



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation UVEK

Bundesamt für Energie BFE

Rechtsgutachten vom 11. April 2019

Rechtsgutachten

Windenergieanlagen, Regelungsspielraum der Kantone

Datum: 11. April 2019

Ort: Bern

Auftraggeberin:

Bundesamt für Energie BFE
CH-3003 Bern
www.bfe.admin.ch

Auftragnehmer/in:

Kellerhals Carrard
Dr. Christoph Jäger
Rechtsanwalt

Für den Inhalt und die Schlussfolgerungen sind ausschliesslich die Autoren dieses Berichts verantwortlich.

Bundesamt für Energie BFE

Mühlestrasse 4, CH-3063 Ittigen; Postadresse: CH-3003 Bern
Tel. +41 58 462 56 11 · Fax +41 58 463 25 00 · contact@bfe.admin.ch · www.bfe.admin.ch



Rechtsgutachten

Von: Dr. Christoph Jäger, Rechtsanwalt
An: Bundesamt für Energie BFE
Datum: 11. April 2019
Betrifft: Windenergieanlagen; Regelungsspielraum der Kantone

CJA/bry/X8607013

INHALTSVERZEICHNIS

| | | |
|------------|--|-----------|
| 1 | AUSGANGSLAGE | 2 |
| 2 | FRAGESTELLUNG UND AUFTRAG | 2 |
| 3 | RECHTLICHE BEURTEILUNG | 3 |
| 3.1 | Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung | 3 |
| 3.1.1 | Grundlagen | 3 |
| 3.1.2 | Gemeindeautonomie (Hinweis) | 4 |
| 3.1.3 | Zuständigkeitsordnung in den Bereichen Energie, Umweltschutz, Raumplanung und Natur- und Heimatschutz | 5 |
| 3.1.4 | Regeln für den Konfliktfall | 7 |
| 3.2 | Energierrecht und Nutzung der Windkraft: Energiestrategie 2050 | 9 |
| 3.3 | Raumplanung und Nutzung der Windkraft | 11 |
| 3.3.1 | Zur Funktionsweise der Raumplanung | 11 |
| 3.3.2 | Einbezug von raumwirksamen Anliegen des Bundes in die kantonale Richtplanung und in die Nutzungsplanung | 12 |
| 3.3.3 | Folgen für die Windenergienutzung | 13 |
| 3.4 | Kantonale (Schutz-) Anliegen und Nutzung der Windkraft | 15 |
| 3.4.1 | Überblick über den Spielraum für kantonale Regelungen | 15 |
| 3.4.2 | Abstandsvorschriften zwecks Immissionsschutz | 17 |
| 3.4.2.1 | Überblick über mögliche Massnahmen | 17 |
| 3.4.2.2 | Vorsorgliche Emissionsbegrenzungen nach Art. 11 Abs. 2 USG (Vorsorgeprinzip) | 19 |
| 3.4.2.3 | Begrenzung schädlicher oder lästiger Einwirkungen nach Art. 11 Abs. 3 USG | 21 |
| 3.4.2.4 | Fazit zu Abstandsvorschriften zwecks Immissionsschutz | 23 |
| 3.4.3 | Abstandsvorschriften zwecks Natur- und Heimatschutz | 24 |
| 3.4.4 | Abstandsvorschriften zwecks Schutz von Polizeigütern | 25 |
| 3.4.5 | Fazit | 25 |
| 3.5 | Durchsetzungsmöglichkeiten: Bundesaufsicht und gerichtliche Durchsetzung | 26 |
| 4 | ERGEBNISSE | 27 |

1 AUSGANGSLAGE

- 1 Seit dem 1. Januar 2018 ist die Energiestrategie 2050 des Bundes in Kraft. Darin ist unter anderem eine vermehrte Nutzung von erneuerbaren Energien, einschliesslich der Windenergie, vorgesehen. Der Bund hat in diesem Zusammenhang das Konzept Windenergie erarbeitet. Trotz dem Förderwillen des Bundes werden kaum neue Projekte zur Nutzung von Windkraft realisiert bzw. sind die Projekte in Planungs- und Baubewilligungsverfahren blockiert.
- 2 Problematisch können vor allem Vorschriften über die gegenüber dem Siedlungsgebiet (Bauzone) oder (Wohn-)Gebäuden ausserhalb der Bauzone einzuhaltenden Abstände (Abstandsvorschriften) sein, welche den Windenergieprojekten entgegenstehen und somit den im Sinne der Energiestrategie 2050 des Bundes erwünschten Zubau erschweren oder verhindern. Die baurechtlichen Vorschriften werden – solchen Motiven folgend – häufig weit restriktiver erlassen oder angewandt als sie es gemäss Studien und Richtlinien oder nach der Erfahrung sein müssten, um ihren eigentlichen Zweck (v.a. Gewährleistung der Sicherheit, des Lärmschutzes, allenfalls auch Landschafts- und Ortsbildschutz) zu erreichen. Zur Rechtfertigung der Verschärfung von Abstandsvorschriften – im Sinne von grösseren Abständen als sie wissenschaftliche Erkenntnissen oder Erfahrungen nahelegen – wird teilweise auch das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip angerufen.

2 FRAGESTELLUNG UND AUFTRAG

- 3 Gestützt auf diese Praxiserfahrungen soll das vorliegende Rechtsgutachten die folgenden drei Fragestellungen untersuchen und beantworten:
 1. Haben die Kantone und Gemeinden im Lichte des revidierten Energiegesetzes des Bundes, namentlich Art. 10 und Art. 14 des Energiegesetzes vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0), die Pflicht, Windenergieprojekte im Rahmen der Raumplanung und Baugesetzgebung zu unterstützen und zu fördern?
 2. Dürfen Kantone und/oder Gemeinden in ihrer Baugesetzgebung Abstandsvorschriften für Windenergieanlagen erlassen, welche deutlich grössere Abstände vorsehen als Studien/Richtlinien/Empfehlungen/Konzepte zum Schutz der Bevölkerung bzw. der Anwohner (z.B. vor Lärm/Infraschall, Schattenwurf) oder zum Schutz des Orts- und Landschaftsbilds dies nahelegen?
 3. Dürfen Kantone und/oder Gemeinden gestützt auf das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip die fachlich indizierten Abstände erhöhen (im Sinn einer «Sicherheitsmarge»)?
- 4 Diese Rechtsfragen sollen in den (verfassungs-)rechtlichen Rahmen gestellt und aus einer objektiven Sicht aufgearbeitet werden. Das Gutachten soll auch

an Kantone und Gemeinden und andere interessierte Kreise abgegeben werden können. Es soll auf eine klare und nachvollziehbare Herleitung und eine leicht verständliche Sprache geachtet werden; auf eine rechtsdogmatische Vertiefung und einen umfangreichen wissenschaftlichen Apparat kann und soll dagegen verzichtet werden.

3 RECHTLICHE BEURTEILUNG

3.1 Verfassungsrechtliche Kompetenzordnung

3.1.1 Grundlagen

5 Aus den Art. 3 und 42 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) ergibt sich, dass der Bund nur die ihm verfassungsmässig zugewiesenen Aufgaben übernehmen darf, während die subsidiäre Generalkompetenz bei den Kantonen liegt. Die nicht durch die Bundesverfassung dem Bund zugewiesenen Zuständigkeiten verbleiben mit anderen Worten den Kantonen.¹ Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die BV eingeschränkt ist.² Art. 3 BV begründet hingegen keine Kompetenzvermutung zu Gunsten der Kantone. Die BV ist vielmehr nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen auszulegen und enthält auch stillschweigende, implizite Bundeskompetenzen.³

6 Nach der Rechtswirkung der Aufgabenzuweisung ist zu unterscheiden zwischen ausschliesslichen, konkurrierenden oder parallelen Bundeszuständigkeiten. Hierbei geht es um die Frage, ob und wie lange kantonale Regelungen (noch) zulässig sind. Ausschliessliche Bundeszuständigkeiten wirken ursprünglich derogierend, indem ab der Aufgabenzuweisung an den Bund kein Raum mehr für kantonale Regelungen mehr besteht. Bei konkurrierenden Kompetenzen dürfen die Kantone dagegen solange und soweit noch eigene Vorschriften erlassen, als der Bund von seiner Regelungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat. Bei parallelen Zuständigkeiten bleiben Bund und Kantone gleichzeitig und nebeneinander zur Regelung zuständig.⁴

¹ Vgl. GIOVANNI BIAGGINI, BV, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 3, N 7 und Art. 42 N 1f.

² De facto kann die Souveränität der Kantone allerdings nicht nur durch Kompetenzverteilungen in der BV, sondern auch durch die Bundesgesetzgebung eingeschränkt werden, da aufgrund von Art. 190 auch kompetenzwidrige Bundesgesetze souveränitätsbeschränkend wirken.

³ Vgl. BIAGGINI, a.a.o., Art. 3 N 8

⁴ Vgl. PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, §20 Rz. 26ff.; vgl. auch RAINER J. SCHWEIZER, in: BERNHARD EHREZZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2014, Art. 3 N. 16ff.

- 7 Davon zu unterscheiden ist die weitere Frage, in welchem Umfang der Bund die Befugnis hat, Regelungen zu erlassen. Unter diesem Gesichtspunkt spricht man von umfassenden oder fragmentarischen Zuständigkeiten oder von Grundsatzgesetzgebungskompetenzen.⁵ Letztgenannte verleihen dem Bund nur begrenzte Rechtsetzungskompetenzen, indem er nur eine Rahmengesetzgebung erlassen und nur Grundsatzfragen regeln darf. Den Kantonen soll ein substantieller eigener Regelungsspielraum verbleiben. Dem Bund steht gleichwohl auch zu, bestimmte Rechtsfragen bis in die Einzelheiten zu regeln, d.h. auf den Einzelfall anwendbare konkrete Bestimmungen von grosser Regelungstiefe zu schaffen, wenn dies für die Verwirklichung zentraler Anliegen notwendig ist.⁶ Wie weit eine Bundeskompetenz reicht, ergibt sich somit in aller Regel erst aus den konkretisierenden Bundesgesetzen,⁷ was für die vorliegende Frage von grosser Bedeutung ist (vgl. unten Kap. 3.1.3).
- 8 Unabhängig davon regelt die BV die partnerschaftliche Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen. Nach Art. 44 Abs. 1 und 2 BV schulden sich Bund und Kantone gegenseitig Unterstützung, Rücksichtnahme und Beistand bei der Erfüllung ihrer Aufgaben. Aus den bundesstaatlichen Rücksichtnahmepflichten wird einerseits das Gebot der schonenden Kompetenzausübung⁸ abgeleitet, das sich primär an den Bund richtet und vor allem durch Art. 5a BV (Subsidiaritätsprinzip) konkretisiert wird.⁹ Andererseits folgt daraus auch die Pflicht der Kantone, den Bund bei seiner Aufgabenerfüllung nicht zu behindern.¹⁰ Schliesslich ist zu beachten, dass gestützt auf Art. 5 Abs. 3 BV die Pflicht besteht, sich nach Treu und Glauben zu verhalten. Dieses Gebot gilt auch im Verkehr zwischen Gemeinwesen, mithin zwischen Bund und Kantonen.¹¹

3.1.2 Gemeindeautonomie (Hinweis)

- 9 Mit Blick auf den Umstand, dass die Gemeinden im Planungs- und Bauwesen in der Schweiz traditionell eine starke Stellung und ihren Hoheitsbereich haben, mithin die hier interessierenden baurechtlichen Abstandsvorschriften häufig durch sie erlassen werden, kann sich die Frage nach der Gemeindeautonomie stellen und ob sich daraus für die vorliegende Thematik ein (absolut) geschützter Regelungsbereich ergibt.

⁵ Vgl. TSCHANNEN, a.a.O., §20 Rz. 26ff.

