

Jörg Leimbacher
Thomas Perler

Juristisches Screening der Ressourcenregime in der Schweiz (1900-2000)

Working paper de l'IDHEAP 9/2000, vol 2/2
UER: Politiques publiques et environnement

Comparative analysis of the formation and the outcomes
of the institutional resource regimes in Switzerland

—————
Vergleichende Analyse der Genese und Auswirkungen
institutioneller Ressourcenregime in der Schweiz

—————
Analyse comparée de la genèse et des effets des régi-
mes institutionnels de ressources naturelles en Suisse

Project financed by the Swiss national science foundation

Peter Knoepfel, Ingrid Kissling-Näf, Frédéric Varone
Kurt Bisang, Corine Mauch, Stéphane Nahrath, Emmanuel
Reynard, Adèle Thorens

ANALYSE COMPARÉE DE LA FORMATION ET DES EFFETS DES RÉGIMES INSTITUTIONNELS DE RESSOURCES NATURELLES EN SUISSE

Partant du constat de l'accroissement significatif et généralisé de la consommation des ressources naturelles, le projet a pour ambition d'examiner, dans le cas de la Suisse, quels sont les types de régimes institutionnels -régimes composés de l'ensemble des droits de propriété de disposition et d'usages s'appliquant aux différentes ressources naturelles, de même que des politiques publiques d'exploitation et de protection les régulant- susceptibles de prévenir des processus de surexploitation et de dégradation de ces ressources.

Dans le cadre de ce projet de recherche financé par le Fonds national suisse de la recherche scientifique (FNRS), il s'agit, dans un premier temps, d'analyser les trajectoires historiques d'adaptation et de changements des régimes institutionnels des différentes ressources sur une durée d'environ un siècle (1900-2000). C'est l'objet des différents screenings.

Dans un second temps et à l'aide d'études de cas, ces transformations de (ou au sein des) régimes institutionnels sont analysées sous l'angle de leurs effets sur l'état de la ressource.

L'ambition finale de cette recherche est de comprendre les conditions d'émergence de "régimes intégrés" capables de prendre en compte un nombre croissant de groupes d'utilisateurs agissant à différents niveaux (géographiques et institutionnels) et ayant des usages de plus en plus hétérogènes et concurrents de ces différentes ressources.

Le champ empirique de la recherche porte plus particulièrement sur cinq ressources que sont: l'eau, l'air, le sol, le paysage et la forêt.

VERGLEICHENDE ANALYSE DER GENESE UND AUSWIRKUNGEN INSTITUTIONELLER RESSOURCENREGIME IN DER SCHWEIZ

Ausgehend von der Feststellung, dass die Konsumraten natürlicher Ressourcen weltweit stetig steigen, untersucht das Projekt, ob und welche institutionellen Regime in der Schweiz einer Übernutzung und Degradation von solchen Ressourcen entgegenwirken. Solche Regime bestehen aus der eigentumsrechtlichen Grundordnung (Eigentumstitel, Verfügungs- und Nutzungsrechte) und der Gesamtheit der ressourcenspezifischen öffentlichen Nutzungs- und Schutzpolitiken.

In einem ersten Schritt zeichnen wir nach, wie sich die institutionellen Regime verschiedener Ressourcen über eine Dauer von ungefähr hundert Jahren (1900-2000) angepasst und entwickelt haben. Diese überblicksartigen historischen Analysen bilden den Inhalt der verschiedenen Screenings.

In einem zweiten Schritt werden mittels Fallstudien die Wirkungen von Veränderungen eines institutionellen Regimes auf den Zustand der Ressource evaluiert.

Mit dem Projekt soll das Verständnis dafür erhöht werden, unter welchen Bedingungen „integrierte Regime“ entstehen können: Wie kann es zu institutionellen Regimen kommen, welche die zunehmend heterogenen und konkurrenzierenden Nutzungen einer steigenden Anzahl von Nutzergruppen aus verschiedenen geographischen und institutionellen Ebenen berücksichtigen?

Als empirische Beispiele stehen in diesem vom Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (SNF) finanzierten Projekt die fünf natürlichen Ressourcen Wasser, Luft, Boden, Landschaft und Wald im Zentrum.

COMPARATIVE ANALYSIS OF THE FORMATION AND OUTCOMES OF RESOURCE REGIMES IN SWITZERLAND

In the context of a significant and widespread increase in the consumption of natural resources, the aim of this project is to determine, in the case of Switzerland, which type of institutional regime (the property and uses rights pertaining to the different natural resources as well as the public policies regulating their exploitation and protection) would most effectively prevent the overexploitation and degradation of these resources.

In the first stage of this project, financed by the Swiss National Science Foundation, we will analyse how previous institutional regimes evolved over a period of one hundred years (1900-2000). Several screenings will be devoted to this issue.

The next stage of our research will be devoted to the analysis, based on several case studies, of these modifications from the point of view of their impact on the state of a given natural resource.

The final aim of this research project is to understand the conditions necessary for the elaboration of an "integrated regime" which would take into account the growing number of users at various levels (both geographical and institutional), as well as the increasingly varied and competing forms of consumption of these resources.

This study will focus on five main resources: water, air, soil, landscape and forests.

EINLEITUNG

Die sechs in der ersten Projektphase (Herbst 1999 bis Sommer 2000) erarbeiteten Screenings betreffen die rechtliche und die politische Entwicklung der Basiselemente der fünf Ressourcen Boden, Wasser, Luft, Landschaft und Wald. Sie nehmen ihren Ausgangspunkt in einer gemeinsamen *Definition einer natürlichen Ressource* als einer gegebenen und teilweise durch den Menschen gestalteten Komponente von Natur, die die Fähigkeit besitzt, sich über eine bestimmte Zeit zu regenerieren und auf diese Weise Erträge zu produzieren, die für den Menschen direkt oder indirekt in Gestalt von Gütern und Dienstleistungen von Nutzen sind. Das institutionelle Regime einer natürlichen Ressource ist mitverantwortlich dafür, ob die in einem bestimmten Raum und einer bestimmten Zeitperiode von Menschen in Anspruch genommenen Güter und Dienstleistungen quantitativ und qualitativ dem natürlich produzierten Ertrag entsprechen (nachhaltige Nutzung), diesen Ertrag übersteigen (Übernutzung) oder unter diesem Ertrag bleiben (Unternutzung).

Aus gesellschaftlichen, politischen und historischen Gründen weisen natürliche Ressourcen in der Regel unterschiedlichen Regime auf, die sich historisch über lange Zeiträume entwickeln und die die institutionellen Rahmenbedingungen für entsprechende Über- oder Unternutzungen schaffen. Die Screenings bezwecken diese Entwicklung der *institutionellen Regime* im letzten Jahrhundert anhand ihrer gemeinsamen Definitionsmerkmale nachzuzeichnen.

Diese *Definitionsmerkmale* bestehen gemäss unserem IRM-Ansatz in der eigentumsrechtlichen Grundordnung (= regulatives System), die bestimmte Verfügungs- oder Nutzungsrechte am Stock, an den Erträgen oder an (einzelnen) Gütern und Dienstleistungen umschreibt und diese berechtigten Einzelpersonen, Personengruppen oder öffentlichen Körperschaften zuweist oder als dem Eigentum nicht zugängliche Gemeinschaftsgüter (res communes) definiert. Hinzu kommen als zweite definitorische Komponente ressourcen- oder aktivitätsspezifische öffentliche Schutz- oder Nutzungspolitiken, die den durch die Eigentumsordnung konstituierten Rechtssubjekten oder von diesen Politiken selbst neu definierten Zielgruppen bestimmte Nutzungsrechte, Schutzpflichten oder Nutzungsbeschränkungen zuteilen oder auferlegen. Diese bezwecken die Reproduktionsfähigkeit des Ressourcenstockes zu erhalten, den Ertrag dieser Reproduktion für eine bestimmte (meist wirtschaftliche) Aktivität zu sichern und/oder die Gesamtmenge der entnommenen Güter und Dienstleistungen nach Massgabe bestimmter politischer Zielsetzungen zu begrenzen oder in anderer Weise zu verteilen.

Alle Screenings fragen nach Kontinuität und Veränderung bestimmter Regimekomponenten. Sie zeigen eine erstaunliche Kontinuität bezüglich der Komponenten des regulativen Systems (Eigentumsordnung) und beachtliche Veränderungen in den einschlägigen öffentlichen Politiken. Diese in den Screenings im Einzelnen aufgezeichnete Entwicklung betrifft sowohl die (meist zunehmende) Anzahl der pro Ressource regulierten Güter und Dienstleistungen (Dimension: Breite des Regimes – "étendue", "extent") als auch die Anzahl der im Laufe der Jahre aufgebauten und konsolidierten (in vielen Fällen güter- und dienstleistungsspezifischen) öffentlichen Politiken, die rund um eine Ressource entstanden, die bisher aber nur in den seltensten Fällen systematisch miteinander koordiniert wurden (Kohärenz des Policy-Designs).

Das *juristische Screening* bezweckte eine möglichst detaillierte Analyse des privaten und des öffentlichen Rechts und deren geschichtliche Entwicklung seit den Anfängen des Jahrhunderts. Es wurde in (ungewohnt) enger Zusammenarbeit zwischen einem Privat- und einem Öffentlichrechtler nach Massgabe der konzeptionellen Fragestellung des IRM-Projektes und (erster) Vorgaben der interessierenden Güter und Dienstleistungen der fünf behandelten Res-

sources erstellt. Diese Dokumentation und Analyse wurde deshalb notwendig, weil unseres Wissens eine die zivilistische und die öffentlich-rechtlich Eigentumsfragen gleichermaßen wie die ressourcenspezifische Nutzungs- und Schutzpolitiken umfassende Debatte auch unter Juristen seit den heftigen Auseinandersetzungen um das Bodenrecht in den späten 60er Jahren nie mehr geführt wurde. Eine der wichtigen Vorgaben für dieses Screening bestand darin, einen streng disziplinären juristischen Ansatz zu verfolgen und dabei soweit erforderlich auch die Judikatur einzubeziehen.

Die *fünf Ressource-Screenings* stützten sich auf das juristische Screening ab. Sie gehen aber insoweit darüber hinaus, als sie dieses Material nach Massgabe der (politologischen und ressourcenökonomischen) Analysedimensionen des IRM-Ansatzes im Hinblick auf die Identifikation von relativ homogenen Phasen und von Perioden der Regimeänderungen ("Umschlagstellen") unter Einbezug zusätzlichen (meist historischen) Datenmaterials neu analysieren. Das Endprodukt der Screenings besteht in einer *Phasierung* der jeweiligen Regimeentwicklung und im Versuch einer *Qualifizierung* der darin feststellbaren Regime nach Massgabe der unten dargelegten Typologie. Eine bewusste (sekundäre) Zielsetzung dieser Screenings bestand ausserdem darin, das IRM-Konzept und die erwähnte Typologie zu testen oder gegebenenfalls zu modifizieren.

Diese Zielsetzung verlangte eine relativ rigide *konzeptionelle Konkretisierung des IRM-Konzeptes*, die hier im Einzelnen nicht dargelegt zu werden braucht; verschiedene Projektpublikationen aus den Jahren 2000 und 2001, die wir ebenfalls in die Working paper aufgenommen haben, zeichnen diese konzeptionelle Verfeinerung nach. Die Grundelemente des IRM-Konzeptes kommen in der allen Screenings *gemeinsamen Struktur* zum Ausdruck. Es sind dies:

- ?? eine grobe Beschreibung der als einschlägig angenommenen *Reproduktionsmechanismen* der betroffenen Ressource (Basis: naturwissenschaftliche Literatur).
- ?? eine Identifikation der für die einschlägige Ressource heute bekannten *Güter und Dienstleistungen* (Basis: naturwissenschaftliche und ressourcenökonomische Literatur). Diese "Listen" begleiten das ganz Screening, indem sie als grobe Messlatte für die Breite des Regimes dienen.
- ?? *die Entwicklungslinie und Phasierung* der das *regulative System* (Eigentumsordnung) betreffenden Komponenten des einschlägigen Ressourcenregimes in den letzten hundert Jahren. Als Analysedimensionen wurden verwendet:
 - die Schaffung von institutionell abgesicherten *Eigentumstiteln* (z.B. Privateigentum oder Gemeinschaftseigentum) für den Stock bzw. einzelne Güter und Dienstleistungen der betroffenen Ressource;
 - Modifikationen der *Verfügungsrechte* der durch Eigentumstitel berechtigten Rechtssubjekte (z.B. Veräußerungsbeschränkungen, Beschränkungen der hypothekarischen Belastung etc.) für den Stock bzw. einzelne Güter und Dienstleistungen der Ressource;
 - Veränderungen der *Nutzungsbefugnisse* der berechtigten Rechtssubjekte (z.B.: Düngeverbote, Bauverbote, übermässige Inanspruchnahme der Senkendienstleistung einer Ressource etc.) bez. den Stock oder einzelne Dienstleistungen oder Güter einer Ressource.
- ?? *die Phasierung der Schutz- und Nutzungspolitiken*: Aufgrund dieser Analyse wird eine Phasierung der IRM-Komponenten des regulativen Systems vorgenommen. Da unsere

Definition indessen nicht allein auf sich verändernde regulative Systeme, sondern – gleichberechtigt – auch auf die sich wandelnden Policy-Designs abhebt, wird in einem nächsten Analyseschritt eine *Phasierung* entlang folgender konstitutiver Elemente der öffentlichen Schutz- und Nutzungspolitiken vorgenommen:

- *Politikzielsetzungen* im Sinne der Definition des von spezifischen Sektoralpolitiken anzustrebenden Zustands der betroffenen Ressource, die entweder äusserst vage ("Nichtbeeinträchtigung der Landschaft") oder recht konkret ("maximale Nitratbelastung des Trinkwassers: 40 ml/l) umschrieben werden. Als Messlatte für Veränderungen dieser Dimension dienen entweder Quantensprünge im Konkretisierungsgrad (von der allgemeinen Generalklausel zum mililiterscharfen Grenzwert), Ver- bzw. Entschärfungen solcher Grenzwerte oder Formulierungen neuer Grenzwerte (ggf. für neu einbezogener Güter und Dienstleistungen der betroffenen Ressource).
- *Interventionsinstrumente*: Wesentliche Änderungen dieser (eine genaue Identifikation der Zielgruppen benötigenden und mehr oder weniger auf die nach dem regulativen System berechtigten Rechtssubjekte abgestimmten) Dimension werden gemessen entlang der variierenden Interventionstiefe (regulativ versus inzentiv versus persuasiv).
- *Institutionelle Akteurarrangements*: Veränderungen dieser Dimension im Policy-Design werden gemessen anhand wichtiger Verschiebungen des Potentials der (meist kantonalen) Vollzugsbehörden; diese Messung ist relativ summarisch (Forderung nach dem Aufbau einer kantonalen Vollzugsverwaltung vs diffuse kantonale Vollzugszuständigkeit), weil auf der Ebene des Screenings detaillierte Untersuchungen unterbleiben mussten. Von Bedeutung sind dabei auch gesetzliche Bestimmungen zum Einbezug gesellschaftlicher Akteure in die Politikumsetzung (z.B. Bestehen oder Nichtbestehen von Umweltverträglichkeitsprüfungen, demokratisch legitimer Planungsverfahren etc.).

Die wesentlichen Bestandteile des operativen Policy-Designs werden gesteuert durch eine *Kausalhypothese* ("Wer ist verantwortlich für das gesellschaftliche Problem?"), die insbesondere für die Identifikation der Zielgruppen von Bedeutung ist, und durch die einschlägige *Interventionshypothese* ("Welche Instrumente eignen sich, um das Verhalten der Zielgruppen im gewünschten Ausmass zu stabilisieren/verändern?"). Die Analyse der Policy-Designs unternimmt es, Veränderungen dieser beiden Hypothesen aufzuzeichnen.

Das Ergebnis dieser Analyse besteht in einer Phasierung der Entwicklung der Policy-Designs, die neben den erwähnten Elementen auch die Breite der analysierten Regimekomponenten (Anzahl der Güter und Dienstleistungen, die von den aufgeführten öffentlichen Politiken reguliert werden) und die Akteure (Zielgruppen, Politikbetroffene) einbezieht.

?? *eine synthetische Phasierung*: Der IRM-Ansatz erhebt den Anspruch eine konzeptionelle Integration der Phasierungen von regulativem System und Policy-Design zu leisten. Jedes Screening unternimmt deshalb am Schluss den Versuch, diese (nicht selten divergierenden) Phasierungen "*ineinanderzuschieben*". Dieser Forschungsprozess konnte nur kollektiv durchgeführt werden. Die entsprechenden Kapitel 5 der Screenings enthalten das Ergebnis dieses Prozesses, der anlässlich eines Projektseminars Ende Juni 2000 im Projektteam stattfand.

Im Hinblick auf diese letztgenannte Regimephasierung unterscheiden die Screenings folgende vier Regimetypen (von denen der erste infolge der zeitlichen Limitierung der Untersuchung auf hundert Jahre für keine der fünf Ressourcen gegeben ist):

- ?? *"No regime"*: Es fehlen für Stock, jährliche Ernte und für die meisten der heute denkbaren Güter und Dienstleistungen eigentumsrechtliche Bestimmungen und jedwelche öffentlichen Politiken.
- ?? *"Simple regime"*: Für Stock, Ernte und einige (wenige) der heute denkbaren Güter und Dienstleistungen besteht ein und dieselbe eigentumsrechtliche Grundordnung; öffentliche Politiken fehlen weitgehend. Als "simple regime" gilt auch die Situation, in der nur eine oder ganz wenige der Güter und Dienstleistungen eigentumsrechtlich und/oder durch eine öffentliche Politik reguliert werden.
- ?? *"Komplex regime"*: Für ein und dieselbe Ressource besteht ein relativ differenziertes regulatives System (unterschiedliche Eigentumstitel, Verfügungs- und Nutzungsrechte für den Stock oder für die Güter und Dienstleistungen bzw. nur für diese letzteren) und diese Letzteren werden (z.B. je Aktivitätsbereich) von einer Vielzahl öffentlicher Politiken reguliert, die insbesondere auf der Ebene der einschlägigen Policy-Designs und der dazugehörigen (mehr oder weniger zentralisierten) institutionellen Akteurarrangements weitgehend unkoordiniert nebeneinander existieren.
- ?? *"Integrated regimes"*: Solche nach einer zentralen Projekthypothese für die Nachhaltigkeit ideale Regime zeichnen sich durch eine ausgeprägte Breite der abgedeckten Güter und Dienstleistungen, durch hochgradig aufeinander abgestimmte Komponenten des regulativen Systems (etwa im Sinne der *plura dominia* des Mittelalters), durch starke Inter-policy-Koordination auf der Ebene der öffentlichen Politiken und durch hohe Kompatibilität von Policy-Designs und regulativem System aus. Diese hohe Kohärenz wird wesentlich mitbestimmt durch eine intensive Kooperation der beteiligten Akteure.

Diese vier Regimetypen lassen sich nach Massgabe ihrer variierenden Breite (Anzahl der einbezogenen Güter und Dienstleistungen und Modalität ihrer Verknüpfung) und ihrer Kohärenz (Koordination unter den Akteuren im Rahmen des Policy-Designs, des regulativen Systems und der wechselseitigen Beziehung zwischen diesen beiden Regimekomponenten) im Rahmen einer Vierfeldermatrix wiedergeben (Abb.1).

Abbildung 1: IR - Typen

		Kohärenz (Akteurkoordination)	
		hoch	tief
Breite ("étendu", "extent") der einbezogenen Güter und Dienstleistungen	gross	Integrated (integriertes) Regime	Komplex (komplexes) Regime
	klein	Simple (einfaches) Regime	No regime

Die für die Analyse des regulativen Systems und des Policy-Designs gleichermassen verwendete Dimension der *Breite* der Regime ("Anzahl der einbezogenen Güter und Dienstleistungen") hat sich als robust erwiesen. Im Hinblick auf eine genaue Bestimmung der *Kohärenz* der Regime mussten demgegenüber die *Akteure stärker gewichtet* werden. Denn entgegen unserer ursprünglichen Annahme ist ein institutionelles Regime nicht schon dann als kohärent

zu betrachten, wenn sein Policy-Design aufgrund seiner Kausal- und Interventionshypothese in sich stimmig ist, sondern erst dann, wenn die darin identifizierten Zielgruppen mit den im regulativen System ausgewiesenen nutzungs- bzw. Verfügungsberechtigten Rechtssubjekten (auf den Ebenen der Eigentümer, der Nutzungsberechtigten und der Endnutzer) weitgehend übereinstimmen. Diese Bedingung kann auch dadurch erfüllt werden, dass diese beiden Gruppen im Falle ihrer Nichtidentität für ein und dieselbe Ressource durch wirksame Mechanismen zwingend miteinander koordiniert werden. Diese Bedingung erfüllen einfache und integrierte Regime, die sich allerdings bezüglich ihrer Breite deutlich unterscheiden .

"No regime" und komplexe Regime unterscheiden sich ebenfalls bezüglich der Breite der einbezogenen Güter und Dienstleistungen. Sie gleichen sich indessen bezüglich ihrer mangelnden Kohärenz. Dadurch unterscheiden sie sich beide von integrierten Regimen. Denn bei ihnen stellen weder die eigentumsrechtliche Grundordnung (in der heutigen Schweiz vornehmlich das Zivilrecht; im Mittelalter: das System der *plura dominia*), noch die Policy-Designs (etwa auf der Ebene der (zielgruppenspezifischen) Interventionsinstrumente oder ihrer administrativen Arrangements) hinlängliche Mechanismen für eine zwingende Koordination unter den Akteuren sicher. Die Konsequenz daraus sind abgeschottete Akteurarenen und sich widersprechende Aktionspläne bzw. Politikoutputs (etwa der Wassernutzungs- und der Wasserschutzpolitik).

2. Oktober 2000

Peter Knoepfel, Ingrid Kissling-Näf, Frédéric Varone



INSTITUT DE HAUTES ETUDES EN ADMINISTRATION PUBLIQUE
Fondation autonome associée à l'Université de Lausanne et à l'Ecole polytechnique fédérale de Lausanne

Juristisches Screening der Ressourcenregime in der Schweiz (1900-2000)

Jörg Leimbacher
Thomas Perler

UER: Politiques publiques et environnement

Working paper de l'IDHEAP 9/2000
octobre 2000

ABSTRACT

Since the turbulent debates in the second half of the sixties leading to the formal constitutional recognition of private (real estate) property and the concomitant constitutional mandate for landuse planning of 1969 Switzerland hardly ever lived a renewal of a comprehensive political or scientific property right discussion. When dealing with institutional regimes for natural resources such a discussion becomes inevitable. The present contribution constitutes a first step in this direction. It presents a tentative to integrate the perspective of civil common law and public law in the field of the five natural resources (land/soil, air, water, landscape and forests). According to the IRM-project, the authors present, after in-depth considerations about the development of property rights in general, the development of the legal status of these resources during the last century taking into account the relevant civil and public law and their changes over time.

Zusammenfassung

Seit den turbulenten Debatten der zweiten Hälfte der 60er Jahre, die 1969 zur formellen verfassungsrechtlichen Anerkennung des Privat(grund)eigentums und zur gleichzeitigen Verpflichtung des Staates zur flächendeckenden Raumplanung führten, wurde in der Schweiz kaum mehr eine breite politische oder wissenschaftliche Eigentumsdebatte geführt. Wer sich mit institutionellen Regimen für natürliche Ressourcen interessiert, muss sich heute indessen vertieft mit Eigentumsfragen befassen. Der vorliegende Beitrag stellt einen ersten Schritt in Richtung auf eine vermutlich bevorstehende neue Eigentumsdebatte dar. Die Autoren analysieren für fünf natürliche Ressourcen (Boden, Luft, Wasser, Landschaft, Wald) die einschlägigen privat- und öffentlich-rechtlichen Regulierungen. Entsprechend dem Ansatz des IRM-Projektes legen sie nach einer breiten Darstellung neuerer Erkenntnisse zu generellen Rechtsfragen des Eigentums im Einzelnen die Entwicklung des zivil- und öffentlich-rechtlichen Status dieser Ressourcen im Laufe des letzten Jahrhunderts und dessen Veränderungen dar.

INHALTSVERZEICHNIS

VORBEMERKUNGEN	1
1. <i>Zielsetzung</i>	1
2. <i>Recht und Natur</i>	1
2.1 Das institutionelle Ressourcenregime.....	1
2.2 Verhaltensvorschriften	2
2.3 Die Rechtsordnung als institutionelles Natur- oder Ressourcenregime	2
2.4 Regelwerk und Policy-Design	2
3. <i>Notwendige Beschränkung</i>	3
AUFBAU DES BERICHTS	4
EINSTIMMUNG	5
1. <i>Raum und Leben - Raum und Recht</i>	5
2. <i>Der Lebensraum als natürliches Gut</i>	7
3. <i>Lebensraumbezüge im schweizerischen Recht</i>	8
3.1 Naturausicht des 19. Jahrhunderts: Grossartigkeit vs. Gefahrenherd	8
3.2 Wende vom 19. ins 20. Jahrhundert: Geburtsstunde vorökologischer Ansätze	9
3.3 Zwischen den Weltkriegen: Die Freilegung der ökonomisch-sozialen Raumfunktion	10
3.4 Jahrhundertmitte bis heute: Vom Gestaltungspotential Raum zum Lebensraums	11
ERSTES KAPITEL: DAS EIGENTUM	12
I. PRIVATRECHTLICHER EINSTIEG	13
1. <i>Einleitung</i>	13
2. <i>Bundesprivatrecht, Privatrecht der Kantone und öffentliches Recht</i>	14
2.1 Der echte Vorbehalt von Art. 5 Abs. 1 ZGB.....	14
2.2 Das Übergangsrecht der Schlusstitel des ZGB.....	15
2.3 Der Ortsgebrauch nach Art. 5 Abs. 2 ZGB.....	15
2.4 Der unechte Vorbehalt von Art. 6 ZGB.....	16
2.5 Die öffentliche Sache - das öffentliche Sachenrecht?.....	16
2.51 Finanzvermögen	17
2.52 Verwaltungsvermögen	18
2.53 Sachen im Gemeingebrauch:	18
2.53.1 Die Konzession als öffentlichrechtliche Befugnis der Sondernutzung einer Sache im Gemeingebrauch - eigentumsähnliches Recht?.....	19
3. <i>Der Eigentumsbegriff und die Eigentumsbeschränkungen</i>	21
3.1 Der Eigentumsbegriff - von der <i>plura dominia</i> zum Eigentumsbegriff des ZGB - ein Exkurs	22
3.11 <i>Plura dominia</i> als relativer Eigentumsbegriff des MA gegenüber dem neuen absoluten Eigentumsbegriff des 19. Jahrhunderts.....	23
3.2 Unser Eigentumsbegriff	24
3.3 Die Eigentumsbeschränkungen.....	26
3.31 Die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen.....	28
3.32 Privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen	28
3.33 Funktion der privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen.....	29
4. <i>Der Sachbegriff des ZGB</i>	30
4.1 Erfassung der Ressourcen durch den Sachbegriff	35
4.11 Boden.....	35
4.11.1 Entwicklungen seit 1912.....	36
4.12 Landschaft.....	37
4.13 Luft	37
4.14 Wald	38
4.15 Wasser.....	41
II. ÖFFENTLICHRECHTLICHE ERGÄNZUNG.....	43
1. <i>Die Eigentumsgarantie</i>	43
1.1 Verfassungsrechtliche Verankerung.....	43
1.11 Freiheits-Garantie	44
1.12 Privatrechtliche Wurzeln.....	45
1.2 Zum Grundrechtscharakter der Eigentumsgarantie	46
2. <i>Natur und Inhalt des Eigentums</i>	47
2.1 Zum Streit um die „Natur“ des Eigentums	47
2.11 Gegeben oder gemacht?	47
2.12 Gemacht!.....	47

2.2	Was schützt die Eigentumsgarantie?	50
2.21	Sachlicher Schutzbereich	50
2.22	Persönlicher Schutzbereich	52
3.	<i>Einschränkungen des Eigentums</i>	53
3.1	Drei Teilgehalte der Eigentumsgarantie	56
3.11	Die Bestandesgarantie	56
3.12	Die Wertgarantie	56
3.12.1	Formelle Enteignung	57
3.12.2	Materielle Enteignung	57
3.12.2.1	Planungen und materielle Enteignung	57
3.12.2.1	Differenzierung durch das Bundesgericht - die sogenannte "Formel Barret"	58
3.13	Die Institutsgarantie	60
4.	<i>Konkretisierung des „Eigentums“ durch das öffentliche Recht</i>	60
ZWEITES KAPITEL: DER BODEN		62
1.	<i>Eckdaten zum Boden</i>	62
EINLEITUNG		69
I. DAS GRUNDEIGENTUM		73
1.	<i>Stagnation des formellen Regelwerks</i>	73
2.	<i>Verfügung und Nutzung</i>	73
II. DIE VERFÜGUNG ÜBER DEN BODEN		75
II.1 DAS BÄUERLICHE BODENRECHT		76
1.	<i>Einleitung</i>	76
1.1	Die Gebundenheit des Bodens	76
1.2	Notwendige Schranken der neuen Freiheit	77
2.	<i>Das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht</i>	78
2.1	Ziel	78
2.2	Rückblick	79
2.21	Der Boden wird zur Ware	79
2.22	Bodenzersplitterung und Bodenverschuldung	80
2.22.1	Bodenzersplitterung	81
2.22.2	Bodenverschuldung	81
2.23	Schranken setzen	83
2.23.1	Erbrecht	84
2.23.2	Belastungsgrenzen	85
2.24	Ältere Lösungsversuche des 20. Jahrhunderts	85
2.3	Grundzüge der heutigen Regelung	86
2.31	Geltungsbereich	87
2.32	Verkehrsbeschränkungen	88
2.32.1	Selbstbewirtschaftung	88
2.32.2	Privatrechtliche Verkehrsbeschränkungen	88
2.32.3	Öffentlichrechtliche Verkehrsbeschränkungen	90
2.33	Belastungsgrenzen	92
2.4	Folgerung	92
3.	<i>Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland</i>	94
4.	<i>Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes</i>	97
III. DIE NUTZUNG DES BODENS		98
1.	<i>Einleitung</i>	98
1.1	Bedrohungen des Bodens: Bodenverbrauch und Bodenbelastungen	98
1.2	Ziel des Bodenschutzes	98
1.3	Kein Bodenschutzgesetz	99
1.4	Bekämpfung des Bodenverbrauchs	99
1.5	Stoffliche Bodenbelastungen	100
III.1 RAUMORDNUNG UND BODENNUTZUNG		100
1.	<i>Entwicklung der Raumordnung</i>	100
1.1	Baupolizei- und Bauordnungsrecht	101
1.2	Bauplanungsrecht	101
1.3	Flächennutzungsplanung	102
1.4	Entwicklungsplanung	102
1.5	Gesamtordnung	102
2.	<i>Die Bodenrechtsreform von 1969</i>	103
2.1	Auf dem Weg zur Reform	103
2.2	Die Bodenrechtsartikel	105
2.2.1	Die Botschaft zu den Bodenrechtsartikeln	106

2.3	Notwendige Umsetzung der Bodenrechtsreform.....	110
2.31	Zwischenetappen: Die Zeit bis zum Erlass des Raumplanungsgesetzes	111
2.31.1	Das Gewässerschutzgesetz 1971	111
2.31.2	Dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung.....	113
3.	<i>Das Raumplanungsgesetz</i>	113
3.1	Nutzungszonen	114
3.11	Bauliche Nutzung	115
3.12	Landwirtschaftliche Nutzung.....	116
3.13	Beschränkte Nutzung: Schutzzone.....	116
3.2	Raumplanung und Inhalt des Grundeigentums	117
3.21	Nutzungsbestimmung.....	117
3.22	Baufreiheit.....	117
3.23	Grundsätzliche Wandelbarkeit des (Grund-)Eigentumsinhalts.....	119
4.	<i>Weitere Entwicklungen</i>	120
5.	<i>Ausblick</i>	121
III.2	UMWELTSCHUTZ UND BODENNUTZUNG	121
1.	<i>Einleitung</i>	121
2.	<i>Langfristige Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit</i>	122
2.1	Lufthygiene	122
2.2	Umweltgefährdende Stoffe.....	123
2.3	Abfälle	123
2.4	Belastungen des Bodens.....	123
3.	<i>Auswirkungen auf den Inhalt des Grundeigentums</i>	125
III.3	EXKURS: LANDWIRTSCHAFT UND BERGREGAL.....	126
1.	<i>Bergregal</i>	126
1.1	Verfassungsebene	126
1.2	Einige „Definitionen“ zum Einstieg.....	127
1.3	Das Bergregal als Monopol	128
1.4	Kantonal- oder bundesrechtliche Natur des „Bergregals“?.....	129
1.5	Der (historische) Gehalt des Bergregales nach Bundesrecht.....	130
1.51	Der Vorbehalt des Artikels 31 Absatz 2 Satz 2 aBV	130
1.52	Die Praxis des Bundesgerichts zum Bergregal.....	131
1.53	Bergrecht und Zivilgesetzbuch	132
1.54	Das Bergregal in der Geschichte.....	135
2.	<i>Bergregal und Ressourcenregime</i>	136
2.11	Konkretisierung der Eigentumsgarantie durch das Bergregal	136
2.11.1	Ausweitung des Bergregals auf neue Stoffe.....	138
2.11.2	Verstoss gegen das Bundeszivilrecht?	139
2.11.3	Eingriffe in das Oberflächen-Grundeigentum	141
3.	<i>Die Landwirtschaftsgesetzgebung</i>	143
3.1	Verfassungsebene	144
3.2	Das Landwirtschaftsgesetz	145
3.3	Landwirtschaft und Bodennutzung	148
DRITTES KAPITEL: DIE LANDSCHAFT	149	
I. LANDSCHAFT ALS RECHTLICHE GRÖSSE	149	
1.	<i>Gibt es ein institutionelles Ressourcenregime „Landschaft“?</i>	149
1.1	Fehlendes Regelwerk	149
1.2	Nutzungsregelung	151
2.	<i>Landschaft als Ressource?</i>	152
2.1	Landwirtschaft.....	152
2.2	Abbau, Deponien, Tourismus, Verkehr und Energie.....	152
2.3	Natur- und landschaftsschützerische Funktion.....	153
2.4	Wohlfahrtsfunktionen	153
3.	<i>Eckdaten zur Landschaft</i>	154
4.	<i>Was ist Landschaft?</i>	157
4.1	Begriff der Landschaft	157
4.2	Entwicklung	158
II. SCHUTZ DER LANDSCHAFT	160	
1.	<i>Das Zivilgesetzbuch</i>	161
1.1	Artikel 699 ZGB.....	161
1.2	Artikel 702 ZGB.....	162
2.	<i>Nationalparkgesetz</i>	162
3.	<i>Wasserrechtsgesetz</i>	164

4.	<i>Enteignungsgesetz</i>	164
5.	<i>Natur- und Heimatschutz</i>	165
5.1	Verfassungsebene: Artikel 24sexies BV.....	166
5.11	Vorgeschichte.....	166
5.12	Der Artikel 24sexies BV.....	168
5.12.1	Inhalt.....	168
5.12.11	Sache der Kantone.....	168
5.12.12	Verpflichtung des Bundes.....	169
5.12.13	Förderungs- und Schutzmassnahmen des Bundes.....	169
5.12.14	Die Rechtssetzungskompetenz des Bundes.....	170
5.12.15	Moor- und Biotopschutz.....	170
5.12.2	Motivation.....	171
5.2	Das Natur- und Heimatschutzgesetz.....	173
5.21	Ziel des Natur- und Heimatschutzes.....	174
5.22	Zum ersten Abschnitt: Natur- und Heimatschutz bei Erfüllung von Bundesaufgaben.....	175
5.23	Zum zweiten Abschnitt: Unterstützung von Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege durch den Bund und eigene Massnahmen des Bundes.....	179
5.24	Zum dritten Abschnitt: Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt.....	180
5.24.1	Biotopie von nationale, regionaler und lokaler Bedeutung.....	181
5.25	Zum Abschnitt 3a: Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung.....	184
5.3	Die Inventare.....	189
5.31	Exkurs (Broschüre).....	190
6.	<i>Hinweise auf weitere landschaftsrelevante Normen</i>	190
7.	<i>Eigentum und Landschaftsschutz</i>	192
VIERTES KAPITEL: DER WALD		193
1.	<i>Eckdaten zum Wald</i>	193
I.	DER WALD UND DAS RECHT: ETWAS GESCHICHTE.....	196
1.	<i>Insbesondere der Wald</i>	201
2.	<i>Zur Entwicklung der Eigentums- und Nutzungsverhältnisse des Waldes</i>	204
II.	ZUR REGELUNG HEUTE.....	209
1.	<i>Vorbemerkung</i>	209
2.	<i>Auf dem Weg zum Forstpolizeigesetz</i>	211
3.	<i>Das Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei</i>	215
3.1	Nutzfunktion.....	216
3.2	Schutzfunktion.....	217
3.3	Wohlfahrtsfunktion.....	217
3.4	Zentrale Bestimmungen des Forstpolizeigesetzes.....	218
3.41	Schutzwaldungen.....	218
3.42	Erhaltung des Waldareals.....	218
3.43	Nachhaltigkeit.....	220
3.5	Bewirtschaftung.....	221
3.6	Privatrecht und Waldeigentum.....	224
3.7	Verfügung und Nutzung.....	228
4.	<i>Das Waldgesetz</i>	230
4.1	Walderhaltung als Staatsaufgabe.....	232
4.2	Breiter Zweck.....	235
4.3	Quantitative Walderhaltung.....	235
4.4	Wald und Raumplanung.....	236
4.5	Betreten und Befahren des Waldes.....	237
4.6	Nachhaltige Bewirtschaftung und Nutzung.....	238
4.7	Nachteilige Nutzungen.....	242
4.8	Veräusserungsschranken.....	243
5.	<i>Eigentum und Wald</i>	243
FÜNFTES KAPITEL: DAS WASSER		245
1.	<i>Einleitung</i>	245
2.	<i>Eckdaten zum Wasser</i>	246
3.	<i>Erfassung der Ressource Wasser</i>	247
4.	<i>Arten von Gewässer und die Gewässerhoheit</i>	248
4.1	Fliessendes Wasser.....	248
4.2	Quellen.....	249
4.3	Grundwasservorkommen.....	251

4.4	Künstlich geschaffene Gewässer.....	252
4.5	Bäche, Flüsse und Seen.....	252
4.6	Die Hoheit über die Gewässer	253
4.61	Öffentliche und private Gewässer.....	253
4.62	Die Rechtsfigur der ehehaften Rechte	255
5.	<i>Historische Entwicklung des Wasserrechts</i>	256
5.1	Das 19. Jahrhundert	257
5.2	Jahrhundertwende	258
5.3	Mitte des 20. Jahrhunderts.....	258
5.4	Zuständigkeiten	259
6.	<i>Die Wasserwirtschaft in der Schweiz anhand der Gesetzgebung</i>	259
6.1	Wasserbau	260
6.2	Wassernutzung	262
6.21	Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22.12.1916 (Wasserrechtsgesetz, WRG)	262
6.21.1	Verleihung von Wasserrechten.....	263
6.21.2	Weitere Regelungen des WRG - insbesondere der Revisionen:	265
6.22	Bundesgesetz über die Fischerei (Fischereigesetz) vom 21.12.1888 und kantonales Regalrecht	274
6.22.1	Bundesrechtliche Schutzpolitik	274
6.22.2	Kantonale Nutzungspolitik	275
6.23	Zusammenfassend zur Nutzung	276
6.3	Wasserschutz	277
6.31.1	Der Gewässerschutz in der Gesetzgebung	277
6.31.11	Art 24 quater BV 1953.....	278
6.31.12	Gewässerschutzgesetz 1955.....	279
6.31.13	Revision Gewässerschutzgesetz 1971	280
6.31.14	Revision Art. 24bis BV 1975.....	280
6.31.15	Revision Gewässerschutzgesetz 1991	281
6.31.16	Qualitativer und quantitativer Wasserschutz.....	282
6.31.17	Revision Gewässerschutzgesetz 1997:	284
6.31.18	Gewässerschutzverordnung 1999.....	285
6.32	Zusammenfassend zum Gewässerschutz	287
SECHSTES KAPITEL: DIE LUFT		289
EINLEITUNG		289
1.	<i>Eckdaten zur Luft</i>	294
2.	<i>Die rechtlichen Regelungen der Luft durch das öffentliche Recht</i>	295
3.	<i>Umweltschutzgesetz und Luftreinhalteverordnung als Grundlagen</i>	297
3.1	Das Umweltschutzgesetz.....	298
3.2	Die Luftreinhalteverordnung	300
4.	<i>Schutz der Luft vor Schadstoffen und Verschmutzung</i>	301
4.1	Der konventionelle Schutz des Umweltschutzrechts	301
4.2	Marktwirtschaftliche Instrumentarien	303
4.21	Eidgenössisches Recht	303
4.22	Kantonales Recht	304
4.22.1	Allgemeines zu den Umweltlizenzen.....	304
4.22.2	Emissionsgutschrift und Emissionsverbund: Modell beider Basel.....	306
4.23	De lege ferenda: Reduktion der CO ₂ -Emissionen	309
5.	<i>Eigentliche und direkte Nutzung der Luft</i>	310
SIEBTES KAPITEL: DIE PRODUKTELISTEN		312
1.	<i>Problematik</i>	312
1.1	Produktliste ist nicht abschliessbar.....	312
2.	<i>Kommentare und Hinweise zu den Listen von Gütern und Dienstleistungen: Produktelisten</i>	316
2.1	Der Wald.....	316
2.2	Die Landschaft.....	321
2.3	Der Boden	326
2.4	Das Wasser.....	333
2.5	Die Luft.....	337
3.	<i>Folgerungen</i>	340
ACHTES KAPITEL: FAZIT		342
I. RECHT UND NATUR.....		342
1.	<i>Verhaltensvorschriften</i>	342

2.	<i>Die Rechtsordnung als institutionelles Natur- oder Ressourcenregime</i>	343
3.	<i>Regime ohne (Privat-)Eigentum</i>	343
4.	<i>Regime mit (Privat-)Eigentum</i>	343
4.1	Ermöglichende Bedingungen der Eigentums-Freiheit.....	344
4.11	Nachbarrechtliche Schranken.....	344
4.12	Schranken zugunsten der Allgemeinheit: Umverteilung.....	345
4.12.1	(Privat-)Eigentum, aber.....	346
4.2	Möglichkeiten der Umverteilung: Verfügen und Nutzen.....	347
4.21	Verfügen im engeren Sinne.....	347
4.22	Nutzung.....	348
4.23	Verfügungsregime vs. Nutzungsregime.....	348
4.24	Zunehmende Konkretisierung (der Nutzung).....	349
4.3	Das harmonisierte System: Regelwerk und Policy-Design.....	351
5.	<i>Das Recht macht nichts und denkt nicht</i>	352
II. ZU DEN EINZELNEN RESSOURCEN		353
1.	<i>Gemeinsamkeiten</i>	353
1.1	Rechtliche Erfassung aller Ressourcen.....	353
1.2	Individueller Zugriff durch das Eigentum.....	353
1.3	Keine Veränderung des Regelwerks.....	354
1.4	Umverteilung durch Policy-Design.....	354
1.5	Verfügung und Nutzung.....	355
1.6	Verknappungserscheinungen?.....	355
1.61	Boden.....	355
1.62	Luft.....	356
1.63	Wasser.....	356
1.64	Landschaft.....	356
1.65	Wald.....	356
2.	<i>Unterschiede</i>	357
2.1	Teilweise fehlendes Regelwerk.....	357
2.2	Unterschiedliche Ausgangslage.....	357
2.3	Unterschiedliche zeitliche Entwicklung.....	358
3.	<i>Zur Grundhypothese der Regimegenese und -klassifikation</i>	358
3.1	Zum No-Regime.....	359
3.2	Zum einfachen Regime.....	360
3.3	Zum komplexen Regime.....	360
3.4	Zum integrierten Regime.....	362
4.	<i>Parallelität des Ausdifferenzierungsgrades von Regelwerk und Policy-Design?</i>	364
5.	<i>Umschlagstellen</i>	365
ANHANG		367
I. MITEIGENTUM IM SCHWEIZERISCHEN ZGB		367
1.	<i>Gesetzliche Regelung</i>	367
1.1	Miteigentum.....	367
1.2	Gesamteigentum.....	368
2.	<i>Stellt das Miteigentum eine sonderform von Eigentum dar?</i>	369
2.1	Die Verfügung über die ganze Sache und den Anteil.....	369
2.2	Die Nutzung der ganzen Sache.....	370
2.3	Schlussbemerkungen.....	370
2.4	Das systemtreue Stockwerkeigentum.....	371
2.41	Aus der Geschichte des schweizerischen Stockwerkeigentums.....	371
2.42	Eigentliches und uneigentliches Stockwerkeigentum.....	371
II. EIGENTUM UND BESITZ		372
1.	<i>Juristische Wortklauberei?</i>	372
2.	<i>Rechtliche Abgrenzung zwischen Eigentum und Besitz</i>	373
2.1	Kurze dogmatisch-systematische Einführung.....	373
2.2	Das Eigentum - dingliches Vollrecht.....	374
2.3	Der Besitz - Faktum oder Recht?.....	374
2.4	Besitz = Eigentum?.....	376
2.5	Besitz als faktische Voraussetzung zur Ausübung von dinglichen Rechten.....	376
2.51	Grundsatz.....	376
2.52	Insbesondere das Baurecht.....	377
III. DOMAINE PUBLIC – DIE ANDERE LÖSUNG		379
1.	<i>Das Problem</i>	379
2.	<i>Mögliche Lösungen</i>	379

2.1	Die schweizerische Lösung: Eigentum als privatrechtliches Institut	379
2.2	domaine public - die öffentlichen Sachen nach französischem Recht.....	380
2.21	Die öffentliche Sache und deren Regelung	381
2.22	Verfügung und Nutzung	381
ABKÜRZUNGEN		384
LITERATUR		387

VORBEMERKUNGEN

1. ZIELSETZUNG

Das Projekt „Vergleichende Analyse der Genese und Auswirkungen institutioneller Ressourcenregime“ „untersucht, welche Ressourcenregime eine Degradation und Übernutzung (von Ressourcen) verhindern können“.¹ Die Untersuchung ist eine schrittweise, das „juristische Screening“ stellt den ersten Schritt dar.

Beim juristischen Screening der institutionellen Regime von *Boden, Landschaft, Luft, Wasser* und *Wald* geht es darum, diesen Ressourcen auf einem Teil ihres *rechtlichen* Lebens- und Entwicklungsweges - mehr oder weniger über die letzten hundert Jahre - zu folgen: Bestehen zur diesen Ressourcen Regime? Wie waren und sind diese beschaffen? Haben sich die institutionellen Regime im Laufe der Zeit verändert? Wie sahen diese Veränderungen aus? Welches waren die wichtigsten Ereignisse?

Ziel des juristischen Screenings ist es, Material für die weiteren Projektschritte bereit zu stellen, das unter anderem dazu beitragen kann, den im Forschungsprojekt vorgelegten theoretischen Rahmen zur Regimeentwicklung bzw. die Grundhypothese zur Genese und Klassifikation institutioneller Ressourcenregime zu überprüfen.

2. RECHT UND NATUR

2.1 Das institutionelle Ressourcenregime

Unter einem institutionellen Ressourcenregime ist zu verstehen

~~Es~~ eine Kombination von ordnungspolitischen Steuerungsgrößen wie die formellen Eigentums- und Nutzungsrechte (= Regelsystem) mit ressourcenspezifischen öffentlichen (Nutzungs- oder Schutz-)Politiken, die in ihren Policy-Designs namentlich spezifische Schutz- und Nutzungsziele, Interventionsinstrumente, Akteurarrangements etc. enthalten² bzw.

~~Es~~ ein institutioneller Rahmen, „der die massgeblichen Programmelemente einer ressourcenspezifischen Schutz- und/oder Nutzungspolitik (= Policy-Design) mit einer spezifischen Ausgestaltung der formellen Eigentums- und Nutzungsrechte an Gütern und Dienstleistungen einer natürlichen Ressource (= Regelwerk) kombiniert“.³

Ein institutionelles Ressourcenregime setzt damit eine Rechtsordnung voraus. Dabei handelt es sich nicht um eine beliebige Rechtsordnung, sondern um den uns bekannten Typ, so wie er sich in den letzten gut zweihundert Jahren in unseren Breitengraden entwickelt hat.

Das Screening konzentriert sich denn auch auf die schweizerische Rechtsordnung, hauptsächlich auf das gesamtschweizerische, das Bundesrecht.

¹ Forschungsprojekt 3.

² Forschungsprojekt 3.

³ Forschungsprojekt 14.

2.2 Verhaltensvorschriften

Es ist eine Binsenwahrheit, dass es kein Recht gäbe, wenn es keine Natur gäbe. Denn da der Mensch Teil der Natur ist, gäbe es auch ihn nicht, wenn es keine Natur gäbe. Etwas weiter kann uns diese Binsenwahrheit bringen, wenn wir uns fragen, was wir mit dem Recht, mit Rechtsnormen, überhaupt machen.

Rechtsnormen sind dazu gedacht, Verhalten zu steuern. Tiere und Pflanzen oder gar unbelebte Materie bzw. „Ressourcen“ sprechen auf rechtliche Gebote und Verbote nicht an, sie sind als Normadressaten ungeeignet. Gesteuert werden kann mit Rechtsnormen lediglich menschliches Verhalten.

Normen richten sich an Menschen und sie haben ihr Verhalten im Visier. Aber jedes menschliche Verhalten bedarf eines Objektes. Es muss sich auf einen bestimmten Teil der Natur richten, und sei es nur der eigene Körper. Wenn daher Normen menschliches Verhalten beeinflussen und regeln sollen, so zielen sie immer auf einen konkreten Umgang mit einem Teil der Natur. Normen (sollen) regeln menschliches Verhalten in Bezug auf Natur: Mit diesem Teil der Natur sollst du dieses machen, mit jenem Teil der Natur jenes nicht etc. Ein institutionelles Ressourcenregime regelt daher den Umgang mit bzw. das menschliche Verhalten in Bezug auf eine Ressource.

2.3 Die Rechtsordnung als institutionelles Natur- oder Ressourcenregime

Das bedeutet in letzter Konsequenz aber, dass unsere gesamte Rechtsordnung nichts anderes ist als ein einziges riesiges institutionelles Ressourcen- bzw. Naturregime. Unsere Rechtsordnung ist ein institutioneller Rahmen, der die massgeblichen Programmelemente einer natur-/ressourcenspezifischen Schutz- und/oder Nutzungspolitik (= Policy-Design) mit einer spezifischen Ausgestaltung der formellen Eigentums- und Nutzungsrechte an Gütern und Dienstleistungen der Natur/natürlichen Ressourcen (= Regelwerk) kombiniert. Die Rechtsordnung bestimmt als das umfassende Ressourcenregime mittels spezifizierter - aber interdependenter - Regime von Einzelressourcen, in welcher Art und Weise Personen mit Ressourcen umgehen dürfen. Wir haben es mit einer Vielzahl von Rechtsnormen zu tun, die bestimmen, welches Rechtssubjekt mit welchem Rechtsobjekt, mit welcher Ressource, was machen darf.

Denn jede Norm, vom „Du sollst nicht töten!“ bis zum „Du sollst hier nicht parken!“, bezieht sich mittelbar oder doch unmittelbar auf einen Teil der Natur. Sie regelt unser Verhalten zur Natur als unserer einzigen Produktivkraft oder Gesamtressource.

2.4 Regelwerk und Policy-Design

Die Umschreibung des institutionellen Ressourcenregimes hebt zwei Kategorien von Rechten hervor, die Ressourcen/Rechtsobjekte bestimmten Personen/-Rechtssubjekten zuordnen:

- ~~1.~~ Zum einen die formellen Eigentums- und Nutzungsrechte (= Regelsystem),
- ~~2.~~ Zum anderen die ressourcenspezifischen öffentlichen (Nutzungs- oder Schutz-)Politiken (= Policy-Design).

Im Rahmen eines juristischen Screenings sind letztere nur insoweit von Bedeutung, als sie sich ebenfalls in konkreten Rechtsnormen niedergeschlagen haben.

Ausgegangen wird somit von einem Zusammenspiel zweier unterschiedlicher Gruppen oder Kategorien von Normen. Damit wird bereits vorausgesetzt, dass die beiden Kategorien irgendwie zusammenwirken können. Denkbar wäre, dass eine Gruppe die andere ausser Kraft setzt und alleinige Geltung verlangt. Denkbar ist aber auch, dass die eine die andere beeinflussen und modifizieren kann, nicht aber umgekehrt. Schliesslich ist eine gegenseitige Beeinflussung vorstellbar.

Vereinfacht kann daher für die Zwecke des juristischen Screenings gesagt werden, dass es um die Frage geht, welche Rechte bestimmen, wie jemand/ein Rechtssubjekt mit einer Ressource/einem Rechtsobjekt umgehen kann. Und das lässt sich auf die Frage reduzieren:

~~Wer~~ Wem steht eine Ressourcen weshalb zu und was dürfen er/sie damit machen?

Oder noch kürzer:

~~Wer~~ Wer ist wodurch woran wozu berechtigt?

3. NOTWENDIGE BESCHRÄNKUNG

Da die gesamte Rechtsordnung in letzter Konsequenz nichts anderes macht (zu machen versucht), als das Verhalten von Menschen in Bezug auf die Natur bzw. einzelne Ressourcen zu steuern, muss das juristische Screening sich notwendig beschränken. Es ist schlicht nicht möglich, die Regime der genannten Einzelressourcen auch nur annähernd umfassend darzustellen.

Da für das Projekt jene „historischen Momente“ von besonderer Bedeutung sind, „wo sich das Ressourcenregime *verändert* hat“,⁴ kann im Rahmen des juristischen Screenings nur nach auffälligen/offensichtlichen/bedeutenden *Veränderungen* gesucht werden, nach den „wichtig(st)en Ereignissen“ im „rechtlichen Leben“ einer Ressource. Diese Auswahl ist zwar nicht beliebig, aber doch zwingend subjektiv.

Gesucht wird daher im Folgenden zum einen nach erheblichen Veränderungen des Regelwerkes, der formellen Eigentums- und Nutzungsrechte, zum anderen nach solchen der Schutz- und/oder Nutzungspolitiken, des Policy-Designs.

Die wichtigsten Ereignisse im „rechtlichen Leben“ einer Ressource werden dargestellt und mehr oder weniger ausführlich - und im Hinblick auf die Bedürfnisse der anderen Projektmitarbeiterinnen und -mitarbeiter - kommentiert.

⁴ Forschungsprojekt 29.

AUFBAU DES BERICHTS

Das juristische Screening der fünf Ressourcenregime soll, angeleitet durch die Frage: „Wer ist wodurch woran wozu berechtigt?“, die wichtigsten Ereignisse im „rechtlichen Leben“ der letzten hundert Jahre dieser Ressourcen kurz darstellen.

Wichtig ist ein Ereignis grob gesagt dann, wenn sich entweder die ursprünglichen (in erster Linie privatrechtlichen) formellen Eigentums- und Nutzungsrechte (das Regelsystem oder Regelwerk) an einer Ressource selber/direkt entscheidend verändert haben und/oder wenn diese zumindest indirekt über ressourcenspezifische (vor allem öffentlichrechtliche) Schutz- und/oder Nutzungspolitik(en) (Policy-Design) in ausreichendem Masse konkretisiert werden.

Ausgangspunkt ist das (privatrechtliche) Regelwerk bzw. das Eigentum, ist doch bekannt, dass dieses den Eigentümerinnen und Eigentümern gewisse Nutzungs- und Verfügungsrechte über „ihre“ Ressource gibt. Da dieser Ausgangspunkt für alle fünf Ressourcen der gleiche ist,

~~Es~~ wird in einem *ersten Kapitel* zunächst ein Überblick über das „Eigentum“ in seiner privatrechtlichen, vor allem sachenrechtlichen Ausgestaltung bzw. von einem privat-/sachenrechtlichen Gesichtspunkt aus gegeben. Es wird der Frage nachgegangen, was „Eigentum“ eigentlich ist, woran Eigentum bestehen kann und *welche Berechtigungen* es für *wen* mit sich führt. Skizziert wird, *was* - zumindest theoretisch - die prototypischen Eigentümerinnen *womit* „machen“ dürfen.

~~Es~~ Gleich anschliessend wird aus eher öffentlichrechtlicher Sicht versucht, die andere Seite derselben Medaille zu beleuchten. Es wird gezeigt, dass der Kreis der durch die Eigentumsgarantie der Verfassung geschützten Eigentumsobjekte über die blossen Sachen hinaus auf andere Rechte ausgeweitet, zugleich aber der aus dem Sachenrecht bekannte Eigentumsbegriff beibehalten wurde. Insbesondere wird zu zeigen versucht, dass der *Inhalt* des Eigentums, vor allem des Grundeigentums, sich nicht nur nach den privatrechtlichen Regeln bestimmt, sondern zu einem grossen Teil nach öffentlichrechtlichen. Der Eigentumsbegriff gibt grob gesagt nur die Form; es ist aber das Insgesamt der Rechtsordnung, privates und öffentliches Recht in ihrem Zusammenspiel, die den je konkreten Gehalt des Eigentums ausmachen. Das betrifft nicht nur die im je konkreten Fall vorandenen Nutzungsrechte, sondern - obwohl *praktisch* in geringerem Masse - auch die Verfügungsrechte: Was eine Eigentümerin, die „grundsätzlich/eigentlich“ über ihr (privates) Eigentum „nach Belieben verfügen“ dürfte, in concreto damit noch anfangen kann, das bestimmt sich (teils über [andere] privatrechtliche Normen, aber vor allem) nach öffentlichrechtlichen Normen. Konkretisierung oder Inhaltsbestimmung des Eigentums kann auch als dessen Beschränkung verstanden werden. Einige Bemerkungen hiezu versuchen dieses einleitende Kapitel abzurunden.

~~Es~~ In den Kapiteln 2 bis 6 werden die einzelnen Ressourcen und ihre Regime näher betrachtet.

~~Das~~ Kapitel 7 bringt Kommentare und Hinweise zu den „Gütern und Dienstleistungen“ bzw. „Produkten“ der einzelnen Ressourcen.

~~Das~~ im 8. Kapitel findet sich ein Fazit der Untersuchung.

Vorangestellt ist dem Bericht eine kurze *Einstimmung*. Sie konzentriert sich auf den Raum, den *Lebensraum*, der durch die Nutzung von und die Verfügung über die zu betrachtenden Ressourcen entscheidend beeinflusst wird. Es wurden lediglich einige Stimmen gesammelt, die einen kurzen Eindruck davon vermitteln sollen, in welche grossen Entwicklungslinien die anschliessenden näheren Ausführungen ungefähr einzubetten sind.

EINSTIMMUNG

1. RAUM UND LEBEN - RAUM UND RECHT

Der Raum hat für das menschliche Leben stets eine besondere Bedeutung gehabt. Grundlage all dessen, was sich im Raum erstreckt, was sich im Raum bewegt und im Raum lebt, ist der Boden. Die Beschäftigung mit, ja der Streit um den Boden als Lebens- und Ernährungsgrundlage ist denn auch uralte. Die Frage, wer ein Stück Boden *nutzen* und über es *verfügen* darf, ist einer der grossen Problembereiche, mit dem sich das Recht, insbesondere auch das ressourcen- und damit raumrelevante Recht zu beschäftigen hat.⁵

So wandte sich bereits Immanuel Kant im *ersten* Teil seiner allgemeinen Rechtslehre sogleich dem Sachenrecht - ganz konkret dem *Boden* - zu. Ja, es ist gerade der *beschränkt vorhandene* Boden, der ihm als Fundament seiner rechtstheoretischen Ausführungen dient⁶:

„Alle Menschen sind ursprünglich (d.i. vor allem rechtlichen Akt der Willkür) im rechtmässigen Besitz des Bodens, d.i. sie haben ein Recht, da zu sein, wohin sie die Natur oder der Zufall (ohne ihren Willen) gesetzt hat. Dieser Besitz (*possessio*) ... ist ein *gemeinsamer* Besitz, wegen der Einheit aller Plätze auf der Erdoberfläche als Kugelfläche: weil, wenn sie eine unendliche Ebene wäre, die Menschen sich darauf so zerstreuen könnten, dass sie in gar keine Gemeinschaft miteinander kämen, diese also nicht eine notwendige Folge von ihrem Dasein auf Erden wäre.“⁷

Die Beschränktheit des Bodens ist eine der Fläche, des Platzes (und wohl nicht/nach nicht bzw. nur indirekt die einer Ressource im engeren Sinne). Die Menschen können sich auf Dauer nicht aus dem Wege gehen. Sie treffen notwendig aufeinander und es ist durchaus „vernünftig“, dass eine (noch so zufällige und zeitlich beschränkte) „Gemeinschaft“ sich Regeln gibt. Entgegen dem ersten Anschein sind es aber nicht *primär* Regeln des sozialen Umganges, sondern solche, die das Verhältnis der jeweiligen Gemeinschaft zur Natur - etwa zum Boden - betreffen. Es muss die Frage beantwortet werden, wie diese Gemeinschaft mit der für sie konkret relevanten und

⁵ Hepperle Erwin/Lendi Martin, *Leben Raum Umwelt, Recht und Rechtspraxis*, vdf 1993, 19.

⁶ Zum Folgenden Leimbacher, *Grundlose Verfassung?* 40 ff.

⁷ Metaphysik, *Rechtslehre*, § 13, 107 (262).

möglicherweise (relativ) knappen (Ressource) Natur umgeht. Zu regeln ist die Verteilung der Lebens-Mittel i.w.S.: des Bodens und seiner Früchte.

Erst durch die Notwendigkeit, das gemeinschaftliche Verhältnis zur Natur zu regeln, erst durch den prototypischen einen Apfel,⁸ der - aus welchen Gründen auch immer - von mehreren begehrt wird, kommt der Mensch überhaupt auf die Idee, Rechte und Rechtsverhältnisse (Regime) - welchen Inhalts und welcher Form auch immer⁹ - zwischen Menschen (in Bezug auf die Natur) zu erfinden.

Die (Rechts-)Verhältnis zwischen (Rechts-)Personen sind mittelbare, durch die „Natur“ vermittelte. Wo es an einer „Sache“ fehlt, wo es nicht (zumindest indirekt) um die Beantwortung der Frage geht, wer was mit einem bestimmten Teil der Materie, der Natur, zu tun befugt ist, kann von Recht gar nicht gesprochen werden. Nur wo es um unser Verhältnis zur Natur, nur wo es um die - gerechte - Verteilung von „Ressourcen“, nur wo es um (Macht über) die Kräfte der Natur geht, nur dort macht es überhaupt Sinn, sich Gedanken übers Recht, über eine Rechtsordnung bzw. ein institutionelles Ressourcenregime zu machen.

Der Zusammenschluss im bürgerlichen Zustand, unter einer bürgerlichen Verfassung, ist für Kant angesichts der Endlichkeit des Bodens, des Platzes (des Raumes), ein Postulat der praktischen Vernunft¹⁰:

„Die bürgerliche Verfassung, obzwar ihre Wirklichkeit subjektiv zufällig ist, ist gleichwohl objektiv, d.i. als Pflicht notwendig. Mithin gibt es in Hinsicht auf dieselbe und ihre Stiftung ein wirkliches *Rechtsgesetz der Natur*, dem alle äussere Erwerbung unterworfen ist.“¹¹

Und es hat durchaus auch einiges für sich, wenn Kant darlegt, dass im Rahmen einer (menschlichen) Rechtsordnung das Rechtsverhältnis eines Besitzers kein unmittelbares Verhältnis zur Natur, verstanden als Sache, sein könne, sondern eines zu anderen Rechtspersonen. Andernfalls

„müsste derjenige, welcher sein Recht nicht unmittelbar auf Personen, sondern auf Sachen bezogen denkt, es sich freilich (obzwar nur auf dunkle Art) vorstellen: nämlich, weil dem Recht auf einer Seite eine Pflicht auf der anderen korrespondiert, dass die äussere Sache, obzwar sie dem ersten Besitzer abhanden gekommen, diesem doch immer *verpflichtet* bleibt, d.i. sich jedem anmasslichen anderen Besitzer weigere, weil sie jenem schon verbindlich ist, und so mein Recht, gleich einem die Sache begleitenden und vor allem fremden Angriff bewahrenden *Genius*, den fremden Besitzer immer an mich weise. Es ist also ungereimt, sich Verbindlichkeit einer Person gegen Sachen und umgekehrt zu denken“.¹²

Von der Frage nach dem Recht *an* der Natur, an einer Ressource, ist zu trennen die Frage nach den Wirkungen, die von diesen Nutzungen ausgehen. Auch sie ist bereits sehr alt. Was in den letzten Jahrzehnten und Jahrhunderten grösser geworden sind, das sind hingegen die Dimensionen der Auswirkungen und neuartig sind zahl-

⁸ Kant, Metaphysik, Rechtslehre, § 4, 88 (247).

⁹ Die von Kant und anderen angestrebte Begründung und Rechtfertigung einer Gemeinschaft/Gesellschaft von Eigentümer-Rechts-Subjekten ist bekanntlich nur eine Möglichkeit unter vielen. Ähnlich auch Fussnote 4 des Projektbeschriebes (Young 1992: 95).

¹⁰ Kant, Metaphysik, Rechtslehre, § 2, 86 (246).

¹¹ Metaphysik, Rechtslehre, § 15, 108 f. (264). Hervorhebung hinzugefügt.

¹² Metaphysik, Rechtslehre, § 11, 104 f. (260).

reiche Gefährdungen. Es ist also nicht das Phänomen der Nutzung von und Verfügung über die Natur/die Ressourcen, nicht jenes der (damit verbundenen) raumwirkenden Tätigkeit als solches, sondern die qualitative Steigerung, die es erlebt hat, der lediglich mit den alten Instrumenten, lediglich mit einem beschränkten Regelwerk nicht mehr beizukommen ist. Und schliesslich geht es nicht mehr länger „nur“ um die Ordnung des Zusammenlebens der Menschen, es geht nun auch mit um die Frage unseres Verhältnisses zur Natur in all ihren Erscheinungsformen und, darüber hinaus, um unsere Verantwortung für die künftige Entwicklung des menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens auf diesem Planeten.¹³

„Es scheint, dass sich jede Generation die für sie gültigen Antworten auf diese Fragen neu erarbeiten muss. Das Recht hat hier eine stabilisierende Funktion: Es schreitet auf dem Wege der überkommenen Lösungen so lange fort, bis sich die neuen Wertvorstellungen ebenfalls in Rechtsnormen niederschlagen. (...) Das Recht hat demnach die heikle Aufgabe, sowohl dem Menschen Raum zum Leben zu geben ... als auch ihn in seinen Aktivitäten auf ein Mass einzuschränken, das ein einträchtiges Zusammenleben mit der Umwelt ermöglicht.“¹⁴

2. DER LEBENSRAUM ALS NATÜRLICHES GUT

„Der Lebensraum wird von den verschiedensten Seiten her beansprucht. Die Ansprüche sind so vielfältig wie das Leben selbst, und sie werden sowohl von Privaten wie auch von der öffentlichen Hand erhoben. Wie bei allen knappen Gütern entstehen hieraus Konkurrenzprobleme.“¹⁵

„An sich, so könnte man meinen, handelt es sich um typische Marktsituationen, die dementsprechend am besten den Marktkräften zur Lösung überlassen wird. Auf die Dauer kann dies allerdings nicht gut gehen.¹⁶ Beim Lebensraum handelt es sich gerade nicht um eine Sache, an der man Exklusiveigentum erwerben kann. Es ist vielmehr der vom Menschen veränderte oder nicht veränderte, immer aber von Leben erfüllte und zum Leben bestimmte Raum. Es kann am Lebensraum ebensowenig Ausschliesslichkeitsansprüche geben, wie individuelles Leben ohne jedes andere Leben möglich wäre. Der Lebensraum kann nicht einmal als im klassischen Sinn öffentliches Gut bezeichnet werden, denn an ihm kann es auch keinen uneingeschränkten Hoheitsanspruch des Gemeinwesens geben. Man könnte ihn am ehes-

¹³ Hepperle Erwin/Lendi Martin 19. Vgl. auch Leimbacher, Rechte.

¹⁴ Hepperle Erwin/Lendi Martin 19.

¹⁵ Hepperle/Lendi 21. Zur Anspruchskonkurrenz, ebenda 22: „Bei Konkurrenzsituationen steht ein Interessen- oder, weitergehend, ein Zielkonflikt im Vordergrund. Entbrennt er am Lebensraum, so sind nicht nur die Betroffenen, sondern es ist auch die Allgemeinheit angesprochen, welche die übergeordneten Interessen zu wahren hat. Rechtlich gesehen haben wir es daher entweder mit der Konfrontation privater Interessen mit gegenläufigen Allgemeininteressen, oder aber mit kollidierenden öffentlichen Interessen zu tun. Soweit nicht alle Anliegen gleichzeitig befriedigt werden können, ist eine Gewichtung vorzunehmen. Sie kann allerdings vom Gesetzgeber nicht für alle Fälle vorwegnehmend festgelegt werden; zur Anspruchskumulation, a.a.O.: „Probleme können auch durch Kumulation der Ansprüche entstehen. Kumulationen können beispielsweise zu unerträglichen Gesamtbelastungen führen. Hieraus kann sich die Forderung nach einem grösseren Mass an gegenseitiger Rücksichtnahme und nach einer Reduktion der Nutzungsintensität durch jeden einzelnen Mitwirkenden ergeben. Dabei ist keineswegs einzig an die Grundeigentümer zu denken.“

¹⁶ Vgl. auch Leimbacher, Rechte der Natur und ihre Einbindung ins Recht 123 ff.

ten als natürliches Gut bezeichnen. Er unterscheidet sich darin vom Boden im Rechtssinne, an dem man sehr wohl Eigentum erwerben kann. Der enge Bezug von Boden und Lebensraum äussert sich indessen in der Tatsache, dass man als Eigentümer einen konkreten Boden nicht beliebig nutzen und nicht beliebig über ihn verfügen darf.“¹⁷

~~☞~~ Hier wird auf die sehr interessante und höchst bedeutsame - wenn auch weithin banale (aber oft unterschlagene/vergessene) - Tatsache aufmerksam gemacht, dass - mit Bezug auf den Lebensraum im weitesten Sinne, d.h. konkret aber auch auf die Ressource(n) - alle natürlichen Güter einen Doppelcharakter aufweisen: sie dienen/werden genutzt/befriedigen grundsätzlich immer und zugleich individuellen/privaten als auch gemeinschaftlichen/gesellschaftlichen/öffentlichen Interessen. Mit anderen Worten: Die rechtlich verfasste/zulässige Nutzung von und/oder die Verfügung über einen Anteil an einem natürlichen Gut/einer Ressource muss haben/hat immer Ausgleichsfunktion. Es geht immer um eine Interessenabwägung.

~~☞~~ In den letzten 100/200 Jahren stand die Ausbalancierung zwischen individuellen und gesellschaftlichen Interessen im Zentrum der politischen/rechtlichen Aktivitäten. „Gehörte“ (in einem ganz untechnischen Sinne) früher alles einer Gruppe/Sippe und fehlte es daher (weitgehend) an individuellen *Rechts*-Ansprüchen an natürlichen Gütern, erfolgte mit der Erfindung des Individuums der zentrale Bruch: Dieses wurde als mit unveräusserlichen/angeborenen Rechten ausgestattet konzipiert. Das hiess und heisst zugleich, dass ihm auch gewisse Anteile an den natürlichen Gütern zustehen. Denn Rechte, verstanden als Ansprüche auf irgendetwas, bedürfen eines Anspruchs*objektes*, und zwar eines materiellen Objektes. Dies konnte nichts anderes sein als Teil des bisher gemeinschaftlichen Gutes. Die Erfindung des Individuums zerschnitt daher nicht nur irgendwelche sozialen Zusammenhänge, sondern zugleich die Welt insgesamt. Jedem Individuum wurde gleichsam qua Geburt ein Rucksäcken mit seinem Anteil an der Welt mitgegeben. Mit jedem Individuum entstand eine Welt-Parzelle mehr.

~~☞~~ Der grosse Konstruktionsfehler war/ist nun wohl darin zu sehen, dass die Erfinder/Konstrukteure Substanzen/Ganzheiten/Einheiten/Raumanteile zuteilten: *die*-ses Stück Boden - aber gleich vom Erdmittelpunkt bis in den Weltraum, und zwar eben unter Ausschluss aller anderen. Es scheint damals nicht aufgefallen zu sein, dass sich die Welt auch anders ein- oder unterteilen liesse.

3. LEBENSRAUMBEZÜGE IM SCHWEIZERISCHEN RECHT

3.1 Natursicht des 19. Jahrhunderts: Grossartigkeit vs. Gefahrenherd

Das Verhältnis zu Raum und Umwelt war sehr zwiespältig. Mit der Gründung des Bundesstaates 1848 „entstand auch ein neues Nationalgefühl, das sich unter anderem in der Vorstellung von einem Idealbild der schweizerischen Landschaft niederschlug“ (Gemälde Nationalratssaal). „Die Etablierung der Legende vom Volk der Hirten und Bauern wurde von den Nachwirkungen der Romantik kräftig assistiert und

¹⁷ Hepperle/Lendi 21.

fand in der sich abzeichnenden Bedeutung des neuentstehenden Alpen-Tourismus eine ökonomisch motivierte Festigung. Die Verehrung der Grandiosität der schweizerischen Landschaft implizierte aber auch das Wissen um die von ihr ausgehenden Gefahren. Im Verein mit einer optimistischen Aufbruchstimmung und begleitet von einem ungetrübten Fortschrittsglauben feierte man gleichzeitig die Grossartigkeit der wilden Natur als auch ihre Bezwingung durch den Menschen“ [Gotthardtunnel].¹⁸

„Man hatte allen Grund, die Natur als Gefahrenherd und die Errungenschaften der modernen Technik als Segen zu empfinden. Spektakuläre Ereignisse wie der Bergsturz von Goldau (1806) und der Erdrutsch von Elm (1881), eine Reihe von katastrophalen Überschwemmungen (1834, 1839, 1868) und alltägliche Vorkommnisse wie Windverwehungen, Lawenniedergänge, Rufen, über die Ufer tretende Flüsse, Terrainabsenkungen usw. konnten nun wirksam angegangen werden. Besonders imponierend waren die Linth- und die erste Juragewässerkorrektur. Die ausgedehnten, malariadurchzogenen Sumpfgebiete konnten zur Gewinnung von landwirtschaftlichen Böden für die Versorgung der wachsenden Bevölkerung trockengelegt werden. Erste Meliorationen wurden in Angriff genommen. Gleichzeitig wurzeln aber auch erste Ansätze zu einem Denken in Naturräumen in dieser Zeit: Als Ursache zahlreicher Verwüstungen eruierte man das exzessiv praktizierte Abholzen der Gebirgswälder, deren Wiederbestockung man nun, parallel zu den technischen Massnahmen im Wildwasserbau, grosse Aufmerksamkeit schenkte.

Der Bund unterstützte, teils aufgrund der 1874 neu erhaltenen Kompetenzen im Bereich Wasserbau und Forstpolizei in Berggebieten (Art. 24 BV), teils unter Berufung auf die umfassende Bestimmung über öffentliche Werke, die im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils derselben liegen (Art. 23 BV), die Verbauung der Wildbäche, nahm sich der Wasserkorrekturen an und forcierte die grossen Meliorationen. Sein Kompetenzbereich wurde 1897 noch erweitert und durch eine Neuformulierung des Art. 24 BV auch auf Wasserbauten und Wälder ausserhalb des Berggebietes ausgedehnt.“¹⁹

3.2 Wende vom 19. ins 20. Jahrhundert: Geburtsstunde vorökologischer Ansätze

„Die Jahrhundertwende gewährte ein nie gesehenes Wachstum der Städte. (...) Die industrielle Entwicklung brachte eine Abwanderung der Bevölkerung aus den Berggebieten mit sich. Im Mittelland wurde eine zunehmend beschleunigte Landschaftsveränderung sichtbar. Die Agglomerationen wuchsen an, es kam zu ersten Eingemeindungen. Allmählich machte sich in städtischen Kreisen ein gewisser Identitätsverlust bemerkbar. Alles zusammen führte zu einer Veridealisierung der ländlichen Wurzeln, unterstützt durch die 1897 erfolgte Gründung des Schweizerischen Bauernverbandes. Weltanschauliche Strömungen, die einen Weg „zurück zur Natur“ suchten (Wandervogel-Bewegung, Monte Verità usw.) kamen auf. Der Tourismus wurde in den Bergregionen zum wichtigsten volkswirtschaftlichen Faktor. Diese erlebten die industrielle Revolution auf ihre eigene Art: Energie- und Verkehrsanlagen

¹⁸ Hepperle/Lendi 24.

¹⁹ Hepperle/Lendi 25.

wie Wasserkraftwerke, Zahnradbahnen und Eisenbahntunnels (Gotthard, Simplon, Lötschberg) begannen auch die Landschaft zu verändern.

In diesem Umfeld wurden Vereinigungen wie der Schweizer Heimatschutz (1905) und der Schweizerische Bund für Naturschutz (1909) aus der Taufe gehoben. Mit der finanziellen Unterstützung der Eidgenossenschaft gelang es, auf privater Basis die Idee eines Schweizerischen Nationalparks zu realisieren - gegen den Widerstand derjenigen, die vor den Gefahren der Rückkehr der ausgerotteten Wildtiere warnten. Die Regelung des Natur- und Heimatschutzes blieb indessen Sache der Kantone. Diese begnügten sich mit punktuellen Schutzmassnahmen; für den Erlass entsprechender Eigentumsbeschränkungen konnten sie sich auf Art. 702²⁰ des Schweizerischen Zivilgesetzbuches von 1907 stützen. Das Forstpolizeigesetz von 1902 brachte demgegenüber als Ausführungsgesetz zum revidierten Art. 24 BV das berühmte allgemeine Walderhaltungsgebot als flächendeckende und in diesem Sinne erste eigentliche raumplanerische Massnahme. Die Deckung des wachsenden Energiebedarfes suchte man mit einem Wasserwirtschaftsartikel zu erleichtern, dessen Ausführungsgesetz²¹ von 1916 datiert.

In den Naturwissenschaften finden wir zu dieser Zeit erste Ansätze zu einer globaleren Betrachtungsweise.“ Die Rede war von Raubwirtschaft; das Hygienebedürfnis in den Städten stieg. „Der Einfluss der Trinkwasserqualität auf den Gesundheitszustand der Bevölkerung wurde ebenso erkannt wie die Nachteile einer Überbelastung der Gewässer mit Zivilisationsabfällen, namentlich deren Auswirkungen auf den Fischbestand. Erste Kanalisationen und Abwasserfilteranlagen wurden errichtet. Der Umgang mit Abfällen und Abwässern wurde zum Gegenstand kommunaler Regelungen. Das Fischereigesetz von 1888 nahm sich gar auf eidgenössischer Ebene den Interessen der Fischerei an und brachte Vorschriften über die Zulässigkeit des Einbringens von Stoffen in Fischereigewässer.“²²

3.3 Zwischen den Weltkriegen: Die Freilegung der ökonomisch-sozialen Raumfunktion

Im Anschluss an den ersten Weltkrieg kam es zu verschiedenen Versuchen, die demographische Entwicklung zu steuern und gleichzeitig das Ernährungsproblem zu lösen. „In den urbanen Gebieten wurde durch Agglomerationsbildung, Eingemeindungen und Erneuerung des Baurechtes der Boden vorbereitet, der es erlaubte, sich vermehrt Fragen der Organisation der Wirtschaft im Raum zuzuwenden. Erstmals tauchten auch eigentliche Ideen zur Raumordnungspolitik auf: Arbeitersiedlungen mit guten Verkehrsverbindungen und Privatgärten wurden im Aussenring der Städte entworfen. Geeignete Massnahmen, um die Abwanderung aus dem Berggebiet zu stoppen, wurden breit diskutiert; die Landwirtschaftspolitik wurde in den Zusammen-

²⁰ Dieser regelt die „öffentlich-rechtlichen Beschränkungen“ „im allgemeinen“: „Dem Bunde, den Kantonen und den Gemeinden bleibt es vorbehalten, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, wie namentlich betreffend ... die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern, die Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und den Schutz von Heilquellen.“

²¹ BG über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916, SR 721.40.

²² Hepperle/Lendi 25 f.

hang mit der Forst- und Wasserwirtschaftspolitik gestellt. Als Resultat der Bemühungen können wir vorab ein beträchtliches Ansteigen der Subventionen feststellen. Gegen Wasserkraftwerke erhob sich mancherorts teils erbitterter Widerstand. Verschiedene Vorhaben mussten nach massiven Protesten aufgegeben werden (Urserental, Hinterrhein).“²³

3.4 Jahrhundertmitte bis heute: Vom Gestaltungspotential Raum zum Lebensraums

„Wesentliche Wirkungen auf den Lebensraum gingen in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und besonders intensiv zu Beginn der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts vom *Ausbau der Infrastruktur* aus. Es war dies die Antwort des Staates auf das Bevölkerungswachstum, auf die Industrialisierung und die sich daran anschliessende Ausweitung des Dienstleistungssektors, bei gleichzeitiger Zunahme des öffentlichen und vor allem des Individualverkehrs. Der Infrastrukturausbau war verbunden mit einer nun in der ganzen Breite einsetzenden *Raumplanungsdiskussion*. Im wesentlichen ging es darum, kommunale und regionale Baugebiete in Wohn-, Gewerbe- und Industriezonen zu gliedern, diese mit Verkehrs- sowie Versorgungsanlagen aufzuschliessen, Verkehrsverbindungen ... herzustellen ...

Die Jahre nach dem zweiten Weltkrieg führten zu einer tiefgreifenden Veränderung unseres Lebensraumes. Die ersten Alarmzeichen bildeten die Gewässerverschmutzung und die Zersiedelung des Landes, vor allem in der offenen Landschaft.“ Hinzu kam ein Wachstum der Städte, der Agglomerationen, der Einfamilienhausgebiete, der Tourismusanlagen etc. „*Das Postulat, mit dem gegebenen Lebensraum und vor allem mit dem knappen Gut «Boden» haushälterisch umzugehen, fand Zug um Zug Anerkennung.* Auf Bundesebene brachte im Jahre 1953 eine Verfassungsänderung die Möglichkeit, den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen anzugehen und das Bauen ausserhalb der Anschlussmöglichkeiten an die Kanalisation zu erschweren. Im Jahre 1962 folgte die Bestimmung über den Natur- und Heimatschutz (Art. 24sexies BV). Sie schliesst auch den Landschafts- und Denkmalschutz ein. Unter dem Eindruck der beträchtlichen Bevölkerungszunahme und der weiteren zu erwartenden Entwicklung wuchs das Bewusstsein um die Knappheit des zur Verfügung stehenden Raumes. Die aus der «Anbauschlacht» während des zweiten Weltkrieges gesammelten Erfahrungen wirkten in der Idee einer ausreichenden autonomen Landesversorgung nach. Die sich hieraus ergebende Forderung, der Landwirtschaft die nötigen Flächen für die Bewirtschaftung freizuhalten, prallte auf das gegensätzliche dringende Bedürfnis, der Einwohnerschaft genügend Wohnungen bereitzustellen. Entscheidende Bedeutung in diesem Konflikt kam der 1969 erfolgten Ergänzung der Verfassung durch den Raumplanungsartikel (Art. 22quater BV) zu, der es - unter Wahrung der gleichzeitig mit dem Raumplanungsartikel nun auch ausdrücklich in der Verfassung verankerten Eigentumsгарantie (Art. 22ter BV) - erstmals ermöglichte, nicht nur den umbauten, sondern den ganzen Raum in die Planung einzubeziehen. Nicht minder bedeutsam war die im Jahre 1971 mit überwältigendem Mehr angenommene Verfassungsbestimmung über den Umweltschutz (Art. 24septies BV), die den Immissionsschutz anvisierte. Es folgten 1972 die Bestimmung über die Förderung des Wohnungsbaus (Art. 34sexies BV) und 1975 diejenige über die Gesamt-

²³ Hepperle/Lendi 26 f.

wasserwirtschaft (Art. 24bis BV), in welche der Gewässerschutz neu integriert wurde.“²⁴

ERSTES KAPITEL: DAS EIGENTUM

Das Eigentum an Sachen ist keine Selbstverständlichkeit, auch wenn der heutige Zeitgenosse eine klare Vorstellung davon hat, was ihm gehört und was nicht. Eben- sowenig wie das Recht etwas natürliches ist, ist es dies also das Eigentum als Be- ziehung zwischen einer Person und einer Sache. So bestimmt die jeweilige Gesell- schaft, wie und an welchen Gütern Eigentum überhaupt bestehen soll. Beispielhaft lässt sich dies am Immaterialgüterrecht, wie es Urheber- und Patentrecht, Marken- recht oder Muster- und Modellrecht darstellen, zeigen. Erst die Festlegung dieser Rechte schützen den Komponisten eines Gassenhauers. Das dem so sein soll, ist jedoch keine naturgegebene Tatsache, sondern ein rechtspolitischer Entscheid einer Gesellschaft. Damit formuliert sie, dass die Leistung der Komponierung eines musi- kalischen Werkes schutzwürdig ist, wie es das Vollrecht an einer Sache eben auch ist. Diese Entscheidung schliesst aus, dass die Komposition als Allgemeingut be- handelt und so von jedermann gebraucht, genutzt werden kann. Die Einführung von Immaterialgüterrechten beschert dem Komponisten ein Exklusivrecht an seiner geis- tigen Schöpfung - die Gewährleistung des Eigentums tut dasselbe mit den Sachen.

Das formelle Eigentum - Verfügungs- und Nutzungsrecht - (Regelwerk/-system) bil- det die Basis für den „Umgang“ mit den Ressourcen. Im ersten Teil wird aus eher privatrechtlicher bzw. sachenrechtlicher Sicht skizziert, was es mit dem „Eigentum“ auf sich hat. Der zweite Teil bringt Ergänzungen aus eher öffentlichrechtlicher Sicht. Auf eine verknappte Kurzformel gebracht:

Das privat-/sachenrechtliche Eigentum bestimmt, dass der Eigentümer mit seinen Ressourcen etwas „machen“ darf - (vor allem) öffentlichrechtliche Bestimmungen konkretisieren den Inhalt des Eigentums näher und legen fest, was mit den Ressourcen „gemacht“ werden darf. Der Grundsatz dabei ist jener der Allmacht des Eigen- tümers. Je nachdem aus welcher Optik heraus man die Sache ansieht, geht es dann um *Beschränkungen* oder eben *Konkretisierungen* dieser Allmacht, also darum fest- zulegen, worin die Allmacht denn besteht und wie sie durch den Eigentümer im Rechtsverkehr zwischen den daran teilnehmenden Rechtssubjekten - Privaten aber auch dem Gemeinwesen - zum Ausdruck gebracht werden kann.

²⁴ Hepperle/Lendi 27 f. Vgl. auch Haller/Karlen 4.

I. PRIVATRECHTLICHER EINSTIEG

1. EINLEITUNG

In der Mitte des letzten Jahrhunderts, 1848, beginnt die Debatte über ein vereinheitlichtes Privatrecht, damit wird auch der Weg zur Bundeskompetenz zu dessen Erlass beschritten. Der Weg ist allerdings äusserst steinig und führt 1874 erst einmal zu einer Teilkompetenz für das sogenannte Verkehrsrecht in der Bundesverfassung. Erst 1898, nach langem Ringen, erhält der Bund die ausschliessliche Kompetenz zum Erlass des gesamten schweizerischen Privatrechts.

Die rasante Entwicklung der Wirtschaft hatte die Rechtsentwicklung in den Kantonen z.T. bereits weit zurückgelassen. Während die einen schon eigene, an die neuen wirtschaftlichen Verhältnisse angepasste Rechtsordnungen geschaffen hatten, vertrauten andere nach wie vor auf alte und traditionelle Rechtsquellen - das Werk Eugen Hubers hat spät - aber immerhin - diese Angleichung nachvollzogen²⁵ und das zersplitterte Recht der Kantone schlussendlich doch noch vereinheitlicht (und so beispielsweise die ca. 40 verschiedenen Grundpfandrechtsarten auf die drei des heutigen Sachenrechts reduziert).

Bis dahin legiferierten die einzelnen Kantone ihr Privatrecht selber. Die einen orientierten sich dabei an ausländischen oder inländischen Kodifikationsvorbildern - und lassen sich mehr oder weniger uneinheitlich auch in entsprechende Gruppen einteilen, die andern führten das einheimische, vaterländische Recht weiter²⁶. Wie auch immer, die Vereinheitlichung brachte in diesem Zusammenhang auch Probleme des Übergangsrechts, die Frage danach, welche alten kantonalen Rechte noch weitergelten würden - eine Frage, die gerade für das Sachenrecht von grosser Bedeutung war (man denke nur an die Einführung des eidgenössischen Grundbuches, das eine Vielzahl von teils nirgends schriftlich festgehaltenen Rechten an Grund und Boden zu bereinigen hatte - verständlich, dass diese Bestrebungen heute noch bei weitem nicht abgeschlossen sind).

Die Bundesverfassung von 1898 sieht die angesprochene Kompetenz in Art. 64 Abs. 2 (neu: Art. 122 Abs. 1 BV) vor:

Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.

Dies nachdem er die Kompetenz in den Gebieten Obligationen-, Immaterialgüter- und Schuldbetreibungs- und Konkursrecht - wie gesehen - bereits innehatte.

Damit war der Weg frei für die Umsetzung der Vorarbeiten Hubers in ein Zivilgesetzbuch, bei dem nicht mehr das Grundeigentum alles bestimmte, wie noch in den ers-

²⁵ Vgl. dazu P. Caroni: Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1991.

²⁶ Bei der Schaffung eigener, kantonaler Kodifikationen haben sich drei Gruppen gebildet: die des code civil (sämtliche welschen Kantone, Tessin, Freiburg, Wallis und der Berner Jura), die des ABGB, des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches von Österreich (Bern, Luzern, Aargau und Solothurn) und schliesslich die des zürcherischen PGB (Schaffhausen, Graubünden, Zug, Glarus, Nidwalden und Thurgau). Die beiden Basel, St. Gallen, Obwalden, Uri, Schwyz und die beiden Appenzell hatten nicht kodifiziert - allerdings aus den unterschiedlichsten Gründen; dazu: P.Caroni, Privatrecht, eine sozialhistorische Einführung, S. 35ff.

ten aufgeklärten, aber halt noch am Bodenwert orientierten Kodifikationen, wie etwa dem code civil Frankreichs. Nach der industriellen Revolution war der Vertrag längst nicht mehr über das Eigentum zu verstehen, es waren andere Produktionsmittel dazugekommen, die ebenfalls oder gar besser handelbar waren.

Das ZGB von 1912 erfasst das Sachenrecht als gleichwertigen Titel im Rahmen des gesamten Privatrechts. Es hat sich im Verlauf der letzten 87 Jahren als eher statische, änderungsfeindliche Materie gezeigt, während etwa das Vertragsrecht dynamischere Wege gegangen ist. Am Regelwerk, am Eigentum und den damit verbundenen Berechtigungen hat sich seit Erlass des ZGB jedenfalls nichts Zentrales geändert. Anders sieht es hingegen mit dem öffentlichen Recht aus. Dieses - durch die Emanzipation des Privatrechts (u.a. auch als Emanzipation eines dynamischen Bürgertums vom Staat des ancien régime) erst einmal zurückgedrängt - erfährt mit zunehmender Wichtigkeit der öffentlichen Aufgaben innerhalb des Staatsgefüges im Verlaufe des 20. Jahrhunderts an Bedeutung. So ist schon bei Schaffung des ZGB klar, dass das Regelwerk zwar als Grundstein des einzelnen privatautonomen Rechtssubjekt unantastbar ist (vgl. Eigentumsfreiheit als Grundrecht), aber ebenso, dass es einer Konkretisierung bedarf, was dem einzelnen puristisch gedachten Eigentümer als Beschränkung erscheinen muss.

2. BUNDESPRIVATRECHT, PRIVATRECHT DER KANTONE UND ÖFFENTLICHES RECHT

Damit ist es grundsätzlich ausschliesslich das Bundesrecht, das sachenrechtliche Regeln - und damit das im Sinne der hier interessierenden Arbeit gefragte Regelwerk - aufstellt. Die Kantone können privatrechtliche Regeln nur noch in *Ausnahmefällen* aufstellen. Solche müssen explizit im ZGB vorgesehen sein. Diese Einbruchstellen kommen in *dreierlei* Formen vor: aufgrund des *sogenannten echten Vorbehalts* des kantonalen Rechts, des *Übergangsrechts* und der *indirekten Anwendung bei nicht nachweisbarem Ortsgebrauch*. Sie kommen stets dort zustande, wo es um kleinräumige Verhältnisse geht, wo das Recht schon immer unterschiedliche Lösungen für dasselbe Probleme geboten hat, wie etwa im Nachbarrecht (z.B. bezüglich der Bauabstände in Art. 686 ZGB, dem Kapp- und Anriesrecht in Art. 688 ZGB, d.h. dem Recht, über die Grundstücksgrenze hängende Äste und wachsende Wurzeln zu kappen oder daran wachsende Früchte zu ziehen, etc.).

2.1 Der echte Vorbehalt von Art. 5 Abs. 1 ZGB

Er stellt die Grundlage der Regelung des Verhältnisses zwischen dem Bundesprivatrecht und dem kantonalen Privatrecht dar, und setzt fest, wann das kantonale Recht überhaupt noch *direkt* zum Zuge kommen kann. Echte will in diesem Sinne denn eben auch heissen, dass das Bundesrecht in diesen Fällen die Regelung effektiv und vorbehaltlos den Kantonen überlässt, obwohl die Kompetenz zur Legiferierung eigentlich dem Bund zustehen würde. So sieht Art. 5 Abs. 1 ZGB vor:

Soweit das Bundesrecht die Geltung kantonalen Rechtes vorbehält, sind die Kantone befugt, zivilrechtliche Bestimmungen aufzustellen oder aufzuheben.

Die Kantone haben von dieser Möglichkeit unterschiedlichen Gebrauch gemacht. Die entsprechenden Regelungen finden sich insbesondere in den jeweiligen kantonalen Einführungsgesetzen zum ZGB. Beispiele dafür wären etwa die zum Nachbargrundstück einzuhaltenen Abstände bei Bauten und Grabungen (Art 686 ZGB) und Pflanzen (Art. 688 ZGB), die Inhaltsbestimmung von landwirtschaftlichen Wegrechten (Art. 740 ZGB), die Einfriedung der Grundstücke (Art. 697 Abs. 2 ZGB), die Quellenbenutzung durch Dritte (Art. 709 ZGB), die Verpfändung von öffentlichem Grund und Boden (Art. 796 Abs. 2 ZGB), etc.

2.2 Das Übergangsrecht der Schlusstitel des ZGB

Daneben bestehen kantonalen Lösungen heute auch noch im Übergangsrecht - also dort, wo zwar alte Institute fortleben, weil eine sofortige Aufhebung nach in Kraft treten des ZGB unbillig oder unerwünscht gewesen ist, jene aber in dieser Form und unter dem ZGB-Primat nicht mehr neu erreicht werden können.

Beispielhaft dafür gelten die Tessiner (Edel-)Kastanienbäume, die entgegen des Akzessionsprinzips von Art. 667 Abs. 2 ZGB, wonach jeder Baum das rechtliche Schicksal des Grundstücks, auf dem er gepflanzt ist, teilt, nach wie vor einem separaten Baumeigentümer gehören können:

Art. 20 ZGB-Schlusstitel, Besondere Eigentumsrechte, Bäume auf fremdem Boden:

1 Die bestehenden Eigentumsrechte an Bäumen auf fremdem Boden werden auch weiterhin nach kantonalem Recht anerkannt.

2 Die Kantone sind befugt, diese Verhältnisse zu beschränken oder aufzuheben.

Und:

Art. 45 ZGB-Schlusstitel, Behandlung aufgehobener Rechte:

1 Dingliche rechte, die nach dem Grundbuchrecht nicht mehr begründet werden können, wie Eigentum an Bäumen auf fremdem Boden, Nutzungspfandrechte und dergleichen werden im Grundbuch nicht eingetragen, sind aber in zweckdienlicher Weise anzumerken.

2 Sind sie aus irgendwelchem Grunde untergegangen, so können sie nicht neu begründet werden.

2.3 Der Ortsgebrauch nach Art. 5 Abs. 2 ZGB

Schliesslich kommen alte kantonale Lösungen - auch diejenigen, die nicht via Übergangsrecht überlebt haben oder explizit vorgesehen sind - gemäss Abs. 2 von Art. 5 ZGB dort noch als Ersatzlösung zum Zuge, wo *kein klarer Ortsgebrauch* nachgewiesen werden kann: Man zieht in diesen Fällen die Lösung zu Rate, die im alten, ausser Kraft gesetzten kantonalen Privatrecht gegolten hat. Man anerkennt also das alte, ansonsten nicht mehr geltende kantonale Privatrecht als *Rechterkenntnisquelle*²⁷, das vermutungsweise die Lösung in einem spezifischen Fall darstellt, weil sonst kein Ortsgebrauch nachgewiesen werden kann. Gegen diese gesetzlich Vermutung steht

²⁷ Die Rechterkenntnisquelle unterscheidet sich von den nach Art. 1 ZGB für das schweizerische Privatrecht abschliessend vorgesehenen drei Rechtsquellen (Gesetz, Gewohnheitsrecht, Richterrecht) dadurch, dass sie nicht als direkte Quelle der nachgesuchten Lösung angesehen wird. Sie liefert bloss die Fundstelle der Lösung, die dann hier Ausfluss des bundesrechtlichen Hinweises auf das alte kantonale Recht ist und damit als eidgenössisches Gesetzesrecht gilt - also der Rechtsquelle des Gesetzes entspringt. Vgl. dazu Pio Caroni, Einleitungstitel des ZGB, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1996, S. 139.

allerdings gemäss Art. 5 Abs. 2 ZGB, der Beweis einer abweichenden aber gefestigten sonstigen Übung offen:

Wo das Gesetz auf die Übung oder den Ortsgebrauch verweist, gilt das bisherige kantonale Recht als deren Ausdruck, solange nicht eine abweichende Übung nachgewiesen ist.

2.4 Der unechte Vorbehalt von Art. 6 ZGB

Das ZGB kennt zugunsten der Kantone einen zweiten Vorbehalt, dieser wird als unechter Vorbehalt bezeichnet, weil er *öffentliches Recht der Kantone* vorbehält, was schon aufgrund der Kompetenzverteilung in der Bundesverfassung gilt und deshalb nicht im Sinne eines echten Vorbehaltes verstanden werden kann: Das kantonale Recht wird damit nicht eigentlich *echt* vorbehalten - es gilt kraft Kompetenzausscheidung so oder so: Nach Art. 3 BV (auch neues Recht) steht das öffentliche Recht grundsätzlich den Kantonen zu. Solange das kantonale öffentliche Recht das Bundeszivilrecht nicht gerade vereitelt²⁸, kann es das private Sachenrecht durchaus tangieren oder auch einschränken.

Art. 6 ZGB, öffentliches Recht der Kantone:

1 Die Kantone werden in ihren öffentlichrechtlichen Befugnissen durch das Bundeszivilrecht nicht beschränkt.

2 Sie können in den Schranken ihrer Hoheit den Verkehr mit gewissen Arten von Sachen beschränken oder untersagen oder die Rechtsgeschäfte über solche Sachen als ungültig bezeichnen.

Dieser unechte Vorbehalt wiederholt sich im Sachenrecht konkretisierend etwa in Art. 702 ZGB, der öffentliches kantonales und Bundesrecht in bestimmten Fällen dem Bundesprivatrecht vorgehen lässt:

Art. 702 ZGB, öffentlich-rechtliche Beschränkungen, im allgemeinen:

Dem Bunde, den Kantonen und den Gemeinden bleibt es vorbehalten, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, wie namentlich betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen, den Reckweg, die Errichtung von Grenzmarken und Vermessungszeichen, die Bodenverbesserungen, die Zerstückelung der Güter, die Zusammenlegung von ländlichen Fluren und von Baugebiet, die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern, die Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und den Schutz der Heilquellen.

Diese Vorbehalte zeigen auf, dass das privatrechtliche Sachenrecht Eingriffe des öffentlichen und auch wieder privaten aber eben kantonalen Rechts zu gewärtigen hat.

2.5 Die öffentliche Sache - das öffentliche Sachenrecht?

Das *Sachenrecht* in der Schweiz ist dogmatisch eine privatrechtlich geregelte Materie, d.h., es gibt im Grunde nur einen *privatrechtlichen Eigentumsbegriff* - öffentlich-rechtliches Eigentum im Sinne der *domaine public*, wie sie ausländischen Rechtsordnungen (Frankreich, Italien, etc.) bekannt ist, gibt es nicht. Damit muss grund-

²⁸ Die kantonalen öffentlich-rechtlichen Normen können so zwar Auswirkungen auf Privatrechtsverhältnisse zeitigen, dieser sog. „expansiven Kraft“ des kantonalen Rechts ist aber insofern Grenzen gesetzt, als dass es nicht zu einer Vereitelungen des Bundeszivilrechts führen darf. Vgl. dazu: Meier-Hayoz, Berner Kommentar, Systematischer Teil, N 44. So auch BGE 120 Ia 286.

sätzlich auch das öffentliche Recht auf den Eigentumsbegriff des ZGB zurückgreifen²⁹.

„Entscheidendes Kriterium zur Beurteilung, ob eine Sache als öffentliche zu betrachten ist, sind nicht die Eigentumsverhältnisse, sondern die Zweckbestimmung. Auch eine im Eigentum Privater stehende Sache ist eine öffentliche, wenn in den Dienst öffentlicher Aufgaben gestellt ist. So können öffentliche Strassen und Wege durchaus in Privateigentum stehen, wie z.B. die „Berner Lauben.“³⁰

Da das öffentliche Recht verfassungsmässige Aufgaben zu erfüllen hat, die sich aus der Grundordnung des Staates ergeben, weicht die Verwaltung auf Sonderkategorien von Vermögensmassen aus, die den sonst jedem - gerade auch privaten - Rechtssubjekt möglichen Zugriff und die damit verbundene Verfügung oder Nutzung einschränken. Diese Einschränkungen sind durch Zuordnung oder *Widmung* der Sachen vom öffentlichen Recht her definiert. D.h. durch diese Widmung wird eine an sich gewöhnliche Sache, die auch einem Privaten zustehen könnte, zur öffentlichen Sache gemacht, weil die Allgemeinheit ein besonderes Interesse daran hat. So kann aus einer privaten Weganlage eine öffentliche Strasse werden, ohne dass der Private sein Eigentum verliert; er kann nur nicht mehr darüber bestimmen ohne auf den vom Gemeinwesen durch die Widmung beabsichtigten Zweck Rücksicht zu nehmen. Er muss sich hier gefallen lassen, dass sein Weg dem öffentlichen Verkehr zur Verfügung gestellt wird.

Zu den öffentlichen Sachen im engeren Sinne gehören verschiedene nicht stets völlig eindeutig abgegrenzte Kategorien. Sie sind reduzierbar auf drei hauptsächliche Vermögensmassen:

2.51 Finanzvermögen

Es handelt sich hier um Sachen, die das Gemeinwesen wegen deren Kapital-, Tausch- oder Ertragswertes besitzt und die der Verwaltung nur *mittelbar* zur Erfüllung ihrer Aufgabe dienen und dem Privatrechtsverkehr nicht entzogen sind³¹. Dazu gehören etwa Baulandreserven, landwirtschaftliche Heimwesen, Mietliegenschaften, Wertpapiere, etc. Aus der Sicht des Staatshaushalts könnte man sagen, dass der Erwerb von Finanzvermögen für den Staat keine Ausgabe im engen Sinne bedeutet, sondern eine Anlage darstellt.

Gerade weil sie dem Privatrechtsverkehr zugänglich sind, der Staat also diesbezüglich quasi auf gleicher Stufe mit dem Privaten und nicht hoheitlich auftritt, kommen die sachenrechtlichen Bestimmungen des ZGB hier voll zur Anwendung. Das Gemeinwesen tritt bei der Verfügung und Nutzung dieser Sachen wie ein Privater auf, Dritterwerber oder -nutzer können Private sein, die nicht über eine Konzession oder ähnliches, sondern über einen privatrechtlichen Vertrag (Kaufvertrag, Dienstbarkeitsvertrag, Mietvertrag, etc.) in den Genuss der entsprechenden Rechte kommen.

²⁹ 112 II 109 Erw. 2/3.

³⁰ Vgl. Rey, die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, S. 40, Rz 178.

³¹ Vgl. BGE 89 I 43.

2.52 Verwaltungsvermögen

Das Verwaltungsvermögen bilden diejenigen beweglichen und unbeweglichen Sachen, die das Gemeinwesen zur *unmittelbaren* Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt. Dazu gehören etwa Verwaltungsgebäude, Schulen, Spitäler, Feuerwehrmagazine, Kasernen, EDV-Anlagen, Büroeinrichtungen und -maschinen, Bibliotheken etc. Ihrem jeweiligen Zweck gemäss ist die Verfügung über sie eingeschränkt. Es ist ein dem Privatrechtsverkehr soweit entzogenes Vermögen, als dass dieses die direkte Erfüllung öffentlicher Aufgaben gefährden könnte. Diese Sachen dürfen deshalb nicht mit Eigentumsbeschränkungen (Verfügungs- oder Nutzungsbeschränkungen) belastet werden, welche die Aufgabenerfüllung verunmöglichen oder auch nur gefährden könnten³²; so kann z.B. ein Schulhausgebäude nicht mit einem Bauhandwerkerpfandrecht belegt werden, da eine mögliche Zwangsvollstreckung Dritten ein Ersteigerungsrecht und einen entsprechenden Eigentumsanspruch geben würde. Der Zweck, den das Schulhaus zu erfüllen hat, wäre gefährdet, denn der neue, möglicherweise private Eigentümer könnte sich an der vom Gemeinwesen gewählten Zweckorientierung desinteressieren. Er würde als neuer Eigentümer mit dem Grundstück seine eigenen Ziele erreichen wollen und aus dem Schulhausgrundstück könnte ein Fabrikgelände werden.

Auch hier zeigt sich der erweiterte Begriff der „Eigentümerposition“ im öffentlichen Recht. Das Gemeinwesen muss nicht zwingend auch privatrechtlich Eigentümer der Sache im Verwaltungsvermögen sein. Es genügt, dass die Sache einem öffentlichen Zweck dient (was durch die sog. Widmung der Sache erreicht wird), und dass sie aufgrund des öffentlichen Rechts in der *Verfügungsgewalt* des Gemeinwesens steht.

2.53 Sachen im Gemeingebrauch:

Sachen im Gemeingebrauch können aufgrund ihrer natürlichen Beschaffenheit und Lage oder aufgrund ihrer Zweckbestimmung (sie wurden dafür gebaut, durch die zuständige Behörde dazu bestimmt, etc.) von jedermann ohne behördliche Erlaubnis und gebührenfrei in bestimmungsgemässer, in ihre Substanz nicht eingreifender Weise benützt werden. Es geht also um Sachen, die der Allgemeinheit zur Verfügung stehen und durch die daherige *Widmung* (Plätze, Brücken, Strassen, etc.) oder aufgrund ihrer *Natur* (kulturunfähiges Land wie Felsen, Gletscher, Gewässer, etc., vgl. Art. 664 ZGB) zur „öffentlichen“ Sache werden. Die Entwicklungen der letzten fünfzig Jahre haben auch einen rechtlichen Wandel in der Behandlung der öffentlichen Sache zur Folge: gerade für das Wasser lässt sich dies zeigen. Während die öffentlichen Gewässer (mittlerweile praktisch alle ober- und unterirdischen Gewässer) grundsätzlich den Sachen im Gemeingebrauch zuzuordnen waren, werden Flüsse, Bäche und Seen längst nicht mehr bloss durch den Gemeingebrauch (Spiel, Sport und Erholung) definiert. Ökologische Anliegen haben längst dazu geführt, dass eine differenzierte Sichtweise angebracht ist. Gerade auch das Grundwasser hat in neuerer Zeit für die Lebensbedingungen der Allgemeinheit eine wichtige Bedeutung

³² vgl. BGE 107 II 47. In BGE 120 II 321 hat das Bundesgericht die Aargauer Kantonalbankgebäude als nicht zum Verwaltungsvermögen gehörend bezeichnet und damit betreffend Zwangsvollstreckung einer privatrechtlichen Liegenschaft gleichgestellt. Dieser Entscheid erfolgte auf der Ansicht, dass die Tätigkeit der Bank einer rein privatrechtlich tätigen Privatbank so nahe komme, dass sich eine Sonderbehandlung gegenüber den Gläubigern nicht rechtfertigen lassen würde.

erlangt, sodass es dem Gemeingebrauch durch jedermann weitgehend entzogen worden ist.

Wird die Nutzung der Allgemeinheit zugunsten Einzelner eingeschränkt, spricht man von *gesteigertem Gemeingebrauch* oder *Sondernutzung*, denen die *Polizeibewilligung* (bspw. für Demonstrationen) oder die *Konzession* entsprechen.

Man spricht in diesem Sinne von einer beschränkten Anwendung des Privatrechts und dem Vorbehalt des öffentlichen Rechts; es existiert im Kontext des öffentlichen Rechts also ein „modifiziertes Privateigentum“, das sich zwar an den Artikeln 641 ff. ZGB orientiert, jedoch den öffentlichrechtlichen Bestimmungen im Sinne von Eigentumsbeschränkungen unterliegt. Es gibt damit zwar öffentliche Sachen (die - wie gesehen - aber trotzdem einen privaten Eigentümer haben können) aber kein öffentlichrechtliches Sachenrecht, im Sinn eines zusätzlichen, am öffentlichen Recht orientierten Regelwerks.

2.53.1 Die Konzession als öffentlichrechtliche Befugnis der Sondernutzung einer Sache im Gemeingebrauch - eigentumsähnliches Recht?

Der Begriff der Konzession ist dem Privatrecht fremd und gehört klar dem öffentlichen Recht an. Dennoch klingt dabei eine Rechtsposition an, die stark an die des Eigentümers erinnert; insbesondere die Tatsache, dass Konzessionen im allgemeinen nicht einfach so wieder entzogen werden können, und wenn, dann höchstens gegen Entschädigung, oder eben anders formuliert auf dem Enteignungsweg. Der vom öffentlichen Recht verwendete Begriff des Verfügens hat also wohl einen weiteren Bedeutungshorizont als der privatrechtliche, der - wie gesehen - klar, streng und eindeutig genug ist. Immerhin hat sich der Konzessionär an eine vertraglich oder eben öffentlichrechtlich konzipierte Vereinbarung mit dem Gemeinwesen über die konzessionierte Sache zu halten. D.h., dass er grundsätzlich zwar eigentumsähnliche Rechte hat, aber auch klar Pflichten zu erfüllen hat, die dem Freiheitsgrundsatz der privatrechtlichen Eigentümerposition in ihrer puren Form nicht zugrunde liegen. Diese Ergänzung erfährt der privatrechtliche Eigentumsbegriff erst durch seine Beschränkungen oder Konkretisierungen - je nach Blickwinkel.

Die Konzession vermittelt also mit Sicherheit eine andere, stärkere Position als eine gewöhnliche Polizeibewilligung für bloss gesteigerten Gemeingebrauch - wie etwa eine Demonstrationsbewilligung, ein Fischerpatent, etc. Mit Blick auf die zu untersuchenden Ressourcen stehen hier vor allem Konzessionen in Frage, die den Umgang mit der Ressource betreffen, wo es allerdings meistens nicht um die Verfügung, sondern um die Nutzung der Ressource geht.

Nach dem Bundesgericht ist die Konzession „ein einseitiger staatlicher Hoheitsakt, dessen Inhalt Konzedent und Konzessionär unter Vorbehalt zwingenden öffentlichen Rechts frei vereinbaren“ können. Sie wird dadurch „einem vertraglich begründeten Rechtsverhältnis vergleichbar“³³.

Ausser, dass er ein Recht-Pflicht-Verhältnis beschreiben will, kann dem Begriff wenig entnommen werden, was eine klare und einheitliche Definition zulassen würde.

³³ Vgl. BGE 109 II 77.

Schon im Verwaltungsrecht, dem er seinen Bestand verdankt, wird häufig nicht exakt zwischen Beleihung (im Sinne der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private) und Verleihung (im Sinne von Konzessionierung) unterschieden, wenn von Konzession die Rede ist. Selbst diese erste Grundunterscheidung lässt immer noch eine Vielzahl von Konzessionsarten übrig. Sie entspringen entweder einem Monopol, einem Regal oder einer Konzessionshoheit des Gemeinwesens.

Der Verwaltungsrechtler Fritz Gygi dazu:

„Es braucht kaum näher belegt zu werden, dass sowohl der Gegenstand der Konzession wie ferner die sich aus dem Verleihungsverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten - trotz des gemeinsamen Namens Konzession - von Verleihung zu Verleihung grundverschieden sein können. (...) Man darf also nicht von *der* Konzession als einer in sich geschlossenen Art von Verwaltungsrechtsverhältnissen oder Verwaltungsverfügungen sprechen. Bestenfalls kann Konzession als *Gattungsbezeichnung* für eine Reihe von Rechtsverhältnissen dienen, die sich in dieser oder jener Beziehung gleichen, in anderer Hinsicht aber wesentlich voneinander abweichen. Das gemeinsame Merkmal besteht darin, dass die betreffende Tätigkeit sich nicht aus einem verfassungsrechtlichen Freiheitsrecht ableiten lässt, sondern sich auf eine staatliche Verleihung kraft Regal, Monopol, Konzessionshoheit oder öffentlichen Eigentums stützt. Sonst aber ergeben die Verleihungen in den verschiedenen Sach- und Rechtsgebieten kein einheitliches Bild. Es muss bei einer mehr beispielhaften Betrachtung bleiben.“³⁴

Im vorliegenden Fall dürften insbesondere die Konzessionen interessant sein, welche Sondernutzungskonzessionen genannt werden und etwa die Sondernutzung an öffentlichen Sachen einräumen und damit Dritte völlig von der Nutzung ausschliessen (zum Begrifflichen BGE 106. Ib 36). Erneut Gygi:

„Die Sondernutzungsrechte an öffentlichen Sachen beruhen auf der Sachherrschaft des Gemeinwesens über diese Sachen. Diese Sachherrschaft ersetzt teilweise das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage hinsichtlich der Regelung von Benutzungsverhältnissen an öffentlichen Sachen (z.B. BGE 75 I 14f., 88 I 25, 99 Ib 230f.).“³⁵

Konzessionen gelten gemeinhin als wohlerworbene Rechte - eine ebenfalls schillernde Rechtskategorie, die in der Lehre eingehend erörtert wird³⁶. Meist betrifft dies den vertraglichen Teil, also den Teil, den die Parteien gemeinsam ausgemacht haben und der nicht autoritativ vom Staat verfügt wird (Bei den Wasserkraftkonzessionen demgegenüber findet sich die Grundlage des wohlerworbenen Rechts direkt im Gesetz - vgl. unten).

Sie werden nach Häfelin/Haller umschrieben als „vermögenswerte Ansprüche des Bürgers gegenüber dem Staat, die sich durch besondere Rechtsbeständigkeit auszeichnen“. Sie sind in ihrem Bestand und Wert geschützt und gelten als grundsätzlich unentziehbar. So können sie nicht entschädigungslos aufgehoben oder massgeblich eingeschränkt werden, auch nicht durch spätere Gesetze. Es besteht also keine absolute Gesetzesbeständigkeit, aber eine Wertgarantie (die damit eben mindestens Entschädigung garantiert).

Nach der alten Bundesgerichtspraxis (etwa noch in BGE 96 I 282 ff.) wurde den wohlerworbenen Rechten noch praktisch absoluter Schutz gewährt, d.h. grundsätzlich jeder Eingriff entschädigt. Damit unterschieden sie sich zum Eigentum, das sich

³⁴ Fritz Gygi Verwaltungsrecht, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1986, S. 197f.

³⁵ Gygi, S. 196.

³⁶ Nebst vielen: Georg Müller BV-Kommentar zu Art. 22ter, Rz. 2; Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 1990, Nr. 122 B II ff.

eine Vielzahl von Einschränkungen ja grundsätzlich gefallen lassen muss. Nach heutiger Lehre und Praxis stehen die wohlerworbenen Rechte sowohl unter dem Schutz der Eigentumsgarantie als auch des Vertrauensprinzips. Aus Art. 4 BV. Der Einzelfall entscheidet darüber, welche Position - die sachenrechtliche Legitimierung oder die Vertrauenssituation zwischen Staat und Bürger - in Frage steht, danach richtet sich auch der Grundrechtsanspruch. Wann ein Anspruch auf Entschädigung besteht - also ein entsprechender Grundrechtseingriff entschädigungspflichtig ist, bestimmt sich heute nach der bundesgerichtlichen *Substanztheorie* (bei der die wirtschaftliche Tragbarkeit eines Eingriffs eine wichtige Rolle spielt) Dazu der Entscheid Illanz, BGE 107 Ib 140:

„b) Die Rechte, welche einem Kraftwerkunternehmen aufgrund einer Konzession für die Gewässernutzung eingeräumt werden, sind kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung wohlerworbene Rechte (Art. 43 Abs. 1 WRG). Dass mit Bezug auf Einzelheiten die Meinungen über das Wesen des wohlerworbenen Rechts vor allem in der Rechtslehre auseinander gehen, kann in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben (vgl. dazu: KÄMPFER, Zur Gesetzesbeständigkeit wohlerworbener Rechte, Mélanges Henri Zwahlen, 1977, S. 339 ff. und RHINOW, Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht, in: ZBl 80 /1979 S. 1 ff.). Hier ist wichtig, dass ein wesentliches Element des wohlerworbenen Rechts die sog. Gesetzesbeständigkeit ist (KÄMPFER, a.a.O., S. 340 und 357 ff.; RHINOW, a.a.O., S. 4 und 17 ff.). Durch spätere Gesetze kann ein solches Recht grundsätzlich nicht aufgehoben oder eingeschränkt werden. Rechte, die durch Konzessionen verliehen wurden, können somit durch die künftige Gesetzgebung nicht entschädigungslos aufgehoben oder sonstwie in ihrer Substanz beeinträchtigt werden. Dagegen ist es nicht von vorneherein ausgeschlossen, Gesetze anzuwenden, die nach der Verleihung in Kraft treten, sofern die neuen Normen keinen Eingriff in die Substanz des wohlerworbenen Rechts zur Folge haben.

(...) Die Gesetzesbeständigkeit schliesst nicht schlechthin jede Anwendung eines späteren Gesetzes auf ein früher konzediertes Werk aus (E. 3b), und zudem lässt es der in die Konzession aufgenommene Vorbehalt der bestehenden und künftigen Gesetze ausdrücklich zu, dass künftige Gesetze auf die Konzessionärin angewendet werden. Das Fischereigesetz wie das Natur- und Heimatschutzgesetz enthalten zur Hauptsache Regeln, die an sich nicht in die Substanz der verliehenen Rechte eingreifen. Deshalb war es unter dem Gesichtspunkt des Schutzes wohlerworbener Rechte zulässig, das fischereirechtliche Verfahren durchzuführen und in der entsprechenden Bewilligung bestimmte Massnahmen vorzubehalten.“

3. DER EIGENTUMSBEGRIFF UND DIE EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN

Seit Menschengedenken spielt die Relation Person - Sache eine spezielle Rolle in den menschlichen Gesellschaften. Der Eigentumsbegriff ist darum auch stets Wandlungen unterworfen gewesen.

Während das römische Recht einen klaren, abstrakten Eigentumsbegriff bereits kennt, beschränkt sich dieser allerdings auf die römischen Bürger und schliesst den Grossteil der Menschen des Reiches damit aus. Das Mittelalter wiederum geht von einem ungeteilten Eigentum aus, das seinen Spiegel in der Gesellschaft des sozial, politisch und ökonomisch stark verwobenen Ständestaates findet: Mehrheit von Berechtigten und Berechtigungen an einer oder mehreren Sachen.

Der Eigentumsbegriff orientiert sich stets an den wirtschaftlichen Präferenzen einer Gesellschaft. Bis weit ins 19. Jahrhundert ist er dominierend für alles übrige Privatrecht, macht seinen Einfluss auf das Erb- und Vertragsrecht geltend, weil die Sache deren Gegenstand ausmacht und das Eigentum daran entscheidend ist. Dies ändert sich wohl erst mit den industriellen Revolutionen, die das (Sach-)Eigentum etwas aus dem Zentrum des Vertragsrechts rücken.

3.1 Der Eigentumsbegriff - von der *plura dominia* zum Eigentumsbegriff des ZGB - ein Exkurs

Sprachlich kommt der Begriff Eigentum im deutschen Sprachraum im Niederdeutschen des 13. Jahrhunderts in der Form des „egendom“ auf und wird sowohl für den Gegenstand, den es erfasst wie auch für das Recht am Gegenstand verwendet.

Noch älter ist der Ausdruck „eigen“ als substantiviertes Partizip von „eigan“ = besitzen.

Der alte, mittelalterliche Begriff ist Spiegelbild einer Gesellschaft, die vom Staatswesen nicht getrennt ist, die somit auch keine Trennung von öffentlichem und privatem Recht kennt. Fehlende Trennung ist ein Charakteristikum des mittelalterlichen Systems: Vielfältigkeit und Komplexität der Beziehungen zwischen Personen(gruppen) und zwischen Personen(gruppen) und Sachen prägen die soziale Wirklichkeit. Dabei überschneiden sich verfassungsrechtliche³⁷ Ebenen mit privatrechtlichen³⁸ - ohne dass diese Termini für das Mittelalter überhaupt Sinn machen würden.

Daran orientiert sich auch das Eigentum. Es kommt in tausend Spielarten vor und umschreibt als Begriff kein absolutes Vollrecht in Abgrenzung zu beschränkten dinglichen Rechten, wie es das ZGB kennt, sondern beschreibt schlicht alle möglichen Berechtigungen an einer Sache. Zur Unterscheidung wird es mit Adjektiven oder gerundischen Beschreibungen versehen: vererblich, lebenslänglich, veräusserlich, freie, unbeschwert, gebunden, etc. Es erfasst auch den Menschen als in ein soziales System integriertes Wesen (Leibeigenschaft). Eigentum ist damit ein komplexes Netz von dinglichen Herrschaftselementen an Sachen und Personen.

In der Beschreibung der Abwehrberechtigung kommt die „gewere“ zum Zug, die dieser Vielfalt von Inhalten entspricht: es handelt sich dabei nicht um eine abstrakte Eigentumsklage, sondern um die Abwehrmöglichkeit eines jeden irgendwie Berechtigten an der Sache gegen unberechtigte Eingriffe.

Im Mittelalter war insbesondere das Grundeigentum von entscheidender Bedeutung: Grundlage für die bis ins 18. oder sogar 19. Jahrhundert hinein geltende Subsistenz- und *Naturalwirtschaft* ist der (land-)wirtschaftlich nutzbare Boden. Dabei ist es nicht die Verfügung über den Grund und Boden, sondern die Nutzung desselben, die im Vordergrund steht. Es geht dabei um die gemeinschaftliche Nutzung an Wald und Weide (Allmende), Sondernutzung an Hof, Haus und Ackerflur - an letzterer unter Rücksicht und Mitsprache der Nachbarn: das genossenschaftliche Element bestimmt die Nutzung (Dreifelderwirtschaft).

Obwohl der deutsche, mittelalterliche Eigentumsbegriff dem des klassischen römischen Rechts gerade entgegensteht, leitet sich sprachlich - über die Vermittlung der lateinischen Sprache durch die Kirche - nun der Begriff aus dem „dominium“ des *corpus iuris civilis*³⁹ ab, obwohl dieses in der Klassik des römischen Rechts ein rein

³⁷ Hier erleichtert das Bild der Lehenpyramide das Verständnis: an oberster Stelle steht der Kaiser/König, es folgen entsprechend der Heerfolge, Adel, Klerus, Bürger, Bauer.

³⁸ Der einzelne Bauer als direkter Bewirtschafter des Bodens ist eingebunden in das System der Grundherrschaft; selbst die wenigen freien Bauern sind genossenschaftlich organisiert.

³⁹ Gesetzessammlung von Kaiser Justinian (528 - 534 n.Chr.), die in der Folgezeit glossiert und kommentiert worden ist und Gegenstand der Rezeption war (vgl. dazu: Mitteis/Lieberich: Deutsche Rechtsgeschichte, Verlag C.H. Beck, München).

abstraktes Vermögensrecht bezeichnet, ein scharf umgrenztes immer gleiches Vollrecht an der Sache, das allerdings nur den römischen *Bürgern* vorbehalten ist. Aus den römisch-rechtlichen Begriffen „*dominium directum*“ und „*dominium utile*“ ergeben sich im 13. Jahrhundert die Namen *Ober- und Untereigentum*, die die „*plura dominia*“ an Grund und Boden ausmachen. Darin widerspiegelt sich der beschriebene Eigentumsbegriff, der dem heutigen resp. dem, der durch Aufklärung und Naturrecht geschaffenen entgegensteht.

Das Naturrecht der Aufklärung und der Liberalismus des 19. Jahrhunderts postulieren die prinzipielle Unverletzlichkeit und Freiheit des Eigentums. Dieses kann nicht losgelöst von den Ideen der Trennung von Staat und Gesellschaft (Eigentumsfreiheit in Abgrenzung zum Staat), der Rechtssubjektivität (versus ständisches Eingebundensein in die Genossenschaft, Zunft, etc.), Vertragsfreiheit, formeller Gleichheit, etc. verstanden werden.

3.11 Plura dominia als relativer Eigentumsbegriff des MA gegenüber dem neuen absoluten Eigentumsbegriff des 19. Jahrhunderts⁴⁰

P.D als Teilung des Eigentums nach Sachteilen: verschiedene Eigentumssplitter können verschiedenen Personen zustehen: Grundstück, Haus, Pflanzen, etc. können verschiedene Eigentümer haben.

Anders der moderne Eigentumsbegriff: Es gilt das Akzessionsprinzip, wonach was mit dem Boden fest verbunden ist, dem Grundeigentümer zusteht (vgl. etwa die Lösung für die Pflanzensuperficies: Art. 678 i.V. mit Art 20 SchlussT ZGB, heute noch relevant im Tessin bezüglich der Edelkastanien). Die Änderung entspricht gerade auch dem anderen wirtschaftlichen Programm der neuen Gesellschaft.

P.D als verschiedene Eigentumsrechte an einer Sache: Der im Zentrum stehende Boden lässt mehrere Berechtigungen an derselben Sache zu, da er als Grundlage der ganzen ständischen Gesellschaft dient.

Die neue Eigentumskonzeption sieht nur noch einen für alle Sachen (Mobilien und Immobilien) gleichermaßen geltenden Eigentumsbegriff vor. Andere Berechtigungen müssen per beschränkte dingliche Rechte definiert werden.

P.D als verschiedene Eigentumsformen für verschiedene Gruppen von Personen: Aufgrund der ständischen Gesellschaftsstruktur existieren ritterlich-adeliges, bäuerliches, städtisch-bürgerliches Eigentum, was sich insbesondere noch in den Kodifikationen des aufgeklärten Absolutismus Österreichs (ABGB: Allgemeines *bürgerliches* Gesetzbuch von 1811) und Preussen (ALR: Allgemeines preussisches Landrecht von 1894) zeigt. Diese sehen noch ständische Überreste des alten Begriffs vor, so etwa besondere Rechte und Pflichten der verschiedenen Stände im Bezug auf die Eigentumsausübung - sprechenderweise verzichtet das ALR gerade beim Bürgerstand auf eine Umschreibung des bürgerlichen Eigentums - dieses ruft gerade nach Abstraktheit. Solche findet sich dann im CC (Code civile 1804) von Frankreich, der in diesem Sinne als die erste moderne Kodifikation angesehen werden kann.

⁴⁰ In einer bewussten historischen Verknappung ist er als Frucht der bürgerlichen Revolutionen und des liberalen Gedankengutes zu verstehen. Ausführliches dazu etwa im Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Quellenbeispiele in: Caroni, Quellentexte, Band II.

Der neue Eigentumsbegriff:

- ~~Es~~ ist einheitlich bzgl. Sachen und Personen (Entgenossenschaftlichung, Individualisierung)
- ~~Es~~ verschafft dem (Einzel-)Eigentümer die ganze Verfügungsmacht und umfassende Sachherrschaft nach Belieben
- ~~Es~~ erfasst Dritte bloss negativ (wirkt erga omnes) und kennt keine Rechtspflichtkorrelation mehr.

Der neue Eigentumsbegriff beruht somit - und in verknappter Zusammenfassung - auf dem politischen Wandel vom ancien régime über die bürgerliche Revolution zum modernen Staat, der sozial vereinheitlichten Gesellschaft als einer Summe von Rechtssubjekten, der Trennung von Staat und Gesellschaft und damit öffentlichem und privatem Recht, den neuen Rechtsinstituten wie Privatautonomie und Vertragsfreiheit, sowie - und dies dann erst im Laufe des 19. Jahrhunderts - einer wirtschaftlichen Entwicklung von der Natural- zur Geldwirtschaft (Industrielle Revolution, Eisenbahnbau, Meliorationen, etc.), in der die *Verfügung* über die Sache wichtiger ist als deren *Nutzung*.

Der rechtliche Nachvollzug dieser Entwicklung bleibt im 19. Jahrhundert vorerst den Kantonen überlassen. Diese orientieren sich an ausländischen (Code civil, ABGB) und einheimischen (Zürcher PGB) Kodifikationen oder führen das alte eidgenössische Recht bis zur Vereinheitlichung fort (Vgl. Beilage zum Referat vom 7.10.99). In Form einer nationalen Vereinheitlichung des Privatrechts wird das ZGB von 1912 diesen Veränderungen schliesslich auch in der Schweiz gerecht⁴¹.

3.2 Unser Eigentumsbegriff

Der Eigentumsbegriff des ZGB ist - wie gesehen - ein historisch den naturrechtlichen und aufklärerischen Vorstellungen entsprechender, abstrakter, einheitlicher, individualistischer und unmittelbare Sachherrschaft vermittelnder Begriff. Das ZGB definiert das Eigentum nicht direkt, sondern über den Berechtigten, den Eigentümer eben:

Art. 641 ZGB Inhalt des Eigentums:

- 1 Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.
- 2 Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

Das Eigentum ist ein absolutes Recht (vgl. Beilage zum Referat vom 7.10.99) und definiert Dritte - mithin auch den Staat - lediglich negativ (Das Eigentum als absolutes Recht gegen alle anderen = ius erga omnes), d.h. über allfällig mögliche Einschränkungen des Eigentümers zugunsten dieser Dritten. Diese beziehen sich allerdings nur auf den Eigentums*inhalt* und nicht auf den Eigentums*begriff* - dieser ist unbeschränkbar und erlangt nach der entsprechenden Theorie der *Elastizität* des

⁴¹ Vgl. dazu *Eugen Huber*, Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 5 Bände. *Pio Caroni*, „Privatrecht“: eine sozialhistorische Einführung.

Eigentums eher ideologischen Charakter⁴²: das Eigentum dehnt sich nach Wegfall einer jeden Beschränkung (z.B. eines zeitlich limitierten Wohnrechts) wieder zur vollen Grösse aus. Oder anders ausgedrückt:

„Der Sinn des für die Inhaltsbestimmung massgebenden Abs. 1 (von Art. 641 ZGB) liegt jedoch darin, dass er - dem bei aller sozialen Aufgeschlossenheit doch grundsätzlich liberalen Geist unserer Privatrechtsordnung Ausdruck gebend - den Grundsatz der Eigentumsfreiheit aufstellt und die Eigentumsbeschränkungen (ohne Rücksicht auf ihr Intensität und Häufigkeit) als Ausnahmen bezeichnet. Er hat daher vorab prozessuale Bedeutung: «die Freiheit wird vermutet. Wer die Beschränkung behauptet, muss ihre tatsächlichen Voraussetzungen im Streitfalle beweisen»⁴³.

Nach der *Elastizitätstheorie* wäre im zentralen Absatz 1 von Art. 641 ZGB somit *das Belieben des Eigentümers* wohl der wichtigste Satzteil der Bestimmung, gar des gesamten Sachenrechts. Das Regelwerk sieht damit vor, dass der Eigentümer quasi allmächtig über seine Sachen bestimmen kann, d.h. in Verfügung und (Be-)Nutzung der Sachen völlig uneingeschränkt ist. Es wird nicht negiert, dass Beschränkungen bestehen, sie werden aber als solche empfunden: was dem Eigentümer vorschreibt wie er sein Eigentum auszuüben hat, ist Beschränkung.

Demgegenüber existiert für die Auslegung des Eigentumsbegriffs ein theoretischer Ansatz, der 641 ZGB gerade mit Blick auf die „Schranken der Rechtsordnungen“ definiert. Damit ergibt sich der Eigentumsbegriff selbst erst aus der gesamten Rechtsordnung, d.h. die gesetzlichen Beschränkungen - öffentlich- und privatrechtlicher Natur - machen den Begriff erst aus; man spricht von der sogenannten *Immanenztheorie*⁴⁴, die Eigentümerpflichten der absoluten Freiheit des Eigentümers gegenüberstellt und die Eigentumsbeschränkungen so nicht als Ausnahmen erscheinen lässt und auch eine gewisse Sozialpflichtigkeit des Eigentümers fordert⁴⁵. Mit Blick auf Art. 641 ZGB stehen hier natürlich eher *die Schranken der Rechtsordnung* im Zentrum der Bestimmung. Sie sind es, die sagen, was konkret der einzelne Eigentümer mit seinen Sachen tun darf und was nicht. So gesehen führen diese Normen nicht zur Beschränkung, sondern zur Konkretisierung des Eigentums jeden einzelnen Eigentümers. Sie legen damit gerade fest, dass der Eigentümer in der Wohnzone 1 nicht höher als zweistöckig bauen darf, dass der Eigentümer eines Quellgrundstücks keine Schwermetalle versickern lassen darf, dass der Eigentümer eines Industriegrundstücks nur eine gewisse Menge Schadstoffe zum Ausstoss kommen lassen darf.

Beide genannten Theorien lassen sich aber klar aus der ersten sachenrechtlichen Bestimmung des ZGB ablesen und stünden beide insoweit auch damit in Einklang.

⁴² Die *Elastizitätstheorie* wird von der herrschenden Lehre vertreten (Meier-Hayoz, Berner Kommentar, System. Teil, S. 139ff, RN 346ff; BGE 81 II 642, 86 II 433, 95 II 396) und entspricht einer eher historischen Auslegung des ZGB von 1912.

⁴³ Meier-Hayoz, Berner Kommentar, zu Art. 641 ZGB, s. 316, Rz 2.

⁴⁴ Die *Immanenztheorie* orientiert sich auch an der Sozialpflichtigkeit des Eigentümers (Hab/Simonius, Zürcher Kommentar zu Art. 641 ZGB, S. 41, Rz 3); das Bundesgericht lässt in BGE 105 Ia 336 eine Lockerung seiner Haltung vermuten - im Zusammenhang mit der vertikalen Eigentumsausübung nimmt das Bundesgericht in BGE 119 Ia 399 (Entscheidung NAGRA, vgl. dazu ausführlich unten) gar auf die zitierte Literatur direkten Bezug und spricht der Eigentumsausübung eine Sozialpflichtigkeit mit Blick auf die öffentlichrechtlichen Schranken zu (vgl. Erwägung 5d, S. 399).

⁴⁵ Rey, S. 10, Rz 34f.

Weitergehend steht also stets in Frage, ob Eigentumsbeschränkungen zur Begriffsdefinition beitragen - was mit Blick auf die Praxis realistischer sein dürfte - oder ob sie nur bezüglich ihrer Anzahl tief zu haltende Behinderungen der Eigentumsausübung selbst darstellen.

Es wäre naiv zu glauben, Art. 641 ZGB impliziere die absolute Freiheit des Eigentümers, die beispielsweise in der Zerstörung der eigenen Sache gipfelt. Auch das ZGB, resp. der Zivilgesetzgeber hat eine ganz bestimmte Eigentumsausübung im Auge. Dies ergibt sich gerade aus der Systematik der Beschränkungen: die beschränkten dinglichen Rechte des ZGB erfüllen in diesem Sinne klare Aufgaben.

Auch oder besonders im Hinblick auf die zahlreichen Beschränkungen des Eigentümers in seiner konkreten Eigentumsausübung durch das öffentliche Recht, definieren sich die Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers gerade anhand der im konkreten Falle bestehenden Eigentumsbeschränkungen. Diese Definitionshilfe bieten insbesondere diejenigen Beschränkungen, welche der Eigentümer *entschädigungslos* hinzunehmen hat - gerade weil sie eben bloss ausdeutschen, was Eigentum ist - sie wirken damit also begriffsbestimmend und nicht begriffsbeschränkend.

In diesem Sinne stellt der Hinweis von Art. 641 ZGB auf die „Schranken der Rechtsordnung“ das eigentliche *Einfallstor für Verfügungs- und Nutzungsbeschränkungen* dar und schränkt die *absolute* Freiheit des Eigentümers, der wir scheinbar in derselben Bestimmung begegnen, empfindlich ein, ja zeigt diesem gar auf, *wie* er seine Sachen/Ressourcen(-träger) als Eigentümer überhaupt nutzen und/oder über sie verfügen darf.

Zur Bestimmung, was Eigentum sei, worin sein Inhalt bestehe, worin schliesslich die Kompetenzen des Eigentümers einer Sache liegen, geben die Eigentumsbeschränkungen damit entscheidend viel mehr Informationen ab als die daneben eher lapidar erscheinende Feststellung der grundsätzlichen Verfügungs- und Benutzungsfreiheit des Eigentümers: Im Regelwerk sind die Einschränkungen desjenigen, der über Ressourcen verfügen oder sie nutzen kann, damit schon vorgesehen.

3.3 Die Eigentumsbeschränkungen

Es existiert eine Vielzahl solcher Beschränkungen des Eigentümers. Als solche werden sämtliche rechtlich möglichen Einschränkungen angesehen, die dem Eigentümer in irgendeiner Form die absolut freie Verfügung oder Nutzung im Bezug auf die ihm gehörende Sache verwehren. Aufgrund der grossen Zahl drängt sich eine Kategorisierung auf, die die hauptsächlichen Typen nennt:⁴⁶

Die erste Grobunterteilung setzt bei der Art des Umganges mit der Sache an: *Verfügungs- oder Nutzungsbeschränkungen*. Während die ersteren die Verfügungsmacht des Eigentümers einschränken, also die Freiheit, seine Sache zu veräussern oder verpfänden (Bsp. Vorkaufsrecht, Grundpfandrecht, etc.), schränken die letzteren die tatsächliche freie Nutzung ein (Bsp. Dienstbarkeiten wie Nutzniessung, Wegrechte,

⁴⁶ Tabellarische Übersicht zu den Eigentumsbeschränkungen bei Pio Caroni, Sachenrecht, Grundriss einer Vorlesung, 2.A., S. 10bis.

oder nachbarrechtliche Bestimmungen, raumplanungsrechtliche Bestimmungen, sowie solche des Natur- und Heimatschutzes, etc).

Weiter unterscheiden sie sich nach ihrem Entstehungsgrund. Sie können auf *Vertrag oder Gesetz* beruhen. Danach sind vertragliche Beschränkungen stets solche, welche der Eigentümer quasi aus - mehr oder weniger - freien Stücken durch Parteiwillen vereinbart auf sich nimmt (Bsp. Dienstbarkeiten, Pfandrechte, Vorkaufs-, Rückkaufs-, Kaufsrechte, etc.).

Die gesetzlichen Beschränkungen werden direkt vom Gesetz auferlegt (Bsp. Notrechte, Pfandrechte zur Sicherstellung öffentlicher Abgaben, Verbote zum Schutz von Polizeigütern, etc.).

Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen schliesslich lassen sich kategorisieren in *privatrechtliche oder öffentlichrechtliche*. Diese Einteilung weist im Prinzip auf die Fundstelle in der Gesetzgebung hin. Die ersteren werden durch das Privatrecht (Bsp. Bauabstände des kantonalen Privatrechts, Vorkaufsrecht des Miteigentümers, etc.) geregelt und sind *dispositives* Recht, d.h. sie können durch die Parteien abgeändert oder aufgehoben werden (vgl. Art. 680 Abs. 2 ZGB); die letzteren finden sich in den Bestimmungen des öffentlichen Rechts (Bsp. Verbot der Verfügung über bestimmte Sachen wie Gifte, Betäubungsmittel, etc., Veräusserungsbeschränkung der lex Friedrich) und sind durch Parteivereinbarung weder abänder- noch aufhebbar (vgl. Art. 680 Abs. 3 ZGB).

Die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen schliesslich lassen sich unbesehen ihres privat- oder öffentlichrechtlichen Charakters noch unterteilen in *unmittelbare oder mittelbare*. Unmittelbar beschränkt wird der Eigentümer, wenn das Gesetz die Beschränkung direkt verwirklicht, sodass sie keiner zusätzlichen Publizität bedarf - beispielsweise keinem Eintrag ins Grundbuch. Das ist deshalb nicht nötig, weil diese stets dort vorgesehen sind, wo der Gesetzgeber einen Konflikt bereits vorausgesehen und als sehr wahrscheinlich taxiert hat (Bsp. Immissionsverbot im Nachbarrecht, Polizeirecht, etc.). Die mittelbare Beschränkung des Eigentümers kommt demgegenüber erst zum Tragen, wenn der Notleidende die vom Gesetz prophylaktisch zur Verfügung gestellte Möglichkeit ausschöpfen kann - ob er es dann tut, ist ihm überlassen (Bsp. Notwegrecht⁴⁷, Bauhandwerkerpfandrecht, etc.).

Art. 641 ZGB sieht den Anknüpfungspunkt für diese Einschränkungen vor: Die Freiheit des Eigentümers unter Vorbehalt des Rahmens der Rechtsordnung, der durch Normen abgesteckt wird, welche gerade solche Eigentumsbeschränkungen zum Inhalt haben. Für die hier interessierenden Fragen ist primär entscheidend, ob sich die entsprechende Beschränkung aus den Nutzungs- und Schutzpolitiken betreffend die einzelnen Ressourcen ergibt, oder aber bereits durch solche, die ihm Regelwerk selber vorgesehen sind. Im Folgenden soll daher auf die Kategorien öffentlich- oder privatrechtlich noch genauer eingegangen werden.

⁴⁷ Die Notrechte des ZGB sind der Notweg, in Art. 694 ZGB, die Notleitung in Art. 691 ZGB und der Notbrunnen in Art. 710 ZGB. Ihre Entstehung durch Eintragung ins Grundbuch kann vom Notleidenden durch Klage erzwungen werden.

3.31 Die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen

Sie finden ihren Entstehungsgrund im Gesetz - bei entsprechender Kompetenz - im Bundesrecht oder im kantonalen Recht und sind heute häufiger und für den Eigentümer einschneidender als die privatrechtlichen (siehe unten).

Dabei geht es um *Benutzungsbeschränkungen* aus feuer-, gesundheits-, forst-, gewerbe- und baupolizeilichen Gründen, oder solchen der Raumplanung, des Umwelt-, oder Natur- und Heimatschutzes, etc. Daneben existieren auch *Verfügungsbeschränkungen*. Diese betreffen gesetzliche Erwerbsrechte des Staates, sowie Einschränkungen⁴⁸ und Verbote der privatrechtlichen Verfügung über gewisse Gegenstände⁴⁹.

Gerade die Tatsache, dass auch das ZGB nicht nur privatrechtliche Bestimmungen enthält, sondern auch solche mit materiellem Öffentlichrechtscharakter (etwa Art. 703 ZGB, die Meliorationsgenossenschaft als Zwangsgenossenschaft,; Art. 711 und 712 ZGB betreffend Wasser- und Bodenabtretungspflicht im Quellenrecht) oder die sog. Doppelnormen (etwa Art. 699 ZGB, freies Zutrittsrecht zu Wald und Weide - und damit Beschränkung des entsprechenden Grundeigentümers) zeigt, wie stark der Grundsatz der absoluten Freiheit des Eigentümers eigentlich beschränkbar ist; stellen doch alle diese Beschränkungen oft auch entschädigungslos hinzunehmende Eingriffe in die Eigentumsfreiheit dar⁵⁰. Und gerade diese entschädigungslos hinzunehmenden Beschränkungen machen die Definition des Eigentums aus, während die zu entschädigenden eigentlich nur dann in Frage stehen, wenn dem Eigentümer eine Berechtigung - ev. das ganze Eigentumsrecht - entzogen wird, ohne dass damit erzielt würde, dass die Ausübungsmodalitäten des Vollrechts Eigentum genauer konkretisiert wird.

Die Enteignung (vgl. die Ausführungen „Öffentlichrechtliche Ergänzung“) kann in diesem Sinne also kaum mehr als blosser Eigentumsbeschränkung gelten. Sie ist der völlige Entzug des absoluten Rechts. Ebenso sind die privatrechtlichen Beschränkungen zu beurteilen, die nur zugelassen werden bei gleichzeitiger angemessener oder gar voller Entschädigung.

3.32 Privatrechtliche Eigentumsbeschränkungen

Diese können sowohl auf Gesetz als auch auf Vertrag beruhen.

Erstere geraten, wenn sie *unmittelbar* wirken, wie etwa Art. 684 ZGB, wonach *jeder* Grundeigentümer übermässige Immissionen zu vermeiden hat, in die Nähe der öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen - Schutzobjekt bleibt aber stets das Interesse des Privaten. Sie betreffen Situationen, die der Gesetzgeber wie erwähnt als konfliktträchtig vorausgesehen hat und nicht der Disposition der beteiligten Privaten.

⁴⁸ Hierzu gehören insbesondere die Bewilligungspflichten etwa aus dem BGG (Art. 61 BG über das bäuerliche Bodenrecht), der lex Friedrich, etc.

⁴⁹ Betäubungsmittelgesetz, Pflanzen- und Tierschutzgesetzgebungen, Bestimmungen über Regalgüter, etc.

⁵⁰ Auch das Privatrecht kennt Beschränkungen des Eigentümers, die nur aufgrund einer angemessenen (Bsp. Art. 673 ZGB, Art. 674 Abs. 3 ZGB) oder vollen (Bsp. die Notrechte: Art. 691 Abs. 1 ZGB, Art. 694 Abs. 1 ZGB, Art. 710 Abs. 1 ZGB - siehe unter 2.3.2) Entschädigung an den (Grund-)Eigentümer zulässig sind und damit in die Nähe einer privatrechtlichen Enteignung rücken.

ten überlassen wollte⁵¹. Von der Einschränkung sind alle Beteiligten gleich betroffen, d.h. sie profitieren auch von der Beschränkung des andern: Nicht nur der Grundeigentümer A ist an das Immissionsverbot gegenüber seinem Nachbarn B gebunden, sondern dieser auch wiederum gegenüber A.

Letztere sind freiwillig akzeptierte Eigentumsbeschränkungen, da sie durch vertragliche Verpflichtung entstehen. Sie können eher als echte Beschränkungen angesehen werden, da der Eigentümer sie ja freiwillig auf sich nimmt. Sie konkretisieren in diesem Sinne nicht erst, sondern regeln die (Mit-)Nutzung des Eigentums durch Dritte, denen die Eigentümerstellung abgeht.

Dazu gehören die einem *numerus clausus* unterstehenden beschränkten dinglichen Rechte: Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte. Der Ergänzung halber ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen der Vertragsfreiheit auch rein obligatorische Beschränkungen des Eigentums möglich sind - etwa in Miet- oder anderen Gebrauchsüberlassungsverträgen. Diese wirken allerdings nur *inter partes*, sind also nur für die Vertragsparteien verbindlich. Das hat zur Folge, dass der Berechtigte, der am Eigentum des anderen partizipieren kann, diese Möglichkeit zu verlieren droht, wenn der andere sich seines Eigentums entäussert oder es sonstwie verliert.

In der vorliegend gemachten Unterscheidung zwischen Regelwerk einerseits und Nutzungs- und Schutzpolitiken andererseits nehmen insbesondere die beschränkten dinglichen Rechte formal die Stellung eines Definitionselementes des Regelwerks ein (sie bestimmen ja gerade das Eigentum mit), haben aber auch direkten Bezug auf die Nutzung des Eigentums im Sinne einer Partizipation mehrerer an einer Sache, die grundsätzlich bloss einem Einzelnen zusteht. So erhält ein Dritter die Möglichkeit per *Nutzniessung*⁵² ein Grundstück wirtschaftlich zu nutzen, oder der Eigentümer per *Grundpfand*⁵³ den Wert seines Bodens zu mobilisieren, d.h. in klingende Münze umzuwandeln, ohne ihn zu verkaufen, dabei aber einem Dritten eine zusätzliche (dingliche) Sicherheit für dessen Forderung zu leisten, etc.

Insofern bestimmen gerade die im ZGB zur Verfügung gestellten Institute der beschränkten dinglichen Rechte, wer - meist unter Ausschluss des Eigentümers - ein ganz bestimmtes Produkt der Sache in Anspruch nehmen kann. Welcher Art der Inhalt dieses Nutzungsrechts ist, bestimmt die Parteiabsprache - sprich der Dienstbarkeitsvertrag.

3.33 Funktion der privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen

Grundsätzlich kann man sagen, dass die Eigentumsbeschränkungen sich am privaten Interessen Dritter orientieren, gleichgültig, ob sie durch Vertrag oder Gesetz entstehen. Während etwa die beschränkten dinglichen Rechte eine Partizipation eines Dritten an der fremden Sache ermöglichen (Wegrecht, Wohnrecht, *Nutzniessung*, Baurecht, Holz- oder Wasserlieferungspflicht als Grundlast, etc.) garantieren andere schlicht die störungsfreie Ausübung des Eigentums mehrerer (insbesondere das Nachbarrecht: Art. 684 ff. ZGB). Insofern geht es hier stets um die konkrete Nutzung des Eigentums oder die Verteilung einzelner Nutzungsmöglichkeiten an Dritte. Selbst ein damit allfällig verbundener Schutz der Ressource durch die Beschränkung läuft

⁵¹ Caroni, Sachenrecht, Grundriss einer Vorlesung, 3. A., 1998, S. 11.

⁵² Vgl. Art. 745ff ZGB

⁵³ Vgl. Art. 793ff ZGB

über das Interesse des Dritten (etwa durch verbotenes Abgraben von Wasser, verbotenes Immittieren durch Gestank, usw.).

Die bereits erwähnten Doppelnormen haben zusätzlich eine Schutzfunktion zum *Erhalt* der Ressource oder Teilen davon in einem öffentlichen Interessen. Privatrechtlich daran ist dann die Komponente, dass auch der Private von dieser Massnahme profitiert (Art. 699 ZGB schützt einerseits den privaten Spaziergänger aber auch das Gut „Volks Gesundheit“; Art .686 ZGB verweist auf die privatrechtlichen Abstandsvorschriften der Kantone, die einerseits dem nachbarlichen Interessen an genügend Abstand vor lästigen Nachbarn dienen, andererseits aber auch wohnhygienische Funktionen übernehmen - wie dies die Bauabstandsregelungen in der öffentlich-rechtlichen Baugesetzgebung praktisch ausschliesslich tun).

4. DER SACHBEGRIFF DES ZGB

Als Sachen im Sinne eines terminus technicus gelten sämtliche - diesmal untechnisch gemeint - Gegenstände, auf welche die sachenrechtlichen Bestimmungen des ZGB, der Nebengesetze sowie allfällige sachenrechtlich relevante Bestimmungen anderer Legiferierung Anwendung finden⁵⁴. Auch hier ist von der privatrechtlichen Dogmatik auszugehen, die den Kreis der Sachen z.T. enger zieht, als es dies das öffentliche Recht tut.

Der Sachbegriff des ZGB bestimmt sich im wesentlichen nach vier Kriterien⁵⁵:

~~☞~~ *Unpersönlichkeit* (nach der Abschaffung der Leibeigenschaft also keine Menschen, jedoch - nach wie vor - auch Tiere),

~~☞~~ *Abgegrenztheit* (Grundstücksgrenzen, Luft/Wasser durch Erfassung in einem Gefäss oder mittels geographischer Abgrenzung: Zweihundertmeilenzone, etc.),

~~☞~~ *Körperlichkeit* (ein fassbarer Aggregatzustand - nicht Energien, Rechte, Immaterialgüterrechte, etc.) und

~~☞~~ *Rechtliche Beherrschbarkeit* (nicht Allgemeingüter wie die Sonne, das offene Meer, Luft - solange sie nicht abgegrenzt erfasst sind wie Sauerstoff in einer Gasflasche, etc.).

Diese Voraussetzungen gelten sowohl für bewegliche (Fahrnissachen) wie unbewegliche Sachen (Immobilien). Hier tauchen im Zusammenhang etwa mit dem Kriterium der rechtlichen Beherrschbarkeit Fragen betreffend die Luft oder das fliessende Wasser auf - mindestens letzteres stellt eine umstrittene Kategorie dar⁵⁶, nach herrschender Lehre gelten sie allerdings nach wie vor als Nichtsachen.

Daneben sind gewisse sachenrechtliche Bestimmungen auch auf die erwähnten Sachkriterien nicht erfüllende „Gegenstände“ anwendbar und zwar mittels des *Ana-*

⁵⁴ Zu den Rechtsquellen des Sachenrechts: Jörg Schmid, Sachenrecht, S. 10, Rn 44ff.

⁵⁵ Meier-Hayoz, System. Teil, S. 68ff, Rz 115ff; Schmid, S. 1ff, Rz 3ff; Rey, § 3, S. 21ff.

⁵⁶ vgl. zur Auseinandersetzung: Meier-Hayoz, System. Teil, N 127; Steinauer, Band I, Nr. 65 und Band II, Nr. 1975.

*logieprinzip*s: diese werden dadurch nicht zur Sache im technischen Sinne, aber können mindestens gleich behandelt werden. So kann etwa an einem Recht oder einem Vermögen - selbst nicht Sache - eine Nutznießung erstellt werden (Art. 745 ZGB), an einem Recht oder einer Forderung ein Pfandrecht (Art. 899 ff. ZGB). Oder das Gesetz erweitert die als Grundstücke behandelten Sachen: so werden qualifizierte Dienstbarkeiten, Konzessionsrechte an Bergwerken und ideelle Miteigentumsanteile zu Immobiliarsachen (Art. 655 Abs. 2 ZGB). Das Analogieprinzip kommt allerdings nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen zur Geltung.

Im Zusammenhang mit den hier interessierenden Fragen nach Abgrenzung von Regelwerk und Nutzungspolitiken stellt auch Art. 667 ZGB eine wichtige Norm des Regelwerkes dar: Da der Boden aus der zivilrechtlichen Optik die zentrale Ressource darstellt, ist die Bestimmung über den Umfang des Grundeigentums von grosser Bedeutung. Art. 667 ZGB gibt die Antwort auf die Frage der vertikalen Ausdehnung des Eigentums. Nach dem Grundsatz des Gesetzes besteht das Grundeigentum aus einer dreidimensionalen Säule über und unter der Erdoberfläche. Diese beläuft sich allerdings nach schweizerischem Recht nicht von den Sternen bis in den Erdkern, wie dies im römischen Recht der Fall war (*Usque ad sidera, usque ad inferos*), und in heutigen ausländischen Rechten noch so gilt. Das ZGB schränkt die Säule ein und orientiert die Grenze am *Interessen des Eigentümers*:

Art. 667 ZGB, Inhalt/Umfang:

¹ Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

Damit stellt sich auch gleich wieder die Frage danach, wem dann das Übrigbleibende an Luft- resp. Bodensäule zur Verfügungs- und Nutzungsbestimmung zusteht. Im Bundesgerichtsentscheid 119 Ia 390, bestritt die NAGRA die Zulässigkeit dreier Rechtsänderungen im Nidwaldner Recht: Kantonsverfassung, Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch (ausnahmsweise kantonalrechtliche Ergänzung des Regelwerkes) und Bergregalgesetz (Nutzungspolitik) sollten geändert werden, im Grundsatz die Verfügungsgewalt über den Untergrund dem Kanton zuordnen und eine Tätigkeit im dortigen Bereiche nur gegen Konzessionserteilung zulassen (vgl. Sachverhalt, S. 391). Während die NAGRA argumentierte, der Untergrund eines Grundstücks müsse im Sinne einer Anwartschaft des Eigentümers für zukünftige Nutzung diesem zustehen - insoweit könne sich das Eigentümerinteressen eben noch ausdehnen, hielt das Bundesgericht dafür, Art. 667 Abs. 1 ZGB habe Begrenzungsfunktion und setze so die Ausdehnung des Grundeigentums fest. Ausserhalb dieses Umfangs kommen die das Privateigentum beschlagenden Schranken der Rechtsordnung zum Tragen, die die Verfügungsbefugnis dem Staate zuordnen (hier verweist das Bundesgericht darauf, dass sich der Primat der Öffentlichkeit aus den Schranken des privaten Eigentums ergebe, welche aus der Sozialpflichtigkeit jedes Eigentümers abgeleitet würden. Es zeigt damit eine Tendenz hin zur Immanenztheorie an; vgl. oben). Das stehe dann auch im Einklang mit Art. 664 ZGB:

¹ Die herrenlosen und öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden.

Das Bundesgericht im Einzelnen:

„Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin verträgt sich das Konzept der Unterstellung des Untergrundes unter die kantonale Herrschaft auch mit Art. 667 Abs. 1 und Art. 664 ZGB. Die Bestimmung von Art. 667 Abs. 1 ZGB hat Begrenzungsfunktion. Das legt zunächst ihr Wortlaut nahe. Danach erstreckt sich das Grundeigentum „nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht“. Das Interesse bestimmt mithin die Ausdehnung des Grundeigentums in vertikaler Richtung; im darüber hinausgehenden bzw. darunter liegenden Raum kennt das ZGB kein privates Grundeigentum. Diese gegenstandsbeschränkende Aufgabe von Art. 667 Abs. 1 ZGB wird - ungeachtet allfälliger Ungereimtheiten in gesetzessystematischer Hinsicht (vgl. dazu namentlich PETER LIVER, *Usque ad sidera, usque ad inferos*, in: *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte*, Chur 1970, S. 257; VIKTOR SCHEIWILER, *Das Interesse des Grundeigentümers am Untergrund*, Diss. Zürich 1974, S. 50ff.) - durch dessen Entstehungsgeschichte bestätigt. Insbesondere PETER LIVER (*Usque ad sidera, a.a.O.*, S. 256 ff.) hat aufgezeigt, wie sich der Bundesgesetzgeber mit der Begrenzung des Grundeigentums von der gemeinrechtlichen Theorie der Eigentumsausdehnung „bis zum Erdkern“ abgesetzt hat, dies im Gegensatz zu den in den Nachbarländern getroffenen Regelungen. Es sollten damit Lösungen von öffentlichen Infrastrukturaufgaben erleichtert und unbegründeter Widerstand Privater ausgeschaltet werden. So schrieb EUGEN HUBER (Erläuterungen zum Vorentwurf, Bd. II, Bern 1914, S. 85): „Es hat bei der Gestaltung unseres Landes einigen Wert, diese zweckentsprechende Umschreibung im Gesetze aufzustellen. Expropriationen von Grundstücken auf der Bergeshöhe bei Durchführung eines Tunnels einige hundert Meter senkrecht unter der Bodenfläche sollen auch nicht einen Schein der Berechtigung für sich in Anspruch nehmen können.“ Und bei den Beratungen im Nationalrat ergänzte EUGEN HUBER, dass Art. 667 Abs. 1 ZGB „gebrochen hat mit der landläufigen Umschreibung, die das Eigentum sich auf die Luftsäule über der Bodenfläche und auf das Erdinnere ungemessen erstrecken lässt, indem er das Eigentum bloss in dem Umfange anerkennt, in welchem der Eigentümer an dem Luftraum und dem Erdinnern für die Ausübung seines Rechts ein Interesse hat“ (Sten. Bull. NR 1906, S. 534 f.).

Auch die Kommentatoren messen Art. 667 Abs. 1 ZGB Grenzziehungsfunktion zu: So CARL WIELAND, *Zürcher Kommentar zum ZGB*, Zürich 1909, N. 1 zu Art. 667; HANS LEEMANN, *Berner Kommentar, Sachenrecht*, 2. Aufl. Bern 1920, N. 4 zu Art. 667 ZGB; ARTHUR MEIER-HAYOZ, *Berner Kommentar, Bd. IV: Sachenrecht*, 1. Abt.: *Das Eigentum*, 2. Teilbd.: *Das Grundeigentum I*, 3. Aufl. 1965, NN. 2 und 4 zu Art. 667; HAAB/SIMONIUS/SCHERRER/ZOBL, *Zürcher Kommentar, Bd. IV, Das Sachenrecht*, 1. Abt.: *Das Eigentum (Art. 661-729)*, 2. Aufl. Zürich 1977, N. 4 zu Art. 667. Auf die Begrenzung des Grundeigentums in vertikaler Richtung und auf die Originalität dieser Lösung im europäischen Vergleich weist erneut PETER LIVER hin (*Das Eigentum*, in: *Das Schweizerische Privatrecht*, V/I, Basel und Stuttgart 1977, S. 166 f.). Die (neuere) Spezialliteratur hat sich insbesondere auch mit dem den Art. 667 Abs. 1 ZGB bestimmenden Interesse auseinandergesetzt und dieses in ein positives, auf die Ausübung gerichtetes sog. Ausübungsinteresse (Beherrschungsinteresse) oder in ein negatives, auf die Abwehr bezogenes sog. Abwehrinteresse unterteilt, ohne bei dieser Differenzierung davon abzurücken, dass das Interesse den Gegenstand, also das Grundeigentum körperlich begrenzt (vgl. dazu: VIKTOR SCHEIWILER, *a.a.O.*, S. 53 ff.; JUSTIN THORENS, *L'étendue en profondeur de la propriété foncière*, in: *ZSR* 89/1970 I S. 262 ff.; PAUL TSCHÜMPERLIN, *Grenze und Grenzstreitigkeiten im Sachenrecht*, Diss. Freiburg 1984, S. 30 ff.; BLAISE KNAPP, *L'urbanisme du sous-sol*, in: *Baurecht [BR]* 1987, S. 28 ff.; 30; PAUL-HENRI STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, Berne 1990, Rz. 1616 ff.). In gleicher Weise äusserten sich zwei Autoren im Zusammenhang mit der Problematik um die atomare Entsorgung (vgl. HEINZ REY, *Präventiver Eigentumsschutz und atomare Entsorgung*, in: *Festschrift für ARTHUR MEIER-HAYOZ*, Bern 1982, S. 311; SEILER, *a.a.O.*, S. 310 ff.). Schliesslich wird darauf hingewiesen, dass diese Grenzziehungsfunktion auch dann zum Tragen kommt, wenn es sich an der Erdoberfläche um der Kultur nicht fähiges Land im Sinne von Art. 664 ZGB handelt, das der Herrschaft des Kantons untersteht (PETER LIVER, *Der Kultur nicht fähiges Land und das Strahlerrecht*, in: *ZBJV* 111/1975 S. 267). Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigt diese Auffassungen. Das Bundesgericht hat Art. 667 Abs. 1 ZGB bisher ebenfalls in dem Sinne ausgelegt, dass er das Eigentum an Grundstücken gegenständlich begrenzt (vgl. BGE 97 II 338 E. 2, 93 II 175 E. 5, 100 IV 157 E. 2; zur Problematik der Mindestflughöhe unter dem Gesichtswinkel von Art. 667 Abs. 1 ZGB; BGE 104 II 86, 103 II 96 und 95 II 404 E. 4). Auf dem gleichen Standpunkt steht der Rechtsalltag: Viele öffentliche Einrichtungen wie z.B. Eisenbahn- oder (National-)Strassentunnels ebenso wie Leitungen von Kommunikations- und Energieträgern wären bei gegenteiliger Interpretation der sachenrechtlichen Bestimmungen nicht oder kaum realisierbar (gewesen), und ihr rechtliches Schicksal wäre in unhaltbarer Weise ungewiss, wenn nicht davon ausgegangen werden könnte, dass diese Anlagen sich in der Regel in einem Raum befinden, der nicht zum Eigentum des oberliegenden Grundeigentümers gehört. Die von all dem abweichende, sich auf das ins Recht gelegte Gutachten von MEIER-HAYOZ/ZULLIGER abstützende Meinung der

Recht gelegte Gutachten von MEIER-HAYOZ /ZULLIGER abstützende Meinung der Beschwerdeführerin vermag Art. 667 Abs. 1 ZGB nicht in anderem Licht erscheinen zu lassen. Diese trifft um so weniger zu, als die Auffassung, wonach die Liegenschaft als Erdkörperausschnitt von der Oberfläche bis zum Erdmittelpunkt reiche, schon an dem im Gutachten selber verwendeten Sachbegriff scheitert; denn dieser so definierte Erdkörperausschnitt ist in seiner Ganzheit für den Menschen nicht beherrschbar, und es fehlt wohl auch an dessen integraler Körperlichkeit.

d) Damit steht fest, dass das Grundeigentum nicht weiter in die Tiefe reicht, als sich der Grundeigentümer über ein entsprechendes Interesse ausweisen kann. Das führt zur weiteren Frage, wer denn über den restlichen Teil des Erdkörpers - also den „Untergrund“ - verfügen darf. Denn die dem vorliegenden Fall letztlich zugrunde liegende Absicht der Beschwerdeführerin, eine Lagerstätte für atomare Abfälle tief im Erdinnern zu erstellen und zu betreiben, zeigt ebenso wie andere Bedürfnisse, etwa Verkehrsanlagen zuweilen unterirdisch zu führen, dass Nutzungen unterhalb des vom Grundeigentümerinteresse (gemeinhin) erfassten Raums praktische Bedeutung haben. Diese Verfügungsbefugnis ist dem Staat (sc. Kanton) zuzugestehen, in dessen Gebiet sich der fragliche Untergrund befindet. Dieser Primat der Öffentlichkeit entspricht den genossenschaftlichen und föderalistischen Grundlagen unserer Staatsordnung und ist Ausdruck der sich aus der Sozialpflichtigkeit ergebenden Schranken privaten Eigentums (vgl. PIO CARONI, *Privatrecht: Eine sozialhistorische Einführung*, Basel 1988, S. 92; JÖRG PAUL MÜLLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 1991, S. 329 f.). Eine derartige Zuordnung entspricht dem Grundgedanken von Art. 664 ZGB, wonach die herrenlosen und öffentlichen Sachen der staatlichen Hoheit unterstehen. Der Untergrund im hier interessierenden Sinne wurde in der Literatur denn auch verschiedentlich den herrenlosen oder aber den öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB zugeordnet (vgl. LIVER, *Usque ad sidera, usque ad inferos*, a.a.O., S. 258; PETER LIVER, *Besprechung des erwähnten Werkes VON SCHEIWILER*, in: ZBJV 111 /1975 S. 316f., zieht in differenzierender Weise eine „Herrenlosigkeit anderer Art“ in Betracht, vergleichbar der *res omnium communes*; THORENS, a.a.O., S. 278; KNAPP, a.a.O., S. 29; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, 4. Aufl. 1988, Basel und Frankfurt a.M., N. 2964 S. 523; SEILER, a.a.O., S. 317 f.). Es braucht an dieser Stelle nicht entschieden zu werden, wie der Untergrund sachenrechtlich zu qualifizieren ist. Aus der dargelegten Sicht- und Handlungsweise des Bundesgesetzgebers zur rechtlichen Qualifikation des Untergrundes folgt indessen, dass die hoheitliche Verfügungsmacht des Kantons über den Untergrund mit Art. 3 BV und Art. 6 ZGB im Einklang steht. Bei dieser Sachlage ergibt sich, dass der Ausgangspunkt der Beschwerdeführerin, es bestehe für den Grundeigentümer gewissermassen eine Anwartschaft auf den Untergrund, mit der Bundeszivilrechtsordnung nicht zu vereinbaren ist und sich die Beschwerde daher schon aus diesem Grunde als unbegründet erweist.

e) Soweit der Untergrund in diesem Sinne unter der Hoheit des Kantons steht, ist der Kanton auch kompetent, über die Nutzungsart zu bestimmen. Es kommt ihm in bezug auf die Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten im soeben umschriebenen Untergrund eine Monopolstellung zu. Insoweit besteht eine gewisse Ähnlichkeit zur Problematik der exklusiven Nutzungsansprüche gegenüber öffentlichen Sachen, insbesondere gegenüber öffentlichem Grund (vgl. E. 9 hiernach). Der Kanton kann festlegen, dass eine Sondernutzungskonzession erlangen muss, wer als Privater diesen Untergrund für eine bestimmte, andere Tätigkeiten ausschliessende Nutzung in Anspruch nehmen will. Dass der Bau eines Endlagers für atomare Abfälle eine solche Sondernutzung des fraglichen Untergrundes darstellt, kann nicht in Zweifel gezogen werden. Wenn im EGzZGB hierfür die Pflicht zur Einholung einer Sondernutzungskonzession vorgesehen wird, so hält sich der Kanton Nidwalden an seine Kompetenzen. Insbesondere verletzt er damit nicht Bundeszivilrecht. Der Kanton Nidwalden verstösst demnach mit der Regelung im EGzZGB, wonach insbesondere der Untergrund dem Kanton zur ausschliesslichen Verfügung (Art. 83a) steht und dessen Benützung einer Verleihung bedarf (Art. 83b und 83c), nicht gegen die Bundeszivilrechtsordnung. In diesem Punkte erweist sich die Beschwerde daher als unbegründet.“

Damit verteidigt die höchstrichterliche Praxis einmal die Gewichtung der Einschränkungen, die sich der Eigentümer gemäss Regelwerk entgegenhalten lassen muss. Sie konkretisiert das Regelwerk damit ganz im Sinne von Art. 641 Abs. 1 ZGB, letzter Satzteil, wo dieser vom Rahmen der Rechtsordnung spricht. Sie nimmt aber auch Stellung zu den das Eigentum dann konkret als solche einschränkenden Nutzungspolitiken - hier in Form des Bergregals zugunsten des Kantons. Das Regalrecht verweist die an der Nutzung des Untergrundes Interessierten an eine *Konzession* dessen, der über die Hoheit am Untergrund verfügt:

„a) Die Beschwerdeführerin rügt, Art. 2a BRG (*Bemerkung: Gesetz über die Gewinnung mineralischer Rohstoffe - Bergregalgesetz*) sei mit der Sachenrechtsordnung des ZGB, insbesondere mit Art. 667 und Art. 664 ZGB unvereinbar. Dabei beruft sie sich erneut darauf, dass Art. 667 ZGB der privatrechtlichen Sachherrschaft nach unten keine objektiv fixierbare und auch nicht eine auf eine höchstmögliche Ausdehnung beschränkte Grenze setze. Ein im Lichte der Interessenlage von Art. 667 Abs. 1 ZGB allenfalls vorläufig noch „eigentumsfreier“ Untergrund sei nach der sachenrechtlichen Ordnung immer fähig, Gegenstand privater Eigentumsrechte zu werden. Der Grundeigentümer habe darauf (zumindest) eine anwartschaftliche Rechtsposition, die es ausschliesse, dass dem Staat am Untergrund Verleihungsbefugnisse zustünden. Es ist bereits oben in Erwägung 5 ausgeführt worden, dass diese zivilrechtliche Sicht der Dinge nicht tragfähig ist. Es kann darauf verwiesen werden.

