacheinander geführt. Da zudem auch unterschiedliche Behörden für die Erteilung der verschiedenen Bewilligungen verantwortlich waren, waren Doppelspurigkeiten, widersprüchliche Entscheide und erhebliche zeitliche Verzögerungen nicht zu vermeiden.
3. Um diese Situation zu verbessern, stellte das Bundesgericht gewisse Grundsätze auf, wie die verschiedenen Verfahren zu koordinieren sind. Massgeblich war der Entscheid Chrüzien, BGE 116 I b 50 ff., in welchem folgende minimale Grundsätze für ein koordiniertes Entscheidungsverfahren aufgestellt wurden:
 - Materiell rechtliche Vorschriften, die sachlich eng zusammenhängen, sollen wenn möglich von einer einzigen Instanz beurteilt werden.
 - Müssen aufgrund der Zuständigkeitsordnung verschiedene Behörden erstinstanzlich entscheiden, so sind diese verpflichtet, zumindest qualitativ für eine Koordination zu sorgen.
 - Soweit möglich sind die Verfahren auch zeitlich so abzustimmen, dass allenfalls letztinstanzlich eine gemeinsame Beurteilung möglich wird.

Dieser Entscheid des Bundesgerichtes, der die Koordination verlangte, machte aber auch deutlich, dass dieser Koordination Grenzen gesetzt sind, da die verfassungsrechtlichen Kompetenzen trotz aller Koordination zu wahren sind.

4. Diese durch die Rechtsprechung entwickelte Koordinationspflicht wurde mit der Revision des RPG vom 6. Oktober 1995, in Kraft seit dem 1. Januar 1997 soweit als möglich gesetzlich umschrieben, indem Art. 25a RPG eingeführt wurde. Dieser lautet wie folgt:

“Art. 25^a Grundsätze der Koordination

¹ Erfordert die Errichtung oder die Änderung einer Baute oder Anlage Verfügungen mehrerer Behörden, so ist eine Behörde zu bezeichnen, die für ausreichende Koordination sorgt.

² Die für die Koordination verantwortliche Behörde:

- a. kann die erforderlichen verfahrensleitenden Anordnungen treffen;
- b. sorgt für eine gemeinsame öffentliche Auflage aller Gesuchsunterlagen;
- c. holt von allen beteiligten kantonalen und eidgenössischen Behörden umfassende Stellungnahmen zum Vorhaben ein;
- d. sorgt für eine inhaltliche Abstimmung sowie möglichst für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen.

³ Die Verfügungen dürfen keine Widersprüche enthalten.

⁴ Diese Grundsätze sind auf das Nutzungsplanverfahren sinngemäss anwendbar.“

5. Ein nächster wichtiger Schritt in den Koordinationsbestrebungen erfolgte mit dem Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidverfahren (Koordinationsgesetz). Mit diesem Gesetz hat der Bundesgesetzgeber in jenen Verfahren, für welche er zuständig ist, diese Bewilligungsvielfalt soweit als möglich gestoppt und die Verfahren so konzentriert, dass grundsätzlich nur noch eine Behörde zuständig ist für die Beurteilung, ob ein Bauvorhaben alle bundes- und kantonale rechtlichen Vorschriften einhält. Alle bisher für Teilbewilligungen zuständigen Behörden werden vor dem Entscheid angehört und haben zum Teil ein Beschwerderecht gegen den Entscheid. In den übrigen Fällen, soweit Bundesbehörden beteiligt sind, findet bei Differenzen zwischen den Behörden vor dem Entscheid ein rechtlich geregeltes, standardisiertes Bereinigungsverfahren statt. Auf diese Weise werden die bisher für Nebenbewilligungen zuständigen Behörden auch weiterhin in die Verfahren einbezogen. Sie können ihr Spezialwissen einbringen und die in ihrem Spezialgebiet geltenden Regeln durchsetzen.

Wichtige Bestimmungen bei diesen neu gestalteten Verfahren sind die Folgenden:

- „Mit der Planungsgenehmigung werden sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt.“
- „Kantonale Bewilligungen und Pläne sind nicht erforderlich. Das kantonale Recht ist zu berücksichtigen, soweit es den Betreiber der Anlagen in der Erfüllung seiner Aufgabe nicht unverhältnismässig einschränkt.“

Für das Elektrizitätsrecht sind diese Bestimmungen in Art. 16 Abs. 3 und Abs. 4 des Elektrizitätsgesetzes vom 24. Juni 1902 (EleG / SR 734.0) festgehalten.

Es fand somit von Gesetzes wegen eine Konzentration aller für die Erstellung oder Änderung von Stark- oder Schwachstromanlagen erforderlichen Bewilligungen statt, indem neu nur noch eine Behörde zu entscheiden hat und diese dabei in einem einzigen Entscheid alle erforderlichen Bewilligungen erteilt. Dieser Entscheid kann dann als Gesamtentscheid mit einer Beschwerde angefochten werden, womit auch die Beschwerdeinstanz alle Fragen insgesamt beurteilen kann.