⁶ Vgl. RENÉ SCHAFFHAUSER/FELIX UHLMANN, in: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2014, Art. 89 N 11; vgl. auch TSCHANNEN, a.a.O., §20 Rz. 37ff.

⁷ Vgl. ALEXANDER RUCH, in: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 49 N 10.

⁸ Vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 44 N. 8 mit weiteren Hinweisen.

⁹ Vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 5a N. 13.

¹⁰ Vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 44 N. 8 zu mit weiteren Hinweisen.

¹¹ Vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 5 N. 25.

- 10 Nach Art. 50 BV ist die Gemeindeautonomie (nur) nach Massgabe des kantonalen Rechts gewährleistet. Der Kanton kann seinerseits naturgemäss den Gemeinden nur dann Regelungsspielräume und Zuständigkeiten einräumen, wenn ihm diese nach der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung selber zustehen.
- 11 Wo im nachfolgenden dem Kanton Regelungsspielraum attestiert wird, kann deshalb ein solcher Spielraum – die rechtsgenügende Delegation durch das kantonale Recht vorausgesetzt – auch den Gemeinden zukommen. Fehlt der Spielraum hingegen, so ist auch ein entsprechendes Handeln der Gemeinden von vornherein ausgeschlossen. Insoweit kommt der Gemeindeautonomie für die vorliegenden Fragestellungen keine eigenständige Bedeutung zu.

3.1.3 Zuständigkeitsordnung in den Bereichen Energie, Umweltschutz, Raumplanung und Natur- und Heimatschutz

- 12 Im Folgenden werden im Sinne eines Überblicks die Zuständigkeiten von Bund und Kantonen gemäss Bundesverfassung in den durch die Fragestellung betroffenen Sachbereichen dargestellt.

a) Energie (Art. 89 Abs. 1, 2 und 5 BV)

- 13 Bund und Kantone sind gleichermassen verpflichtet, sich für eine ausreichende, breit gefächerte sichere, wirtschaftliche und umweltverträgliche Energieversorgung einzusetzen. Es handelt sich hierbei um eine kompetenzübergreifende Programmnorm. *«Diese Gemeinwesen haben immer dann, wenn sie als rechtsetzende und rechtsanwendende Organe Aufgaben mit einem Bezug zur Energieversorgung und zum Energieverbrauch erfüllen, diese Ziele zu verfolgen. Somit bedeutet <im Rahmen ihrer Zuständigkeiten>, dass die Gemeinwesen auch betreffend ihre Kompetenzen ausserhalb der Energiepolitik an die dort festgelegten Ziele gebunden sind»¹².*
- 14 Im Bereich der Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energien sowie des sparsamen und rationellen Energieverbrauchs überträgt Art. 89 Abs. 2 BV dem Bund den Auftrag zur Grundsatzgesetzgebung. Aufgabe des Bundes ist es insbesondere, «Grundsätze zu erlassen, damit solchen neuen Energienutzungen «keine vermeidbaren Hindernisse entgegengestellt» werden und deren Entwicklung erleichtert wird»¹³. Dieser Pflicht ist der Bund unter anderem mit dem Energiegesetz vom 30. September 2016 (EnG; SR 730.0) nachgekommen.

¹² SCHAFFHAUSER /UHLMANN, a.a.O., Art. 89 N 6. m.w.H.

¹³ SCHAFFHAUSER /UHLMANN, a.a.O., Art. 89 N 11 mit Zitat/Verweis auf JAGMETTI, in: Aubert et al., Komm. BV 1874, Art. 24octies, Rz. 43.

15 Art. 89 Abs. 5 BV stellt schliesslich – als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips – klar, dass der Bund Anstrengungen von Kantonen, Gemeinden und Wirtschaft Rechnung tragen und auf besondere lokale Verhältnisse sowie auf die wirtschaftliche Tragbarkeit von Massnahmen Rücksicht nehmen muss.

b) Umweltschutz (Art. 74 BV)

16 Im Bereich des Umweltschutzes kommt dem Bund nach Art. 74 Abs. 1 BV eine umfassende (konkurrierende) Gesetzgebungskompetenz zu.¹⁴ Der Vollzug obliegt den Kantonen, ausser er sei gesetzlich dem Bund vorbehalten (Art. 74 Abs. 3 BV). Der Umweltschutz, insbesondere der Immissionsschutz, ist umfassend im Bundesgesetz über den Umweltschutz (USG, SR 814.01) geregelt, wobei der Vollzug mehrheitlich bei den Kantonen liegt (vgl. Art. 36 USG, unter Vorbehalt von Art. 41 USG).

c) Raumplanung (Art. 75 BV)

17 Nach Art. 75 BV ist der Bund im Bereich der Raumplanung berechtigt, Grundsätze zu regeln, d.h. eine Rahmenordnung zu erlassen (Grundsatzgesetzgebungskompetenz). Die Raumplanung ist ansonsten Sache der Kantone. Diese sind namentlich dazu verpflichtet, die nötigen konkretisierenden Rechtsvorschriften zu erlassen.¹⁵ Aufgrund seiner Zuständigkeit darf der Bund verbindliche Vorgaben machen, die den Kantonen aufzeigen, ausgerichtet auf welche Ziele mit welchen Instrumenten mittels welcher Massnahmen und gestützt auf welche Verfahren die Aufgabe der Raumplanung an die Hand genommen werden soll.¹⁶ Dies hat er mit dem Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG, SR 700) getan.

18 Keine Gesetzgebungskompetenz hat der Bund dagegen im Bereich des Baurechts. Das Baurecht ist Sache der Kantone. Das schliesst jedoch nicht aus, dass es zu den Grundsätzen der Raumplanung gehören kann, auch baurechtliche Belange zu regeln, die mit der Raumplanung unmittelbar verknüpft sind (so z.B. die Baubewilligungspflicht oder das Erschliessungsrecht, das eine Mischung von Raumplanungs- und Baurecht darstellt).¹⁷

19 Der Raumplanung kommt eine zentrale Koordinations- und Querschnittsfunktion zu hinsichtlich der Wahrnehmung aller staatlichen Aufgaben mit räumlichen Auswirkungen (z.B. Infrastrukturaufgaben wie Eisenbahn, Strassen, Energieträger, Umwelt- und Naturschutz). Bei der Erfüllung raumwirksamer

¹⁴ RETO MORELL/KLAUS A. VALLENDER, in: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 74 N 10; BIAGGINI, a.a.O., Art. 74 N 3.

¹⁵ Vgl. zum Ganzen BIAGGINI, a.a.O., Art. 75 N 3.

¹⁶ MARTIN LENDI, in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008, Art. 75 N 25

¹⁷ Vgl. dazu RUCH, a.a.O., Art. 75 N 25f.

Aufgaben sind die Ziele und Grundsätze bzw. Vorschriften der Raumplanung zu beachten und deren Instrumente anzuwenden.¹⁸

- 20 Die Raumplanung ist insbesondere ein «planerisches Instrument der Bewältigung von Interessenkonflikten»¹⁹, wie sie sich bei der Bewältigung von Infrastrukturaufgaben im Bereich des Umweltschutzes, Wald-, Natur- und Heimatschutz und in Sektoralbereichen wie namentlich Verkehr und Energie ergeben können.

d) Waldschutz (Art. 77 BV) und Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV)

- 21 Hinsichtlich des Waldschutzes sowie des Natur- und Heimatschutzes bestehen Zuständigkeiten sowohl des Bundes als auch der Kantone. Der Bund hat hinsichtlich des Schutzes des Waldes eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz, während für den Natur- und Heimatschutz (Art. 78 BV) in erster Linie die Kantone zuständig sind (Abs. 1). Der Bund hat allerdings bezüglich des Lebensraum- bzw. Biotopschutzes eine umfassende Regelungskompetenz (vgl. Art. 78 Abs. 2-5 BV). Im Ergebnis wird damit von einer «Verbundaufgabe von Bund und Kantonen» gesprochen.²⁰
- 22 Art. 78 Abs. 2 BV hält im Sinne einer Selbstverpflichtung des Bundes fest, dass bei der Erfüllung von Bundesaufgaben Rücksicht auf die Anliegen des Natur- und Heimatschutzes zu nehmen ist.²¹

3.1.4 Regeln für den Konfliktfall

- 23 Aus der vorangehenden Übersicht über die Kompetenzordnung in den hier betroffenen Sachbereichen erhellen deutlich die Spannungsfelder und das hohe Konfliktpotenzial bei der Rechtsetzung (und auch in der Rechtsanwendung). Die Abgrenzung der sich teils überschneidenden Sachbereiche ist schwierig, die Kompetenzen sind zersplittert und diverse Zielkonflikte sind bereits in der Verfassung selbst angelegt. Umso wichtiger werden die verfassungsrechtlichen, sachbereichsübergreifenden Regeln, wie mit solchen Spannungsfeldern grundsätzlich umzugehen ist und wie die Kompetenzen von Bund und Kantonen sachgerecht abgegrenzt bzw. miteinander in Einklang zu bringen sind.

¹⁸ Vgl. RUCH, a.a.O., Art. 75 N 16.

¹⁹ RUCH, a.a.O., Art. 75 N 24.

²⁰ Vgl. ARNOLD MARTI, in: BERNHARD EHRENZELLER/BENJAMIN SCHINDLER/RAINER J. SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 78 N 5.

²¹ Diesem Schutzauftrag ist seinerseits bereits ein verfassungsrechtlicher Zielkonflikt (zu den zu erfüllenden Aufgaben und den bei der Aufgabenerfüllung u.U. beeinträchtigten Objekte) immanent. Der Schutzauftrag ist damit zwangsläufig stets mit einer Interessenabwägung verbunden. Vgl. dazu MARTI, a.a.O., Art. 78 N 7.

- 24 Im Fall von Konflikten zwischen Normen des kantonalen und des eidgenössischen Rechts sieht Art. 49 BV als Grundregel vor, dass das Bundesrecht dem entgegenstehenden kantonalen Recht vorgeht. Bundeserlasse aller Stufen derogieren im Konfliktfall die kantonalen Rechtsnormen; mit anderen Worten haben im Extremfall kantonale Verfassungsbestimmungen hinter Bundesverordnungen zurückzutreten.²²
- 25 Art. 49 Abs. 1 BV bezweckt die Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung im Sinne von Art. 3 BV und ist ein Gebot der bundesstaatlichen Staatsorganisation. Der Vorrang des Bundesrechts gilt aus dieser Überlegung jedoch grundsätzlich nur soweit, als das Bundesrecht innerhalb der Schranken der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung erlassen worden ist und diese einhält. Diese Einschränkung ist allerdings selber wiederum nur von beschränkter praktischer Tragweite, weil gemäss Art. 190 BV Bundesgesetze für die rechtsanwendenden Behörden und insbesondere auch die Gerichte massgeblich und zu beachten sind. Dieses Anwendungsgebot gilt auch für verfassungswidrige Bundesvorschriften, mithin auch solche, die nicht in Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung stehen.
- 26 Die Rechtsfolgen bei kollidierenden Normen hängen massgeblich davon ab, ob mit dem Normkonflikt auch ein Kompetenzkonflikt (Bund und Kantone regeln innerhalb desselben Regelungsgegenstandes *die gleiche Rechtsfrage* in widersprechender Art) einhergeht oder ob es sich um einen reinen Normkonflikt handelt. Diesfalls regeln Bund und Kanton innerhalb desselben Regelungsgegenstandes und grundsätzlich unter Einhaltung ihrer jeweiligen Kompetenzen *unterschiedliche Rechtsfragen*, was im Einzelfall zu gegensätzlichen Rechtsfolgen führt.
- Liegt den kollidierenden Normen ein Kompetenzkonflikt zugrunde, so geht die kompetenzgemässe Bundesregelung der kompetenzwidrigen kantonalen Regelung vor (Art. 49 Abs. 1 BV).²³ Allfällig kompetenzwidrige Bundesregelungen gehen den kompetenzgemässen kantonalen Regelungen zwar nicht vor (keine Anwendung von Art. 49 Abs. 1 BV), übersteuern diese aber ebenfalls, und zwar aufgrund des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV.²⁴ In beiden Fällen ist die kantonale Norm somit nicht anwendbar.²⁵

²² Vgl. TSCHANNEN, a.a.O., §22, Rz. 16.