Der sachenrechtliche Bezug des Nidwaldner Bergregalgesetzes ergibt sich im übrigen aus Art. 1 Abs. 2 BRG. Danach werden die in Art. 1 Abs. 1 BRG nicht aufgezählten mineralischen Rohstoffe „in den Schranken der Rechtsordnung den Grundeigentümern oder Nutzungsberechtigten“ zur Ausbeutung überlassen. Als solche Schranke gilt Art. 667 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 664 ZGB. Folge davon ist, dass die gegebenenfalls weder vom kantonalen Bergregal noch vom Grundeigentümerinteresse erfassten mineralischen Rohstoffe als herrenlose Sachen im Sinne von Art. 664 ZGB zu qualifizieren sind. Als solche unterstehen sie wiederum, wenn auch unter einem andern als dem regalrechtlichen Rechtstitel, der staatlichen Hoheit (Art. 664 Abs. 1 ZGB). Aufgrund dieser Erwägungen ergibt sich aus Art. 2a BRG keine Unvereinbarkeit mit dem Bundeszivilrecht. Vielmehr verhält es sich nach dem Gesagten so, dass sich Art. 2a BRG nur auf den Bereich der kantonalen Berghoheit bezieht. Das solchermaßen begründete Konzessionssystem stellt demnach keine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung dar, weil es den dem privaten Eigentum zugänglichen Bereich nicht betrifft.

b) Die Beschwerdeführerin erachtet Art. 2a BRG auch mit der bundesrechtlichen Atomgesetzgebung unvereinbar. Die Entsorgung atomarer Abfälle sei eine Bundesaufgabe. Das Bergregal gebe keine taugliche Basis, „um die Errichtung von Atomanlagen zu verhindern oder eine eigene kantonale Kompetenz zur Prüfung der vom Bundesrecht abschliessend geordneten sicherheitstechnischen Aspekte zu begründen“. Gerade der letzte Halbsatz von Art. 2a Abs. 1 BRG, wonach die Konzessionspflicht nur greife, wenn durch das Betreiben von Atomanlagen das Aufsuchen und Gewinnen von Mineralien eingeschränkt werde, mache die Bundesrechtswidrigkeit der Norm offenkundig, weil in Bundeskompetenzen übergreifen werde. Widersprüche zur bundesrechtlichen Atomgesetzgebung ergäben sich sodann auch aus Abs. 2 von Art. 2a BRG, welcher für das Konzessionsverfahren die Art. 39 ff. BRG als sinngemäss anwendbar erkläre. Es sei ausgeschlossen, dass der Kanton im Zusammenhang mit Atomanlagen eigene Vorschriften bezüglich Betrieb (Art. 10 BRG) oder Haftpflicht (Art. 13 BRG) ins Spiel bringen könne. Ebenso bundesrechtswidrig wäre die Anwendung von Art. 46 BRG, welcher die Verleihungsdauer auf höchstens 50 Jahre beschränke. Gleiches gelte in bezug auf die in Art. 18 ff. BRG formulierten Gründe für das Erlöschen einer bergrechtlichen Bewilligung oder Konzession.

aa) In bezug auf die Tragweite der bundesrechtlichen Vorschriften im Atomrecht im allgemeinen, die Aufgabenteilung zwischen Bund und Privaten im Bereich der Entsorgung atomarer Abfälle im besondern sowie die Schranken kantonaler Regelungsbefugnisse kann auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden (E. 6b und c). Danach steht fest, dass in den Bereichen der nuklearen Sicherheit und des Strahlenschutzes ausschliesslich die Atomgesetzgebung des Bundes massgebend ist, dass daneben die Atomanlagen auch kantonalrechtlichen Vorschriften zu genügen haben, ja gegebenenfalls sogar daran scheitern können (vgl. BGE 111 Ia 307f., 103 Ia 348 E. 8; SEILER, a.a.O., S. 267 ff. insb. S. 281; RAUSCH, a. a.O., S. 97 ff.).

bb) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin schliesst Art. 2a BRG den Bau einer unterirdischen Lagerstätte für atomaren Abfall nicht grundsätzlich aus. Es wird kein Verbot solcher Anlagen erlassen, sondern - wie in E. 11c hiervor dargelegt - eine Konzessionspflicht eingeführt, mit welcher sich der Kanton eines Teils der aus der Berghoheit fliessenden Rechte begibt, nämlich seiner Abwehrrechte gegen Beeinträchtigungen des Regals. Dass die Ausübung des Bergregals durch Errichtung und Betrieb einer unterirdischen Anlage zur Lagerung radioaktiver Abfälle beeinträchtigt werden kann, leuchtet ohne weiteres ein. Dazu braucht es jedenfalls keine zweite sicherheitstechnische Überprüfung der Anlage, die der Kanton gleichsam in Ergänzung der bundesrechtlich vorgeschriebenen Prüfung durchzuführen hätte, wie die Beschwerdeführerin befürchtet und als rechtswidrig rügt. Der in Art. 2a BRG vorgesehene Konzessionspflicht ist eine ausschliesslich bergregalrechtliche Optik eigen. Nur nach ihr bestimmt sich, ob und unter welchen Umständen die Beeinträchtigung des kantonalen Regalrechts hingenommen wird. Ein solches Konzessionssystem ist zulässig und verstösst nach dem bisher Gesagten jedenfalls nicht gegen die Atomgesetzgebung des Bundes.“

4.1 Erfassung der Ressourcen durch den Sachbegriff

Das Sachenrecht des ZGB hat zwar einen einheitlichen Eigentumsbegriff für alle Sachen, unterscheidet jedoch die von ihm erfassten Sachen in Fahrnissachen (= fahrende Habe, Mobilien, bewegliche Sachen) und Immobilien (liegendes Gut, unbewegliche Sachen). Daraus ergeben sich einige Unterschiede in der Behandlung der jeweiligen Sache, was an der Grundkonzeption aber nichts ändert.

Aus dogmatisch-logischen Gründen bleiben die Fahrnissachen für die Untersuchungen der verschiedenen Ressourcenregime unbedeutend⁵⁷: keine der in Frage stehenden Ressourcen wird rechtlich gesehen als Fahrnissache behandelt.

Sämtliche Ressourcen knüpfen sachenrechtlich entweder beim Boden - sprich Grundeigentum - an oder haben gar keine eigene Sachqualität. Mit anderen Worten können wir uns auf das Immobiliarsachenrecht konzentrieren, das bezüglich Sachbegriff (die erwähnten vier Kriterien), Umfang/Inhalt und Formen des gemeinschaftlichen Eigentums gegenüber dem Fahrnissachenrecht keine eigenen Regelungen erfährt.

4.11 Boden

Der Boden ist für das Sachenrecht die zentrale Ressource.

Er nimmt Gestalt an als Grundstück/Liegenschaft, sein Umfang wird durch Art 667 ZGB im Grundsatz definiert⁵⁸. Damit untersteht er sachenrechtlich dem Regime des Akzessionsprinzips (Art. 667 Abs. 2 ZGB) welches aussagt, dass „alle Objekte, die mit dem Erdboden so fest verbunden sind, dass ihre räumliche Lage nicht ohne Substanzverlust geändert werden kann“⁵⁹, das rechtliche Schicksal des Grundstücks oder eben des Bodens teilen.

Dies hat natürlich direkten Einfluss auf die im Gesetz ausdrücklich genannten Bauten, Pflanzen und Quellen - sie werden vom Eigentum am Boden erfasst, damit zu dessen Bestandteil und gehen der eigenen Sachqualität verlustig. Gerade die hier interessierenden Bauten und Quellen entziehen sich grundsätzlich auch der Vorstellung des Erlangens eines eigenen rechtlichen Schicksals nach Trennung von der Hauptsache, wie dies bei den Pflanzen eher vorstellbar ist (vgl. Baumschulen, Erntepflanzen, etc.)

Eine gerade wirtschaftlich gewichtige Ausnahme stellt das als Dienstbarkeit im ZGB vorgesehene Baurecht dar, das in Durchbrechung des Akzessionsprinzips dem Bauberechtigten das Eigentum an der Baute zuspricht (vgl. Art. 675 ZGB). Trotz des Grundsatzes, das die Bestandteile dem Eigentümer des Grundstücks gehören, haben wird damit zwei Eigentümer an einer an sich nicht zwei Eigentümer vertragen-

⁵⁷ Von den beschränkten dinglichen Rechten stehen zur Belastung von Fahrnissachen gerade nur die Nutzniessung als Dienstbarkeit und das Faustpfandrecht zur Verfügung - sämtliche anderen Dienstbarkeiten, sowie die allerdings praktisch zu vernachlässigenden Grundlasten beziehen sich nur auf Grundstücke.

⁵⁸ Art. 667 ZGB:

Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

Es umfasst unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen, sowie die Quellen.

⁵⁹ Rey, S. 35, Rz 147.

den Sache: den Grundstückseigentümer, dem das Eigentum an Grund und Boden verbleibt, und den Bauberechtigten, der das Eigentum an der Baute erhält. Im weiteren erstreckt sich das Eigentum an (Grund und) Boden soweit nach oben und unten, wie ein *Interesse* des Grundeigentümers zur Ausübung besteht (Art. 667 Abs. 1 ZGB)⁶⁰.

Aufgrund der Aufteilung in Mobilien und Immobilien könnte man sagen, dass der Boden - eben als Grundstück oder Liegenschaft - in Bezug auf die Verfügung und Nutzung schon im ZGB eine eigene sachenrechtliche Regelung erfährt.

Die Antworten auf die Frage „*wer ist wodurch wozu woran berechtigt?*“ ergeben sich im Sachenrecht insbesondere aus den einem *numerus clausus* unterstehenden beschränkten dinglichen Rechten. Sie orten private Interessen Dritter, die z.T. mit den Eigentümerinteressen einhergehen (Bsp. Pfandrechte; Baurecht als pfandrechtsähnlich, da der Baurechtsbelastete sein Eigentum gegen Geld einem anderen zeitweilig quasi überlässt; mit Blick auf das Produkt *Wertmobilisierung* und damit *Umsetzung des Bodenwertes*) oder diesen entgegenstehen, da sie nur Einschränkung bedeuten (Bsp. Wegrecht, Nutzniessung, Grundlasten, etc.; mit Blick auf das Produkt *Ertrag, direkte wirtschaftliche Nutzung des Bodens*).

Weitere Möglichkeiten lässt das Gesetz in der Regelung des Grundeigentums selber offen:

☞ Einbau gemäss Art. 673 ZGB.

☞ Überbau gemäss Art. 674 Abs. 3 ZGB.

In beiden Fällen kommt ein Nichteigentümer durch faktisches Tun - Einbauen oder „Über-die-Grenze-Bauen“ - zu Eigentum und dies zulasten des bisherigen Eigentümers, gegen angemessene Entschädigung als bereits angetroffene Art einer „privatrechtlichen Enteignung“.

☞ Notrechte gemäss Art. 694 ZGB (Notweg), Art. 691 ZB (Notleitung) und 710 ZGB (Notbrunnen), die als *Legalservitute* die *erzwingbare* Einräumung einer Dienstbarkeit und damit den Genuss eines Dritten am Eigentum vorsehen - mit *voller* Entschädigungspflicht⁶¹.

Nicht auf diese Weise erzwingbare Weg-, Leitungs- oder Quellrechte lassen sich nur mit Zustimmung des Eigentümers errichten. Dies entspricht gerade Art. 641 ZGB und dem Postulat der absoluten Freiheit des Eigentümers. Die erwähnten Notrechte bestätigen diesen Grundsatz, weil der betroffene Eigentümer die Einschränkung nicht entschädigungslos entgegenezunehmen hat.

4.11.1 Entwicklungen seit 1912

Für den Boden ergeben sich bloss einige wenige gesetzliche Änderungen, die sich auf die Nutzung ausgewirkt haben.

Als einzige ZGB-Revision sticht diejenige von 1965 ins Auge: das Stockwerkeigentum wurde aus Gründen veränderter wirtschaftlicher Anforderungen (die Forderung nach erleichtertem Zugang vieler zu Eigentum) wiedereingeführt. Da es allerdings in der schweizerischen Konzeption eine Miteigentumsform geblieben ist, durchbricht es

⁶⁰ Dazu erneut BGE 119 Ia 399.

⁶¹ Rey, S. 249, Rz 1146 - 1177.

das Akzessionsprinzip nicht und stellt damit keine qualitative Neuerung dar⁶². Dass es denn den sozialen Anforderungen auch nicht zu genügen vermochte, stellt sogar der Bundesrat in der Diskussion um das Wohnbauförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974 nicht in Abrede⁶³. In der selben Revision wurde auch das bereits mehrfach erwähnte Baurecht ausgebaut (Art. 712a - 712t ZGB), der Grundsatz des Eigentums-erwerbs an der Baute existiert allerdings bereits seit 1912.

Interessanter sind hier die ausserhalb des ZGB stehenden Gesetze zum Schutz des landwirtschaftlich genutzten Bodens: Das EGG, Bundesgesetz zur Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 und das LEG, Bundesgesetz über die Entschuldung der landwirtschaftlichen Heimwesen vom 12. Dezember 1940, welche schliesslich vom *BGGB, dem Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 i.K. seit 1. Januar 1994*, ersetzt wurden. Letzteres weist Instrumentarien auf, welche den landwirtschaftlichen Boden zumindest indirekt schützen, d.h. die landwirtschaftliche Produktion oder deren Ertrag erhalten sollen. So die Bewilligungspflicht bei Veräusserungen (Art. 61 - 66 BGGB), oder das stark ausgebaute Vorkaufsrecht (Art. 42 - 47 BGGB).

4.12 Landschaft

Dieser Begriff ist dem *Privatrecht* unbekannt. Im Zivilgesetzbuch findet sich eine einzige Norm, der Artikel 702 ZGB, in der überhaupt von „Landschaft“ die Rede ist. Und sie beschlägt bezeichnenderweise gerade die „*öffentlich-rechtlichen* Beschränkungen (des Grundeigentums)“: Bund, Kantone und Gemeinden dürfen demnach „zum allgemeinen Wohl“ „Beschränkungen des Grundeigentums“ aufstellen, u.a. zur „Sicherung von Landschaften und Aussichtspunkten vor Verunstaltung“. Der Begriff der Landschaft verweist also klarerweise auf das Grundeigentum. Als ressourcenbezogene Grösse spielt er hingegen - privatrechtlich - keine Rolle.

4.13 Luft

Privatrechtlich gehört die Luft zu den *res communes omnium*⁶⁴ und ist damit traditionellerweise dem Privatrechtsverkehr entzogen. Dies macht auch im hier interessierenden Sinne Mass, da Luft als der *rechtlichen Herrschaft* des Einzelnen *entzogen, unabgegrenzt* und *unkörperlich* gilt und daher keine Sache im Sinne des ZGB sein kann. Die mögliche Erfassung der Luft als Gas durch Abfüllen in ein Behältnis und damit Realisierung der drei ihr fehlenden Sacheigenschaften macht sie im hier benötigten Sinne als Ressource nur beschränkt brauchbar; so etwa bei der Verwendung von Luft als Gas und Grundsubstanz in Verbrennungsprozessen und als Rohstoff für die Gewinnung von anderen Gasen.

In diesen Fällen besteht allerdings keine rechtliche Regelung, weil diese Form von schlicht dem Luftraum entnommener, abgefüllter Luft (noch) frei verfügbar ist.

⁶² Caroni, S. 39 und 45.

⁶³ Botschaft 17.9.1973 zum Entwurf eines Wohnbauförderungsgesetzes, BBl 1973, II, bes. S. 742 - 744.

⁶⁴ Meier-Hayoz, Sytem Teil, S. 71, Rz 125.

Lediglich das Nachbarrecht (Art. 684 ZGB) nimmt indirekt Bezug auf die Luft und beschreibt die gesetzliche, unmittelbare Eigentumsbeschränkung, wonach sich der Grundeigentümer jeder übermässigen Nutzung seines Grundstücks zu enthalten hat, die Immissionen für die Nachbarn zeitigen könnte, dadurch dass schlechte Gerüche oder Rauch diesen beeinträchtigen. Allerdings tritt die Luft dabei bloss als *Medium* des Handelns des Grundeigentümers in Erscheinung, das auch erst dadurch, den Transport auf das benachbarte Grundstück, unzulässig wird.

Durch die Ausweitungsmöglichkeiten (Umweltkatastrophen wie Tschernobyl) von Immissionen dürfte das nachbarrechtliche Immissionsrecht eine entsprechende Ausdehnung erfahren - allerdings mit noch ungeprüfter und wohl erschwerter Justiziabilität.

*Das Bauprivileg gemäss Bundesgerichtspraxis*⁶⁵:

Das eben geschilderte Verbot der Immissionen kennt eine interessante Ausnahme, die sich aus der höchstrichterlichen Praxis ergeben hat. Der bauende Eigentümer wird geschützt, solange die Immissionen zwar übermässig aber *nicht vermeidbar* sind; die sonst möglichen Folgen der Beseitigung oder der Pflicht zur Unterlassung der Baute fallen zugunsten einer blossen Schadenersatzzahlung weg. Wer also beim Bauen Rauch und Gestank produziert, hat eine privatrechtlich geschützte Möglichkeit die an sich höher eingestufte Luftsphäre des Nachbarn zu stören, mitunter diese zu verschmutzen - diese Lösung hält allerdings nur unter Vorbehalt der Einhaltung der öffentlichrechtlichen Schutzbestimmungen wie etwa der Luftreinhalteverordnung stand, da sie sich isoliert eben nur auf die Abwehrdispositive des Nachbarn bezieht.

Im Übrigen spielt der *Luftraum* bloss die Rolle der Ergänzung des Herrschaftsraumes des Grundeigentümers im Sinne der dreidimensionalen Ausdehnung des Grundeigentums gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB⁶⁶; hier ist also eigentlich auch der Boden als Ressource betroffen und durch die Weiterführung in der Luftsäule für den Eigentumsumfang bestimmend.

Die historische Dimension fällt hier praktisch völlig weg, da sich der Zivilgesetzgeber zu Beginn des 20. Jahrhunderts und nach 1912 höchstens mit konkreten Nutzungsmöglichkeiten des Privaten auseinanderzusetzen hatte. Privatrechtlich hat sich in den letzten 90 Jahren jedoch nichts entscheidendes verändert. Insbesondere ist das Regelwerk dasselbe geblieben.

Aus diesem Grunde - dies gilt eigentlich für alle Ressourcen - sind es die öffentlichrechtlichen Normen, also die Nutzungs- und Schutzpolitiken, die den technischen Entwicklungen, der zunehmende Belastung der Umwelt, der veränderten Handlungsweise der Eigentümer und Nutzer Rechnung tragen.

4.14 Wald

Der Wald orientiert sich am Boden, also auch hier wieder am Grundstück. Der Begriff des Waldes ist somit mit dem des öffentlichen Rechts (Forstpolizeigesetz resp.

⁶⁵ Vgl. die höchstrichterliche Praxis in: 91 II 100; 114 II 238.

⁶⁶ Art. 667 Abs. 1 ZGB:

¹Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

Waldgesetz) nicht identisch⁶⁷. Es geht mit anderen Worten nicht um die Bestockung als solche, sondern um das den Wald „beherbergende“ Grundstück. Der private Waldbesitzer sieht sich in zwei im ZGB konkret geregelten Fällen mit gesetzlichen Regelungen im Hinblick auf die Ressource Wald konfrontiert:

Art. 770ff ZGB. Diese Bestimmungen sagen im Grunde nichts anderes aus, als dass der Waldgrundstückseigentümer sich freiwillig einer Beschränkung seines Eigentums unterziehen kann. Er tut dies dadurch, dass er einen privatrechtlichen Vertrag eingeht, des Inhalts, dass ein Dritter seinen Wald nutzen darf. Er beschränkt sich also selbst in der *Benutzung* seines Grundstücks, seiner Sache.

Art. 770 ZGB regelt diese Beschränkung als Nutzniessung, als privatrechtliche Dienstbarkeit zulasten eines Waldgrundstücks und zugunsten eines Nutzniessers (die Nutzniessung gilt als Personaldienstbarkeit, was die Berechtigung anzeigen soll, die eben einer konkreten Person und nicht einem jeweiligen Eigentümer eines Grundstücks, wie bei der Grunddienstbarkeit, zusteht):

Art. 770 ZGB, Wald:

1 Ist ein Wald Gegenstand der Nutzniessung, so kann der Nutzniesser die Nutzung soweit beanspruchen, als ein ordentlicher Wirtschaftsplan dies rechtfertigt.

2 Sowohl der Eigentümer als der Nutzniesser können die Einhaltung eines Planes verlangen, der ihre Rechte nicht beeinträchtigt.

3 Erfolgt im Falle von Sturm, Schneeschaden, Brand, Insektenfrass oder aus anderen Gründen eine erhebliche Übernutzung, so soll sie allmählich wieder eingespart oder der Wirtschaftsplan den neuen Verhältnissen angepasst werden, der Erlös der Übernutzung aber wird zinstragend angelegt und dient zur Ausgleichung des Ausfalles.

Hier liegt die Besonderheit der Fruchtziehung darin, dass der Nachwuchs als Ersatz für bezogene Früchte - also Holz - Jahrzehnte beansprucht. Soll der Wald nicht durch absichtliche oder unbemerkte Übernutzung an Wert verlieren, so muss ein rationeller Wirtschaftsplan das Mass der Nutzung festlegen. Dem Nutzniesser steht ja eben gerade nicht das Vollrecht am Wald zu, das ihn zu jedwelchem Umgang mit der Ressource befähigen würde, sondern nur, aber immerhin, die Nutzung der Sache, die hier in Form des *Waldgrundstücks* vorliegt.

Dem Wirtschaftsplan haben Eigentümer wie Nutzniesser zu folgen. Der Eigentümer insbesondere deshalb, weil er sich aufgrund eines (Dienstbarkeits-)Vertrages dazu verpflichtet, also *eine* Möglichkeit der an sich (mindestens privatrechtlich gesehen) unbeschränkten Möglichkeiten seiner eigenen Nutzungsfreiheit aufgibt. Ob sich schliesslich aus anderen, nämlich öffentlichrechtlichen Gründen auch noch Benutzungseinschränkungen ergeben, ist eine Frage, die das öffentliche Recht beantwortet - diese wird der Eigentümer allerdings nicht aus freien Stücken, sondern zwangsweise auf sich nehmen müssen, da er nicht einen beliebigen Dritten an seinem Eigentum partizipieren lässt, sondern aus Gründen des Polizeigüterschutzes (beispielsweise zum Schutz der Kulturen) gewisse Nutzungen unterlassen oder andere vorziehen muss.

Art. 699 ZGB: Die Norm stellt eine klare Ausnahme zu der aus Art. 641 ZGB bekannten Eigentumsfreiheit - resp. Freiheit des Eigentümers - dar. Im Gegensatz zum oben geschilderten Fall der Waldnutzniessung geht es hier um eine unmittelbare Ein-

⁶⁷ Definition bei Liver, SPR, V/1, S. 281. Die Waldgesetzgebung geht bereits bei geringeren Bestockungen von Wald aus. Vgl. zum dynamische Waldbegriff in BGE 113. Ib 353.

schränkung des Grundeigentümers durch das Gesetz. Diese ist nicht abänderbar und unterliegt damit nicht der Disposition des Eigentümers.

Der Grundeigentümer braucht fremdes Betreten seines Grundstücks grundsätzlich in keiner Weise zu dulden, sei dieses eingefriedet oder nicht. Der Grundsatz erfährt jedoch einige Ausnahmen, die entweder auf öffentlichem Recht (Zutrittsrecht der zuständigen Behörden etwa im Fabrikgesetz, in den kantonalen Strafprozessordnungen, im Militärgesetz, etc.) oder eben auf Privatrecht beruhen. Hier stehen die Bestimmungen von Art. 699, 700 und 701 ZGB in Frage. Während Art. 700 und 701 ZGB den Zutritt auf fremde Grundstücke zur Wegschaffung zugeführter Sachen (beispielsweise eigene, entlaufene Tiere) und zur Abwehr von Gefahr und Schaden (beispielsweise durch Einbruch in eine Alphütte, um sich vor Erfrieren und Verhungern zu retten) regeln, den Eigentümer also nur *kurzfristig* und allenfalls sogar *gegen Schadenersatz* belästigen, sieht Art. 699 ZGB vor, dass Wald und Weide - als nicht kultiviertes Land - von „jedermann“ betreten werden dürfen. Dazu kommt ein Aneignungsrecht, das es dem Dritten erlaubt, „wildwachsende Beeren, Pilze und dergleichen“ im ortsüblichen Umfange zu behändigen, ohne dass dem Eigentümer das sonst so selbstverständliche Interventionsrecht zustünde:

„Art. 699 ZGB: Recht auf Zutritt und Abwehr

1 Das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze und dergleichen sind in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmte umgrenzte Verbote erlassen werden.

2 Über das Betreten fremden Eigentums zu Ausübung von Jagd und Fischerei kann das kantonale recht nähere Vorschriften aufstellen.“

Diese Einschränkung des Grundeigentümers oder aus der anderen Optik die Berechtigung des Dritten, Wald und Weide betreten zu dürfen, erfährt allerdings gleich selber wieder eine Beschränkung durch das kantonale öffentliche Recht (vgl. Abs. 1, zweiter Satzteil): zum Schutz der Kulturen, der Natur oder aus anderen polizeilichen Gründen (im Sinne des *Polizeigüterschutzes*) kann es auch wieder eingeschränkt werden. Beispiele finden sich etwa in BGE 109 Ia 79, wo das Bundesgericht die Beschränkung in Form eines Pilzsammelverbotes für einen bestimmten Zeitraum als zulässig erachtet hat, während die Gefährdung von Sittlichkeit und Sonntagsruhe in zwei alten und für unsere Begriffe schon humoristisch anmutenden Entscheiden als nicht mit dem Schutzzweck der Norm identisch beurteilt wurden⁶⁸. Die entsprechenden kantonalen oder kommunalen Gesetze oder Verordnungen konnten, weil bundes(privat)rechtswidrig nicht durchgesetzt werden.

In BGE 122 I 70 stand ein kantonales Alpgesetz zur Debatte, welches in Art. 8 die sportlichen Tätigkeiten, in Abs. 2 das Starten und Landen mit Deltaseglern oder anderen Fluggeräten im Alpgebiet mit Ausnahme der bewilligten Start und Landegebiete verbot. Während die Beschwerdeführer dafürhielten, Art. 699 Abs. 1 ZGB könne nicht als Grundlage für diese Beschränkung dienen, beurteilte das Bundesgericht die Beschränkung unter dem Titel von Art. 699 ZGB als zulässig:

„(...) Diese öffentlichrechtlichen Zutrittsverbote müssen allerdings einem haltbaren öffentlichen Interesse entsprechen, verhältnismässig sein und dürfen das Zutrittsrecht nicht seiner Substanz berauben. Das im Alpgesetz vorgesehene generelle Verbot mag unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit

⁶⁸ Vgl. BGE 43 I 283 und 58 I 173.

als problematisch erscheinen, sowohl in örtlicher als auch in zeitlicher Hinsicht. Die Frage der Verhältnismässigkeit lässt sich indessen erst beurteilen, wenn die kantonalen Behörden die bewilligten Sitrat- und Landgebiete bezeichnet haben. Das Gesetz sagt über Lage und Grösse dieser Flächen nichts aus. Es schliesst auch nicht zum Vornherein aus, für bestimmte Gebiete bloss zeitlich limitierte Verbote zu erlassen und damit einer zu verschiedenen Jahreszeiten unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit Rechnung zu tragen. Das Altpgesetz lässt somit Raum für eine verfassungskonforme, dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung tragende Anwendung. Es steht jedoch den Interessierten frei, im Anschluss an eine örtlich oder zeitlich zu restriktive Festlegung der Sitrat- und Landgebiete durch die appenzellischen Behörden die Vereinbarkeit mit Art. 699 ZGB und dem Verhältnismässigkeitsprinzip in einem neuen Verfahren wider aufzuwerfen.“

Der Wald erfüllt eine sozialhygienische Funktion - einerseits für den einzelnen Privaten andererseits für die Gesellschaft als Ganzes, was ihm den sogenannten Doppelnormcharakter einträgt. D.h. das Zutrittsrecht in Wald und Weide kann sowohl als privater Anspruch auf dem Zivilweg wie auch als öffentlichrechtlicher auf dem Verwaltungsweg durchgesetzt werden.

In der historischen Dimension hat sich den Wald betreffend die entscheidende Wende wie auch beim Boden mit dem neuen Eigentumsbegriff eingestellt. Das verbreitete Recht, das Unterholz nutzen zu dürfen, gehört zu den klassischen und als sozial empfundenen Rechten der Naturalwirtschaft. Erst der abstrakte Eigentumsbegriff des Naturrechts, wie er in die modernen Kodifikationen des 19. und 20. Jahrhunderts Eingang gefunden hat, entzog diese Rechte, was mindestens in einer langen Übergangszeit zu Konflikten zwischen neuen Alleineigentümern und an Gewohnheitsrecht gewohnte Nutzer führte⁶⁹.

Abs. 2 von Art. 699 ZGB schliesslich konkretisiert Nutzungsarten: die Jagd und die Fischerei, die das Betreten fremden Bodens notwendig machen (zur Fischerei unter der Ressource *Wasser*, siehe unten). Die Schweizerische Gesetzgebung kennt keinen Zusammenhang zwischen Grundeigentum und Jagdberechtigung im Sinne von „wer Eigentümer ist, hat das Jagdrecht“ wie dies im ancien régime der Fall war (jedes Tier gehört dem Fürsten zu Jagd), es besteht im Gegenteil ein Patent- oder Pachtssystem, das dem Staat die Jagdberechtigung als nutzbares Recht in Form des Jagdregals zuspricht. Dieser Eingriff des öffentlichen Rechts - das Jagdrecht hat konkurrierend bundes- wie kantonale rechtliche Grundlagen (vgl. insbesondere Art. 25 BV und das Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel, JSG, vom 20. Juni 1986; SR 922.0) - weist nachgerade auf den Satzschluss von Art. 641 ZGB hin, wonach der Eigentümer in der Eigentumsausübung frei ist, jedoch in den Schranken der Rechtsordnung, zu der eben auch die erwähnten Normen des Jagdrechts gehören.

4.15 Wasser

Im Gegensatz zur Zeit vor 1912, als das Wasser(nutzungs)recht im kantonalen Privatrecht geregelt war, erfasst das Privatrecht seit dem Erlass des ZGB das Wasser praktisch nurmehr in der Form der *Quelle* und, mindestens teilweise, des *Grundwassers*. Dabei ist dem Akzessionsprinzip (Art. 667 Abs. 2 und Art. 704 ZGB) entsprechend kein gesondertes Eigentum am Grundwasser oder Quelle möglich. Höchstens eine Dienstbarkeit als beschränktes dingliches Recht lässt sich daran bestellen. Dieses kann im Sinne von Art. 655 Abs. 2 Ziff. 2 ZGB als dauerndes und selbständiges

⁶⁹ Der Holzdiebstahl als soziale Äusserung dieses Wechsels.

Recht im Grundbuch eingetragen werden und erhält dadurch eine weitgehend selbständige Stellung - es wird damit in einem gewissen Rahmen als Grundstück behandelt und untersteht dem Immobiliarsachenrecht. Unter bestimmten Voraussetzungen gelangt der entsprechende Quellendienstbarkeitsberechtigte dabei faktisch in die Rolle eines eben eigentlich nicht vorgesehenen Quellen(sonder)eigentümers.

Die Quelle wird heute definiert als ein regelmässig austretendes Wasservorkommen, das natürlich oder künstlich gefasst ist und sich nicht sogleich in ein Bach- oder Flussbett ergibt, da es dann praktisch immer als öffentliches Gewässer gilt und dem Privatrecht entzogen ist (vgl. Art 664 ZGB, vom Bundesgericht letztmals im Entscheid BGE 122 III 49 betreffend einer Bachquelle festgehalten). Betreffend Grundwasserströme gilt Ähnliches: auch hier kann es sich nur noch um kleinere Vorkommen handeln - Weitergehendes wird vom öffentlichen Recht beansprucht; das Bundesgericht hat die kantonalen Einführungsgesetze, die sich erst nach 1912 mit diesen Problemen zu befassen hatten, geschützt. Seitdem werden grosse Grundwasservorkommen den öffentlichen Gewässern unter Art. 664 ZGB gleichgestellt und dem Privaten entzogen⁷⁰.

Bezüglich der privaten Quelleneigentümern beinhaltet das ZGB eine Vielzahl von öffentlichrechtlich motivierten Bestimmungen, die Zwangsgenossenschaft, Abtretung von Wasser und Boden im Sinne einer Enteignung vorsehen⁷¹.

Wie bei der Luft gesehen hat auch das Wasser im Nachbarrecht eine weitere Bedeutung, indem das Gesetz sich mit Fragen des gegenseitigen Ab- und Entgegennehmens von Wasser im nachbarschaftlichen Verhältnis abgibt. Das ZGB schränkt hier den Grundeigentümer bezüglich Veränderung des natürlichen Wasserablaufs ein (vgl. Art. 689 und 690 ZGB⁷²). Dies aber bloss im Interessen des privaten Anliegers und beschränkt auf die Sachverhalte bezüglich des natürlichen Wassers (Wie Regen-, Schmelz- oder nicht gefasstes Quellwasser). So bewegt sich auch der damit verbundene Schutz des Qualitätsanspruchs am Privatinteressen des Nachbarn und nicht an grundsätzlich ökologischen Zielen.

⁷⁰ Liver, SPR, V/I, S. 294. Weiterführend: P. Liver, die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift Gieseke, Karlsruhe 1958, S. 225ff.

⁷¹ Art. 705 ZGB: Ordnung der Ableitung von Quellen durch das kantonale Recht; Art. 711 ZGB: Abtretung des Wassers gegen volle Entschädigung; Art. 712 ZGB: Abtretung des Bodens zum Schutz vor Verunreinigungen.

⁷² Art. 689 ZGB:

1 Jeder Grundeigentümer ist verpflichtet, das Wasser, das von dem oberhalb liegenden Grundstück natürlicherweise abfließt, aufzunehmen, wie namentlich Regenwasser, Schneeschmelze und Wasser von Quellen, die nicht gefasst sind.

2 Keiner darf den natürlichen Ablauf zum Schaden des Nachbarn verändern.

3 Das für das untere Grundstück nötige Abwasser darf diesem nur insoweit entzogen werden, als es für das obere Grundstück unentbehrlich ist.

Art. 690 ZGB:

1 Bei Entwässerungen hat der Eigentümer des unterhalb liegenden Grundstücks das Wasser, das ihm schon vorher auf natürliche Weise zugeflossen ist, ohne Entschädigung abzunehmen.

2 Wird er durch die Zuleitung geschädigt, so kann er verlangen, dass der obere Eigentümer die Leitung auf eigene Kosten durch das untere Grundstück weiter führe.

II. ÖFFENTLICHRECHTLICHE ERGÄNZUNG

1. DIE EIGENTUMSGARANTIE

Wer heutzutage eine Ressource nutzen, wer ein Haus bauen, einen Acker bestellen, einen Wald roden oder einen Bach stauen will, der muss dazu - das ist uns heute allen selbstverständlich - *berechtigt* sein. Wichtigster Rechtstitel ist zweifellos das *Eigentum*. Es verleiht seinen Inhaberinnen einen privilegierten, andere grundsätzlich *ausschliessenden* Zugang zu und Zugriff auf einen Teil der Natur, auf einen Gegenstand, eine „Sache“. Der Eigentümer hat die Herrschaft über sein Eigentum. Wenn jemand etwas mit der in Frage stehenden „eigenen“ Sache, mit einem konkreten Grundstück, einem Haus, einem Fahrrad oder Fotoalbum machen darf, dann er - und grundsätzlich niemand sonst.

Es erstaunt denn auch nicht, dass in der Definition des institutionellen Ressourcenregimes das Eigentum eine zentrale Rolle spielt. Wer sich auf die Suche macht nach Ressourcenregimen, die „eine Degradation und Übernutzung (von Ressourcen) verhindern können“, muss sich näher damit beschäftigen, welche konkreten Befugnisse das „Eigentum“ seinen Inhaberinnen verleiht: Was darf eine Eigentümerin mit ihrem Eigentum, mit ihrer Ressource machen? Ist sie absolut frei? Darf sie tun, wie ihr beliebt? Ist ihr Recht (wirklich) grenzenlos? Oder ist es beschränkt oder darf es zumindest beschränkt werden?

Auf diese Fragen wurden im privat-/sachenrechtlichen ersten Teil dieses Kapitels bereits die wichtigsten Antworten gegeben. Dort wurde aber in erster Linie gleichsam nur die eine Seite des „Eigentums“ beleuchtet. Hier soll aus eher öffentlichrechtlicher Sicht noch eine Ergänzung hinzukommen.

1.1 Verfassungsrechtliche Verankerung

Wer vor etwas mehr als dreissig Jahren die Schweizerische Bundesverfassung auf der Suche nach einer *zentralen* Bestimmung zum Eigentum durchsucht hätte, wäre nicht fündig geworden.

Denn bemerkenswerterweise ging es sehr lange - mehr als hundert Jahre nämlich -, bis das Eigentum ausdrücklich in der Bundesverfassung verankert wurde. 1848 sowie 1874 verzichtete der Bundesverfassungsgeber auf eine solche ausdrückliche Garantie, weil ihm das Eigentum durch die Kantonsverfassungen hinreichend geschützt erschien⁷³:

„Bestehende Lücken im Schutz durch die Kantonsverfassungen überbrückte das Bundesgericht zunächst durch die Annahme einer gewohnheitsrechtlichen Garantie oder durch Rekurs auf das Willkürverbot. Später erklärte es die Eigentumsgarantie zum *ungeschriebenen Grundrecht* der Bundesverfassung⁷⁴.“⁷⁵

⁷³ Müller, Grundrechte 598. Einzig der Kanton Tessin kannte keinen verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums; vgl. ebenda 599 Anm. 24.

⁷⁴ Entscheidung des Bundesgerichts vom 11. Mai 1960 in ZBI 1961 69, 72 m.w.H.

⁷⁵ Müller, Grundrechte 599. Hervorhebung hinzugefügt.

Erst im Jahre 1969 wurde der grundrechtliche Schutz des Eigentums - zusammen mit der Bundeskompetenz für die Grundlagengesetzgebung zur Raumplanung - durch Art. 22ter in der Verfassung verankert (die neue Bundesverfassung 1999/2000 gewährleistet das Eigentum in Art. 26).⁷⁶

Die beiden Bestimmungen (der alten sowie der neuen Verfassung) sind hinsichtlich ihres *materiellen* Gehaltes identisch⁷⁷ (was nicht erstaunt, ging es bei der neuen doch bloss um eine Nachführung, darum, die alte à jour zu bringen):

Art. 22ter aBV

1 Das Eigentum ist gewährleistet.

2 Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.

3 Bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu leisten.

Art. 26 Eigentumsgarantie nBV

1 Das Eigentum ist gewährleistet.

2 Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.

„Das Eigentum ist gewährleistet“ - doch was heisst das? Wer nicht bereits weiss, was „Eigentum“ heisst, erhält durch diese Verfassungsnorm zum Begriff des Eigentums keinerlei Information. Er oder sie weiss nur, dass da irgendetwas „gewährleistet“ oder „garantiert“ ist. Und es darf auch geschlossen werden, dass dieses Etwas dem Verfassungsgeber einigermassen bekannt sein musste. *Gewährleisten* kann man nur etwas, das man kennt, etwas gleichsam Vorbestandenes, Vorfindliches, allgemein Bekanntes. Doch was bedeutet „gewährleisten“ oder „garantieren“?

1.11 Freiheits-Garantie

Die Eigentumsgarantie sichert, so ist allenthalben zu lesen, wie alle anderen Freiheitsrechte, „den privaten Raum gegenüber dem Staat“. Garantiert wird ein bestimmter Raum, in dem der Staat, die Gemeinschaft, nichts zu melden hat. Innerhalb der durch den Begriff „Eigentum“ abgesteckten Sphäre herrscht der Privatmensch. Dort ist er frei, dort darf er's sein. Die Eigentumsgarantie, wie sie in den „naturrechtlichen“ Verfassungswerken erstmals gewährleistet wurde, „war in erster Linie darauf gerichtet, den Bürger vor einer Wegnahme seiner Eigentumsgüter durch den Staat ohne billige Entschädigung zu schützen. Besondere staatliche Eingriffe in konkrete Rechtspositionen, welche zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben unerlässlich erschienen, sollten im Ergebnis nicht vom Betroffenen, sondern von der Allgemeinheit getragen werden“.⁷⁸

Wiewohl sich - zumindest im Detail - trefflich über diesen freiheitsvermittelnden Charakter des Eigentums bzw. der Eigentumsgarantie streiten liesse, so muss sicherlich

⁷⁶ Müller, Grundrechte 599. Hervorhebung hinzugefügt.

⁷⁷ Botschaft zu Art. 22 VE 96, BBl 1997 I 172 ff. Absatz 2 von Art. 22ter aBV wurde nicht übernommen, da die allgemeinen Voraussetzungen für die Einschränkungen von Grundrechten anderweitig in der neuen Verfassung (Art. 36) geregelt sind.

⁷⁸ Saladin, Grundrechte 116 f.

darauf hingewiesen werden, dass die Eigentumsgarantie ursprünglich und auch heute noch überwiegend und zuvorderst als ein *Freiheits*-Recht betrachtet wird. So führen Schürmann/Hänni heute etwa aus:

„Die Privatheit im weitesten Sinne - also auch Selbstvorsorge und Selbstverantwortung - soll nicht bloss intellektuell - durch die Deklaration von Verfassungsrechten und zuverlässige Gewährleistung des Rechtsschutzes - vor Einschränkungen und Beeinträchtigungen durch das Kollektiv geschützt werden, sondern gewissermassen auch materiell, indem Land und Fahrnis und vermögenswerte Rechte aller Art als stoffliches oder monetäres Substrat und Garant der Freiheit und Unabhängigkeit des einzelnen anerkannt werden.“⁷⁹

Das Eigentum umfasst demnach „Land und Fahrnis und vermögenswerte Rechte aller Art“. Das Eigentum ist das verkörperte, das stoffliche oder monetäre Substrat sowie der Garant der Freiheit und Unabhängigkeit des Einzelnen vom Kollektiv, vom Staat. Zu gewissem Land und Fahrnis, zu einem bestimmten Vermögen besteht eine, andere ausschliessende und privilegierte Beziehung des Eigentümers. Weil er einen bestimmten Teil der Natur exklusiv beherrscht, kann er frei sein, bzw. weil er frei ist, kann oder muss oder darf er einen bestimmten Teil der Natur für sich alleine beanspruchen.

Das unterscheidet sich grundsätzlich nicht von dem, was vor zweihundert Jahren, als das heutige „Eigentum“ erfunden wurde, bestimmend war. So lesen wir in einem Verfassungsentwurf der helvetischen Republik vom März 1799:

„Aus der Natur des Menschen *entspringt* sein Recht auf Freiheit, die natürliche Freiheit *besteht* in dem ungehinderten Gebrauch seiner Kräfte, der ungehinderte Gebrauch seiner Gemütskräfte führt zur Denk- und Redefreiheit, und der ungehinderte Gebrauch sowohl der Gemüts- wie der Körperkräfte führt, auf die «Erwerbung von *Eigentum*» gerichtet, zur «Arbeits-, Gewerbs- und Handelsfreiheit».⁸⁰

Und wie Hedemann anfügt, verstand sich (damals) von selbst, dass „der Freiheit zum Erwerb die Freiheit zum dauernden Besitz und zur ungehemmten Ausnutzung des Eigentums angeschlossen werden musste“.⁸¹

1.12 Privatrechtliche Wurzeln

Erwerb, Besitz und Ausnutzung: Der Private, das Individuum, die Rechtsperson darf sich einen Teil der Natur aneignen - und damit andere ausschliessen -, er darf sein Eigentum be-sitzen, be-halten - und die Begehrlichkeiten anderer abwehren -, und er darf sein Eigentum „ungehemmt“ ausnutzen, damit machen, was er will.

Das von Artikel 22ter (bzw. Artikel 26) BV gewährleistete Eigentum ist also ein Institut, das die Berechtigung, das Recht, gibt, „über eine Sache zu verfügen, d.h. sie zu nutzen und darüber zu bestimmen“.⁸²

Wie nicht anders zu erwarten, hat diese Umschreibung auch gesetzliche Verankerung gefunden. Und zwar - aus historischen Gründen - im Privatrecht. In Artikel 641,

⁷⁹ Schürmann/Hänni 15.

⁸⁰ Vorschlag der Senatskommission für Verfassungsrevision vom 2. März 1799; zitiert nach Hedemann II 1, 11.

⁸¹ A.a.O. 11 f.

⁸² Schürmann/Hänni 19.

Inhalt des Eigentums, des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)⁸³ aus dem Jahre 1907/1912 lesen wir:

1 Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen.

2 Er hat das Recht, sie von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

Interessanterweise - und das kann nicht genügend hervorgehoben werden - ist es bei dieser privatrechtlichen Definition, bei diesem privatrechtlichen Verständnis geblieben: Das öffentliche Recht hat *keinen* eigenen Eigentumsbegriff entwickelt. Das „Eigentum“, das durch die Eigentumsgarantie der Verfassung garantiert ist, meint im Kern also ebenfalls dieses ursprüngliche, privatrechtliche Institut. Daher kennt etwa auch das öffentliche Sachenrecht den gleichen Eigentumsbegriff wie das private.

1.2 Zum Grundrechtscharakter der Eigentumsgarantie

Aber, obwohl das „Eigentum“ bereits ein ehrwürdiges Alter aufweist, entbindet uns das nicht, auch heute noch nach dem tieferen Sinn einer verfassungsrechtlich verankerten Eigentumsgarantie, nach der Legitimität ausschliesslicher Verfügungsbefugnisse von Personen über Sachen - gerade etwa vor dem Hintergrund der heute offensichtlichen Knappheit des Bodens und seiner Schätze - zu fragen:

„Wieviel persönlicher Eigenwert, wieviel Individualität oder eben grundrechtlicher Gehalt kommt der Eigentümerbeziehung eines Menschen zu einer Sache zu? Mit anderen Worten: Welche ausschliesslichen oder doch hervorgehobenen Beziehungen zwischen Personen und Sachen sind derart bedeutsam, dass sie grundrechtlichen Schutz erfordern und rechtfertigen?“⁸⁴

J.P. Müller erwähnt zum einen den *persönlichkeitsbezogenen* Aspekt der Eigentumsgarantie. Dabei stehen im Vordergrund der Beitrag des Eigentums zur Daseinsicherung, die Abgrenzung eines privaten Sachbereiches sowie die konstitutive Funktion von Eigentum für eine freiheitliche Lebensgestaltung.⁸⁵

Zum anderen ist der *wirtschaftliche* Aspekt zu nennen. Privateigentum wird heute - zusammen mit der Wirtschaftsfreiheit - verstanden als notwendige Grundlage für eine freiheitliche Wirtschaftsordnung. „Diesen beiden wirtschaftlichen Grundrechten kommt damit über den individuell-persönlichkeitsbezogenen Aspekt hinaus massgeblich institutionelle Funktion zu.“⁸⁶

Aber, obwohl der wirtschaftliche Aspekt heute eine vergleichsweise stärkere Beachtung findet, kann gerade auch der persönlichkeitsbezogene bei der Beantwortung der Frage nach der Beschränkbarkeit, ja Regulierungsbedürftigkeit von Eigentum und Eigentumsnutzung, mithin für die Auslegung konkreter Eigentumsrechte bzw. deren Beschränkung/Konkretisierung fruchtbar gemacht werden. Das darf gerade für die Zwecke dieses Projektes nicht vergessen gehen. Man denke etwa an Immissionen. Ihre Zulässigkeit muss ihre Grenze (auch) dort finden, wo Persönlichkeitsrechte

⁸³ SR 210.

⁸⁴ Müller, Grundrechte 593.

⁸⁵ Müller, Grundrechte 594.

⁸⁶ Müller, Grundrechte 595.

missachtet werden: „was sich Nachbarn an Rücksicht und Schonung schulden, entscheidet sich letztlich danach, dass gewisse persönliche Güter (wie Gesundheit, seelisches und geistiges Wohlbefinden) der auf benachbarten Grundstücken lebenden Menschen nicht verletzt werden dürfen“.⁸⁷

2. NATUR UND INHALT DES EIGENTUMS

2.1 Zum Streit um die „Natur“ des Eigentums

2.11 Gegeben oder gemacht?

Bekanntlich lassen sich zwei grundlegende Auffassungen über die „Natur“ des Eigentums finden. Für die einen ist - rechtsdogmatisch betrachtet - das Eigentum lediglich der Name für eine vom Recht bestimmte Beziehung von Personen zu Sachen. Für sie ist daher die Rechtsordnung in ihrer jeweiligen geschichtlichen Ausgestaltung schlechthin konstitutiv für das verfassungsrechtlich zu schützende Eigentum. Andere sehen im Eigentum eine im Kern naturrechtlich vorgegebene, der Verfügungsgewalt der Rechtsperson überantwortete Grösse. Für sie rückt die Frage in den Vordergrund, „wieweit insbesondere der jeweilige Gesetzgeber konkret Eigentum beschränken, umgestalten, definieren dürfe, ohne dessen naturrechtlichen Kern zu tangieren.“⁸⁸

2.12 Gemacht!

Was die Schweiz anbelangt, so darf heute gesagt werden, dass sich die erste Auffassung durchgesetzt hat.

So schliesst es bereits das Schweizerische Zivilgesetzbuch von 1907/1912 aus, die freie, willkürliche Verfügungsgewalt über eine Sache als nicht reduzierbaren Kern des Eigentums zu betrachten, bestimmt es doch in seinem Artikel 641 Absatz 1, der Eigentümer einer Sache könne über sie - nur! - „in den Schranken der Rechtsordnung“ nach Belieben verfügen.⁸⁹

Zu diesen Schranken zählen zwar - wie sogleich noch zu skizzieren sein wird - zuvorderst öffentlichrechtliche Bestimmungen. Aber der Vorbehalt der gesamten Rechtsordnung meint selbstverständlich auch das Privatrecht selber, insbesondere das *Sachenrecht*, das bereits mannigfache Beschränkungen der Befugnisse des Eigentümers kennt.⁹⁰

Von grösster Bedeutung für das Verständnis des „Eigentums“ bzw. dessen (historisch) je konkreten *Inhalt/Umfang* ist aber vor allem der Umstand, dass das Bundesgericht der Eigentumsgarantie und den (anderen) Verfassungsbestimmungen, wel-

⁸⁷ Müller, Grundrechte 595.

⁸⁸ Müller, Grundrechte 596.

⁸⁹ Müller, Grundrechte 596.

⁹⁰ Schürmann/Hänni 17.

che die jeweilige Ausgestaltung/Bedeutung des Eigentums (mit)bestimmen, grundsätzlich *Gleichrangigkeit* zumisst.⁹¹

So stellte es bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1890 fest⁹²:

„(Die Eigentumsgarantie) garantiert die Substanz des Eigenthums, die Zuständigkeit der rechtlichen Herrschaft über die Sache; dagegen bestimmt (sie) den Inhalt dieser rechtlichen Herrschaft nicht und gewährleistet nicht etwa deren Schrankenlosigkeit. Vielmehr richtet sich der Inhalt des Eigenthums, das Mass der rechtlichen Herrschaft, welche dasselbe gewährt, nach dem jeweiligen geltenden objektiven Rechte und wandelt sich mit diesem. Die Verfassung gewährleistet das Eigenthum in seiner jeweiligen positiv-rechtlichen Gestaltung, nicht dagegen als ein unbeschränktes, der näheren Normirung und Begrenzung durch die Gesetzgebung entzogenes Recht“.

Expliziter wurde die Gleichrangigkeit der Verfassungsbestimmungen im berühmten Entscheid Zizers aus dem Jahre 1979 hervorgehoben⁹³:

„Der Inhalt des Grundeigentums wird nicht nur durch die Privatrechtsordnung geprägt, sondern durch die verfassungsrechtliche Ordnung und das darauf gestützt erlassene öffentliche Recht als Ganzes (...). Die Eigentumsgarantie gewährleistet das Eigentum, wie das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung festhält, nicht unbeschränkt, sondern nur innert den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind (...). Zu beachten sind namentlich die Anforderungen des Walderhaltungsgebotes (Art. 24 BV und Art. 31 FPoIG), des Gewässerschutzes (Art. 24quater BV), des Umweltschutzes (Art. 24septies BV) und der Raumplanung (Art. 22quater BV). *Die gewichtigen öffentlichen Interessen, deren Wahrung diese Verfassungsnormen fordern, sind der Gewährleistung des Eigentums grundsätzlich gleichgestellt*“.⁹⁴

Wie Peter Saladin herausstrich, hat das Bundesgericht mit diesem Entscheid „eine Konzeption entwickelt, welche in ihrer verfassungstheoretischen Konsistenz ebenso überzeugt wie mit den praktischen Ergebnissen, die sie ermöglicht“. Zudem verfestigte sie nur eine Haltung, die das Gericht „letztlich seit Beginn seiner Rechtsprechung eingenommen hat und die eine wesentliche Voraussetzung dafür war und ist, dass sinnvolle Raumplanung und sinnvolle Eigentumsfreiheit ohne übermässige Belastung des Gemeinwesens und der Bürger möglich bleibt“.⁹⁵

Eine übermässige Belastung des Gemeinwesens und der Bürger bleibt eben gerade deshalb aus, weil solche bloss *Inhaltsbestimmung* - die Konkretisierung dessen, was *materiell* „eigentlich“ als „Eigentum“ durch die Eigentumsgarantie und die anderen Verfassungsbestimmungen („nur innert den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind“) zugesichert und geschützt wird - in der Regel (bei nur sehr wenigen Ausnahmen!) *entschädigungslos* zulässig ist.

Mit anderen Worten: Hätte das Bundesgericht die andere Position vertreten und sich auf den Standpunkt gestellt, die Eigentumsgarantie sichere ein *inhaltlich* grundsätzlich unbeschränktes (Grund-)Eigentum zu und alle „Konkretisierungen“ seien als Beschränkungen zu verstehen, d.h. den Eigentümerinnen würde z.B. durch eine Nichtzonung (in eine Bauzone) etwas weggenommen, was ihnen „eigentlich“ zustünde (nämlich die sogenannte Baufreiheit), und dieses „Unrecht“ verlange nach Entschädigung (des Minderwertes), dann wäre so etwas wie Raumplanung gar nie möglich, weil gar nie finanzierbar gewesen.

⁹¹ Müller, Grundrechte 597.

⁹² BGE 16 693, 705 f.; vgl. auch bereits 2 91, 97 oder 5 388, 396.

⁹³ BGE 105 Ia 330.

⁹⁴ BGE 105 Ia 336; Hervorhebung hinzugefügt.

⁹⁵ Saladin, Grundrechte XXXVI.

Als blosse - entschädigungslose - Inhaltsbestimmungen und eben nicht als Beschränkungen (eines vermeintlich inhaltlich unbeschränkten) (Grund-)Eigentums bestimmte das Bundesgericht in neuerer und neuester Zeit zum einen die Nichteinzonungen sowie Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes betreffend Lärm- und Immissionsschutz. Im Entscheid Sonnenberg aus dem Jahre 1997⁹⁶ führte es aus:

„Das Eigentum ist verfassungsrechtlich gewährleistet (Art. 22ter BV). Für die Bestimmung des Eigentumsinhaltes knüpft die Bundesverfassung an die herkömmlichen Formen der Sachherrschaft, namentlich an den privatrechtlichen Eigentumsbegriff an. Bund und Kantone können jedoch im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung oder Eigentumsbeschränkungen vorsehen (Art. 22ter Abs. 2 BV). Anpassungen des Eigentumsinhaltes an veränderte Verhältnisse und gewandelte Auffassungen sind damit verfassungsrechtlich zulässig (...). In Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Ordnung hält Art. 641 ZGB fest, dass sich der Inhalt des Eigentums aus den Schranken der Rechtsordnung ergibt. *Trotz gleichbleibender privatrechtlicher Regelung kann sich somit - bedingt durch die fortwährende Änderung des öffentlichen Rechts - der Eigentumsinhalt wandeln* (...). Eine neue Inhaltsbestimmung des Eigentums ergab sich nach Auffassung von Arthur Meier-Hayoz (...) unter anderem aus den vorstehend (E. 3b) erwähnten, in den kantonalen Zonenordnungen oder an anderer Stelle des kantonalen Bau- und Planungsrechtes verankerten öffentlichrechtlichen Immissionsschutzvorschriften. Die gleiche Tragweite kommt nach Meinung weiterer Autoren und des Bundesgerichtes der Neuordnung des Bodenrechtes durch Art. 22quater BV und das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (...) zu (BGE 122 II 326 E. 4a; 118 Ib 38 E. 2a; 114 Ib 100 E. 3c und 114 Ib 301 E. 3c; ...). Verhält es sich so, muss jedenfalls *auch den Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes über den Lärm- bzw. den Immissionsschutz, zu dem die Sanierungsvorschriften zählen (Art. 11-25 USG), die gleiche inhaltsbestimmende Bedeutung zukommen* (...). Denn seit Erlass des Umweltschutzgesetzes sind die genannten öffentlichrechtlichen Immissionsschutzvorschriften des kantonalen Bau- und Planungsrechtes weitgehend durch das Umweltschutzgesetz ersetzt worden bzw. hat das kantonale Recht seine eigenständige Bedeutung verloren, soweit sein materieller Gehalt sich mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses (BGE 118 Ia 112 E. 1b; 118 Ib 590 E. 3).“⁹⁷

Vor allem unter Öffentlichrechtlern hat es sich in den letzten Jahrzehnten mehr oder weniger durchgesetzt, nicht in erster Linie von Beschränkungen, sondern von *Konkretisierungen* des Eigentums zu sprechen. Zumindest dann und dort, wo es um gesetzgeberische Massnahmen mit direktem oder indirektem Bezug zum „Eigentum“, im Gegensatz zu konkreten Eigentumspositionen von Einzelnen, geht. So schrieb Georg Müller in seinem Kommentar:

„Der Gesetzgeber hat nicht ein verfassungsrechtlich festgelegtes, umfassendes Eigentumsrecht einzuschränken, sondern den Gegenstand der Eigentumsgarantie, den Inhalt der geschützten Rechte näher zu bestimmen, sie untereinander und gegenüber anderen Rechten abzugrenzen und die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass von ihnen Gebrauch gemacht werden kann. Eingeschränkt werden allenfalls konkrete Eigentümerpositionen, indem das neue Recht die bisherige Rechtsstellung des Eigentümers zu ihrem Nachteil verändert“.⁹⁸

Für die Zwecke dieses Projektes, das ja unter einem institutionellen Ressourcenregime versteht

~~Es~~ eine Kombination von ordnungspolitischen Steuerungsgrössen wie die formellen Eigentums- und Nutzungsrechte (= Regelsystem) mit ressourcenspezifischen öffentlichen (Nutzungs- oder Schutz-

⁹⁶ BGE 123 II 560.

⁹⁷ BGE 123 II 565 f.; Hervorhebung hinzugefügt.

⁹⁸ Kommentar BV, 22ter, Rz 22; ebenso etwa Saladin, Grundrechte XXXIV.

)Politiken, die in ihren Policy-Designs namentlich spezifische Schutz- und Nutzungsziele, Interventionsinstrumente, Akteurarrangements etc. enthalten“ bzw.

~~ein~~ einen institutionellen Rahmen, „der die massgeblichen Programmelemente einer ressourcenspezifischen Schutz- und/oder Nutzungspolitik (= Policy-Design) mit einer spezifischen Ausgestaltung der formellen Eigentums- und Nutzungsrechte an Gütern und Dienstleistungen einer natürlichen Ressource (= Regelwerk) kombiniert“,

also grob gesagt ein Zusammenspiel von (privatrechtlichem und gleichsam „ursprünglichem) Regelwerk und (in erster Linie öffentlichrechtlichen) Politiken, verdient daher ein Satz aus dem Entscheid Sonnenberg besondere Hervorhebung:

„Trotz gleichbleibender privatrechtlicher Regelung kann sich somit - bedingt durch die fortwährende Änderung des öffentlichen Rechts - der Eigentumsinhalt wandeln.“

Mit anderen Worten gesagt: Das „Eigentum“, genauer: der Eigentums*inhalt*, ist das, was aus allen - verfassungsmässig haltbaren - privat- und öffentlichrechtlichen Rechtssätzen als je konkretes Eigentum resultiert.⁹⁹

Mit Blick auf unsere im Konzept formulierte, das Screening anleitende Frage „Wem steht eine Ressource weshalb zu und was darf er/sie damit machen?“ bzw. „Wer ist wodurch woran wozu berechtigt?“ kann bereits - ganz grob und sicherlich verkürzend - festgehalten werden:

~~Das~~ Das (privatrechtliche) Regelwerk bestimmt, dass der Eigentümer einer Ressource etwas mit ihr machen - über sie verfügen - darf, und (vor allem, wenn auch nicht ausschliesslich) das öffentliche Recht bestimmt (näher), was er damit machen darf.¹⁰⁰

2.2 Was schützt die Eigentumsgarantie?

2.2.1 Sachlicher Schutzbereich

Speziell hervorzuheben ist der Umstand, dass die Eigentums*objekte* der Eigentumsgarantie nicht deckungsgleich sind mit jenen des Sachenrechtes.

„Der verfassungsrechtliche Schutz erfasst nicht nur das Eigentum im *sachenrechtlichen* Sinne, sondern auch andere Rechte. Weil nebst dem Eigentum an Sachen z.B. auch etwa Lohn- oder Sozialversicherungsansprüche zentrale Elemente der materiellen Daseinsvorsorge bilden, wird der grundrechtliche Schutzbereich heute entsprechend weit gefasst. (...)

Im einzelnen schützt die Eigentumsgarantie nach der *bundesgerichtlichen Praxis*:

~~Das~~ das Eigentum im sachenrechtlichen Sinn (sc. was nicht nur Grund und Boden, sondern auch die Fahrnis, die bewegliche Habe, meint),¹⁰¹

~~die~~ die beschränkten dinglichen Rechte¹⁰² und den Besitz,¹⁰³

~~obligatorische~~ obligatorische Rechte (z.B. aus Miet-,¹⁰⁴ Pacht-¹⁰⁵ und Arbeitsverhältnissen),

⁹⁹ Schürmann/Hänni 17.

¹⁰⁰ Näheres bei Schürmann/Hänni 17.

¹⁰¹ BGE 117 Ia 424 ff.; 118 Ia 305, 317 f., 124 I 6, 8 ff.

¹⁰² BGE 121 II 436, 440.

¹⁰³ BGE 120 Ia 120, 121.

~~Immateri~~algiüterrechte,

~~Besonders~~ rechtsbeständige öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen den Staat (sog. wohlerworbene Rechte).^{106, 107}

Der Umstand, dass die Eigentumsgarantie nicht nur Eigentum im sachenrechtlichen Sinne erfasst, ihre Objekte also nicht nur Gegenstände, Sachen sind, ändert am Begriff des Eigentums in Bezug auf diesen erweiterten Kreis von Objekten nichts. Auch für sie gilt, dass die Eigentümerinnen und Eigentümer in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach Belieben verfügen (i.w.S.) dürfen.

Von besonderem Interesse für ein Projekt, das sich mit den Regimen von Ressourcen befasst, ist die letzte der soeben aufgelisteten - durch die Eigentumsgarantie gewährleisteten - Kategorien, die sogenannten „wohlerworbenen“ Rechte. Zu ihnen gehören zum einen die historischen oder vorbestandenen, auch „ehehaft“ genannten Rechte (z.B. Weiderechte¹⁰⁸ oder Wasser[nutzungs]rechte¹⁰⁹), zudem gewisse vermögensrechtliche Ansprüche aus Dienstverhältnissen (etwa Besoldungs- oder Pensionsansprüche von Beamten, wenn eine individuelle Zusicherung den Betrag der Leistung frankenmässig festschreibt und so verstanden werden darf, dass die Höhe der Pension endgültig festgelegt ist¹¹⁰). Weiter zählen dazu auch Rechte aus *Konzessionen*¹¹¹ oder anderen Zusicherungen.

Da durch Konzessionen insbesondere Rechte zur Nutzung von Ressourcen, die der Staat sich selber vorbehalten hat (Oberaufsicht, öffentliche Sachen, Regale), verliehen werden, sind Konzessionen unter Umständen ein durchaus probates Mittel, um die Nutzung von Ressourcen zu steuern, lassen sich mit ihr doch verschiedenste ressourcenrelevante Auflagen verbinden.

Allerdings sind die Voraussetzungen für die Qualifikation als wohlerworbene Rechte streng. Ihre Unabänderlichkeit muss ausdrücklich auf dem Wege der Gesetzgebung oder individuell zugesichert worden sein.¹¹²

Als Beispiel mag die entsprechende Bestimmung aus dem Wasserrechtsgesetz (WRG¹¹³) dienen:

Art. 43 Das Nutzungsrecht/I. Zurückziehung durch die Behörde

1 Die Konzession verschafft dem Konzessionär nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers.

2 Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden.

Ganz grob kann gesagt werden, dass bei den wohlerworbenen Rechten bzw. ihrem Schutz durch die Eigentumsgarantie der Gedanke der Rechtssicherheit bzw. jener

¹⁰⁴ BGE 105 Ia 43, 46.

¹⁰⁵ BGE 119 Ib 148 ff.

¹⁰⁶ BGE 119 Ia 154, 161.

¹⁰⁷ Müller, Grundrechte 600 f.

¹⁰⁸ BGE 117 Ia 35 ff.

¹⁰⁹ BGE 109 Ib 276.

¹¹⁰ BGE 118 Ia 245, 255 f.; 106 Ia 163 Ia 163, 166; 70 I 10 ff.

¹¹¹ BGE 119 Ib 254; 119 Ia 154.

¹¹² Müller, Grundrechte 602.

¹¹³ SR 721.80.

von Treu und Glauben eine wichtige Rolle spielt: Obwohl das Eigentum bzw. sein konkreter Inhalt grundsätzlich (entschädigungslos) wandelbar ist, unterscheiden sich gewisse Fälle von (all den) anderen dadurch, dass es in concreto als stossend empfunden würde, wenn die Rechtsinhaber durch eine Rechtsänderung/eine Änderung der Rechtsordnung schlechter gestellt würden. Wohlerworbene Rechte zeichnen sich also dadurch aus, dass sie - als Ausnahme von der Regel - gerade „rechtsbeständig“ sind.

Eine solche Rechtsbeständigkeit finden wir auch bei der sogenannten *Besitzstands-garantie*. Sie wurde vom Bundesgericht sowohl aus der Eigentumsgarantie als auch aus dem Gebot der Nichtrückwirkung von Normen¹¹⁴ abgeleitet.¹¹⁵ Sie kommt vor allem bei Änderungen der Rechtsordnung in Bezug auf (früher) *rechtmässig* erstellte Bauten zum Tragen.

„Danach dürfen neue Eigentumsbeschränkungen auf nach altem Recht rechtmässig erstellte Bauten nur angewendet werden, wenn ein gewichtiges öffentliches Interesse dies verlangt und das Gebot der Verhältnismässigkeit eingehalten ist.“¹¹⁶

„Cette protection de la situation acquise ne constituant qu'un minimum, les cantons sont certes libres de l'assurer dans une mesure plus étendue. Ils ne sauraient cependant, en autorisant sans restriction non seulement le maintien et l'entretien normal, mais la rénovation, la transformation, l'agrandissement voire la reconstruction totale d'un ancien bâtiment, aller à l'encontre des exigences majeures de l'aménagement du territoire. La manière dont ce problème a été réglé par les diverses législations cantonales varie d'un canton à l'autre.“¹¹⁷

In Artikel 3 Abs. 1 und 2 Baugesetz des Kantons Bern¹¹⁸ heisst es beispielsweise:

„1 Aufgrund bisherigen Rechts bewilligte oder bewilligungsfrei Bauten und Anlagen werden in ihrem Bestand durch neue Vorschriften und Pläne nicht berührt.
2 Sie dürfen unterhalten, zeitgemäss erneuert und, soweit dadurch ihre Rechtswidrigkeit nicht verstärkt wird, auch umgebaut oder erweitert werden.“

Schliesslich ist hervorzuheben, dass die Eigentumsgarantie nicht nur den Schutz *bestehenden* Eigentums gewährleistet, sondern auch den freien Zugang zu, den Erwerb von (neuem) Eigentum.¹¹⁹

Nicht geschützt sind hingegen bloss faktische Interessen. Die Eigentumsgarantie schützt nur *rechtlich anerkannte* Interessen.¹²⁰

2.22 Persönlicher Schutzbereich

Getreu der gut zweihundertjährigen Tradition, wonach das Individuum - genauer die Rechts-Person - und das (sein) Eigentum(srecht) gleichsam siamesische Zwillinge bilden, können sich natürliche Personen¹²¹ (alle Menschen), aber auch juristische

¹¹⁴ Art. 4 Abs. 1 aBV; Art. 9 nBV.

¹¹⁵ BGE 113 Ia 122.

¹¹⁶ BGE 117 Ib 247.

¹¹⁷ BGE 113 Ia 122.

¹¹⁸ BSG 721.

¹¹⁹ BGE 114 Ia 16; Müller, Grundrechte 603.

¹²⁰ Müller, Grundrechte 604.

¹²¹ Art. 11 ZGB, Persönlichkeit im allgemeinen/I. Rechtsfähigkeit

Personen¹²² (etwa Aktiengesellschaften oder Stiftungen) auf die Eigentumsgarantie berufen.

Grundsätzlich unerheblich ist die Nationalität. Allerdings beschränkt (oder verunmöglicht) etwa das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland deren Zugang zu Grundeigentum.

Und auch das Gemeinwesen kann sich auf die Eigentumsgarantie berufen, sofern es wie eine Privatperson betroffen ist. Unerheblich ist dabei die verwaltungsrechtliche Qualifikation des betroffenen Vermögens (Finanzvermögen, Verwaltungsvermögen, öffentliche Sachen im Gemeingebrauch).¹²³

3. EINSCHRÄNKUNGEN DES EIGENTUMS

Da das Eigentum seit seiner Geburt nicht bloss auf die Sicherung einer zeitlich beschränkten privaten Freiheitssphäre, sondern auf Dauer angelegt war, erstaunt es nicht, dass schon damals die unter Umständen doch notwendige Beschränkung oder gar der Entzug dieser Freiheit sehr restriktiv geregelt war. Artikel XVII der Constitution Française vom 3. September 1791 lautete:

„La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique légalement constatée l'exige évidemment, et sans la condition d'une juste et préalable indemnité.“¹²⁴

Und auch Artikel 9 der ersten helvetischen Verfassung bestimmte:

„Privateigentum kann vom Staat nicht anders verlangt werden als in dringenden Fällen oder zu einem allgemeinen, offenbar notwendigen Gebrauch und dann nur gegen billige Entschädigung.“¹²⁵

Wie wir oben gesehen haben, kennt auch die Bundesverfassung diesbezügliche Bestimmungen.

Art. 22ter aBV

1 ...

1 Rechtsfähig ist jedermann.

2 Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.

¹²² Art. 52 ZGB, Persönlichkeit:

1 Die körperschaftlich organisierten Personenverbindungen und die einem besondern Zwecke gewidmeten und selbständigen Anstalten erlangen das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung in das Handelsregister.

2 Keiner Eintragung bedürfen die öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten, die Vereine, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgen, die kirchlichen Stiftungen und die Familienstiftungen.

3 Personenverbindungen und Anstalten zu unsittlichen oder widerrechtlichen Zwecken können das Recht der Persönlichkeit nicht erlangen.

Art. 53 ZGB, Rechtsfähigkeit:

Die juristischen Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen, wie das Geschlecht, das Alter oder die Verwandtschaft zur notwendigen Voraussetzung haben.

¹²³ Müller, Grundrechte 604 f.

¹²⁴ Zitiert nach Saladin, Grundrechte 110.

¹²⁵ Zitiert nach Saladin, Grundrechte 111.

2 Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.

3 Bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu leisten.

Art. 26 Eigentumsgarantie nBV

1 ...

2 Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.

Artikel 22ter Absatz 2 BV erfasst - dies soll kurz erwähnt werden - nicht nur privatrechtliche, sondern auch öffentlichrechtliche Einschränkungen, insbesondere auch die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen des kantonalen Bau- und Planungsrechts.¹²⁶ In der neuen Verfassung wurde der Absatz 2 nur deshalb nicht übernommen, da diese eine spezielle Bestimmung für die allgemeinen Voraussetzungen zur Einschränkung *aller* Grundrechte kennt:

Art. 36 Einschränkungen von Grundrechten

1 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

2 Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

3 Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

4 Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Mit anderen Worten: auch das Eigentum ist beschränkbar. Das ist „eigentlich“ schon bekannt, wurde oben doch gezeigt, dass das Eigentum nur innert der Schranken der Rechtsordnung garantiert ist: Das „Eigentum“ ist eben genau das, was aus allen - verfassungsmässig haltbaren - privat- und öffentlichrechtlichen Rechtssätzen als Eigentum resultiert.¹²⁷ Weshalb dann noch von Einschränkungen, von Beschränkungen reden? Wenn die gesamte Rechtsordnung den konkreten Inhalt des Eigentums immer je erst bestimmt, wenn immer erst durch alle relevanten Rechtsnormen konkretisiert wird, welchen Inhalt ein bestimmtes Eigentum(srecht) hat, wie kann dann diese Konkretisierung Einschränkung bzw. Beschränkung sein? Wo ist bei einer Konkretisierung überhaupt noch Raum für eine Beschränkung?

Ganz grob lässt sich das so darstellen:

Wenn wir uns - etwa mit Blick auf ein Grundstück - die Frage stellen, welchen konkreten Inhalt dieses Grundeigentum, das Eigentum an diesem Grundstück, zum heutigen Zeitpunkt hat, müssen wir zumindest von einem allgemeinen, wenn auch eher diffusen Eigentumsinhalt ausgehen. Etwa davon, dass dieses Grundstück Herrn Müller „gehört“. Unstrittig ist wohl auch, dass er dieses Grundstück verkaufen oder verpfänden darf. Das interessiert in der Regel - ausser er wolle es an eine Person mit Wohnsitz im Ausland verkaufen - auch nicht näher. Uns interessiert z.B. viel mehr,

¹²⁶ Ruch, Raumordnung 7.

¹²⁷ Das gilt grundsätzlich nicht nur für den je konkreten Inhalt des Eigentums, sondern grundsätzlich auch für den Begriff selber. Denn eine Gesellschaft kann auch den Begriff modifizieren oder auf ihn verzichten. In der Schweiz ist der Begriff aber - angesichts der Eigentumsgarantie - gleichsam gesetzesfest, so dass sich Konkretisierungen am Inhalt festmachen.

ob Herr Müller sein Grundstück überbauen darf, und wenn ja, wie er es überbauen darf.

Gehen wir von einem alten und umfassenden Eigentumsbegriff aus, wonach ein Eigentümer „eigentlich“ alles machen darf, so können wir bereits eine Norm, die für Bauten einen Minimalabstand zum Nachbargrundstück vorschreibt, als Beschränkung betrachten. Und umso mehr Bestimmungen, die es Herrn Müller gar untersagen würden, sein Grundstück überhaupt baulich zu nutzen. Gleiches gilt, wenn wir nicht von irgendeinem, sondern von dem bis heute aktuellen Eigentumsinhalt ausgehen und wenn der neue, gerade jetzt und für die Zukunft zu konkretisierende Inhalt weniger umfassend ist.

Wird beispielsweise durch eine Planung (im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 RPG), also etwa durch einen Nutzungszonenplan, der Inhalt des Grundeigentums zu *Ungunsten* des Grundeigentümers neu bestimmt und ihm eine vorher, gemäss der alten Inhaltsbestimmung gegebene Eigentums-Befugnis (z.B. die Überbaumöglichkeit) entzogen, so können wir von einer *Eigentumsbeschränkung* sprechen.

Diese Sprachregelung beleuchtet allerdings nur die eine Seite der Medaille. Denn da der *Inhalt* des Eigentums sich „nach Massgabe der jeweiligen Rechtsordnung“ bestimmt, haben wir es vor und nach Inkrafttreten einer Planungsmassnahme bloss mit zwei *unterschiedlichen* Eigentumsinhalten zu tun. Die Rede von einer *Eigentums-Beschränkung* oder gar der Gedanke an eine Entschädigung drängen sich unter diesem Blickwinkel keineswegs auf. Denn weshalb soll der Staat jemanden entschädigen, nur weil er den Eigentumsinhalt neu definiert hat?

Die Frage ist alles andere als rein theoretischer Natur:

„Das Bundesgericht hat denn auch beispielsweise entschieden, dass nicht nur polizeilich motivierte Schranken, sondern auch aus Art. 22^{quater} BV“ - dem Raumplanungsauftrag! - „sich ergebende Beschränkungen, die den Inhalt der Eigentumsrechte öffentlichrechtlich näher umschreiben, grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen sind (BGE 105 Ia 336 ff. E. 3c und d; 113 Ib 323 E. 3c/aa; 112 Ib 110 E. 3 ...).“¹²⁸

Mit anderen Worten: Die Inhaltsbestimmung des (Grund-)Eigentums ist grundsätzlich *entschädigungslos* zulässig!

Allerdings trifft die grundsätzliche Entschädigungslosigkeit der Inhaltsbestimmung des (Grund-)Eigentums nicht die ganze Wahrheit. Denn Artikel 22^{ter} Absatz 3 aBV (bzw. 26 Abs. 2 nBV) und auch Artikel 5 Absatz 2 RPG sprechen beide von *Eigentumsbeschränkungen* und verlangen für jene, „die einer Enteignung gleichkommen“, volle Entschädigung. Es muss also neben (blossen und entschädigungslosen) Inhaltsbestimmungen auch *Eigentumsbeschränkungen* geben und innerhalb der Eigentumsbeschränkungen solche, die einer Enteignung gleichkommen.

Für unsere Zwecke mag es genügen, dazu folgendes festzuhalten:

Jede Inhaltsbestimmung des Eigentums ist zugleich Eigentumsbeschränkung - und umgekehrt. Die Inhaltsbestimmung *konkretisiert* das jeweilige Eigentum und grenzt es notwendig von anderen möglichen Inhalten ab - beschränkt es also. Und erst durch die Beschränkung erhält das Eigentum seinen je konkreten Inhalt.¹²⁹

¹²⁸ BGE vom 27. September 1989, Grisard-Senft v. Birsfelden, E. 2c.

¹²⁹ Vgl. G. Müller, Privateigentum heute, ZSR NF 100 (1981) II. 44; Kuttler 188; Ackeret 109.

Wenn daher das Bundesgericht ausführt, die Inhaltsbestimmung des (Grund-)Eigentums sei in der Regel entschädigungslos zulässig, so können wir entschädigungslose Inhaltsbestimmungen auch als entschädigungslose Eigentumsbeschränkungen bezeichnen. Entschädigungspflichtige „Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen“, gehören hingegen jener kleinen Gruppe von Inhaltsbestimmungen an, bei denen der Grundsatz der Entschädigungslosigkeit - ausnahmsweise - durchbrochen wird. Sie sind das Hauptthema der „materiellen Enteignung“ (dazu später mehr).

3.1 Drei Teilgehalte der Eigentumsgarantie

In der Schweiz werden von Lehre und Praxis drei Teilgehalte der Eigentumsgarantie unterschieden: die Bestandesgarantie, die Wertgarantie sowie die Institutsgarantie.

3.11 Die Bestandesgarantie

Die Bestandesgarantie bewahrt subjektive Eigentümerrechte vor unzulässigen Massnahmen; sie schützt mit anderen Worten den „Bestand“ an solchen Rechten. Wie bereits klar geworden ist, sind Eingriffe in solch subjektive Bestände/Rechte grundsätzlich durchaus zulässig - anders wäre ja von einer Wandelbarkeit des Eigentumsinhaltes nicht zu reden. Allerdings sind nicht beliebige Eingriffe zulässig. Eingriffe in die Bestandesgarantie sind nur unter den üblichen, in Art. 36 nBV formulierten Voraussetzungen für Eingriffe in Grundrechte zulässig:

Erforderlich ist (bereits nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung) eine genügende gesetzliche Grundlage, ein überwiegendes öffentliches Interesse sowie die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit¹³⁰; zudem darf der Kerngehalt nicht verletzt werden¹³¹.¹³²

Die Frage, ob in den konkreten Bestand von Eigentümerrechten bzw. in ein konkretes Eigentum eingegriffen werden darf, ist von jener zu unterscheiden, ob die Betroffenen u.U. für den Minderwert ihres Eigentums nach dem Eingriff entschädigt werden müssen.

3.12 Die Wertgarantie

Die Wertgarantie gewährleistet bei sogenannten *Enteignungen* oder bei Eingriffen bzw. Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung *gleichkommen*, volle Entschädigung. Es gibt also Enteignungen und so etwas Ähnliches bzw. „Gleichkommendes“ wie Enteignungen. Erstere sind das Thema der formellen, letztere jenes der materiellen Enteignung.

¹³⁰ Vgl. etwa BGE 119 Ia 362, 366.

¹³¹ Etwa BGE 114 Ib 17, 23.

¹³² Müller, Grundrechte 606.

3.12.1 Formelle Enteignung

Der Begriff der sogenannten *formellen* Enteignung ist der ältere. Die formelle Enteignung diente und dient in erster Linie der Landbeschaffung (zur Errichtung öffentlicher Werke bzw. Erfüllung öffentlicher Aufgaben i.w.S.)¹³³:

Will beispielsweise eine Gemeinde ein Schulhaus bauen und gelingt es ihr nicht, das dazu notwendige Grundstück freihändig (auf dem Markt) zu erwerben, so hat sie die Möglichkeit, die Eigentümerin des Grundstückes *formell* zu enteignen. Sie nimmt ihr - gegen volle Entschädigung - das Grundstück weg.

Bei der formellen Enteignung werden also die Eigentumsrechte (bzw. beschränkte dingliche Rechte) der Enteigneten (zumindest teilweise) entzogen und (häufig) auf die Enteignerin übertragen (Subjektwechsel) (im Sonderfall der Enteignung von Nachbarrechten werden die Rechte zugunsten des Enteigners unterdrückt).¹³⁴ Mit anderen Worten: Wird eine Grundeigentümerin formell enteignet, so „gehört“ das Grundstück nachher nicht mehr ihr, sondern jemand anderem (meistens dem Gemeinwesen). Als Ersatz wird die vormalige Grundeigentümerin voll entschädigt.

3.12.2 Materielle Enteignung

Nun gibt es aber Fälle, in denen sich *formell* an den Eigentumsrechten nichts ändert. Die Grundeigentümerin bleibt Grundeigentümerin, aber der *Inhalt ihres Grundeigentums* wird - z.B. durch eine Planung - derart neu umschrieben, dass die Einschränkungen inhaltlich - *materiell* - einer formellen Enteignung *gleichkommen*. In solchen Fällen stellt sich die bereits angeschnittene Frage mit Nachdruck, ob jegliche Beschränkung des Grundeigentums bloss Inhaltsbestimmung und daher entschädigungslos zulässig ist, solange die Eigentümerin bloss Eigentümerin bleibt. Muss sie Verluste von Tausenden von Franken einfach hinnehmen, wenn ihr Grundstück aus der Bauzone in die Landwirtschaftszone gewiesen wird?

Nein und ja. In der Regel ist es wirklich so, dass die meisten Beschränkungen (durch Planung) entschädigungslos hingenommen werden müssen. Sie sind zwar gewichtig, kommen aber einer Enteignung nicht gleich. Daneben gibt es allerdings - verhältnismässig wenige - Fälle, in denen der Eingriff so schwer wiegt, dass er eben einer Enteignung (im formellen Sinne) „gleichkommt“. Dann und nur dann ist ebenfalls Entschädigung geschuldet.

Mit anderen Worten: Fälle *materieller* Enteignung gehören einer kleinen Gruppe von *Inhaltsbestimmungen* an, bei denen der Grundsatz der Entschädigungslosigkeit - ausnahmsweise - durchbrochen wird.

3.12.21 Planungen und materielle Enteignung¹³⁵

Fällen von (möglichen) materiellen Enteignungen begegnen wir - von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen - in erster Linie im Rahmen der Raumplanung, und zwar a) bei den sogenannten Nichteinzonungen und Auszonungen sowie b) bei den Abzonungen und Verkleinerungen der Ausnützungsziffern. In Artikel 5 Absatz 2 RPG fin-

¹³³ Vgl. bereits Art. 23 BV bzw. das Enteignungsgesetz.

¹³⁴ Leimbacher, materielle Enteignung 14; Müller, Grundrechte 612.

¹³⁵ Zum folgenden Leimbacher, materielle Enteignung 15 ff.

det sich denn auch eine Bestimmung, die ausdrücklich auf Enteignungen Bezug nimmt:

Führen Planungen zu Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, so wird voll entschädigt.

Bei den unter a) genannten Fällen handelt es sich um planerische Massnahmen, welche die (künftige) bauliche Nutzung eines Grundstückes *verunmöglichen*: Bei den Auszonungen wird ein Grundstück aus einer Bauzone in eine Nichtbauzone - gewiesen. Ganz grob gesagt, hätte das Grundstück (weil es in einer Bauzone lag) überbaut werden können. Im Zuge einer Revision der Zonenplanung wird nun beispielsweise die Bauzone verkleinert und das fragliche Grundstück wird in die Landwirtschaftszone verwiesen. Die Landwirtschaftszone ist grundsätzlich eine Nichtbauzone - bauen dürften dort, wiederum grob gesagt, nur Landwirte. Der Grundeigentümer bleibt zwar durch diese Planung nach wie vor Eigentümer, aber er darf nicht mehr bauen und sein Grundstück hat 90 % oder noch mehr an Wert verloren.

Bei der Nichteinzonung wird ein Grundstück, das sich bislang in einer Nichtbauzone (etwa in der Landwirtschaftszone) befand, in einer/der Nichtbauzone belassen. Auch hier ist vorstellbar, dass eine Gemeinde ihren Zonenplan überarbeitet und beispielsweise die Bauzone vergrösste, das fragliche Grundstück aber nicht darin aufnimmt. Nichteinzungsfälle sind solche, in denen sich die Frage stellt, ob besondere Umstände gegeben waren, die nach einer Aufnahme in die Bauzone verlangt hätten.

Bei den Fällen nach b) geht es nicht um die Verunmöglichung einer (künftigen) baulichen Nutzung, sondern lediglich um eine Beschränkung derselben: Ein Grundstück in einer Zone W3, in der dreietagige Wohnhäuser erstellt werden durften, soll einer Zone W2 zugewiesen werden; oder es wird die Ausnützungsziffer (das zulässige Bauvolumen) verkleinert u.Ä.

Kommen solche und ähnliche Beschränkungen einer „Enteignung gleich“, so sind sie voll zu entschädigen.

3.12.21.1 Differenzierung durch das Bundesgericht - die sogenannte "Formel Barret"

Artikel 5 Absatz 2 RPG gibt in knappster Form wieder, was das Bundesgericht im Laufe seiner langen und schöpferischen Rechtsprechung zur materiellen Enteignung herausgearbeitet hat. Das Gericht selber gibt sein Verständnis der materiellen Enteignung seit längerer Zeit in der sogenannten "Formel Barret" wieder¹³⁶:

„Eine auf eine Planung zurückzuführende Eigentumsbeschränkung kommt einer Enteignung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 RPG gleich, (a) wenn einem Eigentümer der (a1) bisherige oder (a2) ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seines Grundeigentums untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird, (a3) weil ihm eine aus dem Eigentumsinhalt fliessende wesentliche Befugnis entzogen wird. (b) Geht der Eingriff weniger weit, so kann ausnahmsweise eine Eigentumsbeschränkung einer Enteignung gleichkommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so getroffen werden, dass ihr Opfer

¹³⁶ Sie geht zurück auf den Entscheid Barret aus dem Jahre 1965, BGE 91 I 338. Was wir allerdings „heute als «Formel Barret» verstehen, ist das Ergebnis eines mehrjährigen Formulierungsprozesses. Er kommt in den siebziger Jahren zum Abschluss, als das Bundesgericht die ihm richtig scheinende Version findet“; Riva 113.

gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (sc. sogenanntes Sonderopfer). (c) In beiden Fällen ist die Möglichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung der Sache nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen. Unter besserer Nutzung eines Grundstückes ist in der Regel eine in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gegebene Möglichkeit der Überbauung zu verstehen (...).¹³⁷

Diese bundesgerichtliche Formel unterscheidet zwei Tatbestandsvarianten,¹³⁸ die materielle Enteignung im engeren Sinne sowie das Sonderopfer. Im Vergleich zum ersten Tatbestand handelt es sich bei diesem um eine weniger einschneidende, aber immer noch schwere Eigentumsbeschränkung, die sich zugleich rechtsungleich auswirkt. Das Sonderopfer hat der bundesgerichtlichen Praxis aber eine äusserst marginale Rolle gespielt.

Im Zentrum der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht die materielle Enteignung im engeren Sinne (a), also ein besonders schwerer Eingriff bzw. der Entzug einer wesentlichen Eigentumsbefugnis. Bei diesem Kriterium¹³⁹ geht es, wie Artikel 5 Absatz 2 RPG bereits zeigt, um die *Eingriffsintensität*. Es gilt abzugrenzen zwischen Eigentumsbeschränkungen oder Eingriffen, die einer Enteignung gleichkommen, und jenen, die weniger weit gehen, die also weniger „schwer“ sind.

Der bisherige bzw. gegenwärtige Gebrauch

Eine materielle Enteignung i.e.S. liegt u.a. dann vor, wenn einem Eigentümer der *bisherige bzw. gegenwärtige Gebrauch* (a1) seines Grundstückes untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird.

Diese Regel „stellt allgemein den klarsten und am wenigsten umstrittenen Satz im Recht der materiellen Enteignung dar“.¹⁴⁰ Zudem sind Fälle des Entzugs einer bereits verwerteten Eigentumsbefugnis in der bundesgerichtlichen Praxis bisher sehr selten gewesen,¹⁴¹ was insofern nicht weiter zu erstaunen vermag, als in der schweizerischen Rechtsüberzeugung das Prinzip des Bestandesschutz doch äusserst fest verwurzelt ist.¹⁴²

Der voraussehbare künftige Gebrauch

Die Entschädigungsfrage stellt sich in der Praxis beinahe ausnahmslos nur im Rahmen der Einschränkung des „voraussehbaren künftigen“ Gebrauchs (a2),¹⁴³ so bei Auszonungen und Nichteinzonungen oder auch bei Abzonungen und Verkleinerungen der Ausnützungsziffern u.ä.

Wann ein hinreichend schwerer Eingriff vorliegt, lässt sich allerdings oft nur schwer entscheiden. Dies vor allem, weil das Tatbestandmerkmal c) verlangt, „die Mög-

¹³⁷ Hier gemäss BGE vom 7. April 1994, Stansstad v. Dormann und Nidwalden; "Hostatt/Mettlen", Kehrsiten, E. 4b; a), b), und c) hinzugefügt.

¹³⁸ Vgl. Riva 110.

¹³⁹ Zur Kritik am Begriff "Entzug einer wesentlichen aus dem Eigentum fliessenden Befugnis" vgl. z.B. Riva 270f.

¹⁴⁰ RIVA 329.

¹⁴¹ Vgl. Riva 279.

¹⁴² Vgl. Riva 120.

¹⁴³ Vgl. Riva 120.

lichkeit einer zukünftigen besseren Nutzung der Sache (sei) nur zu berücksichtigen, wenn im massgebenden Zeitpunkt anzunehmen war, sie lasse sich mit hoher Wahrscheinlichkeit in naher Zukunft verwirklichen“ (sogenannte Realisierungswahrscheinlichkeit).

Alles in allem wird aber vom Bundesgericht höchst selten das Vorliegen einer materiellen Enteignung bejaht. Die Regel bildet vielmehr die Verneinung einer Entschädigungspflicht des Gemeinwesens.¹⁴⁴

Mit Blick auf die Ressourcenregime, insbesondere natürlich das Ressourcenregime Boden, kann daher festgehalten werden, dass in der Regel selbst erhebliche Beschränkungen der möglichen Nutzung eines Grundstückes, etwa aus Gründen des Landschaftsschutzes, von den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern entschädigungslos hingenommen werden müssen. Die Konkretisierung durch Normen des Policy-Designs ist blosser - entschädigungsloser - Inhaltsbestimmung des Grundeigentums.

3.13 Die Institutsgarantie

Die Institutsgarantie garantiert das „Rechtsinstitut“ des Privateigentums. Es darf durch gesetzliche Regelungen nicht ausgehöhlt werden. Mit anderen Worten: Zwar ist der *Inhalt* des Eigentums wandelbar und in das Eigentum darf durchaus eingegriffen werden, aber, das, was das Eigentum zu Eigentum macht, muss erhalten bleiben. Die gesetzlichen Regelungen dürfen nicht so weit gehen, dass gleichsam nur noch eine leere, Eigentum genannte Hülle übrig bleibt. Die Institutsgarantie verbietet es dem Gesetzgeber, Normen aufzustellen „welche das Privateigentum als fundamentale Einrichtung der schweizerischen Rechtsordnung beseitigen oder aushöhlen, seiner Substanz berauben, seinen Wesenskern antasten“.¹⁴⁵ Insofern stellt die Institutsgarantie denn auch einen Kerngehalt der Eigentumsgarantie dar.¹⁴⁶

Von der anderen Seite her betrachtet, heisst dies, dass Eigentumsbeschränkungen „die wesentlichen, sich aus dem Eigentum ergebenden Verfügungs- und Nutzungsrechte wahren“ müssen.¹⁴⁷

4. KONKRETISIERUNG DES „EIGENTUMS“ DURCH DAS ÖFFENTLICHE RECHT

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass das „Eigentum“ (das formelle Regelwerk) eines bestimmten Ressourcenregimes, so wie es uns in seiner privatrechtlichen *Form* gemäss Artikel 641 Absatz 1 ZGB entgegentritt, durch die vor allem öffentlichrechtlichen Normen von Schutz- und Nutzungspolitiken konkretisiert wird. Es sind in erster Linie diese Normen, die als „Schranken der Rechtsordnung“ den *Inhalt* des jeweiligen Eigentums bestimmen.

¹⁴⁴ Riva 355.

¹⁴⁵ Georg Müller, Privateigentum heute, ZSR 1981 II 98.

¹⁴⁶ Müller, Grundrechte 625.

¹⁴⁷ BGE 103 Ia 417, 418.

In welcher Art und Weise Eigentümerinnen und Eigentümer über ihre Eigentumsobjekte/Ressourcen verfügen dürfen, das bestimmt sich durch das Insgesamt aller im konkreten Falle relevanten Normen¹⁴⁸:

~~Die~~ Eigentümerinnen und Eigentümer dürfen, grob gesagt, mit ihrem Eigentum genau das machen, was sie gemäss allen relevanten Normen machen dürfen.

¹⁴⁸ Im Kapitel zum Bergregal (des folgenden Kapitels „Boden“) finden sich noch einige weitere Ausführungen zum Zusammenspiel von Privatrecht und öffentlichrechtlichen Normen.

ZWEITES KAPITEL: DER BODEN

1. ECKDATEN ZUM BODEN

Wollte man alle bodenrelevanten Erlasse der Schweiz, alle Normen, die direkt oder indirekt die Nutzung des und/oder die Verfügung über den Boden berühren, auflisten, so müssten hunderte, ja Tausende von Erlassen genannt werden.¹⁴⁹ Denn - wie auch aus der privatrechtlichen Skizze des Eigentums hervorgeht - knüpfen sämtliche Ressourcen entweder sachenrechtlich beim Boden - sprich Grundeigentum - an oder haben keine eigene Sachqualität.

Das juristische Screening - nicht nur des Bodens - muss sich daher darauf beschränken, jene wichtigsten rechtlichen Ereignisse zu nennen, die einen gewissen einschneidenden/entscheidenden Einfluss direkt auf das formelle Regelwerk (das Eigentum) hatten und/oder auf jene, wo (vor allem öffentlichrechtliche) Nutzungs- und Schutzpolitiken indirekt den Eigentumsinhalt konkretisierten bzw. veränderten.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass selbst die erwähnten nicht alle (näher) diskutiert werden können.

~~Seit~~ **1848** sowie **1874** verzichtete der Bundesverfassungsgeber auf eine ausdrückliche Garantie des Eigentums, weil ihm dieses durch die Kantonsverfassungen hinreichend geschützt erschien.

~~Seit~~ **1874** wurden die Bundeszuständigkeiten im Bereich des Planungs- und Baurechts bedeutungsvoll erweitert:

~~So~~ datiert Art. 23 BV bereits von **1874**. Er brachte dem Bund die Möglichkeit, auf privates (Grund-)Eigentum zuzugreifen ...,

1 Dem Bunde steht das Recht zu, im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teiles derselben auf Kosten der Eidgenossenschaft öffentliche Werke zu errichten oder die Errichtung derselben zu unterstützen.

2 Zu diesem Zwecke ist er auch befugt, gegen volle Entschädigung das Recht der Expropriation geltend zu machen. Die nähern Bestimmungen hierüber bleiben der Bundesgesetzgebung vorbehalten.

... zum Beispiel im Bereich der Eisenbahnen oder des Post- und Telegrafendienstes ...

~~Auch~~ Art. 26 BV stammt aus dem Jahre **1874**:

Die Gesetzgebung über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen ist Bundessache.

~~Ebenso~~ Art. 36 BV:

¹⁴⁹ Vgl. dazu die Dokumentation „Bodenrelevante Erlasse der Schweiz.“

¹ Das Post- und Telegrafwesen im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft ist Bundessache.

... sowie der Forstpolizei:

~~1897~~ Mit der Neufassung von Art. 24 BV¹⁵⁰ über die Wasserbau- und Forstpolizei aus dem Jahre **1897** erhielt der Bund eine generelle Oberaufsicht eingeräumt; vorher besass er nur für das Hochgebirge Zuständigkeiten:

¹ Der Bund hat das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei.

² Er wird die Korrektion und Verbauung der Wildwasser sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete unterstützen und die nötigen schützenden Bestimmungen zur Erhaltung dieser Werke und der schon vorhandenen Waldungen aufstellen.

~~1903~~ folgte - als Ausführungsgesetz zum revidierten Art. 24 BV - das (zweite) Forstpolizeigesetz, das „Bundesgesetz vom 11. Oktober 1902 betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei.“¹⁵¹ Es war, nicht zuletzt mit dem allgemeinen Walderhaltungsgebot, zumindest für gewisse Böden bzw. deren Nutzung relevant und brachte als flächendeckendes Gebot die erste eigentliche raumplanerische Massnahme.

~~1912~~ folgte das Zivilgesetzbuch (von 1907).

~~Es~~ enthielt die zentrale Bestimmung des Art. 641 Abs. 1 ZGB, wonach der Eigentümer „in den Schranken der Rechtsordnung“ über sein Eigentum „nach Belieben verfügen“ darf.

~~Für~~ den Boden von besonderer Relevanz ist der Art. 655 ZGB, „Gegenstand des Grundeigentums“¹⁵²:

¹ Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke.

² Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. die Liegenschaften;

2. die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte;

3. die Bergwerke;

4. die Miteigentumsanteile an Grundstücken.

~~Daneben~~ gab der Art. 702 ZGB den - für Natur- und Heimatschutz zuständigen - Kantonen die Möglichkeit, für ihre damals lediglich punktuellen Schutzmassnahmen entsprechende Eigentumsbeschränkungen zu erlassen.¹⁵³ Der Art. 702 regelt die „öffentlich-rechtlichen Beschränkungen“ „im allgemeinen“:

Dem Bunde, den Kantonen und den Gemeinden bleibt es vorbehalten, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, wie namentlich betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen, den Reckweg, die Errichtung von

¹⁵⁰ Angenommen in der Volksabstimmung vom 11. Juli 1897 (Erwahrungsbeschluss vom 15. Okt. 1897 – AS 16 339; BBl 1893 V 9, 1897 IV 81).

¹⁵¹ AS 19 492.

¹⁵² Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 19. Dez. 1963, in Kraft seit 1. Jan. 1965 (AS 1964 993 1005; BBl 1962 II 1461).

¹⁵³ Hepperle/Lendi 25 f.

Grenzmarken und Vermessungszeichen, die Bodenverbesserungen, die Zerstückelung der Güter, die Zusammenlegung von ländlichen Fluren und von Baugebiet, die Erhaltung von Altertüchern und Naturdenkmälern, die Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und den Schutz von Heilquellen.

~~☞~~ In Ausführung von Art. 23 BV folgte **1932** das „Bundesgesetz über die Enteignung“ (EntG) vom 20. Juni 1930.¹⁵⁴

Das Enteignungsrecht - insbesondere an „dinglichen Rechten an Grundstücken“ (Art. 5) - konnte demnach geltend gemacht werden für Werke, „die im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils des Landes liegen“ (Art. 1 Abs. 1).

Art. 9 verpflichtete bereits, Naturschönheiten „soweit möglich zu erhalten“ und die Werke so auszuführen, „dass sie das landschaftliche Bild möglichst wenig stören“.

~~☞~~ Das „Bundesgesetz vom 12. Dezember **1940**¹⁵⁵ über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen“, war ein Vorläufer des heutigen Bundesgesetzes über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB).

~~☞~~ Es gab verschiedenste Vorstösse in Form von Initiativen, die geltende Eigentums-/Grundeigentumsregelung zu ändern: eine radikale Änderung im Sinne einer Verstaatlichung von Grund und Boden wurde aber anscheinend nie angestrebt.

So wollt z.B. die „Jungbauerninitiative“ von **1943** das nutzbare Grundeigentum der Spekulation entziehen. Insbesondere sollte wirtschaftlich nutzbaren Boden nur erwerben können, wer ihn als Grundlage seiner Existenz selber bebaut. Sie wurde **1950** abgelehnt.¹⁵⁶ „Als indirekte Folge dieser und anderer Reformbewegungen entstanden in den 60er und 70er Jahren einerseits ein eigentliches bäuerliches Bodenrecht, andererseits die sog. Bodenrechtsartikel 22ter und 22quater der Bundesverfassung im Jahre 1969.“^{157“158}

~~☞~~ **1947** folgten die Wirtschaftsartikel,¹⁵⁹ die dem Bund u.a. mit Art. 31bis Abs. 3 Bst. b BV das Recht übertrugen, Vorschriften „zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes“ zu erlassen. Gestützt darauf und auf die Zivilrechtskompetenz des Art. 64 BV entstand ein weitreichendes bäuerliches Bodenrecht. Buchstabe b wurde **1996** aufgehoben zugunsten von Art. 31octies Abs. 3 Bst. f: Der Bund „kann Vorschriften zur Festigung des bäuerlichen Grundbesitzes erlassen“.¹⁶⁰

¹⁵⁴ SR 711.

¹⁵⁵ BS 9 80; AS 1955 685, 1962 1273 Art. 54 Abs. 1 Ziff. 4 Abs. 2, 1979 802

¹⁵⁶ Schürmann/Hänni 6 f.

¹⁵⁷ Dazu Kallenberger 74 ff., 90 ff.

¹⁵⁸ Schürmann/Hänni 7.

¹⁵⁹ Angenommen in der Volksabstimmung vom 6. Juli 1947 (Erwahrungsbeschluss vom 1. Okt. 1947 – AS 63 1041; BBI 1937 II 833, 1942 485, 1944 158, 1945 I 905, 1947 III 170).

¹⁶⁰ Aufgehoben in der Volksabstimmung vom 9. Juni 1996 (Erwahrungsbeschluss des BR vom 19. Aug. 1996 - AS 1996 2502 2503 - und BB vom 21. Dez. 1995; BBI 1996 I 229, 1992 VI 292, 1996 III 917).

Das „Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes“ (Landwirtschaftsgesetz, LWG) vom 3. Oktober 1951¹⁶¹ befasst sich in erster Linie mit dem *Wirtschaftszweig* „Landwirtschaft“.

Das „Bundesgesetz vom 12. Juni 1951¹⁶² über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes“ ist ebenfalls ein Vorläufer des heutigen BGGB.

Auf Bundesebene brachte im Jahre 1953 eine Verfassungsänderung, der *damalige*¹⁶³ Art. 24quater BV, die Möglichkeit, den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen anzugehen und das Bauen ausserhalb der Anschlussmöglichkeiten an die Kanalisation zu erschweren.

1955 gab das wachsende Bewusstsein, die lebensnotwendigen Ressourcen, insbesondere das Wasser zu schützen, dem Bund Anlass, ein erstes Gewässerschutzgesetz, „Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen vom 16. März 1955“, zu erlassen. Seine Anordnungen trugen dazu bei, dass die Kantone und Gemeinden das Erfordernis genügender Abwassereinleitungen in den Dienst der Bekämpfung einer ungeordneten, für die Gemeinden wegen der Infrastrukturaufwendungen kostspieligen Streubauweise stellten.¹⁶⁴

Im Jahre 1958 folgte der Nationalstrassenartikel, Art. 36bis. In Abs. 3 findet sich folgende Nutzungsvorschrift:

3 Der wirtschaftlich nutzbare Boden ist nach Möglichkeit zu schonen. Den durch die Anlage von Nationalstrassen entstehenden Nachteilen in der Verwendung und Bewirtschaftung des Bodens ist durch geeignete Massnahmen auf Kosten des Strassenbaues entgegenzuwirken.

Das Jahr 1962 brachte den Natur- und Heimatschutzartikel, Art. 24sexies BV,¹⁶⁵ der 1987 (Rothenthurm) eine wichtige Ergänzung, Abs. 5 und Übergangsbestimmung,¹⁶⁶ erfuhr. Hervorhebung verdient, dass Natur- und Heimatschutz aber grundsätzlich in der Zuständigkeit der Kantone verblieb:

1 Der Natur- und Heimatschutz ist Sache der Kantone.

2 Der Bund hat in Erfüllung seiner Aufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten.

3 Der Bund kann Bestrebungen des Natur- und Heimatschutzes durch Beiträge unterstützen sowie Naturreservate, geschichtliche Stätten und Kulturdenkmäler von nationaler Bedeutung vertraglich oder auf dem Wege der Enteignung erwerben oder sichern.

4 Er ist befugt, Bestimmungen zum Schutze der Tier- und Pflanzenwelt zu erlassen.

5 Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung sind Schutzobjekte. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen irgendwelcher

¹⁶¹ SR 910.1.

¹⁶² AS 1952 403, 1973 93 Ziff. I 3, 1977 237 Ziff. II 4; SR 221.213.2 Art. 59 Ziff. 2.

¹⁶³ Zur Entstehungsgeschichte von Art. 24quater und 24bis BV vgl. Kommentar BV, Art. 24bis, 3.

¹⁶⁴ Kuttler 2.

¹⁶⁵ Angenommen in der Volksabstimmung vom 27. Mai 1962 (Erwahrungsbeschluss vom 22. Juni 1962 – AS 1962 749; BBI 1961 I 1093, 1962 I 1456).

¹⁶⁶ Angenommen in der Volksabstimmung vom 6. Dez. 1987 (Erwahrungsbeschluss des BR vom 28. Jan. 1988 – AS 1988 352 – und BB vom 20. März 1987; BBI 1987 I 984, 1983 IV 198, 1985 II 1445, 1988 I 569).

Art vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes und der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen.

Übergangsbestimmung: Anlagen, Bauten und Bodenveränderungen, welche dem Zweck der Schutzgebiete widersprechen und nach dem 1. Juni 1983 erstellt werden, insbesondere in der Moorlandschaft von Rothenthurm auf dem Gebiet der Kantone Schwyz sowie Zug, müssen zu Lasten der Ersteller abgebrochen und rückgängig gemacht werden. Der ursprüngliche Zustand ist wieder herzustellen.

Wie im Kapitel über die Landschaft noch zu diskutieren sein wird, beeinflusst der Natur- und Heimatschutz die Nutzung des Bodens entscheidend.

Im Jahre **1963** zielte eine sozialdemokratisch-gewerkschaftliche Bodenrechtsinitiative, „Volksbegehren gegen die Bodenspekulation“, „Massnahmen zur Verhinderung einer ungerechtfertigten Steigerung der Grundstückspreise, zur Verhinderung von Wohnungsnot und zur Förderung einer der Gesundheit dienenden Landes-, Regional- und Ortsplanung an; zu diesem Zwecke sollte dem Bund und den Kantonen das Recht zustehen, «bei Verkäufen von Grundstücken zwischen Privaten ein Vorkaufsrecht auszuüben sowie Grundstücke zu enteignen». Sie wurde **1967** von Volk und Ständen verworfen¹⁶⁷.“ Dieses „Volksbegehren gegen die Bodenspekulation“ bzw. die zuweilen polemische Diskussion um es hat die Verfassungsreform entscheidend vorangetrieben.¹⁶⁸

1967 folgte das Natur- und Heimatschutzgesetz, NHG, aus dem Jahre **1966**. Es enthält Vorschriften zum Schutz des heimatlichen Landschafts- und Ortsbildes. Und es ordnet unter anderem die Aufstellung von Inventaren für Objekte von nationaler Bedeutung an, welche „in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls grösstmögliche Schonung verdienen“ (Art. 6). Es wurde seither verschiedentlich ergänzt.

Im Jahre **1969** folgten die „verfassungsrechtliche Ordnung des Bodenrechts“,¹⁶⁹ die sogenannten Bodenrechtsartikel, Art. 22ter und 22quater BV:¹⁷⁰

¹ Das Eigentum ist gewährleistet.

² Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.

³ Bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu leisten.

und

¹ Der Bund stellt auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze auf für eine durch die Kantone zu schaffende, der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung.

² Er fördert und koordiniert die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit ihnen zusammen.

¹⁶⁷ BBI 1963 II 269; 1966 I 894; 1967 II 49; vgl. hierzu Jagmetti, Art. 22quater, 3.

¹⁶⁸ Schürmann/Hänni 55, Anm. 4; vgl. etwa Hugo Sieber, die Bodenrechtsinitiativen, Bern 1963. Zur Geschichte der parlamentarischen Vorstösse in den 50er und 60er Jahren vgl. Peter Walliser: Dokumentation parlamentarischer Vorstösse in den Bereichen Boden und Bodenrecht, Raumordnungspolitik, Bodenrechtsreform, Bern 1982 (Hrsg. EJPD/BRP), 5 - 19.

¹⁶⁹ Botschaft zu Art. 22ter und 22quater BV, BBI 1967 II 133; AS 1969, S. 1249.

¹⁷⁰ Angenommen in der Volksabstimmung vom 14. Sept. 1969 (Erwahrungsbeschluss vom 11. Dez. 1969 – AS 1969 1249; BBI 1967 II 133, 1969 II 1110).

³ Er berücksichtigt in Erfüllung seiner Aufgaben die Erfordernisse der Landes-, Regional- und Ortsplanung.

„Volk und Stände anerkannten eine «*zweckmässige Nutzung des Bodens*» und «*eine geordnete Besiedlung des Landes*» als *bundesrechtliche Aufgabe*. Damit rückten diese beiden Hauptforderungen, nämlich die Abgrenzung des Baugebietes von den übrigen, freizuhaltenden Bereichen und der damit verbundene Kampf gegen die Streubauweise, in das Zentrum der raumplanungsrechtlichen Diskussion.“¹⁷¹

„Doch darf bei aller Betonung der grossen Tragweite der Artikel 22ter und quater BV für die Nutzung des Bodens nicht übersehen werden, dass «die verfassungsrechtliche Neuordnung des Bodenrechts» keineswegs eine revolutionäre Neuerung darstellte. Sie führte vielmehr zu einem folgerichtigen Ausbau der geltenden Rechtsordnung, die seit jeher der Verfügung (sc. bzw. der Nutzung des) über den Boden Schranken auferlegte.“¹⁷²

~~☞~~ Von zentraler Bedeutung war schliesslich auch das Jahr **1971**. Art. 24septies BV¹⁷³ schuf Bundeszuständigkeiten auf dem Gebiet des Umweltschutzes:

¹ Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen. Er bekämpft insbesondere die Luftverunreinigung und den Lärm.

² Der Vollzug der Vorschriften wird, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bunde vorbehält, den Kantonen übertragen.

~~☞~~ **1972** trat das neue Gewässerschutzgesetz vom 6. Oktober 1971 (welches das Gewässerschutzgesetz 1955 revidierte) in Kraft.¹⁷⁴

„Die Forderung nach einer Zusammenfassung des Bauens in den dazu geeigneten Gebieten und nach Freihaltung des restlichen Bodens wird im revidierten Gesetz auf indirektem Weg zu einem Grundsatz des Bundesrechts erhoben. (...)

Das - neben den Gewässerschutzzwecken von Anfang an mit angestrebte - raumplanerische Ergebnis dieser Ordnung ist die Trennung zwischen dem Baugebiet einerseits und dem restlichen Gebiet, wo nur standortgebundene Bauten errichtet werden dürfen.“¹⁷⁵

„Damit hatte der Bundesgesetzgeber erstmals «für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft einheitlich *den Inhalt des Grundeigentums ausserhalb der Bauzonen* festgelegt»¹⁷⁶. Diese Regelung ist im Kern unverändert vom GSchG ins RPG übertragen worden (vgl. Art. 24 und 38 RPG). Art. 17 und 18 GSchG 1991 sind direkte Nachfolger dieser berühmten Regelung, wobei sich deren Bedeutung seit Inkrafttreten des RPG auf rein abwassertechnische Belange reduziert hat.¹⁷⁷

¹⁷¹ Schürmann/Hänni 54 f.

¹⁷² Kuttler 1 f.

¹⁷³ Angenommen in der Volksabstimmung vom 6. Juni 1971 (Erwahrungsbeschluss vom 24. Juni 1971 – AS 1971 905; BBl 1970 I 761, 1971 I 1403).

¹⁷⁴ AS 1972 950 - 966.

¹⁷⁵ Riva, Hauptfragen 146 f.

¹⁷⁶ BGE 105 Ia 338 (Zizers).

¹⁷⁷ Schürmann/Hänni 55 f.

☞ „Auch der Bundesbeschluss vom 17. März **1972** über dringliche Massnahmen auf dem Gebiet der Raumplanung (BMR)¹⁷⁸ widmete sich vorab diesem Teilaspekt des in Art. 22quater BV angelegten gesetzgeberischen Programms. Die Kantone wurden verhalten, «ohne Verzug» jene Flächen als provisorische Schutzgebiete zu bezeichnen, deren Überbauung «aus Gründen des Landschaftsschutzes, zur Erhaltung ausreichender Erholungsräume oder zum Schutz vor Naturgewalten vorläufig einzuschränken oder zu verhindern» war (Art. 1 BMR). Diese Gebiete waren von Bundesrechts wegen mit einem Bauverbot belegt, das praktisch fast überall bis Ende 1979 in Geltung stand; Ausnahmen konnten - in Anlehnung an Art. 20 GSchG jener Zeit - wiederum nur für landwirtschaftliche oder sonstwie standortgebundene Bauten und Anlagen bewilligt werden¹⁷⁹. Der BMR ist Ende 1979 ausser Kraft getreten.“¹⁸⁰

☞ Ebenfalls **1972** wurde der Bund mit Art. 34sexies BV¹⁸¹ über die Förderung des Wohnungsbaus und des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentum erstmals in die Lage versetzt, in einem bestimmten Sachbereich materielles Baurecht zu normieren (Abs. 3)¹⁸²:

¹ Der Bund trifft Massnahmen zur Förderung, besonders auch zur Verbilligung des Wohnungsbaues sowie des Erwerbs von Wohnungs- und Hauseigentum. Die Bundesgesetzgebung wird bestimmen, an welche Bedingungen die Hilfe des Bundes zu knüpfen ist.

² Der Bund ist insbesondere befugt:

- a. die Beschaffung und Erschliessung von Land für den Wohnungsbau zu erleichtern;
- b. Bestrebungen auf dem Gebiete des Siedlungs- und Wohnungswesens zugunsten von Familien, Personen mit beschränkten Erwerbsmöglichkeiten sowie Betagten, Invaliden und Pflegebedürftigen zu unterstützen;
- c. die Wohnungsmarkt- und Bauforschung sowie die Baurationalisierung zu fördern;
- d. die Kapitalbeschaffung für den Wohnungsbau sicherzustellen.

³ Der Bund ist befugt, die zur Erschliessung von Land für den Wohnungsbau sowie für die Baurationalisierung nötigen rechtlichen Vorschriften zu erlassen.

⁴ Soweit diese Massnahmen ihrer Natur nach nicht ausschliesslich dem Bund zukommen, sind die Kantone beim Vollzug zur Mitwirkung herbeizuziehen.

⁵ Die Kantone und die interessierten Organisationen sind vor Erlass der Ausführungsgesetze anzuhören.

Das entsprechende Gesetz folgte **1974**.

☞ Das am 4. Oktober **1974** erlassene *erste* Raumplanungsgesetz wurde in der Volksabstimmung (Referendum) abgelehnt.

☞ Am 22. Juni 1979 wurde schliesslich das heutige „Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG)¹⁸³ verabschiedet. Es trat am 1. Januar **1980** in Kraft.

¹⁷⁸ AS 1972 644.

¹⁷⁹ Art. 4 Abs. 3 BMR; vgl. statt vieler BGE 100 Ib 399 (Schönholzer).

¹⁸⁰ Schürmann/Hänni 55 f.

¹⁸¹ Angenommen in der Volksabstimmung vom 5. März 1972 (Erwahrungsbeschluss vom 29. Juni 1972 – AS 1972 1481; BBl 1971 I 1657, 1972 I 1309).

¹⁸² Schürmann/Hänni 11.

¹⁸³ SR 700.

Mit dem Raumplanungsartikel 22quater BV (aus dem Jahr 1969) und mit Erlass der darauf gestützten Raumplanungsgesetzgebung hat der Inhalt des Grundeigentums eine wesentliche Änderung erfahren:

„Bis dahin gehörte die Möglichkeit, ein Grundstück frei nutzen und überbauen zu können, zum allgemeinen Eigentumsinhalt. Fortan müssen im Interesse einer haushälterischen Bodennutzung und der geordneten Besiedlung des Landes Zonen unterschiedlicher Nutzung ausgeschieden und insbesondere Bau- und Nichtbaugebiet auseinandergehalten werden. Die - regelmässig lukrativere - Baunutzung wird nur noch einem Teil des Grundeigentums zugestanden. Der Wechsel zu einer differenzierten Bodennutzung hat zu einem veränderten Eigentumsinhalt geführt.“¹⁸⁴

~~184~~ Hervorzuheben ist schliesslich das Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz [USG])¹⁸⁵ vom 7. Oktober 1983, in Kraft seit 1. Januar **1985**.

Es brachte insbesondere auch Vorschriften zur Bekämpfung der Bodenbelastung bzw. zur langfristigen Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit.

~~185~~ Das neue „Bundesgesetz über den Wald“ (Waldgesetz, WaG)¹⁸⁶ vom 4. Oktober 1991, welches das alte Forstpolizeigesetz ersetzte, trat am 1. Januar **1993** in Kraft.

~~186~~ Am 1. Januar **1994** ist das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB) in Kraft getreten.¹⁸⁷

Es ersetzt das Bundesgesetz vom 12. Juni 1951 über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes sowie das Bundesgesetz vom 12. Dezember 1940 über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen.

Es bringt insbesondere Beschränkungen des *Verkehrs* mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken.

EINLEITUNG

Die Funktionen und Nutzungen des Bodens sind derart umfassend und vielfältig, dass höchstens versucht werden kann, sie grob zu kategorisieren, wie das etwa in der Liste mit den Gütern und Dienstleistungen der Ressource Boden gemacht wurde (ein Kommentar und weitere Hinweise zu diesen „Produktlisten“ findet sich im Anschluss an die Besprechung der einzelnen Ressourcen, in Kapitel 7). Die Liste zum Boden umfasst in etwa die folgenden Funktionen dieser Ressource:

~~187~~ 1. le sol comme fournisseur de surfaces à bâtir:

~~188~~ Urbanisation

~~189~~ Logements

~~190~~ Activités productives et industrielles

¹⁸⁴ Riva, Kommentar RPG, Art. 5, Rz 115.

¹⁸⁵ SR 814.01.

¹⁸⁶ SR 921.0.

¹⁸⁷ SR 211.412.11.

- ~~1.2~~ Infrastructures pour les transports (routes, rail, aéroports)
- ~~1.3~~ Infrastructures touristiques (remontées mécaniques, infrastructures de loisirs, etc.)
- ~~1.4~~ Armée

- ~~2.1~~ le sol comme fournisseur de biodiversité et d'espaces naturels à protéger
 - ~~2.1.1~~ Zones marécageuses
 - ~~2.1.2~~ Parc national
 - ~~2.1.3~~ Espaces vitaux pour la faune et la flore, réserves de chasse
 - ~~2.1.4~~ Forêts

- ~~2.2~~ le sol comme espace d'entreposage des déchets

- ~~2.3~~ le sol comme producteur de biens et de matières de premières
 - ~~2.3.1~~ Mines
 - ~~2.3.2~~ Sablières, carrières, marbrières
 - ~~2.3.3~~ Tourbières

- ~~2.4~~ le sol comme filtre d'eau potable

- ~~2.5~~ le sol comme fournisseur de fertilité (biomasse)
 - ~~2.5.1~~ Surfaces agricoles
 - ~~2.5.2~~ Pâturages, alpages, prairies
 - ~~2.5.3~~ Forêts (sylviculture)

Aus juristischer Sicht ist zu dieser (oder jeder anderen) Kategorisierung allerdings zu bemerken, dass - um bereits einiges vom Folgenden vorwegzunehmen - das Regime „Boden“ stets dem gleichen, verhältnismässig einfachen Muster folgt: Der Boden der Schweiz befindet sich vollständig im Eigentum von Privaten und/oder der öffentlichen Hand. Dieser grundeigentumsrechtliche garantierte Zugriff gibt dem Eigentümer das Recht, über seinen Boden „in den Schranken der Rechtsordnung“ „nach Belieben“ zu verfügen. Alle Normen (des Policy-Designs), die sich zu einer der sechs genannten Kategorien finden lassen, machen nun nichts anderes, als den Inhalt des Grundeigentums (des jeweiligen Grundstückes), auf das sie sich beziehen, zu konkretisieren - sie sind die „Schranken der Rechtsordnung“ und begrenzen das „Belieben“ der Grundeigentümerinnen und -eigentümer.

~~2.6~~ So umfasst die 1. Kategorie 1 zwar wiederum eine Vielzahl unterschiedlichster Nutzungen, gemeinsam ist ihnen aber, dass es sich um Boden handelt, der überbaut und damit verbraucht wird. Überbauter Boden ist kein Boden mehr, sondern lediglich noch Fläche.

Welche Böden überbaut werden dürfen, ist *heute* zuvorderst eine Frage des Raumplanungs- bzw. Raumordnungsrechtes i.w.S. Es scheidet Böden gemäss ihrer Eignung und gemäss (rechtlich anerkannter) Bedürfnisse aus, und es trennt insbesondere überbaubare/verbrauchbare Böden von solchen, die nicht verbraucht werden dürfen. Dazu werden mit den Mitteln der Planung entsprechende „Zonen“ ausgeschieden. Das gilt zum einen für eigentliche Bauzonen gemäss Artikel 15 RPG, aber auch für Infrastrukturen, selbst wenn bei Eisenbahnen oder Flughäfen gewisse Besonderheiten zu beachten sind.

„Surfaces à bâtir“ sind also all jene Grundstücke, denen durch die Rechtsordnung (vor allem durch die Raumplanungsgesetzgebung), die Überbaubarkeit bzw. eine bodenverbrauchende Nutzung zugestanden wird. Überbaut/verbraucht werden dürfen all jene Böden, die überbaut/verbraucht werden dürfen. Dabei spielt es grundsätzlich, was die angewandten Instrumente anbelangt, keine Rolle, ob nun ein Haus errichtet, eine Strasse gebaut, eine Eisenbahnstrecke neu angelegt, eine Deponie eingerichtet, Kies abgebaut oder ein Flughafen angelegt werden soll. All diese bodenverbrauchenden Nutzungen werden grundsätzlich gleich behandelt. Das hindert nicht, dass es je nach konkreter Nutzung noch eine Unzahl von weiteren Normen gibt, die es zu beachten gilt: Die Frage, ob ein Flugplatz erbaut werden soll, ist von weit grösserer und anderer Tragweite als jene, ob die Errichtung eines Einfamilienhauses zulässig wäre. Ob Kies abgebaut werden kann, verlangt nach intensiveren Abklärungen und einer insbesondere die Interessen des Natur- und Heimatschutzes sowie des Gewässerschutzes (Grundwasser) berücksichtigenden Planung als die Frage, ob eine bestehende Strasse um einen Bürgersteig zu ergänzen wäre. Aber wie auch immer: die bodenverbrauchenden Nutzungen sind (sobald sie eine gewisse Grössenordnung haben) in der Regel einer entsprechenden Nutzungszone zuzuschlagen.

Die 2. Kategorie nennt Böden, die gerade *nicht* baulich verbraucht werden darf. Böden, die jenen Funktionen gerecht werden sollen, sind vielmehr als Böden zu erhalten.

Auch hier ist heute Mittel der Wahl die Planung. Um solche besonders schutzwürdigen und schutzbedürftigen Böden (Lebensräume) auszuscheiden, werden sie in der Regel einer Schutzzone gemäss Artikel 17 RPG zugewiesen. sofern es sich um Wald handelt, geht die Waldgesetzgebung vor, die mit ihrem Erhaltungsgebot den Wald aber grundsätzlich auch zu Nichtbauland macht.

Die wichtigste Entscheidung und somit die wichtigste Konkretisierung des betroffenen Grundeigentums ist also die Qualifizierung als Nichtbauland, als Boden, der gerade nicht überbaut werden darf. Welche konkrete Nutzung innerhalb dieser Zone dann noch zulässig ist, das bestimmt sich danach, was sich auf jenen betroffenen Böden befindet, was man erhalten/erreichen will und nach den dafür je relevanten Bestimmungen - insbesondere der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung.

Die 3. Kategorie ist ebenfalls bodenverbrauchend. Man könnte sie daher mit der 1. Kategorie zusammenlegen. Soll eine Deponie errichtet werden, so muss der Inhalt des betroffenen Grundeigentums heute zuerst dahingehend bestimmt werden, dass diese geplante Nutzung überhaupt zulässig ist. Deponien können nicht in beliebiger Zahl und nicht an beliebigen Orten errichtet werden. Im Zentrum der Abklärungen steht daher, ob an einem konkreten Ort eine Deponie zulässig wäre. Das bestimmt sich heute grundsätzlich nach der technischen Verordnung über Abfälle, TVA, zum Umweltschutzgesetz. Auch hier ist zuerst zu planen. Auszuscheiden ist sodann eine entsprechende Nutzungszone, etwa eine Deponiezone (Art. 17 TVA). Mit der Errichtung der Deponie ist alsdann das Schicksal dieses Bodens besiedelt. Vielmehr als seine Bedeckung mit einer Schicht Bodens/Humus und eine eventuell (eingeschränkte) landwirtschaftliche Nutzung kann kaum mehr je ins Auge gefasst werden.

Die 4. Kategorie betrifft teilweise nicht direkt den Boden, nicht die oberste fruchtbare Schicht, sondern wiederum eher die Fläche bzw. das Grundeigentum. Aber auch hier ist heute zuerst zu planen, etwa eine Abbauzone zu errichten.

Privat-/sachenrechtlich können einige Besonderheiten zum Zuge kommen, bezeichnet doch das Zivilgesetzbuch als Grundstücke nicht nur das, was „normalerweise“ unter einem Grundstück verstanden wird, sondern auch die „Bergwerke“ (Art. 655 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB). Diese Besonderheit spielt - im Sinne einer Abspaltung - aber nur dort wirklich eine Rolle, wo im Untertagebergbau „unter“ einem fremden Grundstück nach Mineralien o.Ä. gesucht wird. Denn grundsätzlich gehört, was sich *unter* einem bzw. im Erdboden eines bestimmten Grundstück findet, dem Grundeigentümer (u.U. dem Gemeinwesen). Wer fremdes Gut - von der Seite/von einem anderen Grundstück her kommend - ausbeuten will, bedarf dazu einer Einwilligung des betroffenen Grundeigentümers bzw. muss dieser ihm zuerst ein solches Recht (Bergwerk) abtreten.

Eine weitere Besonderheit stellen die sogenannten Regale dar, d.h. das ausschliessliche Recht des Gemeinwesens zur Gewinnung von Boden- und Wasserschätzen (z.B. Berg-, Salz-, Wasser-, Fischereiregal). Durch das Regal wird ein - im Begriff des Eigentums grundsätzlich enthaltenes - Zugriffsrecht auf Bodenschätze vom Grundeigentum gleichsam abgespalten. Es wird später noch kurz zu beleuchten sein.

Mit der 5. Kategorie wird wiederum der Boden direkt angesprochen. Wie allgemein bekannt, bedarf es vor allem unversiegelten Bodens, damit dieser die Filterfunktion erfüllen kann. Es geht also einmal mehr darum, mit Hilfe der Planung, genügend Böden auszuscheiden, die nicht versiegelt werden dürfen (Landwirtschaftszone, Schutzzone, Gewässerschutzzone).

Die 6. Kategorie verlangt ebenfalls nach Boden, der (grundsätzlich) nicht überbaut, nicht verbraucht wird. Primäres Ausscheidungsinstrument ist heute auch hier die Raumplanung i.w.S. Zentral ist sicherlich die Ausscheidung von Landwirtschaftszonen nach Artikel 16 RPG.

Daneben gibt es bekanntlich eine Unzahl von landwirtschaftsrelevanten Gesetzen und Verordnungen. Bei den meisten, etwa dem „Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes“ (Landwirtschaftsgesetz, LWG), geht es aber nicht um den Landwirtschaftsboden, sondern um die Landwirtschaft als *Wirtschaftszweig*. Dort finden sich den auch Bestimmungen über „Produktion und Absatz, Ein- und Ausfuhr, Preise“ oder „Sonderbestimmungen für einzelne Produktionszweige“ wie Pflanzenbau oder Tierzucht. Und selbst die „Bodenverbesserungen“ sind gedacht als Verbesserungen der Produktion.

Von grösserem Belang - im Sinne eines informativen Beispiels - für das Projekt ist hingegen das „bäuerliche Bodenrecht“. Es ist eine Art von Sonderrecht. Es finden sich dort privat- und öffentlichrechtliche Bestimmungen, die in Abweichung von den sonst geltenden Normen, landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke dem „freien“ Markt weitgehend entziehen, indem sie insbesondere Verkehrsbeschränkungen aufstellen.

Für den Wald kam früher das Forstpolizeirecht, heute das Waldgesetz zum Zuge, das gleichsam „aus eigener Kraft“ die Wälder von den anderen Nutzungen, insbesondere der Landwirtschaft und der Überbauung, trennte. Darauf ist im Kapitel Wald einzugehen.

Es ist daher nicht ohne Grund, wenn sich die folgenden Ausführungen zum Ressourcenregime Boden (vor allem) auf zwei Themenbereiche konzentriert: Die Raumordnung/-planung und das bäuerliche Bodenrecht. Beide nehmen entweder direkt (so das bäuerliche Bodenrecht) oder indirekt (so vor allem die Raumplanung) Einfluss auf das formelle Regelwerk bzw. das Grundeigentum. Sie bestimmen zum einen, wer darüber *verfügen* darf (bäuerliches Bodenrecht), zum anderen, wie Grundstücke grundsätzlich *genutzt* werden dürfen (Raumplanung). Und durch die Nutzungsbestimmung wird festgelegt, ob und wie ein Boden *verbraucht* und/oder *belastet* werden darf.

I. DAS GRUNDEIGENTUM

1. STAGNATION DES FORMELLEN REGELWERKS

Das Eigentum gibt dem Eigentümer das Recht, „in den Schranken der Rechtsordnung“ über seine Sache „nach Belieben zu verfügen“ (Art. 641 Abs. 1 ZGB). Das gilt auch für das Grundeigentum (Art. 655 ZGB). Und daran - am formellen Regelwerk - hat sich seit Erlass des Zivilgesetzbuches, also seit Beginn unseres Beobachtungshorizontes, für das (normale/gewöhnliche) Grundeigentum auch nichts (von grösserem Interesse) geändert.

Darauf braucht an dieser Stelle nicht mehr näher eingegangen zu werden. Das Wichtigste wurde im ersten Kapitel zum Eigentum bereits erläutert.

2. VERFÜGUNG UND NUTZUNG

An dieser Stelle ist hingegen eine Unterscheidung einzuführen, die für die Betrachtung aller durch das formelle Regelwerk „Eigentum“ erfassten Ressourcen von Bedeutung ist: die Unterscheidung zwischen Verfügung und Nutzung.

Das Recht der Eigentümerin, über ihr Eigentum zu „verfügen“ - wie es in Artikel 641 Absatz 1 ZGB heisst -, kann zweierlei bedeuten:

~~2.1~~ In einem ersten und umfassenderen Sinne ist damit einerseits der Gebrauch, die *Nutzung* einer Sache gemeint, *und zugleich* das Recht der Eigentümerin, ihr Eigentum zu veräussern, zu verkaufen, zu verschenken, zu belasten oder auch zu vererben.

~~2.2~~ In einem engeren Sinne meint „verfügen“ nur letzteres, den Rechts-Verkehr. Ein Eigentümer verkauft z.B. sein Eigentumsobjekt, seine Sache, und dieses erhält so einen neue Eigentümerin. Oder es wird ein beschränktes dingliches Recht (Dienstbarkeit, Grundlast oder Grundpfandrecht) an einem Grundstück errichtet. Unter Umständen kann so sogar ein eigene Grundstück im Sinne des Artikel 655 ZGB entstehen:

1 Gegenstand des Grundeigentums sind die Grundstücke.

2 Grundstücke im Sinne dieses Gesetzes sind:

1. die Liegenschaften;
2. die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte;
3. die Bergwerke;
4. die Miteigentumsanteile an Grundstücken.

Verfügen in diesem engeren Sinne meint also alle mit dem Eigentum verbundenen Rechte, in den Schranken der Rechtsordnung, dessen rechtliches Schicksal zu bestimmen.

☞ Die Nutzung verweist hingegen auf die grundsätzlich unbeschränkte Palette von Nutzungsmöglichkeiten, auf die das Eigentum seiner Inhaberin ein Recht gibt. Sie darf ja grundsätzlich ihr Eigentum „nach Belieben“ - allerdings konkretisiert durch die Schranken der Rechtsordnung - nutzen, d.h. gebrauchen und verbrauchen. Nutzung meint also das Recht, seine Äpfel zu essen oder daraus Most zu pressen, seine Bäume zu fällen, seinen Acker zu pflügen, seinen Weizen zu ernten, sein Wasser zu trinken etc.

Verfügen und nutzen gehören untrennbar zum heutigen Begriff des Eigentums. Wer sich daher Gedanken über institutionelle Ressourcenregime macht, wer sich insbesondere überlegt, „welche Ressourcenregime eine Degradation und Übernutzung (von Ressourcen) verhindern können“, muss sein Augenmerk auf diese beiden „Äusserungsformen“ oder Instrumente des Eigentums richten.

Denn jede Änderung eines Ressourcenregimes durch Schutz- und oder Nutzungspolitiken (Policy-Design) setzt entweder bei der Verfügung im engeren Sinne und/oder bei der Nutzung an:

☞ Policy-Design-Normen konkretisieren den *Inhalt* des Eigentums, des formellen Regelwerks, das sich ja selbst nicht verändert hat. Sie konkretisieren entweder den Inhalt der Verfügungsberechtigungen (im engeren Sinne) und/oder die Palette der Nutzungsberechtigungen.

Wie wir noch sehen werden, ist es beispielsweise möglich, das Verfügungs-Recht eines Grundeigentümers, sein Grundstück (grundsätzlich) an jedermann zu verkaufen, dahingehend zu konkretisieren, dass bestimmte Personengruppen als Käufer nicht oder nur unter restriktiven Bedingungen in Frage kommen.

Oder ist es möglich, das Nutzungs-Recht, sein Grundstück zu überbauen, zu beschränken oder ganz aufzuheben (bzw. nicht zu erteilen).

Von primärem Interesse ist im Hinblick auf ein Ressourcenregime oder -management die *Nutzung*. Denn keine Ressource wird degradiert oder übernutzt, nur weil über sie verfügt, nur weil sie veräussert wird. Zentral ist nicht, wem eine Ressource gehört, sondern was diese Person mit ihr machen darf.

Allerdings kann eine Veränderung bzw. Beschränkung des Verfügungsrechts *praktisch* durchaus Auswirkungen auf die konkrete Nutzung haben, können doch damit bestimmte Personen/Gruppen von der (falschen/übermässigen) Nutzung einer Ressource ausgeschlossen, andere hingegen privilegiert werden.

Im Folgenden wird daher - auch was die Darstellung anbelangt - zwischen Verfügung und Nutzung getrennt.

Zuerst wird anhand des „bäuerlichen Bodenrechts“ etwas näher erläutert, wie das ansonsten für alle Grundstücke gleichermaßen geltende formelle Regelwerk zugunsten einer bestimmten Gruppe geändert werden kann. Und zwar wird nicht direkt Einfluss genommen auf die Nutzung, sondern auf die *Verfügung*, auf den Verkehr mit bestimmten Grundstücken. Das könnte - theoretisch - positive Auswirkungen auf die Nutzung des Bodens haben, wenn denn die Privilegierten von sich aus oder angehalten durch entsprechende (andere) Bestimmungen bereit sind, den Boden in einer schonenderen, nachhaltigeren Weise zu nutzen, als dies Nichtprivilegierte in der Regel tun würden. Die Änderung eines Ressourcenregimes führt nur dort zum erwünschten Erfolg (etwa eine nachhaltigere Nutzung), wo die Nutzung durch die privilegierte Gruppe ihrerseits durch entsprechende Schutz- und/oder Nutzungspolitiken geregelt ist.

Einige Hinweise auf eine Verfügungsregelung im Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland runden diesen Aspekt ab.

Anschliessend konzentrieren sich die Ausführungen auf die *Nutzung*. Dort wird zu zeigen sein, wie dies im ersten Kapitel über das Eigentum bereits anklang, wie - ohne Veränderung des formellen Regelwerks, insbesondere ohne Veränderung des Verfügungsrechts - indirekt, über entsprechende Nutzungs- und Schutzpolitiken eben die *Nutzung* des Bodens beeinflusst werden kann. Im Zentrum steht dabei die Raumplanung.

II. DIE VERFÜGUNG ÜBER DEN BODEN

Auszugehen ist von der Regel, dass Grundeigentümerinnen über ihr Eigentum „in den Schranken der Rechtsordnung“ nach Belieben verfügen (im engeren Sinne) können. Damit ist nicht gesagt, dass der Rechtsverkehr mit Grundstücken völlig ins Belieben der Eigentümer gestellt wäre, ansonsten die Erwähnung der Schranken der Rechtsordnung ja sinnlos wäre. Vielmehr soll hier auf den Umstand hingewiesen, dass - vom Eigentumskonzept her - die Verfügungsrechte grundsätzlich für jedes Grundstück die selben sind. Wer Eigentümer irgendeines Grundstückes ist hat prinzipiell die gleichen Verfügungsrechte wie alle anderen Grundeigentümer.

Wird, wie dies während der Untersuchungsperiode der Fall war, das formelle Regelwerk, der Begriff des Eigentums, nicht verändert, so ist es möglich, durch Normen des Policy-Designs, den *Inhalt* der Verfügungsberechtigung, die mit dem Eigentum im Sinne von Artikel 641 Absatz 1 ZGB verbunden ist, zu verändern.

Für *landwirtschaftliche* Grundstücke und Gewerbe wurde diese Möglichkeit zur Änderung des Ressourcenregimes „landwirtschaftlicher“ Boden gewählt.

II.1 DAS BÄUERLICHE BODENRECHT

1. EINLEITUNG

Die Nutzung von Grund und Boden zu landwirtschaftlichen Zwecken ist sicherlich eine der ältesten Nutzungsformen. Spätestens seit dem unsere Vorfahren sesshaft, bodenständig, wurden und sich primär von den Früchten ihrer Äcker und Weiden ernährten, muss in der einen oder anderen Form die Frage aufgekommen sein, wer an diesen Früchten und - vermittelt darüber - am produzierenden Boden welche Befugnisse/Rechte hat. Wie allgemein bekannt, wurden zur Beantwortung dieser Frage im Laufe der Jahrhunderte unzählige Modelle ausgetestet. Auf sie kann hier keineswegs eingegangen werden.

1.1 Die Gebundenheit des Bodens

Festzuhalten ist, dass sich die älteren Systeme/Entwürfe, jene, die sich vom Mittelalter her bis zur Geburt dessen, was wir heute grob unter Eigentum verstehen, allmählich herausgebildet hatten, durch grosse Unsicherheit und Unübersichtlichkeit auszeichneten:

„Oft wusste man kaum noch, wer in juristischer Beziehung als wahrer Eigentümer zu bezeichnen sei. Denn die verschiedenen Gruppen der Bevölkerung standen übereinandergeschichtet, und diese Schichtung spiegelte sich auch in der Bodenbeherrschung wieder. (...) «Presque tous les fonds dépendent les uns des autres. C'est une hiérarchie des terres dans la servitude».“¹⁸⁸

Diese gegenseitige Verstrickung von Berechtigungen und Verpflichtungen in Bezug auf ein und dasselbe Grundstück hatte zur Theorie des geteilten Eigentums geführt. Man zerlegte danach in ein Obereigentum und ein Untereigentum, und anscheinend stand nichts im Wege, über dem Obereigentum noch ein weiteres Obereigentum aufzutürmen. So war etwa das Preussische Landrecht von 1794 von dieser Konstruktion beherrscht:

„Wenn das Eigentum geteilt ist, so wird derjenige, welchem nur ein Miteigentum an der Proprietät, aber kein Anteil an dem zum Eigentum gehörenden Nutzungsrechte zukommt, Obereigentümer genannt.“¹⁸⁹

Interessant an dieser Konstruktion ist sicherlich das Auseinanderfallen von „eigentlichem“ oder direktem Eigentum und Nutzungsberechtigung. Unterschieden wurde nach der französischen Dogmatik des 18. Jahrhunderts zwischen „le domaine direct“ und „le domaine utile“. Die „domaine directe“ wurde verstanden als „le domaine ancien, originaire et primitif de l'heritage dont on a détaché le domaine utile“. Ersteres wurde dadurch zu einer „domaine de superiorité“ reduziert. Sie war bis auf wenige Ansprüche zu einem fast nur noch formalen oder nackten Eigentum geschrumpft. „Le domaine utile d'un héritage renferme tout ce qu'il y a d'utile; comme d'en percevoir les fruits, d'en disposer à son gré, à la charge de reconnoître à Seigneur celui qui en a le domaine direct.“ Im Preussischen Landrecht hiess es dazu:

¹⁸⁸ Hedemann II 1 2 f.

¹⁸⁹ Allgemeines Preussisches Landrecht I 18 § 1; zitiert nach Hedemann II 1 3.

„Wer nur die Proprietät der Sache ohne das Nutzungsrecht hat, wird Eigner genannt. Wer Miteigner der Proprietät ist, und zugleich das Nutzungsrecht hat, dem wird ein nutzbares Eigentum der Sache beigelegt.“¹⁹⁰

Und auch in der Schweiz war das geteilte Eigentum heimisch geworden. Es wurde z.B. noch 1837 in dem Code civile des Tessins anerkannt:

„Col contratto di livello (Erbpacht) il proprietario di un bene stabile ne accorda a un terzo l'utile dominio per un determinato canone annuale in ricognizione del diretto dominio“.¹⁹¹

Wie leicht einzusehen ist, standen sich bei einer solch verquickten Rechtslage Ober- und Untereigentümer gegenseitig im Wege, konnte doch keiner beliebig über den Grund und Boden verfügen, sondern wurde in irgendeiner Weise ständig durch den anderen gehemmt. Das führte zum einen dazu, dass durch beiderseitige Beschränkungen ein guter Teil des Bodens dem freien Verkehr entzogen wurde, „totgelegt“, „mainmortes“. Zudem wurde dem Bauern, dem Nutzungsberechtigten, vielerorts verunmöglicht, das Gut selbständig zu verpfänden, wodurch ihm jede grössere Kreditmöglichkeit abgeschnitten war. Des weiteren kam oft hinzu eine drückende Masse von allerlei Lasten (Renten, Zinsen, Frohnden, Monopole, Zehnten, Ehrschatz; dann auch Retrakte [Vorkaufsrechte, Zugrechte, Lösungsrechte, Einstandsrechte]), teils auf „Ewigkeit“ errichtet.¹⁹² Damit aber nicht genug:

„Überdies trat nicht bloss die eigentliche Herrschaft (der Obereigentümer, der Seigneur) mit Ansprüchen hervor. Auch die Kirche, die Nachbarn, die Verwandtschaft übten bekanntlich durch allerlei ewige Rechte einen lähmenden Druck aus. Schliesslich war nicht einmal die Bewirtschaftungsweise in das Belieben des Wirtschafters gestellt, sondern er musste genau so säen und ernten, wie es das Herkommen, die Dorfgenossen oder andere Gewalten von ihm verlangten. Im ganzen ein wirrer Zustand, in den wir uns heute nur schwer zurückzudenken vermögen.“¹⁹³

1.2 Notwendige Schranken der neuen Freiheit

Mit der Erfindung des „modernen“ Eigentums im Gefolge der französischen Revolution wurde auch der Bauernboden freigesetzt. Das geteilte Eigentum wurde zer schlagen, die Lasten aufgehoben oder abgelöst: der Bauer wurde zum Privateigentümer, der nach Belieben, gemäss seiner Willkür, autonom mit seinem Grund und Boden schalten und walten durfte.

Das brachte durchaus Vorteile. Sehr schnell zeigte sich aber, dass diese Freiheit für viele Bauern allzu grenzenlos war. Sollte der Bauernstand erhalten, sollte die Landwirtschaft, die ja auch im Interesse der Allgemeinheit unverzichtbar war, funktionsfähig bleiben, so mussten der Freiheit wieder Grenzen gesetzt werden.

Das „bäuerliche Bodenrecht“ ist also - grob gesagt - nichts anderes als der seit bald zwei Jahrhunderten anhaltende Versuch, der Eigentumsfreiheit des Bauernstandes (hinsichtlich ihres *landwirtschaftlichen* Bodens) Schranken zu setzen. Die neu geschaffene Eigentumskonzeption wird zwar auch für landwirtschaftliche Gewerbe und

¹⁹⁰ § 19 und 20; zitiert nach Hedemann II 1 4.

¹⁹¹ Zitiert nach Hedemann II 1 5.

¹⁹² Hedemann II 1 6 ff.

¹⁹³ Hedemann II 1 9.

Grundstücke beibehalten, aber doch auf vielfältigste Weise beschränkt. Dabei stehen im Vordergrund *Verkehrs-* bzw. *Verfügungsbeschränkungen*. Das bäuerliche Bodenrecht beschäftigt sich in erster Linie damit, an wen ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück weitergegeben werden darf.

Das gilt auch für die Schweiz. Beschränkungen finden sich bereits im Zivilgesetzbuch von 1907/1912, dann aber auch in verschiedenen Erlassen der erste Hälfte des Jahrhunderts. Genannt seien etwa das Bundesgesetz vom 12. Juni 1951¹⁹⁴ über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes sowie das Bundesgesetz vom 12. Dezember 1940¹⁹⁵ über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen. Auf sie kann im Rahmen dieses Berichtes nicht näher eingetreten werden; einige Querverweise müssen genügen.¹⁹⁶ Das ist aber nicht zuletzt deswegen unbedenklich, als an dieser Stelle ein Blick auf den neuesten Erlass geworfen wird, der die älteren Bestimmungen ersetzt und sich grundsätzlich immer noch mit den gleichen Problemen befasst und ähnliche Lösungswege beschreitet, wie die früheren Erlasse. Ein zentraler Unterschied zu älteren Gesetzen liegt darin, dass das neue die bis anhin in verschiedenen Erlassen zerstreuten Bestimmungen im Bereich des landwirtschaftlichen Bodenrechts in einem Erlass zusammen fasst. Zudem wurde versucht, eine einheitliche, praktikable, klare und bestimmte Abgrenzung des bäuerlichen Bodenrechts sowie eine systemgerechte Abstimmung auf andere allgemeine Normen (insbesondere das Raumordnungsrecht) zu erreichen.¹⁹⁷

2. DAS BUNDESGESETZ ÜBER DAS BÄUERLICHE BODENRECHT

Am 1. Januar 1994 ist das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (BGBB) in Kraft getreten.¹⁹⁸

Wie bereits die SR-Nummer 211.412.11 erkennen lässt, handelt es sich dabei um einen „Ergänzungs- und Ausführungserlass zum ZGB“ (SR 210). Gestützt auf Artikel 22ter BV (Eigentumsgarantie), wonach Bund und Kantone im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse Eigentumsbeschränkungen vorsehen können, auf Artikel 31octies BV, wonach der Bund u.a. ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe der Landwirtschaft und nötigenfalls abweichend von der Handels- und Gewerbefreiheit die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe fördern kann, sowie die „Zivilrechtszuständigkeit“ gemäss Artikel 64 BV werden landwirtschaftliche Grundstücke aus dem „normalen“ Bodenmarkt herausgebrochen: über sie kann nicht im gleichen Masse *verfügt* werden wie über andere, nicht-landwirtschaftliche Grundstücke.¹⁹⁹

2.1 Ziel

Ziel des Gesetzes ist es gemäss Artikel 1 Absatz 1:

¹⁹⁴ AS 1952 403, 1973 93 Ziff. I 3, 1977 237 Ziff. II 4; SR 221.213.2 Art. 59 Ziff. 2

¹⁹⁵ BS 9 80; AS 1955 685, 1962 1273 Art. 54 Abs. 1 Ziff. 4 Abs. 2, 1979 802

¹⁹⁶ Umfassend Degiorgi, Verfügungsbeschränkungen im bäuerlichen Bodenrecht. Vgl. auch Hotz.

¹⁹⁷ Hotz 51.

¹⁹⁸ SR 211.412.11.

¹⁹⁹ Hotz 45.

- a. das bäuerliche Grundeigentum zu fördern und namentlich Familienbetriebe als Grundlage eines gesunden Bauernstandes und einer leistungsfähigen, auf eine nachhaltige Bodenbewirtschaftung ausgerichteten Landwirtschaft zu erhalten und ihre Struktur zu verbessern;
- b. die Stellung des Selbstbewirtschafters einschliesslich diejenige des Pächters beim Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe und Grundstücke zu stärken;
- c. übersetzte Preise für landwirtschaftlichen Boden zu bekämpfen.

Zu diesem Zweck enthält das Gesetz Bestimmungen über (Absatz 2):

- a. den Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken;
- b. die Verpfändung von landwirtschaftlichen Grundstücken;
- c. die Teilung landwirtschaftlicher Gewerbe und die Zerstückelung landwirtschaftlicher Grundstücke.

In einem seiner Vorgänger, dem Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes aus dem Jahre 1951, hatte es in Artikel 1 noch etwas pathetischer geheissen:

Die Vorschriften dieses Gesetzes zielen darauf ab, den bäuerlichen Grundbesitz als Träger eines gesunden und leistungsfähigen Bauernstandes zu schützen, die Bodennutzung zu fördern, die Bindung zwischen Familie und Heimwesen zu festigen und die Schaffung und Erhaltung landwirtschaftlicher Betriebe zu begünstigen.

Das Gesetz reagiert damit (nach wie vor) auf die rauhen Winde, die seit der „Erfindung“ von Eigentum und Individuum vor allem der Landwirtschaft teilweise schwer zugesetzt haben. Es geht immer noch darum, die Landwirtschaft vor der Marktwirtschaft zu schützen, der Freiheit Grenzen zu setzen. Im Zentrum des Interesse steht nach wie vor der Kampf gegen die *Bodenzersplitterung* sowie die *Bodenverschuldung*.

2.2 Rückblick

2.21 Der Boden wird zur Ware

Einige Zitate aus der breiten Untersuchung von Hedemann „Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert“ mögen dies illustrieren. Schon der erste Teil seiner Darstellung, „Die Neuordnung des Verkehrslebens“, beginnt mit eher kritischen Untertönen:

„Alte ehrwürdige Fundamente brachen (sc. zu Beginn des 18. Jahrhunderts) zusammen. (...) Grund und Boden wurden, in Fetzen zerschlagen, zur Kapitalsanlage, zur Ware.“²⁰⁰

„An die Stelle altüberkommener Gebundenheit war der freie Wettbewerb getreten ... Jedem ist der grosse wirtschaftliche Aufschwung bekannt, der daraus hervorging.

Aber das helle Licht warf bald auch Schatten. Von der Freiheit zur Rücksichtslosigkeit war nur ein geringer Schritt ...“ Die Privatrechtsordnung hatte „für die nötigen Mittel gegen Auswüchse zu sorgen.“²⁰¹

Die kritischen Untertöne setzen sich im zweiten Teil, „Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart“ fort, dessen erste Hälfte sich mit dem „materiellen Bodenrecht“ befasst:

²⁰⁰ Hedemann I 1.

²⁰¹ Hedemann I 3.

„Die zivilrechtlichen Fortschritte, die auf dem Gebiet des Bodenrechts während des neunzehnten Jahrhunderts gemacht worden sind, entsprechen den Fortschritten im Bereich des Verkehrslebens. Im Verkehrswesen und im Recht des Verkehrs wurde mit einer kräftigen Freiheitsparole begonnen. Allmählich aber erkannten die Gesetzgeber, dass die frei gewordenen Gewalten auch Gefahren mit sich brachten. Darum gingen sie daran, neue Schranken zu errichten, die ein Überschreiten der Kraft verhindern sollten. (...)“

Auch das Bodenrecht hat zunächst durchaus unter dem Zeichen der Freiheit gestanden. *Befreiung des Bodens aus seiner Gebundenheit* war der überragende Gedanke, den man im neuen Jahrhundert (sc. 19.) - anschliessend an die geistigen Bewegungen des vorangegangenen - verfolgte. (...) Aber auch hier war man zu weit gegangen. Es zeigte sich bald, dass viele der «freigewordenen» Grundbesitzer ihrer Selbständigkeit nicht gewachsen waren, und dass andere diese Selbständigkeit missbrauchten. So setzte bald hier bald da gefährliche Bodenzersplitterung, schlimme Verschuldung und wucherisches Treiben ein, worunter nicht nur der einzelne, sondern schliesslich auch das Gemeinwohl leiden musste. Das zwang die *Rechtsordnung*, aus ihrer Reserve hervorzutreten. Sie begann sich auf die Regulierung der Freiheit zu werfen.²⁰²

Zivilrechtliches Ergebnis der „Freisetzung“ war „eine unbeschränkte Bewegungsfreiheit des Grundeigentümers.“²⁰³ Alle konnten mit ihrem Boden grundsätzlich machen, was sie wollten. Sie konnten ohne Beschränkungen über ihn verfügen, etwa auch ihre Grundstücke in Parzellen aufteilen und diese getrennt voneinander verwerten. Eine Freiheit, die sich auch im Erbrecht durchsetzte.²⁰⁴ Sie konnten ihren Boden insbesondere auch (schränkenlos) belasten (Hypotheken). Nichts stand anfänglich der „Flüssigmachung“ des Bodenwertes mehr im Wege.²⁰⁵ Eine weitere Folge der schrankenlosen Freisetzung war die Bewirtschaftungsfreiheit: Niemand war mehr gezwungen, das eigene Land auch zu bestellen, sondern man konnte es unbenutzt liegen lassen.²⁰⁶ Kurz:

„Nachdem das Eigentum am Boden frei geworden und auch die erbrechtlichen Schranken gefallen waren, stand nichts mehr im Wege, den Boden wie eine Ware in den Verkehr einzuführen. Diese Auffassung des Bodens als Ware hat im neunzehnten Jahrhundert eine grosse Rolle gespielt. (...)“

Was unbeweglich schien, was noch heute vom Juristen als unbewegliche Sache bezeichnet zu werden pflegt, rollte von einer Hand in die andere und kam in einen Zustand, den französische Gelehrte als «*état permanente de liquidation*» bezeichnet haben.²⁰⁷

Das hatte durchaus gewisse positive Effekte:

„Die Hunderttausende neuer Eigentümer, die so geschaffen wurden (sc. durch die neue Eigentumsordnung in Frankreich), haben das in den Händen des feudalen Grossbesitzes gar nicht oder schlecht bestellte Land in blühende Gefilde verwandelt.“²⁰⁸

2.22 Bodenzersplitterung und Bodenverschuldung

Aber die Bodenbefreiung hatte auch höchst nachteilige Folgen. Zu nennen sind insbesondere die *Bodenzersplitterung* und die *Bodenverschuldung*. Ihnen hatten die Rechtsordnungen bereits im 19. Jahrhundert zu begegnen versucht. Und gemäss

²⁰² Hedemann II 1 1.

²⁰³ Hedemann II 1 35.

²⁰⁴ Hedemann II 1 47 ff.

²⁰⁵ Hedemann II 1 42 ff.

²⁰⁶ Hedemann II 1 46.

²⁰⁷ Hedemann II 180.

²⁰⁸ Brentano, zitiert nach Hedemann II 1 80.

Hedemann stellen sich viele Versuche aus den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts, dieser „übertriebenen Bodenfreiheit in die Arme zu fallen“, als bloße Fortsetzung jener Bestrebungen dar.²⁰⁹ Ruft man sich den Zweckartikel des BGB aus dem Jahre 1911 in Erinnerung, der insbesondere Bestimmungen über „die Verpfändung von landwirtschaftlichen Grundstücken“ - Bodenverschuldung - sowie „die Teilung landwirtschaftlicher Gewerbe und die Zerstückelung landwirtschaftlicher Grundstücke“ - Bodenzersplitterung - enthält, dann zeigt sich, dass es zur Erhaltung des Bauernstandes nach wie vor nicht darum geht, „der Freiheit eine Bresche“ zu schlagen; ihr sind vielmehr Schranken zu setzen.

2.22.1 Bodenzersplitterung

Ein gefährlicher Grad von Bodenzersplitterung war offensichtlich das „erste schlimme Ergebnis“ der Mobilisierung des Bodens. Die Zersplitterung wurde insbesondere befördert durch die freie Erbteilung, etwa durch den französischen Grundsatz der „partage en nature“:

„Das väterliche Grundstück wurde ja nach der Zahl der Kinder in zwei, drei, vier gleiche und natürlich viel kleinere Flächen zerschnitten, und bei den Kindern dieser Kinder wiederholte sich derselbe Vorgang, nur noch in gesteigertem Masse. Unter solchem Gesichtswinkel hat man den Code civil in seiner eigenen Heimat als «cette machine à hacher le sol» bezeichnet.“²¹⁰

Bauerngüter wurden so - nicht nur in Frankreich, sondern auch in der Schweiz (etwa im Berner Jura²¹¹) - in kleine und kleinste Stücke zerschlagen, was eine geordnete Bewirtschaftung verunmöglichte.

Aber nicht nur das neue - freie - Erbrecht hatte zur Zersplitterung beigetragen, sondern auch die neue Eigentumsordnung.

„Die Zerstückelung von Erbrechts wegen musste in mancher Lage auf den Grundbesitzer schon bei Lebzeiten verführerisch wirken. Es liess sich so leicht Geld machen durch Verkauf einer kleinen Parzelle. Früher war solcher Abverkauf vom Bestande geschlossener Güter verboten gewesen. Jetzt hatte der freie Eigentümer auch das Recht zur Zerteilung bekommen.“²¹²

2.22.2 Bodenverschuldung

Neben der Zersplitterung des Bodens in seine natürlichen Parzellen,²¹³ gibt es noch eine andere Art der Parzellierung. Dabei wird nicht der Boden selbst, sondern dessen *Wert* zerlegt:

„Dabei (sc. Hypothekenbelastung) braucht sich der Grundeigentümer seines unmittelbaren Herrenrechtes über das Land nicht zu entkleiden, vielmehr wirtschaftet er weiter in der Flur als alleiniger Kultivator, wohnt allein in seinem Hause, bleibt also mit einem Worte vorerst bodenständig.“

²⁰⁹ Hedemann II 1 80 f.

²¹⁰ Hedemann II 1 83, vgl. ebenda 84.

²¹¹ Hedemann II 1 89, 90 Anm. 10, wo Eugen Huber zitiert wird (der Schöpfer des ZGB): Im Jura ist „unter den französischrechtlichen Grundsätzen der gleichmässigen Zerteilung der Erbschaften unter Söhne und Töchter eine lohnende bäuerliche Bewirtschaftung des Landes nahezu unmöglich gemacht worden“.

²¹² Hedemann II 1 91, vgl. auch 42.

²¹³ Vgl. das Realteilungs- und Zerstückelungsverbot von Art. 58 BGBB.

Und dennoch lässt er andere an der Macht über sein Grundstück teilnehmen. Er zerlegt den Wert des Bodens sozusagen in Portionen und weist dem anderen solche Wertportionen zu. Es ist bekannt, wie gewisse Vertreter der *marxistischen Theorie*²¹⁴ diese Erscheinung unmittelbar in die Vorstellung vom *Eigentum* am Boden hineinverpflanz haben, indem sie die Frage aufwerfen, wer eigentlich bei solcher Wertabgabe der «Herr» (Eigner) des Bodens sei oder bleibe, und indem sie die Frage für den verschuldeten und steuerbelasteten Kleinbauern dahin glauben beantworten zu können, dass er sein «Herrentum» so gut wie ganz an seine Gläubigerschaft eingebüsst habe.²¹⁵

Es war denn auch der im Postulat der (neu erworbenen) Verschuldungsfreiheit begründete Aufschwung der modernen und meist umlauffähigen Hypothek, der das seinige zur „Mobilisierung der Bodenwerte“ beitrug. Eugen Huber, der Schöpfer des Zivilgesetzbuches, führte 1905, gewissermassen rückblickend auf das 19. Jahrhundert, etwa aus:

„Die Kreditverhältnisse haben sich verändert. Der Kapitalbesitz ist zu einer Erwerbsquelle geworden, die mit den Einkünften aus dem Immobiliareigentum konkurriert und in gar vielen Fällen erscheint es dem Grundeigentümer vorteilhaft, seinen Grundbesitz zur Erhebung von Darlehen zu benutzen, die er nicht für den Erwerb des Bodens und auch nicht für dessen Bewirtschaftung nötig hat, sondern einfach zu kapitalistischen Unternehmungen verwendet.“²¹⁶

Der Nachteil dieses „Flüssigwerden“ des Bodens, „der den Fortschritt als dunkler Schatten begleitet hat“, war die Bodenverschuldung bzw. ein „Übermass des Verschuldetseins“. Sobald der Ertragswert der (landwirtschaftlichen) Grundstücke und damit die Einkünfte sinken, wird die Zinsenlast oft unerträglich.

Was die Lage in der Schweiz anbelangt, so führte Nationalrat Hofmann am 15. Juni 1906 aus:

„Zwar fehlt eine statistische Erhebung vom Stand und Gang der Bodenverschuldung in der Schweiz, doch sind wir dank einer Reihe von Einzeldarstellungen und Erhebungen einer Reihe von Kantonen nicht bloss auf Vermutungen angewiesen. Schon Mitte der neunziger Jahre des vorigen Jahrhunderts betrug die gesamte Hypothekarverschuldung in der Schweiz mindestens 5,3 Milliarden. Die jährliche Zunahme dieser Verschuldung beziffert sich auf rund 160 bis 180 Millionen. Mit dieser beständigen Zunahme der Hypothekarschuld wächst die Zinspflicht unseres Volkes Jahr für Jahr um 6 bis 8 Millionen Franken, d.h. um mindestens Fr. 2 pro Kopf. Zur richtigen Würdigung dieser Schuldsumme wäre es nötig, den Ertragswert zu kennen. Leider fehlt dieser Massstab. Wir wissen bloss, dass dieser Schuldsumme ein Katasterwert von 10 bis 11 Milliarden gegenübersteht. An sich betrachtet, ist diese Belastung von etwas mehr als 50 Prozent des Wertes nichts Schreckliches. Das Bild wird aber sofort ernster, wenn eine Anzahl von Faktoren berücksichtigt werden, die hier sehr ins Gewicht fallen. Vor allem an den unverschuldeten Grundbesitz ist zu erinnern. Derselbe macht in einer thurgauischen Gemeinde mehr als den vierten Teil des gesamten Katasterwertes aus. Im Kanton Baselstadt waren z.B. im Jahre 1892 nicht weniger als 69,43 Prozent der Fläche unverschuldet. Im Kanton Freiburg betrug der unterpfandfreie Wert im Jahre 1896 nicht weniger als 56,3 Prozent des Katasterwertes. Diese Zahlen dürften zum Beweis dafür genügen, dass die Verschuldung in sehr vielen Fällen eine recht drückende sein muss. Dies ergibt sich übrigens auch aus der Beobachtung der Verschiedenheit des Verschuldungsgrades in den einzelnen Kantonsteilen, Gegenden und Gemeinden. So schwankt z.B. im Kanton Bern die Verschuldung in den einzelnen Gemeinden zwischen 5,4 und 73,1 Prozent des Liegenschaftswertes. Im Kanton Aargau weisen 132 Gemeinden eine Bodenverschuldung von 7 bis 39 Prozent und 117 Gemeinden eine solche von 40 bis 78 Prozent auf.“²¹⁷

²¹⁴ An dieser Stelle ist vielleicht der Ort darauf hinzuweisen, dass Hedemann dem Nationalsozialismus zumindest nahe stand, wie bereits aus den Widmungen der Bände II 1 und 2 hervorgeht.