6. Diese Konzentration verschiedener Verfahren durch das Koordinationsgesetz führte dazu, dass einerseits die Zuständigkeiten zur Erteilung verschiedener Spezialbewilligungen geändert haben und sich andererseits die formelle Zuständigkeit zwischen Bundesbehörden verschieben kann. Wichtig für die Beurteilung der dem Unterzeichneten gestellten Fragen ist aber zunächst die Feststellung, dass an der Grundzuständigkeit für die Bewilligung von Bauten und Anlagen, soweit hierfür bisher kantonale Behörden zuständig waren, dadurch nichts geändert hat. Dies konnte mit dem Koordinationsgesetz aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gemacht werden. Bundesbehörden bleiben somit auch nach dem Koordinationsgesetz nur für die Bewilligung derjenigen Bauten und Anlagen zuständig, für welche sie es bereits vorher waren. Der Unterschied liegt neu einzig darin, dass sie nun gleichzeitig auch alle erforderlichen Nebenbewilligungen erteilen. Insofern ist die im Dokument vom 25. November 2008 unter Ziffer 2.1 enthaltene Aussage, wenn der im Koordinationsgesetz festgehaltene Grundsatz „konsequent durchgesetzt würde, so würde das bedeuten, dass in verschiedenen Bereichen in originäre und kraft Verfassung den Kantonen zugewiesene Hoheitsrechte eingegriffen würde“, nicht richtig. Genau dies war mit dem Koordinationsgesetz nicht beabsichtigt, weil es aus verfassungsrechtlichen Gründen gar nicht erlaubt gewesen war. Im Verhältnis zu den Kantonen betrifft der Wegfall der kantonalen Bewilligungskompetenz nur Nebenbewilligungen für Anlagen, die bereits vor dem Koordinationsgesetz in der Hauptsache durch den Bund bewilligt worden sind. Dort, wo die Baubewilligungskompetenz vor dem Koordinationsgesetz bei kantonalen Behörden lag, blieb sie es auch nach Inkraftsetzung dieses Gesetzes. Daran ändert Art. 16 Abs. 4 EleG überhaupt nichts.
7. Die Richtigkeit dieser Aussage ergibt sich beispielsweise aus der Botschaft vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren (Botschaft / BBl 1998 2591). Ziffer 13.222 regelt das Verhältnis Bundesrecht – kantonales Recht. Dort wird Folgendes ausgeführt:

„Der Bund verfügt aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung in den Bereichen militärische Anlagen (Art. 20 BV), Eisenbahnanlagen (Art. 26 BV), Rohrleitungsanlagen (Art. 26^{bis} BV), Grenzkraftwerke (Art. 24^{bis} Abs. 4 BV), elektrische Anlagen (Art. 24^{quater} Abs. 1 BV), Anlagen der öffentlichen Schifffahrt (Art. 24^{ter} BV) und der Luftfahrt (Art. 37^{ter} BV) über eine umfassende Regelungskompetenz oder ist zumindest zum Erlass von Verfahrensrecht ermächtigt. **In diesen Fällen** (Hervorhebung durch den Unterzeichneten) kann er zur Lösung von Regelungskonflikten mit kantonalem Recht auch spezielle Konfliktregeln erlassen. Zur Beschleunigung und Vereinfachung von Verfahren ist es zweckmässig, generell solches Konfliktrecht zu verankern. Dementsprechend wird vorgesehen, dass die Leitbehörde auch die Anwendung kantonalen Rechts selbständig und abschliessend im Plangenehmigungsverfahren prüft. Sie hat das kanto-

nale Recht so weit zu berücksichtigen, als es die Erfüllung der bundesrechtlichen Aufgabe nicht vereitelt oder übermässig erschwert. Im Einzelfall ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. dazu BGE 121 II 378). Diese Praxis ist nichts Neues, sondern wurde beispielsweise bereits in der Botschaft über die Änderung des Eisenbahngesetzes vom 1. Dezember 1980 festgehalten (BBl 1981 I 331; vgl. auch BGE 115 Ib 166).“

Es werden hier also einerseits die Bereiche aufgezählt, in welchen der Bund aufgrund der Bundesverfassung für die Erstellung von Bauten und Anlagen überhaupt zuständig ist und es wird unmissverständlich erklärt, dass er in diesen Bereichen auch zum Aufstellen von Konfliktregeln zuständig ist.

Ebenfalls sehr deutlich kommt die Tatsache, dass das Recht des Bundes auf Konzentration diese Verfahren beschränkt ist, in Ziffer 26.1 der Botschaft zum Ausdruck:

„Nach Artikel 24^{bis} Absatz 3 BV steht die Verfügung über die Gewässer den Kantonen zu. Im interkantonalen und internationalen Verhältnis ergeben sich jedoch mit Bezug auf die Verleihung von Wasserrechten Änderungen der Befugnisse. Zu unterscheiden sind zwei Fälle von Bundeskonzessionen. Im ersten Fall ergibt sich eine subsidiäre Regelungskompetenz dort, wo sich die Kantone nicht einigen können, im Sinne eines besonderen Falles der Bundesaufsicht. Im zweiten Fall beruhen sie auf der Staatsvertragskompetenz des Bundes und erfordern teilweise auch Verhandlungen auf Ministeriebene. Diese zwei Bereiche fallen de lege lata in den Zuständigkeitsbereich des Bundes (Art. 24^{bis} Abs. 4 BV) und können daher auf Bundesebene konzentriert werden.“

Es gilt daher, folgendes Zwischenergebnis festzuhalten: Das Koordinationsgesetz wie auch die Regeln des Bundesgerichtes zur Koordination und die Koordinationsbestimmung im RPG ändern an der Verteilung der Grundzuständigkeiten zwischen Bund und Kantonen nichts. Das Koordinationsgesetz geht in seinen Regelungen zur Koordination von allen genannten Bestrebungen am weitesten, indem einerseits die für die Baubewilligung zuständige Bundesbehörde gleichzeitig mit dem Hauptentscheid sämtliche Nebenbewilligungen erteilt und auch die Einhaltung des kantonalen Rechts überprüft, und der Bund andererseits auch festgelegt hat, dass mit der Plangenehmigung im Leitverfahren „sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt werden“ (vgl. z.B. Art. 16 Abs. 3 EleG). Es wird damit erreicht, dass überall dort, wo dem Bund die Grundzuständigkeit zukommt, nur noch ein Entscheid gefällt werden muss. Keine solche Lösung kann aber dort erreicht werden, wo die Kompetenzen aufgrund der Bundesverfassung aufgeteilt sind.