²³ Der betreffende kantonale Akt wird aufgehoben (bei abstrakter Normenkontrolle) oder aber ihm wird die Anwendung versagt (bei konkreter Normenkontrolle). Vgl. im Detail TSCHANNEN, a.a.O., §22, Rz. 28ff.

²⁴ Das kompetenzkonforme Recht bleibt allerdings (da verfassungskonform) gültig und wird nur suspendiert, solange das kompetenzwidrige Bundesrecht besteht. Vgl. im Detail TSCHANNEN, a.a.O., §22, Rz. 28ff.

²⁵ Einzig kompetenzwidrige Bundesverordnungen, bei denen die Kompetenzwidrigkeit nicht schon im Bundesgesetz angelegt ist, haben vor dem kantonalen Recht zu weichen.

- Liegt ein (reiner) Normkonflikt vor, bei dem Bund und Kanton je im Rahmen ihrer jeweiligen Kompetenzen legiferiert haben, so sind die sich widersprechenden Normen grundsätzlich *kumulativ* anzuwenden (Vorbehalten sind Fälle des Kompetenzmissbrauchs, vgl. sogleich Rz. 27). Dies gilt selbst dann, «wenn ein bundesrechtskonformes Vorhaben an den vorbehaltenen Voraussetzungen des kantonalen Rechts scheitern sollte»²⁶. Solche Zielkonflikte begründen keine Bundesrechtswidrigkeit, da Bund und Kantone – als eigene Gebietskörperschaften – im Rahmen ihrer Zuständigkeiten durchaus eigene Ziele verfolgen dürfen.²⁷

27 Selbst wo Raum für kantonales Recht bleibt, ist der kantonale Gesetzgeber jedoch nicht völlig frei. Das kantonale Recht darf insbesondere nicht gegen den Sinn und Geist des Bundesrechts verstossen und dessen Zweck nicht beeinträchtigen oder gar vereiteln.²⁸ So darf z.B. kantonales Verfahrensrecht die Verwirklichung des eidgenössischen materiellen Rechts nicht über Gebühr erschweren.²⁹ Beeinträchtigt der Kanton in der Ausübung seiner Kompetenz andere Bereiche, die nicht in seiner Kompetenz liegen, übermässig, so liegt ein Kompetenzmissbrauch vor. Ein solcher Kompetenzmissbrauch hat – als Verstoss gegen das Gebot von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) – die gleiche Konsequenz wie eine (offene) Kompetenzüberschreitung und das kantonale Recht ist damit nicht anwendbar.³⁰

3.2 Energierecht und Nutzung der Windkraft: Energiestrategie 2050

28 Gestützt auf Art. 89 Abs. 1 und 2 BV hat der Bund im Rahmen der Energiestrategie 2050 unter anderem Vorschriften zur Nutzung der Windkraft erlassen. Erklärtes Ziel der Energiestrategie ist die Erhöhung der inländischen Produktion von Elektrizität aus erneuerbaren Energien, d.h. auch aus Windkraft (Art. 2 EnG).³¹ Dieser Ausbau soll mit verschiedenen Massnahmen³² erreicht werden, wovon vorliegend die raumplanerischen Instrumente im Fokus stehen.

29 Das vom Bundesrat ursprünglich vorgeschlagene Konzept für den Ausbau der erneuerbaren Energien, das die Kantone mit Unterstützung des Bundes hätten erstellen sollen,³³ wurde im Parlament verworfen. Übernommen wurde

²⁶ TSCHANNEN, a.a.O., §22 Rnz. 45.

²⁷ vgl. BGE 122 I 70 E. 2a, m.w.H.; vgl. auch TSCHANNEN a.a.O., §22 Rz. 45; BIAGGINI, a.a.O., Art. 49 N 12.

²⁸ Vgl. z.B. BGE 130 I 279 E. 2.2 m.w.H.; vgl. auch RUCH, a.a.O., Art. 49 N 16 und 17; TSCHANNEN, a.a.O., §22, Rz. 46; BIAGGINI a.a.O., Art. 49 N 12.

²⁹ Vgl. BGE 135 V 134 E. 4.5.

³⁰ Vgl. TSCHANNEN, a.a.O., §22, Rz. 46.

³¹ Vgl. auch Botschaft zum ersten Massnahmenpaket der Energiestrategie 2050 und zur Volksinitiative «Für den geordneten Ausstieg aus der Atomenergie (Atomausstiegsinitiative)» vom 4. September 2013 [im Folgenden: Botschaft], BBl 2013 7561, S. 7594.

³² Vgl. Botschaft, S. 7596.

³³ Vgl. Botschaft, Art. 11 des Entwurfs des Energiegesetzes.

aber die Pflicht der Kantone, Potenzialgebiete auszuscheiden. Die kantonalen Richtpläne haben deshalb Gebiete zu bezeichnen, die sich für Wasser- und Windkraftnutzung eignen (Art. 10 EnG i.V.m Art. 6 Abs. 2 und 3 und Art. 8b RPG). Zwar können sie dabei auch Gebiete bezeichnen, die grundsätzlich freizuhalten sind (Negativplanung). In der Botschaft wird zu dieser – noch im Zusammenhang mit dem verworfenen Konzept diskutierten – Möglichkeit der Negativplanung jedoch festgehalten, dass die Idee der Planung nicht sei, vor allem Gebiete freizuhalten, sondern liege im Gegenteil «der Fokus vielmehr darauf, Gebiete der Nutzung zuzuführen».³⁴

30 Die Kantone haben als Konsequenz aus dieser Richtplanpflicht auch die Pflicht, soweit nötig dafür zu sorgen, dass entsprechende Nutzungspläne erstellt oder angepasst werden (Art. 10 Abs. 2 EnG), was gemäss der Botschaft besonders bei Windanlagen nötig sein werde.³⁵

31 Im Zusammenhang mit der künftigen Raumplanung der Kantone wird in der Botschaft festgehalten: «Wichtig ist allerdings, dass sie [die Kantone] keine Festlegungen machen, die den Ausbauzielen zuwiderlaufen beziehungsweise deren Erreichen illusorisch machen».³⁶ Im Ergebnis können zwar auch Standorte in grundsätzlich geeigneten Gebieten im Bewilligungsverfahren neuerlich hinterfragt werden, jedoch werden neu «Bewilligungsbehörden und Gerichte [...] zu berücksichtigen haben, dass bestimmte Standorte planerisch in für die Nutzung ausgeschiedenen Gebieten liegen und also grundsätzlich ein Wertungsentscheid im Sinne der Nutzung getroffen wurde».³⁷ Insgesamt sollen mit der Raumplanung und den neu vorgesehenen Gebietsausscheidungen «die Ziele der Energiestrategie räumlich umgesetzt und Konflikte mit Schutzinteressen gelöst werden».³⁸

32 Als zweite raumplanerische Massnahme wurde mit der Energiestrategie des Bundes ein nationales Interesse an der Nutzung und am Ausbau von erneuerbaren Energien statuiert und dem Bundesrat die Möglichkeit gegeben, ein solches Interesse auch bestimmten Anlagen zuzusprechen (Art. 12 und 13 EnG). Als Folge einer solchen Bezeichnung ist das Nutzungsinteresse bei diesen Anlagen im Rahmen der Interessenabwägung als grundsätzlich gleichrangig mit dem nationalen Interesse am Schutz von Objekten gemäss Art. 6

³⁴ Botschaft, S. 7662. So wurde denn auch in der parlamentarischen Beratung bzw. in der schriftlichen Begründung des (von Kantonen angeregten) Einzelantrags Fässler, der zu den nun in Kraft getretenen Bestimmungen führte, festgehalten, die Kantone seien «damit einverstanden, dass die Potenziale zur Produktion von erneuerbaren Energien (v. a. Wind, Wasser) sowie wichtige Energieversorgungsinfrastrukturen raumplanerisch gesichert werden.» (AB 2014 N 2058). Vgl. auch die Voten im Ständerat, die erhellen, dass die bundesrätliche Variante primär deswegen abgelehnt wurde, weil sie neue raumplanerische Instrumente geschaffen hätte und weil man davon ausging, dass diese die Verfahren eher komplizierter und länger gemacht hätte (vgl. z.B. Votum SR Martin Schmid in AB 2015 S 938/939).

³⁵ Vgl. Botschaft, S. 7664.

³⁶ Botschaft, S. 7664.

³⁷ Botschaft, S. 7664.

³⁸ Botschaft, S. 7739.

Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451) zu betrachten. Dies soll eine – bislang ausgeschlossene – konkrete Interessenabwägung im Einzelfall ermöglichen.³⁹

33 Gestützt auf diese Gesetzeslage hat der Bundesrat in Art. 9 EnV die Windkraftanlagen von nationalem Interesse benannt, und in den Erläuterungen zur Verordnung (erneut) betont, dass Windenergie einen wesentlichen Baustein der erneuerbaren Stromversorgung darstelle (u.a. weil ihr Produktionsschwerpunkt im Winterhalbjahr liegt).⁴⁰

34 Aus dem Gesagten folgt zusammenfassend, dass der Bundesgesetzgeber mit dem neuen Energiegesetz (und den dazugehörigen RPG-Bestimmungen) gestützt auf seine verfassungsmässigen Kompetenzen insgesamt einen klaren energie- wie auch raumplanungsrechtlich massgebenden und richtungsweisenden Entscheid für die Förderung von Windkraft gefällt hat. Er hat verbindliche Vorgaben für die in diesem Teilbereich anzustrebende räumliche Entwicklung erlassen und auch verbindliche Wertungen getroffen, die in die raumplanerischen Interessenabwägungen im Einzelfall einzufließen haben.

3.3 Raumplanung und Nutzung der Windkraft

3.3.1 Zur Funktionsweise der Raumplanung

35 Bei der Erfüllung raumwirksamer Sachaufgaben (d.h. mit Beanspruchung von Boden bzw. mit Raumauswirkungen) ist es Aufgabe und Funktion der Raumplanung und ihrer Instrumente, die verschiedenen Interessen und Vorschriften aus den Bereichen des Umweltschutzes, des Natur- und Heimatschutzes, der Energie und weiterer Rechtsgebiete hinsichtlich der Standortfestlegung zu koordinieren und miteinander möglichst in Einklang zu bringen bzw. gegeneinander abzuwägen. Dieses Abwägungsgebot gilt, solange die anwendbaren Rechtsnormen Raum für die Interessenabwägung lassen, sowohl im Planungsstadium (Berücksichtigung im Rahmen der Planungen und – als Ergebnis – der Pläne) wie auch – insbesondere im Rahmen der Koordinationspflicht nach Art. 25a RPG – im Realisierungsstadium (Baubewilligung).

36 Das Bundesgericht hat zur Funktionsweise der Raumplanung und zur planungsrechtlichen Entscheidfolge die folgenden, illustrativen Erwägungen festgehalten: «Die Raumplanung bildet mit der Richt- und Nutzungsplanung sowie den nachfolgenden Baubewilligungs- und allfälligen Ausnahmbewilligungsverfahren ein Ganzes, in dem jeder Teil eine spezifische Funktion erfüllt. Die Richtpläne der Kantone (Art. 6 ff. RPG [SR 700]) zeigen in den Grundzügen auf, wie sich ihr Gebiet räumlich entwickeln soll. Nutzungspläne (Art. 14 ff. RPG) ihrerseits ordnen die zulässige Nutzung des Bodens für jede

³⁹ Vgl. Botschaft, S. 7628.