²¹⁵ Hedemann II 1 94.

²¹⁶ Zitiert nach Hedemann II 1 97.

²¹⁷ Stenographische Bulletin 1906 633; zitiert nach Hedemann II 1 99 f; ebenda 100, Anm. 18 finden sich Einzelbeispiele zur Zunahme der Verschuldung aus verschiedenen Kantonen.

Gemäss Hedemanns Einschätzung war die zunehmende und übermässige Bodenverschuldung „das *Produkt der übertriebenen Bewegungsfreiheit*“, d.h. der schrankenlosen Freisetzung von Individuum und Eigentum zu Beginn des letzten Jahrhunderts. Und gerade „der unerfahrene Bauer war dem neuen ungebundenen Kreditsystem nicht gewachsen“:

„Von allen Seiten wurde ihm bereitwillig Kredit auf Hypotheken angeboten. Warum sollte er nicht zugreifen, da ihm doch die Erlaubnis dazu gewährt worden war.“²¹⁸

Im Solothurner Kantonsrat führte am 23. Mai 1863 Vigier bei der Beratung des Kastatergesetzes aus:

„Im Übrigen ist es mit dem Credite eine eigene Sache. Der Wein ist gut und thut wohl, wer aber zuviel trinkt, wird ein Lump. So ist es mit dem Credite; wer denselben zu viel braucht, wird ein Lump. (...) Die zu grosse Leichtigkeit, Schulden zu machen, hat auch ihre Nachteile, besonders bei einem nichtindustriellen Volke. Ich sah schon Leute, die leicht durch Sparsamkeit und gesteigerte Thätigkeit sich die zur Verzinsung einer Schuld nöthigen Summen hätten erwerben können, die es aber bequemer fanden, bei einer unserer Creditanstalten eine neue Schuld zu machen und so ihrem Ruin entgegengeführt wurden.“²¹⁹

Hinzu kam, dass vielerorts der (neue) Erbgang denjenigen, der den väterlichen Hof übernehmen wollte, zwang, seine Geschwister durch hohe Hypotheken abzufinden:

„Aber auch die Überschuldung des landwirtschaftlichen Grundbesitzes ist vielleicht auf die egalitären erbrechtlichen Grundsätze zahlreicher kantonaler Rechte zurückzuführen, die den Übernehmer des landwirtschaftlichen Hofes genötigt haben, seine Geschwister in bar auszulösen und zu diesem Zwecke Schulden auf Schulden zu häufen.“²²⁰

Zudem setzte anscheinend eine Tendenz ein, von der Berechnung nach dem Ertragswert zur Berechnung nach dem (in der Regel viel höheren) Verkaufswert überzugehen.²²¹

Es würde zu weit führen, hier noch mehr an Illustrationen zu bieten. Festgehalten werden kann immerhin, dass - gerade auch für die Landwirtschaft - die ungehemmte Freisetzung von Individuum und Eigentum teils grosse Nachteile mit sich brachte: „Man hatte sich zu weit vorgewagt. Nun musste man wieder zurück.“²²²

2.23 Schranken setzen

In den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts setzte anscheinend auch in der „allgemeinen volkswirtschaftlichen Doktrin“ ein Umschwung ein:

„Man wollte nicht mehr einseitig der Handels- und Verkehrsfreiheit opfern, man bekam wieder Gefühl dafür, dass landwirtschaftliche Güter nicht kurzerhand als Ware und nach dem Verkaufswert zu

²¹⁸ Hedemann II 1 100.

²¹⁹ Verhandlungen des Solothurner Kantonsrates 1863 263 ff.; zitiert nach Hedemann II 1 102.

²²⁰ Hofmann im Ständerat (ohne nähere Angaben); zitiert nach Hedemann II 1 102.

²²¹ Hedemann II 1 100.

²²² Hedemann II 1 129.

schätzen seinen, man sah hinter der freien Teilbarkeit des Bauernlandes grosse sozialwirtschaftliche Gefahren auftauchen.“²²³

Dieser Umschwung setzte auch in der Schweiz ein, die sich gemäss Hedemann vor anderen Ländern „durch manchen originellen Gedanken (auszeichnete) und vor allem dadurch, dass sie von Bundes wegen zugegriffen hat“.²²⁴

Das betraf - im Kampf gegen die (übermässige) Zerstückelung der landwirtschaftlichen Güter (vor allem auch unter mehrere Erben) - insbesondere das Erbrecht (ursprünglich die Artikel 617, 620 ff. ZGB) hinsichtlich der „Teilungsart“ (heute Artikel 607 ff. ZGB). Von zentraler Bedeutung ist heute allerdings nicht mehr das Zivilgesetzbuch direkt, heisst es in Artikel 619 ZGB doch: „Für die Übernahme und Anrechnung von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken gilt das Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht.“ Dazu unten mehr.

2.23.1 Erbrecht

Damals brachten die erbrechtlichen Einschränkungen gerade „für die welschen Kantone der absoluten Égalité“ einen bedeutenden Umschwung.²²⁵ Zur Nachfolge ausgewählt wurde (durch die Behörde) der *Tüchtigste*. Dabei verbindet sich der Gedanke der Gleichheit unter den Geschwistern mit einem sozialen, „das Wohl der Allgemeinheit, der Landwirtschaft ins Auge“ fassenden Gedanken:

„Das eidgenössische Gesetz bietet in der Tat das überraschende Schauspiel, dass beim Aufgehen des Vorhanges gewissermassen überhaupt noch kein Erbe da ist, der für die ungeteilte²²⁶ Übernahme bereits privilegiert wäre. Weder der Jüngste noch der Älteste, noch sonst eine durch eine gesetzliche Erbfolgeordnung bestimmte Person hat ein Vorzugsrecht. Vielmehr wird abgewartet, wer sich meldet. Und wenn es mehrere tun, eröffnet sich unter ihnen ein *freier Wettbewerb*: die Behörde sucht den Tüchtigsten aus“. Aber schon damals fand sich - wie noch heute - der Gedanke bzw. die Bevorzugung des Selbstbewirtschafters, hatten doch Erben, die das landwirtschaftliche Gewerbe selbst betreiben wollten, in erster Linie Anspruch auf ungeteilte Zuweisung.²²⁷

Die geforderte Tüchtigkeit oder Eignung war indes kein objektiver Massstab. Gemäss einem Urteil des Bundesgerichtes vom 2. November 1916 darf

„an die «Eignung», auf welche das Gesetz abstellt, kein allzu strenger Massstab angelegt werden (...), etwa in dem Sinne, dass Vertrautheit mit den modernsten Grundsätzen technisch tadelloser Bewirtschaftung verlangt würde; sondern die «Eignung» ist nach dem *Durchschnittsmass* derjenigen Fähigkeiten zu beurteilen, die in der betreffenden Gegend bei Gütern von der Ausdehnung und dem Werte des in Betracht kommenden Landgutes als zur Bewirtschaftung notwendig betrachtet werden“.²²⁸

Erleichtert wurde die *ungeteilte* Übernahme des Gutes zudem dadurch, dass ein sehr günstiger Schätzwert, der Ertragswert, und nicht der Verkehrswert zugrunde gelegt wurden. Ermöglicht wurde auch der zwangsweise Aufschub der „finanziellen“ Teilung bzw. Auszahlung der anderen Erben, sofern ansonsten eine zu hohe Hypo-

²²³ Hedemann II 1 133.

²²⁴ Hedemann II 1 134.

²²⁵ Hedemann II 1 138.

²²⁶ Hervorhebung hinzugefügt.

²²⁷ Hedemann II 1 142 f.

²²⁸ BGE 42 II 426, 433; zitiert nach Hedemann II 1 144.

thekarbelastung resultiert hätte. Andererseits wurden die Miterben an einem späteren Wertzuwachs beteiligt etc.²²⁹

2.23.2 Belastungsgrenzen

Aber nicht nur gegen die Bodenzersplitterung wurden Massnahmen ergriffen, sondern auch direkt gegen die (mit jener oft eng zusammenhängenden) *Bodenverschuldung*. Hierzu wurde wiederum auf eine Vielzahl von Instrumenten gegriffen. Das bekannteste ist sicherlich das Aufstellen einer Verschuldungsgrenze. Sie besteht darin, dass dem Grundeigentümer nicht gestattet wird, über ein bestimmtes Mass hinaus Hypotheken oder ähnliche Lasten auf sein Grundstück zu legen. Die Verschuldungsfreiheit, ursprünglich verstanden als grosses Privileg des freigesetzten Individuums, wird also eingeschränkt. In mehreren schweizerischen Kantonen waren solche Grenzen anscheinend schon im 18. Jahrhundert bekannt und sie wurden auch im 19. beibehalten.²³⁰

Auch ins Zivilgesetzbuch fanden solche Schranken Aufnahme, z.B. in Art. 843 ZGB:

1 Das kantonale Recht kann für die Errichtung von Schuldbriefen eine amtliche Schätzung des Grundstückes den Beteiligten zur Verfügung stellen oder allgemein vorschreiben.

2 Es kann vorschreiben, dass Schuldbriefe nur bis zum Betrage der Schätzung oder bis zu einem Bruchteil des Schätzungswertes errichtet werden dürfen.

Weiter fanden und finden sich im Kampf gegen die Verschuldung beispielsweise Zinsschranken, so in Art. 795 ZGB:

1 Die Zinspflicht kann innerhalb der gegen Missbräuche im Zinswesen aufgestellten Schranken in beliebiger Weise festgesetzt werden.

2 Die kantonale Gesetzgebung kann den Höchstbetrag des Zinsfusses bestimmen, der für Forderungen zulässig ist, für die ein Grundstück zu Pfand gesetzt wird.

Und auch der „Anstaltskredit“, der gegenüber dem Privatkredit die Unkündbarkeit, eine Beleihungsgrenze sowie eine planmässige Tilgung vorsah, bzw. die Schaffung staatlicher Hypothekarinstitute (etwa Kantonalbanken²³¹) diente dem Kampf gegen die Übermässige Verschuldung.²³²

2.24 **Ältere Lösungsversuche des 20. Jahrhunderts**

Wie bereits angesprochen, fanden sich bereits im Zivilgesetzbuch von 1907/1912 verschiedenste Bestimmungen, mit denen versucht wurde, den soeben skizzierten Problemen zu begegnen. So bestimmte der erst mit dem neuesten Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht aufgehobene Artikel 616 ZGB, Zerstückelung:

Die Kantone sind befugt, für die einzelnen Bodenkulturarten die Flächenmasse zu bezeichnen, unter die bei der Teilung von Grundstücken nicht gegangen werden darf.

²²⁹ Hedemann II 1 145 ff.

²³⁰ Hedemann II 1 182; ein Beispiel aus Obwalden findet sich 184..

²³¹ Hedemann II 1 210.

²³² Hedemann II 1 194 ff.

Zudem wurde durch die Artikel 620 ff. ZGB den Bauern ein eigenes Erbrecht zur Verfügung gestellt. Die Regelungen des Zivilgesetzbuches wurden verschiedentlich revidiert, doch wenn man die Einschätzung von Dino Degiorgi liest, der sich intensiv mit den „Verfügungsbeschränkungen im bäuerlichen Bodenrecht“ auseinandergesetzt hat, so war ihnen wenig Erfolg beschieden:

„Die geschichtliche Entwicklung des landwirtschaftlichen Bodenrechts in unserem Jahrhundert zeigt, dass schon frühzeitig nach eingreifenden Verfügungsbeschränkungen gefragt wurde. Sie hätten den freien Handel mit der Ware Boden zugunsten der Landwirtschaft verhindern sollen.

In der ersten Hälfte des Jahrhunderts sind sie mit Erfolg abgelehnt worden. Der Grundsatz der freien Verfügbarkeit über Grund und Boden ging der Einsicht in die Notwendigkeit eines wirkungsvollen Schutzes bäuerlichen Bodens und solcher Gewerbe vor.“²³³

Nicht weniger vernichtend ist seine Einschätzung der weiteren Bemühungen um die Regelung des bäuerlichen Bodenrechtes, etwa durch das bereits erwähnte Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (EGG) aus dem Jahr 1951:

„Mit dem Ersten und besonders mit dem Zweiten Weltkrieg änderte sich die Bereitschaft zum besseren Schutz der Landwirtschaft. Der Erlass vom LEG (sc. Bundesgesetz über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen [Entschuldungsgesetz] aus dem Jahre 1940) und vom EGG zeigen aber eindrucklich, wie wenig der Gesetzgeber immer noch bereit war, Einbrüche in die Vertragsfreiheit und in die Privatautonomie - beide unabdingbare Voraussetzungen für einen marktwirtschaftlich organisierten, freien Bodenhandel - zu dulden.

Beiden Gesetzen ist eine minimale Wirkung beschieden.

Die Erfolgslosigkeit der eingeführten Verfügungsbeschränkungen im Hinblick auf die gesteckten Ziele (Verhinderung der Bodenspekulation, der Bodenzersplitterung und der Bodenüberschuldung) wurde schon zur Zeit der Gesetzgebung erkannt und vor ihr wurde gewarnt. Wenn sich der Gesetzgeber, vor allem der Bundesrat und das Parlament, trotzdem nicht zu tiefgreifenden Einschränkungen durchrannte, so geschah das auf Druck aus Kreisen der Wirtschaft und der bürgerlichen Parteien.“²³⁴

Das landwirtschaftliche Bodenrecht blieb, nach Einschätzung von Degiorgi, trotz mehrerer Revisionen und trotz einzelner weniger Klarstellungen in Teilbereichen (z.B. im bäuerlichen Erbrecht) „eine sog. «schlechte Gesetzgebung»“.²³⁵

Ob dies auch auf die neueste Regelung zutrifft, kann nicht beurteilt werden. Ziel der folgenden Erläuterungen ist es denn auch einzig, einige Mechanismen und rechtliche Werkzeuge zu erläutern, mit denen versucht werden kann, erkannten Problemen Herr zu werden.

2.3 Grundzüge der heutigen Regelung

Wendet man sich dem heutigen Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht zu, so zeigt sich, dass die „Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes“ nach wie vor ungefähr nach den gleichen Vorkehrungen bzw. Einschränkungen verlangt, die schon das ganze 20. Jahrhundert hindurch heftig umstritten waren.

²³³ Degiorgi 298.

²³⁴ Degiorgi 298.

²³⁵ Degiorgi 298.

2.31 Geltungsbereich

Das Gesetz definiert zuerst seinen örtlichen und sachlichen Geltungsbereich. Es gilt in *örtlicher* Hinsicht - dies in Abstimmung auf die raumordnerische Entwicklung der letzten Jahrzehnte (das Raumplanungsgesetz) - in erster Linie „für einzelne oder zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehörende landwirtschaftliche Grundstücke, die ausserhalb einer Bauzone im Sinne des Raumplanungsgesetzes liegen und für welche die landwirtschaftliche Nutzung zulässig ist“ (Art. 2 Abs. 1 BGG). Das bäuerliche Bodenrecht gilt - dies der Grundsatz - nur *ausserhalb der Bauzone*.

Zudem gilt es gemäss Absatz 2 ferner für:

- a. Grundstücke und Grundstücksteile mit landwirtschaftlichen Gebäuden und Anlagen, einschliesslich angemessenem Umschwung, die in einer Bauzone liegen und zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören;
- b. Waldgrundstücke, die zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören;
- c. Grundstücke, die teilweise innerhalb einer Bauzone liegen, solange sie nicht entsprechend den Nutzungszonen aufgeteilt sind;
- d. Grundstücke mit gemischter Nutzung, die nicht in einen landwirtschaftlichen und einen nichtlandwirtschaftlichen Teil aufgeteilt sind.

3 Das Gesetz gilt nicht für kleine Grundstücke von weniger als 10 Aren Rebland oder 25 Aren anderem Land, die nicht zu einem landwirtschaftlichen Gewerbe gehören.

Schon durch diese Bestimmungen wird augenfällig, dass das Gesetz für Grundstücke gelten soll, die gerade nicht (primär) zur Über-, sondern eben zur *Bebauung*, zur landwirtschaftlichen - grundsätzlich bodenerhaltenden - Nutzung, bestimmt sind. Oder, aus einem etwas anderen Blickwinkel betrachtet: Das Gesetz soll primär auf jene Gewerbe und Grundstücke angewendet werden, denen (spätestens durch die Bodenrechtsreform des Jahres 1969) das Recht zur - finanziell in der Regel lukrativeren - baulichen Nutzung nicht (mehr) gewährt ist.

Gerade deshalb ist ihr Erwerb, ihre Verpfändung sowie ihre Teilung und Zerstückelung gesondert zu regeln (Art. 1 Abs. 2 BGG), kann dieser Boden bzw. diese Nutzung doch neben den viel potenteren „normalen“, nicht-landwirtschaftlichen doch sonst nicht oder nur schwer bestehen:

„Der Bauer braucht Boden. Andere brauchen auch Boden: in der Regel aber weniger als der Bauer, so dass sie zu einem für den Bauern unerschwinglichen Preis kaufen können. Nach allgemeinem Recht bekommt auf dem freien Markt den Boden, wer am meisten dafür bezahlt. Der Boden, auf den sich die bäuerliche wie auch die nichtbäuerliche Nachfrage gleichermassen konzentriert, ist in der Schweiz knapp. Nach allgemeinen Regeln bekäme der Bauer kaum den Boden, den er braucht (...) - es sei denn, Sonderrecht ver helfe ihm dazu. Dieses Sonderrecht ist das bäuerliche Bodenrecht.“²³⁶

Für Degiorgi gilt, dass der Grund für die „schlechte Gesetzgebung“ zum Teil in der widersprüchlichen Zielsetzung, zum anderen „im Festhalten an einem Bodenmarkt (liegt), in der Behandlung des Bodens als Ware:

„Erst wenn es gelingen wird, eine Rangordnung in die einzelnen Ziele zu bringen und dem Gut Boden den Warencharakter zu nehmen, wird sich eine Lösung der heute anstehenden Probleme abzeichnen.“²³⁷

²³⁶ Hotz 47.

²³⁷ Degiorgi 298 f.

Der *sachliche* Geltungsbereich des Gesetzes umfasst zum einen *landwirtschaftliche Grundstücke*: Darunter ist zu verstehen „ein Grundstück, das für die landwirtschaftliche oder gartenbauliche Nutzung geeignet ist (Art. 6 Abs. 1 BGG) sowie „auch Anteils- und Nutzungsrechte an Allmenden, Alpen, Wald und Weiden, die im Eigentum von Allmendgenossenschaften, Alpengenossenschaften, Waldkorporationen oder ähnlichen Körperschaften stehen“ (Abs. 2).²³⁸

Zum andern gilt es für *landwirtschaftliche Gewerbe*, d.h. primär für „eine Gesamtheit von landwirtschaftlichen Grundstücken, Bauten und Anlagen, die als Grundlage der landwirtschaftlichen Produktion dient und die mindestens die halbe Arbeitskraft einer bäuerlichen Familie beansprucht“ (Art. 7 Abs. 1 BGG).²³⁹

2.32 Verkehrsbeschränkungen

2.32.1 Selbstbewirtschaftung

Wie schon die ältere, noch im Zivilgesetzbuch direkt verankerte Regelung, die den tüchtigsten Selbstbewirtschaftler privilegierte (Art. 621 Abs. 2; 621bis ZGB), baut auch das heutige Gesetz auf diesen. Selbstbewirtschaftler ist gemäss Artikel 9 Absatz 1,

... wer den landwirtschaftlichen Boden selber bearbeitet und, wenn es sich um ein landwirtschaftliches Gewerbe handelt, dieses zudem persönlich leitet.

Der Tüchtigste bzw. zur Selbstbewirtschaftung Geeignetste ist nach Absatz 2,

... wer die Fähigkeiten besitzt, die nach landesüblicher Vorstellung notwendig sind, um den landwirtschaftlichen Boden selber zu bearbeiten und ein landwirtschaftliches Gewerbe persönlich zu leiten.

Viel hat sich, wenn man diese Bestimmung mit dem oben zitierten Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahre 1916 vergleicht, nicht geändert.

Und noch heute ist der Selbstbewirtschaftler *privilegiert*. Zu seinen Gunsten wird die vor gut zweihundert Jahren erfolgte Freisetzung des Bodens weiterhin beschränkt.²⁴⁰

2.32.2 Privatrechtliche Verkehrsbeschränkungen

Der 2. Titel des Gesetzes lautet denn auch: „*Privatrechtliche* Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken“. Für landwirtschaftliche Grundstücke und Gewerbe musste die „Freiheitsparole“ zumindest teilweise zum Verstummen gebracht werden.

Die Beschränkungen sind vielfältig. Das Gesetz beginnt in Artikel 11, „Anspruch auf Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes“, mit der *Erteilung* im allgemeinen:

1 Befindet sich in der Erbschaft ein landwirtschaftliches Gewerbe, so kann jeder Erbe verlangen, dass ihm dieses in der Erteilung zugewiesen wird, wenn er es selber bewirtschaften will und dafür als geeignet erscheint.

²³⁸ Ähnlich schon Art. 4 EGG.

²³⁹ Bandli AJP/PJA 3/92 333 f.

²⁴⁰ Bandli AJP/PJA 3/92 334.

Auch heute noch ist also der Nachfolger nicht definitiv bestimmt, wenn sich der von Hedemann erwähnte Vorhang des Schauspiels hebt. Jeder Erbe, der die Voraussetzungen der Selbstbewirtschaftung erfüllt, kann die Zuweisung eines landwirtschaftlichen Gewerbes aus einer Erbschaft beantragen.

Erst, wenn es an geeigneten Selbstbewirtschaftern fehlt, kommen andere zum Zuge - allerdings ohne *Preisprivileg* (dazu später):²⁴¹

2 Verlangt kein Erbe die Zuweisung zur Selbstbewirtschaftung oder erscheint derjenige, der die Zuweisung verlangt, als ungeeignet, so kann jeder pflichtteilsgeschützte Erbe die Zuweisung verlangen.

3 Wird das landwirtschaftliche Gewerbe einem andern Erben als dem überlebenden Ehegatten zugewiesen, so kann dieser verlangen, dass ihm auf Anrechnung an seine Ansprüche die Nutzniessung an einer Wohnung oder ein Wohnrecht eingeräumt wird, wenn es die Umstände zulassen. Die Ehegatten können diesen Anspruch durch einen öffentlich beurkundeten Vertrag ändern oder ausschliessen.

Gänzlich ausgeschlossen ist die Errungenschaft der freien Verfügbarkeit (von Todes wegen) aus dem letzten Jahrhundert allerdings doch nicht. Sind mehrere valable Anwärter vorhanden, so bestimmt Artikel 19 Absatz 1 BGG, „Verfügungen des Erblassers bei mehreren übernahmewilligen Erben“:

1 Erfüllen mehrere Erben die Voraussetzungen für die Zuweisung des landwirtschaftlichen Gewerbes, so kann der Erblasser durch letztwillige Verfügung oder durch Erbvertrag einen von ihnen als Übernehmer bezeichnen.

Auch eine Teilung ist nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Um den bekannten Gefahren der Zerstückelung und Zersplitterung zu begegnen, wo jeder Berechtigten nur mit einem wirtschaftlich nicht überlebensfähigen Teil abgespiessen wird, bestimmt Artikel 16 BGG, „Teilung des Gewerbes“:

1 Gestattet das landwirtschaftliche Gewerbe nach Umfang und Beschaffenheit die Aufteilung in zwei oder mehrere Gewerbe, die einer bäuerlichen Familie eine gute Existenz bieten, so darf das Gewerbe mit Genehmigung der Bewilligungsbehörde in dieser Weise aufgeteilt werden (Art. 60 Bst. b).

2 Einen Anspruch auf Aufteilung haben nur Erben, welche die landwirtschaftlichen Gewerbe selber bewirtschaften wollen und dafür als geeignet erscheinen.

Aus der historischen Skizze des Kampfes gegen die Überschuldung ebenfalls bereits bekannt ist der Gedanke von Artikel 17 BGG, „Anrechnung an den Erbteil“. Der selbstbewirtschaftende Übernehmer wird preislich privilegiert; er hat sich nur den niedrigeren *Ertragswert* anrechnen zu lassen (so schon der frühere Art. 617 ZGB):

1 Das landwirtschaftliche Gewerbe wird dem selbstbewirtschaftenden Erben zum Ertragswert an den Erbteil angerechnet.

2 Das Betriebsinventar ist zum Nutzwert und das nichtlandwirtschaftliche Nebengewerbe zum Verkehrswert anzurechnen.

Der zur Übernahme berechnete Selbstbewirtschaftler soll sich auch heute nicht übermässig verschulden, um die anderen Erbberechtigten auszahlen zu können.

Wer anderen vorgezogen wird, soll sich allerdings nicht noch zusätzlich bereichern: „Die Versuchung, den Boden und allenfalls Gebäude günstig zu übernehmen und kurze Zeit danach für ein Vielfaches zu veräussern, ist gross, die Ungerechtigkeit gegenüber nicht berücksichtigten Mitinteressenten wäre stossend und der Gesetz-

²⁴¹ Bandli AJP/PJA 3/92 335.

zweck in Frage gestellt.“²⁴² Artikel 23 Absatz 1 BGBB, „Sicherung der Selbstbewirtschaftung; Veräusserungsverbot“ sieht daher eine Sperrfrist vor:

Wird in der Erbteilung ein landwirtschaftliches Gewerbe einem Erben zur Selbstbewirtschaftung zugewiesen, so darf er es während zehn Jahren nur mit Zustimmung der Miterben veräussern.

Hinzuweisen ist auf ein mit der Privilegierung des Selbstbewirtschafters eng verbundenes Hauptanliegen des Gesetzes, die Strukturverbesserung:

„Die Vorrechte bei der Übertragung landwirtschaftlicher Grundstücke sollen zur stetigen Vergrößerung bestehender Betriebe führen, seien sie nun vom Eigentümer oder vom Pächter bewirtschaftet. Der Gesetzgeber wollte aber nicht bloss eine Aufstockung bestehender Gewerbe bewirken, sondern ganz allgemein eine, wenn auch sehr flexibel umschriebene Gewerbegrösse vorgeben. Deshalb darf nur zuerwerben, wer bereits über einen Bauernhof im gesetzlich vorgeschriebenen Mindestumfang verfügt, und - als obere Limite zur Verhinderung von Grossgrundbesitz - wer nicht bereits Inhaber eines Anwesens ist, das für eine überdurchschnittlich gute Existenz einer bäuerlichen Familie ausreicht.“²⁴³

Mit Bezug auf die Sonderstellung des Selbstbewirtschafters hielt Degiorgi fest:

„Eine Prioritätsordnung unter den verschiedenen Zielsetzungen lässt sich durch die möglichst ausnahmslose Durchführung des Selbstbewirtschaftersprinzips erreichen. Dem Boden wird der Charakter einer Ware durch eine echte, das heisst klar vom ZGB abweichende, eigenständige Sondergesetzgebung entzogen.“²⁴⁴

2.32.3 Öffentlichrechtliche Verkehrsbeschränkungen

Neben die skizzierten privatrechtlichen treten im 3. Titel des Gesetzes „*öffentlichrechtliche* Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken“. Hier spiegelt sich der bereits erwähnte soziale Gedanke, das öffentliche Interesse an der „Erhaltung eines gesunden Bauernstandes“ (Art. 1 Abs. 1 BGBB), wieder:

„Die verschiedenen Massnahmen zur Förderung des bäuerlichen Grundeigentums und zur Strukturverbesserung bleiben wirkungslos, wenn sie nicht von Vorschriften begleitet werden, die das Erreichte sichern.“²⁴⁵

Die Artikel 58 ff. BGBB widmen sich daher der „Realteilung landwirtschaftlicher Gewerbe“ sowie der „Zerstückelung landwirtschaftlicher Grundstücke“. Artikel 58, „Realteilungs- und Zerstückelungsverbot“, bestimmt:

1 Von landwirtschaftlichen Gewerben dürfen nicht einzelne Grundstücke oder Grundstücksteile abgetrennt werden (Realteilungsverbot).

2 Landwirtschaftliche Grundstücke dürfen nicht in Teilstücke unter 25 Aren aufgeteilt werden (Zerstückelungsverbot). Für Rebgrundstücke beträgt diese Mindestfläche 10 Aren. Die Kantone können grössere Mindestflächen festlegen.

3 Landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke dürfen zudem nicht in Miteigentumsanteile von weniger als einem Zwölftel aufgeteilt werden.

²⁴² Bandli AJP/PJA 3/92 336.

²⁴³ Bandli AJP/PJA 3/92 333.

²⁴⁴ Degiorgi 299.

²⁴⁵ Bandli AJP/PJA 3/92 336.

Gewisse Ausnahmen finden sich in Artikel 59 BGG.

Ebenfalls zu den öffentlichrechtlichen Beschränkungen des Verkehrs gehören die Artikel 61 ff. des Gesetzes, die sich mit dem „*Erwerb* von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken“ befassen. Im Gegensatz zur ebenfalls gut zweihundertjährigen Regel, wonach grundsätzlich jedes Individuum - und nicht etwa nur Adlige - jedes Grundstück erwerben darf, ist hier der Erwerb (und nicht nur die erbrechtliche Weitergabe) beschränkt. Artikel 61 BGG stellt folgenden „Grundsatz“ auf:

1 Wer ein landwirtschaftliches Gewerbe oder Grundstück erwerben will, braucht dazu eine Bewilligung.

2 Die Bewilligung wird erteilt, wenn kein Verweigerungsgrund vorliegt.

3 Als Erwerb gilt die Eigentumsübertragung sowie jedes andere Rechtsgeschäft, das wirtschaftlich einer Eigentumsübertragung gleichkommt.

Das öffentlich-rechtliche Bewilligungsverfahren für Handänderungen *ausserhalb der Familie* bildet gleichsam das Gegenstück zu den ausführlichen, detaillierten privatrechtlichen Regelungen, welche die Übertragung innerhalb der Familie regeln.²⁴⁶

Als „Verweigerungsgründe“ werden in Artikel 63 Absatz 1 BGG - wenig erstaunlich - genannt: jener Fall, in dem „der Erwerber nicht Selbstbewirtschafter ist“ (Bst. a), wenn „ein übersetzter Preis vereinbart wurde“ (Bst. b) oder wenn „das zu erwerbende Grundstück ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs des Gewerbes des Erwerbers liegt“ (Bst. d).

Allerdings gibt es zum Prinzip der Selbstbewirtschaftung bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ auch Ausnahmen (Art. 64 BGG). So, wenn es darum geht, „ein Gewerbe, das seit langem als Ganzes verpachtet ist, als Pachtbetrieb zu erhalten“ (Abs. 1 Bst. a) oder wenn „trotz öffentlicher Ausschreibung zu einem nicht übersetzten Preis (Art. 66) kein Angebot eines Selbstbewirtschafters vorliegt“ (Bst. f).

Weitere Ausnahmen weisen über rein landwirtschaftliche Interessen hinaus auf andere, ebenfalls öffentliche Interessen, denen der Boden bzw. die Landschaft zu dienen hat.

Zu erwähnen sind etwa *raumplanerische* Interessen, z.B. dort, wo „der Erwerber über eine rechtskräftige Bewilligung für eine nach Artikel 24 des Raumplanungsgesetzes zulässige nichtlandwirtschaftliche Nutzung des Bodens verfügt“ (Bst. b), oder wo „der Erwerb im Hinblick auf einen nach dem Raumplanungsrecht zulässigen Abbau von Bodenschätzen erfolgt“ (Bst. c).

Naturschützerische Interessen werden berücksichtigt, wenn „das landwirtschaftliche Gewerbe oder Grundstück in einer Schutzzone liegt und der Erwerber den Boden zum Zwecke dieses Schutzes erwirbt“ (Bst. d), oder wenn „mit dem Erwerb die schutzwürdige Umgebung einer historischen Stätte, Baute oder Anlage oder ein Objekt des Naturschutzes erhalten werden soll“ (Bst. e).

In Artikel 65 BGG finden sich zudem Ausnahmen für den „Erwerb durch das *Gemeinwesen*“.

²⁴⁶ Bandli AJP/PJA 3/92 337.

2.33 Belastungsgrenzen

Der 4. Titel des Gesetzes widmet sich sodann explizit den „Massnahmen zur Verhütung der *Überschuldung*“. Auch diese sind grundsätzlich seit langem bekannt, etwa die „Belastungsgrenze“ von Artikel 73 BGG, die sich aber nur auf *pfandgesicherte* Darlehen bezieht:

1 Landwirtschaftliche Grundstücke dürfen nur bis zur Belastungsgrenze mit Grundpfandrechten belastet werden. Die Belastungsgrenze entspricht dem um 35 Prozent erhöhten Ertragswert.

2 Die Belastungsgrenze muss beachtet werden für:

- a. die Errichtung eines Grundpfandrechts;
- b. die Bestellung eines Faustpfandes an einem Grundpfandtitel;
- c. die Wiederbelehnung eines abbezahlten Grundpfandtitels, über den der Eigentümer verfügen kann (Eigentümerschuldbrief).

3 Massgebend für die Beurteilung, ob die Belastungsgrenze erreicht wird, ist die Summe der im Grundbuch eingetragenen, vorgemerkten und angemerkten Grundpfandrechte. Nicht mitgezählt werden die Grundpfandrechte, die zur Sicherung von Darlehen dienen, die nach dem Bundesgesetz vom 23. März 1962 über Investitionskredite und Betriebshilfe in der Landwirtschaft gewährt oder verbürgt werden.

Die Belastungsgrenze ist nicht absolut, sie darf in den von Artikel 76 BGG genannten Fällen überschritten werden, etwa zur Sicherung eines Darlehens, das „eine vom Bund (sc. gemäss Art. 79 BGG) anerkannte Genossenschaft oder Stiftung des Privatrechts oder eine Institution des kantonalen öffentlichen Rechts dem Schuldner zinslos gewährt“ (Abs. 1 Bst. a). Auch dieser Gedanke (Anstaltskredit) ist, wie oben gesehen, schon recht alt.

Nichts hindert zudem einen Eigentümer daran, sich z.B. durch Kleinkredite übermässig zu verschulden.²⁴⁷

2.4 Folgerung

Es ist hier nicht der Ort, um noch tiefer auf das bäuerliche Bodenrecht einzugehen. Für die Belange des Projektes verdient aber wohl ein Umstand hervorgehoben zu werden:

Das „Eigentum“ an landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken unterscheidet sich grundsätzlich nicht vom allgemeinen Eigentumsbegriff. Der Landwirt ist ebenso Eigentümer wie jeder andere. Allerdings wird sein Eigentum an „landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken“²⁴⁸ weitgehend aus dem Markt herausgenommen und erfährt vielfache Beschränkungen. Sie sind zum einem privatrechtlicher Art, zum anderen handelt es sich um öffentlichrechtliche Beschränkungen. Und sie dienen zum einen dem bäuerlichen Privat-Eigentümer, zum anderen eben öffentlichen Interessen (vor allem an der [Erhaltung] der Landwirtschaft).

Welche Instrumente in concreto gewählt wurden und werden, das hängt von den Problemen und den Lösungen ab: Probleme sind aber keineswegs objektive Grössen. Ob überhaupt ein Problem besteht und um was für ein Problem es sich im Detail handelt, das ist bekanntlich abhängig davon, wer die Definitionsmacht innehat.

²⁴⁷ Bandli AJP/PJA 3/92 338.

²⁴⁸ Wenn es um anderes geht, um Eigentum an einem Auto, einer Stereoanlage, an Aktien etc., dann unterscheidet sich der Bauer als Eigentümer selbstverständlich nicht von irgendeinem anderen Eigentümer.

Welche Lösungen sich schliesslich als Antworten auf welche Probleme durchsetzen, d.h. Recht werden, das hängt wiederum von den aktuellen (Macht-)Konstellationen ab.

Degiorgis Untersuchung zu den Verfügungsbeschränkungen im bäuerlichen Bodenrecht zeigt sehr eindrücklich, wie über Jahrzehnte hinweg die seit gut zweihundert Jahren bekannten Probleme der Bodenzersplitterung und der Bodenverschuldung zwar im Grundsatz von den Beteiligten anerkannt waren, wie aber aus unterschiedlichsten Gründen die „guten“ Lösungen sich nicht durchsetzen konnten. So sagt er zum parlamentarischen Ringen um den Erlass des Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (EGG) Mitte des 20. Jahrhunderts:

„Das Ringen ... veranschaulicht mit aller Deutlichkeit, wie letztlich, weit entfernt von sachlich gebotenen Lösungen, politische Kompromisse getroffen werden.

Bisweilen geschieht dies auch nur unter dem Druck, dass andernfalls die ganze Gesetzgebung Schiffbruch erlitt.

Wichtig erscheint mir dabei die Einsicht, dass die Unwirksamkeit derart erlassener Bestimmungen schon im Erlassverfahren selber erkannt und gebrandmarkt wurde.

Wenn sich das landwirtschaftliche Bodenrecht später als wirkungslos entpuppte, so darf das nicht erstaunen. Der Grund liegt nicht beim «schlechten Gesetz», sondern bei der fehlenden Bereitschaft, ein «gutes» zu erlassen.²⁴⁹

Für die Belange dieses Projektes muss an dieser Stelle vielleicht hervorgehoben werden, dass das weithin heftig kritisierte Ergebnis der Gesetzgebungsarbeit, nicht auf irgendwelche methodischen oder technischen Eigenheiten der Rechtssetzungsarbeit zurückgeführt werden kann. Es ist möglich, „gute“ Gesetze zu machen, so wie es einem Schreiner möglich ist, „gute“ Stühle oder Tische herzustellen - aber eben auch schlechte. Denn das Recht macht ja selbst nichts. Eine Rechtsordnung bietet zwar einen Rahmen, in dem die rechtlichen Instrumente in einer bestimmten Art und Weise gebraucht werden können und müssen, aber selbst dieser Rahmen ist grundsätzlich veränderbar, und die bestehenden Instrumente können ebenso modifiziert werden wie die Verfahren zu ihrer Herstellung oder zu ihrem Gebrauch.

Das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens EGG war denn nach Degiorgi auch vielmehr Ausdruck dafür, dass

„im Gegensatz zur Zeit des Erlasses unseres Zivilgesetzbuches die Einigung auf die vorgeschlagenen rechtlichen Instrumente immer schwieriger wird. Dies mag auch damit zusammenhängen, dass heute ein politischer Hintergrund fehlt, der es erlauben würde, dass eine Einzelperson (sc. gemeint ist hier der „Schöpfer“ des ZGB, Eugen Huber) einen Gesetzesentwurf ausarbeitet, die Expertenarbeit leitet und gleich noch im Nationalrat als Berichterstatter waltet; und dies alles als Vertreter einer Partei, die gesellschaftlich und wirtschaftlich eminente Interessen an der Verwirklichung des projektierten Gesetzes besitzt. Dieser Gesetzgebungsvorgang beim Erlass des ZGB stand zudem unter dem Titel der Vereinheitlichung mehr oder weniger schon bestehenden Rechts. Das erlaubte, das Ganze in einem milderen Lichte erscheinen zu lassen.

Die rechtspolitische Lage zur Zeit der Entstehung des EGG war nun eine - von der soeben beschriebenen - völlig verschiedene.

Im Rahmen der einstigen Vereinheitlichung übergangene Interessen (sc. der Bauern) machten sich in der Zwischenzeit derart bemerkbar, dass sie angehört werden mussten (sc. insbesondere, weil die Kriegs- und Kriesengesetzgebung ihre wirtschaftliche Bedeutung erheblich steigerte).

Das Recht, das sie verlangten, passte aber nicht mehr ins Bild einer bürgerlichen Gesetzgebung (sc. mit ihrem Primat der Vertrags- und damit der Verfügungsfreiheit bzw. der Privatautonomie). Daher rührt auch dessen Bezeichnung als als Sonderrecht oder gar als Standesrecht.²⁵⁰

²⁴⁹ Degiorgi 166.

²⁵⁰ Degiorgi 199 f.

Zudem waren gemäss Degiorgi die dahinterstehenden politischen Kreise sehr verschieden. So haben sie neben den Bauern, die zum grössten Teil den bürgerlichen Parteien angehörten - obwohl sich ihre Interessen in dieser Sache gerade nicht mit jenen von Industrie, Gewerbe und Handel deckten -, seit je auch die Sozialdemokraten und die Liberalsozialisten für eine Bodenreform eingesetzt.

Hinzu kam sodann, dass die Befürworter selbst in sich zersplittert waren und ganz unterschiedliche und unterschiedliche radikale Lösungsmodelle präferierten.²⁵¹

Ob und inwieweit das neue bäuerliche Bodenrecht mit den Mängeln seiner Vorgängergesetzgebung aufgeräumt hat, kann, wie bereits erwähnt, nicht beurteilt werden. Die im Vergleich zu früher stärkere Privilegierung des Selbstbewirtschafters dürfte sicherlich positiv zu vermerken sein.

Zudem darf nicht übersehen werden, dass sich seit Erlass des EGG in der „Bodenfrage“ doch einiges bewegt hat. Mit der Bodenrechtsreform bzw. dem Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes (dazu unten mehr) wurden immerhin die Mittel bereit gestellt, den Druck auf den landwirtschaftlichen Boden zu mildern: Land, das durch Überbauung verbraucht werden soll und darf, ist grundsätzlich einer Bauzone, Landwirtschaftsboden hingegen einer Landwirtschaftszonen zuzuweisen (Art. 14 ff. RPG). Heute kann (dies allerdings auch nur als Regel - mit viel zu vielen Ausnahmen) nicht mehr darauf spekuliert werden, „billiges“ Landwirtschaftsland lasse sich in lukrativeres Bauland umwandeln. Das hat ganz praktische Konsequenzen für die Kreditwürdigkeit der Landwirte. Ihre Fähigkeit, Kredite (Hypotheken) aufzunehmen, wurde bereits dadurch erheblich eingeschränkt.

Zudem befindet sich die Landwirtschaft in einem sogenannten „Strukturwandel“. Es ist damit zu rechnen, dass in den nächsten Jahrzehnten noch Tausende von Betrieben aufgegeben werden. Das vermindert die Zahl von interessierten Selbstbewirtschaftern dramatisch, so dass wohl selbst ohne explizite Regelungen im BGGB der Zersplitterung des Bodens bereits dadurch etwas Einhalt geboten sein dürfte.

Auf diesen Strukturwandel wurde vor kurzem bekanntlich durch eine „Liberalisierung“ des Raumplanungsgesetzes reagiert. Die Landwirtschaftszonen werden - vor allem zugunsten der Landwirte - zusätzlichen, unter der Geltung des bisherigen Raumplanungsgesetzes unzulässigen Nutzungen geöffnet. Diese m.E. vollkommen falsche Lösung dürfte langfristig betrachtet dem „Bauernstand“ keine wirkliche (wirtschaftliche) Entlastung bringen, aber dazu beitragen, den Druck auf die Landschaft weiter zu erhöhen und so zu derer fortschreitenden Zerstörung beizutragen.

3. BUNDESGESETZ ÜBER DEN ERWERB VON GRUNDSTÜCKEN DURCH PERSONEN IM AUSLAND

Ein bekanntes Beispiel für den Einsatz von Verfügungsbeschränkungen ist das Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (BewG) vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.4), auch als Lex Furgler oder Friedrich bekannt.

Sein Zweckartikel, Artikel 1, klingt fürchterlich:

²⁵¹ Degiorgi 200.

Dieses Gesetz beschränkt den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, um die Überfremdung des einheimischen Bodens zu verhindern.

Es geht bei diesem Gesetz also darum, wem der Boden gehört bzw. gehören soll. Das hat mit Ressourcenmanagement grundsätzlich nichts zu tun, denn dem Boden wäre es wohl ziemlich egal, wem er gehört.

Mittel zur Verhinderung der „Überfremdung“ ist die Einführung einer Bewilligungspflicht durch Artikel 2:

1 Personen im Ausland bedürfen für den Erwerb von Grundstücken einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde.

2 Keiner Bewilligung bedarf der Erwerb, wenn:

- a. das Grundstück als ständige Betriebsstätte eines Handels-, Fabrikations- oder eines anderen nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, eines Handwerksbetriebes oder eines freien Berufes dient;
- b. das Grundstück dem Erwerber als natürlicher Person als Hauptwohnung am Ort seines rechtmässigen und tatsächlichen Wohnsitzes dient; oder
- c. eine Ausnahme nach Artikel 7 vorliegt.

3 Beim Erwerb von Grundstücken nach Absatz 2 Buchstabe a können durch Wohnanteilverordnungen vorgeschriebene Wohnungen oder dafür reservierte Flächen miterworben werden.

Für eine Grundstückseigentümerin bedeutet dies eine Beschränkung/Konkretisierung ihrer durch das Eigentum grundsätzlich gegebenen Verfügungsrechte im engeren Sinne. Ihr Belieben, ein Grundstück an jederman verkaufen zu dürfen, wird durch diese „Schranke der Rechtsordnung“ eingeschränkt: Der Verkauf an „Inländer“ ist weiterhin keinen Beschränkungen unterworfen (sofern es sich nicht beispielsweise um ein landwirtschaftliches Grundstück handelt), der Verkauf an Personen mit Wohnsitz im Ausland ist hingegen nur noch möglich, wenn dies von der zuständigen kantonalen Behörde bewilligt wird.

Für Personen mit Wohnsitz im Ausland (gemäss Artikel 5 BewG) ist die Möglichkeit, Grundstücke beliebig zu *erwerben* (Artikel 4 BewG), beschränkt. Dies obwohl die Eigentumsgarantie grundsätzlich nicht nur den Schutz *bestehenden* Eigentums gewährleistet, sondern auch den freien Zugang zu, den Erwerb von (neuem) Eigentum.²⁵² Der Erwerb wird gemäss Artikel 8 BewG bewilligt, wenn das Grundstück dienen soll:

1 ...

a. ...

b. als Kapitalanlage aus der Geschäftstätigkeit ausländischer und ausländisch beherrschter, in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassener Versicherungseinrichtungen, sofern die allgemein anerkannten Anlagegrundsätze beachtet werden und der Wert aller Grundstücke des Erwerbers die von der Versicherungsaufsichtsbehörde als technisch notwendig erachteten Rückstellungen für das Schweizer Geschäft nicht übersteigt;

c. zur Personalvorsorge von inländischen Betriebsstätten oder zu ausschliesslich gemeinnützigen Zwecken, wenn der Erwerber für das Grundstück von der direkten Bundessteuer befreit ist;

d. zur Deckung pfandgesicherter Forderungen ausländischer und ausländisch beherrschter, in der Schweiz zum Geschäftsbetrieb zugelassener Banken und Versicherungseinrichtungen in Zwangsverwertungen und Liquidationsvergleichen.

2 Einem Erben, welcher der Bewilligung bedarf und keinen Bewilligungsgrund hat, wird der Erwerb mit der Auflage bewilligt, das Grundstück innert zweier Jahre wieder zu veräussern.

²⁵² BGE 114 Ia 16; Müller, Grundrechte 603.

3 Einer natürlichen Person, die von einer anderen eine Haupt-, Zweit- oder Ferienwohnung oder eine Wohneinheit in einem Aparthotel erwirbt und dafür mangels kantonaler Bestimmungen oder infolge einer örtlichen Bewilligungssperre keinen Bewilligungsgrund hat, wird die Bewilligung erteilt, wenn ein Härtefall für den

Veräusserer vorliegt. Als Härtefall gilt eine nachträglich eingetretene, unvorhersehbare Notlage des Veräusserers, die er nur abwenden kann, indem er das Grundstück an eine Person im Ausland veräussert. Eine Bewilligung aus diesem Grunde wird auf das kantonale Bewilligungskontingent für den Erwerb von Ferienwohnungen und Wohneinheiten in Aparthotels angerechnet.

Die Kantone können ihrerseits zusätzliche Bewilligungsgründe vorsehen (Art. 3 BewG). Artikel 9 BewG bestimmt:

1 Die Kantone können durch Gesetz bestimmen, dass der Erwerb bewilligt wird, wenn das Grundstück dient:

a. dem sozialen Wohnungsbau nach kantonalem Recht und ohne Bundeshilfe in Orten, die unter Wohnungsnot leiden, oder wenn sich auf dem Grundstück solche neuerstellten Wohnbauten befinden;

b. ...

c. einer natürlichen Person als Zweitwohnung an einem Ort, zu dem sie aussergewöhnlich enge, schutzwürdige Beziehungen unterhält, solange diese andauern.

2 Die Kantone können ausserdem durch Gesetz bestimmen, dass einer natürlichen Person der Erwerb als Ferienwohnung oder als Wohneinheit in einem Aparthotel im Rahmen des kantonalen Kontingents bewilligt werden kann.

3 Die Kantone bestimmen periodisch die Orte, die nach einem genehmigten Entwicklungskonzept im Sinne des Bundesrechts über die Investitionshilfe in Berggebieten oder nach einer gleichwertigen amtlichen Planung des Erwerbs von Ferienwohnungen oder von Wohneinheiten in Aparthotels durch Personen im Ausland bedürfen, um den Fremdenverkehr zu fördern.

Die Ressource „Ferienwohnungen und Wohneinheiten in Aparthotels“ wird durch den Bundesrat gemäss Artikel 11 BewG, Bewilligungskontingente, kontingentiert:

1 Der Bundesrat bestimmt nach Anhören der Kantonsregierungen, jeweils für die Dauer von zwei Jahren, die jährlichen kantonalen Bewilligungskontingente für den Erwerb von Ferienwohnungen und Wohneinheiten in Aparthotels im Rahmen einer gesamtschweizerischen Höchstzahl; er berücksichtigt dabei die staatspolitischen und volkswirtschaftlichen Interessen des Landes.

2 Er setzt diese Höchstzahl schrittweise herab. Wenn es die volkswirtschaftlichen Interessen des Landes zwingend erfordern und es staatspolitischen Interessen nicht widerspricht, kann er diese Zahl beibehalten oder vorübergehend hinaufsetzen, ohne jedoch die für die erste zweijährige Periode festgesetzte Höchstzahl zu überschreiten.

3 Er bemisst die kantonalen Kontingente nach der Bedeutung des Fremdenverkehrs für die Kantone, den touristischen Entwicklungsplanungen und dem Anteil an ausländischem Grundeigentum auf ihrem Gebiet.

4 Die Kantone regeln die Verteilung der Bewilligungen aus ihrem Kontingent.

Mit der Regelung des Grundstückserwerbes durch Personen mit Wohnsitz im Ausland haben wir ein weiteres Beispiel für das immer gleiche Zusammenspiel von formellem Regelwerk und Normen des Policy-Designs vor uns: Das formelle Regelwerk wird beibehalten, die Normen des Policy-Designs bestimmten als „Schranken der Rechtsordnung“ hingegen den konkreten Gehalt der Eigentumsbefugnisse genauer.

4. BUNDESGESETZ ÜBER DIE FÖRDERUNG DER LANDWIRTSCHAFT UND DIE ERHALTUNG DES BAUERNSTANDES

Auch im Landwirtschaftsgesetz, LwG, (vom 3. Oktober 1951; SR 910.1) finden sich Bestimmungen, welche das Belieben der betroffenen Grundeigentümer, über ihre Grundstücke zu verfügen (im engeren Sinne) einschränken.

So enthält Artikel 85 LwG ein Zweckentfremdungsverbot für „bodenverbesserte“²⁵³ Grundstücke:

1 Ohne Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde darf ein mit öffentlichen Mitteln verbessertes Grundstück oder ein erstelltes Siedlungswerk innert 20 Jahren seit der Entrichtung der Beiträge dem Zweck, für den sie geleistet wurden, nicht entfremdet werden.

2 Der Eigentümer, der diese Vorschrift verletzt, hat die vom Bund geleisteten Beiträge zurückzuerstatten und allen durch die Zweckentfremdung verursachten Schaden zu ersetzen.

3 Eine Zweckentfremdung darf nur aus wichtigen Gründen bewilligt werden.

4 Bewilligt die Behörde die Zweckentfremdung, so kann sie die Rückerstattung der Beiträge ganz oder zum Teil erlassen.

Wie sofort ersichtlich, ist diese Beschränkung im Gegensatz zu den bisher vorgestellten eine höchst relative. Der betroffene Grundeigentümer kann sich über das Verbot hinwegsetzen und muss dann lediglich die erhaltenen Gelder (Subventionen) zurückbezahlen.²⁵⁴

Ebenfalls ein relatives Verbot, dessen Nichteinhaltung mit der Rückzahlung von Geldern verbunden ist, findet sich in Artikel 86 LWG. Es betrifft die erneute Zerstückelung und die Wiederaufforstung von Boden:

1 Die erneute Zerstückelung des Bodens, der Bestandteil einer Güterzusammenlegung gebildet hat, und die Wiederaufforstung gerodeten Landes bedürfen der Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde.

2 Die Wiederaufforstung des mit Hilfe von Bundesbeiträgen gerodeten Landes ist nur mit Einwilligung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements zulässig.

3 Die Bewilligung darf nur aus wichtigen Gründen erteilt werden und berechtigt zur Rückforderung geleisteter Beiträge.

Diese wenigen Hinweise müssen an dieser Stelle genügen. Sie zeigen einmal mehr, dass das Ressourcenregime Boden unzählige Ausformungen annehmen kann. Aber alle folgen dem gleichen Muster: Unter Beibehaltung des formellen Regelwerkes wird der Inhalt des Eigentums durch Normen des Policy-Designs konkretisiert.

Und die Beispiele zeigen auch, dass sich mit den Mitteln des Rechts grundsätzlich Beliebiges beliebig regeln lässt. Es ist nicht „das Recht“ selbst, das verlangen würde, Subventionen zurückzubezahlen. Ebenso wenig wie es in den vorher skizzierten Bei-

²⁵³ Art. 77 Abs. 1 LwG:

Bodenverbesserungen im Sinne dieses Gesetzes sind Massnahmen oder Werke, die den Zweck haben, die Ertragsfähigkeit des Bodens zu erhalten oder zu steigern, seine Bewirtschaftung zu erleichtern oder ihn vor Verwüstungen oder Zerstörungen durch Naturereignisse zu schützen.

Art. 78 Abs. 1 LwG:

Bodenverbesserungen sollen sich in der Regel auf ein natürlich oder wirtschaftlich abgegrenztes Gebiet erstrecken.

²⁵⁴ Degiorgi 2.

spielen „das Recht“ gewesen wäre, das eine Beschränkung des Verkaufs von Grundstücken an Personen mit Wohnsitz im Ausland verlangte oder die Bevorzugung des Selbstbewirtschafters bei der Veräußerung von landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken.

III. DIE NUTZUNG DES BODENS

1. EINLEITUNG

Es ist die *Nutzung* des Bodens, die diesen bedroht. Neue, bessere, integrierte Ressourcenregime müssen daher in erster Linie bei den Nutzungsrechten ansetzen. Die Beschränkung/Konkretisierung der Verfügungsberechtigungen über den Boden machen - in Bezug auf die daraus resultierende und angestrebte „nachhaltige“ Nutzung - nur dort Sinn, wo die durch Verfügungsbeschränkungen privilegierten Personen in der (künftigen) Nutzung des Bodens ihrerseits einem bestimmten „nachhaltigen“ Ressourcenregime unterstehen.

Dies ist beispielsweise bei den landwirtschaftlichen Grundstücken nur ansatzweise und erst seit wenigen Jahren der Fall. Über Jahrzehnte haben die Bauern im Gegenteil entscheidend - wenn auch gezwungenermaßen - dazu beigetragen, den Boden auszubeuten.

Und auch die Verfügungsbeschränkungen in Bezug auf Personen mit Wohnsitz im Ausland leisten zur Erhaltung der Ressource Boden nicht zwingend einen Beitrag.

1.1 Bedrohungen des Bodens: Bodenverbrauch und Bodenbelastungen

Die Bedrohungen des Bodens lassen sich grob in zwei Kategorien aufteilen: den Bodenverbrauch und die Bodenbelastungen.

~~☞~~ Unter *Bodenverbrauch* kann der gesamte Verbrauch von gewachsenem Boden (bzw. dessen Versiegelung) verstanden werden;

~~☞~~ Unter *Bodenbelastungen* sind sämtliche Stoffeinträge oder Prozesse zu verstehen, welche die Böden langsam zerstören, die Fruchtbarkeit, die Funktionen und die Substanz des Bodens negativ beeinflussen oder dessen Struktur, biologische Aktivität und Abbaufähigkeit verschlechtern. Die Bodenbelastungen können somit ihrerseits unterteilt werden in stoffliche sowie in mechanisch-physikalische.

1.2 Ziel des Bodenschutzes

Soll der Boden geschützt werden, ist diesen beiden grundlegenden Bedrohungen zu begegnen. Ziel muss es sein, den Boden als Fläche, in seiner Substanz, seiner Struktur und seinen ökologischen Funktionen zu erhalten bzw. bestehende Belastungen zu verhindern oder zu vermindern und eine verantwortungsvolle, schonende und kreative, möglichst nachhaltige Nutzung zu fördern (Multifunktionalität des Bodens).

1.3 Kein Bodenschutzgesetz

Um den Boden umfassend vor weiterem Verbrauch und vor zusätzlichen Belastungen zu schützen und ihn nachhaltig zu nutzen, verfügt die Schweiz über kein Bodenschutzgesetz. Die Normen zum Schutze des Bodens verteilen sich vielmehr auf eine Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen:

- ~~§§~~ Zur Bekämpfung des *Bodenverbrauchs* ist in erster Linie das Raumplanungsgesetz und in weniger starkem Masse das Natur- und Heimatschutzgesetz von Bedeutung.
- ~~§§~~ Zentral für den Kampf gegen *stoffliche Bodenbelastungen* ist das Umweltschutzgesetz mit seinen Verordnungen, insbesondere die Luftreinhalteverordnung, die Stoffverordnung, die Verordnung über Belastungen des Bodens sowie die Technische Verordnung über Abfälle. Eine wichtige Rolle spielt auch das Gewässerschutzgesetz.
- ~~§§~~ Bestimmungen zum Schutze vor *physikalischen Bodenbelastungen* fehlten bis vor kurzem, finden sich nun aber im Umweltschutzgesetz bzw. in der Verordnung über Belastungen des Bodens, VBBo.

Diese Aufteilung des Bodenschutzes auf mehrere Normwerke ist nicht als bewusster Entscheid gegen ein einheitliches Bodenschutzgesetz zu verstehen. Sie ist vielmehr historisch bedingt:

- ~~§§~~ So war die Bekämpfung des *Bodenverbrauches*, die „haushälterische Nutzung“ des Bodens, im Gefolge der Bodenrechtsreform von 1969 und über die Zwischenetappe des Gewässerschutzgesetzes von 1971 schliesslich zu einer der Säulen der Raumplanung (Raumplanungsgesetz von 1979) geworden;
- ~~§§~~ gewisse *stoffliche Belastungen* des Bodens waren schon längere Zeit im Windschatten des Gewässerschutzes bekämpft worden;²⁵⁵ in der Landwirtschaftsgesetzgebung fanden sich Bestimmungen über den Einsatz von Düngern und anderen landwirtschaftlichen Hilfsstoffen, so dass bei der Schaffung des Umweltschutzgesetzes, das zuvorderst bestehende Lücken im Umweltschutz schliessen und koordinierend wirken sollte, der damals aktueller werdende Schutz des Bodens vor stofflichen Belastungen ins Gesetz aufgenommen wurde;
- ~~§§~~ für die Bekämpfung physikalischer Bodenbelastungen fand sich hingegen erst kürzlich, anlässlich einer Revision des Umweltschutzgesetzes, eine politische Mehrheit.

1.4 Bekämpfung des Bodenverbrauches

Bodenschutz beginnt bei der Bekämpfung des Bodenverbrauches. Nur wer noch Boden hat, kann ihn vor Belastungen schützen. Dieser *quantitative* Bodenschutz ist - durch das Mittel der Nutzungszuweisung - in erster Linie Aufgabe der Raumplanung (geworden), teilweise unterstützt durch die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung. Im folgenden wird daher zuerst die vor allem auf die Problematik des Bodenverbrauches konzentrierte *nutzungsrelevante* Entwicklung des Grundeigentumsinhaltes bis zum Raumplanungsgesetz von 1979 kurz skizziert. Die sogenannten Boden-

²⁵⁵ Woraus sich auch erklärt, wieso Bodenschutz in der Schweiz nicht - wie in anderen Ländern - auch noch den Gewässerschutz umfasst.

rechtsartikel bzw. die Bodenrechtsreform von 1969 und ihre Folgen bilden dabei das Zentrum der Darstellung, da - wie die Eckdaten zum Boden zeigen - sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts am Ressourcenregime Boden nicht viel von wirklicher Bedeutung geändert hatte.

1.5 Stoffliche Bodenbelastungen

Anschliessend wird kurz auf die Bekämpfung der stofflichen Bodenbelastungen bzw. auf den Kampf für die *langfristige Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit* einzugehen sein. Sie ist heute zuvorderst im Umweltschutzgesetz und seinen Verordnungen und partiell im Gewässerschutzgesetz und in der Landwirtschaftsgesetzgebung geregelt.

III.1 RAUMORDNUNG UND BODENNUTZUNG

1. ENTWICKLUNG DER RAUMORDNUNG

Im Rahmen dieses Projektes sind die formellen Eigentums- und Nutzungsrechte, das Regelwerk, gleichsam „gesetzt“. Sie sind, berechtigen sie doch zum gestaltenden Zugriff auf die Ressourcen, der Ausgangspunkt der Untersuchungen. Theoretisch wäre es durchaus denkbar, dass das formelle Regelwerk in seiner ursprünglichen und weithin rein privatrechtlichen Ausgestaltung bereits derart differenziert gewesen wäre, dass die Notwendigkeit, es - formell bzw. und vor allem *inhaltlich* - zu verändern und neuen Problemlagen anzupassen, gar nie aufgetaucht wäre. Und es darf vermutet werden, dass z.B. bei der Kodifikation des Privatrechtes im Zivilgesetzbuch von 1907 der Gedanke zumindest mitschwang, eine Gesamtordnung schaffen zu wollen, die sich über den Augenblick hinaus als tragfähig erweisen würde. Denn immerhin konnte damals bereits auf ein ganzes Jahrhundert zurückgeblickt werden, in dem in einem stetigen Auf und Ab die neu erworbenen individuellen Freiheiten ihre schärfsten Ecken und Kanten bereits etwas abgeschliffen hatten und auch die Interessen der Allgemeinheit, der Gesellschaft als Rahmen bzw. als Schranken zu konstituierenden Teilen dieser Freiheiten geworden waren. Zudem war bereits damals klar, dass neben den ins Zivilgesetzbuch, insbesondere in die Ausgestaltung des „Eigentums“, bereits integrierten *öffentlichrechtlichen* Schranken der Freiheit²⁵⁶ noch weitere bestanden,²⁵⁷ insbesondere auch die öffentlichrechtlichen Eigentumsbeschränkungen des kantonalen Bau- und Planungsrechts,²⁵⁸ z.B. Baulinien (Art. 962 ZGB).

Obwohl also die gesamte Rechtsordnung, wie sie zu Beginn des 20. Jahrhunderts begegnet, als eine „freiheitliche“ konzipiert war, so war diese Freiheit, gerade auch jene der Eigentümer, eine durch die „Schranken der Rechtsordnung“ konstituierte und begrenzte.

²⁵⁶ Z.B. Art. 703 ZGB, Meliorationsgenossenschaft als Zwangsgenossenschaft, Art. 711 und 712 ZGB, Wasser- und Bodenabtretungspflicht im Quellenrecht, oder Art. 699 ZGB, freies Zutrittsrecht zu Wald und Weide.

²⁵⁷ Vgl. etwa Art. 6 ZGB oder 680 ZGB.

²⁵⁸ Ruch, Raumordnung 7.

Das galt und gilt auch für die Nutzung des Grundeigentums. Denn, es ist die Rechtsordnung, die bestimmt, „wer Grund und Boden besitzen, ihn nutzen und darüber verfügen darf und welche Regeln hiefür gelten“.²⁵⁹ Schon die Grundeigentümerinnen des 19. Jahrhunderts sahen sich also verschiedensten - wenn auch, verglichen mit heute, wenigen - Regeln gegenüber, die den Umgang, die Nutzung ihrer Grundstücke betrafen.

Im Folgenden soll ganz kurz gezeigt werden, welche Entwicklung diese, die Nutzung des Grundeigentums betreffenden Normen durchlaufen haben. Anschliessend wird etwas näher auf das zentrale Ereignis dieser Entwicklung des bzw. zum Raumordnungsrecht eingegangen, die Bodenrechtsreform Ende der sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts.

Gemäss Ruch kann die Entwicklung des Raumordnungsrechtes in fünf grösseren Schritten zusammengefasst werden.

1.1 Baupolizei- und Bauordnungsrecht

Die ersten Vorschriften gaben sich die im 19. Jahrhundert stark anwachsenden Städte. Die Siedlungen wurden zu eng und die hygienischen und Sicherheitsverhältnisse prekär. Es musste einerseits Bauland zur Verfügung gestellt werden, andererseits hatte sich das Recht der Gefahrenabwehr anzunehmen. Regelungsgegenstand war in diesem Abschnitt (Anfang/Mitte des 19. Jahrhunderts bis ins erste Jahrzehnt des 20. Jahrhunderts) der *Boden*; der Raum nur, soweit er für die technische Lösung der Probleme (Verhältnisse zum Nachbarn, Bauhöhe ...) in Anspruch genommen werden musste. Der Gesetzgeber konzentrierte sich zunächst auf die Ausscheidung und Erschliessung von neuem Bauland (Bebauungs- und Strassenlinienpläne) und damit verbunden auf die Neuordnung der Parzellarverhältnisse, und er erliess Vorschriften über Mass und Gestaltung der Bauten sowie die Bautechnik:

„Dieses Recht kann als *Baupolizei- und Bauordnungsrecht* charakterisiert werden. Das Recht des Bundes beschränkte sich auf das Privatrecht, das vor allem im nachbarlichen Sachenrecht baurechtliche Belange regelte, griff aber mit der frühen Forstpolizeigesetzgebung schon auf öffentlichrechtliche Raumordnungsbelange über.“²⁶⁰

1.2 Bauplanungsrecht

Der zweite Schritt reichte vom ersten zum zweiten Weltkrieg und in die fünfziger Jahre des 20. Jahrhunderts. Er kann als Epoche des *Bauplanungsrechts* bezeichnet werden:

„Das Recht der Gefahrenabwehr und der Bodenordnung wird ergänzt durch ein Recht der Baugestaltung, differenzierend zunächst nach dem Mass (Bauklassen), sodann nach der Art der Nutzung. Instrument ist der Zonenplan mit entsprechend den Differenzierungen der Nutzungsmöglichkeiten un-

²⁵⁹ Hervorhebung hinzugefügt.

²⁶⁰ Ruch, Raumordnung 11.

terschiedlichen Bauzonen. (...) Das Bauplanungsrecht regelt und beschränkt in erster Linie die Bebauung, nicht die Nutzung der Grundstücke.²⁶¹

„Den Schritt zum Planungsrecht vollzog das revidierte Hochbautengesetz von 1918 des Kantons Basel-Stadt. Es schied eine Innenstadtzone aus und gliederte das übrige Stadtgebiet in eine Industriezone und drei Wohnzonen mit verschiedener Geschosshöhe.“²⁶²

1.3 Flächennutzungsplanung

Dieser dritte Schritt konzentrierte sich auf die sechziger Jahre des 20. Jahrhunderts. Die Notwendigkeit von Planung war bewusst geworden und in den Kantonen waren raumplanerisch erste Erfolge erzielt worden. So konnte mit den erweiterten Planungsinstrumenten etwa das gesamte Gemeindegebiet flächendeckend in Zonen mit Nutzungsinhalten eingewiesen werden:

„Zur Differenzierung nach der Art und Weise und dem Mass sowie dem Zweck der Bebauung tritt die Differenzierung der Nutzung nach der *Zweckbestimmung des Bodens*: Die Verwendung des Bodens soll gelenkt werden.“²⁶³

1.4 Entwicklungsplanung

Ein vierter Schritt folgte in den siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts:

„Der Übergang hängt mit der «Bedürfnislage» zusammen: Im Interesse eines „Gesamthaften“, einer landesweit umfassenden Raumplanung die Unterschiede in den kantonalen Rechten «nach oben» auszugleichen und die Planung und die erwünschte Ordnung des Raumes in einer Gesamtsicht zu gewährleisten. Einerseits ist der Raum jetzt Gegenstand des Rechts, andererseits bedeutet Planung jetzt Steuerung in die Zukunft und Abstimmung der (planenden und ordnenden) Aktivitäten. Sie bezieht Entwicklungen bewusst ein und will sie beeinflussen, lenken, sie ist Entwicklungsplanung. Dieses Planungsverständnis kann die Aufgabe nicht auf die *Planung* des Raumes beschränken; es soll ein Gefüge hergestellt, bewahrt, weiterentwickelt werden: *Raumordnung*.“²⁶⁴

Auf Bundesebene wurden die Bodenrechtsartikel der Verfassung (22ter und 22quater BV; Bodenrechtsreform 1969) verankert. Mit dem zweiten Gewässerschutzgesetz von 1971 wurde das Bauen ausserhalb der Bauzonen klarer gefasst. Und auf die dringlichen Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung (1972) folgte 1979 das Raumplanungsgesetz, RPG.

1.5 Gesamtordnung

Gemäss Ruch setzte der fünfte Schritt mit der Erkenntnis ein, „dass die «Raumplanung» der Bodenrechtsartikel und des RPG weite Bereiche von Aktivitäten auspart, die «raumwirksam», aber im traditionellen Verständnis der Landesplanung nicht verankert sind“. Als besonders bedeutsames Beispiel nennt er den Umweltschutz sowie die Sozialökonomie (Bevölkerungswachstum, Wohnflächenbedarf, Sicherung gewerblicher Entfaltung). Seiner Ansicht nach ist mit der Fixierung auf den

²⁶¹ Ruch, Raumordnung 11 f.

²⁶² Schürmann/Hänni 5.

²⁶³ Ruch, Raumordnung 13.

²⁶⁴ Ruch, Raumordnung 13 f.

„Kampf gegen die Streubauweise“ und auf die Zweidimensionalität der Bodennutzung, also auf die klassischen Bereiche der Orts-, Regional- und Landesplanung, der Blick verstellt worden auf weitere, sich im „Raum“ manifestierende Belange. Diese können mit den raumplanerischen, sich auf das knappe Gut Boden konzentrierten Kriterien der „Zweckmässigkeit“ und „Geordnetheit“ nicht erfasst werden. Vernachlässigt werden dadurch insbesondere wichtige qualitative Gesichtspunkte der Raumordnung.²⁶⁵

2. DIE BODENRECHTSREFORM VON 1969

2.1 Auf dem Weg zur Reform

Industrialisierung, Bevölkerungswachstum und Wohlstandssteigerung beförderten im Verlaufe dieses Jahrhunderts zunächst in den Städten, später bei den Kantonen insgesamt und schliesslich auch auf gesamtschweizerischer Ebene die Sorge um den Boden. Man wurde sich zunehmend gewahr, dass es galt, zum Boden Sorge zu tragen.

So finden sich über die Jahre und Jahrzehnte denn auch verschiedenste politische Vorstösse, die geltende Eigentums-/Grundeigentumsregelung zu ändern.

Auf sie kann nur punktuell eingegangen werden. So gab es alleine zwischen 1970 und 1981 rund 400 parlamentarische Vorstösse auf Bundesebene, die das Thema „Boden“ auf irgendeine Art berührten, sei es in der Siedlungspolitik, der Landwirtschaftspolitik, der Verkehrspolitik oder in den Bereichen Versorgung/Entsorgung, Umwelt und Landschaft. Eine von P. Walliser verfasste und vom Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement/Bundesamte für Raumplanung herausgegebene Dokumentation vom Dezember 1982 beschäftigt sich ausführlicher mit ihnen.

Allerdings wurde eine radikale Änderung im Sinne einer Verstaatlichung von Grund und Boden anscheinend nie angestrebt. Die Vorstösse bezweckten zum einen die Bekämpfung der Wohnungsnot und der Bodenspekulation, zielten aber auch auf die Erhaltung der Landwirtschaft.

Die frühesten Vorstösse, die für die neue Bodenrechtsproblematik aufschlussreich sind, gehen auf die Zeit des Zweiten Weltkrieges, genauer auf das Jahr 1941 zurück:

„Vorerst standen vereinzelt Vorstösse gegen die rasch ansteigenden Bodenpreise zur Diskussion. Spezifisch bodenpolitische und bodenrechtliche Forderungen wurden erst später erhoben. 1940 erging das Bundesgesetz (BG) über die Entschuldung landwirtschaftlicher Heimwesen; die Verordnung (VO) wurde erst 1945 erlassen.“²⁶⁶

Durch die *kriegsnotrechtlichen Beschlüsse* (aufgrund des Bundesbeschlusses vom 30. August 1939 über Massnahmen zum Schutz des Landes und zur Aufrechterhaltung der Neutralität) wurden vorläufig sogar die dringendsten bodenrechtlichen Probleme zurückgedrängt:

Der Bundesrat war, „gestützt auf die ausserordentlichen Vollmachten, nicht an die kantonalen Verfassungen gebunden; daher war z.B. die Rüge einer Verletzung der Eigentumsgarantie nicht zulässig. Die Notrechtsbeschlüsse erstreckten sich auf alle bodenpolitisch bedeutsamen Bereiche: Beispielsweise seien die BRB (sc. Bundesratsbeschluss) betr. Massnahmen gegen die Wohnungsnot

²⁶⁵ Ruch, Raumordnung 14 f.

²⁶⁶ Walliser, Dokumentation 1.

(1941/1946), über die Förderung der Wohnbautätigkeit (1942, 1943, 1947), über den Aufschub von Umzugsterminen (1944) erwähnt; schon 1939 wurde die Erhöhung der Mietzinse verboten. Noch 1947 wurden volkswirtschaftlich ungerechtfertigte Geschäfte mit Mietobjekten untersagt. Andere Beschlüsse bezogen sich auf die Bodenspekulation, die Überschuldung und den Schutz der Pächter. Die Landwirtschaft wurde in ihrem Bestand geschützt durch Verkaufsbeschränkungen landwirtschaftlich genutzten Bodens (Vorkaufsrecht des Selbstbewirtschafters, Festlegung einer Sperrfrist, Einspruchsverfahren gegen Verkauf usw.). Nach Aufhebung des Kriegsnotrechts wurde im Parlament immer wieder auf diese Beschlüsse hingewiesen, die zum Teil in den beiden Agrargesetzen von 1951 (Landwirtschaftsgesetz und Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes) weiterleben.²⁶⁷

1943 lancierte die Bauernheimat- oder Jungbauernbewegung ihre sogenannte Jungbauerninitiative „zum Schutze des Bodens und der Arbeit durch Verhinderung der Spekulation“. Sie lautete wie folgt:

„Der Bund trifft - in Verbindung mit den Kantonen - die erforderlichen Massnahmen, um das nutzbare Grundeigentum der Spekulation zu entziehen.

Diese Massnahmen bezwecken insbesondere: Landwirtschaftlich nutzbaren Boden soll nur erwerben können, wer ihn als Grundlage seiner Existenz selbst bebaut. Ausnahmen regelt die Gesetzgebung. Landwirtschaftlich nutzbarer Boden ist vor Überschuldung zu schützen. Die Spekulation mit Grundeigentum, das Geschäfts- oder Wohnzwecken dient, soll verhindert werden.“

Die Initiative wurde nach dem Krieg, 1950, abgelehnt,²⁶⁸ führte aber vorerst zur Annahme der beiden Agrargesetzen von 1951.

Es war dann besonders die enorme wirtschaftliche Entwicklung der Nachkriegszeit, die zu einem zunehmenden Verbrauch an Grund und Boden führte; die Siedlungs- und Bautätigkeit stand im Begriff, sich überall hin zu verbreiten, und die Schweiz lief dadurch Gefahr, beträchtliche Flächen landwirtschaftlich nutzbaren Landes unwiederbringlich zu verlieren und an ihrem landwirtschaftlichen Gesicht schweren Schaden zu nehmen. Dennoch stemmte sich anscheinend der kantonale Gesetzgeber kaum gegen diese Entwicklung, so dass die „Raumplanung“ zwangsläufig zu einem gesamtschweizerischen Gegenstand wurde.

1959 forderte der Schweizerische Bauernverband in einem Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement die Schaffung einer bundesrechtlichen Landwirtschaftszone. Eine daraufhin vom Departement im März 1963 ausgearbeiteter Gesetzesentwurf sah eine für das ganze Land geltende Einteilung in bestimmte Nutzungszonen (Landwirtschafts-, Bau- und Übergangszonen) vor. Ein Gutachten von Prof. Hans Huber vom 21. November kam allerdings zum Schluss, es fehle an einer verfassungsmässigen Grundlage für bundesrechtlich geordnete Landwirtschaftszonen. Es wurde daher nötig, so rasch als möglich die erforderliche Verfassungsgrundlage zu schaffen.

Dies beabsichtigte 1963 auch eine sozialdemokratisch-gewerkschaftliche Bodenrechtsinitiative, „Volksbegehren gegen die Bodenspekulation“. Sie strebte Massnahmen zur Verhinderung einer ungerechtfertigten Steigerung der Grundstückspreise an, sowie solche zur Verhinderung von Wohnungsnot und zur Förderung einer der Gesundheit dienenden Landes-, Regional- und Ortsplanung. Zu diesem Zwecke sollte dem Bund und den Kantonen das Recht zustehen, „bei Verkäufen von Grundstü-

²⁶⁷ Walliser, Dokumentation 1 f.

²⁶⁸ Schürmann/Hänni 6 f.

cken zwischen Privaten ein Vorkaufsrecht auszuüben sowie Grundstücke zu enteignen“. Sie wurde 1967 von Volk und Ständen verworfen²⁶⁹.

Gemäss Schürmann/Hänni hat dieses „Volksbegehren gegen die Bodenspekulation“ bzw. die zuweilen polemische Diskussion um das Begehren die Verfassungsreform von 1968 entscheidend vorangetrieben.²⁷⁰

Wenige Wochen nach der Ablehnung dieses Volksbegehren lagen den eidgenössischen Räten Botschaft und Entwurf zu zwei neuen Bestimmungen über die „verfassungsrechtliche Ordnung des Bodenrechts“²⁷¹ vor.

Mit der Annahme dieser sogenannten Bodenrechtsartikel, Artikel 22ter und 22quater BV am 14. September 1969,²⁷² anerkannten Volk und Stände anerkannten eine „zweckmässige Nutzung des Bodens“ und „eine geordnete Besiedlung des Landes“ als *bundesrechtliche Aufgabe*.

Damit rückten deren beiden Hauptforderungen, nämlich die Abgrenzung des Baugebietes von den übrigen, freizuhaltenden Bereichen und der damit verbundene Kampf gegen die Streubauweise, in das Zentrum der raumplanungsrechtlichen Diskussion.²⁷³

Vor allem aber rückten die Bodenrechtsartikel auch das private Grundeigentum in ein neues Licht.²⁷⁴ Peter Saladin schrieb gar pointiert, vom „entscheidenden Angriff“, den das private Grundeigentum im Zusammenhang mit der modernen *Orts-, Regional- und Landesplanung* erlebt habe.²⁷⁵

„Nach einer an juristischen und politischen Peripetien reichen, ja spannenden Vorgeschichte ist damit eine der bedeutungsvollsten Verfassungsrevisionen der neueren Zeit geglückt; sie ist mit der Revision der Wirtschafts- und Sozialartikel im Jahre 1947 und der Finanzartikel 1958 zu vergleichen. Weniger die ausdrückliche Bestätigung der Eigentumsfreiheit in Art. 22ter Abs. 1 - die gesamte bisherige Verwaltungs- und Gerichtspraxis war davon ausgegangen, dass die Eigentumsgarantie als ungeschriebenes Grundrecht gelte - als die Absätze 2 und 3 des Art. 22ter sowie der Art. 22quater stellten Neuerungen von grosser Tragweite dar. Erstmals erhielt der Bund die Befugnis, dort, wo er verfassungsmässige Sachkompetenzen besitzt, ganz allgemein Eigentumsbeschränkungen vorzunehmen sowie eine Grundsatzgesetzgebung auf dem Gebiet der Raumplanung zu erlassen.“²⁷⁶

2.2 Die Bodenrechtsartikel

In der Volksabstimmung vom 14. September 1969 wurden - im gleichen Paket - zwei Verfassungsbestimmungen angenommen, die für das weitere und künftige Ver-

²⁶⁹ BBI 1963 II 269; 1966 I 894; 1967 II 49; vgl. hiezu Jagmetti, Art. 22quater, 3; Walliser, Dokumentation 8.

²⁷⁰ Schürmann/Hänni 55, Anm. 4; vgl. etwa Hugo Sieber, die Bodenrechtsinitiativen, Bern 1963. Zur Geschichte der parlamentarischen Vorstösse in den 50er und 60er Jahren vgl. Peter Walliser: Dokumentation parlamentarischer Vorstösse in den Bereichen Boden und Bodenrecht, Raumordnungspolitik, Bodenrechtsreform, Bern 1982 (Hrsg. EJPD/BRP), 5 - 19.

²⁷¹ Botschaft zu Art. 22ter und 22quater BV, BBI 1967 II 133; AS 1969, S. 1249.

²⁷² Angenommen in der Volksabstimmung vom 14. Sept. 1969 (Erwahrungsbeschluss vom 11. Dez. 1969 - AS 1969 1249; BBI 1967 II 133, 1969 II 1110).

²⁷³ Schürmann/Hänni 54 f.

²⁷⁴ Schürmann/Hänni 5.

²⁷⁵ Grundrechte im Wandel 113.

²⁷⁶ Schürmann/Hänni 10.

ständnis nicht nur des Eigentums, sondern auch des Bodens von einschneidender Bedeutung waren, die Eigentumsgarantie sowie der Raumplanungsartikel²⁷⁷:

Art. 22ter

1 Das Eigentum ist gewährleistet.

2 Bund und Kantone können im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen.

3 Bei Enteignung und bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, ist volle Entschädigung zu leisten.

Art. 22quater

1 Der Bund stellt auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze auf für eine durch die Kantone zu schaffende, der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung.

2 Er fördert und koordiniert die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit ihnen zusammen.

3 Er berücksichtigt in Erfüllung seiner Aufgaben die Erfordernisse der Landes-, Regional- und Ortsplanung.

In der neuen - nachgeführten - Bundesverfassung lautet die entsprechende Bestimmung, Artikel 75, wie folgt:

1 Der Bund legt Grundsätze der Raumplanung fest. Diese obliegt den Kantonen und dient der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes.

2 Der Bund fördert und koordiniert die Bestrebungen der Kantone und arbeitet mit den Kantonen zusammen.

3 Bund und Kantone berücksichtigen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Erfordernisse der Raumplanung.

2.21 Die Botschaft zu den Bodenrechtsartikeln

Die Botschaft über die Ergänzung der Bundesverfassung durch die Artikel 22ter und 22quater vom 15. August 1967²⁷⁸ gibt in geraffter Form wieder, worum es damals ging: um die „verfassungsrechtliche Ordnung des Bodenrechts“ (wie es in ihrem Untertitel hiess).

Der Bundesrat begann denn auch seine Skizze der Ausgangslage mit dem Hinweis:

„Die geltende Bundesverfassung befasst sich mit Fragen des Eigentumsrechts und des Eigentums an Grund und Boden nicht ausdrücklich und in einem ordnenden System. Sie setzt die Geltung und Anerkennung des Eigentumsrechts voraus. Die Rechts- und Wirtschaftsordnung unseres Landes sieht insbesondere im Privateigentum einen ihrer Grundpfeiler. Lehre und Rechtsprechung zählen die Eigentumsgarantie zum ungeschriebenen Verfassungsrecht des Bundes^{279, 280}.

Der Bundesrat wies dann weiter darauf hin:

„Im Bereich der Bundesgesetzgebung ist auf dieser Grundlage und gemäss Artikel 64²⁸¹, Absatz 2 der Bundesverfassung die rechtliche Ordnung des Eigentums den zivilrechtlichen Gesetzen - dem

²⁷⁷ Erwerbsbeschluss vom 11. Dez. 1969 (AS 1969 1249; BBI 1967 II 133, 1969 II 1110 bzw. 1101).

²⁷⁸ BBI 1967 II 133.

²⁷⁹ BGE 35 I 571, 88 I 255, 89 I 98.

²⁸⁰ BBI 1967 II 133.

²⁸¹ Art. 64:

Schweizerischen Zivilgesetzbuch und verschiedenen auf der gleichen Verfassungsbestimmung beruhenden Erlassen - übertragen.²⁸²

Wiewohl sich die Ansichten über die Tragweite des Artikels 64 BV in den letzten Jahren gewandelt haben, mag es für die Zwecke des Projektes hilfreich sein, einfach festzuhalten, dass die „rechtliche Ordnung des Eigentums“ damals - wenn auch nicht unbedingt berechtigterweise - als eine (zumindest primär) *zivilrechtliche* verstanden wurde. Das wirft dann ein umso helleres Licht auf die im Zuge der Bodenrechtsreform zu erfolgende Verschiebung, sollte doch der konkrete *Inhalt* des Grundeigentums künftig in erheblichem Masse durch öffentlichrechtliche Normen, das Raumplanungsrecht, bestimmt werden.

Das ursprünglich und grundsätzlich *zivilrechtliche* Verständnis des (Grund-)Eigentums wird auch durch die drei Gründe nochmals unterstrichen, die für das bisherige Fehlen einer expliziten Eigentumsgarantie²⁸³ in der Bundesverfassung genannt wurden:

„Das Eigentum ist nicht bestritten; die Ordnung des Eigentumsrechts wurde als Gegenstand des kantonalen Privatrechts angesehen; die meisten Kantonsverfassungen gewährleisteten die Unverletzlichkeit des Eigentums oder (Zürich, Solothurn, Baselland) den Schutz wohlervorbener Rechte.“²⁸⁴

Wie im Kapitel über das Eigentum bereits skizziert, umfasst gemäss heutigem Verständnis der Begriff des Eigentums eine Fülle von Rechten. Gleichwohl kommt dem Eigentum, dem Recht an „Grund und Boden“ seit altersher eine besondere Bedeutung zu. Die Botschaft nennt es denn auch zu Recht das „sinnfälligste“ aller „wohl-erworbenen Eigentumsrechte“.²⁸⁵

„Grund und Boden“ waren aber auch seit altersher Schauplatz erbittertster Auseinandersetzungen. Das gilt nicht nur für Territorialkriege zwischen Ländern, das gilt auch für die Schweiz. Hier konkurrierten und konkurrieren eine Vielzahl von unter-

1 Dem Bund steht die Gesetzgebung zu:

über die persönliche Handlungsfähigkeit; über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts); über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst; über den Schutz gewerblich verwertbarer Erfindungen, mit Einschluss der Muster und Modelle; über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht.

2 Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.

3 Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bis anhin, den Kantonen.

Absatz 1 stammt grösstenteils aus dem Jahre 1905 (Angenommen in der Volksabstimmung vom 19. März 1905 [Erwährungsbeschluss vom 1. Juli 1905 – AS 21 376; BBI 1903 V 1, 1905 III 305]), Absatz 2 und 3 bereits aus dem Jahre 1898 (Angenommen in der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898 [Erwährungsbeschluss vom 21. Dez. 1898 – AS 16 885 888; BBI 1896 IV 733, 1898 V 461]).

²⁸² BBI 1967 II 133.

²⁸³ Gänzlich unerwähnt war das Eigentum bis zum Jahre 1967 allerdings doch nicht geblieben: „Als einzige Bestimmung, die den Schutz des Eigentums zum Gegenstand hat, enthielt schon die Bundesverfassung von 1848 in ihrem Artikel 21 eine mit dem seit 1874 in Kraft stehenden Artikel 23 übereinstimmende Regelung des Rechtes zur Enteignung gegen volle Entschädigung.“ 1947 nahmen die neuen Wirtschaftsartikel zudem „erstmals auf das Grundeigentum Bezug, indem sie in Artikel 31bis, Absatz 3, Buchstabe b den Bund zum Erlass von Vorschriften «zur Festigung des bürgerlichen Grundbesitzes» ... befugt erklärten“; BBI 1967 II 134.

²⁸⁴ BBI 1967 II 133 f. Hervorhebung hinzugefügt.

²⁸⁵ BBI 1967 II 134.

schiedlichsten und disparatesten Interessen um ein äusserst knappes Gut. In der Schweiz konzentriert sich der „Wettstreit um den Boden“ zudem auf nur knapp einem Drittel der Landesfläche. Er wird ausgetragen „im Mittelland, auf den Talböden des Juras, der Alpen und Alpensüdseite. Um dieses Gebiet konkurrieren Wohnen, Industrie, Dienstleistungen, Verkehr, Versorgung, Naherholung und intensive landwirtschaftliche Nutzung“.²⁸⁶ Das ist nicht nur heute immer noch der Fall, das war bereits 1967 grundsätzlich nicht anders.

Damals zeigte sich aber immer klarer, dass dieser intensive Wettstreit sich alleine mit den Mitteln des Privatrechtes nicht mehr in den Griff bekommen liess:

„Je mehr der Boden zur Handelsware wurde und sich im Verhältnis zur wachsenden Bevölkerung und zur Ausdehnung des Bedarfs menschlicher Siedlungen verknappte, desto weniger reichten die bloss zivilrechtlichen Bindungen und die Möglichkeiten polizeilicher Eingriffe ins Sacheigentum zur Vermeidung von Nachteilen und allfälligem Missbrauch des *uneingeschränkten* Eigentums an Grund und Boden aus. Diese Erscheinung verstärkte sich, als nach dem Zweiten Weltkrieg spekulative Bestrebungen aus der auf anderen Ursachen beruhenden vermehrten Nachfrage nach Grund und Boden und der damit zusammenhängenden Steigerung der Bodenpreise Nutzen zu ziehen versuchten. *Es wurden daher verstärkte zivilrechtliche und öffentlichrechtliche Vorkehren zur Behebung festgestellter und zur Verhinderung möglicher Lücken und Mängel verlangt.*“²⁸⁷

Die „Behebung festgestellter und (die) Verhinderung möglicher Lücken und Mängel“ bildete aber nur eine Triebfeder der Bodenrechtsreform. Hinzu kam „auch die Notwendigkeit *vorausplanender* Einwirkung auf die Ausnützung des vorhandenen Bodens“. Dazu bedurfte es einer regionalen bzw. gesamtschweizerischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Planung, woraus „sich ebenfalls der Ruf nach Rechtsgrundlagen für eine *öffentlichrechtliche Ordnung des Bodens*“ - für die ganze Schweiz! - ergab. Denn zum einen verfügten nicht nur die Kantone grundsätzlich bereits über entsprechende Kompetenzen, auch dem Bund standen bereits „verschiedene verfassungsmässige Möglichkeiten zu ordnender Einflussnahme“²⁸⁸ zu. Doch zum einen wurden die bestehenden Möglichkeiten (gerade von den Kantonen) nicht oder unzureichend genutzt und vor allem „fehlte eine zusammenfassende und klare Zuständigkeitsvorschrift, die auch die Grundlage zur Einführung einer Zonenordnung von Bundes wegen schafft“.²⁸⁹

Obwohl daher bei der Bodenrechtsreform nicht nur raumordnungspolitische Überlegungen von Belang waren, so kam diesen doch eine tragende Rolle zu. Ziel der Verfassungsänderung war es denn auch, eine „befriedigende Ordnung des Bodenrechts“ zu schaffen, was die Umschreibung der Voraussetzungen nahe legte, „unter denen als Ausnahme von der in der Verfassung formell zu verankernden Eigentumsgarantie Beschränkungen des Eigentums vorgesehen werden dürfen. Diese Eigentumsbeschränkungen beziehen sich vor allem auf die *Planung*, was zur Schaffung einer Bundeskompetenz und deren Abgrenzung gegenüber den kantonalen Zuständigkeiten in bezug auf die Landesplanung, insbesondere im Bereich der Zonenordnung, führt“.²⁹⁰

²⁸⁶ Häberli et al. 12.

²⁸⁷ BBI 1967 II 134. Hervorhebung hinzugefügt.

²⁸⁸ Etwa zur Milderung der Wohnungsnot oder zur Dämpfung der Bodenpreissteigerung; vgl. BBI 1966 I 878 ff., insbesondere 884 ff., 888, 891, 893.

²⁸⁹ BBI 1967 II 134 f. Hervorhebung hinzugefügt.

²⁹⁰ BBI 1967 II 137.

Im Reformpaket von 1967/69 wird also gleichsam in nuce ein „institutionelles Ressourcenregime“ angesprochen:
hier (grundlegendes) formelles Regelwerk (v.a. Privatrecht), dort (konkretisierende) Schutz- und Nutzungspolitik (vorwiegend öffentlichrechtlichen Charakters).

Der Bundesrat schlug den Räten denn auch vor, „die Gelegenheit wahr(zu)nehmen“ und die „bisher in der Bundesverfassung nicht niedergelegte Garantie des privaten Eigentums ausdrücklich zu verankern“ - und sie dem Raumplanungsartikel zudem voranzustellen. Dies nicht im Sinne einer weiteren staatlichen Zuständigkeit; es ging „vielmehr um die ausdrückliche Gewährleistung einer Freiheit des Bürgers und die Verbürgung des Fortbestandes des Privateigentums“.²⁹¹

Das gewählte Vorgehen - zum einen Verankerung der Eigentumsgarantie, zum anderen der Raumplanungszuständigkeit - machte natürlich auch aus psychologischen bzw. abstimmungstaktischen Gründen Sinn. Wenn dem Staat ausdrücklich die Zuständigkeit eingeräumt werden soll, das private Grundeigentum zu beschränken, dann lässt sich für ein solches Vorhaben leichter Zustimmung finden, wenn auch das Privateigentum selber noch ausdrücklich garantiert wird. Der Bundesrat hielt denn auch fest:

„Schliesslich erscheint eine Voranstellung (sc. der Eigentumsgarantie) als geeignet, die Befürchtungen zu zerstreuen, das Privateigentum werde durch die neue Bundeskompetenz (sc. in Sachen Raumplanung) im Grundsatz angegriffen oder über Gebühr beschränkt.“²⁹² Und um etwaige Ängste weiter zu zerstreuen, führte er zudem aus, „die Planung müsse organisch aus einer persönlichkeitsbezogenen Eigentumsordnung herauswachsen“ und sie dürfe „nicht zu einem zweckentfremdenden obrigkeitlichen Eingriff werden“.²⁹³

Ein weiteres - wenn auch bereits bekanntes - (psychologisches) Gegengewicht zur verlangten Bundeskompetenz in Sachen Raumplanung bzw. zu den (öffentlichrechtlichen) Einschränkungen des Grundeigentums durch Planungen bildete zudem die ebenfalls ausdrückliche Verankerung der Entschädigungspflicht bei Enteignungen bzw. bei Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, in Absatz 3 von Artikel 22ter BV.

Aber bereits in der Botschaft wies der Bundesrat darauf hin, dass in all jenen Fällen, in denen „durch staatliche Eingriffe Eigentümerinteressen betroffen werden, die bloss einen zufälligen Inhalt des Eigentums bilden“, diese „Beschränkungen entschädigungslos hingenommen werden müssen“. Er lehnte sich damit an die schon jahrzehntelange Praxis des Bundesgerichts an, wonach bloss Inhaltsbestimmungen des Grundeigentums in der Regel eben nicht nach Entschädigung verlangen. Nur solche Eingriffe/Beschränkungen durch Planungen, die „zum totalen Verlust des Eigentums“ führen, sind voll zu entschädigen. Bei der formellen Enteignung war dies immer schon gesetzlich verankert gewesen. Neu war hingegen - nicht die Tatsache, wohl aber die ausdrückliche Aufnahme in die Verfassung -, dass auch bei Fällen *materieller* Enteignung zu entschädigen war.²⁹⁴ Vor allem fand die materielle Enteignung mit der Verfassungsnorm eine beständige (gerichts feste) Basis: „Durch den

²⁹¹ BBI 1967 II 138.

²⁹² BBI 1967 II 138.

²⁹³ BBI 1967 II 139.

²⁹⁴ BBI 1967 II 144.

Verfassungsvorschlag wird ferner das Bundesgericht *fest an seine Rechtsprechung gebunden*, nicht bloss die formelle, sondern auch die materielle Enteignung sei nur gegen volle Entschädigung möglich²⁹⁵.

2.3 Notwendige Umsetzung der Bodenrechtsreform

Gemäss der neuen, ihm durch Artikel 22quater BV verliehenen Zuständigkeit stellt der Bund „auf dem Wege der Gesetzgebung Grundsätze auf für eine durch die Kantone zu schaffende, der zweckmässigen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes dienende Raumplanung“ (Absatz 1).

Die Bestimmung konzentriert sich auf zwei materielle Grundsätze.

*Z*um einen zielt sie auf eine „zweckmässige Nutzung des Bodens“.

Damit ist weit mehr gemeint, als ein bloss sparsamer Umgang mit dem Boden. Es geht nicht nur darum, weniger Boden zu nutzen bzw. zu verbrauchen. Im Vordergrund steht vielmehr die Berücksichtigung der Funktionen, die der Boden zu erfüllen hat. Daher sind ihm diejenigen Nutzungen zuzuweisen, für die er sich *eignet*. Bereits mit dieser Ausrichtung an der Eignung des Bodens wird von einem an rein individuellen Interessen, denjenigen der aktuellen Eigentümerinnen, orientierten Standpunkt abgewichen. Damit aber nicht genug. Zur Eignung gesellt sich zudem das kollektive Interesse. Zweckmässig meint auch eine Nutzung von geeigneten Böden, nach denen aufgrund der gemeinschaftlichen Ziele Bedarf besteht.

*Z*um zweiten ist anvisiert eine „geordnete Besiedlung des Landes“.

Auch mit dieser Leitvorstellung wird jener eng mit dem individuellen Eigentum verbundenen überkommenen Auffassung entgegengetreten, die Besiedlung des Landes sei gleichsam naturwüchsiges Resultat willkürlicher, ins Belieben der Grundeigentümer gestellter *baulicher* Nutzung ihres (irgendwo gelegenen) Bodens. Vielmehr wird nun verlangt, die Siedlungsaktivität bzw. die der Besiedlung dienenden Flächen zu begrenzen und sie vom Nichtsiedlungs- bzw. Nichtbaugebiet zu trennen. Für den Siedlungsbereich verlangt dies u.a. danach, die dort zu befriedigenden Nutzungen einander vernünftig zuzuordnen. Zudem sind auch die Nutzungsordnungen und die der Nutzung dienende Infrastruktur sinnvoll aufeinander abzustimmen.²⁹⁶

Diese Ziele sind allerdings noch dermassen abstrakt, dass die Verfassungsbestimmung von Artikel 22quater BV für sich alleine noch nicht genügt, eine neue Raumordnung durchzusetzen. Verlangt ist vielmehr die Umsetzung der Verfassungsvorgaben durch entsprechende Gesetze und Verordnungen, konkret durch ein Raumplanungsgesetz. Dessen Erlass stiess allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten und verzögerte sich beträchtlich;²⁹⁷ das Raumplanungsgesetz, RPG, (von 1979) konnte erst am 1. Januar 1980 in Kraft treten.

²⁹⁵ BBI 1967 II 146. Hervorhebung hinzugefügt.

²⁹⁶ Kommentar RPG, Einleitung, Rz 8 f.

²⁹⁷ Näheres, insbesondere zur Verwerfung eines ersten Raumplanungsgesetzes in der Volksabstimmung vom 13. Juni 1976, in der Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 1978, BBI 1978 I 1008.

2.31 Zwischenetappen: Die Zeit bis zum Erlass des Raumplanungsgesetzes

Die Dringlichkeit des Auftrages an den Bundesgesetzgeber, den Hauptforderungen der Bodenrechtsreform zum Durchbruch zu verhelfen, „ergab sich wesentlich aus dem Umstand, dass die Abgrenzung des Baugebietes vom Nichtbaugebiet in den kantonalen Planungs- und Baugesetzen noch keineswegs überall tragender Grundgedanken bildete, sondern weithin nur Ansätze vorhanden waren, auch in den damals neuen Erlassen der Kantone Zug, Basel-Land (1967), Bern, Luzern, Uri, Schwyz (1970), Aargau (1971), Obwalden, St. Gallen (1972), Graubünden und Tessin (1973): Regelmässig war - in unterschiedlichem Ausmass - die Möglichkeit gegeben, ausserhalb der Bauzonen auch andere als landwirtschaftliche (oder sonstwie standortgebundene) Werke zu errichten, solange der Gemeinde dadurch keine Erschliessungskosten erwachsen (vgl. etwa Art. 24 aBauG BE; §§ 33, 37 aPBG LU; § 24 aBauG ZG).“²⁹⁸

2.31.1 Das Gewässerschutzgesetz 1971

Einen vorentscheidenden Schritt zur Durchsetzung einer einheitlichen Raumordnung - und damit auch einer Neudefinition des Grundeigentumsinhaltes - für die ganze Schweiz tat der Bund im Jahre 1971 anlässlich der Revision des Gewässerschutzgesetzes von 1955.²⁹⁹ Es beseitigte mit seinem Inkrafttreten am 1. Juli 1972 die Freiheit, u.U. ausserhalb der Bauzonen auch andere als landwirtschaftliche (oder sonstwie standortgebundene) Werke zu errichten.

„Fortan durften Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzone (oder wo solche fehlten, ausserhalb der im generellen Kanalisationsprojekt abgegrenzten Gebiet) nur noch aus sachlich begründeten Bedürfnissen errichtet werden (im wesentlichen somit bloss landwirtschaftliche oder sonstwie standortgebundene Werke; Art. 20 GSchG, 27 AGSchV³⁰⁰). Damit hatte der Bundesgesetzgeber erstmals «für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft einheitlich *den Inhalt des Grundeigentums ausserhalb der Bauzonen* festgelegt»³⁰¹.“³⁰²

Um das angestrebte *raumplanerische* Ziel zu erreichen wurde ein indirekter Weg gewählt: Das neue Gesetz verlangte nach der Reinigung der Abwässer in zentralen Anlagen, was aber nur möglich ist, wenn die Schmutzwasserquellen räumlich konzentriert werden.

„Das Gesetz ordnet demgemäss an, dass - in Übereinstimmung mit der erwarteten baulichen Entwicklung - der Einzugsbereich der Kanalisation bzw. des generellen Kanalisationsprojektes (GKP) festgelegt wird (Art. 17 GSchG) und dass im so festgelegten Gebiet alle Abwässer der Kanalisation zuge-

²⁹⁸ Schürmann/Hänni 55.

²⁹⁹ Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigungen vom 8. Oktober 1971 (als Ersatz für das gleichnamige Gewässerschutzgesetz vom 16. März 1955), in Kraft gesetzt auf den 1. Juli 1972 (AS 1972 950).

³⁰⁰ AS 1972 956, 974 f.; 1974 1811; abgeändert durch Art. 38 RPG. Vgl. statt vieler 103 Ib 110 ff (Schoch).

³⁰¹ BGE 105 Ia 338 (Zizers).

³⁰² Schürmann/Hänni 55; 56: Diese Regelung ist im Kern unverändert vom GSchG ins RPG übertragen worden (vgl. Art. 24 und 38 RPG). Art. 17 und 18 GSchG 1991 sind direkte Nachfolger dieser berühmten Regelung, wobei sich deren Bedeutung seit Inkrafttreten des RPG auf rein abwassertechnische Belange reduziert hat.“

führt werden (Art. 18 und 19 GSchG). Umgekehrt verlangt der Grundsatz der zentralen Reinigung eine Unterbindung neuer Schmutzwasserquellen ausserhalb des Einzugsbereichs der Kanalisation. Das Gesetz verbietet daher in Art. 20, dass für Gebäude und Anlagen ausserhalb des Kanalisationsbereiches Baubewilligungen erteilt werden³⁰³ - dies die Regel -, sofern - dies die Ausnahme - „der Gesuchsteller nicht ein sachlich begründetes Bedürfnis nachzuweisen vermag.“³⁰⁴

Obwohl das Gesetz also vordergründig auf den Gewässerschutz zielt, wird von Anfang an auch ein raumplanerisches Ziel verfolgt und (wenigstens in Ansätzen³⁰⁵) auch erreicht: die Trennung zwischen dem Baugebiet und dem restlichen Gebiet, in dem nur noch standortgebundene Bauten erstellt werden durften:

„Einige Kantone hatten eine derartige Ausscheidung bereits vor Inkrafttreten des Gewässerschutzgesetzes gekannt.³⁰⁶ Für alle anderen bedeutete sie die von Bundesrechts wegen angeordnete Aufhebung der bisher rechtlich gegebenen Möglichkeit, auf einem beliebigen Grundstück Bauten zu errichten.“³⁰⁷

„Die Forderung nach einer Zusammenfassung des Bauens in den dazu geeigneten Gebieten und nach Freihaltung des restlichen Bodens wird im revidierten Gesetz auf indirektem Wege zu *einem Grundsatz des Bundesrechts erhoben*.“³⁰⁸

Mit anderen Worten: Das Gewässerschutzgesetz von 1971 brachte eine erhebliche Zahl von Grundeigentümerinnen auf einen Schlag um eine - aus damaliger Sicht beurteilt - bestehende Bauchance!³⁰⁹

„Mit der in den Art. 19 und 20 GSchG getroffenen Regelung hat er (sc. der Bundesgesetzgeber) ... für das ganze Gebiet der Eidgenossenschaft einheitlich den Inhalt des Grundeigentums ausserhalb der Bauzonen bzw. des Gebietes des GKP festgelegt, ohne hiefür allgemein eine Entschädigungspflicht auszulösen, auch wenn der Eingriff keine im engeren Sinne polizeilich motivierte Eigentumsbeschränkung darstellt.“³¹⁰

Sie durften - obwohl sie nach wie vor Eigentümer waren und blieben - ihr Grundeigentum auf einmal nicht mehr nach ihrem (allerdings immer schon nur vermeintlichen) Belieben nutzen, sondern eben, wie dies auch Artikel 641 Absatz 1 ZGB schon seit langem ausdrücklich bestimmte, nur in den Schranken der Rechtsord-

³⁰³ „Der Begriff des sachlich begründeten Bedürfnisses wird in Art. 27 der Allgemeinen Gewässerschutzverordnung vom 19. Juni 1972 näher umschrieben. Ein Bedürfnis für die Errichtung eines Gebäudes ausserhalb der Bauzone gilt dann als sachlich begründet, wenn dessen Zweckbestimmung den beanspruchten Standort ausserhalb der Bauzone bzw. des GKP bedingt und dem Bauvorhaben keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegenstehen. Als solche standortgebundene Bauten gelten unter anderem Landwirtschaftsbetriebe. Für Landwirtschaftsbetriebe, die nicht über die erforderlichen Gebäulichkeiten verfügen, ist das sachliche Bedürfnis für einen Neubau zu bejahen, wenn das bewirtschaftete Areal ausserhalb der Bauzone liegt und der Betrieb nicht von innerhalb des Baugebietes liegenden Gebäulichkeiten aus geleitet werden kann. In der Regel stehen einem solchen Neubau auch keine überwiegenden öffentlichen Interessen entgegen, es sei denn, dass andere gewichtige Gründe, z.B. des Natur- und Landschafts- oder Heimatschutzes einen Neubau ausserhalb der Bauzone als unerwünscht erscheinen lassen (BGE 102 Ib 70, E. 5b)“, BGE 103 Ib 112. - Dieser Grundgedanke wurde später in Art. 24 RPG, Ausnahmen ausserhalb der Bauzonen, verankert.

³⁰⁴ Riva 147.

³⁰⁵ Riva 147, Anm. 5.

³⁰⁶ Vgl. BGE 105 Ia 335 (Zizers).

³⁰⁷ Riva 147 f.

³⁰⁸ Riva 146. Hervorhebung hinzugefügt.

³⁰⁹ Riva 148, Anm. 9.

³¹⁰ BGE 105 Ia 338.

nung. Das (privatrechtliche) Regelwerk blieb zwar unverändert, es wurde aber durch eine gewässerschutzrechtliche, zugleich am Raumplanungsauftrag der Verfassung orientierte, Schutz- und Nutzungspolitik konkretisiert.

2.31.2 Dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung

Auch der Bundesbeschluss vom 17. März 1972 über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung (BMR)³¹¹ beschlug in erster Linie die Bauchance, die Möglichkeit, sein Grundstück zu überbauen:

„Die Kantone wurden verhalten, «ohne Verzug» jene Flächen als provisorische Schutzgebiete zu bezeichnen, deren Überbauung «aus Gründen des Landschaftsschutzes, zur Erhaltung ausreichender Erholungsräume oder zum Schutz vor Naturgewalten vorläufig einzuschränken oder zu verhindern» waren (Art. 1 BMR). Diese Gebiete waren von Bundes wegen mit einem Bauverbot belegt, das praktisch fast überall bis Ende 1979 in Geltung stand; Ausnahmen konnten - in Anlehnung an Art. 20 GSchG jener Zeit - - wiederum nur für landwirtschaftliche oder sonstige standortgebundene Bauten und Anlagen bewilligt werden“ (Art. 4 Abs. 3 BMR).³¹²

3. DAS RAUMPLANUNGSGESETZ

Definitiveren und konkreteren Niederschlag haben die Vorgaben von Artikel 22quater BV schliesslich im Bundesgesetz über die Raumplanung (Raumplanungsgesetz, RPG) vom 22. Juni 1979³¹³ gefunden. Sein erster Artikel, *Ziele*, bestimmt:

1 Bund, Kantone und Gemeinden sorgen dafür, dass der Boden haushälterisch genutzt wird. Sie stimmen ihre raumwirksamen Tätigkeiten aufeinander ab und verwirklichen eine auf die erwünschte Entwicklung des Landes ausgerichtete Ordnung der Besiedlung. Sie achten dabei auf die natürlichen Gegebenheiten sowie auf die

Bedürfnisse von Bevölkerung und Wirtschaft.

2 Sie unterstützen mit Massnahmen der Raumplanung insbesondere die Bestrebungen,

- a. die natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser, Wald und die Landschaft zu schützen;
- b. wohnliche Siedlungen und die räumlichen Voraussetzungen für die Wirtschaft zu schaffen und zu erhalten;
- c. das soziale, wirtschaftliche und kulturelle Leben in den einzelnen Landesteilen zu fördern und auf eine angemessene Dezentralisation der Besiedlung und der Wirtschaft hinzuwirken;
- d. die ausreichende Versorgungsbasis des Landes zu sichern;
- e. die Gesamtverteidigung zu gewährleisten.

Die drei Ziele der Raumplanung sind demnach:

~~die~~ die haushälterische Nutzung des Bodens:

~~die~~ die Abstimmung der raumwirksamen Tätigkeiten;

~~die~~ die Ausrichtung dieser Tätigkeiten auf eine anzustrebende räumliche Entwicklung.

Das erste und das dritte Ziel lassen sich unmittelbar aus der Verfassung ableiten: Die Verfassungsvorgabe der „zweckmässigen Nutzung des Bodens“ führt mit Blick auf die Unvermehrbarkeit des Bodens einerseits und die stetig steigenden Nut-

³¹¹ AS 1972 644.

³¹² Schürmann/Hänni 56; mit Hinweis auf BGE 100 Ib 399 (Schönholzer).

³¹³ SR 700.0.

zungsansprüche andererseits zum gesetzlichen Ziel, vom Boden *haushälterisch* Gebrauch zu machen.

Die „geordnete Besiedlung des Landes“ verpönt die zufällige und ungesteuerte Bautätigkeit und verlangt nach bewussten Vorstellungen über die *anzustrebende räumliche Entwicklung*, auf die hin die raumwirksamen Tätigkeiten *ausgerichtet* werden können.

Das zweite Ziel des Gesetzes erscheint als notwendige prozedurale Ergänzung der materiell geprägten Verfassungsvorgaben.³¹⁴

Aus dem Ziel der „haushälterischen Nutzung“ hat die Rechtsprechung namentlich das *Konzentrationsprinzip* abgeleitet, das insbesondere verlangt, die Siedlungstätigkeit in Baugebieten zusammenzufassen und - von zentraler Bedeutung! - das Baugebiet vom Nichtbaugebiet zu trennen.³¹⁵

Diese grundlegende Verpflichtung wird in Artikel 3 RPG, Planungsgrundsätze, wieder aufgenommen:

- 1 Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden achten auf die nachstehenden Grundsätze:
- 2 Die Landschaft ist zu schonen. Insbesondere sollen
 - a. der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlandes erhalten bleiben;
 - b. Siedlungen, Bauten und Anlagen sich in die Landschaft einordnen;
 - c. See- und Flussufer freigehalten und öffentlicher Zugang und Begehung erleichtert werden;
 - d. naturnahe Landschaften und Erholungsräume erhalten bleiben;
 - e. die Wälder ihre Funktionen erfüllen können.

Nur wenn Bau- und Nichtbaugebiet, Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebiet scharf von einander getrennt werden, ist es überhaupt möglich, die *Landschaft* zu schonen, die ansonsten einem wild wuchernden Siedlungsbrei zum Opfer fallen müsste. Insbesondere erlaubt es nur diese Trennung, „der Landwirtschaft genügende Flächen geeigneten Kulturlandes“ zu erhalten. Ein Grundsatz, der durch die Landwirtschaftszonen gemäss Artikel 16 RPG umgesetzt wird. Folgerichtig sollten Bauzonen, welche die grundsätzlich überbaubaren Grundstücke umfassen, sich auf jene Böden konzentrieren, die für die Landwirtschaft weniger geeignet sind.

Auch die weiteren, in Artikel 3 genannten Grundsätze sind nur umsetzbar, wenn von der einseitigen Auffassung Abschied genommen wird, der Eigentümer könne über sein Grundeigentum „nach Belieben“ verfügen. Vielmehr sind es „die Schranken der Rechtsordnung“ - gerade etwa das Raumplanungsgesetz -, die bestimmen, in welchem Rahmen solch individuelles Belieben zulässig ist.

Das Gesetz gibt drei solche (zentrale) Rahmen bzw. *Zonen* vor.

3.1 Nutzungszonen

Im 3. Kapitel, Nutzungspläne, findet sich Artikel 14 RPG:

- 1 Nutzungspläne ordnen die zulässige Nutzung des Bodens.

³¹⁴ Kommentar RPG, Art. 1, Rz 12 f.

³¹⁵ Kommentar RPG, Art. 1, Rz 16; Schürmann/Hänni 58.

Damit ist unmissverständlich festgelegt, dass sich die Nutzung eines Grundstückes nicht (länger) gestützt auf ein irgendwie „unbeschränktes“ Eigentumsrecht „nach Belieben“ der Eigentümerinnen bestimmt, sondern gemäss den Nutzungsplänen. Sie ordnen und bestimmen, wie der Boden, wie ein konkretes Grundstück - und zwar jedes Grundstück! - zulässigerweise genutzt werden darf.

Zur Auswahl stehen gemäss Artikel 14 RPG (grundsätzlich) drei Nutzungsmöglichkeiten:

2 Sie (sc. die Nutzungspläne) unterscheiden vorab Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen.

Mit anderen Worten und aus der Sicht der betroffenen Grundeigentümerinnen: Wie sie ihre Grundstücke konkret (noch) nutzen können, das hängt davon ab, in welcher Nutzungszone es sich befindet.

3.11 Bauliche Nutzung

Mit der Verankerung des Raumplanungsartikels in der Verfassung und mit dem Erlass der darauf gestützten Raumplanungsgesetzgebung hat der Inhalt des Grundeigentums eine wesentliche Änderung erfahren:

„Bis dahin gehörte die Möglichkeit, ein Grundstück frei nutzen und überbauen zu können, zum allgemeinen Eigentumsinhalt. Fortan müssen im Interesse einer haushälterischen Bodennutzung und der geordneten Besiedlung des Landes Zonen unterschiedlicher Nutzung ausgeschieden und insbesondere Bau- und Nichtbaugebiet auseinandergehalten werden. Die - regelmässig lukrativere - Baunutzung wird nur noch einem Teil des Grundeigentums zugestanden. Der Wechsel zu einer differenzierten Bodennutzung hat zu einem veränderten Eigentumsinhalt geführt.“³¹⁶

Zugestanden wird die lukrativere bauliche Nutzung in erster Linie nur noch jenen Grundstücken, die sich in *Bauzonen* gemäss Artikel 15 RPG befinden:

Bauzonen umfassen Land, das sich für die Überbauung eignet und

- a. weitgehend überbaut ist oder
- b. voraussichtlich innert 15 Jahren benötigt und erschlossen wird.

Denn gemäss Artikel 22 Absatz 2 RPG, Baubewilligung, müssen Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen, sie müssen *zonenkonform* sein:

1 Bauten und Anlagen dürfen nur mit behördlicher Bewilligung errichtet oder geändert werden.

2 Voraussetzung einer Bewilligung ist, dass

- a. die Bauten und Anlagen dem Zweck der Nutzungszone entsprechen und
- b. das Land erschlossen ist.

3 Die übrigen Voraussetzungen des Bundesrechts und des kantonalen Rechts bleiben vorbehalten.

Und zonenkonform sind Bauten nun mal *primär* in der Bau-Zone, die weiter differenziert sein kann, etwa in eine Wohnzone, eine Gewerbezone, eine Industriezone, eine Kernzone oder eine Zone für öffentliche Bauten.³¹⁷

Wie allgemein bekannt, finden sich Bauten und Anlagen aber nicht nur in Bauzonen; vielmehr stehen gut 600'000 Bauten ausserhalb der Bauzonen. Dabei handelt es

³¹⁶ Kommentar RPG, Art. 5, Rz 115.

³¹⁷ Kommentar RPG, Art. 22, Rz 71 ff.

sich zum einen um Bauten, die noch vor Erlass des Raumplanungsgesetzes erstellt wurden. Viele davon dürften heute nicht mehr errichtet werden (sie profitieren aber von der Besitzstandsgarantie).

Daneben finden sich ausserhalb der Bauzonen vor allem auch Landwirtschaftsbauten. Sofern Bauten und Anlagen landwirtschaftlichen Zwecken dienen und soweit sie betriebsnotwendig sind, sind sie auch ausserhalb der Bauzone, in der Landwirtschaftszone, zonenkonform und können somit bewilligt werden.³¹⁸

Weitere Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen mögen gemäss Art. 24 RPG bewilligt worden sein, der Ausnahmen für Bauten ausserhalb der Bauzonen vorsieht, sofern diese standortgebunden sind, mithin einen Standort ausserhalb einer Bauzone verlangen. Man denke etwa an Schiessstände, an Kraftwerke, an Kehrrichtverbrennungsanlagen, Ausflugsrestaurants etc.³¹⁹

3.12 Landwirtschaftliche Nutzung

Befindet sich ein Grundstück hingegen in der Landwirtschaftszone gemäss Artikel 16 RPG, so ist es (grundsätzlich) landwirtschaftlicher Nutzung vorbehalten:

- 1 Landwirtschaftszonen umfassen Land, das
 - a. sich für die landwirtschaftliche Nutzung oder den Gartenbau eignet oder
 - b. im Gesamtinteresse landwirtschaftlich genutzt werden soll.
- 2 Soweit möglich werden grössere zusammenhängende Flächen ausgeschieden.

Den Grundeigentümer steht es nicht frei, Motocrosspisten anzulegen, Lagerplätze, Campingplätze, Fussballfelder oder Golfplätze anzulegen. Hingegen dürfen sie es beackern oder mit Vieh bestossen.

Zonenkonform und bewilligungsfähig sind zudem - ganz grob gesagt - Bauten, die der landwirtschaftlichen Nutzung dienen (Ställe, Scheunen, Wohnhaus der Bauernfamilie).

3.13 Beschränkte Nutzung: Schutzzonen

Als dritte Kategorie nennt Artikel 14 RPG die Schutzzonen. Sie werden in Artikel 17 näher umschrieben:

- 1 Schutzzonen umfassen
 - a. Bäche, Flüsse, Seen und ihre Ufer;
 - b. besonders schöne sowie naturkundlich oder kulturgeschichtlich wertvolle Landschaften;
 - c. bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler;
 - d. Lebensräume für schutzwürdige Tiere und Pflanzen.
- 2 Statt Schutzzonen festzulegen, kann das kantonale Recht andere geeignete Massnahmen vorsehen.

³¹⁸ Kommentar RPG, Art. 22, Rz 81.

³¹⁹ Immerhin hat sich in den letzten Jahren dahingehend eine Änderung ergeben, als grössere Projekte ausserhalb der Bauzonen (Deponien, Kiesgruben etc.) nicht mehr mittels blosser (Bau-) Bewilligung (Art. 24 RPG) zugelassen werden dürfen. Verlangt ist für sie heute vielmehr ein planerisches Vorgehen, also etwa die Ausscheidung einer Abbau- oder Deponiezone, in der die notwendigen Bauten dann als zonenkonform bewilligungsfähig sind.

Welche Nutzung von Grund und Boden in solchen Zonen zulässig ist, das bestimmt sich nach den je konkreten - durch Schutzzonenplan inklusive Schutzzonenverordnung bestimmten - Inhalten der Schutzzonen. Bauliche Nutzungen sind häufig ausgeschlossen. Hingegen ist es durchaus denkbar, dass in einer naturkundlich oder kulturgeschichtlich wertvollen Landschaft weiterhin dem Schutzzweck angepasste Landwirtschaft betrieben wird. Unter Umständen beschränkt sich die Grundstücksnutzung in Schutzzonen aber auch auf blosse Pflege- und Hegemassnahmen. Darauf wird bei der Diskussion des Natur- und Heimatschutzgesetzes im Kapitel Landschaft noch etwas näher einzugehen sein.

3.2 Raumplanung und Inhalt des Grundeigentums

Die Bodenrechtsreform des Jahres 1969 (und die anschliessende Schaffung des Raumplanungsgesetzes) wurde hier etwas ausführlicher dargestellt, weil sie sicherlich eines der zentralen Ereignisse im rechtlichen Leben der Ressource Boden, aber, wie andernorts noch zu diskutieren sein wird, auch der Landschaft, darstellt.

3.21 Nutzungsbestimmung

Zur Erinnerung und weil es von einiger Bedeutung ist, sei an dieser Stelle nochmals auf die Unterscheidung von *verfügen* im engeren Sinne und *nutzen* hingewiesen: Die Konkretisierung des Eigentumsinhaltes durch das Raumplanungsrecht beschlägt, wie dieses selber, (gemäss vorherrschender Ansicht) die *Nutzung* des Bodens. Wenn ein Grundstück einer Bauzone zugeschlagen wird, dann darf es (grundsätzlich) baulich *genutzt* werden. Mit anderen Worten: die raumplanungsrechtliche Konkretisierung sagt nichts darüber aus, wer in welcher Art und Weise über ein konkretes Grundstück verfügen darf. Wird neben der Nutzung auch die Verfügung über ein Grundstück in den Blick genommen, so wird in der Regel vom „Bodenrecht“ - sein Begriff ist letztlich allerdings ebenso wenige geklärt wie jener des Raumplanungsrechts - gesprochen. Raumplanungsrecht und Bodenrecht sind also nicht deckungsgleich, grenzen sich aber gegenseitig auch nicht aus.³²⁰

Dass die Fixierung der Raumplanung auf die Nutzung des Bodens möglicherweise zu eng ist, und dass Nutzung nicht nur Verwendung des Bodens, sondern vielmehr *Umgang* mit dem Boden meinte, sei hier lediglich noch angemerkt

3.22 Baufreiheit

Untrennbar mit der Bodenrechtsreform verknüpft ist das Schicksal der sogenannten *Baufreiheit*, der Möglichkeit der baulichen *Nutzung* (nicht der Verfügung über) des Grundeigentums.

Bereits am 18. August 1798 erkannten die Helvetischen Räte bei der Erteilung einer Baubewilligung, jedermann habe das Recht, auf eigenem Boden zu bauen. Und in einem Gesetz vom 13. Dezember 1798 wurde festgehalten, „innert der Schranken

³²⁰ Ruch, Raumordnung 8.

des Privateigentums der Mitbürger und des öffentlichen Wohls“ sei jeder Eigentümer berechtigt, seinen Boden beliebig zu bebauen.“³²¹

Die Baufreiheit als Teil des Eigentumsinhaltes war also sowohl im privaten wie auch im öffentlichen Recht seit langem anerkannt. Dies obwohl sie praktisch für einen grossen Teil der Schweiz wegen mangelnder Nachfrage, fehlender Wirtschaftlichkeit oder technischer Hindernisse überhaupt nie aktuell geworden sein dürfte. Zudem war die Baufreiheit schon vor den sechziger Jahren vielfältigen Beschränkungen unterworfen.³²²

Aber noch im Entscheid Barret aus dem Jahre 1965,³²³ in dem das Bundesgericht jene Konzeption entwickelte, die seither für die Abgrenzung zwischen entschädigungslosen und entschädigungsbedürftigen Eigentumsbeschränkungen bzw. Inhaltsbestimmungen (materielle Enteignung) leitend ist,³²⁴ war unklar geblieben, „ob das Bundesgericht bestimmten Arten der Eigentumsnutzung - namentlich der Bau-chance - die Eigenschaft einer wesentlichen Eigentumsbefugnis gleichsam abstrakt zuerkennt, oder ob es diese Qualifikation vielmehr von den konkreten Umständen des einzelnen Falles abhängen lassen will“.³²⁵

Als Ganzes legt gemäss Riva der Entscheid eher die erster Interpretation nahe. Die nachfolgende Rechtsprechung ging dann aber eher in Richtung einer Verneinung abstrakt zu benennender wesentlicher Eigentumsbefugnisse, insbesondere auch der Bauchance bzw. Baufreiheit.³²⁶ Entscheidend wurden die konkreten Umstände des einzelnen Falles. Endpunkt der Entwicklung war das Urteil Meier vs. Zizers aus dem Jahre 1979,³²⁷ wo das Bundesgericht festhielt:

„Der Bundesgesetzgeber durfte daher die nach dem Recht mehrerer Kantone gegebene Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen ausserhalb der Bauzonen bzw. des Gebietes des GKP nicht nur landwirtschaftliche und sonst standortgebundene Bauten zu errichten (sc. also die Baufreiheit), beseitigen, *ohne damit eine der wesentlichen aus dem Eigentum fliessenden Befugnisse zu entziehen*.“³²⁸

Aufgrund der durch dieses Urteil eingeleiteten Rechtsprechung steht fest, „dass das Recht zu Bauen nicht zu jenen Befugnissen gehört, welche dem Grundeigentum ohne weiteres innewohnen“.³²⁹ Mit der zwischen 1965 (Barret) und 1980 (RPG) erfolgten entscheidenden Änderungen der Eigentumsordnung wurde vielmehr die bislang bestehende Möglichkeit der baulichen Nutzung als Teilgehalt des Grundeigentums aufgehoben:

„Das Grundeigentum verliert rechtlich und faktisch seinen einheitlichen Charakter; die Bauchance erhält im öffentlichen Recht den Charakter eines vom Staat gewährten Rechts.“³³⁰

³²¹ Estermann 10.

³²² Riva 200 f.

³²³ BGE 91 I 329.

³²⁴ Kommentar RPG, Art. 5, Rz 123.

³²⁵ Riva 111.

³²⁶ Riva 111, Anm. 19.

³²⁷ Riva 127, Anm. 36.

³²⁸ BGE 105 Ia 338. Hervorhebung hinzugefügt.

³²⁹ Riva 160.

³³⁰ Riva 201.

Spätestens jetzt ist mit Blick auf die Baufreiheit klar, was Artikel 641 Absatz 1 ZGB bedeutet, wonach der Eigentümer einer Sache „in den Schranken der Rechtsordnung“ über sie nach seinem Belieben verfügen kann. Das Recht zu bauen hat er, wenn die Rechtsordnung, zuvorderst die raumplanerische Grund- bzw. Nutzungsordnung, ihm dieses Recht gewährt.

Allerdings darf nicht unterschlagen werden, dass sich auch heute noch andere Ansichten finden lassen. Gemäss Schürmann/Hänni äussert sich „die Eigentumsfreiheit als Nutzungs- und Verfügungsfreiheit, im Blick auf Grund und Boden insbesondere als *Baufreiheit*“:

„Dass im Privateigentum an Grundstücken das Recht mitenthalten ist, Bauten darauf zu errichten, dass gegenüber dem Gemeinwesen ein Anspruch darauf besteht, und dass es keiner Konzession (im Sinne einer Verleihung eines besonderen Rechtes) zum Bauen bedarf, macht für Grund und Boden den Hauptinhalt der Eigentumsfreiheit aus. (...)

Es ist vorab die Baufreiheit, die das Eigentumsrecht - ... - in den Mittelpunkt des gesellschaftlichen und politischen Systems rückt. (...)

Weder das Baupolizei- noch das Erschliessungsrecht und die materiellen Einschränkungen, die vom Planungsrecht her die Baufreiheit beeinflussen, heben die Baufreiheit auf oder stellen sie in Frage. Das Recht zu bauen ist Ausfluss der Institutsgarantie; es negieren, würde heissen, eine wesentliche Komponente des Grundeigentums aufheben, was verfassungsrechtlich nicht angängig wäre. (...)

Es ist eine andere Frage, in welchem Rahmen und unter welchen Voraussetzungen die Baufreiheit gilt. Die neuere Entwicklung hat dazu geführt, dass sie sich praktisch *und rechtlich* (sic!) auf die Bauzone beschränkt, was indes den Grundsatz nicht relativiert, weil das öffentliche Interesse - in seiner politischen und raumplanerischen Ausprägung - die Einschränkung rechtfertigt. Die Helvetik konnte noch durchaus (in einem Gesetz vom 13. Dezember) statuieren, dass das Recht, auf dem eigenen Grundstück zu bauen, nur durch nachbarrechtliche und baupolizeiliche Vorschriften begrenzt sei. Die seitherige wirtschaftliche und bevölkerungsmässige Entwicklung machte eine Differenzierung des Grundsatzes unerlässlich und rechtfertigte sie. Die Baufreiheit ist die gleich geblieben, sie hat nur an Spielraum verloren.“³³¹

Es ist wohl zulässig, diese Ausführungen als Rückzugsgefecht zu charakterisieren. Denn zum einen hatte das Bundesgericht im Entscheid Zizers unmissverständlich festgehalten, die Baufreiheit gehöre gerade nicht zu den „wesentlichen aus dem Eigentum fliessenden Befugnisse(n)“, zum anderen hatte es einmal mehr bestätigt:

„Der Inhalt des Grundeigentums wird nicht nur durch die Privatrechtsordnung geprägt, sondern durch die verfassungsrechtliche Ordnung und das darauf gestützt erlassene öffentliche Recht als Ganzes.“³³²

Und eigentlich sagen Schürmann/Hänni auch nichts anderes, wenn sie ausführen, die „neuere Entwicklung (habe) dazu geführt, dass sie (sc. die Baufreiheit) sich praktisch *und rechtlich* auf die Bauzone beschränkt“ - und das „relativiert“, entgegen ihrer Auffassung, „den Grundsatz“ durchaus.

3.23 Grundsätzliche Wandelbarkeit des (Grund-)Eigentumsinhalts

Für die Belange des Projektes ist es wichtig hervorzuheben, dass die Mitte der sechziger Jahre einsetzende, im Jahre 1969 in der Verfassung verankerte und 1980 dann im Raumplanungsgesetz festgelegte Änderung der (Grund-)Eigentumsordnung sich

³³¹ 22 f. Hervorhebung hinzugefügt.

³³² BGE 105 Ia 336.

nicht auf die Aufhebung der Baufreiheit beschränkt. Diese Aufhebung ist vielmehr nur die Bestätigung für die Wandelbarkeit des (Grund-)Eigentumsinhaltes - zuvor erst durch das öffentliche Recht: Das in erster Linie privatrechtliche Regelwerk des Eigentums gibt mit anderen Worten nicht mehr her als einen vor allem durch öffentlichrechtliche Normen auffüllbaren bzw. zu konkretisierenden Rahmen. Noch pointierter könnte man sagen: Die öffentlichrechtlichen (Schutz- und Nutzungs-)Normen füllen nicht nur einen bestehenden Rahmen und konkretisieren damit den jeweiligen Inhalt des konkreten Eigentums bzw. der konkreten Eigentumsbefugnisse, sie modifizieren sogar den *ursprünglichen* Rahmen, orientierte sich dieser doch an einem grundsätzlich unbeschränkten Inhalt und erweist sich unter diesem Gesichtspunkt als zu weit gezogen.

Alles in allem zeigt aber gerade die Entwicklung seit 1969, dass die vom Bundesgericht schon seit Beginn seiner Rechtsprechung verfolgte Linie, wonach Inhaltsbestimmungen des (Grund-)Eigentums grundsätzlich entschädigungslos zulässig sind, bzw. dass der Inhalt des Eigentums eben wirklich durch das Insgesamt der Rechtsordnung und nicht bloss durch privatrechtliche Regelungen bestimmt wird, konstant weiter verfolgt wurde, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität und mit periodischen Umwegen und Gewichtverschiebungen.³³³

4. WEITERE ENTWICKLUNGEN

Es liegt in der Natur der Sache, dass mit dem Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes nicht alle Probleme im Bereich des Bodenrechts gelöst worden sind.³³⁴

Zu erwähnen wäre etwa die Rothenthurm-Initiative - von Volk und Ständen im Jahre 1987 angenommen -, die in Mooren und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung ein umfassendes Verbot brachte, Bauten und Anlagen zu errichten. Dazu mehr im Kapitel über die Landschaft.

1988 wurde die Stadt-Land-Initiative verworfen, die u.a. verlangt hatte, dass Grundstücke nur zum Eigengebrauch bei nachgewiesenem Bedarf oder zur Bereitstellung preisgünstiger Wohnungen erworben werden dürften.

1989 versuchten Bundesrat und Parlament durch den Erlass von Sofortmassnahmen den überhitzten Bodenmarkt zu beruhigen und die Bodenspekulation einzudämmen.

Wie bereits erwähnt, trat am 1. Januar 1994 trat das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht in Kraft, das unter anderem auch eine gewisse Abstimmung mit dem Raumplanungsrecht brachte.

Schliesslich wurde 1999 eine Revision des Raumplanungsgesetzes angenommen, mit der - mit dem falschen Mittel! - versucht wird, dem Strukturwandel in der Landwirtschaft zu begegnen. Es bringt vor allem im Bereich der Landwirtschaftszonen (Art. 16) und bei den Bauten ausserhalb der Bauzonen (Art. 24 RPG) eine Öffnung

³³³ Grundlegend Riva, insbesondere 152 ff.

³³⁴ Schürmann/Hänni 61 f.

bzw. Liberalisierung. Pointiert gesagt, werden Interessen des Landschaftsschutzes monetären Interessen geopfert.

5. AUSBLICK

Die in der Raumplanung angestrebte Trennung von Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebiet, von bodenverbrauchender und bodenerhaltender Nutzung (Landwirtschaft) ist grundsätzlich richtig. Allerdings müsste es in Zukunft darum gehen, den bodenverbrauchenden Siedlungsraum und das den Raum und den Boden belastende und zerstörende, die Siedlungen verbindende Netz an Infrastrukturanlagen in viel stärkerem Masse als dies bis heute gelungen ist zu *beschränken*. Die vermehrte Ausscheidung von Schutzzonen (in Verbindung mit dem Natur- und Heimatschutz), etwa zur Sicherung eines Mindestmasses an naturnahen Flächen, wäre ein Schritt in diese Richtung.

Die Raumplanung kann ihre Aufgabe der Bodenerhaltung aber nur dann erfüllen, wenn sie nicht bei der Ausscheidung irgendwelcher Freiräume (die höchstens landwirtschaftlich genutzt werden dürfen) stehen bleibt. Sie hat vielmehr *vermehrt* dafür zu sorgen, dass der „richtigen“ Nutzung der „richtige“ Boden bzw. der „richtige“ Raum zugewiesen wird. Sie hat den Raum schädlicher oder lästiger Belastung so weit noch möglich zu entziehen, indem sie mithilfe, Belastungsquellen und Raum einander in einem für letzteren noch erträglichen Masse zuzuordnen. Gelingt dies nicht, so besteht die Gefahr, dass zwar der direkte Bodenverbrauch gebremst, die „geretteten“ Böden durch zunehmende Belastungen (aus der Luft oder der Landwirtschaft) aber schliesslich doch zu blossen „Flächen“ werden.

Unterstützung muss die Raumplanung dabei vom Umweltschutz erfahren und dieser muss die Möglichkeit bekommen, sein Instrumentarium an Emissionsbegrenzungen und Immissionsschranken durch jenes der Raumplanung zu erweitern.

III.2 UMWELTSCHUTZ UND BODENNUTZUNG

1. EINLEITUNG

Wie oben dargelegt, ist der Kampf gegen den Bodenverbrauch, der zuvorderst mit den Mitteln des Raumordnungsrechtes geführt wird, zu kombinieren mit jenem gegen die *Bodenbelastungen*, soll die Ressource „Boden“ nachhaltig geschützt und erhalten werden.

Die Bodenbelastungen sind allerdings erst verhältnismässig spät ins öffentliche/politische und noch später ins rechtliche Bewusstsein gerückt. Das zentrale Ereignis im Kampf gegen die Bodenbelastungen war zweifellos der Erlass des Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz [USG])³³⁵ vom 7. Oktober 1983, das am 1. Januar 1985 in Kraft getreten ist.

³³⁵ SR 814.01.

2. LANGFRISTIGE ERHALTUNG DER BODENFRUCHTBARKEIT

Ziel des umweltschutzrechtlichen Bodenschutzes bildet die *langfristige Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit*.

Um dieses Ziel zu erreichen, wird im Sinne der *Vorsorge* eine - nicht nur für den Bodenschutz relevante - doppelte Strategie verfolgt, die wie folgt umrissen werden kann:

☞ Auf der einen Seite sind Emissionen direkt (soweit technisch und betrieblich machbar sowie wirtschaftlich tragbar) an der Quelle zu reduzieren; auf der anderen Seite bilden Immissionsgrenz- oder Richtwerte eine Schranke, die nicht überschritten werden darf (bzw. sollte).

☞ Ist dies der Fall oder steht es zu erwarten, so sind die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen weiter zu verschärfen, wobei die Schranke der wirtschaftliche Tragbarkeit nicht mehr absolut greift.

Für den stofflichen Bodenschutz stehen im Vordergrund der Schadstoffeintrag über die Luft (Deposition) und seine Belastung durch die Verwendung von (umweltgefährdenden) Stoffen oder durch Abfälle.

Im Rahmen dieses Überblickes kann allerdings nur noch ganz kurz auf einige wichtige Punkte hingewiesen werden.

2.1 Lufthygiene

In der Luftreinhalte-Verordnung (LRV)³³⁶ vom 16. Dezember 1985 zum Umweltschutzgesetz finden sich unter anderem *vorsorglichen Emissionsbegrenzungen für Anlagen*. Sie haben dem in Artikel 11 des Gesetzes verankerten Grundsatz zu entsprechen, wonach „unabhängig von der bestehenden Umweltbelastungen (...) Emissionen (sc. Luftverunreinigungen) im Rahmen der Vorsorge so weit zu begrenzen (sind), als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist“.

Anlagen, die den vorsorglichen Emissionsbegrenzungen nicht genügen, sind zu sanieren.

Im weiteren legt die Luftreinhalteverordnung einige wenige *Immissionsgrenzwerte* (etwa für Schwefeldioxid, Stickstoffdioxid, Kohlenmonoxid oder Ozon) fest, die nach dem Willen des Gesetzgebers so niedrig sein müssen, „dass nach dem Stand der Wissenschaft oder der Erfahrung Immissionen unterhalb dieser Werte (...) die Fruchtbarkeit des Bodens, die Vegetation und die Gewässer nicht beeinträchtigen“ (Art. 14 USG).

Sind die Immissionsgrenzwerte erreicht oder überschritten oder steht dies zu erwarten, so ist dies Anlass, die vorsorglichen Emissionsbegrenzungen zu verschärfen. Um übermässige Immissionslagen zu bekämpfen, die durch das Zusammenwirken verschiedenste Emissionsquellen entstehen, sieht die Verordnung eine *Massnahmenplanung* vor. Ziel ist es, die Belastungsquellen zu erfassen und Massnahmen auszuarbeiten, die es ermöglichen, die Luftbelastung wieder unter die Immissionsgrenzwerte zu drücken.

³³⁶ SR 814.318.142.1.

2.2 Umweltgefährdende Stoffe

Die stoffliche Belastung - auch des Bodens - durch direkten oder indirekten Eintrag wird zudem mit der Verordnung über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung, StoV)³³⁷ vom 9. Juni 1986 bekämpft. Die Belastung der Umwelt durch umweltgefährdende Stoffe soll vorsorglich begrenzt und unter anderem auch der Boden vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen durch den Umgang mit solchen Stoffen geschützt werden. In concreto führt dies dazu, dass gewisse Stoffe schlicht verboten werden, andere in ihrer Zusammensetzung oder Verwendung reglementiert usw. Insbesondere enthält die Verordnung auch Bestimmungen über den Einsatz von Düngern, bildet der landwirtschaftliche Stoffeinsatz doch eine nicht zu unterschätzende Belastungsquelle.

2.3 Abfälle

Die Technische Verordnung über Abfälle (TVA)³³⁸ vom 10. Dezember 1990 soll, wenn auch eher indirekt, ebenfalls den Boden vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen - diesmal durch Abfälle - schützen. In den immer wiederkehrenden gleichen oder ähnlichen Formulierungen der Zweckartikel der Verordnungen zum Umweltschutzgesetz kommt sehr stark der Gedanke zum Ausdruck, dass eben alle Bestrebungen, jene zur Reinhaltung der Luft ebenso wie jene zum Schutze des Bodens, möglichst als Einheit gesehen werden müssen. Willkürliche Trennungen, Schutz nur des Bodens ohne Luftreinhaltung, Schutz nur der Gewässer ohne Bodenschutz, müssen notwendig zu kurz greifen.

Die Verordnung enthält insbesondere wichtige Bestimmungen über Deponien, die zwar nur beschränkt den Boden selber belasten, hingegen grosse Gefahren für die Gewässer darstellen.

Seit kurzem finden sich im Umweltschutzgesetz und der Verordnung über die Sanierung von belasteten Standorten (Altlasten-Verordnung, AltIV)³³⁹ vom 26. August 1998 Bestimmungen zum Umgang mit und zur Sanierung von *Altlasten*. Früher fanden sich einige wenige Vorschriften in der Gewässerschutzgesetzgebung. Altlasten sind denn auch nach wie vor nicht eigentliches Thema des Bodenschutzes, handelt es sich bei den belasteten Flächen doch nicht um Böden im eigentlichen Sinne.

2.4 Belastungen des Bodens

Kernstück des stofflichen Bodenschutzes nach dem Umweltschutzgesetz war früher die Verordnung über Schadstoffe im Boden. Ergänzt durch Vorschriften zum Schutze vor physikalischen Bodenbelastungen heisst sie heute umfassender „Verordnung über Belastungen des Bodens“ (VBBo)³⁴⁰ vom 1. Juli 1998. Sie stützt sich auf die entsprechenden Bestimmungen des 5. Kapitels des Gesetzes, die Artikel 33 bis 35, „Belastungen des Bodens“.

³³⁷ SR 814.013.

³³⁸ SR 814.600.

³³⁹ SR 814.680.

³⁴⁰ SR 814.12.

Primäres Ziel der Bestimmungen ist es, in Übereinstimmung mit Artikel 1 Absatz 1 USG, die Fruchtbarkeit des Bodens zu erhalten.

Dazu sind gemäss Artikel 33 Absatz 1 USG „Massnahmen gegen chemische und biologische Bodenbelastungen“ zu treffen - und zwar „in den Ausführungsvorschriften zum Gewässerschutzgesetz vom 24. Januar 1991, zum Katastrophenschutz, zur Luftreinhaltung, zu den umweltgefährdenden Stoffen und Organismen sowie zu den Abfällen und zu den Lenkungsabgaben“.

Zudem schreibt Absatz 2 vor, der Boden dürfe nur so weit „*physikalisch* belastet werden, dass seine Fruchtbarkeit nicht nachhaltig beeinträchtigt“ werde. Ausgenommen davon ist - was auf der Hand liegt - die bauliche Nutzung des Bodens.

In der Verordnung selber finden sich neben einer Definition³⁴¹ der Bodenfruchtbarkeit in Artikel 2 VBBo sodann *Richt-, Prüfungs- und Sanierungswerte* (Art. 35 USG) für anorganische sowie organische Schadstoffe im Boden (Anhang). Diese Werte gelten grundsätzlich für alle Böden. Da Ziel des Bodenschutzes allerdings der Schutz der Bodenfruchtbarkeit ist, greifen sie aus naheliegenden Gründen hauptsächlich bei landwirtschaftlich genutzten Böden.

Sind die Werte überschritten oder steigt die Bodenbelastung deutlich an, müssen (in erster Linie von den Kantonen) „weitergehende Massnahmen“ ergriffen werden. Die Artikel 8 ff. VBBo führen dazu Artikel 34 USG näher aus:

1 Ist die Bodenfruchtbarkeit in bestimmten Gebieten langfristig nicht mehr gewährleistet, so verschärfen die Kantone im Einvernehmen mit dem Bund die Vorschriften über Anforderungen an Abwasser- versickerungen, über Emissionsbegrenzungen bei Anlagen, über die Verwendung von Stoffen und Organismen oder über physikalische Bodenbelastungen im erforderlichen Mass.

2 Gefährdet die Bodenbelastung Menschen, Tiere oder Pflanzen, so schränken die Kantone die Nutzung des Bodens im erforderlichen Mass ein.

3 Soll der Boden gartenbaulich, land- oder forstwirtschaftlich genutzt werden und ist eine standortübliche Bewirtschaftung ohne Gefährdung von Menschen, Tieren oder Pflanzen nicht möglich, so ordnen die Kantone Massnahmen an, mit denen die Bodenbelastung mindestens so weit vermindert wird, dass eine ungefährliche Bewirtschaftung möglich ist.

Zuerst gilt es, die Ursache, die Belastungs-/Schadstoffquellen, zu eruieren. Anschliessend ist abzuklären, ob die vorsorglichen Massnahmen in den Bereichen Gewässerschutz, Katastrophenschutz, Luftreinhaltung, umweltgefährdende Stoffe und Organismen sowie Abfälle und physikalische Belastungen genügen, um im betroffenen Gebiet den weiteren Anstieg der Belastung zu verhindern. Ist dies nicht der Fall, sind eben weitergehende Massnahmen zu ergreifen: so müssen etwa verschärfte Emissionsbegrenzungen festgelegt werden, oder es ist die Verwendung von Stoffen im erforderlichen Masse zu beschränken (Richtwerte; Art. 8 VBBo).

Gefährden Belastungen des Bodens konkret Menschen, Tiere oder Pflanzen, so ist die Nutzung des Bodens entsprechend einzuschränken (Prüfwerte; Art. 9 VBBo).

Sind gar die Sanierungswerte überschritten, so sind die davon betroffenen Nutzungen zu verbieten (Art. 9 VBBo).

Die Verordnung gibt den Kantonen einen recht weiten Beurteilungsspielraum. Die durch das Überschreiten der Richtwerte geschaffene Vermutung, die Bodenfruchtbarkeit sei längerfristig nicht mehr gewährleistet, verpflichtet nicht zu wildem Aktio-

³⁴¹ Soweit bekannt, ist die Schweiz das einzige Land, das die Bodenfruchtbarkeit rechtlich definiert.

nismus oder gar eindeutig festgelegten „harten“ Eingriffen. In die Abklärung, ob der Eintrag in den Boden, sei's aus der Luft, sei's durch die Verwendung umweltgefährdender Stoffe oder durch Abfälle, weiter zu begrenzen sei, haben klarerweise objektbezogene, dem Einzelfall gerecht werdende Untersuchungen des belasteten Bodens einzufließen. Kann dann beispielsweise festgestellt werden, dass primär pedogene Grundgehalte für das Überschreiten der Richtwerte verantwortlich sind, so bringt eine Verschärfung gewisser Emissionsbegrenzungen unter Umständen gar nichts. Eine Nutzungsänderung ist auch nur dann ins Auge zu fassen, wenn aus der Überschreitung des Wertes auf eine konkrete Gefährdung geschlossen werden kann.

Der Bodenschutz von Umweltschutzgesetz und Verordnung verknüpft in grundsätzlich überzeugender Weise vorsorgliche Emissionsbegrenzung und Immissions-schranke. Würde auf die genannten Boden-Werte verzichtet, böten selbst vorsorgliche Emissionsbegrenzungen keine Gewähr dafür, dass Böden im Laufe der Zeit nicht in einer die Bodenfruchtbarkeit gefährdenden übermässigen Weise belastet würden.

Allerdings sind nicht Bodenwerte ins Zentrum des stofflichen Bodenschutzes zu stellen, sondern es ist gerade die andere Seite der Medaille von grösster Bedeutung: Es muss primär versucht werden, die Belastungen des Bodens durch Luftverunreinigungen, den Umgang mit umweltgefährdenden Stoffen und Abfällen zu reduzieren. Bodenwerte können dazu von grossem Nutzen sein, indem sie als Screening-, Alarm- und Eingriffswerte Anlass und Verpflichtung zu weiteren emissionsseitigen Verschärfungen sein können.

3. AUSWIRKUNGEN AUF DEN INHALT DES GRUNDEIGENTUMS

Die Vorschriften des Umweltschutzgesetzes und seiner Verordnungen können durchaus einschneidenden Einfluss auf die zulässige Nutzung eines Grundstückes haben. Sei es, dass gestützt auf die VBBo gewisse konkrete Nutzungen untersagt werden, sei es, dass - insbesondere durch die Luftreinhalte- und Lärmschutzvorschriften - gewisse Grundstücke nicht überbaut werden dürfen.

Im bereits erwähnten Entscheid Sonnenberg hat das Bundesgericht jüngst entschieden, dass es sich bei solchen Beschränkungen in der Regel auch nur um entschädigungslose Inhaltsbestimmungen des Eigentums handelt:

„Das Eigentum ist verfassungsrechtlich gewährleistet (Art. 22ter BV). Für die Bestimmung des Eigentumsinhaltes knüpft die Bundesverfassung an die herkömmlichen Formen der Sachherrschaft, namentlich an den privatrechtlichen Eigentumsbegriff an. Bund und Kantone können jedoch im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung oder Eigentumsbeschränkungen vorsehen (Art. 22ter Abs. 2 BV). Anpassungen des Eigentumsinhaltes an veränderte Verhältnisse und gewandelte Auffassungen sind damit verfassungsrechtlich zulässig (...). In Übereinstimmung mit der verfassungsrechtlichen Ordnung hält Art. 641 ZGB fest, dass sich der Inhalt des Eigentums aus den Schranken der Rechtsordnung ergibt. *Trotz gleichbleibender privatrechtlicher Regelung kann sich somit - bedingt durch die fortwährende Änderung des öffentlichen Rechts - der Eigentumsinhalt wandeln (...).* Eine neue Inhaltsbestimmung des Eigentums ergab sich nach Auffassung von Arthur Meier-Hayoz (...) unter anderem aus den vorstehend (E. 3b) erwähnten, in den kantonalen Zonenordnungen oder an anderer Stelle des kantonalen Bau- und Planungsrechtes verankerten öffentlichrechtlichen Immissionsschutzvorschriften. Die gleiche Tragweite kommt nach Meinung weiterer Autoren und des Bundesgerichtes der Neuordnung

des Bodenrechtes durch Art. 22quater BV und das Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (...) zu (BGE 122 II 326 E. 4a; 118 Ib 38 E. 2a; 114 Ib 100 E. 3c und 114 Ib 301 E. 3c; ...). Verhält es sich so, muss jedenfalls *auch den Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes über den Lärm- bzw. den Immissionsschutz, zu dem die Sanierungsvorschriften zählen (Art. 11-25 USG), die gleiche inhaltsbestimmende Bedeutung zukommen (...)*. Denn seit Erlass des Umweltschutzgesetzes sind die genannten öffentlichrechtlichen Immissionsschutzvorschriften des kantonalen Bau- und Planungsrechtes weitgehend durch das Umweltschutzgesetz ersetzt worden bzw. hat das kantonale Recht seine eigenständige Bedeutung verloren, soweit sein materieller Gehalt sich mit dem Bundesrecht deckt oder weniger weit geht als dieses (BGE 118 Ia 112 E. 1b; 118 Ib 590 E. 3).³⁴²

III.3 EXKURS: LANDWIRTSCHAFT UND BERGREGAL

Im Folgenden soll noch ganz kurz auf zwei Bereiche eingegangen werden, die auf das Ressourcenregime Boden in unterschiedlicher Weise Einfluss haben: das Bergregal beschlägt vor allem die Verfügungsseite, während die Landwirtschaftsgesetzgebung eher die Nutzung von (landwirtschaftlichem) Boden beeinflusst. Beides sind eher Nebenschauplätze. Das dürfte für das Institut des Bergregals unbestritten sein, für die Landwirtschaftsgesetzgebung hingegen wohl kaum. Betrachtet man die Landwirtschaftsgesetzgebung aber, wie hier vorgeschlagen wird, in erster Linie unter ihrem wohl zentralen Aspekt, jenem der Regelung eines Wirtschaftszweiges, dann lässt sie sich verkürzt sagen: Die Landwirtschaftsgesetzgebung legt fest, wozu landwirtschaftlicher Boden genutzt, was darauf angepflanzt oder geweidet, werden kann, und sie bestimmt, wieviel die Landwirte für diese Nutzung erhalten. Dass dies über Jahrzehnte hinweg in einer Art und Weise geschah, die wenig zur Erhaltung des Bodens und seiner Fruchtbarkeit beitrug, das ist zwar ein sehr grosses Problem - aber kein rechtliches. Rein rechtlich und im Hinblick auf die uns interessierende Problematik der Ressourcenregime betrachtet spielt es wirklich keine Rolle, ob nun der Anbau von Mais oder von Weizen gefördert wird (obwohl ersterer die Böden auslaugt).

1. BERGREGAL

In der Liste mit den Gütern und Dienstleistungen des Bodens wird auch der Abbau von Bodenschätzen erwähnt. Daher ist noch kurz auf das Bergregal einzugehen (zu dem sich auch im privatrechtlichen Teil des Kapitels Eigentum einige Ausführungen finden).

1.1 Verfassungsebene

In der alten Bundesverfassung heisst es in Artikel 31:

1 Die Handels- und Gewerbefreiheit ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist.

2 Kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben und deren Besteuerung bleiben vorbehalten; sie dürfen jedoch, soweit die Bundesverfassung nichts anderes vorsieht, den

³⁴² BGE 123 II 565 f.; Hervorhebung hinzugefügt.

Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen. Vorbehalten bleiben auch die kantonalen Regalrechte.

In der neuen Verfassung bestimmt Artikel 94, Grundsätze der Wirtschaftsordnung, in seinem vierten Absatz:

Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind.

Mit den kantonalen Regalrechten ist auch das Bergregal gemeint.

1.2 Einige „Definitionen“ zum Einstieg

Wir wollen als Einstieg einige Umschreibungen des Begriffes³⁴³ zusammenstellen, um wenigstens in groben Zügen zu erfahren, worum es beim Bergregal geht.

~~☞~~ Das Bergregal „umfasst die Aneignung von Bodenschätzen, wobei sich der sachliche Umfang des Monopols nach kantonalem Recht bestimmt“.³⁴⁴

~~☞~~ „Im Bereich des Bergbaus und der damit verbundenen Gewinnung von Bodenschätzen haben die Kantone seit jeher ein umfassendes Hoheitsrecht beansprucht“. Artikel 31 Abs. 2 BV gibt den Kantonen ein „Verfügungsrecht über allfällige Bodenschätze“.³⁴⁵

~~☞~~ „Gestützt auf Art. 31 Abs. 2 BV können die Kantone den Bergbau auf ihrem Hoheitsgebiet monopolisieren und sich die Aneignung allfälliger Bodenschätze selbst vorbehalten oder privaten Konzessionären gegen eine Abgabepflicht überlassen. Dabei haben sie die Möglichkeit, den Umfang des Bergbaumonopols selbst festzulegen ...

Ebenfalls in eigener Kompetenz können die Kantone bestimmen, welche Bodenschätze dem Bergbaumonopol unterstellt werden sollen“.³⁴⁶

~~☞~~ Das Regal „bedeutet das ausschliessliche Recht des Gemeinwesens zur Gewinnung von Boden- und Wasserschätzen (z.B. Bergregal, Salzregal, Wasser-, Fischereiregal)“.³⁴⁷

~~☞~~ Zu den Regalien werden jene „kantonalen Hoheitsrechte gezählt, die sich auf die Gewinnung von Boden- und Wasserschätzen bzw. auf die Bewirtschaftung nur beschränkt verfügbarer Güter beziehen“.³⁴⁸

³⁴³ Dazu sind schon viele Bücher geschrieben worden - wenn auch die wenigsten in der Schweiz -, und jeder Autor hat zu seinem mehr oder weniger eigenen Begriff gefunden, so dass es vermessen wäre, den Begriff, den Gehalt, die Bedeutung des Regals oder Bergregals hier vermeintlich definitiv festzuschreiben zu wollen; vgl. Christen 9, 22.

³⁴⁴ Vallender/Joos 7/199.

³⁴⁵ Sutter-Somm 126.

³⁴⁶ A.a.O. 128.

³⁴⁷ Gygi, Wirtschaftsverfassungsrecht 52.

³⁴⁸ Rhinow 68, Rz 229.

~~es~~ In seiner vollen Ausbildung gibt das Bergregal seinem Inhaber ein Verfügungsrecht über gewisse bergbauliche Mineralien und über die Solquellen, kraft dessen nur der diese Mineralien und salzhaltigen Wasser sich aneignen kann, wer solches Recht von dem Regalherrn verliehen erhalten hat. In dieser Gestalt erscheint das Regal erst vom 11. Jh. an³⁴⁹.

In den kantonalen Gesetzgebungen finden sich ebenfalls „Definitionen“. So kennt z.B. auch der Kanton Bern ein Bergregal. Und da die bernische Umschreibung des Bergregals in Artikel 1 des Bergwerk-Gesetzes³⁵⁰ weitgehend identisch ist mit jener anderer Kantone, sei sie an dieser Stelle wiedergegeben:

1. Die Ausbeutung mineralischer Rohstoffe ist ein Hoheitsrecht des Staates (*Bergregal*).
2. Zur Ausbeutung von Erzen, Kohle, Erdöl, Erdgas und anderen festen, halbfesten, flüssigen oder gasförmigen Kohlenwasserstoffen und von Mineralien für die Erzeugung von Atomenergie sowie zum Abbau von Salzlagerstätten bedarf es einer Konzession.
3. Die Ausbeutung anderer mineralischer Rohstoffe wird in den Schranken der Rechtsordnung den Grundeigentümern oder Nutzungsberechtigten überlassen.
4. Wenn öffentlich Interessen es erfordern, kann der Grosse Rat durch Dekret die Ausbeutung weiterer mineralischer Rohstoffe der Konzessionspflicht unterstellen.

Alle in Absatz 2 explizite erwähnten Bodenschätze fallen unbestrittenermassen unter das Bergregal. Das heisst, Lehre und Praxis, nicht zuletzt die verschiedenen kantonalen Bergwerksgesetze, sind sich einig, dass jene Stoffe dem Regal unterstehen.³⁵¹ Darüber braucht sich heute niemand mehr den Kopf zu zerbrechen.

Die wiedergegebenen Umschreibungen des Bergregals beantworten aber die Frage *nicht klar und eindeutig*, ob auch Kies, Sand, Steine, Torf, Lehm und Ähnliches ihm unterstellt werden dürfen. In der Regel bezeichnen vielmehr gerade die kantonalen Bestimmungen zum Bergregal Kies etc. als nichtregale Stoffe.

Es muss daher der Frage nachgegangen werden, was ein Bergregal im rechtsdogmatischen Sinne ist.

1.3 Das Bergregal als Monopol

„Gestützt auf Art. 31 Abs. 2 Satz 2 BV“, der die kantonalen Regalrechte vorbehält, „können die Kantone den Bergbau auf ihrem Hoheitsgebiet *monopolisieren* und sich die Aneignung allfälliger Bodenschätze selbst vorbehalten oder privaten Konzessionären gegen eine Abgabepflicht überlassen“.³⁵²

Demnach hätten wir es beim Bergregal mit einem *Monopol* zu tun, mit dem Recht des Staates, „eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit unter Ausschluss aller andern Personen auszuüben oder durch Dritte ausüben zu lassen“.³⁵³

Und das ist denn auch heute mehr oder weniger³⁵⁴ unbestritten:

³⁴⁹ Müller-Erbach 38.

³⁵⁰ Gesetz über die Gewinnung mineralischer Rohstoffe vom 4. November 1962; BSG 931.1.

³⁵¹ Dazu später das Kapitel zu den „kantonalen Regelungen des Bergregals“, Ziff. A. 5.

³⁵² Sutter-Somm 128; Hervorhebung hinzugefügt.

³⁵³ Häfelin/Müller 437, Rz 1987.

³⁵⁴ Vgl. Rhinow 68, Rz 229.

“Die heute als Regalien bezeichneten staatlichen Ausschliesslichkeitsrechte haben mit den Regalien des Mittelalters nur die Bezeichnung gemeinsam. Auch wenn die Ausgestaltung bei gewissen schon im Mittelalter vorhandenen Hoheitsrechten auf den ersten Blick kaum anders als heute zu sein scheint, so hat sich doch ihre Bedeutung im und zum Staatsganzen erheblich gewandelt, indem Regalien heute lediglich dem Staat vorbehaltene Tätigkeitsbereiche sind und nicht mehr als einzelne Befugnisse anzusehen sind, aus denen sich die Staatsgewalt zusammensetzt“. ... „Die Differenzierung zwischen den Begriffen Regal und Monopol bleibt in der schweizerischen Rechtssprache historisches «Relikt» ohne dogmatische Bedeutung“.³⁵⁵

Das zeigt sich bereits in den Materialien zu Artikel 31 BV, wo im letzten Satz der Vorbehalt zugunsten der kantonalen Regale aufgenommen wurde. So führte der Bundesrat in seiner Botschaft zum heutigen Artikel 31 aus:

“Ferner ist (sc. im alten Artikel 31 Abs. 2 BV) die Aufzählung der gegenüber der Handels- und Gewerbefreiheit vorbehaltenen *Monopole und Regale* unvollständig. Neben dem in lit. a genannten Salzregal haben die Kantone von jeher auch das Fischerei-, das Jagd- und das Bergregal ausgeübt ...“³⁵⁶

Es zeigt sich zudem, dass es eigentlich unbeachtlich ist, wie das Regal dogmatisch einzuordnen ist:

“Point n'est besoin de définir ici la notion de régale“, wie das Bundesgericht auch schon festhielt. „Quoi qu'il en soit, la régale de la pêche implique le pouvoir de régler l'exercice de la pêche“

- und ebenso umfasst das *Berg-Regal* die Kompetenz, den Bergbau, die Ausbeutung von (bestimmten) Bodenschätzen zu regeln.

1.4 Kantonal- oder bundesrechtliche Natur des „Bergregals“?

Es gibt die „kantonalen Bergregale“. D.h. die Kantone haben, beispielsweise durch ein Bergwerksgesetz wie der Kanton Bern, bestimmt, welche Bodenschätze *ihrem* kantonalen Bergregal unterstehen.

Die kantonalen Bergregale sind aber nicht alle genau gleich.³⁵⁷ Was im einen Kanton dem Bergregal untersteht, kann im anderen davon ausgeschlossen sein. Die Kantone dürfen ihre kantonalen Bergregale unterschiedlich ausgestalten. Sie dürfen sogar auf ein Bergregal verzichten. Das ist heute unbestritten.³⁵⁸

Durch die kantonalen Unterschiede entsteht jedoch eine Unsicherheit hinsichtlich des grundsätzlich möglichen Inhaltes eines kantonalen „Maximal“-Bergregales: Dürfen die Kantone beispielsweise Kies oder gar alle Bodenbestandteile - also auch jene, die sie in concreto von ihrem kantonalen Bergregal ausgenommen haben³⁵⁹ - dem Bergregal unterstellen? Oder gibt es eine Schranke? Gibt es bestimmte Rohstoffe, die die Kantone auf gar keinen Fall ihrem Regal unterstellen können? Gibt es ein grundeigentümerliches Belieben im Hinblick auf Bodenschätze, das nicht beschränkt werden darf?

³⁵⁵ Sutter-Somm 3ff.

³⁵⁶ BBl 1937 II 883; Hervorhebung hinzugefügt.

³⁵⁷ Es gibt grob drei verschiedene Gruppen von Bergregalen; vgl. dazu Schmid 63ff.

³⁵⁸ Vgl. BGE 44 I 167ff.

³⁵⁹ Wie etwa der Kanton Bern in Art. 1 Abs. 3 Bergwerk-Gesetz.

Aber, wo läge, wenn es sie den gibt, diese Schranke und wer setzt die Grenze? Sind das auch die Kantone - oder ist es vielleicht der Bund, der den Kantonen (indirekt) vorschreibt, was sie „höchstens“ ihrem kantonalen Bergregal unterstellen dürfen?

Wie hier nicht näher ausgeführt zu werden braucht, bestimmt sich der den Kantonen zur Ausgestaltung ihres kantonalen Bergregals zur Verfügung stehende Inhalt nach Bundes(verfassungs)recht. Die Kantone dürfen - sie müssen aber nicht - somit nur jene Stoffe ihrem kantonalen Bergregal unterstellen, die auch Teil *des* Bergregals (in bundesrechtlicher Lesart) darstellen. Sie können also nicht willkürlich Apfelbäume oder Autos ihrem Bergregal unterstellen, wenn diese - was zu erwarten ist - nicht Teil des bundesrechtlichen Begriffs des Bergregales sind.

1.5 Der (historische) Gehalt des Bergregales nach Bundesrecht

Doch was umfasst der bundesrechtliche Begriff des Bergregals?

1.51 Der Vorbehalt des Artikels 31 Absatz 2 Satz 2 aBV

Der Wortlaut ist leider äusserst nichtssagend: „Vorbehalten bleiben auch die kantonalen Regalrechte“. Auszulegen gibt es da viel - und doch wenig.

Auch die *Materialien* sind äusserst vage: Da die Fassung des alten Artikels 31 Absatz 2 BV (aus dem Jahre 19. Jahrhundert), in dem nur das kantonale Salzregal explizite Erwähnung fand, die Rechtslage eher verwirre als sie zu klären, schlug der Bundesrat 1937 lediglich vor, „die unvollständige und irreführende Aufzählung wegzulassen“.³⁶⁰

Dem sind die Räte aber nicht gefolgt. Auf Antrag der ständerätlichen Kommission wurde dem neuen Artikel 31 BV schliesslich der heutige - äusserst karge - Vorbehalt der kantonalen Regale hinzugefügt und zwar aus folgenden Überlegungen:

„Man hat in der Kommission erklärt, dass die Regale des Bundes in der Bundesverfassung aufgeführt seien; wenn man nun den alten Artikel 31 neu formuliere und dann das Salzregal nicht mehr erwähne, könnte man vielleicht sagen, argumentum e contrario, das Salzregal gehöre gar nicht mehr den Kantonen. Daher, so wurde in unserer Kommission argumentiert, solle man die Sache doch erwähnen. Auch über das Bergregal war man bei den kommissionalen Beratungen im Unklaren. *Das Bergregal gehört den Kantonen.* Nach den Bestimmungen des neuen Zivilgesetzbuches vom Jahre 1912 hat aber ein Grundeigentümer frei nach oben in die Luftsäule über sein Grundstück zu verfügen und auch frei nach unten in die Erde hinein. Früher, vor dem 1. Januar 1912, bestimmten die Kantone, wie es mit der Verfügungsgewalt eines Grundeigentümers für sein Grundstück sei; heute gelten die Regeln des neuen Zivilgesetzbuches, und da hiess es nun, es sei angesichts dieser Doktrin, dass der Grundeigentümer nach unten und nach oben durch sein Grundstück frei verfügen könne, um alle Zweifel zu beseitigen, viel zweckmässiger, wenn man auch das Bergregal vorbehalte. Nachdem der eine das Salzregal für die Kantone hat vorbehalten wollen, der andere das Bergregal, kam man schliesslich dazu, einfach zu sagen, dass die kantonalen Regale, wie sie auch heissen mögen, vorbehalten seien“.³⁶¹

Das ist nicht unbedingt eine ergiebige Umschreibung des Bergregals. Zur Interpretation des Begriffes sind wir vielmehr verwiesen auf seine frühere Bedeutung, fand

³⁶⁰ BBI 1937 II 884.