C. Verfassungsrechtliche Bundeskompetenzen im Elektrizitätsbereich

1. In vielen der dem Unterzeichneten gestellten Fragen ist letztlich zu entscheiden, wer für die Bewilligung der Erstellung von Anlagen für die Elektrizitätsproduktion zuständig ist und wie die Koordination zu erfolgen hat. Dabei geht es stets um die Frage, ob und wie weit der Bund und wie weit der Kanton die erforderlichen Bewilligungen zu erteilen hat. Wie vorstehend dargelegt, hat sich in diesem Zu-

sammenhang weder mit dem Koordinationsgesetz noch mit weiteren Koordinationsbemühungen eine Kompetenzverschiebung ergeben. Es drängt sich deshalb auf, als nächstes abzuklären, wer gemäss Bundesverfassung für die Erstellung und Änderung der fraglichen Anlagen bisher zuständig war und es deshalb auch heute noch ist.

2. Für die elektrischen Anlagen wurde vorstehend im Zitat aus der Botschaft zum Koordinationsgesetz Art. 24^{quater} Abs. 1 BV genannt. Es handelt sich hier noch um einen Verweis auf die alte Bundesverfassung. Neu ist diese Materie in Art. 91 Abs. 1 BV enthalten. Die entsprechende Bestimmung lautet wie folgt:

„¹ Der Bund erlässt Vorschriften über den Transport und die Lieferung elektrischer Energie.“

Da die neue Verfassung nur eine „Nachführung“ der Verfassung war, kann davon ausgegangen werden, dass sich inhaltlich bezüglich der hier interessierenden Fragen mit dem neuen Verfassungsartikel nichts geändert hat. Dies erlaubt, sich bezüglich der Tragweite der Bestimmung auch noch auf die Kommentare zur alten Bundesverfassung abzustützen. Im Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Stand Mai 1995) hat sich R. Jagmetti zum Inhalt von Art. 24^{quater} in RZ 9 wie folgt geäußert:

„c) Das Verhältnis zu anderen Bundeskompetenzen

9 Die *Energieumwandlung* wird auf Verfassungsstufe gesondert geregelt für die Wasserkraft in Art. 24^{bis} Abs. 1 lit. b und für die Atomenergie in Art. 24^{quinquies} Abs. 1. Die Nutzung dieser Primärenergieträger als solches wird auch auf Gesetzesstufe von eigenen Erlassen und nicht von der Gesetzgebung zur Ausführung von Art. 24^{quater} erfasst. Das entspricht dem Sinn der Verfassungsbestimmungen. – Fragen könnte man sich dagegen, ob Art. 24^{quater} Grundlage für gesetzliche Bestimmungen über die Zulassung der konventionell-thermischen Elektrizitätsproduktion im Sinne von Kraftwerken, von Wärme-Kraft-Koppelungsanlagen und von Notstromaggregaten sein könnte, da dafür eine besondere Gesetzgebungskompetenz in der Verfassung fehlt. Dasselbe Problem stellt sich bei der Nutzung der Sonnenenergie und anderer Energiequellen, soweit sie der Elektrizitätserzeugung dienen. Auch ihre Zulassung zur Stromproduktion wird von Art. 24^{quater} Abs. 1 nicht erfasst. Dieser bezieht sich nach seinem Wortlaut, seiner Entstehungsgeschichte, seinem Sinn und der Systematik auf Elektrizität als Sekundärenergie. Für die wichtigsten Primärenergien und für die der Fortleitung und Abgabe nachgeordnete Stufe sind besondere Verfassungsbestimmungen erlassen worden. Die Kühlung (Art. 24^{bis}, Rz. 37), der Umweltschutz, der Landschafts- und Naturschutz, die Walderhaltung, die Raumplanung und die arbeitsrechtliche Sicherheit haben ihrerseits eigene Verfassungsgrundlagen (Rz. 12-16). In Art. 24^{quater} für konventionell-thermische Anlagen und für neue Energieträger gleichsam eine lückenfüllende Kompetenznorm zu erblicken, geht nicht an und ist angesichts der andern erwähnten Regeln auch nicht nötig.“

3. Zum gleichen Schluss wie Jagmetti kommen auch Rhinow, Schmid, Biaggini in „Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1997. Sie führen S. 542 aus, dass „der Bund gemäss Art. 24^{bis} und Art. 24^{quater} BV über weitreichende Umsetzungen im Bereich

der elektrischen Energie verfügt, nämlich über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz betreffend Erzeugung von Elektrizität mittels Wasserkraft sowie über eine umfassende Kompetenz betreffend die Fortleitung und die Abgabe elektrischer Energie.“

Auch hieraus geht klar hervor, dass die Kompetenz zum Transport vom Strom umfassend, bezüglich Produktion aber eingeschränkt ist.

4. Diese Kommentare bringen deutlich zum Ausdruck, dass der Verfassungsartikel (alt Art. 24^{quater}, neue Art. 91 Abs. 1) dem Bund die Kompetenz gibt, den Bereich Transport und Lieferung elektrischer Energie zu regeln, unabhängig davon, aus welcher Primärenergie sie gewonnen wird.