⁴⁰ Vgl. Erläuterungen vom November 2017 zur Totalrevision der Energieverordnung, S. 13.

Parzelle und unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen. Das Baubewilligungsverfahren schliesslich dient der Abklärung, ob Bauten und Anlagen den im Nutzungsplan ausgedrückten räumlichen Ordnungsvorstellungen entsprechen. Das Bundesrecht verlangt mithin, dass bei der Erfüllung raumplanerischer Aufgaben das angemessene Planungs- bzw. Entscheidungsinstrument zum Einsatz gelangt (zum Ganzen: BGE 140 II 262 E. 2.3.1 S. 266 mit Hinweisen)».⁴¹

3.3.2 Einbezug von raumwirksamen Anliegen des Bundes in die kantonale Richtplanung und in die Nutzungsplanung

- 37 Zu den soeben genannten Raumplanungsinstrumenten der Kantone tritt das Planungsinstrumentarium des Bundes in Form von Sachplänen⁴² und Konzepten (Art. 13 RPG) hinzu, mit welchem der Bund raumwirksame Aufgaben und Tätigkeiten in seiner Zuständigkeit plant, untereinander abstimmt und mit den Planungen der Kantone koordiniert. Konzepte werden in jenen Sachbereichen erstellt, in denen dem Bund keine umfassende, sondern lediglich eine teilweise Regelungskompetenz zusteht, namentlich wenn der Bund einen inhaltlichen, aber nicht abschliessenden Einfluss auf die Nutzung des Bodens nimmt.⁴³ Der Bund hat dabei aufzuzeigen, welche Sachziele er verfolgt, und in Anweisungen darzulegen, welche Interessen zu beachten und welche Prioritäten zu verwirklichen sind.⁴⁴
- 38 Diese Konzepte sind für die Richtplanungen der Kantone «gewissermassen als <Bundeseingaben>»⁴⁵ verbindlich (Art. 6 Abs. 4 RPG und Art. 22 Abs. 1 RPV). Die Kantone haben demnach die Pflicht, ihre Tätigkeiten auf die Sachpläne und Konzepte des Bundes abzustimmen. Die Konzepte binden die kantonale Richtplanung, aber auch ganz generell im Bereich der planerischen Interessenabwägung.⁴⁶
- 39 Die kantonalen Richtpläne werden durch den Bundesrat genehmigt (Art. 11 RPG). Die Genehmigung setzt voraus, dass der Richtplan formell wie inhaltlich dem RPG entspricht, die raumwirksamen Aufgaben von Bund und Nachbarkantonen angemessen berücksichtigt und auch das übrige Bundesrecht einhält.⁴⁷ Bei Differenzen folgt ein Bereinigungsverfahren (Art. 12 RPG), das

⁴¹ BGE 1C_346/2014, E.2.4.

⁴² Auf Sachpläne wird im Folgenden mangels Relevanz nicht näher eingegangen.

⁴³ Vgl. BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar zum Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 13 N 13.

⁴⁴ Vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 13 N 5 und 16f.

⁴⁵ Vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 13 N 28.

⁴⁶ Vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 13 N 25 und 30.

⁴⁷ Vgl. WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 11 N 5-10.

durch Einigung oder (bei fehlender Einigung) durch einseitigen Entscheid des Bundesrats endet.

- 40 Die Konzepte des Bundes binden die Kantone bzw. Gemeinden – zumindest indirekt – auch bei der nachfolgenden Nutzungsplanung, insbesondere bei der Zuweisung von Bodennutzungen. «Die Tragweite und Verbindlichkeit beschränkt sich hier allerdings darauf, dass die Kantone und Gemeinden die in den Konzepten und Sachplänen verfolgten Anliegen nicht verunmöglichen oder unnötig erschweren dürfen. Hingegen vermögen Anweisungen des Bundes zur planerischen Umsetzung seiner Anliegen nur nach Massgabe ihrer Aufnahme im kantonalen Richtplan zu wirken».⁴⁸

3.3.3 Folgen für die Windenergienutzung

- 41 Die Kantone müssen, wie aus den bisherigen Ausführungen hervorgeht, in ihrer Richt- und Nutzungsplanung sämtliche relevanten raumwirksamen Vorgaben berücksichtigen und koordinieren. Zu berücksichtigen sind dabei namentlich auch die raumplanerischen Vorgaben an Kantone und Gemeinden nach dem revidierten Energiegesetz des Bundes, so explizit Art. 10, 12 und 14 EnG und Art. 9 EnV.⁴⁹
- 42 Die Kantone haben im Richtplan für die Windkraftnutzung geeignete Gebiete auszuscheiden. Bei den Gebietszuweisungen (wie auch bei der allfälligen Bezeichnung von freizuhaltenden Gebieten) müssen sie berücksichtigen, dass der Windenergienutzung und ihrem Ausbau ein nationales Interesse zukommt (vgl. dazu Rz. 28 ff.). Das gilt auch in Bezug auf einzelne Anlagen, die nach Art. 8 Abs. 2 RPG häufig ebenfalls in den Richtplan aufzunehmen sind,⁵⁰ und die – bei gegebenen Voraussetzungen (Art. 9 EnV) – ihrerseits ebenfalls von nationalem Interesse sind.
- 43 Diese bundesrechtliche Wertung beschlägt somit in erster Linie die von den Kantonen im Rahmen der Richtplanung vorzunehmende raumplanerische Interessenabwägung. So galten bislang BLN-Gebiete als Ausschlussgebiete. In der Tendenz soll das zwar weiterhin gelten, ein genereller Ausschluss ist aber nicht mehr zulässig. Vielmehr hat auch in solchen Gebieten eine Interessenabwägung stattzufinden. Die Einstufung der Windenergienutzung als ‚von nationalem Interesse‘ ist nicht nur bei der Kollision mit dem Schutz von BLN-

⁴⁸ WALDMANN/HÄNNI, a.a.O., Art. 13 N 32.

⁴⁹ Nach Art. 11 EnG hat der Bundesrat zudem zur Unterstützung der Kantone methodische Grundlagen zur Verfügung zu stellen und die Gesamtsicht, Einheitlichkeit und Koordination sicherzustellen. Der Bestimmung dürfte jedoch neben dem bereits erlassenen Konzept Windenergie und der Genehmigung der kantonalen Richtpläne kaum weitergehende Bedeutung zukommen.

⁵⁰ Vgl. dazu auch Urteil BGer 1C_346/2014 vom 26. Oktober 2016.

Gebieten, sondern umso mehr auch bei der Kollision mit regionalen Schutzinteressen zu beachten.⁵¹ Es soll insgesamt eine «Akzentverschiebung»⁵² zugunsten der Energienutzung stattfinden.

- 44 Die Kantone haben in der Richtplanung nach dem Gesagten Konzepte des Bundes einzubeziehen. Vorliegend ist das «Konzept Windenergie» von Bedeutung, welches der Bundesrat am 28. Juni 2017 verabschiedet hat.⁵³ Das Konzept verlangt unter anderem, dass die Raumplanung die Umsetzung der Energiepolitik des Bundesrats im Bereich Windenergie zu unterstützen⁵⁴ und der Ausbau der Windenergie gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung in den für die Nutzung von Windenergie geeigneten Gebieten zu erfolgen habe.⁵⁵ Verbindlich vorgegeben ist namentlich, dass «[d]ie Kantone [...] die Ausbaupläne des Bundesrats im Bereich der Windenergie und die Richtwerte der Energiepolitik [berücksichtigen]».⁵⁶
- 45 Darüber hinaus wird mit Blick auf die Ebene der Nutzungsplanung festgehalten, dass «die Lärmschutz-Verordnung [...] massgebend für die Bestimmung der Abstände [ist], die zu bewohnten Gebäuden und weiteren lärmempfindlichen Nutzungen einzuhalten sind»⁵⁷. Daneben enthält das Konzept diverse Vorgaben zum Umgang mit Schutzinteressen aus den Bereichen des Natur-, des Landschafts- und des Heimatschutzes sowie zum Umgang mit Gebieten, in denen es Störungen wichtiger technischer Anlagen zu verhindern gilt.⁵⁸ Schliesslich finden sich (nicht verbindliche) «Orientierungsrahmen» dazu, welchen Anteil am Ausbauziel einzelne Kantone (gemäss einer Analyse des BFE) übernehmen können.⁵⁹
- 46 Die kantonalen Richtpläne werden, wie gesagt, durch den Bundesrat genehmigt (Art. 11 RPG; vgl. Rz. 39). Im Zusammenhang mit der Windenergie wird der Bundesrat deshalb im Genehmigungsverfahren namentlich prüfen, ob der Richtplan die Mindestinhalte nach Art. 8 und 8b RPG und Art. 10 EnG enthält und das Konzept Windenergie des Bundesrats berücksichtigt, ansonsten die Genehmigung verweigert oder nur unter Vorbehalten erteilt würde (vgl. Art. 6 Abs. 4 RPG). Die Kantone müssen auch deshalb sicherstellen und nachweisen, dass (auch) auf Richtplanstufe das nationale Interesse am Ausbau und der

⁵¹ Vgl. Botschaft S. 7666 wonach Energieanlagen in kantonalen Schutzgebieten resp. gegenüber kantonalen Schutzobjekten eine «gleich gute Ausgangslage für die Interessenabwägung erlangen, wie diejenigen, die in ein BLN-Gebiet zu liegen kämen».

⁵² Botschaft S. 7666.

⁵³ Bundesamt für Raumentwicklung ARE (2017): Konzept Windenergie. Basis zur Berücksichtigung der Bundesinteressen bei der Planung von Windenergieanlagen. Bern [nachfolgend: Konzept Windenergie]; abrufbar auf www.are.admin.ch/windenergie.

⁵⁴ Vgl. Konzept Windenergie S. 8.

⁵⁵ Vgl. Konzept Windenergie S. 8.

⁵⁶ Konzept Windenergie S. 12.

⁵⁷ Konzept Windenergie S. 13.

⁵⁸ Vgl. Konzept Windenergie S. 14-20.

⁵⁹ Vgl. Konzept Windenergie S. 26.

Nutzung von Windkraft (und allenfalls einzelnen Anlagen) hinreichend in die planerischen Interessenabwägungen eingeflossen ist.

- 47 Sofern nötig haben die Kantone in der Folge ihre Nutzungspläne den so zustande gekommenen Richtplänen anzupassen (Art. 10 Abs. 2 EnG). Die energierechtlichen Vorgaben zur Förderung der Windenergienutzung sind als Bundesrecht auch für die Gemeinden, welche in der Regel für die Nutzungsplanung zuständig sind, direkt zu beachten. Zudem wirken die Ziel- und Fördervorgaben und das Konzept des Bundes indirekt über die planungsrechtliche Entscheidefolge bindend, indem die Gemeinden als Träger der Nutzungsplanung die entsprechenden Anweisungen des kantonalen Richtplans umsetzen müssen.
- 48 Aus dem Gesagten folgt, dass die Kantone und Gemeinden Windenergieprojekte dem Grundsatz nach im Rahmen der Raumplanung zu unterstützen und zu fördern haben. Diese Förder- und Unterstützungspflicht nimmt zwar nicht einen Einzelfallentscheid vorweg und ersetzt nicht die Interessenabwägung im Einzelfall. Die Zielsetzung und Wertung des Bundes müssen jedoch im dargelegten Umfang Eingang in die Richt- und Nutzungsplanung der Kantone und Gemeinden finden und sind für diese bindend.