³⁶¹ Sten. Bulletin Ständerat 1938 529; Hervorhebung hinzugefügt.

doch durch die Verfassungsrevision von 1947 mit dem expliziten Vorbehalt der kantonalen Regale keine Änderung dieses Begriffes statt:

“La disposition constitutionnelle précitée (sc. Les régales cantonales sont aussi réservées) ... a gardé le même contenu que le texte de 1874 (sc. des alten Artikels 31 BV). La doctrine et la jurisprudence qui se rapportent au texte de 1874 conservent donc leur valeur“.³⁶²

Es bleibt also nichts anderes übrig, als nachzuforschen, was vor dem Jahre 1947 mit dem Begriff des Bergregals gemeint gewesen ist.

1.52 Die Praxis des Bundesgerichts zum Bergregal

Zur Frage, welche Bodenbestandteile dem Bergregal unterstehen, finden sich selbst vor dem Jahre 1947 nicht sehr viele wirklich konkrete Hinweise. Immerhin hat sich aber das Bundesgericht in seinen ganz wenigen Entscheiden zum Bergregal klar geäußert:

„Das kantonale Recht bestimmt den Inhalt der Bergbauberechtigung“.³⁶³

Und im gleichen Entscheid heisst es zur Herleitung dieser doch recht apodiktischen Feststellung, zu den herrenlosen und öffentlichen Sachen nach Artikel 664 ZGB gehörten „auch die Objekte des Bergbaus, d.h. *die nutzbaren Mineralien* und Fossilien im Erdinnern, die demnach sowohl in öffentlichrechtlicher wie in privatrechtlicher Hinsicht *der kantonalen Gesetzgebung überlassen* sind“.³⁶⁴

Bereits in einem Entscheid aus dem Jahre 1919 hielt das Gericht fest, „dass nach dem ZGB die Kantone berechtigt sind, durch ein Gesetz das Bergregal einzuführen und damit *dem Staate das Recht zur Ausbeutung von nutzbaren Mineralien und Fossilien im Erdinnern zu sichern*“.³⁶⁵

Am ausführlichsten befasst sich das höchste Gericht mit dem Gehalt des Bergregales im Jahre 1918, als es unter anderem die Frage zu beantworten hatte, ob der Kanton sein Bergregal auf gewisse Rohstoffe *beschränken* dürfe, ohne das Rechtsgleichheitsgebot zu verletzen.

In concreto ging es um die Einführung eines „Gesetzes betr. das Berg-Regal“ im Kanton Luzern, wozu der Regierungsrat unter anderem ausführte:

“Der Kanton Luzern hat bis heute kein spezielles Gesetz erlassen betr. das Bergwerk-Regal. Gleichwohl hatte die kant. Behörde in früheren Zeiten die Ausbeutung von Mineralien an die Erwerbung einer Konzession oder eines Patentes gebunden. *Das Verfügungsrecht des Staates blieb daher gewahrt*“.³⁶⁶

Ganz unzweifelhaft ging die Regierung und mit ihr der Grosse Rat davon aus, der Staat könne selbstverständlich über *alle* Mineralien verfügen:

³⁶² BGE 91 I 186.

³⁶³ BGE 63 II 297.

³⁶⁴ Hervorhebung hinzugefügt.

³⁶⁵ BGE 45 I 54; Hervorhebung hinzugefügt.

³⁶⁶ BGE 44 I 160; Hervorhebung hinzugefügt.

„Zudem dürfte sich der Staat auch die Frage vorlegen, ob er nicht die Förderung *dieses wichtig gewordenen Materials* (sc. Braunkohle) ganz oder zum Teil im eigenen Betrieb übernehmen sollte“.³⁶⁷

Es zeigt sich, dass - zumindest damals - davon ausgegangen wurde, der Inhalt des Bergregales könne je nach sich ändernder Interessenlage ebenfalls geändert werden: Ist ein Material heute nicht von Belang, so wird es vom Kanton vielleicht auch nicht beansprucht. Gewinnt es an Bedeutung, so unterstellt er es wieder seiner direkten Verfügungsgewalt - ähnlich, wie das ja auch Artikel 1 Abs. 4 des Bernischen Bergwerk-Gesetzes grundsätzlich vorsieht.

Das Bundesgericht hielt denn auch fest:

„Es bedarf keiner weiteren Ausführung, dass die Autonomie der Kantone bezüglich des Bergregals die Befugnis in sich schliesst, *hievon in beliebigem Umfange Gebrauch zu machen*, und dass es demnach einem Kanton freisteht, das Regal auf bestimmte Rohstoffe des Bergbaus zu *beschränken*“.³⁶⁸

Dies ist auch durchwegs die Ansicht aller neueren Monographien oder Kommentare zum Bergregal. Geradezu einhellig wird konstatiert, es sei Sache der Kantone, den Inhalt des Bergregals und damit eben die regalen Stoffe zu bestimmen - auch wenn *in der Regel* Kies, Steine und Erden etc. nicht unter das (konkrete) Regal fielen.³⁶⁹

1.53 Bergrecht und Zivilgesetzbuch

Zwar hat das Bergregal bzw. das Bergwerk im ZGB nur marginalste Erwähnung gefunden - im Vordergrund steht sicherlich Artikel 655 Absatz 2 Ziff. 3 -, aber in den Vorarbeiten zum ZGB war noch ganz anderes geplant. In seiner Botschaft vom 28. Mai 1904 umschrieb der Bundesrat die Absicht wie folgt:

„Eine Regelung des Bergrechtes im Entwurfe (sc. zum ZGB) erscheint uns als angezeigt, weil es von Interesse ist, in allen Kantonen ein solches Recht zu haben, während von sich aus nicht einmal die Kantone mit Bergbau alle ein Bergrecht aufgestellt haben. Die Ordnung des Entwurfes weist keine Neuerungen auf. Es werden, soviel als möglich in Parallele zur Ordnung des Wasserrechtes, einerseits namentlich in bezug auf die Rechte des Staates die wünschenswerten Kautelen vorgesehen ... und andererseits die Verpflichtungen der Bergwerkseigentümer genauer angegeben ...

Endlich ist zu erwähnen, dass der Bund, mit Rücksicht auf die lokal verschiedenen Verhältnisse des Bergbetriebes, nur diejenigen Stoffe unter sein Bergrecht stellt, in bezug auf welche der bergmännische Betrieb ausser Zweifel ist. Daneben kann er es den Kantonen überlassen, *auch noch andere Stoffe dem Bergrecht zu unterwerfen*. Die Abgrenzung findet sich in den Artikeln 940 und 941“.³⁷⁰

Diese beiden (geplanten) Bestimmungen lauteten:

„Art. 940, Gegenstand der Bergwerke. I. Von Bundes wegen.

Die Vorschriften über die Bergwerke finden Anwendung auf jederlei Vorkehrungen zur Aufsuchung und gewerbsmässigen Gewinnung der folgenden Rohstoffe:

1. der metallischen Erze,
2. der fossilen Brenn-, Leucht- und verwandten Stoffe, als Graphit, Anthrazit, Steinkohle, Braunkohle, Schieferkohle, Asphalt, Bitumen und mineralische Öle, Schwefel und Schwefelerze, nicht jedoch Torf;

³⁶⁷ BGE 44 I 161; Hervorhebung hinzugefügt.

³⁶⁸ BGE 44 I 171; Hervorhebung hinzugefügt.

³⁶⁹ Vgl. etwa Sutter-Somm 127.

³⁷⁰ 91; Hervorhebung hinzugefügt.

3. des Steinsalzes und der Soolquellen.

Art. 941, II. Nach kantonalem Recht.

Die Kantone sind befugt, die Bestimmungen über die Bergwerke auf dem Wege der Gesetzgebung auszudehnen:

1. auf Steinbrüche und Gräbereien, für die bergbauliche Vorkehrungen zur Anwendung kommen,
2. auf Gips, Phosphate und die Salze als allgemeinen, seltene Mineralien und Kristalle,
3. auf Mineral- und andere Heilquellen und mineralische Gase, so oft solche Quellen und Gase durch Bohrlöcher oder andere bergbauliche Vorkehrungen gewonnen werden“.

Im Vorentwurf zum Zivilgesetzbuch von Eugen Huber war (in Artikel 945) die Kompetenz der Kantone zur Ausdehnung des damals ins Auge gefassten Bergregals noch nicht - oder doch weniger klar - auf bergbaulich zu gewinnende Stoffe beschränkt gewesen. In den Erläuterungen heisst es zum Gegenstand der Bergwerke:

„Soweit als zweifellos die bergrechtlichen Vorschriften berechtigt sind, wird das Bergrecht in die Hand des Bundes gelegt, daneben aber den Kantonen die Befugnis erteilt, dasselbe auf weitere Stoffe auszudehnen. Entscheidend ist dabei die Ähnlichkeit in den technischen Voraussetzungen und den äusseren Veranstaltungen des Bergbaues, was in Bezug auf die Quellen, Mineral- und andere Heilquellen, durch Hervorhebung der Anlage von bergbaulichen Vorkehrungen und Bohrlöchern noch besonders betont wird. Im übrigen ist die Abgrenzung Sache der technischen Expertise. Bei den Torfstichen und Steinbrüchen fällt in Betracht, dass das Vorhandensein solcher Stoffe für jedermann regelmässig von vornherein erkennbar ist. Es bedarf daher hier aller der Kautelen nicht, die in bezug auf die im Inneren der Erde vorhandenen Stoffe geboten sind“.³⁷¹

Sehr klar sind diese Ausführungen nun allerdings auch nicht. Es lässt sich, trotz der Betonung des bergmännisch-technischen Vorgehens durchaus die Ansicht vertreten, nicht unter das Bergrecht fielen - je nach kantonaler Ausgestaltung - höchstens all jene Stoffe, die lediglich gesammelt und aufgelesen³⁷² werden müssten. Sobald aber ins Erdinnere vorgestossen werde,³⁷³ hätte man es mit Bergbau und somit auch mit dem Bergrecht bzw. dem Bergregal zu tun.

Ausführungen in den Räten sind keine vorhanden, da das Bergrecht zusammen mit dem Wasserrecht noch vor der näheren Behandlung von den Räten aus dem Zivilgesetzbuch herausgenommen wurde, so dass das Bergrecht inhaltlich schliesslich auf Artikel 664 ZGB über die öffentlichen und herrenlosen Sachen zusammenschumpfte³⁷⁴:

„Nous vous demandons la suppression du titre 24 (sc. zum Wasser- und Bergrecht) tout entier, à l'exception d'un seul article 667bis dont j'aurais à vous reparler. Ainsi que je vous le disais, Messieurs, le chapitre premier du titre 24 contenait tout une série de dispositions générales; nous régaliions tout d'abord la question de la souveraineté de l'état sur les choses sans maître et les choses du domaine public ... *Nous ajoutions que le droit cantonal réglerait l'occupation des choses sans maître* ...

La suppression des deux chapitres suivants, l'un portant sur les concessions hydrauliques et l'autre sur les mines, a engagé votre commission à condenser toutes les dispositions générales du chapitre en un seul article: l'art. 667bis (sc. über die herrenlosen und öffentlichen Sachen³⁷⁵)“.

³⁷¹ Huber, Erläuterungen 368.

³⁷² Vgl. etwa Müller-Erbach 40.

³⁷³ Ohne Zweifel stösst nun aber auch „ins Erdinnere“ vor, wer beispielsweise Kies oder einen anderen Rohstoff im *Tagbau* gewinnt.

³⁷⁴ NR M. Rossel im Stenographischen Bulletin von 1906 1010; Hervorhebung hinzugefügt..

³⁷⁵ Heute Art. 664 ZGB.

Es würde viel zu weit führen, an dieser Stelle noch näher auf Artikel 664 einzugehen. Es mag genügen, kurz Couchepin zu zitieren, da zumindest heute unumstritten scheint, dass die Kantone gestützt auf Artikel 664 Abs. 3 ZGB die regalen Stoffe ihrem Bergregal unterstellen dürfen:

“Les minéraux seront compris dans les choses de l'art. 664, si le droit public cantonal les considère comme tels. Il peut le faire explicitement dans la loi d'introduction (rarement dans la Constitution) ou implicitement par la loi minière elle-même; c.à.d. qu'un canton possédant une loi minière, place par là même les minéraux dans les choses sans maître ou biens du domaine public“ de l'art. 664. C'est en effet la condition sine qua non, qui permet aux règles de droit civile de ces lois minières d'exister à côté du C.C.S.³⁷⁶

Nach diesem kurzen Exkurs zur Tragweite von Artikel 664, der also gleichsam das Überbleibsel des gesamten geplanten Bergrechtes des Zivilgesetzbuches darstellt, nun aber zurück zu den Materialien zum Zivilgesetzbuch.

Im Stenogramm der Expertenkommission lässt sich eine Kritik an Artikel 945 des Vorentwurfes finden, dergestalt, es gehe zu weit, „de permettre aux cantons d'appliquer les règles sur les mines et peut-être le droit régalien de l'Etat aux carrières et aux fouilles en général“.³⁷⁷

Dazu wurde vom Referenten dann erklärt,

„die allgemeine Fassung des Einganges des Artikels sei nachträglich aufgestellt worden. Ursprünglich habe man die Bestimmung eingeschränkt auf Betriebe mit bergtechnischen Einrichtungen; später habe man die allgemeine Fassung gewählt, in der Meinung, dass die Kantone keine unvernünftige Ausdehnung vornehmen werden. Die Fassung sei gewählt worden, besonders mit Rücksicht auf die Schieferbrüche in Glarus und die Marmorbrüche an anderen Orten. Er sei einverstanden damit, dass die Frage der näheren Abgrenzung nochmals der technischen Information unterstellt werde“.³⁷⁸

Es mag sein, dass diese Intervention zu der oben in Artikel 941 erwähnten Kopplung mit den „bergbaulichen Vorkehrungen“ geführt hat.

Wie dem auch sei: Die wenigen verfügbaren Materialien zur Entstehung des ZGB lassen es zu, von einer *gewissen Tendenz* zur Beschränkung des Regalrechts auf bestimmte Stoffe zu sprechen. Zwingend ist eine solche Betrachtungsweise nun aber keineswegs. Und vor allem ist das Bergrecht nie ja gar nie umfassend im Zivilgesetzbuch kodifiziert worden.

Hat damals, im Zuge der Schaffung des Zivilgesetzbuches, das Bergregal aber ebenso wenig Kontur erhalten wie später bei der Verankerung des Vorbehaltes in Artikel 31 Abs. 2 Satz 2 BV, so bleiben uns als einzige klare Quelle die erwähnten Entscheide des Bundesgerichtes, die die Ausgestaltung des Bergregals zur Sache der Kantone erklären: “Das kantonale Recht bestimmt den Inhalt der Bergbauberechtigung“.³⁷⁹

³⁷⁶ 57. Ebenso das Bundesgericht in BGE 44 I 171, wonach „die Kantone die bergmännisch ausbeutbaren Lager von Mineralien und Fossilien ... als öffentliche Sachen einer besonderen, vom ZGB abweichenden Regelung unterstellen können und ... das ZGB speziell auch die kantonale Regalität mit Bezug auf sie nicht ausschliesst“. Vgl. auch Art. 6 ZGB.

³⁷⁷ Stenogramm III-IV 464.

³⁷⁸ A.a.O. 465.

³⁷⁹ BGE 63 II 297.

Dass die Koppelung des Bergregals mit einer tradierten Vorstellung von bergmännisch, von Bergbau, von Stollen und Knappen sich nicht vertreten lässt, zeigen nun aber vor allem auch ein kurzer Blick in die Geschichte und daran anschliessend die Überlegungen zu Sinn und Zweck des Regals: Sollte ein Stoff wirklich nur dann dem Regal unterstehen, wenn er bergmännisch, im Sinne von Untertagbau, gewonnen wird, aber nicht mehr, wenn er im Tagbau abgebaut wird? Wohl kaum!

1.54 Das Bergregal in der Geschichte

An dieser Stelle müssen einige knappe Hinweise auf die Geschichte des Bergregals genügen. Genaueres zur Historie mag den angeführten Werken entnommen werden.³⁸⁰ Von Interesse ist sicherlich der Umstand, dass wir es beim Bergregal - wie bei so vielen Erscheinungsformen des Rechts - nicht originär mit einer theoretischen, mit einer rechtsdogmatischen Form zu tun haben, die danach gleichsam im „wirklichen Leben“ angewendet worden wäre.³⁸¹ Vielmehr wurde auch die Aneignung und Verwertung von Bodenschätzen erst im Laufe der Zeit rechtsdogmatisch erfasst, durchdrungen und ins Gefüge einer Rechtsordnung eingebettet.³⁸²

Auszugehen haben wir von der ganz praktischen Bedeutung des Bergbaus - gerade auch im Hinblick auf die Entwicklung und Unterstützung staatlicher Machtfülle -, denn mit dem Zugriff auf die Schätze des Bodens war Geld, viel Geld, zu verdienen³⁸³: So wurde etwa Habsburg „im 16. Jahrhundert zur Weltmacht auch aufgrund der Ausbeutung der Bergwerke in Tirol, Ungarn und Böhmen. Das deutsche Grosskapital wiederum kann durch seine profitablen Montan-Beteiligungen als Kreditgeber von Fürstenhäusern auftreten. *Der Bergbau ist eine der wichtigsten Machtquellen*“.³⁸⁴

Von daher ist es verständlich, wie umstritten der konkrete Zugriff auf die je interessierenden Ressourcen lange Zeit war:

³⁸⁰ Müller-Erzbach; Christen; Spahn; Sutter-Somm; Hess; Schmid.

³⁸¹ Nach Müller-Erzbach 40 ist auszuschliessen, „dass die nutzbaren Mineralien damals (sc. in der (nach-)fränkischen Zeit) durch einen allgemeinen Rechtssatz als Bestandteile des Grund und Bodens dem Grundeigentümer zuerkannt sind. Schon der Umstand, dass die meisten Funde oben in den Bergen gemacht wurden, wo durchgängig das Grundeigentum noch gar nicht Fuss gefasst hatte, steht der Annahme eines solchen Rechtssatzes entgegen. Denn wenn in den eigentlichen Abbaubezirken das Grundeigentum jünger ist als der Bergbau, kann es nicht die Rechtsgrundlage für ein Abbaurecht abgegeben haben.

³⁸² Das zeigt sich nicht zuletzt auch anhand der Unsicherheit, die lange Zeit hinsichtlich der Einordnung des Bergregals bestand. Handelte es sich nun um „nutzbare Rechte, die kraft eines Satzes des öffentlichen Rechts ausschliesslich dem Staate zustehen, während ihr Inhalt an sich als privatrechtliche Befugnis gilt“ (Gierke), so BGE 44 I 168, oder war doch einer öffentlichrechtlichen Theorie der Regalität der Vorzug zu geben?; dazu BGE 90 II 421 und v.a. Christen 14ff.

³⁸³ In den deutschen Bergwerken durchläuft denn auch die kapitalistische Produktion ihre ersten Entwicklungsstadien (zwischen 1450 und 1550). „Ein-Mann-Betriebe, Kleintechnik, kooperative Zusammenschlüsse (Genossenschaften) werden abgelöst von Modellen, die entschieden moderne, kapitalistische Züge tragen“, was nicht zuletzt auch bedingt war durch die technisch immer aufwendigeren Pump-, Förder- und Verhüttungsanlagen. Anfangs des 16. Jahrhunderts konkurrierte der Montanbau des Deutschen Reiches ökonomisch hinter der Landwirtschaft mit der Textilwirtschaft um Platz zwei; Böhme 71.

³⁸⁴ Böhme 72; Hervorhebung hinzugefügt.

„Ein so hochwertiges und die Begehrlichkeit auf sich ziehendes Recht, wie es das Bergregal in den bergbautreibenden Ländern war, konnte auch in den Händen der Landesherren nicht Gegenstand ruhigen Besitzes werden, sondern musste in schweren Kämpfen gegen benachbarte Fürsten verteidigt und im Lande selbst dauernd gegen den Widerstand der grossen Grundherren und sogar gegen die Ansprüche der rasch anwachsenden Bergstädte behauptet werden“.³⁸⁵

Diese grosse Bedeutung und Umkämpftheit des Bergregals macht es auch verständlich, dass das Bergregal nicht überall und zu allen Zeiten in der genau gleichen Ausgestaltung anzutreffen ist. Ja, „der Begriff des Regals lässt sich nicht allgemein und einheitlich bestimmen. Er ist örtlich und zeitlich erheblichen Schwankungen unterworfen“.³⁸⁶ Die politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen bestimmten das Interesse und vor allem auch die Macht der Landesherren, diesen oder jenen Bodenbestandteil gegen die Ansprüche der Grundherren an sich zu ziehen oder sich gar sämtliche Bodenschätze vorzubehalten. Neben den auch heute in der Schweiz unumstritten (potentiell) regalen Erz-, Kohle- oder Erdölvorkommen hat im Laufe der Geschichte daher praktisch schon jeder Stoff dem Regal unterstanden:

„An manchen Orten was das Bergregal so erweitert, dass dem Bauer kaum mehr als die Ackerkrume unbestritten zur freien Benutzung blieb. Schiefer, Sandstein und Mühlstein, Kalk, Salpeter, Rötel, Kreide, Porzellan-, Walker-, Farberde und selbst Sand wurden in Beschlag genommen. Im Badischen musste sich der Bauer im 16. Jh. und später kraft eigenartiger „Auslegung“ des Regals im Interesse der staatlichen Pulverwerke selbst seinen Misthaufen nach Salpeter durchwühlen lassen“.³⁸⁷

2. BERGREGAL UND RESSOURCENREGIME

Mit Blick auf das uns interessierende Ressourcenregime Boden heisst dies, dass die Kantone, so sie den wollen, die Möglichkeit haben, Bodenschätze ihrem Bergregal zu unterstellen. Das ist in den Kantonen in unterschiedlichem Ausmasse geschehen.

Besteht ein Bergregal, so wird damit das Akzessionsprinzip durchbrochen: Über gewisse Teile seines Grundeigentumes kann der Eigentümer nicht verfügen. Das Gold, die Kohle, der Schiefer oder der Marmor „gehören“ ihm nicht. Es ist der Kanton, der über diesen Teil seines Grundeigentums, der gemäss der Grundkonzeption von Artikel 641 Absatz 1 ZGB „eigentlich“ ihm gehörte, bestimmt.

In der Regel erteilt der Kanton, wie bereits angesprochen, das Recht zur Ausbeutung durch eine Konzession.

2.11 Konkretisierung der Eigentumsgarantie durch das Bergregal

Da es sich beim Bergregal um einen Verfassungsbegriff handelt, so geht dieser nicht nur einer konkreten Bestimmung des Bundeszivilrechts,³⁸⁸ vor, sondern er ist auch grundsätzlich mit der Eigentumsgarantie, die in Artikel 22ter BValt/Artikel 26BVneu verankert ist, verträglich.

Bis auf einen innersten Kern (Kerngehalt), der selbst dem Gesetzgeber nicht zur Disposition steht (wohl hingegen dem Verfassungsgeber), ist das Eigentum, wie ge-

³⁸⁵ Müller-Erzbach 48.

³⁸⁶ Christen 9.

³⁸⁷ Müller-Erzbach 51f. m.w.H.

³⁸⁸ In Frage käme etwa der bereits erwähnte Art. 655, aber auch 667 ZGB.

zeigt wurde, somit eine variable Grösse, dessen Gehalte sich durch neue oder sich ändernde Schutz- und Nutzungspolitiken wandeln können.

Diese Wandelbarkeit, ja selbst die Konkretisierungsbedürftigkeit des Eigentums ist, obwohl lange umstritten, bereits in Artikel 641 Absatz 1 ZGB angelegt, wo es ja heisst, der Eigentümer könne „in den Schranken der Rechtsordnung“ über sein Eigentum verfügen.

Zu den Schranken bzw. den Konkretisierungen der Eigentumsgarantie gehören somit anerkanntermassen alle entsprechenden *gesetzlichen* Vorschriften, insbesondere die konkrete Ausgestaltung der Eigentumsordnung im Rahmen des Bundeszivilrechtes (formelles Regelwerk); dazu gehören aber ebenso die anderen Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen - also auch das bereits auf Verfassungsebene garantierte Bergregal. Somit ist das Eigentum nur in jener Gestalt garantiert, die sich mit den Anforderungen des Bergregals vereinbaren lässt - und umgekehrt.

Werfen wir, dies auch gleich als eine kurze Zusammenfassung der bisherigen Ausführungen, nun einmal einen Blick auf jene (öffentlichrechtlichen) Schranken, die dem *Grund*-Eigentum heute gezogen sind. Fragen wir uns, was ein Eigentümer mit seinem Grundeigentum heute machen kann, wird dadurch der Gehalt dieses Eigentums doch konkret bestimmt:

Kann ich eine Liegenschaft brach liegen lassen? In der Regel ja, sofern sich diese nicht in einer Bauzone eines jener Kantone befindet, die einen Überbauungszwang kennen. Kann ich mein Grundstück beliebig bepflanzen? Solange es in einer Bauzone liegt, mag das noch einigermaßen der Fall sein; in der Landwirtschaftszone ist hingegen - indirekt gesteuert über die Landwirtschaftspolitik (Subventionen etc.) - diese Freiheit eine eher theoretische. Kann ich mein Grundstück beliebig überbauen? Nein, grundsätzlich muss das Grundstück in einer Bau-Zone liegen. Und auch in der Bauzone ist über die Ausnützungsziffer bis zur Anzahl der Stockwerke, von der Dachschräge bis zur Fassadengestaltung in der Regel fast alles normiert. Wer anders, etwa weiter nach unten oder nach oben, oder wer eine nicht-landwirtschaftliche Baute ausserhalb der Bauzone erstellen will, ist auf eine Ausnahmeregelung/-bewilligung angewiesen.

~~☞~~ Kurz: der Inhalt des Grundeigentums wird heute weitgehend bestimmt durch die Bau- und Planungsgesetzgebung, durch Bestimmungen des Natur- und Landschaftsschutzes, des Gewässerschutzes oder des Umweltschutzes ganz allgemein.

Und das gilt nicht nur für die Oberfläche einer Liegenschaft. Selbst wer heute auf einem Goldvorkommen sitzt, das vom Kanton *nicht* seinem Regal unterstellt wäre und das somit theoretisch³⁸⁹ ihm gehörte, kann noch lange nicht anfangen, danach zu graben. Sprechen Gründe des Landschaftsschutzes, der Raumplanung, des Umweltschutzes etc. dagegen, so haben wir es meist nicht einmal mit einem entschädigungspflichtigen Eingriff ins Eigentum zu tun, bestimmen doch gerade diese Normen erst den Gehalt des Eigentums.

Gleiches gilt unbestrittenerweise auch für Kiesvorkommen, einen der wenigen heute wirklich noch relevanten Bodenschätze in der Schweiz. Noch mancher Bauer sitzt

³⁸⁹ Gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 641. Abs. 1 ZGB.

auf einem Kiesberg, den er ganz gerne verwerten würde. Liegt sein Grundstück aber nicht im Perimeter der kantonalen Abbauplanung, so sind seine Chancen recht klein - und werden angesichts der bundesgerichtlichen Praxis³⁹⁰ immer kleiner - mit dem Abbau je beginnen zu können. Und auch hier ist in der Regel keine Entschädigung geschuldet. Denn wir haben es nicht mit einer „materiellen Enteignung“ zu tun, da dem Bauern weder der bisherige noch der voraussehbare künftige Gebrauch seines Grundstückes „untersagt oder in einer Weise eingeschränkt wird, die besonders schwer wiegt, weil dem Eigentümer eine wesentliche aus dem Eigentum fließende Befugnis entzogen“ würde.³⁹¹

2.11.1 Ausweitung des Bergregals auf neue Stoffe

An dieser Konkretisierung des Grund-Eigentums durch primär öffentlichrechtliche Erlasse (Policy-Design) würde sich auch nichts ändern, wenn ein Kanton einen Rohstoff, den er bisher noch nicht seinem Bergregal unterstellt hatte - wie etwa Kies - dem Regal unterstellte. Auch in Zukunft bestimmte sich die Abbaubarkeit eines Kiesvorkommens durch die bau- und planungsrechtlichen Vorgaben (in einem weiten Sinne). Die Regalität von Kies erführe nur für jene wenigen Grundeigentümer überhaupt Bedeutung, die ein Grundstück mit einem unterliegenden Kiesvorkommen in einer Abbauzone ihr eigen nannten. Sie würden in Zukunft gleich behandelt, wie jene, die auf einer Erzader oder einem Kohlevorkommen sitzen: Unter Umständen würden sie selber zur Ausbeutung zugelassen, vielleicht würde die Konzession jedoch auch einem Dritten verliehen, und eventuell würden sie gar enteignet, wobei die Enteignung sich allerdings nicht auf das auszubeutende Vorkommen, sondern lediglich auf die Liegenschaft bezöge, befindet sich das *regale* Vorkommen ja nicht im Eigentum des Liegenschaftseigentümers.

Für Eigentümer von heute schon im Abbau befindlichen Kiesvorkommen bzw. für solche, die damit rechnen konnten, ihr Grundstück in nächster Zukunft auszubeuten, hätte die Regalität von Kies allerdings erhebliche Auswirkungen. Allein, sie dürften in der Regel damit rechnen, wegen materieller (oder gar formeller) Enteignung entschädigt zu werden.

Angesichts der lediglich marginalen Auswirkungen auf das (Grund-)Eigentum lässt sich unschwer erkennen, dass angesichts des von der Bundesverfassung anerkannten öffentlichen Interesses an einem Bergregal auch eine „Ausdehnung“ auf Kies unproblematisch wäre. Es lassen sich keine Auswirkungen auf das (Grund-)Eigentum erkennen, die so schwer wögen, dass das Bergregal beschränkt bzw. die Regalität von Kies verneint werden müsste.

Allerdings muss auf eine Auswirkung noch speziell eingegangen werden. Es geht um das Verhältnis zwischen der „normalen“ Nutzung eines Grundstückes, insbesondere dessen Überbaubarkeit, und der „Ausdehnung“ des Bergregals:

Die Gleichrangigkeit der Verfassungsbestimmungen verlangt, dass das Grundeigentum nicht über die Massen durch die Erfordernisse des Bergregals beeinträchtigt wird.

³⁹⁰ BGE 115 Ib 306 113 Ib 229; 112 Ib 28.

³⁹¹ So, seit dem Entscheid Barret, BGE 95 I 329, das Bundesgericht.

Eine solche unzulässige Beeinträchtigung läge wohl vor, wollte ein Kanton jegliches Bauvorhaben auf einem kieshaltigen Grundstück künftig nur noch mittels Konzession zulassen. Ob gebaut werden darf oder nicht, das bestimmt sich nach den Vorschriften des Bau- und Planungsrechts. Das Bergregal der Kantone, dessen konkrete Gestalt bekanntlich *kantonale* Normen bestimmen, wird durch das - weitgehend - ebenfalls *kantonale* Bau- und Planungsrecht überlagert. Will der Kanton auf seine regalen Kiesvorkommen greifen, so entbindet ihn dies (in der Regel) nicht von einer Abbauplanung. Legt er (bzw. die Gemeinde) Grundstücke in die Bauzone, deren Kieshaltigkeit ihm bekannt sind, so werden sie dadurch zu Baugrund - und können auch mittels einer Baubewilligung überbaut werden.

Sollte erst im Zuge einer konkreten Bauplanung ein abbauwürdiges Vorkommen entdeckt werden, so wäre - bei Überwiegen dieses Abbauinteresses - die Zonenplanung zu ändern - eventuell unter Entschädigungsfolge (allerdings nur hinsichtlich des Oberflächen-Eigentums).

Gleiches gälte, wenn nicht nur die Regalität von Kies zur Debatte stände, sondern die eines jeden beliebigen Bodenbestandteiles. Die Eigentumsgarantie wäre daher selbst bei der „Ausdehnung“ des Bergregals auf alle in der Erdkruste vorhandenen Stoffe nicht grundsätzlich verletzt.

Wird behauptet, die Unterstellung von noch nicht erfassten Stoffen (wie etwa Kies) unter das Bergregal sei mit der Eigentumsgarantie vereinbar, so könnte immer noch der Vorwurf erhoben werden, eine solche Sicht vernachlässige in ungebührlicher Weise das Privatrecht und dessen Bedeutung für das Eigentum.

2.11.2 Verstoss gegen das Bundeszivilrecht?

Es liesse sich ja nun behaupten, was unter dem durch die Verfassung garantierten Eigentum zu verstehen sei, das bestimme sich in wichtigen Teilen gerade durch das Zivilgesetzbuch. Immerhin sei dieses viel älter als die explizite Verankerung der Eigentumsgarantie in der Verfassung.³⁹² Die Eigentumsgarantie habe also gleichsam nur auf Verfassungsebene verankert, was im Zivilgesetzbuch schon lange anerkannt gewesen sei. Dadurch müsse jeder Eigentumsbegriff bzw. jede Konkretisierung dieses Begriffes unabdingbar auch mit Artikel 667 Abs. 1 ZGB vereinbar sein, der gleichsam eine minimale, dem Grundeigentümer jederzeit zu verbleibende Ausdehnung des Grundeigentums in den Untergrund bzw. auf bestimmte Bodenbestandteile festschreibe:

Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

Insofern würde also indirekt behaupten, eine „Ausdehnung“ des Bergregals auf Kies oder gar auf jeden Bodenbestandteil verletzte eben doch den Kerngehalt der Eigentumsgarantie.

Dies teilweise Festschreibung (Versteinerung) des Eigentums durch gewisse Artikel des Zivilgesetzbuches ist nun aber insofern zirkelschlüssig, als das Eigentum in Arti-

³⁹² Diese stammt erst aus dem Jahr 1969.

kel 641 desselben Zivilgesetzbuches ja nur in den „Schranken der Rechtsordnung“ Verfügungs- und Nutzungsfreiheit gewährt, und zu diesen Schranken eben die Regalität gehört. Ja, die Möglichkeit der Kantone, Rohstoffe ihrem Regal zu unterstellen, hatte sogar im Zivilgesetzbuch eine Norm zur Folge, die, in komprimierter Weise, das gesamte Bergrecht, das ja nicht wie geplant ins Zivilgesetzbuch aufgenommen wurde, umfasst. Gemeint ist Artikel 664, insbesondere Abs. 3, ZGB, wonach die Kantone über die Aneignung des herrenlosen Landes sowie über die Ausbeutung der öffentlichen Sachen die erforderlichen Bestimmungen aufstellen dürften.³⁹³ Da die Darstellung dieser Problematik den Rahmen dieser Erörterungen bei weitem sprengen würde, sei eine längere Passage von Scheiwiler zitiert, der sich in seiner Dissertation mit dem „Interesse des Grundeigentümers am Untergrund gemäss Artikel 667 Abs. 1 ZGB“ auseinandergesetzt hat:

„Zu den weiteren vermögensmässigen Nutzungen des Untergrundes gehört die Ausbeutung von Bodenschätzen. Die besondere (beschränkte) Rechtsstellung, die dem Grundeigentümer hiebei zukommt, lässt es angezeigt erscheinen, auf diese Nutzungsart kurz einzugehen. Wie schon erwähnt, entfaltet das Eigentum und damit auch ZGB Art. 667 gemäss ZGB Art. 641 Wirkungen nur innerhalb der Schranken der Rechtsordnung. Eine einschränkende Bestimmung gemäss ZGB Art. 641 Abs. 1 ist ZGB Art. 664, der die „herrenlosen und öffentlichen Sachen“ sowohl ZGB Art. 5 entsprechend in privatrechtlicher als auch in spezieller Erweiterung von ZGB Art. 6 Abs. 1 in öffentlichrechtlicher Hinsicht unter die kantonale Staatshoheit stellt. Mit Absicht hat der Bundesgesetzgeber die „herrenlosen und öffentlichen Sachen“ von ZGB 664 inhaltlich nicht festgelegt; er wollte dies im Rahmen des Titels „Grundeigentum“ den kantonalen Gesetzgebern überlassen. Es ist deshalb, wie Couchepin zeigt, unzutreffend, wenn das Bundesgericht in seinen Entscheiden 44 I 170 und 63 II 297 aufgrund des in diesem Punkt nicht verwirklichten Vorentwurfes zum Schluss kommt, die Bodenschätze (vor allem die Mineralien und Fossilien) gehörten allgemein und zum vorneherein zu den „herrenlosen und öffentlichen Sachen“ des Artikels 664. Die Bedeutung der Materialien liegt vielmehr darin, dass sie zeigen, dass für die Kantone die *Möglichkeit* besteht, die Objekte des Bergbaus unter die „herrenlosen und öffentlichen Sachen“ einzureihen. Befasst sich der Kanton nicht in diesem Sinne mit den Bodenschätzen, so bleiben sie den allgemeinen Bestimmungen des ZGB, insbesondere ZGB Artikel 667, unterstellt. Der Kanton kann aber auch nur bestimmte Bodenschätze als „herrenlose und öffentliche Sachen“ behandeln, wobei für die übrigen weiter die allgemeinen Bestimmungen gelten. Erfasst das kantonale Recht die Bodenschätze, so ist es auch zuständig für die Bestimmung, ob diese herrenlos sind oder ob sie als Bestandteil des öffentlichen Finanz- oder Verwaltungsvermögens oder allenfalls als im Sondereigentum des Kantons stehend zu gelten haben. Die Rechte des Grundeigentümers zur Ausbeutung von Bodenbestandteilen gehen somit je nach kantonaler Regelung verschieden weit. Der Kanton Graubünden hat z.B. von dem ihm in ZGB Artikel 664 eingeräumten Recht keinen Gebrauch gemacht, weshalb das Interesse des dortigen Grundeigentümers sich auf alle Bodenbestandteile erstrecken kann. In den meisten Kantonen ist dem Grundeigentümer aufgrund von Einführungsgesetzen, eigentlichen Berggesetzen oder Gewohnheitsrecht mehr oder weniger weitgehend die Befugnis zum Abbau der Bodenschätze entzogen worden. Bei diesen Bodenschätzen handelt es sich meist um die kostbareren Bodenbestandteile, nämlich um bestimmte Mineralien (Metalle, Salze) und Fossilien (Kohle und Erdöl), während vielfach die weniger kostbaren, in der Regel nicht bergmännisch abgebauten Steine und Erden (Kalkstein, Marmor, Schiefer, Sandstein, Ton, Lehm, Granit, Gneis, landwirtschaftliche Erden, Torf und oft auch Gips) vom kantonalen Recht nicht erfasst werden. Damit bleiben diese Bodenbestandteile den allgemeinen Bestimmungen des Zivilgesetzbuches und folglich auch der Verfügungsgewalt des Grundeigentümers gemäss Artikel 667 unterstellt.“³⁹⁴

Der Einwand, das Grundeigentum erstrecke sich gleichsam beliebig nach unten, sofern ein entsprechendes Interesse nachgewiesen werden könne, ist somit schon

³⁹³ Zu den herrenlosen und öffentlichen Sachen gehören „auch die Objekte des Bergbaus, d.h. die nutzbaren Mineralien und Fossilien im Erdinnern, die demnach sowohl in öffentlichrechtlicher wie in privatrechtlicher Hinsicht der kantonalen Gesetzgebung überlassen sind“; BGE 63 II 297.

³⁹⁴ 84f. Vgl. auch Edelmann 2ff.

heute nicht ohne Einschränkung - eben gerade durch das Bergregal bzw. Artikel 664 Abs. 3 ZGB - haltbar.

Dann bleibt eigentlich nichts anderes mehr, als zu behaupten, das Bergregal gebe nur Zugriff auf einige wenige ausgewählte Stoffe, bilde also - normativ und nicht nur faktisch - die *Ausnahme* von der Regel und dürfe demnach nicht weiter „ausgedehnt“ werden.

Beschränkt sich der Einwand auf die Regalität von Kies, so vermag er nicht zu überzeugen. Sei's, dass die oben von verschiedenen Seiten betrachteten möglichen Gehalte eines Bergregales dagegen sprechen, insbesondere dessen Sinn und Zweck, sei's dass schlicht keine Gründe ersichtlich sind, wieso nun unbedingt Kies nicht dem Bergregal unterstellt werden dürfte.

Schwieriger wird es, die Vereinbarkeit eines Regals für beliebige Bodenbestandteile mit einer Eigentumsgarantie, die mehr oder weniger ihrer Ausgestaltung durch das Zivilgesetzbuch entsprechen soll, zu begründen. Doch hier liegt ja gerade die Crux: Wer von einem primär privatrechtlichen Eigentumsbegriff ausgeht, der verkennt den Status quo, übersieht, dass der Gehalt des Grundeigentums in grossen Teilen durch das öffentliche Recht, durch die „Bedürfnisse der Gemeinschaft“ bestimmt wird und auch bestimmt werden muss. Zentral muss also sein das Gewicht der je anstehenden *öffentlichen* Aufgaben und Interessen. Wer dies nicht anerkennt, der oder die muss gleichsam notwendig behaupten, eine weitere „Beschränkung“ des Grundeigentums³⁹⁵ sei unzulässig, weil - ja weil es eben unzulässig sei. Gründe, die diese Annahme stützen, lassen sich im Rahmen einer Rechtsordnung, die privates und öffentliches Recht umfasst, keine finden.

2.11.3 Eingriffe in das Oberflächen-Grundeigentum

Werden regale Bodenbestandteile im *Tagbau* abgebaut, so wird bestimmten Liegenschaftseigentümern und -eigentümerinnen verunmöglicht, ihr Eigentum im bisherigen Sinne weiter zu verwenden: Es ist zum Beispiel - auf lange Zeit - nicht mehr möglich, auf dem fraglichen Grundstück Landwirtschaft zu betreiben. Und das mag viele mehr betreffen als der Umstand, dass der Staat mit „ihrem“ Kies nun Geld verdient.

Liegt hierin eine unzulässige Aushöhlung des Eigentumsbegriffes, wurden durch den Untertagbau in der Regel ja nur ganz wenig direkt in der Ausübung ihres Oberflächeneigentums betroffen?

Nein. Vielmehr bietet gerade dieser *direkte* Eingriff³⁹⁶ die Möglichkeit, zwischen dem Regal bzw. seiner Ausübung und der Eigentumsgarantie *abzuwägen*:. Denn will der Kanton selber oder durch einen Konzessionär ein Kiesvorkommen unter dem Grundstück des Bauern X abbauen, so dass - durch den Tagbau - diesem für die nächsten 20 oder 30 Jahre verunmöglicht wird, sein Eigentum im bisherigen Rah-

³⁹⁵ Wobei eigentlich eher von einer Konkretisierung von Art. 667 Abs. 1 ZGB gesprochen werden müsste.

³⁹⁶ Ansonsten haben wir es ja meist mit (höchstens) indirekten Eingriffen zu tun, so wenn ein Stoff dem Regal unterstellt wird, ohne dass der „betroffene“ Eigentümer bisher je daran gedacht hatte, diesen Stoff unter seinem Grundstück auszubeuten. Oder wenn ein potentiell abbaufähiges Vorkommen von der kantonalen Abbauplanung nicht erfasst wird, so dass das vorhandene Kies gar nie abgebaut werden kann und somit auch gar nie praktisch zu einem Teil der fraglichen Liegenschaft wird (auch wenn es rein theoretisch (ohne Bergregal) dazugehören könnte).

men zu nutzen, so bedarf ein solcher Eingriff in das (Oberflächen-)Eigentum einer Rechtfertigung - so wie jeder Eingriff ins Eigentum einer Rechtfertigung bedarf: An der genügenden gesetzlichen Grundlage fehlt es, so sei angenommen, nicht. Auch der Kerngehalt ist nicht tangiert. Stellt sich die Frage, ob der Eingriff im öffentlichen Interesse liegt und ob er denn auch verhältnismässig sei. Das lässt sich theoretisch nicht abschliessend beantworten. Es liegt aber auf der Hand, dass das Interesse des Grundeigentümers an der weiteren (landwirtschaftlichen) Nutzung seines Grundstückes dem öffentlichen Interesse an der Ausbeutung nicht immer zu weichen hat. So läge es in der Regel kaum im öffentlichen Interesse und wäre wohl auch nicht mehr verhältnismässig im engeren Sinne, ein Grundstück für Jahre „unbrauchbar“ zu machen, nur um dort einige wenige Tonnen Kohle zu gewinnen, die auf dem freien Markt für ein paar Franken problemlos zu erstehen sind, wenn sie denn überhaupt jemand kaufen möchte. In Krisenzeiten hingegen kann das öffentliche Interesse an der Ausbeutung auch solch eigentlich unrentabler Ressourcen aber gewaltig wachsen, so dass das Interesse des Bauern an einer ungestörten Weidewirtschaft oder dem Anbau von Weizen weichen müsste.

Dieses Abwägen ist auch heute schon im Rahmen der Ausbeutung von Rohstoffen bekannt. So richtet sich der Eingriff ins (Oberflächen-)Eigentum auch im Kanton Bern nach den Grundsätzen des Enteignungsgesetzes, heisst es doch in Artikel 9 Abs. 1 Bergwerk-Gesetz:

„Erfordern es Gründe des öffentlichen Wohls, so erteilt der Regierungsrat dem Konzessionär das *Enteignungsrecht*“.

Zudem wird dem Grundeigentümer auch nicht ohne weiteres ein fremder Konzessionär vor die Nase gesetzt. Er kann sich einmal selber um eine Konzession bewerben, und er muss sicherlich bevorzugt werden, wenn er ansonsten ebenso geeignet ist wie ein Dritter.³⁹⁷ Zudem ist der Grundeigentümer anzuhören, bevor einem Dritten das Recht erteilt wird, auf seinem Grundstück Rohstoffe abzubauen. Im Rahmen dieser Anhörung ist selbstverständlich auch zu prüfen, ob das Interesse am Eingriff jenes des betroffenen Grundeigentümers überwiegt, was je nach dem dann auch zu einer Enteignung bzw. einem „freihändigen“ Verkauf führt oder führen kann.³⁹⁸

Durch diese Abwägung im konkreten Einzelfall wird nicht behauptet, der Kanton müsse ein überwiegendes Interesse an einer konkreten Ausgestaltung des Bergregals bzw. an dessen Verhältnismässigkeit nachweisen. Dieses öffentliche Interesse ist durch die spezifische Verankerung des Regalvorbehaltes in der Bundesverfassung abgedeckt³⁹⁹ und zudem manifestiert es der Kanton ja gerade durch den konkreten Akt.

Beim Zugriff auf das Oberflächen-Grundeigentum geht es nicht um das Regal bzw. um die Regalität des unterliegenden Rohstoffes. Hier geht es vielmehr um jenen Teil des Grundeigentumes, das vom Bergregal anerkanntermassen nicht erfasst wird, eben der Oberfläche. Diese Eigentumsbeschränkung - und nicht das Regal per se - muss, gemessen an den bekannten Voraussetzungen zur Zulässigkeit eines Grundrechtseingriffes, sich rechtfertigen lassen.

³⁹⁷ Vgl. Art. 23, 30 Bergwerk-Gesetz.

³⁹⁸ Vgl. Art. 33, ebenfalls 8, 9.

³⁹⁹ Dazu Rhinow 69, Rz 233 Anm. 443; Etienne Grisel 409; Ruey 235; Häfelin/Müller 440, Rz 2000.

Hier, beim konkreten Eingriff in das Oberflächen-Grundeigentum, in das was für 99,9 % der Grundeigentümerinnen und -eigentümer auch praktische Bedeutung hat, ist das Schlachtfeld, auf dem über eine Verletzung der Eigentumsgarantie entschieden werden muss, nicht bei der Frage, ob die Kantone verpflichtet sein sollen, den Grundeigentümern theoretisch irgendwelche Bodenbestandteile zuzuhalten oder sie ihnen nicht zu entziehen, mit denen sie mangels entsprechender öffentlichrechtlicher Normierung sowieso nie auch nur irgendetwas anfangen können. Ein Eigentum ohne *praktischen* Inhalt ist sinnlos.

3. DIE LANDWIRTSCHAFTSGESETZGEBUNG

Die Landwirtschaftsgesetzgebung ist riesig. Man braucht nur einen Blick in die Systematische Sammlung des Bundesrechtes zu werfen, um mit einigem Recht vermuten zu dürfen, dass es im Rahmen der Landwirtschaft wohl fast nichts gibt, das nicht in irgendeiner Art und Weise geregelt wäre.

Hier sei lediglich der Überblick über die relevanten Normen wiedergegeben:

- 91 Landwirtschaft
- 910 Förderung im allgemeinen
- 911 Bäuerlicher Grundbesitz
- 911.1 Erhaltung
- 911.2 Grundstückverkehr
- 912 Landwirtschaftlicher Produktionskataster
- 913 Strukturverbesserungen
- 914 Landwirtschaftlicher Kredit
- 915 Bildungs- und Forschungswesen
- 916 Produktion und Absatz. Ein- und Ausfuhr. Verwertungsmassnahmen
- 916.0 Allgemeine Bestimmungen
- 916.1 Pflanzenbau
- 916.11 Ackerbau
- 916.111 Brotgetreide
- 916.112 Anderes Getreide, Futter und Stroh
- 916.113 Kartoffeln
- 916.114 Zuckerrüben
- 916.116 Tabak
- 916.12 Gartenbau
- 916.120.11 Technikum für Obst-, Wein- und Gartenbau in Wädenswil
- 916.120.12 Eidgenössische Forschungsanstalt für Obst-, Wein- und Gartenbau Wädenswil
- 916.120.2 Eidgenössische Landwirtschaftliche Forschungsanstalt Changins
- 916.121 Gemüse
- 916.122 Gartenbauerzeugnisse
- 916.13 Obstbau
- 916.14 Rebbau
- 916.15 Saatgut
- 916.16 Pflanzenbehandlungsmittel
- 916.17 Dünger
- 916.2 Pflanzenschutz
- 916.3 Tierwirtschaftliche Produktion
- 916.30 Allgemeine Bestimmungen
- 916.31 Rindvieh und Kleinvieh
- 916.32 Pferde, Maultiere und Esel
- 916.34 Schlachtvieh und Fleisch und Geflügel
- 916.35 Milch, Milchprodukte, Speiseöle und Speisefette

916.36 Wolle
916.37 Eier
916.4 Bekämpfung von Tierseuchen
917 Soziale Sicherheit
919 Vollzug des Landwirtschaftsgesetzes

Und die bloße Auflistung der Titel der unter diesen SR-Nummern aufgeführten Gesetze, Verordnungen etc. würde noch mehrere Seiten füllen.

Wir müssen uns hier auf ganz wenige Bemerkungen zur tendenziellen Neuausrichtung der Landwirtschaft sowie zum Landwirtschaftsgesetz selber begnügen.

3.1 Verfassungsebene

In der Verfassung finden sich verschiedenste Bestimmungen mit Bezug zur Landwirtschaft. Hervorgehoben werden soll hier die neueste,⁴⁰⁰ die - so steht zu hoffen - einiges dazu beitragen dürfte, die Landwirtschaft „nachhaltiger“ werden zu lassen. Es handelt sich um den Artikel 31octies aBV bzw. um den Artikel 104, Landwirtschaft, der neuen Verfassung:

1 Der Bund sorgt dafür, dass die Landwirtschaft durch eine nachhaltige und auf den Markt ausgerichtete Produktion einen wesentlichen Beitrag leistet zur:

- a. sicheren Versorgung der Bevölkerung;
- b. Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und Pflege der Kulturlandschaft;
- c. dezentralen Besiedlung des Landes.

2 Ergänzend zur zumutbaren Selbsthilfe der Landwirtschaft und nötigenfalls abweichend von der Handels- und Gewerbefreiheit fördert der Bund die bodenbewirtschaftenden bäuerlichen Betriebe.

3 Er richtet die Massnahmen so aus, dass die Landwirtschaft ihre multifunktionalen Aufgaben erfüllt. Er hat insbesondere folgende Befugnisse und Aufgaben:

- a. Er ergänzt das bäuerliche Einkommen durch Direktzahlungen zur Erzielung eines angemessenen Entgelts für die erbrachten Leistungen, unter der Voraussetzung eines ökologischen Leistungsnachweises.
- b. Er fördert mit wirtschaftlich lohnenden Anreizen Produktionsformen, die besonders naturnah, umwelt- und tierfreundlich sind.
- c. Er erlässt Vorschriften zur Deklaration von Herkunft, Qualität, Produktionsmethode und Verarbeitungsverfahren für Lebensmittel.
- d. Er schützt die Umwelt vor Beeinträchtigungen durch überhöhten Einsatz von Düngstoffen, Chemikalien und anderen Hilfsstoffen.
- e. Er kann die landwirtschaftliche Forschung, Beratung und Ausbildung fördern sowie Investitionshilfen leisten.

Die Verfassungsnorm war eine Antwort auf den Umstand, dass die Landwirtschaft über lange Zeit hinweg - historisch zwar durchaus verständlich - äusserst einseitig auf die bloße landwirtschaftliche Produktion um der Produktion willen ausgerichtet gewesen war. Dieser Ausrichtung auf die Sicherstellung der Landesversorgung mit lebenswichtigen Gütern und Dienstleistungen, auf die Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln, war über Jahrzehnte hinweg ein Grossteil der Landschaft geopfert worden: Sie wurde regelrecht ausgeräumt und maschinengängig gemacht. Fast jede Hecke, fast jeder nicht in Reih' und Glied stehende Busch, fast jeder „frei“ vor

⁴⁰⁰ Angenommen in der Volksabstimmung vom 9. Juni 1996 (Erwahrungsbeschluss des BR vom 19. Aug. 1996 - AS 1996 2502 2503 - und BB vom 21. Dez. 1995; BBl 1996 I 229, 1992 VI 292, 1996 III 917).

sich hinfließende Bach, die man heute beim Sonntagsspaziergang antrifft, sind mit grösster Wahrscheinlichkeit Resultat einer Renaturierungsbemühung der letzten wenigen Jahre. Die Landwirtschaft hat mit der Ausräumung der Landschaft zudem hauptsächlich zum massiven Artenschwund in der Schweiz beigetragen. Sie hat mit ihren viel zu grossen Viehbeständen entscheidend zur Verschmutzung der Gewässer beigetragen etc.

Diese Ausrichtung auf einen Wirtschafts- und Produktionszweig „Landwirtschaft“ spiegelt sich nach wie vor im Landwirtschaftsgesetz wieder.

3.2 Das Landwirtschaftsgesetz

Mit seinem vollen Namen heisst das Landwirtschaftsgesetz, LwG, vom 3. Oktober 1951 (SR 910.1) Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes. Es findet primär „Anwendung auf die Landwirtschaft sowie auf andere Wirtschaftszweige, soweit diese von den darin enthaltenen Bestimmungen betroffen werden“ (Art. 1 LwG). Bei seiner Durchführung sind zudem die erschwerten Produktions- und Lebensbedingungen in den Berggebieten besonders zu berücksichtigen (Art. 2 Abs. 1 LwG).

In seinem Ersten Titel befasst sich das Gesetz mit der „landwirtschaftlichen Berufsbildung und Forschung“. Im zweiten Titel folgen die „Wirtschaftliche Bestimmungen“. Deren erster Abschnitt widmet sich „Produktion und Absatz, Ein- und Ausfuhr, Preise“. Zur Produktion bestimmt Artikel 18 LwG als Grundsatz:

Die Bestimmungen dieses Abschnittes (Art. 19–31) sind unter Berücksichtigung der durch die Natur gegebenen Verhältnisse so anzuwenden, dass die landwirtschaftliche Produktion die Landesversorgung soweit als möglich gewährleistet, der Aufnahmefähigkeit des einheimischen Marktes entspricht und den Möglichkeiten der Ausfuhr genügt.

Eine verhältnismässig neue Norm aus dem Jahre 1996, Artikel 18b, Herstellungsverfahren, spezifische Produkteigenschaften, Berggebiete, lautet:

1 Der Bundesrat regelt:

- a. die Anforderungen, denen die Herstellungsverfahren, insbesondere solche mit ökologischer Ausrichtung, und die Produkte genügen müssen;
- b. die Kontrolle.

2 Erzeugnisse dürfen nur dann als besonders umweltschonend und tiergerecht gekennzeichnet werden, wenn die Produktionsrichtlinien für den gesamten Betrieb gelten. Der Bundesrat kann in besonderen Fällen Ausnahmen gewähren.

3 Der Bundesrat kann Richtlinien privater Organisationen anerkennen, wenn sie die Anforderungen nach Absatz 1 Buchstabe a enthalten.

4 Der Bundesrat kann Kennzeichnungen für ausländische Produkte anerkennen, wenn sie auf gleichwertigen Anforderungen beruhen.

In ihr kommt bereits die von Volk und Ständen verlangte Neuausrichtung der Landwirtschaft zum Ausdruck.

Artikel 19 LwG, Erhaltung des Ackerbaues und Anpassung der Tierbestände, gibt dem Bundesrat das Recht,

... die nötigen Massnahmen ergreifen:

- a. zur Erhaltung einer Ackerfläche, welche die Anpassung der Produktion an die Absatzmöglichkeiten erleichtert, eine vielseitige landwirtschaftliche Erzeugung erlaubt und es gestattet, in Zeiten drohender oder bereits eingetretener Störung der Zufuhr den Ackerbau innert nützlicher Frist auszudehnen;
- b. zur Anpassung der Tierbestände an die Produktions- und Absatzverhältnisse im Sinne von Artikel 18 und, soweit notwendig, an die betriebs- und landeseigene Futtergrundlage. Hiezu kann er die Zahl der Tiere, Tierplätze, Schlachtungen oder aber die Menge der ablieferbaren Erzeugnisse der einzelnen Betriebe begrenzen und bei Überschreitungen von den Betriebsinhabern eine Abgabe erheben.

Der nicht unerhebliche Beitrag der Landwirtschaft zur Verschmutzung der Gewässer führte im Jahre 1991 (im Rahmen der Revision des GSchG) zu folgendem Artikel 19g LwG, Abbau von Tierbeständen und Stilllegung von Betrieben aus Gewässerschutzgründen:

Der Bundesrat kann im Interesse des Gewässerschutzes im Rahmen der Höchsttierbestände während einer Übergangszeit von höchstens fünf Jahren Beiträge an Nutztierhalter ausrichten:

- a. zur Stilllegung von Betrieben;
- b. zum Abbau von Tierbeständen;
- c. als Anpassungshilfen.

Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auf Artikel 14 GSchG, Betriebe mit Nutztierhaltung, welcher der Belastung der Gewässer durch übermässige Viehbestände zu begegnen sucht:

- 1 Auf jedem Betrieb mit Nutztierhaltung ist eine ausgeglichene Düngerbilanz anzustreben.
- 2 Hofdünger muss umweltverträglich und entsprechend dem Stand der Technik landwirtschaftlich oder gartenbaulich verwertet werden.
- 3 Im Betrieb müssen dafür Lagereinrichtungen mit einer Kapazität von mindestens drei Monaten vorhanden sein. Die kantonale Behörde kann jedoch für Betriebe im Berggebiet oder in ungünstigen klimatischen oder besonderen pflanzenbaulichen Verhältnissen eine grössere Lagerkapazität anordnen. Für Ställe, die nur für kurze Zeit mit Tieren belegt sind, kann sie eine kleinere Lagerkapazität bewilligen.
- 4 Der Betrieb muss über eine so grosse eigene, gepachtete oder vertraglich gesicherte Nutzfläche verfügen, dass auf 1 ha höchstens drei Düngergrossvieheinheiten entfallen. Befindet sich die vertraglich gesicherte Nutzfläche ganz oder teilweise ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs, so dürfen nur so viele Nutztiere gehalten werden, dass mindestens die Hälfte des im Betrieb anfallenden Hofdüngers auf der eigenen oder gepachteten Nutzfläche verwertet werden kann; dabei darf auf 1 ha Nutzfläche der Dünger von höchstens drei Düngergrossvieheinheiten ausgebracht werden.
- 5 Düngerabnahmeverträge müssen schriftlich abgeschlossen und von der zuständigen kantonalen Behörde genehmigt werden.
- 6 Die kantonale Behörde setzt die pro ha zulässigen Düngergrossvieheinheiten herab, soweit Bodenbelastbarkeit, Höhenlage und topographische Verhältnisse dies erfordern.
- 7 Der Bundesrat kann Ausnahmen von den Anforderungen an die Nutzfläche vorsehen für:
 - a. die Geflügel- und die Pferdehaltung sowie für bereits bestehende kleinere und mittlere Betriebe mit anderer Nutztierhaltung;
 - b. die Betriebe, die Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen (Abfallverwertung, Forschung usw.).
- 8 Eine Düngergrossvieheinheit entspricht dem durchschnittlichen jährlichen Anfall von Gülle und Mist einer 600 kg schweren Kuh.

Anfangs der neunziger Jahre wurden die beiden folgenden Bestimmungen ins Gesetz aufgenommen. Sie markieren eine gewisse Abkehr von der blossen Produktorientierung der Landwirtschaft. Die Bauern sollen nicht länger dafür subventioniert werden, dass sie die Landschaft zerstören und die Böden ausbeuten, sondern vielmehr dafür bezahlt werden, dass sie pfleglich mit ihr umgingen:

Art. 31a IV. Ergänzende Direktzahlungen

1 Der Bund richtet zur Sicherung eines angemessenen Einkommens nach den Grundsätzen dieses Gesetzes ergänzend Direktzahlungen an die bäuerlichen Bewirtschafter aus. Diese Zahlungen sollen zusammen mit jenen nach Artikel 31b der Landwirtschaft ermöglichen, die von ihr verlangten Aufgaben und gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu erfüllen.

2 Die Direktzahlungen werden pro Betrieb, nach der Fläche und gemäss den mit der Produktionszone verbundenen Erschwernissen ausgerichtet.

Der Bundesrat kann weitere Kriterien berücksichtigen.

3 Der Bundesrat:

a. stuft die ergänzenden Direktzahlungen nach den Produktionszonen und allenfalls nach der natürlichen Ertragskraft des Bodens und anderen Faktoren ab;

b. legt für die Beitragsberechtigung eine Grenze bezüglich des landwirtschaftlichen Einkommens fest;

c. legt Mindest- und Höchstgrenzen fest.

4 Der Bundesrat kann:

a. für die Bezüger eine Altersgrenze festsetzen;

b. in Gebieten, die von Entvölkerung bedroht sind, einen zusätzlichen Beitrag ausrichten.

5 Die Direktzahlungen werden mit Bedingungen und Auflagen verknüpft. Diese sollen insbesondere:

a. den Kreis der Bezüger auf bodenbewirtschaftende bäuerliche Betriebe beschränken. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse liegen;

b. die Landwirte veranlassen, auf dem ganzen Betrieb marktkonform, umweltschonend und tiergerecht zu produzieren;

c. die kostengünstige Produktion sowie die überbetriebliche Zusammenarbeit fördern.

Art. 31b V. Direktzahlungen für besondere ökologische Leistungen

1 Der Bund fördert Produktionsformen, die besonders umweltschonend oder tiergerecht sind, namentlich den Biologischen Landbau, die Integrierte Produktion oder die kontrollierte Freilandhaltung in der Tierproduktion, mit Ausgleichsbeiträgen.

2 Der Bund gewährt Beiträge für die Verwendung von landwirtschaftlichen Nutzflächen als ökologische Ausgleichsflächen. Er fördert damit die natürliche Artenvielfalt.

3 Der Bundesrat bemisst diese Zahlungen so, dass es sich im Vergleich mit der konventionellen Landwirtschaft wirtschaftlich lohnt, derartige Leistungen zu erbringen.

4 Diese Zahlungen sollen nach einer Einführungsperiode annähernd die gleiche Grössenordnung erreichen wie diejenigen nach Artikel 31a.

5 Die Beiträge werden mit Bedingungen und Auflagen verknüpft, die der Bundesrat festlegt. Ausserdem hat der gesamte Betrieb die Bedingungen und Auflagen nach Artikel 31a zu erfüllen.

6 Die Kantone überprüfen, ob die Produzenten die Bedingungen und Auflagen einhalten. Sie können die Aufgabe anerkannten Organisationen übertragen. Das Departement regelt die Anerkennung der Organisationen.

7 Der Bundesrat kann die anerkannten Organisationen für die Tätigkeit nach diesem Artikel mit Beiträgen unterstützen. Kantonale Organisationen unterstützt er jedoch nur, wenn sie vom Kanton mindestens einen gleich hohen Beitrag erhalten.

8 Wird für eine bestimmte Fläche ein Beitrag nach diesem Artikel geleistet, so wird er auf allfällige Beiträge nach den Artikeln 20a dieses Gesetzes und nach den Artikeln 18a–18d des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz angerechnet.

Näheres ist neuerdings geregelt in der Verordnung über die Direktzahlungen an die Landwirtschaft (Direktzahlungsverordnung, DZV) vom 7. Dezember 1998 (SR 910.13).

Der Dritte Titel des Gesetzes enthält alsdann die „Sonderbestimmungen für die einzelnen Produktionszweige“ (Pflanzenbau, Rebbau, Tierzucht, Milchwirtschaft). Im vierten Titel folgen Bestimmungen zum Pflanzenschutz und den landwirtschaftlichen Hilfsstoffen (Dünger, Pflanzenschutzmittel, Futtermittel und pflanzliches Vermehrungsmaterial).

Der fünfte Titel widmet sich den sogenannten Bodenverbesserungen. Das sind gemäss Artikel 77 Absatz 1 LwG Massnahmen oder Werke, „die den Zweck haben, die

Ertragsfähigkeit des Bodens zu erhalten oder zu steigern, seine Bewirtschaftung zu erleichtern oder ihn vor Verwüstungen oder Zerstörungen durch Naturereignisse zu schützen“.

Dabei ist gemäss Artikel 79 LwG, Naturschutz und Wahrung sonstiger Interessen:

1 Den allgemeinen Interessen der Umwelt, insbesondere der Erhaltung des Grundwassers und der damit verbundenen Trinkwasserversorgung sowie dem Schutze der Natur und der Wahrung des Landschaftsbildes

ist Rechnung zu tragen.

2 Auf die Interessen der Fischerei, der Jagd und der Bienenzucht sowie auf den Schutz der Vögel ist Rücksicht zu nehmen.

3.3 Landwirtschaft und Bodennutzung

Die Landwirtschaft hat - das ist sicherlich unbestritten - einen äusserst grossen Einfluss auf die konkrete Nutzung des Bodens. Die „Ökologisierung“ der Landwirtschaft, die in den letzten wenigen Jahren eingesetzt hat, zeigt dies sehr schön auf: Die Landwirtschaft kann den Boden zerstören, die Landschaft ausräumen, Arten zum Verschwinden bringen, oder sie kann zumindest versuchen, sich als wahrlich *boden-erhaltende* Tätigkeit zu verstehen. Der Mensch braucht den Boden als Nahrungsgrundlage. Aber das heisst noch lange nicht, dass man den Boden deswegen ausbeuten muss. Nachhaltigkeit, langfristige Erhaltung der Bodenfruchtbarkeit, wie das Umweltschutzgesetz dies verlangt, sind sicherlich lohnende Ziele.

Für die Zwecke des Projektes ist die Landwirtschaftsgesetzgebung insofern von weniger grossem Interesse, als sie zwar die Nutzung des Bodens, des konkreten Bodens in einer ganz bestimmten Art und Weise, entscheidend beeinflusst, aber es handelt sich doch immer um das Gleiche: eine landwirtschaftliche Nutzung.

Und welche Böden heute landwirtschaftlich zu nutzen sind, das sagt uns - selbstverständlich auch mit Rücksicht auf die bestehenden Verhältnisse und Siedlungsstrukturen - die Raumplanung in Verbindung mit dem Natur- und Heimatschutz, dem Gewässerschutz etc. Die Raumplanungsgesetzgebung im weitesten Sinne legt - als Policy-Design-Norm - fest, welche Böden landwirtschaftlich genutzt werden können/sollen. Die Landwirtschaftsgesetzgebung bestimmt hingegen eigentlich nur noch, wie diese landwirtschaftliche Nutzung auszusehen hat. Und da sind unzählige Möglichkeiten offen, die durch eine Unzahl von Normen geregelt werden können.

DRITTES KAPITEL: DIE LANDSCHAFT

I. LANDSCHAFT ALS RECHTLICHE GRÖSSE

1. GIBT ES EIN INSTITUTIONELLES RESSOURCENREGIME „LANDSCHAFT“?

1.1 Fehlendes Regelwerk

Die Landschaft ist - rechtlich gesehen - eng verwandt mit der Luft. Doch während man der Luft noch habhaft werden kann, indem man sie fasst und etwa in Flaschen abfüllt, ist die Landschaft schlicht unfassbar. Es gibt nichts, was sich in den Griff nehmen, was sich beherrschen, was sich sondern liesse. Landschaft ist eine blosser Idee, eine Vorstellung, eine Bezeichnung. Landschaft ist - da kein beherrschbarer Gegenstand - denn auch *keine Sache* (im rechtlichen Sinn).

Das hat Konsequenzen, insbesondere auch für ein Projekt, das sich der Analyse von institutionellen Ressourcenregimen widmet, der Untersuchung des Zusammenspiels zwischen sowie der Entwicklung von formellen Eigentums- und Nutzungsrechten (Regelsystem oder Regelwerk) an einer Ressource und ressourcenspezifischen Schutz- und/oder Nutzungspolitik(en) (Policy-Design).

Bei der Landschaft fehlt es zum einen am formellen Regelwerk. Da sie keine Sache ist, konnte bereits der privat- bzw. sachenrechtliche Eigentumsbegriff an ihr - mangels Objekt - keinen Anknüpfungspunkt finden. An der Ressource „Landschaft“ gab und gibt es kein (sachenrechtliches) Eigentum.

Zudem hat auch nie eine Entwicklung stattgefunden, mit der Landschaft bzw. Rechte an Landschaft zu eigentumsähnlichen Positionen geronnen, den Schutz der umfassenderen Eigentumsgarantie hätten in Anspruch nehmen können. Diese umfasst, wie weiter oben dargestellt, neben dem Eigentum im sachenrechtlichen Sinne (Grund und Boden/Fahrnis), noch:

- ~~Die~~ beschränkten dinglichen Rechte und den Besitz,
- ~~Die~~ obligatorische Rechte (z.B. aus Miet-, Pacht- und Arbeitsverhältnissen),
- ~~Die~~ Immaterialgüterrechte,
- ~~Die~~ besonders rechtsbeständige öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen den Staat (sog. wohlerworbene Rechte).⁴⁰¹

Die Landschaft hat sich bisher als blosser (und gleichsam körperloser) Begriff für keine dieser Kategorien (nicht einmal für die Immaterialgüter) aufgedrängt. Das gilt insbesondere auch für die letzte Kategorie, die sogenannten „wohlerworbene“ Rechte (z.B. Weiderechte oder Wasser[nutzungs]rechte), zu denen auch Rechte aus *Konzessionen* oder anderen Zusicherungen gehören. Es gibt bis zum heutigen Zeit-

⁴⁰¹ Müller, Grundrechte 600 f.

punkt keine Landschafts*konzessionen*, es gibt keine „Eigentums“-Rechte an Landschaft - obwohl sie sich, rein theoretisch, durchaus konstruieren liessen. Niemand kann sich also heute (als Eigentümerin) darauf berufen, „ihre“ Landschaft dürfe nicht zerstört werden oder sie habe ein Recht darauf, mit „ihrer“ Landschaft zu tun und lassen, wie ihr beliebt.

Fehlt es an einem eigentumsrechtlichen Zugriff auf die Landschaft, so fehlt es also auch an den beiden Ausformungen desselben: es gibt weder Verfügungsrechte (im engeren Sinne) noch Nutzungsrechte: Niemand kann Landschaft verkaufen oder verschenken, und niemand kann Landschaft im eigentlichen Sinne des Wortes nutzen. Landschaft lässt sich nur erfahren, erahnen. Sie kann betrachtet und kontempliert werden. Man kann sich in einer konkreten Landschaft wohl fühlen oder nicht. Man kann den Verlust einer bestimmten Landschaft betrauern. Aber „gehören“, zu eigen, ist Landschaft niemandem bzw. allen. Landschaft ist Lebensraum, und sie kann am ehesten als *natürliches Gut* bezeichnet werden:

„Beim Lebensraum handelt es sich gerade nicht um eine Sache, an der man Exklusiveigentum erwerben kann. Es ist vielmehr der vom Menschen veränderte oder nicht veränderte, immer aber von Leben erfüllte und zum Leben bestimmte Raum. Es kann am Lebensraum ebensowenig Ausschliesslichkeitsansprüche geben, wie individuelles Leben ohne jedes andere Leben möglich wäre. Der Lebensraum kann nicht einmal als im klassischen Sinn öffentliches Gut bezeichnet werden, denn an ihm kann es auch keinen uneingeschränkten Hoheitsanspruch des Gemeinwesens geben. Man könnte ihn am ehesten als natürliches Gut bezeichnen.“⁴⁰²

Fehlt es bei der Ressource „Landschaft“ bereits an den formellen Eigentumsrechten, so könnte der Schluss gezogen werden, die Landschaft als Ressource müsse deshalb aus dem Rahmen einer auf *institutionelle* Ressourcenregime konzentrierten Untersuchung herausfallen. Immerhin wurden diese umschrieben als:

~~Es~~ „eine Kombination von ordnungspolitischen Steuerungsgrößen wie die formellen Eigentums- und Nutzungsrechten (= Regelsystem) mit ressourcenspezifischen öffentlichen (Nutzungs- oder Schutz-)Politiken, die in ihren Policy-Designs namentlich spezifische Schutz- und Nutzungsziele, Interventionsinstrumente, Akteurarrangements etc. enthalten“ bzw.

~~Es~~ „ein institutioneller Rahmen, „der die massgeblichen Programmelemente einer ressourcenspezifischen Schutz- und/oder Nutzungspolitik (= Policy-Design) mit einer spezifischen Ausgestaltung der formellen Eigentums- und Nutzungsrechte an Gütern und Dienstleistungen einer natürlichen Ressource (= Regelwerk) kombiniert“.

Zu einem solchen Regime gehörten also grundsätzlich sowohl Regelwerk *als auch* Policy-Design - was bei der Landschaft ebensowenig der Fall ist wie bei der Luft (in der uns interessierenden Hinsicht). Ein institutionelles Ressourcenregime im soeben umschriebenen Sinne gibt es in Bezug auf die Ressource „Landschaft“ also nicht.

Der durch die Arbeitsdefinition vorgegebene Ansatz lässt sich aber durchaus fruchtbar nutzen:

Zum einen könnte die Landschaft (wie auch die Luft) als - gerade deshalb besonders interessantes - Beispiel eines (modifizierten) Regimes herangezogen werden, weil es an einem Regelwerk, nicht aber an einem Policy-Design, fehlt. Ja, es ist gerade dieses Policy-Design, das eine Landschaft zur Landschaft im rechtlichen Sinne macht. Landschaft im rechtlichen Sinne ist (wie wir noch sehen werden) gleichsam

⁴⁰² Hepperle/Lendi 21.

die Erfindung und Schöpfung „ressourcenspezifischer öffentlicher (Nutzungs- oder Schutz-)Politiken“. Die Landschaft im rechtlichen Sinne zeigt, dass ein Ressourcenregime ohne ein formelles Regelwerk auskommen kann.

Zum anderen ist die „Landschaft“ ein Beispiel dafür, dass unter bestimmten Umständen ein Ressourcenregime ein *indirektes* Regime ist oder sein muss. Weder das Regelwerk noch die verschiedenen Politiken setzen - mangels greifbarem Objekt - direkt bei der Ressource, sondern bei deren „Trägern“, an.

„Träger“ der Landschaft ist in erster Linie der Grund und Boden im Rechtssinne. Im Gegensatz zur Landschaft kann an ihm sehr wohl Eigentum erworben werden. „Träger“ der Ressource „Landschaft“ sind zudem auch die Gewässer und die Wälder, aber auch bei jenen gilt, dass ihre konkrete Nutzung und Verfügung (in zwar unterschiedlicher Weise) beim Eigentum an Grund und Boden ansetzt.

Wie noch zu zeigen sein wird, setzt das Ressourcenregime „Landschaft“ denn auch zuvorderst am Boden an: Der enge Bezug von Boden und Landschaft äussert sich in der Tatsache, dass die Grundeigentümerinnen und -eigentümer - zwecks Schutz und Erhaltung der Ressource Landschaft - ihre Böden nur in den Schranken der Rechtsordnung beliebig nutzen dürfen.⁴⁰³

Anstatt mit Blick auf die Landschaft im rechtlichen Sinne von einem indirekten und modifizierten Regime zu sprechen, könnte Landschaft auch als Produkt anderer Ressourcen verstanden werden. In erster Linie ist dies der Boden. Je nach Standpunkt können auch noch die Gewässer hinzugezogen werden oder der Wald. Landschaft im rechtlichen Sinne wäre diesfalls eine Abspaltung: Gewisse Früchte, Produkte, Dienstleistungen der Ressource Boden werden - gleichsam virtuell - von dieser abgespalten und einem eigenen Regime unterworfen.

1.2 Nutzungsregelung

Da die Landschaft keine Sache ist und bis zum heutigen Zeitpunkt auch keinerlei anderen „eigentumsähnlichen“ bzw. von der Eigentumsgarantie umfassten Status gewonnen hat, kann über die Landschaft auch nicht verfügt (i.e.S.) werden. Oder anders gesagt: da es Landschaft „eigentlich“ gar nicht gibt, kann man sie auch nicht kaufen oder verkaufen, nicht verschenken oder vererben.

Ein Ressourcenregime bzw. die es in Ermangelung eines Regelwerkes konstituierenden Schutz- und Nutzungspolitiken können daher einzig bei der *Nutzung* dieser Ressource ansetzen. Und auch dies nur indirekt: um die Nutzung der Ressource „Landschaft“ zu beeinflussen, muss auf ihren „Träger“, in erster Linie also auf den Boden, das Grundeigentum, gegriffen werden. Oder die Ressource Landschaft wird eben als Produkt der Ressource Boden verstanden, was schliesslich auf das Gleiche herauskommt. So oder so verlangt Schutz und Nutzung der Landschaft nach Regelung des Umganges mit dem Boden. Nur wenn geregelt ist, was mit dem Boden eines bestimmten Teils des Lebensraumes geschehen darf - und was nicht, kann Landschaft bzw. das Erscheinungsbild und der Gehalt dieses Lebensraumes beeinflusst werden.

⁴⁰³ Hepperle/Lendi 21.

2. LANDSCHAFT ALS RESSOURCE?

In der diesem Teil des Screenings zugrunde liegenden „Produkteliste“ wurden folgende „Funktionen und Nutzungen der Landschaft“ genannt:

1. Nutzfunktionen der Landwirtschaft
2. Nutzfunktionen der zweiten und dritten Sektoren (Abbau, Deponien, Tourismus, Verkehr und Energie)
3. Natur- und landschaftsschützerische Funktion (Erhaltung der Landschaftsfläche gegenüber den Bauzonen, Erhaltung kulturgeschichtlich bedeutsamer Landschaften, Artenschutz und -vielfalt)
4. Wohlfahrtsfunktionen (Erholung, Lärm-, Wind- und Quellschutz)

Die einleitenden Bemerkungen dürften bereits klar gemacht haben, dass diese Produkteliste eine in mehrfacher Hinsicht willkürliche ist.

Zudem kann Landschaft, muss aber nicht zwingend, als (eigenständige) Ressource verstanden werden. Denn alle „Funktionen und Nutzungen der Landschaft“ könnten auch als Abspaltungen von der Ressource Boden (i.w.S.) begriffen werden.

2.1 Landwirtschaft

So braucht die Landwirtschaft zwar unüberbauten Boden, aber nicht zwingend etwas, das als Landschaft bezeichnet wird. Es ist vielmehr so, dass umgekehrt eine konkrete landwirtschaftliche Nutzung entscheidend zu dem beiträgt, was als Landschaft bezeichnet wird. Erhaltung der Landschaft zwecks Erhaltung und/oder Ermöglichung der Landwirtschaft zäumt daher das Pferd gleichsam vom Schwanz her auf. Zudem hat die Erfahrung gelehrt, dass es gerade die Landwirtschaft ist, die zu einem nicht unerheblichen Teil zur Zerstörung dessen beiträgt, was als Landschaft wahrgenommen und bezeichnet wird. Gerade weil die intensiver werdende Landwirtschaft ihr eigenes Produkt „Landschaft zum Zeitpunkt t“ zunehmend umgestaltete, wurde Landschaft als eigenständige Grösse überhaupt wahrgenommen.

2.2 Abbau, Deponien, Tourismus, Verkehr und Energie

Die Nutzfunktionen der zweiten und dritten Sektoren (Abbau, Deponien, Tourismus, Verkehr und Energie) bedürften grundsätzlich ebenfalls keiner Landschaft.

Um beispielsweise Kohle oder Erze abzubauen, bedarf es lediglich des Bodens. Je nach dem, ob der Abbau im Tag- oder Untertagebau geschieht, trägt er, wie die Landwirtschaft zur Gestaltung dessen bei, was als Landschaft wahrgenommen wird. Gleiches gilt für Deponien. Deponien können grundsätzlich irgendwo, auch in dichter überbauten Gebieten, die landläufig nicht primär als Landschaft wahrgenommen werden, angelegt sein.

Der Verkehr ist ebenfalls nicht auf so etwas wie Landschaft angewiesen. Benötigt wird wiederum Boden, um Infrastrukturanlagen zu erstellen. Und wieder ist es diese konkrete Nutzung der Ressource Boden, die zur Formung dessen beiträgt, was schliesslich Landschaft genannt wird.

Auch Anlagen zur Gewinnung oder zum Transport von Energie formen Landschaft, bedürfen ihr aber nicht.

Der Tourismus ist insofern ein Sonderfall, als er in der Schweiz zuvorderst ausgerichtet ist auf so etwas wie Landschaft. Die Landschaft im Sinne eines Bildes, eines Raumes, ist aber auch hier nur sekundär. Die primäre Ressource - man denke nur an all die touristischen Infrastrukturanlagen - ist ebenfalls der Boden.

2.3 Natur- und landschaftsschützerische Funktion

Von einer natur- und landschaftsschützerischen Funktion der Landschaft zu sprechen, kommt einem Zirkelschluss gleich. Bei dieser Funktion beisst die Katze sich gleichsam in den Schwanz oder ist selbstverständlich: Wird Landschaft als Ressource definiert - was immer genauerhin unter Landschaft verstanden sein soll -, so ist klar, dass diese nur erhalten wird, wenn sie erhalten wird.

Wie auch immer: die erwähnten Güter und Dienstleistungen können ebenfalls als solche der Grundressource, des Bodens, verstanden werden. Die Erhaltung der Landschaftsfläche (als einer unüberbauten und nicht „möblierten“) gegenüber den Bauzonen verlangt wiederum nach nichts anderem als nach der Reglementierung der Nutzung des Bodens (oder der Gewässer und des Waldes). Das gilt auch für die Erhaltung kulturgeschichtlich bedeutsamer Landschaften. Zur Erhaltung der Arten und ihrer Vielfalt bedarf es ebenfalls keiner Landschaft im rechtlichen Sinne. Tiere und Pflanzen benötigen Lebensräume, Böden und Gewässern, die (nur) in einer bestimmten Art und Weise genutzt werden dürfen (oder nicht).

Immer geht es schliesslich um den Boden. Seine konkrete Nutzung bestimmt, wie eine Landschaft aussieht bzw. ob so etwas wie (vertraute/überlieferte/traditionelle) Landschaft erhalten bleibt.

2.4 Wohlfahrtsfunktionen

Die genannten Wohlfahrtsfunktionen der Ressource Landschaft (Erholung, Lärm-, Wind- und Quellschutz) verweisen in unterschiedlicher Weise auf Landschaft.

Lärmschutz verlangt (neben der Reduktion von Lärmquellen und der Begrenzung ihrer Emissionen) in erster Linie nach der richtigen *räumlichen* Verteilung von Lärmquellen. Lärmschutz ist zuvorderst ein planerisches Problem und damit wiederum ein Bodennutzungsproblem.

Windschutz als Funktion oder Produkt der Landschaft ist äusserst vage. In erster Linie geht es aber wiederum um die Nutzung von konkreten Grundstücken, die mit Hecken und Wäldern bestückt sind.

Quellschutz bzw. Schutz des Grundwassers verlangt nach Böden, die nicht überbaut/versiegelt, sondern mit einer Pflanzendecke (Gras, Wald) versehen sind, so dass der Boden seiner Filter- und Speicherfunktion nachkommen kann.

Die Erholungsfunktion verweist wohl am direktesten auf die Ressource Landschaft. Wir wollen uns in einer schönen, möglichst naturnahen Landschaft erholen, durch Wälder streifen, einmal keine Häuser und Strassen mehr sehen, unsere Ruhe haben etc. Doch auch zur Erhaltung dieser Funktion muss bei der Nutzung des Bodens angesetzt werden: Grundstücke sind der Landwirtschaftszone, einem Wald, einer Schutzzone zuzuweisen, womit sichergestellt ist, dass sie nur in einer ganz bestimmten Weise genutzt werden, was wiederum das formt und erhält, was dann Landschaft genannt wird.

Zum Einstieg muss daher bereits festgehalten werden, dass die rechtliche Verfasstheit der Landschaft ohne Boden ebensowenig denk- und darstellbar ist wie jene der anderen Ressourcen. Vieles, was zum Boden ausgeführt wird, trifft daher mehr oder weniger direkt immer auch die Landschaft.

3. ECKDATEN ZUR LANDSCHAFT

Die Landschaft im *rechtlichen* Sinne ist eine verhältnismässig neue Schöpfung. Es gibt in den letzten hundert Jahren auch nur wenige, die Landschaft *direkt* nennende Erlasse. Das hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass „Landschaft“ ein recht offener Begriff ist, unter den vieles subsumiert werden kann. In ihrer Schrift „Landschaftsschutz im Bundesrecht“ befassen sich Munz/Bryner/Siegrist u.a. mit dem Landschaftsschutz im Zivilgesetzbuch, im Natur- und Heimatschutzgesetz, im Wald, im Gewässerschutz, in Jagd und Fischerei, in der Raumplanung, im Umweltschutz usw.

Das ist nicht erstaunlich, hat doch jede Norm, die auf irgendeine Art und Weise die *Nutzung* des Bodens oder der Gewässer betrifft, landschaftsrelevante Auswirkungen. Daher könnten hier auch die meisten Erlasse nochmals aufgezählt werden, die in den Eckdaten zum Boden, zum Wald oder zum Wasser erwähnt sind. Wir wollen uns auf einige wenige besonders relevante beschränken.

✍ „Mit der Gründung des Bundesstaates **1848** „entstand auch ein neues Nationalgefühl, das sich unter anderem in der Vorstellung von einem Idealbild der schweizerischen Landschaft niederschlug“ (Gemälde Nationalratssaal). „Die Etablierung der Legende vom Volk der Hirten und Bauern wurde von den Nachwirkungen der Romantik kräftig assistiert und fand in der sich abzeichnenden Bedeutung des neuentstehenden Alpen-Tourismus eine ökonomisch motivierte Festigung. Die Verehrung der Grandiosität der schweizerischen Landschaft implizierte aber auch das Wissen um die von ihr ausgehenden Gefahren. Im Verein mit einer optimistischen Aufbruchstimmung und begleitet von einem ungetrübten Fortschrittsglauben feierte man gleichzeitig die Grossartigkeit der wilden Natur als auch ihre Bezwungung durch den Menschen“ [Gotthardtunnel].⁴⁰⁴

✍ Anfangs dieses Jahrhunderts wurden Vereinigungen wie der Schweizer Heimatschutz (**1905**) und der Schweizerische Bund für Naturschutz (**1909**) aus der Taufe gehoben.

✍ Mit der finanziellen Unterstützung der Eidgenossenschaft gelang es, auf privater Basis die Idee eines Schweizerischen Nationalparks zu realisieren (**1907**) - gegen den Widerstand derjenigen, die vor den Gefahren der Rückkehr der ausgerotteten Wildtiere warnten. Die Regelung des Natur- und Heimatschutzes blieb indessen Sache der Kantone.⁴⁰⁵

✍ **1912** folgte das Zivilgesetzbuch (von 1907).

⁴⁰⁴ Hepperle/Lendi 24.

⁴⁰⁵ Hepperle/Lendi 25 f.

Es enthielt die zentrale Bestimmung des Artikel 641 Absatz 1 ZGB, wonach der Eigentümer „in den Schranken der Rechtsordnung“ über sein (Grund-)Eigentum „nach Belieben verfügen“ darf.

Daneben ist als landschaftsrelevant zu nennen der Artikel 699 ZGB, das Recht der Allgemeinheit zum Betreten von Wald und Weide.

Der Artikel 702 ZGB, wonach zur „Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern“ und zur „Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung“ Beschränkungen des Grundeigentums zulässig waren, gab den - für Natur- und Heimatschutz zuständigen - Kantonen die Möglichkeit, für ihre damals lediglich punktuellen Schutzmassnahmen entsprechende Eigentumsbeschränkungen zu erlassen.⁴⁰⁶

~~Der~~ Artikel 22 des am 1. Januar 1918 in Kraft getretenen „Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte“ (Wasserrechtsgesetz, WRG)⁴⁰⁷ vom 22. Dezember 1916 ist überschrieben mit „Wahrung der Schönheit der Landschaft“:

1 Naturschönheiten sind zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten.

2 Die Wasserwerke sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild nicht oder möglichst wenig stören.

Durch Artikel 75 des Gewässerschutzgesetzes vom 24. Januar 1991 wurden die folgenden Absätze hinzugefügt:

3 Der Bund richtet den betroffenen Gemeinwesen Ausgleichsbeiträge zur Abgeltung erheblicher Einbussen der Wasserkraftnutzung aus, sofern diese Einbussen eine Folge der Erhaltung und Unterschutzstellung schützenswerter Landschaften von nationaler Bedeutung sind.

4 Bei der Festsetzung der Abgeltung wird die Finanzkraft der betroffenen Gemeinwesen berücksichtigt.

5 Der Bundesrat regelt die Ausgestaltung der Ausgleichsbeiträge.

~~Im~~ Jahre **1932** ist das Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 in Kraft getreten. Es enthält mit Artikel 9, Naturschönheiten, eine landschaftsschutzrelevante Norm:

1 Naturschönheiten sind soweit möglich zu erhalten.

2 Die Werke sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild möglichst wenig stören.

~~Das~~ Jahr **1962** brachte den Natur- und Heimatschutzartikel, Artikel 24sexies BV,⁴⁰⁸ eine der wichtigsten landschaftsschützerischen Bestimmung der Verfassung:

1 Der Natur- und Heimatschutz ist Sache der Kantone.

2 Der Bund hat in Erfüllung seiner Aufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten.

⁴⁰⁶ Hepperle/Lendi 25 f.

⁴⁰⁷ SR 721.80.

⁴⁰⁸ Angenommen in der Volksabstimmung vom 27. Mai 1962 (Erwahrungsbeschluss vom 22. Juni 1962 – AS 1962 749; BBl 1961 I 1093, 1962 I 1456).

³ Der Bund kann Bestrebungen des Natur- und Heimatschutzes durch Beiträge unterstützen sowie Naturreservate, geschichtliche Stätten und Kulturdenkmäler von nationaler Bedeutung vertraglich oder auf dem Wege der Enteignung erwerben oder sichern.

⁴ Er ist befugt, Bestimmungen zum Schutze der Tier- und Pflanzenwelt zu erlassen.

~~1967~~ folgte das Natur- und Heimatschutzgesetz, NHG, aus dem Jahre 1966.

Es enthält Vorschriften zum Schutz des heimatlichen Landschafts- und Ortsbildes. Und es ordnet unter anderem die Aufstellung von Inventaren für Objekte von nationaler Bedeutung an, welche „in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls grösstmögliche Schonung verdienen“ (Art. 6 NHG). Es wurde seither verschiedentlich revidiert.

~~Mit~~ den Bodenrechtsartikeln, Artikel 22ter (Eigentumsgarantie) und 22quater (Raumplanungsartikel) BV,⁴⁰⁹ aus dem Jahre **1969** wurde ein weiterer zentraler Schritt zum Schutze der Landschaft getan, verlangt Artikel 22quater doch nach einer zweckmässigen Nutzung des Bodens und einer geordneten Besiedlung des Landes.

~~Gleiches~~ gilt für die eine Zwischenetappe auf dem Weg zum Raumplanungsgesetz, das **1972** in Kraft getretene neue Gewässerschutzgesetz,⁴¹⁰ verlangte es doch u.a. nach Freihaltung grosser Teile des Bodens.

~~Am~~ 22. Juni 1979 wurde schliesslich das heutige Raumplanungsgesetz, RPG, verabschiedet. Es trat am 1. Januar **1980** in Kraft. Dass die mit dem Gesetz verfolgte Trennung von Siedlungs- und Nichtsiedlungsgebiet von zentraler Bedeutung für die Landschaft ist, liegt auf der Hand. Mit den Mitteln der Raumplanung sind, gemäss dem Zielartikel (Art. 1) des Gesetzes denn auch ausdrücklich „die natürlichen Lebensgrundlagen wie Boden, Luft, Wasser, Wald und die Landschaft zu schützen“.

~~Hervorzuheben~~ ist schliesslich das Umweltschutzgesetz vom 7. Oktober 1983, in Kraft seit dem 1. Januar **1985**. Es brachte insbesondere neue Vorschriften zum Biotopschutz des Natur- und Heimatschutzgesetz.

~~1987~~ (Rothenthurinitiative) erfuhr Artikel 24sexies BV, der Natur- und Heimatschutzartikel, eine wichtige Ergänzung (Moor[landschafts]schutz) durch einen Absatz 5 und eine Übergangsbestimmung⁴¹¹:

⁵ Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung sind Schutzobjekte. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen irgendwelcher Art vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes und der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen.

Übergangsbestimmung: Anlagen, Bauten und Bodenveränderungen, welche dem Zweck der Schutzgebiete widersprechen und nach dem 1. Juni 1983 erstellt werden, insbesondere in der

⁴⁰⁹ Angenommen in der Volksabstimmung vom 14. Sept. 1969 (Erwahrungsbeschluss vom 11. Dez. 1969 – AS 1969 1249; BBI 1967 II 133, 1969 II 1110).

⁴¹⁰ AS 1972 950 - 966.

⁴¹¹ Angenommen in der Volksabstimmung vom 6. Dez. 1987 (Erwahrungsbeschluss des BR vom 28. Jan. 1988 – AS 1988 352 – und BB vom 20. März 1987; BBI 1987 I 984, 1983 IV 198, 1985 II 1445, 1988 I 569).

Moorlandschaft von Rothenthurm auf dem Gebiet der Kantone Schwyz sowie Zug, müssen zu Lasten der Ersteller abgebrochen und rückgängig gemacht werden. Der ursprüngliche Zustand ist wieder herzustellen.

4. WAS IST LANDSCHAFT?

Im Gegensatz zu den anderen Ressourcen bedürfte die Ressource bzw. der Begriff „Landschaft“ wenn nicht einer Definition, so doch zumindest einer Umschreibung oder Annäherung. Damit wäre allerdings ein Projekt skizziert, das weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausweisen würde. Denn Landschaft ist ein thematisch derart weiter Begriff, dass es hier nicht einmal gelingen kann, einen solchen Anspruch auch nur ansatzweise zu befriedigen.

Hier kann es daher nur darum gehen, kurz aufzuzeigen, wo und in welchen - rechtlichen - Zusammenhängen von Landschaft die Rede ist, und was darunter in der Regel und ungefähr etwa verstanden wird.

Dabei ist im Auge zu behalten, dass die Landschaft im Sinne eines rechtlichen Objektes, dessen Nutzung und Schutz spezifischer Regelung bedürfte, verhältnismässig jüngeren Datums ist - ebenso wie das „Bewusstsein“ von Landschaft überhaupt. Die Erfindung der bzw. das Bewusstsein von Landschaft ist, ganz grob gesagt, eine Reaktion auf die zunehmende Zerstörung der Natur. Der Begriff der Landschaft taucht denn auch im 18. und vermehrt im 19. Jahrhundert auf: Etwas vorher Selbstverständliches drohte verloren zu gehen und musste deshalb einen gewissen Schutz erfahren. Von diesen ersten Erfahrungen einer Gefährdung bis zu einem veritablen und einigermaßen effizienten Schutze, von der (Entstehung der) Landschaft in einem alltäglichen Sinne bis zu einer Landschaft im rechtlichen Sinne verging allerdings recht viel Zeit. Landschaftsschutz, wie wir ihn heute verstehen, ist ein Kind des 20. Jahrhunderts, gar erst dessen zweiter Hälfte.

4.1 Begriff der Landschaft

Der Begriff der Landschaft wird in den Gesetzestexten nicht einheitlich, sondern in verschiedensten Varianten verwendet. So findet sich (in nicht abschliessender Nennung):

„«heimatliches Landschaftsbild» (Art. 24sexies Abs. 2 BV und Art. 1 Bst. a NHG), «schützenswerte Landschaften» (Art. 13 Abs. 1 NHG), «Naturlandschaft» (Art. 15 und Art. 16 NHG), «Moorlandschaft» (Art. 24sexies Abs. 5 BV, Art. 23b NHG), «Landschaft» (Art. 1 Abs. 2 Bst. a RPG), «naturnahe Landschaft» (Art. 3 Abs. 1 Bst. d RPG, Art. 23b Abs. 1 erster Satz NHG), «besonders schöne sowie naturkundlich oder kulturgeschichtlich wertvolle Landschaften» (Art. 17 Abs. 1 Bst. d RPG), «Kulturlandschaft» (Art. 31octies Abs. 1 Bst. b BV).⁴¹²

Der Gesetzgeber gibt aber keine eigentlichen Definitionen, und auch die Materialien (zur Entstehungsgeschichte der einzelnen Normen) schweigen sich meist aus über das, was nun eigentlich eine Landschaft sei. „Untersuchungen haben gezeigt, dass das Wort Landschaft in der Umgangssprache vor allem mit «Schönheit» und «Naturnähe» assoziiert wird. ... Die im Gesetz verwendeten Begriffe «heimatlich», «Natur-

⁴¹² Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 22.

», «naturnah», «schön», «naturkundlich oder kulturgeschichtlich wertvoll» legen nahe, dass der Gesetzgeber vom gleichen Bild einer Landschaft ausging.^{413,414}

Auch die Gerichtspraxis führt zu keiner Definition im engeren Sinne. Zwar unterscheidet das Bundesgericht zwischen *Landschaftsbild* und *Landschaft* an sich: „Während als «Landschaftsbild» nur ein zusammenhängendes, einen einheitlichen Anblick bietendes Objekt von verhältnismässig begrenztem Umfang (...) gilt, ist unter einer «Landschaft» ein Gebiet zu verstehen, das eine gewisse Ausdehnung aufweisen kann, dabei aber infolge bestimmter Eigenarten gleichwohl als Einheit in Erscheinung tritt“.⁴¹⁵ Doch lässt sich gemäss Rohrer schliessen, dass auch bei der Umschreibung des Begriffs der Landschaft an sich das optische Kriterium für das Gericht im Vordergrund steht.⁴¹⁶

Neu rechtliche Dimensionen, die er in der Wissenschaft bereits lange hatte, wurden dem Begriff der Landschaft erst in jüngerer Zeit, durch die Raumplanung, erschlossen:

„einerseits Landschaft als Kontinuum, das auch die «gewöhnliche» Umgebung und das Siedlungsgebiet umfasst, andererseits Landschaft als Ort natürlicher und sozio-ökonomischer Prozesse. Landschaft ist demnach ein beliebig grosser Ausschnitt aus der Erdoberfläche mit allen ober- und unterirdischen belebten und unbelebten Bestandteilen. Eine wie auch immer geartete Qualifikation (etwa Abgeschlossenheit, Schönheit, Eigenart) ist nicht begriffsnotwendig.

Die Wissenschaft qualifiziert Landschaftsräume unter dem Aspekt des Landschaftsbildes, des Landschaftshaushaltes, also der Wechselwirkung zwischen den Landschaftselementen (Relief, Gestein, Boden, Klima, Wasser, Pflanzendecke, Tierwelt, menschliche Gesellschaft), der Landschaftsgeschichte sowie der Gesellschaft, die den Landschaftsraum bewohnt und benutzt. Durch diese ganzheitliche Sichtweise wird die Landschaft zu einem Objekt des Landschaftsschutzes, des Heimatschutzes *und* des Naturschutzes.“⁴¹⁷

Als Fazit kann festgehalten werden:

„Die Landschaft ist der zentrale Ort für alle Aktivitäten in den Bereichen Naturschutz, Landschaftsschutz und Heimatschutz. Sie ist einerseits Lebensraum für Menschen, Tiere und Pflanzen, andererseits Heimat, Kulturgut, Wirtschafts- und Erholungsraum. Sie eignet sich nicht als Kriterium für die begriffliche Auftrennung von Landschafts-, Natur- und Heimatschutz und kann zum Schutzgegenstand aller dieser Disziplinen werden.“⁴¹⁸

Landschaft ist also schliesslich das, was entsteht oder erhalten wird, wenn *anderes* geschützt und erhalten wird.

4.2 Entwicklung

Normen zum Schutze der Lebensgrundlagen wurden zu verschiedenen Zeiten, unter verschiedenen Gesichtspunkten und mit unterschiedlichen Konzepten immer schon

⁴¹³ Dazu auch Waldmann Bernhard, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften: Inhalt, Tragweite und Umsetzung des «Rothenthurmartikels» (Art. 24sexies Abs. 5 BV), Diss. Freiburg 1997, 21 ff.

⁴¹⁴ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 22.

⁴¹⁵ BGE 90 I 341.

⁴¹⁶ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 22.

⁴¹⁷ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 23.

⁴¹⁸ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 25. Vgl. auch Schmid 2 f.

erlassen. Anlass dazu war - gemäss Rohrer - „stets eine Situation der Knappheit oder der Gefährdung“:

„Während es historisch Einzelphänomene waren, die den Gesetzgeber zum Handeln brachten (Ausrottung der Wildbestände, Schutz von Bannwäldern gegen Lawinengefahren),⁴¹⁹ wurde es in diesem Jahrhundert, insbesondere nach dem 2. Weltkrieg, notwendig, sämtliche Aspekte der Lebensgrundlagen gesetzgeberisch zu erfassen.“⁴²⁰

Allerdings wandeln die Begriffe sich in der Zeit. So wurde der in der Schweiz eng mit dem Schutz der Landschaft verbundene Begriff des „Heimatschutzes“ früher umfassend als ideelles Bestreben zur Erhaltung des ganzen heimatlichen Natur- und Kulturerbes verstanden. Heute wird er vorwiegend mit baulicher Kultur assoziiert. Zur Zeit, als der Natur- und Heimatschutzartikel der Bundesverfassung geschrieben wurde (anfangs der sechziger Jahre), dachte auch noch niemand an das Naturpotential der Landschaft und an die Leistungsfähigkeit des Naturhaushaltes. Diese zusätzlichen Inhalte kamen erst später hinzu. Hintergrund dieses Begriffswandels waren der wissenschaftliche und gesellschaftliche Wandel der Konzepte, der Werte und Vorstellungen darüber, was gesetzlich zu regeln sei.

Beim Natur- und Heimatschutz - dem zentralen Ort, an dem Landschaft in der Schweiz ihre rechtliche Verfassung gefunden hat - lassen sich drei Phasen unterscheiden:

~~Die~~ In der ersten Phase, deren Anfänge noch ins 18. Jahrhundert zurückgehen, steht die Bewahrung des besonders schönen und wertvollen Natur- und Kulturerbes als kulturelle Aufgabe im Vordergrund. Sie kulminiert im Natur- und Heimatschutzartikel, Artikel 24sexies BV (1962), und im Natur- und Heimatschutzgesetz (1967).⁴²¹

~~Die~~ In den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts tritt mit der Kodifizierung der Raumplanung der Gedanke der flächenhaften räumlichen Ordnung hervor. Die Raumordnung wird denn auch zu einem wichtigen Instrument für die Umsetzung der Ziele des Natur- und Heimatschutzgesetzes und somit auch des Landschaftsschutzes. Da zuvorderst die Raumplanung bestimmt, wie Böden genutzt werden dürfen, bestimmt sich mit ihren Instrumenten auch, wie die Landschaft aussieht.

~~Die~~ Die 1980er Jahre bringen eine Ausweitung des Schutzgedankens. Das Schwergewicht wird nun auf den Naturhaushalt, auf die Prozesse und auf die Regenerierung von Natur und Landschaft gelegt. Ausdruck dafür ist der Ausbau des Biotop-schutzes und die Einführung des ökologischen Ausgleichs.⁴²²

Was also die Beweggründe anbelangt, so stehen historisch betrachtet zu Beginn der Entwicklung des Landschaftsschutzes - und damit auch des Begriffes der Landschaft selber - die ästhetischen Gründe zum Schutz von Landschaften im Vordergrund. Erhalten werden sollen Landschaften oder auch „Naturdenkmäler“, die durch ihre besondere Schönheit, Eigenart und Vielfalt ausgezeichnet sind.

Später wird als Reaktion auf die „Gefahr der Vermassung“, „das Überhandnehmen der Technik“ sowie „ein gehetztes und zermürendes Leben“⁴²³ die Erholung wichtig:

⁴¹⁹ Imholz Robert, Die Zuständigkeiten des Bundes auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes, Diss. Zürich 1975, 20

⁴²⁰ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 5.

⁴²¹ Botschaft Art. 24sexies BV, BBl 1961 I 1097.

⁴²² Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 3.

⁴²³ Botschaft Art. 24sexies BV, BBl 1961 I 1104.

„Die atemberaubende Entwicklung der Wirtschaft, Wissenschaft und Technik ... wird weitergehen; sie kann und soll auch nicht aufgehalten werden, denn sie ist die unvermeidliche und notwendige Begleiterscheinung des Anwachsens der Bevölkerungsziffer und der Ausbreitung der Zivilisation. Je mehr die Menschen bei ihrer Arbeit und ihrem Tagesrhythmus ein naturwidriges oder wenigstens naturfremdes Leben zu führen gezwungen sind, desto mehr bedürfen sie zu ihrer leiblichen und seelischen Erholung des Kontaktes mit der unverfälschten Natur“⁴²⁴.

Aufgabe der „Verantwortlichen“ war es damals „im Interesse des ganzen Volkes und der Volksgesundheit“ dafür zu sorgen, „dass Erholungsräume für Leib und Seele erhalten bleiben, und dass Gewinnstreben sowie technischer Tatendrang nicht überborden“⁴²⁵. Die Erholungslandschaften sollten daher „gut erreichbare, mit einer angemessenen touristischen Infrastruktur versehene, ästhetisch intakte Landschaften sein“.⁴²⁶

Der dritte Beweggrund ist neueren Datums. Es geht nun auch um den Schutz der landschaftlichen Ökosystem, der Leistungsfähigkeit des Naturhaushalts.⁴²⁷ Ein Teil der Lehre bezeichnet denn auch „den Schutz *raumbezogener* Lebensgrundlagen als «umfassenden Landschaftsschutz»“.⁴²⁸⁴²⁹

II. SCHUTZ DER LANDSCHAFT

Der (weite und vage) Begriff der Landschaft im rechtlichen Sinne ist Resultat der Bemühungen um den *Schutz der Landschaft*. Da Landschaft niemandem gehört, da sie ein natürliches Gut ist, muss der rechtliche Landschaftsschutz bei der Nutzung der Landschaft bzw. und konkreter bei der Nutzung des Bodens der Landschaft ansetzen. Rechtlicher Landschaftsschutz ist damit immer und zugleich auch rechtliche Bestimmung der zulässigen *Nutzung* der Landschaft, des Raumes, des Bodens. Trotzdem darf diese nutzungsorientierte Seite des Schutzes nicht in den Vordergrund der Betrachtungen gestellt werden. Im Rahmen des Landschaftsschutzes geht es zwar um den konkreten Umgang mit der Landschaft, um ihre Nutzung, aber diese ist nur Mittel zum Zweck. Landschaftsschutz dient nicht dazu, Landschaft der Nutzung zuzuführen. Der Nutzung wird die Landschaft als Boden zugeführt. Der Grundeigentümer kann seinen Boden im Rahmen der Rechtsordnung, er kann ihn so nutzen, wie die Rechtsordnung ihm dies konkret zugesteht.

Von Anfang an sind daher auch alle Bemühungen zum Schutze der Landschaft als Begrenzungen bzw. Konkretisierungen der „Freiheit“ des Grundeigentümers zu verstehen. Unter Beibehaltung des formellen Regelwerks, des Eigentums bzw. des ursprünglich sachenrechtlichen Eigentums-Begriffes, wird der konkrete *Inhalt* des Grundeigentums und damit die zulässige Nutzung des Bodens bestimmt.

⁴²⁴ Botschaft Art. 24sexies BV, BBl 1961 I 1097.

⁴²⁵ Botschaft Art. 24sexies BV, BBl 1961 I 1097.

⁴²⁶ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 27.

⁴²⁷ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 27.

⁴²⁸ Munz Robert, Landschaftsschutz als Gegenstand des Bundesrechts, ZBl 1986 1-20, 1 ff.; Hunziker Theo, Landschaftsschutz in der Schweiz, Bern 1992, 4.

⁴²⁹ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 6.

1. DAS ZIVILGESETZBUCH

1.1 Artikel 699 ZGB

Wie bereits ausführlich gezeigt wurde, ist der Dreh- und Angelpunkt der Ressourcennutzung, insbesondere die des Bodens, das Zivilgesetzbuch mit seinem Artikel 641 Absatz 1. Danach darf der Eigentümer „in den Schranken der Rechtsordnung“ über sein Eigentum „nach Belieben“ verfügen (i.w.S.); er darf es veräussern, verschenken, vererben, belasten etc., also darüber verfügen im engeren Sinne, sowie es gebrauchen, nutzen (bebauen, bepflanzen, brach liegen lassen etc.). Diese konkrete Nutzung des Bodens im weitesten Sinne führt, wenn schrankenlos ausgeübt, zu einem Verlust an (bestehender/vertrauter) Landschaft. Zudem verbietet es die Qualifikation des Lebensraumes, der Landschaft, als „natürliches Gut“, an ihm Ausschliesslichkeitsrechte zu ermöglichen. Man stelle sich eine Schweiz vor, in der es jedem Grundeigentümer frei stünde zu bestimmen, ob jemand sein Grundstück betreten dürfe oder nicht. Die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung könnte diesfalls wohl nie auch nur einen Fuss auf eine Wiese setzen oder in einem Wald spazieren gehen.

Schon bei Erlass des Zivilgesetzbuches wurde denn auch mit Artikel 699 ZGB eine für die Nutzung dieses natürlichen Gutes durch die Allgemeinheit zentrale Norm verankert.

1 Das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze u. dgl. sind in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmt umgrenzte Verbote erlassen werden.

2 Über das Betreten fremden Eigentums zur Ausübung von Jagd und Fischerei kann das kantonale Recht nähere Vorschriften aufstellen.

Den konkreten Eigentümerinnen eines landwirtschaftlichen Grundstückes oder eines Waldes, seien dies Private oder die öffentliche Hand, steht es also nicht frei, den Zugang (gilt allerdings nur für das Betreten zu Fuss!) zu ihren Grundstücken willkürlich zu reglementieren oder nur schon durch unpassierbare Einzäunungen zu verhindern. Artikel 699 ZGB bildet eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung. Ja, mehr noch: obwohl gemäss der modernen Konzeption des Eigentumsbegriffes das Akzessionsprinzip gilt, wonach das, was mit dem Boden fest verbunden ist, dem Grundeigentümer zusteht, müssen diese gar einen gewissen Teil „ihres“ Eigentums (Pilze, Früchte) - im ortsüblichen Umfange - abtreten.⁴³⁰

An dieser Stelle mag es genügen festzuhalten, dass mit dem Artikel 699 ZGB wohl *die Grundnorm* für den möglichst ungehinderten Zugang zur Landschaft durch Jedermann bereits zu Beginn dieses Jahrhunderts geschaffen worden war. Eine Norm, die im Laufe der Jahrzehnte an zusätzlicher Bedeutung gewonnen hat:

„Das Recht, sich in naturnahen Landschaften bewegen und erholen zu dürfen, hat seit dem Erlass des ZGB angesichts steigender Bevölkerungsdichte an Bedeutung gewonnen. Art. 699 ZGB bildet auch wesentliche Grundlage für einen naturnahen Tourismus.“⁴³¹

⁴³⁰ Munz/Bryner/Siegrist 15.

⁴³¹ Munz/Bryner/Siegrist 15.

Für den Begriff des in Artikel 699 ZGB angesprochenen Waldes ist das Waldgesetz massgebend. Dort findet sich in Artikel 14 WaG auch eine nähere Bestimmung zur Zugänglichkeit des Waldes:

1 Die Kantone sorgen dafür, dass der Wald der Allgemeinheit zugänglich ist.

2 Wo es die Erhaltung des Waldes oder andere öffentliche Interessen, wie namentlich der Schutz von Pflanzen und wildlebenden Tieren erfordern, haben die Kantone:

a. für bestimmte Waldgebiete die Zugänglichkeit einzuschränken;

b. die Durchführung von grossen Veranstaltungen im Wald einer Bewilligung zu unterstellen.

1.2 Artikel 702 ZGB

Ebenfalls bereits im Zivilgesetzbuch findet sich eine weitere landschaftsrelevante Beschränkung der grundeigentümerlichen Willkür, der Artikel 702, Öffentlich-rechtliche Beschränkungen im allgemeinen:

Dem Bunde, den Kantonen und den Gemeinden bleibt es vorbehalten, Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, wie namentlich betreffend die Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei, das Forst- und Strassenwesen, den Reckweg, die Errichtung von Grenzmarken und Vermessungszeichen, die Bodenverbesserungen, die Zerstückelung der Güter, die Zusammenlegung von ländlichen Fluren und von Baugebiet, die Erhaltung von Altertümern und Naturdenkmälern, die Sicherung der Landschaften und Aussichtspunkte vor Verunstaltung und den Schutz von Heilquellen.

Mit dieser Norm hat das Zivilgesetzbuch ausdrücklich die Möglichkeit offen gelassen, den konkreten Inhalt bzw. die Schranken des Grundeigentums „zum allgemeinen Wohl“ näherhin zu bestimmen.

Artikel 702 ZGB war vor Erlass der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung in den sechziger Jahren denn auch „die Basis und der Ansporn für die in manchen Kantonen in die Einführungsgesetze zum ZGB aufgenommenen Bestimmungen über den Natur- und Heimatschutz“.⁴³² Er gab den - für Natur- und Heimatschutz zuständigen - Kantonen die Möglichkeit, für ihre damals lediglich punktuellen Schutzmassnahmen entsprechende Eigentumsbeschränkungen zu erlassen.⁴³³

Artikel 702 ZGB war aber keine landschaftsschützerische Norm im eigentlichen Sinne. So liessen sich daraus zum einen keine klaren Kompetenzen des Bundes zur Gesetzgebung auf dem Gebiet des Natur- und Heimatschutzes ableiten, zum anderen waren die Kantone zunehmend auf die finanzielle Hilfe des Bundes angewiesen.⁴³⁴ Ein wirksames Instrumentarium wurde erst mit Artikel 24sexies BV und dem darauf folgenden Natur- und Heimatschutzgesetz geschaffen.

2. NATIONALPARKGESETZ

Mit finanzieller Unterstützung der Eidgenossenschaft gelang es bereits im Jahre 1907, auf privater Basis die Idee eines Schweizerischen Nationalparks zu realisieren - gegen den Widerstand derjenigen, die vor den Gefahren der Rückkehr der ausgerotteten Wildtiere warnten.⁴³⁵

⁴³² Munz/Bryner/Siegrist 16.

⁴³³ Hepperle/Lendi 25 f.

⁴³⁴ Kommentar BV, Art. 24sexies, Entstehungsgeschichte.

⁴³⁵ Hepperle/Lendi 25 f.

Beweggrund war schon damals die zunehmende Beeinträchtigung der Natur durch die technische und wirtschaftliche Entwicklung sowie die Intensivierung von Verkehr und Tourismus um die Wende des 19. zum 20. Jahrhundert. Insbesondere verschwanden Tierarten mit grossem Flächenbedarf zusehends, so dass nicht zuletzt aus wissenschaftlichen Kreisen die Forderung nach grossflächigen Reservaten gestellt wurde.

In der Schweiz kam der Anstoss von der heutigen Schweizerischen Akademie der Naturwissenschaften (damals Schweizerische Naturforschende Gesellschaft). Im Unterengadin fanden sich ein geeignetes Gebiet und vor allem auch verständnisvolle Behörden. Die ersten Schutzmassnahmen von 1907 beruhten noch auf privater Basis. Die finanzielle Beteiligung der Eidgenossenschaft regelte ein Bundesbeschluss vom 3. April 1914, dies obwohl eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung an den Bund, sich für Zwecke des Naturschutzes einzusetzen, damals noch fehlte. Das galt auch noch für die stärkere finanzielle Einbindung des Bundes durch einen Bundesbeschluss vom 7. Oktober 1959. Diese lieferte erst der Natur- und Heimatschutzartikel, 24sexies, Absatz 3 und 4, BV, aus dem Jahre 1962.

Erst mit dem Bundesgesetz über den Schweizerischen Nationalpark im Kanton Graubünden (Nationalparkgesetz) vom 19. Dezember 1980 (SR 454) erhielt das finanzielle Engagement des Bundes zugunsten des Nationalparks seine heute noch gültige gesetzlich befriedigende Grundlage.

Der Nationalpark ist gemäss Artikel 1 Absatz 1 des Gesetzes

ein Reservat, in dem die Natur vor allen menschlichen Eingriffen geschützt und namentlich die gesamte Tier- und Pflanzenwelt ihrer natürlichen Entwicklung überlassen wird. Es sind nur Eingriffe gestattet, die unmittelbar der Erhaltung des Parks dienen.

Er ist der Allgemeinheit auf den festgelegten Wegen kostenlos zugänglich; im übrigen besteht ein Betretungsverbot (Art. 1 Abs. 2).

Grund und Boden des Nationalparks sind nach wie vor Eigentum der Gemeinden. Das Gebiet ist durch Verträge zwischen diesen und der öffentlich-rechtlichen Stiftung „Schweizerischer Nationalpark“ (Art. 2, 5 f.) als Naturschutzgebiet gesichert.⁴³⁶

Zur Zeit wird darüber diskutiert, den Park um das Dreifache zu vergrössern und neben streng geschützten Kernzonen eine Umgebungszone zu schaffen, in der dem Schutzziel entsprechende Nutzungen erlaubt sind.⁴³⁷

In seiner Antwort (vom 5. Mai 1999) auf die mit diesem Projekt verbundene Motion Semadeni, die einen Rahmenerlass über Schutzgebiete von nationaler Bedeutung forderte, hielt der Bundesrat fest:

„Doch liegt die Hauptproblematik des schweizerischen Natur- und Landschaftsschutzes nicht in fehlenden gesetzlichen Grundlagen, einer fehlenden Strategie oder einer mangelnden Gesamtschau, sondern primär im Vollzug. Dieser wird durch die föderalistischen Strukturen, die begrenzten finanziellen Ressourcen sowie die dichte Besiedlung und Nutzung des Landes und die daraus resultierende, konfliktträchtige Überlagerung mehrerer, oft gegenläufiger Ansprüche auf den gleichen Flächen nicht erleichtert.“

⁴³⁶ Munz/Bryner/Siegrist 50.

⁴³⁷ Motion Nationalrätin Silvia Anita Semadeni, Rahmenerlass über Schutzgebiete von nationaler Bedeutung, vom 18. Dezember 1998 (98.3661).

3. WASSERRECHTSGESETZ

Eine erste wichtige, direkte auf den Schutz der Landschaft ausgerichtete Norm findet sich in dem am 1. Januar 1918 in Kraft getretenen „Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte“ (Wasserrechtsgesetz, WRG)⁴³⁸ vom 22. Dezember 1916. Sein Artikel 22 ist überschrieben mit „Wahrung der Schönheit der Landschaft“:

1 Naturschönheiten sind zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten.

2 Die Wasserwerke sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild nicht oder möglichst wenig stören.

...

Für Näheres hiezu sei auf das Kapitel zur Ressource Wasser verwiesen.⁴³⁹

4. ENTEIGNUNGSGESETZ

Wie im Kapitel zum Eigentum bereits ausgeführt wurde, ist das Eigentum durchaus beschränkbar. Es ist sogar möglich, Eigentümerinnen - formell - zu enteignen (vgl. auch Art. 702 ZGB). Das Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (EntG) (SR 711) brachte eine gesamtschweizerische Regelung der Materie.

Sein Artikel 1 umschreibt die Voraussetzungen:

1 Das Enteignungsrecht kann geltend gemacht werden für Werke, die im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils des Landes liegen, sowie für andere im öffentlichen Interesse liegende Zwecke, sofern sie durch ein Bundesgesetz anerkannt sind.⁴⁴⁰

2 Das Enteignungsrecht kann nur geltend gemacht werden, wenn und soweit es zur Erreichung des Zweckes notwendig ist.

Gemäss Artikel 2 kann der Bund „das Enteignungsrecht selbst ausüben oder es an Dritte übertragen“.

Speziell für den Landschaftsschutz ist nun allerdings Artikel 9 EntG, Naturschönheiten, von Bedeutung:

1 Naturschönheiten sind soweit möglich zu erhalten.

2 Die Werke sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild möglichst wenig stören.

Artikel 9 Absatz 1 EntG verpflichtet also einen Enteigner bei Verwirklichung des Werkes,⁴⁴¹ Naturschönheiten soweit möglich zu erhalten; öffentliche Werke sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild möglichst wenig stören (Art. 9 Abs. 2 EntG).⁴⁴²

Aus dieser Bestimmung wird in der Lehre geschlossen, dass *im Interesse des Landschaftsschutzes* das Enteignungsrecht in Anspruch genommen werden dürfe. Mit anderen Worten: Soll beispielsweise eine Hochspannungsleitung erstellt werden,

⁴³⁸ SR 721.80.

⁴³⁹ Ausführlich zur „landschaftsverträglichen Wasserkraftnutzung“ die gleichnamige Arbeit von Schmid.

⁴⁴⁰ BGE 115 Ib 311.

⁴⁴¹ BGE 115 Ib 316.

⁴⁴² BGE 124 II 157.

etwa durch die SBB, und ist aus Gründen des Landschaftsschutzes eine Linienführung über Grundstücke notwendig, die der Ersteller nicht freihändig erwerben konnte, so kann zu diesem Zweck das Enteignungsrecht ausgeübt werden.⁴⁴³ Die Interessen privater Grundeigentümer müssen unter Umständen dem öffentlichen Interesse am Schutze einer Landschaft weichen.

5. NATUR- UND HEIMATSCHUTZ

Obwohl sich also bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die eine oder andere Rechtsnorm finden lässt, die explizit auf die Landschaft bzw. deren Schutz Bezug nimmt, kann als rechtliche Geburtsstunde der Landschaft bzw. als Geburtsstunde der Landschaft in einem rechtlichen Sinne sicherlich die Verankerung des Natur- und Heimatschutzes in der Bundesverfassung (1962) sowie das darauf folgende Natur- und Heimatschutzgesetz (1967) bezeichnet werden. Landschaft, bis zu jenem Zeitpunkt gleichsam nur Epiphänomen, wird zur eigenständigen Grösse. Auf den Verfassungsartikel (Art. 24sexies BV) sowie auf das Natur- und Heimatschutzgesetz (NHG) soll im Folgenden etwas näher eingegangen werden.

Festgehalten werden muss aber bereits an dieser Stelle, dass die Landschaft nicht nur Thema des Natur- und Heimatschutzes ist, sondern ebenso, wenn auch unter anderen Vorzeichen, zentrales Thema der Raumplanung. Die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung, mithin auch der Landschaftsschutz, der 1960er Jahre war zwar ein grosser und wichtiger Schritt zur Erhaltung dieses natürlichen Gutes, aber eben nur ein erster Schritt. Die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung deckte in ihren Anfängen nur Teilbereiche ab; erkannt waren nur gewisse Probleme und Lösungen wurden nur für diese angeboten. Im Laufe der Zeit stellte sich heraus, dass die anfänglichen Bestimmungen nicht ausreichten. Dies führte zu verschiedensten inhaltlichen Revisionen und Ergänzungen des Natur- und Heimatschutzgesetzes selber. Vor allem wurde aber erst mit dem Raumplanungsgesetz dem Natur- und Heimatschutz - neben weiteren inhaltlichen, materiellen Vorgaben - ein geeignetes Instrumentarium zur Verfügung gestellt.

Ganz grob liesse sich verallgemeinern: Der Natur- und Heimatschutz, vor allem das Natur- und Heimatschutzgesetz, legt primär fest, dass die Landschaft überhaupt zu schützen und zu erhalten ist. Die Landschaft wird zum Verfassungsinteresse, ihre Erhaltung explizit zur öffentlichen Aufgabe. Die Mittel, die Instrumente, zum effektiven Schutz liefert aber in erster Linie das (spätere) Raumplanungsgesetz. Wie im Kapitel „Boden“ gezeigt, verlangt dieses, den Boden zweckmässig zu nutzen, ihn der *geeigneten* Nutzung zuzuführen. Mit den Nutzungsplänen/-zonen stellt es hiezu die notwendigen Instrumente bereit. Für schützenswerte Landschaften bietet das Raumplanungsgesetz insbesondere die Schutzzonen (Art. 17 RPG) an. Die Schutzzone errichtet gleichsam einen Schutzzaun um das schutzbedürftige und schutzwürdige Gebiet/Objekt: „Dieses Gebiet ist geschützt.“ Wie dies genauerhin zu geschehen hat, welche Massnahmen zum Schutze des je konkreten Objektes, der je konkreten Landschaft zu ergreifen sind, dies Vorgaben liefert dann vor allem (aber nicht ausschliesslich) die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung: „Dieses Gebiet ist so und so zu schützen!“ bzw. „In diesem Gebiet ist nur noch dies, nicht aber jenes zu-

⁴⁴³ BGE 122 II 15.

lässig“ - wobei zur Umsetzung des konkreten Schutzes häufig wiederum Instrumente zur Anwendung gelangen, die das Raumplanungsrecht zur Verfügung stellt.

5.1 Verfassungsebene: Artikel 24sexies BV

5.11 Vorgeschichte

In der Botschaft des Bundesrates zu Artikel 24sexies BV wird die „Vorgeschichte“ kurz skizziert. Einige wichtige Ereignisse seien hier wiedergegeben:

Bereits im Jahre 1924 war von Nationalrat R. Gelpke eine Motion eingereicht und verlangt worden, gestützt auf den oben erwähnten Artikel 702 ZGB sei den Räten eine Gesetzesentwurf zu unterbreiten, „welcher den Schutz von Landschaftsbildern, von Naturdenkmälern und historischen Bauten zum Zwecke“ habe. In einem Bericht aus dem Jahre 1925 kam die „Eidgenössische Justizabteilung“ aber zum Schluss, der Bund sei zum einen zum Erlass eines Gesetzes über den Heimatschutz nicht zuständig, und zum anderen erscheine „der Erlass eines solchen Gesetzes weder als notwendig noch als zweckmässig“. ⁴⁴⁴

Einige Jahre später wurde der Bundesrat in der sogenannten „Oltener Resolution 1932“ von zahlreichen bedeutenden kulturellen Verbänden zusammen mit dem Schweizerischen Bund für Naturschutz u.a. ersucht.

„Eine Amtsstelle zu bezeichnen oder zu schaffen, der die Aufgabe zufällt, alle von Bund, Kantonen, Gemeinden usw. erlassenen Bestimmungen über Natur- und Heimatschutz, Denkmalpflege, Schutz des schweizerischen Kunstgutes zu sammeln, die ausländische Gesetzgebung über dieses Gebiet zu verfolgen, ein Verzeichnis der geschützten Objekt zu führen und in ständiger Fühlungnahme mit den Kantonsregierungen für Anregungen zur Vervollständigung und Verbesserung der kantonalen und kommunalen Vorschriften auf diesem Gebiet zu sorgen“

sowie

„Den Entwurf zu einem eidgenössischen Gesetz auszuarbeiten, das einen wirksamen Schutz von Natur und Heimat gewährleistet.“ ⁴⁴⁵

Fast zur gleichen Zeit wurde in der Motion Oldani festgestellt, die „Ufer unserer Seen und Flüsse sowie andere volkshygienische Naturanlagen, wie Wälder usw. (würden) immer mehr dem öffentlichen Interesse entzogen“ und „deren Benützung und freie Begehung (sei) bald unmöglich“. ⁴⁴⁶ Der erwähnte Artikel 699 ZGB alleine schien der zunehmenden Privatisierung des natürlichen Gutes „Landschaft“ nicht Einhalt gebieten zu können. Verlangt wurde ein „weitblickendes Naturschutzgesetz“.

1934 schlug der „Verband zur Erhaltung des Landschaftsbildes am Zürichsee“ einen Bundesverfassungsartikel vor, der den Natur- und Heimatschutz zwar weiterhin bei den Kantonen (und Gemeinden) belassen, dem Bund aber in gewissen Fällen die Kompetenz gegeben hätte, u.a. Landschaften in seinen Schutz zu nehmen, wenn deren Bestand und Erhaltung von eidgenössischer Bedeutung seien.

⁴⁴⁴ BBI 1961 I 1093.

⁴⁴⁵ BBI 1961 I 1094.

⁴⁴⁶ BBI 1961 I 1094.

Aber auch hier kam das EJPD noch zum Schluss, der Bund sei zum Erlass eines Natur- und Heimatschutzgesetzes nicht zuständig. Zwar wäre es zweckmässig, wenn der Bund gewisse Kompetenzen hätte und wenn sich eine befriedigende Abgrenzung zu jenen der Kantone finden liesse, „dass aber diese Regelung, soweit nicht Gefahr im Verzug ist, auf spätere Zeiten zu verschieben“ sei.⁴⁴⁷

Im Jahre 1936 rief der Bundesrat dann immerhin die Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission ins Leben. Sie diente „dem Bundesrat als beratende Stelle für solche Angelegenheiten des Natur- und Heimatschutzes, die von eidgenössischer Bedeutung sind oder das Interesse mehrerer Kantone berühren“.⁴⁴⁸

1948 wurde vom Bund bei den Kantonen eine Umfrage „über den Stand des Naturschutzes in der Schweiz und über das Bedürfnis nach einer eidgenössischen Regelung“ durchgeführt. 13 Kantone begrüßten grundsätzlich eine solche Regelung. Gegenüber der ersten Umfrage aus dem Jahre 1933 war damit zwar die Zustimmung leicht gestiegen, aber noch zuwenig eindeutig, so dass ein Eingreifen noch nicht opportun schien.⁴⁴⁹

Es waren dann die folgenden Jahre, die für die Verankerung des Natur- und Heimatschutzes in der Verfassung von zentraler Bedeutung waren: Auslöser einer anscheinend weite Teile der Bevölkerung mobilisierenden Bewegung waren Projekte zur Nutzung der Wasserkraft des Rheins bei Rheinau und des Spöls im Nationalpark. Verschiedene Projekte zur Errichtung des Wasserkraftwerkes Rheinau waren auf erbitterten Widerstand aus Kreisen des Natur- und Heimatschutzes gestossen. Resultat war schliesslich die Rheinau-Initiative, die allerdings in der Abstimmung vom 5. Dezember 1954 ebenso abgelehnt wurde wie die Volksinitiative „Spöl“ am 13. Mai 1956. Beide Kraftwerke sind denn auch unterdessen gebaut worden. Und doch waren es die bewegten Auseinandersetzungen um diese Grossprojekte, die zur Einsicht führten, dass die Landschaft besser zu schützen sei.⁴⁵⁰ Am 28. September 1954 kam es denn auch zur folgenden Motion der Kommission des Nationalrates:

„In seinem Bericht an die Bundesversammlung vom 4. Mai 1954 betreffend das Volksbegehren zum Schutzes der Stromlandschaft Rheinfall-Rheinau sagte der Bundesrat u.a.: «Die Frage liesse sich stellen und prüfen, ob durch einen selbstständigen Verfassungsartikel der Natur- und Heimatschutz auf einer breiteren bundesrechtlichen Basis gewährleistet werden könnte». Gestützt auf diese Feststellung wird der Bundesrat beauftragt, mit den kantonalen Behörden und den Vertretern der Organisationen des schweizerischen Natur- und Heimatschutzes die Frage der Einführung eines die Erfordernisse der Erhaltung und Sicherung der landschaftlichen Schönheiten unseres Landes erfüllenden Artikels in der Bundesverfassung zu prüfen und den eidgenössischen Räten darüber Bericht und Antrag vorzulegen.“⁴⁵¹

⁴⁴⁷ BBI 1961 I 1095.

⁴⁴⁸ BBI 1961 I 1095.

⁴⁴⁹ BBI 1961 I 1095 f.

⁴⁵⁰ Munz/Bryner/Siegrist 33.

⁴⁵¹ BBI 1961 I 1096.

5.12 Der Artikel 24sexies BV

5.12.1 Inhalt

Es dauerte dann aber doch noch gut sechs Jahre, bis der Bundesrat nach langwierigen Verhandlungen mit den Interessierten im Dezember 1960 einen Vorschlag verabschiedete und ihn im Mai 1961 den Räten vorlegte. In der Abstimmung vom 27. Mai 1962 wurde der Artikel 24sexies BV schliesslich von Volk und sämtlichen Kantonen deutlich angenommen:⁴⁵²

1 Der Natur- und Heimatschutz ist Sache der Kantone.

2 Der Bund hat in Erfüllung seiner Aufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten.

3 Der Bund kann Bestrebungen des Natur- und Heimatschutzes durch Beiträge unterstützen sowie Naturreservate, geschichtliche Stätten und Kulturdenkmäler von nationaler Bedeutung vertraglich oder auf dem Wege der Enteignung erwerben oder sichern.

4 Er ist befugt, Bestimmungen zum Schutze der Tier- und Pflanzenwelt zu erlassen.

5.12.11 Sache der Kantone

Der Absatz 1 bestätigt nur noch einmal, was auch ohne die Verfassungsnorm schon immer galt: Natur- und Heimatschutz war und ist grundsätzlich Sache der Kantone. Gemäss Artikel 3 BV sind nämlich die Kantone „souverän, soweit ihre Souveränität nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind“.⁴⁵³ Da nun neu die Absätze 2 ff. dem Bund bestimmte Zuständigkeiten abschliessend übertragen, und den Kantonen also gewisse Kompetenzen entzogen werden, hätte die Bestimmung besser und verständlicher lauten sollen: „Der Natur- und Heimatschutz ist Sache der Kantone, soweit nicht die Absätze 2-4 dieses Artikel den Bund für zuständig erklären“.⁴⁵⁴

Festzuhalten gilt es, dass die subsidiäre und lückenfüllende Zuständigkeit der Kantone nach wie vor von erheblicher Tragweite blieb (und ist). So beruht insbesondere ein Grossteil der konkreten Schutzvorkehren auf kantonalem Recht.⁴⁵⁵ Der Verfassungsgeber ging mit anderen Worten davon aus, „dass dem Bund im Bereich des Natur- und Heimatschutzes nur eine subsidiäre Unterstützungs- und Ausgleichfunktion zukommt. Es wird vermutet, dass die unmittelbar betroffenen Gemeinwesen zu ihrer Umgebung mehr Sorge tragen als der Bund. Der Bund soll sich nach dem richtig verstandenen Subsidiaritäts- und Koordinationsprinzip nur dann einschalten, «wenn die kantonalen Bestrebungen allein nicht zum Ziel führen oder wenn das allgemeine Interesse des Landes Bundesmassnahmen als dringend notwendig erscheinen lässt»⁴⁵⁶.“⁴⁵⁷

⁴⁵² Munz/Bryner/Siegrist 33.

⁴⁵³ Kommentar BV, Art. 24sexies, Rz 10.

⁴⁵⁴ Munz/Bryner/Siegrist 35.

⁴⁵⁵ Munz/Bryner/Siegrist 35.

⁴⁵⁶ BBl 1961 I 1109.

⁴⁵⁷ Kommentar BV, Art. 24sexies, Rz 11.

5.12.12 Verpflichtung des Bundes

Absatz 2 von Artikel 24sexies BV verpflichtete explizit den Bund, „in Erfüllung seiner Aufgaben“ den Natur- und Heimatschutz zu beachten und im Rahmen seiner Massnahmen (z.B. Subventionen, Errichtung von eigenen Bauten und Anlagen, Planungen etc.) zu berücksichtigen.

Wie oben gesehen, hatte schon vor der Verankerung des Natur- und Heimatschutzes in der Bundesverfassung der Bund in verschiedenen Gesetzen und Verordnungen Bestimmungen zur Wahrung der Belange des Natur- und Heimatschutzes aufgenommen gehabt,⁴⁵⁸ und auch die Kantone waren nicht völlig untätig geblieben. Da diese Bestimmungen allerdings nicht verhindern konnten, dass „eine beträchtliche Zahl wertvoller Landschafts- und Ortsbilder sowie Naturschönheiten in nicht wieder-gutzumachender Weise beeinträchtigt, verunstaltet oder gar vernichtet“ wurden,⁴⁵⁹ hatte sich ein „wirkungsvoller, unmittelbarer Schutz durch den Bund aufdrängt“.⁴⁶⁰

Zu diesem wirkungsvollen und unmittelbaren Schutz sollte nicht zuletzt der Bund im Rahmen seiner *eigenen* Tätigkeiten beitragen, lief er doch „im Zuge der immer weiter um sich greifenden Technisierung des heutigen Zeitalters“ Gefahr, „mit der Errichtung seiner eigenen Werke und Anlagen die Interessen des Natur- und Heimatschutzes mehr und mehr in den Hintergrund zu drängen. Die stets anwachsende Bedrohung von Natur und Landschaft durch dem Bund gehörende, von diesem angeordnete oder geförderte Einrichtungen lässt den Einbezug des Natur- und Heimatschutzes in den Rahmen der verfassungsmässigen Pflichten des Bundes durchaus rechtfertigen“.⁴⁶¹

Mit Artikel 24sexies Absatz 2 BV wurde denn auch der Bund selber gezielt in die Pflicht⁴⁶² genommen. Er hat „in Erfüllung seiner Aufgaben das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler zu schonen und, wo das allgemeine Interesse überwiegt, ungeschmälert zu erhalten“. Mit anderen Worten: Der Bund musste und muss „in allen seinen zukünftigen Erlassen und bei sämtlichen in seine Kompetenz fallenden Massnahmen die Interessen des Natur- und Heimatschutzes“ berücksichtigen.⁴⁶³

5.12.13 Förderungs- und Schutzmassnahmen des Bundes

In Absatz 3 der Verfassungsbestimmung erhielt der Bund eine *Förderungskompetenz*. Er konnte nun Bestrebungen des Natur- und Heimatschutzes *anderer* durch Beiträge unterstützen. Dadurch kann der Bund gezielt Schutzmassnahmen von Kantonen, Gemeinden oder Privaten verstärken (z.B. Nationalpark).

Zudem erhielt er die Kompetenz, selbständig *Schutzmassnahmen* zu ergreifen und damit Naturreservate, geschichtliche Stätten und Kulturdenkmäler mit privatrechtl-

⁴⁵⁸ Vgl. die Nachweise in Botschaft Art. 24sexies BV, BBI 1961 I 1099 und Botschaft NHG, BBI 1965 III 93.

⁴⁵⁹ Botschaft Art. 24sexies BV, BBI 1961 I 1101.

⁴⁶⁰ Botschaft Art. 24sexies BV, BBI 1961 I 1101 f.

⁴⁶¹ Botschaft Art. 24sexies BV, BBI 1961 I 1111.

⁴⁶² Botschaft Art. 24sexies BV, BBI 1961 I 1111.

⁴⁶³ Botschaft Art. 24sexies BV, BBI 1961 I 1111. Vgl. Art. 1 NHV sowie ZUFFEREY, 2. Kap., Rz 12 ff., 50.

chen Mitteln (also etwa durch Kauf) oder aber mittels Enteignung zu erwerben, wenn sie von nationaler Bedeutung sind.⁴⁶⁴

5.12.14 Die Rechtssetzungskompetenz des Bundes

Schliesslich erhielt der Bund durch Absatz 4 die Gesetzgebungshoheit zum Schutz der Tier- und Pflanzenwelt:

„Der botanische und zoologische Naturschutz untersteht somit als einziger Teilbereich des Natur- und Heimatschutzes der Rechtssetzungskompetenz des Bundes. Die Rechtsvereinheitlichung drängte sich auf, weil die Erhaltung gewisser Tier- und Pflanzenarten nur unter gleichzeitiger Erhaltung und einheitlicher, zweckmässiger Pflege ihres Lebensraumes möglich ist.“⁴⁶⁵

Der Absatz 4 steht allerdings nicht isoliert in der Verfassung. Er ist vielmehr Teil eines umfassenderen Systems, das dem Bund die Gesetzgebung zum Schutz der Tier- und Pflanzenwelt einräumt. Zu erwähnen ist Artikel 25 BV, der dem Bund die Kompetenz zum Erlass von Bestimmungen über die jagdbaren Tiere, Vögel und Fische gibt. 1973 verstärkte der Tierschutzartikel, 25bis BV, die Bundeskompetenz. Mittelbar wirkt sich zudem der Umweltschutzartikel, 24septies BV, auf die Tier- und Pflanzenwelt aus.

Mittel der Wahl zur Erreichung des einen Teilzieles, des Artenschutzes, sind primär verschiedenste Verbotsregelungen, etwa hinsichtlich des Pflückens, Ausreissens und Verkaufens gewisser Pflanzenarten. Hinzu kommen aber auch positive Massnahmen, wie die Wiederansiedlung aussterbender/bedrohter Arten (Art. 18 Abs. 3 NHG). Das zweite Teilziel, der Biotopschutz, zielt auf die Erhaltung genügend grosser Lebensräume für das Überleben von Pflanzen und Tieren.⁴⁶⁶ Er ist in den Artikeln 18 ff. NHG näher geregelt. Es liegt auf der Hand, dass gerade der Biotopschutz nach einem Schutz von „Landschaften“, von ganz bestimmten Landschaften, verlangt.

5.12.15 Moor- und Biotopschutz

Als Resultat der sogenannten Rothenthurminitiative erfuhr der Artikel 24sexies BV im Jahre 1987 eine wichtige Ergänzung durch einen Absatz 5 und eine Übergangsbestimmung⁴⁶⁷:

5 Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung sind Schutzobjekte. Es dürfen darin weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen irgendwelcher Art vorgenommen werden. Ausgenommen sind Einrichtungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes und der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen.

Übergangsbestimmung: Anlagen, Bauten und Bodenveränderungen, welche dem Zweck der Schutzgebiete widersprechen und nach dem 1. Juni 1983 erstellt werden, insbesondere in der Moorlandschaft von Rothenthurm auf dem Gebiet der Kantone Schwyz sowie Zug, müssen zu Lasten der

⁴⁶⁴ Kommentar BV, Art. 24sexies, Rz 21 ff.

⁴⁶⁵ Kommentar BV, Art. 24sexies, Rz 28.

⁴⁶⁶ Kommentar BV, Art. 24sexies, Rz 29 ff.

⁴⁶⁷ Angenommen in der Volksabstimmung vom 6. Dez. 1987 (Erwahrungsbeschluss des BR vom 28. Jan. 1988 – AS 1988 352 – und BB vom 20. März 1987; BBl 1987 I 984, 1983 IV 198, 1985 II 1445, 1988 I 569).

Ersteller abgebrochen und rückgängig gemacht werden. Der ursprüngliche Zustand ist wieder herzustellen.

Dieser neue Absatz 5 kann teilweise als Sonderfall des allgemeinen Biotopschutzes betrachtet werden. Die Bestimmung greift allerdings über den eigentlichen Biotopschutz hinaus in den Landschaftsschutz, was alleine durch den Absatz 4 nicht abgedeckt wäre.⁴⁶⁸

5.12.2 Motivation

Um die Motivation zum Erlass des Artikel 24sexies BV noch etwas besser zu verstehen und zu erkennen, weshalb „Landschaft“ Mitte des 20. Jahrhunderts einen neuen Stellenwert bekam, lohnt sich ein nochmaliger Blick in die Botschaft des Bundesrates.

Gewisse Regelungen zum Schutze der Natur waren zwar - wie gezeigt - bekannt, und mehrere Kantone hatten auch Gesetze und Verordnungen erlassen, aber diese Regelungen waren ungenügend. Die Entwicklung des Natur- und Heimatschutzes wurde denn auch von privaten Organisationen wie der Schweizerischen Vereinigung für Heimatschutz und dem Schweizerischen Bund für Naturschutz vorangetrieben. Diesen „gelang es, in vielen Fällen, die Aufmerksamkeit der Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie jene des gesamten Schweizervolkes auf Objekte von nationaler Bedeutung zu lenken und durch Beschaffung namhafter Mittel diese vor Verschandelung oder Vernichtung zu retten“.⁴⁶⁹ „Aufhänger“ für den Natur- und Heimatschutz, also auch für den Landschaftsschutz, waren also gewisse Objekte, die sich durch ihre Seltenheit, ihre Schönheit etc. vor anderen auszeichneten. Das waren zum einen „Landschaften“ wie das Rütli, der Aletschwald, der Sihlsee, die Brissago-Inseln, der Rigi Gipfel, der Baldeggersee etc. oder „Kulturdenkmäler“ wie die Tellskapelle, das Stockalperschloss oder das Städtchen Werdenberg. Und gerade weil diese Objekte als solche von nationaler Bedeutung betrachtet wurden, bedurfte es schliesslich auch einer Regelung auf Bundesebene.⁴⁷⁰ Doch trotz dieser teils grossen Erfolge, kam der Bundesrat 1961 zu folgendem Fazit:

„Dennoch ist es eine Tatsache, dass weder die eidgenössischen oder kantonalen Erlasse noch die Bestrebungen der Natur- und Heimatschutzorganisationen das Verschwinden wertvoller Kultur- und Naturdenkmäler, seltener Biotope und Tierarten oder die schwere Beeinträchtigung schöner und beliebter Erholungslandschaften gänzlich zu verhindern vermochte. Viele Werte bleiben damit un wiederbringlich verloren, was nicht mehr weiter hingenommen werden darf.“⁴⁷¹

Festgestellt wird, mit anderen Worten, die Knappheit des natürlichen Gutes „Natur“, „Heimat“ oder eben „Landschaft“. Festgestellt und gleichsam als Naturnotwendigkeit akzeptiert wird aber auch:

„Die atemberaubende Entwicklung der Wirtschaft, Wissenschaft und Technik in den letzten Jahrzehnten und Jahren wird weitergehen; sie kann und soll auch nicht aufgehalten werden, denn sie ist die unvermeidliche und notwendige Begleiterscheinung des Anwachsens der Bevölkerungsziffer und der Ausbreitung der Zivilisation. Je mehr die Menschen bei ihrer Arbeit und ihrem Tagesrhythmus ein

⁴⁶⁸ Kommentar BV, Art. 24sexies, Rz 36 ff.

⁴⁶⁹ BBI 1961 I 1097.

⁴⁷⁰ BBI 1961 I 1103.

⁴⁷¹ BBI 1961 I 1097.

naturwidriges oder wenigstens naturfremdes Leben zu führen gezwungen sind, desto mehr bedürfen sie zu ihrer leiblichen und seelischen Erholung des Kontaktes mit der unverfälschten Natur. Diese Tatsache wird heute allgemein anerkannt. Deshalb müssen die Verantwortlichen im Interesse des ganzen Volkes und der Volksgesundheit dafür sorgen, dass Erholungsräume für Leib und Seele erhalten bleiben, und dass Gewinnstreben sowie technischer Tatendrang nicht überborden. Es braucht eine Begrenzung dieser der Natur feindlichen oder sie missachtenden Kräfte des menschlichen Gestaltungswillens. Es braucht auch einen vermehrten Schutz der überlieferten geschichtlichen und baulichen Werke und Werte unserer landschaftlich wie kulturell so reichen und vielseitigen Heimat.⁴⁷²

Was Christian Pfisterer und andere als das 50er-Jahr-Syndrom bezeichnet haben, war also auch dem Bundesrat damals nicht ganz entgangen. Die 1950er Jahre waren wirklich geprägt durch ein sprunghaftes Anwachsen der Bevölkerungszahl, des Konsums und des Landschaftsverbrauchs. Und zur Zeit der Beratung von Artikel 24sexies BV durch die Räte war somit ein Bedürfnis nach neuen Regeln zum Schutz und zur Planung des schweizerischen Lebensraums in verschiedenster Hinsicht gegeben.⁴⁷³ Grundsätzlich treffen wir hier auf eine ähnliche Entwicklung, wie wir sie im Rahmen des bäuerlichen Bodenrechtes schon skizziert hatten: die unbegrenzte Verfolgung individueller Ziele führt nicht zwingend auch zur Beförderung allgemeiner. Im Gegenteil: gewisse Bedürfnisse der Gesellschaft, sei dies nun jenes an einer funktionsfähigen Landwirtschaft, sei es das Interesse an einer Schweiz, in der sich noch leben lässt, und in der nicht alles dem sogenannten Fortschritt geopfert wird, lassen sich nur befriedigen, wenn die Gesellschaft ihre Verfolgung auch gesamthaft organisiert.

Bezeichnend für die damalige Situation und Stimmung ist allerdings, dass versucht wird, einen Kompromiss zu finden. Bestimmend ist der Reservatsgedanke: gewisse Gebiete oder Objekte werden gleichsam eingezäunt. In ihnen und für sie sollen bestimmte Regeln nicht gelten, die ausserhalb der Grenzen dieser Reservate den letzten Reste von Natur den Garaus machen. Aber nicht nur Objekte, Landschaften, Denkmäler werden - ähnlich übrigens wie die Landwirtschaft - vor den kühlen Winden der freien Marktwirtschaft geschützt, indem man für sie Sonderregelungen schafft: die Reservatsidee schickt auch die Bevölkerung ins Reservat. Wollen sie sich erholen, dann in solchen Erholungsreservaten.

Nicht nur deswegen war der Natur- und Heimatschutz von Anfang an ein grundsätzlich beschränkter:

Es „herrschte von Anfang an Klarheit darüber, dass der Natur- und Heimatschutz ... nicht als ein einseitiger und absoluter Schutz auf Grund von allgemeingültigen Regeln verstanden werden kann. Den Anliegen des Natur- und Heimatschutzes stehen nämlich meistens anderweitige Interessen gegenüber, die teilweise ebenfalls öffentlicher Art sind ... Zum anderen Teil handelt es sich um private Interessen, die sich den Belangen des Natur- und Heimatschutzes entgegenstellen, so z.B. das Bedürfnis Privater nach Errichtung von Wochenendhäuschen an Seeufern usw.“⁴⁷⁴

Obwohl es damals auch Bestrebungen gab, die Tragweite des Natur- und Heimatschutzes weiter zu fassen, genannt wurden die Lärmbekämpfung, die Reinhaltung der Gewässer, die Erhaltung des Bauernlandes, allgemein die Landes-, Orts- und Regionalplanung, hat der Bundesrat diesen extensiven Begriffsinhalt verworfen: „Natur- und Heimatschutz sollte beschränkt sein auf die Erhaltung und den Schutz der

⁴⁷² BBI 1961 I 1097 f.

⁴⁷³ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 7.

⁴⁷⁴ BBI 1961 I 1104.

landschaftlichen Schönheiten, der Ortsbilder, der Natur- und Kulturdenkmäler sowie der einheimischen Pflanzen und Tiere.“⁴⁷⁵

Die Begriffe Naturschutz und Heimatschutz sind in der Gesetzgebung des Bundes denn auch eng gekoppelt. Beide sind überwiegend raumbezogen: die Schutzobjekte sind Elemente der Landschaft, genauer der Kultur-Landschaft. Das zeigt sich in den lateinischen Sprachen: Artikel 24sexies Absatz 1 BV spricht von „protection de la nature et du paysage“ bzw. von „protezione della natura e del paesaggio.“⁴⁷⁶

Mit Blick auf die Motivation des Schutzes im Rahmen des Natur- und Heimat-, also auch des Landschaftsschutzes, steht zwar auf den ersten Blick der Schutz der Objekte um ihrer selbst willen vor den „Übergriffen“ durch den Menschen im Vordergrund.⁴⁷⁷ Die vorstehenden Ausführungen haben aber gezeigt, dass diese „Selbstlosigkeit“ auch nur eine relative ist. Wie beim Umweltschutz (jüngeren Datums) geht es zumindest indirekt immer auch um den Schutz des Menschen: Der Mensch braucht Landschaft, er braucht einen Lebensraum. Im Vergleich zum Umweltschutz lassen sich daher vor allem unterschiedliche Schutzansätze erkennen: beim Natur- und Heimatschutz geht es um die Vermeidung direkter menschlicher Einwirkungen (Wegnahme von Lebensräumen, physische Ausrottung), beim Umweltschutz vor allem um indirekte (durch Luft, Lärm, Strahlungen etc.).⁴⁷⁸

5.2 Das Natur- und Heimatschutzgesetz

Schon verhältnismässig kurz nach der Annahme des Verfassungsartikels unterbreitete der Bundesrat im Jahre 1965 dem Parlament die Botschaft zu einem Entwurf eines Bundesgesetzes über den Natur- und Heimatschutz (NHG, SR 451).⁴⁷⁹ Das Gesetz wurde am 1. Juli 1966 verabschiedet und trat (ohne Referendum) am 1. Januar 1967 in Kraft.

Es hat seither verschiedenste Änderungen erfahren:

~~So~~ So wurden durch das Umweltschutzgesetz (USG) vom 7. Oktober 1983 dem Artikel 18 Absatz 1 NHG, den Biotopschutz betreffend, neu die Absätze 1bis und 1ter angefügt. Besonders zu schützen sind danach bestimmte Gebiete wie Uferbereiche, Moore oder seltene Waldgesellschaften, „die eine ausgleichende Funktion im Naturhaushalt erfüllen oder besonders günstige Voraussetzungen für Lebensgemeinschaften aufweisen“. Zudem sind für Beeinträchtigungen schutzwürdiger Lebensräume Ersatzmassnahmen vorgeschrieben.

~~Am~~ Am 1. Januar 1988 traten des weiteren bedeutende Verstärkungen des Biotopschutzes in Kraft (Art. 18a ff. NHG).

~~Mit~~ Mit der Revision vom 24. März 1995 wurde die Denkmalpflege unter Aufhebung des bisherigen Bundesbeschlusses über die Denkmalpflege (vom 14. März 1958) formalrechtlich ins Natur- und Heimatschutzgesetz integriert.⁴⁸⁰ Zudem wurde das

⁴⁷⁵ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 7;

⁴⁷⁶ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 8.

⁴⁷⁷ Imholz Robert, Die Zuständigkeiten ... 151.

⁴⁷⁸ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 9.

⁴⁷⁹ BBl 1965 III 89.

⁴⁸⁰ Munz/Bryner/Siegrist 34.

Gesetz der neuen Verfassungslage hinsichtlich Moorlandschaftsschutz angepasst.

Es ist hier allerdings nicht der Raum, um das Natur- und Heimatschutzgesetz ausführlich darzustellen. Wir müssen uns auf einige zentrale Bestimmungen und Instrumente beschränken, die für die Belange dieses Projektes von Bedeutung sind.⁴⁸¹

5.21 Ziel des Natur- und Heimatschutzes

Der Zweckartikel, Artikel 1 NHG, in seiner aktuellen, die Ergänzungen von Artikel 24sexies BV durch einen Absatz 5 bereits berücksichtigenden Fassung lautet:

Dieses Gesetz hat zum Zweck, im Rahmen der Zuständigkeit des Bundes nach Artikel 24sexies Absätze 2–5 der Bundesverfassung:

- a. das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, die geschichtlichen Stätten sowie die Natur- und Kulturdenkmäler des Landes zu schonen, zu schützen sowie ihre Erhaltung und Pflege zu fördern;
- b. die Kantone in der Erfüllung ihrer Aufgaben im Bereich des Naturschutzes, des Heimatschutzes sowie der Denkmalpflege zu unterstützen und die Zusammenarbeit mit ihnen sicherzustellen;
- c. die Bestrebungen von Organisationen, die im Bereich des Naturschutzes, des Heimatschutzes oder der Denkmalpflege tätig sind, zu unterstützen;
- d. die einheimische Tier- und Pflanzenwelt und ihren natürlichen Lebensraum zu schützen;
- e. die Lehre und Forschung sowie die Aus- und Weiterbildung von Fachleuten im Bereich des Naturschutzes, des Heimatschutzes und der Denkmalpflege zu fördern.

Artikel 1 NHG übernimmt und wiederholt weithin die Vorgaben des Artikels 24sexies BV. Zu beachten gilt es nun allerdings, dass ausdrücklich von der „Zuständigkeit des Bundes“ gemäss der Verfassungsbestimmung die Rede ist. Das kann leicht verwirrend sein, insbesondere die falsche Auffassung aufkommen lassen, das Natur- und Heimatschutzgesetz richte sich nur an den Bund, nicht aber an die Kantone. Dies ist keineswegs der Fall. Vielmehr muss Artikel 1 NHG aus seiner Entstehungsgeschichte heraus verstanden werden:

Natur- und Heimatschutz war und ist zuvorderst Sache der Kantone. Dem Bund wurden nur gewisse Kompetenzen und Aufgaben zugeschrieben. Das Gesetz diene so ursprünglich auch zuvorderst dazu, diesen Aufgaben des Bundes im Rahmen des Natur- und Heimatschutzes klarere Kontur zu geben.

Doch während der Verfassungsartikel in seinem Absatz 2 noch ausdrücklich davon spricht, der Bund habe „in Erfüllung seiner Aufgaben“ seinen Schutzpflichten nachzukommen, so fehlt diese Konkretisierung in Buchstabe a von Artikel 1 NHG. Verständlich wird dieser Umstand nur, wenn Buchstabe a auf den ersten Abschnitt des Natur- und Heimatschutzgesetz (Art. 2 - 12b) bezogen wird. Dieses ist heute überschrieben mit: Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege *bei Erfüllung von Bundesaufgaben*.

Buchstabe b und c basieren auf Absatz 3 des Verfassungsartikels und verweisen auf den zweiten Abschnitt des Gesetzes (Art. 13 - 17a): Unterstützung von Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege durch den Bund und eigene Massnahmen des Bundes.

Buchstabe d hingegen findet sein Fundament in der Bundeskompetenz des Absatzes 4 von Artikel 24sexies BV und verweist auf den dritten Abschnitt des Natur- und

⁴⁸¹ Für eine ausführlichere Beschäftigung mit der Materie sei auf den Kommentar NHG verwiesen.

Heimatschutzgesetzes (Art. 18 - 23): Schutz der einheimischen Tier und Pflanzenwelt.

Eigenartigerweise hat der Moor- und Moorlandschaftsschutz gemäss Absatz 5 des Verfassungsartikel im Zweckartikel keine nähere Aufnahme gefunden. Im Gesetz ist ihm ein neuer Abschnitt 3a (23a - 23d) gewidmet: Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung.

Was an Artikel 1 NHG sofort auffällt, ist, dass der Schutz der Landschaft nur eines, wenn auch ein zentrales Ziel des Natur- und Heimatschutzgesetzes ist. Die Landschaft, in einem weiten Sinne verstanden als Lebensraum, ist ja auch der (einzige) Ort, an dem sich die anderen Schutzobjekte wie geschichtliche Stätten oder Kulturdenkmäler schützen lassen. Nur die Erhaltung des Lebensraumes sichert auf lange Sicht auch die Erhaltung der anderen Schutzobjekte.

5.22 Zum ersten Abschnitt:

Natur- und Heimatschutz bei Erfüllung von Bundesaufgaben

Wie gezeigt, blieb Natur- und Heimatschutz auch mit der Aufnahme von Artikel 24sexies BV grundsätzlich nach wie vor Sache der Kantone. Ja, wie Zufferey mit Recht hervorhebt:

„De manière percutante, la première affirmation du seul texte constitutionnel destiné à protéger notre patrimoine statue que la Confédération n'est a priori pas compétente en la matière (al. 1). Le libelle laconique de la disposition n'invite même pas expressément les cantons à développer une politique protectrice; il réserve simplement leur compétence.“⁴⁸²

Die Verfassungsnorm machte den Natur- und Heimatschutz neu aber auch zur Sache des Bundes. Zum einen, indem sie ihm bestimmte Zuständigkeiten verlieh, zum anderen aber vor allem auch, indem sie ihm zugleich gewisse Pflichten überband. Leider - entstehungsgeschichtlich aber eben erklärbar - verknüpfte der Verfassungsartikel diese *Pflichten des Bundes* mit dem Kriterium der „Erfüllung einer Bundesaufgabe“.

Der 1. Abschnitt des Natur- und Heimatschutzgesetzes diene und dient der Umsetzung dieser Verpflichtung aus Artikel 24sexies Absatz 2 BV. Er orientiert sich im wesentlichen an fünf Gedanken. Sie sind „als zusammenhängendes Ganzes aufzufassen, dessen Einzelteile aufeinander abgestimmt sind und daher nicht beliebig herausgebrochen werden können⁴⁸³: der Bestimmung der Bundesaufgaben, der Abstufung der Schutzobjekte nach ihrer Bedeutung, der Inventarisierung der Schutzobjekte von nationaler Bedeutung, der Begutachtung durch die Kommissionen sowie dem Beschwerderecht.

An dieser Grundkonzeption des 1. Abschnitts hat sich in der Zwischenzeit nichts geändert. Während jedoch beim Erlass des Natur- und Heimatschutzgesetzes in ihm noch alle Bestimmungen zusammengefasst und alltagstauglich gemacht werden sollten, die Behörden und Amtsstellen des Bundes bei Erfüllung ihrer Aufgaben verpflichten,⁴⁸⁴ so sind durch die seitherigen Änderungen des Gesetzes - hervorzuhe-

⁴⁸² Kommentar NHG, Chap. 2, Rz 3.

⁴⁸³ Botschaft NHG, BBl 1965 III 93.

⁴⁸⁴ Botschaft NHG, BBl 1965 III 93.

ben ist speziell der Ausbau des Biotopschutzes und der Moor(landschafts)schutz - sowie durch den Erlass des Raumplanungsgesetzes, des Umweltschutzgesetzes oder des Waldgesetzes die Anforderungen an die Art und Weise der Erfüllung einer Bundesaufgabe zweifellos gestiegen.

Da der ganze erste Abschnitt der Wahrung der Interessen von Natur- und Heimatschutz bzw. Denkmalpflege *bei Erfüllung von Bundesaufgaben* gewidmet ist, erfolgt in Artikel 2 NHG zunächst der Versuch, die Bundesaufgaben näher zu bestimmen. Dazu werden die verschiedenen Bundesaufgaben nicht aufgelistet, sondern durch eine Aufzählung ihrer Formen umrissen:

Erwähnt werden dort etwa: die Planung, Errichtung und Veränderung von Werken und Anlagen durch den Bund, seine Anstalten und Betriebe (Bauten der Bundesverwaltung, der Schweizerischen Bundesbahnen, Nationalstrassen) (Bst. a); die Erteilung von Konzessionen und Bewilligungen, wie zum Bau und Betrieb von Verkehrsanlagen, von Werken und Anlagen zur Beförderung von Energie oder zur Übermittlung von Nachrichten sowie Bewilligungen zur Vornahme von Rodungen (Bst. b), die Gewährung von Beiträgen an Planungen, Werke und Anlagen, wie Meliorationen, Sanierungen landwirtschaftlicher Bauten, Gewässerkorrekturen, Anlagen des Gewässerschutzes und Verkehrsanlagen (Bst. c).

Von zentraler Bedeutung ist nun vor allem Artikel 3 NHG, Pflicht des Bundes:

1 Der Bund, seine Anstalten und Betriebe sowie die Kantone sorgen bei der Erfüllung der Bundesaufgaben dafür, dass das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben.

2 Sie erfüllen diese Pflicht, indem sie

a. eigene Bauten und Anlagen entsprechend gestalten und unterhalten oder gänzlich auf ihre Errichtung verzichten (Art. 2 Bst. a);

b. Konzessionen und Bewilligungen nur unter Bedingungen oder Auflagen erteilen oder aber verweigern (Art. 2 Bst. b);

c. Beiträge nur bedingt gewähren oder ablehnen (Art. 2 Bst. c).

3 Diese Pflicht gilt unabhängig von der Bedeutung des Objektes im Sinne von Artikel 4. Eine Massnahme darf nicht weitergehen, als es der Schutz des Objektes und seiner Umgebung erfordert.

Die Marginalie des Artikels 3 NHG, Pflicht des Bundes, greift eigentlich zu kurz. Denn die Bestimmung wiederholt für all jene, die Bundesaufgaben erfüllen - und dazu gehören, seit der Teilrevision NHG sogar explizit, *auch die Kantone* -, die Grundverpflichtung „der Schonung bzw. ungeschmälerten Erhaltung“ aus Artikel 24sexies Absatz 2 BV.

Wenn immer es sich also um eine Bundesaufgabe handelt, unabhängig davon, wer sie erfüllt, ist Artikel 3 zu beachten.

Die Verpflichtung darf allerdings nicht als einseitiger und absoluter Schutz verstanden werden, „war es doch nicht Aufgabe der Verfassungsbestimmung“, sich „der wirtschaftlichen, industriellen Entwicklung und dem technischen Fortschritt entgegenzustemmen“. Aber zumindest musste „die Möglichkeit einer vernünftigen Abwägung der sich im Einzelfall entgegenstehenden Interessen geschaffen werden“.⁴⁸⁵ Artikel 24sexies Absatz 2 BV bzw. Artikel 3 Absatz 1 NHG geben also den zuständigen Behörden „die Anweisung, in jedem einzelnen Fall die sich gegenüberstehenden Interessen nach Ermessen abzuwägen und die Schönheiten von Natur und Land-

⁴⁸⁵ Botschaft Art. 24sexies BV, BBl 1961 I 1103.

schaft immer dann unangetastet zu belassen, wenn das Schutzinteresse überwiegt⁴⁸⁶.

Die Pflicht zur Abwägung, zur Interessenabwägung, ist von grösster Bedeutung, und zwar in zweierlei Hinsicht:

- ☞ Zum einen wird klar, dass es auch bei der Erfüllung von Bundesaufgaben, bei der Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse, gewisse Grenzen zu beachten gilt: (öffentliches) Interesse stösst auf (öffentliches) Interesse. Immer verlangt, ganz unabhängig davon, um welches konkrete (Natur-/Landschafts-)Objekt es sich auch handeln möge (Abs. 3), ist die Schonung. Überwiegt das allgemeine Interesse am Schutz eines Objektes, so muss es gar „ungeschmälert erhalten bleiben“.
- ☞ Zum anderen besteht gerade in der Verpflichtung zur Abwägung die grosse Gefahr für die konkrete Landschaft, das in Frage stehende Objekt: Sein Schutz ist eben von vorneherein nicht absolut. Die Landschaft steht grundsätzlich zur Disposition. Und in sehr vielen Fällen sind die Eingriffsinteressen, die Interessen an der Erfüllung einer Aufgabe sehr gewichtig, gewichtiger eben als das entgegenstehende öffentliche Interesse an der Erhaltung eines Kulturdenkmales oder einer Landschaft.

Die Verpflichtung zur Abwägung gilt grundsätzlich unabhängig vom betroffenen Objekt. Allerdings wird im 1. Abschnitt des NHG die Interessenabwägung teilweise vorgespurt, um der Entscheidbehörde ihre Aufgabe etwas zu erleichtern und ihr zu helfen, sich von Anfang an auf die wesentlichen Objekte zu konzentrieren, ist es doch praktisch unmöglich, alles irgendwie Schützenswerte mit der gleichen Konsequenz zu erhalten:

Artikel 4 NHG, Einreihung der Objekte, verlangt daher, zwischen Objekten von nationaler und solchen von regionaler und lokaler Bedeutung zu unterscheiden:

Beim heimatlichen Landschafts- und Ortsbild, den geschichtlichen Stätten sowie den Natur- und Kulturdenkmälern gemäss Artikel 24sexies Absatz 2 der Bundesverfassung, sind zu unterscheiden:

- a. Objekte von nationaler Bedeutung;
- b. Objekte von regionaler und lokaler Bedeutung.