Das Recht, Erstellung und Betrieb der eigentlichen Stromproduktionsanlagen zu regeln, kann daraus aber klarerweise nicht abgeleitet werden. Soll auch diese Aufgabe dem Bund obliegen, dann braucht es hierfür eine weitere Verfassungsbestimmung, die dem Bund diese Aufgabe überträgt. Dies ist beispielsweise geschehen mit Art. 90 BV, die die Gesetzgebung auf dem Gebiet der Kernenergie dem Bund überträgt. Auch im Bereich der Wasserkraft kommt dem Bund, wenn auch nur in eingeschränkter Weise, eine gewisse Gesetzgebungsaufgabe zu (Grenzkraftwerke). Bundeszuständigkeiten fehlen demgegenüber für alle übrigen Anlagen der Elektrizitätsproduktion. Für die Erteilung solcher Anlagen sind daher nach dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Kompetenzverteilung grundsätzlich die Kantone zuständig.

5. Diese Anlagen für die Elektrizitätsproduktion, deren Bewilligung dem Kanton obliegt, haben nun auch noch einen elektrischen Teil. Gemäss den Darlegungen des Eidgenössischen Starkstrominspektorates (ESTI) vom 6. Juni 2008 kann dieser elektrische Teil der Anlagen technisch gut abgegrenzt werden. Er umfasst grundsätzlich den Bereich ab Klemme Generator, bei Photovoltaikanlagen ab Solarpanel. Dieser Teil der Anlage fällt unter Art. 91 Abs. 1 BV und untersteht dem EleG. Soweit das EleG für diesen elektrischen Teil der Anlage eine Bewilligungspflicht vorsieht, ist diese durch das ESTI, bei Nichteinigung durch das BFE zu erteilen. Dies war vor dem Koordinationsgesetz so und gilt trotz Koordinationsgesetz auch weiterhin unverändert, da das Koordinationsgesetz daran nichts geändert hat. Der Bund hat diese Kompetenz für den Fall, dass die Hauptzuständigkeit beim Kanton liegt, im Rahmen des Koordinationsgesetzes nicht an diesen abgetreten. Es ist daher festzustellen, dass das Koordinationsgesetz diesbezüglich keine Fortschritte gebracht hat, und dass es somit im Bereich der Energieerzeugungsanlagen, soweit hierfür keine explizite, durch die Verfassung eingeräumte Bundeszuständigkeit besteht, somit auch weiterhin zwei Bewilligungen, eine kantonale für die Anlage an sich und eine Bundesbewilligung für den elektrischen Teil, braucht. Daran kann auch Art. 1 Abs. 1 der Verordnung vom 2. Februar 2000 über das Plangenehmigungsverfahren für elektrische Anlagen, welche generell von Energieerzeugungsanlagen spricht, nichts ändern. Es kann sich angesichts der verfassungsrechtlichen Situation dabei nur um den elektrischen Teil handeln.

D Beantwortung der Fragen

1. Nachdem vorstehend einige grundsätzliche Feststellungen gemacht worden sind, können nachfolgend nun die einzelnen Fragen beantwortet werden.

I. Kollision vom Bundesrecht mit kantonalem Recht

1. Frage 3.1.1 Wie weit geht die Einschränkung des kantonalen Rechts in formeller und materieller Hinsicht aufgrund von Art. 16 Abs. 3 des Elektrizitätsgesetzes, insbesondere bei Anlagen für die Elektrizitätsproduktion wie z.B. Windkraftanlagen, Solaranlagen oder Biomasseanlagen?

Bei den drei genannten Anlagen handelt es sich um Energieerzeugungsanlagen, für welche dem Bund aufgrund der Bundesverfassung keine explizite Gesetzgebungskompetenz zusteht. Die Erstellung und Änderung derartiger Anlagen ist daher durch kantonale Behörden zu bewilligen. Das kantonale Recht wird in diesen Fällen in formeller Hinsicht durch Art. 16 Abs. 3 EleG nicht eingeschränkt. Eine Ausnahme besteht für den elektrischen Teil ab Klemme Generator, resp. ab Solarpanel. Die Bestimmung von Art. 16 Abs. 3 EleG dürfte in diesen Fällen auch für das ESTI resp. das BFE für die von ihnen zu erteilende Bewilligung kaum von Bedeutung sein, da es nur um den elektrischen Teil der Anlage geht und es hierfür – ausser der Elektrizitätsrechtlichen Plangenehmigung – in den hier zur Diskussion stehenden Fällen kaum andere bundesrechtliche Bewilligungen brauchen dürfte.

2. Frage 3.1.2 Ist es zulässig, eine bestimmte Anlage durch zwei verschiedene Bewilligungsinstanzen (und damit in zwei unterschiedlichen Bewilligungsverfahren) zu genehmigen?

Da dem Bund in den aufgelisteten Fällen für den Bau von Energieerzeugungsanlagen aufgrund der Verfassung keine Bewilligungskompetenz zusteht, braucht es in diesen Fällen trotz Koordinationsgesetz auch weiterhin zwei Bewilligungen von zwei verschiedenen Bewilligungsinstanzen. Dies ist leider weiterhin unumgänglich. Die Bewilligung für die Anlage als solche ist durch eine kantonale Behörde zu erteilen und die Bewilligung für den elektrischen Teil durch ESTI / BFE. Wo genau die Aufgabenabgrenzung vom ESTI vorzunehmen ist, ist im Detail festzulegen. Im erwähnten Papier des ESTI vom 6. Juni 2008 ist diese bereits weitgehend spezifiziert worden. Soweit nötig ist, kann dies noch präzisiert werden. Die dabei gewählte Lösung erachtet der Unterzeichnete als plausibel.