3.4 Kantonale (Schutz-) Anliegen und Nutzung der Windkraft

3.4.1 Überblick über den Spielraum für kantonale Regelungen

- 49 Das Ziel der Windkraftnutzung kann im Konflikt stehen mit Schutz- und weiteren Anliegen, welche Kantone oder Gemeinden in ihren Planungs- und Bauordnungen Rechnung zu tragen haben. In Frage kommen dabei eidgenössische wie kantonale Schutznormen, v.a. in den Bereichen Umweltschutz, Naturschutz, Landschaftsschutz und Heimatschutz (Ortsbild- und Denkmalschutz), aber auch raumplanerische oder baupolizeirechtliche Anliegen.
- 50 Den Kantonen ist, wie bereits dargelegt, nicht in grundsätzlicher Weise verwehrt, dort wo sie über entsprechende Zuständigkeiten verfügen, Vorschriften zu erlassen, die in einem Spannungsverhältnis mit bunderechtlichen Anliegen oder sogar bundesrechtlichen Normen stehen. Sog. kompetenzkonforme Normkonflikte sind als Teil des föderalistischen Systems hinzunehmen, insbesondere im Bereich des Umweltrechts (im weiten Sinn), das einer Vielzahl an oft divergierenden Interessen dient. Trotz des grundsätzlichen Förderauftrags ist es den Kantonen daher unbenommen, im Rahmen ihrer Kompetenzen auch Bestimmungen zu erlassen, die sich für die Windkraft eher hinderlich auswirken. Unzulässig sind dagegen kantonale Bestimmungen, die auf einer Kompetenzüberschreitung oder einem Kompetenzmissbrauch beruhen, die dem Bundesrecht klar entgegenstehen oder dieses (bewusst oder unbewusst) vereiteln oder – aus «Vereitelungsmotiven» – übermässig erschweren.

- 51 Mit den Regelungen im EnG und im RPG hat der Bund in verfassungskonformer Weise seine Gesetzgebungskompetenzen in den Bereichen Raumplanung und Energie – konkret: Nutzung einheimischer und erneuerbarer Energie – und in den verschiedenen Bereichen des Umweltrechts wahrgenommen.⁶⁰ Insbesondere hat er hinsichtlich der Nutzung der Windenergie (und erneuerbarer Energie im Allgemeinen) in verbindlicher Weise Wertungsentscheidungen für den Umgang mit dem bereits in der Verfassung angelegten Spannungsverhältnis⁶¹ zwischen den verschiedenen Nutzungs- und Schutzinteressen getroffen. Bei der Gewichtung dieser Interessen ist die kantonale Kompetenz insoweit eingeschränkt. Auch wenn die Kantone auf der Grundlage und im Rahmen ihrer Zuständigkeiten legislieren, erscheinen Regelungen, die die Verwirklichung dieser Wertungsentscheide beeinträchtigen, als unzulässiger Eingriff in Bundeskompetenzen.
- 52 Im Juni 2018 wurde beispielsweise im Zusammenhang mit einer Initiative diskutierte kantonale Regelung als bundesrechtswidrig beurteilt, welche die Nutzung von Geothermie im Kantonsgebiet vollständig untersagt hätte. Der jurassische Court Constitutionnelle betonte, dass zwar die Kantone kompetent seien, im Einzelfall über Geothermie-Projekte zu entscheiden, dass aber die im EnG gesetzten Ziele auch für die Kantone verbindlich seien und dass die Kantone zur Erfüllung *beizutragen* hätten. Daher sei jedenfalls eine Regelung, welche die Nutzung dieser bundesrechtlich favorisierten Energieform generell und absolut unterbinde, bundesrechtswidrig.⁶² Diese Beurteilung zur Geothermie muss für die Wasser- und Windkraft umso mehr gelten, weil diesen im Rahmen der Bundesvorgaben für die kantonale Richtplanung wie auch zur Interessenabwägung (Einstufung als nationales Interesse) ein besonderer Stellenwert eingeräumt wird.
- 53 Vorliegend stehen, anders als im soeben referenzierten Fall, allerdings nicht absolute Verbote, sondern andere einschränkende Vorgaben zur Diskussion. Illustrativ für solche Fälle ist die folgende, die Errichtung von Mobilfunkantennen betreffende Erörterung des Bundesgerichts zu eidgenössischen und kantonalen Kompetenzen an der Schnittstelle zwischen Raumplanung, umweltrechtlichem Immissionsschutz und Fernmelderecht:
- «Der Immissionsschutz ist bundesrechtlich im USG und den darauf gestützten Verordnungen geregelt. [...] Kantonale Regelungen zum Immissionsschutz finden deshalb insofern keine Anwendung. [...] Dies bedeutet nicht, dass die Gemeinden und Kantone keinerlei Möglichkeiten hätten, auf die Standorte von Mobilfunkanlagen Einfluss zu nehmen. Im Rahmen ihrer bau- und planungsrechtlichen Zuständigkeiten sind sie grundsätzlich befugt, Bau- und Zonenvorschriften in Bezug auf Mobilfunksendeanlagen zu erlassen, sofern sie die*

⁶⁰ Vgl. zur Konkretisierung der Kompetenzverteilung in Bundesgesetzen auch Rz. 7.

⁶¹ Vgl. exemplarisch in Art. 78 Abs. 2, oben Rz. 21 f.

⁶² Vgl. Urteil des jurassischen Tribunal cantonal, cour constitutionnelle, vom 27. Juni 2018, E. 7.1.

bundesrechtlichen Schranken, die sich insbesondere aus dem Bundesumwelt- und -fernmelderecht ergeben, beachten [...]. Ausgeschlossen sind wie erwähnt bau- oder planungsrechtliche Vorschriften zum Schutz der Bevölkerung vor nichtionisierender Strahlung. Überdies dürfen die Planungsvorschriften nicht die in der Fernmeldegesetzgebung konkretisierten öffentlichen Interessen verletzen, d.h. sie müssen den Interessen an einer qualitativ guten Mobilfunkversorgung und an einem funktionierenden Wettbewerb zwischen den Mobilfunkanbietern Rechnung tragen [...]. Werden die Zielsetzungen der Fernmeldegesetzgebung eingehalten, so sind namentlich ortsplanerische Bestimmungen, die anderen als umweltschutzrechtlichen Interessen dienen, wie z.B. der Wahrung des Charakters oder der Wohnqualität eines Quartiers, grundsätzlich möglich.»⁶³

- 54 Der Erlass von Abstandsvorschriften kann seinen Ursprung in verschiedenen Sachbereichen und Schutzanliegen haben. Die Zulässigkeit kantonaler oder kommunaler Abstandsvorschriften kann somit nur mit Blick auf den Zweck, dem sie dienen, beurteilt werden. Vorab festzuhalten ist, dass solche Vorschriften jedenfalls nicht schon deshalb zulässig sind, weil sie *formal* als Baupolizeirecht erlassen werden und die Kantone im Baurecht umfassende Zuständigkeit haben. Die Zulässigkeit von Bauvorschriften, die im Grunde umwelt- oder naturschutzrechtlich motiviert sind (funktionales Umwelt- oder Naturschutzrecht), bestimmt sich anhand der Kompetenzen im betreffenden Sachbereich.

3.4.2 Abstandsvorschriften zwecks Immissionsschutz

3.4.2.1 Überblick über mögliche Massnahmen

- 55 Nach dem Immissionsschutzkonzept des USG sind Einwirkungen (wie namentlich Lärm und Strahlen) bei der Quelle zu begrenzen (Art. 11 Abs. 1 USG). Dabei sind im Rahmen der Vorsorge Einwirkungen so weit zu minimieren als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist und zwar unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung (Art. 11 Abs. 2 USG). Emissionsbegrenzungen sind zu verschärfen, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen schädlich oder lästig werden (Art. 11 Abs. 3 USG). Die Wahl des Standortes gilt nach der Praxis als eine solche

⁶³ BGE 133 II 321 E.4.3.4. Als zulässige ortsplanerische Anliegen, die nicht dem Immissionsschutz dienen, werden in der Rechtsprechung z.B. Gefährdung von Fussgängern, Verkehrs- oder Parkprobleme, nächtliche Gespräche vor einem Nachlokal u dgl. eingestuft (vgl. Hinweise PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 5. Aufl., Bern 2008, §20/II/1/b).

Emissionsbegrenzung an der Quelle, wobei sie am ehesten als Bau- und Ausrüstungsvorschrift im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Bst. b USG zu qualifizieren ist.⁶⁴

- 56 Lärmbelastung ist zweifellos eine Einwirkung nach USG. Auch die durch die Rotoren verursachten Lichteffekte, wie Blendungen bzw. Lichtblitze, allenfalls auch der sich *bewegende* Schattenwurf sind durch den Betrieb der Anlage verursachte Einwirkungen und damit Immissionen im Sinne des USG.⁶⁵ Zwar erzeugt die Anlage hierbei keine Strahlen bzw. kein Licht; der (bewegte) Schattenwurf dürfte aber in dieser Situation vergleichbar sein mit der Reflexion von natürlichem Licht, wo Strahlen, die aus einer natürlichen Quelle stammen durch die Anlage verändert werden, so dass eine durch die Anlage zumindest *mit*verursachte Einwirkung entsteht. Wie die Lichtreflexion, dürfte daher auch der (bewegte) Schattenwurf als Immission im Sinne des USG gelten (Art. 7 Abs. 1 USG).⁶⁶
- 57 Im Umweltschutz besteht eine umfassende nachträglich derogatorische Bundeskompetenz (vgl. Rz. 16). Kantone haben nach Art. 65 USG nur dort eine Regelungskompetenz, wo der Bundesrat (noch) kein Verordnungsrecht erlassen hat. Dies gilt auch für den Bereich der Emissionsbegrenzung. Im Bereich des Lärms ist die LSV zentral, in der der Bundesrat zum Schutz vor schädlichem und lästigem Lärm Grenzwerte erlassen hat. Den Kantonen ist es daher verwehrt, Immissionsgrenzwerte festzulegen. Hingegen gibt es keine präzisen bundesrechtlichen Bestimmungen zu Vorsorge gemäss Art. 1 Abs. 2 und Art. 11 Abs. 2 USG wie auch zu verschärften Massnahmen gemäss Art. 11 Abs. 3 USG im Bereich des Lärmschutzes. Hinsichtlich der Lichtemissionen hat der Bundesrat kein Verordnungsrecht erlassen. Das heisst, in beiden Themenbereichen bleibt grundsätzlich Raum für kantonale Vorgaben nach und im Rahmen von Art. 65 Abs. 1 USG (zu den Einschränkungen vgl. sogleich in den nachfolgenden Ziffern).
- 58 Die Kantone haben demnach grundsätzlich die Kompetenz, Vorgaben zur Begrenzung von Lärm- und/oder Lichtemissionen zu erlassen und zwar sowohl vorsorglich wie auch hinsichtlich verschärfter Massnahmen zur Verhinderung von konkret zu erwartenden oder vorhandenen schädlichen oder lästigen Einwirkungen einer Anlage oder eines Anlagentyps. Diese kantonalen Vorgaben können sowohl generell-abstrakt (in einem Reglement) wie auch als Anweisung im Einzelfall (mittels einer direkt auf das USG gestützten Verfügung) ergeben (vgl. Art. 12 Abs. 2 USG).

⁶⁴ ANDRÉ SCHRADE/THEODOR LORETAN, in: Vereinigung für Umweltrecht (VUR), Helen Keller [Hrsg.], Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Stand 2011, N. 16 und 17 zu Art. 11, m.w.H.; BGE 117 Ib 379 E. 4.

⁶⁵ Vgl. z.B. Urteil (Zürich, Baurekursgericht) vom 8. August 2008 in BEZ 2009 Nr. 19, S. 74.

⁶⁶ Vgl. zur Blendung von Anlagen z.B. Urteil BGer 1C_177/2011 vom 9. Februar 2012 (Solaranlage); GRIF-FEL/RAUSCH, a.a.O., Art. 7, N. 11.

59 Wenn die Kantone tätig werden, haben sie jedoch die Vorgaben und Voraussetzungen des Art. 11 USG zu beachten. Im Nachfolgenden wird auf die einzelnen Voraussetzungen eingegangen. Der Vollständigkeit halber sei bereits vorab erwähnt, dass es keinen Raum gibt, für kantonale Vorgaben, die das grundsätzliche Immissionsschutzkonzept gemäss Art. 11 ff. USG abändern. So könnten die Kantone z.B. keine eigene Definition des Vorsorgeprinzips statuieren, weder einschränkend noch ausweitend.