Für die besonders schützenswerten Objekte, jene von nationaler Bedeutung, stellt der Bundesrat gemäss Artikel 5 NHG „Inventare des Bundes von Objekten mit nationaler Bedeutung“ auf:

1 Der Bundesrat erstellt nach Anhören der Kantone Inventare von Objekten von nationaler Bedeutung; er kann sich auf bestehende Inventare von staatlichen Institutionen und von Organisationen stützen, die im Bereich des Naturschutzes, des Heimatschutzes oder der Denkmalpflege tätig sind. Die für die Auswahl der Objekte massgebenden Grundsätze sind in den Inventaren darzulegen. Ausserdem haben diese mindestens zu enthalten:

- a. die genaue Umschreibung der Objekte;
- b. die Gründe für ihre nationale Bedeutung;
- c. die möglichen Gefahren;
- d. die bestehenden Schutzmassnahmen;
- e. den anzustrebenden Schutz;
- f. die Verbesserungsvorschläge.

⁴⁸⁶ Botschaft Art. 24sexies BV, BBl 1961 I 1112.

2 Die Inventare sind nicht abschliessend. Sie sind regelmässig zu überprüfen und zu bereinigen; über die Aufnahme, die Abänderung oder die Streichung von Objekten entscheidet nach Anhören der Kantone der Bundesrat. Die Kantone können von sich aus eine Überprüfung beantragen.

Gestützt auf diesen Auftrag hat der Bundesrat bisher zwei Bundesinventare erlassen:

- ~~die~~ die Verordnung (VBLN) über das „Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler“ (BLN) (SR. 451.11) sowie
- ~~die~~ die Verordnung (VISOS) über das „Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz“ (ISOS) (SR 451.12).

Seit längerem in Ausarbeitung begriffen, aber bis heute noch nicht erlassen, ist

- ~~die~~ die Verordnung (VIVS) über das „Inventar der historischen Verkehrswege der Schweiz“ (IVS).

Die Bundesinventare unterstellen bestimmte Objekte einem Sonderregime: für sie gilt nicht, was für die normalen, die nicht-inventarisierten Objekte gilt. Für sie gilt vielmehr ein verstärkter Schutz. Der Gesetzgeber hat ihnen einen gewissen Vorrang eingeräumt.

Durch die Aufnahme in ein Inventar nach Artikel 5 NHG wird zum einen dargetan, dass einem Objekt (Landschaft, Kulturdenkmal, Ortsbild) - weil von nationaler Bedeutung - grosses Gewicht zukommt. Zum anderen genießt es den (gegenüber Artikel 3 Abs. 1 NHG) verstärkten Schutz gemäss Artikel 6 NHG, Bedeutung des Inventars: es ist *in besonderem Masse* ungeschmälert zu erhalten oder jedenfalls *grösstmöglich* zu schonen:

1 Durch die Aufnahme eines Objektes von nationaler Bedeutung in ein Inventar des Bundes wird dargetan, dass es in besonderem Masse die ungeschmälerte Erhaltung oder jedenfalls grösstmögliche Schonung verdient.

2 Ein Abweichen von der ungeschmälerten Erhaltung im Sinne der Inventare darf bei Erfüllung einer Bundesaufgabe nur in Erwägung gezogen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höherwertige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen.

In all diesen Fällen hat die Entscheidbehörde grundsätzlich davon auszugehen, dass das allgemeine Interesse an der ungeschmälerten Erhaltung dieses Objektes von nationaler Bedeutung ein mögliches beeinträchtigendes Eingriffs-Interesse überwiegt.

Allerdings ist der verstärkte Schutz von Inventar-Objekten durch Artikel 6 NHG ebenfalls kein absoluter. Gewisse Veränderungen und Beeinträchtigungen können zulässig sein, und vom Gebot der ungeschmälerten Erhaltung darf dann abgewichen werden, wenn das Eingriffsinteresse von ebenfalls nationaler Bedeutung und zumindest gleichgewichtig wie das Schutzinteresse ist.

Damit droht selbst den inventarisierten Objekten von nationaler Bedeutung wieder Gefahr. Artikel 7 NHG verstärkt ihren Schutz daher nochmals: Immer dann, wenn sie durch die Erfüllung einer Bundesaufgabe beeinträchtigt werden könnten, ist die Entscheidbehörde verpflichtet, ein Gutachten der zuständigen Kommission (ENHK bzw. EKD) einzuholen. Die Begutachtung durch diese unabhängigen und sachkundigen Organe soll dazu beitragen, dass im Rahmen der je notwendigen Interessenabwägung die Entscheidbehörde auch in bezug auf den Natur- und Heimatschutz sowie

die Denkmalpflege über zuverlässige Unterlagen verfügt und die Gewichte richtig verteilt werden.

Den Abschluss des 1. Abschnittes bildet die Regelung des Beschwerderechts. Beschwerdeberechtigt sind gemäss Artikel 12 NHG zum einen die Gemeinden (Behördenbeschwerde), zum andern die gesamtschweizerischen Organisationen, die sich dem Naturschutz, dem Heimatschutz, (neuerdings) der Denkmalpflege oder verwandten, rein ideellen Zielen widmen, sofern sie seit mindestens zehn Jahren bestehen. Diese unter dem Namen „Verbandsbeschwerde“ bekannt gewordene Möglichkeit der Organisationen, unter ganz bestimmten, verhältnismässig engen Voraussetzungen, Beschwerde an den Bundesrat bzw. Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu führen, stellte sicherlich eine der zentralsten und wichtigsten Neuerungen bei der Schaffung des NHG dar.⁴⁸⁷

Im Zuge der Teilrevision NHG wurde die Verbands- und Behördenbeschwerde präzisiert (etwa hinsichtlich der Verpflichtung zur frühzeitigen Beteiligung am Verfahren [Art. 12a NHG] oder des Beschwerderechts der Kantone und des zuständigen Bundesamtes [Art. 12b NHG]) und neueren Entwicklungen (insbesondere der Verbandsbeschwerde des USG) angepasst sowie auch jenen Organisationen geöffnet, die sich der Denkmalpflege widmen.⁴⁸⁸

5.23 Zum zweiten Abschnitt: Unterstützung von Naturschutz, Heimatschutz und Denkmalpflege durch den Bund und eigene Massnahmen des Bundes

Aus dem zweiten Abschnitt des Gesetzes soll lediglich ein Artikel erwähnt werden. Gemäss Artikel 15 NHG kann der Bund „Naturlandschaften, geschichtliche Stätten oder Natur- und Kulturdenkmäler von nationaler Bedeutung vertraglich oder, wenn dies nicht möglich ist, auf dem Weg der Enteignung erwerben oder sichern“. Die Bestimmung geht auf Artikel 24sexies Absatz 3 BV zurück. Primär ist die *Sicherung* schützenswerter Objekte von nationaler Bedeutung durch den Bund - und zwar in erster Linie dann, wenn die Bestrebungen anderer Akteure, insbesondere der Kantone und Gemeinden, nicht innert nützlicher Frist zum Ziele führen. Der Artikel wird hier erwähnt, weil er ein Beispiel dafür ist, wie zur Wahrung öffentlicher Interessen private Eigentümerpositionen - wenn auch nicht an der Landschaft selbst, sondern am Boden - eingeschränkt werden können, und zwar unter Zuhilfenahme privatrechtlicher Instrumente:

Die Massnahmen nach Artikel 15 NHG „haben zudem die Eigentümerbefugnisse der Betroffenen so wenig als möglich zu beeinträchtigen. Solange die Schutzziele auch ohne Landerwerb erreicht werden können, hat sich der Bund deshalb mit Massnahmen zur blossen Sicherstellung des Schutzobjektes zu begnügen.

In Frage kommen dabei vorab die Errichtung von Personaldienstbarkeiten nach Art. 781 ZGB zu Gunsten der Eidgenossenschaft oder einer anderen für den Vollzug zuständigen Instanz. Diese können ein Gebiet mit einem (teilweisen) Bauverbot, mit Auflagen bei der Umnutzung oder Sanierung bestehender Bauten, geschichtlicher Stätten oder Kulturdenkmäler, mit Nutzungs- oder Bewirtschaftungsbeschränkungen oder mit anderen Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse belegen. Unterhaltsverpflichtungen oder andere Leistungen lassen sich damit den Grundeigentümern aber nicht überbinden. Mit Personaldienstbarkeiten können die Belasteten einzig zu passivem Dulden nicht aber zu aktivem Handeln angehalten werden. Der (zwangsweise) Erwerb von Grundeigentum steht erst zur

⁴⁸⁷ Botschaft NHG, BBl 1965 III 96.

⁴⁸⁸ Botschaft Teilrevision NHG, BBl 1991 III 1135.

Diskussion, wenn die zur Sicherstellung des Schutzobjektes erforderlichen Vorkehren eine ausreichende Nutzung des Schutzobjektes nicht mehr zulassen.⁴⁸⁹

5.24 Zum dritten Abschnitt: Schutz der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt

Obwohl die Überschrift des dritten Abschnittes lediglich auf die Tier- und Pflanzenwelt verweist, ist er für den Landschaftsschutz von Bedeutung. Das zeigt sich bereits in seinem Grundsatzartikel, dem Artikel 18 NHG:

1 Dem Aussterben einheimischer Tier- und Pflanzenarten ist durch die Erhaltung genügend grosser Lebensräume (Biotope) und andere geeignete Massnahmen entgegenzuwirken. Bei diesen Massnahmen ist schutzwürdigen land- und forstwirtschaftlichen Interessen Rechnung zu tragen.

Tiere und Pflanzen lassen sich alleine in Zoos oder botanischen Gärten nicht erhalten. Ihr Schutz verlangt vielmehr nach der Erhaltung von Lebensräumen, die zudem genügend gross sein müssen.

„Mittel zur Realisierung des Schutzes sind die sogenannten Schutzmassnahmen. Diese können vorsorglich oder aber auch erst bei einer konkreten Gefährdung eines Biotops ergriffen werden. Zu den Schutzmassnahmen gehören einerseits die Einschränkung und das Verbot schädlicher Einwirkungen oder Eingriffe, wie z.B. Nutzungseinschränkungen für die Landwirtschaft, den Tourismus oder die bauliche Nutzung. Andererseits umfassen Schutzmassnahmen aber auch zielgerichtete Handlungen zur Verbesserung von Lebensräumen. Dazu zählt etwa das Pflanzen von Hecken, Wiedervernässung von entwässerten Mooren oder Renaturierung von kanalisierten Bachläufen.“⁴⁹⁰

Die Grundnorm von Artikel 18 Absatz 1 NHG genügt allerdings nicht, um einen wirkungsvollen Artenschutz, der immer und zugleich auch Lebensraumschutz sein muss, zu garantieren. Mit dem Erlass des Umweltschutzgesetzes wurde der Biotopschutz daher durch die Absätze 1bis sowie 1ter ausgebaut:

1bis Besonders zu schützen sind Uferbereiche, Riedgebiete und Moore, seltene Waldgesellschaften, Hecken, Feldgehölze, Trockenrasen und weitere Standorte, die eine ausgleichende Funktion im Naturhaushalt erfüllen oder besonders günstige Voraussetzungen für Lebensgemeinschaften aufweisen.

1ter Lässt sich eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere Massnahmen zu deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz zu sorgen.

Hervorzuheben ist, dass der Schutz von Lebensräumen (zwecks Erhaltung der Tier- und Pflanzenwelt) nicht mit Landschaftsschutz deckungsgleich ist. Landschaftsschutz ist zudem gemäss Artikel 24sexies Absatz 1 BV grundsätzlich Aufgabe der Kantone, während die Legiferierung zum Biotopschutz gemäss Absatz 4 dem Bunde zusteht. Normadressat, d.h. verpflichtet, ist trotzdem nicht nur der Bund allein. Auch und gerade die Kantone sind beauftragt, die erforderlichen Schutzmassnahmen zu treffen. Doch trotz dieser Zuständigkeitsverteilung gemäss Artikel 24sexies BV lassen sich natürlich Schutz von Lebensräumen und Schutz von Landschaften nicht strikte von einander trennen:

⁴⁸⁹ Kommentar NHG, Art. 15, Rz 8 f.

⁴⁹⁰ Kommentar NHG, Vorbemerkungen Art. 18 - 23, Rz 2.

„Artenschutz erfordert die Erhaltung von Lebensräumen und Biotopschutz ist Gebiets- und damit auch Landschaftsschutz. Zudem sind Lebensräume nicht nur durch ihren naturräumlich-biotischen Grundgehalt, sondern auch durch die darin fast immer ausgeübte menschliche Nutzung geprägt. Wir leben nicht in einer Naturlandschaft, sondern in einer Kulturlandschaft ...“⁴⁹¹

5.24.1 Biotop von nationaler, regionaler und lokaler Bedeutung

Die Artikel 18a ff. NHG sind Teil des angenommenen indirekten Gegenvorschlages zur sogenannten „Rothenthurm-Initiative“. Der Bundesrat schlug damals dem Parlament vor, die Initiative zu verwerfen, präsentierte aber zugleich eine Teilrevision des Natur- und Heimatschutzgesetzes, in der zumindest ein Teil der Anliegen der Initiative aufgenommen worden war.⁴⁹²

„Die neu einzufügenden Bestimmungen (sc. gemeint sind die Art. 18a ff. NHG) sollen das Instrumentarium zur Erreichung des genannten Ziels (sc. die Erhaltung der einheimischen Tier- und Pflanzenwelt gemäss den Vorgaben von Art. 18 Abs. 1, 1bis und 1ter NHG) bereitstellen. Für den Anstoss und die finanziellen Mittel zum Schutz der Biotop von nationaler Bedeutung ist im wesentlichen der Bund verantwortlich. Die Kantone sollen organisatorisch in der Lage sein, den Schutz zu verwirklichen. Sie haben sich zugleich der Biotop von regionaler und lokaler Bedeutung anzunehmen sowie in intensiv genutzten Gebieten für ökologischen Ausgleich zu sorgen ...“⁴⁹³

Mit der Bezeichnung von Biotop von *nationaler* Bedeutung wird ein Gedanke wieder aufgenommen, der schon bei der Schaffung des Gesetzes in seinem ersten Abschnitt Niederschlag gefunden hatte: die Abstufung der Schutzobjekte nach ihrer Bedeutung sowie die Inventarisierung der Schutzobjekte von nationaler Bedeutung.⁴⁹⁴ Schon damals hatte der Bundesrat in seiner Botschaft ausgeführt, nur eine klare Rangordnung der Schutzobjekte setze die zuständigen Organe bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in die Lage, sich von Anfang an auf die wesentlichen Objekte zu konzentrieren, und nur durch eine Inventarisierung der wichtigsten Schutzobjekte, die auch für die weniger wichtigen als Vorbild dienen, könne eine solch klare Rangordnung geschaffen werden.⁴⁹⁵

Artikel 18a NHG befasst sich mit den Biotop von nationaler Bedeutung:

1 Der Bundesrat bezeichnet nach Anhören der Kantone die Biotop von nationaler Bedeutung. Er bestimmt die Lage dieser Biotop und legt die Schutzziele fest.

2 Die Kantone ordnen den Schutz und den Unterhalt der Biotop von nationaler Bedeutung. Sie treffen rechtzeitig die zweckmässigen Massnahmen und sorgen für ihre Durchführung.

3 Der Bundesrat kann nach Anhören der Kantone Fristen für die Anordnung der Schutzmassnahmen bestimmen. Ordnet ein Kanton die Schutzmassnahmen trotz Mahnung nicht rechtzeitig an, so kann das Eidgenössische Departement des Innern die nötigen Massnahmen treffen und dem Kanton einen angemessenen Teil der Kosten auferlegen.

Gestützt auf diese Bestimmung wurden später die Hochmoor-, die Flachmoor- sowie die Auenverordnung erlassen, auf die noch kurz einzugehen sein wird.

⁴⁹¹ Kommentar NHG, Art. 18, Rz 7.

⁴⁹² BBI 1985 II 1445 ff.

⁴⁹³ BBI 1985 II 1463; vgl. auch Kommentar NHG, Art. 18a, Rz 3.

⁴⁹⁴ Kommentar NHG, Art. 18a, Rz 5.

⁴⁹⁵ BBI 1965 III 94.

Artikel 18b NHG befasst sich mit Objekten von „niedrigerem“ Range, jenen von regionaler oder lokaler Bedeutung, sowie mit dem ökologischen Ausgleich:

- 1 Die Kantone sorgen für Schutz und Unterhalt der Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung
- 2 In intensiv genutzten Gebieten inner- und ausserhalb von Siedlungen sorgen die Kantone für ökologischen Ausgleich mit Feldgehölzen, Hecken, Uferbestockungen oder mit anderer naturnaher und standortgemässer Vegetation. Dabei sind die Interessen der landwirtschaftlichen Nutzung zu berücksichtigen.

Die Bestimmung erteilt den Kantonen einen Vollzugs- bzw. Umsetzungsauftrag, sind diese Lebensräume doch nicht schon - wie etwa der Wald - direkt aufgrund von Bestimmungen des Bundesrechtes geschützt. Geschützt werden sollen zum einen die bestehenden Biotope und zum anderen „sollen zusätzlich zu den bestehenden Biotopen mit dem ökologischen Ausgleich neue naturnahe Lebensräume geschaffen werden“.⁴⁹⁶ In Artikel 14 Absatz 1 der Verordnung über den Natur- und Heimatschutz (NHV; SR 451.1) wird festgehalten, der Biotopschutz schaffe zusammen mit dem ökologischen Ausgleich sowie den Artenschutzbestimmungen (Art. 20 NHV) „die Voraussetzung für den Fortbestand der wildlebenden einheimischen Pflanzen- und Tierwelt“. Zu schützen sind die Biotope insbesondere durch (Art. 14 Abs. 2 NHV):

- a. Massnahmen zur Wahrung oder nötigenfalls Wiederherstellung ihrer Eigenart und biologischen Vielfalt;
- b. Unterhalt, Pflege und Aufsicht zur langfristigen Sicherung des Schutzziels;
- c. Gestaltungsmassnahmen, mit denen das Schutzziel erreicht, bestehende Schäden behoben und künftige Schäden vermieden werden können;
- d. Ausscheidung ökologisch ausreichender Pufferzonen;
- e. Erarbeitung wissenschaftlicher Grundlagen.

Dem ökologischen Ausgleich kommt eine vernetzende Funktion zu. Es sollen (gemäss Art. 15 NHV) insbesondere isolierte Biotope miteinander verbunden werden, nötigenfalls auch durch die Neuschaffung von Biotopen. Bezweckt wird zudem, die Artenvielfalt zu fördern, eine möglichst naturnahe und schonende Bodennutzung zu erreichen, Natur in den Siedlungsraum einzubinden und das Landschaftsbild zu beleben.⁴⁹⁷

Schon diese kurze Skizze macht klar, dass der Schutz von Lebensräumen mit der „Freiheit“ der betroffenen (Grund-)Eigentümer kollidieren kann. Lebensräume lassen sich nur dann schützen, wenn das Herrschaftsrecht der Eigentümerinnen beschränkt bzw. konkretisiert wird. Schutz von Lebensräumen verlangt zuvorderst nach Unterlassung: schädigendes Verhalten ist zu vermeiden; die betroffenen Grundstücke dürfen nur in einer mit den Schutzzielen vereinbaren Art und Weise genutzt werden. Der Schutz von Lebensräumen muss deshalb bei den Nutzungsrechten ansetzen.

Die zentrale Regel findet sich im oben erwähnten Artikel 18 Absatz 1ter NHG. Dort wird davon ausgegangen, dass der Schutz der Lebensräume nicht in allen Fällen möglich ist:

1ter Lässt sich eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere Massnahmen zu

⁴⁹⁶ Kommentar NHG, Art. 18b, Rz 1.

⁴⁹⁷ Zu den Konzepten der Segregation, der Vernetzung sowie der Kombination vgl. Kommentar NHG, Art. 18b, Rz 6, 31.

deren bestmöglichem Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz zu sorgen.

Verlangt ist eine Interessenabwägung: Dem (öffentlichen) Interesse am Schutz bestimmter Lebensräume sind die (öffentlichen und/oder privaten) Eingriffsinteressen (am Bau einer Strasse, eines Gebäudes) gegenüberzustellen und miteinander abzuwägen. In dieser Abwägung können die Schutz-/Erhaltungsinteressen unterliegen. Für schutzwürdige Lebensräume ist diesfalls verlangt, dass der Verursacher den Schaden möglichst gering hält, ihn gar behebt oder zumindest für angemessenen Ersatz sorgt.

Das gilt wohl gemerkt für schutzwürdige Lebensräume (zu ihrer Auswahl: Art. 14 Abs. 3 NHV). Das Natur- und Heimatschutzgesetz will diese besonders schützen. Ihr Schutz geht weiter als jener „normaler“, „gewöhnlicher“ Gebiete oder Landschaften: Da gewisse Gebiete (hier aus Gründen des Lebensraumschutzes) schutzwürdiger und schutzbedürftiger sind als andere, erfährt die durch das Regelwerk „Eigentum“ grundsätzlich/konzeptionell garantierte Eigenmacht der (Grund-)Eigentümer eine zusätzliche Beschränkung/Konkretisierung.

Das geschieht in diesen Fällen des Biotopschutzes allerdings nicht von alleine. Nur weil im Natur- und Heimatschutzgesetz steht, ein Gebiet sei zu schützen, ist es noch nicht ohne weiteres geschützt. Sein Schutz erfolgt erst durch den Vollzug: Der Schutzauftrag muss (durch die Kantone) zuerst noch in die Praxis umgesetzt werden:⁴⁹⁸

Durch geeignete rechtliche Instrumente muss festgelegt werden, wie die zu schützenden Gebiete/Grundstücke (noch) genutzt werden dürfen bzw. müssen. Einmal mehr zeigt sich hier, dass das Recht nicht gleichsam systemimmanent Lösungen zum (pfleglichen) Umgang mit Ressourcen anbietet. Das Recht kann Ziele festlegen und es kann bestimmte Instrumente zur Erreichung dieser Ziele anbieten. Anders gesagt: Wird ein (gesellschaftliches) Problem erkannt und besteht der politische Wille, das Problem anzugehen, so kann eine Verpflichtung rechtlich fixiert werden: Objekt/Ressource XY ist zu schützen. Es kann näherhin - verbindlich - festgelegt werden, wovon zu schützen ist und durch wen. Und wenn man/der Gesetzgeber/die Behörde die richtige Lösung gefunden hat, kann ebenfalls verbindlich bestimmt werden, wie, mit welchen Mitteln das gesteckte Ziel zu erreichen ist. Das Recht selber bietet aber keine Lösungen an. Das Recht weiss nicht, wie der Boden, das Wasser oder die Landschaft zu schützen wäre.

Im Rahmen des Natur- und Heimatschutzes bieten sich unterschiedlichste Möglichkeiten an, dem Gesetzesauftrag Nachachtung zu verschaffen. Was den Biotopschutz angeht, so favorisierte der Gesetzgeber das Instrument der *Vereinbarung* mit den Grundeigentümern und Bewirtschaftern. Durch einen Vertrag mit der öffentlichen Hand verpflichten sich diese, ihre Grundstücke in einer dem Schutzzweck adäquaten Weise zu nutzen. Für eventuelle finanzielle Einbussen sind sie zu entschädigen. In Artikel 18c NHG heisst es:

⁴⁹⁸ Kommentar NHG, Art. 18b, Rz 1.

1 Schutz und Unterhalt der Biotope sollen wenn möglich aufgrund von Vereinbarungen mit den Grundeigentümern und Bewirtschaftern sowie durch angepasste land- und forstwirtschaftliche Nutzung erreicht werden.

2 Grundeigentümer oder Bewirtschafter haben Anspruch auf angemessene Abgeltung, wenn sie im Interesse des Schutzzieles die bisherige Nutzung einschränken oder eine Leistung ohne entsprechenden wirtschaftlichen Ertrag erbringen.

3 Unterlässt ein Grundeigentümer die für das Erreichen des Schutzzieles notwendige Nutzung, so muss er die behördlich angeordnete Nutzung durch Dritte dulden.

4 Soweit zur Erreichung des Schutzzieles der Landerwerb nötig ist, steht den Kantonen das Enteignungsrecht zu. Sie können in ihren Ausführungsvorschriften das Enteignungsgesetz anwendbar erklären, wobei die Kantonsregierung über streitig gebliebene Einsprachen entscheidet. Erstreckt sich das Schutzobjekt auf das Gebiet mehrerer Kantone, ist das Bundesgesetz über die Enteignung anwendbar.

Hinter der Favorisierung der vertraglichen Vereinbarung steckt zum einen die Einsicht, dass Schutz der Natur auf freiwilliger Basis oft effektiver ist als wenn dieser erzwungen wird. Zudem wird hier zumindest die Fiktion aufrechterhalten, es stünden sich zwei gleichberechtigte Partner gegenüber. Und zudem sind Vereinbarungen nicht selten leichter und in kürzerer Zeit abzuschliessen: der Griff zum zweiten wichtigen Instrument, dem Planungsinstrument, ist in der Regel viel aufwendiger. Wie im Kapitel Boden bereits ausgeführt, wird mit den Mitteln der Raumplanung versucht, die Böden je der geeigneten Nutzung zuzuführen: Gewisse Böden dürfen noch überbaut werden (Bauzonen), andere sind grundsätzlich der landwirtschaftlichen Nutzung vorbehalten (Landwirtschaftszonen) und in die dritte Grundkategorie sind schliesslich jene Gebiete zu weisen, die besonderen Schutzes bedürfen (Schutzzonen). Diese Nutzungszonen beschränken bzw. konkretisieren die zulässige Nutzung des Bodens. Sie legen fest, welche Nutzungsrechte einem Grundeigentümer in concreto noch zustehen. Der Inhalt des jeweiligen (formellen) Grundeigentums (bezogen auf ein konkretes Grundstück) wird durch die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung in Verbindung mit der Raumplanungsgesetzgebung konkretisiert.

5.25 Zum Abschnitt 3a:

Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung

Resultat der „Rothenthurminitiative“, die sich gegen die Zerstörung der Moorlandschaft „Rothenthurm“ durch einen Waffenplatz gerichtet hatte, war ein neuer Abschnitt 3a des Natur- und Heimatschutzgesetzes. Seine Bestimmungen konkretisieren den (neuen) Absatz 5 von Artikel 24sexies BV. Zugleich stützt sich der Schutz der Moore (als Biotope) auf dessen Absatz 4. Da nun, wie gezeigt, der Landschaftsschutz grundsätzlich Sache der Kantone ist, leiten sich die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes im Bereich des Schutzes der *Moor-Landschaften* „von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung“ ausschliesslich aus diesem Absatz 5 ab. Es hat, mit anderen Worten, durch die Annahme der Rothenthurminitiative eine Kompetenzverschiebung zulasten der Kantone stattgefunden. Allerdings hat der Bund seine neue Kompetenz nicht vollständig ausgeschöpft. Im Bereich des Moorschutzes ist die Anordnung der erforderlichen Schutz- und Unterhaltmassnahmen Sache der Kantone (Art. 18a NHG), und im Bereich des Moorlandschaftsschutzes sorgen die Kantone ausserdem für die Konkretisierung der Schutzziele (Art. 23c Abs. 2 NHG).

Von besonderem Interesse ist der Umstand, dass durch den neuen Absatz 5 von Artikel 24sexies BV eine entscheidende Gewichtsverschiebung stattgefunden hat: Für gewisse Biotope, nämlich die Moore von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung, sowie für gewisse Landschaften, die Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung, wurde der Schutz erheblich ausgebaut. Zwar soll der Schutz dieser Moor-Biotopie grundsätzlich nach den für die anderen Biotope von nationaler Bedeutung geltenden Bestimmungen erfolgen, also gemäss Artikel 18a und c sowie nach Artikel 18d Absatz 1 und 3 NHG, wie es in Artikel 23a NHG heisst, aber:

„Aufgrund von Art. 24sexies Abs. 5 BV besteht in Mooren von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung ein absolutes Veränderungsverbot. Dagegen unterstehen alle anderen Biotope von nationaler Bedeutung (Art. 18a NHG) sowie alle Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung (Art. 18b Abs. 1 NHG), mit Einschluss der Moore von regionaler und lokaler Bedeutung, nur relativem Schutz.“⁴⁹⁹

Gleiches gilt für diesen besonderen *Landschaftstyp*, die Moorlandschaften von besonderer Schönheit und nationaler Bedeutung. Der Verfassungsgeber hat durch den Zusatz jenes Absatzes 5 autoritativ festgelegt, dass diese Moore und Moorlandschaften einer Interessenabwägung nicht zugänglich sind. Überall sonst wird und muss grundsätzlich zwischen widerstreitenden Interessen abgewogen werden. Hier nicht mehr: „Eine Interessenabwägung mit anderen Rechtsgütern (z.B. mit der Eigentumsgarantie oder dem Vertrauensschutz) darf im Einzelfall nicht mehr vorgenommen werden.“⁵⁰⁰

Der Unterschied zu einem normalen Fall, in dem - aus welchen Gründen auch immer - in die Nutzungsrechte einer Grundeigentümerin eingegriffen bzw. diese Rechte beschränkt/konkretisiert werden sollen, kann grob wie folgt skizziert werden:

Die Eigentumsgarantie schützt/garantiert auch das Grundeigentum. Gemäss Artikel 641 Absatz 1 ZGB darf die Grundeigentümerin ihr Grundstück „nach Belieben“ nutzen - allerdings nur „in den Schranken der Rechtsordnung“. Sie dürfte also grundsätzlich und theoretisch ihr Moorgrundstück trocken legen und es einer einträglicheren Nutzung zuführen, verleiht das Eigentum ihr (von seiner Konzeption her) doch ein Vollrecht, ein Herrschaftsrecht. Würden sich in der Rechtsordnung keinerlei Normen finden lassen, welche auf die Frage nach der Trockenlegung eines vernässten Grundstückes angewendet werden wollten, so käme ihr diese Berechtigung als Eigentümerin zu. Der Passus „in den Schranken der Rechtsordnung“ verweist nun aber auf alle anderen - privatrechtlichen oder öffentlichrechtlichen - Normen. Er weist darauf hin, dass andernorts (ausserhalb von Artikel 641 ZGB) noch Näheres zum genauen *Inhalt* der Eigentümerbefugnisse zu erfahren ist bzw. dass andere Normen der Rechtsordnung die je in concreto vorhandenen (Nutzungs-)Befugnisse noch genauer bestimmen/konkretisieren. Und zugleich wird darauf hingewiesen, dass die Konkretisierung/Beschränkung der Eigentümerbefugnisse ebenso durch Rechtssätze erfolgt wie die Statuierung des Eigentums selbst. Das ist zwar eine Binsenwahrheit, aber an dieser Stelle ist vielleicht doch der Ort daran zu erinnern, dass die Be-

⁴⁹⁹ Kommentar NHG, Art. 23a, Rz 2.

⁵⁰⁰ Kommentar NHG, Vorbemerkungen Art. 23a - 23d, Rz 7.

schränkung/Konkretisierung von (bestehenden) Rechten nicht willkürlich erfolgen darf. Es ist nicht ins Belieben einer Behörde oder eines Beamten gestellt, den Inhalt des (Grund-)Eigentums fallweise festzulegen: Verlangt ist vielmehr eine gesetzliche Grundlage, das Vorliegen eines öffentlichen Interesses an der Beschränkung und zudem muss diese verhältnismässig sein. In der neuen Bundesverfassung finden sich diese Voraussetzungen nun explizit verankert. Artikel 36 BVneu, Einschränkungen von Grundrechten, bestimmt:

1 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

2 Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

3 Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

4 Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

Haben wir es mit einem gewöhnlichen Moorgrundstück von nicht nationaler Bedeutung zu tun, so verlangt zwar das Natur- und Heimatschutzgesetz grundsätzlich auch dessen Schutz. Die gesetzliche Grundlage sowie das im Gesetz zum Ausdruck kommende öffentliche Interesse sind also durchaus gegeben. Aber, wie gezeigt wurde, ist es durchaus denkbar, dass im konkreten Fall die Interessen der Betroffenen gewichtiger sein können als das Schutzinteresse und/oder, dass die Durchsetzung des Schutzes des Biotopes unverhältnismässig wäre, etwa dahingehend, dass die Nachteile für die Betroffenen viel grösser/gewichtiger wären als der mit der Massnahme erzielbare Schutz. Um es ganz kurz auf den Punkt zu bringen: In der Regel müssen die sich entgegenstehenden Interessen gegeneinander abgewogen werden - und es ist durchaus möglich, dass das öffentliche Schutzinteresse hinter den Interessen der Betroffenen/Grundeigentümer zurückstehen muss.

Nicht so, wenn es sich um Moore oder Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung handelt. Die gesetzliche Grundlage (hier gar die Verfassung) hat unmissverständlich festgelegt, dass diese Gebiete unbedingt zu schützen sind. Es mag noch so viele Interessen geben, die gegen den Schutz dieser Moore und Moorlandschaften sprechen, sie dürfen nicht in Betracht gezogen werden:

„Moore und Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Art. 24sexies Abs. 5 BV) ebenso wie Biotop von nationaler Bedeutung (Art. 18a Abs. 1 NHG) sind zwingend geschützt (BGE 116 Ib 208 f. E. 4b). Im örtlichen Anwendungsbereich von Art. 24sexies Abs. 5 BV dürfen weder Anlagen gebaut noch Bodenveränderungen irgendwelcher Art vorgenommen werden. Stellt ein Gebiet ein Schutzgebiet im Sinne dieser Verfassungsbestimmung dar, so besteht darin ein absolutes Veränderungsverbot (...). Ausnahmen sind nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Verfassungsbestimmung nur zulässig für «Einrichtungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes und der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen». Eine Interessenabwägung gegenüber dem verfassungsmässig vorgesehenen Veränderungsverbot kann im Einzelfall nicht in Frage kommen. Vielmehr sind Interessenabwägung und Verhältnismässigkeit diesbezüglich bereits in der abstrakten Rechtsnorm vorab entschieden worden.“⁵⁰¹

Die Entscheidung ist vom Gesetzgeber definitiv und für alle Fälle getroffen. Die Schranken der Rechtsordnung sind gleichsam enger gesteckt: Der Entscheid, in einem konkreten Fall dürfe keine Interessenabwägung mehr durchgeführt werden, da

⁵⁰¹ BGE 117 Ib 247.

diese bereits vom Verfassungs-/Gesetzgeber durchgeführt sei, ist auch Teil der Rechtsordnung, die in zulässiger Weise den Inhalt des (Grund-)Eigentums näher bestimmt.

Allerdings gibt es zwischen Mooren von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (den Objekten der Hoch- und der Flachmoorverordnung [HMV und FMV]) und entsprechend qualifizierten Moorlandschaften (gemäss Moorlandschaftsverordnung [MLV]) auch gewisse Unterschiede:

„Aufgrund dieses umfassenden Veränderungsverbot ist in Hochmooren von nationaler Bedeutung die Erstellung von Bauten und Anlagen sowie die Vornahme von Bodenänderungen gänzlich unzulässig. In Flachmooren von nationaler Bedeutung gilt dies auch, wobei allerdings bestimmte Eingriffe - wie ein alljährlicher Streueschnitt - nicht nur vorgenommen werden dürfen, sondern zur Aufrechterhaltung der Biotope sogar notwendig sind.“⁵⁰²

Dass, trotz des absoluten Schutzes, nicht jegliche Handlung, nicht jegliche Nutzung zwingend ausgeschlossen sein muss, das zeigt sich sodann in besonderem Masse in den grundsätzlich auch umfassend geschützten Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung gemäss Artikel 23b NHG:

1 Eine Moorlandschaft ist eine in besonderem Masse durch Moore geprägte, naturnahe Landschaft. Ihr moorfreier Teil steht zu den Mooren in enger ökologischer, visueller, kultureller oder geschichtlicher Beziehung.

2 Eine Moorlandschaft ist von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung, wenn sie:

a. in ihrer Art einmalig ist; oder

b. in einer Gruppe von vergleichbaren Moorlandschaften zu den wertvollsten gehört.

3 Der Bundesrat bezeichnet unter Berücksichtigung der bestehenden Besiedlung und Nutzung die schützenswerten Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung, und er bestimmt ihre Lage. Er arbeitet dabei eng mit den Kantonen zusammen, welche ihrerseits die betroffenen Grundeigentümer anhören.

4 Der Bund finanziert die Bezeichnung der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung.

Mit dem grundsätzlich absoluten - eigentümerverbindlichen und unmittelbar anwendbaren - Veränderungsverbot⁵⁰³ ist nicht gemeint, es dürften keinerlei Veränderungen mehr vorgenommen werden. Das Verbot ist mit Blick auf das konkretisierte Schutzobjekt bzw. die konkretisierten Schutzziele gemäss Artikel 23c NHG auszulegen:

1 Als allgemeines Schutzziel gilt die Erhaltung jener natürlichen und kulturellen Eigenheiten der Moorlandschaften, die ihre besondere Schönheit und nationale Bedeutung ausmachen. Der Bundesrat legt Schutzziele fest, die der Eigenart der Moorlandschaften angepasst sind.

2 Die Kantone sorgen für die Konkretisierung und Durchsetzung der Schutzziele. Sie treffen rechtzeitig die zweckmässigen Schutz- und Unterhaltmassnahmen. Die Artikel 18a Absatz 3 und 18c sind sinngemäss anwendbar.

3 Der Bund beteiligt sich mit einer Abgeltung von 60–90 Prozent an den Kosten der Schutz- und Unterhaltmassnahmen. Er berücksichtigt bei der Festlegung der Abgeltung die Finanzkraft der Kantone sowie ihre Gesamtbelastung durch den Moorlandschafts- und den Biotopschutz.

Einem absoluten Veränderungsverbot unterliegt genau das, was absolut nicht verändert werden darf bzw. genau das, was unbedingt und absolut zu erhalten ist: das Objekt „im Sinne des Inventars“.

⁵⁰² Kommentar NHG, Vorbemerkungen Art. 23a - 23d, Rz 8.

⁵⁰³ BGE 123 II 251.

Für Moorlandschaften heisst dies insbesondere, dass neben den selbst bei Mooren zulässigen Ausnahmen für Einrichtungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzzweckes und der bisherigen landwirtschaftlichen Nutzung dienen, auch noch andere Eingriffe/Veränderungen zulässig sein können.

Das leuchtet sofort ein, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass Moorlandschaften auch Elemente wie Siedlungen und Verkehrswege enthalten können, die eindeutig durch den Menschen geprägt sind und der Befriedigung menschlicher Bedürfnisse dienen. Würde Artikel 24sexies Absatz 5 BValt/78 Absatz 5 BVneu wortwörtlich genommen, dann dürfte innerhalb der inventarisierten Moorlandschaften kein Haus neu gestrichen und kein Gartenzaun ersetzt werden. Das hätte aber mit Moorland- schaftsschutz nichts mehr zu tun.

Für den Schutz der Moorlandschaften kommt vielmehr der Bestimmung der *Schutz- ziele* für jedes einzelne Objekt ganz besondere Bedeutung zu. Der *angestrebte Schutz* soll vollumfänglich zur Geltung kommen.

Die Voraussetzungen für die „Gestaltung und Nutzung der Moorlandschaften“ finden sich in Artikel 23d NHG:

1 Die Gestaltung und die Nutzung der Moorlandschaften sind zulässig, soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenheiten nicht widersprechen.

2 Unter der Voraussetzung von Absatz 1 sind insbesondere zulässig:

- a. die land- und forstwirtschaftliche Nutzung;
- b. der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen;
- c. Massnahmen zum Schutz von Menschen vor Naturereignissen;
- d. die für die Anwendung der Buchstaben a–c notwendigen Infrastrukturanlagen.

Sie sind zulässig, „soweit sie der Erhaltung der für die Moorlandschaften typischen Eigenschaften *nicht widersprechen*“ (Abs. 1).⁵⁰⁴ Diesfalls sind u.a. insbesondere zu- lässig „die land- und forstwirtschaftliche Nutzung“ (Abs. 2 Bst. a), „der Unterhalt und die Erneuerung rechtmässig erstellter Bauten und Anlagen“ (Bst. b) sowie die dafür notwendigen Infrastrukturanlagen (Bst. d).⁵⁰⁵

Widerspricht ein Eingriff hingegen den konkretisierten Schutzzielen der in Frage ste- henden Moorlandschaft, ist er unzulässig - und zwar unabhängig von den anderen auf dem Spiele stehenden Interessen. Im Gegensatz zu anderen Schutzobjekten der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung kann ein Widerspruch zu den Schutzzielen durch keinerlei Interessen wettgemacht werden. Der von Verfassungs wegen ver- langte Schutz ist hier absolut.⁵⁰⁶

⁵⁰⁴ Verglichen mit der in Art. 24sexies Abs. 5 BV gebrauchten Ausnahme, wonach Einrichtungen dann zulässig sind, wenn sie dem Schutzzweck bzw. der Aufrechterhaltung der bisherigen land- wirtschaftlichen Nutzung „dienen“, geht der Gesetzestext mit „nicht widersprechen“ zumindest an die Grenze des verfassungsrechtlich Zulässigen; Kommentar NHG, Art. 23d, Rz 4, BGE 123 II 252.

⁵⁰⁵ BGE 124 II 27.

⁵⁰⁶ Kommentar NHG, Vorbemerkungen Art. 23a - 23d, Rz 8.

5.3 Die Inventare

Natur- und Heimatschutz ist nach wie vor grundsätzlich Sache der Kantone. Das gilt insbesondere für den Landschaftsschutz. Es sind zuvorderst die Kantone, die das Landschaftsbild i.e.S. (Aussichtslagen, Ansichten), die traditionellen Kulturlandschaften, die Naturdenkmäler und die räumlich ausgedehnten naturnahen Landschaften zu schützen haben.

Wie oben dargestellt, lag ein Schwerpunkt des Natur- und Heimatschutzgesetzes darin, den Bund bei Erfüllung seiner Aufgaben stärker in die Pflicht zu nehmen. Er sollte bei der Erfüllung der Bundesaufgaben dafür sorgen, „dass das heimatische Landschafts- und Ortsbild, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler geschont werden und, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert erhalten bleiben (Art. 3 Abs. 1 NHG). Schon diese an den Wortlaut der Verfassungsbestimmung angelehnte Bestimmung weist darauf hin, dass der Natur- und Heimatschutz tendenziell weniger ein flächendeckendes, als vielmehr ein objektbezogenes Unterfangen ist. Beim Natur- und Heimatschutzgesetz, also auch beim Schutz der Landschaft, steht - was auch durch die Entstehungsgeschichte illustriert wird - der Schutz der Objekte um ihrer selbst willen vor den „Übergriffen“ durch den Menschen im Vordergrund.⁵⁰⁷ Das flächendeckende Element wird hingegen eher durch die Raumplanung mit ihren Zielen und Planungsgrundsätzen beigesteuert.

Dieser objektbezogene Schutzansatz hat in den sogenannten Inventaren oder Bundesinventaren besonderen Ausdruck gefunden. Gewisse Klassen oder Gruppen von besonders schutzwürdigen und schutzbedürftigen Objekten werden zusammengefasst und einem Sonderregime unterstellt. Sie sollen in den Genuss eines erhöhten Schutzes gelangen. Das verlangt zwingend nach einer stärkeren Reglementierung des Umgangs mit diesen Objekten. Was in einem „normalen“ Gebiet, was in einer alltäglichen Landschaft unter Umständen noch durchaus zulässig sein kann, das ist im Perimeter eines inventarisierten Objektes möglicherweise verboten.

Die Bundesinventare sind daher ein interessantes Beispiel für den Umgang mit Teilen des „natürlichen Gutes“. Sie zeigen exemplarisch, wie durch Normen des Policy-Designs die Befugnisse von (Grund-)Eigentümerinnen und Eigentümern in recht erheblichem Masse beschränkt werden können: Einmal mehr wird am formellen Regelwerk nichts geändert. Die Eigentümerin eines Moorgrundstückes ist ebenso Grundeigentümerin wie jemand, der ein Grundstück an der Zürcher Bahnhofstrasse sein eigen nennen kann. Aber die Paletten ihrer Nutzungsberechtigungen, die konkreten Inhalte ihres Eigentums, unterscheiden sich erheblich.

Die Bundesinventare zeigen auch sehr schön, wie Natur- und Heimatschutz sowie die Raumplanung zusammenspielen. Oft liefert die Raumplanung mit ihren Planungsinstrumenten, insbesondere mit den Schutzzonen, erst die erforderlichen Mittel, um Inventarobjekte auf Dauer einem dem Schutzziel angepassten Sonderregime unterstellen zu können.

⁵⁰⁷ Imholz Robert, Die Zuständigkeiten ... 151.

5.31 Exkurs (Broschüre)

Da ich kürzlich eine Broschüre er- bzw. überarbeitet habe, die sich mit den Bundesinventaren näher beschäftigt, und da es für die Zwecke dieses Projektes vielleicht interessant sein könnte, etwas genauer zu erfahren, wie und mit welchen Mitteln versucht wird, diese besonderen Landschaften und Lebensräume zu erhalten, verzichte ich an dieser Stelle auf weitere Ausführungen und lege dem Bericht den Entwurf jener Broschüre bei. Sie wird in absehbarer Zukunft in der Schriftenreihe der Schweizerischen Vereinigung für Landesplanung publiziert werden und ist daher nur für euren internen Gebrauch/Information bestimmt.

6. HINWEISE AUF WEITERE LANDSCHAFTSRELEVANTE NORMEN

Wie bei allen anderen Ressourcen, so finden sich auch zur Landschaft noch eine Vielzahl von anderen Gesetzen und Verordnungen als nur die hier kurz beleuchteten, die für den Umgang mit dieser Ressource von Bedeutung sind. Das Ressourcenregime Landschaft ist eng verknüpft mit dem Ressourcenregime Boden, dem Ressourcenregime Wald, dem Ressourcenregime Wasser. Zwar steht die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung, insbesondere auch durch die Kantone, gleichsam im Zentrum der landschaftsrelevanten Schutz- und Nutzungspolitiken, aber damit alleine könnte diese Ressource nicht erhalten werden. Die Verpflichtung zum Natur- und Heimat- bzw. Landschaftsschutz durch Artikel 24sexies BValt/Artikel 78 BVneu genügt nicht, um das zu erhalten, was wir als Landschaft oder besser als Lebensraum bezeichnen.

Bereits bei seinem Erlass war das Ungenügen des Art. 24sexies BV für den Schutz der Lebensgrundlagen offensichtlich. Dieses Defizit wurde später mit den Artikeln 22quater BV (Raumplanung) und 24septies BV (Umweltschutz) teilweise wettgemacht.⁵⁰⁸

Gerade die Raumplanung hat durch ihre Ausrichtung auf eine haushälterische Nutzung des Bodens, was sich insbesondere im Gebot der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet niederschlägt, einen erheblichen materiellen Einfluss auf den Schutz der Landschaft.⁵⁰⁹ Zudem liefert die Raumplanung wertvolle Instrumente zur Erreichung der Ziele des Landschaftsschutzes.

Neben der Trias Umweltschutz, Raumplanung sowie Natur- und Heimatschutz sei auf einige wenige andere landschaftschuttsrelevante Normen hier noch kurz hingewiesen:

~~Das~~ Bundesgesetz über die Nationalstrassen vom 8. März 1960 (SR 725.11):

In seinem Artikel 5, Grundsätze für die Ausgestaltung der Nationalstrassen, heisst es:

1 Die Nationalstrassen haben hohen verkehrstechnischen Anforderungen zu genügen; sie sollen insbesondere eine sichere und wirtschaftliche Abwicklung des Verkehrs gewährleisten.

⁵⁰⁸ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap., Rz 9.

⁵⁰⁹ Rohrer, Kommentar NHG, 1. Kap. Rz 10.

2 Stehen diesen Anforderungen andere schutzwürdige Interessen entgegen, wie insbesondere die Erfordernisse der militärischen Landesverteidigung und der wirtschaftlichen Nutzung des Grundeigentums, die Anliegen der Landesplanung oder des Gewässer-, Natur- und Heimatschutzes, so sind die Interessen gegeneinander abzuwägen.

~~Verordnung über elektrische Schwachstromanlagen (Schwachstromverordnung) vom 30. März 1994 (SR 734.1) sowie Verordnung über elektrische Starkstromanlagen (Starkstromverordnung) vom 30. März 1994 (SR 734.2):~~

Ihre Artikel 7, Landschafts- und Umweltschutz, verweisen ganz allgemein auf die je relevanten Normen:

1 Die massgebenden Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz, sowie den Landschafts-, Umwelt- und Gewässerschutz sind bei Planung, Erstellung, Betrieb und Instandhaltung von Schwach(sc. bzw. Stark)stromanlagen zu beachten.

~~Verordnung über elektrische Leitungen (Leitungsverordnung, LeV) vom 30. März 1994 (SR 734.31):~~

Eine ähnliche Norm wie bei den beiden vorher genannten Verordnungen findet sich hier in Artikel 11, Landschafts- und Umweltschutz; Absatz 2 nimmt zudem direkt Bezug auf das Landschaftsbild:

1 Die massgebenden Vorschriften über den Natur- und Heimatschutz, sowie den Landschafts-, Umwelt- und Gewässerschutz sind bei Planung, Erstellung, Betrieb und Instandhaltung von elektrischen Leitungen zu beachten.

2 Elektrische Leitungen sind so auszuführen, dass sie unter Berücksichtigung der sicheren und wirtschaftlichen Energieversorgung sowie einer technisch verantwortbaren Lösung das Landschaftsbild sowie Natur und Umwelt möglichst wenig beeinträchtigen.

Artikel 30 befasst sich zudem noch mit dem Vogelschutz:

1 Sofern es die örtlichen Gegebenheiten erfordern, sind auf den Tragwerken Vorkehrungen zu treffen, damit Vögel möglichst keine Erd- und Kurzschlüsse einleiten können.

2 In vogelreichen Gebieten sind neue Leitungen so zu planen und zu erstellen, dass das Kollisionsrisiko für Vögel möglichst gering ist.

~~Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt vom 3. Oktober 1975 (SR 747.201):~~

Artikel 3 beschlägt die Gewässerhoheit der Kantone. Gestützt auf seinen Absatz 2 kann die Schifffahrt auch aus Gründen des Landschaftsschutzes verboten oder beschränkt werden:⁵¹⁰

2 Soweit das öffentliche Interesse oder der Schutz wichtiger Rechtsgüter es erfordern, können die Kantone die Schifffahrt auf ihren Gewässern verbieten oder einschränken oder die Zahl der auf einem Gewässer zugelassenen Schiffe begrenzen.

~~Verordnung über die Konzessionierung von Luftseilbahnen (Luftseilbahnkonzessionsverordnung, LKV) vom 8. November 1978 (SR 743.11):~~

⁵¹⁰ BGE 108 Ia 59.

Das Luftseilbahnen nicht einfach irgendwo errichtet werden sollten, versteht sich eigentlich von selbst.⁵¹¹ In Artikel 3 LKV, der die Voraussetzungen für eine Konzessionserteilung festhält, findet sich in Absatz 3 zudem im Sinne eines Vorbehaltes eine allgemeine Rücksichtspflicht auf die Umwelt:

³ Vorbehalten bleiben die öffentlichen Interessen des Bundes und der Kantone, namentlich die Interessen der Raumplanung, des Natur- und Heimatschutzes, des Umweltschutzes und der Gesamtverteidigung.

Artikel 4 Absatz 2 Bst. a verlangt explizit, dass

die Landschaft für die vorgesehene Nutzung geeignet ist; ...

Und Artikel 7, Hochgebirgsbahnen, stellt besondere Bedingungen für Luftseilbahnen im Hochgebirge auf:

1 Konzessionen für Luftseilbahnen, deren Bergstation mindestens 800 m über der Waldgrenze liegt, und Luftseilbahnen, die Gletscher erschliessen, dürfen nur im Bereich grösserer Fremdenverkehrsorte erteilt werden.

2 Gletscher dürfen nur durch Luftseilbahnen erschlossen werden, wenn sie sich für die Verlängerung der Skisaison und das Sommerskifahren besonders gut eignen.

7. EIGENTUM UND LANDSCHAFTSSCHUTZ

Betrachtet man die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung mit den Augen der betroffenen (Grund-)Eigentümer, so stellt sich ihnen diese als Beschränkung ihrer Nutzungsberechtigungen dar. Sie dürfen gewisse Dinge nicht mehr tun, die vorher „eigentlich“ unbestrittenermassen durch ihren Eigentümerstatus abgedeckt waren. Diese Einschränkungen können eher gering sein, so wenn von ihnen verlangt wird, die landwirtschaftliche Nutzung eines Grundstückes den konkreten natur- und heimatschutzrechtlichen Vorgaben bzw. den Schutzziele anzuweisen, sie können aber auch sehr gewichtig sein, so wenn etwa die Erstellung von Bauten und Anlagen untersagt wird.

Hervorzuheben ist insbesondere der Umstand, dass der Natur- und Heimatschutz bzw. der Landschaftsschutz ein flächendeckendes Unterfangen ist. Landschaftsschutz - als Aufgabe primär der Kantone - beschlägt grundsätzlich die gesamte Landschaft der Schweiz - auch wenn er in einer Bauzone oder einem weitgehend überbauten Gebiet oft nur noch von marginaler Bedeutung ist. Es lässt sich also sagen, dass durch den Landschaftsschutz auch flächendeckend für alle Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer der Inhalt des Eigentums konkretisiert wird und nicht nur in besonders schönen oder schutzwürdigen und -bedürftigen Gebieten.

⁵¹¹ Vgl. auch Art. 2 ff. NHG.

VIERTES KAPITEL: DER WALD

1. ECKDATEN ZUM WALD⁵¹²

Der Wald wurde seit Menschengedenken als Energie- und Rohstoffquelle genutzt. „Während der Industrialisierung wurde die Nutzung intensiviert. In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts fielen zahlreiche Bergwälder dem wachsenden Hunger der Industrie nach Bau- und Energieholz zum Opfer. In der Folge häuften sich Lawinen, Erdbeben und zerstörerische Hochwasser.“⁵¹³

~~☞~~ Aus dieser Erfahrung heraus wurde am 21. Juli **1871** ein wirksamer Subventionsbeschluss verabschiedet, der „Bundesbeschluss betreffend Bewilligung eines Bundesbeitrages für Schutzbauten an Wildwassern und für Aufforstungen im Hochgebirge“.⁵¹⁴

Er war - durch sehr weite Interpretation der Verfassung - auf den damaligen Artikel 21 (heute Art. 23) BV über die öffentlichen Werke abgestützt worden.⁵¹⁵

~~☞~~ Nach einer dreijährigen Vorphase mit jenem Subventionsbeschluss wurde im Jahre **1874** mit Artikel 24 BV eine Bundeskompetenz zum Schutz der Hochgebirgswälder geschaffen.

~~☞~~ **1876** trat das erste Forstpolizeigesetz (Bundesgesetz vom 24. März 1876 betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge⁵¹⁶) in Kraft.

Schon der Begriff „Forstpolizei“ zeigt, dass die Erhaltung der Wälder primär dem Schutz von Mensch und Natur diene.

In seinem Artikel 11 Absatz 2 enthielt das Gesetz bereits die für die schweizerische Forstpolitik wegweisende Bestimmung über den quantitativen Schutz des Waldes:

„Innerhalb der festgesetzten Grenzen darf ohne kantonale Bewilligung das Forstareal nicht vermindert werden, und es sind die künftigen Blößen und Schläge wieder aufzuforsten, sofern dafür nicht eine entsprechende Fläche anderen Landes zur Aufforstung gewidmet wird.“⁵¹⁷

~~☞~~ Zentrale Bestimmung zum Schutz und zur Erhaltung des Waldes ist - und war bis heute - der (geänderte) Artikel 24 BV, der in seiner heutigen Fassung seit **1897** besteht⁵¹⁸:

⁵¹² Vgl. insbesondere Kommentar BV, Art. 24, Rz 1 ff.; Kommentar NHG, Viertes Kapitel, Rz 11 ff.; Munz/Bryner/Siegrist 69 ff.

⁵¹³ Kommentar NHG, Viertes Kapitel, Rz 11.

⁵¹⁴ AS X 517.

⁵¹⁵ Kommentar BV, Art. 24, 2.

⁵¹⁶ AS 2 353.

⁵¹⁷ Kommentar BV, Art. 24, Rz 7; Kommentar NHG, Viertes Kapitel, Rz 11.

1 Der Bund hat das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei.

2 Er wird die Korrektur und Verbauung der Wildwasser sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete unterstützen und die nötigen schützenden Bestimmungen zur Erhaltung dieser Werke und der schon vorhandenen Waldungen aufstellen.

Damit erhielt der Bund eine generelle Oberaufsicht eingeräumt. Gemäss dem ursprünglichen Wortlaut (1874) waren die forstpolizeilichen Befugnisse des Bundes räumlich noch auf das Hochgebirge beschränkt gewesen, was indes insofern nicht wörtlich zu verstehen ist, als das Hochgebirge ja über der Waldgrenze liegt.

~~☞~~ Kurz darauf folgte der „Bundesbeschluss betreffend die Oberaufsicht des Bundes über die Forstpolizei“ vom 15. April **1898**,⁵¹⁹ der die Beschränkung auf das Hochgebirge bereits nicht mehr kannte.

~~☞~~ **1903** folgte das zweite Forstpolizeigesetz, das „Bundesgesetz vom 11. Oktober 1902 betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei“,⁵²⁰ das bis vor wenigen Jahren galt.

Es hatte zuvorderst die *Schutzfunktion* des Waldes im Auge, wurde darüber hinaus jedoch in zunehmendem Masse als stabilster - wenn nicht überhaupt einziger solider - Pfeiler des Landschaftsschutzes sowie der Raumplanung betrachtet. Bekannt geworden ist die überzeugende Bestimmung des

~~☞~~ Artikels 31 Absatz 1 des Gesetzes: „Das Waldareal der Schweiz soll nicht vermindert werden.“

~~☞~~ Neben die Arealerhaltung trat als zweiter zentraler Grundsatz jener der *Nachhaltigkeit*.

Dieses Ziel liess sich damals nicht zuletzt deshalb recht gut durchsetzen, weil die Nachfrage nach Holz als Energielieferant stark zurückgegangen war. Und die Erhaltung des Waldareals war solange wenig gefährdet, als kein erheblicher Überbauungsdruck bestand. Dies änderte sich ab den fünfziger Jahren.⁵²¹

„Von «nachhaltigem Nutzungsquantum» bzw. «nachhaltigen Nutzungsmengen» war schon in Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 des bundesrätlichen Entwurfs vom 3. Dezember 1875 zum Forstpolizeigesetz die Rede.“⁵²²

~~☞~~ Das **1967** in Kraft getretene Natur- und Heimatschutzgesetz verlieh den Natur und Heimatschutzorganisationen das Beschwerderecht, was sich für die Walderhaltung günstig auswirkte.

⁵¹⁸ Angenommen in der Volksabstimmung vom 11. Juli 1897 (Erwahrungsbeschluss vom 15. Okt. 1897 – AS 16 339; BBl 1893 V 9, 1897 IV 81). Kommentar BV, Art. 24, 2.

⁵¹⁹ AS 16 825.

⁵²⁰ AS 19 492.

⁵²¹ Munz/Bryner/Siegrist 69.

⁵²² Kommentar BV, Art. 24, Rz 10, Anm. 36, mit Verweis auf BBl 1875 IV 1102 ff., insbesondere 1105.

~~1968~~ trat das Bundesgericht (aufgrund einer Revision des Organisationsgesetzes) in die Rolle der obersten Beschwerdeinstanz in Forstangelegenheiten. Vorher war der Bundesrat zuständig gewesen, der eine eher grundsatzlose Praxis betrieben hatte.

„Das Bundesgericht vermochte mit zahlreichen, oft durch Verbandsbeschwerden veranlassten Entscheiden eine konsequente und strenge Praxis aufzubauen. Die bisherige Rechtsprechung ist übrigens vom Bundesgericht auch für die Auslegung des neuen Gesetzes (sc. von 1991) massgeblich erklärt worden, und es hat bereits wiederholt auf sie Bezug genommen.“⁵²³

~~Um~~ den Schutz des Waldes gegenüber der steigenden Nachfrage nach günstigem Bauland zu verbessern, wurden am 25. August **1971** neue und strengere Vorschriften über das Rodungsverfahren in die damalige Vollziehungsverordnung (vom 1. Oktober 1965) eingefügt.⁵²⁴

~~Als~~ Reaktion auf das „Waldsterben“ erging der „Bundesbeschluss über Beiträge an ausserordentliche Massnahmen gegen Waldschäden“ vom 4. Mai **1984**.⁵²⁵

~~Er~~ wurde am 1. Januar **1989** abgelöst durch den „Bundesbeschluss über ausserordentliche Massnahmen zur Walderhaltung vom 23. Juni 1988.“⁵²⁶

~~Diese~~ strengeren Vorschriften aus dem Jahre 1971 sind sinngemäss auch in das neue „Bundesgesetz 921.0 über den Wald“ (Waldgesetz, WaG)⁵²⁷ vom 4. Oktober 1991 (in Kraft getreten am 1. Januar **1993**) übernommen worden.

Verglichen mit den früheren Gesetzen kommt im neuen Waldgesetz deutlich die *Vielfalt der Zielsetzungen* zum Ausdruck:

„Neben der ursprünglichen Schutzfunktion im Sinne der Begrenzung der Lawinengefahr und der Bekämpfung von Erosion und Hangrutschungen sind längst die Regulierungsfunktion für die Atmosphäre (durch Kohlenstoffbindung), Klima und Wasserhaushalt sowie die Wohlfahrtsfunktion anerkannt worden. Auch der Schutz von Landschaft, Flora, Fauna setzt die Erhaltung von Wäldern voraus. Unverändert bleibt der Wald Produktionsfaktor. (...)“

Zum quantitativen muss der *qualitative Schutz* treten. Die Waldschäden haben deutlich gemacht, dass ein Rodungsverbot nicht ausreicht, um die Wälder zu erhalten, sondern dass die Begrenzung der Schadstoffbelastung (in Luft und Boden) und eine gute Durchforstung zur Erhaltung der Wälder wichtig sind.⁵²⁸

~~Zweck~~ des Gesetzes ist es gemäss Artikel 1:

1 Dieses Gesetz soll:

- a. den Wald in seiner Fläche und in seiner räumlichen Verteilung erhalten;
- b. den Wald als naturnahe Lebensgemeinschaft schützen;
- c. dafür sorgen, dass der Wald seine Funktionen, namentlich seine Schutz, Wohlfahrts- und Nutzfunktion (Waldfunktionen) erfüllen kann;

⁵²³ Munz/Bryner/Siegrist 70.

⁵²⁴ AS 1971 1192 ff.

⁵²⁵ AS 1984 517.

⁵²⁶ AS 1988 1696.

⁵²⁷ SR 921.0.

⁵²⁸ Kommentar BV, Art. 24, Rz 10.

d. die Waldwirtschaft fördern und erhalten.

2 Es soll ausserdem dazu beitragen, dass Menschen und erhebliche Sachwerte vor Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinschlag (Naturereignisse) geschützt werden.

~~☞~~ Wie sein Vorgänger kennt es das Gebot der „Erhaltung des Waldes“, Art. 3 WaG:

Die Waldfläche soll nicht vermindert werden.

~~☞~~ Der *Nachhaltigkeitsgrundsatz* findet sich (im 4. Kapitel, „Pflege und Nutzung des Waldes“, 1. Abschnitt: Bewirtschaftung des Waldes) in Art. 20, Bewirtschaftungsgrundsätze

1 Der Wald ist so zu bewirtschaften, dass er seine Funktionen dauernd und uneingeschränkt erfüllen kann (Nachhaltigkeit).

2 Die Kantone erlassen Planungs- und Bewirtschaftungsvorschriften; sie tragen dabei den Erfordernissen der Holzversorgung, des naturnahen Waldbaus und des Natur- und Heimatschutzes Rechnung.

3 Lassen es der Zustand des Waldes und die Walderhaltung zu, so kann namentlich aus ökologischen und landschaftlichen Gründen auf die Pflege und Nutzung des Waldes ganz oder teilweise verzichtet werden.

4 Die Kantone können zur Erhaltung der Artenvielfalt von Fauna und Flora angemessene Flächen als Waldreservate ausscheiden.

5 Wo es die Schutzfunktion erfordert, stellen die Kantone eine minimale Pflege sicher.

~~☞~~ Der Artikel 77, Wald, der neuen Verfassung (ab 1. Januar 2000) lautet:

1 Der Bund sorgt dafür, dass der Wald seine Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen erfüllen kann.

2 Er legt Grundsätze über den Schutz des Waldes fest.

3 Er fördert Massnahmen zur Erhaltung des Waldes.

I. DER WALD UND DAS RECHT: ETWAS GESCHICHTE

Heute hat, wie verschiedentlich schon angesprochen, das „Eigentum“ die ganze Welt und damit alle Ressourcen fest in seinem individualisierenden, vereinzeln und ausschliessenden Griff. Das war nicht immer so gewesen. Und gerade der Wald war über Jahrhunderte hinweg und stärker als der übrige, landwirtschaftlich genutzte Lebensraum als ein gemeinschaftliches Gut verstanden worden, an dem grundsätzlich nicht nur einer oder weniger, vielmehr alle partizipierten.

Stefan von Below und Stefan Breit haben in ihrem „Wald - von der Gottesgabe zum Privateigentum“ kürzlich einen informativen und umfassenden Überblick über die Entwicklung der Nutzungs-, Besitz- und Eigentumsverhältnisse vorgelegt. Das Vorwort des Herausgebers (Peter Blickle) rafft die Entwicklung wie folgt:

„Das Eigentum gehört zu den Grundlagen der modernen Gesellschaft. Herausgebildet hat es sich, in enger Wechselbeziehung zwischen Praxis und Theorie, langsam und allmählich seit dem 17. Jahrhundert. Zwar haben sich die Eigentumsformen im modernen Sinne schon seit dem Spätmittelalter in

der Stadt entwickelt, das jedoch waren atypische Sonderbildungen im Vergleich zum ländlichen Bereich, in dem die Nutzung mehrerer an derselben Sache vorherrschte. Nutzungsrechte an Liegenschaften, den Höfen und dem ihnen zugehörigen Acker- und Wiesland, wurden durch Herrschaft und Arbeit gleichermaßen begründet. Das hat die am römischen Recht geschulten Juristen veranlasst, vom *dominium directum* und *dominium utile*, mithin von einem geteilten Eigentum zu sprechen. Erst die sogenannten Bauernbefreiungen in Europa haben diesen Zustand durch die Ablösung der herrschaftlichen Rechte, meist mittels staatlicher Unterstützung beseitigt. (...)

Der Wald nimmt in diesem Prozess eine besondere Stellung ein. Anders als die Höfe galt er als Gemeinland (Allmend) und sperrte sich damit seiner Natur nach in besonderer Masse dagegen, der Eigentumskonzeption unterworfen zu werden. Erschwerend kam eine besonders komplizierte Nutzung durch Herrschaften, Gemeinden, Kooperationen, Nachbarschaften und Individuen hinzu. Auch der Wald hat den Transformationsprozess von der Nutzungsgesellschaft des Mittelalters zur Eigentumsgesellschaft der Moderne mitvollzogen, wenngleich mit einer gewissen Resistenz. Heute herrschen zwar auch hier klare Eigentumsverhältnisse, sie erlauben es aber in der Regel selbst gegenwärtig noch nicht, dass die Wälder wie privater Grund und Boden gänzlich gesperrt und eingezäunt werden.

Der Übergang von der Nutzung des Waldes zum Eigentum am Wald war ein schmerzlicher Prozess, verbunden mit sozialen Kosten, die vor allem die schwächsten Glieder der altständischen Gesellschaft zu tragen hatten. Karl Marx hat ihnen in der *Rheinischen Zeitung* 1842 ein Denkmal gesetzt.⁵²⁹

Gemäss von Below, in seinem „Forschungsüberblick“ zum „Eigentum am Wald“, war nicht nur das Produkt „Holz“, „sondern der Wald als Ganzes ... für die vormoderne Gesellschaft von geradezu existentieller Bedeutung“:

„Neben dem unentbehrlichen Bau-, Brenn- und Werkholz lieferte er Eicheln als Futter für die Schweine und bot Raum für Jagd und Viehweide, ganz zu schweigen von den zahllosen Nebenprodukten des Waldes, die im täglichen Leben Verwendung fanden (Beeren, Kräuter, Früchte, Pilze, Laub, Harz, Rinde usw.).“⁵³⁰

Nicht zu Unrecht werde daher „der Wald als *Zentralressource* der vor- und frühindustriellen Zeit bezeichnet“.⁵³¹

Angesichts seiner Bedeutung erstaunt es denn auch nicht, dass „der Wald vom Spätmittelalter bis ins 19. Jahrhundert zu den charakteristischen Spannungszonen der ländlichen Gesellschaft gehörte. Hier stiessen auf vielfältige Weise konfligierende Herrschafts- und Nutzungsansprüche aufeinander“. Im Zuge der *Verknappung der Ressource Wald*, kam es in der frühen Neuzeit zu einer Zunahme obrigkeitlicher Eingriffe, was zu einer Vermehrung und Intensivierung der Konflikte zwischen Bauern und Obrigkeit um Wald und Hof führte. Und auch in den folgenden Jahrhunderten blieb der Wald „durchwegs strittiger Gegenstand herrschaftlicher und bäuerlicher Interessen, bis das Holz im 19. Jahrhundert seine konkurrenzlose Stellung als *Energieträger* einbüsste und die altständische Gesellschaft von der bürgerlichen abgelöst wurde“.⁵³²

Zu beachten ist anscheinend, dass die Auseinandersetzungen um den Wald zunächst in Form von Nutzungsstreitigkeiten ausgetragen wurden. Die Frage war nicht (primär, wenn überhaupt), wem denn der Wald gehöre, sondern wer ihn wie nutzen dürfe. Insbesondere nach dem Dreissigjährigen Krieg rückte „die prinzipielle Frage nach dem Eigentum am Wald in den Vordergrund des Streits zwischen Bauern und

⁵²⁹ von Below/Breit V.

⁵³⁰ von Below/Breit 1.

⁵³¹ von Below/Breit 1. Hervorhebung hinzugefügt.

⁵³² von Below/Breit 1. Hervorhebung hinzugefügt.

Obrigkeiten. Diese Entwicklung hing damit zusammen, dass der Wald «gleichsam die letzten offenen Grenzen dieser Gesellschaft enthielt, wo die Rechtsverhältnisse nicht überall eindeutig definiert waren» (Radkau). Beide Seiten begannen verstärkt auf ihren bisher dilatorisch gehandhabten Rechten am Wald zu beharren, was nicht selten in den Versuch ausmündete, die jeweilige Gegenseite durch die Behauptung des 'Eigentums' von der Waldnutzung auszuschliessen“:

„Vor diesem Hintergrund kam es in einzelnen Fällen zu einer grundsätzlichen Ausmarchung in der Frage der konkurrierenden Rechte am Wald, die als erste Etappe des Übergangs von mittelalterlich-feudal zersplitterten und konkurrierenden Nutzungsrechten zu exklusivem, bürgerlichem Eigentum am Wald aufgefasst werden kann.“⁵³³

Wie bereits im Kapitel zum Eigentum skizziert, war die Ausbildung des modernen, ausschliesslichen und absoluten Eigentumsverständnisses ein äusserst vielgestaltiger Prozess, der sich über Jahrhunderte hinzog. Erinnert sei an die Figur des geteilten Eigentums, des Ober- und Untereigentums bzw. des *dominium directum* und des *dominium utile*. In Erinnerung gerufen sei auch der Umstand, dass das „eigen/eigan“ keinen fixierten Inhalt aufwies. Demnach kommt auch das „Eigentum“ bzw. seine Früh- oder Vorform in tausend Spielarten vor und umschreibt kein absolutes Vollrecht in Abgrenzung zu beschränkten dinglichen Rechten, wie es das ZGB kennt, sondern beschreibt schlicht alle möglichen Berechtigungen an einer Sache. Die Befugnisse des Eigners liessen sich denn auch, wie von Below festhält, „nicht einem abstrakten Eigentumsbegriff entnehmen, sondern konnten je nach den örtlichen Verhältnissen und Gewohnheiten variieren“:

„Wie es im vorwissenschaftlichen Recht keinen abstrakten Eigentumsbegriff gab, so existierte auch kein einheitlicher Terminus für Eigentum, sondern der Sprachgebrauch bildete für das Eigentum an verschiedenen Sachgattungen eine Vielzahl besonderer Namen aus, die von vornherein einen ungleichen Rechtsinhalt anzeigten.“⁵³⁴

Zur Unterscheidung wurde das „Eigentum“ mit Adjektiven oder gerundischen Beschreibungen versehen: vererblich, lebenslänglich, veräusserlich, freie, unbeschwert, gebunden, etc. Es erfasst auch den Menschen als in ein soziales System integriertes Wesen (Leibeigenschaft). Eigentum ist damit ein komplexes Netz von dinglichen Herrschaftselementen an Sachen und Personen.

In der Beschreibung der Abwehrberechtigung kommt die „gewere“ zum Zug, die dieser Vielfalt von Inhalten entspricht: es handelt sich dabei nicht um eine abstrakte Eigentumsklage, sondern um die Abwehrmöglichkeit eines jeden irgendwie Berechtigten an der Sache gegen unberechtigte Eingriffe.

Für die Belange des Projektes ist vielleicht der Umstand von Interesse, dass sich heute - gerade was das Grundeigentum und damit das Eigentum an Ressourcen anbelangt - eine gewisse Tendenz zur Pluralisierung bzw. Pluralität des Eigentumsinhaltes, allerdings unter Beibehaltung eines abstrakten und einheitlichen Begriffes, feststellen lässt. Behauptet wird die (abstrakte) Einheit, gleichsam die Dominanz und das Primat des formellen Regelwerks; (praktisch) gelebt wird eine Vielfalt von Eigentumsinhalten, bestimmt bzw. konkretisiert durch das „Policy-Design“.

⁵³³ von Below/Breit 2.

⁵³⁴ von Below/Breit 6.

Und interessant ist vielleicht auch, dass gemäss von Below die Theorie von den gegensätzlichen Eigentumsbegriffen, einem germanisch-deutschrechtlichen sowie einem „siegreichen“ römischrechtlichen, in letzter Zeit von verschiedenster Seite her angegriffen und erschüttert worden ist:

„Theo Mayer-Maly betont, dass der als römischrechtlich tradierte Eigentumsbegriff als solcher nicht in den römischen Rechtsquellen erscheint, da diese gar keine Definition des Eigentums hinterlassen haben. Demnach kann das Eigentum des älteren römischen Rechts auch nicht jenes «absolute, abstrakte, dehnbare und unbeschränkte Recht» gewesen sein, «das die Anhänger und Kritiker eines vermeintlichen römischrechtlichen Eigentumsbegriffes zu meinen pflegen». Vielmehr erlauben es nach Mayer-Maly die Bindungen und Beschränkungen der klassischen römischen Eigentumsordnung nicht, von einem römischrechtlichen Eigentumsbegriff zu sprechen, «dessen Absolutheit und Bindungsfreiheit einen deutlichen Gegensatz zu einem germanisch-deutschrechtlichen Eigentumsbegriff begründet.» Ein solcher sei erst in späteren Jahrhunderten konstruiert worden; nach Karl Kroeschell diene er der deutschen Pandektenwissenschaft des 19. Jahrhunderts dazu, der Eigentumsdoktrin des bürgerlichen Liberalismus Gestalt zu verleihen.⁵³⁵

Wie immer dies im Detail auch gewesen sein mag, vielleicht wirft der Umstand doch ein gewisses Licht auf die Auseinandersetzungen, die unter den Fahnen der „Elastizität“ des Eigentums bzw. der Immanenztheorie teils sogar heute immer noch ausgefochten werden. Wer sich auf die Suche macht nach einem Zusammenspiel von Regelwerk und Policy-Design das geeignet wäre, eine nachhaltig Nutzung einer Ressource zu ermöglichen, der tut sicherlich gut daran, auch vermeintlich „feste und unerschütterliche“ Fundamente einer Theorie, einer Dogmatik (oder gar nur einer Ideologie) kritisch in Frage zu stellen. Und selbst wenn die Römer bereits unseren modernen Eigentumsbegriff gekannt hätten bzw. selbst wenn unser „absolutes und ausschliessendes Vollrecht“ auf eine über zweitausendjährige Tradition zurückblicken könnte, heisst das noch lange nicht, dass sich daran nichts ändern darf.

Festzuhalten gilt es aber mit von Below wohl so oder so, „dass im Mittelalter eine eigentümliche, von der modernen stark abweichende Eigentumsvorstellung vorherrschte, welcher der Gedanke der Unteilbarkeit des Eigentums fremd war“:

„Im Mittelpunkt der Aufmerksamkeit stand nicht ein Abstraktum ‘Eigentum’, sondern «die Fülle konkreter einzelner Rechtsstellungen, die mit Rechten und Pflichten ausgestattet sind und in der Regel um die Nutzung, nicht um die Verfügungsmöglichkeiten kreisen» (Hecker). Indem sich das mittelalterliche Denken an den Nutzungsmöglichkeiten und -rechten orientiert, konnte die Vorstellung eines absoluten, unteilbaren Eigentums gar nicht aufkommen, denn die Nutzung ist prinzipiell unter verschiedene Berechtigte aufteilbar.“⁵³⁶

Dieses uralte Primat der Nutzung - und gerade nicht der Verfügungsmöglichkeiten - begegnet uns auch noch heute: Wenn es darum geht, den eigentumsrechtlich verbrämten Zugriff auf eine oder mehrere Ressourcen zugunsten der Allgemeinheit und des Allgemeinwohls zu lockern, so interessiert die Verfügungsseite nur am Rande und indirekt. Was die Allgemeinheit sich sichern muss - zuvorderst geschieht dies mit den Mitteln des „Policy-Designs“ -, das ist ein Anteil, ihr Anteil, an der *Nutzung* der

⁵³⁵ von Below/Breit 8 f.

⁵³⁶ von Below/Breit 9 f. „Die ältere Agrarverfassung (...) kannte den Begriff des Eigentums in unserem modernen, juristischen Sinne nicht. Man ging nicht von einem abstrakten Eigentumsbegriff, sondern von konkreten Formen und Möglichkeiten der Liegenschaftsnutzung aus“; Karl Siegfried Bader, Studien zur Rechtsgeschichte des mittelalterlichen Dorfes, 3. Teil: Rechtsformen und Schichten der Liegenschaftsnutzung im mittelalterlichen Dorf, Wien/Köln/Graz 1973, 1 f.

Ressourcen. Die in einem absoluten Verständnis des Eigentums angelegte ausschliessliche Nutzung durch den oder die EigentümerInnen alleine wird durchbrochen durch eine Partizipation der Allgemeinheit. In der Regel wird zwar das (formelle) Eigentumsrecht nicht angetastet - wohl nicht zuletzt, weil es historisch bedingt ideell und ideologisch hoch aufgeladen ist -, doch sichert sich die Allgemeinheit ihren Teil durch eine Konkretisierung des Eigentumsinhaltes bzw. des Nutzungsinhaltes.

Dieses Primat der Nutzung zeigte sich auch in der Art und Weise, wie die Vorstellung eines geteilten, in ein Ober- und Untereigentum geschiedenen Ganzen zugrunde ging. Es war interessanterweise das Untereigentum, das *dominium utile*, das sich im Laufe der Zeit zum Vollrecht wandelte:

„dieser Prozess ist schon als «Aufzehrung des Obereigentums durch das Untereigentum» bezeichnet worden (von Gierke). Während das Untereigentum zum Eigentum schlechthin wurde, minderte sich das Obereigentum zu einem beschränkten dinglichen Recht, zu einer Grundlast, und wurde im Zuge der Bauernbefreiung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts schliesslich ganz aufgehoben“.⁵³⁷

Damit einher ging auch eine bedeutende Erweiterung des Verfügungsrechts (*ius disponendi*), einem der zentralen Elemente (Werkzeuge) des Eigentumsrechts. Während es seit dem Spätmittelalter auf die rechtliche Verfügungsmacht beschränkt gewesen war, wurde es anscheinend im Laufe des 17. und 18. Jahrhunderts zunehmend auch auf die Nutzungsbefugnisse ausgedehnt:

„Damit begann die Rechtslehre, das Eigentumsrecht allmählich als umfassendes Verfügungsrecht zu begreifen, «das alle weiteren Befugnisse im Grunde in sich enthält».

Im Sprachgebrauch äusserte sich diese Entwicklung in der geläufigen Wendung, der Eigentümer könne mit seiner Sache frei oder nach Belieben 'schalten und walten', womit der Inhalt des 'ius libere disponendi' wiedergegeben wurde. Derartige Formulierungen bergen allerdings aus heutiger Sicht eine erhebliche Gefahr von Fehlinterpretationen, unterlegt man ihnen das moderne Verständnis von Freiheit, Belieben und Willkür.“⁵³⁸

Gemäss von Below konnte damals noch nicht von einem Verständnis des Eigentums als willkürliches Freiheitsrecht im heutigen, tendenziell unbeschränkten Sinne gesprochen werden. Die Freiheit war zuvorderst gegen Einflussnahme von Seiten Dritter gerichtet. Erst später wurde diese „Freiheit“, die verstanden wurde als eine solche zum Ge- und Verbrauch, zusätzlich erweitert um die Komponente des Missbrauchs (*uti et abuti*), zumindest soweit und sofern nicht Rechte anderer tangiert wurden.⁵³⁹

Auf die später folgende zentrale Verknüpfung von Eigentum und persönlicher Freiheit (insbesondere im Gefolge der Lehren von John Locke) kann und braucht an dieser Stelle nicht mehr eingegangen zu werden.

Festgehalten werden muss aber vielleicht der Umstand, dass die Zusammenfassung der beiden vorher tendenziell (und zumindest in der Praxis) eher getrennten Elemente, der Verfügungsberechtigung sowie der Nutzungsberechtigung, in einem einzigen, absoluten und Dritte ausschliessenden Vollrecht zusammen mit der neu geschaffenen Person und ihrer Freiheit zu einer Dynamisierung des Eigentums beitrugen. Dies um so mehr, als im Zuge der zunehmenden Industrialisierung und Kapitalisierung die

⁵³⁷ von Below/Breit 14.

⁵³⁸ von Below/Breit 15.

⁵³⁹ von Below/Breit 15 f.

rechtsgeschäftliche Verfügung über das ganze Eigentum oder Teile davon eine immer grössere Bedeutung gewann. Reich wird bekanntlich nicht (mehr), wer eine Ressource bearbeitet und nutzt, sondern wer sie in die Zirkulationssphäre einspeist. Von daher lässt sich vielleicht, neben der rein praktischen Seite der Bevorzugung nutzungsorientierter Interventionen durch den Gesetzgeber/die Allgemeinheit, auch eine gewisse ideologische Scheu vor Eingriffen in die Verfügungsberechtigungen vermuten. Wenn Freiheit immer mehr zur Freiheit des Handelnden, des Kapitalisten wird, so fühlt er sich in dieser vielleicht weit stärker beschränkt, wenn ihm Verfügungsrechte beschnitten und nicht nur Nutzungsrechte beschränkt werden.

Diese kurze Rekapitulation einiger Entwicklungstendenzen und die Hinweise auf eine gewisse Gewichtsverschiebung von der Nutzungs- zur Verfügungsseite, sollen nun mit Blick auf den Wald noch etwas spezifischer betrachtet werden.

1. INSBESONDERE DER WALD

Einer der Gebrüder Grimm soll gesagt haben:

„Unseren Vorfahren ist der Wald alles in allem und alles zugleich gewesen“.⁵⁴⁰

Das galt insbesondere für die ländliche Bevölkerung, waren Landwirtschaft und Waldnutzung doch auf das Engste miteinander verbunden. Der Bauer konnte ohne den Wald nicht bestehen.⁵⁴¹

Das wird offensichtlich, wenn man sich vor Augen führt, zu welcher vielfältigen Zwecken der Wald genutzt wurde.

Er lieferte zum einen *Brennholz*, was quantitativ stark zu Buche schlug. Unverzichtbar war der Wald als Quelle des *Bauholzes* (für Häuser, Dächer, Brunnenleitungen, und nicht zuletzt für Zäune). Ausserdem wurden praktisch alle *Gegenstände des täglichen Gebrauchs* aus Holz hergestellt (Wannen, Eimer, Möbel, Geschirr, Werkzeuge, landwirtschaftliches Gerät, Karren etc.). Mindestens ebenso wichtig war die *Waldweide* und die *Schweinemast* (Acherum) (insbesondere Eichen). Bis ins 19. Jahrhundert hinein wurde der Wald zudem vielerorts auch periodisch zur *landwirtschaftlichen Zwischennutzung* verwandt (Rodung). Hinzu kam eine Vielzahl weiterer Nutzungsmöglichkeiten (Streu, Futter, Nüsse, Beeren, Pilze, Früchte, Harz, Rinde etc.). Von spezieller Bedeutung war die Gewinnung von Eichenrinde für die *Gerbereien*. Die wichtigste gewerbliche Nutzung des Waldes war aber die *Köhlerei* (Holzkohle).

Bei der Holznutzung war während längere Zeit die sogenannte *Plenterwirtschaft* vorherrschend: nach Bedarf wurden einzelne Bäume geschlagen. Mit zunehmendem Bedürfnis wurde diese abgelöst durch die *Mittelwaldwirtschaft*: beim Schlagen eines Waldstückes wurden einige Bäume stehen gelassen, aus deren Samen sich ein neuer Bestand entwickeln konnte. Sie bildeten das Oberholz, während die aus den

⁵⁴⁰ von Below/Breit 31.

⁵⁴¹ von Below/Breit 31. Das galt insbesondere für Gebiete, in denen sich die Dreizelgenwirtschaft erhalten hatte. Der Wald diente als untentbehrliche Weidefläche und deckte den hohen Bedarf an Zaunholz, der mit dieser Wirtschaftsform verbunden war.

Wurzelstöcken gefälltter Bäume ausschlagenden Triebe zum Unterholz aufwuchsen. Je nach lokalen Bedürfnissen wurde aber auch die *Niederwaldwirtschaft* gepflegt: der Wald verjüngte sich durch Stockausschläge und wurde in kurzen Abständen geschlagen.⁵⁴²

Wie Bernd Schildt in seinem Aufsatz zu den „Feld-, Wald- und Flurordnungen im frühneuzeitlichen Dorfrecht Thüringens“ festhält, wurde von den damaligen Dorfgemeinschaften (nicht nur Thüringens⁵⁴³) dem Schutz und der Erhaltung der natürlichen Ressourcen ausserordentliche Bedeutung beigemessen:

„Diesen Fragen kam zunehmend eine existentielle Relevanz für die Gewährleistung eines im Prinzip störungsfreien Ablaufs der agraren Produktion zu. Keine dörfliche Rechtsordnung konnte auf die mindestens partielle oder ansatzweise Regelung dieses tendenziell wachsenden Problemkreises verzichten. Nach dem Befund in den Quellen stand dabei der *Schutz des Waldes, als der wohl wichtigsten Nutzungsreserve der Gemeinden*, an erster Stelle. Die koordinierende und reglementierende Leitung der Wald- bzw. Holznutzung durch die führenden Gemeindeorgane diente insofern auch übergeordneten, langfristigen Zwecken, die über das Interesse der unmittelbar Beteiligten schon aus zeitlichen Gründen hinausging. Zunächst einmal war ganz allgemein die Beschädigung von Weiden und Obstbäumen de facto, wenn auch nicht in jedem Fall ausdrücklich normiert, überall verboten. Aber auch ihre Beseitigung durch Abholzen unterlag einer strengen Kontrolle. Nach der Dorfordnung von Melnbach durfte grünes wie trockenes Holz nur mit Wissen und auf Anweisung der Vorsteher geschlagen werden, damit dasselbe nicht durch «unordnung verödet unndt verwüstet werde,» und in Berga war es untersagt, «verdorret oder sonst zu merglichen Schaden oder hindernis stehende Bäume selbst auf eigenen Äckern ohne vorherige Besichtigung (und natürlich Genehmigung) durch die eynungsherren» zu fällen. (...) neben diesen vornehmlich den natürlichen status quo bewahrenden Massnahmen enthielten zahlreiche Dorfordnungen auch Regelungen, die auf eine aktive Umweltverbesserung abzielten. Das betraf vor allem die Pflicht zur Pflanzung von Bäumen ...⁵⁴⁴

Konkurrenz erwuchs diesen vielfältigen, den Bedürfnissen der lokalen Bevölkerung angepassten Nutzungsformen im Laufe der frühen Neuzeit durch das Grossgewerbe mit seinen enormen Holz- bzw. Kohlebedürfnissen.

Zu erwähnen ist zum einem die *Salzindustrie* (Salinen). Die Sole musste in grossen Pfannen verdunstet werden; viel Holz wurde zudem für Fässer, Rohrleitungen, Gerätschaften verbraucht. Die Auswirkungen auf die Landschaft waren enorm. So ist beispielsweise die Lüneburger Heide Produkt der jahrhundertelangen Ausbeutung der ehemals zahlreichen Wälder durch die dortige Saline.

Unmengen von Holz verbrauchte zudem das *Montanwesen*. Zum einen brauchten die Bergwerke selbst viel Holz, zum anderen benötigte insbesondere die das Erz weiter verarbeitende Industrie (Hütten- und Hammerwerke) grosse Mengen, vor allem in Form von Holzkohle. So mussten für die Gewinnung von einer Tonne Schmiedeeisen anscheinend gut 50 m³ Holz aufgewendet werden.

Riesig war der Holzverbrauch auch in den *Glashütten*. Insgesamt (Bau-, Brennholz etc.) erforderte die Herstellung von einem einzigen Kilogramm Glas nicht weniger als 2'400 kg Holz.⁵⁴⁵

⁵⁴² von Below/Breit 32 f.

⁵⁴³ Schildt 77.

⁵⁴⁴ Schildt 74 f.

⁵⁴⁵ von Below/Breit 34 f.

Die Versorgung dieser Gewerbe erfolgte in der Regel nicht über den Markt, sondern aufgrund von Holzrechten und sogenannten Waldwidmungen, wobei einzelne Wälder eigens dem Bedarf eines Gewerbebetriebes vorbehalten blieben.⁵⁴⁶

Für die lokale Bevölkerung hatte die Ansiedlung holzverbrauchender Gewerbebetriebe häufig vorwiegend negative Konsequenzen und galt deshalb oft als Unglück für die ganze Gegend, so auch im Bernischen:⁵⁴⁷

„Nicht selten reagierte die ortsansässige Bevölkerung daher mit Widerstand auf die Konkurrenzierung ihrer althergebrachten Waldnutzungsansprüche durch die Einrichtung holzverbrauchender Gewerbebetriebe. Seine Formen reichten von einfachen Bittschriften bis zum offenen Aufruhr. So wehrte sich beispielsweise die Gemeinde Signau im Emmental 1778 mittels einer Einsprache gegen die Erteilung einer Konzession an einen Bürger der Hauptstadt zum Betrieb einer Ziegelhütte in ihrer Gegend. Auch die Errichtung von Glashütten stiess im Emmental und im angrenzenden Entlebuch während des 18. Jahrhunderts auf Protest. Mit aktivem und passivem Widerstand der lokalen Bevölkerung hatte ebenfalls der Bergwerksbetrieb im bernischen Oberhasli zu kämpfen. So kam es wiederholt zur Zerstörung der Bergwerksgebäude durch die Landleute. Im 18. Jahrhundert versuchten sie schliesslich, den Betrieb des Bergwerkes mittels konsequenter Obstruktionspolitik zu verunmöglichen, indem sie sich weigerten, im Bergwerk zu arbeiten.“⁵⁴⁸

Da die Landesherren, die Obrigkeit, die Grossbetriebe oft - aus durchaus eigennützigen Beweggründen - unterstützten und privilegierten, erhoben sie auch zunehmend Eigentumsansprüche an den Wäldern, die durch die Betriebe genutzt wurden. Als die Fürstbischöfe von Basel im 18. Jahrhundert eine aggressive Bergbaupolitik verfolgten und die bäuerlichen Allmendrechte einschränkten, kam es gar zum offenen Aufruhr.⁵⁴⁹

Die seit dem Spätmittelalter zunehmende Kommerzialisierung des Holzes, Holzhandel und Holztransport (vor allem auf dem Wasserweg [Flösserei, Trift]), die Bevölkerungszunahme und auch die expandierenden Ansprüche der Grossgewerbe brachten für die lokale Bevölkerung durch den zunehmenden Nutzungsdruck auf die Wälder weitere Beschwerden. Parallel dazu zog sich anscheinend wie ein roter Faden der Begriff der *Holznot* durch die Geschichte. Ja, gemäss von Below rezipiert ein grosser Teil der Forst- und Wirtschaftsgeschichtsschreibung mehr oder weniger unbesehen die Klagen über die Holznot als Beleg für den katastrophalen Zustand der Wälder und die krisenhafte Holzverknappung im 18. Jahrhundert.

Allerdings deutete einiges darauf hin, dass die Situation weniger dramatisch war, als vielfach angenommen wurde. Die „Holznot“ hatte oft ganz andere Gründe. So diente sie nicht zuletzt über Jahrhunderte hinweg zur Legitimation der obrigkeitlichen Herrschaftsausweitung im Bereich des Forstwesens. Sie wurde verwendet, um neue Gewerbeansiedlungen zu verhindern, um gegen unliebsame Konkurrenten vorzugehen: sie war nicht selten ein „beliebig verwertbares Allerweltsargument“ (Radkau).⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ von Below/Breit 35.

⁵⁴⁷ von Below/Breit 36.

⁵⁴⁸ von Below/Breit 37.

⁵⁴⁹ von Below/Breit 37.

⁵⁵⁰ von Below/Breit 41 ff.

2. ZUR ENTWICKLUNG DER EIGENTUMS- UND NUTZUNGSVERHÄLTNISSSE DES WALDES

„Die Eigenthums- und Nutzungs-Verhältnisse der Waldungen unseres Landes (sc. der Schweiz) haben sich, seit dem frühen Mittelalter, geschichtlich und rechtlich auf eine so ausserordentlich mannigfaltige und verschiedenartige, durchaus lokale Weise ausgebildet, dass es gewöhnlich schwer hält, oft ganz unmöglich ist, eine diese Verhältnisse betreffende Frage allgemein zu beantworten.“

Die Einschätzung stammt vom Autor einer juristischen Abhandlung aus dem Jahre 1837, Abraham Rudolf Wyss.⁵⁵¹ Und aus unserem Jahrhundert (1932) stammt die Einschätzung eines ausgewiesenen Kenners der schweizerischen Forstgeschichte, Heinrich Grossmann, die Waldbesitzverhältnisse seinen zu Beginn der Neuzeit derart verwickelt gewesen, dass sie niemand mehr verstand.⁵⁵²

Von Below schreibt:

„Es scheint geradezu ein Wesenszug der Verfassung von Waldeigentum und -nutzung des hölzernen Zeitalters (Sombart) gewesen zu sein, dass sich Nutzungs- und Eigentumsrechte am Wald in einer praktisch unentwirrbaren Gemengelage befanden, die ausserdem noch ständigem Wandel unterworfen war. Dabei wirkten sich Gewohnheiten und Notwendigkeiten des Alltags oft stärker auf den Gang der Entwicklung aus als die abstrakten Rechtsverhältnisse.

Dieser Umstand ist eng mit der Tatsache verknüpft, dass sich ein Eigentumsverständnis in Bezug auf den Wald erst vergleichsweise spät ausbildete. Zum ausschliesslichen Recht wurde das Waldeigentum erst im 19. Jahrhundert mit der Durchsetzung des modernen Eigentumsbegriffs. Bis in die frühe Neuzeit hinein war die Frage des Eigentums zweitrangig, im Vordergrund stand die lebensnotwendige Nutzung des Waldes. So stellte Karl Bader in Bezug auf die dörfliche Allmend (zu der auch der Wald gehörte) fest: «Kein älterer Nutzverband, keine Dorf- oder Allmendgenossenschaft hat sich je mit der Frage abgemüht, ob sie 'Eigentümer' der Allmend sei, sondern immer nur um mehr oder minder ausschliessliche Nutzung gerungen.» Solange der Wald im Überfluss vorhanden war und sich seine Produkte über den Hausgebrauch hinaus nicht lohnend verwerten liessen, erübrigte sich eine scharfe Definition und Abgrenzung von Eigentums- und Nutzungsrechten. Mit der prioritären Stellung der Nutzung vor dem Eigentum und der Tatsache, dass dem Wald während langer Zeit (sc. von potentiellen Eigentümern wie Landesherrn etc.) wenig Beachtung entgegengebracht wurde, mag es zusammenhängen, dass die Rechtsverhältnisse in Bezug auf die Wälder noch bis ins 18. Jahrhundert ungeklärt blieben. Bis in jene Zeit hinein wirkte im Denken der ländlichen Bevölkerung die mittelalterliche Überzeugung nach, der Wald sei eine Gabe Gottes und dürfe im Grunde von jedermann frei genutzt werden. Offenbar war der Wald kein im neuzeitlichen Sinne „eigentumsfähiger“ Gegenstand. Die Entstehung eines eigentlichen „Eigentums“ am Wald kann vor diesem Hintergrund als ein Prozess angesehen werden, der erst im ausgehenden Ancien Régime seinen Anfang nahm und im 19. Jahrhundert zum Abschluss gelangte. (...) Im Walde vermochte sich die vormoderne Eigentumsvorstellung besonders lange zu halten.“⁵⁵³

Hervorzuheben ist einmal mehr das Primat der Nutzung und zwar zuvorderst einer Nutzung auf genossenschaftlicher Basis. Im Falle von Allmendwäldern durch eine Dorfgemeinschaft oder durch mehrere Dörfer im Rahmen einer Markgenossenschaft, wobei sie Grundherr und Markgenossen nebeneinander in die Nutzung teilten.⁵⁵⁴ So wie jeder für sein Überleben und jenes seiner Familie auf die anderen angewiesen war, so waren alle auf alles angewiesen, das sie nutzen konnten - insbesondere, wie wir gesehen haben, auf den Wald.

⁵⁵¹ Zitiert nach von Below/Breit 46.

⁵⁵² von Below/Breit 46.

⁵⁵³ von Below/Breit 46 f.

⁵⁵⁴ von Below/Breit 48.

Bis zum Mittelalter unterlag gemäss von Below die Waldnutzung denn auch kaum Einschränkungen. Den wenigen Menschen stand eine grosse Waldfläche gegenüber, die sie unbeschränkt zur Deckung ihres Bedarfs nutzten.

Im Spätmittelalter unterlag ein Grossteil der Wälder formell der Verfügungsgewalt weltlicher oder kirchlicher Grundherren. Diese hatten aber aufgrund der ungünstigen Verkehrsverhältnisse und der vermeintlichen Unerschöpflichkeit des Waldes oft weder die Möglichkeit zu seiner Nutzung noch ein Interesse daran. Oft überliessen sie daher die Nutzung der ortsansässigen Bevölkerung.⁵⁵⁵

So entstanden anscheinend verschiedene Formen von gemeinen Wäldern, insbesondere örtliche Allmend- und markgenossenschaftliche Wälder. Die neu aufkommenden Städte wurde regelmässig mit Waldbesitz oder doch Waldnutzungsrechten ausgestattet. Den grössten Teil machten aber herrschaftliche Forste aus, die im Laufe der Zeit in die Hände weltlicher oder geistlicher Grundherren gelangten (lebensmässige Vergabungen).

Ebenfalls im Spätmittelalter führte der zunehmende Nutzungsdruck zu ersten Spannung und einem lokalen Regelungsbedarf, der sich in „Weistümern“ und dann in lokalen Waldordnungen nieder schlug. Im Zentrum stand allerdings weniger die Holznutzung als vielmehr die Schweinemast und die Waldweide. Diese Waldordnung war in der Regel ein einseitiger herrschaftlicher Akt. Sie war eine von einer örtlichen weltlichen oder geistlichen Herrschaft für ein bestimmtes Waldgebiet erlassene Ordnung zur Regelung der Waldwirtschaft.⁵⁵⁶

Im Laufe der Zeit fand eine Konzentration statt und am Ende des Mittelalters war die Mehrzahl der Marken in grundherrliche Hand übergegangen. Das Recht der ursprünglich gleichberechtigten Mitgenossen war zu blossen Nutzungsberechtigungen reduziert worden. Mit der ursprünglichen Waldfreiheit war es vorbei. Der Forstherr wurde im 16. Jahrhundert als „Eigentumsherr“ bezeichnet, was zeigt, „wie ehemalige Lehensrechte und herrschaftliche Aufsichtsrechte im Laufe der Zeit und unter dem Einfluss der Rezeption des römischen Rechts zu Eigentumsrechten umgedeutet wurden“.⁵⁵⁷

Als mit dem Ausbau der Landesherrschaft vielerorts der Landesherr die Rechtsnachfolge der Grundherren antrat, führte dies dazu, dass zwischen 1500 und 1800 die gesamte Forstverfassung mehr oder weniger ausschliesslich durch die Landesherrn bestimmt wurde:

„Gestützt auf Forstregal und Forsthoheit machten sie ein landesherrliches Oberaufsichtsrecht über sämtliche Waldungen des Territoriums geltend, das auch das Recht, die Waldnutzung zu regeln und die Forstgerichtsbarkeit auszuüben mit einschloss. Gleichzeitig begannen sie, Nutzungs- und Okkupationsrechte an Waldungen an sich zu ziehen, die nicht in ihrem Eigentum standen.“⁵⁵⁸

Schon diese geraffte Darstellung lässt die Vermutung aufkommen, dass sich in Sachen Wald über lange Jahre und bis zum heutigen Zeitpunkt nicht viel geändert hat.

⁵⁵⁵ von Below/Breit 47.

⁵⁵⁶ von Below/Breit 48.

⁵⁵⁷ von Below/Breit 49.

⁵⁵⁸ von Below/Breit 49.

Bezeichnenderweise hiess ja das mehr oder weniger unser ganzes Jahrhundert hindurch geltende Forstgesetz „Bundesgesetz betreffend die eidgenössische *Oberaufsicht* über die Forstpolizei“ (FPoLG). Und gemäss von Below war das prominenteste Mittel landesherrlicher Forstpolitik bereits in der frühen Neuzeit die Forstordnung, eine von einem Landesherrn aufgrund seiner Hoheitsgewalt für ein grösseres Territorium gegebene Ordnung zur Regelung der Waldwirtschaft. Das gilt nicht nur für das Forstpolizeigesetz, sondern sogar noch für das neue Waldgesetz von heute. Zweck der Forstordnungen war zum einen die Sicherung des Holzbedarfes für die erwähnten Grossgewerbe, zudem aber auch die Gewährleistung der Holzversorgung der Untertanen.⁵⁵⁹

Hier zeigt sich noch klarer als beim blossen Grundeigentum ohne Wald, dass die qua Eigentum erfolgte Aufteilung der Welt nach einem gewissen Ausgleich verlangt: Selbst wenn alle Grundeigentümer wären, so wären noch lange nicht alle Eigentümer eines Wald-Grundstückes. Soll diese Ressource nicht nur einigen wenigen, sondern zumindest in einem gewissen Masse allen bzw. der Allgemeinheit zugute kommen, so muss - wenn nicht das formelle Eigentum, so doch - zumindest die Nutzung dieser Ressource konkretisiert werden.

Der Inhalt der Forstordnungen war äusserst vielfältig. Je nach den konkreten landesherrlichen Intentionen konnte er von der Jagd über die Holzversorgung, zu Weide und Mast, ja sogar bis zur Nutzung von Vogelnestern und Mistelbüschen reichen:

„Gemeinsam eignete den Forstordnungen der frühen Neuzeit eine Tendenz, die traditionellen Formen lokaler Waldnutzung wenn nicht ganz zu verbieten, so doch zumindest der obrigkeitlichen Kontrolle zu unterwerfen und nach Möglichkeit einzuschränken - oft im Interesse der Holzversorgung von Gewerbebetriebe. War der Holzschlag früher weitgehend frei gewesen, so durfte jetzt nur noch angewiesenes Holz geschlagen werden, häufig gegen Entrichtung einer Gebühr. Waldweide und Schweinemast wurden streng normiert, wo nicht verboten. Ebenso wurden zahlreiche «Nebennutzungen», wie beispielsweise harzen, Gras schneiden, Laub rechen und insbesondere die Köhlerei z.T. verboten, z.T. von obrigkeitlicher Bewilligung abhängig gemacht. Legitimiert wurden diese Eingriffe in die vielerorts autonom regulierte lokale Waldnutzung regelmässig mit dem Hinweis auf die Unfähigkeit der Bauern, in den Wäldern Ordnung zu halten.

Peter Bickle hat in Bezug auf diesen Prozess zusammenfassend festgestellt: «Allerorten werden seitens der Obrigkeit die Nutzungsrechte der Bauern normiert, reduziert und kommerzialisiert. Die Herren wollen den Bauern aus dem Wald haben.» Ob und inwiefern sie dieses Ziel erreicht haben, ist allerdings zweifelhaft. Der Erfolg der Forstordnungen litt von Anfang an unter Vollzugsdefiziten, ihre praktische Wirksamkeit ist bis heute ungeklärt.⁵⁶⁰

Dies hing neben verschiedensten Defiziten der Forstpolitiken selber nicht zuletzt auch daran, dass keine staatliche Einrichtung am Ausgang des 18. Jahrhunderts verhasster war als die Forstpolizei und kein Beamtenstand in der öffentlichen Meinung verachteter als der der niederen Forst- und Jagdbediensteten (Max Endres). Nicht selten kam es zu tätlichen Angriffen, so dass diese ihren Aufgaben teils bewaffnet nachgingen.⁵⁶¹

Alles in allem gelang es den Landesherrn im Laufe der Zeit aber doch, mittels der Forstverfassungen ihren Einfluss ständig zu vergrössern. So nahmen die landesherrlichen Forste bereits im 16. Jahrhundert den grössten Teil der grossen Forste ein. Und durch die Teilung von Markgenossenschaften und die Säkularisation von Kir-

⁵⁵⁹ von Below/Breit 49 f.

⁵⁶⁰ von Below/Breit 50 f.

⁵⁶¹ von Below/Breit 52.

chengut nach der Reformation nahm ihr Umfang noch zu. Zudem beanspruchten die Obrigkeiten auch Aufsichts- und Regelungsrechte über die aus den früheren gemeinen und Allmendwäldern hervorgegangenen Dorfgemeindewälder. Daneben befanden sich nach wie vor nennenswerte Anteile im Besitz von Städten und Herrschaften. Bauernwald im Einzelbesitz war immer noch selten. Dagegen besaßen sie ausgedehnte Nutzungsrechte an Allmend- und Herrschaftswäldern sowie am landesherrlichen Forst. Diese Nutzungsrechte wurden im Laufe der Zeit zunehmend genauer beschrieben und begrenzt. Ihre rechtliche Natur blieb gemäss von Below aber bis ins 19. Jahrhundert umstritten und konnte örtlich sehr verschiedene Züge annehmen.⁵⁶²

Zu einer definitiven Bereinigung der Eigentumsverhältnisse im bzw. am Wald kam es also erst recht spät, aber doch bereits zu einem Zeitpunkt, der noch vor unserem Beobachtungshorizont liegt. Gleiches haben wir bereits beim Eigentum insgesamt und damit auch beim Grundeigentum angetroffen.

Wir wollen diese letzte Phase der Entwicklung aber doch noch schnell Revue passieren lassen. Von Below hat die entscheidende Auseinandersetzung zwischen der Landesherrschaft und der lokalen Bevölkerung am Beispiel des „Bürener Waldhandels“ (Kanton Bern) aus dem 18. Jahrhundert illustrativ nachgezeichnet:

„Büren ging es vornehmlich um die Absicherung seiner für den Weiterbestand der traditionellen Wirtschaftsweise notwendigen und bisher praktisch uneingeschränkt besessenen kommunalen Waldautonomie vor Eingriffen der als aggressiv wahrgenommenen staatlichen Forstadministration. Die sicherste Gewähr dafür erblickte man in einer staatlich sanktionierten Qualifikation der Nutzungsrechte als Eigentum. Obwohl sich die Bürener Gemeinden schon lange als Eigentümer der Wälder fühlten, kam es erst zu einer expliziten Artikulation dieses Anspruches, als der Staat seinerseits zur Geltendmachung seiner während Jahrhunderten vernachlässigten Obereigentumsrechte schritt. Das Eigentumsverständnis der Bürener entsprach in bemerkenswerter Weise der Entwicklung, die der Eigentumsbegriff in der Rechtstheorie und -philosophie durchmachte. Indem die Bürener Nutzungskorporationen ihren Eigentumsanteil (sc. das frühere *dominium utile*) als «wahres Eigentum» qualifizierten und die Rolle der Obrigkeit tendenziell auf deren landesherrliche Befugnisse im Rahmen der Forsthoheit zu beschränken suchten, intendierten sie implizit bereits eine Privatisierung des Eigentums und verliessen damit in letzter Konsequenz den Boden des geteilten Eigentums.“⁵⁶³

Interessant ist nun zu sehen, dass im Gegensatz zur lokalen Bevölkerung von Büren der Staat Bern (des Ancien Régimes) kein unmittelbares materielles Interesse an den Gemeindewäldern des Amtes hatte:

„Der Eigentumsanspruch der Obrigkeit (sc. den sie im 18. Jahrhundert geltend zu machen versuchte) beruhte praktisch ausschliesslich auf politischen Motiven. Bern beabsichtigte, an den Bürener Gemeinden ein Exempel zu statuieren. Konkret ging es darum, dem verbreiteten Phänomen ein für alle mal den Riegel zu schieben, dass Bauern auf primär gewohnheitsrechtlicher Grundlage Eigentumsansprüche an den Wäldern geltend machten, wo der Staat seine Obereigentumsrechte aktivieren wollte.“⁵⁶⁴

Es ging also, wie von Below hervorhebt, durchaus nicht nur um die Sicherung der Holzversorgung, wie dies von der neueren Literatur häufig angenommen werde. Hinter dem Anspruch Berns bzw. der Obrigkeit stand nicht zuletzt das politische Motiv,

⁵⁶² von Below/Breit 53.

⁵⁶³ von Below/Breit 296.

⁵⁶⁴ von Below/Breit 296.

„der Forst- und damit der Landesherrschaft auch in den Wäldern der Landschaft zur flächendeckenden Durchsetzung zu verhelfen“. Ein Motiv, das nicht auf Bern beschränkt war, sondern im 18. Jahrhundert anscheinend zunehmend an Gewicht gewann. Die Obrigkeit erblickte also im Eigentumsanspruch der Untertanen zumindest partiell eine unzulässige Infragestellung ihrer landesherrlichen Autorität. Doch obwohl die Obrigkeit im Bürener Waldhandel obsiegte, hatte dies damals noch keine praktischen Konsequenzen, denn de facto blieb die bisherige kommunale Autonomie der Waldnutzung auch nach dem Urteil von 1758 vollumfänglich gewährleistet. Und gemäss von Below deutet alles darauf hin, dass die Bürener Untertanen trotz dieses Urteils weiterhin in der Überzeugung lebten, die Wälder seien ihr Eigentum, woran sich bis ins 19. Jahrhundert hinein nichts änderte. Entscheidend für die endgültige Durchsetzung des modernen Eigentumsbegriffes waren auch in den Bürener Wäldern andere Gründe. So traten nach 1798 vor der Hintergrund der gewandelten politischen Verhältnisse vermehrt Konflikte innerhalb der Gemeinden an die Oberfläche. Sie deuten darauf hin, dass das überkommene System der Nutzungsberechtigung und -verteilung den realen Bedürfnissen immer weniger zu genügen vermochte:

„Überhaupt war ein gänzlicher Verfall der Waldungen sichtbar. Unerlaubtes Holzhauen und Frevel aller Art, waren allgemein im Schwunge. Von den ursprünglichen Dorfbriefen abgehend forderten und erlangten meistens diejenigen Bürger, welche nicht Häuser Besitzer waren, den gleichen Anteil an Brenn- und Bauholz als die Berechtigten, und aus letzterem wurde vorzüglich ein unerlaubter, aber einträglicher Handel getrieben. Verbottene Ausrottungen hatten überall statt, und die ganze Classe der Nichtberechtigten welche keine Häuser und oft sogar kein Land eigenthümlich besaßen, hatten sich in Fassung gesetzt, über die Waldungen herzufallen, sie auszurotten und Allmentheile zu Anpflanzungen daraus zu machen“,

so der Bericht von Schultheiss Lentulus aus dem Jahre 1819.⁵⁶⁵

Zu einer endgültigen Stabilisierung kam es anscheinend erst nach 1831, als sich überall eine persönliche Zugangsregelung zum Bürgernutzen durchsetzte. In einem Gutachten der Justizdirektion des Kantons Bern aus dem Jahre 1834 heisst es:

„(...) so soll hierin kein Grund liegen, um auch jetzt (sc. zu Zeiten der liberalen Regenerationsregierung) eine so unbillige Bestimmung vermög welcher nur die reicheren Bürger die gemeinen Nutzungen geniessen und hingegen die dürftigen Miteigenthümer von selbigen grösstentheils ausgeschlossen sind, nochmals zu bekräftigen, sondern die Regierung soll kraft des in der Verfassung zustehenden Oberaufsichts-Rechts dafür sorgen, dass eine billigere Ordnung eingeführt werde, damit jeder Miteigenthümer des Gemeindeguts auch zu der Benutzung desselben in billigem Maass gelangen könne.“⁵⁶⁶

1833 wurde im Kanton Bern durch das Gemeindegesetz die Einrichtung von Einwohnergemeinden vorgeschrieben. Der Streit um das Bürgergut, also auch die Wälder und ihre Nutzung, verschob sich alsdann insofern, als sich nun die geschlossene Bürger- und die Einwohnergemeinde gegenüberstanden. Nach längeren Auseinandersetzungen wurden schliesslich Ausscheidungsverträge zwischen den Einwohner- und Bürgergemeinden abgeschlossen, die den Wald vollumfänglich letzteren zuwiesen:

„Damit waren die Bürgergemeinden de facto ausschliessliche Eigentümer der Bürener Gemeindewälder geworden. Als Privateigentum unterstanden die Wälder nun dem Schutz der Verfassung. Diese

⁵⁶⁵ Zitiert nach von Below/Breit 299.

⁵⁶⁶ Zitiert nach von Below/Breit 299, Anm 395.

Körperschaften hatten allerdings ihrem Wesen nach wenig mehr gemein mit den Gemeinden, die ein Jahrhundert vorher den Kampf um das Waldeigentum aufgenommen hatten. Nach der Einrichtung der Einwohnergemeinden waren alle öffentlichrechtlichen Befugnisse an diese übergegangen, während den in Gestalt privatrechtlicher Korporationen erscheinenden Bürgergemeinden praktisch nur noch die Verwaltung des Bürgergutes oblag.⁵⁶⁷

Und obwohl die kantonale Administration sich um die Mitte des 19. Jahrhunderts noch verschiedentlich mit den Eigentumsverhältnissen am Bürener Wald beschäftigte, sind die ehemaligen Bürener Gemeindewälder bis auf den heutigen Tag unangefochtenes und ausschliessliches Eigentum des Amtes geblieben. „Der ehemals polyfunktionale Bedarfsträger Wald war“, wie von Below schliesst, „zum privaten Kapital der Bürgergemeinden geworden.“⁵⁶⁸

Wie der kursorische Durchgang durch die historische Entwicklung zeigte, hat ganz offensichtlich hinsichtlich des Waldes eine gewisse Konzentration des Waldeigentums bei der öffentlichen Hand stattgefunden. Daran hat sich bis heute nicht viel geändert. Gemäss einer nicht ganz aktuellen, aber in den Grundaussagen doch nach wie vor aktuellen Zusammenstellung gehören denn auch lediglich gut 27 % des Waldes in der Schweiz Privaten. Um die 68 % befinden sich hingegen im Eigentum von politischen Gemeinden, Bürgergemeinden und Korporationen, etwas über 5 % schliesslich gehören dem Bund und den Kantonen.

Der Anteil der Privaten entspricht einer Fläche von ca. 312'000 ha, in die sich immerhin gut 250'000 private Eigentümer teilen, was die grosse Zerstückelung der privaten Waldflächen illustriert.

Allerdings schwankt der Anteil der privaten Waldeigentümer von Kanton zu Kanton sehr stark. Ein hoher Anteil von über 50 % findet sich in den Kantonen Luzern, Appenzell, Thurgau und Genf. Demgegenüber liegen über 90 % der Waldflächen in den Kantonen Uri, Glarus, Graubünden und Wallis in öffentlichen Händen.⁵⁶⁹

Selbst wenn die Nutzung des Waldes nicht - wie dies heute der Fall ist - recht detailliert reglementiert, mithin die „Freiheit“ der Waldeigentümer verglichen mit einem „gewöhnlichen“ Grundeigentum erheblich beschränkt bzw. konkretisiert wäre, hätte die öffentliche Hand also bereits kraft ihres Eigentümerstatus die Möglichkeit, die nachhaltige Nutzung von gut 70 % der schweizerischen Waldflächen gleichsam in Eigenregie voranzutreiben.

II. ZUR REGELUNG HEUTE

1. VORBEMERKUNG

Da, wie unterdessen nicht mehr zweifelhaft sein dürfte, auch der Wald definitiv seinen Herrn und Meister bzw. seinen Eigentümer gefunden hat, ist es wichtig sich immer vor Augen zu halten, dass Eigentum an Wald *Grundeigentum* ist. Der Waldeigentümer ist Eigentümer der Liegenschaft, des Grundstückes - „mit allem, was da-

⁵⁶⁷ von Below/Breit 300.

⁵⁶⁸ von Below/Breit 304.

⁵⁶⁹ Heimann-Krähemann 78 f.

zugehört“. Und wie gezeigt, gilt heute bezüglich unseres modernen Eigentumsbegriffes das *Akzessionsprinzip*, wonach alles, was mit dem Boden fest verbunden ist, dem Grundeigentümer zusteht. So heisst es in Artikel 667 ZGB:

1 Das Eigentum an Grund und Boden erstreckt sich nach oben und unten auf den Luftraum und das Erdreich, soweit für die Ausübung des Eigentums ein Interesse besteht.

2 Es umfasst unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken alle Bauten und Pflanzen sowie die Quellen.

Mit anderen Worten ist der Waldeigentümer nicht nur Eigentümer eines „nackten“ Bodens, sondern er oder sie ist auch Eigentümerin oder Eigentümer aller Bäume und Sträucher, aller Blumen und Kräuter sowie aller Pilze und Beeren, gehören zum Eigentum doch auch dessen Früchte wie Artikel 643 ZGB, natürliche Früchte, festhält:

1 Wer Eigentümer einer Sache ist, hat das Eigentum auch an ihren natürlichen Früchten.

2 Natürliche Früchte sind die zeitlich wiederkehrenden Erzeugnisse und die Erträge, die nach der üblichen Auffassung von einer Sache ihrer Bestimmung gemäss gewonnen werden.

3 Bis zur Trennung sind die natürlichen Früchte Bestandteil der Sache.

Damit ist zugleich gesagt, dass auch der Waldeigentümer ein grundsätzlich vollwertiger Eigentümer ist. Auch er kommt in den „Genuss“ der freisetzenden, trennenden und ausschliessenden Kraft der in Artikel 641 Absatz 1 ZGB verorteten Grundkonzeption des Eigentums. Was zum Eigentum, insbesondere zum Grundeigentum bisher gesagt wurde, das trifft auch auf den Eigentümer eines Waldes zu: er darf „in den Schranken der Rechtsordnung“ über seinen Wald „nach Belieben verfügen“. Er darf ihn verkaufen, verschenken, vererben, belasten - und vor allem darf er seinen Wald auch gebrauchen und verbrauchen. Vergisst man vorübergehend die berühmten Schranken der Rechtsordnung und wendet sich nur der Allmacht des Eigentümers zu, so besagt diese radikale Konzeption des Eigentums, dass er unter anderem berechtigt wäre, alle anderen, alle Nicht-Berechtigten von der Nutzung seines Waldes fern zu halten. Als Eigentümer wäre es ihm erlaubt, sein Waldgrundstück einzufrieden, es mit hohen Zäunen oder Mauern vor jeglichem Betreten durch Dritte zu schützen. Es wäre ihm gemäss jener Grundkonzeption eines absoluten und uneingeschränkten Eigentums ebenso gestattet, sein Grundstück kahl zu schlagen und es mittels solcher Rodung einer anderen Nutzung, sei es einer landwirtschaftlichen oder eine baulichen zuzuführen. Es stünde ihm etwa auch frei, unrentable Hölzer durch rentablere, zum Beispiel schneller wachsende Arten auszutauschen. Er dürfte seinen Wald abbrennen, ihn unbewirtschaftet liegen lassen, ihn bloss als Jagdrevier benutzen, ihn zum Park umgestalten etc.

Wie schon verschiedentlich erläutert, ist diese radikale Form eines absoluten Eigentums, dessen Nutzung nur durch freiwillige Übereinkunft des Eigentümers begrenzt würde, nie Praxis geworden. Die Kodifikation des heute noch geltenden formellen Regelwerks „Eigentum“ durch das Schweizerische Zivilgesetzbuch war von Anfang an eine in mancher Hinsicht gedämpfte und beschränkte. Der Blick in die geschichtliche Entwicklung der Nutzungs- und Eigentumsverhältnisse am Wald und wohl auch der historische Umstand, dass ein Grossteil des Waldes sich seit Jahrhunderten unter einer sich zwar ständig wandelnden, aber doch konstanten „sozialen Kontrolle“ befand, mag es einigermassen verständlich machen, weshalb das Wald-Eigentum

recht eigentlich nie in jenem Umfange „freigesetzt“ worden ist, wie dies beim Boden sonst der Fall gewesen war.

Der kurze Gang durch die Geschichte legt zumindest die Vermutung nahe, dass die Nutzung der Ressource Wald von jenem Moment an, als sie ihre definitive Form als Privateigentum (und sei es der öffentlichen Hand) gefunden hatte, weniger nachträgliche Einschränkungen, weniger Konkretisierungen durch die „Schranken der Rechtsordnung“ erfahren haben dürfte als der übrige Boden bzw. die restlichen Ressourcen. Das Eigentum am Wald war vielmehr von Anfang an als eines durch die Schranken der Rechtsordnung bestimmtes verstanden worden, als eine Ressource, die zwar dem privaten Eigentum, aber nicht jeglichem Belieben zugänglich sein sollte.

So wie es aussieht, war der Wald über Jahrhunderte hinweg von grossen Teilen der Bevölkerung als natürliches, grundsätzlich allen zur Verfügung stehendes Gut verstanden worden, als eine - über lange Zeit hinweg - unersetzliche Ressource, so dass die Vorstellung, dass - sogar - im und über den Wald wirklich nach blosser Belieben eines Einzelnen verfahren werden dürfte, keine unerschütterliche Verankerung im Verständnis der Bevölkerung finden konnte.

Wie der nachfolgende Gang durch die wenigen zentralen Bestimmungen unserer Rechtsordnung, die den Umgang mit dem Wald, zuvorderst wiederum dessen Nutzung beschlagen, zeigen wird, spricht einiges für diese Vermutungen. In den Grenzen unseres Beobachtungshorizontes hat sich denn auch - dies vorweg - nicht wirklich viel getan im rechtlichen Leben der Ressource Wald. Zwar gab es verschiedenste Änderungen, insbesondere die jüngste Gewichtsverschiebung durch das neue Waldgesetz, in dem nicht mehr allein die quantitative Erhaltung, sondern vor allem auch die qualitative Erhaltung des Waldes und seiner Funktionen angestrebt wird, aber alles in allem ist das Ressourcenregime Wald erstaunlich konstant und unverändert geblieben.

2. AUF DEM WEG ZUM FORSTPOLIZEIGESETZ

„Ca. 750'000 ha Gebirgswald sind in der Schweiz im Laufe der Jahrhunderte gerodet worden. Zum einen wurde der Wald zerstört, um Acker-, Wies- und Weideland zu erlangen. Zum anderen wurde er auch durch Sturm-, Lawinen- und Wasserschäden, Bodenabschwemmungen sowie Rutschungen verwüstet. Dieser Entwicklung konnte vorerst nicht Einhalt geboten werden, obwohl Bannbriefe und einzelne Rodungsverbote erlassen wurden. Erst die schweren Naturkatastrophen des letzten Jahrhunderts (1868, 1876, 1896) bewirkten, dass das Bewusstsein für die Notwendigkeit der Walderhaltung in der Schweiz gefördert wurde. Sie bereiteten den Weg für die Einräumung einer Bundeskompetenz (aArt. 24 BV) und für das erste Forstgesetz. In der Volksabstimmung vom 19. April 1874 nahm das Volk mit grosser Mehrheit den folgenden Verfassungsartikel an: «Der Bundesrat hat das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei im Hochgebirge». Am 24. März 1876 wurde gestützt auf diese Bundeskompetenz das erste Bundesgesetz über die Oberaufsicht des Bundes über die Forstpolizei im Hochgebirge von den Eidgenössischen Räten verabschiedet und am 10. August 1876 in Kraft gesetzt. Dieses Gesetz fand jedoch nur Anwendung auf den Wald im Hochgebirge. Daher unterstanden die Kantone Zürich, Bern, Luzern, Zug, Freiburg, St. Gallen und Waadt dem Gesetz nur teilweise, während die Kantone Solothurn, Genf, Neuenburg, Aargau, Thurgau, Schaffhausen, Basel-Land und Basel-Stadt gar nicht davon betroffen waren.

Bald erkannte man, dass diese Regelung uneffizient war, da sich Naturereignisse, wie beispielsweise Hochwasser, Erosionen usw., nicht alleine auf die Gebirgsregionen beschränkten. Aus diesem Grund stimmte das Volk in der Volksabstimmung vom 11. Juli 1897 der Revision von aArt. 24 BV zu, welche die Streichung der Einschränkung «im Hochgebirge» vorsah. Nach dieser Erweiterung der Bundes-

kompetenz in der Verfassung wurde das neue Forstpolizeigesetz vom 11. Oktober 1902 (FPoIG) erlassen, das am 1. April 1903 in Kraft trat.⁵⁷⁰

Wir sind im Rahmen des geschichtlichen Abrisses zum Wald bereits auf den Umstand gestossen, dass die Landesherrn (schliesslich erfolgreich) versucht hatten, ihre Herrschaft über die Forste unter der Fahne der „Oberaufsicht“ auszudehnen. Und wie der vorstehende kurze Gang durch die neuere Entwicklungsgeschichte zeigt, hat sich jener Begriff bis zum heutigen Tage erhalten.

Was unter „Oberaufsicht“ im Detail zu verstehen ist, braucht hier nicht näher zu kümmern. Es genügt festzuhalten, dass durch den Artikel 24 BV aus dem Jahre 1874/1897, wonach der Bund „das Recht der Oberaufsicht über die ... Forstpolizei“ habe, dieser eine sogenannte Grundsatz- oder Rahmengesetzgebungskompetenz erhielt:

„Lehre und Praxis gingen seit jeher davon aus, dass mit der Umschreibung «das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei» dem Bund eine auf Grundsätze beschränkte Gesetzgebungskompetenz eingeräumt wurde. Dies bedeutet, dass der Bund die Materie weder umfassend noch abschliessend regeln darf, sondern vielmehr den Kantonen eigene, substantielle Rechtsetzungskompetenzen überlassen muss. Der Bund darf demnach den ganzen Sachbereich in seiner vollen Breite, nicht aber in seiner ganzen Tiefe regeln.

Die Bundeskompetenz nach Art. 24 BV ist eine konkurrierende, fragmentarische. Mit anderen Worten wird den Kantonen ein erheblicher Raum zur weiteren Ausgestaltung gelassen. Sie sind befugt, eigene Bestimmungen zu erlassen, und zwar zur Konkretisierung und zur Ergänzung des Bundesrechts.⁵⁷¹

Ob die Bundeszuständigkeit genannt „Oberaufsicht“ nun eine bloss konkurrierende oder eine ausschliessliche ist, braucht uns nicht weiter zu beschäftigen.

Denn: „Solange und soweit der Bund seine Zuständigkeit nicht nutzt, bleiben die Kantone zuständig.“⁵⁷² Eine Ausnahme findet diese Regel nur dort, wo die Verfassung dem Bund eine „ausschliessliche Zuständigkeit“ verleiht.⁵⁷³ „Ausschliesslichkeit“ bedeutet nach herrschender Lehre dasselbe wie *ursprünglich derogierende Wirkung*, d.h. „dass die kantonale Zuständigkeit mit Inkrafttreten der Verfassungsnorm wegfällt, welche dem Bund (ausschliessliche) Zuständigkeit zuweist“.⁵⁷⁴ Das trifft bloss in den allerwenigsten Fällen zu. Als ausschliesslich oder eben ursprünglich derogierende bezeichnet Peter Saladin in seinem Kommentar nur einige wenige Bundeszuständigkeiten wie Armee, Zollwesen oder Pulverregal.⁵⁷⁵ In den meisten anderen Fällen⁵⁷⁶ haben wir es vielmehr mit „konkurrierenden“ Zuständigkeiten zu tun, mit Zuständigkeiten, welche *nachträglich derogierend* wirken: die kantonale Zuständigkeit (und allfälliges kantonales Recht) fällt erst mit dem Inkrafttreten des ausführenden Bundesgesetzes (und nur in dem Umfang, in dem dieses ausführt) dahin⁵⁷⁷: „Nach einhelliger Lehre sind *konkurrierende Zuständigkeiten die Regel, ausschliessliche Zuständigkeiten die Ausnahme*.“⁵⁷⁸

⁵⁷⁰ Heimann-Krähemann 80 f.

⁵⁷¹ Heimann-Krähemann 142 f. Näheres zur Oberaufsicht im Kommentar BV, Art. 24, Rz 38 ff.

⁵⁷² Saladin, Kommentar BV, Art. 3, Rz 163.

⁵⁷³ Saladin, Kommentar BV, Art. 3, Rz 163.

⁵⁷⁴ Saladin, Kommentar BV, Art. 3, Rz 202.

⁵⁷⁵ Saladin, Kommentar BV, Art. 3, Rz 204 f.

⁵⁷⁶ Zu den „überhaupt nicht derogierenden“ oder „parallelen“ Zuständigkeiten, welche die kantonale Zuständigkeit ergänzen, somit kantonales Recht de iure überhaupt nicht tangieren, vgl. Saladin, Kommentar BV, Art. 3, Rz 201 f.

⁵⁷⁷ Saladin, Kommentar BV, Art. 3, Rz 202.

⁵⁷⁸ Saladin, Kommentar BV, Art. 3, Rz 203.

Wichtig ist zweierlei: Es ist - Naturrecht hin oder her - schliesslich der Staat, der nicht nur das Eigentum garantiert, sondern ihm auch durch das Insgesamt aller Rechtsnormen seinen konkreten Gehalt gibt. Es ist die Rechtsordnung/der Staat, die bestimmt, was der Begriff „Eigentum“ meint, und sie macht das zuvorderst durch konkretisierende Schranken/Normen - etwa eine Waldgesetzgebung. Während ursprünglich den Kantonen die Zuständigkeit reserviert war, in Sachen Wälder legislativ tätig zu werden, verschob Artikel 24 BV einzig einen (grossen) Teil dieser Zuständigkeit auf die Bundesebene. Dort sind die Grundsätze festzulegen, dort ist der Rahmen abzustecken, der von den Kantonen dann noch in gewissen Details näher ausgestaltet werden darf.

Mit anderen Worten: Artikel 24 BV, die „Oberaufsicht“, erlaubte es dem Bunde, die rechtliche Tragweite des Eigentums an Wald näher zu bestimmen. Dabei braucht uns nicht näher zu kümmern, dass diese Verfassungsnorm früheren Datums ist als der wohlbekannte Artikel 641 ZGB. Wie gezeigt wurde, kannten die meisten kantonalen Verfassungen bereits eine Eigentumsgarantie und der moderne Eigentumsbegriff hatte doch auch schon in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts eine Form angenommen, die sich in ihrer Grundkonzeption nicht mehr entscheidend von dem unterschied, was Eugen Huber, der Schöpfer des Zivilgesetzbuches, schliesslich in diesem als für die ganze Schweiz verbindlich niederlegte.

Mit dem ersten, noch auf das Hochgebirge beschränkten Forstpolizeigesetz vom 24. März 1876 (Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge⁵⁷⁹) hat der Bund erstmals von seiner ihm 1974 verliehenen Grundsatzgesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht.

Schon der Begriff „Forstpolizei“ verweist auf den Umstand, dass die Erhaltung der Wälder primär dem *Schutz* von Mensch und Natur diene, was angesichts der teils prekären Lage in den Bergregionen keineswegs erstaunt.

Bereits dieses erste Forstgesetz enthielt in seinem Artikel 11 Absatz 2 die für die schweizerische Forstpolitik wegweisende Bestimmung über den quantitativen Schutz des Waldes:

„Innerhalb der festgesetzten Grenzen darf ohne kantonale Bewilligung das Forstareal nicht vermindert werde, und es sind die künftigen Blössen und Schläge wieder aufzuforsten, sofern dafür nicht eine entsprechende Fläche anderen Landes zur Aufforstung gewidmet wird.“⁵⁸⁰

Schon dieses Gesetz griff einschneidend in die Befugnisse der Eigentümer von Waldgrundstücken ein. Das später in Artikel 641 Absatz 1 ZGB niedergelegte grundsätzlich „beliebige Verfügen/Nutzen“ der Eigentümer trat gleichsam schon von Anfang an hinter die Schranken der Rechtsordnung zurück: Waldeigentümer durften keineswegs alles machen, was sie wollten. Insbesondere war es ihnen schon damals verwehrt, ihr Grundstück ohne Bewilligung zu roden und etwa einer in der Regel erheblich lukrativeren baulichen Nutzung zuzuführen.

Nachdem die Beschränkung auf das Hochgebirge durch die Revision von Artikel 24 BV 1897 aufgehoben worden war,⁵⁸¹ folgte kurz darauf der „Bundesbeschluss betref-

⁵⁷⁹ AS 2 353.

⁵⁸⁰ Kommentar BV, Art. 24, Rz 7; Kommentar NHG, Viertes Kapitel, Rz 11.

⁵⁸¹ Angenommen in der Volksabstimmung vom 11. Juli 1897 (Erwahrungsbeschluss vom 15. Okt. 1897 – AS 16 339; BBI 1893 V 9, 1897 IV 81). Kommentar BV, Art. 24, 2.

fend die Oberaufsicht des Bundes über die Forstpolizei“ vom 15. April 1898.⁵⁸² In seiner Botschaft an die Bundesversammlung „betreffend die Oberaufsicht des Bundes über die Forstpolizei“ vom 26. Oktober 1897 führte der Bundesrat aus:

Durch die neue Fassung von Artikel 24 BV „ist das Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei im Hochgebirge, vom 24. März 1876, einer Revision zu unterwerfen. Da aber bis zur Inkrafttretung des neuen Gesetzes geraume Zeit hingehen wird und es andererseits im Interesse des schweizerischen Forstwesens und insbesondere auch in demjenigen der bisher ganz oder teilweise der Bundesaufsicht nicht unterstellt gewesenen Kantone liegt, dass der Art. 24 der Verfassung in seinem jetzigen Wortlaut möglichst bald zum Vollzug gelange, so legen wir uns die Frage vor, ob dies nicht durch einen Bundesbeschluss thunlich wäre, welcher das oberwähnte Bundesgesetz transitorisch, bis ein revidiertes Gesetz an dessen Stelle getreten, vollziehbar erklärte. Gegen ein derartiges Vorgehen dürften kaum ernstliche Einwendungen zu erheben sein, indem es sich dabei nur darum handelt, ein bereits bestehendes Gesetz gemäss der neuen Bestimmung der Bundesverfassung transitorisch auf ein Gebiet auszudehnen, welchem bis anhin die Wohlthat dieses Gesetzes nicht zu gute kam.“⁵⁸³

Die „Wohlthat“ lag nicht zuletzt darin, dass die neu dem Gesetz unterstellten Kantone „in den vollen Genuss der durch das Gesetz zugesicherten Bundesbeiträge gelangen“ würden. Und wie der Bundesrat feststellte, erfüllten auch bereits die meisten dieser Kantone die an die Auszahlung der Bundesbeiträge geknüpften Bedingungen. Fast alle Kantone besaßen bereits „Forstgesetze, ein wissenschaftlich gebildetes höheres Forstpersonal und geschultes Untersonal in ziemlich hinreichender Anzahl (...)“. Zudem waren die „öffentlichen Waldungen der meisten dieser Kantone ... vermessen und über dieselben Wirtschaftspläne entworfen, die waldschädlichen Dienstbarkeiten in denselben ganz oder zum Teil abgelöst und die nachteiligen Nebennutzungen aufgehoben oder reguliert etc.“⁵⁸⁴

Auf die „waldschädlichen Dienstbarkeiten“ sowie die „nachteiligen Nebennutzungen“ wird später noch kurz einzugehen sein. Hervorhebung verdient an dieser Stelle vor allem noch jene Passage, in der sich der Bundesrat mit den Privatwaldungen (im Gegensatz zu den öffentlichen Waldungen) in jenen Kantonen befasste, die bis anhin dem Bundesgesetz noch nicht unterstellt gewesen waren. Ganz offensichtlich war dort das „Belieben“ der Eigentümer bereits recht ungehemmt aufgeblüht:

„Dagegen werden in mehreren Kantonen die oft sehr ausgedehnten Privatwaldungen nicht genügend oder gar nicht überwacht, und dürfen selbst solche Waldungen, die den Charakter von Schutzwaldungen tragen, nach *Belieben des Eigentümers* derselben behandelt und sogar zu anderm Kulturland umgewandelt werden.

Gerade für diese Kantone ist es von grosser Wichtigkeit, dass dem abgeänderten Artikel 24 der Verfassung baldmöglichst Vollzug gegeben werde, um weitem *gemeinschädlichen* Abholzungen und Urbarisierungen Einhalt zu thun.“⁵⁸⁵

Zumindest in den Privatwaldungen jener Kantone, die noch nicht der Bundesaufsicht unterstellt gewesen waren und die aus eigenem Antrieb ihre eigene Zuständigkeit zur Oberaufsicht über ihre kantonalen (privaten) Waldungen noch nicht genutzt hatten, zeigten sich anscheinend ebenfalls *gemeinschädliche* Tendenzen: Wir sind solchen gemeinschädlichen Tendenzen bereits im Rahmen der Freisetzung des Bau-

⁵⁸² AS 16 825.

⁵⁸³ BBI 1897 IV 573.

⁵⁸⁴ BBI 1897 IV 574.

⁵⁸⁵ BBI 1897 IV 575. Hervorhebungen hinzugefügt.

ernlandes begegnet. Dort hatte die ungehemmte Freisetzung im Namen der neugewonnenen persönlichen Freiheit und des individuellen und ungebundenen Eigentums zu einer Bodenzerstückelung und zu einer Bodenverschuldung geführt, die für die Allgemeinheit grosse Gefahren mit sich brachte. Hier wie dort sah sich der Staat daher gezwungen, zum Wohle der Allgemeinheit, zu intervenieren und der (neugewonnenen) Freiheit Schranken zu setzen.

3. DAS BUNDESGESETZ BETREFFEND DIE EIDGENÖSSISCHE OBERAUFSICHT ÜBER DIE FORSTPOLIZEI

Nicht einmal ein Jahr nach seiner Botschaft zur „transitorischen“ Ausdehnung des Geltungsbereiches des Forstpolizeigesetzes von 1876 gelangte der Bundesrat am 1. Juni 1898 mit einer Botschaft „betreffend die eidgenössische Oberaufsicht des Bundes über die Forstpolizei“ an die Räte und legte diesen den Entwurf eines revidierten Bundesgesetzes vor. Zur Begründung und Erläuterung erlaubte er sich, „einiges über den Vollzug und die Erfolge des bisherigen Bundesgesetzes vorzuschicken“:

„Es hat sich dieses erste Gesetz, obwohl die Erlassung desselben der erste Schritt des Bundes zur Legiferierung in forstlicher Materie war, im allgemeinen als zweckentsprechend erwiesen und traf dessen Vollzug, infolge der vom Bundesrat hierbei beobachteten Um- und Nachsicht, ungeachtet *der zum Teil recht eingreifenden Bestimmungen*, auf keinen erheblichen Widerstand, vielmehr anerkannte man immer mehr die Wohlthat des Gesetzes zum Schutze und zur Verschönerung unseres Landes und zur Hebung dessen Wohlstandes.“⁵⁸⁶

Es ist sicherlich interessant festzustellen, dass trotz der „zum Teil recht eingreifenden Bestimmungen“ dem alten Forstpolizeigesetz kein erheblicher Widerstand erwachsen war. Ob dies mit dem traditionellen Verständnis der Bevölkerung, beim Wald handle es sich um eine „Gabe Gottes“, um ein natürliches Gut, das allen zur Verfügung stehen müsse, zusammenhängt, oder ob es vielmehr die teils schweren Naturkatastrophen gewesen waren, welche die Notwendigkeit einer gesetzlichen - gar einschneidenden - Reglementierung der Waldnutzung einsichtig machten, kann hier nicht entschieden werden.

Mit dem vom Bundesrat 1898 vorgestellten, 1902 verabschiedeten und im Jahre 1903 in Kraft getretenen Forstpolizeigesetz (FPolG) wurden „sämtliche Waldungen“ der Oberaufsicht des Bundes unterstellt. Dazu gehörten gemäss Artikel 2 Absatz 2 FPolG:

- „a. die öffentlichen Waldungen, d.h. die Staats-, Gemeinde- und Korporationswaldungen, sowie solche Waldungen, die von einer öffentlichen Behörde verwaltet werden; und
- b. die Privatwaldungen mit Einschluss der Gemeinschaftswaldungen (Art. 26 und 28).

Im Entwurf zu dieser Bestimmung hatte es noch etwas ausführlicher geheissen, unter Korporationswaldungen seien zu verstehen

⁵⁸⁶ BBl 1898 III 545 f. Hervorhebung hinzugefügt.

„diejenigen Waldungen, die einen öffentlichen Charakter tragen und einem öffentlichen Zwecke dauernd dienen, sowie solche Waldungen, welche zwar nicht öffentlichen Zwecken dienen, aber von einer öffentlichen Behörde verwaltet werden“.⁵⁸⁷

Diese nähere Umschreibung fand ihren Platz schliesslich in Artikel 2 der Verordnung.

Das Forstpolizeigesetz reglementierte also sämtliche Waldungen. Dies tat es allerdings nicht irgendwie. Vielmehr verfolgte das Gesetz, näherhin differenziert durch seine Verordnung (FPoIV), drei Ziele bzw. war es auf die Erhaltung der folgenden drei Funktionen des Waldes ausgerichtet:

~~seine~~seine Nutzfunktion;
~~seine~~seine Schutzfunktion sowie
~~seine~~seine Wohlfahrtsfunktion.⁵⁸⁸

Und diese drei Funktionen finden sich auch nach wie vor im neuen Waldgesetz von 1991, WaG.

3.1 Nutzfunktion

Für näheres zur Nutzfunktion, teilweise auch als Rohstofffunktion bzw. als Infrastrukturleistungen des Waldes bezeichnet,⁵⁸⁹ kann auf den kurzen Gang durch die Entwicklungsgeschichte der Nutzungs- und Eigentumsverhältnisse am Walde verwiesen werden. Im Vordergrund steht sicherlich die Deckung des Brenn-, Bau- und Nutzholzbedarfs. Daneben - heute aber von geringerer Bedeutung - sind zu erwähnen die Früchte des Waldes i.w.S., also Beeren, Pilze, Nüsse, Eicheln, Honig, Kräuter, Reisig, Wild etc.

Zudem darf nicht vergessen werden, dass der Wald - dank seiner Nutzfunktion - einen bedeutenden Wirtschaftsfaktor und beinahe den einzigen erneuerbaren, einheimischen Rohstoff darstellt. Die schweizerische Waldwirtschaft

„beschäftigt 20 000 Personen in etwas mehr als 3000 öffentlichen Forstbetrieben, die Mehrheit davon teilzeitlich. Alljährlich gelangen über 4 Millionen m³ Holz auf den Schweizer Holzmarkt, welche zum grossen Teil von der Holzwirtschaft übernommen und verarbeitet werden ... Die Holzwirtschaft ihrerseits beschäftigt über 80 000 Arbeitnehmer in rund 11 000 Betrieben.“⁵⁹⁰

In der Botschaft zum Waldgesetz heisst es:

„Eine *Nutzfunktion* für den Menschen erfüllt der Wald, wenn der Rohstoff Holz genutzt wird.“⁵⁹¹

⁵⁸⁷ BBl 1898 III 560 f.

⁵⁸⁸ Heimann-Krähemann 53 f.

⁵⁸⁹ Heimann-Krähemann 54 Anm. 206.

⁵⁹⁰ BBl 1988 III 179 f.

⁵⁹¹ BBl 1988 III 188.

3.2 Schutzfunktion

Zur Schutzfunktion, die sich allerdings von der Wohlfahrtsfunktion nicht klar trennen lässt (und umgekehrt), können der Schutz vor folgenden Naturgefahren gezählt werden:

- ☒ Lawinen (Schneerutschungen);
- ☒ Stein- und Eisschlag;
- ☒ Bodenbewegungen;
- ☒ Bodenerosion;
- ☒ Überschwemmungen (Wasserspeicher).⁵⁹²

Die Botschaft zum Waldgesetz umschreibt sie folgendermassen:

„Eine *Schutzfunktion* erfüllt der Wald, wenn er Menschenleben oder Sachwerte vor *Naturereignissen* schützt. Naturereignisse sind in diesem Sinne etwa Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinerschlag.“⁵⁹³

3.3 Wohlfahrtsfunktion

Die Wohlfahrtsfunktion kann als Oberbegriff für verschiedenste Funktionen bzw. Leistungen des Waldes verstanden werden. Sie zeichnet aus, dass sie der Allgemeinheit zugute kommen. Nur schon alleine diese Wohlfahrtsfunktion macht es einsichtig, dass dem Belieben der Waldeigentümer zwingend gewisse Schranken gesetzt werden müssen. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zum neuen Waldgesetz denn auch klar festgehalten:

„Die Wohlfahrtswirkungen lassen sich nicht messen. Es sind immaterielle Leistungen, die ein gesunder Wald allein durch seine Existenz und Erscheinung erbringt. Auch deshalb ist die Walderhaltung eine Staatsaufgabe.“⁵⁹⁴

Zu der Wohlfahrtsfunktion des Waldes werden gezählt:

- ☒ Klimafunktion;
- ☒ Wasserversorgungsfunktion;
- ☒ Luftreinhaltfunktion;
- ☒ Lärmdämpfungsfunktion;
- ☒ Erholungsfunktion;
- ☒ Landschaftsgliederungsfunktion;
- ☒ Naturschutzfunktion.⁵⁹⁵

Zur Wohlfahrtsfunktion des Waldes heisst es ebenfalls in der Botschaft zum Waldgesetz:

⁵⁹² Näheres bei Heimann-Krähemann 57 ff.

⁵⁹³ BBI 1988 III 187.

⁵⁹⁴ BBI 1988 III 180.

⁵⁹⁵ Näheres bei Heimann-Krähemann 62 ff.

„Eine *Wohlfahrtsfunktion* erfüllt er, wenn er durch seine Lage, seinen Aufbau, seine Bestockung und Gestaltung dem Menschen als Erholungsraum dient, aber auch, wenn er durch seine Form die Landschaft prägt, ferner wenn er vor schädlichen Umwelteinflüssen, wie Lärm oder Immissionen schützt, Wasservorräte quantitativ wie qualitativ sichert und wildlebenden Tieren und einheimischen Pflanzen einen unersetzlichen Lebensraum schafft.⁵⁹⁶

3.4 Zentrale Bestimmungen des Forstpolizeigesetzes

3.41 Schutzwaldungen

Nach den kahlschlagbedingten Verwüstungen um die Wende zum 19. Jahrhundert erstaunt es nicht, dass das Gesetz zum einen grosses Gewicht auf die Schutzwaldungen und deren Erhalt bzw. deren Wiederherstellung legte.

Als Schutzwaldungen wurden gemäss Artikel 3 Absatz 2 FPolG verstanden:

Schutzwaldungen sind diejenigen Waldungen, welche sich im Einzugsgebiet von Wildwassern befinden, sowie solche, welche vermöge ihrer Lage Schutz bieten gegen schädliche klimatische Einflüsse, gegen Lawinen, Stein- und Eisschläge, Erdabrutschungen, Verrüfungen sowie gegen ausserordentliche Wasserstände.

Für öffentliche Schutzwaldungen war daher gemäss Artikel 18 Absatz 4 „die Wirtschaftsführung“, d.h. die Bewirtschaftung und Nutzung, „in erster Linie der in Artikel 3 vorgesehenen Zweckbestimmung anzupassen“. Die Nutzfunktion dieser Waldungen musste also unter Umständen hinter ihre Schutzfunktion zurücktreten. Grundsätzlich galt zudem für alle - öffentlichen oder privaten - Schutzwaldungen ein Kahlschlagverbot (Art. 18 Abs. 5 sowie 27 FPolG).

Zudem mussten die Kantone nach Artikel 32 FPolG dafür besorgt sein,

dass alle Schlagflächen und die durch Feuer, Sturm, Lawinen usw. in Waldungen entstandenen Blößen spätestens innert einer Frist von drei Jahren wieder vollständig bestockt seien, Lawinenzüge, sofern dieselben als verbaubar befunden werden.

3.42 Erhaltung des Waldareals

Von unschätzbbarer Bedeutung war zweifelsohne der Artikel 31 FPolG. In seinem ersten Absatz bestimmte er:

Das Waldareal der Schweiz soll nicht vermindert werden.

Und weiter hiess es in Absatz 2:

Ausreutungen in Nichtschutzwaldungen bedürfen der Bewilligung der Kantonsregierung, solche in den Schutzwaldungen derjenigen des Bundesrates.

Auch hier war es die - im Laufe der Zeit allerdings revidierte - Verordnung, die näher bestimmte, was unter Artikel 31 des Gesetzes zu verstehen war. Artikel 24 FPolV verbindet die Walderhaltung mit den bereits erwähnten Waldfunktionen:

1 Das Waldareal der Schweiz soll im Hinblick auf die Nutz-, Schutz- und Wohlfahrtsaufgaben des Waldes in seinem Bestand und seiner regionalen Verteilung erhalten bleiben.

⁵⁹⁶ BBl 1988 III 187 f.

2 Die Gesamtfläche der Bestockung von Weidwäldern und Wytweiden darf nicht vermindert werden. Veränderungen in der örtlichen Verteilung der Bestockung zu zulässig. Weidwälder und Wytweiden bleiben der Forstgesetzgebung unterstellt.⁵⁹⁷

Und es war vor allem auch die Verordnung, welche die „Ausreutungen“, die Rodungen, detaillierter regelte. Gemäss Artikel 25 Absatz 1 FPolV gilt als Rodung „jede Verminderung des Waldareals“ sowie auch „jede Beanspruchung von Waldboden, die eine dauernde oder vorübergehende Zweckentfremdung zur Folge hat“.

Zudem brachte die Verordnung mit ihrem Artikel 26 eine - recht restriktive - Auflistung der Voraussetzungen der (ausnahmsweisen) Zulässigkeit einer Rodung:

1 Rodungen dürfen nur bewilligt werden, wenn sich hiefür ein gewichtiges, das Interesse an der Walderhaltung überwiegendes Bedürfnis nachweisen lässt.

2 Es dürfen keine polizeilichen Gründe gegen die Rodung sprechen.

3 Das Werk, für welches die Rodung begehrt wird, muss auf den vorgesehenen Standort angewiesen sein. Finanzielle Interessen, wie möglichst einträgliche Nutzung des Bodens oder billige Beschaffung von Land, gelten nicht als gewichtiges Bedürfnis im Sinne von Absatz 1.

4 Dem Natur- und Heimatschutz ist gebührend Rechnung zu tragen.⁵⁹⁸

Im Entscheid Salgesch, wo es um eine Rodung zwecks Melioration des Weinberges ging, führte das Bundesgericht - unter spezieller Hervorhebung der Nachhaltigkeit und der Verknappung von Umweltgütern - etwa aus:

„Das Anliegen, die Rebberge neuzeitlich zu bewirtschaften, ist verständlich und berechtigt. Ebenso anerkennenswert ist aber die Anstrengung, den Pfywald sowie andere Natur- und Landschaftselemente zu schützen. Die in diesem Zusammenhang von der Gemeinde Salgesch bereits getroffenen Vorkehren dürfen sich sehr wohl sehen lassen.

Dennoch darf man die Rodungsproblematik nicht überbewerten. Es wurde nicht einmal behauptet, es gehe um wirtschaftliche Existenzfragen. Die Genossenschaftsvertreter machten nie geltend, eine Meliorationsvariante ohne Rodung sei ausgeschlossen.

Vielmehr dürfte sich das traditionelle Meliorationsziel auch ohne Rodung erreichen lassen, was durch die Aussagen des Technischen Leiters bestätigt wird; dieser räumte anlässlich des bundesgerichtlichen Augenscheins ein, dass ein Zusammenlegen der Parzellen ohne Rodung mit (Erschliessungs-)Problemen verbunden, aber gleichwohl möglich wäre. Sogar die Geländeänderung erscheint bei Verweigerung der Rodungsbewilligung nicht ausgeschlossen, weil sich die Waldstücke auf Rand- und Kuppenlagen beschränken, die effektiv ohne übermässige Einbusse ausgespart werden können. Demnach ist davon auszugehen, dass das Gesamtprojekt mit Geländeänderungen - wenn für diese die raumplanungsrechtliche Bewilligung vorliegen wird - nach Vornahme gewisser Abänderungen auch ohne Rodung realisierbar sein wird.

de) Der Wald darf grundsätzlich nur der Nachhaltigkeit entsprechend genutzt werden (Art. 18 Abs. 2 FPolG, Art. 13 FPolV), d.h. im wesentlichen nur so weit, als es die Selbsterneuerungskraft erlaubt, so dass er seine Funktionen auch künftig und langfristig erfüllen kann. Soweit der Wald aber gerodet wird, so dass er sich nicht oder kaum mehr selber erholen kann, er also auch zu einem erschöpfbaren Umweltgut wird, muss an Stelle der Nachhaltigkeit der Grundsatz der möglichst schonenden Inanspruchnahme treten, wie ihn etwa das Raumplanungsgesetz mit dem Gebot des haushälterischen Umgangs mit dem Boden (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 RPG) oder das Umweltschutzgesetz mit dem Vorsorgeprinzip (Art. 1 Abs. 2 USG) kennen.

Schonend umgehen heisst davon ausgehen, dass das Umweltgut knapp ist und seine Beanspruchung endgültigen Verbrauch bedeutet. Soll es möglichst viele seiner Funktionen möglichst lange möglichst weitgehend erfüllen, muss auf gewisse kurzfristige Nutzungen verzichtet und darf namentlich nicht auf Vorrat oder sonst verbraucht werden, bevor das Bedürfnis sicher feststeht. Diese Voraussetzung ist bei der hier nachgesuchten Waldbeanspruchung nicht erfüllt. Wie ausgeführt worden

⁵⁹⁷ Fassung gemäss Ziff. I des BRB vom 25. August 1971 (AS 1971 1192).

⁵⁹⁸ Fassung gemäss Ziff. I des BRB vom 25. August 1971 (AS 1971 1192).

ist, bedingt das traditionelle Meliorationsziel die Rodungen nicht. Und für die Rebbergumgestaltung und -erweiterung mit entsprechenden Geländeänderungen bedeutet die Rodung einen Eingriff auf Vorrat und unsicherer Grundlage. Es ist nicht ersichtlich, warum die wenigen Hügel und Randlagen, um die es geht, nicht ausgespart werden können, dies jedenfalls zumindest vorläufig. Gerade bei solchen Umweltbelastungen ist es angezeigt, nach der hierzulande tief verwurzelten pragmatischen Methode vorzugehen. Statt ein übergrosses Projekt zu verfolgen, soll nun einmal eine Lösung ohne Rodung gesucht und, soweit keine andern rechtlichen Hindernisse bestehen, auch realisiert werden. Wenn sich dann auf Grund praktischer Erfahrungen zeigen sollte, dass übermässige Schwierigkeiten entstehen, sind gegebenenfalls immer noch Anpassungen möglich. Das liegt derart auf der Hand, dass sich weitere Begutachtungen erübrigen.⁵⁹⁹

Es ist hier aber nicht der Ort, auf all die einzelnen Voraussetzungen einer Rodung und auf die Vielzahl von Gerichtsentscheiden dazu näher einzugehen. Was sofort ins Auge springt, ist der Umstand, dass dem Belieben des Eigentümers gewichtige Schranken gezogen werden. Fast schon aufhorchen lässt in diesem Zusammenhang, dass *finanzielle* Interessen gerade nicht in die für jede Rodung unerlässliche Interessenabwägung einbezogen werden dürfen. Wenn man bedenkt, dass gerade das moderne Eigentum es war, das zur Verflüssigung des Bodens nicht nur gedacht, sondern auch praktisch beigetragen hat, dann ist diese Bestimmung wirklich erstaunlich. Sie lässt dem Waldeigentümer eigentlich nur noch drei (Verfügungs-/Nutzungs-)Möglichkeiten: Entweder er erfüllt die Voraussetzungen, was alles andere als einfach ist, oder er beschränkt sich auf die zulässige Nutzung seines Waldes, oder er verflüssigt sein gesamtes Waldeigentum, indem er es verkauft.

Das sind - zugegebenermassen - grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten, die alle Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer haben. Aber verglichen mit den wirtschaftlichen Nutzungen, die etwa den privilegierten Eigentümern von Grundstücken in einer Bauzone offen stehen, ist die Beschränkung auf eine einzige realistische Nutzung, die nachhaltige Holznutzung, wohl nicht gerade das, was der prototypische Eigentümer im Sinne haben dürfte.

Zudem ist selbst eine (bewilligte) Rodung nicht kostenlos. Artikel 26bis FPoIV statuiert nämlich zudem eine Pflicht zur Ersatzaufforstung:

1 Für jede Rodung ist in der Regel durch eine flächengleiche Neuaufforstung in derselben Gegend Realersatz zu leisten.

2 Der Realersatz umfasst die Landbeschaffung, die Anpflanzung, die allenfalls dafür erforderliche Erschliessung sowie alle für die dauernde rechtliche und tatsächliche Sicherung der Aufforstung nötigen Massnahmen.

Das schränkt die Möglichkeiten eines Waldeigentümers, sein Eigentum „nach Belieben“ zu nutzen nochmals erheblich ein.

3.43 Nachhaltigkeit

In der neuen Bundesverfassung hat das Prinzip der Nachhaltigkeit explizit Aufnahme gefunden. In Artikel 2, der Zweckbestimmung, heisst es:

1 Die Schweizerische Eidgenossenschaft schützt die Freiheit und die Rechte des Volkes und wahrt die Unabhängigkeit und die Sicherheit des Landes.

⁵⁹⁹ BGE 114 Ib 236 ff.

2 Sie fördert die gemeinsame Wohlfahrt, die *nachhaltige* Entwicklung, den inneren Zusammenhalt und die kulturelle Vielfalt des Landes.

3 Sie sorgt für eine möglichst grosse Chancengleichheit unter den Bürgerinnen und Bürgern.

4 Sie setzt sich ein für die dauerhafte Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen und für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung.

Und Artikel Artikel 73 widmet sich gar ausschliesslich der Nachhaltigkeit:

Bund und Kantone streben ein auf Dauer ausgewogenes Verhältnis zwischen der Natur und ihrer Erneuerungsfähigkeit einerseits und ihrer Beanspruchung durch den Menschen andererseits an.

Bereits das Forstpolizeigesetz von 1876 kannte die Verpflichtung zur nachhaltigen Nutzung.^{600,601} Im neuen aus dem Jahre 1902 fand sie sich in etwas anderem Wortlaut - allerdings bloss im dritten Abschnitt über die *öffentlichen* Waldungen, in Artikel 18 Absatz 2 FPoIG:

Für die Bewirtschaftung und die Benutzung derjenigen Waldungen, welche noch nicht vermessen sind und für welche vorläufig eine solche Instruktion noch nicht zur Anwendung kommen kann, haben die Kantone provisorische Massnahmen zu ergreifen und so annähernd als möglich den der Nachhaltigkeit entsprechenden Abgabesatz zu ermitteln.

Näherhin bestimmte Artikel 13 FPoIV:

Unter Nachhaltigkeit im Sinne von Artikel 18 Absatz 2 des Gesetzes ist die Erhaltung und Förderung der Produktions- bzw. Zuwachskraft von Waldboden und Bestockung hinsichtlich Holzertrag, Schutz- und Wohlfahrtswirkungen zu verstehen. Die Massnahmen zur Sicherstellung der Nachhaltigkeit werden durch den Wirtschaftsplan geregelt.

Das Gebot bezieht sich also nicht nur auf die Nutzfunktion, sondern auf alle Waldfunktionen. Es verpflichtet dazu, den Wald forsttechnisch und waldbaulich so zu bewirtschaften, dass er zukünftig mindestens soviel produzieren wird wie heute. Nachhaltigkeit verweist somit direkt auf die künftigen Generationen und deren Ansprüche.⁶⁰²

Dieses Ziel liess sich damals nicht zuletzt deshalb recht gut durchsetzen, weil die Nachfrage nach Holz als Energielieferant stark zurückgegangen war. Und die Erhaltung des Waldareals war solange wenig gefährdet, als kein erheblicher Überbauungsdruck bestand. Dies änderte sich ab den fünfziger Jahren.⁶⁰³

3.5 Bewirtschaftung

Ein Zeichen der (zumindest theoretischen/konzeptionellen) Allmacht einer Eigentümerin ist der freie Gebrauch und Verbrauch ihres Eigentums. Solange nicht in (Eigentums-)Rechte anderer eingegriffen wird, darf sie bekanntlich „nach Belieben“ mit

⁶⁰⁰ BBI 1898 III 550.

⁶⁰¹ „Von «nachhaltigem Nutzungsquantum» bzw. «nachhaltigen Nutzungsmengen» war schon in Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 des bundesrätlichen Entwurfs vom 3. Dezember 1875 zum Forstpolizeigesetz die Rede“, Kommentar BV, Art. 24, Rz 10, Anm. 36, mit Verweis auf BBI 1875 IV 1102 ff., insbesondere 1105.

⁶⁰² Heimann-Krähemann 83 f.

⁶⁰³ Munz/Bryner/Siegrist 69.

ihrem Eigentum umgehen. Dies gilt - wenn wir die Schranken der Rechtsordnung einmal kurz ausser acht lassen wollen - auch für die Eigentümerin einer Ressource, also theoretisch auch für den Wald.

Zumindest was die öffentlichen Wälder anbelangte, so war dieses Belieben, wie der geschichtliche Abriss gezeigt hat, immer schon ein eher beschränktes. Und auch im Forstpolizeigesetz von 1902 findet sich eine solche Schranken in Artikel 18 Absatz 1:

Die öffentlichen Waldungen sind gemäss kantonaler Instruktion einzurichten und zu bewirtschaften.

Der Absatz 2 bringt näherhin eine Konkretisierung auf die bereits skizzierte Nachhaltigkeit. Grob gesagt geht die Nutzung nur auf die Zinsen; der Stock, das Kapital hingegen muss „nachhaltig“ bewirtschaftet bzw. genutzt werden (so auch Artikel 12 Absatz 1 FPoIV). Verbrauch des Kapitals, im Sinne einer Rodung oder auch nur schon eines Kahlschlages, unterliegt einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Artikel 14 FPoIV bestimmte zudem, dass in „den öffentlichen Wäldern ... die Nutzungen forstamtlich anzuzeichnen“ seinen. Es ist mit anderen Worten nicht der Eigentümer selbst, der bestimmt, welche Bäume er nutzen bzw. fällen will, sondern die zuständige Behörde/Forstamt.

Inwieweit die Bewirtschaftungspflicht schon unter dem Forstpolizeigesetz auf private Wälder übergreifen hatte, bedürfte noch näherer Abklärungen. Da es hier aber lediglich darum geht, die groben Linien aufzuzeichnen, kann darauf verzichtet werden. Klar ist, dass bereits das Forstpolizeigesetz von 1902 Bestimmungen kannten, welche die Bewirtschaftung auch der Privatwälder - die ja sowieso den kleineren Teil ausmachen - befördern sollten. So hiess es in Artikel 26bis (von 1945/46), dem früheren Artikel 26, FPoIG:

1 Die Zusammenlegung von Privatwaldungen zu gemeinsamer Bewirtschaftung und Benutzung ist zu fördern.

2 Die näheren Vorschriften erlassen die Kantone.

3 Der Bund übernimmt alle Kosten der Zusammenlegung, der Kanton die Leitung der Bewirtschaftung durch sein Forstpersonal.

Weshalb diese Bestimmung in das Gesetz aufgenommen wurde, erhellt durch die Botschaft (zu Artikel 19 des bundesrätlichen Entwurfes):

„Die Bewirtschaftung und Benutzung der Privatwaldungen ist im allgemeinen eine höchst mangelhafte, weil den Besitzern derselben grösstenteils die hierzu erforderlichen Kenntnisse abgehen und dann wesentlich auch der ungemein starken Zerstückelung dieses Waldbesitzes wegen. Man hat daher schon seit längerer Zeit daran gedacht, die Privatwaldbesitzer zu veranlassen, ihre Waldungen zu grösseren Komplexen zusammenzulegen, und die Bewirtschaftung oder auch die Verwaltung derselben einem Forstmanne zu übertragen. Der Ertrag aus einem Waldkomplex würde, nach Abzug sämtlicher Spesen, unter die Mitglieder einer solchen Vereinigung verteilt oder das Holz auf Verlangen auch in natura abgegeben werden.

Der Vorteil einer solchen Zusammenlegung ist da, wo eine grosse Anzahl von Privatwaldungen beisammenliegen ..., zu augenscheinlich, als dass es notwendig sein wird, darauf näher einzugehen.“⁶⁰⁴

⁶⁰⁴ BBl 1898 III 553.

In Artikel 26 (ebenfalls in der Fassung aus dem Jahre 1945/46) hiess es in Bezug auf Privatwäldungen zudem:

1 Vor Beginn der Grundbuchvermessung ist stets die Parzellarzusammenlegung von Privatwäldungen vorzunehmen, sofern diese zusammenlegungsbedürftig sind, worüber die Kantonsregierung entscheidet.

2 Wenn eine gute Bewirtschaftung wegen übermässiger Parzellierung nicht möglich ist, kann die kantonale Regierung die Zusammenlegung auch unabhängig von der Grundbuchvermessung verfügen.

Und im soeben erwähnten Artikel 14 der Verordnung hiess es hinsichtlich der Anzeichnungspflicht weiter: „Es ist Sache der Kantone zu bestimmen, inwieweit diese Vorschrift auch auf private Wälder anzuwenden ist.“

Artikel 23 FPoIV, Zusammenlegung zur gemeinsamen Bewirtschaftung, bestimmte schliesslich:

1 Für die Zusammenlegung von Privatwäldern zu gemeinsamer Bewirtschaftung nach Artikel 26bis des Gesetzes haben die Grundeigentümer eine körperschaftlich organisierte Personenverbindung nach kantonalem Recht zu bilden.⁶⁰⁵

2 Die Statuten der Körperschaft müssen den dauernden Bestand der Zusammenlegung und eine nachhaltige Bewirtschaftung der Wälder gewährleisten. ...

...

6 Für die zusammengelegten Wälder ist ein Wirtschaftsplan zu erstellen. Die Leitung der Bewirtschaftung hat durch das kantonale Forstpersonal zu erfolgen.