3. Frage 3.1.3 Nach welchen Kriterien soll der „Lead“ festgelegt und wie können Konflikte gelöst werden?

Bei gemischten Anlagen, für die grundsätzlich zwei verschiedene Verfahren durchgeführt werden müssen und über die unterschiedliche Instanzen entscheiden müssen, ist nach Möglichkeit anzustreben, dass nur ein Verfahren durchgeführt wird und nur eine Instanz entscheidet. Ist dies aus rechtlichen

Gründen, wie in den hier zur Diskussion stehenden Fällen, nicht möglich, ist zu entscheiden, welches Verfahren den „Lead“ hat. Dies ist wichtig, damit feststeht, wer die beiden Verfahren soweit als möglich zu koordinieren hat und wer auch allfällige Nebenbewilligungen (Rodungsbewilligung, Bewilligung nach Art. 24 RPG etc.) zu erteilen hat. Wer den „Lead“ hat, ist letztlich im Einzelfall zu bestimmen. Aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu gemischten Anlagen ist dabei auf die überwiegende Zwecksetzung des Projektes abzustellen, d.h. es ist zu prüfen, welchen Bedürfnissen das Projekt überwiegend dient (vgl. hierzu BGE 127 II 227, 1A.117 / 2003). Bei den hier zur Diskussion stehenden Beispielen ist diese Zwecksetzung grundsätzlich in der Erstellung einer Energieerzeugungsanlage zu erblicken, die dann zwangsläufig auch noch einen elektrischen Teil erfordert und den produzierten Strom wegführen muss. Das primäre Element für die Projektauslösung ist aber klarerweise die Stromproduktion. Da die Erstellung der vorstehend erwähnten Produktionsanlagen in der Verantwortung des Kantons liegt, liegt deshalb der „Lead“ bei den kantonalen Behörden.

Diese Schlussfolgerungen ergeben sich vom Resultat her auch aus den Schreiben des BFE vom 25.11.2008 und des ESTI vom 06.06.2008. In demjenigen des BFE wird unter Ziffer 2.1 ausgeführt:

„Die wirklichen Probleme im Zusammenhang mit der Errichtung dieser Anlagen manifestieren sich aber im Bereich des kantonalen Rechts: Standorte und baurechtliche Anordnungen an die Anlagen. Der „elektrische Teil“ dieser Anlagen ist im Verhältnis zur Gesamtheit – abgesehen davon, dass die Anlage als Ganzes der Stromproduktion dient – eher von untergeordneter Bedeutung.“

Gemäss den Ausführungen des ESTI entspricht diese Priorität beim Kanton auch der bisherigen Praxis und dem von ihm ausgearbeiteten Lösungsvorschlag.

Die Frage, wie diesbezüglich Konflikte zu lösen sind, ist nicht einfach zu beantworten. Für den Fall, dass der Kanton nicht bereit wäre, den „Lead“ zu übernehmen, müsste nach Ansicht des Unterzeichneten primär der Geschwister handeln und im Rahmen des Verfahrens, allenfalls auf dem Weg eines Zwischenentscheides versuchen, die zuständige Behörde zur Wahrnehmung ihrer Koordinationspflicht anzuhalten. Da diese aber nicht sehr weit geht (vgl. nachfolgende Ziffer) und die elektrizitätsrechtliche Bewilligung in vielen Fällen sogar im vereinfachten Verfahren erledigt werden kann, ist es fraglich, ob sich derartige Interventionen überhaupt lohnen.

4. Frage 3.1.4. Wie weit geht die Koordinationspflicht von Bundesrechts wegen?

Da im Koordinationsgesetz für diese Fälle keine besonderen Bestimmungen erlassen worden sind, gelten die Regeln von Art. 25a RPG. Diese sehen zunächst vor, dass eine Behörde zu bezeichnen ist, die den „Lead“ übernimmt. Aufgrund der Ausführungen unter Ziffer 3 hievorig, wird diese Rolle in der Regel von der kantonalen Behörde zu übernehmen sein. Diese Behörde hat

dann die in Abs. 2 genannten Rechte und Pflichten, d.h. sie kann die erforderlichen verfahrensleitenden Anordnungen treffen, sie sorgt für eine gemeinsame Auflage aller Gesuchsunterlagen, holt von allen beteiligten kantonalen und eidgenössischen Behörden umfassende Stellungnahmen zum Vorhaben ein und sorgt für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen.

5. Frage 3.1.5 Nach welchen Kriterien wäre allenfalls eine Differenzierung der Zuständigkeit vorzunehmen?

Im Verfahren, welches durch die Leitbehörde geführt wird, sind auch die Nebenbewilligungen, die das Projekt erfordert, zu erteilen (also beispielsweise eine Rodungsbewilligung). Die Bewilligung des ESTI / BFE dürfte sich somit in der Regel auf die Einhaltung der elektrizitätsrechtlichen Anforderungen beschränken.

6. Frage 3.1.6 Können allgemein gültige Zuordnungsregeln (allenfalls für die einzelnen Projektarten) definiert werden oder müssen die Zuständigkeiten in jedem einzelnen Verfahren jeweils neu festgelegt (oder sogar unter den beteiligten Behörden ausgehandelt) werden?

Unter Ziffer 3 wurde festgehalten, nach welchen Grundsätzen die Behörde zu bestimmen ist, die den „Lead“ hat. Dies erfordert jeweils eine Beurteilung der konkreten Situation. Wie jedoch bereits angetönt wurde, dürfte diese Aufgabe bei den hier zur Diskussion stehenden Projekten in aller Regel beim Kanton liegen. Vom Koordinationsgedanken her hat diese Behörde dann grundsätzlich alles zu erledigen, was aufgrund der rechtlichen Zuständigkeitsordnung nicht unbedingt durch ESTI / BFE gemacht werden muss.

7. Frage 3.1.7 Braucht es für die Umsetzung des Entscheides auch besondere Zuordnungsregeln (Wer ist zuständig für Bauüberwachung / Kontrolle der Umsetzung der Auflagen / Bauabnahme)?