3.4.2.2 Vorsorgliche Emissionsbegrenzungen nach Art. 11 Abs. 2 USG (Vorsorgeprinzip)

60 Abstandsvorschriften zwecks vorsorglichem Emissionsschutz müssen nach Art. 11 Abs. 2 USG technisch und betrieblich möglich⁶⁷ und – was vorliegend von besonderer Bedeutung ist – wirtschaftlich tragbar sein. Jene (nicht schädlichen und nicht lästigen) Emissionen, die nur mit wirtschaftlich unververtretbarem Aufwand noch weiter reduziert werden könnten, toleriert der Gesetzgeber als Restbelastung.⁶⁸ Da auch im Bereich von Vorsorgemassnahmen der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gilt,⁶⁹ können im Einzelfall selbst Massnahmen, die wirtschaftlich tragbar wären, aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen unzulässig sein (namentlich bei sehr geringem erwarteten Nutzen für die Umwelt).⁷⁰ Schliesslich qualifiziert das Bundesgericht das USG als Polizeigesetz, d.h. als Erlass zum Schutz von Polizeigütern (wie öffentliche Sicherheit und Ordnung, Gesundheit u.ä.); es sei kein «Verhinderungsgesetz», auf dessen Grundlage der Bau oder Betrieb von Anlagen gänzlich verboten werden dürfen.⁷¹

61 Dabei ist auch der Effekt der durch den Bundesrat erlassenen Grenzwerte auf Vorsorgemassnahmen zu beachten: Die Grenzwerte des Lärmschutzrechts (Immissionsgrenzwerte, Alarmwerte und Planungswerte) dienen *«indirekt als Massstab für die Begrenzung der Emissionen ortsfester lärmiger Anlagen, indem sie bestimmen, wieviel Lärm in der Umgebung der Anlage tragbar ist»*.⁷² *«Mit den Planungswerten wird – von der Immissionsseite her – in generell-abstrakter Form das mindestens erforderliche Mass an Vorsorge bestimmt [...]. Diese Wertung beeinflusst die Beurteilung der Verhältnismässigkeit – und*

⁶⁷ Die technische und betriebliche Möglichkeit dürfte hier weniger im Fokus stehen, weshalb das Kriterium nicht im Einzelnen untersucht wird. Immerhin ist anzumerken, dass Abstandsvorschriften, die Anlagen verhindern, selbstverständlich auch im Konflikt stehen mit der ‚betrieblichen Möglichkeit‘ der Umsetzung der Massnahme.

⁶⁸ SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 29b zu Art. 11; Für die Frage der wirtschaftlichen Tragbarkeit wird auf einen hypothetischen „Standardbetrieb“ abgestellt (vgl. SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 24 zu Art. 11). Diese Thematik wird vorliegend jedoch nicht weiter erörtert, da diese Differenzierung für die vorliegende Frage nicht weiter von Belang ist.

⁶⁹ Vgl. BGE 140 II 33, E. 5.3.

⁷⁰ SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 35 zu Art. 11; so auch BGE 124 II 517, E. 5a.

⁷¹ Vgl. BGE 116 1b 159, E. 6b.

⁷² ROBERT WOLF, in: Vereinigung für Umweltrecht (VUR), Helen Keller [Hrsg.], Kommentar zum Umweltschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Stand 2011, N. 34 zu Vorbemerkungen zu Art. 19-25.

damit der wirtschaftlichen Tragbarkeit – der Massnahmen auf der Emissionsseite. Mehr als die Einhaltung der Planungswerte zu verlangen, kann mithin nur dann wirtschaftlich tragbar sein, wenn bereits mit geringem Aufwand eine wesentliche zusätzliche Reduktion der Emissionen erreicht werden kann.»⁷³

- 62 Die Zuständigkeit zum Erlass vorsorglicher Massnahmen zur Emissionsbegrenzung umfasst grundsätzlich auch die Möglichkeit, die Einhaltung von Abständen vorzuschreiben, wobei auch gewisse Sicherheitsmargen denkbar sind, also die Vorgabe grösserer Abstände als sie Studien/Richtlinien/Empfehlungen/Konzepte zum Schutz der Bevölkerung bzw. der Anwohner nahelegen oder empfehlen. Dies entspricht bis zu einem gewissen Grad dem Zweck des umweltrechtlichen Vorsorgeprinzips, denn diesem liegt «der Gedanke zugrunde, unüberschaubare Risiken zu vermeiden, es schafft eine Sicherheitsmarge, welche Unsicherheiten über längerfristige Wirkungen von Umweltbelastungen berücksichtigt»⁷⁴. Es soll «verhindern, dass fehlende wissenschaftliche Gewissheit zum Vorwand für staatliche Untätigkeit wird»⁷⁵. Das Prinzip erlaubt, auch dann vorbeugend tätig zu werden, wenn eine genaue Risikoabschätzung nicht möglich ist und es nur überwiegende Wahrscheinlichkeiten für Gesundheitsauswirkungen gibt.
- 63 Indessen ist zu beachten, dass solche Vorschriften in jedem Fall die Voraussetzungen von Art. 11 Abs. 2 USG erfüllen müssen, namentlich somit technisch und betrieblich möglich, wirtschaftlich tragbar und insgesamt verhältnismässig sein müssen. Führt eine Abstandsvorschrift dazu, dass sich eine Anlage nicht realisieren lässt, so ist damit der Grundsatz der wirtschaftlichen Tragbarkeit verletzt; das USG bietet für ein faktisches Verbot einer Anlage keine Rechtsgrundlage. Solche Abstandsvorschriften sind demnach bundesrechtswidrig.
- 64 Angesichts der stark auf eine Einzelfallabwägung angelegten Kriterien des Art. 11 Abs. 2 USG sind bundesrechtskonforme generell-abstrakte Abstandsvorschriften sehr schwer vorstellbar, aber rechtlich gemäss Art. 12 Abs. 2 USG theoretisch möglich. Auch in der Praxis denkbar sind dagegen bundesrechtskonforme, individuell-konkrete Abstandsvorgaben im Einzelfall, die als Begrenzungsmassnahme im Sinne von Art. 12 Abs. 1 USG ausgestaltet sind. Zu beachten bleibt aber, dass Abstandsvorschriften, die den Bau einer Anlage unverhältnismässig erschweren oder gar verhindern, sich in keinem Fall auf das Vorsorgeprinzip stützen können.
- 65 Zudem ist auch beim Erlass von Massnahmen zur Emissionsbegrenzung den energie- und raumplanungsrechtlichen Wertungen des Bundesrechts Rechnung zu tragen, soweit rechtlich Raum für eine gewisse Interessenabwägung bleibt (im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen oder Regelungen sowie

⁷³ SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 34b zu Art. 11.

⁷⁴ BGE 124 II 2219, E. 8a.

⁷⁵ BGE 132 II 305, 320 E. 4.3.

von Ermessensspielraum bei der Massnahmendefinition). Die bundesrechtliche Vorgabe, Windkraftnutzung grundsätzlich voranzutreiben, wird bisweilen im Konflikt stehen mit dem Emissionsschutz nach Art. 11 und Art. 12 USG. Wie gezeigt sind solche Ziel- und Normkonflikte bis zu einem gewissen Grad hinzunehmen.

- 66 Wo Emissionsbegrenzungen aus Gesundheitsüberlegungen nachweislich nötig sind, besteht, ausser allenfalls im Zusammenhang mit Erleichterungen für öffentliche Anlagen nach Art. 25 Abs. 3 USG⁷⁶ kein Raum für den Einbezug allenfalls entgegenstehender Ziele des eidgenössischen Energie- und Raumplanungsrechts. Hingegen gebietet die besagte bundesrechtliche Zielsetzung zumindest ein Vorgehen mit Augenmass bei der Auswahl, Ausgestaltung und Anordnung von Massnahmen gestützt auf das Vorsorgeprinzip, insbesondere bei der Anwendung von Sicherheitsmargen, die sich nicht auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse stützen. So dürfte beispielsweise eine Abstandsvorschrift, die den nach einschlägigen Studien empfohlenen bzw. angezeigten Mindestabstand ohne stichhaltigen Grund und allein unter Verweis auf das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip verdreifacht, in der Regel als Verstoss gegen das Energie- und Raumplanungsrecht des Bundes zu werten sein.

3.4.2.3 *Begrenzung schädlicher oder lästiger Einwirkungen nach Art. 11 Abs. 3 USG*

- 67 Emissionsbegrenzungen nach Art. 11 Abs. 3 USG (verschärfte Emissionsbegrenzungen) werden erlassen, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass es ansonsten zu schädlichen und lästigen Einwirkungen kommt. Auch solche Vorgaben könnten Kantone grundsätzlich mit generell-abstrakten oder individuell-konkreten Abstandsvorschriften umsetzen. Verschärfte Emissionsbegrenzungen sind subsidiär, das heisst sie dürfen nur angeordnet werden, wenn tatsächlich feststeht oder zu erwarten ist, dass Massnahmen nach Art. 11 Abs. 2 USG nicht ausreichen, um schädliche oder lästige Einwirkungen zu verhindern.⁷⁷

⁷⁶ Die Frage nach den möglichen Erleichterungen nach Art. 25 USG würde den Rahmen der Fragestellung sprengen, bliebe aber zu untersuchen, so insbesondere die Frage, ob eine Windkraftanlage als private oder als öffentliche Anlage im Sinne von Art. 25 Abs. 2 resp. 3 USG zu qualifizieren ist. Immerhin dazu folgende Hinweise: Erleichterungen nach Art. 25 USG erfordern stets eine Einzelfallprüfung und Interessenabwägung (vgl. WOLF, a.a.O. N. 68 und N. 72ff. zu Art. 25); das nationale Interesse an Windkraft berechtigt nicht generell zu Erleichterungen nach Art. 25 Abs. 2 oder 3 USG, ist aber entsprechend einzubeziehen. Erleichterungen schliessen vorsorgliche Emissionsschutzmassnahmen nach Art. 11 USG nicht generell aus; dem Sinn und Zweck der Erleichterung und den zugrundeliegenden Wertungen ist aber Rechnung zu tragen (vgl. zum Verhältnis: WOLF, a.a.O. N. 14-17 zu Art. 25).

⁷⁷ SCHRÄDE/LORETAN, a.a.O., N. 44 zu Art. 11.