Da, wie aus den zitierten Normen ersichtlich, die Bewirtschaftung in erster Linie unter der Ägide der Kantone zu erfolgen hatte, soll abschliessend noch ein kurzer Blick in das Bernische Gesetz über das Forstwesen aus dem Jahre 1973 (BG 921.11) geworfen werden. Sein dritter Abschnitt ist der „Bewirtschaftung der Wälder“ gewidmet. Artikel 20, Grundsatz, bestimmte:

Die Bewirtschaftung der Wälder ist Sache ihrer Eigentümer. Sie soll unter Wahrung und Förderung der Schutz- und Wohlfahrtswirkung erfolgen. Der Forstdienst kann beratend beigezogen werden.

Artikel 21 bot die Möglichkeit der vertraglichen Bewirtschaftung:

Waldeigentümer können die Leitung ihres Forstbetriebes vertraglich dem Forstdienst übertragen.

Daneben fanden sich im vierten Abschnitt besondere Bestimmungen für die öffentlichen Wälder. Artikel 23, Wirtschaftsplan, schrieb vor:

1 Die Eigentümer öffentlicher Wälder haben einen Wirtschaftsplan über ihre Wälder zu errichten.

2 Der Wirtschaftsplan enthält die Wirtschaftsziele, setzt den Hiebsatz fest und regelt die Pflege und Nutzung der Wälder nach dem Grundsatz der Nachhaltigkeit.

Der fünfte Abschnitt, Artikel 30 und 31, befasste sich näher mit den privaten Wäldern. Artikel 30, Holzschläge, schrieb vor:

1 Holzschläge für den Eigenbedarf des Waldeigentümers bedürfen keiner Bewilligung.

⁶⁰⁵ Fassung gemäss Ziff. I 18.1 der Verordnung vom 12. Dezember 1977 zum Bundesgesetz über Massnahmen zum Ausgleich des Bundeshaushaltes (SR 611.041).

2 Holzschläge für den eigenen holzverarbeitenden gewerblichen Betrieb oder den Verkauf bedürfen der Bewilligung des Kreisforstamtes.

3 Die Bewilligung ist zu verweigern, wenn

- der vorgesehene Schlag die Schutz- oder Wohlfahrtswirkungen des Waldes gefährdet;
- der Waldeigentümer ihm obliegende Verbesserungen zur Walderhaltung nicht vorgenommen hat.

Und Artikel 31 sah u.U. einen Wirtschaftsplan selbst für Privatwälder vor:

1 Privatwaldeigentümer, deren Wälder wichtige Schutzfunktionen erfüllen, können vom Regierungsrat verpflichtet werden, über ihre Waldungen einen einfachen Wirtschaftsplan zur errichten.

2 Der Staat übernimmt die Kosten für die Errichtung dieser Wirtschaftspläne.

Auf Details kann und braucht⁶⁰⁶ an dieser Stelle nicht näher eingegangen zu werden. Eindrücklich ist sicherlich, dass die Nutzung der Ressource Wald einer Vielzahl von detaillierten Regelungen unterworfen ist. Der Eigentümer ist zwar Eigentümer - auch wenn die öffentliche Hand, eine Gemeinde, der Kanton etc., Eigentümerin ist, kennen wir in der Schweiz bekanntlich kein „öffentliches“ Eigentum - aber sein Belieben ist in doch recht enge Schranken gewiesen.

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass sich der Staat die Bewirtschaftung der Waldungen einiges kosten lässt. Über die Forstdienste, die Finanzierung von Zusammenlegungen von Privatwaldungen etc. unterstützt der Staat die Privateigentümer in einem wohl nicht unerheblichen Masse. Dass er selber auch ganz gerne etwas für sich bzw. die Allgemeinheit davon hätte, braucht nicht zu erstaunen. Oder anders gesagt: die Erhaltung des Waldes ist ein derart gewichtiges öffentliches Interesse, dass der Staat bereit ist, einiges dafür einzusetzen.

3.6 Privatrecht und Waldeigentum

Wie bereits erwähnt, ist das Forstpolizeigesetz von 1902, das zudem viele Regelungen seines Vorläufers aus dem Jahre 1876 übernommen hatte, im Jahre 1903 in Kraft getreten. Das Zivilgesetzbuch wurde hingegen erst im Jahre 1907 verabschiedet und trat 1912 in Kraft.

Da das Zivilgesetzbuch eine Vereinheitlichung, eine Kodifikation des Privatrechtes für die ganze Schweiz brachte, wurden gewisse privatrechtliche und eigentumsrelevante Institute, die sich in verschiedensten Kantonen ausgebildet und gehalten hatten, aufgehoben. In gewissen Fällen wurde lediglich die Neuerrichtung solch alter Rechte und Berechtigungen untersagt. Vorbestandes konnte daher teilweise überleben.

Hinzu kam, dass das Zivilgesetzbuch selber - wie bereits ausführlich dargestellt - nicht nur in Artikel 641 Absatz 1 auf die Schranken der Rechtsordnung ausserhalb des Zivilgesetzbuches verwies, sondern solche Schranken oder Konkretisierungen des Eigentums auch selbst einführte.

Verschiedenste Schranken wurden an anderer Stelle bereits diskutiert.

⁶⁰⁶ Einige MitarbeiterInnen des Projektes (an der ETH) verfügen ja ohnehin über einen direktesten Zugang zu näheren Informationen.

So der Artikel 702 ZGB, wonach es dem Bunde, den Kantonen und den Gemeinden vorbehalten bleibt, öffentlichrechtliche Beschränkungen des Grundeigentums zum allgemeinen Wohl aufzustellen, unter anderem auch „betreffend das Forstwesen“. Auch Artikel 703 ZGB, Bodenverbesserungen, kann Eigentümer von Waldgrundstücken betreffen. Dort heisst es im ersten Absatz:

Können Bodenverbesserungen, wie Gewässerkorrekturen, Entwässerungen, Bewässerungen, *Aufforstungen*, Weganlagen, Güterzusammenlegungen u. dgl. nur durch ein gemeinschaftliches Unternehmen ausgeführt werden, und hat die Mehrheit der beteiligten Grundeigentümer, denen zugleich mehr als die Hälfte des beteiligten Bodens gehört, dem Unternehmen zugestimmt, so sind die übrigen Grundeigentümer zum Beitritt verpflichtet. Die an der Beschlussfassung nicht mitwirkenden Grundeigentümer gelten als zustimmend. Der Beitritt ist im Grundbuch anzumerken.

Die entsprechenden Bestimmungen hiezu finden sich in den Artikeln 26 ff. FPoIG sowie 22 f. FPoIV.

Bekanntlich scheidet das Privatrecht die Welt (der Ressourcen) zuvorderst zwischen Privaten. Jedem wird mit seinem Eigentum zugleich die Verpflichtung übertragen, die Rechte seiner Nachbarn nicht zu schmälern (Artikel 684 ZGB). In Artikel 687 ZGB findet sich eine Regel hinsichtlich „nachbarlicher“ Pflanzen:

1 Überragende Äste und eindringende Wurzeln kann der Nachbar, wenn sie sein Eigentum schädigen und auf seine Beschwerde hin nicht binnen angemessener Frist beseitigt werden, kappen und für sich behalten.

2 Duldet ein Grundeigentümer das Überragen von Ästen auf bebauten oder überbauten Boden, so hat er ein Recht auf die an ihnen wachsenden Früchte (Anries).

Man stelle sich die Schwierigkeiten vor, wenn diese Regel auch in den Wäldern gälte. Absatz 3 statuiert daher folgende Ausnahme:

Auf Waldgrundstücke, die aneinander grenzen, finden diese Vorschriften keine Anwendung.

Artikel 699 ZGB ist uns ebenfalls schon öfters begegnet. In Erinnerung sei gerufen, dass er nicht nur das Betreten von landwirtschaftlichen Grundstücken grundsätzlich für zulässig erklärt, sondern insbesondere auch das Betreten des Waldes und darüber hinaus eine gewisse Nutzung der Wälder durch die Allgemeinheit:

1 Das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze u. dgl. sind in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmt umgrenzte Verbote erlassen werden.

2 Über das Betreten fremden Eigentums zur Ausübung von Jagd und Fischerei kann das kantonale Recht nähere Vorschriften aufstellen.

In dieser Bestimmung wurde zweifellos wenigstens ein Teil jener ehemals freien Waldnutzung, der wir im geschichtlichen Abriss begegnet sind, in die Neuzeit hinüber gerettet. Die ehemalige „Gabe Gottes“ sollte zumindest in einem gewissen Rahmen nach wie vor der Allgemeinheit zugute kommen.

Artikel 3 FPoIV, Einzäunung und Betreten von Wald, schloss an Artikel 699 ZGB an und verdeutlichte ihn hinsichtlich der „Interessen (zum Schutze) der Kulturen“:

1 Die Einzäunung von Waldgrundstücken oder Teilen davon ist nur im Interesse der Erhaltung des Waldes zulässig (Art. 31 des Gesetzes). Die Vorschriften des Schweizerischen Zivilgesetzbuches über das Betreten von Wald und Weide (Art. 699) sind vorbehalten.

2 Eingezäunte Waldflächen bleiben Wald im Sinne dieser Verordnung.

Neben diesen Bestimmungen erwähnt das Zivilgesetzbuch den Wald einzig noch in Artikel 770, der zum Abschnitt „Nutzniessung und andere Dienstbarkeiten“ gehört, explizit:

1 Ist ein *Wald* Gegenstand der Nutzniessung, so kann der Nutzniesser die Nutzung insoweit beanspruchen, als ein ordentlicher Wirtschaftsplan dies rechtfertigt.

2 Sowohl der Eigentümer als der Nutzniesser können die Einhaltung eines Planes verlangen, der ihre Rechte nicht beeinträchtigt.

3 Erfolgt im Falle von Sturm, Schneeschaden, Brand, Insektenfrass oder aus andern Gründen eine erhebliche Übernutzung, so soll sie allmählich wieder eingespart oder der Wirtschaftsplan den neuen Verhältnissen angepasst werden, der Erlös der Übernutzung aber wird zinstragend angelegt und dient zur Ausgleichung des Ausfalles.

Indirekt finden sich aber noch weitere Normen, die auch den Wald betreffen. Wie wir gesehen haben, bestand früher eine unüberschaubare Vielzahl von unterschiedlichsten Eigentums- und Nutzungsberechtigungen am Wald. Teile davon haben sich in den Kantonen erhalten. Viele wurden dann zwar später nicht ins Zivilgesetzbuch aufgenommen, doch findet sich im Schlusstitel des ZGB, der „Anwendungs- und Ausführungsbestimmungen“ enthält, ein „Erster Abschnitt: Die Anwendung bisherigen und neuen Rechtes“. Er ermöglicht gleichsam das Überleben von privatrechtlichen Instituten/Berechtigungen/Belastungen, die das Zivilgesetzbuch selber nicht mehr kennt, und die auch nicht mehr neu errichtet werden dürfen.

Sein Artikel 20, Besondere Eigentumsrechte, enthält zu „Bäumen auf fremdem Boden“ folgende Regel:

1 Die bestehenden Eigentumsrechte an Bäumen auf fremdem Boden werden auch weiterhin nach kantonalem Recht anerkannt.

2 Die Kantone sind befugt, diese Verhältnisse zu beschränken oder aufzuheben.

Hier darf also eine Teilung des Eigentums überdauern, die mit der modernen Eigentumskonzeption und ihrem Akzessionsprinzip (Art. 667 ZGB) nur schwer vereinbar ist: Bäume können einen anderen Eigentümer haben als das Grundstück selbst. Wir kennen weitere Spielarten dieser Teilung, das Baurecht sowie das Stockwerkeigentum. Dieses Eigentum an fremden Bäumen wird auch Superfizies genannt. Heute ist es noch relevant im Tessin bezüglich der Edelkastanien. Früher war seine Bedeutung einiges grösser. Das Zivilgesetzbuch untersagt die Einrichtung solcher *neuen* Teilungen aber kategorisch. Artikel 678 ZGB, Einpflanzungen auf dem Grundstück, lautet:

1 Verwendet jemand fremde Pflanzen auf eigenem Grundstück, oder eigene Pflanzen auf fremdem Grundstück, so entstehen die gleichen Rechte und Pflichten, wie beim Verwenden von Baumaterial oder bei Fahrnisbauten.

2 Die Bestellung einer dem Baurecht entsprechenden Dienstbarkeit auf Pflanzen und Waldungen ist ausgeschlossen.

Um die Wende zum 20. Jahrhundert müssen noch recht viele und unterschiedlichste Eigentums- und Nutzungsberechtigungen am Walde bestanden haben. Teilweise durften sie neu gar nicht mehr errichtet werden, teilweise stand hingegen nicht ihr Alter in Frage, sondern ihre konkreten Auswirkungen auf die Bewirtschaftung und Nutzung des Waldes. Das Forstpolizeigesetz widmete ihnen im Abschnitt über die

öffentlichen Waldungen mehrere Artikel (die durch Artikel 27 und 30 auch für Privatwaldungen galten). Artikel 21 Absatz 1 FPolG statuierte den Grundsatz:

Dienstbarkeiten und Rechte auf Nebennutzungen in öffentlichen Waldungen, welche sich mit einer guten Waldwirtschaft nicht vertragen, sind abzulösen, wenn nötig auf dem Wege der Zwangsenteignung. Dabei sollen örtliche wirtschaftliche Verhältnisse angemessen berücksichtigt werden.

In der Botschaft zum Forstpolizeigesetz hiess es bezüglich der „Rechte auf Nebennutzungen“:

„im Art. 14 des jetzigen Gesetzes ist nur von Dienstbarkeiten die Rede; wir haben demselben noch beigefügt: «oder sonstige Rechte auf Nebennutzungen». Es können nämlich Fälle vorkommen, wo z.B. das Recht zur Benutzung einer Weise nicht als Servitut, sondern als ein Mitrecht auf Grund und Boden behauptet und anerkannt wird, infolgedessen das Weiderecht laut dem jetzigen Gesetz nicht abgelöst werden könnte.

Da die Ausübung solcher Rechte ihrer Natur nach dem Schutzwald ebenso nachteilig sein kann wie eine Dienstbarkeit, so muss der Gesetzgeber den betreffenden Wald von denselben ebenfalls zu befreien suchen, wenn nötig durch Expropriation.“⁶⁰⁷

Artikel 22 FPolG schrieb vor, dass die Entschädigung grundsätzlich durch Geld zu geschehen habe. Artikel 23 Absatz 1 FPolG bestimmte, dass die öffentlichen Waldungen nur mit Bewilligung des Bundesrates und der Kantonsregierung „durch neue, einer guten Waldwirtschaft nachteilige Rechte und Dienstbarkeiten belastet werden“ dürften. Und in Artikel 24 FPolG hiess es:

Nebennutzungen, die eine gute Waldwirtschaft beeinträchtigen, wie insbesondere der Weidgang und die Streuenutzung, sind in den öffentlichen Schutzwaldungen zu untersagen oder nur in beschränktem Masse zu gestatten.

Artikel 19 der Verordnung ging - selbstverständlich erst nach Erlass des Zivilgesetzbuches - schliesslich noch konkret auf die Superfizies ein:

„Gehören der Boden und die Waldbäume nicht dem gleichen Eigentümer, so ist die Bereinigung der Rechtsverhältnisse anzustreben (Art. 667 und 678 ZGB).

Ziel dieser Bestimmungen, die zwar teilweise die Herrschaft des Eigentümers über seinen Wald wieder herstellen können, ihm andererseits aber zugleich die Freiheit nehmen, eventuell lukrative - aber schädliche - „Abspaltungen“ vorzunehmen, ist die Erhaltung des Waldes, zuvorderst in seiner Schutzfunktion, zugleich aber auch in seiner Nutzenfunktion. Zu viele Köche verderben ganz offensichtlich auch in der Waldwirtschaft den Brei.

Im Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1896 finden sich einige Illustrationen zum Thema. So kamen im Jahre 1896 (also noch unter der Geltung des Gesetzes von 1876) folgende „auf Schutzwaldungen lastende Dienstbarkeiten“ zur Ablösung:

8 Beholzungsrechte, 20 Weiderechte, 4 Grasrechte, 3 Streuerechte, 7 vermischte Rechte sowie eine Zaunpflicht. Insgesamt 43 Dienstbarkeiten, wofür Fr. 30'261.- aufgewendet werden mussten. Seit

⁶⁰⁷ BBl 1898 III 551.

Inkrafttreten des Gesetzes von 1876 waren sogar 2558 Dienstbarkeiten für Fr. 1'031'430.- abgelöst worden.⁶⁰⁸

3.7 Verfügung und Nutzung

Was wir bisher betrachtet haben, das betraf alles die Nutzung des Waldes. Zum Eigentum, auch zum Eigentum an Wald gehört aber auch die Berechtigung, in den Schranken der Rechtsordnung über das Eigentum beliebig zu verfügen (im engeren Sinne).

Eine Möglichkeit, den Umgang mit einer Ressourcen zu beeinflussen, besteht daher auch darin, bei der Verfügungsberechtigung anzusetzen: Es kann sich als nützlich oder notwendig erweisen, gewisse Verfügungsrechte einzuschränken, um auf indirekte Weise die Nutzung der Ressource zu beeinflussen.

Wie wir bisher gesehen haben, sind Verfügungsbeschränkungen vom Gesetzgeber eher selten gewählt worden. Wir sind ihnen insbesondere im Rahmen des bäuerlichen Bodenrechtes begegnet. Dort dienten sie, seien es die erbrechtlichen Verfügungsbeschränkungen, seien es die öffentlichrechtlichen Beschränkungen des Verkehrs mit landwirtschaftlichen Gewerben und Grundstücken, der Erhaltung dieser Gewerbe: sie sollten zum einen nicht zweckentfremdet werden, sondern weiterhin der landwirtschaftlichen Nutzung vorbehalten sein, und zum anderen sollten sie nicht geteilt und zerstückelt werden, so dass - wie die Geschichte gelehrt hatte - ihre lohnende Bewirtschaftung erschwert oder gar verunmöglicht würde.

Ähnliches finden wir in Bezug auf den Wald. Die Klage des Bundesrates über die Zerstückelung der Privatwäldungen und kleine und kleinste Parzellen, die eine angemessene Bewirtschaftung und Nutzung der Wälder behindert, haben wir bereits gehört. Doch nicht nur mit Blick auf diesen kleineren Teil der Wälder, sondern auch hinsichtlich der öffentlichen Wälder bestand anscheinend eine solche Angst. Regeln zum Thema fanden sich im fünften Abschnitt des Forstpolizeigesetzes zur „Erhaltung und Vermehrung des Waldareals“.

Eine die (zu verhindernde) Realteilung betreffende Norm hatte bereits das Gesetz von 1876 enthalten. Sie wurde - in verschärfter Form - auch in jenes von 1902 übernommen. Artikel 33 FPoIG bestimmte:

Eine Teilung von öffentlichen Waldungen zum Eigentum oder zur Nutzniessung darf nur mit Bewilligung der Kantonsregierung und nur zu öffentlicher Hand (Art. 2 Abs. 1 Bst. a) erfolgen. ...

Wenn also die Berechtigung an einer öffentlichen Waldung überhaupt aufgeteilt werden sollte, dann nur, wenn sie nach wie vor eine öffentliche Waldung blieb. Damit war das Parlament hinter dem Vorschlag des Bundesrates zurückgeblieben. Dieser hatte verlangt: „Eine Realteilung von öffentlichen Waldungen ist weder zur Nutzniessung noch zum Eigentum zulässig“. Aus welchen Gründen er dies getan hatte, erläutert seine Botschaft. Der Bundesrates hatte Berichte einholen lassen über den Kanton Tessin (Sottoceneri) sowie das Wallis (Bezirk Monthey), wo diese Teilung von Waldungen hauptsächlich vorkam:

⁶⁰⁸ BBl 1897 I 706 f. Dort findet sich auch eine Aufstellung zu den Aufforstungen (mehr als 8'000'000 Pflanzen) im eidgenössischen Forstgebiet im Jahre 1896.

„Die hierüber eingegangenen Berichte thun aufs überzeugendste dar, dass die Teilungen zum Eigentum oder zur Nutzniessung fast überall den Ruin der Waldungen mit sich gebracht und eine geregelte Wirtschaft, selbst in Schutzwaldbezirken, verunmöglichen, abgesehen davon, dass für die Gemeinden durch die Teilungen eine nicht unerhebliche Einnahme verloren ging, deren die meisten doch so sehr bedürfen.

Diesem Übelstand abzuhelpen, giebt es nur ein Mittel, nämlich diese Teilungen nach abgelaufenem Nutzungstermin (sc. einer Nutzniessung) ausnahmslos zu verbieten. Die zum Eigentum geteilten Waldungen sind für die Gemeinden für immer verloren und bestehen grossenteils überhaupt nicht mehr als solche.⁶⁰⁹

Artikel 34 FPoIG beschäftigt sich mit jenen Fällen, in den „Gemeinden oder Korporationen sich im gemeinschaftlichen Besitz eines Waldes befinden“:

(...) Verlangt „eine derselben Teilung des Besitzes ...“, so hat die Kantonsregierung über die Zulässigkeit der Teilung zu entscheiden. Befindet sich der Wald auf dem Gebiete zweier oder mehrerer Kantone, so entscheidet über die Zulässigkeit der Teilung die Regierung desjenigen Kantons, auf dessen Gebiet der grössere Teil liegt.

Und schliesslich beschränkt Artikel 35 FPoIG das Belieben der Eigentümer öffentlicher Waldungen weiter:

Gemeinde- und Korporationswaldungen dürfen, auch wenn die Veräusserung statutarisch statthaft ist, in keinem Falle ohne vorherige Bewilligung der betreffenden Kantonsregierung veräussert werden.

Für die Privatwaldungen fehlte es damals noch an einer solch expliziten Einschränkung der Verfügungsberechtigung. Allerdings wurde oben bereits auf die Bestrebungen hingewiesen, Privatwaldungen zusammenzulegen, um so ihre Bewirtschaftung zu sichern und zu verbessern. Und im Jahre 1945 wurde ins Gesetz der Artikel 26ter aufgenommen, der in Absatz 1 immerhin bestimmte:

Ohne Genehmigung der Kantonsregierungen dürfen Waldzusammenlegungen nicht rückgängig gemacht und zusammengelegte Parzellen nicht aufgeteilt werden.

Die Parallelen zur Erhaltung der landwirtschaftlichen Gewerbe sind offensichtlich. Hier wie dort geht es darum, Boden einer bestimmten Nutzung zu erhalten, sei es der land- oder der forstwirtschaftlichen. Hier wie dort geht es auch darum, eine „Betriebsgrösse“ zu erhalten oder gar zu fördern, die eine Bewirtschaftung nicht nur überhaupt ermöglicht, sondern auch lohnt.

Der Unterschied zum „anderen“ Boden, jenem, der weder land- noch forstwirtschaftlich genutzt, sondern überbaut werden soll, springt ebenfalls ins Auge. Dort geht es gar nicht mehr um den Boden als Produktivkraft, sondern bloss noch um eine bestimmte *Fläche*. Zwar findet sich, damit etwa Kleinparzellen einer „vernünftigen“ baulichen Nutzung zugeführt werden können, ebenfalls eine Regelung, der Artikel 20 RPG, die Landumlegung, die „von Amtes wegen angeordnet und durchgeführt werden kann, wenn Nutzungspläne (sc. nicht nur von Bauzonen) dies erfordern“:

„L'art. 20 fait partie des disposition de la loi définissent le but et le contenu des plans d'affectation (art. 14 à 20). Le remembrement est un instrument destiné à permettre la réalisation des ces plans, lorsque l'état parcellaire - la forme des biens-fonds, le tracé de leurs limites - y fait obstacle. Un aménagement du territoire conforme à l'art. 22quater Cst. (utilisation judicieuse du sol) et aux principes de la

⁶⁰⁹ BBI 1898 III 555.

LAT peut entrer en conflit avec les rapports de propriété préexistants; le remembrement tend à résoudre de tels conflits, en garantissant à chaque propriétaire la possibilité d'utiliser effectivement son bien-fonds conformément aux prescriptions du plan.⁶¹⁰

Aber, im Gegensatz zu land- oder forstwirtschaftlich zu nutzendem Boden ist die Fläche in der Regel doch um ein Vielfaches geringer. Bauliche Nutzung ist ab wenigen hundert Quadratmetern denkbar. Für ein landwirtschaftliches Gewerbe oder einen Forst wäre eine solche Grössenordnung schlicht ein Unding.

Damit soll das Forstgesetz von 1902 verlassen werden. Es hat, verschiedentlich revidiert, fast während unseres gesamten Beobachtungszeitraumes, nämlich 90 Jahre lang, von 1903 bis 1993, den Umgang mit den Wäldern bestimmt. Und es ist sicherlich nicht ohne Grund, dass es - gerade was das Gebot der Walderhaltung und die Nachhaltigkeit der Nutzung anbelangt - in der Regel als eines der besseren Gesetze betrachtet wird, die in diesem Jahrhundert verabschiedet worden sind.

4. DAS WALDGESETZ

Es kann im Folgenden nicht mehr darum gehen, ebenso ausführlich auf das neue Bundesgesetz über den Wald vom 4. Oktober 1991 (Waldgesetz, WaG) (SR 921.0) einzugehen wie auf seinen Vorgänger. Vieles was in jenem angelegt war, wurde im neuen übernommen:

„Das Forstpolizeigesetz von 1902 ... enthält zwar eine ganze Reihe wertvoller Bestimmungen, die auch im neuen Gesetz Kernsätze bilden werden, wird aber in anderen Bereichen den veränderten Verhältnissen nicht mehr gerecht.“⁶¹¹

Was sind das nun für Verhältnisse, denen das neue Waldgesetz Rechnung tragen musste? Welche neuen Probleme im Umgang mit der Ressource Wald verlangten nach Lösungen?

„Das in den letzten Jahren aufgetretene Waldsterben, der mit zunehmender Ausnützung unseres Lebensraumes wachsende Druck auf den Wald, die sich angesichts sinkender Erträge verschlechternde wirtschaftliche Situation der Forstbetriebe und die erst richtig ins Bewusstsein der Bevölkerung gedungenen Funktionen des Waldes als Schutz vor Naturereignissen, naturnaher Lebensraum und Erholungsgebiet liessen es als geboten erscheinen, das Gesetz einer Totalrevision zu unterziehen.“⁶¹²

Genannt werden also:

- ~~das~~ das Waldsterben - dem entgegenzutreten ist;
- ~~der~~ der wachsende (Ausnützungs-)Druck auf den Wald - der vermindert werden muss;
- ~~die~~ die sinkenden Erträge - die zu steigern sind;
- ~~die~~ die vielfältigen Funktionen des Waldes - die zu erhalten sind.

Zugleich hat die Totalrevision der Tatsache Rechnung zu tragen, dass seit 1902 eine Vielzahl von natur- und umweltschutzrelevanten Gesetzen erlassen worden war, die

⁶¹⁰ Kommentar RPG, Art. 20, Rz 1.

⁶¹¹ Botschaft zum Waldgesetz, BBl 1988 III 175.

⁶¹² BBl 1988 III 175.

ihrerseits auch im Wald nach Beachtung verlangten bzw. selber Regeln aufstellten, die auch den Wald betrafen (man denke nur an den Wald als Landschaftselement im Rahmen der Raumplanung oder des Natur- und Heimatschutzes).

Der Bundesrat hob in seiner Botschaft folgende Problemkreise speziell hervor, auf die im neuen Gesetz Antworten gegeben werden sollten:

- ~~Die~~ die Ausdehnung der nach wie vor geltenden quantitativen auf die qualitative Walderhaltung, welche die nachhaltige Erhaltung der Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzfunktionen (Waldfunktionen) zum Ziel hat;
- ~~Der~~ der Waldbegriff, der ein dynamischer bleibt. Wald entsteht überall, wo mit Waldbäumen oder -sträuchern bestockte Flächen geeignet sind, Waldfunktionen auszuüben. Eine Einschränkung können die Kantone zur Abgrenzung des Waldes vom Raumplanungsgesetz-konformen Baugebiet vornehmen;
- ~~Das~~ das weiterhin geltende Verbot von Rodungen. Ausnahmen werden wie bisher nur sehr zurückhaltend und nur aus wichtigen Gründen gewährt. Auch an der Pflicht zum Realersatz wird im wesentlichen festgehalten;
- ~~Die~~ die Zugänglichkeit des Waldes, die grundsätzlich unangetastet bleibt, wobei das Befahren mit Motorfahrzeugen eingeschränkt wird;
- ~~Die~~ die Erhaltung der Waldfunktionen, die in der Regel eine minimale Pflege voraussetzt. Die Bewirtschaftungsgrundsätze (Pflege und Nutzung) werden daher eingehend geregelt;
- ~~Die~~ die Erhaltung einer leistungsfähigen Forstwirtschaft, ohne welche die Bewirtschaftung nicht gewährleistet werden kann. Wo von Forstbetrieben oder Waldbesitzern Leistungen mit ungenügender Kostendeckung zu erbringen sind, sind diese durch Bundesbeiträge zu unterstützen⁶¹³

Streicht man diese zentralen Punkte zusammen auf jene, die im Forstpolizeigesetz noch nicht, oder doch zumindest noch nicht mit gleichem Gewicht enthalten waren, so bleiben mit besonderem Blick auf die Ressource Wald und das seine Nutzung regelnde Regime eigentlich nur zwei:

- ~~Die~~ die Ausdehnung von der quantitativen Walderhaltung auf die qualitative sowie, damit eng zusammenhängend,
- ~~Die~~ die Betonung der/aller Waldfunktionen.

Aber dadurch ändert sich in dem uns besonders interessierenden Bereich grundsätzlich nichts:

Der Zugriff auf die Ressource Wald erfolgt primär über das Eigentum, so wie wir es durch Artikel 641 Absatz 1 ZGB umschrieben finden. Die Abgrenzung der Eigentumssphären bzw. die Regelung des je möglichst reibungslosen Genusses ihres Eigentums durch die Eigentümer erfolgt zuvorderst durch die privatrechtlichen Schranken des Nachbarrechts. Grundsätzlich bewegen wir uns im Rahmen des Privatrechts im Reich der Freiwilligkeit. Kein Eigentümer braucht sich einzuschränken, es sei denn, er entschliesse sich dazu. Grundsätzlich ist auszugehen von der Allmacht, dem Belieben der Eigentümer und zwar hinsichtlich der Nutzung ebenso wie hinsichtlich der Verfügung im engeren Sinne.

Um hauptsächlich öffentlichrechtliche Normen bzw. um sogenannte Doppelnormen handelt es sich bei den vielfältigen Bestimmungen (des Policy-Designs), die sich nicht mehr (primär) darauf beschränken, die jeweiligen Einflussphasen isolierter Ei-

⁶¹³ BBl 1988 III 176.

gentümer abzugrenzen, sondern die verbindliche Vorgaben über die je noch zulässige Nutzung des Waldes - vor allem zugunsten der Allgemeinheit - machen.

Die Gewichtsverschiebung hin zu einem auch qualitativen Schutz (der Waldfunktionen) ändert daher an diesem Grundmuster nichts. Jeder Eigentümer weiss, sobald er von dieser Zielsetzung hört, dass er mit gewissen Bestimmungen zu rechnen hat, die seine Nutzung der Ressource Wald in irgendeiner Art und Weise konkretisieren bzw. beschränken. Damit ist nicht unbedingt auch gesagt, dass er mit zusätzlichen oder strengeren Beschränkungen zu rechnen hat, es kann sich durchaus um lediglich andere Beschränkungen handeln.

Aber wie auch immer: es ist die Rechtsordnung, es ist u.a. das Waldgesetz, das näherhin bestimmt, in welchem Rahmen er sein Waldeigentum nutzen (oder gar in welcher Form er darüber verfügen) darf. Es ist mit anderen Worten auch das Waldgesetz, das den *Inhalt* seines Eigentumes festlegt.

4.1 Walderhaltung als Staatsaufgabe

Der Bundesrat bezeichnete in seiner Botschaft zum Waldgesetz die Walderhaltung als Staatsaufgabe. Nicht mehr grössere und verheerende Naturkatastrophen wie Ende des 19. Jahrhunderts gaben aber Anlass zu grosser Sorge, sondern ein flächendeckendes, Waldsterben genanntes Phänomen, dessen Ursachen zwar nicht im Detail bekannt waren, das aber grundsätzlich als Folge der „seit Jahren stark zunehmenden anthropogenen Belastung der Umwelt und insbesondere der Luft“ verstanden werden musste:⁶¹⁴

„Diese Waldschäden bedrohen den Wald als naturnahe Lebensgemeinschaft in der langfristigen Erfüllung seiner vielfältigen Aufgaben (Waldfunktionen), gefährden die Existenz zahlreicher Forstbetriebe und stellen selbst die Walderhaltung in Frage. Sie können zusammen mit naturbedingten Gefahren das seit der Jahrhundertwende erreichte (sc. u.a. mittels des Forstpolizeigesetzes von 1902) gefährden. Die gezwungenermassen einseitige Ausrichtung der Waldpflege auf die Eindämmung von Schäden und Zwangsnutzungen lässt eine wesentliche Einschränkung der Waldpflege nach waldbaulichen Prinzipien befürchten. Die Strukturen der Waldbestände werden dadurch langfristig gestört, so dass vor allem im Gebirge die Schutzfunktion des Waldes in Frage gestellt werden muss. Da die Bewohnbarkeit ganzer Talschaften und unseres Landes schlechthin in hohem Masse von der Schutzerfüllung des Waldes abhängt, kommt der Walderhaltung eine existentielle Bedeutung zu.“⁶¹⁵

Konstatiert wird, wenn man es denn so nennen will, eine gewisse Verknappung der Ressource Wald. Während es mit Hilfe des Forstpolizeigesetzes durchaus gelungen war, die Waldfläche der Schweiz zu vergrössern und die Blößen weithin zu bedecken, die zu den „kahlschlagbedingten Verwüstungen um die Jahrhundertwende“⁶¹⁶ geführt hatten, musste urplötzlich festgestellt werden, dass Masse oder Fläche allein nicht das Ziel sein konnte. Quantität war nur zu erreichen und zu erhalten durch Qualität; wo es am qualitativen Schutz gebracht, da liess sich auf Dauer nicht einmal mehr Quantität sicherstellen.

Man darf also sicherlich feststellen, dass die Optik sich seit Anfang des 20. Jahrhunderts geändert hatte. Probleme wurden als solche erstmals erkannt und der Bund, dem durch Artikel 24 BV schon im 19. Jahrhundert die „Verantwortung für den Wald“

⁶¹⁴ BBI 1988 III 179.

⁶¹⁵ BBI 1988 III 179.

⁶¹⁶ BBI 1988 III 181.

übertragen worden war, musste erkennen, dass diesen neuen Problemen mit den alten Lösungsinstrumenten nicht mehr begegnet werden konnte.

Aber auch hier ist es nicht „das Recht“ selbst, das zu einer neuen Sicht der Problemlage führte, und es ist auch nicht „das Recht“, das gleichsam von sich aus Lösungen oder gar die „richtigen“ Lösungen anbietet: „Das Recht“ ist und bleibt vielmehr ein Werkzeugkasten, aus dem es gilt, die richtigen, die geeigneten Instrumente auszuwählen und einzusetzen, um ein erkanntes Problem einer als möglich erachteten Lösung zuzuführen.

Wenn ein Problem von „existentieller Bedeutung“ ist, dann könnten durchaus Szenarien skizziert werden, die recht eigentlich als revolutionär bezeichnet werden müssten. So wäre denkbar, dass ein Staat/eine Bevölkerung beschliessen würde, eine Ressource zu verstaatlichen. Dem steht rein rechtlich nichts entgegen. Normen sind Menschenwerk und können von Menschen verändert werden. Ein solch revolutionärer Schritt würde sich allerdings nur aufdrängen, wenn das Problem sich dadurch (besser) lösen liesse. Oder anders gesagt: das bestehende institutionelle Ressourcenregime „Wald“ müsste zuvorderst an einem Übergewicht des formellen Regelwerkes kranken. Grund oder zumindest ein gewichtiger Grund für die Misere in den Wäldern müsste das (Privat-)Eigentum sein, dem mit noch so vielen Schutz- und Nutzungspolitiken nicht adäquat begegnet werden könnte.

Das trifft aber in mehrerer Hinsicht schlicht nicht zu:

So befinden sich gut siebzig Prozent der Wälder in öffentlicher Hand. Schon dadurch wäre einem eventuell dem „Eigentum“ innewohnenden (ressourcen-)zerstörerischen Egoismus seine Spitze genommen.

Zudem haben wir gesehen, dass das vermeintlich so allmächtige Eigentum, wie es uns in Artikel 641 ZGB begegnet, wenn nicht unbedingt formbar, so doch in seinem Gehalt äusserst elastisch ist: Immerhin ist es ohne grosse Schwierigkeiten möglich, selbst unter Beibehaltung des formellen Regelwerkes, dem Eigentum fast jeden erdenklichen Inhalt zu verleihen. Grenzen gibt es zwar, wir sind ihnen bei der Erörterung der formellen und der materiellen Enteignung begegnet. Aber solange jene Schwellen nicht überschritten werden, ist eine unüberschaubare Vielfalt von je konkreten Eigentumsinhalten möglich. Das Eigentum ist eine Erfindung der/unserer/einer Rechtsordnung. Dadurch ist es Teil dieser Rechtsordnung. Und es wäre selbst ohne den Passus „in den Schranken der Rechtsordnung“ von Artikel 641 Absatz 1 ZGB für alle Juristinnen und Juristen klar, dass es das Ingesamt der Rechtsordnung ist, die den konkreten Inhalt des Eigentums je festlegt, und dass es auch die Rechtsordnung wäre, die das formelle Regelwerk änderte, wenn sich dies als notwendig erwiese. Die Tatsache, dass das formelle Regelwerk praktisch das ganze 20. Jahrhundert ohne substantielle Änderung überdauert hat, ist folglich in erster Linie ein Zeichen dafür, dass von Anfang an eine äusserst praktische, weil flexible Definition gefunden worden war, oder es ist vielleicht sogar ein Zeichen dafür, dass der Eigentumsbegriff, die Form von Artikel 641 Absatz 1 ZGB, juristisch/dogmatisch viel weniger wichtig ist, als dies gemeinhin behauptet wird.

Wenn daher im Rahmen der Totalrevision der Forstgesetzgebung durch das Waldgesetz auf gleichsam revolutionäre Einschnitte verzichtet wurde und verzichtet werden konnte, dann verweist dies auf den banalen Umstand, dass nicht das Regelwerk von zentraler Bedeutung ist, sondern das Policy-Design. Das einzige, was man machen muss, wenn man mit dem alten Forstpolizeigesetz nicht mehr zufrieden ist, das ist, das Policy-Design zu ändern: Man greift in die Werkzeugkiste „Recht“ und sucht sich die passenden Instrumente für die anstehende Arbeit. Fehlt es an geeigneten

Instrumenten, so genügt es in der Regel, das eine oder andere ein bisschen abzuändern. Allenfalls muss der Gesetzgeber wieder zum Werkzeugmacher werden und ein neues erst kreieren.

Mit dem neuen Waldgesetz wird also so oder so nichts anderes gemacht, als das, was man immer schon gemacht hat: Der eigentumsrechtlich garantierte Zugriff auf eine Ressource wird grundsätzlich beibehalten und es wird schlicht und einfach festgelegt, in welcher Art und Weise - abgestimmt auf die Problemlage und die Lösungen - je zugriffen werden darf (oder nicht).

Zugespitzt könnte man vielleicht mit dem bekannten Sprichwort sagen:

Man hat vor lauter Bäumen den Wald nicht mehr gesehen. Oder: Der Wald ist mehr als die Summe seiner Bäume. Oder: Der Wald ist mehr als eine bestockte Fläche:

„Das Forstpolizeigesetz von 1902 bildet die rechtliche Grundlage für die quantitative Walderhaltung (sc. die Erhaltung soundso vieler Bäume bzw. einer soundso grossen Fläche mit Bäumen). Obwohl dieses Gesetz noch heute eine griffige Rechtsgrundlage darstellt, muss der Verschiebung der Gewichte von der quantitativen zur qualitativen Walderhaltung grössere Bedeutung geschenkt werden. Während es bei der quantitativen Walderhaltung um die flächenmässige Erhaltung von Wald sowie die nachhaltige Erhaltung der Holzsubstanz (Gleichgewicht von Nutzung und Zuwachs) geht, greift der Begriff der qualitativen Walderhaltung weit über diese Grundsätze hinaus. Ihm zufolge ist der Wald als Ökosystem mit einer vielfältigen Tier- und Pflanzenwelt, als Landschaftselement mit einer dezentralen räumlichen Verteilung und als Spender von Schutz- und Wohlfahrtswirkungen zu erhalten.

(...)

Die Sicherstellung der quantitativen und qualitativen Walderhaltung setzt voraus, dass die Forstbetriebe in ihrer Existenz gesichert sind. Das anhaltende Auseinanderklaffen von Aufwand und Ertrag sowie die langfristige Minderung der Wuchskraft, bedingt durch das Waldsterben, und als Folge den vorzeitigen Abtrieb, führt die Forstbetriebe in immer grösser werdende Defizite. Weder die rechtlichen Grundlagen noch die finanziellen Mittel reichen heute aus, um die Existenzsicherung der Forstbetriebe und die für die Sicherstellung der Waldfunktionen notwendige Pflege zu gewährleisten. Das neue Waldgesetz verlangt daher nach mehr Bundesmitteln und hebt die Beitragsätze an.“⁶¹⁷

Ursache der prekären Situation ist also zuvorderst ein falsches bzw. einseitiges Ressourcenmanagement. Die Manager des Waldes, die Forstbetriebe, können - aus finanziellen Gründen - ihre wichtigsten Aufgaben nicht mehr erfüllen: die „Förderung der Lebenskraft des Waldes und seiner Schutz- und Wohlfahrtswirkungen“. Diese Entwicklung ist, nach Ansicht des Bundesrates „staatspolitisch bedenklich“ und er schliesst daraus:

„Die Erhaltung aller wichtigen Waldfunktionen, vorab der Schutzfunktion, hat nationale Bedeutung und kann nicht mehr den Waldbesitzern allein überbürdet werden.“⁶¹⁸

Nationale Bedeutung meint auch „überkantonale“, gesamtschweizerische Bedeutung. Und deshalb muss der Bund - mit einem besseren Waldgesetz, vor allem aber auch mit mehr finanziellen Mitteln - den Waldbesitzern beistehen. Und da der grösste Teil der Wälder sich im Eigentum von Gemeinden, Korporationen und Kantonen befindet, geht es also schlicht darum, dass der Bund diesen finanziell unter die Arme greift.

⁶¹⁷ BBI 1988 III 183.

⁶¹⁸ BBI 1988 III 180.

4.2 Breiter Zweck

Diese Problemskizze macht bereits klar, in welche Richtung die Änderungen gehen müssen: Das neue Waldgesetz muss zum einen den Grundsatz der quantitativen Walderhaltung bestätigen. Zum anderen muss neu ein qualitativer Schutz der Ressource hinzukommen. Dieser verlangt nach entsprechender Bewirtschaftung und Nutzung, die von geeigneten Fachinstanzen (den Forstdiensten) sicherzustellen sind, wozu es wiederum genügend Gelder braucht.

Der Zweckartikel, Artikel 1 WaG, ist denn auch entsprechend breit und umfassend:

1 Dieses Gesetz soll:

- a. den Wald in seiner Fläche und in seiner räumlichen Verteilung erhalten;
- b. den Wald als naturnahe Lebensgemeinschaft schützen;
- c. dafür sorgen, dass der Wald seine Funktionen, namentlich seine Schutz, Wohlfahrts- und Nutzfunktion (Waldfunktionen) erfüllen kann;
- d. die Waldwirtschaft fördern und erhalten.

2 Es soll ausserdem dazu beitragen, dass Menschen und erhebliche Sachwerte vor Lawinen, Rutschungen, Erosion und Steinschlag (Naturereignisse) geschützt werden.

4.3 Quantitative Walderhaltung

Wie bereits im Forstpolizeigesetz findet sich auch im Waldgesetz, und zwar an prominenter Stelle, bereits als Artikel 3:

Die Waldfläche soll nicht vermindert werden.

Flächenerhaltung verlangt nach einem grundsätzlichen Rodungsverbot. Dieses findet sich in Artikel 5 WaG, Rodungsverbot und Ausnahmegewilligungen:

1 Rodungen sind verboten.

2 Eine Ausnahmegewilligung darf erteilt werden, wenn der Gesuchsteller nachweist, dass für die Rodung wichtige Gründe bestehen, die das Interesse an der Walderhaltung überwiegen und zudem die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. das Werk, für das gerodet werden soll, muss auf den vorgesehenen Standort angewiesen sein;
- b. das Werk muss die Voraussetzungen der Raumplanung sachlich erfüllen;
- c. die Rodung darf zu keiner erheblichen Gefährdung der Umwelt führen.

3 Nicht als wichtige Gründe gelten finanzielle Interessen, wie die möglichst einträgliche Nutzung des Bodens oder die billige Beschaffung von Land für nichtforstliche Zwecke.

4 Dem Natur- und Heimatschutz ist Rechnung zu tragen.

5 Rodungsbewilligungen sind zu befristen.

Das ist alles mehr oder weniger bekannt, fand sich vorher aber nicht im Gesetz sondern in der Forstpolizeiverordnung. Jede Rodung verlangt weiterhin nach einer umfassenden Interessenabwägung.⁶¹⁹ Beibehalten wurde in Artikel 7 WaG auch die grundsätzliche Verpflichtung zum Realersatz.

⁶¹⁹ BBl 1988 III 191.

4.4 Wald und Raumplanung

Neu ist in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe b WaG die Verpflichtung zur Abstimmung auf die Raumplanung (die es früher ja noch nicht gab):

„Die Raumplanung ist bei der Realisierung raumwirksamer Vorhaben von immer grösserer Bedeutung. Auch im Wald lässt sich ein Projekt rechtlich nicht mehr verwirklichen, ohne dass auch die *raumplanerischen Voraussetzungen* erfüllt sind.“⁶²⁰

Das Gesetz widmet denn auch dieser Abstimmung einen eigenen Abschnitt. Es gilt, das bisher unkoordinierte Nebeneinander von Forstgesetzgebung und Raumplanung auf eine festere Basis zu stellen. Bislang galt die schlichte Feststellung von Artikel 18 Absatz 3 RPG:

Das Waldareal ist durch die Forstgesetzgebung umschrieben und geschützt.

Das genügte in mancher Hinsicht je länger je weniger. Artikel 11 WaG, Rodung und Baubewilligung, macht daher zuerst einmal klar, dass der Wald grundsätzlich nicht Gegenstand der Raumplanung ist und bleibt: Wald kann nur als Wald genutzt werden.

1 Die Rodungsbewilligung befreit nicht von der Einholung der im Raumplanungsgesetz vorgesehenen Baubewilligung.

2 Erfordert ein Bauvorhaben sowohl eine Rodungsbewilligung als auch eine Ausnahmbewilligung für das Bauen ausserhalb der Bauzone, so darf diese nur im Einvernehmen mit der nach Artikel 6 dieses Gesetzes zuständigen Behörde erteilt werden.

Wird eine Waldfläche, gestützt auf eine Rodungsbewilligung jedoch aus dem Waldareal entlassen, dann wird sie Gegenstand der Raumplanung. Sie kann dann und erst dann einer der drei Grundnutzungskategorien des Raumplanungsgesetzes zugefügt werden, wobei in der Praxis natürlich die Zuteilung zu einer Bauzone im Vordergrund steht. Für eine Urbarmachung zwecks Gewinnung von landwirtschaftlich nutzbarem Boden dürfte kaum je eine Rodungsbewilligung erteilt werden können, und für die Zuweisung in eine Schutzzone muss in der Regel gerade nicht gerodet werden.

Umgekehrt heisst dies, dass Wald, der anders genutzt werden soll, etwa zur Errichtung eines Kraftwerkes, einer Deponie, eines Steinbruches oder einer Kiesgrube etc. aus dem Waldareal zu entlassen und einer entsprechenden Zone, etwa einer Abbauzone, zuzuweisen ist. Artikel 12 WaG, Einbezug von Wald in Nutzungspläne, schreibt deshalb vor:⁶²¹

Die Zuweisung von Wald zu einer Nutzungszone bedarf einer Rodungsbewilligung.

Probleme tauchten insbesondere auf, wenn Wald in bisher unbestockte und unbebaute Grundstücke einwuchs und so im Laufe der Zeit aus einem Baugrundstück Wald im Sinne des Gesetzes wurde und eine Rodungsbewilligung nicht zu erhalten

⁶²⁰ BBl 1988 III 191.

⁶²¹ Näheres bei Vallender/Morell 354 Rz 14.

war. In Artikel 13 WaG, Abgrenzung von Wald und Bauzonen, findet sich dafür nun eine Lösung:

- 1 Gestützt auf rechtskräftige Waldfeststellungen gemäss Artikel 10 dieses Gesetzes sind in den Bauzonen im Sinne des Raumplanungsgesetz die Waldgrenzen einzutragen.
- 2 Neue Bestockungen ausserhalb dieser Waldgrenzen gelten nicht als Wald.
- 3 Waldgrenzen sind im Waldfeststellungsverfahren nach Artikel 10 dieses Gesetzes zu überprüfen, wenn Grundstücke im Rahmen einer Revision des Nutzungsplans aus der Bauzone entlassen werden.

Das dient zum einen der Rechtssicherheit und zwingt auch Eigentümer von Baugrundstücken nicht länger ständig dafür zu sorgen, dass auf ihrem Grundstück nicht zu viele Büsche und Bäume hochwachsen, die urplötzlich zu Wald erklärt werden. Zudem sorgt die Bestimmung dafür, dass „sich die (erstmalige) Abgrenzung von Wald und Bauzonen am gegenwärtigen Waldbestand und nicht das Waldareal an einer allfälligen Ausdehnung des Baugebietes zu orientieren“ hat.⁶²²

4.5 Betreten und Befahren des Waldes

An der grundsätzlichen Geltung der Doppelnorm von Artikel 699 ZGB hat auch das neue Waldgesetz nicht gerüttelt. Gemäss Artikel 14 Absatz 1 WaG, Zugänglichkeit, sorgen die Kantone dafür, „dass der Wald der Allgemeinheit zugänglich ist“. Absatz 2 bringt einige Einschränkungen:

- 2 Wo es die Erhaltung des Waldes oder andere öffentliche Interessen, wie namentlich der Schutz von Pflanzen und wildlebenden Tieren erfordern, haben die Kantone:
 - a. für bestimmte Waldgebiete die Zugänglichkeit einzuschränken;
 - b. die Durchführung von grossen Veranstaltungen im Wald einer Bewilligung zu unterstellen.

Genauer geregelt wird durch Artikel 15 WaG auch der Motorfahrzeugverkehr im Walde:

- 1 Wald und Waldstrassen dürfen nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden. Der Bundesrat regelt die Ausnahmen für militärische und andere öffentliche Aufgaben.
- 2 Die Kantone können zulassen, dass Waldstrassen zu weiteren Zwecken befahren werden dürfen, wenn nicht die Walderhaltung oder andere öffentliche Interessen dagegen sprechen.
- 3 Die Kantone sorgen für die entsprechende Signalisation und für die nötigen Kontrollen. Wo Signalisation und Kontrollen nicht genügen, können Barrieren angebracht werden.

Artikel 13 WaV konkretisiert die Bestimmung und untersagt insbesondere Veranstaltungen mit Motorfahrzeugen:

- 1 Waldstrassen dürfen zu folgenden Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden:
 - a. zu Rettungs- und Bergungszwecken;
 - b. zu Polizeikontrollen;
 - c. zu militärischen Übungen;
 - d. zur Durchführung von Massnahmen zum Schutz vor Naturereignissen;
 - e. zum Unterhalt von Leitungsnetzen der Anbieterinnen von Fernmeldediensten.
- 2 Der übrige Wald darf nur mit Motorfahrzeugen befahren werden, wenn dies zur Erfüllung eines Zweckes nach Absatz 1 unumgänglich ist.
- 3 Veranstaltungen mit Motorfahrzeugen sind auf Waldstrassen und im übrigen Wald verboten.

⁶²² Vallender/Morell 354 Rz 15.

Zur Illustration seien hier die entsprechenden Bestimmungen aus einem kantonalen Waldgesetz, jenem des Kantons Basel-Landschaft, (kWaG, SGS 570, in Kraft seit dem 1. Januar 1999), wiedergegeben:

B. Begehen und Befahren des Waldes

§ 6 Grundsatz

Wer Wald begeht, hat ihn gebührend zu schonen.

§ 7 Zugänglichkeit (Art. 14 Abs. 1 WaG)

1 Alle Waldungen sind ungeachtet ihrer Eigentumsverhältnisse der Allgemeinheit zugänglich.

2 Einzäunungen von Wald sind grundsätzlich unzulässig.

3 Jungwaldflächen dürfen aus forstlichen Gründen eingezäunt werden. Andere Einzäunungen bedürfen der Bewilligung des Kantons und sind nur aus wichtigen Gründen zulässig.

§ 8 Veranstaltungen (Art. 14 Abs. 2 Bstb. b WaG)

1 Veranstaltungen im Wald mit mehr als 50 Personen sind dem Gemeinderat im voraus zur Kenntnis zu bringen.

2 Grosse Veranstaltungen im Wald bedürfen der Bewilligung des Gemeinderates. Betrifft eine bewilligungspflichtige Veranstaltung mehrere Einwohnergemeinden, entscheidet der Kanton über das Gesuch. Die betroffenen Einwohnergemeinden sind vorher anzuhören.

3 Der Landrat bestimmt, welche Veranstaltungen im Wald der Bewilligungspflicht unterstehen. Er nimmt eine Abstufung nach Art und Grösse vor.

§ 9 Motorfahrzeugverkehr (Art. 15 Abs. 2 WaG)

1 Waldstrassen dürfen mit Motorfahrzeugen zu forstlichen und zu landwirtschaftlichen Zwecken sowie zum Zwecke der Jagdaufsicht und der Hege befahren werden.

2 Mit Bewilligung des Gemeinderates dürfen Waldstrassen für die Bejagung des Wildbestandes sowie bei öffentlichen, wissenschaftlichen oder wichtigen privaten Interessen mit Motorfahrzeugen befahren werden. Vor Erteilen einer Bewilligung sind die betroffenen Waldeigentümerinnen und Waldeigentümer sowie die Revierförsterin oder der Revierförster anzuhören.

3 Maschinenwege dürfen nur zu forstlichen Zwecken mit Motorfahrzeugen befahren werden.

§ 10 Radfahren und Reiten

1 Radfahren und Reiten sind auf Waldstrassen erlaubt und im übrigen Waldareal verboten.

2 Der Gemeinderat kann das Radfahren und das Reiten

a. auf einzelnen Waldstrassen aus wichtigen Gründen verbieten, oder

b. im übrigen Waldareal zur Schliessung von Rad- oder Reitwegnetzen örtlich begrenzt erlauben.

3 Vor Erlass von Verfügungen gemäss Absatz 2 ist das Einverständnis der betroffenen Waldeigentümerinnen und Waldeigentümer einzuholen sowie die Revierförsterin oder der Revierförster anzuhören.

4.6 Nachhaltige Bewirtschaftung und Nutzung

Das formelle Regelwerk „Eigentum“ überlässt es grundsätzlich den Eigentümerinnen, in welcher Art und Weise sie ihre Eigentum gebrauchen wollen. Ja, es ist gerade ein zentrales Charakteristikum des Eigentums, dass seine Nutzung grundsätzlich frei, nach Belieben, erfolgen darf. Allerdings bestimmt sich das konkrete Belieben durch die Schranken der Rechtsordnung. Es sind zuvorderst die je relevanten Schutz- und Nutzungsnormen (Policy-Design), die konkretisieren, welche Nutzungsberechtigungen einer Eigentümerin in Bezug auf ihr Eigentumsobjekt zukommen.

Die Bestimmungen des vierten Kapitels des Waldgesetzes, Pflege und Nutzung des Waldes, sind daher offensichtlich für die Waldeigentümerinnen von zentraler Bedeu-

tung: Sie bestimmen, in welcher Art und Weise sie ihre Waldgrundstücke nutzen können.

Da das Waldgesetz auf die Trennung in öffentliche und private Waldungen im Gegensatz zum Forstpolizeigesetz verzichtet hat, betreffen die Bewirtschaftungsgrundsätze des Artikels 20 WaG alle Waldeigentümer:

1 Der Wald ist so zu bewirtschaften, dass er seine Funktionen dauernd und uneingeschränkt erfüllen kann (Nachhaltigkeit).

2 Die Kantone erlassen Planungs- und Bewirtschaftungsvorschriften; sie tragen dabei den Erfordernissen der Holzversorgung, des naturnahen Waldbaus und des Natur- und Heimatschutzes Rechnung.

3 Lassen es der Zustand des Waldes und die Walderhaltung zu, so kann namentlich aus ökologischen und landschaftlichen Gründen auf die Pflege und Nutzung des Waldes ganz oder teilweise verzichtet werden.

4 Die Kantone können zur Erhaltung der Artenvielfalt von Fauna und Flora angemessene Flächen als Waldreservate ausscheiden.

5 Wo es die Schutzfunktion erfordert, stellen die Kantone eine minimale Pflege sicher.

Die ganze Bewirtschaftung ist nach wie vor ausgerichtet am Grundsatz der Nachhaltigkeit, worunter gemäss Botschaft im weitesten Sinne zu verstehen ist „der Zustand dauernd unverminderter Leistungen bezüglich Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzfunktionen“. ⁶²³ Diese Beschränkung der Nutzung auf die „Zinsen“, gar die „natürlichen“ Zinsen, unterscheidet das Ressourcenregime „Wald“ zweifellos von anderen Ressourcenregimen. Das gilt zuvorderst für die Ressource Boden in ihrer Form des Baulandes; das galt bis vor kurzem in etwas geringerer Masse aber auch für landwirtschaftlichen Boden. Die „Ökologisierung“ der Landwirtschaft hat hier aber sicherlich eine gewisse Trendwende gebracht. Dabei darf aber nicht unterschlagen werden, dass die Landwirte realistisch betrachtet eine Art von Staatsangestellten sind (auch wenn sie das nicht gerne hören), so dass sich die Art und Weise, wie sie mit ihren Ressourcen umgehen (müssen), leichter über den Preis, die Subvention oder neuerdings über die Direktzahlungen beeinflussen lässt.

Grundsätzlich ist aber auch die Bewirtschaftungspflicht nichts wirklich neues. Neu ist zum einen die Bezeichnung „forstliche Planung“. ⁶²⁴ Neu ist zum anderen auch die enge Anlehnung dieser forstlichen Planung an die Raumplanung, was etwa in Artikel 18 WaV, der nähere Bestimmungen zu jener enthält, zum Ausdruck kommt:

1 Die Kantone erlassen Vorschriften für die Planung der Waldbewirtschaftung. Darin halten sie insbesondere fest:

- a. die Planarten und deren Inhalt;
- b. die Planungspflichtigen;
- c. die Planungsziele;
- d. die Art der Beschaffung und der Verwendung von Planungsgrundlagen;
- e. das Planungs- und Kontrollverfahren;
- f. die periodische Überprüfung der Pläne.

2 In den forstlichen Planungsdokumenten sind mindestens die Standortverhältnisse sowie die Waldfunktionen und deren Gewichtung festzuhalten.

3 Die Kantone sorgen bei Planungen von überbetrieblicher Bedeutung dafür, dass die Bevölkerung:

- a. über deren Ziele und Ablauf unterrichtet wird;
- b. dabei in geeigneter Weise mitwirken kann;
- c. diese einsehen kann.

⁶²³ BBI 1988 III 201.

⁶²⁴ BBI 1988 III 202.

Diese Ähnlichkeit beschränkt sich nicht nur auf die Begriffe, die man so oder ähnlich auch im Raumplanungsgesetz wiederfindet. Sie zeigt sich vielmehr auch in der „Mitwirkung der Bevölkerung“ gemäss Absatz 3, der sich eng an Artikel 4 RPG, Information und Mitwirkung, anlehnt, wo es heisst:

- 1 Die mit Planungsaufgaben betrauten Behörden unterrichten die Bevölkerung über Ziele und Ablauf der Planungen nach diesem Gesetz.
- 2 Sie sorgen dafür, dass die Bevölkerung bei Planungen in geeigneter Weise mitwirken kann.
- 3 Die Pläne nach diesem Gesetz sind öffentlich.

Die Ähnlichkeit zeigt sich auch im Umstand, dass nun auch im Wald stärker versucht wird, den Boden bzw. den Wald gemäss seiner Eignung einer spezifizierten Nutzung zuzuführen. In der Botschaft lesen wir:

„Die Erhaltung der Schutz- und Wohlfahrtsfunktion braucht indessen nicht obligatorisch mit einer Bewirtschaftungspflicht gekoppelt zu sein. Wenn ein Wald durch sein stabiles Bestandesgefüge diese Funktion ohne Pflege- und Nutzungseingriffe langfristig und dauernd erfüllt, ist er nicht zwingend zu bewirtschaften. Dagegen lässt sich in Wäldern, in denen die Nutzfunktion im Vordergrund steht und eine Wertproduktion angestrebt wird, das Ziel nur mit regelmässigen Pflege- und Durchforstungseingriffen nach dem Prinzip der Nachhaltigkeit erreichen. Solche Wälder dienen einer sinnvollen Verwertung des natürlichen Rohstoffes Holz und bilden die Versorgungsbasis der einheimischen Holzindustrie, ohne deswegen im Widerspruch zu einem naturnahen Waldbau stehen zu müssen.“⁶²⁵

Plakativ gesagt, könnte von einer Art forstlichen Landwirtschaftszone sowie einer forstlichen Bauzone gesprochen werden, zu der sich dann in Form der Waldreservate noch eine Art von forstlicher Schutzzone gesellt.

Wie auch immer, der planerische Zugriff auf den Wald unter zumindest teilweiser Mitwirkung der Bevölkerung lässt doch vermuten, dass mit dem neuen Waldgesetz eine nicht zu unterschätzende Verschiebung der Gewichte stattgefunden hat: der Wald wird tendenziell stärker wieder zu einem Gut der Allgemeinheit. Obwohl im Walde nie jene Beliebigkeit herrschen konnte, der wir einen Grossteil der sinn- und planlosen Zersiedlung der Schweiz zu „verdanken“ haben, der schliesslich sehr spät mit den Mitteln der Raumplanung zu Leibe gerückt wurde, so liegt die Parallele, die auch im Walde zu einer stärkeren Planung führen musste, vielleicht doch in dem Wort „Fläche“.

Bevor von *Raum*-Planung oder von *Lebens-Raum* die Rede wurde, herrschte wohl überwiegende die Vorstellung vor, der Boden sei eine Fläche, die sich entweder bebauen oder überbauen liesse. Vorherrschend war also die Nutzenorientierung, genau gleich, wie dies beim Boden insgesamt der Fall gewesen war. Gegen diese Eindimensionalität führt der Schlussbericht des Nationalen Forschungsprogrammes (NFP) 22 „Nutzung des Bodens in der Schweiz“, KulturBoden - BodenKultur, den Begriff der Multifunktionalität des Bodens ins Feld. Ausgehend von der Erkenntnis, dass der Boden *vielfältige* Funktionen nicht nur für den Menschen, sondern auch für das pflanzliche und tierische Leben auf dieser Erde erfüllt, gilt es, als einen zentralen Grundsatz der haushälterischen bzw. nachhaltigen Nutzung des Bodens, dessen Multifunktionalität zu beachten:

⁶²⁵ BBl 1988 III 201.

„Unsere Gesellschaft begünstigt die ökonomischen auf Kosten der ökologischen Funktionen des Bodens.

Das Prinzip der Multifunktionalität setzt voraus, dass die Bewirtschaftung des Raumes sich nicht auf die bloße Ausbeutung der ökonomischen Funktionen des Bodens beschränkt, sondern auch die Erhaltung - oder die Wiederherstellung - von ökologischen Funktionen miteinschliesst, wie die Regelung der natürlichen Kreisläufe und die Erhaltung der Flora und Fauna.

Die Multifunktionalität des Bodens wird dann respektiert, wenn sich die verschiedenen Funktionen konfliktfrei auf der gleichen Fläche oder kleinräumig benachbart auf verschiedenen Flächen entwickeln können.⁶²⁶

Auch hinsichtlich des Waldes stand, wie wir gesehen haben, dessen Fläche im Vordergrund. Das bloße Vorhandensein einer Ansammlung von Bäumen befriedigte im Rahmen dieser Sicht bereits die drei zentralen Funktionen: die Schutz-, die Wohlfahrts- und die Nutzenfunktion. Seine anderen Funktionen, etwa seine Landschaftsfunktion, seine Lebensraumfunktion etc., waren entweder vergessen gegangen, und/oder waren solange nicht mehr bewusst gemacht worden, als sich keine Knappheit eingestellt hatte. Solange noch nicht die ganze Landschaft mit Immobilien zugestellt ist, solange der Wald wirklich noch Ruhe und Erholung ermöglicht, solange als sich im Walde noch seltene Tiere und Pflanzen finden lassen, solange kommt der Gedanke, dass da etwas Besonderes sei, das vielleicht alles andere als selbstverständlich ist, gar nicht auf. Und wie erst in unseren wuchernden Siedlungswüsten langsam die Erkenntnis dämmert, dass da doch etwas vollständig verloren zu gehen droht, so dämmerte mit etwas Verspätung diese Erkenntnis auch in Bezug auf den Wald. Und was alle angeht, sollte ja bekanntlich, auch durch alle geregelt werden.

Am nächsten beim Regelungsgegenstand sind die Kantone und Gemeinden. Das Waldgesetz überantwortet denn auch ihnen die nähere Ausgestaltung der Planung. Im bereits erwähnten Kantonalen Waldgesetz von Basel-Land finden sich dazu folgende Bestimmungen:

D. Bewirtschaftung des Waldes

§ 14 Bewirtschaftungsgrundsätze (Art. 19, 26 und 27 WaV)

1 Die Waldbewirtschaftung hat naturnah zu erfolgen.

2 Sie obliegt den Waldeigentümerinnen und Waldeigentümern. Sie ist dann zwingend, wenn sie für die Erfüllung der Waldfunktionen notwendig ist.

§ 15 Forstliche Planung (Art. 20 Abs. 2 WaG, Art. 18 WaV)

1 Die forstliche Planung bildet den Rahmen für eine geordnete Waldbewirtschaftung und deren Abstimmung mit den nicht-forstlichen Ansprüchen an den Wald.

2 Die überbetriebliche forstliche Planung erfolgt in Form der Waldentwicklungsplanung, die betriebliche forstliche Planung in Form der Betriebsplanung.

§ 16 Waldentwicklungsplanung

1 Die Waldentwicklungsplanung stellt für das gesamte Waldgebiet sicher, dass der Wald seine Funktionen nachhaltig erfüllen kann. Die Waldentwicklungsplanung und die Raumplanung sind miteinander zu koordinieren.

2 Der kantonale Forstdienst erarbeitet die Waldentwicklungsplanung unter Mitwirkung der Waldeigentümerinnen und Waldeigentümer, der Einwohnergemeinden sowie der interessierten Kreise.

3 Das Planungsergebnis ist der Waldentwicklungsplan. Er wird vom Regierungsrat erlassen.

⁶²⁶ 28.

§ 17 Mitwirkung der Bevölkerung (Art. 18 Abs. 3 WaV)

- 1 Der Entwurf des Waldentwicklungsplanes ist in geeigneter Weise zu veröffentlichen.
- 2 Jede Person kann zum Entwurf Stellung nehmen. Die Stellungnahmen sind beim Erlass des Waldentwicklungsplanes angemessen zu würdigen.

§ 18 Betriebsplanung

- 1 Waldeigentümerinnen und Waldeigentümer, die im Revierversand beteiligt sind oder die innerhalb eines Forstreviers mehr als 25 ha Waldfläche besitzen, erstellen und führen eine Betriebsplanung für die Bewirtschaftung ihres Waldes.
- 2 Die Betriebsplanung orientiert sich an den mittelfristigen Bedürfnissen des Betriebes und erfolgt auf der Grundlage und nach Massgabe des Waldentwicklungsplanes.
- 3 Das Planungsergebnis ist der Betriebsplan. Er bedarf der Genehmigung des Kantons.

§ 19 Programme zum Betriebsplan (Art. 21 WaG)

- 1 Die betriebsplanpflichtigen Waldeigentümerinnen und Waldeigentümer erstellen jährlich Programme über die Umsetzung des Betriebsplanes.
- 2 Nutzungsprogramm und Pflegeprogramm bedürfen der Genehmigung des Kantons.

§ 20 Holznutzung ohne Betriebsplan (Art. 21 WaG)

- 1 Nicht-betriebsplanpflichtige Waldeigentümerinnen und Waldeigentümer bedürfen für das Schlagen von Holz einer Bewilligung der Revierförsterin oder des Revierförsters. Der Bewilligungsentscheid ist bei der zuständigen kantonalen Dienststelle anfechtbar.
- 2 Keiner Bewilligung bedürfen Holzschläge
 - a. im Rahmen von Pflegearbeiten,
 - b. für die eigene Brennholzversorgung,
 - c. für die eigene Nutzholzversorgung bis zu 5 m³.
- 3 Vor bewilligungsfreien Holzschlägen ist der Revierförsterin oder dem Revierförster Meldung zu erstatten.

Abschliessend ist zur verstärkten Beplanung des Waldes allerdings anzumerken, dass sich auch dadurch am Grundmuster des Ressourcenregimes nichts ändert. Auch die forstliche Planung ist eine rechtsatzmässige. Die Planung ist Teil der Rechtsordnung. Die Planung ist Teil jener Schranken der Rechtsordnung, die näher konkretisieren, welchen *Inhalt* das Eigentum an Wald hat. Die Planung gehört zum Policy-Design und durch sie ändert sich am formellen Regelwerk ebenfalls nichts.

4.7 Nachteilige Nutzungen

Aus dem Forstpolizeigesetz bereits bekannt sind die „nachteiligen Nutzungen“. Anscheinend ist es trotz der Verpflichtung von Artikel 21 Absatz 1 FPolG, „Dienstbarkeiten und Rechte auf Nebennutzungen in öffentlichen Waldungen, welche sich mit einer guten Waldwirtschaft nicht vertragen, ... abzulösen“, immer noch nicht gelungen, diese gänzlich auszurotten. Artikel 16 WaG, Nachteilige Nutzungen, verlangt somit nach wie vor:

- 1 Nutzungen, welche keine Rodung im Sinne von Artikel 4 darstellen, jedoch die Funktionen oder die Bewirtschaftung des Waldes gefährden oder beeinträchtigen, sind unzulässig. Rechte an solchen Nutzungen sind abzulösen, wenn nötig durch Enteignung. Die Kantone erlassen die erforderlichen Bestimmungen.
- 2 Aus wichtigen Gründen können die Kantone solche Nutzungen unter Auflagen und Bedingungen bewilligen.

Der Bundesrat schrieb dazu:

„Zu den nachteiligen Nutzungen zählen der Weidgang im Wald, der eine natürliche Verjüngung des Waldes behindert oder verunmöglicht, und Schäden an der bestehenden Bestockung verursachen kann, die Streuenutzung, welche eine Störung des Nährstoffkreislaufes verursacht und längerfristig zu einer Verarmung des Waldbodens führt, das Niederhalten von Bäumen, wo das Einwachsen der Baumkronen in elektrische Freileitungen aus Sicherheitsgründen nicht zulässig ist oder wo die Entstehung von hochstämmigem Wald im Bereich von Hochwasserprofilen aus wasserbaupolizeilichen Gründen zu verhindern ist, ferner wo aus Gründen der Fernsicht die Baumhöhe niedrig gehalten wird. Ungünstige Rechtsverhältnisse wie die Superfizies, das heisst die Trennung des Grundeigentums vom Eigentum an der Vegetation, gehören ebenfalls dazu. Die Kantone können solche Nutzungen bewilligen, wo wichtige Gründe dies erfordern und die Waldfunktionen dadurch nicht übermässig beeinträchtigt werden. Sind diese nicht mehr gewährleistet, ist gegebenenfalls in einem Rodungsverfahren über die Entlassung aus dem Waldareal zu entscheiden.

Unter die nachteiligen Nutzungen fallen ferner die ... nichtforstlichen Kleinbauten und -anlagen“ (sc. z.B. Rastplätze, Feuerstellen, Sport- und Lehrpfade, erdverlegte Leitungen etc.).⁶²⁷

4.8 Veräusserungsschranken

Im Forstpolizeigesetz sind wir auf Bestimmungen gestossen, die eine geordnete und effiziente Bewirtschaftung unter anderem dadurch sicherstellen wollten, dass Wälder nicht geteilt und zerstückelt werden durften.

Auch das Waldgesetz kennt mit Artikel Art. 25, Veräusserung und Teilung, noch eine entsprechende Bestimmung:

1 Die Veräusserung von Wald im Eigentum von Gemeinden und Korporationen und die Teilung von Wald bedürfen einer kantonalen Bewilligung. Diese darf nur erteilt werden, wenn dadurch die Waldfunktionen nicht beeinträchtigt werden.

2 Bedarf die Veräusserung oder die Teilung zugleich einer Bewilligung nach dem Bundesgesetz vom 4. Oktober 1991 über das bäuerliche Bodenrecht, so sorgen die Kantone dafür, dass die Bewilligungsverfahren vereinigt und durch einen Gesamtentscheid abgeschlossen werden.

Der Bundesrat bemerkte dazu, dass es sich hierbei um die einzige Bestimmung handle, in der noch zwischen öffentlichen und Privatwäldern unterschieden werde:

„Während die Teilung von Wald wie bisher in jedem Fall eingeschränkt und von einer kantonalen Bewilligung abhängig gemacht wird, soll die ungeteilte Veräusserung von Privatwald ohne forstamtliche Bewilligung möglich sein. Die Veräusserung von Wald im Eigentum von Gemeinden und Korporationen dagegen soll nur mit kantonalen Bewilligung möglich sein. Auch Staatswald soll grundsätzlich nicht veräussert werden, nur bedarf es da, weil der Kanton selbst handelt, keiner besonderen Regelung.

Eine Einschränkung rechtfertigt sich, da sich eine Zersplitterung des Eigentums auf die Walderhaltung nachteilig auswirken kann. Von der Öffentlichkeit werden jedes Jahr grosse Summen aufgebracht, um aufgeteilte Waldparzellen wieder zusammenzulegen und einer einheitlichen Pflege und Bewirtschaftung zu unterstellen.“⁶²⁸

5. EIGENTUM UND WALD

Eigentum an Wald ist Grundeigentum. Im Gegensatz zu anderem Grundeigentum ist es nie vollständig schrankenlos freigesetzt worden. Das Belieben der Waldeigentümerinnen und -eigentümer war immer schon ein durch manigfaltige Normen

⁶²⁷ BBI 1988 III 197 f.

⁶²⁸ BBI 1988 III 204.

begrenzt. Das betrifft vor allem die Nutzung, weniger stark die Verfügung über das Waldeigentum.

Auch in Bezug auf den Wald haben wir aber grundsätzlich nichts anderes als bei all den anderen Ressourcenregimen: das formelle Regelwerk blieb unverändert, während sein *Inhalt* durch sich wandelnde Normen des Policy-Designs ebenfalls ständiger Wandlung unterworfen war.

FÜNFTES KAPITEL: DAS WASSER

1. EINLEITUNG

Die Ausführungen zum Regelwerk, also zum privatrechtlichen Aspekt, haben gezeigt, dass das Wasser stets erst in Verbindung mit dem Boden sachenrechtliche Relevanz erfährt. Davon losgelöst stellt sich sofort die Frage nach der Eigenständigkeit im Sinne des Sachbegriffs. Für Wasser besteht eine solche nur, wenn es in Behältnissen abgefüllt, abgegrenzt und rechtlich beherrschbar ist. Für die weitere Betrachtung - insbesondere auch aus der Optik der Schutz- und Nutzungspolitiken, also der Konkretisierung des Regelwerks - muss stets davon ausgegangen werden, dass Wasser einer Fassung im weitesten Sinne bedarf. Sobald wir das Feld des in Flaschen abgefüllten oder aus der Leitung sprudelnden Wassers verlassen (hier ist der Rechtszuständige der Flascheneigentümer, der Wasseranschlussberechtigte, dieser ohne im dogmatischen Sinne Eigentümer zu sein), stehen die natürlichen Wasservorkommen, Quellen, Bäche, Flüsse, Seen, etc. im Mittelpunkt.

Das Problem der Eigentumsfrage stellt sich beim Wasser als ein besonderes, da hier ein weiterer Begriff ins Spiel kommt: die *Gewässerhoheit*. Er entspringt dem öffentlichen Recht und überlagert den privatrechtlichen des Eigentums in der Weise, dass ein Gewässer entweder einen privaten Eigentümer hat, oder aber die Hoheit darüber der öffentlichen Hand zusteht. Dies ist - wie noch auszuführen sein wird - für die Nutzungsbestimmung entscheidend. Für die systematische Einordnung ins System der Unterscheidung Regelwerk - Nutzungs- und Schutzpolitiken kann man einfachheitshalber festhalten, dass dort, wo die Gewässerhoheit des Gemeinwesens zum Zuge kommt, dem Privaten die Bestimmung über das Gewässer - es geht hier primär um die Nutzung - entzogen ist. Dieser kann nur noch zum Zuge kommen, wenn der Staat die Nutzung zulässt. Der Hoheitsanspruch kann so als öffentlichrechtlich begründete Beschränkung jeden privaten Anspruchs verstanden werden - er stellt in etwa das Pendant zum privatrechtlichen Eigentum dar, ohne den Anspruch auf einen solchen privatrechtlichen Titel geltend zu machen.

Damit wird der eigentliche rechtliche Sockel unseres Systems, das private Eigentum am Wasser oder dem Gewässer ergänzt durch diesen Hoheitsanspruch des Gemeinwesens, der einer separaten Regelwerkvariante mit der Nutzungsbestimmung durch den Staat gleichkommt: durch das Gesetz als öffentlich erklärte Gewässer sind den Privaten entzogen, wie dies Art. 664 ZGB bereits im Regelwerk vorsieht.

Der Regelungsumfang bezüglich der Ressource Wasser ist heute recht eigentlich durch das *Wasserwirtschaftsrecht* des Bundes erfasst. Es umfasst grundsätzlich drei grossen Regelungsbereiche, die zugleich als Niederschlag der Nutzungs- und Schutzpolitiken angesehen werden können. Sie sind einteilbar in *Wasserbau*, *Wassernutzung* und *Wasserschutz*.

Alle drei Bereiche weisen je zeitlich unterschiedliche Valenzen auf und haben schlussendlich 1975 in Art. 24bis BV (neu: Art. 76 BV) ihre einheitliche Grundlage gefunden:

Art 24bis BV:

1 Zur häuslicher Nutzung und zum Schutz der Wasservorkommen sowie zur Abwehr schädigender Einwirkungen des Wassers stellt der Bund in Berücksichtigung der gesamten Wasserwirtschaft auf dem Wege der Gesetzgebung im Gesamtinteresse liegende Grundsätze auf über:

- a. die Erhaltung und Erschliessung der Wasservorkommen, insbesondere für die Versorgung mit Trinkwasser, sowie die Anreicherung von Grundwasser;
- b. die Benutzung der Gewässer zur Energieerzeugung und für Kühlzwecke;
- c. die Regulierung von Wasserständen und Abflüssen ober- und unterirdischer Gewässer, Wasserleitungen ausserhalb des natürlichen Abflusses, Bewässerungen und Entwässerungen sowie weitere Eingriffe in den Wasserkreislauf.

2 Zum gleichen Zweck erlässt der Bund Bestimmungen über:

- a. den Schutz der ober- und unterirdischen Gewässer gegen Verunreinigung und die Sicherung angemessener Restwassermengen;
- b. die Wasserbaupolizei, inbegriffen Gewässerkorrekturen und Sicherheit der Stauanlagen;
- c. Eingriffe zur Beeinflussung der Niederschläge;
- d. Beschaffung und -Auswertung hydrologischer Unterlagen;
- e. das Recht des Bundes, für seine Verkehrsbetriebe die Benutzung von Wasservorkommen gegen Entrichtung der Abgaben und gegen angemessenen Ersatz der Nachteile zu beanspruchen.

3 Die Verfügung über die Wasservorkommen und die Erhebung von Abgaben für die Wasserbenutzung stehen unter dem Vorbehalt privater Rechte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten zu. Die Kantone setzen die Abgaben in den Schranken der Bundesgesetzgebung fest.

4 Betrifft die Erteilung oder Ausübung von Rechten an Wasservorkommen das internationale Verhältnis, so entscheidet unter Beizug der beteiligten Kantone der Bund. Das gleiche gilt im interkantonalen Verhältnis, wenn sich die beteiligten Kantone nicht einigen können. Im internationalen Verhältnis bestimmt der Bund die Abgaben nach Anhören der beteiligten Kantone.

5 Der Vollzug der Bundesvorschriften obliegt den Kantonen, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bund vorbehält.

6 Bei der Ausübung seiner Kompetenzen beachtet der Bund die Bedürfnisse und wahrt die Entwicklungsmöglichkeiten der Wasserherkunftsgebiete und betreffenden Kantone.

So hat die Ressource Wasser, wenn auch nicht auf Gesetzesebene so doch verfassungsmässig, im Verlaufe des 20. Jahrhunderts eine einheitliche Behandlung innerhalb der gesamten Wasserwirtschaft erfahren. Zusätzliche wasserrelevante Bestimmungen finden sich quer durch die Bundes- und Kantonsgesetzgebung verteilt. Dort wo die Kantone die Gewässerhoheit an Gemeinden oder Korporationen delegieren, wird auch kommunales Recht aussagekräftig.

2. ECKDATEN ZUM WASSER

Mögliche Eckdaten des Wassers sollen in der Folge kurz aufgelistet und später unter den genannten Hauptbereichen in einer thematischen Zusammenstellung ausgeführt werden. Dabei ist zu beachten, dass wohl die erstmaligen Erlasse der jeweiligen Gesetze Eckdaten bilden dürften, die aufgeführten Revisionen aber differenzierter anzuschauen wären. In den nachfolgenden Ausführungen soll jeweils den entscheidenden Änderungen die Aufmerksamkeit geschenkt werden und darauf reduziert bleiben.

~~1874~~ **1874:** Art. 24 BV (neu: Art. 76/77 BV): Aufnahme der Oberaufsicht des Bundes über die Wasserbau- und Forstpolizei im Hochgebirge (Zusatz in Änderung vom 11. Juni 1897 fallengelassen).

- ~~1877~~: *Bundesgesetz über die Wasserbaupolizei* (Wasserbaupolizeigesetz, WBPg) vom 22. Juni 1877 : Ausführungsbestimmungen zum BV-Artikel; es geht insbesondere um den Hochwasserschutz.
- ~~1908~~: Art. 24bis BV: Wasserkraftnutzung und elektrische Energie werden Bundeskompetenz.
- ~~1916~~: *Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte* Wasserrechtsgesetz, WRG) vom 22. Dezember 1916: Ausführungsgesetzgebung zum BV-Artikel.
- ~~1953~~: Art. 24 quater BV: erster Gewässerschutzartikel der BV - wurde später mit dem obgenannten Art. 24bis „ausgetauscht“.
- ~~1955~~: *Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer* (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 16. März 1955 „zu spät gekommene“ Ausführungsgesetzgebung zum BV-Artikel. Sie ist bei Erlass bereits wieder überholt - neuerliche Probleme drängen zu einer Revision.
- ~~1971~~: *Revision Gewässerschutzgesetz*.
- ~~1975~~: *Revision Art. 24bis BV* (neu: Art. 76 BV): Schaffung der gemeinsamen verfassungsmässigen Grundlage für Wasserbau, -nutzung und -schutz.
- ~~1975~~ (Wasserbauartikel in Art. 24 BV wird praktisch obsolet, Wassernutzungsartikel wird in den Art 24quater BV verlegt und um den das Wasser betreffenden Teil gekürzt, Wasserschutzartikel wird von Art. 24quater BV übernommen).
- ~~1991~~: *Bundesgesetz über den Wasserbau* (Wasserbaugesetz, WBG) vom 21. Juni 1991: Modernisierung und faktischer Ersatz des Wasserbaupolizeigesetzes, Wasserschutzelemente finden auch in diesem Gesetz Niederschlag.
- ~~1991~~: *Revision Gewässerschutzgesetz*: zum *qualitativen* kommt der *quantitative* Schutz.
- ~~1996~~: *Revision WRG*: Landschaftsfranken als neues Instrumentarium des Wassernutzungsrechts zur indirekten Finanzierung des Landschaftsschutzes.
- ~~1999~~: *Gewässerschutzverordnung* (GSchV) vom 28. Oktober 1998: neue Instrumente und ökologische Zielangaben finden Eingang in die Gesetzgebung des Bundes.

3. ERFASSUNG DER RESSOURCE WASSER

Die Ressource Wasser erhält ihre rechtliche Dimension über die Beantwortung der Frage nach ihrer rechtlichen Erfassbarkeit, die für mit der Einführung des Begriffs des Gewässers im weitesten Sinne erfolgt ist (vgl. Ausführungen zum privatrechtlichen Sachbegriff).

Inwieweit die einzelnen Produkte wie Trinkwasserversorgung und -gewinnung durch Aufbereitung von oberirdischem Wasser, Wasser für die Landwirtschaft, Fischerei, Abwasser, Landschaftsprägung, Schifffahrt, Energie (natürliches Gefälle und Verwertung der Fliessenergie), Wärmeengewinnung und Kühlmittel, Gewässer zu Badezwecken, etc. rechtlich erfassbar sind, ergibt sich aus der Kombination von Regelwerk (auch hier gilt, dass jedes Gewässer seinen Eigentümer hat) und den entsprechenden Nutzungs- und Schutzpolitiken.

Die drei Hauptbereiche dazu sind bereits genannt worden; die betreffenden verfassungsmässigen und gesetzlichen Grundlagen erfahren dabei zu jedem erdenklichen wasserrelevanten Thema Ausweitungen und Konkretisierungen, denen im Detail jedoch innerhalb der vorliegenden Arbeit kaum nachgegangen werden kann. Es muss genügen, die Hauptachsen aufzuzeigen und Hinweise zu weiteren Fundstellen zu machen. Dem soll eine Einführung in die zur Disposition stehenden Arten von Erscheinungsformen des Wassers als Ressource vorangestellt werden.

4. ARTEN VON GEWÄSSER UND DIE GEWÄSSERHOHEIT

Wie bei allen Ressourcen können auch beim *Wasser* privatrechtliches Eigentum - und damit die eigentliche Verfügungsmöglichkeit darüber -, Nutzung und Schutz unterschieden werden. Dabei wird die Verfügung im privatrechtlichen Sinne, also beispielsweise als Möglichkeit, das Gewässer zu veräussern, praktisch bedeutungslos. Entscheidend ist hier vielmehr die Frage nach der *Hoheit* über das Gewässer, die sich eben nicht nach den privatrechtlichen Eigentumsverhältnissen richtet, sondern nach den Bestimmungen des gesamten, insbesondere öffentlichen Bundesrechts. Die Gewässerhoheit vermittelt die Kompetenz zur *Nutzungsregelung* und ist wiederum abzugrenzen von der Erfassung der Gewässer durch den Gewässerschutz; hier wird der Benutzer telquel erfasst - unabhängig von Eigentumsverhältnis oder Hoheit am Gewässer also. Anders ausgedrückt wird sämtliches Wasser von den entsprechenden *Wasserschutznormen* erfasst, nur bestimmte Kategorien von der staatlichen Gewässerhoheit und ein noch geringerer Teil vom privaten Eigentum in Form der freien (Nutzungs- und) Verfügungsmöglichkeit.

Die konkret anwendbaren Bestimmungen über Verfügung, Nutzung und Schutz des Wassers oder konkreter der Wasserarten und Gewässer orientieren sich an den verschiedenen Kategorien, die rechtlich überhaupt erfasst werden. Erst diese Kategorien geben darüber Auskunft, welche rechtliche Regelungen anwendbar sind.

4.1 Fliessendes Wasser

Das fliessende Wasser gehört, wie die freie Luft, nicht zu den Sachen im Rechtssinn, weil diese Objekte für den Menschen aufgrund ihrer fehlenden festen Umgrenzung nicht fassbar sind. Erst durch Abgrenzung (in Flaschen oder Becken abgefüllt) kann es Sachcharakter bekommen - es wird rechtlich beherrschbar, Erwerb oder Nutzung sind möglich. Bis dahin gilt es jedoch als Allgemeingut, als *res communes omnium*. Für das einer Wasserleitung entnommene Wasser kann der Verbraucher, der einen Wasserzins oder Kaufpreis zahlt, durchaus als Eigentümer gelten; solange das Wasser sich auf dem Weg dahin befindet gehört es dem Werkeigentümer - dem

Wasserlieferanten; eine entsprechende Beherrschbarkeit lässt sich im obigen Sinne auch für dieses Beispiel konstruieren.

In der Lehre umstritten ist die Frage, ob einem Grundeigentümer auch das Eigentum an dem jeweils in den Grenzen seines Grundstücks befindlichen fließenden Wassers zusteht, was von der herrschenden Lehre verneint wird: an der eigentlichen Wasserwelle eines Baches besteht danach kein Eigentum im privatrechtlichen Sinn⁶²⁹. Er kann es jedoch nutzen, solange es sich durch sein Grundstück hindurch „bewegt“, d.h. sein Mühlerad antreiben lassen, ihm zur Bewässerung seines Grundstücks Wasser entnehmen - solange der Bachlauf selber oder Dritte dadurch nicht geschädigt werden.

Wer über das natürlich gefasste Wasser (fließendes Wasser im Sinne eines Wasserlaufes) „bestimmt“, hängt von der Nutzungsordnung, diese wiederum von der *Hoheit* (vgl. unten) über die Gewässer ab.

4.2 Quellen

Sie sind als Bestandteile des Grundstücks gemäss Akzessionsprinzip (vgl. Art. 667 Abs. 2 ZGB) und Art. 704 ZGB dem Grundeigentümer zuzuordnen und damit grundsätzlich als private Gewässer zu behandeln. Sie gehören dem Grundeigentümer, der darüber verfügen kann (zum Beispiel indem er sie - allerdings immer nur mit dem Grundstück zusammen - veräussert oder grundpfändlich belastet) und die konkrete Nutzung bestimmt; die er also auch etwa durch Dienstbarkeitsvertrag gemäss Art. 704 Abs. 2 ZGB einem Dritten zur Nutzung überlassen kann:

Art. 704 ZGB:

1 Quellen sind Bestandteile der Grundstücke und können nur zugleich mit dem Boden, dem sie entspringen, zu Eigentum erworben werden.

2 Das Recht an Quellen auf fremden Boden wird als Dienstbarkeit durch Eintragung im Grundbuch begründet.

3 Das Grundwasser ist den Quellen gleichgestellt.

Das Dienstbarkeitsrecht des ZGB (aufgrund von Art. 781 ZGB) ermöglicht dem Eigentümer trotz *numerus clausus gar*, die Quelledienstbarkeit als selbständiges (d.h. übertrag- und vererbbares) und dauerndes (d.h. mindestens auf dreissig Jahre währendes) Recht auszugestalten, sodass es im Grundbuch als Grundstück eingetragen werden kann. Damit erfolgt eine weitgehende Verselbständigung des Rechts und aus dem Dienstbarkeitsberechtigten wird ein Quasieigentümer.

Das Bundesgericht hat grosse Quellen auch schon den öffentlichen Gewässern zugeordnet und sie damit dem privatrechtlichen Einflussbereich entzogen.⁶³⁰

Zur Abgrenzung einer privatrechtlichen Quelle von einer dem privaten Recht entzogenen Bachquelle führt BGE 122 III 49 aus:

„a) Quellen sind grundsätzlich Bestandteile der Grundstücke, auf welchen sie hervortreten (Art. 667 Abs. 2 ZGB, Art. 704 Abs. 1 ZGB); das Eigentum am Grundstück erstreckt sich daher auch auf die darauf entspringende Quelle. In seiner älteren Rechtsprechung hatte das Bundesgericht entschieden, dass grundsätzlich alle auf privatem Grund und Boden hervortretenden Quellen im Privateigentum stehen können (BGE 43 II 152 E. 3 S. 158, bestätigt in BGE 93 II 170 E. 3 S. 174 und E. 8c S. 182).

⁶²⁹ Rey, S. 23, Rn 79.

⁶³⁰ Vgl. BGE 97 II 333, Entscheid Leukerbad.

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur einhellig kritisiert worden. Von den Privatquellen seien diejenigen Quellen zu unterscheiden, die von allem Anfang an einen Wasserlauf bildeten. Im Unterschied zu Privatquellen handle es sich bei diesen sog. Bachquellen nicht um einen Bestandteil des Grundstückes, auf dem sie entspringen, sondern um einen Teil des Gewässers, das sie bilden (...). Entscheidend für die Unterscheidung zwischen Privatquellen einerseits und Bachquellen andererseits sei, ob das von einer Quelle hervorgebrachte Wasser einen Bach bilde. Dies sei dann der Fall, wenn das Wasser die Mächtigkeit und Stetigkeit habe, dass es sich ein festes Gerinne, ein Bett mit festen Ufern zu schaffen vermag oder zu schaffen vermöchte, wenn es ihm nicht künstlich bereitet worden wäre. Sei es unmittelbar von der Quelle weg ein solcher Wasserlauf, umfasse dieser auch die Quelle (...). Das Bundesgericht ist in seiner neueren Rechtsprechung der in der Literatur erhobenen Kritik gefolgt. Quellen, die auf einem Privatgrundstück entspringen und von Anfang an einen Wasserlauf bilden, sind nicht Privatquellen im Sinn von Art. 704 Abs. 1 ZGB, sondern werden als Teil des von ihnen gebildeten Wasserlaufs betrachtet und teilen demnach dessen rechtliches Schicksal (BGE 97 II 333 E. 1 S. 337, bestätigt in BGE 106 II 311 E. 2a S. 314).

Ob ein Wasserlauf und als Teil desselben eine Bachquelle als öffentliche Gewässer zu betrachten sind, ergibt sich indessen nicht aus dem Bundeszivilrecht, sondern aus der in die Kompetenz der Kantone fallenden Abgrenzung der öffentlichen Gewässer (...). Für den Kanton Wallis bestimmt Art. 3 des Gesetzes vom 17. Januar 1933 betreffend das Eigentum an öffentlichen und herrenlosen Gütern (GS /VS 13), dass Flüsse und Bäche im Eigentum der Gemeinden stehen. Ob es sich bei der Quelle „am Bach“ um eine Privatquelle oder eine im Eigentum der Gemeinde stehende Bachquelle handelt, hängt demnach davon ab, ob das Wasser von Anfang an einen Bach bildet, d.h. die Mächtigkeit und Stetigkeit hat, dass es sich ein Bett mit festen Ufern zu schaffen vermag oder zu schaffen vermöchte, wäre es nicht gefasst worden.

b) Nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz weist die Quelle „am Bach“ eine durchschnittliche Schüttung von 545 l/min auf, wobei die Wassermenge während 80% des Jahres nicht unter 360 l/min sinkt. Zwar liegt die Mächtigkeit der Quelle erheblich unter der maximalen Wassermenge von 3420 l/min, die von der Quelle hervorgebracht wird, welche das Bundesgericht in BGE 97 II 333 als Bachquelle qualifizierte. Doch weist sie eine Mächtigkeit auf, die nach den Feststellungen der Vorinstanz ausreicht, den Wasserbedarf von 1000 Personen bei einem mittleren Wasserverbrauch von 500 Litern pro Person und Tag zu decken. Der Kläger selbst spricht von einer „sehr ergiebigen Quelle“. In der Literatur wird bei einer Schüttungsmenge von mindestens 200-300 l/min von einer Bachquelle ausgegangen (...). Sodann weist die Quelle eine beträchtliche Stetigkeit auf, sinkt doch die Schüttung während 80% des Jahres nicht unter 360 l/min. Mit einer minimalen Schüttung von 2,1 l/s bzw. 126 l/min weist sie auch eine bedeutend höhere Stetigkeit auf als die in BGE 97 II 333 beurteilte Quelle, deren minimale Schüttung auf 60 l/min sinkt.“

Die Kantone bestimmen also die Zuordnung meist per Berechnung der Mächtigkeit/Ergiebigkeit in l/min.

Die Zuordnung der Quellen - je nach Art oder Mächtigkeit - sagt folglich etwas über das Eigentum daran aus: teilt sie das kantonale Recht dem Staat zu und gelten sie damit als öffentliche Gewässer im Sinne von ...

Art. 664 Abs. 2 ZGB:

2 An den öffentlichen Gewässern, sowie an dem der Kultur nicht fähigen Lande, wie Felsen und Schutthalden, Firnen und Gletschern, und an den daraus entspringenden Quellen besteht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises kein Privateigentum.

... bestimmt das öffentliche Recht über deren Nutzung. Sind sie jedoch dem Privatrecht im obenausgeführten Sinne zuzuordnen, ist es der private Grundeigentümer, auf dessen Grund sie entspringen, der über sie verfügen und deren Nutzung bestimmen kann. All dies unter dem Vorbehalt zwingender Vorschriften des Gewässerschutzes, der alle Berechtigten erfasst, seien sie Private oder nicht.

4.3 Grundwasservorkommen

Sie sind gemäss Art. 704 Abs. 3 ZGB den Quellen gleichgesetzt. Schon Ende der Zwanzigerjahre des 20. Jahrhunderts sind grosse Grundwasservorkommen aber dem öffentlichen Recht zugeordnet worden. Die Abgrenzung war allerdings noch nicht in der heutigen Klarheit gegeben; so Peter Liver noch 1952:

„Viel grössere Schwierigkeiten als die Ausscheidung der Fluss- und Bachquellen bietet die Abgrenzung der Quelle vom Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken, aus dem sie aufsteigt oder zutage gefördert wird. Sie ist nötig geworden, nachdem die Grundwasserströme und Grundwasserbecken von einer bestimmten Mächtigkeit an in einer Reihe von Kantonen als öffentliche Gewässer erklärt worden sind und das Bundesgericht im Jahre 1939 festgestellt hat, dass Grundwasserströme, die sich über weite Strecken unter der Erdoberfläche hinziehen, ein öffentliches, der privaten Eigentumsherrschaft entzogenes Gut seien. Wo immer auf einem Grundstück Wasser gefasst wird, das aus dem öffentlichen Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken aufsteigt oder zutage gefördert wird, stellt sich die unabweisbare Frage, ob eine Nutzung des öffentlichen unterirdischen Gewässers vorliege, die der Konzession bedarf, oder die Fassung und Benutzung einer Quelle. Da das Quellwasser Grundwasser ist, liegt die Antwort nahe, dass mit seiner Fassung das öffentliche unterirdische Gewässer, aus dem es stammt, genutzt werde. Das ist die klare Konsequenz aus der Unterstellung der Grundwasserströme und Grundwasserbecken unter das öffentliche Recht. Die Verwaltung ist geneigt, diese Konsequenz zu ziehen. Damit würde ein grosser Teil aller ergiebigen und wertvollen Quellen dem privaten Recht entzogen, wenn auch ihre Benutzung dem Grundeigentümer für den Eigenbedarf bis zu einer bestimmten Wassermenge durch gesetzliche Vorschrift freigegeben wird. Auch das Recht der Quellen, dieser *rocher de bronze* des privaten Wasserrechts, wie er genannt worden ist, hätte seine Hauptrolle ausgespielt und wäre zu einem recht bescheidenen Dasein verurteilt. Diese Konsequenz liegt jedoch nicht im Willen der kantonalen Gesetze über das Grundwasser. Sie würde auch am Bundeszivilrecht scheitern. Dieses bestimmt, was als Quelle im Sinne des Art. 704 ZGB zu gelten hat und damit, welchen Umfang das Recht des Grundeigentümers an der Quelle hat. Das Bundesgericht hat denn auch entschieden gegen den Versuch Stellung genommen, „den Art. 704 Abs. 3 auf dem Wege der Auslegung des wesentlichen Teils seines Anwendungsbereichs zu berauben und ihn, ausgehend von den Erläuterungen zu Art. 699 Abs. 3 VE, etwa auf Sodbrunnen und dergleichen geringfügige private Grundwasseranlagen zu beschränken“ (BGE 68 II 14ff). Ausser jedem Zweifel steht, dass der Grundeigentümer berechtigt ist, das Wasser, welches natürlicherweise an die Oberfläche tritt, als Quelle zu fassen und (vorbehalten der kantonalen Bewilligung gemäss Art. 705 ZGB) abzuleiten. Es muss ihm aber auch eine technisch möglichst einwandfreie Fassung der Quelle gestattet werden, welche ein Nachgraben in gewisse Tiefe nötig macht. Eine Beschränkung der Benutzung dieses so gefassten Wassers auf den Eigenbedarf des Grundeigentümers ist unzulässig. Das Recht, durch Gräben, Schächte, Stollen den Zufluss von Wasser aus dem öffentlichen Grundwasserstrom oder Grundwasserbecken in den natürlichen Austrittsweg der Quelle erheblich zu vermehren, hat der Grundeigentümer nicht. Darin liegt ein Eingriff in das öffentliche Gewässer, der nur auf Grund einer Konzession zulässig ist, wenigstens soweit als das dadurch neu geförderte Wasser nicht dem Eigenbedarf dient oder die dafür freigegebene Menge übersteigt. Zur Verhinderung unberechtigter Eingriffe in das öffentliche unterirdische Gewässer sind die Kantone befugt, die Einholung einer Polizeierlaubnis für alle Quellenfassungen im Bereich öffentlicher Grundwasserströme und Grundwasserbecken vorzuschreiben. Das Bewilligungsverfahren ermöglicht der Aufsichtsbehörde die Feststellung der Mächtigkeit des natürlichen Ergusses einer Quelle von der Fassung oder Erneuerung der Fassung. Diese Messungen bilden eine wesentliche Grundlage für die Beurteilung des Umfangs der dem Grundeigentümer zustehenden Rechte zur Benutzung und zur Verfügung über das Quellwasser. Auch das Grundwasserrecht führt so notwendigerweise zu einer weiteren Einengung des sachlichen Geltungsbereichs des privaten Wasserrechts. Von der Praxis des Bundesgerichts als Zivilgerichtshof hängt es ab, ob eine Abgrenzung zwischen Grundwasser- und Quellennutzung sich durchsetzt, welche unter Wahrung der Rechtssicherheit den öffentlichen Interessen gerecht wird, ohne die mit ihnen verträglichen Eigentumsbefugnisse preiszugeben.“⁶³¹

⁶³¹ Peter Liver, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, Helbing und Lichtenhahn, Basel, 1952, S. 346ff.

Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung tatsächlich in einer die privaten Ansprüche zusätzlich einengenden Weise präzisiert. Heute gelten die Grundwasservorkommen grösstenteils als öffentliche Gewässer; so hat das Bundesgericht schon im Leukerbadentscheid, BGE 93 II 180, ausgeführt:

„Mächtige Grundwasserströme mit grossem Einzugsgebiet, die den Grundwasserreichtum ganzer Gegenden darstellen, liegen schon von Bundesrechts wegen ausserhalb des Bereichs des Grundeigentums an den Liegenschaften, unter denen sie sich befinden; die Verfügung über sie steht dem Gemeinwesen zu (...).“

4.4 Künstlich geschaffene Gewässer

Sie sind durch Ausbaggerung oder Stauhaltung entstanden und liegen meist über Privatgrund. Fände das Akzessionsprinzip auf sie vorbehaltlos Anwendung, würde es sich um private Gewässer handeln. Das Bundesgericht anerkennt aber, dass die Kantone das Verfügungsrecht über die Gewässer vom Eigentum am Bett bzw. Seegrund trennen und damit auch Gewässer, die Privatgrund überfluten, aufgrund ihres Hoheitsrechts als öffentliche Gewässer bezeichnen können⁶³². So hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 95 I 243ff. entschieden, dass bei Anlegung eines Hafens durch Ausbaggerung eines Teils eines privaten Seegrundstücks nach thurgauisch kantonalem Recht ein öffentliches Gewässer über Privatgrund entstehe.

Das öffentliche Recht setzt damit einmal mehr dem Privateigentum Grenzen für die Nutzung bestimmter Objekte. Auch Stauseen sind in diesem Sinn als öffentliche Gewässer zu bezeichnen, wenn auch der Seegrund in der Regel im Eigentum des Werkes stehen wird und diesem das Verfügungsrecht zur Wasserkraftnutzung und damit zur Bestimmung des Wasserstandes zusteht.

Ohne kantonale rechtliche Qualifizierung dieser Gewässer als öffentliche, bleiben künstliche Gewässer auch von spezialgesetzlichen Nutzungsvorschriften - wie beispielsweise solche des Fischereirechts - grundsätzlich unberührt (es sei denn, es handle sich um Tierschutzbestimmungen) und der private Eigentümer bestimmt auch über die diesbezügliche Nutzung, da es sich um Gewässer handelt, in welche Fische aus öffentlichen Gewässern nicht gelangen können.

Vorbehalten bleiben jedenfalls auch hier Gewässerschutzbestimmungen, an die sich auch der Private halten muss - so soll er über die Verschmutzung des Wassers nicht kraft seines Eigentumsrechts entscheiden können.

4.5 Bäche, Flüsse und Seen

Hier ordnen die Kantone die Regelwerkfrage im Grundsatz. Eigentümer ist meist der Staat, die ober- und unterirdische Gewässer sind also öffentlich, sollten die Kantone nicht Ausnahmen vorsehen (vgl. zum wiederholten Male Art. 664 Abs. 2 ZGB), oder er hat die Sachherrschaft kraft Gewässerhoheit über sie.

⁶³² BGE 106 II 311

4.6 Die Hoheit über die Gewässer

Die Ausführungen über das Wasser oder eben vielmehr seine Erfassung in Form der Gewässer erfordert mit Bezug auf das Regelwerk eine begriffliche Erweiterung. Das privatrechtliche Eigentum wird hier ergänzt durch die Gewässerhoheit. Sie entspricht der Zuordnung einer Sache zu den öffentlichen Sachen und entzieht damit die betroffenen Objekte dem Einfluss des Privaten ohne dass dieser aber ein allfällig daran bestehendes Eigentumsverhältnis verlieren würde. Ob man darin eine Ergänzung des Regelwerks sehen will - in dem Sinne, dass auch der Staat als Inhaber einer speziellen Form von Sachherrschaft auftritt -, oder ob die Zusprechung der Hoheit an das Gemeinwesen eher als eine weitere öffentlichrechtliche Beschränkung des Eigentums, speziell in seiner Ausdehnung, zu betrachten ist, dürfte nicht entscheidend sein. Tatsache bleibt, dass der Staat mit der Hoheit über die Sache insbesondere auch über deren Nutzung und Verfügung (wenn diese die vorgesehene Nutzung gefährdet) bestimmt.

4.61 Öffentliche und private Gewässer

Die Gemeinwesen üben die Sachherrschaft über die in ihrem Verfügungsrecht stehenden Gewässer aus, die als öffentliche Gewässer bezeichnet werden (das öffentliche Gewässer als öffentliche Sache im Sinne von Art. 664 Abs. 1 ZGB). Daneben kann es private Gewässer geben; sie stehen grundsätzlich im Verfügungsrecht Privater. Das Unterscheidungsmerkmal ist also das Verfügungsrecht als Sachherrschaft: steht diese einem Gemeinwesen zu, ist das Gewässer öffentlich. Um privatrechtliches Eigentum des Gemeinwesens muss es sich dabei - wie gesehen - nicht notwendigerweise handeln. Das Verfügungsrecht des Gemeinwesens ergibt sich aus der öffentlichrechtlichen Sachherrschaft, die sich auch auf herrenlose Sachen (vgl. Art. 664 ZGB), ja auf Sachen beziehen kann, die im Privateigentum stehen, aber eben - jedenfalls für den bestimmungsgemässen Gebrauch - dem Verfügungsrecht des Gemeinwesens unterstehen. Darüber entscheidet bezüglich der Gewässer der Kanton:

Art. 24bis Abs. 3 BV (Neu: Art. 76 BV):

Die Verfügung über die Wasservorkommen und die Erhebung von Abgaben für die Wasserbenutzung stehen unter dem Vorbehalt privater Rechte den Kantonen oder den nach der kantonalen Gesetzgebung Berechtigten zu. Die Kantone setzen die Abgaben in den Schranken der Bundesgesetzgebung fest.

Die Kantone üben also die Sachherrschaft aus, die als Gewässerhoheit bezeichnet wird. Sie bedeutet, dass die Entscheidung über die Gewässer den Kantonen zusteht, die über sie als räumliche Einheit, als Wasservorkommen und als Energieressource verfügen und die andern keine Sondernutzungsrechte einräumen müssen, selbst wenn die gesetzlichen Voraussetzungen theoretisch dafür gegeben wären. Die kantonale Zuständigkeit bezieht sich nicht nur auf die Entscheidungen im Einzelfall, sondern auch auf die gesetzliche Regelung der Gewässerhoheit. In diesem Sinne bestimmt sich nach kantonalem Recht zunächst der Kreis der öffentlichen Gewässer, die vom Bundesrecht nur mit Bezug auf die Anwendung der Gesetzgebung über die Wasserkraftnutzung (vgl. unten) umschrieben worden ist. Diese Gewässer gelten als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch. Damit können die Kantone die Ausübung der Sachherrschaft festlegen - sie also selber ausüben oder delegieren.

Bei der Frage danach, wer Eigentümer eines Gewässers sei, beschränkt sich das Privatrecht nach ZGB primär auf die Quellen und auf kleine Grundwasservorkommen. Es spricht nicht von Wasserläufen oder stehenden Gewässern. Es überlässt es via Art. 664 Abs. 2 ZGB lediglich den Kantonen, Privatrechte auch an diesen Gewässern zuzulassen, was jedoch nur ausnahmsweise geschieht. So sind denn auch die Gewässer in den meisten Kantonen tatsächlich öffentlich.

Der Kanton Glarus macht hier die grosse Ausnahme. Nach seiner Sonderlösung sind alle Gewässer privat⁶³³; das Einführungsgesetz zum ZGB bestimmt einerseits:

Art. 121a EGzZGB:

Das Eigentum an dem der Kultur nicht fähigen Land wie Felsen, Schutthalden, Firnen und Gletschern und den daraus entspringenden Quellen steht unter Vorbehalt anderweitigen Nachweises im Sinne von Artikel 664 ZGB den Tagwen bzw. Ortsgemeinden zu.

Das Gesetz schweigt sich damit im Gegensatz zu anderen kantonalen Einführungsgesetzen zu den Gewässern aus, sodass Privateigentum daran nicht ausgeschlossen werden kann. Andererseits hat das alte Glarner Wasserrecht ebenfalls in das Einführungsgesetz zum ZGB Eingang gefunden, so bestimmt es weiter:

Art. 170 EGzZGB:

1 Bei Flüssen und Bächen, die an ihren beiden Ufern die Liegenschaften verschiedener Eigentümer bespülen, ist jeder Ufereigentümer berechtigt, für gewerbliche Zwecke die vorhandene Wasserkraft zur Hälfte zu benützen, sofern nicht wohlervorbenen Rechte eine andere Verteilung begründen. Ein Ufereigentümer kann über das ihm von Gesetzes wegen zustehende Wasserrecht als selbständiges Recht verfügen.

D. h. der Uferanstösser gilt als am Wasser Berechtigter. Der Kanton Glarus entzieht sich damit aber nicht etwa der geltenden Wasserwirtschaftsgesetzgebung des Bundes, sondern hält lediglich die Möglichkeit des privaten Gewässers fest und bietet anstelle der üblichen Regelungen für Nutzungsrechte am Wasser statt der öffentlich-rechtlichen Konzession private Rechte an. Trotzdem hat sich der Private an die Wassernutzungsgesetzgebung des Kantons zu halten - diese findet sich dann halt in einem an sich privatrechtlichen Erlass statt in einem öffentlichrechtlichen, was der Verbindlichkeit aber keinen Abbruch tut.

Anders etwa im Kanton Bern:

Art. 77 EGzZGB, Herrenlose und öffentliche Sachen, Aneignung:

1 Herrenloses Land kann nur mit Bewilligung der vom Regierungsrat bezeichneten Direktion in das Privateigentum übergehen und ist in diesem Falle in das Grundbuch aufzunehmen.

2 Als öffentliche Sachen gelten alle Seen, Flüsse und Bäche, an denen nicht durch besondere Titel Privateigentum nachgewiesen ist.

3 Ufergebiete, die durch das Hochwasser regelmässig überflutet werden, gehören zum Fluss- oder Seebett.

Demnach sind hier die Gewässer ohne Nachweis einer speziellen privatrechtlichen Berechtigung (etwa ein altrechtliches, sog. ehehaftes Recht) grundsätzlich als öffentliche anzusehen.

⁶³³ Vgl. P. Liver, die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, in: ZSR, neue Folge, 71/I, 1952, S. 323ff.

Es bleibt die Erkenntnis, dass Bäche, Flüsse und Seen meistens als öffentliche Sachen gelten und dem Herrschaftsbereich des Privatrechts dadurch weitgehend entzogen sind.

Das Eigentum des Privaten rückt also dort in den Hintergrund, wo dem Kanton die Gewässerhoheit zusteht. Wo das öffentliche Recht der Kantone diese geltend macht, bestimmen schlussendlich sie über die *konkrete Nutzung* der Gewässer. Wer Gewässer wie nutzen kann, darüber bestimmt also derjenige, der die Hoheit über ein Gewässer ausübt.

Die zulässigen Berechtigungen zur Sondernutzung an den öffentlichen Gewässern werden grundsätzlich durch *Konzessionen* erteilt, die wohlerworbene Rechte an der Wassernutzung entstehen lassen, welche nur durch Enteignung wieder aufgehoben werden können und die einem Wechsel des objektiven Rechts - Wegfall der gesetzlichen Grundlage der Konzessionserteilung etwa - widerstehen; von der Eigenart der ehehaften Rechte bezüglich Wasserkraftnutzung und Fischereirechten wird gleich noch die Rede sein (vgl. auch die Ausführungen zur Wasserrechtsverleihung bei der Wasserkraftnutzung, unten).

Die Träger der Gewässerhoheit - also in der Regel die Kantone (allenfalls in bestimmten Kantonen auch die Gemeinden oder öffentlichrechtliche Korporationen) - sind grundsätzlich auch die Adressaten der Wasserwirtschaftsgesetzgebung.

Vom Wasserwirtschaftsrecht werden alle Gewässer, ohne Rücksicht auf ihre sachenrechtliche Zuordnung und Zuteilung der Hoheit über sie (privat, öffentlich) oder ihre faktische Qualität (ober- unterirdisch, natürlich, künstlich) erfasst⁶³⁴. Damit werden in den entsprechenden Gesetzen auch die jeweils Nutzungsberechtigten (Privaten) oder gar der gesetzestextliche *jedermann* selber zu Adressaten der Gesetzgebung, insbesondere im Zusammenhang mit der Verschmutzung von Gewässern; zur Bestätigung mögen etwa die Strafbestimmungen des Gewässerschutzgesetzes in den Art. 70ff dienen. Dort ist - im klassischen Sinne der Strafnorm - mit Strafe bedroht, wer verunreinigende Stoffe in Gewässer einbringt, versickern lässt, ablagert, kurz: die Gefahr einer Verunreinigung schafft - also „*jeder, der*“ und zwar eben unabhängig davon, ob er Eigentümer des Gewässers ist, die Hoheit darüber hat, zur Nutzung befugt ist oder überhaupt keine vorgegebene rechtliche Beziehung zum Gewässer aufweist und sie erst durch die Verschmutzung entstehen lässt.

4.62 Die Rechtsfigur der ehehaften Rechte

Spezielle private Rechte an öffentlichen Gewässern existieren auch ausserhalb der kantonalen Einführungsgesetze: Die sogenannten *ehehaften Rechte*. Es sind alte Privatrechte, die erneut Nutzungsrechte an Gewässern vermitteln - beispielsweise im Bereich der Fischerei⁶³⁵ oder der Wasserkraftnutzung⁶³⁶; diese sind heute allerdings selten geworden. Sie stehen im Gegensatz zu den dem Staat zugeordneten Hohei-

⁶³⁴ Art. 2 GSchG vom 24. Januar 1991: Geltungsbereich

„Dieses Gesetz gilt für alle ober- und unterirdischen Gewässer.“

⁶³⁵ Zur Fischerei, vgl. BGE 95 II 14, 97 II 25; im Speziellen zur Abgrenzung von öffentlicher und privater Rechtszuständigkeit: R. Gmür, Die Abgrenzung des Fischereiregals von den privaten Fischereien im Kanton Bern, Diss. Bern 1949, S. 74ff.).

⁶³⁶ Zur Wasserkraftnutzung, vgl. BGE 88 II 498, 109 IB 276

ten und Regalrechten, die durch Konzessionen oder Patente an Dritte, meist Private, übertragen werden und z.T. einen speziellen Rechtsschutz geniessen.

Im Bereich der Fischerei bestehen wohl noch die wichtigsten dieser alten Rechte, die hier als Fischenz, Fischereigerechtigkeit oder Privatfischweide bezeichnet werden. Ihr Rechtsgrund geht auf alte Markverhältnisse oder grundherrliche Rechte zurück, welche eigentlich im Zuge der Abschaffung alter Privilegien mit der Rechtsvereinheitlichung und dem abstrakten Eigentumsbegriff verschwinden sollten. Diese Rechte stehen Einzelnen, Gemeinden oder anderen Korporationen zu und berechtigen unter Einhaltung der jeweils geltenden polizeilichen Vorschriften (Gewässerschutz!) zu ausschliesslicher Fischerei in einem bestimmten Gewässer oder einem abgegrenzten Teil davon. Im Rechtsverkehr gelten sie in der Regel als Liegenschaften und werden ins Grundbuch aufgenommen. Obwohl sie sich meist auf öffentliche Gewässer beziehen, sind sie gerade private Rechte und

„an Kraft und Bedeutung dem Eigentum gleich“⁶³⁷.

Der Ausfluss des eigentumsähnlichen Charakters liegt hier aber schwergewichtig auf der Nutzung, nämlich der Befischung, und nicht etwa der Verfügung über das Wasser oder Gewässer selbst - verfügt wird dann eben nur, aber immerhin, über die Früchte der Nutzung, die Fische.

Für die Gewässer ist also vom Regelwerk herkommend einerseits nicht so sehr das privatrechtliche Eigentum entscheidend, sondern die Gewässerhoheit - sie bestimmt grundsätzlich die konkrete Nutzung; wer sie hat, nimmt so etwas wie die Stellung des unbeschränkten privatrechtlichen Eigentümers ein und hat die Dispositionsfreiheit über das „wer, wie und woran“. Aufgrund ihrer öffentlichenrechtlichen Ausprägung steht ihr auch ein öffentlichrechtliches Instrument zu Übertragung der Nutzung zu Verfügung: die Konzession. Dazu kommen - wie gesehen - die altrechtlichen Privatrechte als aus historischen Gründen geschützte Ausnahmen.

5. HISTORISCHE ENTWICKLUNG DES WASSERRECHTS

„Vor hundert Jahren war das Wasserrecht in der Schweiz noch nicht ein besonderer Zweig der Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Die wasserrechtlichen Bestimmungen waren um 1850 fast ausschliesslich ein Bestandteil des privaten Rechts der Kantone. Auch für die folgenden Jahrzehnte sind die kantonalen Zivilgesetzbücher die weitaus wichtigste Quellen des Wasserrechtes geblieben. Wir finden denn auch die Übersicht über das Wasserrecht der Kantone im III. Band von *Eugen Hubers System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*. Das erwähnte Werk Hubers stellt die *kantonalen Lösungen vor 1912* detailliert dar“⁶³⁸.

Das geltende Wasserrecht dagegen ist zum kleinsten Teil privates Recht. Ist von Wasserrecht die Rede, denkt man heute meistens nur noch an das in Spezialgesetzen des Bundes und der Kanton niedergelegte öffentliche Recht.“⁶³⁹

⁶³⁷ Zürcher Kommentar zu Art. 699 ZGB, S. 530, Rn 27.

⁶³⁸ Eugen Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel, 1889, Band III. § 97, S. 624ff.

⁶³⁹ P. Liver, *Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren*, in ZSR, Neue Folge., 71/I 1952. S. 305.

Während im ancien régime noch die Grund- und Gerichtsherren über die Wasserrechte per Wasserregal (etwa Mühlenregale, Flussregale für flössbare Flussläufe, etc.) herrschten, wurden diese Herrschaftsrechte durch die Revolutionsgesetzgebungen aufgehoben und durch die Gewerbefreiheit ersetzt. Um Wildwuchs zu verhindern und Polizeigüter vor der neuen Freiheit zu schützen, installierten sich Gewerbepolizeibewilligung und Patentgebühr, die dann im Zuge der Wasserbaugesetzgebung als ältestem Zweig der Wasserwirtschaft zum Konzessionssystem - erneut unter einem Regal, allerdings einem staatlichen - führten⁶⁴⁰. Auch die Gleichstellung von Quellen und Grundwasser in Art. 704 Abs. 3 ZGB führte erst zu Problemen, als die Nutzung von Grundwasserströmen möglich wurde⁶⁴¹.

Die Entwicklung des Wasserrechts in den letzten 150 Jahren kann vereinfacht auf drei verschiedenen Ebenen verfolgt werden, die einander entstellungsgeschichtlich nachgehen, den wissenschaftlichen und wirtschaftlichen Entwicklungen folgen und sich damit an den Herausforderungen der einzelnen Epochen orientieren⁶⁴²: Wasserbau, Wassernutzung und Gewässerschutz, oder anders ausgedrückt: Schutz vor Wasser, Nutzung des Wassers (und seiner Kraft zur Energiegewinnung) und Schutz des Wassers vor dem Menschen.

5.1 Das 19. Jahrhundert

In der ersten Hälfte bestimmt noch das Wassernutzungsrecht das Wasserwirtschaftsrecht. Es geht primär um die Berechtigung an der Nutzung von Bächen, Flüssen und Seen zur Wasserkraft- und Eisgewinnung, Fischerei, Schifffahrt, etc.⁶⁴³

Der Schutz des Menschen, des Bodens und anderer Güter steht dann im Vordergrund der grossen Flusskorrekturen des 19. und 20. Jahrhunderts. Beispiele sind etwa die Linthkorrektur (1807 - 1816), die Aarekorrektur auch die Juragewässerkorrektur (1868 - 1889), die Rheinkorrektur (1852 - 1900) und viele weitere kleinere Korrekturen⁶⁴⁴.

Der Wasserbau sollte insbesondere vor Wildwasser, Erosion und Hangabrutschungen schützen, was auch das Zusammengehen von wasserbau- und forstpolizeilichen Anliegen im Hochgebirge verständlich macht; eine entsprechende Oberaufsicht erhielt der Bund mit der Annahme der BV-Änderung von 1874 (vgl. Art. 24 BV; neu: Art. 76/77 BV) die Beschränkung auf das Hochgebirge wurde 1897 fallengelassen.

Ziel war insbesondere die Schaffung besserer Lebensbedingungen der Menschen in den betroffenen Gebieten.

⁶⁴⁰ Illustrativ zur Geschichte des alten Wasserrechts in den Kantonen: K. Geiser, Beiträge zur Geschichte des Wasserrechts im Kanton Bern, in ZBJV 26, 1909.

⁶⁴¹ Hier hat Zürich 1919 in seinem Einführungsgesetz Grundwasserströme und -becken von einer mittleren Stärke von mehr als 300 Minutenliter als öffentliche Gewässer erklärt.

⁶⁴² R Jagmetti, BV-Kommentar, zu Art. 24 BV, Rz 1.

⁶⁴³ Erstes komplettes Gesetz über die Wassernutzung in diesem Sinne stellt das sanktgallische WRG vom 23. November 1893 dar, das praktisch alle wasserrechtlichen Institute kennt: Verfügungs- und Vorrecht auf Nutzung des Kantons, Höchstdauer des verliehene Wasserrechts, Konzessionsgebühr, Wasserzins, Genehmigungserfordernis bei Übertragung des Rechts, Erteilung des Expropriationsrechts, Bildung von Korporationen, Verwirkung und Heimfall, etc.

⁶⁴⁴ vgl. dazu Historisch-Biographisches Lexikon der Schweiz, Neuenburg 1921 ff.

5.2 Jahrhundertwende

Die Entwicklung der Elektrotechnik setzt neue wirtschaftliche Möglichkeiten und Bedürfnisse frei, die die Wassernutzung wieder in den Vordergrund rücken lassen. Art. 24 bis BV überträgt dem Bund 1908 die entsprechende Gesetzgebungskompetenz.

Damit steht die Nutzung der Ressource über Jahrzehnte im Mittelpunkt des Wasserrechts. Die Ausnutzung der Wärme des Wassers von ober- und unterirdischen Seen und Flüssen mittels dem Wärmepumpensystem zeitigt Konzessionen.

Zudem wird mit dem ZGB von 1912 klar, dass der Staat überhaupt die Gewässernutzung per Konzession regelt - diese also, stets noch unter dem Vorbehalt der anderslautenden Regelung in den Kantonen, öffentliche Sachen sind (vgl. dazu Art. 664 ZGB). Damit, dass das ZGB alles privatrechtliche Recht der Kantone über die Wasserläufe aufgehoben, diese jedoch nicht ersetzt hat, soll nach Liver dazu führen, dass die Kantone ihr Wasserrecht als privates Gewohnheitsrecht, Richterrecht oder als öffentliches Recht weitergeführt haben, falls sie es nicht einfach haben fallenlassen⁶⁴⁵.

Dazu liesse sich Eugen Huber zitieren:

„So ist den alten Anschauungen (scil. der privatrechtlichen, genossenschaftlichen Ordnung der Wassernutzung) nur *eine* sichere Zufluchtsstätte geblieben: das öffentliche Recht“ - allerdings geht es dabei dann eben nur noch um öffentliche und nicht mehr spezielle private Interessenwahrung. „tout devient droit public“⁶⁴⁶.

5.3 Mitte des 20. Jahrhunderts

Mit zunehmender Bevölkerungsdichte, Industrialisierung, wirtschaftlicher Expansion ist es plötzlich das Wasser, das Schutz benötigt: die noch fehlende Bundeskompetenz wird mit der Verankerung als Bereich des Umweltschutzes in der BV geschaffen: Art. 24quater BV. Der alte Wasserschutzartikel wurde schliesslich 1975 durch den neuen Art. 24bis BV (neu: Art. 76 BV) ersetzt, der bis dahin die Wasserkraftnutzung regelte.

Die Revision von 1992 entstand aus einem bundesrätlichen Gegenvorschlag zur abgelehnten Volksinitiative „Zur Rettung unserer Gewässer“⁶⁴⁷.

Ziel des 1975 neugefassten *Art. 24bis BV* als bisher letzter Schritt war die Koordination sämtlicher Bemühungen und der Erfassung des gesamten Wasserkreislaufes (Ingress von Art. 24bis BV: *Haushälterische Nutzung, Schutz der Wasservorkommen und Abwehr schädigender Einwirkungen des Wasser*): er ist an die Stelle der bisherigen Art. 24bis BV (Wassernutzung und elektrische Energie) und Art. 24quater BV getreten.

Damit steht dem Bund die Gesamtheit des Wasserwirtschaftsrecht zur Legiferierung zu. Er hat diese Aufgabe mit jeweiligen Gesetzen zu den drei Themen wahr-

⁶⁴⁵ P. Liver, Entwicklung, S. 342.

⁶⁴⁶ Georges Ripert, *le déclin du droit*, 1949.

⁶⁴⁷ Botschaft vom 29. April 1987, mit Initiativtext, BBl 1987 II 1061.

genommen: Wasserbaugesetz, Wasserrechtsgesetz und Gewässerschutzgesetz. Immerhin wird das Wasser von einem komplexeren, koordinierenden System - weitere Gebiete umfassend: Raumplanung, Natur- und Heimatschutz, Fischerei, Umweltschutz, Waldschutz, etc. - erfasst.

Bundesrecht wie bundesgerichtliche Praxis sehen denn auch eine *Koordination* der verschiedenen Zielvorstellungen, wie sie in den Einzelgesetzen geregelt sind, vor: etwa die Umweltverträglichkeitsprüfung bei grösseren Wasserkraftanlagen oder Wasserbauten⁶⁴⁸, bei konkreten Eingriffen in das ökologische System⁶⁴⁹ oder bei der Konzessionierung von Wassernutzung durch eine Vielzahl von Ausnahme- und Zusatzbewilligungen⁶⁵⁰. Dass etwa eine Konzessionierung gegenüber den die Ressourcen schützenden Bewilligungen Vorrang habe oder präjudiziell zu wirken vermöge, hat das Bundesgericht im Fall Elektrizitätswerk Wynau, in BGE 125 II 18 ff, verneint (ausführliche Auseinandersetzung mit den erwähnten Bundesgerichtsentscheid bei der Wasserkraftnutzung).

5.4 Zuständigkeiten

Während die Kantone im Wasserrecht punkto Veränderungen der Gewässer (Korrekturen, Bauten, etc.) und deren Nutzung (Wasserkraft) im Rahmen der Bundesrechts relativ frei sind, kommt ihnen im Gewässerschutz bloss vollziehende Funktion zu.

Das öffentliche Recht weist dem Gemeinwesen (den Kantonen im Rahmen der entsprechenden Bundesgesetzgebung) *Ordnung, Leistung* und *Sachherrschaft* an den Gewässern zu. Mit letzterer auch die Möglichkeit, Private via den gesteigerten Gemeindegebrauch (Polizeibewilligung für Wasserbezug in bestimmtem Mass, Regatten, etc.) oder die Sondernutzung (Konzession für Wasserentnahme in grösseren Mengen, Wasserkraftnutzung, Wasserbauten, Kies- und Sandausbeutung, Materialablagung, Wärmegegewinnung, Kühlzwecke, etc.⁶⁵¹) an der Nutzung des Gewässers zu beteiligen.

Der Wasserhaushalt besteht als offenes System - stellt damit auch grenzüberschreitende Probleme. Für das internationale Recht Hinweise bei R. Jagmetti, BV Kommentar zu Art. 24 BV, Rz 6.

6. DIE WASSERWIRTSCHAFT IN DER SCHWEIZ ANHAND DER GESETZGEBUNG

Der Eingangs zitierte Artikel 24bis BV zeichnet die Groblinien des Wasserwirtschaftsrechts. Die Gesetzgebung - eine Legiferierungsstufe tiefer also - hat die Auf-

⁶⁴⁸ BGE 115 Ib 494, Erw. 3 (Thursanierung), 116 Ib 262, Erw. 1a (Kraftwerk Cleuson-Dixence), 118 Ib 603, Erw. 7 (Reussbrücke Sins - mit Erwägungen zu *Luft, Landschaftsschutz, Walderhaltung* und *Gewässerschutz*) 119 Ib 270, Erw. 6 - 8 (Stauhaltung Curciusa Mesocco).

⁶⁴⁹ BGE 125 III 29 über die Eliminierung des roten Flusskrebsses - hier sind bei der Wahl der Massnahme - Einsatz von Gift oder Raubfischen - dem Gewässerschutz, dem Fischereirecht und dem Umweltschutz Rechnung zu tragen.

⁶⁵⁰ Vgl. R. Jagmetti, BV-Kommentar, zu Art. 24bis, S. 26, Rz 143.

⁶⁵¹ Vgl. Art. 3 Abs. 1 und Art. 38ff WRG, wonach die Wasserkraftnutzung explizit eine konzessionspflichtige Sondernutzung darstellt.

gabe, zu konkretisieren, auszuführen. Dort finden sich denn auch die Mittel, Instrumentarien, konkreten Lösungen der Probleme, die den regelwerkmässigen Anspruch des Eigentümers beschränken oder eben erst konkretisieren - sei es durch öffentlichrechtliche Gesetzesbestimmungen direkt (wie etwa beim Gewässerschutz) oder erst einmal durch das Voranstellen der Gewässerhoheit des Gemeinwesens und dann durch entsprechende, von diesem erstellte Nutzungsordnungen (wie weitgehend im Wassernutzungsrecht).

Die drei bereits mehrmals erwähnten Gesetze könnten Umschlagstellen abgeben. Sie regeln grundsätzlich nicht geklärte Fragen neu (stets vor dem Hintergrund der vorbestehenden Verfassungsartikel, was eine rechtsstaatliche Voraussetzung ist), oder anders und erfassen separat die Bereiche Schutz vor der Ressource, Schutz der Ressource und Nutzung/Verfügung über die Ressource.

6.1 Wasserbau

In der Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei im Hochgebirge. Gestützt darauf wurde das Bundesgesetz vom 22. Juni 1877 über die Wasserbaupolizei erlassen. Die Zuständigkeit des Bundes wurde 1897 durch eine Verfassungsänderung auf das ganze Gebiet der Schweiz ausgedehnt. Das Bundesgesetz regelt die Oberaufsicht des Bundes über die Wasserbaupolizei und bezweckt die Förderung von Schutzmassnahmen durch Subventionen.

Art. a24 BV (1874 - heutige Fassung vom 11. Juni 1897):

1 Der Bund hat das Recht, der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei.

2 Er wird die Korrektion und Verbauung der Wildwasser sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete unterstützen und die nötigen schützenden Bestimmungen zur Erhaltung dieser Werke und der schon vorhandenen Waldungen aufstellen.

Die Bestimmung hat heute bezüglich des Wassers aufgrund von Art. 24bis BV eigentlich keine selbständige Bedeutung mehr. Die Revision der Wasserwirtschaftsartikel von 1975 hat immerhin den Konnex zwischen der alten und neuen Verfassungsbestimmung geschaffen. So lautet die entsprechende Stelle in Art. 24bis Abs. 2 lit. b BV:

Zum gleichen Zweck erlässt der Bund Bestimmungen über: (...)

b. die Wasserbaupolizei, inbegriffen Gewässerkorrekturen und Sicherheit der Stauanlagen.

Die erwähnte Gesetzgebung von 1877 besteht in einem klassischen Ausführungsgesetz zu Art. 24 BV, das sich dem Hochwasserschutz widmet. Heute besteht dieses Gesetz bloss noch aus einer Handvoll Artikel, die Oberaufsicht des Bundes und damit verbundenes Weisungsrecht - insbesondere in Krisensituationen - festhalten.

Eine wesentliche Veränderung hat die Wasserbaugesetzgebung mit der Erweiterung durch das Wasserbaugesetz (WBG) vom 21. Juni 1991⁶⁵² erfahren. Damit ist der

⁶⁵² vgl. dazu die Botschaft über ein zweites Paket von Massnahmen zur Neuverteilung der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen vom 25. Mai 1988, in: BBl 1988 II 1387ff.

Hochwasserschutz klar als Domäne der Kantone geregelt worden. Dieser ist Inhalt der Wasserbaugesetzgebung geblieben ...

Art. 1, Zweck und Geltungsbereich:

1 Dieses Gesetz bezweckt den Schutz von Menschen und erheblichen Sachwerten vor schädlichen Auswirkungen des Wassers, insbesondere vor Überschwemmungen, Erosionen und Feststoffablagerungen (Hochwasserschutz).

2 Es gilt für alle oberirdischen Gewässer.

... und in Verbindung zu anderen Regelungsbereichen wie der Raumplanung gebracht worden:

Art. 3, Massnahmen:

1 Die Kantone gewährleisten den Hochwasserschutz in erster Linie durch den Unterhalt der Gewässer und durch raumplanerische Massnahmen.

2 Reicht dies nicht aus, so müssen Massnahmen wie Verbauungen, Eindämmungen, Korrekturen, Geschiebe- und Hochwasserrückhalteanlagen sowie alle weiteren Vorkehrungen, die Bodenbewegungen verhindern, getroffen werden.

3 Diese Massnahmen sind mit jenen aus anderen Bereichen gesamthaft und in ihrem Zusammenwirken zu beurteilen.

Es beinhaltet in Art 4 Abs. 2 und 3 (gleichlautend wie auch der Art. 37 Abs. 2 und 3 des Gewässerschutzgesetzes) zusätzlich und in Koordination mit der übrigen Bundesgesetzgebung auch Normen des Natur- und Heimatschutzes:

2 Bei Eingriffen in das Gewässer muss dessen natürlicher Verlauf möglichst beibehalten oder wiederhergestellt werden. Gewässer und Ufer müssen so gestaltet werden, dass:

a. sie einer vielfältigen Tier- und Pflanzenwelt als Lebensraum dienen können;

b. die Wechselwirkungen zwischen ober- und unterirdischen Gewässern weitgehend erhalten bleiben;

c. eine standortgerechte Ufervegetation gedeihen kann.

3 In überbauten Gebieten kann die Behörde Ausnahmen von Absatz 2 bewilligen.

Zur Gewährleistung der Wasserbauziele sieht das Gesetz für Kantone von mittlerer oder schwacher Finanzkraft Finanzhilfen und Subventionen vor; einerseits für die Abgeltung an wasserbauliche Massnahmen (Art. 6) und an die Wiederherstellung von Bauten und Anlagen (Art. 8) und andererseits aber auch für die Renaturalisierung von Gewässern (Art. 7).⁶⁵³ Damit werden schlussendlich zwei Stossrichtungen - Wahrung des Hochwasserschutzes und Schutz der natürlichen Gewässer - verfolgt. So zeigt auch die Wasserbaugesetzgebung deutlich, dass eindimensionale Legiferierung mit zunehmender Komplexität der Verhältnisse nicht mehr ausreichend ist - Koordination wird nicht nur durch Gesetzesanwendung, sondern auch durch kombinierte Gesetzgebung zu erreichen versucht.

Der Schutzgesetzgebung (vor der Ressource) entzieht sich kein Eigentümer (solange es überhaupt einen privaten Eigentümer gibt) eines Gewässergrundstücks (vgl. Art. 1 Abs. 2 WBG). Mit anderen Worten charakterisiert die eben dargestellte Gesetzgebung mit dem an die Kantone delegierten Zwangsmechanismus dem betroffenen Grundeigentümer sein ganz konkretes Eigentum dahingehend, dass er sich aufgrund höher gewerteter (öffentlicher) Interessen des Hochwasserschutzes Eingriffe gefallen lassen muss. Er kann damit nicht als romantischen Wildbach in unverbauten

⁶⁵³ Vgl. Maurer, NHG-Komm. S. 93, Rz 35

Zustand rauschen lassen, was die Gefahr des Hochwassers in sich trägt. Einmal mehr lenkt die Schutzpolitik den Eigentümer in der Ausübung seines Rechts, in der Nutzung seines Eigentums, in den durch das öffentliche Recht vorgesehenen Bahnen und schliesst damit notgedrungen gewisse Nutzungen aus, die auf anderen gewässertragenden Grundstücken zulässig wären.

Das Wasserbaugesetz ist ein Pfeiler der Gesetzgebung zum Schutz vor der Ressource. Es findet sich ergänzt durch die zahlreichen Gewässerkorrekturen des 19. und 20. Jahrhunderts, die eine ganze Reihe von weiteren Gesetzen und Verordnungen betreffend Unterhalt und Verwaltung dieser Werke ausgelöst haben (beispielsweise Linthwerk, Juragewässerkorrektur oder die verschiedenen See-regulierungen) - ein Verweis auf die gesetzlichen Grundlagen in Band 7/1 der SR, genauer SR 721.1, 721.1, 721.3 und 721.6, soll eine explizite Aufzählung ersetzen.

6.2 Wassernutzung

Die Nutzung der Ressource Wasser findet eine Vielzahl von rechtlichen Regelungen. Von der Bestimmung des kommunalen Rechts, wie bei akuter Wasserknappheit (Wasserverbrauch) vorzugehen ist, bis hin zu den grossen Leitlinien des Bundesrechts über die sinnvolle Nutzung der Gewässer finden sich Tausende von Einzelbestimmungen dazu. Es soll hier anhand des Wasserrechtsgesetzes ein System aufgezeigt werden, das exemplarisch ist. Es zeigt Modalitäten und Instrumentarien auf, die für die Nutzung und die hier in einem weiteren als dem privatrechtlichen Sinne zu verstehenden Verfügung der Wasserkraft zum Zuge kommen sollen und sich so auch in anderen Erlassen finden, welche auf die Nutzung der Gewässer Bezug nehmen (Fischerei, Schifffahrt, etc.).

So sind denn auch mehrere Artikel des im Folgenden vorzustellenden Gesetzes den Kollisionen mit anderen Nutzungsbereichen gewidmet. So sollen die Vorgaben des Wasserbaurechts eingehalten und den Interessen der Schifffahrt, der Fischerei, der Flösserei (auch 1912 nur noch in geringem Mass)⁶⁵⁴, sowie des Landschaftsschutzes (vgl. Art. 22 WRG) Rechnung getragen werden.

6.21 Das Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22.12.1916 (Wasserrechtsgesetz, WRG)⁶⁵⁵

Die Vergabe der Kompetenz der Regelungen über die Wassernutzung an den Bund erfolgte 1908 via Art. 24bis BV. Die Elektrizitätsgewinnung durch Wasserkraft wirkte dabei als Impetus und Grund für die Grundlage einer gesamtschweizerischen Regelung; die dazu vorgesehene Gesetzgebung war schon in Bearbeitung, als die endgültige Annahme des Verfassungsartikels noch ausstand. Der erste Abschnitt des neuen Gesetzes ist der *Verfügung über die Gewässer* gewidmet. Dies nicht in einem privatrechtlichen Sinne, sondern im Sinne der konkreten Befugnis - als eine von verschiedenen im Vergleich etwa zur Allmacht des Eigentümers - über *die Nutzung der Wasserkraft* bestimmen zu können. Dem Bund steht gemäss der Eingangsbestimmung die oberste Aufsicht zu ...

⁶⁵⁴ vgl. den bundesrätlichen Botschaftstext vom 19. April 1912, BBl 1912 II 687.

⁶⁵⁵ WRG, SR 721.80.

Art. 1 WRG, Oberaufsicht des Bundes:

1 Der Bund übt die Oberaufsicht aus über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte der öffentlichen und privaten Gewässer.

2 Als öffentliche Gewässer im Sinne dieses Gesetzes gelten die Seen, Flüsse, Bäche und Kanäle, an denen nicht Privateigentum nachgewiesen ist und die Gewässer, die zwar im Privateigentum stehen, aber von den Kantonen in Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden.

... während die Kantone - mit Delegationsrecht - über die Nutzbarmachung verfügen:

Art. 2 WRG, Verfügung kraft öffentlichen Rechts:

1 Das kantonale Recht bestimmt, welchem Gemeinwesen (Kanton, Bezirk, Gemeinde oder Körperschaft) die Verfügung über die Wasserkraft der öffentlichen Gewässer zusteht.

2 Wo das gegenwärtige kantonale Recht die Verfügung über die Wasserkraft öffentlicher Gewässer den Uferanrößern zuspricht, bleibt es bis zu seiner Aufhebung durch die Kantone in Kraft.

Die Kantone behalten mit der Verfügungskompetenz über die öffentlichen Gewässer auch das Recht, Konzessionsverleihungen und Wasserzins- und Gebühreninkasso vorzunehmen. Dort, wo es noch private Gewässer geben sollte, entscheidet wieder das kantonale Recht, ob diese die Nutzung betreffend den öffentlichen Gewässern gleichgestellt werden sollen. Selbst der private „Gewässereigentümer“ untersteht in Sachen Wasserkraftnutzung der kantonalen Ordnungen, da Art. 17 Abs. 1 WRG auch für allfällige private Wasserkraftnutzer in jedem Falle die Notwendigkeit einer Bewilligung der zuständigen kantonalen Behörde vorsieht:

Art. 17 Abs. 1 WRG:

1 Zur Nutzbarmachung der Privatgewässer oder der öffentlichen Gewässer kraft Privatrechts der Uferanrößer (Art. 2 Abs. 2) bedarf es der Erlaubnis der zuständigen kantonalen Behörde.

So realisiert der Staat die Aufsicht über die Wasserkraftnutzung und unterstellt damit die „Gewässereigentümer“ bezüglich Wasserkraftnutzung derselben Kontrolle wie sie für alle konzessionierten Wassernutzer vorgesehen ist. Der private Eigentümer ist also grundsätzlich frei, die Wasserkraft seines Gewässers zu nutzen, wird aber immerhin über ein Bewilligungserfordernis an die staatliche Zustimmung gebunden. Der Inhalt seines Eigentums im Bezug auf die Nutzung - und diese interessiert ihn hier - ist also eingeschränkt oder eben durch das WRG konkretisiert.

6.21.1 Verleihung von Wasserrechten

Für die Benutzung öffentlicher Gewässer werden durch die Gesetzgebung, Lehre und Rechtsprechung die drei bereits bekannten Stufen der Nutzung öffentlicher Sachen unterschieden. Wie die Kantone die Differenzierung vorzunehmen haben, ist verfassungsrechtlich nicht vorgesehen und kann deshalb vom zuständigen Gemeinwesen festgelegt werden. D.h., dass dieses bestimmen kann, in welcher Intensität und Form die Gewässernutzung auf seinem Gebiet überhaupt zulässig ist. Die Abgrenzung der einzelnen Gebrauchsstufen steht mit anderen Worten dem Inhaber der Sachherrschaft zu. Wie gesehen, können das (in seltenen Fällen) private Eigentümer sein, oder aber die über die Gewässerhoheit verfügenden Kantone, resp. die von diesen delegierten anderen Träger (Gemeinden, Korporationen, etc.).

Der gewöhnliche Gemeingebrauch entspricht der Zweckbestimmung des Gewässers und behindert die Mitbenutzung durch andere nicht wesentlich. Er ist ohne besondere Erlaubnis statthaft (soweit nicht im Hinblick auf die Tätigkeit an sich eine Bewilli-

gung erforderlich ist - wie beispielsweise das Erfordernis des Führerausweises für das Führen bestimmter Schiffskategorien gemäss Art. 17 des Bundesgesetzes über die Binnenschifffahrt, SR 747.201, und Art. 78 der Verordnung über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern, SR 747.201.1) und unentgeltlich. Zum gewöhnlichen Gemeingebrauch an Gewässern gehören nach der Praxis das Baden, die Schifffahrt, der Bezug von Wasser für den Kleinverbrauch und das Tränken von Tieren. In der Ausübung des gewöhnlichen Gemeingebrauchs haben die Uferanrainer faktische Sondervorteile; ein Recht auf Fortbestand dieser Lage haben sie nur, wenn es ihnen nach kantonalem Recht zusteht oder speziell verliehen worden ist.

Der gesteigerte Gemeingebrauch geht entweder über die Zweckbestimmung der Sache hinaus oder behindert die Nutzung durch Dritte. Zum gesteigerten Gemeingebrauch gehören nach kantonaler Ordnung und nach der Praxis u.a. der Wasserbezug in bestimmtem Umfang oder auch die vorübergehende besondere Beanspruchung eines Gewässers (z.B. für eine Regatta). Wird für diese Stufe der Nutzung eine Abgabe erhoben, handelt es sich um eine Gebühr, die nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage verlangt werden kann und nicht kostendeckend wirken darf.

Die Sondernutzung hat nach der klassischen Umschreibung (vgl. oben unter der Einführung zu den öffentlichen Sachen) ausschliesslichen Charakter, hindert also die Nutzung (mindestens die gleichartige) durch andere. Durch das positive Recht ist der Bereich der Sondernutzung ausgeweitet worden und umfasst heute ausser der Wasserkraftnutzung als typische Form der Sondernutzung auch alle Wasserbauten, die Wasserentnahme in grösseren Mengen, die Kies- und Sandausbeutung und die Materialablagerung, die Wärmegewinnung und die Verwendung von öffentlichen Gewässern zu Kühlzwecken. Nach der zürcherischen Konzessionsverordnung zum Wasserwirtschaftsgesetz vom 21.10.1991 ist beispielsweise eine Konzession namentlich erforderlich für die Entnahme von Grund- und Oberflächenwasser für die Wasserversorgung, zu Wärme- und Kühlzwecken, zu industriellen und gewerblichen Brauchzwecken, zur Bewässerung und zur Speisung von Weihern; ferner für die Wasserkraftnutzung, die Inanspruchnahme von Gewässern durch Bauten und Anlagen, die Materialentnahme aus Gewässern und die Erstellung von Bauten und Anlagen im Grundwasserleiter. Dies zeigt die ungeheure Regelungsdichte, die aus der Gewässerhoheit der Kantone - mit oder ohne Delegation - fliessen kann.

Die Wassernutzungsrechte sind zu unterscheiden von den Geltungsvoraussetzungen, die Bund und Kantone im Rahmen der Schutzpolitiken wie Landschafts-, Natur- und Biotopschutz, qualitativem und quantitativem Gewässerschutz, Raumplanung festlegen. Dort wird jeder Nutzer erfasst, der mit dem Gewässer in Berührung kommt. Hier geht es lediglich um die Ermächtigung zur Sondernutzung als Ausdruck der Sachherrschaft am Gewässer.

So beruht denn die Wasserkraftnutzung an öffentlichen Gewässern grundsätzlich auf einer *Wasserrechtsverleihung*, einer *Wasserrechtskonzession*, die ihre Grundlage in Art. 43 WRG hat, auf die es aber keinen Anspruch gibt (d.h. der Hoheitsträger vergibt sie vereinfacht gesagt, wem er will; es gibt keinen Anspruch auf die Verleihung, wenn etwa bestimmte Eignungsvoraussetzungen erfüllt sind) und die, resp. die damit verliehenen Nutzungsrechte dem Gesetzeswortlaut entsprechend als wohlerworbene Rechte gelten:

Art. 43 WRG:

¹ Die Verleihung verschafft dem Beliehenen nach Massgabe des Verleihungsaktes ein wohlerworbenes Recht auf die Benutzung des Gewässers.

2 Das einmal verliehene Nutzungsrecht kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohls und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden.

D.h. hier erteilt der Gesetzgeber eine Position, die derjenigen des Eigentümers ähnlich ist (vgl. Ausführungen zur Konzession, oben). Sie schliesst Dritte klar aus und konkretisiert nicht bloss das Regelwerk - sie ersetzt dieses, weil es hier gerade keinen allmächtigen Eigentümer ausserhalb der staatlichen Zuständigkeit gibt. Deshalb resultiert aus dem Entzugem denn auch die Folge einer Expropriation: volle Entschädigung. Damit erreicht der Konzessionär eine einmalige Nutzungsposition, die auf mehr als nur dem Vertrauensverhältnis zum Verleiher basiert und umfassende - insbesondere auch zeitlich - Nutzung ermöglicht. Als Gegenleistung hat der Konzessionär einen sog. *Wasserzins* zu entrichten.

Das Bundesgericht behandelt sämtliche Wasserkraftkonzessionen gleich, ungeachtet, ob sie auf Vertrag oder Verfügung basieren. Es nennt sie alle wohlverworbene Rechte gemäss Art. 43 Abs. 1 WRG⁶⁵⁶.

Das WRG sieht für die Wasserkraftwerke, welche aufgrund privater Berechtigungen errichtet worden sind (nach Art. 2 Abs. 2 WRG), eine *Bewilligungspflicht* vor - der selten gebliebene Fall desjenigen privaten Grundeigentümers, der aufgrund seiner privatrechtlichen Position über die Nutzung der Wasserkraft verfügen darf, bleibt dennoch von einer in Bewilligungsform gekleideten Zustimmung des Gemeinwesens abhängig, auch wenn er keine Konzession braucht.

6.21.2 Weitere Regelungen des WRG - insbesondere der Revisionen:

Schon das alte Gesetz von 1916 beinhaltet zwei für die Zeit beachtliche Regelungen zum Thema Natur- und Heimatschutz in

Art. 22 WRG:

1 Naturschönheiten sind zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten.

2 Die Wasserwerke sind so auszuführen, dass sie das landschaftliche Bild nicht oder möglichst wenig stören.

Diese laufen später gerade mit dem Landschafts- aber auch Wasserschutz parallel.

Aufgrund der Revision des Gewässerschutzgesetzes von 1991 wurde auch das WRG geändert. Durch Art. 75 Ziff. 6 GSchG wurde Art. 22 Abs. 3 WRG eingefügt.

Art. 22 Abs. 3 WRG sieht eine Abgeltungsregel für Einbussen an Wasserkraftnutzung der betroffenen Gemeinwesen durch den Bund vor, wenn sich diese aus der Rücksichtnahme auf die Erhaltung und Unterschutzstellung schützenswerter Landschaften von nationaler Bedeutung ergeben.

Zur Finanzierung dieser Abgeltung sollte eine zweckgebundene Abgabe auf hydroelektrischer Energie für Landschaftsschutz erhoben werden, was vorerst scheiterte (Diese Abgabe sollte als sog. Landschaftsrappen im Verordnungsrahmen geregelt werden).



⁶⁵⁶ vgl. ZBl 1989, S. 86.

Die Revision des Art. 24bis Abs. 1 lit. b BV (1975) geht von einem koordinierten verfassungsmässigen Konzept „Wasserwirtschaft“ aus; die Bundeskompetenz wird dadurch in Sachen Wasser gesamtheitlich geregelt - das Gesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte erfährt systematische Änderungen.

Inhaltlich bringt schliesslich auch die Gesetzesrevision von 1996 Änderungen, die in Kürze vorgestellt sein sollen:

☞ Die Revision nahm die Finanzierungsidee für die oberwähnte Abgeltung von 1991 wieder auf und realisierte sie denn auch durch die Schaffung der gesetzlichen Grundlage für den sog. *Landschaftsfranken* gemäss Art 49 Abs. 1 WRG: die Leistungen von Art. 22 Abs. 2 und 3 WRG können per Abgabe auf bis zu einem Franken pro Kilowatt bezahlt werden⁶⁵⁷:

Art. 49 WRG:

1 Der Wasserzins darf jährlich 80 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung nicht übersteigen. Davon kann der Bund höchstens 1 Franken pro Kilowatt Bruttoleistung zur Sicherstellung der Ausgleichsleistungen an Kantone und Gemeinden nach Artikel 22 Absätze 3-5 beziehen. Im internationalen Verhältnis sorgt der Bund bei jeder Änderung des Wasserzinsmaximums für die notwendige Abstimmung.

☞ Für private Gewässer und ehehafte Rechte betr. Wasserkraftnutzung sieht Art. 18 WRG vor, dass die Belastung dieser Werke durch Abgaben oder Steuern nicht grösser sein darf als die der konzessionierten Werke durch den Wasserzins. Bezüglich Eingriffe in den Wasserkreislauf gelten aber auch hier die gesetzlichen Vorschriften - damit ist die Freiheit des privaten Wasserkraftnutzers nicht als substantiell grösser zu beurteilen als sie dies für die mittels Konzession an einem öffentlichen Gewässer Berechtigten ist.

Das Wasserwirtschaftsrecht garantiert aber auch eine Abstimmung zu anderen Sachbereichen wie der Fischerei (die hier als Wassernutzungsbereich behandelt wird), des Natur- und Heimatschutzes (vgl. oben), der Raumplanung, der Walderhaltung und des Umweltschutzes. Das Wasserbaurecht unterliegt damit als Ganzes auch der Koordination zu diesen anderen Sachbereichen, die einerseits durch die *Rechtssetzung* realisiert wird. Als besonders wichtiges Koordinationsinstrument ist die *Umweltverträglichkeitsprüfung*⁶⁵⁸ zu nennen, die für grössere Wasserkraftanlagen und Wasserbauten durchzuführen ist⁶⁵⁹. Dazu hat das Bundesgericht im Entscheid *Stauhaltung Curciosa Mesocco GR* in BGE 119 Ib 254 festgehalten:

„6.- In bezug auf das vom Kanton befolgte Verfahren wenden die Beschwerdeführer ein, die UVP müsse bereits vor der Beschlussfassung der für die Wasserrechtsverleihung zuständigen Gemeindebehörden und nicht erst im Verfahren vor der Regierung über die Genehmigung der Gemeindebeschlüsse und die Erteilung der nach Fischerei- sowie Natur- und Heimatschutzgesetz nötigen Bewilligungen vorliegen.

a) Bevor eine Behörde über die Planung, Errichtung oder Änderung von Anlagen entscheidet, welche die Umwelt erheblich belasten, hat sie nach Art. 9 Abs. 1 USG deren Umweltverträglichkeit zu prüfen. Der Bundesrat bezeichnet diese Anlagen. Gemäss Ziff. 21.3 des hiefür massgebenden Anhangs der

⁶⁵⁷ vgl. Maurer, Komm. NHG, s. 91 Rz 36f.

⁶⁵⁸ Vgl. Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV) vom 19. Oktober 1988,, AS 814.011.

⁶⁵⁹ Vgl. dazu auch die Entscheide des Bundesgerichts BGE 115 Ib 494 (Tursanierung ZH), 116 Ib 262 (Kraftwerk CleusonDixence VS), 118 Ib 603 (Reussbrücke Sins AG/ZG).

UVPV unterliegen Speicher- und Laufkraftwerke einer mehrstufigen UVP. Als erste Stufe wird unter Hinweis auf Art. 38 WRG das Konzessionsverfahren genannt. Die zweite Stufe ist durch das kantonale Recht zu bestimmen. Gemäss dem Gesetz vom 18. März 1906 betreffend die Benutzung der öffentlichen Gewässer des Kantons Graubünden zur Errichtung von Wasserwerken (WNG) ist zur Erstellung einer Wasserwerkanlage die Konzession der Territorialgemeinde erforderlich. Zu ihrer Gültigkeit bedarf die Konzession der Genehmigung durch die Regierung (Art. 4 Abs. 1 und 3 WNG). Entsprechendes gilt für Konzessionsänderungen und -erneuerungen (Art. 7 WNG). Hieraus ergibt sich, dass das Konzessionsverfahren erst mit der Genehmigung durch die Regierung abgeschlossen ist. Wird berücksichtigt, dass das Verleihungsverfahren gemäss Art. 60 WRG durch die Kantone geregelt wird und dass sich das Bundesumweltschutzrecht damit begnügt, auf das Konzessionsverfahren zu verweisen, so kann nicht von einem Verstoss gegen Bundesrecht die Rede sein, wenn die erste Stufe der UVP im Verlaufe des Genehmigungsverfahrens durch die kantonale Regierung vorgenommen wird.

b) Dass die Gemeinden im Zeitpunkt ihrer Beschlussfassung über die Verleihung des Wasserrechts über die Umweltverträglichkeit der Wasserwerkanlage nicht abschliessend im Bilde sind, ist zwar zu bedauern, kann jedoch aufgrund der nicht als bundesrechtswidrig zu bezeichnenden Regelung des Bündner Rechts über die Kompetenzen und das Verfahren der Wasserrechtsverleihung nicht beanstandet werden. Die Prüfung der Umweltverträglichkeit der Anlage wird von der Behörde durchgeführt, welche im Rahmen eines Bewilligungs-, Genehmigungs- oder Konzessionsverfahrens über das Projekt entscheidet (Art. 5 Abs. 1 UVPV). Da das Konzessionsverfahren erst mit der Genehmigung der Konzession durch die Regierung abgeschlossen ist, entspricht es dieser Regel, wenn das kantonale Recht die Regierung als zuständige Behörde im Sinne dieser Vorschrift bezeichnet. Ihr obliegt es, eine frühzeitige und umfassende Beurteilung des Projekts sicherzustellen (Art. 3 und 5 Abs. 3 UVPV).

Die Erstellung einer Wasserwerkanlage bedarf nicht nur der Verleihung der Wasserkraftnutzung, sondern auch der Erteilung weiterer Bewilligungen, so namentlich der gewässerschutzrechtlichen, der fischereirechtlichen und der naturschutzrechtlichen Bewilligung. Es entspricht daher dem Koordinationsgebot, dessen Beachtung u.a. die UVP dient (Art. 14 und 21 UVPV; BGE 116 Ib 263 E. 1b und c), wenn die Regierung als Genehmigungs- und Bewilligungsbehörde mit ihrem Entscheid die Umweltverträglichkeit des Werkes feststellt. Die fischereirechtliche, die naturschutzrechtliche und nach dem am 1. November 1992 in Kraft getretenen GSchG vom 24. Januar 1991 (SR 814.20) auch die gewässerschutzrechtliche Bewilligung bedürfen notwendigerweise der Abstimmung mit der Verleihung der Wasserkraftnutzung, zählt doch die Festlegung der Mindestwassermenge sowohl zum Inhalt der Verleihung als auch zu den Anordnungen für die Sicherung günstiger Lebensbedingungen für die Wassertiere (s. Art. 25 Abs. 1 lit. a FG vom 14. Dezember 1973 und Art. 8 f. des am 1. Januar 1994 in Kraft tretenden FG vom 21. Juni 1991 [SR 923.0], ferner Art. 54 WRG sowie die Zweckbestimmungen des GSchG vom 24. Januar 1991 zum Schutz der Gewässer vor nachteiligen Einwirkungen [Art. 1 und 29 ff. betr. Sicherung angemessener Restwassermengen]; BGE 107 Ib 153 E. 3c).

7.- Die Beschwerdeführer wenden sodann ein, die beiden Regierungsbeschlüsse Nrn. 2629 und 2630, die das Projekt des Speicherwerks Curciusa betreffen, seien derart eng mit den Beschlüssen Nrn. 2631, 2632 und 2633 verbunden, dass im Sinne des Anlagebegriffs gemäss Art. 7 Abs. 7 und Art. 9 USG von einer alle beteiligten Kraftwerkanlagen umfassenden Gesamtanlage auszugehen sei. Hieraus ergebe sich, dass sämtliche Beschlüsse nur aufgrund einer gesamthaften UVP gefasst werden könnten, welche die Umweltverträglichkeit auch der mit den Beschlüssen Nrn. 2631-2633 verfügbaren Anordnungen nachweise. Das EDI teilt diese Auffassung.

a) Es trifft zu, dass ein Zusammenhang zwischen den Werken besteht, welche Gegenstand aller fünf angefochtenen Regierungsbeschlüsse bilden. Die Rechtskraft aller Beschlüsse hängt vom Bau und Betrieb des Saison-Speicherkraftwerkes Curciusa ab. Doch kann aus dieser konzessionsrechtlich angeordneten Abhängigkeit nicht ohne weiteres gefolgert werden, umweltschutzrechtlich seien die einzelnen Werke als Teilanlagen einer Gesamtanlage zu betrachten. In Frage stehen - vom Werk Curciusa abgesehen - seit Jahrzehnten in Betrieb stehende und von verschiedenen Gesellschaften geführte Wasserkraftwerke. Sie nutzen ausserdem die Wasserkraft verschiedener Einzugsgebiete, des Hinterrheins einerseits und der Moesa sowie der Calancasca andererseits.

b) Für das nun zu beurteilende Speicherwerk Curciusa ist festzustellen, dass gemäss seiner Zweckbestimmung als Saison-Speicherkraftwerk zur Umlagerung von Sommer- in Winterenergie ein untrennbarer Zusammenhang mit den bisherigen Werken Isola-Spina und Spina-Soazza besteht. Dieser Zusammenhang ist umweltschutzrechtlich erheblich, führt er doch zu einer wesentlichen Veränderung

des Wasserregimes, namentlich der Moesa. Andererseits kann gestützt auf die Aktenlage - insbesondere gestützt auf den Bericht zur UVP - angenommen werden, dass die Änderung des Abflusses im Hinterrhein zufolge der Ableitung von Wasser aus dem Val Rossa und eines Teils des Abflusses des Areuabaches umweltschutzrechtlich vernachlässigbar ist (s. hiezu nachf. E. 9k und 10b).

Es liegt daher nahe, hinsichtlich der genannten Werke Spina und Soazza - nicht aber mit Bezug auf die Anlagen der KHR AG - eine Gesamtanlage anzunehmen, welche im Sinne von Art. 9 Abs. 1 USG die Umwelt erheblich belasten kann. In der Botschaft zum USG werden Kraftwerke zur Energiegewinnung ausdrücklich als solche Anlagen genannt (BBI 1979 III 786).

Da sich die beabsichtigte bedeutend grössere Menge von Winterenergie nur dank des Speicherwerkes Curciusa in den Anlagen Spina und Soazza erzeugen lässt, sind als Konsequenz der neuen Energienutzungskonzeption die erwähnten bestehenden Werke als Teil der Gesamtanlage zu betrachten, wie dies von den Vereinigungen verlangt wird und auch der Auffassung des EDI entspricht. Die potentiell erhebliche Umweltbelastung, zu welcher die Wasserspeicherung in Curciusa führt, erstreckt sich als Folge des neuen Nutzungskonzepts notwendigerweise auf die bisherigen Werke Spina und Soazza. Für die UVP-Pflicht ist das Kriterium der potentiell erheblichen Umweltbelastung massgebend (HERIBERT RAUSCH, Kommentar zum USG, N. 31 zu Art. 9). Entsprechend ist auch für die veränderte Betriebsführung in den bestehenden Werken der MKW AG eine UVP nötig. Fragen kann sich nur, ob allenfalls die vorliegenden Untersuchungen ausreichen, um das Projekt im Sinne von Art. 24 UVPV gesamthaft auf seine Übereinstimmung mit den Vorschriften über den Schutz der Umwelt prüfen zu können. Hierauf ist weiter hinten zurückzukommen (E. 9 und 10).

8.- Aufgrund von Art. 9 Abs. 3 USG liess die MKW AG durch die Elektrowatt Ingenieurunternehmung AG den Bericht über die Umweltverträglichkeit des Saison-Speicherwerkes Curciusa ausarbeiten.

Der umfangreiche Bericht wurde im März 1987 erstattet. Als Anhang wurden ihm 18 fachspezifische Teilberichte zu den einzelnen die Umwelt betreffenden Sachbereichen beigegeben. Er wurde mit einem weiteren Bericht vom Januar 1991 über die Auswirkungen des Projekts auf die Oberflächengewässer der Moesa unterhalb Soazza sowie auf die Auen und die Lebensbedingungen der Gewässerfauna ergänzt. Die Beschwerdeführer werfen dem Bericht vor, er sei unvollständig, beruhe zum Teil auf ungenügenden Sachverhaltsabklärungen und ziehe in bezug auf die Umweltauswirkungen des geplanten Saison-Speicherwerkes Folgerungen, denen nicht zugestimmt werden könne.

Zur Überprüfung der Einwendungen der Organisationen drängen sich zunächst die nachfolgenden grundsätzlichen Erwägungen auf:

a) Der gestützt auf Art. 9 USG erstellte Bericht über die Umweltverträglichkeit des Saison-Speicherwerkes Curciusa ist gestützt auf Art. 9 Abs. 5 USG und die zugehörigen Bestimmungen der UVPV von der gemäss Art. 42 USG eingesetzten Umweltschutzfachstelle des Kantons beurteilt worden (Art. 12 und 13 UVPV). Diese holte die Stellungnahmen der beteiligten kantonalen Ämter und des BUWAL als Fachstelle des Bundes ein (Art. 42 Abs. 2 USG). Zum Bericht des Bundesamtes äusserte sie sich abermals. Die durch die kantonale Fachstelle vorzunehmende Prüfung des Berichts über die Umweltverträglichkeit entspricht einer vom Bundesrecht obligatorisch verlangten amtlichen Expertise (BGE 118 Ib 603 E. 6; MARTIN LENDI, Die UVP nach schweizerischem Recht, Schriftenreihe zur Orts-, Regional- und Landesplanung Nr. 38, 1988, S. 83; RAUSCH, a.a.O., N. 124 zu Art. 9 USG; PIERRE ANDRÉ JUNGO, Die UVP als neues Institut des Verwaltungsrechts, Diss. Freiburg 1987, S. 118). Es kommt ihr dementsprechend grosses Gewicht zu. Auch wenn der entscheidenden Behörde eine freie Beweiswürdigung zusteht, entspricht es dem Sinn des Bezugs der Fachstelle als sachkundiger Spezialbehörde, dass nur aus triftigen Gründen vom Ergebnis der Begutachtung abzuweichen ist. Dies trifft namentlich auch für die ihr zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen zu. Für die Beurteilung der UVP ist sodann zu beachten, dass diese ein förmliches Vorverfahren darstellt, das in ein Hauptverfahren ausmündet (BGE 118 Ib 215 E. 8c, 116 Ib 264 E. 1c/d; LENDI, a.a.O., S. 83). Soweit der im Hauptverfahren entscheidenden Behörde - hier der Regierung beim Entscheid über die Genehmigung der Konzessionen bzw. deren Änderung sowie die Erteilung der fischerei- und der naturschutzrechtlichen Bewilligung - ein Ermessens- und ein Beurteilungsspielraum bei der Anwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe zusteht, sind die Tatsachenfeststellungen und deren rechtliche Würdigung miteinander verflochten (RAUSCH, a.a.O., N. 124 zu Art. 9). Hieraus ergibt sich, dass die entscheidende Behörde das Ergebnis ihrer Beweiswürdigung und Beurteilung nachvollziehbar darlegen muss und dass sie nur aus stichhaltigen Gründen von der Beurteilung durch die Fachstelle abweichen darf. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Praxis, wonach an die Sachverhaltsabklärung hohe Anforderungen zu stellen sind, da dies die Voraussetzung dafür bildet, dass ein sorgfältiges Gewichten der verschiedenen öffentlichen Interessen, welche aufeinander stossen, überhaupt möglich ist (BGE 112 Ib 429 E. 3).

b) Für die gerichtliche Beurteilung des im Hauptverfahren kantonale letztinstanzlich getroffenen Entscheides ist hieraus zu folgern, dass in erster Linie zu prüfen ist, ob die UVP über den wesentlichen Sachverhalt vollständig Aufschluss gibt, ob ihre Beurteilung durch die Fachstelle den Anforderungen einer amtlichen Expertise genügt und ob die für den Entscheid im Hauptverfahren zuständige Behörde aus der UVP und deren Beurteilung durch die Fachstelle die zutreffenden Folgerungen gezogen hat.