Diesbezüglich muss der Grundsatz gelten, dass die Behörde, die eine Verfügung erlassen hat, auch zuständig ist für die Kontrolle, dass diese Verfügung richtig umgesetzt wird. Da in der hier zur Diskussion stehenden Fällen zwei Verfügungen unumgänglich sein werden, werden auch die beiden Behörden, die die Verfügungen erlassen haben, je die Einhaltung der von ihnen ausgegangenen Verfügungen zu überprüfen haben, denn wenn diese missachtet werden, kann nur die Behörde, die sie erlassen hat, auch Sanktionen ergreifen.

II. Kollision von bundesrechtlichen Regeln unter sich und zusätzlich mit kantonalem Recht

1. Frage 3.2.1 Ist eine Aufteilung der Bewilligungszuständigkeit und der Bewilligungsverfahren zulässig?
 1. Fallbeispiel Kernanlage: Kernenergiegesetz / Elektrizitätsgesetz
 2. Fallbeispiel Flugplatz: Luftfahrtgesetz / Rohrleitungsgesetz / Elektrizitätsgesetz
 3. Fallbeispiel Gas-Kombi-Kraftwerk: kantonales Recht, Elektrizitätsgesetz, Rohrleitungsgesetz

Die hier aufgezählten Beispiele können nicht gleichbehandelt werden. In den Beispielen 1 und 2 kommt dem Bund aufgrund der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung in den Bereichen Kernenergie und Elektrizitätsrecht, Luftfahrt, Rohrleitungen eine Gesetzgebungskompetenz zu. Er hat deshalb in diesen Bereichen das Recht, die Verfahren zu regeln und die Bewilligungen für die Erstellung und Änderung von Anlagen selbst zu erteilen. Davon hat er Gebrauch gemacht und die Entscheidkompetenzen auch Bundesbehörden übertragen. In diesen Bereichen hat er mit dem Koordinationsgesetz auch für eine Koordination der Verfahren gesorgt und vorgesehen, dass neu nur noch eine Behörde für den Entscheid zuständig ist. Dementsprechend finden sich in all diesen erwähnten Bereichen identische Bestimmungen wie in den bereits erwähnten Art. 16 Abs. 3 und Abs. 4 EleG (soz. B. Art. 2 Abs. 3 und Abs. 4) des Rohrleitungsgesetzes vom 4. Oktober 1963 (RLG / SR 746.1), Art. 37 Abs. 3 und Abs. 4 des Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948 (LFG / SR 748.0) oder Art. 49 Abs. 2 und Abs. 3 des Kernenergiegesetzes vom 21. März 2003 (KEG / SR 732.1). Diese letzte Bestimmung wurde zwar nicht bereits mit dem Koordinationsgesetz erlassen, sondern erst bei der späteren Totalrevision. Dabei wurden aber die gleichen Grundsätze zur Anwendung gebracht). Aufgrund dieser in allen Bereichen anwendbaren Bestimmungen, die einerseits festhalten, dass mit der Plangenehmigung sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt werden, und dass kantonale Bewilligungen und Pläne nicht erforderlich sind, ist daher nach Ansicht des Unterzeichneten zu folgern, dass eine Aufteilung der Bewilligungszuständigkeit und der Bewilligungsverfahren in diesen Fällen unzulässig ist. Es ist bei derartigen Projekten deshalb zu bestimmen, welcher Behörde der „Lead“ zukommt. Diese hat dann das gesamte Verfahren zu leiten und mit einer einzigen Verfügung abzuschliessen. Die anderen Behörden sind im Rahmen des Verfahrens anzuhören. Sind es kantonale Behörden, die dadurch ihre Bewilligungszuständigkeit verlieren, haben diese gegen den Entscheid der Leitbehörde – soweit dies gesetzlich vorgesehen ist - ein Beschwerderecht, sind es Bundesbehörden, findet bei Differenzen das Bereinigungsverfahren gemäss Art. 62a ff. des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG / SR 172.010) statt.

Anders sieht es beim dritten Beispiel aus. Da der Bund über keine Kompetenz verfügt, über ein Gas-Kombi-Kraftwerk zu entscheiden, ist dieser Fall primär gemäss den vorstehend unter I. aufgestellten Grundsätzen zu entscheiden. Den „Lead“ wird demgemäss wohl der Kanton zu übernehmen haben, da die Erstellung einer Energieerzeugungsanlage letztlich das zentrale Element des gesamten Projektes ist. Die beiden bundesrechtlichen Verfahren sind aufgrund der bundesrechtlichen Koordinationsbestimmungen zusammen zu legen. Wer dies bezüglich den „Lead“ zu übernehmen hat, ist aufgrund der konkreten Situation zu beurteilen. Es wird zu entscheiden sein, welchem Verfahren aufgrund der faktischen Situation des Projektes die grössere Bedeutung zukommt. Lässt sich dies kaum nach sachlichen Gründen entscheiden, ist eine Bundesbehörde zu bestimmen, im Streitfall durch das Departement. Für den Gesuchsteller spielt es letztlich keine Rolle, da seine Rechte in beiden Verfahren identisch sind. Auch für die beteiligten Bundesbehörden ist es aus materiellen Überlegungen irrelevant, da diesbezüglich kaum Konflikte absehbar sind. Für alle Beteiligten ist es jedoch wichtig, dass nur eine bundesrechtliche Bewilligung erteilt wird, führt dies doch angesichts der Tatsache, dass es ohnehin auch noch eine kantonale Bewilligung braucht, immerhin zu einer gewissen Vereinfachung des Verfahrens.