- 68 Zwar sind verschärfte Emissionsbegrenzungen, anders als die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen, nicht an die Schranken der wirtschaftlichen Tragbarkeit gebunden. Hingegen haben auch sie verhältnismässig zu sein, wobei selbstredend auch wirtschaftliche Überlegungen einzufließen haben.⁷⁸
- 69 Nach dem Wortlaut des Gesetzes werden verschärfte Massnahmen zur Begrenzung schädlicher und/oder lästiger Emissionen erlassen. Dies setzt stillschweigend voraus, dass jegliche sich auf Art. 11 Abs. 3 USG stützenden Abstandsvorgaben nach dem Stand der Wissenschaft oder zumindest der gefestigten Erfahrung auch tatsächlich geeignet und erforderlich sein müssen für den Schutz vor (zumindest konkret zu erwartenden) schädlichen oder lästigen Emissionen. Unzulässig sind demnach Abstandsvorschriften die mit dem Schutz vor solchen Einwirkungen begründet werden, die jedoch nicht dem Gesundheitsschutz dienen oder über das zu diesem Zweck nachweislich Notwendige hinausgehen. Die Vorgabe von Abständen, die im Vergleich zu den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen noch zusätzliche Sicherheitsmargen umfassen, wäre demnach (als verschärfte Emissionsbegrenzung) bundesrechtswidrig.
- 70 Beim Erlass verschärfter Emissionsbegrenzungen sind im Übrigen – mehr noch als für die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen (vgl. oben Rz. 60) – die Wertungen des Bundesrechts von Bedeutung, welches mittels Grenzwerten im Lärmschutzrecht vorgibt, welcher Lärm in der Umgebung der Anlage als zumutbar bzw. nicht übermässig gilt, was den Raum für solche Begrenzungen deutlich einschränkt. Im Rahmen verschärfter Massnahmen zum Gesundheitsschutz bleibt, ausser allenfalls im Zusammenhang Erleichterungen für öffentliche Anlagen nach Art. 25 Abs. 3 USG, kein Raum für den Einbezug des energierechtlichen Fördergedankens im Rahmen einer Interessenabwägung.⁷⁹
- 71 Eher denkbar wären kantonale Abstandsvorschriften zwecks Schutz vor (nachweislich) schädlichen Lichteffekten (Blendungen bzw. Lichtblitze, bewegender Schattenwurf), weil hierzu eine bundesrechtliche Konkretisierung fehlt.
- 72 Auch bei den verschärften Emissionsbegrenzungen ist eine bunderechtskonforme generell-abstrakte Regelung schwer vorstellbar, müssen doch die Vorgaben des Art. 11 Abs. 3 im Einzelfall eingehalten sein. Eher denkbar sind dagegen wiederum bundesrechtskonforme Abstandsvorgaben zwecks verschärfter Emissionsbegrenzung im konkreten Projekt.

⁷⁸ SCHRADE/LORETAN, a.a.O., N. 43a zu Art. 11.

⁷⁹ Falls ein Anlageprojekt als öffentliche Anlage im Sinne von Art. 25 Abs. 3 USG einzustufen wäre, ergäben sich Beurteilungsspielräume hinsichtlich der Gewährung von Erleichterungen. Dieser Gesichtspunkt würde aber den Rahmen der Fragestellung sprengen und bleibt deshalb hier ausgeklammert (vgl. dazu auch Rz. 66).

3.4.2.4 Fazit zu Abstandsvorschriften zwecks Immissionsschutz

- 73 Nach dem Gesagten steht es den Kantonen zwar kompetenzrechtlich zu, Massnahmen zur Emissionsbegrenzung vorzuschreiben und zwar nicht nur im Einzelfall, sondern auch generell-abstrakt und auch im Rahmen der Vorsorge (Art. 11 Abs. 2 USG). Eine bundesrechtskonforme Ausgestaltung generell-abstrakter Abstandsvorschriften – losgelöst vom konkreten Standort und der projektierten Anlage, d.h. für den blossen Anlagetyp der Windenergieanlagen allgemein – erscheint jedoch vor dem Hintergrund der rechtlichen Anforderungen des Immissionsschutzkonzepts des USG und aus praktischen Überlegungen äusserst schwierig.
- 74 Das Bundesgericht stellt im Übrigen, wie gesagt, in grundsätzlicher Weise klar, dass das USG kein Verhinderungs- sondern ein Massnahmengesetz sei.⁸⁰ Daraus ist abzuleiten, dass ein generelles Verbot bestimmter Arten von Anlagen kein zulässiger Inhalt einer Emissionsbegrenzung nach Art. 11 USG sein kann.⁸¹ Gleiches muss gelten für Vorgaben, die Anlagen nicht direkt verbieten, aber im Ergebnis systematisch vereiteln. Das Verbot einer Anlage kann höchstens als ultima ratio im Einzelfall in Frage kommen – allerdings nur als Massnahme nach Art. 11 Abs. 3 USG, also als Massnahme, die dazu dient, (nachweislich) schädliche oder lästige Umwelteinwirkungen zu verhindern.⁸² Keinesfalls zulässig sind gestützt auf das Vorsorgeprinzip erlassene Abstandsvorgaben (Reglement oder Verfügung), die den Bau von Anlagen verhindern (Verletzung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Tragbarkeit von Massnahmen zur vorsorglichen Emissionsbegrenzung).
- 75 Zudem ist auch beim Erlass von Massnahmen zur Emissionsbegrenzung den energie- und raumplanungsrechtlichen Wertungen des Bundesrechts Rechnung zu tragen, soweit Raum für Interessenabwägung besteht. Die bundesrechtliche Vorgabe, die Nutzung der Windenergie voranzutreiben bzw. zu fördern, wird bisweilen im Konflikt stehen mit dem Emissionsschutz nach den Art. 11 ff. USG. Wie aufgezeigt, sind solche Ziel- und Normkonflikte bis zu einem gewissen Grad hinzunehmen. Wo Emissionsbegrenzungen aus Gesundheitsüberlegungen nachweislich nötig sind (Massnahmen nach Art. 11 Abs. 3 USG), dürfte kaum mehr oder jedenfalls weniger Raum bestehen für den Einbezug allenfalls entgegenstehender Ziele des eidgenössischen Energie- und Raumplanungsrechts. Hingegen gebietet die besagte bundesrechtliche Zielsetzung zumindest ein Vorgehen mit Augenmass bei der Auswahl, Ausgestal-

⁸⁰ BGE 116 1b 159, E. 6b.

⁸¹ SCHRADER/LORETAN, a.a.O., N. 17a zu Art. 11.; SCHRADER/LORETAN führen an dieser Stelle weiter aus, wenn aus Immissionsschutzgründen die Errichtung von Anlagen untersagt oder beschränkt werden solle, so müsse dies deshalb mit Mitteln der Raumplanung geschehen. Dabei müssten dann die übrigen Ziele des Raumplanungsrechts beachtet werden. Ein solches Ausweichen auf das Raumplanungsrecht zwecks Verbot von Anlagen kommt daher für Windkraftanlagen – die wie gezeigt nach den Zielen des Energie- und Raumplanungsrechts gerade gefördert werden sollen – nicht in Frage.

⁸² SCHRADER/LORETAN, a.a.O., N. 17a zu Art. 11.

tung und Anordnung von Massnahmen gestützt auf das Vorsorgeprinzip, insbesondere bei der Anwendung von Sicherheitsmargen, die sich nicht auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse stützen.

- 76 Keinesfalls zulässig ist es, wenn das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip oder aber generell der Immissionsschutz des USG vorgeschoben werden, mit dem Ziel bzw. Motiv der Vereitelung von Windenergieanlagen. In einem solchen Fall wäre nicht nur das USG verletzt, sondern ein solches Vorgehen wäre als Kompetenzmissbrauch zur Vereitelung des Bundesrechts verfassungswidrig.
- 77 Festzuhalten ist mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen schliesslich, dass das Vorsorgeprinzip nur im Rahmen des Umweltschutzrechts gilt. (Primär) Baupolizeilich motivierte Abstände können daher nicht unter Verweis auf das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip und dessen Rechtsgrundlagen ausgedehnt werden. Ebenso wenig ist ein solcher Rückgriff für landschaftsschützerisch motivierte Abstände zulässig. Beides widerspricht dem Gesetzmässigkeitsprinzip.

3.4.3 Abstandsvorschriften zwecks Natur- und Heimatschutz

- 78 In den Bereichen des Natur- und Heimatschutzes, konkret des Landschafts- und Ortsbildschutzes kommen den Kantonen originäre eigene Kompetenzen zu. So sind die Kantone verfassungsrechtlich zuständig, Vorgaben zum Schutz des Landschafts- und Ortsbildes zu erlassen. Der Umstand, dass der Ausbau und die Nutzung von erneuerbaren Energien als nationales Interesse gilt und somit die damit verbundenen Eingriffe gegenüber den Interessen am Schutz sogar von Schutzobjekten von nationaler Bedeutung abzuwägen sind, ist eine bundesrechtliche Regelung, welche die Kantone auch im (regionalen) Natur-, Landschafts- und Ortsbildschutz zu beachten haben.⁸³
- 79 In der Regel werden sich solche Schutzanliegen (die entscheidend von den konkreten Örtlichkeiten abhängen) ohnehin schwerlich mit generellen Abstandsvorschriften sinnvoll und verhältnismässig verfolgen lassen. Der mit den Abstandsvorschriften bewirkte generelle Vorrang eines regionalen Schutzanliegens vor dem nationalen Interesse an der Nutzung von Windkraft dürfte meist im Widerspruch stehen zum Bundesrecht, welches der Nutzung von Windkraft einen hohen Stellenwert einräumt und eine sorgfältige Interessenabwägung (im Einzelfall) fordert. Solche Vorschriften beeinträchtigen die Umsetzung des raumrelevanten Bundesenergierechts empfindlich, was somit ohne stichhaltige sachliche Begründung als Kompetenzmissbrauch zu werten wäre, mit der Konsequenz, dass das kantonale Recht dem Bundesrecht zu weichen hätte.

⁸³ Vgl. Botschaft S. 7666 wonach Energieanlagen in kantonalen Schutzgebieten resp. gegenüber kantonalen Schutzobjekten eine «gleich gute Ausgangslage für die Interessenabwägung erlangen, wie diejenigen, die in ein BLN-Gebiet zu liegen kämen».

80 Vollständig ausgeschlossen ist es allerdings nicht, dass generell-abstrakte Abstandsvorschriften in besagten Sachbereichen als bundesrechtskonform taxiert werden, sofern in bestimmten Fällen tatsächlich eine generelle Abstandsvorschrift geeignet und notwendig sein sollte, um ein konkretes regionales Schutzanliegen umzusetzen. Die bundesrechtlich getroffenen Wertungen wären dann aber zumindest im Rechtsetzungsprozess zu beachten und grösstmöglich bzw. verhältnismässig zum Tragen zu bringen. Die bundesrechtliche Vorgabe, Windkraftnutzung grundsätzlich voranzutreiben und zu fördern, gebietet zudem ein Abstützen auf gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse. Unzulässig sind Abstände, die über das nachweislich Notwendige hinausgehen und zusätzliche Sicherheitsmargen beinhalten.

3.4.4 Abstandsvorschriften zwecks Schutz von Polizeigütern

81 Bei Abstandsvorschriften zum Schutz vor Eisschlag kann es sich (je nach Ausgestaltung) um Sicherheitsvorschriften handeln, die Polizeigüter schützen sollen. Derartige Vorgaben erscheinen als ‚echtes‘ Baupolizeirecht, für das die Kantone umfassend zuständig sind.⁸⁴

82 Massnahmen zum Schutz von Polizeigütern können naturgemäss kaum im Konflikt mit dem Sinn und Geist mit dem bundesrechtlichen Gebot der Förderung der Windenergienutzung und mit der Interessenabwägung zwischen verschiedenen raumplanerischen Schutz- und Nutzungsinteressen stehen. Voraussetzung ist aber, dass sich solche Vorschriften auf verlässliche Erkenntnisse über den tatsächlichen Gefahrenradius stützen, ansonsten der Eingriff nicht mehr als (primär) polizeilich motivierte Regelung erscheint und damit in eine der anderen Kategorien fällt. Gleiches dürfte gelten, wenn der Schutz der Polizeigüter ohne weiteres mit anderen verhältnismässigen Mitteln erreicht werden kann, welche die Anlage nicht verunmöglichen.

3.4.5 Fazit

83 Für generell-abstrakte, aber präzise kantonale Abstandsvorschriften wie auch für die individuell-konkrete Anordnung eines Abstands bleibt unter geltendem Bundesrecht wenig Raum.