Namentlich ist zu beurteilen, ob die öffentlichen Interessen vollständig berücksichtigt und ob sie richtig gewichtet wurden, wobei zu beachten ist, dass sich der Umweltverträglichkeitsbericht auf das für den Entscheid Wesentliche beschränken darf (BGE 118 Ib 228 E. 13). Aus der Prüfung dieser Fragen ergibt sich, ob der Entscheid auf einer dem Bundesrecht entsprechenden Abwägung der Gesamtinteressenlage beruht (Art. 3 UVPV, Art. 25 FG vom 14. Dezember 1973 bzw. Art. 9 Abs. 2 FG vom 21. Juni 1991, Art. 18 ff. NHG, Art. 29 ff. GSchG vom 24. Januar 1991, Art. 5 des Bundesgesetzes vom 4. Oktober 1991 über den Wald sowie in teilweiser Vorwegnahme der künftigen Ausführungsbewilligungen Art. 24 RPG). Für die Beurteilung dieser Abwägung ist sodann zu berücksichtigen, dass der Richter für die Würdigung der technischen Aspekte das Ermessen und den Beurteilungsspielraum der entscheidenden Behörde zu respektieren hat. Wie ausgeführt, greift er nur bei Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens ein (Art. 104 lit. a OG) und prüft die Fragen, zu deren Beurteilung die Vorinstanzen über die besseren Kenntnisse der örtlichen, technischen oder persönlichen Verhältnisse verfügen, zurückhaltend (oben E. 2b).

Diese Ausgangslage befreit den Richter allerdings nicht von einer sorgfältigen Würdigung des Expertenberichts und einer eigenen Meinungsbildung in einem Instruktionsverfahren, wie es im vorliegenden Fall durchgeführt worden ist. Die einlässliche Ortsbesichtigung vermittelte der bundesgerichtlichen Delegation die nötigen Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse. Die kontradiktorische Anhörung der Vertreter der eidgenössischen und kantonalen Behörden sowie der auf der Seite der Beschwerdeführer wie der Beschwerdegegner beteiligten Fachleute liess die gegensätzlichen Standpunkte und das Gewicht der Argumente erkennen, so dass es die getroffenen Abklärungen ermöglichen, die Vollständigkeit der massgebenden Sachverhaltsfeststellungen, deren Begutachtung durch die kantonale Fachstelle und deren Würdigung durch die Regierung zu beurteilen.

c) Bleiben aufgrund der richterlichen Beweiswürdigung des amtlichen Expertenberichts Fragen offen, denen erhebliche Bedeutung zukommt, so besteht im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren an sich die Möglichkeit, durch Beizug von Experten zusätzliche Abklärungen zu veranlassen. Solche ergänzende Beweiserhebungen können jedoch nur dann in Betracht kommen, wenn die zu beurteilenden Fragen klar fassbar und im Verhältnis zu den von den Vorinstanzen getroffenen Abklärungen von begrenzter Tragweite sind. (In bezug auf das Innkraftwerk Pradella-Martina traf dies seinerzeit zu, vgl. nicht publ. E. 4 von BGE 115 Ib 224 ff.; auch ist zu beachten, dass hierfür noch keine förmliche UVP vorlag.) Muss aufgrund der Umweltschutzgesetzgebung obligatorisch eine UVP erstellt werden, so wird es im Regelfall Sache der Vorinstanzen sein, die nötigen Ergänzungen des Berichts über die UVP und deren Beurteilung durch die Umweltschutzfachstelle zu veranlassen. Diese Folgerung drängt sich in Beachtung der Verfahrensanforderungen der Umweltschutzgesetzgebung auf (s. namentlich Art. 9 Abs. 5-8 USG und Art. 5 ff. UVPV). Auch das Bundesgericht hat die gesetzlichen Pflichten und Kompetenzen der Umweltschutzfachstellen als amtliche Expertengremien zu respektieren.“

Andererseits besteht die Koordinationspflicht auch bei der *Rechtsanwendung*:

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht eine verfassungsrechtliche Pflicht zur materiellen und formellen Koordination der Rechtsanwendung, wenn für die Verwirklichung eines Projekts verschiedenen materiellrechtliche Vorschriften anzuwenden sind und zwischen diesen Vorschriften ein derart enger materieller Sachzusammenhang besteht, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander angewendet werden dürfen“

- so in BGE 118 Ib 434 (Herliberg ZH): Die Wahrung des Gesamtinteresses im Sinne von Art. 24bis Abs. 1 BV verlangt diese Koordination mit anderen Bereichen. Entsprechend hat das Bundesgericht im Entscheid Wynau, BGE 125 II 18, zur Frage des Konfliktes Konzession einerseits, (Gewässerschutz-)Bewilligung andererseits Stellung genommen. So soll eine einmal erteilte Konzession in der nachfolgenden Interessenabwägung anlässlich eines gewässerschutzrechtlichen Be-

willigungsverfahrens keinen Vorrang geniessen. Im Streit lagen das Elektrizitätswerk Wynau und verschiedene Naturschutzorganisationen um ein Wasserkraftwerk an der Aare:

„Regeste:

Konzession und Bewilligungen für den Neubau eines Wasserkraftwerks.

Der Rechtsmittelentscheid des Bundesrates, der die Erteilung der Konzession für den Kraftwerksneubau bestätigt, bindet die kantonalen Behörden in den vorbehaltenen und nachfolgenden - insbesondere gewässerschutzrechtlichen - Bewilligungsverfahren nicht und steht einer umfassenden Interessenabwägung in diesen Verfahren nicht entgegen (E. 4).

Sachverhalt:

Die Elektrizitätswerke Wynau AG (EWW AG) reichte im Jahre 1981 beim Regierungsrat des Kantons Bern ein Konzessionsgesuch für den Abbruch und Neubau ihres an der Aare bei Wynau betriebenen Wasserkraftwerks und Wehrs ein. Das Bundesgericht hiess am 6. Dezember 1983 aus Gründen des Landschaftsschutzes eine Beschwerde verschiedener Umweltschutzorganisationen gut, die sich gegen die im Hinblick auf die Neukonzessionierung erteilte fischereirechtliche Bewilligung richtete (BGE 109 Ib 214 ff.).

Die EWW AG erarbeitete in der Folge ein abgeändertes, zweiteiliges Neubauprojekt. Einerseits soll gestautes Wasser über eine Turbine geleitet und gleich unterhalb des Wehrs wieder in die Aare eingeleitet werden. Andererseits sollen bis zu 220 m³ Wasser pro Sekunde über eine zweite Turbine geführt werden, wobei das nutzbare Gefälle gegenüber der Turbine 1 um ca. 5,25 m vergrössert wird. Das in der Turbine 2 genutzte Wasser soll über einen 3240 m langen unterirdischen Stollen abgeführt und an der Gemeindegrenze zu Murgenthal wieder in die Aare zurückgegeben werden.

Der Grosse Rat des Kantons Bern erteilte der EWW AG am 13. September 1988 auf Antrag des Regierungsrates die für dieses Projekt erforderliche Konzession. Auch der Kanton Solothurn erteilte der EWW AG eine entsprechende Konzession. Mehrere Umweltschutzorganisationen gelangten hiergegen an das Bundesgericht und an den Bundesrat. Nach einem Meinungsaustausch mit dem Bundesrat trat das Bundesgericht am 15. Juni 1989 auf die Beschwerde nicht ein. Der Bundesrat stellte mit Entscheid vom 24. November 1993 zwar koordinationsrechtliche Mängel des Verfahrens fest, vor allem weil die Konzession erteilt worden war, ohne dass eine fischereirechtliche Bewilligung vorlag. Er betrachtete diese Mängel aber als heilbar und wies die Beschwerde ab. Bereits während des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesrat trafen die Parteien eine Vereinbarung, welche es der EWW AG gestattete, das Bewilligungsverfahren für die erste, unumstrittene Bauetappe des neuen Kraftwerks weiterzuführen. Dieser Projektteil ist inzwischen realisiert. Die Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern (BVE) bewilligte am 22. April 1997 den Bau der zweiten Etappe des Kraftwerkneubaus (Ergänzung des Maschinenhauses /Wasserschloss, Unterwasserstollen, Auslaufbauwerk in die Aare). Der Gesamtentscheid der BVE umfasst u.a. die erforderlichen Bewilligungen nach Art. 29 des Bundesgesetzes vom 24. Januar 1991 über den Schutz der Gewässer (GSchG; SR 814.20), nach Art. 24 des Bundesgesetzes vom 22. Juni 1979 über die Raumplanung (RPG; SR 700) sowie nach Art. 18 ff. des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG; SR 451). Das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL) erteilte am 18. April 1997 die Bewilligung für die Rodung von insgesamt 19'570 m² Waldareal. Gegen den Gesamtentscheid der BVE gelangten die Aqua Viva und fünf weitere Umweltschutzorganisationen an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Dieses trat mit Urteil vom 15. Dezember 1997 auf die Beschwerde nicht ein, soweit damit eine mangelnde Koordination im Konzessionsverfahren gerügt und beantragt worden war, das Bauvorhaben einer vorbehaltlosen Gesamtinteressenabwägung im Sinne von Art. 6 NHG zu unterziehen. Im Übrigen hiess das Gericht die Beschwerde teilweise gut, hob den Gesamtentscheid der BVE vom 22. April 1997 auf und wies die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts vom 15. Dezember 1997 erhoben sowohl die EWW AG als auch die Aqua Viva, die Arbeitsgemeinschaft zum Schutz der Aare, die Pro Natura und die Pro Natura Bern Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht wies die Beschwerde der EWW AG ab; die Beschwerde der Umweltschutzorganisationen hiess es gut, soweit es darauf eintrat.

Erwägung 4:

4.- Wie schon im kantonalen Beschwerdeverfahren verlangen die Umweltschutzorganisationen eine vom Gericht vorzunehmende umfassende Interessenabwägung, welche dem Umstand Rechnung zu

tragen habe, dass es sich bei der betroffenen Restwasserstrecke um eine Landschaft von nationaler Bedeutung im Sinne von Art. 6 NHG handle. Das Verwaltungsgericht hat demgegenüber erwogen, der Bundesrat habe im Rahmen des Konzessionierungsverfahrens mit dem Beschwerdeentscheid vom 24. November 1993 bereits eine umfassende Würdigung und Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen vorgenommen und dabei festgestellt, dass das Projekt mit all seinen Teilen umwelt- und landschaftsverträglich sei. Somit stelle die generelle Zulässigkeit des Projektes *res iudicata* dar, auf die nicht zurückgekommen werden könne. Zwar müsse die für die Erteilung der Gewässerschutzbewilligung zuständige Behörde gemäss Art. 29 ff. GSchG eine umfassende Interessenabwägung vornehmen; ihr Ermessen sei jedoch in dem Sinne begrenzt, dass sie die Bewilligung weder versagen noch Auflagen und Bedingungen festsetzen dürfe, welche die Realisierung des Werkes rechtlich oder faktisch (durch wirtschaftlich untragbare Bedingungen) in Frage stellen. Das Verwaltungsgericht nahm somit an, die Interessenabwägung unterliege - nicht hinsichtlich des Abwägungsmaterials, wohl aber hinsichtlich des Abwägungsergebnisses - einem Vorbehalt und der Rechtsmittelentscheid des Bundesrats im Konzessionsverfahren präjudiziere auch die nachfolgenden kantonalen Bewilligungsverfahren. Zu beantworten ist mithin die Frage, ob der Entscheid des Bundesrates über die Konzession den Entscheid über die spezialgesetzlichen Bewilligungen, namentlich jene nach Art. 29 ff. GSchG, in dem vom Verwaltungsgericht angenommenen Sinne präjudiziert. Eine derartige Bindungswirkung muss auf einem Rechtsgrund beruhen. Fehlt ein solcher Rechtsgrund, ist das Ergebnis der Interessenabwägung in den nachfolgenden Bewilligungsverfahren rechtlich nicht vorgegeben; diesfalls wäre dem angefochtenen Nichteintretensentscheid der Boden entzogen. Dies ist im Folgenden zu untersuchen.

a) Gemäss der bis Ende 1993 gültigen Fassung von Art. 99 lit. d OG war die Verwaltungsgerichtsbeschwerde generell unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Inzwischen ist Art. 99 (Abs. 1) lit. d OG dahingehend geändert worden, dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen u.a. für die Nutzung von Wasserkräften für zulässig erklärt wird (Änderung durch Art. 27 Ziff. 3 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über die Fischerei [BGF, SR 923.0], in Kraft seit 1. Januar 1994, AS 1991 2267 f.; heute Art. 99 Abs. 2 lit. a OG).

aa) Weil das Bundesrecht auf die von der EWW AG angestrebte Konzession zum Neubau ihres Wasserkraftwerkes keinen Anspruch einräumt, war im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde gegen die Neukonzessionierung - wie auch im Moment des Entscheides - allein der Bundesrat zur Beurteilung der Konzession zuständig. In seinem Entscheid hatte der Bundesrat eine Abwägung der für und gegen das Vorhaben sprechenden Interessen vorzunehmen (siehe insbesondere Art. 22, 23 und 39 des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 [WRG, SR 721.80]).

bb) Wie der Bundesrat im Beschwerdeentscheid vom 24. November 1993 zutreffend ausgeführt hat und von allen Beteiligten anerkannt ist, bedarf das umstrittene Wasserkraftprojekt neben der Konzession einer Bewilligung zur Wasserentnahme gemäss Art. 29 GSchG (vgl. im gleichen Sinn BGE 120 Ib 233 E. 3a /b S. 237). Gleichzeitig entfällt die Pflicht, eine Bewilligung für technische Eingriffe gemäss Art. 8 BGF einzuholen, da diese in der (umfassenderen) Bewilligung gemäss Art. 29 GSchG enthalten ist (Art. 8 Abs. 4 BGF; diese Bestimmung entspricht Art. 24 Abs. 3 des Fischereigesetzes vom 14. Dezember 1973 [FG] in der Fassung gemäss Art. 75 Ziff. 1 GSchG; vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 29. April 1987 zur Volksinitiative „zur Rettung unserer Gewässer“ und zur Revision des Bundesgesetzes über den Schutz der Gewässer, BBl 1987 II 1061 ff., 1167). Wie bereits Art. 25 Abs. 2 FG (heute Art. 9 Abs. 2 BGF) macht Art. 33 GSchG die Bewilligung von Wasserentnahmen gemäss Art. 29 GSchG von einer Gesamtabwägung der dafür und dagegen sprechenden Interessen abhängig (BGE 120 Ib 233 E. 7c S. 245 f.). Die Abs. 2 und 3 von Art. 33 GSchG zählen nicht abschliessend auf, welche Interessen dabei in Rechnung zu stellen sind. Zu würdigen ist namentlich die Bedeutung des Gewässers als Landschaftselement (Abs. 3 lit. a). Gemäss Art. 67 GSchG können Verfügungen aufgrund dieses Gesetzes nach dem VwVG und dem OG angefochten werden, womit letztinstanzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht gegeben ist. Gleiches galt schon nach altem Recht für die fischereirechtliche Bewilligung (und zwar selbst dann, wenn der angefochtene Entscheid sowohl gewässernutzungs-, d.h. konzessionsrechtliche wie gewässerschutz- bzw. fischereirechtliche Anordnungen enthielt, ohne zwischen diesen zu unterscheiden: vgl. BGE 117 Ib 178 E. 1a S. 184 mit Hinweisen).

cc) Nach der dargelegten Rechtsordnung sind in zwei verschiedenen Verfahren mit unterschiedlichen Rechtsmittelwegen umfassende Interessenabwägungen vorzunehmen. Diese (teilweise) Übereinstimmung in den Tatbestandsvoraussetzungen genügt jedoch für sich allein noch nicht, um eine Bindung der einen Rechtsmittelbehörde an das Ergebnis der Interessenabwägung der anderen anzu-

nehmen. Im Folgenden ist daher zunächst zu untersuchen, ob einem der beiden Rechtsmittelentscheide von Gesetzes wegen Vorrang zukommt.

b) aa) Normalerweise sind, aus koordinationsrechtlichen Gründen, die spezialrechtlichen Bewilligungen vor oder gleichzeitig mit dem erstinstanzlichen Konzessionsentscheid einzuholen. Zwischen der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung und der Konzessionserteilung besteht in geradezu prototypischer Weise ein derart enger Sachzusammenhang, dass sie nicht getrennt und unabhängig voneinander erteilt werden können, sondern inhaltlich abgestimmt werden müssen. Dies vor allem deshalb, weil die Bestimmung der nutzbaren Wassermenge, welche in Art. 30 ff. GSchG geregelt wird, zu den wesentlichen Bestandteilen der Wasserrechtsverleihung gehört (BGE 119 Ib 254 E. 5a S. 267 mit Hinweis; BGE 120 Ib 233 E. 8a S. 247; grundsätzlich zur Verfahrenskoordination: BGE 116 Ib 50 E. 4 S. 56ff.; 122 II 81 E. 6d /aa S. 87 f.). Der Bundesrat hat denn auch in seiner Entscheid vom 24. November 1993 mit überzeugenden Erwägungen und unter Hinweis auf seine Praxis (VPB 52 /1988 Nr. 8) sowie auf die gleichlautende Praxis des Bundesgerichts (BGE 107 Ib 140 E. 3a S. 144 und E. 6a S. 148 f.; 117 Ib 178 E. 2a S. 185) festgehalten, es sei unzulässig, eine Konzession unter Vorbehalten zu erteilen und damit in Zusammenhang stehende wesentliche Fragen wie z.B. die Restwassermenge (Art. 29 ff. GSchG) erst nachfolgend zu prüfen.

bb) Eine derartige koordinierte Bewilligungserteilung eröffnet den Parteien die Möglichkeit, in jenen Fällen, in denen wie hier das Bundesrecht eine Gabelung des Rechtsweges (Beschwerde an den Bundesrat /Beschwerde an das Bundesgericht) vorsieht, gleichzeitig an die zuständigen Rechtsmittelinstanzen zu gelangen. Diese haben die Möglichkeit, ihre Entscheidungsfindung zumindest zeitlich zu koordinieren. Hingegen ist schon aus prozessualen Gründen bzw. aus Gründen der Zuständigkeit eine weitergehende Koordination grundsätzlich nicht möglich (vgl. ARNOLD MARTI, Bewilligung von Bauten und Anlagen - Koordination oder Konzentration der Verfahren?, AJP 1994 S. 1535 ff., 1541 f.); vorbehalten bleibt allenfalls die Beurteilung der Beschwerde nur durch eine Instanz kraft Kompetenzattraktion (dazu hinten lit. d). Verlangen wie hier die einschlägigen Vorschriften, dass eine im Wesentlichen gleiche Fragestellung (umfassende Interessenabwägung) sowohl vom Bundesrat als auch vom Bundesgericht nach den jeweils massgeblichen (unterschiedlichen) verfahrens- und materiellrechtlichen Normen zu beurteilen ist, so lassen sich vorbehaltlich einer klaren gesetzlichen Regelung über die Priorität des einen über den anderen Rechtsmittelentscheid oder einer Abrede zwischen den beiden Instanzen widersprüchliche Ergebnisse nicht ausschliessen. Dies läuft darauf hinaus, dass das Vorhaben nur unter der Voraussetzung verwirklicht werden kann, dass ihm beide Rechtsmittelinstanzen zustimmen. Davon scheint auch der Bundesrat ausgegangen zu sein, wenn er in E. 2.4.5 seines Entscheides vom 24. November 1993 ausführt, der Konzessionsentscheid sei ein Sachentscheid, der einzig aufgrund des vollständigen rechtserheblichen Sachverhalts und der „in Rechtskraft erwachsenen Nebenbewilligungen“ auszufallen sei.

c) Unzulässig erscheint es demgegenüber, rein aus der Tatsache, dass der eine Rechtsmittelentscheid vor dem anderen ergangen ist, eine inhaltliche Bindung der später entscheidenden Instanz abzuleiten.

aa) Dies gilt jedenfalls, wenn es - wie hier - an einer gesetzlichen Prioritätenordnung fehlt. Anders als z.B. beim Nationalstrassenbau, wo das Gesetz ein zeitlich gestaffeltes, mehrstufiges Bewilligungsverfahren vorschreibt und damit auch eine gewisse Bindungswirkung der vorangegangenen für die nachfolgenden Entscheide statuiert (vgl. hierzu BGE 118 Ib 206 E. 8 S. 212 ff.), ist im vorliegenden Fall, wie dargelegt wurde, von einem Nebeneinander von Konzession und spezialgesetzlichen Bewilligungen mit ihrem jeweils eigenen Rechtsmittelweg auszugehen.

bb) Derartige Doppelspurigkeiten mögen zwar unerwünscht sein, sind aber nicht singulär und können letztlich nur vom Gesetzgeber beseitigt werden. So erfolgt unter Umständen auch die kraft Art. 99 lit. c OG letztinstanzlich vom Bundesrat zu beurteilende Genehmigung von Plänen für im Bundesrecht geregelte Anlagen, für welche das Enteignungsrecht beansprucht werden kann, vor und unabhängig von dem enteignungsrechtlichen Verfahren. In diesem kann anschliessend auch noch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht ergriffen werden. Dabei können die Einsprecher (nochmals) die selben Rügen erheben wie die Teilnehmer am Plangenehmigungsverfahren (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 1997 i.S. B. c. BKW, ZBI 99 /1998 S. 391 ff. E. 1; vgl. auch BGE 124 II 219 ff.).

cc) Wäre die zeitlich später entscheidende Behörde an das Ergebnis des früher ergangenen Entscheids gebunden, hätte es der Gesuchsteller in der Hand, das Konzessionsverfahren vor dem Spezialbewilligungsverfahren (oder umgekehrt) einzuleiten und dadurch die materielle Entscheidkompetenz der Rechtsmittelbehörden im jeweils zeitlich nachfolgenden Verfahren zu beeinflussen; Bundesrat oder Bundesgericht wären zur Zustimmung gezwungen, selbst wenn die Voraussetzungen gemäss den für sie massgeblichen Vorschriften (aus ihrer Sicht) nicht erfüllt sind. Das kann nicht der

Sinn der gesetzlich vorgesehenen Rechtsweggabelung sein. Es besteht eine Parallele zur Frage, welchen Einfluss die Beteiligten auf die Wahl des Rechtsmittels gegen einen Plan ausüben können. Nach der Praxis des Bundesgerichts können Nutzungspläne trotz der Regelung von Art. 34 Abs. 1 und 3 RPG ausnahmsweise mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde statt mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden, sofern ein solcher Plan Anordnungen enthält, die sich auf Bundesverwaltungsrecht stützen (oder stützen sollten) und Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG darstellen, soweit kein Ausschlussgrund nach Art. 99 ff. OG oder der Spezialgesetzgebung des Bundes vorliegt (BGE 123 II 289 E. 1b S. 291 mit Hinweisen). Soweit eine Nutzungsplanung auch Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG einschliesst, geht es gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts nicht an, dass die kantonalen Behörden durch Aufnahme oder Nichtaufnahme eines bundesrechtlich geregelten Gegenstandes in einen Nutzungsplan das zulässige bundesrechtliche Rechtsmittel festlegen können, derart, dass bei Regelung in einer separaten Verfügung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde, bei Aufnahme in einen Nutzungsplan aber die staatsrechtliche Beschwerde zu ergreifen wäre (Urteil vom 23. Mai 1995 i.S. SBB c. Einwohnergemeinde Sissach, ZBI 97 /1996 S. 373 ff. E. 1a, mit Hinweisen).

d) Schliesslich kann auch ausgeschlossen werden, dass der Bundesrat mit dem Beschwerdeentscheid vom 24. November 1993 auf dem Weg der Kompetenzattraktion (vgl. dazu ALFRED KÖLZ /ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1993, Rz. 328, 334 und 336; PETER SCHMID, *Die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat*, Diss. Bern 1996, Bern /Stuttgart /Wien 1997, S. 66 ff.) die Beurteilung der gewässerschutzrechtlichen Fragen an sich gezogen bzw. vorweggenommen hätte.

aa) Der Entscheid des Bundesrates beschränkt sich darauf, die Beschwerde gegen die Konzessionerteilung abzuweisen (vgl. Ziff. 1 des Dispositivs). Damit bestätigte der Bundesrat den Beschluss des Grossen Rats des Kantons Bern vom 13. September 1988, der rechtskräftig wurde. Dieser behält aber ausdrücklich die fischereipolizeiliche Bewilligung und die weiteren, nach eidgenössischer und kantonaler Gesetzgebung erforderlichen besonderen Bewilligungen vor (Ziff. 5 und 7).

bb) Auch in seinen Erwägungen hat der Bundesrat die Prüfung und Erteilung der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung ausdrücklich vorbehalten. So führte er wörtlich aus: „Ob und inwieweit das projektierte Bauvorhaben landschaftsverträglich ist, wird daher einzig noch im Rahmen der Erteilung der Gewässerschutzbewilligung nach Artikel 29 ff. GSchG separat zur Sprache kommen; es versteht sich dabei von selbst, dass die Beschwerdeführer in diesem Nebenbewilligungsverfahren ein weiteres Mal Gelegenheit erhalten werden, sich für ihre Anliegen des Landschafts- und Umweltschutzes zur Wehr zu setzen“ (E. 3.2.2). Er erwog anschliessend, die Wasserentnahme dürfe höchstens so gross sein, dass dadurch das bestehende Landschaftsbild nicht erheblich beeinträchtigt werde, und stellte unter Hinweis auf die (das Projekt ablehnende) Stellungnahme der Eidgenössischen Natur- und Heimatschutzkommission vom 22. Dezember 1987 fest, dass die noch offenen Fragen in Sachen Landschaftsgestaltung im Rahmen der Gewässerschutzbewilligung behandelt werden könnten. Schliesslich fasste er zusammen, die mit dem Kraftwerkneubau zusammenhängenden Fragen bezüglich Landschafts- und Umweltschutzverfahren seien in den bisherigen Verfahren umfassend geprüft worden, „soweit nicht noch eine ergänzende Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Wasserentnahme für das Stollenprojekt bei der Erteilung der Gewässerschutzbewilligung vorzunehmen sein wird.“

cc) Zwar hat der Bundesrat aufgrund einer summarischen Würdigung der Akten angenommen, es lägen keine Mängel vor, die der Erteilung der noch ausstehenden Nebenbewilligungen im Wege stehen würden. Diese Vermutung ersetzt aber eine eigentliche Prüfung der Bewilligungsvoraussetzungen gemäss Art. 29 ff. GSchG nicht. Es handelt sich vielmehr um eine rechtlich unverbindliche positive Prognose, welche den Bundesrat dazu veranlasste, trotz des Nichtvorliegens der spezialgesetzlichen Bewilligungen die Konzessionerteilung zu schützen und damit das - aus seiner Sicht - geringe Risiko widersprechender Entscheide einzugehen.

e) Der vom Bundesrat geschützte Konzessionsbeschluss des Grossen Rates des Kantons Bern vom 13. September 1988 legt in Dispositiv-Ziff. 3.1 das konzedierte Wasserregime fest. Gemäss Ziff. 5 bleiben jedoch die Bedingungen der fischereipolizeilichen Bewilligung vorbehalten und bilden einen integrierenden Bestandteil des Konzessionsbeschlusses. Ziff. 7 enthält einen Vorbehalt zugunsten weiterer, nach eidgenössischer und kantonaler Gesetzgebung erforderlicher besonderer Bewilligungen. Es fragt sich, welche Tragweite diesem Vorbehalt zukommt, ob mit anderen Worten die EWW AG aus dieser Konzession ein wohlerworbenes Recht ableiten kann, das einer erneuten Gesamtinteressenabwägung im Rahmen der fischereirechtlichen bzw. inzwischen der gewässerschutzrechtlichen Bewilligung entgegensteht.

aa) Das Bundesgericht hatte mehrfach die Frage zu beurteilen, ob auf Konzessionen, die Jahre früher erteilt, aber noch nicht beansprucht worden waren, in späteren Verfahren Art. 25 oder Art. 26 FG an-

zuwenden sei (vgl. BGE 107 Ib 140; Entscheid i.S. SBN vom 16. September 1987, ZBI 89 /1988 S. 273; BGE 119 Ib 254). Der für Neuanlagen geltende Art. 25 des Fischereigesetzes vom 14. Dezember 1973 stellte strengere Anforderungen auf als der auf bestehende Anlagen anzuwendende Art. 26. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, der in den betreffenden Konzessionen enthaltene Vorbehalt künftigen Rechtes könne selbst dann, wenn er nicht bloss formelhaft angebracht worden sei, nur so verstanden werden, dass trotz des Vorbehaltes gestützt auf neues Recht keine so weit gehenden Anordnungen getroffen werden dürften, dass die Nutzung der Wasserkraft zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen verunmöglicht werde (zuletzt BGE 119 Ib 254 E. 5a S. 268).

bb) Die hier zu beurteilende Situation lässt sich indessen mit den soeben erwähnten Fällen nicht vergleichen. Dort ging es wie erwähnt um Konzessionen, welche viele Jahre früher erteilt, aber noch nicht ausgenützt worden waren. Im vorliegenden Fall geht es um eine Konzession, bei welcher der Gesuchstellerin aufgrund des ersten, missglückten Versuches, eine neue Konzession zu erhalten, mit aller Deutlichkeit bewusst sein musste, dass für die angestrebte Gewässernutzung die Anforderungen des damals noch massgeblichen Art. 25 FG zu erfüllen waren. Ferner waren bereits Anfang der Achtzigerjahre die Urteile des Bundesgerichts in Sachen Kraftwerke Ilanz (BGE 107 Ib 140 und 151) publiziert worden, aus denen hervorgeht, dass es unzulässig ist, die Konzession zu erteilen und dabei die fischereirechtliche Bewilligung bloss vorzubehalten, u.a. weil dadurch Sachzwänge geschaffen werden können, die nur schwer zu korrigieren sind (BGE 107 Ib 151 E. 3b S. 152 f.). Wenn sich die EWW AG dennoch entschieden hat, für ihr zweites Projekt zunächst lediglich eine Konzession anzubegehren und das fischereirechtliche Bewilligungsverfahren auf eine spätere Phase zu verschieben, so hat sie die damit verbundenen Nachteile in Kauf zu nehmen. Den Vorbehalt in Ziff. 5 der Konzession vom 13. September 1988 musste sie jedenfalls nach Treu und Glauben verstehen (vgl. Entscheid i.S. SBN vom 16. September 1987, ZBI 89 /1988 S. 273 E. 5c), was bedeutet, dass sie nicht von der Erteilung eines wohlerworbenen Rechtes ausgehen durfte, bis nicht auch rechtskräftige fischereirechtliche Bewilligung vorlag. Insbesondere war ihr aufgrund des Urteils des Bundesgerichts vom 6. Dezember 1983 bekannt, dass bereits Art. 25 Abs. 2 FG eine umfassende Abwägung der Gesamtinteressenlage verlangte. Die EWW AG kann sich daher nicht darauf berufen, dass Art. 33 GSchG diesbezüglich die Rechtslage gegenüber 1988 zu ihrem Nachteil verändert habe.

f) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Entscheid des Bundesrates vom 24. November 1993 einer umfassenden Interessenabwägung in den nachfolgenden -insbesondere gewässerschutzrechtlichen - Bewilligungsverfahren nicht im Wege steht. Es lässt sich kein gesetzlicher Vorrang des Konzessionsverfahrens mit Bindungswirkung für allenfalls nachfolgende Bewilligungsverfahren begründen. Der Bundesrat hat über die in der Konzession vorbehaltenen besonderen Bewilligungen (namentlich nach Art. 29ff. GSchG) nicht entschieden, so dass auch keine res iudicata vorliegt. Der Umstand, dass in beiden Verfahren eine umfassende Interessenabwägung vorgenommen werden muss, bedeutet nur eine Übereinstimmung in den Tatbestandsvoraussetzungen, begründet aber keine Bindung der für die gewässerschutzrechtliche Bewilligung zuständigen Behörden an das Ergebnis der Interessenabwägung des Bundesrats. Die unkoordinierte Rechtsanwendung vermag erst recht keine rechtliche Bindungswirkung zu rechtfertigen; anders zu entscheiden hiesse, das Grundanliegen der Verfahrenskoordination zu unterlaufen. Das Verwaltungsgericht ist daher auf die entsprechenden Rügen der Umweltschutzorganisationen zu Unrecht nicht eingetreten, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides wegen materieller Rechtsverweigerung führen muss, ohne dass die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen geprüft werden müssen.“

6.22 Bundesgesetz über die Fischerei (Fischereigesetz) vom 21.12.1888 und kantonales Regalrecht

6.22.1 Bundesrechtliche Schutzpolitik

Als offensichtliche Form der Gewässernutzung bietet sich die Fischerei an; sie ist denn auch bundesrechtlich geregelt. Dabei muss klar bleiben, dass es hier eigentlich nicht um die Nutzung des Wassers direkt geht, sondern um die der Fischbestände. Ein Beispiel mehr dafür, dass viele Dienstleistungen der Ressource wohl nur indirekt deren eigene Nutzung betreffen.

Der Bund ist kraft Art. 25 BV (neu: Art. 79 BV) zur Legiferierung über die Ausübung der Fischerei zuständig. Er stellt dabei Regeln zum Schutze der Bestände und Ar-

tenvielfalt auf (indem er Geräte und Methoden des Fischfangs, Schonzeiten und Mindestmasse der fangbaren Tiere festlegt und die Lebensräume der Fische schützt). Dadurch erreicht er durch Verbote und Gebote (und Vollzug durch Strafbestimmungen) einen auf eidgenössischem Gebiet einheitlichen Schutz der Fischbestände. Die Schutzbestimmungen treffen jeden, der sich aufgrund irgendeiner Berechtigung ans Fischen macht und bestimmen so auch die Nutzung der fischhaltigen Gewässer im weiteren Sinne mit.

6.22.2 Kantonale Nutzungspolitik

Wem diese Berechtigung - also die Nutzung im engeren Sinne - zukommt, regeln die Kantone (mittels Fischpacht oder Fischerpatent) - also in diesem Sinne die Nutzung der fischhaltigen Gewässer. Diese steht ihnen kraft dem Vorbehalt der kantonalen Regalrechte in Art. 31 Abs. 2 BV zu:

Art 31 BV

2 (...)Vorbehalten bleiben auch die kantonalen Regalrechte.

Die Fischerei - wie etwa die Jagd oder der Bergbau - darf als Nutzungsmöglichkeit an Wasser oder Gewässern in Sachen Zuweisung der Berechtigung als Sonderfall gelten. Kraft öffentlichen Rechts liegt ein *Regal* vor, d.h. Fische sind Regalsachen. Jagd- und Fischereirechte waren ursprünglich private, der Obrigkeit bzw. dem Fürsten zustehende Rechte. Diese traditionellen Rechte wurden von den Kantonen übernommen und sind von der Bundesverfassung geschützt (vgl. Art. 31 Abs. 2 BV; neu: Art. 94 Abs. 1 und 4 BV). Im Laufe der Mediationszeit kamen die Regalien den Kantonen zu. Regalrechte sind Monopolrechte. Objekt der regalrechtlichen Verfügungsmacht ist aber nicht die Sache als solche, sondern nur das Recht auf Ausübung des Bergabbaus, der Jagd oder der Fischerei. Denn die Fische beispielsweise sind, solange sie sich in Freiheit befinden, herrenlos, das heisst keiner unmittelbaren rechtlichen Herrschaft unterworfen. Die Nutzung des Gewässers selbst durch Fischen ist also streng genommen bloss eine indirekte, da sie als Sache den Fisch und nicht das Wasser betrifft. Das *Regal* sagt deshalb auch nichts über die sachenrechtliche Zugehörigkeit einer Sache aus, also nicht darüber, in wessen Eigentum eine Sache steht. Sie ist ein öffentlichrechtliches Bestimmungsrecht über eine Sache. Sie liegt daher nahe der *staatlichen Hoheit*, der wir bei den Gewässern oder bei den öffentlichen Sachen - seien sie es durch Widmung (also etwa auch die in Privateigentum stehende Strasse) oder kraft ihrer natürlichen Beschaffenheit im Sinne von Art. 664 ZGB (als im Wortlaut des Gesetzestextes „herrenlose“ Sachen, wie dem nicht kulturfähigen Land - Gletscher, Firne, Schutthalden und Felsen) begegnet sind: Der Kanton ordnet die Bestimmungsherrschaft über die Sache, ohne dass damit das Regelwerk sprich der sachenrechtliche Eigentumsanspruch zugeteilt würde. Wird eine Sache von der Hoheit oder einem Regal des Staates erfasst, bleibt dem Eigentümer - sollte er ein Privater sein - praktisch nur sein nacktes, d.h. den konkreten Nutzungsmöglichkeiten entkleidetes Eigentum.

Die Kantone anerkennen allesamt - ausdrücklich oder stillschweigend - das Fischereiregal des Staates⁶⁶⁰. Er kann dieses selbst nutzen, indem er die Fischerei

⁶⁶⁰ Vgl. Zürcher Kommentar zu Art. 699 ZGB, S. 531, Rn 28.

hoheitlich betreibt. Will er die Berechtigung gegen Entgelt an Private übertragen, macht er die Nutzbarmachung von einem Patent oder einer Pacht - je nach gewähltem System - abhängig, die von ihm selbst vergeben werden. Dem Kanton steht es also frei, die Fischerei durch Gewährung beschränkter Pachtrechte zu regeln oder sie im Rahmen eines Patenverfahrens jedermann zuzuerkennen, der die entsprechende Voraussetzungen (Fähigkeitsausweis) erfüllt.

Pacht schliesst Dritte aus, Patent lässt Dritte sozusagen konkurrierend zu. Dabei kennen einzelne Kantone bezüglich bestimmter Gewässer auch sog. Freianglerrechte, d.h. Angeln durch jedermann ohne besondere Polizeibewilligung. Der Kanton Schwyz schliesslich anerkennt in §6 der Vollzugsverordnung zum eidgenössischen Fischereigesetz vom 17.01.1922 auch noch einen Rest der alten Fischereiberechtigung des *Eigentümers*, wonach „in Bächen, die durch Privateigentum fliessen, dem Grundbesitzer, soweit sein Grundstück reicht, die Fischerei ohne Patent gestattet“ ist - und dies eben obwohl sich grundsätzlich auch der private Grund- und damit Bacheigentümer an das staatliche Regal zu halten hat.

6.23 Zusammenfassend zur Nutzung

Ob nun die Nutzungsberechtigung durch Konzession oder Patent als Polizeibewilligung (weil öffentliches Gewässer, staatliches Regal) oder privates Recht (ehehafte Rechte) erteilt ist, stets sieht sie eine ganz bestimmte, konkrete Nutzung vor. Sie verschafft dem Berechtigten einen Splitter aus der Fülle der Nutzungsbefugnisse, welche dem völlig uneingeschränkten Eigentümer zur Verfügung stehen würden. Gerade der Umgang des Gesetzgebers mit der Ressource Wasser/Gewässer zeigt, dass er, aus welchen Gründen auch immer, die Fälle der reinen privaten Berechtigung tief hält, dadurch dass er sie der privaten Bestimmung via *Widmung* und Übertragung der Gewässerhoheit an das Gemeinwesen entzieht, und dort, wo er sie zulässt oder zulassen muss (ehehafte Rechte) in seinem Sinne konkretisiert oder eben beschränkt (beispielsweise wie im Falle der „Gleichstellung“ zwischen konzessionierten und privaten Wasserkraftnutzer, vgl. oben).

Bei der Regelung der Gewässer als mehrheitlich öffentliche bleibt für die Frage nach der Verfügung (Verkauf, Verpfändung) über Gewässer wenig Spielraum. Zur Verfügung über fliessendes Wasser im Sinne des alltäglich gebrauchten Wassers für Haushalte, Industrie, Landwirtschaft, etc. gilt das zum fliessenden Wasser Eingangs Gesagte. Wer das aus der Leitung oder im Flussbett fliessende Wasser nutzen darf, ist im Bereiche des direkten Zugriffs als Eigentümer im weitesten Sinne vorstellbar - auch wenn der Wasserwelle, wie schon gesehen der privatrechtliche Sachbegriff eben abgeht. D.h. er darf es nutzen, ja auch verbrauchen, also unter Substanzverlust nutzen. Er untersteht jedoch in jedem Falle der Schutzgesetzgebung. Diese ist weitergehend anwendbar als die verschiedenen Erlasse über die Wassernutzung, weil sie nicht bloss eine konkrete, mehr oder weniger eingegrenzte Nutzung betrifft, sondern die Anliegen des gesamten Wasserkreislaufes zu wahren hat. Daher verändert sich hier denn auch das Zielpublikum: wer die Wasserkraft eines Flusses nutzen will untersteht dafür den Regeln des Wasserrechtsgesetzes, wer Wasser gefährdet, sei es als Gewerbetreibender, Landwirt, Freizeitsportler, Tourist, etc. - also der „jeder mann“, untersteht den Strafnormen des Gewässerschutzgesetzes. Davon soll im Folgenden die Rede sein.

6.3 Wasserschutz

Die Verfügung und aufgrund der fraglichen Sachqualität des Wassers/Gewässers insbesondere die Nutzung werden in hervorragender Weise durch den Wasserschutz beschränkt. Dies geschieht einerseits direkt, indem der am Wasser/Gewässer Berechtigte die Qualität der Ressource oder vielmehr ihren Kreislauf nicht schwerwiegend gefährden darf. Der Quelleneigentümer darf sein Quellwasser nicht mit giftigen Stoffen anreichern, nicht zur Abwasserentsorgung benützen, etc.

Andererseits - und dies in zahlreichen Nebenerlassen - erfolgt die Beschränkung in einer indirekt wirkenden Weise - die Nutzung und der Gebrauch von Sachen werden beschränkt, um die Ressource Wasser zu schützen. Man denke an die Abfallentsorgung, die landwirtschaftliche Produktion, den Transport- und sonstigen Verkehr, etc. Hier ist der Sacheigentümer zugunsten der Ressource in der Nutzung einer anderen Sache beschränkt, respektive die Schutzpolitik definiert ihm hinsichtlich des zu schützenden Gutes Wasser die Ausübung seines Eigentums an seiner Kläranlage, seinem Ackergrundstück, seinem Fahrzeug.

Zentral ist hier mit Sicherheit das Gewässerschutzgesetz. Allerdings ist schon verschiedentlich auf die Koordination verschiedener Gesetze zum Schutz aller Umweltelemente hingewiesen worden, was sich auch hier wiederholen lässt⁶⁶¹. So sind nicht nur die wasserschützerischen Bestimmungen im *Natur- und Heimatschutzgesetz*, die diejenigen des GSchG z.T. ergänzen oder sich auch mit diesen überschneiden, von Belang, sondern insbesondere auch jene des *Umweltschutzgesetzes*: Dort wird das Wasser als ein Naturelement - wie die Luft - betrachtet und, soweit es im konkreten Zusammenhang mitbetroffen ist, von den umweltrechtlichen Normen miterfasst⁶⁶². Dabei geht es insbesondere um die Begrenzung der auch die Gewässer belastenden Luftverunreinigungen (Art. 11-14 USG), die Verhütung einer Gewässerbeeinträchtigung als Kriterium für die Festlegung von Immissionsgrenzwerten (Art. 14 .lit. d USG) und die Eruiierung umweltgefährdender Stoffe (Art. 26ff USG).

6.31.1 Der Gewässerschutz in der Gesetzgebung

„Infolge ihrer dezentralen Siedlungsstruktur und ihrer Lage als Oberanlieger an sämtlichen Gewässern blieb die Schweiz lange vor schwierigen Gewässerproblemen verschont. Allerdings nahmen Umweltbelastungen als Folge des Bevölkerungswachstums und der Industrialisierung ständig zu. Das Umweltmedium Wasser wurde im Rahmen zivilisatorischer Entwicklung besonders belastet. Die Gemeinden gingen seit dem 19. Jahrhundert aus hygienischen Gründen und infolge von Schwierigkeiten bei der landwirtschaftlichen Abfallverwertung mehr und mehr dazu über, ihre Abwässer in Schwemmkanalisationen den Gewässern zu übergeben. Zu diesen Emissionen der Haushalte kamen solche der Landwirtschaft (Düngemittel) und in zunehmenden Masse z.T. giftige und oft schwer abbaubare Abwässer der Industrie hinzu.

Die Zunahme der Gewässerbelastung äusserte sich zuerst in den wenig durchflossenen Seen des Mittellandes, später auch in den übrigen Mittellandseen. Die in die Gewässer eingebrachten anorganischen Pflanzennährstoffe (Phosphor) bewirkten ein Massenwachstum von Wassertieren und -pflanzen (Plankton), unter welchen die Burgunderblutalge wohl die berühmteste ist. Von Natur aus nährstoffarme, sog. „oligotrophe“ Seen verwandelten sich als Folge dieser kulturbedingten Einflüsse in „eutrophe“ Seen. Das Seeplankton sank in grosser Menge in die Tiefe und führte durch bakterielle

⁶⁶¹ Zu Wirksamkeit und Aktualität der Koordination im Gewässerschutzrecht: Dr. Michèle Hubmann Trachsel, Koordination - kein alter Hut, in: URP 1996/7, S. 780ff.

⁶⁶² Vgl. H. Rausch, Kommentar zu Art. 1 USG, S. 5, Rn 12.

Zersetzungsprozesse zu einer Abnahme an gelöstem Sauerstoff und zu anaeroben Abbauprozessen. Bereits im Jahre 1941 bzw. 1942 wurden der Greifensee und der Hallwylsee als „hochbelastet“ bzw. hoch „eutroph“ bezeichnet. Diese beiden Seen wie auch der Pfäffikersee, Rotsee, Baldeggersee und Murtensee wiesen zu Beginn der Fünfzigerjahre eine sauerstofflose Tiefenschicht auf. Nur die obersten Wasserschichten zeigten „einigermaßen gesunde Verhältnisse“. Zahlreiche weitere Seen, so der Bodensee-Untersee, Zürichsee, Luganersee, Bielersee, Zugersee, Sempachersee, etc. galten bereits als „gefährdet“.

Verunreinigungen von Flüssen waren zur damaligen Zeit weniger gravierend. Wohl wurden durch giftige Abgänge der Industrie ab und zu ganze Fischpopulationen vernichtet. Haushaltsabfälle, Fäkalien, Klosettpapier als Folge zunehmenden Ausbaus des Kanalisationsnetzes bei noch fehlenden Kläranlagen verminderten den Erholungswert verschiedener Flüsse, etwa des Rheins. Infolge ständiger Wassererneuerung, besonders bei Hochwasser, schienen die Schäden nicht irreversibel. Zudem wurden die Fließgewässer nur ausnahmsweise zur Trinkwassergewinnung benutzt (Basel).

Die zunehmende Benutzung der Gewässer für den Abfalltransport beeinträchtigte natürlich deren übrige Nutzungsmöglichkeiten: Erholung, Kühlung, landwirtschaftliche Bewässerung, Trinkwassergewinnung, Fischfang. Von letzterem Bereich gingen erste legislative Impulse zur Verhinderung von Gewässerverunreinigungen aus, noch bevor Schäden an den Gewässern auftraten.⁶⁶³

Um die Mitte des 20. Jahrhunderts wurden die Bemühungen um den Schutz der Gewässer intensiver an die Hand genommen. Die Kantone und Gemeinden hatten sich schon zuvor mit dem Problem befasst, und die erste Kläranlage wurde 1926 erstellt. Indessen wurde das Fehlen einer Bundeskompetenz als Mangel empfunden. So wurde der Gewässerschutz als erster Bereich des Umweltschutzes in der Verfassung verankert. Der Gewässerschutz bildet auch sachlich einen Teil des Umweltschutzes, ist aber eben schon vor diesem auf Verfassungs- und Gesetzesstufe geordnet worden. Der Gewässerschutz erhielt die Verfassungsgrundlage 1953 und die erste gesetzliche Ordnung 1955, während der Verfassungsartikel 24septies (neu: Art. 74 BV) über den Umweltschutz von 1971 stammt und das Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983. Der Umweltschutz im Bereich des Wasserrechts hat in der Folge seine eigene Verfassungsgrundlage und gesetzliche Ordnung behalten.⁶⁶⁴

6.31.11 Art 24 quater BV 1953

Der aus dem Jahre 1953 stammende *Art. 24 quater BV* lieferte also die erste Bestimmung zum Gewässerschutz. Der Zustand der Gewässer hatte der Ergänzung

⁶⁶³ Vgl. dazu Werner Bussmann, *Gewässerschutz und kooperativer Föderalismus in der Schweiz*, Verlag Haupt, 1981 Bern, S. 148f.

⁶⁶⁴ Vgl. Bundesrätliche Botschaft zu Art. a24septies, in: BBl1970 I 774: „Der neue Artikel kann nicht mit dem Gewässerschutz-Artikel (Art. 24quater) verbunden werden, und zwar aus folgenden Erwägungen: Die verfassungsmässigen Grundlagen und die Gesetzgebung über das Wasser sind in Revision begriffen. Mit einer uns von den eidgenössischen Räten im Jahre 1965 überwiesenen Motion von Herrn Ständerat Rohner wurden wir eingeladen, die nötigen verfassungsmässigen Befugnisse des Bundes auf dem gebiete der Wasserwirtschaft vorzubereiten sowie die entwürfe für eine umfassende Wasserrechtsgesetzgebung zur Sicherung einer häuslicheren Nutzung unserer Wasserschätze und einer ausreichenden Versorgung mit Trink- und Brauchwasser auszuarbeiten. Die Verwirklichung der in dieser Motion enthaltenen Gedanken würde den Gewässerschutz auf Bundesebene in einen neuen, viel umfassenderen Rahmen stellen, d.h. auch die Bewirtschaftung des Wassers umfassen, wobei den Massnahmen zum eigentlichen Schutz gegen schädliche oder lästige Einwirkungen keine zentrale Bedeutung zukäme. Abgesehen davon schliesst der Gewässerschutzbegriff schon gestützt auf die geltende Gesetzgebung nicht nur den Schutz gegen schädliche oder lästige Einwirkungen ein.“

der wasserrechtlichen Bestimmungen der Verfassung unter *ökologischen* Aspekten gerufen. Der vom Bundesrat unterbreitete Vorschlag wurde von der Bundesversammlung ohne Änderung übernommen und schliesslich auch vom Volk gutgeheissen⁶⁶⁵. Vom Schutz des Menschen vor dem Wasser (vgl. die Ausführungen zum Wasserbau) führte damit der Weg über die Wasserkraftnutzung zum Schutz des Wassers vor dem Menschen.

6.31.12 Gewässerschutzgesetz 1955

Gedacht wurde vorerst an den *qualitativen* Gewässerschutz: Die Zunahme von Industrie und Bautätigkeit führten zu entscheidend grösseren Verschmutzungen: Der Botschaft zum darauf erlassenen *Gewässerschutzgesetz* von 1955 ist zu entnehmen:

„Am 6. Dezember 1953 wurde die eidgenössische Verfassungsvorlage über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung vom Volk und von den Ständen mit starkem Mehr angenommen. Dieser eindeutige Entscheid darf als Beweis dafür gewertet werden, dass das Schweizervolk sich der ersten Gefahren, welche die zunehmende Verunreinigung der ober- und unterirdischen Gewässer für unser Land darstellt, bewusst ist und sowohl die Notwendigkeit als auch die Dringlichkeit eines wirksamen Gewässerschutzes anerkennt. Durch die Annahme des Verfassungsartikels 24 quater ist nun für den Erlass des Ihnen im Entwurf vorgelegten Gesetzes die notwendige Grundlage geschaffen worden.“⁶⁶⁶

Das Gesetz sollte alle Gewässer erfassen, verzichtete deshalb auch auf eine Aufzählung der einzelnen Gewässerarten, gerade um nicht als in irgendeiner Richtung beschränkt zu erscheinen. Zudem sollten Gemeinwesen und Private bezüglich der Anforderungen, die zum Schutze der Gewässer gestellt werden, gleichbehandelt werden. Damit war ein umfassender Vollzug gewährleistet.

Zur Durchsetzung des Hauptzieles - Schutz der Gewässer vor Verunreinigung - sollte insbesondere ein *Reinheitsgrad für Abwässer* festgelegt werden können.

Im weiteren wurde das Einbringen und Lagern von festen Stoffen (überhaupt verboten), Abwässern, flüssigen und gasförmigen Stoffen (nur mit Bewilligung erlaubt) in Gewässern erfasst.

Zudem enthielt das Gesetz Regelungen über die Finanzierung von Massnahmen gegen die Gewässerverschmutzung sowie Zwangsmassnahmen gegen Fehlbare sowie schliesslich Strafnormen, wie sie aus dem Fischereigesetz schon bekannt waren.

Trotzdem erscheint das Gesetz schon bei Erlass überholt. Es gelingt nicht mehr, die weiterführenden Probleme abschliessend in reglementierten Griff zu bekommen:

„In der Folge gewann der Gewässerschutz angesichts zahlreicher Ölfälle, Fischvergiftungen, Schaumbildung an Flüssen und Bächen sowie der allgemeinen Verschlechterung des Zustandes der meisten Gewässer in der Schweiz ein immer grösseres Gewicht in Presse und Öffentlichkeit. Einzelne spezifische Gewässerschutzprobleme und die nur ungenügende Beschleunigung des Kläranlagenbaus führten auch in der Folge immer wieder zu parlamentarischen Vorstössen.“⁶⁶⁷

⁶⁶⁵ Vgl. BBl 1954 I 42.

⁶⁶⁶ Vgl. BBl 1954 I 333.

⁶⁶⁷ Werner Bussmann, Gewässerschutz.

6.31.13 Revision Gewässerschutzgesetz 1971

Die Zunahme der geschilderten Probleme haben schliesslich 1971 die *Revision des Gewässerschutzgesetzes* zur Folge. Die zunehmenden Abwasserprobleme verlangen nach Abwassersanierung, der qualitative Wasserschutz erfährt dadurch eine massive Erweiterung:

~~Es~~ Es wird eine allgemeine Sorgfaltspflicht im Umgang mit Wasser in Art. 13 GSchG statuiert. Diese Bestimmung deckt auch jene Handlungen, welche in den nachfolgenden Gebots- und Verbotsnormen nicht erfasst werden, ab. Obgleich dieser Artikel in den nachfolgenden parlamentarischen Beratungen als „wichtigste Bestimmung“ bzw. „Perle in diesem Gesetz“ bezeichnet wurde, ist ihm in der Folge nur untergeordnete materielle Bedeutung zugekommen.

~~Art. 16~~ Art. 16 GSchG sieht die Sanierung bestehender Einleitungen vor. Alte Einleitungen bedürfen einer befristeten (max. 10 Jahre) kantonalen Bewilligung; die Bewilligungen sind mit der Bedingung zu verknüpfen, dass die Einleitungen innerhalb der gesetzlichen Frist mit den einschlägigen Vorschriften in Einklang zu bringen sind.

~~Den~~ Den Grundsatz über zentrale Abwasserreinigungsanlagen formuliert Art. 17 GSchG. Zudem wird eine Verordnung über Abwassereinleitungen in Angriff genommen, die am 8. Dezember 1975 Tatsache wird.

~~Art. 20~~ Art. 20 GSchG befasst sich mit Baubewilligungen ausserhalb des generellen Kanalisationsprojekts: Solche dürfen nur aufgrund eines begründeten Bedürfnisses erteilt werden. Das Konzept zentraler Kläranlagen wäre bei einer noch grösseren Zersiedelung der Landschaft wohl vollständig in Frage gestellt worden. Durch den Bau im abgelegenen Gemeindegebiet hatten sich bisher viele Grundeigentümer dem Anschluss an die Kanalisation und der Bezahlung der damit verbundenen Gebühren entziehen können. Art. 20 GSchG erlangte in der Raumplanung ausserordentliche Bedeutung, da entsprechende eidgenössische und z.T. auch kantonale Vorschriften fehlten.

~~Art. 22~~ Art. 22 GSchG legte schliesslich den Grundstein für die Festlegung der Grenzwerte, „die geeignet sind, das einwandfreie Funktionieren der mechanisch-biologischen Abwasserreinigung zu gewährleisten sowie in den Fliessgewässern generell mindestens die zweitbeste Wassergüteklasse zu erhalten bzw. wiederherzustellen“⁶⁶⁸

~~Art. 23~~ Art. 23 GSchG lieferte die überfällige Grundlage zur Erfassung von Erzeugnissen mit nachteiligen Wirkungen.

~~Art. 36~~ Art. 36 statuierte die Kausalhaftung bei Gewässerverunreinigungen und die Art. 37ff. erweiterten die bisherige generalklauselartige Strafbestimmung, welche dadurch erheblich differenziert und die Sanktionen z.T. massiv verschärft (Vorsehen von Freiheitsstrafen) wurden.

6.31.14 Revision Art. 24bis BV 1975

1975 schliesslich erfolgt die *Revision* von *Art. 24bis BV*. Hier interessiert vor allem *Abs. 2 Bst. a*, wonach der Bund Bestimmungen erlässt über den Schutz der ober- und unterirdischen Gewässer gegen Verunreinigung und die Sicherung ange-

⁶⁶⁸ BBl 1970 II 464ff.

messener Restwassermengen. Die Revision koordiniert die gesamte Wasserwirtschaftsgesetzgebung, fasst damit alle drei Themen zusammen und setzt auch dem Wasserschutz eine neue verfassungsmässige Grundlage.

Der bereits im Verfassungstext angesprochene Grundsatz der angemessenen Restwassermengen drückt das neue zu deckende Bedürfnis nach *quantitativem* Gewässerschutz aus. Dies als Reaktion auf die zunehmenden Trockenlegungen von Flussabschnitten durch Staudämme oder Abzweigung von Wasser für Elektrizitätswerke oder sonstige Wasserverbrauchsindustrie.

6.31.15 Revision Gewässerschutzgesetz 1991

Die legislatorische Umsetzung und Konkretisierung dieses Ziels und BV-Auftrags von 1975 wird mit einer erneuten *Revision* des *Gewässerschutzgesetzes* 1991 erreicht:

Qualitativer und quantitativer Wasserschutz (Restwassermengen) als Gegenvorschlag zur Volksinitiative „zur Rettung unserer Gewässer“⁶⁶⁹, welche eine Verfassungsänderung im Auge hatte. Das neue GSchG sieht insbesondere die *Reinhaltung der Gewässer, die Sicherung angemessener Restwassermengen* und die *Verhinderung anderer nachteilige Einwirkungen auf Gewässer* - wie z.B. Verbauungen, Eindolungen, Korrekturen, Materialeinbringungen und -entnahmen, etc. vor. Der neue Gesetzestext soll gemäss der bundesrätlichen Botschaft das geltende Recht - sprich das Gewässerschutzgesetz von 1971 - in diesem Sinne ergänzen und verbessern:

„Im Gegensatz zum geltenden Recht, das die Gewässer lediglich gegen Verunreinigungen schützt, hat das neue Gesetz einen umfassenden Schutz der Gewässer zum Gegenstand: zur Erhaltung einer guten Wasserqualität in den ober- und unterirdischen Gewässern kommt deren mengenmässige Erhaltung hinzu. Bestimmungen über die Sicherung angemessener Restwassermengen sowie Grundsätze zur Verhinderung anderer nachteiliger Einwirkungen auf Gewässer sind die Mittel, die zu diesem Zweck eingesetzt werden sollen. Andere Gesetze, wie das Natur- und Heimatschutzgesetz und das Fischereigesetz enthalten bereits Teilregelungen, die in diese Richtung gehen.“⁶⁷⁰

Es fördert damit gleichzeitig Ziele des Natur- und Heimatschutzes⁶⁷¹. Dies ist durchaus bewusst erfolgt und etwa an der Intention, das GSchG in Aufbau, Terminologie und materiellem Gehalt dem NHG anzugleichen, ablesbar⁶⁷².

Zudem wird der Geltungsbereich hinsichtlich der Umschreibung des Gewässers ausgedehnt: Wasser, Gewässerbett mit Sohle und Böschung samt tierischer und pflanzlicher Besiedlung werden nunmehr vom Gesetz erfasst (Art. 4 Bst. a GSchG).

Die Neuerungen des Gesetzes von 1991 bringen auch zusätzliche Bestimmungen des Gewässerschutzes in der Landwirtschaft, die Verpflichtung der Kantone, Zusätzliches zur Reinhaltung der Gewässer zu tun, Bestimmungen über die Lagerung von wassergefährdenden Flüssigkeiten und Stoffen - im Nachgang an die Brandka-

⁶⁶⁹ Zur Vorgeschichte des Revisionsentwurfs: BBl 1987 II 1075ff.

⁶⁷⁰ BBl 1987 II 1085f.

⁶⁷¹ Maurer, NHG-Kommentar, S. 91, Rz 31

⁶⁷² Botschaft BR zum GSchG, BBl 1987 II 1083f.

tastrophe in Schweizerhalle bei Basel Ende 1986 - und schliesslich eine neue Subventionsordnung, die den Abbau der Bundesleistungen zum Inhalt hat.

Die Ziele nach Art. 1 GSchG:

Dieses Gesetz bezweckt, die Gewässer vor nachteiligen Einwirkungen zu schützen.

Es dient insbesondere:

- a. der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen;
- b. der Sicherstellung und haushälterischen Nutzung des Trink- und Brauchwassers;
- c. der Erhaltung natürlicher Lebensräume für die einheimische Tier- und Pflanzenwelt;
- d. der Erhaltung der Fischgewässer;
- e. der Erhaltung der Gewässer als Landschaftselemente;
- f. der landwirtschaftlichen Bewässerung;
- g. der Benützung zur Erholung;
- h. der Sicherung der natürlichen Funktion des Wasserkreislaufs.⁶⁷³

6.31.16 Qualitativer und quantitativer Wasserschutz

Die Bundeskompetenz im Bereich des *qualitativen* Wasserschutzes bezog sich von Anfang an auf den Schutz gegen Verunreinigungen. Schon das Wasserschutzgesetz von 1955 legte aber fest, dass Massnahmen „gegen Verunreinigungen oder andere schädliche Beeinträchtigungen“ (Art. 2 Abs.1 GSchG von 1955) zu ergreifen seien. Im Gesetz von 1971 wurden der Verunreinigung „alle anderen schädlichen physikalischen, chemischen oder biologischen Veränderungen des Wassers gleichgestellt“ (Art. 2 Abs. 2GSchG von 1971). Das bildete ursprünglich eine recht grosszügige Auslegung der Verfassungsvorschrift, deren primäres Ziel die Verhinderung der Einleitung ungereinigter Abwässer in Gewässer gewesen war. Der Einbezug anderer Veränderungen aber liess sich durch den Zweck rechtfertigen, die Wasserqualität zu erhalten und dort zu verbessern, wo sie beeinträchtigt war. Dazu gehörte u.a. auch, die Erwärmung in Grenzen zu halten. Die Zielsetzung des Gewässerschutzes war in der Verfassungsbestimmung nicht festgelegt worden, wurde aber in den Gesetzen genannt: mit dem Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier, der Trink- und Brauchwasserversorgung, der landwirtschaftlichen Bewässerung, der Benützung zu Badezwecken, der Fischerei, dem Schutz baulicher Anlagen und dem Landschaftsschutz. Als der Gewässerschutz aus Art. 24quater in den neuen Wasserwirtschaftsartikel 24bis übertragen wurde, blieb es bei der Umschreibung des qualitativen Gewässerschutzes durch den Ausdruck „Verunreinigung“. Nach zwanzigjähriger Gesetzgebungspaxis konnte jedoch kein Zweifel mehr darüber bestehen, um was es sich handeln sollte, nämlich um den qualitativen Gewässerschutz schlechthin. Die Zielsetzung ist im Gesetz von 1991 verfassungskonform ausgebaut, auf den Biotopschutz erweitert und der Erfassung des quantitativen Gewässerschutzes durch die Verfassungsnorm angepasst worden.

Die Mittel des qualitativen Gewässerschutzes werden im gegenwärtigen wie im früheren Verfassungsartikel nicht genannt. Sie sind auch durch Interpretation nicht im einzelnen aus dem Verfassungstext abzuleiten, sondern vom Gesetzgeber festzulegen. Das ist in den Gewässerschutzgesetzen von 1955, 1971 und 1991 mit zu-

⁶⁷³ Ausführlich zu den Zielsetzungen im Gewässerschutzrecht: Schlussbericht der Studie „Gewässerschutz 2000“, Berichtersteller Ueli Bundi, EAWAG, Verlag Haupt, , Bern 1981: „Gewässerschutz in der Schweiz. Sind die Ziele erreichbar?“.

nehmendem Ausbau des Instrumentariums (vgl. die Ausführungen oben) geschehen. Im wesentlichen geht es um die allgemeine Sorgfaltspflicht, um das Verbot des Einbringens von Stoffen, die Wasser verunreinigen können, um die Begrenzung der Ausbeutung von Kies und Sand, um den Schutz vor wassergefährdenden Flüssigkeiten und um die Verhinderung der Belastung der Gewässer durch die landwirtschaftliche Bewirtschaftung. Ein zentrales Anliegen bleibt die Abwasserbehandlung. Unverschmutztes Abwasser soll versickern, um die Grundwasservorkommen zu erhalten, während verschmutztes behandelt werden muss. Dazu werden drei Arten von Pflichten aufgestellt: die Anschlusspflicht ans öffentliche Netz, die Vorbehandlungspflicht bei besonderen Abwässern und die Pflicht des Gemeinwesens zur Erstellung der Kanalisation innerhalb des besiedelten Gebiets zur Abnahme der Abwässer und zur Abwasserreinigung. Baubewilligungen können innerhalb des Bereichs öffentlicher Kanalisationen nur erteilt werden, wenn der Anschluss erfolgt; ausserhalb dieses Bereichs sind andere zweckmässige Abwasserbeseitigungen zulässig. Diese Regeln hatten in anderer Fassung ursprünglich auch eine raumplanerische Funktion (vgl. oben, Ausführungen zur Gesetzgebung im Gewässerschutz), die aber mit Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes durch diese übernommen worden ist, sodass sich die abwasserrechtlichen Baubewilligungsvoraussetzungen heute eindeutig auf Art. 24bis Abs. 2 lit. a BV allein und nicht auch auf Art. 22quater stützen.

Der quantitative Gewässerschutz⁶⁷⁴ wird nach dem Wortlauf von Abs. 2 lit. a von Art. 24bis BV durch die Sicherung angemessener Restwassermengen gewährleistet. Die Bestimmung überlagert jene von Abs. 1 lit. a derselben Norm über die Erhaltung der Wasservorkommen, von der sie im Lauf der parlamentarischen Beratung getrennt worden ist, und jene von Abs. 1 lit. c über die Regulierung von Wasserständen und Abflüssen, verleiht dem Bundesgesetzgeber aber anders als Abs. 1 des Verfassungsartikels den Auftrag zur umfassenden Rechtssetzung. Dieser ist erfüllt worden durch Erlass des Geschwässerschutzgesetzes von 1991, nachdem eine provisorische Ordnung 1987 gescheitert war. Die Sicherung angemessener Restwassermengen war vom Bundesrat nicht als Teil des Verfassungstextes vorgeschlagen worden. Der Nationalrat beschloss zunächst, dem Bund die Grundsatzzgesetzgebungskompetenz u.a. über „die Gewährleistung einer angemessenen Restwasserführung“ zu übertragen; der Ständerat aber beschloss eine umfassende Rechtssetzungsbefugnis über „angemessene Restwassermengen“, und der Nationalrat schloss sich an. Was damit gemeint war, kam aber in der Debatte nicht zum Ausdruck. Auch die allgemeine Zielsetzung im Ingress zu Abs. 1 lässt keine detaillierten Schlüsse zu, denn die haushälterische Nutzung und der Schutz von Wasservorkommen verbieten zwar die übermässige Beanspruchung, geben aber wenig Anhaltspunkte zur mengenmässigen Festlegung. Als spezifische Zielsetzung müssen vorallem gelten: die Sicherung der für den Gemeingebrauch erforderlichen Wassermengen, die Gewährleistung der Trinkwasserversorgung, die Wahrung des biologischen Gleichgewichts und die Erhaltung der Gewässer als landschaftsbestimmendes Kennzeichen. Andere Anliegen sind ebenfalls beachtenswert; die Nutzung zu solchen Zwecken darf aber ihrerseits den quantitativen Gewässerschutz nicht in Frage stellen. Erreicht wird der Schutz bei Fliessgewässern durch Festlegung von

⁶⁷⁴ Zu Entstehungsgeschichte und zu Einzelfragen, Martin Pestalozzi, Sicherung angemessener Restwassermengen - alles oder nicht? In: URP 1996/7, S. 708ff.

Restwassermengen, deren Höhe abhängig ist von der im Zehn-Jahres-Durchschnitt ermittelten effektiven Mindestabflussmenge an 347 Tagen im Jahr (=Q347). Je kleiner Q347 ist, je höher der Anteil an Restwasser, damit eine kritische Menge nicht unterschritten wird (vgl. Art. 31 GSchG). Ausnahmen im Sinne der tieferen Ansetzung und Regeln über die Erhöhung ergänzen das System (vgl. Art. 32 und 33 GSchG). Der Anwendung der Vorschriften dienen der vom Gesuchsteller vorzulegende Bericht (vgl. Art. 33 Abs. 4 GSchG), die Bewilligung (vgl. Art. 29 GSchG) sowie der Entscheid über die Dotierungsmenge und deren Kontrolle (vgl. Art. 35 und 36 GSchG). Die Vorschriften finden sinngemäss Anwendung, wo durch Wasserentnahme aus Seen oder Grundwasservorkommen die Wasserführung von Fließgewässern verändert wird (vgl. Art. 34 GSchG). Für die Erhaltung der Grundwasservorkommen selbst gelten besondere Regeln (vgl. Art. 43 GSchG).

6.31.17 Revision Gewässerschutzgesetz 1997:

Aufgrund der Sanierungsmassnahmen, welche die angespannte Finanzlage des Bundes lindern sollten, wurden auch im Bereich des Gewässerschutzes Subventionen herabgesetzt oder gar gestrichen. Trotz empfindlichen Einbussen sollte aber die Finanzierung eines nachhaltigen Gewässerschutzes und einer ebensolchen Abfallentsorgung sichergestellt bleiben. Dieses Ziel wird mit der Einführung des generellen *Verursacherprinzips* verfolgt:

So ist der Botschaft vom 4. September 1996 etwa zu entnehmen:

„In der Vergangenheit unterstützten Bund und Kantone den Bau von Abwasser- und Abfallanlagen in erheblichem Masse mit Subventionen. Es gilt nun, die Finanzierung dieser für den Schutz der Umwelt wichtigen Infrastruktur langfristig mit anderen Mitteln sicherzustellen. Die Vorlage enthält die dazu auf Ebene der Bundesgesetzgebung notwendigen Elemente. So sieht die Vorlage vor, das Verursacherprinzip im Gewässerschutzgesetz generell festzulegen. Wie schon im Umweltgesetz soll derjenige die Kosten tragen, der solche verursacht.

Die Vorlage bezweckt zwar grundsätzlich, dass sich die zu bezahlenden Gebühren nach der Art und Menge des Abwassers und der Abfälle richten, um damit ein finanzielles Interesse der Verursacher an einer Reduktion der Umweltbelastung zu schaffen. In der Praxis muss aber auch die Umsetzung dieses Grundsatzes so flexibel erfolgen, dass nicht unverhältnismässige Kosten aus der administrativen Erfassung der Abwassermenge und Arten oder aus den von jedem Haushalt abgelieferten Abfallge- wichten notwendig sind. So könnte z.B. die Ausrüstung von einzelnen Wohnungen mit separaten Zählern für die verbrauchte Kalt- und Warmwassermenge den vernünftigen Rahmen der Umsetzung sprengen.“⁶⁷⁵

...die Umsetzung erfolgt in der revidierten Fassung des Gewässerschutzgesetzes wie folgt:

Art. 3a GSchG:

Wer Massnahmen nach diesem Gesetz verursacht, trägt die Kosten dafür.

Damit einher gehen denn auch weitere Reduktionen der Subventionstatbestände für neue Vorhaben und der Abbau von Abgeltungen, um die zwar als notwendig bezeichneten aber doch die Bundesfinanzen zu stark belastenden Gesamtausgaben zu senken - dem Gewässerschutz geht es damit nicht besser als den um-

⁶⁷⁵ BBl1996 IV 1223.

weltschützerischen Bereichen überhaupt und überall: man muss sie sich leisten können und wollen.

6.31.18 Gewässerschutzverordnung 1999

Am 1. Januar 1999 ist die neue Gewässerschutzverordnung vom 28. Oktober 1998 (GSchV) in Kraft getreten. Neu werden mit der GSchV ökologische Ziele für Gewässer eingeführt. Dabei handelt es sich nicht um verbindliche Anforderungen an Gewässer, sondern um Zielformulierungen, auf die beim Vollzug der Gewässerschutzvorschriften hingearbeitet werden muss. Vereinfacht kann gesagt werden, dass es darum geht, die Gewässer wieder naturnah zu gestalten und zu erhalten. Die Beseitigung des verschmutzten Abwassers wird mit der GSchV neu geregelt. Neu sind vor allem die Anforderungen an die Beseitigung von Industrieabwasser. Hierfür gilt grundsätzlich der Stand der Technik. Dieser wird in der GSchV umschrieben. Für die Vollzugsbehörden besteht aber im Einzelfall ein erheblicher Spielraum, um zusammen mit der betroffenen Industrie eine sachgemässe Lösung zu finden. Dadurch soll auch die Eigenverantwortung der Industrie gestärkt werden. Schliesslich wird neu auch der planerische Schutz der Gewässer auf Verordnungsstufe geregelt. Die drei im Gewässerschutzgesetz verankerten planerischen Instrumente (Gewässerschutzbereiche, Grundwasserschutzzonen und Grundwasserschutzareale) werden in der Verordnung umschrieben sowie die zum Schutz der Gewässer notwendigen Einschränkungen festgelegt:

Die GSchV enthält Bestimmungen über die Abwasserbeseitigung, die Entsorgung von Klärschlamm, die Anforderungen an Betriebe mit Nutztierhaltung, den planerischen Schutz der Gewässer, die Sicherung angemessener Restwassermengen sowie die Verhinderung anderer nachteiliger Einwirkungen auf die Gewässer. Die zentralen neuen Bestimmungen der GSchV sind diejenigen über die Abwasserbeseitigung und den planerischen Schutz sowie die in den allgemeinen Bestimmungen angesprochenen ökologischen Ziele für Gewässer.

Im Bezug auf die Nutzung eines Grundstücks - mit oder ohne Gewässer - sind insbesondere folgende Punkte interessant:

~~Die~~ Die Ableitung von verschmutztem Wasser. Hier wird die Einleitung von Abwasser in Gewässer oder die Kanalisation gemäss detaillierten Voraussetzungen in den jeweiligen Anhängen zur Verordnung geregelt:

Art. 6 GSchV, Einleitung in Gewässer:

1 Die Behörde bewilligt die Einleitung von verschmutztem Abwasser in oberirdische Gewässer, Drainagen sowie unterirdische Flüsse und Bäche, wenn die Anforderungen an die Einleitung in Gewässer nach Anhang 3 eingehalten sind.

Und

Art. 7 GSchG, Einleitung in die öffentliche Kanalisation:

1 die Behörde bewilligt die Einleitung von Industrieabwasser nach Anhang 3.2 oder von anderem Abwasser nach Anhang 3.3 in die öffentliche Kanalisation, wenn die Anforderungen des entsprechenden Anhangs eingehalten sind.

Die Behörde hat zudem in bestimmten Fällen die Möglichkeit, diese Anforderungen zu verschärfen oder zu erleichtern (vgl. Abs. 2 und 3 der Bestimmungen). Für den Nutzer - Eigentümer oder sonst Berechtigten - heisst das also, dass er in der Nutzung eingeschränkt ist - betreffend das Gewässer direkt, betreffend seiner Tätigkeit resp. des Grundstücks, auf dem er tätig ist, indirekt.

~~Die~~ Die Anforderungen an Nutztierhalter werden bereits per GSchG zu einer gewässer-
serverträglichen Düngungspraxis verpflichtet:

Art. 14 GSchG, Betriebe mit Nutztierhaltung:

1 Auf jedem Betrieb mit Nutztierhaltung ist eine ausgeglichene Düngerbilanz anzustreben.

2 Hofdüngung muss umweltverträglich und entsprechend dem Stand der Technik landwirtschaftlich oder gartenbaulich verwertet werden.

3 Im Betrieb müssen dafür Lagereinrichtungen mit einer Kapazität von mindestens drei Monaten vorhanden sein. Die kantonale Behörde kann jedoch für Betriebe im Berggebiet oder in ungünstigen klimatischen oder besonderen pflanzenbaulichen Verhältnissen eine grössere Lagerkapazität anordnen. Für Ställe, die nur für kurze Zeit mit Tieren belegt sind, kann sie eine kleinere Lagerkapazität bewilligen.

4 Der Betrieb muss über eine so grosse eigene, gepachtete oder vertraglich gesicherte Nutzfläche verfügen, dass auf 1 ha höchstens drei Düngergrossvieheinheiten entfallen. Befindet sich die vertraglich gesicherte Nutzfläche ganz oder teilweise ausserhalb des ortsüblichen Bewirtschaftungsbereichs, so dürfen nur so viele Nutztiere gehalten werden, dass mindestens die Hälfte des im Betrieb anfallenden Hofdüngers auf der eigenen oder gepachteten Nutzfläche verwertet werden kann; dabei darf auf 1 ha Nutzfläche der Dünger von höchstens drei Düngergrossvieheinheiten ausgebracht werden.

5 Düngerabnahmeverträge müssen schriftlich abgeschlossen und von der zuständigen kantonalen Behörde genehmigt werden.

6 Die kantonale Behörde setzt die pro ha zulässigen Düngergrossvieheinheiten herab, soweit Bodenbelastbarkeit, Höhenlage und topographische Verhältnisse dies erfordern.

7 Der Bundesrat kann Ausnahmen von den Anforderungen an die Nutzfläche vorsehen für:

- a. die Geflügel- und die Pferdehaltung, sowie für bereits bestehende kleiner und mittlere Betriebe, mit anderer Nutztierhaltung;
- b. die Betriebe, die Aufgaben im öffentlichen Interesse erfüllen (Abfallverwertung, Forschung, usw.).

8 Eine Düngergrossvieheinheit entspricht dem durchschnittlichen jährlichen Anfall von Gülle und Mist einer 600 kg schweren Kuh.

Die Verordnung übernimmt nun die Konkretisierung der im Gesetz angesprochenen Begriffe wie Betriebe mit Nutztierhaltung, Düngergrossvieheinheit, ortsüblicher Bewirtschaftungsbereich und die Ausnahmen von den Anforderungen an die Nutzfläche. Damit regeln Gesetz und Verordnung die Nutzungsmöglichkeiten des betroffenen Landwirts im Zusammenhang mit der Haltung von Nutztier und der entsprechenden Verträglichkeit des Grundwassers und bestimmen seine ganz konkrete Eigentums- resp. Nutzungsausübung.

~~Der~~ Der planerische Schutz der Gewässer sieht drei neue Instrumentarien vor:

Die Gewässerschutzbereiche:

Die Kantone werden verpflichtet das gesamte Kantonsgebiet entsprechend der Gefährdung der ober- und unterirdischen Gewässer in solche einzuteilen. Tätigkeiten, die eine Gefahr für Gewässer darstellen, sind in den besonders gefährdeten Bereichen dann bloss noch mit einer kantonalen Bewilligung zulässig.

Grundwasserschutzzonen:

Auch hier sind die Kantone zur Ausscheidung von Schutzzonen verpflichtet, und zwar soweit sie für die im öffentlichen Interesse liegenden Grundwasserfassungen und -anreicherungsanlagen notwendig sind.

Grundwasserschutzareale:

Hiermit soll der künftige bedarf an Trink- und Brauchwasser sichergestellt werden. Dazu haben die Kantone ebenfalls Areale auszuscheiden. Dies soll eine planerische Absicherung garantieren.

Wer als Eigentümer oder Nutzer von solchen ausgeschiedenen Gebieten betroffen ist, kann sehr wohl durch die Schutzpolitik zugunsten der Ressource bei der eigenen Eigentums- oder Nutzungsausübung eingeschränkt sein.⁶⁷⁶

6.32 Zusammenfassend zum Gewässerschutz

Von der Entwicklungen vom Schutz vor dem Wasser, der Wassernutzung und dem Schutz des Wassers war bereits verschiedentlich die Rede. Die hier skizzierte Abfolge der wasserrelevanten gesetzlichen Hauptadern mit den angedeuteten Nebenarmen zeigen einmal mehr, dass das Recht sich an den Problemen der Zeit orientiert und somit Verfügungs- oder Nutzungskonkretisierungen dann zur Verfügung stellt, wenn sie gewünscht werden und in der Form, in welcher sie benötigt werden. Das Recht entwickelt in diesem Sinne auch hier keine eigene Lösungsdynamik, sondern wird an die neuen Situationen adaptiert.

Eugen Huber, der Schöpfer des Zivilgesetzbuches hat sich in seinem Referat vor dem schweizerischen Juristenverein 1900 zur Gestaltung des damals noch völlig uneinheitlichen Wasserrecht in der Schweiz folgendermassen geäussert:

„Eine jede Zeit stellt an die Ausgestaltung der Rechtsordnung ihre eigenen Aufgaben. Was gestern genügen konnte, reicht heute bei veränderten Verhältnissen nicht mehr aus. Materielles Wohlbefinden und innere Befriedigung sind davon abhängig, dass eine jede Generation die ihrer zeit erwachsenden Aufgaben begreife und löse. Was daran versäumt wird, kann in der Regel gar nicht mehr oder nur mit schwerer Einbusse eingeholt werden. Es ist wie für den einzelnen, so auch für die Völker ratsam, was zu thun ist, ohne Säumnis zu thun, und nicht auf eine ungewisse Zukunft zu ersparen, was jetzt für unser gedeihen sich als notwendig erweist.

Man darf sich dieser hausbackenen Weisheit erinnern, wenn man die Aufgabe bedenkt, die für unsere zeitgenössische Gesetzgebung im Gebiete des Wasserrechts gestellt erscheint.“

Vor diesem Hintergrund ist auch die Entwicklung im Wasserrecht im letzten Jahrhundert zu sehen. Bereits mit dem Inkrafttreten des ZGB fand eine Einschränkung des privaten Eigentums an Wasser statt, die im Verlaufe der Zeit durch die Dring-

⁶⁷⁶ Vgl. zur GSchV 1999 Siegfried Lager, BUWAL, Überblick über das neue Gewässerschutzrecht, URP/DEP 1999/6., S. 470ff.

lichkeit der öffentlichen Interessen an Wasservorkommen zur Nutzung und an Wasserschutz noch verstärkt wurden, was an praktisch jeder der aufgeführten Verfassungs- oder Gesetzesänderungen abzulesen ist. Damit hat sich zwar eigenwillige, private Eigentumsausübung beschränken lassen müssen; was aber nicht heisst, die Nutzung der Gewässer sei tout court eingeschränkt worden. Der Gesetzgeber hat sich anhand der zeitgenössischen Anforderungen an die Erhaltung und optimale Nutzung der Ressource Wasser - insbesondere auf dem Plan des öffentlichen Rechts, also der Nutzungs- und Schutzpolitiken - eine Regelung aufgestellt, die zunehmend den Privaten in der Ausübung seiner Befugnisse an der Ressource in eine bestimmte Richtung leitet - eine Erkenntnis, die wohl für alle Ressourcen gelten wird.

SECHSTES KAPITEL: DIE LUFT

EINLEITUNG

Eingangs ist nochmals kurz darauf zu verweisen, dass die Luft keine „Sache“ im Sinne des privatrechtlichen Sachenrechts ist. Die Luft per se war daher auch über lange Zeit nicht direktes Regelungsobjekt. Für das Privatrecht oder genauer das Eigentum im Sinne des Regelwerkes heisst das, dass die Luft überhaupt keine Regelung erfahren hat. Ohne Eigentumsfähigkeit stellt sich auch die Frage nach dem Rechtszuständigen nicht. Luft war immer da, keiner Zuordnungskonkurrenz ausgesetzt und deshalb auch nie Zankapfel zwischen zwei Anspruchskonkurrenten, die sich über das „was gehört wem“ streiten würden.

Ein einziger Ansatz findet sich höchstens in der Frage, wie weit das Eigentumsrecht des Grundeigentümers geht, oder anders, wie weit reicht das Eigentum des Grundeigentümers. Hier ist der Luftraum als die dreidimensionale Luftsäule angesprochen, der möglichen Raum im wahrsten Sinn des Wortes für Konflikte bietet.

Der Luftraum als Teil der Eigentumssphäre (im römischrechtlichen Sinne als Umfang *usque ad sidera usque ad inferos* verstanden, als von den Sternen bis zum Erdmittelpunkt) wird nach Art. 667 Abs. 1 ZGB durch das tatsächliche, konkrete Eigentümerinteresse begrenzt⁶⁷⁷. Dieses kann ein wirtschaftliches, wissenschaftliches oder auch nur ästhetisches sein.

Ein Eigentümer eines als Baumschule genutzten Grundstücks stellt eine überdimensioniert hohe Lagerhalle auf; dem Nachbarn, Eigner eines privaten Flugplatzes, wird dadurch das Landen und Starten über das Baumschulgrundstück verunmöglicht.

Wer hat welchen Luftraum zu beanspruchen; nach welchen Kriterien entscheidet sich, wieweit das Eigentumsrecht des Baumschulbetreibers reicht?

Das Bundesgericht hat im Entscheid BGE 102 II 96 zum Verhältnis zwischen Luftrecht, welches hier dem Flugplatzbetreiber die Nutzung des Luftraumes einräumen würde, und Grundeigentum klar festgehalten:

„Abgesehen von den im Luftfahrtgesetz ausdrücklich vorgesehenen Fällen steht der Luftraum der Luftfahrt nur soweit zur Verfügung als die dem Grundeigentümer vom Privatrecht eingeräumten Rechte nicht beeinträchtigt werden.“

und

„Das Überfliegen eines Grundstücks in geringer Höhe ohne vertragliche Bewilligung des Grundeigentümers in der Umgebung eines privaten Flugplatzes ist widerrechtlich.“

Demnach hat sich das Bundesgericht dafür entschieden, dem Grundeigentümer aufgrund von Art. 667 ZGB solange den Vortritt zukommen zu lassen, als dieser ein In-

⁶⁷⁷ vgl. BGE 119 Ia 396, wonach die kantonale Bergregalshoheit bestätigt wird und so die verbundene Konzessionspflicht Art. 667 ZGB nicht verletzt. Auch BGE 122 II 349 betreffend dem Ausübungsinteressen des Grundeigentümers, dessen Grundstück in der Fluglandeschneise eines Flugplatzes liegt.

teresse an eigener Eigentumsausübung nachweisen kann. Oder anders ausgedrückt kann sich der Eigentümer im durch Interessensnachweis erstellten Umfang seines Eigentums gegen jeden zu Wehr setzen, der zu tief fliegt, resp. seine Eigentumsausübung tangiert oder dagegen angeht. Damit kommt der Inhalt von Art. 641 ZGB voll zum Zuge, wonach diese Allmacht des Eigentümers nur dann geschmälert wird, wenn die Rechtsordnung ihn einschränkt.

Zu guter Letzt war schliesslich noch zu klären, ob allenfalls ein Fall von Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB vorliegen könnte, der dem Rechtszuständigen verbietet, sein Recht rein zur Schädigung eines Dritten anzuwenden ohne jegliches Eigeninteresse an der Ausübung zu haben. Gemeinhin braucht es für die Annahme von Rechtsmissbrauch nach Lehre und Rechtsprechung relativ viel. Immerhin gilt das Rechtsmissbrauchsverbot als interne Eigentumsbeschränkung, d.h. *jeder* Eigentümer hat sich daran zu halten. Dies ist im übrigen ein allgemeiner Rechtsgrundsatz, der *alle* Parteien des Rechtsverkehrs bindet.

Das Bundesgericht führt in seinen Erwägungen u.a. aus:

„Die im vorinstanzlichen Urteil und in der Berufung der Thurflug AG diskutierte Frage, ob die Beklagte für ihr Bauvorhaben bereits im Besitze einer öffentlichrechtlichen Baubewilligung sei bzw. ob diesem Bauvorhaben öffentlichrechtliche Vorschriften des eidgenössischen, kantonalen oder kommunalen Bau- und Planungsrechtes entgegenstünden, ist für den Entscheid in der vorliegenden Streitsache ohne Bedeutung. Der Zivilrichter hat lediglich zu prüfen, ob das Bauvorhaben der Beklagten private Rechte der Klägerinnen verletze. Auch die öffentlichrechtlichen Vorschriften des Bundes über die Luftfahrt sind nur insofern von Bedeutung, als sich aus ihnen eine Beschränkung des Grundeigentums im Sinne von Art. 641 Abs. 1 und Art. 667 Abs. 1 ZGB ableiten lässt.

(...)

Gemäss Art. 1 des Luftfahrtgesetzes (LFG; SR 748.0) ist die Benützung des Luftraumes über der Schweiz durch Luftfahrzeuge im Rahmen der Bestimmungen des Luftfahrtgesetzes und der übrigen Bundesgesetzgebung gestattet.

Beschränkungen des Grundeigentums in der Umgebung von Flugplätzen enthalten insbesondere die Art. 42 und 43 LFG. Sie gelten aber nur für öffentliche Flugplätze, die gemäss Art. 37 Abs. 1 LFG einer Konzession bedürfen, und begründen zudem, wenn sie einer Enteignung gleichkommen, eine Entschädigungspflicht (Art. 44 LFG).

Private Flugplätze, die nicht dem öffentlichen Verkehr dienen (sogenannte Flugfelder, Art. 31 Abs. 2 LFV, SR 748.01) und die gemäss Art. 37 Abs. 2 LFG lediglich einer Bewilligung des eidgenössischen Luftamtes bedürfen, haben gemäss Art. 44ter LFG die nötigen Massnahmen zur Gewährleistung des Betriebes auf privatrechtlichem Weg zu treffen. Weitere Beschränkungen des Eigentums finden sich in den Art. 41 und 50 LFG. Nach der erstgenannten Bestimmung kann der Bundesrat Vorschriften erlassen, um Luftfahrthindernisse zu untersagen, zu beseitigen oder anzupassen, wobei im Falle der Enteignung eine Entschädigungspflicht besteht, und in Art. 50 wird ein Enteignungsrecht für öffentliche Flugplätze und für Vorkehren zur Flugsicherung statuiert. Aus dieser gesetzlichen Regelung folgt, dass der Luftraum dem Gemeingebrauch durch die Luftfahrt so weit zur Verfügung steht, als dadurch die dem Grundeigentümer vom Zivilrecht eingeräumten Rechte nicht beeinträchtigt werden. Eine Beschränkung des Grundeigentums ist nur in den vom Luftrecht ausdrücklich vorgesehenen Fällen, im Falle einer Enteignung zudem nur gegen volle Entschädigung, zulässig (vgl. dazu OPPIKOFER, Die aktuellen Probleme des Luftrechts, ZSR 65 /1946 S. 206a ff.; GULDIMANN, Cuius est solum, eius est usque ad coelum, Zeitschrift für Luftrecht 1 /1952 S. 215ff.; BAI, Luftrecht und Grundeigentum, Diss. Zürich 1955 S. 64 ff. und 114ff.; ROCHAT, La protection contre les obstacles à la navigation aérienne, Diss. Lausanne 1974 S. 22 Nr. 30).

Keine eigentlichen Eigentumsbeschränkungen, sondern lediglich polizeiliche Vorschriften über den Flugverkehr bilden die Bestimmungen über die minimale Flughöhe (BAI, a.a.O. S. 204). Diese beträgt, wie die Vorinstanz richtig feststellt, gemäss Art. 60 der Verfügung des Eidgenössischen Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement über die Verkehrsregeln für Luftfahrzeuge vom 3. Dezember 1971 (SR 748.121.11) über dichtbesiedelten Zonen 300 m und im übrigen 150 m. Die Mindestflughöhen gelten indessen nach der genannten Bestimmung für den Abflug und die Landung nicht. Beim Starten und Landen darf somit ein Flugzeug eine Höhe von weniger als 300 bzw. 150 m einhalten, ohne damit gegen Vorschriften des öffentlichen Luftrechtes zu verstossen. Insoweit kann demnach dem oberge-

richtlichen Urteil nicht zugestimmt werden. Ob das Überfliegen eines Grundstücks rechtmässig oder widerrechtlich erfolgt, beurteilt sich - von den besonderen Eigentumsbeschränkungen in der Umgebung von öffentlichen Flugplätzen abgesehen - allein nach privatrechtlichen Gesichtspunkten. Der Grundeigentümer kann sich gemäss Art. 641 Abs. 2 ZGB gegen das Überfliegen zur Wehr setzen, wenn es ihn in der Ausübung seiner Eigentumsrechte behindert (BGE 95 II 405 /6).

(...)

Gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB erstreckt sich das Grundeigentum so weit in den Luftraum, als für seine Ausübung ein Interesse besteht. Das ist für die Beklagte bis zu einer Höhe von 12,45 m ohne jeden Zweifel der Fall (so auch BGE 95 II 405). Vom eidgenössischen Privatrecht her gesehen bestehen keine Bestimmungen, die der Beklagten die Errichtung so hoher Bauten auf ihrem Grundstück verbieten würden, und die Klägerinnen vermögen auch keine aufgrund von Art. 686 ZGB erlassene Vorschrift des kantonalen privaten Baurechts anzurufen, die dem Bauvorhaben der Beklagten entgegenstehen würde (was übrigens das Bundesgericht nicht zu überprüfen hätte). Daraus folgt, dass den Klägerinnen nur dann ein Anspruch zustehen würde, das fragliche Grundstück in so geringer Höhe zu überfliegen, wenn ihnen hierfür seitens der Beklagten vertraglich ein Recht eingeräumt worden wäre. Das ist jedoch nicht geschehen. Auf die bloss prekaristische (= nur auf Zusehen hin. Anm. zum Text) Duldung der Überflüge durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten können sich die Klägerinnen selbstverständlich nicht berufen, da die Beklagte durch ein allfälliges derartiges Verhalten des früheren Grundeigentümers nicht gebunden wäre und zudem eine prekaristische Erlaubnis voraussetzungslos jederzeit widerrufen werden kann.

Im Ergebnis ist somit, wenn auch mit etwas anderer Begründung, der Vorinstanz doch darin zuzustimmen, dass das Überfliegen des Grundstücks der Beklagten durch die Klägerinnen rechtswidrig erfolgt. Diesem Umstand kommt bei der Beurteilung der Frage, ob die Beklagte rechtsmissbräuchlich handle, Bedeutung zu.

(...)

Im Grunde genommen gehen die Klägerinnen mit der Vorinstanz darin einig, dass der Beklagten ihr Bauvorhaben nur untersagt werden kann, wenn dessen Ausführung einen offenbaren Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB darstellt. Das könnte nach den zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz nur dann bejaht werden, wenn die von der Beklagten projektierte Baute keinen vernünftigen andern Zweck hätte, als den Flugbetrieb der Klägerinnen zu hindern oder zu stören. Das ist jedoch nach den verbindlichen tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht der Fall. Wenn diese ausführt, die Beklagte räume ein, dass die Scheune „auch eine Abwehrfunktion“ habe, so liegt darin indirekt die Feststellung, dass mit ihr ausserdem noch weitere Zwecke verfolgt werden, und die Vorinstanz legt diese denn auch dar.

Sie hält fest, dass sich die geplante Überbauung unter den statutarischen Gesellschaftszweck der Beklagten subsumieren lässt und dass sie eine Wertvermehrung für die Parzelle mit sich bringt. Die Beklagte kann daher ein schützenswertes Interesse für die Erstellung der Halle geltend machen. Sie braucht sich nicht auf Diskussionen mit den Klägerinnen darüber einzulassen, ob der Betrieb einer Baumschule auf ihrem Grundstück bessere oder geringere Erfolgsaussichten habe, ob für die von ihr verfolgten Zwecke auch ein weniger hohes Gebäude genügen würde und ob dessen Standort allenfalls auf eine andere Stelle des Grundstückes verlegt werden könne. Alle diese Fragen würden sich nur dann stellen, wenn die Klägerinnen in der Ausübung eines ihnen zustehenden Rechts behindert würden. Dagegen können sie sich nicht darüber beklagen, dass ihnen die Ausübung einer widerrechtlichen Handlung verunmöglicht wird. Es liesse sich vielmehr die Frage stellen, ob die Beklagte zur Errichtung der geplanten Baute nicht auch dann befugt wäre, wenn sie mit deren Ausführung kein anderes Interesse verfolgen würde, als die Klägerinnen am rechtswidrigen Überfliegen ihres Grundstückes zu hindern. In dieser Hinsicht lässt sich der vorliegende Tatbestand nicht mit dem von MERZ (N. 347 zu Art. 2 ZGB) angeführten französischen Fall Clément-Bayard /Coquerel (DALLOZ, Recueil périodique, 1913 II S. 181 und 1917 I S. 79) vergleichen. Dort ging es darum, dass der Nachbar eines Flugplatzes 10-11 m hohe Holzgestelle errichtete und auf diesen zudem noch 2-3 m lange, spitze Eisenstangen montierte, in der ausschliesslichen Absicht, dem Flugplatzinhaber zu schaden und diesen zu veranlassen, ihm sein Grundstück zu einem übersetzten Preis abzukaufen.

Obwohl nach den Feststellungen beider urteilenden Gerichtsinstanzen auch die Holzgestelle keinerlei vernünftigen Sinn hatten, wurde der Geklagte lediglich verpflichtet, die Eisenstangen zu entfernen, nicht auch die Holzgestelle abzureissen.“

Wir finden erste - aus heutiger Sicht - lufthygienische Ansätze im Nachbarrecht des Sachenrechts. Auch dort allerdings nur in einem indirekten Zusammenhang, indem

die Luft als *Medium* die Transportfunktion für die Immissionen wie etwa Rauch, lästige Dünste, Lärm, etc. übernimmt. Diese Immission wird aber gerade nicht als unzulässige Luftverschmutzung zum Schutze der Luft und ihrer Qualität verboten, sondern weil dadurch ein Nachbar gestört wird, oder aus der Optik des Gesetzestextes heraus, der Grundeigentümer sein Grundeigentum in einer für Dritte unzumutbaren Art und Weise nutzt:

Art. 684 ZGB, Nachbarrecht, Art der Bewirtschaftung:

1 Jedermann ist verpflichtet, bei der Ausübung seines Eigentums, wie namentlich bei dem Betrieb eines Gewerbes auf seinem Grundstück, sich aller übermässigen Einwirkung auf das Eigentum des Nachbarn zu enthalten.

2 Verboten sind insbesondere alle schädlichen und nach Lage und Beschaffenheit der Grundstücke oder nach Ortsgebrauch nicht gerechtfertigten Einwirkungen durch Rauch oder Ruß, lästige Dünste, Lärm oder Erschütterung.

Die Intension des Gesetzgebers zielt also auf den nachbarlichen Frieden ab. Es handelt sich um eine unmittelbare, gesetzliche Beschränkung des Eigentümers, oder eben besser *jeden* Eigentümers. Eigentliches Schutzziel bleibt der privatrechtliche Anspruch des Nachbarn auf ungestörtes Dasein.

Wäre da nicht die fehlende Sacheigenschaft der Luft, könnte man quasi Verfügung und Nutzung der Luft innerhalb des interessengebunden *Luftraumes* dem Grundeigentümer und darüber hinausgehend dem Dritten, dem „jedermann“ zusprechen. Die so privatrechtlich verstandenen Begriffe der Verfügung und Nutzung (einer Sache), die wie gesehen hier entfallen müssen, werden durch die erweiterten Begriffe im Sinne des öffentliche Rechts ersetzt. Gesunde, schadstofffreie Luft als nutzbare Ressource benötigt zunehmend auch rechtlichen Schutz, weil die Verfügung oder hier eher Nutzung zu einem eigentlichen Verbrauch führt - bzw. nach der Nutzung bleibt schadstoffangereicherte Luft zurück. Bereits in der Botschaft zum neuen Umweltschutzartikel wird festgehalten:

„Die zivilrechtlichen Vorschriften genügen heute für die Durchsetzung des Immissionsschutzes nicht mehr, sodass sich ein Ausbau der öffentlichrechtlichen Regelung aufdrängt.“

Dabei darf man eben nicht vergessen, dass das Privatrecht nur die Interessen des einzelnen Privaten (allenfalls sogar erst auf dessen klageweisen Vorgehens hin) schützt, während Luft- und Strassenverkehr, industrielle Betriebe und grenzüberschreitende Umwelteinflüsse die Luftqualität zunehmend belasten. sie machen öffentlichrechtliche Regelungen, im Sinne der Nutzungs- und Schutzpolitiken, notwendig: es folgen erste baupolizeilich bzw. planungsrechtlich motivierte Nutzungsdifferenzierungen; „stinkende“ Gewerbe werden durch raumplanungsrechtliche Vorschriften räumlich abgesondert. Es entsteht mit zunehmender und messbarer Luftverunreinigung das Bedürfnis, die konkreten Immissionsquellen auch rechtlich zu erfassen.

Dies hat dazu geführt, dass nicht die Luft selbst, aber der *Luftraum* zum öffentlichen Gut geworden ist. Die lebenswichtige Bedeutung für Menschen, Tiere und Pflanzen wird insbesondere dann erst klar, wenn die Luft von menschlicher Tätigkeit her gefährdet wird (Abgase aus Strassen- und Luftverkehr, Holz-, Gas-, Ölfeuerungen und Heizungen, gewerbliche und industrielle Emissionen, etc.).

Mit der Benützung der Luftsäule durch Düsen-, Motor-, Segel-, Ballon-, Delta- und Gleitschirmfliegen kommt auch der Anspruch des Gemeinwesens, aus Sicher-

heitsgründen zusätzlich den *Flugraum* rechtlich gesehen als öffentlich zu gestalten, hinzu. Im Gegensatz zum Luftraum vorher (für den der Schutzanspruch logischerweise bis zum Boden reicht) haben sich diese Regelungen aber am privaten Grundeigentümer zu orientieren. Sie greifen erst ab einer Höhe in welcher der Private gemäss Art. 667 ZGB kein eigenes Interesse zur Ausübung seines Eigentums mehr hat (In BGE 104 II 89 war dabei noch von 50 Meter die Rede. Der Entscheid darüber orientiert sich stets am konkreten Fall und lässt sich deshalb nicht für alle Situationen im selben Metermass angeben).

Gibt sich das privatrechtliche Regelwerk mit der Luft als Ressource nur im Hinblick auf die Abgrenzung zum nächsten Eigentümer ab, besteht für die Nutzungs- und insbesondere Schutzpolitiken des öffentlichen Rechts hier je länger desto mehr ein massiver Handlungsbedarf. Es geht seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts immer mehr darum, den Lebensraum Luft und die Auswirkungen der in bedrohenden Einwirkungen zur Kenntnis zu nehmen und entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Luft und Klima sind daher klar zu Schutzobjekten geworden, die durch die Gesetzgebung erfasst werden müssen:

„Die Luft bildet den wichtigsten Teil des Lebensraumes sowie eine unerlässliche Lebensgrundlage für Menschen, Tiere und Pflanzen. Die Luft als Schutzobjekt umfasst deshalb mehr als Stoffe, aus denen sie sich natürlicherweise zusammensetzt. Schutzwürdig sind insbesondere die Struktur der Atmosphäre sowie Wetter, Klima und andere Bereiche, die mit der Luft i.e.S. (...) in Wechselbeziehung stehen und eine funktionale Bedeutung für die Lebewesen ausweisen. Die Reinhaltung der Luft sowie die anderen Zielvorstellungen sind nicht Selbstzweck, sondern dienen dem übergeordneten Ziel, Menschen, Tiere und Pflanzen vor schädlichen und lästigen Einwirkungen zu schützen. (...) Langfristig gesehen bildet die Erhaltung des globalen Klimas die höchststrangige Zielsetzung. Wie die Erkenntnisse aus erdgeschichtlichen Prozessen zeigen, führen grössere Klimaschwankungen zu tiefgreifenden Änderungen in der Zusammensetzung von Tier- und Pflanzenwelt. Zu verhindern sind vom Menschen verursachte nachhaltige Klimaänderungen.“⁶⁷⁸

Verschieden Kantone hatten schon bereits vor Erlass des ersten eidgenössischen Regelungsversuches z.T. luftrelevante Bestimmungen in ihren Rechtsordnungen aufgenommen. Allerdings gingen diese um die Jahrhundertwende und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts kaum über die nachbarschaftlichen Schutzfunktionen des Art. 684 ZGB hinaus.

Im Verlauf der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts schufen die Kantone dann teilweise in ihren eigenen Umweltgesetzen (etwa in Form der Einrichtung besonderer Schutzzonen, etc.) Normen zum Schutz der Luft. Betreffend die Luftreinhaltung wiesen zum Zeitpunkt der Schaffung erster eidgenössischer Regelungen (Umweltschutzgesetz) die Kantone Basel-Landschaft und Bern eigenständige Gesetze für die Lufthygiene auf, im Kanton Basel-Stadt wurde die Luftreinhaltung mit einer besonderen Verordnung geregelt. Diese Erlasse waren jedoch alle jüngeren Datums und hatten einen verhältnismässig weiten Anwendungsbereich.

Allgemeine lufthygienische Vorschriften fanden sich zudem in kantonalen Baugesetzen. In zahlreichen Kantonen wurde Art. 684 ZGB - der Immissionsartikel des Zivilgesetzbuches in diese Baugesetze integriert und somit der Anspruch des „Nachbarn“ auf ein störungsfreies Zusammenleben im Sinne der Beschränkung des anderen Grundeigentümers in dessen Eigentumsausübung (hier Bautätigkeit) hinsichtlich Immissionen geschützt. Damit übernahmen zahlreiche öffentlichrechtliche Baugeset-

⁶⁷⁸ Vgl. T. Winzeler, Kommentar zum USG, S.23f.

ze sinngemäss das privatrechtliche Verbot übermässiger Immissionen. Ähnliche Vorschriften liessen sich denn auch etwa in Gesetzen über das Gesundheitswesen finden. Was kantonal Geltung hatte, wurde durch die bundesrechtliche Regelung teilweise aber obsolet, auch wenn diese Bestimmungen dadurch nicht ausser Kraft gesetzt wurden.

1. ECKDATEN ZUR LUFT

Die einleitend dargelegte, erschwerte rechtsdogmatische und relativ spät erfolgte rechtliche Erfassung der Luft v.a. durch die Normen des öffentlichen Rechts siedelt die zentralen luftrelevanten Legiferierungen erst im 20. Jahrhundert an, mit entscheidender Bedeutung gar erst in dessen letztem Viertel:

~~1907~~**1907**: Erlass des *schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) vom 10. Dezember 1907*. Der vierte Teil des Gesetzes führt im Sachenrecht die nachbarrechtliche Bestimmung des Art. 684 ZGB auf.

~~1971~~**1971**: Verankerung des Umweltschutzauftrages in *Art. 24septies BV* (neu: Art. 74 BV), der auch die Luft als Lebensraum und -grundlage erfasst.

~~1983~~**1983**: Erlass des *Bundesgesetzes über den Umweltschutz vom 23. Oktober 1983* (Umweltschutzgesetz, USG) als Vollzug des oberwähnten Verfassungsauftrags.

~~1985~~**1985**: Die *Luftreinhalte-Verordnung (LRV) vom 16. Dezember 1985* wird als Gefäss de Ausführungsbestimmungen für das Umweltschutzgesetz zum Thema Luft geschaffen.

~~1986~~**1986**: *Lärmschutzverordnung (LSV) vom 15. Dezember 1986* als quasi akustische Ergänzung zur obgenannten LRV im Sinne einer Ausführungsgesetzgebung mit Grenzwerten.

~~1997~~**1997**: *Revision Umweltschutzgesetz*: es werden Lenkungsabgaben als marktwirtschaftliches Instrumentarium ins Gesetz aufgenommen.

Die erwähnten Gesetze und Verordnungen dürfen einerseits nicht darüber hinwegtäuschen, dass es gerade auf Verordnungsebene noch eine Vielzahl von Regelungen gibt, die hier zitierfähig wären. So erscheint beispielsweise die Lärmschutzverordnung rein exemplarisch und zum Nachweis der Ausdehnung, welche die Ressource Luft auch gerade im Hinblick auf die möglichen und zur Verfügung gestellten Produkte und Dienstleistungen, erfahren hat. Es könnte hier ebensogut die Strahlenschutzverordnung vom 22. Juni 1994 aufgeführt werden. Oft sind es auch Einzelbestimmungen in Spezialgesetzen, die luftrelevant sind - spezielle Instrumentarien sind daraus allerdings nicht zu gewinnen, da sich diese Normen hauptsächlich an der Luftreinhalteverordnung orientieren und diese in das entsprechende Spezialgebiet (die Beispiele ArbeitnehmerInnenschutz und Verkehr werden in der Folge noch kurz geboten) Eingang finden.

2. DIE RECHTLICHEN REGELUNGEN DER LUFT DURCH DAS ÖFFENTLICHE RECHT

Nachdem das Regelwerk insbesondere aus Gründen der dogmatischen Nichterfassung der Luft nur spärliche Auskünfte über Nutzung und Verfügung über die Ressource zu geben vermag, ist es insbesondere das öffentliche Recht als Policy-Design, das die Regelung der Luft übernimmt.

Im Zentrum steht dabei mit Sicherheit der Schutz der Ressource, d.h. die Nutzungsregulative orientieren sich hauptsächlich an den Zielen der Luft-Schutz-Gesetzgebung. Was an anderen „Nutzungsgesetzen“ aufgezählt werden kann, etwa um mit dem Wasser einen Vergleich hinsichtlich der Fischerei oder der Schifffahrt zu ziehen, wäre etwa das Luftfahrtgesetz zu nennen, das sich aber wie schon Art. 667 ZGB auf den Luftraum konzentriert und erst wieder mit eigenen Immissionsbestimmungen auf die Schutzfunktion, also zurück zur Luftreinhalteverordnung zurückkehrt. Die Tatsache, dass sich bei der Luft alles vom Schutzgedanken her ableiten lässt, was in rechtliche Regelung gegossen wird, dürfte wohl darauf beruhen, dass die Luft - vereinfacht ausgedrückt - einerseits als Schadstoffdeponie verwendet wird und andererseits aber als Konsumgut und Ressource für Produktionsabläufe benötigt wird. Die Nutzung von Sachen wie abgasausstossenden Motorfahrzeugen und schadstoffproduzierenden Fabriken steht damit im Widerspruch zum Anspruch des Konsums und der Verwendung von Frischluft. Da sie ohne Verschmutzung aufgrund ihrer grundsätzlich grenzenlosen Verfügbarkeit mengenmässig betreffend ihrer Nutzung nie eine Konkurrenzsituation wird aufkommen lassen, entsteht eine solche erst mit der qualitativen Veränderung durch Immissionen. Erst dadurch wird die Luft zu einem knappen Gut. Dieser Entwicklung, resp. der Verknappung, kann nur durch den Schutz der Qualität Gegensteuer gegeben werden.

Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass als erstes - wie schon gesehen - die Verankerung des Schutzes der Luft im Sinne des Umweltschutzauftrages in *Art. 24septies BV*⁶⁷⁹, 1971, in der Verfassung erfolgte:

¹ Der Bund erlässt Vorschriften über den Schutz des Menschen und seiner natürlichen Umwelt gegen schädliche oder lästige Einwirkungen. Er bekämpft insbesondere die Luftverunreinigung und den Lärm.

² Der Vollzug der Vorschriften wird, soweit das Gesetz ihn nicht dem Bunde vorbehält, den Kantonen übertragen.

Mit dem zweiten Satzteil von Absatz 1 der Verfassungsnorm wird der Bund zugunsten der Luft zu einer bestimmten Priorität verpflichtet. Vordringlich sind demnach Luftverunreinigung und Lärm zu bekämpfen - in diesem Sinne fällt also betreffend dieser Immissionen der Auftrag an den Bund viel strenger aus als bei der allgemein gefassten Verpflichtung; von Bekämpfung (im französischen Text „combatte“ im italienischen „combate“) ist die Rede.

Damit ist der Bund aufgefordert, alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel zur Bekämpfung der Luftverunreinigung einzusetzen: via Bundesverfassung sind dies eben Gesetzgebung gemäss Kompetenzzuteilung und Vollzugsaufsicht über die Kantone.

⁶⁷⁹ Angenommen in der Volksabstimmung vom 6. Juni 1971 (Erwahrungsbeschluss vom 24. Juni 1971 – AS 1971 905; BBl 1970 I 761, 1971 I 1403).

Damit soll der ganzheitliche Schutz der natürlichen Umwelt gewährleistet werden. Diese umschreibt sich etwa auch mit der Biosphäre als Lebensraum und Lebensgrundlage für Menschen, Tiere und Pflanzen. D.h., dass auch diese Lebensräume und -grundlagen zu schützen sind, also mitunter eben gerade die Ressourcen, wie Luft, Boden und Wasser.⁶⁸⁰ Ausgeschlossen bleibt damit zwar der Themenbereich der radioelektrischen Strahlen, da diese nicht zur natürlichen Umwelt gehören - und negative Einwirkungen nicht direkt nachweisbar waren (und sind?). Auch nicht direkt erfasst wurde der Strahlenschutz - dieser ist aber schliesslich vom Umweltschutzgesetz (vgl. Art. 3 Abs. 2 USG) in die Spezialgesetzgebung verwiesen worden.

1983/85 erfolgt die Umsetzung im *Umweltschutzgesetz* und in der *Luftreinhalteverordnung* von **1985**. Diese macht bis heute das *pièce de résistance* der luftschützerischen Regelungen aus. Die Luftreinhalteverordnung ist zudem Grundlage für eine Vielzahl von weiteren Bestimmungen zum Schutz der Luft, in direkter Anwendung betreffend der konkreten Sachgebiete wie etwa Arbeit, Verkehr, Umgang mit Stoffen, etc.

Ihre Umsetzung hat sie dabei auch in selbständigen Gesetzen und in Verordnungen gefunden. Eine erschöpfende Aufzählung sämtlicher luftrelevanter Normen schon nur des Bundesrechts ist auch hier nicht möglich und kaum sinnvoll. Immerhin lässt sich an ein paar willkürlich gewählten Beispielen zeigen, dass der Umgang mit Luft im alleralltäglichsten Sinne des Ausdrucks - und dabei ihrer Eigenschaft oder Produkte eingedenk - mindestens indirekt von -zig Bestimmungen des öffentlichen Rechts erfasst wird.

So etwa im Arbeitsgesetz vom 13. März 1964, das zum Schutze der Gesundheit der ArbeiterInnen Art. 66 Ziff. 5 USG nachlebt. In Art. 18 der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz schliesslich findet sich eine konkrete Bestimmung, wonach verunreinigte Luft im Betriebsinnern abgesaugt und soweit erforderlich durch Frischluft zu ersetzen ist (Luft als Schadstoffsenke und Lebensgrundlage).

Weiter wird natürlich das Transportmittelwesen von der Luftreinhaltegesetzgebung erfasst: für die Bereiche des Verkehrs auf den Strassen, in der Luft und auf Gewässern existieren Vorschriften, die durch Ausrüstungsstandards und Grenzwertbestimmungen luftschützerische Ziele verfolgen.

Im Bereich Strassenverkehr ist dabei etwa die obligatorische und strafrechtlich sanktionierte Abgaswartung der Motorfahrzeuge zu nennen (vgl. Art. 59a Verkehrsregelverordnung vom 13.11.1962, VRV, AS 741.11). Schon in den Bereich der privatrechtlichen Immissionsbestimmung des Art. 684 ZGB rücken die Gebote des Art. 34 derselben Verordnung, wonach Belästigungen wie vermeidbare Rauchentwicklung, Belästigungen beim Befahren schmutziger oder staubiger Strassen zu unterlassen und der Motor auch bei kürzerem Anhalten abzustellen ist.

Betreffend Ausrüstung von Motorfahrzeugen kommen den amtlichen Kontrollen grosse Bedeutung zu (vgl. Art. 31 Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19.6.1995 (VTS, SR 741.41). Die Abgaswartungspflicht durch den Halter wird dokumentiert, auf die Einhaltung von Grenzwerten kontrolliert und Unterlassungen strafrechtlich geahndet (vgl. dazu Art. 133a der Verordnung ü-

⁶⁸⁰ Vgl. Thomas Fleiner, Kommentar zu Art. 24septies BV, S. 5.

ber die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr, VZV vom 27.10.1976, SR 741.51).

Ergänzende Ausführungsbestimmungen enthalten die Verordnung über Wartung und Nachkontrolle von Motorwagen betreffend Abgas- und Rauchemissionen vom 22.12.1993 (SR 741.437) sowie die je einzelnen Motorfahrzeugkategorien zugeschriebenen Verordnungen über die Abgasemissionen (betreffend Motorfahräder, Motorräder, leichter Motorwagen, etc. in den Verordnungen unter SR 741.435.1ff.). Im selben Rahmen werden auch Schiff- und Luftfahrt erfasst. Auch das Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt sieht bei Bau und Ausrüstung die Berücksichtigung des Gewässers- und Umweltschutzes vor. In der dazugehörigen Verordnung vom 8.11.1978 (SR 747.201.1), erfasst Art. 11 den Immissionsschutz - allerdings nicht anders als in einer allgemein gehaltenen Verbotsform:

¹ Es darf nicht mehr Lärm, Rauch, Abgas oder Geruch erzeugt werden, als bei ordnungsgemäsem Zustand und sachgemäßem Betrieb des Schiffes unvermeidbar ist.

Im Luftfahrtrecht wird ebenfalls mit Emissionsgrenzwerten und einem entsprechenden Prüfungsverfahren gefochten. Hier sind Bewilligungen - auch Ausnahmewilligungen mit Auflagen - Lenkungsmittel: Art. 1 der Verordnung über die Emissionen von Luftfahrzeugen vom 10.1.1996 (VEL, SR 748.215.3):

¹ Luftfahrzeuge mit motorischem Antrieb, die zur Eintragung in das Luftfahrtregister angemeldet werden, müssen die in dieser Verordnung festgelegten Emissionsgrenzwerte einhalten.

Es kann für die Gesamtpalette der Sachgebiete, welche luftrelevante Normen aufweisen, gesagt werden, dass die Instrumentarien nicht über den durch Verfassung, UWG und Luftreinhalteverordnung gesetzten Rahmen hinausgehen. D.h. es sind die Mittel und Wege befolgt worden, die auch in den Haupterlassen als verfassungskonforme Umsetzung des entsprechenden Auftrages vorgesehen sind. Eine Durchsicht der im Einzelnen verwendeten Instrumentarien ergibt daher nichts Singuläres: es sind dies Gebote/Verbote (eventuell mit Genehmigungsvorbehalten oder Auflagen und Bedingungen), Information (Apelle, Forschung, etc.) und verfahrensrechtliche Aspekte, wie etwa die Mitwirkung der Betroffenen - auch nach gefällteter Entscheidung, beispielsweise durch die Möglichkeit der Weiterziehung, die zur Anwendung kommen.

Höchstens die Versuche der letzten Jahre, insbesondere auch in den Kantonen, sich vermehrt mit marktorientierten Steuerungsmechanismen zu behelfen, sollen anhand eines konkreten Beispiels später noch aufgezeigt werden.

3. UMWELTSCHUTZGESETZ UND LUFTREINHALTEVERORDNUNG ALS GRUNDLAGEN

Die unter den Eckdaten angesprochene Gesetzgebung liefert die eigentliche Grundlage zur Regelung des Umganges mit der Ressource Luft. Vom Umweltschutzgesetz aus laufen sozusagen alle Fäden, die schlussendlich ein Muster von schutzorientierten Nutzungsgeboten und -verboten oder unverfänglicher -möglichkeiten weben. Seine Ziele sind daher einerseits Grundlage für eine Vielzahl von Verordnungstexten und andererseits koordinierendes Instrument für die einheitliche Verwirklichung dieser Ziele. Die Luftreinhalteverordnung setzt bei der Luft im eigentlichen Sinne an - es

geht gerade um diese, privatrechtlich nicht erfassbare Sache, diese res communes omnium, die allen und niemandem gehört. Luft nicht als Medium oder indirekt genutzte Ressource, sondern als direkt von Verschmutzung und Qualitätseinbusse betroffene Ressource.

3.1 Das Umweltschutzgesetz

Der Botschaft zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 31. Oktober 1979 ist zu entnehmen:

„1. Im Sinne der Vorsorge sollen Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, begrenzt werden, soweit dies technisch und betrieblich möglich sowie wirtschaftlich tragbar ist. Sind Einwirkungen schädlich oder besonders lästig, müssen sie auf jeden Fall verhindert werden. Die Kosten für die entsprechenden Massnahmen sind grundsätzlich vom Verursacher zu tragen.

2. Luftverunreinigungen und Lärm werden durch den Betrieb von Anlagen wie Industriebetriebe, Verkehrsanlagen und Ölfeuerungen sowie von Motorfahrzeugen, Flugzeugen usw. verursacht. Die Emissionen dieser Anlagen müssen soweit als möglich begrenzt werden. Das Gesetz sieht vor, dass die Behörden von Bund und Kantonen dafür einheitliche Kriterien schaffen. Auf diese Weise lässt sich weitgehend verhindern, dass die von Anlagen ausgehenden Umwelteinwirkungen je die Grenze der Schädlichkeit erreichen.

Das Gesetz verpflichtet den Bundesrat sodann, für Luftverunreinigungen und Lärm die höchstzulässige Belastung in der Form von Immissionsgrenzwerten festzulegen.

Die Vorschriften zur Bekämpfung von Luftverunreinigungen und Lärm gelten nicht nur für Anlagen, sie dienen auch als Grundlagen für die Sanierung bestehender Anlagen. Die Sanierung muss aber verhältnismässig sein. Das Gesetz bestimmt deshalb, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Mass Anlagen von der Sanierungspflicht befreit werden können.

3. Schädliche oder lästige Umwelteinwirkungen werden nicht nur durch den Betrieb von Anlagen, sondern auch durch die Verwendung chemischer Stoffe und den immer grösser werdenden Abfallberg verursacht. Das Gesetz schreibt deshalb vor, wie umweltgefährdende chemische Stoffe verwendet und Abfälle verwertet, unschädlich gemacht und zweckmässig beseitigt werden müssen.

4. Die Massnahmen zum Schutz der Umwelt sollen durch eine Reihe besonderer Massnahmen verstärkt und ergänzt werden:

- Bei der Planung und Errichtung neuer oder Änderung bestehender ortsfester Anlagen, welche die Umwelt erheblich belasten können, müssen die Behörden durch eine Umweltverträglichkeitsprüfung abklären, welche Umweltbelastung von einer solchen Anlage zu erwarten ist und wie sie vermindert werden kann.

- Zur Verhinderung von Umweltkatastrophen und zur Begrenzung ihrer Auswirkungen werden die Inhaber der betreffenden Anlagen verpflichtet, die notwendigen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen. Nötigenfalls kann der Bundesrat bestimmte Produktionsverfahren verbieten.

5. Das Umweltschutzgesetz füt sich die bestehende Gesetzgebung ein; es baut auf den bereits getroffenen Massnahmen der Behörden auf, ergänzt sie und füllt die Lücken der geltenden Gesetzgebung aus.

- so koordiniert es die Umweltschutzvorschriften, die der Bundesrat zum Beispiele aufgrund der Luftfahrtgesetzgebung erlassen muss, nach einheitlichen Kriterien für die Emissionsbegrenzung (durch technische und betriebliche Massnahmen) sowie für die zulässige Umweltbelastung (Immissionsgrenzwerte).

- Das Umweltgesetz ergänzt auch das Giftgesetz, das die unmittelbare Gefährdung von Menschen und Tieren verhindert. Vor allem im Hinblick auf die mittelbaren Gefährdungen wie die Verwendung

von Stoffen geregelt, die sich langfristig oder im Zusammenwirken mit anderen Stoffen und Einwirkungen oder dadurch, dass sie sich im Kreislauf der Natur anreichern, schädlich auf die Umwelt auswirken.

- Zum Schutz wertvolle Uferbereiche, Riedgebiete, Moore usw. vor technischen Eingriffen werden die bereits bestehenden Vorschriften des Natur- und Heimatschutzes verstärkt.

- Da die Sanierung von Strassen zum Schutze der Anwohner vor Lärmeinwirkungen mit erheblichen Kosten verbunden ist, soll durch die Änderung des Bundesbeschlusses über Verwendung des für den Strassenbau bestimmten Anteils am Treibstoffzollertrag ein Teil des Zollertrages für die Finanzierung von Schallschutzmassnahmen an Strassen und Gebäuden reserviert werden.

6. Umweltschutz lässt sich nur verwirklichen, wenn alle, d.h. Private, Gemeinde-, Kantons- und Bundesbehörden im Rahmen ihrer Möglichkeiten und in gegenseitiger Ergänzung ihren Beitrag zur Verminderung der Umweltbelastung leisten.

- Umweltschutzmassnahmen sollen nach Möglichkeit auf freiwilliger Basis durchgeführt werden. Deshalb verpflichtet das Gesetz die Umweltfachstellen, die Bevölkerung durch Information und Empfehlungen zu umweltgerechtem Verhalten anzuhalten. Wo Empfehlungen jedoch nicht zum Ziele führen, werden verbindliche Vorschriften erlassen.

- Kantonales Umweltschutzrecht wird auch nach Inkrafttreten dieses Gesetzes möglich, ja erforderlich sein, da der Bundesrat im Sinne des Subsidiaritätsprinzips Vorschriften nur erlassen wird, wenn eine einheitliche Regelung für die ganze Schweiz erforderlich ist. Überdies baut das Umweltschutzgesetz auf dem bereits bestehenden Umweltschutzrecht der Kantone und Gemeinden auf. Der Vollzug des Bundesrechts im Umweltschutzrecht ist weitgehend Sache der Kantone.

7. Das Umweltschutzgesetz regelt nicht alle Aufgaben des Umweltschutzes. Umfassende Massnahmen zur sparsamen Verwendung von Energie - mit Ausnahme der Wärmeisolation von Häusern - , zur Erhaltung ausreichender Wasservorkommen oder zur Verhinderung von Bodenerosion sind auf dem Wege der Spezialgesetzgebung zu regeln.⁶⁸¹

Das Gesetz gelang nicht auf den ersten Wurf - zu umstritten war ein erstes, breites Vernehmlassungsverfahren, sodass die Vorlage überarbeitet werden musste. Die Neuerarbeitung berücksichtigte neben den Ausführungen des Eidgenössischen Departementes des Innern (das mit aussenstehenden Fachleuten zusammengewirkt hatte), die zahlreichen parlamentarischen Vorstösse zum Thema Umweltschutz sowie auch die Empfehlungen und Erkenntnisse der verschiedenen internationalen Organisationen, wie das Umweltprogramm der UNO (UNEP), der OECD, des Europarats, der Europäischen Wirtschaftskommission der UNO (ECE) sowie der EG. Der Umweltschutz wurde als wichtige Staatsaufgabe erfasst, was ja schon der Verfassungstext von 1971 gezeigt hatte.

Betreffend der Luft erfolgte die Regelung gerade auch unter dem Hinweis auf internationale Erkenntnisse, wonach auch die Luftverunreinigung durch Schadstoffe, die über weite Entfernungen befördert würden, oder durch solche, deren schädliche Auswirkungen erst seit kurzem bekannt wären, besonderen Anlass zu Besorgnis geben würden.⁶⁸²

Die Ressource Luft ist durch schädliche oder lästige Einwirkungen - Termini des USG - in Form von Luftverunreinigung (durch Gase, Dämpfe, Nebel, Staub oder Rauch; wichtigste Quellen: Heizungen und Motorfahrzeuge sowie industrielle und

⁶⁸¹ Vgl. BBL1979 III 751f.

⁶⁸² Vgl. BBI 1979 III 756.

gewerbliche Prozesse) und bei einer weiteren Fassung der Ressource ev. durch Lärm (durch den Betrieb von Motorfahrzeugen, Luftfahrzeugen, Maschinen, Überschallknall, Wohnlärm, etc.) und sichtbare und unsichtbare Strahlung (z.B. starkem oder wechselndem Licht, ionisierenden Strahlen, Laser-Strahlen, Radar, etc.) gefährdet.

Für die Ressource Luft wurden insbesondere die gesetzlichen Regelungen wie die Festsetzung von Immissionsgrenzwerten, die Begrenzungsvorschriften für Emissionen, die Umweltverträglichkeitsprüfung sowie die Strafbestimmungen wichtig. Die von Stellungnahmen zum Gesetzesentwurf geforderten Lenkungsabgaben sollten die Bevölkerung zu umweltgerechtem Verhalten anhalten - man versprach sich davon den grösseren Erfolg als vom blossen Aufstellen von Verhaltensvorschriften. Trotzdem wurde im ersten Umweltschutzgesetz noch auf die Einführung solcher Lenkungsabgaben verzichtet.

Das Gesetz war konkretisierungsbedürftig - dies hatte man bewusst in Kauf genommen, dort, wo Richtlinien und Empfehlungen bestanden, sollten Verordnungen als flexiblere Instrumentarien Abhilfe schaffen können.

Für die Luftreinhaltung waren insbesondere folgende Themen zur Regelung vorgesehen:

- ~~☒~~ Immissionsgrenzwerte für Schwefeldioxid, Kohlenmonoxid, Stickoxide und Staub.
- ~~☒~~ Emissionsbegrenzungen für Haus- und Industriefeuerungen, kommunale Müllverbrennungsanlagen, Verzinkereien, Giessereien, Druckereien, Stahlwerke, Aluminiumhütten, Verbrennungsanlagen für Lösungsmittel und Sondermüll.
- ~~☒~~ Emissionsbegrenzungen für spezielle Luftfremdstoffe wie Lösungsmitteldämpfe, Schwermetalle und Asbest.
- ~~☒~~ Vorschriften über die Abgasprüfung von Ölfeuerungen, Konstruktion von Brennern/Kesseln für Feuerungsanlagen, Mindesthöhen von Kaminen.
- ~~☒~~ Vorschriften über die Begrenzung des Schwefelgehaltes im Heizöl sowie des Bleigehaltes im Motorenbenzin.
- ~~☒~~ Typenprüfung für Brenner/Kessel.

3.2 Die Luftreinhaltverordnung

Die Luftreinhaltverordnung - ähnlich wie auch die Lärmschutzverordnung -, zu deren Erlass Art. 13 Abs. 1 USG den Bundesrat ermächtigt, konkretisiert auf einer tieferen, tieferen Normenstufe die Bestimmungen des USG, resp. sie macht diese vollzugsfähig. Besondere Bedeutung haben hier die im USG und in der LRV selbst verwendeten Begriffe der *schädlichen* oder *lästigen* (Umwelt-)Einwirkungen:

Art. 1 USG, Zweck:

- 1 Dieses Gesetz soll Menschen, Tieren und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume gegen schädliche oder lästige Einwirkungen schützen und die Fruchtbarkeit des Bodens erhalten.
- 2 Im Sinne der Vorsorge sind Einwirkungen, die schädlich oder lästig werden könnten, frühzeitig zu begrenzen.

Und

Art. 1 LRV, Zweck und Geltungsbereich:

1 Diese Verordnung soll Menschen, Tiere und Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume sowie den Boden vor schädlichen und lästigen Luftverunreinigungen schützen.

2 Sie regelt:

- a. die vorsorgliche Emissionsbegrenzung bei Anlagen nach Artikel 7 des Gesetzes, welche die Luft verunreinigen;
- abis. die Abfallverbrennung im Freien;
- b. die Anforderungen an Brenn- und Treibstoffe;
- c. die höchstzulässige Belastung der Luft (Immissionsgrenzwerte)
- d. das Vorgehen für den Fall, dass die Immissionen übermässig sind.

Bereits der Zweckartikel der Lärmschutzverordnung zeigt auf, dass es hier um zwei sehr ähnlich gelagerte Schutzverordnungen geht, die vereinfacht gesagt, zwei unterschiedliche Eigenschaften der Luft betreffen - wo bei der LRV direkt die Eigenqualität der Luft betroffen ist, liegt bei der LSV eine indirekte Betroffenheit der Luft als schalltragendes Medium vor: was in der LRV die schädlichen und lästigen Luftverunreinigungen sind, sind in der LSV die entsprechenden Lärmimmissionen:

Art. 1 LSV, Allgemeine Bestimmungen:

1 Diese Verordnung soll vor schädlichem und lästigem Lärm schützen.

Das System der LRV - wie auch der LSV - beruht auf der vorsorglichen und verschärften Begrenzung der Emissionen, der Ermittlung von Immissionen, sowie der Verhinderung von übermässigen Immissionen aufgrund von Massnahmeplänen.

4. SCHUTZ DER LUFT VOR SCHADSTOFFEN UND VERSCHMUTZUNG

4.1 Der konventionelle Schutz des Umweltschutzrechts

Das USG und die LRV stellen zum Schutz der Luft - wie gesehen - diverse Mittel zur Verfügung. Damit wird gleichzeitig auch die grundsätzlich allen freistehende Nutzung der Ressource (da ja keine Sache, sondern eine res communes omnium) mit autoritativen Regelungen versehen.

Die zur Verfügung stehenden Instrumente sind die des traditionellen Polizeirechts: Gebot und Verbot, Bewilligung und Auflage - wie in den oben dargestellten Beispielen erkennbar - unter Zuhilfenahme von Grenzwerten und Massnahmeplänen (vgl. Art. 12 USG und Art. 31 LRV). Sie scheinen jedoch zunehmend nicht mehr geeignet, um den Anforderungen der modernen Zivilisation, resp. deren Auswirkungen zu genügen. Das zeigt sehr anschaulich der Bericht „Luftreinhalte-Konzept“ des Bundesrates vom 10. September 1986, der insbesondere durch die mit dem Phänomen des Waldsterbens im Zusammenhang stehende Luftverschmutzung initiiert wurde. Darin wird der Ist-Zustand der Luftbelastung beschrieben, die Auswirkungen der Luftverschmutzung festgehalten und schliesslich der Versuch gemacht, einen Soll-Zustand der Luftqualität zu beschreiben. Ziel des Konzepts waren die Rückführung der Schwefeldioxid-Emissionen bis 1990 auf den Stand von 1950 und bei den Stickoxid- und Kohlenwasserstoffemissionen bis 1995 auf den Stand von 1960. Zur Verwirklichung der Ziele wurde eine ganze Palette von Massnahmen auf sämtlichen Legislationsstufen ins Auge gefasst. Die Verwirklichung einer leistungsabhängigen Schwervekehrsabgabe, das Konzept Bahn 2000, Tarifmassnahmen und Fahrplanverdichtungen im Schienenverkehr, Abgasvorschriften für Dieselfahrzeuge, Ver-

verschärfung des Abgasvorschriften für Motorräder und Motorfahrräder, Verzicht auf den Weiterausbau des beschlossenen Nationalstrassennetzes, Förderung alternativer, einheimischer und erneuerbarer Energiequellen, Wärmeschutz an Gebäuden, Fernwärme aus bestehenden Kernkraftwerken sollten als Massnahmen möglichst rasch umgesetzt werden.

Lenkungsabgaben auf fossiler Energie, Verwendung der sommerlichen Überschüsse aus der einheimischen Elektrizitätsproduktion, Massnahmen für eine rationelle und umweltschonende Energieverwendung, Verschärfung der Luftreinhalteverordnung, Fortführung von Tempo 80/120, weitere Verschärfung der Abgasvorschriften div. Fahrzeugtypen, Einführung Mindestalter für Mofa-Fahrer auf 18 Jahre und Massnahmen im Agglomerationsverkehr sollten zudem je nach Ergebnis der aktuell laufenden Abklärungen zusätzlich ergriffen werden.

Im Immissionsrecht dominiert das Bundesrecht. Den Kantonen bleibt der Vollzug, aber keine wesentlichen eigenen Kompetenzen. Art. 65 USG verwehrt es ihnen dort zu legislieren, wo der Bund dies schon abschliessend getan hat. Insbesondere ist ihnen nicht erlaubt, neue Grenzwerte festzulegen. Wo das Bundesrecht lediglich Mindeststandards vorsieht, können sie allerdings verschärfte Anforderungen stellen (und bspw. auch andere als immissionsspezifische Motive vorsehen, wie städtebauliche oder allgemein planerische Aspekte).

Gemäss USG sind die Emissionen durch Massnahmen bei der Quelle zu begrenzen. Auf erster Stufe erfolgt diese Begrenzung vorsorglich und unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung; der Masstab stellt *das technisch und betrieblich Mögliche* sowie *wirtschaftlich Tragbare* dar. Steht fest oder muss erwartet werden, dass es zu schädlichen oder lästigen Einwirkungen kommt, werden die Emissionsbegrenzungen auf einer zweiten Stufe verschärft:

Artikel 11 USG:

- 1 Luftverunreinigungen, Lärm, Erschütterungen und Strahlen werden durch Massnahmen beider Quelle begrenzt (Emissionsbegrenzungen)
- 2 Unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung sind Emissionen im Rahmen der vorsorge so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist.
- 3 Die Emissionsbegrenzungen werden verschärft, wenn feststeht oder zu erwarten ist, dass die Einwirkungen unter Berücksichtigung der bestehenden Umweltbelastung schädlich oder lästig werden.

Diese *vorsorglichen Emissionsbegrenzungen* sind sowohl generell als auch für bestimmte Anlagen in den Anhängen 1-5 der LRV⁶⁸³ detailliert normiert. Die *verschärften Emissionsbegrenzungen* sollen schliesslich bei trotzdem übermässigen Immissionen zum Zuge kommen. Das Gesetz sieht damit ein mehrstufiges Vorgehen vor: Vorsorgliche Begrenzung - verschärfte Begrenzung (durch Sanierung, Stilllegung, vgl Art. 5 und 9 LRV). Diese werden bei Verkehrsanlagen oder mehreren stationären Anlagen durch das Erstellen von *Massnahmeplänen*⁶⁸⁴ realisiert (Art. 31ff LRV).

⁶⁸³ SR 814.318.142.1

⁶⁸⁴ J. Hofer, Rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit von Massnahmeplänen nach der Luftreinhalteverordnung, URP, 4/1990, S. 313ff, 328ff.

4.2 Marktwirtschaftliche Instrumentarien

Marktwirtschaftlich orientierte Instrumente gehen über die rein regulativen Instrumente wie Verbote, Gebote - solche mit Genehmigungsvorbehalten -, Auflagen und Bedingungen oder Sanktionen hinaus. Sie werden nicht nur im Luftrecht, sondern im Umweltschutzrecht allgemein propagiert.⁶⁸⁵

4.21 Eidgenössisches Recht

Das USG von 1983 kennt keine Lenkungsabgaben. Solche sind erst mit der Revision des USG vom 21. Dezember 1995 in das Gesetz aufgenommen worden: Art. 35a und b USG sind seit dem 1. Juli 1997 in Kraft⁶⁸⁶. Sie bieten die Grundlage für Abgaben für „Flüchtige organische Verbindungen“ und „Heizöl „Extraleicht“ mit Schwefelgehalt von mehr als 0,1 Prozent“. Wer diese Stoffe einführt, in den Verkehr bringt oder selbst verwendet (Art. 35a) resp. im Inland herstellt oder gewinnt (Art. 35b USG), bezahlt eine Abgabe. Der Ertrag dieser Abgabe kommt gemäss den zur Detailregelung geschaffenen Verordnungen⁶⁸⁷ den obligatorischen Krankenversicherern zur Verteilung an die Bevölkerung zu. In beiden Bestimmungen wird die Festsetzung der jeweiligen Abgabesätze explizit mit dem Luftreinhaltezielen in Verbindung gebracht:

Art. 35a USG:

(...)

7 Der Bundesrat legt den Abgabesatz im Hinblick auf die Luftreinhalteziele fest (...).

... für Art. 35b USG mit demselben Wortlaut.

Dazu kommt ergänzend das Mineralsteuergesetz vom 21. Juni 1996, in Kraft seit dem 1. Januar 1997⁶⁸⁸. Bis dahin sind USG und LRV und die übrigen luftrelevanten Schutzverordnungen in der Bereitstellung von Instrumentarien mit Gebots- und Verbotsvorschriften ausgekommen. Erst die zunehmenden Schwierigkeiten, die Einhaltung von Grenzwerten auf diese Weise noch gewährleisten zu können, die Überforderung der „Emissionsquellenverwaltung und der Seitenblick auf ausländische Modelle haben schliesslich auf Bundesebene zum Einsatz dieses marktorientierten Mittels geführt. Der bundesrätlichen Botschaft vom 7. Juni 1993 ist zu entnehmen:

„Die Vernehmlassungsergebnisse zeigen, dass der Einsatz marktwirtschaftlicher Instrumente in der Umweltpolitik als Ergänzung zum bisherigen Instrumentarium von breiten Kreisen ausdrücklich gewünscht wird.“⁶⁸⁹

Dieses Abgabensystem soll insbesondere auch die von der Luftreinhalteverordnung vorgesehenen Massnahmen unterstützen und eine weitere Vorschriftenflut verhindern; so heisst es in der Botschaft weiter:

⁶⁸⁵ Vgl. dazu ausführlich Dr. W. Zimmermann, Neue Instrumente braucht das Land?, in: URP 1994, S. 237ff.

⁶⁸⁶ BBl 1993 II 1445.

⁶⁸⁷ SR 814.018 und SR 814.019.

⁶⁸⁸ SR 641.61.

⁶⁸⁹ Vgl. BBl 1993 II 1518.

„Ohne Einsatz einer Lenkungsabgabe wären zahlreiche weitete Vorschriften notwendig, um die gleiche Wirkung zu erzielen. Wegen der Vielzahl auch kleiner Quellen wäre der Vollzugsaufwand für die Kantone sehr hoch und kaum zu bewältigen. (...) Im Bereiche von Industrie und Gewerbe sind auch nach Einhaltung der von der Luftreinhalteverordnung vorgeschriebenen Emissionsgrenzwerte noch beträchtliche Möglichkeiten zur Verminderung der Emissionen vorhanden. Die Wirksamkeit einer Lenkungsabgabe ist damit bei entsprechender Abgabenhöhe gegeben.“⁶⁹⁰

Damit wird über den finanziellen Anreiz oder die entsprechende Ausübung von indirektem Druck zur Zurückhaltung bei der Einfuhr und Produktion dieser Stoffe die Umwelt- und damit Luftbelastung reduziert oder jedenfalls im Zusammenspiel mit den Instrumentarien der Luftreinhalteverordnung stabilisiert.

4.22 Kantonales Recht

4.22.1 Allgemeines zu den Umweltlizenzen

Die Ausrüstungsstandards und Grenzwerte des USG und der LRV stehen einem Vollzugsdefizit gegenüber. Die vom Gesetzgeber für zahlreiche Klassen von Schadstoffen und Emissionsquellen vorgeschriebenen Emissionsbegrenzungen basieren weitgehend auf dem Konzept der sog. optimalen Technik. Damit wird aber gerade vorausgesetzt, dass beispielsweise die Industrie selber stets die neuste und sauberste Technologie einsetzt - dazu besteht aber oft gerade kein Anreiz. Dies vorallem auch nicht im Bereich unter den Grenzwerten, hier erfolgt durch das System geradezu eine Einladung das verfügbare Potential der Ressource noch vollends auszuschöpfen. Ob hier die Lenkungsabgaben entscheidende Verbesserungen bringen, bleibt abzuwarten.

Marktwirtschaftlich orientierte Strategien, wie sie in anderen europäischen Ländern oder insbesondere in den USA praktiziert werden und über die vom Bund realisierte Lenkungsabgabe hinaus gehen, sind bisher nur in kantonalen Gesetzgebungen berücksichtigt worden - als Versuche, zum Schutz der Ressource Luft neue Wege zu beschreiten. Dabei geht es insbesondere um das System der Emissionszertifikate als Umweltlizenzen. Das System sieht in groben Zügen dargestellt vor, dass der Staat die Begrenzung der Umweltbelastung durch Ausgabe oder den Verkauf von Umweltverschmutzungsrechten im Umfang der höchstzulässigen Gesamtemission vornimmt. Die Gesamtemission ist dann so festzulegen, zu stückeln und regional zu verteilen, dass der jeweilige Immissionsgrenzwert mit Sicherheit nicht überschritten wird. Ausgangspunkt ist also eine Gesamtemission eines bestimmten Schadstoffes oder einer Schadstoffkombination, die in Emissionsrechte aufgeteilt wird. Diese Emissionsrechte gestatten dem Erwerber die Emission im erworbenen Umfang. Der zulässige Handel mit den Verschmutzungsrechten soll dazu führen, dass diejenigen, bei denen die Emissionsvermeidungskosten unter dem Marktpreis der Verschmutzungslizenzen liegen, die Emission einstellen und ihre Verschmutzungsrechte an diejenigen veräußern, bei denen die Vermeidungskosten höher liegen als der Marktpreis für Verschmutzungsrechte. Dabei wird über die Aufteilung des vorgegebenen Kontingents von Emissionsmöglichkeiten dezentral und unter Vermittlung von Marktpreisen entschieden, was denn auch seinen marktwirtschaftlichen Charakter ausmacht. Mit Blick auf allfällige Ähnlichkeiten mit im Regelwerk verankerten Rech-

⁶⁹⁰ Vgl. BBl 1993 II 1523.

ten - also idealtypisch dem Eigentum - stellt sich die Frage, welchen Rechtscharakter diese Titel haben. Es wird kaum davon gesprochen werden können, dass damit ein Eigentumsrecht an der Luft entstehe - hier ist dies gerade auch aus den bereits mehrmals angesprochenen dogmatischen Gründen ausgeschlossen. Es wird nicht ein umfassendes und absolutes Recht⁶⁹¹ an der Luft als Ressource geschaffen, sondern lediglich das Recht, die Luft in einer bestimmten Richtung zu nutzen - nämlich als Schadstoffdeponie. Die rechtliche Einordnung der Zertifikate müsste wohl eher über eine spezielle Berechtigung zur Nutzung im öffentlichrechtlichen Bereich angesiedelt werden, etwa als gesteigerter Gemeingebrauch⁶⁹² an der öffentlichen „Sache“. An ein absolutes Recht im Sinne des Regelwerks - also das Eigentum oder auch etwa die beschränkten dinglichen Rechte, wie sie als Nutzungsrechte im Dienstbarkeitsrecht beispielhaft vorkommen - erinnert mindestens die Handelbarkeit und Übertragbarkeit der Zertifikate. Ist diese frei, so stehen sie effektiv einem absoluten Recht wie etwa einem Baurecht gleich, das die extensive Nutzung eines Grundstücks - nämlich dessen Bebauung - zulässt und ebenfalls in Form eines Unterbaurechts übertragbar ist, d.h. in einer an sich theoretisch endlos denkbaren Weitergabe der Nutzungsbefugnis. Im Allgemeinen ist dieses Vorgehen bei Rechten an öffentlichen Sachen, die per Konzession oder Polizeibewilligung vergeben werden, gerade ausgeschlossen (so etwa bei einer persönlichen Berufsausübungsbewilligung für Anwälte, die in keinem Falle einfach übertragen werden kann) oder nur mit Bewilligung möglich (so etwa die Wassernutzungskonzession gemäss Art. 42 WRG⁶⁹³).

Die hierzulande in Angriff genommenen Versuche mit der Ausgabe von Verschmutzungszertifikaten orientieren sich mehrheitlich an vorbestehenden, ausländischen Vorbildern, wie es das amerikanische System⁶⁹⁴ *Emission Trading Programs* abgeben könnte; indem quasi als Währung die *Emission Reduction Credits* fungieren; diese *credits* erhält, wer seine Emissionen unter die sog. *baseline* reduziert. Auch dieses System ist allerdings keineswegs in einem einheitlichen Guss entstanden und aufgrund fortlaufender praktischer Analysen erst nach und nach gewachsen. Damit scheint es nicht einfach als *das* Bsp. für handelbare Emissionslizenzen problemlos für jede beliebige Verschmutzungsgesellschaft heranziehbar. Es würde an dieser Stelle zu weit führen, um sämtliche Spielarten von Zertifikatssystemen auflisten zu wollen. Festzuhalten gilt es das System als Möglichkeit, dem konventionellen, auf Verbot und Gebot beruhenden System des USG weitere, eben marktorientierte Modelle zu liefern. Dies ist jedoch - bundesrechtlich in jedem Fall - Zukunftsmusik, oder anderes formuliert *de lege ferenda* ins Auge zu fassen. Trotzdem soll das Modell der beiden Basel anhand der zentralen Gesetzesbestimmungen einen Einblick in die Variante zu den konventionellen USG-Massnahmen geben.

⁶⁹¹ Reto Jacobs schliesst deshalb wahrscheinlich auch den „property rights“-Ansatz für die Lizenzen und Zertifikate aus, in: Marktwirtschaftlicher Umweltschutz aus rechtlicher Sicht, Dissertation, St. Gallen, 1997, S. 247, Fn 25.

⁶⁹² Diese Lösung findet sich bei Reto Jacobs und fügt sich überzeugend in die Terminologie der öffentlichen Sachen ein - es werden aber auch andere Formen wie etwa pachtvertragsähnliche Verhältnisse etc. vorgeschlagen, was an der Qualifizierung als nicht absolutes Recht allerdings nichts zu ändern vermag.

⁶⁹³ Art. 42 WRG, Übertragung:

1 Die Konzession kann nur mit Zustimmung der Verleihungsbehörde auf einen anderen übertragen werden.

⁶⁹⁴ Vgl. dazu ausführlich H.R. Trüb, Zertifikate als Instrumente der Luftreinhaltepolitik, in: ZSR, 1994, S. 233ff.

4.22.2 Emissionsgutschrift und Emissionsverbund: Modell beider Basel

Es stellt sich vorab die nicht allzu klar zu beantwortende Frage, ob das Bundesrecht kantonale Lösungen überhaupt zulässt. Die Prinzipien des Bundesrechts, Vorsorgeprinzip und Grundsatz der Emissionsbegrenzung an der Quelle und allenfalls neu Lenkungsabgaben, wie sie im USG festgelegt sind, dürfen aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht durch kantonale Lösungen erweitert werden, resp. die Kantone dürfen keine von Bundesrechts wegen nicht vorgesehene Mittel einführen. Das zur Verfügung stehende Instrumentarium lässt sich ablesen aus:

Art. 12 USG:

1 Emissionen werden eingeschränkt durch den Erlass von:

- a. Emissionsgrenzwerten;
- b. Bau- oder Betriebsvorschriften;
- c. Verkehrs- oder Betriebsvorschriften
- d. Vorschriften über die Wärmeisolation von Gebäuden;
- e. Vorschriften über Brenn- und Treibstoffe.

2 Begrenzungen werden durch Verordnungen oder, soweit diese nichts vorsehen, durch unmittelbar auf dieses Gesetz abgestützte Verfügungen vorgeschrieben.

Das hier in Frage stehende Zertifizierungssystem lässt sich auf den ersten Blick eigentlich nicht unter die im USG abschliessend aufgezählten Instrumente subsumieren. Da das Zertifikatssystem die Emittenten aber in keiner Weise einschränkt, und ihnen sogar grössere Freiheiten lässt als es die LRV tut, da sie selbst entscheiden können, inwieweit sie ihre Emissionen begrenzen wollen, erscheint die Lösung problemlos. Da das USG dem Emittenten gegenüber auch bezweckt, diesen vor nicht aufgeführten belastenden Massnahmen zu schützen, steht das Zertifikatssystem nicht im Widerspruch zum Umweltschutzgesetz. Man kann in diesem Sinne festhalten, dass die Zertifikatssysteme jedenfalls im Bereich der verschärften Emissionsbegrenzungen zuzulassen sind. Da das Bundesgericht in BGE 119 Ib 480 entschieden hat, dass die im USG aufgezählten Massnahmen sowohl für die vorsorglichen wie auch die verschärften Emissionsbegrenzungen gelten, kann geschlossen werden, dass die neuen Lösungsansätze mit dem Bundesrecht in Einklang stehen.

Im Rahmen der kantonal vorsehbaren Massnahmepläne werden die Emissionslizenzen zudem auch als zulässig erachtet, wenn sie in der von Artikel 8 USG geforderten gesamtheitlichen Betrachtung den Vollzug nicht bloss einseitig auf die Kontrolle gewisser Emissionskonzentrationen beschränken:

Art. 8 USG:

Einwirkungen werden sowohl einzeln als auch gesamthaft nach ihrem Zusammenwirken beurteilt.

Der Einführung des Basler Zertifikatssystems steht daher das Bundesrecht nicht entgegen⁶⁹⁵.

Die Kantone der beiden Basel haben mit ihren Umweltschutzgesetzen den Schritt in Richtung der amerikanischen Vorbilder getan und eine Kombination von

⁶⁹⁵ Vgl. dazu auch D. H.R. Tüeb, Grandfathering von Emissionszertifikaten - Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, in: URP 1995, S. 677ff.

Emissionsgutschriften und Emissionsverbund vorgesehen. Die Kernpunkte des gewählten Systems lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Trifft ein Betrieb Massnahmen, durch welche die vom Kanton verschärften Emissionsbegrenzungen bei einer Anlage durchschnittlich um mehr als zehn Prozent unterschritten werden, so erhält er für 80% jeder weiteren Unterschreitung eine Emissionsgutschrift der zuständigen Behörde. Der Regierungsrat kann den Prozentsatz für die Gutschrift zudem bis zu 20% herauf- oder herabsetzen. Für die Berechnung gelten die jährlichen Emissionsfrachten.

Keine Gutschriften werden für Bagatellmengen sowie für Emissionsminderungen, die lediglich aus Unterlassungen resultieren (zb. Stilllegung oder Drosselung der Leistung der Anlage) erteilt. Die Bagatellmengen werden vom Regierungsrat für jeden einzelnen Schadstoff festgelegt. Die Emissionsgutschriften sind frei handelbar. Bei Bedarf kann der Kanton eine Emissionsbörse errichten, welche vorhandene Gutschriften an Interessenten vermittelt.

Mit Zustimmung der zuständigen Behörde können Gutschriften für andere Anlagen, welche die verschärften Emissionbegrenzungen sonst nicht erfüllen würden, eingesetzt werden. Solange die beiden Kantone Gegenrecht halten, werden auch Gutschriften aus dem jeweils anderen Kanton anerkannt.

Die Zustimmung zum Einsatz solcher Gutschriften wird erteilt, wenn es sich bei den gutgeschriebenen und den neuen Emissionen um gleiche oder ähnliche Schadstoffe handelt und der Einsatz nicht zu einer übermässigen lokalen Ballung der Emission führt.

Die Emissionsgutschriften entwerten sich im Zeitablauf. Solche Gutschriften, die nicht innert fünf Jahren wiederverwendet werden, entwerten sich jährlich um 20 Prozent.

Die Gutschriften können innerhalb eines begrenzten Emissions- oder Ballungsgebietes - hier eben der beiden Kantone Basel - gehandelt werden (Dieses System der Erfassung eines Ballungsgebietes als gedachte Glocke oder Blase entspricht dem amerikanischen „Bubble“-System). Erhöhungen von Emissionen durch einen Betrieb sind zugelassen, wenn sie durch Emissionsverringerungen in anderen Bereichen kompensiert werden. Man geht davon aus, dass die Erweiterung von Betrieben und die Neuansiedlung von Betrieben auf diese Weise ohne grössere Beeinträchtigungen der Umwelt möglich sein sollte.

Die konkrete Durchsetzung einer solchen kompensatorischen Lösung haben die beiden Basel durch die Möglichkeit des Zusammenschlusses mehrerer emittierender Betriebe zu einem Emissionsverbund realisiert. Diese tauschen zum Ausgleich von Anlagen, die Emissionsgrenzwerte überschreiten, Gutschriften aus. Beim Emissionsverbund werden nicht die Emissionen der einzelnen Anlagen beurteilt, massgebend ist die Summe aller Emissionen aus dem ganzen Verbund. Bei entsprechender Zustimmung des je anderen Kantons kann ein Verbund auch Quellen aus beiden Kantonsgebieten umfassen. Diese Zustimmung erfolgt, wenn die Gesamtemission der betreffenden Schadstoffe mindestens 15% tiefer ist als die Summe der zulässigen Emissionen der einzelnen Emissionsquellen und wenn:

~~oder~~ der Verbund gleiche oder ähnliche Schadstoffe umfasst,

~~oder~~ die Emissionsquellen in einem unter lufthygienischen Gesichtspunkten sinnvollen räumlichen Zusammenhang stehen,

~~Die~~ die Kontrolle der Emissionen gewährleistet ist und der Verbund nicht zu einer übermässigen Ballung von Emissionen führt.

Aus verfassungsrechtlichen Bedenken wurde schlussendlich darauf verzichtet, auch noch eine Bestimmung ins Gesetz aufzunehmen, wonach eine obligatorische Kompensation für neue Emissionsquellen in Belastungsgebieten verlangt würde. Dies hätte dann wohl den oben erwähnten zulässigen Rahmen der Ausdehnung von Art 12 Abs. 1 USG gesprengt und zu einer nicht zulässigen Erweiterung der bundesrechtlich vorgesehenen Instrumentarien geführt.

Zur Anschauung die gleichlautenden und oben ausgeführten Grundlagenartikel der kantonalen Umweltschutzgesetze der beiden Kantone Basel-Stadt und Basel-Land:

Emissionsgutschriften:

§ 9 (BS) resp. Artikel 10 (BL)

1 Trifft ein Betrieb Massnahmen, durch welche die vom Kanton verschärften Emissionsbegrenzungen bei einer Anlage durchschnittlich um mehr als zehn Prozent unterschritten werden, so erhält er für 80% jeder weiteren Unterschreitung eine Emissionsgutschrift der zuständigen Behörde. Der Regierungsrat kann den Prozentsatz für die Gutschrift um bis zu 20 Prozent herauf- oder herabsetzen. Für die Berechnung gelten die jährlichen Emissionsfrachten.

2 Für Bagatellmengen sowie für Emissionsminderungen, die lediglich aus Unterlassungen resultieren (z.B. Stilllegung oder Drosselung der Leistung einer Anlage), wird keine Gutschrift erteilt. Der Regierungsrat legt die Bagatellmengen für die einzelnen Schadstoffe fest.

3 Die Emissionsgutschriften sind frei handelbar. Der Kanton kann bei Bedarf eine Emissionsbörse errichten, welche vorhandene Gutschriften an Interessenten vermittelt.

4 Gutschriften können mit Zustimmung der zuständigen Behörde für andere Anlagen welche die verschärften Emissionsbegrenzungen sonst nicht erfüllen würden, eingesetzt werden. Solange der Kanton Basel-Landschaft (resp. Basel-Stadt) Gegenrecht hält, werden auch Gutschriften aus diesem Kanton anerkannt.

5 Die (BL: kantonale) Behörde stimmt dem Einsatz von Emissionsgutschriften zu, wenn:

- a) es sich bei den gutgeschriebenen und den neuen Emissionen um gleiche oder ähnliche Schadstoffe handelt und
- b) der Einsatz nicht zu einer übermässigen lokalen Ballung der Emission führt.

6 Emissionsgutschriften, die nicht innert fünf Jahren wiederverwendet werden, entwerten sich jährlich um 20 Prozent ihres ursprünglichen Wertes. Der Wert einer Gutschrift bei der Wiederverwendung wird zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung für die neue Anlage berechnet

Emissionsverbund:

§ 10 (BS) resp. Artikel 11 (BL)

1 Hat der Kanton die Emissionsbegrenzungen verschärft, so können die Inhaberinnen oder Inhaber von Emissionsquellen, die von der Verschärfung betroffen sind, mit Zustimmung der (BL: kantonalen) Behörde einen Emissionsverbund bilden.

2 Beim Emissionsverbund werden nicht die Emissionen der einzelnen Anlagen beurteilt, sondern die Summe aller Emissionen aus dem Verbund.

3 Die (BL: kantonale) Behörde stimmt dem Verbund zu, wenn:

- a) der gesamte Ausstoss der betreffenden Schadstoffe mindestens 15 Prozent tiefer ist als die Summe der zulässigen Emissionen der einzelnen Emissionsquellen;
- b) der Verbund gleiche oder ähnliche Schadstoffe umfasst;

- c) die Emissionsquellen in einem unter lufthygiensichen Gesichtspunkten sinnvollen räumlichen Zusammenhang stehen;
- d) die Kontrolle der Emissionen gewährleistet ist;
- e) der Verbund nicht zu einer übermässigen lokalen Ballung der Emissionen führt.

4 Ändert der Regierungsrat den Prozentsatz für Emissionsgutschriften nach § 9 resp Artikel 10 Abs. 1), so passt er gleichzeitig den Prozentsatz für den Emissionsverbund nach Abs. 3 lit a entsprechend an.

5 Die zuständige (BL: kantonale) Behörde kann ihre Zustimmung zum Verbund entziehen, wenn die Bedingungen dafür nicht mehr gegeben sind.

6 Ein Emissionsverbund kann Emissionquellen in den Kantonen Basel-Stadt und Basel-Landschaft umfassen, sofern die zuständigen Behörden beider Kantone zustimmen.

4.23 De lege ferenda: Reduktion der CO₂-Emissionen

In seiner Botschaft zum neuen Bundesgesetz über die Reduktion de CO₂-Emissionen vom 17. März 1997 führt der Bundesrat aus:

„Der Treibhauseffekt ist eines der drängensten globalen Umweltprobleme. Mit der Unterzeichnung der Klimakonvention 1992 in Rio de Janeiro und der Ratifizierung im Dezember 1993 (AS 1994 1051) hat sich die Schweiz verpflichtet, eine international abgestimmte Strategie zur Verhinderung einer gefährlichen Störung des Klimasystems durch menschliche Aktivitäten mitzutragen. Die Erreichung dieses Zieles bedingt, dass die Emissionen der wichtigsten Treibhausgase, insbesondere Kohlendioxid (CO₂), dauerhaft und langfristig deutlich unter das heutige Niveau gesenkt werden.“

Zur Erreichung dieses Hauptziels hat der Bund zuerst den Weg einer schlichten CO₂-Abgabegesetzgebung einschlagen wollen, welche jedoch nicht konsensfähig war. Daraus resultiert nun ein Gesetz, welches eine umfassende Regelung zur Reduktion der CO₂-Emissionen beinhaltet:

Art. 3 Mittel:

- 1 Das Reduktionsziel soll in erster Linie durch energie-, verkehrs-, umwelt- und finanzpolitische sowie durch freiwillige Massnahmen erreicht werden
- 2 Kann das Reduktionsziel durch diese Massnahmen allein nicht erreicht werden, ehabt der Bund eine Lenkungsabgabe auf fossilen Energieträgern (CO₂-Abgabe).
- 3 Bestimmte Verbraucher von fossilen Brenn- und Treibstoffen können sich von der CO₂-Abgabe befreien, wenn sie sich gegenüber dem Bund zu einer Begrenzung der CO₂-Emissionen verpflichten (Art. 9).

Der zitierte Art. 9 ermöglicht die Befreiung grosser Unternehmen und Zusammenfassungen von mehreren Verbrauchern, die grosse Mengen von fossilen Brenn- oder Treibstoffen verbrauchen oder in ihrer Wettbewerbsfähigkeit beeinträchtigt würden.

Mit diesem Vorgehen lässt sich die CO₂-Abgabe besser in den Gesamtzusammenhang von Zielen und Instrumenten der Klima- und Energiepolitik einbetten.

Das Gesetz legt quantifizierte Reduktionsziele für das Jahr 2010 gegenüber 1990 fest. Dafür ist eine gesamthafte Reduktion von 10 Prozent, für Brennstoffe eine solche von 15 Prozent und für Treibstoffe eine solche von 5 Prozent vorgesehen.

Dabei sollen beschlossene und geplante Massnahmen berücksichtigt werden, wie die geplante Treibstoffsteuererhöhung zur Finanzierung des öffentlichen Verkehrs (u.a. für die NEAT), die leitsungsabhängige Schwerverkehrsabgabe, die Alpentransitabgabe, das Energiegesetz und das Aktionsprogramm „ENERGIE 2000“.

Dabei stellt die Botschaft klar, dass die CO₂-Abgabe subsidiär wirken soll, also nicht auf Vorrat erhoben werden soll. So sollen etwa der leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe und der geplanten Treibstoffsteuererhöhung der Vorrang gegeben werden. Das Gesetz sieht vor, dass die Entwicklung der CO₂-Emissionen regelmässig evaluiert wird. Nur wenn absehbar ist, dass die Ziele mit den anderen Massnahmen nicht erreicht werden, ist die CO₂-Abgabe einzuführen. Frühester Zeitpunkt ist das Jahr 2004.

Der mit dem Bundesgesetz über die Reduktion der CO₂-Emissionen gemachte Schritt soll die mit der USG-Revision von 1997 in Angriff genommene konzeptionelle Neuausrichtung der schweizerischen Umweltpolitik weiterführen, indem anstelle der ordnungsrechtlichen Gebote und Verbote auf marktwirtschaftliche Instrumente sowie mit freiwilligen Massnahmen auf die Kooperationsbereitschaft und die Eigenverantwortung der Verbraucher von fossilen Brenn- und Treibstoffen gesetzt wird.⁶⁹⁶

Die Referendumsfrist wird am 3. Februar 2000 ablaufen.

5. EIGENTLICHE UND DIREKTE NUTZUNG DER LUFT

Die Frage nach den Vorschriften, welche die pure Nutzung von Luft regeln würden, ist nicht leicht zu beantworten. Einerseits kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Gebrauch von Luft gratis und franko ist und dazu auch keine besonderen Nutzungsvorschriften aufgestellt werden. Andererseits besteht - bei der zunehmenden Belastung der Luft ein öffentliches Interesse daran, Immissionen zu vermeiden und Emissionen gering zu halten, welche die Luft verschmutzen und damit unbrauchbar, unnutzbar oder nur erschwert nutzbar machen könnten. Damit sind wir dann bereits in den Bereich des Schutzes der Luft gelangt, was eigentlich für die Nutzung allein den lapidaren Schluss zulässt, dass in quantitativer Hinsicht - etwa im Gegensatz zum Boden oder zum Wasser - für die Luft keine Regelungsbedürfnisse bestehen, solange nicht auch gleichzeitig die Qualität der Luft in Frage steht und dadurch verschiedene Nutzungsinteressen kollidieren resp. in Konkurrenz zueinander treten. Einige Beispiele wurden in den vorstehenden Kapiteln ausgeführt: dort, wo die Anforderungen an die Luftqualität eine Beschränkung der Emissionen - sprich Beschränkung der Nutzung der Emissionsquellen - erfordern, wird sozusagen indirekt auch die Nutzung der Luft beschränkt, weil die direkte Nutzung von unverschmutzter Luft nicht beschränkt werden muss, da sie ohne Verschmutzung eben quasi grenzenlos möglich ist. Die so indirekt verstandene Nutzung der Luft zeigt sich wohl am besten bei den erwähnten Verschmutzungszertifikaten. Diese können als Nutzungsrechte bezeichnet werden. Will man genau sein, bezieht sich die direkte Nutzung jedoch auf die betroffene Fabrik resp. deren Betrieb.