2. Frage 3.2.2 Nach welchen Kriterien soll der „Lead“ festgelegt und wie können Konflikte gelöst werden.

Für die Festlegung des „Leads“ sind die gleichen Überlegungen anzustellen, wie sie bereits zur Frage 3.1.3 unter I. Ziffer 3 dargestellt worden sind. Wesentlicher Faktor wird auch hier sein, worin die überwiegende Zwecksetzung des Projektes liegt. Es ist also die Frage zu beantworten, ob es sich z.B. schwergewichtig um ein Flugplatzprojekt handelt oder ob es primär ein Rohrleitungsprojekt ist. Massgebend sind die aufgrund des konkreten Falles vorliegenden Fakten. Im Fall von Konflikten drängt es sich in diesen Fällen auf, dass das Departement die Leitbehörde bestimmt.

3. Frage 3.2.3 Wie weit geht die Koordination von Bundesrechts wegen?

Wie schon vorstehend ausgeführt, steht in jedem zur Diskussion stehenden Erlass des Bundes, dass „mit der Plangenehmigung sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt werden.“ Es wurde denn auch in der Botschaft klar zum Ausdruck gebracht, dass soweit als möglich folgende Zielsetzung realisiert werden soll: ein Projekt – ein Entscheid – ein Rechtsmittel. Dort, wo für das Verfahren Bundesbehörden den „Lead“ haben, ist dies realisierbar. Mit dem Anhörungs- und Bereinigungsverfahren ist sichergestellt, dass die Bundesbehörden, die nicht den „Lead“ haben, ihr Fachwissen einbringen können, und dass bei Differenzen ein formalisiertes Verfahren durchgeführt wird, das sicherstellt, dass deren Interessen richtig gewahrt werden. Auch die Kantone werden im Rahmen des Verfahrens angehört und können gegen den Entscheid der Bundesbehörde – soweit dies gesetzlich vorgesehen ist - Beschwerde erheben. Die formelle Koordination kann daher in den Fällen, in denen Bundesbehörden den „Lead“ haben, voll durchgezogen werden, und auch materiell werden alle Anliegen berücksichtigt. Liegt

der „Lead“ beim Kanton (Gas-Kombi-Kraftwerk) ist für den Kanton Art. 25a RPG massgebend.

4. Frage 3.2.4 Nach welchen Kriterien erfolgt allenfalls die Bestimmung der Zuständigkeit und des massgebenden Verfahrens?

Es kann auf die Antwort unter Ziffer 2 hievor verwiesen werden. Die Behörde, die den „Lead“ hat, ist formell für den Entscheid zuständig. Nach diesem Recht bestimmt sich auch das Verfahren, wobei diese ohnehin identisch ausgestaltet sind. Materiell bringen alle beteiligten Behörden ihr materielles Wissen in das Verfahren ein.

5. Frage 3.2.5 Können allgemein gültige Zuordnungsregeln (allenfalls für die einzelnen Projektarten) definiert werden oder müssen die Zuständigkeiten in jedem einzelnen Verfahren jeweils neu festgelegt (oder sogar unter den beteiligten Behörden ausgehandelt) werden?

Wie ebenfalls bereits vorstehend ausgeführt, gilt es, den „Lead“ und damit Zuständigkeit mit Verfahren jeweils im Einzelfall aufgrund der konkreten Fakten des einzelnen Projektes festzulegen. Mit der Zeit wird man dann wohl feststellen, dass es gewiss Standardprojekte gibt. Diese werden in der Regel gleich zu behandeln sein, doch ist dies in jedem Fall zu verifizieren.

6. Frage 3.2.6 Braucht es für die Umsetzung des Entscheides auch besondere Zuordnungsregeln (Wer ist zuständig für die Bauüberwachung / Kontrolle der Umsetzung der Auflagen / Bauabnahme)?

Die formelle Verantwortung liegt bei der Behörde, die den Entscheid gefällt hat. Wie sie diese Kontrolle konkret durchführt, ist ihr überlassen. Dabei muss sie Lösungen suchen, die effizient sind, und die sicherstellen, dass die Kontrollen auch wirklich durch Fachleute durchgeführt werden, die etwas von der Materie verstehen. Es kann sich deshalb aufdrängen, zu dieser Kontrolle auch Fachleute derjenigen Behörden beizuziehen, die nicht den „Lead“ haben. Dies drängt sich auch deshalb auf, weil diese Teile der Anlage später ohnehin der Aufsicht dieser Behörden unterliegen werden.

III. Wie sind beim Neubau der Schaltanlagen eines KKW das kernenergierechtliche und das elektrizitätsrechtliche Verfahren zu koordinieren?

Es geht hier um einen konkreten Anwendungsfall der vorstehend generell umschriebenen Grundsätze. Da in beiden Fällen Bundesbehörden zuständig sind, ist festzulegen, wer den „Lead“ hat. Wie dargelegt, ist dies aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen.

Aus der in der Frage angeführten Beschreibung des Sachverhaltes geht hervor, dass der Anlass für das Versetzen der Schaltanlage der Bau eines neuen KKW ist. Daraus kann abgeleitet werden, dass das neue KKW nur realisiert werden kann, wenn die Schaltanlage verlegt wird, und dass die Schaltanlage auch nur verlegt wird, wenn das neue KKW gebaut wird. Dass diese Auffassung richtig ist, zeigt sich daran, dass im Entwurf der Unterlagen zum Rahmenbewilligungsgesuch für das KKW Niederamt, Gösgen, die Schaltanlage als Teil der gesamten Anlage bezeichnet wird. Dies dokumentiert gerade, dass Verlegung der Schaltanlage und Bau des neuen KKW als zusammengehörend betrachtet werden, und dass die Verlegung der Schaltanlage somit „nur“ ein Teilprojekt ist. Handelt es sich somit bei Verlegung der Schaltanlage und Neubau des KKW um ein Projekt, ergibt sich nur die Alternative, dass entweder die für das KKW oder die für die Schaltanlage zuständige Behörde über alles entscheiden muss.