84 Im Bereich des umweltrechtlichen Immissionsschutzes haben die Kantone zwar gewisse ihnen verbliebene Regelungsmöglichkeiten. Eine bundesrechtskonforme Begründung und Ausgestaltung einer Abstandsvorschrift in generell-abstrakter Weise (ausserhalb einer konkreten Projektierung) ist jedoch sehr schwer vorstellbar, da vorsorgliche Emissionsbegrenzungen stets technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar sein müssen, während verschärfte Emissionsbeschränkungen eine tatsächlich drohende oder bestehende schädliche oder lästige Einwirkung voraussetzen. Insbesondere bietet

⁸⁴ HÄNNI, a.a.O., §16/II und III, S. 299 und 300 sowie §17/II/1/c/cc, S. 311f.

das USG keine Grundlage, für Vorgaben, welche die Anlagen generell verbieten oder vereiteln. Aber auch im Vollzug, d.h. in der Einzelfallbeurteilung, sind Vorgaben, die den Bau einer Windenergieanlage mit der Begründung des Immissionsschutzes im Ergebnis verunmöglichen, höchstens in Ausnahmefällen zulässig.

- 85 Grundsätzlich möglich sind kantonale Vorgaben zwecks Natur-, Landschafts- oder Ortsbildschutz, die sich aber ebenfalls im Rahmen des Bundesrechts zu bewegen haben. Namentlich unzulässig sind Vorschriften, die dem nationalen Interesse an der Windenergienutzung und dem Anlagebau in diesem Bereich generell widersprechen, solche Projekte faktisch zum Vornerein ausschliessen oder die der bundesrechtlich gewollten Abwägung zwischen Schutz- und Nutzungsinteressen nicht genügend Rechnung tragen. Vor diesem Hintergrund ist einer bundesrechtskonformen Ausgestaltung von natur-, landschafts- oder ortsbildschützerisch motivierten Abstandsvorschriften ebenfalls ein enger Rahmen gesetzt.
- 86 Zulässig sind Abstandsvorschriften soweit es sich um Sicherheitsvorschriften handelt, wobei die Abstände nicht weiter gehen dürfen als zum Schutz der Polizeigüter notwendig.
- 87 Zulässig bleibt überdies die Festlegung eines einzuhaltenden Abstands im Einzelfall bei der Standortfestlegung, sofern dieser das Resultat einer korrekten raumplanerischen Interessenabwägung bzw. Folge von Baupolizeivorschriften zum Schutz von Polizeigütern ist, deren Anwendung bzw. Auslegung den bundesrechtlichen Wertungen angemessen Rechnung trägt.

3.5 Durchsetzungsmöglichkeiten: Bundesaufsicht und gerichtliche Durchsetzung

- 88 Der Vollzug des Bundesrechts durch die Kantone steht unter der sog. Bundesaufsicht (vgl. Art. 49 Abs. 2 und 186 Abs. 4 BV). An verschiedenen Stellen (in der Verfassung wie auch in Spezialgesetzen) finden sich besondere Mittel der Durchsetzung, wie z.B. Genehmigungspflichten. Einfache, nicht eingriffsintensive Aufsichtshandlungen lassen sich direkt auf die Bundesverfassung stützen: So kommt dem Bundesrat als einfaches Mittel der Bundesaufsicht die Kompetenz zu, mittels Mahnungen, Beanstandungen oder Aufforderungen zur (Selbst)Korrektur vorzugehen.⁸⁵
- 89 Darüber hinaus kann gegen eine Kompetenzverletzung durch einen kantonalen Erlass auch vor Bundesgericht vorgegangen werden. In Frage kommt die Behördenbeschwerde wegen Verletzung von Bundesrecht (Art. 76 Abs. 2, Art. 81 Abs. 3, Art. 89 Abs. 2 BGG) oder die staatsrechtliche Klage wegen Kompetenzverletzung (Art. 120 BGG). In der Literatur stark umstritten ist

⁸⁵ Vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 49 N 24 und 25.

dabei die Frage, ob in einem solchen Fall unter dem BGG – wie schon unter altem Recht⁸⁶ – die Klage der Behördenbeschwerde vorgeht oder ob die Subsidiarität der Klage (Art. 120 Abs. 2 BGG) neu weiter reicht und in solchen Situationen die Behördenbeschwerde zu ergreifen wäre.⁸⁷ Zumindest für den Fall von kantonalen Kompetenzstreitigkeiten hat das Bundesgericht die Klage als zulässig erklärt, obwohl ein Entscheid eines Kantonsparlaments vorlag, der an sich mit Beschwerde beim Bundesgericht anfechtbar gewesen wäre.⁸⁸

90 Offen steht darüber hinaus die Behördenbeschwerde gegen Entscheide im Einzelfall, die sich auf kantonale oder kommunale Regelungen stützen und damit – im vorliegenden Kontext – das Raumplanungs- und/oder Energierecht verletzen (vgl. Art. 89 Abs. 2 Bst. a i.V.m. Art. 111 Abs. 1 und 2 BGG sowie Art. 48 Abs. 4 RPV).

91 Bevor sie zum Mittel der Klage greifen dürfen, müssen Bund und Kantone allerdings Verhandlungen aufnehmen mit dem Ziel, die Streitigkeit ohne gerichtliches Verfahren beizulegen (vgl. Art. 44 Abs. 3 BV). «Ob Bund und Kantone ein Verfahren einleiten bzw. eine Klage beim Bundesgericht einreichen, steht nicht in ihrem Belieben oder in politischer Opportunität. Kompetenzkonflikte müssen gelöst werden. Bund und Kantone haben daher die Pflicht, die Lösung herbeizuführen».⁸⁹

4 ERGEBNISSE

92 Die Kantone und Gemeinden haben im Lichte des revidierten Energiegesetzes des Bundes die Pflicht, Windenergieprojekte im Rahmen der Raumplanung und Baugesetzgebung zu unterstützen und zu fördern. Die diesbezüglichen Grundentscheidungen, Wertungen und Gewichtungen des Bundes sind sowohl bei der Raumplanung wie auch bei Einzelfallentscheiden zu berücksichtigen. Namentlich ist das im Energiegesetz des Bundes verankerte nationale Interesse an der Windenergienutzung und dem Anlagebau in diesem Bereich bei Interessenabwägungen in allen Stadien – Rechtsetzung und Rechtsanwen-

⁸⁶ Vgl. z.B. BGE 125 II 152, E. 1; BGE 108 Ib 392, E.1.

⁸⁷ Für Vorrang der Klage z.B. HANSJÖRG SEILER, in: HANSJÖRG SEILER, NICOLAS VON WERDT, ANDREAS GÜNGERICH, NIKLAUS OBERHOLZER [Hrsg], Bundesgerichtsgesetz (BGG), Bundesgesetz über das Bundesgericht, Handkommentar 2. Aufl., Bern 2015, Art. 120 N 33; so auch PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, S. 371 und ALAIN WURZBURGER, in: BERNARD CORBOZ, ALAIN WURZBURGER, PIERRE FERRARI, JEAN-MAURICE FRÉSARD, FLORENCE AUBRY GIRARDIN [Hrsg], Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 120 N 17. Für Vorrang der Beschwerde hingegen: Daniela Turnherr, in: ALAIN GRIFFEL, HANS U. LINIGER, HERIBERT RAUSCH, DANIELA THURNHERR [Hrsg], Fachhandbuch Öffentliches Baurecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich - Basel - Genf 2016, S. 760 und BIAGGINI, a.a.O., Art. 189 N 9.

⁸⁸ Vgl. Urteil BGer 2E_3/2009 vom 11. Juli 2011, E. 2.1, allerdings mit einer spezifisch auf Kantone bezogenen Begründung: «Unter dem Gesichtspunkt der Subsidiarität erscheint dies zwar als problematisch. Indessen ist es in einem Bundesstaat von zentraler Bedeutung, dass die Kantone als souveräne Gliedstaaten ihre Streitigkeiten untereinander direkt vor dem Bundesgericht als neutrale Instanz in einem Verfahren anhängig machen können, welches die Gleichberechtigung der Parteien sicherstellt.»

⁸⁹ RUCH, a.a.O., Art. 49 N 32.

dung – zu berücksichtigen, wo dafür rechtlich Raum besteht. Zentrales Instrument, über welches die Wertungen des Bundes in die kantonale Richtplanung einfließen, ist das für die Kantone (und Gemeinden) verbindliche Konzept Windenergie.

93 Die Kantone haben zwar grundsätzlich die Kompetenz, umwelt-, natur-, landschafts- oder ortsbildschützerisch motivierte generell-abstrakten Abstandsvorschriften für Windenergieanlagen zu erlassen. Hingegen müssen sie den durch das Bundesrecht gesetzte Rahmen und die im EnG und RPG festgehaltenen Ziele beachten.

- Eine aus Gründen des Natur- und Landschaftsschutzes bzw. des Ortsbild- und Denkmalschutzes erlassene Vorschrift mit absoluten Abständen auf Erlassstufe steht in der Regel im Widerspruch zu den bundesrechtlichen Vorgaben in Bezug auf Windenergieförderung und zur Abwägung zwischen Schutz- und Nutzungsinteressen. Abstände können als Massnahmen zur Wahrung des Orts- oder Landschaftsbildes im Einzelfall angezeigt und gerechtfertigt sein, wobei im Rahmen der Anwendung und Auslegung der entsprechenden Rechtsgrundlagen das akzentuierte, nationale Interesse an der Förderung der Windenergienutzung berücksichtigt werden muss.
- Für den Erlass einer Regelung mit absoluten Abständen aus Gründen des Immissionsschutzes können sich die Kantone grundsätzlich auf Art. 11 USG stützen. Generell-abstrakte, d.h. losgelöst vom konkreten Projekt definierte und vorgegebene Abstände sind jedoch schwer vorstellbar, ganz besonders wenn grössere Abstände vorgeschrieben werden, als sie nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung angezeigt sind. In praktischer Hinsicht eher denkbar sind individuell-konkrete Abstandsvorgaben, die im konkreten Einzelfall zwecks Immissionsschutz angeordnet werden. Diese haben ebenfalls die Voraussetzungen von Art. 11 USG zu erfüllen.
- Zulässig sind Abstandsvorschriften soweit es sich um Sicherheitsvorschriften handelt, wobei die Abstände nicht weiter gehen dürfen als zum Schutz der Polizeigüter notwendig.

94 Das umweltrechtliche Vorsorgeprinzip bietet keine Handhabe um natur-, landschafts- oder ortsbildschützerisch motivierte Abstandsvorschriften zu erlassen, da dieses Prinzip nur im Bereich des Umweltschutzes gilt (Legalitätsprinzip). Im Bereich des USG ist es demzufolge anwendbar. Die Kantone haben – soweit der Bund nicht abschliessend legiferiert hat – die Kompetenz, die Vorsorge mittels Verordnung oder Verfügung zu konkretisieren (Art. 12 USG). Gestützt auf das Vorsorgeprinzip können grundsätzlich auch Abstände vorgeschrieben werden, die über den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse und der Erfahrung hinausgehen; diesfalls muss immerhin der Nachweis erbracht werden können, dass eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für eine

(wissenschaftlich noch nicht fundierte) Gesundheitsgefährdung besteht, falls der Abstand kleiner festgelegt würde. Massnahmen gestützt auf das Vorsorgeprinzip müssen stets «technisch und betrieblich möglich», «wirtschaftlich tragbar» und verhältnismässig sein (vgl. Art. 11 Abs. 2 USG). Eine generell-abstrakte Norm, die diesen Kriterien später – im Anwendungsfall bzw. im konkreten Projekt – stets hinreichend Rechnung trägt, ist sehr schwer vorstellbar. Zudem verletzt eine Vorschrift, die den Bau oder Betrieb einer Anlage vereitelt, gegen den Grundsatz der wirtschaftlichen Tragbarkeit und lässt sich nicht auf das Vorsorgeprinzip stützen.

- 95 Zwecks Durchsetzung des Bundesrechts steht dem Bund nebst den Mitteln der Bundesaufsicht der Gang ans Bundesgericht offen, sowohl gegen einen Erlass an sich wie auch gegen einen Einzelfallentscheid, wobei aber vorgängig eine Einigung auf dem Verhandlungsweg anzustreben ist.

Bern, 11. April 2019

Dr. Christoph Jäger