Daraus ergibt sich nun aber nach Ansicht des Unterzeichneten ein starker Hinweis darauf, dass der „Lead“ bei der Behörde liegen muss, die für die Bewilligung des KKW zuständig ist, und dass das ganze Projekt in dem für den Bau des KKW vorgesehenen Verfahren zu bewilligen ist. Das zentrale Element ist der Neubau des KKW. Beim Entscheid über die Erteilung der Bewilligung ist eine Gesamtabwägung aller Folgen vorzunehmen. Bei der Überprüfung der Umweltverträglichkeit des neuen Projektes ist auch die Verlegung der Schaltanlage ein Thema. Dabei ist es theoretisch möglich, dass sich die Verlegung der Schaltanlage auf das Gelände am östlichen Aareufer möglicherweise nur wegen des Baus des KKW rechtfertigen lässt. Insofern macht die Koordination und die einheitliche Betrachtung auch durchaus Sinn.

Bei dieser Konstellation und Ausgangslage erachtet es der Unterzeichnete deshalb als zwingend, dass die Konzentration bei der Behörde erfolgt, die für den Neubau des KKW verantwortlich ist. Anders ausfallen könnte die Beurteilung nur dann, wenn die Verlegung der Schaltanlage unabhängig vom Bau des neuen KKW erfolgen und auch die Rechtfertigung der Verlegung sich nicht auf den Neubau des KKW abstützen würde. In diesem Fall wäre die Verlegung der Schaltanlage ein eigenes Projekt, so dass auch keine Koordination mit dem Neubau eines KKW erfolgen müsste.

An dieser Schlussfolgerung kann auch die Tatsache nichts ändern, dass im Zeitpunkt der Gesuchsbehandlung möglicherweise die nationale Netzgesellschaft Eigentümerin der Schaltanlage sein wird. Damit entsteht allenfalls ein Problem für die Erbauerin des neuen KKW, ein Problem, das sie aber in jedem Fall mit der Netzgesellschaft lösen muss, damit die Schaltanlage überhaupt verlegt werden kann. Wenn sich diesbezüglich zwischen der Erbauern

und der nationalen Netzgesellschaft eine Lösung finden lässt, stellen sich aus der Optik der Verfahrenskoordination keine zusätzlichen Probleme wegen dieser unterschiedlichen Eigentümerschaft. Lässt sich zwischen Bauherrin des KKW und Netzgesellschaft keine Lösung finden, könnte dies allenfalls dazu führen, dass der Bau des neuen KKW allenfalls auch noch eine Enteignung erfordern würde, welche zusätzlich auch noch im gleichen Verfahren abgewickelt werden könnte.

E. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass es ein klares Ziel und auch eine rechtliche Pflicht ist, Verfahren soweit als möglich zu koordinieren. Idealvorstellung ist: ein Projekt – ein Entscheid – ein Rechtsmittel. Ob dies gelingt, hängt zunächst einmal davon ab, ob dem Bund eine Zuständigkeit für die Erteilung der Hauptbewilligung zusteht. Dies ist dann der Fall, wenn ihm aufgrund der Verfassung eine solche Kompetenz erteilt wird. Ist dies der Fall, ist eine Koordination im umfassenden Sinn möglich. Besteht in einem solchen Fall ein Projekt aus Teilen, für welche unterschiedliche Bundesbehörden zuständig sind, ist festzulegen, bei welcher dieser Bundesbehörden der „Lead“ liegt. Dies entscheidet sich aufgrund der Fakten des konkreten Einzelfalles, wobei entscheidend ist, worin die überwiegende Zwecksetzung des Projektes liegt, d.h. ob sich dieses in erster Linie nach den Bedürfnissen des einen oder andern betroffenen Bereiches richtet. Die Behörde, die den Lead hat, ist zuständig für den einzigen zu fällenden Entscheid. Nach „ihrem“ Recht bestimmt sich auch das anwendbare Verfahren. Materiell ist die andere Behörde, die den „Lead“ nicht hat, ins Verfahren einzubeziehen. Sie hat ihr materielles Fachwissen einzubringen. Im Streitfall zwischen den Behörden über die Anwendung des materiellen Rechts wird notfalls ein Bereinigungsverfahren durchgeführt.

Finden die beteiligten Behörden keine Einigung zur Frage, wer den „Lead“ hat, entscheidet das Departement. In diesem einzigen bundesrechtlichen Verfahren werden auch die Anliegen des kantonalen Rechts soweit als möglich berücksichtigt. Wird dies nicht korrekt gemacht, steht den Kantonen – soweit gesetzlich vorgesehen - ein Beschwerderecht zu.

Steht aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung das Recht zur Bewilligung des Hauptteils der Anlage den Kantonen und nicht dem Bund zu, ist eine optimale Koordination nicht möglich. Es wird in diesen Fällen zu zwei Entscheiden kommen, wenn neben dem Hauptteil, der in der Zuständigkeit der Kantone liegt, auch noch ein Teil mit bundesrechtlicher Zuständigkeit zu bewilligen ist. In diesen Fällen dürfte der „Lead“ in der Regel bei den Kantonen liegen. Die Verfahren sind auch in diesen Fällen soweit als möglich zu koordinieren. Diese Möglichkeiten sind jedoch eingeschränkt. Die Koordinationspflicht obliegt den Kantonen. Massgebend hierfür sind die Bestimmungen nach Art. 25a RPG.

Muri, 30. Januar 2009



Rolf Lüthi, Fürsprecher