Damit sind wir für andere Beispiele einer direkten Nutzung der Luft eher wieder an die Nutzung des Luftraumes verwiesen. Damit erfassen wir zwar eine direkte Nutzung; aber nicht die der Luft im eigentlichen Sinne, sondern ihrer Ausdehnung in Form eines dreidimensionalen Raumes. Dazu kann auf das zu Art. 667 ZGB Ausgeführte verwiesen werden. Hier stellen etwa die Beispiele der Luftfahrt- oder der

⁶⁹⁶ Vgl. BBl 1997 III 410ff.

Fernmeldegesetzgebung Ergänzungen auf der Ebene der öffentlichrechtlichen Bestimmungen dar.

SIEBTES KAPITEL: DIE PRODUKTELISTEN

1. PROBLEMATIK

Die Produktelisten haben uns - als Juristen - einige Mühe und Kopfzerbrechen bereitet. Wir haben zum einen wohl nicht ganz verstanden, wozu diese Listen im weiteren Verlauf des Projektes noch dienlich sein werden. Zum anderen ist uns aufgefallen, dass unsere Problemsicht, die Art und Weise, wie wir die Produkte, Güter oder Dienstleistungen einer Ressource in den Blick nehmen, sich von anderen möglichen Sichtweisen unterscheidet.

1.1 Produkteliste ist nicht abschliessbar

Wie wir gezeigt haben, erfolgt der rechtliche Zugriff auf die Ressourcen primär über das Eigentum, das formelle Regelwerk. Weil jemand Eigentümerin oder Eigentümer einer Ressource ist, darf er oder sie über das Eigentumsobjekt verfügen und es gebrauchen und verbrauchen. Die Rechtsordnung verleiht den Eigentümern durch den Eigentumstitel eine umfassende, grundsätzlich nicht abgeschlossene Palette von Einzelberechtigungen. Von seiner Grundkonzeption her umfasst das Eigentumsrecht jedes erdenkliche Verhalten, jeden erdenklichen Umgang mit einer Ressource. Anfänglich bzw. theoretisch erhält ein Eigentümer alle in Bezug auf seine Ressource möglichen Berechtigungen; er ist im Besitz aller „Coupons“. Diese Einzelberechtigungen oder Coupons, können nun auch als Produkte, Güter oder Dienstleistungen verstanden werden.

Illustrieren wird dies an einigen Beispielen aus den uns vorliegenden Produktelisten: Beim Wald finden sich unter der Dienstleistung „waldwirtschaftliche Nutzung“ die Nutzungsformen „Stammholz“, „Brennholz“, „Plattenholz“, „Papierholz, Karton und Zellstoff“. Beim Wasser finden wir zur Dienstleistung „Erholung“ die Nutzungsform „Wasserkuren“, ebenso zur Dienstleistung „Medizinische Anwendung“. Beim Boden in seiner Dienstleistung als Baugrund wird etwa differenziert in „Wohnungen“, „Zweitwohnungen“, „Industriezonen“, „Gewerbeazonen“.

Im Vorwort zu „Die Ordnung der Dinge“ erzählt Michel Foucault, dieses Buch habe seine Entstehung einem Text von Borges zu verdanken:

„Dem Lachen, das bei seiner Lektüre alle Vertrautheiten unseres Denkens aufrüttelt, des Denkens unserer Zeit und unseres Raumes, das alle geordneten Oberflächen und alle Pläne erschüttert, die für uns die zahlenmässige Zunahme der Lebewesen für klug erscheinen lassen und unsere tausendjährige Handhabung des *Gleichen* und des *Anderen* (*du Même et de l'Autre*) schwanken lässt und in Unruhe versetzt. Dieser Text zitiert «eine gewisse chinesische Enzyklopädie», in der es heisst, dass «die Tiere sich wie folgt gruppieren: a) Tiere, die dem Kaiser gehören, b) einbalsamierte Tiere, c) gezähmte, d) Milchschweine, e) Sirenen, f) Fabeltiere, g) herrenlose Hunde, h) in diese Gruppierung gehörige, i) die sich wie Tolle gebärden, k) die mit einem ganz feinen Pinsel aus Kamelhaar gezeich-

net sind, l) und so weiter, m) die den Wasserkrug zerbrochen haben, n) die von weitem wie Fliegen aussehen».⁶⁹⁷

Wenn wir die Berechtigungen, die Coupons, die einem Eigentümer aus seinem Titel zustehen, also etwa die Nutzung eines Waldes durch die Gewinnung von Stammholz oder jene des Wassers zwecks Medizinalkuren unter gleichsam „chinesischem“ Blickwinkel ins Auge fassen, so liesse sich auch sagen:

dass «die Hölzer sich wie folgt gruppieren: a) Hölzer, die dem Staat gehören, b) gefällte Hölzer, c) verarbeitete, d) Tannenhölzer, e) Ebenholz, f) Fabelhölzer, g) herrenlose Hölzer, ... m) die den Wasserkrug zerbrochen haben, n) die von weitem wie Wald aussehen».

Nicht unter einem solch eher exotischen, sondern einem rechtlichen Blickwinkel liesse sich ebenfalls eine unendliche Geschichte erzählen. So hat der Eigentümer grundsätzlich das Recht, Stammholz zu gewinnen von:

„a) Tannen; b) Buchen, c) von Arven..., oder er darf Stammholz h) vor Weihnachten fällen, i) nach Weihnachten, aber vor Ostern fällen, ..., oder m) selber fällen, n) fällen lassen ...“

Wer Zugriff auf Wasser hat, kann (zumindest für sich selbst) Wasserkuren durchführen mit Wasser von:

„a) dreissig Grad, b) einunddreissig Grad, c) zweiunddreissig Grad ...“.

Bauen darf der Grundeigentümer Häuser mit:

„a) einer Etage, b) zwei Etagen, ... s) tausendfünfhundert Etagen, ...“.

Plattenholz darf der Eigentümer verkaufen in der Länge von:

„a) weniger als 1 Meter, b) länger als 1 Meter, aber kürzer als 2 Meter, c) länger als 5 Meter, ..., k) zur Herstellung von Tischen mit einer Länge von 75 cm, l) zur Herstellung von Fernsehtruhen, m) zur Ausbesserung des Kaninchenstalles, sofern deren Eigentümer Schweizer ist, n) auch wenn er Franzose ist, ...“

Unsere Frage, was wir mit diesen Produktelisten genau anfangen sollten, hängt also damit zusammen, dass die Produkte- oder Dienstleistungslisten nach oben gleichsam offen sind. Man kann irgendwelche Listen von Produkten/Gütern/Dienstleistungen aufstellen. Der Eigentümer einer Ressource hat grundsätzlich/theoretisch eben wirklich die Berechtigung „nach Belieben“ mit ihr umzugehen. Und er kann daher alle erdenklichen und möglichen Dienstleistungen seiner Ressource in Anspruch nehmen.

In unserer Untersuchung haben wir uns auf den direkten Umgang mit den Ressourcen konzentriert. Das geschieht ja teilweise auch in den Produktelisten. So lässt sich beispielsweise die Nutzung der Ressource Boden je auf zwei, drei Grundnutzungen reduzieren: Man kann Boden entweder bebauen/bepflanzen oder nicht und man kann ihn überbauen oder nicht. Bereits diese Einteilung deckt Millionen von möglichen Detailnutzungen ab. Und zu all diesen Detailnutzungen gibt es mit einiger

⁶⁹⁷ Foucault, Die Ordnung der Dinge, Frankfurt a.M. 1971, 17. Der von ihm zitierte Text stammt aus Jorge Luis Borges, Die analytische Sprache John Wilkins', in: derselbe, Das Eine und die Vielen. Essays zur Literatur, München 1966, 212.

Wahrscheinlichkeit irgendwelche Normen. Vielleicht gibt es irgendwo eine Norm, die den Verkauf von Plattenholz in einer Länge von weniger als 50 cm an Minderjährige untersagt. Irgendwo gibt es sicherlich eine Bestimmung, ob Swimmingpools in trockenen Sommern gefüllt werden dürfen oder nicht. Es gibt mit grösster Wahrscheinlichkeit eine Bestimmung über den Verkauf wildwachsender Pilze. Es findet sich vielleicht auch eine Norm, die Sondervorschriften für Spaziergänge in Edelkastanienwälder des Kantons Tessin zwischen dem 15. September und dem 15. Dezember aufstellt.

Jedes erdenkliche Verhalten eines Menschen, das eben immer und zugleich unmittelbar oder mittelbar die Nutzung einer Ressource ist, kann Thema einer Norm sein oder werden. Normen machen nichts anderes. Rechtsnormen regeln den Umgang der Menschen mit dieser Welt:

Wenn ein Kanton beschliesst, eine Religionsgemeinschaft neu als Staatskirche anzuerkennen und ihr das Recht erteilt, bei ihren Gläubigen Steuern zu erheben, so wird damit schliesslich nicht anders gemacht, als die Nutzung der Ressource Natur neu zu regeln: Die Religionsgemeinschaft kommt zu mehr Geld. Sie baut einen Versammlungsraum. Die Gläubigen fahren mit dem Auto in den Gottesdienst. Der „Priester“ führt rituelle Waschungen durch. Kerzen aus Bienenwachs werden angezündet. Es wird Weihrauch aus Arabien eingeflogen. Am höchsten Feiertag findet eine Besinnungsandacht im Walde statt usw.

Wenn die Schweizer Armee ein Reglement erlässt, wonach zum Frühstück künftig nicht mehr altes, sondern frisches Brot auf den Tisch kommen soll, so wird mehr Brot gegessen. Der Fourier muss mehr Mehl einkaufen. Es muss mehr Brot gebacken werden, was nach mehr Energie verlangt. Die Soldaten kaufen weniger Brötchen beim Dorfbäcker. Dieser macht Konkurs. Sein Haus wird abgerissen und an seiner Stelle ein grösseres gebaut.

Wenn der Bundesgesetzgeber die elterliche Gewalt nach einer Scheidung künftig beiden Elternteilen zugesteht, so werden sich die Besuche der Kinder vor allem bei den Vätern mehren. Das führt zu zusätzlichen Autofahrten und einer zunehmenden Luftbelastung. Die Nachfrage nach Wohnungen mit einem zusätzlichen Zimmer für die Besuche der Kleinen wächst. Die Makler verdienen mehr Geld und kaufen sich eine Zweitwohnung in Graubünden. Dort muss die Kanalisation ausgebaut werden.

Wenn der Import von Tropenhölzern beschränkt wird, so führt dies zu einer gesteigerten Nachfrage nach einheimischen Hölzern bestimmter Qualität. Das führt zu einer Änderung des Bewirtschaftungsplanes in gewissen Wäldern. Es braucht mehr Waldarbeiter. Deren Löhne steigen. Sie kaufen sich ein neues Fahrrad und fahren Sonntags häufiger durch die Gegend, was den Druck auf die Landschaft erhöht.

Alles in allem kann man sagen: Die Rechtsordnung ist das institutionelle Ressourcenregime bzw. ist nichts anderes, als ein einziges riesiges institutionelles Ressourcenregime. Die gesamte Rechtsordnung ist der Versuch, Ressourcen zu bewirtschaften, zu nutzen, (gerecht) zu verteilen, an sich zu ziehen, zu verteidigen, zu schützen etc.

Daher findet sich auch zu jeder Ressource eine Unzahl von Normen. Nehmen wir nur einmal den Wald. Wird man einen Blick in die Systematische Sammlung des Bundesrechts, so findet man dort unter der „921 Forstwesen“:

921.0 BG vom 4. Oktober 1991 über den Wald (Waldgesetz, WaG)
 921.01 V vom 30. November 1992 über den Wald (Waldverordnung, WaV)
 921.211 Vf des EDI vom 7. Oktober 1965 über den Verkehr mit den Bundesbehörden auf dem Gebiete des Forstwesens
 921.211.1 R des EDI vom 2. August 1994 über die praktisch-forstliche Ausbildung der Forstingenieurinnen und Forstingenieure
 921.271 Waldforschung
 414.164
 414.164.1
 921.512 Einsatz ausländischer Arbeitskräfte zur Bewältigung der Sturmschäden 1990 im Schweizer Wald
 823.23
 921.541 V vom 30. November 1992 über den forstlichen Pflanzenschutz im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden Warenverkehr (Forstliche Pflanzenschutzverordnung)
 921.541.1 Vf Nr. 1 des EDI vom 22. Oktober 1956 betreffend den forstlichen Pflanzenschutz an der Grenze
 921.552.1 V des EDI vom 29. November 1994 über forstliches Vermehrungsgut
 921.81 Schutz der einheimischen Pflanzenwelt
 451 Art. 18-23
 451.1 Art. 13-22
 921.82 Schutz gefährdeter Arten freilebender Pflanzen
 453
 453.1
 453.3

Das sind nur die Gesetze, Verordnungen, Reglemente etc. die einigermaßen unmittelbar etwas mit dem Wald zu tun haben. Dazu kommen dann noch alle kantonalen Bestimmungen. In der Gesetzessammlung des Kantons Basel-Landschaft findet man unter „57 Forstwirtschaft“:

570 || GS 33.486 || Vom 11. Juni 1998 || In Kraft seit 1. Januar 1999
 Kantonales Waldgesetz (kWaG)
 570.1 || GS 33.496 || Vom 11. Juni 1998 || In Kraft seit 1. Januar 1999
 Dekret über die Bewilligung für Veranstaltungen im Wald
 570.11 || GS 33.505 || Vom 22. Dezember 1998 || In Kraft seit 1. Januar 1999
 Kantonale Waldverordnung (kWaV)
 570.12 || GS 33.918 || Vom 9. November 1999 || In Kraft seit 1. Dezember 1999
 Verordnung über die Investitionskredite in der Forstwirtschaft
 571.12 || GS 31.808 || Vom 4. Januar 1994 || In Kraft seit 31. Oktober 1994
 Vereinbarung über das Forstamt beider Basel

Dazu kämen dann noch die Gemeindereglement (in der Schweiz gibt es bekanntlich um die 3'000 Gemeinden).

Hinzu gerechnet werden müssten dann noch alle Gesetze, Verordnungen, Reglemente, Weisungen etc., in denen auch noch, und sei es in einem dritten Halbsatz, irgendetwas zum Wald oder zu Holz oder zu Pilzen oder zu OL-Veranstaltungen oder zu Picknickplätzen oder zu Verbiss von Jungpflanzen durch Schalenwild oder zur Entschädigung von Schäden durch ausgewilderte Luchse oder zu militärischen Übungen in Wäldern oder zur Finanzierung der Behebung von Hochwasserschäden in Wäldern oder zur Pflege von Waldreservaten oder zur Durchführung von Experi-

menten der Kalkausbringung zur Bekämpfung des Waldsterbens oder zur Bekämpfung des Borkenkäfers etc. usw. zu finden wären.

Und dann müssten eigentlich noch all jene Normen näher betrachtet werden, die indirekt auf den Wald, auf die Holzgewinnung irgendeinen Einfluss haben: Die Steuergesetzgebung, den Finanzausgleich, die Nationalstrassengesetzgebung (der Bau der Strassen zerstört Wälder ebenso wie die Benutzung der Strassen), die Eisenbahngesetzgebung, die Normen des Natur- und Heimatschutzes, der Raumplanung, der Umweltschutzgesetzgebung, die Gesamtarbeitsverträge (wenn länger gearbeitet würde, hätten die Leute weniger Zeit, im Wald spazieren zu gehen) etc. - und zwar auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene.

2. KOMMENTARE UND HINWEISE ZU DEN LISTEN VON GÜTERN UND DIENSTLEISTUNGEN: PRODUKTELISTEN

Unsere Erläuterungen zu den einzelnen Tabellen mit Gütern und Dienstleistungen der einzelnen Ressourcen können daher nicht mehr als grobe Hinweise darauf geben, wo sich die wichtigsten Normen des jeweiligen Ressourcenregimes finden lassen. Da wir schon beim Wald waren, wenden wir uns zuerst diesem zu.

2.1 Der Wald

Die für das institutionelle Ressourcenregime wichtigsten Normen sind zum einen das Eigentum, zum anderen die Waldgesetzgebung.

Güter und Dienstleistungen der Ressource Wald			
Güter und Dienstleistungen	Nutzungsform	Nutzergruppen	Kommentar und Hinweis auf die wichtigsten Normen
1) waldwirtschaftliche Nutzung	Holz	Alle, die Holz brauchen.	Holz ist grundsätzlich Holz. Der Eigentümer eines Waldgrundstückes ist Eigentümer von Bäumen, unabhängig davon, um welche Art von Bäumen es sich handelt. Als Eigentümer kann er - grundsätzlich/theoretisch - seinen Wald ebenfalls „beliebig“ nutzen. Zu beachten hat er allerdings die „Schranken der Rechtsordnung“. Die wichtigste Schranke ist die Waldgesetzgebung - früher das Forstpolizeigesetz (FPoIG), heute das Waldgesetz (WaG). Wie im Kapitel zum Wald gezeigt wird, setzt diese seinem Belieben erhebliche Grenzen. Wälder sind nachhaltig zu nutzen, ihre Fläche ist zu erhalten. Das Waldgesetz hat die „forstliche Planung“ zur Grundlage der Bewirtschaftung der Wälder gemacht. Im Rahmen dieser Planung kann der Eigentümer Bäume schlagen. Das ist der zentrale, ressourcenrelevante Eingriff.

			<p>Was nachher mit dem Holz geschieht, an wen es verkauft wird, was daraus hergestellt wird, ob es zur Energieerzeugung verwendet wird etc., dazu gibt es sicherlich irgendwelche Normen, denen wir aber nicht näher nachgehen konnten.</p>
	Pflanzgarten	Holzwirtschaft, Gärtnereien, Konsumenten	<p>Wenn mit Pflanzgarten „Baumschulen“ gemeint sind, in denen z.B. Christbäume oder Pappeln gezüchtet werden, so gilt Artikel 2 Absatz 3 WaG:</p> <p>Nicht als Wald gelten isolierte Baum- und Strauchgruppen, Hecken, Alleen, Garten-, Grün- und Parkanlagen, Baumkulturen, die auf offenem Land zur kurzfristigen Nutzung angelegt worden sind, sowie Bäume und Sträucher auf Einrichtungen zur Stauhaltung und in deren unmittelbarem Vorgelände.</p>
	Pilze, Früchte etc.	Pilzsammler, ev. kommerzielle Nutzung	<p>Die Nutzung von Pilzen, Kräutern, Früchten etc. durch den Eigentümer ist wie die Holznutzung grundsätzlich in sein Belieben gestellt. Die Schranken der Rechtsordnung konkretisieren allerdings auch dieses.</p> <p>Zentral ist der Artikel 699 ZGB:</p> <p>1 Das Betreten von Wald und Weide und die Aneignung wildwachsender Beeren, Pilze u. dgl. sind in ortsüblichem Umfange jedermann gestattet, soweit nicht im Interesse der Kulturen seitens der zuständigen Behörde einzelne bestimmte umgrenzte Verbote erlassen werden.</p> <p>2 Über das Betreten fremden Eigentums zur Ausübung von Jagd und Fischerei kann das kantonale Recht nähere Vorschriften aufstellen.</p> <p>Von Bedeutung zudem der Artikel 14 WaG, Zugänglichkeit:</p> <p>1 Die Kantone sorgen dafür, dass der Wald der Allgemeinheit zugänglich ist.</p> <p>2 Wo es die Erhaltung des Waldes oder andere öffentliche Interessen, wie namentlich der Schutz von Pflanzen und wildlebenden Tieren erfordern, haben die Kantone:</p> <ol style="list-style-type: none"> für bestimmte Waldgebiete die Zugänglichkeit einzuschränken; die Durchführung von grossen Veranstaltungen im Wald einer Bewilligung zu unterstellen.
	Jagd	Jäger, Metzger, Konsumenten	<p>Die Jagd ist geregelt durch die Jagdgesetzgebung, insbesondere durch das Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz, JSG) (SR 922.0) vom 20. Juni 1986:</p> <p>Art. 1 Zweck</p> <p>1 Dieses Gesetz bezweckt:</p> <ol style="list-style-type: none"> die Artenvielfalt und die Lebensräume der einheimischen

			<p>und ziehenden wildlebenden Säugetiere und Vögel zu erhalten; b. bedrohte Tierarten zu schützen; c. die von wildlebenden Tieren verursachten Schäden an Wald und an landwirtschaftlichen Kulturen auf ein tragbares Mass zu begrenzen; d. eine angemessene Nutzung der Wildbestände durch die Jagd zu gewährleisten. 2 Es stellt Grundsätze auf, nach denen die Kantone die Jagd zu regeln haben.</p> <p>Art. 2 Geltungsbereich Dieses Gesetz bezieht sich auf die folgenden in der Schweiz wildlebenden Tiere: a. Vögel; b. Raubtiere; c. Paarhufer; d. Hasenartige; e. Biber, Murmeltier und Eichhörnchen.</p> <p>Art. 3 Grundsätze 1 Die Kantone regeln und planen die Jagd. Sie berücksichtigen dabei die örtlichen Verhältnisse sowie die Anliegen der Landwirtschaft und des Naturschutzes. Die nachhaltige Bewirtschaftung der Wälder und die natürliche Verjüngung mit standortgemässen Baumarten sollen sichergestellt sein. 2 Sie bestimmen die Voraussetzungen für die Jagdberechtigung, legen das Jagdsystem und das Jagdgebiet fest und sorgen für eine wirkungsvolle Aufsicht. 3 Sie führen nach den Vorschriften des Bundesrates eine Statistik über den Abschuss und den Bestand der wichtigsten Arten. 4 Der Bundesrat bestimmt die für die Jagd verbotenen Hilfsmittel. Er lässt eine eidgenössische Jagdstatistik erstellen.</p>
	<p>Ackerbau und Weidewirtschaft</p>	<p>Landwirtschaft, Hirten</p>	<p>Wie im geschichtlichen Abriss über die Waldnutzung skizziert, war der Wald früher auch als Weide von grosser Bedeutung. Dem ist heute nicht mehr so. Waldweide ist grundsätzlich eine nachträgliche Nutzung, die im Wald nicht mehr geduldet wird. Artikel 16 WaG, Nachteilige Nutzungen, bestimmt:</p> <p>1 Nutzungen, welche keine Rodung im Sinne von Artikel 4 darstellen, jedoch die Funktionen oder die Bewirtschaftung des Waldes gefährden oder beeinträchtigen, sind unzulässig. Rechte an solchen Nutzungen sind abzulösen, wenn nötig durch Enteignung. Die Kantone erlassen die erforderlichen Bestimmungen. 2 Aus wichtigen Gründen können die Kantone solche Nutzungen unter Auflagen und Bedingungen bewilligen.</p>
<p>2) wirtschaftliche Nutzung</p>	<p>Abbau Deponien Verkehr</p>	<p>Kieswirtschaft, Betreiber, Müllproduzenten, Bauwirtschaft, Nutzer, Niesser von Erschlies-</p>	<p>Wald ist Wald und soll als solcher erhalten werden. Soll Kies abgebaut oder soll eine Deponie errichtet werden, so handelt es sich nicht um ein Waldprodukt. Gefragt ist bloss die noch bewaldete Fläche. Artikel 12 WaG, Einbezug von Wald in Nutzungspläne, hält daher fest:</p>

		Erschlies- sung	Die Zuweisung von Wald zu einer Nutzungszone bedarf einer Rodungsbewilligung. Zusätzlich verlangt ist die Konformität des geplanten Verhaltens mit der Raumplanung (Art. 11 WaG). Grössere Vorhaben wie Kiesabbau, die Errichtung einer Deponie, einer Durchgangsstrasse etc. verlangen nach entsprechender planerischer Festlegung. Es ist eine (Kies-)Abbauzone oder eine Deponiezone auszuscheiden (Art. 14 ff RPG).
	Energie	Energie- wirtschaft, Konsumenten	Gefragt ist das Holz. Siehe also oben.
	Tourismus	Tourismus- vereine, Touristen	Siehe oben: Zugänglichkeit des Waldes.
3) Schutz	Schutzwald gegen Lawi- nen	Bevölkerung, Forstver- waltungen	Die Erhaltung des Waldes in seinen verschiedens- ten Funktionen, Schutz-, Nutzungs- und Wohlfahrts- funktion ist durch das WaG (früher durch das FPolG) geregelt. Im Forstpolizeigesetz wurde noch nach Schutz- und Nichtschutzwaldungen unter- schieden. Das Waldgesetz hat auf diese Unter- scheidung verzichtet. Vgl. insbesondere auch Artikel 19 WaG: Wo es der Schutz von Menschen oder erheblichen Sachwer- ten erfordert, sichern die Kantone die Anrissgebiete von Lawi- nen sowie Rutsch-, Erosions- und Steinschlaggebiete und sorgen für den forstlichen Bachverbau. Für die Massnahmen sind möglichst naturnahe Methoden anzuwenden.
	Quellschutz, Lärm- und Windschutz	Polit. Ge- meinde, Bevölkerung, Forstverwal- tungen	Gehören zu den Waldfunktionen. Ein Wald, der all seine Funktionen erfüllt, schützt auch die Wasser- speicher- und -reinigungsfunktion des Waldes. Und jeder Wald schützt vor Wind und Lärm.
4) Natur- und Land- schafts- schutz	Erhaltung der Waldfläche	Forstver- waltung, CO2-Konsu- menten	Der Erhalt der Waldfläche war und ist das zentrale Anliegen der Waldgesetzgebung.
	Artenschutz und -vielfalt	Naturschutz	Die ältere Forstpolizeigesetzgebung war vor allem an der quantitativen Erhaltung des Waldes interes- siert. Das neue Waldgesetz legt zudem grossen Wert auf die qualitative Erhaltung (aller Waldfunkti- onen). Dazu gehört auch der Artenschutz. So heisst es bereits im Zweckartikel, Artikel 1 Absatz 1 WaG: 1 Dieses Gesetz soll: a. den Wald in seiner Fläche und in seiner räumlichen Vertei- lung erhalten; b. den Wald als naturnahe Lebensgemeinschaft schützen; c. dafür sorgen, dass der Wald seine Funktionen, namentlich seine Schutz, Wohlfahrts- und Nutzfunktion (Waldfunktionen) erfüllen kann; d. die Waldwirtschaft fördern und erhalten.

			<p>Und Absatz 4 von Artikel 20 WaG, Bewirtschaftungsgrundsätze, bestimmt:</p> <p>Die Kantone können zur Erhaltung der Artenvielfalt von Fauna und Flora angemessene Flächen als Waldreservate auscheiden.</p>
	Unterhalt von Kleinbiotopen	Naturschutz	<p>Der Schutz von Biotopen ist zuvorderst im Natur- und Heimatschutzgesetz geregelt. Das neue, auf qualitativen Erhalt aller Waldfunktionen ausgerichtete Waldgesetz zielt, wie soeben gezeigt, aber auch auf die Erhaltung des Waldes als naturnaher Lebensgemeinschaft. Näheres haben die Kantone zu bestimmen.</p>
	Landschaftsgliederung	Natur- und Landschaftsschutz, ev. Tourismus	<p>Bereits die Existenz des Waldes gliedert die Landschaft. Im neuen Waldgesetz heisst es aber noch zusätzlich in Artikel 5 Absatz 4, bei Rodungen sei dem Natur- und Heimatschutz Rechnung zu tragen. Und in Artikel 20 Absatz 2 WaG, Bewirtschaftungsgrundsätze, heisst es:</p> <p>Die Kantone erlassen Planungs- und Bewirtschaftungsvorschriften; sie tragen dabei den Erfordernissen der Holzversorgung, des naturnahen Waldbaus und des Natur- und Heimatschutzes Rechnung.</p>
5) Erholung, Freizeit	Grossveranstaltungen	Veranstalter	<p>Vgl. die Bestimmungen zur Zugänglichkeit des Waldes, Artikel 14 WaG. Näheres wird durch die Kantone bestimmt. So heisst es in § 8 des basellandschaftlichen Waldgesetzes:</p> <p>1 Veranstaltungen im Wald mit mehr als 50 Personen sind dem Gemeinderat im voraus zur Kenntnis zu bringen. 2 Grosse Veranstaltungen im Wald bedürfen der Bewilligung des Gemeinderates. Betrifft eine bewilligungspflichtige Veranstaltung mehrere Einwohnergemeinden, entscheidet der Kanton über das Gesuch. Die betroffenen Einwohnergemeinden sind vorher anzuhören. 3 Der Landrat bestimmt, welche Veranstaltungen im Wald der Bewilligungspflicht unterstehen. Er nimmt eine Abstufung nach Art und Grösse vor.</p>
	spezielle Erholungseinrichtungen (Picknickplätze etc.)	Erholungssuchende	<p>Nichtforstliche Kleinbauten sind grundsätzlich „nachteilige Nutzungen“ gemäss Artikel 16 WaG und im Walde nicht zonenkonform. Sie können durch die Kantone bewilligt werden, wie es in Artikel 14 WaV heisst:</p> <p>1 Bevor Baubewilligungen für forstliche Bauten oder Anlagen im Wald nach Artikel 22 RPG erteilt werden, ist die zuständige kantonale Forstbehörde anzuhören. 2 Ausnahmbewilligungen für nichtforstliche Kleinbauten oder</p>

			-anlagen im Wald nach Artikel 24 RPG dürfen nur im Einvernehmen mit der zuständigen kantonalen Forstbehörde erteilt werden.
	OL, Mountain-biking	OL-Läufer	Vgl. auch hier die Bestimmungen zur Zugänglichkeit des Waldes.
	Motocross	Motocrosser	Ist im Walde verboten; vgl. Artikel 15 WaG, Motorfahrzeugverkehr.
	Spaziergang, Wanderung	Spaziergänger, Wanderer	Grundlegend ist Artikel 699 ZGB. Vgl. auch die Bestimmungen über die Zugänglichkeit des Waldes.
6) Information, Bildung	Waldschulen, Lehrpfad, Führung	Forstverwaltungen, private Anbieter	<p>Auch hier geht es um den Zugang der Allgemeinheit zum Wald. Sofern damit keine Eingriffe baulicher Art verbunden sind, steht dem nichts entgegen. Sofern forstliche Bauten oder Anlagen erforderlich ist, die im Wald zonenkonform sind, bedarf es einer Baubewilligung gemäss Artikel 22 RPG, für andere Kleinbauten oder -anlagen ist eine Ausnahmbewilligung erforderlich. Artikel 14 WaV bestimmt:</p> <p>1 Bevor Baubewilligungen für forstliche Bauten oder Anlagen im Wald nach Artikel 22 RPG erteilt werden, ist die zuständige kantonale Forstbehörde anzuhören. 2 Ausnahmbewilligungen für nichtforstliche Kleinbauten oder -anlagen im Wald nach Artikel 24 RPG dürfen nur im Einvernehmen mit der zuständigen kantonalen Forstbehörde erteilt werden.</p>

2.2 Die Landschaft

Neben dem - gleichsam selbstverständlichen - Eigentum, ist für die Landschaft in erster Linie die Natur- und Heimatschutz- sowie die Raumplanungsgesetzgebung von Bedeutung.

<p align="center">Tableau des biens et services dérivés de la ressource PAYSAGE (ensemble d'écosystèmes en interrelations)</p>			
Catégories usages	Types d'utilisation	Types d'utilisateurs	Kommentar und Hinweis auf die wichtigsten Normen

<p>A. Espace naturel (protégé) et milieu vital</p>	<p>A1. Milieu vital pour les êtres humains et les autres espèces vivantes, plantes et animaux.</p>	<p>„Humanité“ et êtres vivants</p>	<p>Natur- und Heimatschutz ist in erster Linie Sache der Kantone. Durch Artikel 24sexies Absätze 2 - 5 BV wurden dem Bund aber wichtige Aufgaben übertragen. Er ist ihnen vor allem durch das Natur- und Heimatschutzgesetz, NHG, nachgekommen.</p> <p>Daneben ist es aber auch die Raumplanungsgesetzgebung, die für den Erhalt gerade der Landschaft äusserst wichtig ist. Insbesondere finden sich viele Instrumente zum Schutze der Landschaft, des Lebensraumes, im Raumplanungsgesetz. Hervorzuheben ist Artikel 17 RPG, Schutzzonen:</p> <p>1 Schutzzonen umfassen</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Bäche, Flüsse, Seen und ihre Ufer; b. besonders schöne sowie naturkundlich oder kulturgeschichtlich wertvolle Landschaften; c. bedeutende Ortsbilder, geschichtliche Stätten sowie Natur- und Kulturdenkmäler; d. Lebensräume für schutzwürdige Tiere und Pflanzen. <p>2 Statt Schutzzonen festzulegen, kann das kantonale Recht andere geeignete Massnahmen vorsehen.</p> <p>Daneben ist zu erwähnen die Umweltschutzgesetzgebung.</p>
	<p>A2. Conservatoire de biodiversité</p>	<p>„Humanité“ et êtres vivants (générations futures), Scientifiques, Entreprises</p>	<p>Die wichtigsten Bestimmungen zum Schutze von einheimischen Tier- und Pflanzenarten finden sich im Natur- und Heimatschutzgesetz. Artikel 18 NHG verlangt in seinem ersten Absatz:</p> <p>1 Dem Aussterben einheimischer Tier- und Pflanzenarten ist durch die Erhaltung genügend grosser Lebensräume (Biotope) und andere geeignete Massnahmen entgegenzuwirken. Bei diesen Massnahmen ist schutzwürdigen land- und forstwirtschaftlichen Interessen Rechnung zu tragen.</p>

	A3. Conservatoire et témoin de l'histoire naturelle (notamment géologique)	„Humanité“ (générations futures), „Scientifiques, Touristes	<p>In Artikel 1 NHG heisst es, das Gesetz habe zum Zweck:</p> <p>a) das heimatliche Landschafts- und Ortsbild, die geschichtlichen Stätten sowie die Natur- und Kulturdenkmäler des Landes zu schonen, zu schützen sowie ihre Erhaltung und Pflege zu fördern; ...</p> <p>Gestützt auf Artikel 5 NHG wurden zudem zwei Bundesinventare erlassen: das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler, BLN, sowie das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz, ISOS.</p> <p>Nächstens sollte noch das Inventar der historischen Verkehrswege der Schweiz, IVS, hinzukommen.</p>
B. Espace matériel (écosystémique) et visuel (esthétique) d'accueil d'aménagements et d'activités socio-économiques	B1. Surfaces à bâtir (A dans sol)		<p>Die Landschaft wird letztlich geformt durch den Boden. Er ist häufig mit einer Pflanzendecke überzogen (Wald, Landwirtschaft) und insbesondere durch die Gewässer (Seen, Flüsse, Bäche) geformt.</p> <p>Welcher Boden welcher Nutzung zugeführt werden soll, das bestimmt sich heute in erster Linie durch die Raumplanung, RPG. Zu unterscheiden sind drei grosse Nutzungskategorien: die Bauzonen, die Landwirtschaftszonen sowie die Schutzzonen.</p> <p>Den Vorgaben des Natur- und Heimatschutzgesetzes muss oft durch die Errichtung von Schutzzonen entsprochen werden (z.B. Biotopschutz)</p>
	B2. Entreposage des déchets (C dans sol)	Services industriels des collectivités publiques locales, ménages, entreprises	<p>Die Errichtung von Deponien entspricht einer baulichen Nutzung. Sie ist bodenverbrauchend. Während früher selbst grosse Deponien über eine Baubewilligung ermöglicht wurden, ist heute der planerische Weg zu beschreiten. Auszuscheiden ist eine Deponiezone.</p>

	B3. Extraction de matières premières (D dans sol)	Entreprises publiques et privées	<p>Die Bodenschätze haben in der Schweiz nie eine sehr grosse Rolle gespielt. Heute geht es vor allem noch um den Kiesabbau. In gewissen Kantonen spielen bestimmte Gesteinsarten wie Granit oder Marmor noch eine Rolle.</p> <p>Grundsätzlich gehören Bodenschätze zum Grundeigentum. Schon seit Jahrhunderten haben Obrigkeiten jedoch über das Bergregal ihre Hand selbst auf die Bodenschätze gelegt. Dies ist auch heute in den Kantonen noch der Fall. Das Bergregal ist eine Schranke der Rechtsordnung. Untersteht ein Bodenschatz dem Bergregal, so bedarf der Abbau in der Regel einer Konzession.</p> <p>Gerade Kies ist aber soweit bekannt, nirgends dem Bergregal unterstellt. Kies gehört daher nach wie vor dem Grundeigentümer. Das nützt ihm aber heute nur noch dort etwas, wo eine entsprechende Abbauplanung sein Grundstück und sein Kiesvorkommen einer Abbauzone zugewiesen hat. Fehlt es an der planerischen Erfassung, so kann selbst das eigene Kies nicht ausgebeutet werden. Der Grundeigentümer ist ähnlich gestellt wie einer, dessen Grundstück sich nicht in einer Bauzone befindet, so dass er es nicht überbauen darf.</p>
	B4. Exploitation de la biomasse : Agriculture, Economie forestière	Agriculteurs, éleveurs, Forestiers, entreprises du bois	<p>Wie der Wald zu bewirtschaften ist, das bestimmt die Waldgesetzgebung.</p> <p>Grundsätzlich kann jeder Grundeigentümer sein Grundstück beliebig bepflanzen. Jeder kann in seinem Einfamilienhäuschengarten neben seinen Gurken auch Weizen anpflanzen.</p> <p>In erster Linie ist landwirtschaftliche Nutzung jedoch auf die Landwirtschaftszonen gemäss Raumplanungsgesetz verwiesen.</p> <p>Rein theoretisch können die Bauern dort - als Eigentümer oder Pächter - anpflanzen, was immer sie wollen. Es ist aber vor allem die Landwirtschaftsgesetzgebung, welche die landwirtschaftliche Produktion steuert (Milchkontingente, Anbauprämien, Ausmerzungsprämien etc.). Zudem haben die Bauern bei ihrer Produktion insbesondere auch die diversen Gewässerschutzvorschriften zu beachten. Regelementiert ist zudem der Einsatz von Düngern etc. Kurz: in der Landwirtschaft gibt es fast zu allem irgendeine Norm.</p>

C. Espace de tourisme, de détente, loisirs et de sports	C1. Espace de tourisme, détente et découverte	Industrie du tourisme et touristes	<p>Gemäss Artikel 699 ZGB darf grundsätzlich jedermann Wald und Weide im ortsüblichen Umfang nutzen. Da der Grossteil der Grundstücke sich in Privatbesitz befindet, sind beispielsweise Kurvereine etc. auf Vereinbarungen mit den Grundeigentümern angewiesen, wenn sie bzw. die Touristen deren Grundstücke in einem gesteigerten, über Artikel 699 ZGB hinausgehenden Masse benutzen wollen.</p> <p>Hinzu kommt unter Umständen eine Vielzahl von Normen, sobald es darum geht, touristische Einrichtungen zu erstellen. Man denke nur an die Infrastrukturanlagen. Dann ist zuvorderst wieder die Raumplanungs- und Baugesetzgebung zu beachten.</p>
	C2. Espace de sports et loisirs non-touristiques	Populations urbaines ou semi-urbaines	Verwiesen sei wieder auf Artikel 699 ZGB.
	C3. Support de création d'images touristiques typiques	Entrepreneurs touristiques et Offices du tourisme	<p>Wenn es um die Erhaltung typischer Bausubstanz geht, sind in erster Linie die kantonalen und kommunalen Baureglemente von Bedeutung. Zur Erhaltung schützenswerter Bauten oder Ortsbilder sei auf das ISOS verwiesen.</p>
D. Conservatoire culturel	D1. Conservation du patrimoine culturel bâti comme témoignage historique	Conservateurs, historiens de l'art, visiteurs, Mémoire collective de l'«Humanité» (générations futures)	<p>Dies ist die ursprüngliche Domaine der Natur- und Heimat- sowie der Denkmalschutzgesetzgebung. Heute finden sich die zentralen Bestimmungen alle im Natur- und Heimatschutzgesetz. Hinzu kommen kantonale und kommunale Vorschriften, insbesondere, was den Denkmalschutz anbelangt.</p> <p>Sie alle sind Schranken der Rechtsordnung, die den Inhalt des Eigentums (z.B. an einem historischen Gebäude) näher konkretisieren.</p>
	D2. Espace d'identification et de conservation des diversités culturelle et sociales régionales	„Locaux“, „Humanité“	Diese Aufgabe obliegt in erster Linie den Kantonen. Gemäss Artikel 24sexies Absatz 1 BV bzw. Artikel 78 Absatz 1 BVneu ist der Natur- und Heimatschutz Sache der Kantone.
	D3. Fournisseur de sensations esthétiques	Artistes, peintres, photographes, cinéastes, „esthètes“, touristes	Die Betrachtung von fremdem Eigentum ist für jedermann frei, solange er dadurch nicht andere Rechte der Eigentümer verletzt. So darf ich ein Haus von aussen betrachten, aber nicht ohne Einwilligung das Haus oder den Garten betreten. Ich darf ein Haus fotografieren, abzeichnen etc. Wenn ich meine artistischen Werke verwerten will, stellen sich möglicherweise urheberrechtliche Fragen.

	D4.Support de création d'images identitaires typiques	Propagande politique étatique, partis politiques, groupes de pression	Wie gesagt: die Landschaft - selber nur eine Vorstellung - ist grundsätzlich frei. Der Verwendung von Darstellungen bildlicher Art stehen eventuell urheberrechtliche Normen entgegen.
--	---	---	--

2.3 Der Boden

Der Boden ist die Ressource aller Ressourcen. Dies gilt auch für die rechtliche Betrachtung. Der Zugriff auf die Natur erfolgt primär über das Grundeigentum. Es gibt denn auch, wie schon verschiedentlich erwähnt, hunderte von Gesetzen und Verordnungen und tausende von Normen, die unmittelbar oder mittelbar die Nutzung der Ressource Boden bestimmen.

Auszugehen ist wiederum von Eigentum, dem formellen Regelwerk, wie es in Artikel 641 Absatz 1 ZGB Gestalt angenommen hat. Die nicht mehr überblickbare Zahl der anderen bodenrelevanten Normen bilden die Schranken des Eigentums: sie bestimmen seinen je konkreten Inhalt: Grundeigentümer X darf dieses und jenes mit seinem Eigentum machen. Der Nichteigentümer Y darf unter diesen oder jenen Umständen diesen oder jenen Boden in einer bestimmten Weise nutzen etc.

Tableau des biens et services dérivés de la ressource SOL			
Catégories usages	Types d'utilisation	Types d'utilisateurs	Kommentar und Hinweis auf die wichtigsten Normen

<p>A. Surfaces à bâtir</p>	<p>A1. "Urbanisation" Aménagements collectifs Infrastructures approvisionnement énergie Infrastructures télécommunications</p>	<p>Urbanistes, Services industriels, Ménages, Entreprises production énergie + télécommunications</p>	<p>Da das Grundeigentum ursprünglich als ein Vollrecht konzipiert war, galt es lange Zeit - teilweise wird diese Ansicht (fälschlicherweise) sogar heute noch vertreten - als selbstverständlich, dass der Eigentümer sein Grundstück auch überbauen durfte. Diese sogenannte <i>Baufreiheit</i> hat aber spätestens mit der Bodenrechtsreform Ende der sechziger Jahre und dem Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes, RPG, aufgehört zu existieren.</p> <p>Die verfassungsmässige Verpflichtung zur häuslicher Nutzung wurde durch das Raumplanungsgesetz dahingehend umgesetzt, dass der Boden gemäss seiner Eignung einer entsprechenden Nutzungszone zugeteilt wurde. Das Gesetz unterscheidet in erster Linie drei Nutzungszonen: Bau-, Landwirtschafts- und Schutzzonen (Art. 14 ff. RPG). Artikel 18 RPG gibt den Kantonen zudem das Recht - für spezielle Zwecke - weitere Nutzungszonen vorzusehen.</p> <p>Bodenverbrauchende Nutzung ist also grob gesagt bauliche Nutzung. Der Boden wird als Fläche genutzt, auf die Bauten und Anlagen gestellt werden. Jener Boden, der einer bodenerhaltenden, sprich: einer landwirtschaftlichen Nutzung zuzuführen ist, gehört hingegen in eine Landwirtschaftszone. Gebiete und/oder Objekte, die besonderen Schutzes bedürfen, sind Schutzzonen zuzuweisen.</p> <p>Auch wenn das Raumplanungsgesetz mit seinen Bauzonen zuvorderst die Siedlungsgebiete im engeren Sinne im Visier hat, gilt grundsätzlich gleiches auch für andere bodenverbrauchende Nutzungen wie Strassen/Infrastrukturanlagen: Liegen sie ausserhalb von Bauzonen, so kommen sie in erster Linie in Landwirtschaftszonen zu liegen, in denen ausser bestimmten, für die landwirtschaftliche Produktion notwendigen Bauten und Anlagen grundsätzlich nichts erbaut werden dürfte. Die Errichtung einer Strasse muss daher auch dem Planungsweg folgen und das fragliche Terrain der vorgesehenen Nutzung zugewiesen werden.</p> <p>Im Kanton Bern sind beispielsweise sogenannte Strassenpläne zu erstellen. Sie werden nach den gleichen Verfahrens- und Zuständigkeitsvorschriften des Baugesetzes erlassen wie die kantonalen Überbauungspläne (Art. 33 des Gesetzes über den Bau und Unterhalt der Strassen, BSG 732.11). Mit Überbauungsordnungen bzw. -plänen bestimmt eine Gemeinde näher, „wie bestimmte Teile des Gemeindegebietes zu überbauen, zu gestalten, freizuhalten oder zu schützen sind (Art. 88 des Baugesetzes BSG 721). Die Überbauungsord-</p>
----------------------------	--	---	---

	A2. Logement Appartements, Villas, Résidences secondaires	Propriétaires, Locataires, Gérances immobilières	<p>Während früher das ganze Land noch mehr oder weniger planlos unter Berufung auf die Baufreiheit des Grundeigentümers überbaut wurde, bedarf heute die Errichtung eines Wohnhauses grundsätzlich zweierlei: Das Grundstück muss in der richtigen Zone liegen. Wohnbauten gehören innerhalb der Bauzonen in die Wohnzonen, Mehrfamilienhäuser in die Zonen für Mehrfamilienhäuser etc. Zudem bedarf die Errichtung einer Baute oder Anlage noch einer Baubewilligung (Art. 22 RPG). Möglich ist auch die Errichtung von Bauten ausserhalb der Bauzonen bzw. von nichtzonenkonformen Bauten mittels einer Ausnahmegewilligung (Art. 24 RPG).</p> <p>Der Inhalt des Grundeigentums bestimmt sich durch alle relevanten planungs- und baurechtlichen Bestimmungen.</p>
	A3. Zones d'activités artisanales, industrielles et commerciales	Entrepreneurs	<p>Gleiches gilt grundsätzlich für Gewerbe- oder Industriebauten. Kantonale und kommunale Raumplanungs- und Baugesetze legen fest, welche gewerbliche oder industrielle Nutzung in welcher Zone möglich ist.</p> <p>Wer daher in einer Einfamilienhauszone eine Industrieanlage errichten will, der darf dies, obwohl er Grundeigentümer ist, nicht.</p> <p>Der Grundeigentümer darf vielmehr nur genau das bauen, was ihm alle relevanten Normen zustehen.</p>
	A4. Infrastructures pour les transports (routes, rail, aéroports, cycles, piétons)	Compagnies de transports, Voyageurs, Conducteurs privés	<p>Wie einleitend bereits skizziert, folgt die Auscheidung von Boden für Infrastrukturanlagen ebenfalls den grundsätzlich gleichen planerischen Schritten: Das in Frage stehende Terrain muss im Rahmen eines Planungsverfahrens für die konkrete Nutzung ausgeschieden werden.</p> <p>Grob gesagt wird nichts anderes gemacht als bestimmt: hier darf eine Strasse, dort eine Eisenbahn gebaut werden.</p> <p>Aus der Sicht des Grundeigentümers handelt es sich um eine Beschränkung/Konkretisierung seines Eigentums. Die Rechtsordnung bzw. die Schranken der Rechtsordnung bestimmen den Inhalt seines Grundeigentums. Und nur in diesem Rahmen darf er sein Grundeigentum nach Belieben nutzen oder darüber verfügen.</p>

	A5. Infrastructures touristiques et loisirs	Entrepreneurs, Touristes "Locaux" (bénéficiaires indirects)	<p>Hier gilt grundsätzlich das Gleiche. Will eine Gemeinde ein Hallenbad bauen, dann muss sie zuerst - sofern noch nicht geschehen - eine Zone ausscheiden, in der Hallenbäder und ähnliches (öffentliche Bauten und Anlagen) gebaut werden dürfen. Dann ist das ganze Baubewilligungsverfahren zu durchlaufen.</p> <p>Ist die Gemeinde nicht Eigentümerin des geeigneten Grundstückes, so muss sie es erwerben. Gelingt dies nicht, so kann sie unter Umständen den Enteignungsweg beschreiten.</p>
	A6. Militaire	Armée, "Locaux" (bénéficiaires indirects)	<p>Auf das Militär kann nicht näher eingegangen werden. Nur soviel: da es sich bei der militärischen Landesverteidigung um ein nationales Interesse handelt, kann die Armee notfalls die erforderlichen Gebiete/Grundstücke enteignen.</p> <p>Was Bauten und Anlagen anbelangt, so sei auf Artikel 126 des Militärgesetzes (SR 510.10) verwiesen:</p> <p>Art. 126 Bewilligungspflicht</p> <p>1 Bauten und Anlagen, die der Landesverteidigung dienen, dürfen nur mit einer Bewilligung des Bundes errichtet, geändert oder einem andern militärischen Zweck zugeführt werden. Diese Bewilligung ersetzt alle übrigen vom Bundesrecht vorgesehenen Bewilligungen.</p> <p>2 Für Bauten, Anlagen und Tätigkeiten, die der Landesverteidigung dienen, sind keine kantonalen Bewilligungen oder Nutzungspläne erforderlich.</p> <p>3 Das kantonale Recht ist bei der Erteilung der Bewilligung zu berücksichtigen, soweit es die Erfüllung der Aufgaben der Landesverteidigung nicht erheblich erschwert.</p> <p>4 Der Bundesrat kann vorsehen, dass Bauten und Anlagen im Sinne des Bundesgesetzes vom 23. Juni 1950 über den Schutz militärischer Anlagen keiner Bewilligung bedürfen.</p>
	A7. Réserves de zones à bâtir, Thésaurisation de terrains constructibles	Communes, Propriétaires, Spéculateurs	<p>Mit Hilfe von Reservezonen kann eine Gemeinde Land, das in fernerer Zukunft eventuell für bauliche Zwecke benötigt werden könnte „reservieren“. Reservezonen sind aber, und das ist hier das Wichtigste, <i>keine</i> Bauzonen (vgl. Kommentar RPG, Art. 14 Rz 82 und vor allem Art. 18 Rz 55 ff.).</p>

B. Biodiversité et espaces naturels protégés	B1. Zones marécageuses	Organismes vivants, Animaux, Plantes, Scientifiques, "Humanité" (bénéficiaires indirects)	Gewisse Mooregebiete sind bereits von Verfassung wegen geschützt (Art. 24sexies Abs. 5 BV). Die wichtigsten Normen zum Schutz von Mooren-/Moorbiotopen finden sich im Natur- und Heimatschutzgesetz (Art. 18 ff.) und insbesondere in der Hochmoorverordnung, HMV, der Flachmoorverordnung, FMV, sowie in der Moorlandschaftsverordnung, MLV.
	B2. Parc national	Plantes, Animaux, Touristes, Scientifiques, "Humanité" (bénéficiaires indirects)	Der Nationalpark wurde auf privater Basis errichtet. Grund und Boden sind Eigentum der Gemeinden. Das Nationalparkgesetz vom 19. Dezember 1980 (SR 454) regelt in erster Linie die finanzielle Beteiligung des Bundes.
	B3. Zones protégées régionales	Plantes, Animaux, Touristes, Scientifiques, "Humanité" (bénéficiaires indirects)	Art. 18b Absatz 1 NHG bestimmt: Die Kantone sorgen für Schutz und Unterhalt der Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung
	B4. Réserves de chasse	Faune, Chasseurs (indirectement)	<p>Gestützt auf Artikel 11 des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1986 über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz) und Artikel 26 des Bundesgesetzes vom 1. Juli 1966 über den Natur- und Heimatschutz (NHG) wurde die Verordnung über die eidgenössischen Jagdbanngebiete (VEJ) (SR 922.31) vom 30. September 1991 bzw. das Bundesinventar der eidgenössischen Jagdbanngebiete erlassen.</p> <p>Art. 1 Zweck Eidgenössische Jagdbanngebiete (Banngebiete) dienen dem Schutz und der Erhaltung von seltenen und bedrohten wildlebenden Säugetieren und Vögeln und ihrer Lebensräume sowie der Erhaltung von gesunden, den örtlichen Verhältnissen angepassten Beständen jagdbarer Arten.</p> <p>Art. 2 Bezeichnung 1 Banngebiete sind die im Anhang 1 aufgezählten Objekte. 2 Das Bundesinventar der eidgenössischen Jagdbanngebiete (Inventar) enthält für jedes Banngebiet: a. eine kartographische Darstellung des Perimeters und eine Beschreibung des Gebietes; b. das Schutzziel; c. besondere Massnahmen für den Arten- und Biotopschutz und die Regulierung von Beständen jagdbarer Arten und deren zeitliche Geltung; d. allenfalls einen Perimeter ausserhalb des Banngebietes, in welchem Wildschäden vergütet werden. 3 Das Inventar ist Bestandteil dieser Verordnung, wird aber als Sonderdruck (Anhang 2) ausserhalb der AS veröffentlicht (...).</p>

	B5. Forêts et lisières	Plantes, Animaux, Promeneurs et autres usages récréatifs	Vgl. dazu die Produkteliste „Wald“.
C. Entreposage de déchets	C1. Déchetteries à ciel ouvert C2. Entreposages des déchets incinérés	Collectivités publiques, ménages, entreprises Usines d'incinération	Deponien verlangen nach Planung. Erforderlich ist ein „Deponiezone“. Näheres und Ausführliches zu Deponien findet sich in der Technische Verordnung über Abfälle (TVA) vom 10. Dezember 1990 (SR 814.600) zum Umweltschutzgesetz.
D. Producteurs de matières premières	D1. Mines	Entreprises publiques et privées	Der Abbau von Bodenschätzen untersteht in der Regel dem kantonalen Bergregal. Es ist eine kantonale Konzession von Nöten. Für die Schweiz ist der Abbau von Bodenschätzen eigentlich nicht von Bedeutung.
	D2. Sablières, Carrières, Marbrières	Entreprises publiques et privées	Einzig Kies und gewisse Steine werden heutzutage noch gewonnen. Marmor und Granit unterstehen in gewissen Kantonen dem Bergregal. Kies gehört hingegen dem Grundeigentümer. Erforderlich ist heutzutage aber immer auch eine planerische Erfassung. Fehlt es an einer Abbauzone, ist der Abbau nicht zulässig, und der Grundeigentümer bleibt auf seinen Schätzen sitzen.
	D3. Tourbières	Entreprises publiques et privées	In der Hochmoorverordnung, HMV, zum Natur- und Heimatschutzgesetz findet sich Artikel 5, Schutz- und Unterhaltmassnahmen: 1 Die Kantone treffen nach Anhören der Grundeigentümer und Bewirtschafter die zur ungeschmäleren Erhaltung der Objekte geeigneten Schutz- und Unterhaltmassnahmen. Sie sorgen insbesondere dafür, dass: a. Pläne und Vorschriften, welche die zulässige Nutzung des Bodens im Sinne der Raumplanungsgesetzgebung regeln, mit dieser Verordnung übereinstimmen; b. keine Bauten und Anlagen errichtet und keine Bodenveränderungen, insbesondere durch den Abbau von <i>Torf</i> , das Pflügen von Moorböden und das Ausbringen von Stoffen oder Erzeugnissen im Sinne der Verordnung vom 9. Juni 1986 über umweltgefährdende Stoffe, vorgenommen werden; ausgenommen sind, unter Vorbehalt von Buchstabe c, einzig solche Bauten, Anlagen und Bodenveränderungen, die der Aufrechterhaltung des Schutzziels dienen; c. ...

E. Filtre	E1. Filtrage de l'eau	Collectivités publiques, Ménages	<p>Nur unversiegelter, nicht überbauter, und unverdichteter Boden kann Wasser aufnehmen und filtern. Indem die Raumplanungsgesetzgebung dafür sorgt (sorgen soll), dass der Boden haushälterisch genutzt wird und er in seiner Multifunktionalität möglichst erhalten bleibt, trägt sie auch dazu bei, die Filterfunktion des Bodens zu erhalten.</p> <p>Von Relevanz ist insbesondere die Verordnung über Belastungen des Bodens (VBBo) vom 1. Juli 1998 (SR 814.12) zum Umweltschutzgesetz, die unter anderem Vorschriften über physikalische Bodenbelastungen enthält, etwa Artikel 6, Vermeidung von Bodenverdichtung und -erosion:</p> <p>1 Wer Anlagen erstellt oder den Boden bewirtschaftet, muss unter Berücksichtigung der physikalischen Eigenschaften und der Feuchtigkeit des Bodens Fahrzeuge, Maschinen und Geräte so auswählen und einsetzen, dass Verdichtungen und andere Strukturveränderungen des Bodens vermieden werden, welche die Bodenfruchtbarkeit langfristig gefährden.</p> <p>2 Wer Terrainveränderungen vornimmt oder den Boden bewirtschaftet, muss mit geeigneter Bau- und Bewirtschaftungsweise, insbesondere durch erosionshemmende Bau- oder Anbautechnik, Fruchtfolge und Flurgestaltung, dafür sorgen, dass die Bodenfruchtbarkeit nicht durch Erosion langfristig gefährdet wird. Sind dazu gemeinsame Massnahmen mehrerer Betriebe nötig, so ordnet der Kanton diese an, insbesondere bei der Erosion durch konzentrierten Oberflächenabfluss (Talwegerosion).</p> <p>Weitere Bestimmungen, etwa zum Schutz von Grundwasser (Grundwasserschutzzonen) finden sich in der Gewässerschutzgesetzgebung.</p>
	E2. Filtrage de l'air	Humanité	<p>Der Boden ist soweit bekannt nicht eigentlich ein Luftfilter - im Gegensatz wohl zur Pflanzendecke, insbesondere zum Wald. Der Boden ist vielmehr eine Senke für Schadstoffe, die unter Umständen aber auch wieder (an die Luft) abgegeben werden können. Auch hier sei auf die VBBo verwiesen.</p>
F. Fertilité (biomasse)	F1. Surfaces agricoles F2. Pâturages, Alpagnes, Prairies	Agriculteurs Éleveurs Paysans de montagne	<p>Boden, der landwirtschaftlich genutzt werden soll, wird Landwirtschaftszonen gemäss Artikel 16 RPG zugewiesen.</p>
	F3. Forêts (sylviculture)	Entreprises du bois	<p>Vgl. die Produkteliste „Wald“</p>

	F4. Agriculture hors sol	Agri-culteurs hors sol, Agriculture industrielle	Die neueste Änderung des Raumplanungsgesetzes ermöglicht künftig in vermehrtem Masse die Errichtung von Bauten und Anlagen zur hors-sol-Produktion in der Landwirtschaftszone. Wichtig ist hier aber wiederum nicht der Boden, sondern die Fläche. Die Baute oder Anlage muss gemäss einschlägiger Raumplanungsgesetzgebung bewilligungsfähig sein.
--	--------------------------	--	---

2.4 Das Wasser

Das Wasser wird als Ressource weniger vom Regelwerk als vielmehr von den Schutz- und Nutzungspolitiken erfasst. Das erstere schenkt der Ressource nur Beachtung, wenn Wasser in abgegrenzter und rechtlich beherrschbarer Form oder als Bestandteil des Bodens (Akzessionsprinzip bei den Quellen) auftritt. Entscheidende Bedeutung haben deshalb hier die öffentlichrechtlichen Normen.

Water resources: goods and services			
<p>Water uses can be classified in 9 groups of goods and services. These categories need different qualities and quantities of water. The relationships between two types of use can be complementary or conflictual.</p> <p>The groups of goods and services are the following :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Living environment for plants and animals 2. Consumption : drinking water 3. Production : water used directly or indirectly for the production of economic goods and services 4. Energy (particular form of water use for the economic production) 5. Water purification 6. Support for economic production and recreation 7. Recreation : leisure and tourism 8. Medical uses 9. Geomorphologic changes 			
N° Goods and services	Types of uses	Types of users	Kommentar und Hinweis auf die wichtigsten Normen
1 Living environment	Food, reproduction	Plants and animals	<p>Das Gewässerschutzgesetz bezweckt den Schutz des Wassers gerade auch im Hinblick auf die Lebensräume von Tieren und Pflanzen; das Gesetz dient gemäss Art. 1 insbesondere:</p> <p>lit. c der Erhaltung natürlicher Lebensräume für die einheimische Tier- und Pflanzenwelt lit. d der Erhaltung der Fischgewässer.</p>
2 Consumption	Drinking water	- households (indirect users); - public admini-	<p>Der Schutz des Trinkwassers wird ebenfalls durch Art. 1 des GSchG gewährleistet, es dient damit auch:</p> <p>lit. b der Sicherstellung und haushälterischen Nutzung des</p>

		strations (direct users)	<p>Trink- und Brauchwassers.</p> <p>Hier bleibt Raum für eine Vielzahl von Ausführungsbestimmungen - beispielsweise für die GSchV, die in Anhang 2 (SR 814.201) Anforderungen an Grundwasser stellt, das für Trinkwasser genutzt oder vorgesehen wird - und dem Hinweis auf die eidgenössische Anstalt für Trinkwasserversorgung - geregelt in SR 414.162 und 414.162.1.</p> <p>Nach Art. 711 und 712 ZGB können private Eigentümer von Trinkwasservorkommen zur Abtretung des Wassers oder Grundstücks gezwungen werden.</p>
3 Production	Industrial water	Private companies (direct withdrawal or supply by public networks)	<p>Wesentliche Wasserentnahmen aus Fließgewässern oder aus diese speisenden Grundwasservorkommen, die über den Gemeingebrauch hinausgehen, benötigen gemäss Art. 29 ff. GSchG eine Bewilligung - zur Sicherung angemessener Restwassermengen im Sinne des quantitativen Gewässerschutzes.</p> <p>Der Verbrauch über die öffentlichen Anschlüsse ist etwa von der Erbringung eines üblichen Wasserzinses abhängig. Dieser orientiert sich nach der entsprechend öffentlich oder privatrechtlich geregelten Wasserbezugsvereinbarung zwischen Anbieter und Nutzer. Der Eigentümer am Wasservorkommen entscheidet über die Nutzung; sie wird erzwingbare Pflicht, wenn er die öffentliche Wasserversorgung zu gewährleisten hat.</p>
3 Production	Industrial water : Particular case of water-cooling (nuclear power plans)	Private or semi-public companies	<p>Die obgenannten Bestimmungen zum Schutz der Restwassermengen kommen auch hier zum Tragen.</p> <p>Für Anlagen mit Durchlaufkühlung bestimmt Anhang 3.3 zur GSchV (S 814.201) die Grenzwerte der zulässigen Erwärmung vor der Rückgabe an das Gewässer oder die öffentliche Kanalisation.</p>
3 Production	Irrigation	Private farms (direct withdrawal or supply by public or collective networks (e.g. auto-organised corporations)	<p>Für Wasserbezüge aus Fließgewässern gilt das oben Gesagte.</p> <p>„Wer die Wasserquelle hat, befiehlt“. Der Bezug von anderen Wasserquellen hängt von der Bezugsvereinbarung ab. Diese kann privat- oder öffentlichrechtlich geregelt sein. Das entsprechende dazu findet sich in den kantonalen oder kommunalen Ausführungsbestimmungen oder in privaten Dienstbarkeitsverträgen nach Art. 704 Abs. 2 ZGB</p>

3 Production	Drainage	Private farms and public administrations	siehe oben.
3 Production	Production of mineral water	Private companies	<p>Der Bezug des Wassers als Grundlage zur Mineralwasserproduktion hängt von den Eigentumsverhältnissen an der besonderen Quelle ab. Wer über das Vollrecht verfügt, kann darüber verfügen resp. über dessen Nutzung bestimmen.</p> <p>Ob das gefasste Quellwasser tatsächlich die von der Lebensmittelverordnung anerkannte Qualität aufweist und als solches genutzt werden kann, ergibt sich aufgrund der Verordnung über die Anerkennung von natürlichen Mineralwässern (SR 817.364).</p>
3 Production	<p>Infrastructures for tourism and leisure</p> <p>??swimming pools</p> <p>??skating rinks</p> <p>??artificial snowmaking</p> <p>??„aqua-parks“</p>	Private or public companies	<p>Hier entscheidet die Anreicherung des Wassers für die gewünschten Zwecke wie Eisgewinnung, keimfreies Badewasser, etc. mit wasserfremden Stoffen über die Anwendung der Gewässerschutzbestimmungen - gerade auch mit Blick auf die Entsorgung.</p> <p>Anlagen zur künstlichen Beschneigung (5 ha Übersteigender Flächen) gelten als UVP-Anlagen und sind somit einer Umweltverträglichkeitsprüfung zu unterziehen. Die übrigen Zulässigkeitsfragen - und das Verfahren - beantwortet das kantonale Recht. Art. 8 der Bernischen Verordnung über die technische Beschneigung vom 22. Dezember 1993 bestimmt etwa:</p> <p>1...</p> <p>2 Beim Wasserbezug sind folgende Prioritäten zu beachten: Erste Priorität: bestehende Fassungen, Reservoire, Hydranten Zweite Priorität: neue Grundwasserfassungen, leistungsfähige Fließgewässer Dritte Priorität: grössere stehende Gewässer Letzte Priorität: ungefasste Quellen.</p>
4 Energy	Hydropower production (dam and with high head)	Private companies with usually a monopoly on a watershed (concessions)	Die Wasserkraftnutzung spielt sich im Konzessionssystem des Bundesgesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (WRG) ab. Die Verleihung des Wasserrechts erfolgt gemäss Art. 38 ff. WRG; die einzelnen Modalitäten über Pflichten und Rechte des Konzessionärs zur Nutzung ergeben sich aus der Konzession, sprich aus dem jeweiligen kantonalen Recht.
4 Energy	Hydropower production (dam with low head)	Private companies with usually a monopoly on a river portion (concessions)	Es gilt das oben Gesagte.
5	Water purification	Companies, households	Das GSchG stellt die Grundvoraussetzungen für die

Water purification	cation (households, industry and agriculture)	households and public administrations	<p>Abwasserentsorgung auf.</p> <p>Art. 6 GSchG gebietet die Behandlung von verschmutztem Wassers.</p> <p>Es ist gemäss Art. 7 GSchG die Aufgabe der Kantone, für kommunale oder regionale Entwässerungsplanungen zu sorgen.</p>
6 Support	Navigation	Private companies and individuals (leisure navigation)	<p>Die Schifffahrt im Sinne eines gesteigerten Gemeingebrauchs oder der Sondernutzung bedarf einer Bewilligung, resp. einer Konzession des entsprechenden Kantons, dem auch die Gewässerhoheit obliegt.</p> <p>Die Schifffahrt untersteht zudem explizit dem Gewässerschutzgesetz; gemäss dem Bundesgesetz über die Binnenschifffahrt vom 3. Oktober 1975 (SR 747.201) so bezüglich Bau und Ausrüstung (Art. 11).</p> <p>Die Verordnung über die Schifffahrt auf schweizerischen Gewässern vom 8. November 1978 (SR 747.201.1) präzisiert dies für Schiffe mit Wohn-, Koch- oder sanitären Anlagen (Art. 108 BSV) und stellt eine Meldepflicht an die Polizei für unabsichtlich erfolgte Gewässerverschmutzungen auf (Art. 10 BSV).</p>
6 Support	Gravel extraction	Private companies and public administrations	<p>Die Kiesausbeutung in Gewässern ist bewilligungspflichtig und gemäss Art. 44 GSchG zum Teil auch völlig untersagt:</p> <p>1 Wer Kies, Sand oder anderes Material ausbeuten oder vorbereitende Grabungen dazu vornehmen will, braucht eine Bewilligung.</p> <p>2 Die Bewilligung für solche Arbeiten darf nicht erteilt werden:</p> <p>a. in Grundwasserschutzzonen;</p> <p>b. unterhalb des Grundwasserspiegels bei einem Grundwasservorkommen, das sich nach Menge und Qualität für die Wassergewinnung eignet;</p> <p>c. in Fliessgewässern, wenn der Geschiebehauhalt nachteilig beeinflusst wird.</p>
6 Support	Fishing	Private companies and individuals	<p>Die Fischerei untersteht bezüglich der Frage, wer fischen darf, dem kantonalen Fischereiregal - dieses bestimmt über die Art und Weise der Nutzung dieses Regalrechts. Bezüglich der Frage, was und wie gefischt werden darf kommt das eidgenössische Fischereigesetz zum Tragen (SR 923.0).</p>
7 Recreation	Landscape	Individuals (inhabitants and tourists)	<p>Art. 1 lit. e GSchG hat den Schutz der Gewässer im Sinne ihrer Erhaltung als Landschaftselemente zum Ziel.</p> <p>Die Erhaltung von Naturschönheiten ist auch im</p>

			WRG vorgesehen: Art. 22 1 Naturschönheiten sind zu schonen und da, wo das allgemeine Interesse an ihnen überwiegt, ungeschmälert zu erhalten.
7 Recreation	Sport	Individuals (inhabitants and tourists)	Wassersport - inklusive die Schifffahrt zu Sportzwecken - ist als Gemeingebrauch an einer öffentlichen Sache grundsätzlich frei. Für gesteigerten Gemeingebrauch (so etwa Schiffsregatten) benötigt der Ansprecher eine Polizeibewilligung des hoheitstragenden Kantons. Für die Nutzer sind die Schiffszeichen im Anhang 4 zur Binnenschifffahrtsverordnung als Verkehrsregelzeichen auf Gewässern verbindlich, beispielsweise das Verbot zu segeln oder Wasserski zu fahren.
7 Recreation	Water cures	Individuals (inhabitants and tourists)	Thermalquellenwasser ist käuflich. Wer es nutzen will, hat sich an den Eigentümer der Quelle zu halten, der über die Nutzung oder deren Zurverfügungstellung bestimmt.
8 Medical uses	Water cures	Individuals	Wer sie hat, kann sie auch zu medizinischen Zwecken nutzen oder nutzen lassen.
9 Geomorphologic changes	Landscape evolution	Indirect impacts on human activities	Die Entwicklung der Landschaft anhand der Gewässerkorrekturen gehört insbesondere ins 19. Jahrhundert und in den Beginn des 20. Jahrhunderts. Die geltungszeitliche Gesetzgebung regelt noch die Organisationsstrukturen und den Unterhalt dieser Werke.
9 Geomorphologic changes	Natural hazards (floods, debris flows, ...)	Direct impacts on human activities	Für den vorsorglichen Schutz vor Naturkatastrophen durch Wasser sieht das Wasserbaugesetz Massnahmen wie Verbauungen, Eindämmungen, Korrekturen, etc. vor. Diese sind von den Kantonen zu treffen, die auch für den Unterhalt der Anlagen zu sorgen haben: Art 3 und 4 WBG.
9 Protection	Protection against natural hazards (floods, debris flows, ...)	Public administrations	siehe oben.

2.5 Die Luft

Güter und Dienstleistungen der Ressource Luft			
Güter und	Nutzungs-	Nutzer-	Kommentar und Hinweis auf die wichtigsten

Dienstleistungen	form	gruppen	Normen
1a Wirtschaftliche Nutzung	Energie (Verbrennungsprozess)	Industrie Private Konsumenten	Luft als Energielieferant ist gratis. Wer Luft dadurch verunreinigt, muss Emissionsgrenzen einhalten und für verursachte Massnahmen zahlen, sagt das Umweltschutzgesetz; die Luftreinhalteverordnung setzt die Emissionsgrenzen fest.
1b	Rohstoffgewinnung	Industrie Mineralwasserfabrikan-ten	Luft als Rohstoff ist gratis. Wer sie in seiner Produktionskette benötigt, kann sie frei nutzen. Es bestehen dazu keine rechtlichen Regelungen. Wenn es um Derivate der Luft geht, wie etwa Sauerstoff, hat der Eigentümer der Gasflaschen das Voll- und Bestimmungsrecht am benötigten Gas.
1c	Energie (Wind)	Energiewirtschaft Priv. Konsumenten	Luft steht zur freien Verfügung. Das Energiegesetz (EnG) fördert die verstärkte Nutzung von erneuerbaren Energien; darunter sind nach der Energieverordnung (SR 730.01) insbesondere auch die Umgebungswärme und die Windenergie zu verstehen.
1d	Deponie (Schadstoffsenke)	Industrie Priv. Konsumenten	Das Umweltschutzgesetz und die Luftreinhalteverordnung bestimmen wer und wie die Luft als Schadstoffsenke benützen darf. Gemäss Art. 24 septies Abs. 2 der Bundesverfassung bekämpft der Bund zum Schutz der Umwelt insbesondere die Luftverunreinigung und den Lärm.
1e	Verkehr	Airlines Transportunternehmen Priv. Konsumenten	Art. 667 ZGB steckt die Grenzen der privaten Interessen des Grundeigentümers am Luftraum über seinem Grundstück ab. Der darüberliegende Luftraum wird durch das Luftfahrtgesetz und seine Verordnungen geregelt.
1f	Transportfunktion	Natelnetzbetreiber Funkkonzessionäre Schallwellen	Wer Fernmeldedienste erbringen oder das Funkfrequenzspektrum benutzen will, benötigt eine staatliche Konzession. Dies verlangt das Fernmeldegesetz. Die Lärmschutzverordnung (LSV) ordnet in mit der LRV vergleichbaren Weise die akustischen Immissionen und verbietet diese, sollten sie bestimmte Grenzwerte überschreiten.
1g	Tourismus	Windsportanbieter Tourismusvereinigungen Priv. Konsumenten	Wer die Luft in Form von Wind benötigt, um Windsortarten anzubieten, ist allein auf gute Verhältnisse angewiesen - die Nutzung des Windes ist frei. Ebenso, wer in seinem Prospekt gesunde Bergluft anpreist.
2a Schutzfunktion	Isolationsschicht Temperatur	alle	Den negativen Umwelteinflüssen versucht die Rechtsordnung flächendeckend zu begegnen. Zuerst stehen die Instrumentarien des USG: die Emissionsgrenzwerte bei Schadstoffproduzenten

			<p>und die Lenkungsabgaben auf Stoffen, die zur Klimaerwärmung beitragen.</p> <p>Als aktuelles Beispiel ausserhalb des USG sei auf das BG über die Reduktion der CO₂-Emissionen verwiesen.</p> <p>Spezialgesetze erfassen den Bau von Anlagen und Fahrzeugen. Als ein Beispiel gilt die Strassenverkehrsgesetzgebung, die die Ausrüstung sämtlicher Motorfahrzeuge hinsichtlich möglichst geringer Luftbelastung regelt.</p> <p>Spezialgesetze setzen auch selbst Emissionsgrenzwerte fest. Als ein Beispiel gilt die Verordnung über die Emissionen von Luftfahrzeugen vom 10. Januar 1996 (SR 784.215.3):</p> <p>Art. 2 Die Emissionsgrenzwerte und Prüfverfahren (für Luftfahrzeuge) sind im Anhang geregelt.</p>
2b	Isolationsschicht Strahlung	alle	<p>Die Gefährdung der Umwelt durch Strahlung wird durch das Strahlenschutzgesetz als Teil der Umweltschutzgesetzgebung erfasst.</p> <p>Art 1 StSG Dieses Gesetz bezweckt, Mensch und Umwelt vor Gefährdungen durch ionisierende Strahlen zu schützen.</p>
2c	Lebensgrundlage	Pflanzen Tiere Menschen	<p>Der private Grundeigentümer ist aufgrund von Art. 684 ZGB verpflichtet, bei der Nutzung seines Grundstücks übermässige Immissionen zu vermeiden, insbesondere schädliche Enwirkungen durch Rauch, Russ, lästige Dünste oder Lärm.</p> <p>Die Luft als Lebensgrundlage für sämtliche Lebewesen ist der Kernpunkt der von der Luftreinhalteverordnung ins Auge gefassten Schutzobjekte:</p> <p>Art. 1 LRV 1 Diese verordnung soll Menschen, Tiere, Pflanzen, ihre Lebensgemeinschaften und Lebensräume sowie den Boden vor schädlichen und lästigen Luftverunreinigungen schützen.</p>
3a Erholung	Erholungseinrichtungen	Priv. Konsumenten Kurorte	<p>Auch hier kann jedermann die Luft als ein die körperliche und geistige Erholung unterstützendes Element frei geniessen. Eingeschränkt ist gerade ja nur ihre Verschmutzung, der der private wie der öffentlichrechtliche Immissionsschutz entgegenstehen.</p>
4a Freizeit	Sportmöglichkeiten, -anbieter	Priv. Konsumenten Tourismusvereinigungen	<p>Luft als Medium zur Ausübung irgendeiner Tätigkeit ist frei und diese selbst unbeschränkt ausübbar, solange sie nicht die Qualität der Luft gravierend beeinträchtigt.</p>

4b	Erholung		
----	----------	--	--

3. FOLGERUNGEN

Der Durchgang durch die Listen der Produkte/Güter/Dienstleistungen zeigt, dass mit diesen Listen ein Rahmen aufgespannt ist, der fast schon unendlich weit ist. Zu jedem einzelnen Punkte - etwa zum Verhältnis zwischen Raumplanungsgesetz und spezialgesetzlichen Plangenehmigungsverfahren - liessen sich Bücher füllen (und wurden bereits Bücher gefüllt).

Trotzdem soll auch an dieser Stelle nochmals auf den verhältnismässig einfachen Grundmechanismus hingewiesen werden, der allen Ressourcenregimen eigen ist: Mit Hilfe von Rechtsnormen wird bestimmt, wer was mit welcher Ressource machen darf. Eine oder gar die zentrale Norm ist das Eigentum. Es ermöglicht den gleichsam originären Zugriff auf eine Ressource. Die anderen Normen konkretisieren den *Inhalt* der Eigentumsberechtigung; sie geben dem Belieben der Eigentümerinnen und Eigentümer durch Schranken Kontur.

Wenn man die Entwicklung der Ressourcenregime ins Auge fasst, so zeigt sich durchaus eine Zunahme von Normen aus dem Bereich des Policy-Designs. Aber auch dies ist nicht erstaunlich oder unerwartet. Mit zunehmender gesellschaftlicher Komplexität und mit zunehmendem wirtschaftlichen Druck auf die Ressourcen entstehen immer mehr Probleme, die einer Lösung bedürfen. Oft werden Einzelprobleme durch verhältnismässig geringfügige Revisionen in diesem oder jenem Gesetz/Verordnung zu lösen versucht. Mit der Zeit entstand aber in allen uns interessierenden Bereichen ein eher unübersichtlicher Flickenteppich. Hier ein Norm zum Wald und dort eine; hier ein bisschen Gewässerschutz und dort. Was uns als mögliche Umschlagpunkte ins Auge springt, sind daher vor allem jene „grossen Würfe“, jene Momente im Leben einer Ressource, wo versucht wurde, die verzettelten und oft unkoordinierten Bestimmungen zusammenzufassen, zu bereinigen und zukunfts-tauglich zu machen. Oder dann sind es jene Momente, wo der Problemdruck so gross wurde, dass endlich gehandelt werden musste. Das trifft auf den Natur- und Heimatschutz, die Raumplanung sowie den Umweltschutz zu. Alle drei Bereiche wurden denn auch - was keineswegs erstaunlich ist - erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts angegangen. Sie waren zweifellos Antworten auf den seit den fünfziger Jahren stetig angewachsenen Druck auf die Ressourcen. Im letzten Jahrzehnt zeigte sich schliesslich, dass die verschiedenen Versuche, einzelne ressourcenspezifische Problemfelder je für sich in den Griff zu bekommen, nicht ausreichten, um das gesellschaftliche Verhältnis zur Natur befriedigend auszugestalten. Vielmehr wurde erkannt, dass eine Koordination zwischen all diesen Bereichen notwendig ist: Die Nutzung einer Ressource hat immer auch Auswirkungen auf andere Ressourcen. Diese Interdependenz gilt es zu regeln. Ansätze sind vorhanden. Doch werden in den nächsten Jahren sicherlich zusätzliche Anstrengungen in dieser Richtung unternommen werden. Die Gewichte werden sich verschieben. Nicht mehr das Management einer Einzelressource, eines einzelnen Mediums, wird zentral sein, sondern das Management eines Lebensraumes, den es in seiner Multifunktionalität langfris-

tig/nachhaltig zu erhalten gilt. Für die Eigentümerinnen und Eigentümer, zuvorderst für Grundeigentümerinnen und -eigentümer wird das Akzessionsprinzip eine neue Bedeutung erhalten. Nicht die Tatsache, dass das Grundeigentum ihnen einen Zugriff auf den Raum ermöglicht, auf alle Ressourcen, die mit ihrem Grund und Boden verbunden sind, wird primär von Bedeutung sein, sondern der Umstand, dass ihr Grundeigentum sich nur verstanden als Raum, als Lebensraum, als vielfach verwobenes und vernetztes Ganzes nachhaltig/langfristig nutzen lässt. Die Tragfähigkeit des Ganzen, des Lebensraumes, wird immer stärker zur Schranke des Eigentümerbeliebens werden (so ist zumindest zu hoffen).

ACHTES KAPITEL:

FAZIT

Nach dem kursorischen Gang durch das „rechtliche Leben“ der fünf Ressourcen, bei dem die Entwicklung der jeweiligen Ressourcenregime bei weitem nicht abschliessend betrachtet werden konnte, stellt sich die Frage, ob sich ein Fazit ziehen liesse. Kann die Entwicklung der Ressourcenregime auf den Punkt gebracht werden? Gibt es eine zentrale Aussage? Liess sich eine bestimmte Entwicklungstendenz beobachten? Lässt sich eine Abfolge von zunehmend komplexeren Regimekategorien aufzeigen?

Die Antwort fällt schwer. Denn wie man es auch dreht und wendet, immer schiebt sich eine - irgendwie fürchterlich banale - „Erkenntnis“ in den Vordergrund: Es geschieht immer das Gleiche. Im Rahmen einer Rechtsordnung wird der Umgang mit Ressourcen durch Rechtssätze geregelt. Und das haben wir ja schon immer gewusst. Was ist also - wenn überhaupt - gewonnen?

Vielleicht doch das eine oder andere:

I. RECHT UND NATUR

1. VERHALTENSVORSCHRIFTEN

Es ist eine Binsenwahrheit, dass es kein Recht gäbe, wenn es keine Natur gäbe. Denn da der Mensch Teil der Natur ist, gäbe es auch ihn nicht, wenn es keine Natur gäbe. Etwas weiter kann uns diese Binsenwahrheit aber bringen, wenn wir uns fragen, was wir mit dem Recht, mit Rechtsnormen, überhaupt machen.

Rechtsnormen sind dazu gedacht, Verhalten zu steuern. Gesteuert werden kann mit ihnen lediglich menschliches Verhalten. Tiere und Pflanzen oder gar unbelebte Materie sprechen auf rechtliche Gebote und Verbote nicht an, sie sind als Normadressaten ungeeignet. Es lässt sich zwar eine Norm aufstellen, Hunde seien an der Leine zu führen, aber diese richtet sich nicht an den Hund, sondern an sein Herrchen oder Frauchen. Es ist möglich, die Wiederansiedlung von Arten, Unterarten und Rassen von Tieren und Pflanzen, die in der Schweiz wildlebend nicht mehr vorkommen, zu bewilligen (Art. 21 NHV), aber durch die Norm allein, wird sich keine Art „von sich aus“ im schweizerischen Mittelland wieder niederlassen oder gar bei fehlender Bewilligung darauf verzichten.

Normen richten sich an Menschen und sie haben ihr Verhalten im Visier. Aber jedes menschliche Verhalten bedarf eines Objektes. Es muss sich auf einen bestimmten Teil der Natur richten, und sei es nur der eigene Körper. Wenn daher Normen menschliches Verhalten beeinflussen und regeln sollen, so zielen sie immer auf einen konkreten Umgang mit einem Teil der Natur. Normen (sollen) regeln menschliches Verhalten in Bezug auf Natur: Mit diesem Teil der Natur sollst du dieses machen, mit jenem Teil der Natur jenes nicht etc.

2. DIE RECHTSORDNUNG ALS INSTITUTIONELLES NATUR- ODER RESSOURCENREGIME

Das bedeutet in letzter Konsequenz aber, dass unsere gesamte Rechtsordnung nichts anderes als ein einziges riesiges institutionelles Ressourcen- bzw. Naturregime ist. Unsere Rechtsordnung ist ein institutioneller Rahmen, der die massgeblichen Programmelemente einer natur-/ressourcenspezifischen Schutz- und/oder Nutzungspolitik (= Policy-Design) mit einer spezifischen Ausgestaltung der formellen Eigentums- und Nutzungsrechte an Gütern und Dienstleistungen der Natur/natürlichen Ressourcen (= Regelwerk) kombiniert.

Denn jede Norm, vom „Du sollst nicht töten!“ bis zum „Du sollst hier nicht parken!“, bezieht sich mittelbar oder doch unmittelbar auf einen Teil der Natur. Sie regelt unser Verhalten zur Natur als unserer einzigen Produktivkraft oder Gesamtressource.

3. REGIME OHNE (PRIVAT-)EIGENTUM

Es ist nun eine Rechtsordnung vorstellbar, in welcher für jedes menschliche Verhalten, für jeden Umgang mit der Natur, für jede spezifische Nutzung einer Ressource einfach eine Norm bestünde:

Jeder darf pro Tag fünf Äpfel von konkret bezeichneten Bäumen pflücken. Jeder darf soundso viel Liter Wasser von dieser oder jener Quelle beziehen. Jeder hat pro Monat Anrecht auf 15 Eier. Kinder bis zum Alter von sieben Jahren haben pro Tag Anrecht auf einen Liter Milch. Jeder darf sich pro Jahr zwei Paar Schuhe aus einem staatlichen Schuhladen aussuchen. Die Schuhe darf er nach zwei Jahren gegen neue eintauschen. Jede Familie hat Anrecht auf eine Wohnung usw.

So liesse sich grundsätzlich für jeden erdenklichen Umgang mit der Natur, für jeden Zugriff auf eine Ressource eine (Einzel-)Norm aufstellen. Die Normen könnten als Rechte der einzelnen Normadressaten verstanden werden. In einer solchen Rechtsordnung hätte niemand ein Exklusivrecht auf Grund und Boden, auf einen Wasserlauf oder auf einen Teil eines Waldes. Ein Privateigentum in dem uns bekannten Sinne gäbe es nicht. Man könnte - als aussenstehender Beobachter - hingegen von einem Staats- oder Gemeinschaftseigentum sprechen. Alles gehört allen und wird nach bestimmten, von der Allgemeinheit bzw. dem Staat (als legitim) anerkannten Bedürfnissen verteilt. Niemand hätte ein Recht auf irgendetwas, das nicht durch eine Norm ihm zugeteilt ist. Keiner hätte also das Recht, seine Schuhe auf den Müll zu schmeissen. Keiner hätte das Recht, seine Schuhe zu verschenken oder gegen eine Hose zu tauschen. Sofern es an einer entsprechenden Norm fehlte, hätte auch kein Bauer das Recht, eine Kuh aus dem Stall gegen eine bestimmte Anzahl von Schafen einzutauschen. Er dürfte nicht Kies abbauen, das sich unter dem Obstgarten fände, und er hätte auch kein Recht, Kartoffeln für sich auf die Seite zu legen.

4. REGIME MIT (PRIVAT-)EIGENTUM

In den uns bekannten bürgerlichen Rechtsordnungen wurde ein anderer Weg gewählt. Der einzelne Mensch wurde, mit einer Palette von Rechten ausgestattet, als frei konzipiert. Er darf grundsätzlich alles, sofern es nicht durch eine Norm verboten

ist. Das ist zugegebenermaßen ein ökonomischerer Ansatz; man braucht weniger Normen. Für uns von Interesse sind vor allem zwei Rechte: das eine wird heute in der Regel „persönliche Freiheit“ genannt, das andere ist das Eigentum. Wie gezeigt wurde, sind sie eine Art von siamesischen Zwillingen. Die Grundidee ist die folgende: Mit dem, was dir gehört, darfst du machen, was du willst. Der Staat ist in erster Linie dazu da, um diese deine Freiheiten/Rechte zu schützen.

Objekt des Eigentums sind Teile der Natur, beherrschbare, manipulierbare, greifbare Dinge, „Sachen“ genannt: der Boden, ein Gewässer, ein bewaldeter Boden, ein Auto, ein Fernseher, ein Handy, eine Flasche Bordeaux etc. Mit seinem Eigentumsobjekt darf der Eigentümer machen, was er will. So lautet die, den Umgang des Normadressaten mit Teilen der/seiner Natur regelnde Bestimmung. Seine Schuhe darf der Eigentümer daher ohne weiteres auf den Müll schmeissen, verschenken, gegen eine Hose eintauschen, schwarz einfärben, mit neuen Schnürsenkeln versehen, imprägnieren, auf den Estrich stellen, seinem Hund als Spielzeug überlassen etc. Der Eigentümer hat - zumindest in der Theorie - all erdenklichen Rechte, er verfügt über alle „Coupons“, er darf mit seinem Eigentumsobjekt alles machen, was sich damit machen lässt.

4.1 Ermöglichende Bedingungen der Eigentums-Freiheit

Das Eigentum ist in seiner theoretisch reinsten Form ein Recht der Vereinzelung und des Ausschlusses. Es ist ein Vollrecht, eine Vollmacht: Der Eigentümer darf alles, alle anderen dürfen mit seinem Eigentum gar nichts. Das Institut des Eigentums teilt somit die Welt in exklusive Einflussphasen, die je einem konkreten Eigentümer, einem Privat-Eigentümer, exklusiv zur Verfügung stehen.

Beim (Privat-)Eigentum handelt es sich um eine privatrechtliche Norm. Sie sagt, wie Private ihre Teile der Natur nutzen und darüber verfügen dürfen.

4.11 Nachbarrechtliche Schranken

Wie nicht näher ausgeführt werden braucht, ist eine Rechtsordnung, die jedem sein eigenes Gärtchen absteckt, in dem er tun und lassen kann, wie ihm beliebt, praktisch nicht realisierbar. Fast jedes Verhalten ist mit Emissionen und Immissionen verbunden, die sich in der übrigen Welt, der Welt der anderen Eigentümer, auswirken. Das Recht, über sein Eigentum zu verfügen, wie einem beliebt, ist nur realisierbar, wenn zumindest in das Eigentum des Nachbarn in einem gewissen Masse eingegriffen werden darf. Die alle anderen kategorisch ausschliessende Allmacht des Eigentümers muss eingeschränkt werden. Erst diese Einschränkung ermöglicht jedem einzelnen Eigentümer, wirklich in den Genuss seines Eigentumes zu gelangen. Das sogenannte Nachbarrecht regelt, als Teil des Privatrechtes, die je zulässigen Ein- und Übergriffe Privater in anderes Privateigentum.

Alleine nachbarrechtliche Normen, die es (gegenseitig) erlauben, den Nachbarn mit einem gewissen Mass von Lärm, Staub, Gestank etc. zu belasten, genügen nicht. Die den einzelnen Eigentümerinnen und Eigentümern zustehenden Teile der Natur sind bekanntlich nicht identisch. Um überleben zu können, sind sie aufeinander angewiesen. Der eine tauscht Wasser gegen Getreide, der andere eine Kuh gegen Bauholz, die dritte Marmor gegen Leder. Das Privatrecht regelt daher auch die gegenseitige Kontaktaufnahme, die Art und Weise des Austausches und vieles mehr.

Zentral ist im Rahmen dieser privatrechtlichen Kontaktaufnahme aber die Freiwilligkeit. Grundsätzlich sind die Eigentümermonaden nicht verpflichtet, miteinander in Kontakt zu treten oder irgendetwas miteinander auszutauschen. Die Regel des Privatrechtes versuchen ganz grob gesprochen nur, Leitplanken aufzustellen: Die privatrechtlichen Normen sind gleichsam Bedingungen der Möglichkeit von individueller (Eigentums-)Freiheit.

4.12 Schranken zugunsten der Allgemeinheit: Umverteilung

Eine grundsätzlich vereinzelnde und ausschliessende, auf Freiwilligkeit abstellende „Nachbarrechtsordnung“ ist immer noch ein Ding der Unmöglichkeit. Sie beschränkt den Eigentümer eines Teils der Natur nach wie vor in höchst geringem Masse: Das einzige, was er sich gefallen lassen muss, ist das, was sich sein Nachbar auch von ihm gefallen lassen muss. Und sein Verhalten wird nur durch einige wenige Regeln des zivilisierten - aber immer auf Freiwilligkeit basierenden - Umganges mit anderen individuellen Eigentümern in gewisse Bahnen gelenkt.

Eine Gesellschaft ist aber mehr als bloss die Summe ihrer Individuen. Selbst wenn man sich auf den Aspekt der blossen Bedürfnisbefriedigung auf existentiellstem Niveau beschränkte, muss es Regeln geben, die über die Ebene freiwilligen Austausches zwischen grundsätzlich allmächtigen Einzelwesen hinausreichen: Was den Umgang mit und die Nutzung von Ressourcen anbelangt, so muss die Gesellschaft den *Zugang der Allgemeinheit* zu diesen Ressourcen regeln. Alle brauchen Wasser, alle brauchen Nahrung, die zuvorderst auf Böden gedeiht, alle brauchen ein Stückchen Erde, um sich niederzulassen, alle brauchen Raum, in dem sie sich - jenseits der Grenzen ihres eigenen Terrains - bewegen können. Und vor allem: die Aufteilung der Erde und ihrer Ressourcen in bürgerlichen Gesellschaften ist nicht einmal annähernd egalitär. Ein Grossteil der Bevölkerung besitzt wenig oder gar nichts. Sie sind wie Nomaden; ihnen gehört buchstäblich nur, was sie am Leibe tragen und auf ihrem Rücken mitschleppen können.

Wie soll nun aber der Zugang zu den Ressourcen durch und für die Allgemeinheit organisiert/geregelt werden, wenn durch das Institut des Eigentums die ganze Welt bereits aufgeteilt und alle Berechtigungen, alle Coupons, schon verteilt sind? Die Antwort liegt auf der Hand: Es bedarf einer Umverteilung, einer Re-Sozialisierung der Güter dieser Welt.

Und so wie mittels Eigentum, also durch das Recht, die Welt in einem gigantischen theoretischen Entwurf an die Individuen verteilt und ihnen zur freien und beliebigen Verfügung überlassen wurde, so kann und muss mit den Mitteln des Rechts diese Umverteilung durchgeführt werden. Damit die Vielen auch etwas von dem vielen Gut(en) abbekommen, das meist wenige in Händen halten, muss die Allmacht und Freiheit der Besitzenden beschränkt bzw. neu bestimmt werden. Reine Freiwilligkeit, „gesteuert“ durch sittliche Normen, die an das gute Herz der Eigentümerinnen und Eigentümer appellieren, doch mit den Besitzlosen zu teilen, vermag diese notwendige Um- oder Rückverteilung, die bisher immer eine äusserst beschränkte geblieben ist, nicht zu garantieren. Erforderlich sind vielmehr zwingende Normen.

4.12.1 (Privat-)Eigentum, aber ...

In unseren Rechtsordnungen wurde der folgende Weg gewählt, um das Problem der Umverteilung ansatzweise zu lösen:

Der Grundsatz der Eigentümerallmacht wird beibehalten, aber beschränkt/konkretisiert: Es werden die Schranken der Rechtsordnung ins Spiel gebracht. Die Eigentümer dürfen (grundsätzlich) nach wie vor „nach Belieben“ über ihre Eigentumsobjekte verfügen, es sei denn, dies sei ihnen durch eine spezifische Rechtsnorm in concreto untersagt. Diese konkretisierenden Normen finden sich - historisch bedingt - zum Teil bereits im sogenannten Privatrecht, etwa im Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Sie gesellen sich zu den nachbarrechtlichen Umgangsnormen und jenen Bestimmungen, welche die Kontaktaufnahme zwischen austauschwilligen Individuen in gewisse Bahnen lenken. Da sie allerdings in der Regel über jene bipolare Konstellation, in der sich zwei grundsätzlich allmächtige Eigentümer gegenüber stehen und aushandeln, wer wem was wofür überlässt, hinauszielen auf eine unbestimmbare Zahl Dritter, und da der Staat gleichsam stellvertretend zum Verhandlungspartner geworden ist, haben die meisten dieser Normen öffentlichrechtlichen Charakter und finden sich in der Regel auch ausserhalb des kodifizierten Privatrechtes.

Das sind aber alles in allem rein technische bzw. historische Zufälligkeiten. Wichtig ist das Grundmuster: Mit der Erfindung des Eigentums wird die Welt an (vor allem) private Einzelne (aber auch an den Staat als Eigentümer) verteilt; mit Beschränkungen/Konkretisierungen des Eigentums wird diese Verteilung teilweise rückgängig gemacht bzw. wird die Welt anders verteilt. Der Herr hat's gegeben, der Herr hat's genommen, so liesse sich auch mit Blick auf die rechtliche Zer- und Verteilung der Ressourcen konstatieren. Das Recht, die Rechtsordnung, gibt und nimmt. Oder anders und besser gesagt: Die Rechtsordnung verteilt, die Rechtsordnung gibt, aber eigentlich nimmt sie nichts. Sie verteilt lediglich immer wieder anders. Aus der Sicht eines Einzelnen, der heute noch etwas hat, morgen aber nicht mehr darüber verfügen darf, sieht das zwar etwas anderes aus, aber er hatte ja, seit wird das Stadium blosser Räuberbanden hinter uns gelassen haben, bloss etwas zu eigen, weil ihm die Rechtsordnung qua Eigentum überhaupt etwas zugeteilt hatte. Ein Eigentümer ist Eigentümer bloss in einer Rechtsordnung, die Eigentum kennt und Objekte der Natur als Eigentum zuteilt. Daran vermag noch so viele naturrechtliche Verschleierung nichts zu ändern. Und an diesem Grundmechanismus ändert auch der Umstand nichts, dass Rechtsordnungen keineswegs vom Himmel fallen, sondern immer Ausdruck real existierender (Macht-)Verhältnisse sind. Sobald eine Rechtsordnung errichtet ist und sobald sie das Institut des Eigentums kennt, befinden sich alle „Rechtsunterworfenen“ im gleichen Spiel.

Ein institutionelles Ressourcenregime - bzw. die Rechtsordnung - legt daher fest, wie Ressourcen innerhalb einer Gesellschaft ver- und zugeteilt sind. Aus zuvorderst historischen Gründen haben wir es heute mit einer Rechtsordnung zu tun, die auf einem simplen theoretischen Entwurf basiert: Zuerst werden alle Ressourcen mit den Mitteln des Rechts verteilt, und anschliessend (bzw. gleich von Anfang an) wird, ebenfalls mit den Mitteln des Rechts, wieder umverteilt. Die Abgrenzung der Einflusssphären bzw. die Schaffung der Bedingungen der Möglichkeit von Freiheit erfolgte zu einem frühen Zeitpunkt vor allem über das sogenannte Privatrecht, später in zunehmendem Masse über öffentlichrechtliche Normen.

4.2 Möglichkeiten der Umverteilung: Verfügen und Nutzen

Um Ressourcen im Rahmen einer Rechtsordnung, eines Staates, zuzuteilen, wird zu den Mitteln des Rechts gegriffen. Dabei handelt es sich um bloße Instrumente. Das Eigentum ist gleichsam ein Messer, mit dem der Kuchen verteilt wird: „Das alles gehört dir. Mache damit, was du willst.“ Doch im gleichen Augenblick erfolgt bereits die erste Korrektur: „Halt, bevor ich es vergesse, streue deine Krümel nicht wild in der Gegend herum! Iss anständig! Inkommodiere deine Tischnachbarn nicht!“ Das ist gleichsam die Grundregel des gutbürgerlichen Haushaltes.

Das grundsätzlich als Vollmacht konzipierte Eigentum verleiht das Recht, über das Eigentumsobjekt „nach Belieben zu verfügen“. Der Eigentümer darf mit seiner Sache, mit seiner Ressource, tun und lassen, was er will. Nun gilt es zwei Gruppen (rechtlich) zulässigen Verhaltens oder Umganges mit Ressourcen auseinander zu halten.

4.21 Verfügen im engeren Sinne

Eine Eigentümerin kann ihr Eigentumsobjekt als Ganzes weitergeben. Diese Möglichkeit, diese Berechtigung, ist als Teil ihres Eigentumsrechtes ebenfalls im Rahmen der Rechtsordnung vorgesehen und zugeteilt. Sie kann also ihren Apfel verschenken, verkaufen, vererben etc. Wir haben von *Verfügen im engeren Sinne* gesprochen. Sofern sich ein Eigentumsobjekt teilen lässt, kann sie auch Teile weitergeben, zum Beispiel die Früchte ihrer Obstbäume oder die Obstbäume bzw. das Holz dieser Bäume als Teil ihres Grundstückes etc.

Diese Möglichkeit des Verfügens im engeren Sinne ermöglicht die „Verflüssigung“ eines Eigentumsobjektes: es kann zu Geld gemacht werden.

Eine weitere Möglichkeit, die von der Rechtsordnung geschaffen wurde, besteht darin, das Eigentumsobjekt nicht vollständig aus der Hand zu geben, sondern lediglich die Nutzung durch Dritte - in der Regel gegen Entschädigung - zu tolerieren. So kann ich ein Grundstück vermieten oder verpachten. Ich kann ein Baurecht errichten. Ich kann einem Dritten ermöglichen, mein Grundstück zu überqueren. Ich kann ihm mein Fahrrad ausleihen etc. Gewisse dieser Abtretungen können als eigene, gar selbständige Rechte ausgestaltet werden, die vom Berechtigten wiederum weitergegeben werden können. Im privatrechtlichen Teil des Kapitels Eigentum ist darüber näheres gesagt worden.

Wird über ein Eigentumsobjekt in diesem engeren Sinne verfügt, so ändert sich grundsätzlich aber nur die Person des Rechtsinhabers. Das Grundstück gehört einem neuen Eigentümer; jemand ist durch eine Dienstbarkeit berechtigt; jemand hat neu gewisse Rechte aus einer Grundlast. Aus der Sicht des Staates, der dafür sorgen will oder muss, dass die Allgemeinheit ebenfalls in den Genuss von Ressourcen kommt, bringt diese bloße Verschiebung von Berechtigungen in der Regel nicht viel. Es ist unerheblich, ob der Eigentümer eines Waldes Müller heisst oder Maier. Es kommt - zumindest theoretisch - nicht darauf an, ob sich ein Wald im Eigentum eines Privaten befindet oder einer Gemeinde.

4.22 Nutzung

Um Ressourcen in einem gewissen Masse der Allgemeinheit zukommen zu lassen, drängt sich daher eine Regelung ihrer konkreten Nutzung auf. Für die Allgemeinheit ist es von Bedeutung, ob sie eine Ressource (auch) gebrauchen kann. Die eigentumsrechtliche Allmacht der Ressourceninhaber muss daher in Bezug auf die Nutzung beschränkt und konkretisiert werden. Und wie wir gesehen haben, handelt es sich bei der überwiegenden Mehrheit der Normen eines institutionellen Ressourcenregimes um Nutzungsbestimmungen. In der Regel werden die Verfügungsrechte im engeren Sinne gar nicht angetastet. Der Eigentümer ist und bleibt Eigentümer; der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes ist und bleibt dinglich berechtigt. Die Form wird gewahrt, geändert wird hingegen der konkrete Inhalt der einzelnen Berechtigungen: Aus dem eigenen Gewässer darf nur so und soviel Wasser pro Zeiteinheit entnommen werden; ein Grundstück darf nur landwirtschaftlich genutzt werden; ein Wald muss nachhaltig bewirtschaftet werden; gewisse Vorhaben werden einem Grundeigentümer aus Landschaftsschutzgründen untersagt; die Nutzung einer Industrieanlage hat sich nach lufthygienischen Standards zu richten. Aus der Sicht der Eigentümer handelt es sich bei diesen konkretisierenden Normen, den Schranken der Rechtsordnung, um Beschränkungen: Ein Recht, etwa das Recht, ihr Grundstück zu überbauen, wird ihnen entzogen; sie dürfen ihren Wald nicht roden; sie dürfen gewisse lärmige Maschinen nicht verwenden; sie dürfen nicht alles Wasser zur Energiegewinnung stauen, sondern müssen einen Teil als Restwasser abgeben; sie dürfen einen Bach nicht verbauen und können so einen Teil ihres Grundstückes nicht landwirtschaftlich nutzen etc.

4.23 Verfügungsregime vs. Nutzungsregime

Gewisse Schwierigkeiten, Nutzungs- und Verfügungsberechtigungen im engeren Sinne auseinanderzuhalten, können dadurch entstehen, dass mit den Verfügungen immer und zugleich Nutzungsberechtigungen übergehen: Wer über sein Grundstück dadurch verfügt, dass sie es verkauft, übergibt nicht bloss eine bestimmte Fläche Bodens, sondern auch den ganzen Strauss der Eigentumsberechtigungen: über das Grundstück nun selbst zu verfügen, aber vor allem auch, das Grundstück nach Belieben zu nutzen.

Wenn der Staat, wie etwa im Rahmen des bäuerlichen Bodenrechtes oder im Forstrecht, gewisse Verfügungen im engeren Sinne untersagt oder von einer Bewilligung abhängig macht, so hat dies nur dann wirklich ressourcenschützende Bedeutung, wenn damit zugleich schon die (künftige) Nutzung des fraglichen Objekt geregelt ist. Im Forstbereich hat sich anscheinend die Zersplitterung des Eigentums auf die Walderhaltung nachteilig ausgewirkt. Die Möglichkeit zur Teilung und Veräußerung von Waldgrundstücken wird daher (auch im neuen Waldgesetz) eingeschränkt. Die Einschränkung der Verfügungsfreiheit soll das gewünschte Resultat, eine bestimmte Art und Weise der Bewirtschaftung und Nutzung, herbeiführen. Das ist aber nur möglich, wenn irgendwelche Normen vorhanden sind, welche die Eigentümer grösserer und unverteilter Waldgebiete zu einer konkreten Bewirtschaftung verpflichten, mithin ihr Eigentümer-Belieben auch hinsichtlich der Nutzung konkretisieren. Theoretisch wäre es durchaus auch möglich gewesen, die Teilung und Veräußerung von Waldgrundstücken keinerlei Einschränkungen zu unterwerfen. Um die gewünschte

Bewirtschaftung zu garantieren, hätte auch eine Norm ausgereicht, die alle Waldgrundstücke eines bestimmten Gebietes einer Bewirtschaftung durch eine staatliche Stelle unterwirft (wie etwa im neuen Waldgesetz).

Ähnlich die Situation in Bezug auf landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke. Es war die historische und negative Erfahrung der „Freisetzung“ des Bauernlandes, die den Staat veranlasste, gewisse Veräusserungsbeschränkungen einzuführen. Bauernland sollte, wenn immer möglich, weiterhin landwirtschaftlich genutzt werden. Eine Zersplitterung unter eine Vielzahl von Kleinsteigentümern war wiederum aus Gründen der erwünschten Art und Weise der Bewirtschaftung zu verhindern. Auch hier hätte eine Norm ausgereicht, die alle Landwirtschaftsflächen - unabhängig davon, in wessen Eigentum sie stehen - einem Bewirtschaftungsplan unterworfen hätte. Man hätte durchaus eine „Kolchose Berner Mittelland“ schaffen können. Da man dies nicht wollte, wird der freie Handel mit landwirtschaftlichen Gewerben eingeschränkt. Und weil es - aber nur deshalb - bereits andere Normen gibt, die teils bis ins Detail regeln, wer wo welche Pflanzen anbauen darf, macht eine Regelung der Verfügung im engeren Sinne auch Sinn. Das gilt auch für die eine andere Verfügungsbeschränkung des bäuerlichen Bodenrechtes, die „Belastungsgrenze“. Landwirtschaftliche Gewerbe und Grundstücke dürfen, im Gegensatz zu anderen Grundstücken, nur beschränkt belastet werden. Andernfalls droht eine übermässige Verschuldung der Landwirte mit den aus dem 19. Jahrhundert bekannten negativen Folgen. Auch hier hätte theoretisch eine ganz andere Lösung gewählt werden können. Hypotheken hätten zum Beispiel nur in jener Höhe aufgenommen werden dürfen, die sich aus einem staatlichen Bewirtschaftungsplan ergeben hätte. Oder es wäre denkbar gewesen, die Kreditaufnahme überhaupt nicht zu regeln, aber zu bestimmen, für den Kredit würden Bauern höchstens mit 10 % ihres Jahresgewinnes haften. Dann hätte aber schliesslich gar kein Bauer mehr Kredit erhalten.

Wenn schliesslich Personen mit Wohnsitz im Ausland nur unter erschwerten Bedingungen Grundeigentum erwerben können, so hat dies mit dem Regime der Ressource Boden nichts oder doch nicht viel zu tun. Bekämpft wird mit einer solchen Regelung ein „Überfremdungsgefühl“ bzw. der „Ausverkauf der Heimat“. Auf die Nutzung des Bodens hat aber der Wohnsitz des Eigentümers schlicht keinerlei Einfluss.

Es hat sich denn auch gezeigt, dass die Ressourcenansprüche der Allgemeinheit, die mit Hilfe des Rechts gegen die privilegierten Eigentümerinnen und Eigentümer durchgesetzt werden sollen, zum überwiegenden Teil bei der Nutzung ansetzen: Beschränkt/konkretisiert wird die zulässige Nutzung der Ressource. Bestimmte Arten und Weisen der Ressourcennutzung, die theoretisch im Vollrecht „Eigentum“ eigentlich enthalten wären, werden durch - vor allem öffentlichrechtliche - Normen konkretisiert.

4.24 Zunehmende Konkretisierung (der Nutzung)

Beim Boden haben wir gesehen, dass - sogar bis zum heutigen Zeitpunkt - die sogenannte „Baufreiheit“ von vielen als gleichsam unverzichtbarer Bestandteil des Grundeigentums betrachtet wurde. Wer Boden hat, der darf darauf auch bauen. Die negativen Auswirkungen dieser Baufreiheit sind in der Schweiz nicht zu übersehen. Es findet sich im Mittelland kaum noch ein Gebiet, das nicht mit irgendwelchen Gebäuden zugestellt ist. Zwar kannten Städte schon seit längerer Zeit entsprechende Normen, mit denen der bauliche Wildwuchs in einigermaßen erträgliche Bahnen

gelenkt werden sollte, aber bekanntlich ist die Landschaft insbesondere in den fünfziger Jahren von den Siedlungsrändern her meist planlos überwuchert worden. Einhalt geboten werden konnte diesem Wildwuchs erst durch die Bodenrechtsreform der sechziger Jahre und die Raumplanung. Für jedes Grundstück in der Schweiz war künftig festzulegen, zu welcher Nutzungskategorie es gehörte. Angeboten wurden vom Gesetzgeber drei Hauptkategorien: Zonen für Bauten, solche für landwirtschaftliche Nutzung und Zonen zum Schutze schützenswerter oder -bedürftiger Gebiete. Schon diese grobe Konkretisierung hat einiges dazu beigetragen, die Ressource Boden haushälterischer zu nutzen.

Auch beim Schutze der Landschaft wurde der Weg der Konkretisierung der Nutzung gewählt. Die Eigentümer bestimmter Grundstücke durften diese nicht länger beliebig bestellen oder bebauen. Die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung schloss vielmehr bestimmte Nutzungen aus, damit ein Gebiet bzw. ein bestimmtes Objekt sich in der gewünschten Art und Weise als „Landschaft“ präsentierte.

Wenn man sich auf die Suche nach einen guten oder dem besten Ressourcenregime macht, ist nun aber wichtig zu sehen, dass beispielsweise selbst mit der Bodenrechtsreform nichts gemacht worden ist, das aus rechtlicher Sicht irgendwie revolutionär genannt werden könnte. Die Auswirkungen waren eindrücklich, aber rein rechtlich wurde ganz einfach mit einem Federstrich die Baufreiheit für einen Grossteil des schweizerischen Bodens gestrichen. Das Belieben der Grundeigentümer wurde durch die Rechtsordnung, das Raumplanungsgesetz, konkretisiert. Die Grundeigentümerinnen blieben Grundeigentümerinnen, nur der Inhalt ihres Eigentums wurde geändert. Das Recht zu bauen, hatte künftig nur noch, wessen Grundstück in eine Bauzone zu liegen kam.

Interessant an der Bodenrechtsreform ist denn auch nicht der Vorgang der Konkretisierung selber. Schliesslich passiert ja nie etwas anderes, als dass einem Eigentümer - durch eine Norm - kundgetan wird, dieses und jenes habe er künftig zu unterlassen. Interessant ist viel mehr der gewählte planerische Ansatz. Vorausschauend werden Bedürfnisse prognostiziert und es wird nach Mitteln und Wegen - vor allem nach Raum - gesucht, in denen sie sich nach Abwägung mit anderen Interessen realisieren liessen. Und zugleich wird der Bevölkerung ein stärkeres Mitspracherecht eingeräumt.

Ähnliches ist uns im Rahmen des Waldgesetzes begegnet. Auch dort wird neuerdings auf das fast schon alte Instrument der Planung gesetzt. Und auch die Umweltschutzgesetzgebung hat sich am Planungsgedanken orientiert. Am augenfälligsten ist dies vielleicht in der Luftreinhaltung oder der Lärmbekämpfung.

Dieser Planungsgedanke war den „Erfindern“ des modernen Eigentumsbegriffes wohl noch weitgehend fremd gewesen. Damals stand die Befreiung aus althergebrachten Zwängen im Vordergrund. Der neue Mensch sollte seine neuen Freiheiten geniessen und durch die Vermittlung der „unsichtbaren Hand“ zugleich zum Wohle der Allgemeinheit beitragen. Ein radikales, weithin gescheitertes Programm, das aber zweifellos auch seine guten Seiten hatte und hat. Wie bereits erwähnt, ist die „Freiheitsvermutung“ ökonomischer. Wollte ein Staat jedes erdenkliche Verhalten seiner Rechtsadressaten einzelaktweise in den Griff bekommen, wäre eine Rechtsordnung gar nicht denkbar. Verboten lässt sich viel einfacher und effizienter.

Der Planungsansatz ist wohl eine Antwort auf das Scheitern der Bienenstaattheorie. Die unsichtbare Hand ist nicht einfach eine Hand, die unsichtbar ist; sie ist unsichtbar, weil es sie nicht gibt. Das selbstherrliche Schalten und Walten der Eigentümer ist nicht in der Lage, gewisse Bedürfnisse der Allgemeinheit langfristig und nachhaltig zu stillen. Mit zunehmendem Druck auf die verschiedenen Ressourcen, meist ab den fünfziger Jahren des 20. Jahrhunderts aktuell werdend, musste die Gesellschaft erkennen, dass dem Belieben der Einzelnen engere Grenzen gesetzt werden mussten. Die Nutzung der Natur, mithin auch die Nutzung der Ressourcen, war auf ein bestimmtes Ziel hin zu orientieren. Das verlangte, um der Freiheit aller willen, gewisse Beschränkungen der Eigentümerfreiheiten.

4.3 Das harmonisierte System: Regelwerk und Policy-Design

Bei der sachenrechtlichen, also privatrechtlichen Betrachtung der Ressourcen Boden, Wald, Landschaft, Wasser und Luft gelangt man zur Feststellung, dass die Güter dieser Erde verteilt sind. Jede Sache kann sachenrechtlich einem bestimmten Eigentümer zugeteilt werden. Auch den sich im Privatsee tummelnden Fisch, der eigentlich auch privatrechtlich herrenlos wäre, also gerade keinen Eigentümer hätte, kann sich der Fischer nicht „einfach so“ aneignen. Selbst wenn man das Fischereiregal des Staates grosszügig übersehen wollte, so bleibt da der Grundeigentümer, der mittels seines (Eigentums-)Rechts, jeden, der ihm nicht passt, von seinem Grundstück zu weisen, dem Fischer den Zutritt zum Gewässer verwehren kann.

Im Zentrum des Systems scheint also der private Eigentümer zu stehen, der alles darf. Allerdings haben wir die Konkretisierung der Stellung des Eigentümers durch das öffentliche Recht akzeptiert. Verstehen wir also unter dem Regelwerk das Eigentum des ZGB schlechthin, können wir ergänzen, dass dieses auch dem Staat zustehen kann und dieser auch über Mechanismen wie die staatliche Hoheit über Sachen (Beispiel der Gewässerhoheit) oder die Regalien (Berg-, Jagd-, Fischereiregal) in der Lage ist, allein über die Verfügung und Nutzung einer Sache zu entscheiden. Das Eigentum lässt der Staat dabei in seiner Konzeption unberührt, er verändert das Regelwerk nicht. Er masst sich auch nicht an, dadurch Eigentümer geworden zu sein, sondern entzieht nur - aber immerhin - die Befugnis über eine Sache bestimmen zu können.

Da der Staat dies nicht *tel quel* und ohne die Verfolgung eines besonderen Interesses tun darf, erfasst die Unterscheidung Regelwerk - Policy-Design nichts anderes als die Beschränkung des privaten Interesses durch das öffentliche. Die besonderen Interessen, welche der Staat schlussendlich zum Besten aller - auch der Eigentümer - vertritt, erhalten so mehr als nur den Wert von Kollisionsnormen. Sie sind in einem komplexeren System als Konkretisierung des Regelwerks, des Eigentums und der einzelnen Berechtigung, die es ausmachen, zu verstehen. Die Beschränkung des Eigentümers ist demnach nur noch dort eine echte, wo der Gesetzgeber den Eingriff ins Regelwerk auch als einen echten empfindet und daher die volle Entschädigung des Eigentümers vorsieht: z.B. bei den Enteignungstatbeständen im öffentlichen Recht oder bei den Notrechten im Privatrecht. Auch ohne übertriebenes Harmoniebedürfnis kann man darin eine schlichte Vernetzung der Lebensräume des Privaten und des Staates sehen oder eben eine Abstimmung derselben, wie sie sich im Wortlaut von Art. 641 ZGB widerspiegelt:

Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der *Rechtsordnung* über sie nach seinem *Belieben* verfügen.

Während dem Privaten sein *Belieben* das wichtigste Wort der Bestimmung ist, hält sich der Staat an die *Rechtsordnung* - bei gegenseitigem Akzeptieren des Gegenübers. Die Interessen des Privaten liegen in der freien Verfügung und Nutzung der Ressourcen. Das Privatrecht enthält zwar auch Zuteilungs- und Schutzregelungen, sie orientieren sich jedoch mehrheitlich an der optimalen Nutzung der Sache und kaum an sozialen oder ökologischen Gesichtspunkten. Das *Belieben* drückt in diesem Sinne das Interesse des Eigentümers aus, sein Eigentumsrecht störungsfrei auszuüben. Die Interessen des Staates liegen im quantitativen und qualitativen Erhalt der Ressourcen einerseits und der ausgleichenden Verteilung derselben andererseits, beides zur Erhaltung des Staatsgefüges. Deshalb ist ihm auch an der übrigen *Rechtsordnung* gelegen. Er vermag denn auch praktisch alles durchzusetzen, selbst echte Eingriffe ins Regelwerk, wenn er nur über die verfassungsmässige Grundlage dazu verfügt. Die Entschädigung dieses Eingriffes schafft beim Eigentümer mindestens einen finanziellen Ausgleich dafür, dass die *Rechtsordnung* über die Massen - nämlich nicht mehr nur konkretisierend - wirkt und das *Belieben* einschränkt.

Art. 641 ZGB wird so zum Schmelzpunkt für zwei Enden eines Themas: Verfügung und Nutzung einer Sache.

Neue Bedürfnisse bezüglich der Verteilung oder des Schutzes aktivieren das Policy-Design; das Regelwerk hingegen bleibt quasi „zeitlos“. Die Zeitlosigkeit ist gegen aussen aber kaum zu erkennen, da es eben dauernd Konkretisierungen erfährt - die gesamte Rechtsordnung bleibt damit zeitgemäss.

5. DAS RECHT MACHT NICHTS UND DENKT NICHT

Wir haben es aber in Bezug auf alle Ressourcen nicht mit rechtlichen Entwicklungen zu tun. Es ist nicht das Recht, das sich - gleichsam aus sich selber heraus - entwickelt. Es ist auch nicht das Recht, das selbsttätig Probleme erkennt und Lösungen anbietet. Es waren vielmehr, und insofern stimmt die Grundhypothese des Projektes sicherlich, Verknappungserscheinungen, die nach politischer Regelung verlangten. Mittel der Wahl ist dann sehr oft das Recht. Aber das Recht ist äusserst beschränkt. Es kann zwar fast alles in seinen Griff bekommen, aber es macht dies mit den immer gleichen wenigen Bausteinen oder Instrumenten. „Darf der das?“, fragt das kleine Kind, und die Antwort ist entweder Ja oder Nein. Unsere, auf dem Eigentum basierende Rechtsordnung hat daher immer das Gleiche getan: Sie hat - je nach neuer Problemlage und je nach anvisierter Lösung - bestimmt, was Eigentümer von Ressourcen in Zukunft nicht mehr dürfen. Manchmal geschah und geschieht dies mit den Mitteln des Privatrechtes, meist hingegen mit öffentlichrechtlichen Instrumenten. Diese einzelnen Instrumente können äusserst komplex erscheinen, sie können eine Vielzahl von Entscheidungsabläufen generieren und es können unter Umständen Tausende beteiligt sein, aber schliesslich läuft es immer aufs Gleiche hinaus: Das darf jemand, jenes nicht.

Bevor aber mit rechtlichen Mitteln versucht werden kann, ein Problem zu lösen, muss zuerst das Problem erkannt werden: Dies leistet nicht das Recht. Und das

Recht kennt auch keine Lösungen, nur und höchstens gewisse Mittel und Wege, um zu einer - anderweitig festgelegten und anzustrebenden - Lösung zu gelangen.

II. ZU DEN EINZELNEN RESSOURCEN

1. GEMEINSAMKEITEN

1.1 Rechtliche Erfassung aller Ressourcen

~~☞~~ Alle fünf untersuchten Ressourcen sind rechtlich erfasst:

Alle Ressourcen sind Teil der Natur. Und zu allen fünf Ressourcen finden sich in unserer Rechtsordnung Normen, die näher bestimmen, wer was mit ihnen machen darf. Dies ist die zentrale rechtliche Gemeinsamkeit. Die Rechtsordnung bestimmt den Umgang mit den Ressourcen.

1.2 Individueller Zugriff durch das Eigentum

~~☞~~ Auf alle fünf Ressourcen erfolgt der primäre rechtliche Zugriff - direkt oder indirekt - mit Hilfe des Eigentums.

~~☞~~ Das Institut des Eigentums parzelliert die Natur und teilt jedem Stück eine Eigentümerin oder einen Eigentümer zu.

~~☞~~ Das gilt zuvorderst für den *Boden*, die wohl wichtigste - auch aus rechtlicher Sicht - Ressource. Eigentum an Boden ist Grundeigentum. Gemäss dem Akzessionsprinzip umfasst es alles, was mit dem Boden verbunden ist.

~~☞~~ Da *Wald* nichts anderes ist, als bestockter, bewaldeter Boden, gilt das Gleiche auch für ihn.

~~☞~~ Bei den *Gewässern* ist die Rechtslage etwas weniger einheitlich. Auszugehen ist aber auch bei ihnen von einer Zu- und Verteilung durch das Eigentum, genauer durch das Grundeigentum. Bei Quellen, kleineren Grundwasservorkommen oder künstlich geschaffenen Gewässern hat sich dies bis heute erhalten. Sie bilden Teil des Grundeigentums.

Nur für die wenigsten Gewässer trifft nun allerdings die idealtypische Annahme zu, dass sie Teil nur eines Grundstückes sind („der Weiher *auf* meinem Grundstück“). Grosse Seen, Bäche oder Flüsse halten sich nicht an Grundstücksgrenzen und es ist auch nicht möglich, „sein“ Wasser für sich zu behalten und den Bach doch weiter fließen zu lassen.

Daher ist - abgesehen von den erwähnten, noch klarerweise vom Grundeigentum erfassten - bei den anderen Gewässern primär von der Gewässerhoheit der Kantone (Art. 24bis Abs. 3 BV) - mit eingeschränktem Verfügungsrecht des Bundes in Spezialfällen - auszugehen. Diese orientiert sich nicht an einem privatrechtlichen Eigentumsbegriff, sondern an der verfassungsmässigen Zuordnung und der Definition gemäss Art. 664 ZGB, wonach an öffentlichen Gewässern unter Vorbehalt eines „anderweitigen Nachweise“ (hier kommen insbesondere Rechte aus alten, vor 1912 entstandenen Rechtstiteln in Frage) kein Privateigentum besteht. Es obliegt den Kantonen, diese allfälligen privatrechtlichen Positionen zuzulassen (vgl.

Art. 664 Abs. 3 ZGB), was teilweise geschehen ist. Sonst entstehen Berechtigungen an den öffentlichen Gewässern durch Konzessionen, die wohlerworbene Rechte an der Wassernutzung entstehen lassen, welche (als von der Eigentums-garantie geschützte) nur durch Enteignung wieder aufgehoben werden können und die einem Wechsel des objektiven Rechts - Wegfall der gesetzlichen Grund-lage der Konzessionserteilung etwa - widerstehen.

☞ Eigentum an *Luft* ist grundsätzlich möglich. Dafür muss die Luft aber zuerst er-fasst und beispielsweise in Flaschen abgefüllt werden. Diese rechtliche Möglich-keit ist praktisch unbedeutend.

Ansonsten fehlt es bei der Luft am formellen Regelwerk. Luft gehört allen und niemandem. Wenn trotzdem davon gesprochen wird, auch der Zugriff auf die Luft erfolge über das Eigentum, so ist ein indirekter, mittelbarer Zugriff gemeint: eine Vielzahl von menschlichen Verhaltensweisen benötigt Luft und vor allem belasten sie die Luft mit Schadstoffen. Und der grösste Teil dieser luftrelevanten Verhal-tenstweisen stützt sich auf das Recht zur Nutzung von Eigentum (an Ressourcen): Autofahrer verbrennen ihr Benzin; in Industrie und Gewerbe werden eigene Ma-schinen betrieben; im Stall stehen die Kühe des Bauern und geben Gase ab etc.

☞ Die *Landschaft* gibt es eigentlich gar nicht. Wir bezeichnen Wiesen, Felder, Wäl-der, durchzogen von Bachläufen und umrahmt von Hügeln und Bergen, als Land-schaft. Landschaft ist eine Vorstellung und es gibt an ihr kein Eigentum. Eigentum gibt es aber an dem, was wir als Landschaft bezeichnen, an den Grundstücken, auf denen Häuser stehen oder Mais wächst oder Wälder sich wiegen. Der Zugriff auf die Ressource Landschaft erfolgt also indirekt über den Zugriff auf all das, was Landschaft ausmacht.

1.3 Keine Veränderung des Regelwerks

☞ Das formelle Regelwerk (das Eigentum) hat sich im Verlaufe des Untersuchungs-zeitraumes nicht (in nennenswertem Umfang) verändert. Zwar finden sich partielle Revisionen des Zivilgesetzbuches, doch sind sie für unser Belange nicht von Be-deutung.

1.4 Umverteilung durch Policy-Design

☞ Die Umverteilung der Berechtigungen an den Ressourcen (zwecks Befriedigung der Bedürfnisse der Allgemeinheit) erfolgte bei allen Ressourcen in der Regel un-ter Beibehaltung des eigentumsrechtlichen Status quo. Die Eigentümer blieben Eigentümer, jedoch wurde der *Inhalt* ihres Eigentums verändert.

☞ Für alle Ressourcen wurde im Verlauf der Untersuchungsperiode das Belieben der Ressourcen-Eigentümer zunehmend beschränkt bzw. konkretisiert.

☞ Die Konkretisierung des Eigentumsinhaltes erfolgte meist über öffentlichrechtliche Normen.

☞ Bei allen Ressourcen ist denn auch eine Veränderung der Nutzungs- und Schutzpolitiken bzw. von entsprechenden Normen (Policy-Design) festzustellen.

☞ Bei allen Ressourcen haben die entsprechenden (Policy-Design-)Normen zudem zugenommen. Die Regelungsdichte ist gestiegen.

1.5 Verfügung und Nutzung

☞ Das Eigentum verleiht zum einen die Möglichkeit, über das Eigentumsobjekt zu verfügen (im engeren Sinne), zum anderen die, es zu nutzen (zu ge- und verbrauchen).

☞ Will der Staat den Umgang mit einer Ressource beeinflussen, so erlässt er meist Normen, welche deren zulässige Nutzung konkretisieren.

1.6 Verknappungserscheinungen?

☞ Es spricht einiges dafür, dass bei allen Ressourcen die Veränderungen der Regime Antworten waren auf Verknappungserscheinungen. Allerdings müsste dies noch näher untersucht werden (was im weiteren Verlauf des Projektes wohl auch geplant ist). Insbesondere müsste hierzu wohl auch der Begriff der Verknappung genauer definiert werden.

1.61 Boden

☞ Für den Boden scheint eine zunehmende Verknappung auf den ersten Blick augenscheinlich. Allerdings muss auch hier differenziert werden:

Die Nachfrage nach (dem begrenzt vorhandenen) „Boden“ ist zweifellos gestiegen. Der Kampf um den Boden fand im schweizerischen Mittelland statt. In einem relativ kleinen Gebiet sollte der Boden eine Fülle von Bedürfnissen befriedigen. Über lange Jahre und Jahrzehnte wurde der bodenverbrauchenden Nutzung - die Fläche braucht und nicht eigentlich Boden - fast nicht Einhalt geboten. Diese bodenverbrauchende Nutzung (Bauten und Anlagen) zerstörte grosse Teile der landwirtschaftlich geeignetsten Böden. Dem Druck standhalten konnte eigentlich nur der Wald, zumindest was seine Fläche anbelangt.

Die bodenverbrauchende Nutzung erhöhte den Druck auf die bisher noch nicht genutzten Reste der Landschaft. In erster Linie wurde der Druck über die Landwirtschaft weitergegeben. Erholungsnutzung, wachsende Infrastrukturanlagen etc. trugen das ihre dazu bei, die Landschaft auszuräumen.

Die vermeintlich bodenerhaltende Nutzung, die Landwirtschaft, belastete und zerstörte über lange Zeit hinweg ihre eigenen Böden.

☞ Knapp geworden ist also weniger Boden per se, sondern Boden, der gewisse Anforderungen erfüllt.

Die Bodenrechtsreform/Raumplanung muss als Antwort auf diese relative Verknappung verstanden werden.

1.62 Luft

Luft ist nicht knapp. Knapper geworden ist „saubere“ Luft.

Die Luftreinhaltenormen (der Umweltschutzgesetzgebung) haben spät auf diese zunehmende Verknappung reagiert.

1.63 Wasser

Auch das Wasser ist nicht per se knapper geworden. Knapper wurde „sauberes“ (Trink-)Wasser.

Knapper wurden aber auch die „Gewässerlandschaften“, die Gewässer als Landschaftselemente, und die Gewässer als Lebensräume für Tiere und Pflanzen.

Raumplanung, Natur- und Heimatschutz sowie die Gewässer(schutz)gesetzgebung haben darauf reagiert.

1.64 Landschaft

Landschaft kann nie knapp werden. Knapp werden kann nur eine bestimmte Art von Landschaft.

Die parallel mit dem wirtschaftlichen Aufschwung einhergehende Zersiedlung und Ausräumung der „traditionellen“, der vertrauten Landschaft, liess diese spätestens ab den fünfziger Jahren zum knappen Gut werden.

Die Natur- und Heimatschutzgesetzgebung, aber auch die Raumplanung sowie die Umweltschutzgesetzgebung haben auf diese Verknappung geantwortet.

1.65 Wald

Die Forstpolizeigesetzgebung um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert war zweifellos eine Reaktion auf eine Verknappung der Wälder. Die Verknappung wurde damals zuvorderst als eine der Quantität, der *Waldfläche*, wahrgenommen.

Ausgelöst durch das sogenannte „Waldsterben“ wurden die „gesunden“ Wälder knapp. Das Waldgesetz hat darauf mit einer Gewichtsverschiebung in Richtung qualitativer Erhaltung der Waldfunktionen reagiert.

2. UNTERSCHIEDE

2.1 Teilweise fehlendes Regelwerk

☞ Während Boden und Wald vom (Grund-)Eigentum erfasst sind, fehlt es bei der Luft und der Landschaft an einem formellen Regelwerk.

☞ Die Gewässer nehmen eine Mittelstellung ein. Es gibt Eigentum an Gewässern, doch für den grössten Teil der Gewässer ist die Eigentümerposition von höchst untergeordneter Bedeutung.

☞ Wo es am formellen Regelwerk fehlt, ist es nicht möglich, einen Eigentumsinhalt zu konkretisieren und so auf die Nutzung von bzw. Verfügung über Objekte Einfluss zu nehmen. Die rechtliche Einflussnahme muss daher eine indirekte sein.

☞ Sie muss bei der Landschaft zuvorderst beim Grundeigentum ansetzen. Es muss bestimmt werden, wie Grundeigentümerinnen und -eigentümer ihre Grundstücke (Wald, Wiesen, Weiden etc.) nutzen dürfen.

☞ Bei der Luft reicht es nicht aus, die Nutzung des Grundeigentums zu konkretisieren. Hinzukommen müssen vielmehr Normen, welche die zulässige Nutzung anderer Eigentumsobjekte (Anlagen etc.) näher umschreiben.

2.2 Unterschiedliche Ausgangslage

☞ Die Nutzung und die rechtliche Erfassung der fünf Ressourcen war zu Beginn des Untersuchungszeitraumes nicht überall gleich.

☞ Am einfachsten war die Ausgangslage bei der Luft: Sie war einfach da. Ausser einigen in erster Linie nachbarschützenden Normen (Gewerbe, Industrie) bedurfte es aus damaliger Sicht keiner Regelung.

☞ Die Landschaft war ebenfalls gleichsam gegeben. Bedroht war nicht in die Landschaft per se, bedroht waren höchstens einzelne Objekte der Kulturlandschaft. Dies verlangte ebenfalls nicht nach einer grossen Regelungsdichte.

☞ Auch verhältnismässig einfach präsentierte sich die Lage beim Boden. Er war bereits grösstenteils in Privatbesitz und noch keine Mangelware. Das Ressourcenregime konnte verhältnismässig einfach ausgestaltet werden.

☞ Der Wald hatte eine wechselvolle Geschichte hinter sich. Zwar hatten sich in der Mitte des 19. Jahrhunderts die Eigentumsverhältnisse geklärt, doch war es nie zu einer Freisetzung des Waldes gekommen, die mit jener des Bodens, insbesondere auch des bäuerlichen Bodens, vergleichbar gewesen wäre. Der Wald und seine Nutzung waren von Anfang an - und als Antwort auf Verknappung und Naturkatastrophen - einem doch recht ausgefeilten Ressourcenregime unterworfen.

☞ Beim Wasser stand um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert der Schutz des Menschen vor dem Wasser im Vordergrund. Eine Aufgabe, die unter der Oberho-

heit des Bundes angegangen wurde. Bald folgte ein zunehmendes Interesse an der Nutzung der Wasserkraft. Hier machte nicht zuletzt das Zivilgesetzbuch von 1912 klar, dass der Staat die Gewässernutzung per Konzession regelt (unter Vorbehalt anderslautender Regelung in den Kantonen). Der dritte zentrale Gesichtspunkt des Ressourcenregimes Wasser kam erst viel später zum Tragen, der Schutz des Wassers vor dem Menschen, der Gewässerschutz.

2.3 Unterschiedliche zeitliche Entwicklung

☞ Die Ressourcenregime haben sich zeitlich nicht parallel entwickelt.

☞ Das Waldregime/Forstpolizeigesetz von 1902 hat fast das ganze 20. Jahrhundert überdauert. Es wurde zwar verschiedentlich revidiert, die Totalrevision trat aber erst vor wenigen Jahren in Kraft.

☞ Die rechtliche Erfassung des Bodens als Grundeigentum, geht ebenfalls auf den Beginn der Untersuchungsperiode zurück. Vor allem in städtischen/Siedlungsgebiete wurden baupolizeiliche Normen erlassen, aus denen im Laufe der Zeit eine eigentliche Raumplanung sich entwickelt. Aber es dauerte mehr als ein halbes Jahrhundert, bis mit der Bodenrechtsreform/Raumplanung ein Ressourcenregime entwickelt wurde, das über punktuelle Bestimmungen hinausging, und den *Inhalt* des Grundeigentums entscheidend beeinflusste.

☞ Die Gewässer wurden in drei grossen Schüben rechtlich erfasst. Zuerst der Wasserbau, dann prägte die Wassernutzung die ersten Jahrzehnte des 20. Jahrhunderts, bis schliesslich ab Mitte des Jahrhunderts der Gewässerschutz in seiner Bedeutung erkannt wurde.

☞ Die Landschaft war bis in die sechziger Jahre hinein mehr oder weniger ein rechtlicher Nonvaleur. Seither haben die Regelungen augenfällig zugenommen.

☞ Der Luft wurde bis weit ins letzte Viertel des 20. Jahrhunderts hinein kaum rechtliche Aufmerksamkeit geschenkt. Erst die Umweltschutzgesetzgebung brachte einen einschneidenden Umschwung.

3. ZUR GRUNDHYPOTHESE DER REGIMEGENESE UND -KLASSIFIKATION

Das Projekt lässt sich von einer These zur Genese und Ausdifferenzierung von Ressourcenregimen leiten:

So wird angenommen, dass „eine gewisse Parallelität zwischen dem Ausdifferenzierungsgrad der Eigentums- und Nutzungsrechte und demjenigen des Policy-Designs der einschlägigen öffentlichen Politik(en) besteht“ (14). Im Falle des Designs, also der (rechtssatzmässigen) ressourcenspezifischen Schutz- und/oder Nutzungspolitiken, wird angenommen, dass „sich eine hohe Ausdifferenzierung in der Vollständigkeit und in einer hohen internen Kohärenz manifestieren“ dürfte.

Die Ausdifferenzierung bei den formalen Eigentums- und Nutzungsrechten bzw. den Property Rights erfolgt vermutungsweise entlang einer Linie von No-Regime-Situationen über „einfache“ zu „komplexen“ und schliesslich „integrierten“ Regimen. No-Regime-Situationen zeichnen sich dadurch aus, dass „weder die Eigentums- und Nutzungsrechte noch öffentliche Politiken gegeben sind“. Eine Entwicklung hin zu höheren/ausdifferenzierteren Regimen zeigt sich entweder dadurch, dass die Eigentums- und Nutzungsrechte „direkt in einem ausgefeilten Regelwerk“ konkretisiert werden, und/oder dadurch, dass diese „zumindest indirekt über ein vollständiges und hochkohärentes Policy-Design konkretisiert werden (ohne direkte Änderung des konstitutiven Regelwerks) (14).

Wie bereits im Konzept dargelegt, kann das *juristische* Screening lediglich feststellen, ob überhaupt ein Regelwerk/Regelsystem, also formelle Eigentums- und Nutzungsberechtigungen an Gütern und Dienstleistungen einer natürlichen Ressource, besteht, und ob ein Regelwerk mit „politischen Steuerungsgrössen“ kombiniert ist, „die in ressourcenspezifischen öffentlichen Politiken (z.B. Gewässerschutz, Luftreinhaltung) enthalten sind“ (13).

Hingewiesen werden kann somit allenfalls auf die (erstmalige) Genese eines Regimes bzw. auf auffällige/offensichtliche Veränderungen/Ausdifferenzierungen eines Regimes, die im weiteren Verlauf des Projektes und durch andere involvierte Fachleute nachträglich und auch nur möglicherweise als Umschlagstellen von einem Regimetyp zum anderen bestimmt werden können/müssen.

3.1 Zum No-Regime

~~☞~~ Dass die Rede von einem No-Regime unter Umständen irreführend sein kann, wurde im Konzept bereits angesprochen. Denn es spricht einiges dafür, dass mit der „Erfindung des Eigentums“ No-Regime-Situationen eliminiert wurden. Fortan bestand ein zumindest *einfaches* Regime: diese Ressource gehört mir, jene dir - jene dritte (etwa die Luft) allen oder niemandem.

~~☞~~ Wenn man, wie dies oben vorgeschlagen wurde, die gesamte Rechtsordnung als institutionelles Natur- bzw. Ressourcenregime betrachtet, so spricht auch dies gegen die Annahme einer No-Regime-Situation.

~~☞~~ Wenn man trotzdem von einem No-Regime sprechen will, „wo weder die Eigentums- und Nutzungsrechte noch öffentliche Politiken gegeben sind“ (14), so lässt sich im Untersuchungszeitraum ein solches - in Reinkultur - für keine der untersuchten Ressourcen mehr nachweisen.

~~☞~~ Für Boden und Wald (als bestockter Boden) sowie Gewässer ist dies augenfällig.

~~☞~~ Bei der Landschaft fehlt es zwar an einem formellen Regelwerk - sie ist nicht Eigentumsobjekt -, doch lassen sich bereits um die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert und dann auch im Zivilgesetzbuch von 1907/12 einzelne Bestimmungen finden, die explizit auf die Landschaft bzw. deren Erhaltung und Schutz Bezug nehmen.

Die Luft kann Eigentumsobjekt sein, wenn sie gefasst wird. Insofern bestand ebenfalls keine No-Regime-Situation. Und selbst wenn man diesen für das Projekt nicht relevanten Fall beiseite lässt, so lassen sich doch schon verschiedenste Bestimmungen finden, die zumindest vor Immissionen schützen sollten. Die bekannteste Norm ist sicherlich die nachbarrechtliche Schranke von Artikel 684 ZGB.

3.2 Zum einfachen Regime

Wenn die Schaffung einer Rechtsordnung verstanden wird als Errichtung eines institutionellen Natur- bzw. Ressourcenregimes, so spricht dies dafür, „dass die erste Etappe vom No-Regime zum einfachen Regime eine Folge der Entdeckung bzw. der politischen Perzeption erster Verknappungserscheinungen ist“: „die massgeblichen Akteure [stellen] im Zusammenhang mit der (vornehmlich homogenen) Ressourcennutzung Knappheit“ fest und diese wird zum kollektiven Problem, „weil etwa eine (lokale, regionale oder globale) Übernutzung droht“ (15).

Und daraus „resultiert ein einfaches Regime“ (15). Man sollte aber vielleicht nicht davon sprechen, damit werde „ein *neues* Regelwerk (*Neuordnung* der Eigentums- und Nutzungsrechte)“ (15) festgelegt. Besser wäre es wohl, das einfache System als erstmaliges Regelwerk zu betrachten, als die Einführung - und nicht Neuordnung - von Eigentums- und Nutzungsrechten. Verwiesen sei nochmals auf die in der „Einstimmung“ zu diesem Bericht schon angeführten Überlegungen von Immanuel Kant.

Solch einfache Regime - in allerdings durchaus unterschiedlicher Ausgestaltung - wären im Rahmen unseres Untersuchungszeitraumes daher für alle Ressourcen bereits zu Beginn anzutreffen. Klarerweise für Boden, Wald und Wasser, in einfachster Form, mit nur ganz wenigen Normen, für Luft und Landschaft.

3.3 Zum komplexen Regime

Ob die einzelnen Ressourcenregime, die sich bereits um die Wende zum 20. Jahrhundert antreffen lassen, noch als einfache Regime oder bereits als komplexe zu bezeichnen wären, kann hier nicht definitiv entschieden werden.

Wenn man auf die Umschreibung im Forschungsprojekt abstellt, liesse sich allerdings vermuten, dass wir es - zumindest teilweise - bereits mit komplexen Regimen zu tun haben.

Dort heisst es zu den komplexen Regimen, es komme „bereits zu einer nach spezifischen Nutzungen der Ressource (Güter und Dienstleistungen) aufgesplitterten Ausdifferenzierung und einer Kombination der (geklärten, neu definierten) Eigentums- und Nutzungsrechte mit einem bezüglich Zielen (positive anstatt negative Formulierungen) und Instrumenten ausgefeilteren Design der entsprechenden Schutz- und Nutzungspolitiken“ (15).

Dies dürfte insbesondere auf den Wald weithin zutreffen. Schon die Vorläufer des Forstpolizeigesetzes von 1902 kannten beispielsweise eine Verpflichtung auf

nachhaltige Nutzung. Und das Gesetz selber brachte bereits einen ansehnlichen Strauss von in erster Linie die Nutzung konkretisierenden Bestimmungen.

~~☞~~ Selbst wenn man sich nur auf die Zivilgesetzgebung konzentrieren würde, so müsste wohl auch mit Blick auf die Ressource Boden gesagt werden, dass wir es nicht mehr mit einem bloss einfachen Regime zu tun hatten.

~~☞~~ Auch zum Wasser bestand bereits zu Beginn des Untersuchungszeitraumes ein differenziertes System von Normen, das in immer stärkerem Mass die bloss formelle Berechtigung qua Eigentum in den Hintergrund drängte.

~~☞~~ Die Regime von Luft und Landschaft müssten im Vergleich zu den anderen Ressourcen allerdings als eher einfach bezeichnet werden.

~~☞~~ Alles in allem würde es sich aber doch aufdrängen, das 20. Jahrhundert zuvorderst unter dem Gesichtspunkt einer zunehmenden Ausdifferenzierung von bereits (unterschiedlich) komplexen Regimen zu betrachten.

~~☞~~ Das zeigt sich insbesondere bei der Ressource Boden, wo zunehmende Komplexität, verstanden als beständige oder gleichsam schleichende Zunahme von mehr oder weniger unkoordinierten, auf Teilprobleme gerichteten Normen, zum Versuch führte, mit der Bodenrechtsreform wieder rechtlichen bzw. planerischen Boden unter den Füessen zu bekommen.

~~☞~~ Ähnliches liesse sich sagen zur Landschaft. Dort wurde ebenfalls in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts versucht, mit der Natur- und Heimatschutzgesetzgebung den immer disparateren und heterogeneren Ansprüchen Herr zu werden. Die Zunahme der Komplexität der Regelung erfolgte aber verglichen mit anderen Ressourcen sicherlich sprunghafter, weniger schleichend. Von einem Regime recht geringer Komplexität wurde gleichsam mit einem Schritt übergegangen zu einem doch bereits recht differenzierten.

~~☞~~ Beim Wasser bzw. bei den Gewässern lässt sich zuerst - bis zurück ins 19. Jahrhundert eine Zunahme jener Normen feststellen, die den Menschen vor den Gefahren des Wassers schützen sollen. In einer nächsten Phase folgte die Ausdifferenzierung der Wassernutzung, insbesondere zur Energiegewinnung. Zu beiden Problemkreisen finden sich zudem bereits im 19. Jahrhundert mehr oder weniger ausführliche *kantonale* Regelungen. Erst die dritte Phase, grob gerechnet ab den fünfziger Jahren des 20. Jahrhunderts, befasste sich in immer differenzierterer Weise nun auch mit dem *Gewässerschutz*.

~~☞~~ Das Waldregime war zwar über fast ein Jahrhundert hinweg recht stabil. Doch lassen sich immerhin gut zwanzig kleinere Revisionen der Forstpolizeigesetzgebung finden, die schliesslich Ende der achtziger, anfangs der neunziger Jahre zur Totalrevision des Gesetzes und dem neuen Waldgesetz führten.

~~☞~~ Die Luft führte sicherlich ein eher stiefmütterliches rechtliches Dasein. Immerhin hat sich auch gezeigt, dass eine stete Zunahme von lufthygienerlevanten kanto-

nen Normen (Gesundheits-, Baugesetzgebung) zu verzeichnen war. Der grosse Durchbruch erfolgte in den siebziger und achtziger Jahren mit der Umweltschutzgesetzgebung, wo erstmals versucht wurde, die Belastungen der Luft unter einem ganzheitlicheren Blickwinkel regulativ in den Griff zu bekommen.

3.4 Zum integrierten Regime

Gemäss Projektbeschreibung ist es nun „die zentrale Frage“, „ob es gelingt, ein Ressourcenregime zu etablieren, das diese verschiedenen heterogenen Ansprüche gesamthaft im Auge behält und versucht, die Summe aller Nutzungen nachhaltig so zu regeln, dass die Kapazität der Ressource zur Produktion all dieser Güter und Dienstleistungen erhalten bleibt (*integrierte Regime*)“. Es wird davon ausgegangen, „dass z.B. die Inventarisierung von Flächen (Trockenwiesen, Moorschutz, etc.) und das Zahlen von Kompensationen erste Schritte in Richtung eines integrierten und nachhaltigeren Ressourcenmanagements darstellen“ (15).

Ob die erwähnten Massnahmen wirklich erste Schritte in Richtung eines integrierten Regimes sind, kann an dieser Stelle ebenfalls nicht beantwortet werden, bedürfte es dazu doch unter anderem genauerer (Abgrenzungs-)Kriterien.

Immerhin kann auf einige Punkte hingewiesen werden, die vielleicht noch näherer Betrachtung wert wären:

Die Raumplanungs-, die Natur- und Heimatschutz-, die Umweltschutz-, die Gewässerschutz- sowie die Forstgesetzgebung, insbesondere das neue Waldgesetz, müssen wohl als Teilschritte in Richtung integrierter Regime verstanden oder mindestens unter diesem Aspekt noch näher untersucht werden.

Damit ist zugleich die Vermutung aufgestellt, dass komplexe Regime sich von integrierten nicht leicht unterscheiden lassen, und/oder, dass komplexe Regime (immer) auch integrative Ansätze enthalten (müssen):

Der Begriff der Nachhaltigkeit stammt bekanntlich aus dem Forstrecht. Man kann also behaupten, dass die Forstpolizeigesetzgebung schon im 19. Jahrhundert ein tendenziell integriertes Regime gewesen sei. Es wurde damals durchaus versucht „die Summe aller Nutzungen nachhaltig so zu regeln, dass die Kapazität der Ressource zur Produktion all dieser Güter und Dienstleistungen erhalten bleibt“. Das besondere an jenen älteren Ansätzen ist nun aber wohl, dass nur gewisse Nutzungen oder Güter/Dienstleistungen überhaupt ins Auge gefasst wurden. Zentral waren zwar, wie noch heute, die Schutz-, Nutzungs- und Wohlfahrtsfunktionen, aber sie wurden zuvorderst unter einem quantitativen Gesichtspunkt wahrgenommen. Alle drei Funktionen/Dienstleistungen sollte die blosse Existenz des Waldes *in seiner Fläche* befriedigen - was ja auch über längere Zeit gelang. Je nach dem, welchen Blickwinkel man einnimmt, waren die Ansprüche immer schon heterogen, auf Schutz, Nutzen und Wohlfahrt gerichtet, oder dann homogen, nur auf die Fläche konzentriert. Wie auch immer. Erst als neue Ansprüche verstärkt auftraten, etwa Erholungsnutzung, später dann die Vorstellung vom Wald als Lebensraum

für Lebensgemeinschaften von Tieren und Pflanzen, vermochte das alte Regime nicht mehr zu genügen, bzw. weil das alte Regime diesen qualitativen Aspekten nicht zu genügen vermochte, wurden qualitative Ansprüche als solche überhaupt virulent und wahrgenommen.

Die Landschaft war solange von geringer Bedeutung, als sie selbstverständlich und vertraut war. Erst als der zunehmende Nutzungsdruck durch Siedlungen, Infrastrukturanlagen, Landwirtschaft etc. die Landschaft veränderte, wurde sie in ebenfalls zunehmendem Masse von breiteren Teilen der Bevölkerung als Landschaft überhaupt wahrgenommen.

Das neue und komplexe Regime „Natur- und Heimatschutz“ reagierte anfänglich durch Ausscheidung und Trennung: was von der „alten“ Landschaft noch vorhanden und besonders schön, einzigartig, typisch war, sollte möglichst „ungeschmälert erhalten“ werden. Niemand hatte damals aber den Anspruch, sich dem weiteren „Fortschritt“ grundsätzlich in den Weg stellen zu wollen. Mit anderen Worten: bereits damals wurde versucht, „die Summe aller Nutzungen nachhaltig so zu regeln, dass die Kapazität der Ressource zur Produktion all dieser Güter und Dienstleistungen erhalten bleibt“.

Es wurde aber nicht versucht, die unterschiedlichen Ansprüche durchgehend in oder durch die Landschaft in ihrer Gesamtheit zu befriedigen. Vielmehr wurden gleichsam Landschaftskompartimente gebildet, die je für sich nur eine oder wenige Ansprüche befriedigen sollten. Grosse Teil der „alten“ Landschaft opferte man dem fast schon naturgesetzlichen „Fortschritt“, andere wurden für spezifische, vor allem nicht ökonomische Interessen/Nutzungen „reserviert“: als Erholungsraum, als geschichtsträchtige Stätte u.Ä. Diese Separation bzw. Segregation hat sich bis heute erhalten, gerade und vorzüglich in den inventarisierten Gebieten. In jenen Gebieten (Mooren, Auenlandschaften etc.) geht es gerade nicht (mehr) darum, „die Summe *aller* Nutzungen nachhaltig zu regeln“. Geregelt, um erhalten zu bleiben, sind nur noch ganz bestimmte Nutzungen. Alle anderen werden aus jenen inventarisierten Gebieten gerade ausgeschlossen. Diese Nutzungstrennung ist teilweise sicherlich nach wie vor gerechtfertigt, in besonderen Fällen gar erforderlich. Segregation, die Trennung von Naturschutz- und Produktionsfläche, genügt aber für ein wirklich integriertes System nicht. Hinzukommen muss das Konzept der Vernetzung sowie jenes der Kombination. Der sogenannte „ökologische Ausgleich“ von Artikel 18b Absatz 2 NHG weist in diese Richtung (vgl. insbesondere auch Artikel 15 NHV).⁶⁹⁸

In Richtung integrativer Regime weisen zum einen die gerade in den neueren umweltrelevanten Gesetzen zunehmend anzutreffenden expliziten Verpflichtungen, auch den Interessen des Natur- und Heimatschutzes oder der Raumplanung etc. Rechnung zu tragen. Diese Querverweise auf andere medien- bzw. ressourcenspezifischen Normen helfen mit, eine „umfassende Interessenabwägung“ durchzuführen. Diese Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung ist seit längerem im Rahmen der Raumplanung fest verankert. Sie hat gerade in den letzten Jahren aber durch die vom Bundesgericht geforderte Pflicht zur materiellen und formellen Koordination grosse Bedeutung gewonnen. Gerade im Bereich des Umweltrechtes im weitesten Sinne hat die Normdichte derart zugenommen, und die je

⁶⁹⁸ Näheres in Kommentar NHG, Art. 18b, Rz 6, 31.

relevanten Bestimmungen des Policy-Designs sind auf eine Vielzahl von sektoriellen Gesetzgebungen verteilt, dass nur eine koordinierte Gesetzesanwendung noch garantieren kann, dass die massgebenden Gesetzgebungen gleichzeitig und vollumfänglich zum Zuge kommen.

Diese sektor-, medien- oder ressourcenübergreifende Koordination weist tendenziell in die Richtung eines integrativen Regimes nicht mehr bloss einzelner Ressourcen, sondern des Lebensraumes insgesamt.⁶⁹⁹

4. PARALLELITÄT DES AUSDIFFERENZIERUNGSGRADES VON REGELWERK UND POLICY-DESIGN?

Im Projektbescrieb wird davon gesprochen, dass „eine gewisse Parallelität zwischen dem Ausdifferenzierungsgrad der Eigentums- und Nutzungsrechte und demjenigen des Policy-Designs der einschlägigen öffentlichen Politik(en)“ bestehen dürfte (14).

~~☞~~ Einmal abgesehen davon, dass noch genauer zu klären wäre, was mit dieser Aussage im Detail gemeint ist, muss wohl doch darauf hingewiesen werden, dass es an einer solchen Parallelität weithin fehlt.

~~☞~~ Das formelle Regelwerk ist über den ganzen Untersuchungszeitraum hinweg mehr oder weniger unverändert geblieben, dies ganz im Gegensatz zu den Nutzungs- und/oder Schutznormen, die das Regelwerk regelrecht überwuchert habe.

~~☞~~ Vielleicht kommt in der oben wiedergegebenen Annahme aber auch eine durch die Untersuchung nicht zu bestätigende zweite Annahme zum Ausdruck, dahingehend, dass sich Regelwerk und Policy-Design gleichsam getrennt voneinander hätten entwickeln können: Grundsätzlich wäre es wirklich möglich, dass der Umgang mit einer Ressource weithin über eine Änderung des formellen Regelwerkes gesteuert werden könnte, und dass der Anteil an Policy-Normen äusserst gering bliebe. Das ist aber, wie gezeigt, keineswegs der Fall gewesen. Was sich am Regelwerk geändert hat - und zwar auf eindruckliche Weise -, das war gerade nicht die Form, sondern der Inhalt, der materielle Gehalt. Und diese Änderung des „materiellen“ Regelwerkes, wenn man es denn so nennen will, erfolgte über die Schutz- und Nutzungspolitiken.

~~☞~~ Wenn man diesen letzteren Blickwinkel einnimmt, dann liesse sich zwar grundsätzlich von einer Parallelität sprechen, nicht aber von einer Parallelität der Entwicklung des *formellen*, sondern des „*materiellen*“ Regelwerkes mit den Normen des Policy-Designs: der Eigentums*inhalt* verändert sich parallel zu/mit den Policy-Normen, die eben als „Schranken der Rechtsordnung“ seinen Inhalt konkretisieren -, aber solche Rede führt dann nicht viel weiter.

⁶⁹⁹ Näheres zur Koordinationspflicht bei Schürmann/Hänni 340 ff.

5. UMSCHLAGSTELLEN

Für das Projekt von besonderer Bedeutung sind die Umschlagstellen von einem Regimetyp zum anderen (in der Regel wohl komplexeren). Gemäss Forschungsprogramm ist denn auch zu überprüfen, „ob die Entstehung von Ressourcenregimen unserem theoretischen Phasenmodell entspricht und ob sich die postulierten Umschlagstellen von komplexen zu integrierten Regimes identifizieren lassen, die in einer späteren Phase ausführlich analysiert werden sollen“ (28).

Wie im Konzept bereits dargelegt, muss sich die Suche nach diesen Umschlagstellen im Rahmen des *juristischen* Screenings auf Annäherungen beschränken. Da es zur Zeit an einer Klassifikation von Regimetypen noch fehlt, ist es nicht möglich, jene Stellen zu bezeichnen, in denen der eine Regimetyp umschlägt in einen anderen. Denn, was man (noch) nicht kennt, kann man weder wirklich suchen noch gar finden.

☞ Da Umschlagstellen jene „historischen Momente“ sind, „wo sich das Ressourcenregime *verändert* hat“ (29), konnte im juristischen Screening nur nach auffälligen/offensichtlichen/bedeutenden *Veränderungen* gesucht werden, nach den „wichtig(st)en Ereignissen“ im „rechtlichen Leben“ einer Ressource.

☞ Dabei war zum einen nach Veränderungen des Regelwerkes, der formellen Eigentums- und Nutzungsrechte, zu suchen, zum anderen nach solchen der Schutz- und/oder Nutzungspolitiken, des Policy-Designs.

☞ Wie erläutert, kam es beim formellen Regelwerk zu keinen nennenswerten Umschlägen.

☞ Was sich verändert hat, das waren die Normen des Policy-Designs.

☞ Diese (öffentlichrechtlichen) Normen haben den *Inhalt* des formellen (privatrechtlichen) Regelwerkes konkretisiert, nicht aber dessen Form verändert.

☞ Da sich das juristische Screening angesichts der unüberschaubaren Menge von Normen, welche die Befugnisse der Ressourceneigentümerinnen und -eigentümer konkretisieren, beschränken musste, können die bei den einzelnen Ressourcen näher beleuchteten Gesetzgebungen und ihre Änderungen als mögliche Umschlagstellen betrachtet werden. Aus unserer Sicht hat sich im Leben der jeweiligen Ressourcen genau in jenen Momenten etwas entscheidendes getan, so dass wir dazu etwas gesagt haben und nicht zu einer der unzähligen anderen Veränderungen.

☞ Wenn die wichtigsten Zeiträume hervorgehoben werden sollten, so wären dies die Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert sowie vor allem die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts:

☞ Die Jahrhundertwende brachte zuvorderst die Konsolidierung des formellen Regelwerkes, konkret Artikel 641 ZGB. Ebenfalls in jene Zeit fällt die Forstpolizeigesetzgebung sowie ein Teil des Wasserrechts (Schutz vor dem Wasser und Wassernutzung).

☞ Auffällige Umschläge hat dann erst wieder - so unsere Einschätzung - die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts gebracht: die Gewässerschutzgesetz-

gebung, die Raumplanung, den Natur- und Heimatschutz, die Umweltschutzgesetzgebung mit der Luftreinhaltung sowie das neue Waldgesetz.

~~///~~ Dies könnte - wenn man der Verknappungsthese folgt - darauf hinweisen, dass die Gesellschaft sich um jene Jahrhundertwende ebenso in einer erheblichen Verknappungslage befand wie ein gutes halbes Jahrhundert später:

~~///~~ Die katastrophale Lage des Waldes Ende des 19. Jahrhunderts würde diese Annahme bestätigen.

~~///~~ Ebenso die Naturkatastrophen/Überschwemmungen jener Zeit, die zu Massnahmen im Wasserbau führten, und anfangs des 20. Jahrhunderts dann die zunehmende Nachfrage nach Energie (Wassernutzung).

~~///~~ Landschaft, Luft und sauberes Wasser waren hingegen nicht knapp.

~~///~~ Knapp war hingegen um jene Zeit vielleicht noch eine ganz andere „Ressource“: *das Recht*, insbesondere ein einheitliches, die ganze Schweiz umfassendes Recht, das den ökonomischen Interessen jener Zeit dienen konnte. Der noch verhältnismässig junge Staat bedurfte zu seiner Entwicklung in erster Linie eines die kantonalen Partikularitäten und Eigentumsschranken einebnenden Privatrechtes sowie eines Obligationenrechts, das es erlaubte, die nun von fast allen begrenzenden kantonalen Besonderheiten befreiten Ressourcen zu verflüssigen.

~~///~~ Die allseits bekannten Verknappungserscheinungen der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts waren Folgen jenes „Fortschrittes“ in der Ressourcenausbeutung, der mit der Inthronisation des Eigentums Tür und Tor geöffnet worden waren.

ANHANG

Der Anhang beinhaltet insbesondere zu den Ausführungen zum privatrechtlichen Teil betreffend Eigentum und Eigentumsbegriff im Rahmen der gewünschten Erweiterungen Zusammenfassendes zu den Themen: Miteigentum, Abgrenzung von Besitz und Eigentum, domaine public.

I. MITEIGENTUM IM SCHWEIZERISCHEN ZGB

1. GESETZLICHE REGELUNG

Gemeinschaftliches Eigentum will vorerst nichts anderes sagen, als dass mehrere Personen gleichzeitig Eigentümer an ein und derselben Sache sind - das Eigentum mehrerer an einer Sache. Dies fast schon als Ausnahmeerscheinung zum sonst meist vorkommenden Alleineigentum eines Einzelnen an einer einzelnen Sache. Gehört z.B. ein Auto drei verschiedenen Eigentümern gleichzeitig, weil sie den Wagen zum Beispiel gemeinsam gekauft oder geerbt haben, steht das Fahrzeug den Dreien gemeinschaftlich zu.

"In der Regel wird das Eigentumsrecht an einer Sache von einer einzigen Person ausgeübt (Alleineigentum). Das wirtschaftliche Interesse fordert jedoch in zahlreichen Fällen, dass mehrere Personen zusammen Eigentümer an der gleichen Sache sind (gemeinschaftliches Eigentum, siehe den Randtitel zu Art. 646 ZGB; französisch "Propriété de plusieurs sur une chose"; von der Lehre auch als "propriété collective" bezeichnet). Das Gesetz sieht daher die Möglichkeit vor, dass die Sache mehreren zu Eigentum zusteht, wobei alle Berechtigten (qualitativ) auf der gleichen Stufe stehen".⁷⁰⁰

Das Sachenrecht des ZGB kennt zwei Formen solcher Mehrfachberechtigungen oder gemeinschaftlichen Eigentums an einer Sache. Das *Miteigentum* als individualistische Form und das *Gesamteigentum* als kollektivistische Form. Beide Formen werden unter dem Titel der allgemeinen Bestimmungen geregelt, d.h., dass von den betreffenden Regelungen sämtliche Sachen gemäss dem Sachbegriff erfasst werden, also sowohl Fahrnissachen (bewegliche Sachen wie Werkzeuge, Spielsachen, Bücher, Tiere, etc.) wie auch die Immobilien (unbewegliche Sachen, also Grundstücke).

1.1 Miteigentum

Hier ist das gemeinsame die Sache, resp. die eigentumsmäßige Beteiligung aller an der Sache. Es wird nicht vorausgesetzt, dass die Beteiligten auch noch persönlich in einer besonderen Verbindung stehen. In diesen Fällen sieht das ZGB Miteigentum vor (vgl. Art. 646 - 651 ZGB).

Art. 646 ZGB:

⁷⁰⁰ Vgl. Jörg Schmid, Sachenrecht, S. 141, Rn 714.

1Haben mehrere Personen eine Sache nach Bruchteilen und ohne äusserliche Abteilung in ihrem Eigentum, so sind sie Miteigentümer.

2Ist es nicht anders festgestellt, so sind sie Miteigentümer zu gleichen Teilen.

Die Sache steht den Einzelnen zu einer gedachten Quote zu; Eigentum haben aber alle - beispielsweise unsere drei Autoeigentümer - am *ganzen* Auto. Diese Quoten sind also keine real ausgeschiedenen Teile (Dem A gehört nicht das Chassis, während B die Räder gehören), sondern gedachte Anteile (in Zehntel oder Hundertstel), die auf die Teilung der Ausübung des Eigentums hinweisen (jeder der drei darf den Wagen gebrauchen) und nicht auf die Teilung des Eigentumsrechts im engeren Sinne (jeder hat Eigentum am ganzen Wagen, nicht nur am Chassis oder an den Rädern).

Der Miteigentümer kann über seinen Anteil frei im Sinne eines Alleineigentümers *verfügen*. Er kann ihn an einen Dritten veräussern, ihn verpfänden. Beim Verkauf des Anteils etwa rückt der Käufer an die Stelle des Verkäufers und wird neu Miteigentümer. Hier kommt die individualistische Komponente des Miteigentums zum Ausdruck. Die *ganze* Sache allerdings kann nur mit Zustimmung aller Miteigentümer verkauft werden.

Im Zweifel, ob Gesamt- oder Miteigentum vorliegt, wird in Lehre und Praxis Miteigentum angenommen.

1.2 Gesamteigentum

Demgegenüber steht beim Gesamteigentum die *persönliche Bindung* der Beteiligten im Zentrum. Das gemeinsame ist also ein spezielles Grundverhältnis der beteiligten Personen, wie etwa die eheliche Gütergemeinschaft, die Erbengemeinschaft oder die einfache Gesellschaft des Obligationenrechts. Die gemeinsame Sachherrschaft an der Sache besteht (nur) kraft dieser Gemeinschaft (vgl. Art. 652 - 654a ZGB).

Art. 652 ZGB:

1Haben mehrere Personen, die durch Gesetzesvorschrift oder Vertrag zu einer Gemeinschaft verbunden sind, eine Sache kraft ihrer Gemeinschaft zu Eigentum, so sind sie Gesamteigentümer, und es geht das Recht eines jeden auf die ganze Sache.

Hier verfügen die Gesamteigentümer nur "zu gesamter Hand", d.h. alle in einstimmiger Entscheidung. Die Veräusserung der eigenen Berechtigung ist nicht möglich, es gibt auch keinen gedachten Anteil, über den der Einzelne verfügen könnte. Der Gesamteigentümer übt seine Eigentumsrechte (Nutzung und Verfügung) grundsätzlich nur in der Gemeinschaft und durch die Gemeinschaft aus.

Die Entstehungsmöglichkeiten von Gesamteigentum unterstehen einem *numerus clausus*, d.h. das Gesetz sagt abschliessend, wann Gesamteigentum entstehen kann. Dabei handelt es sich um die eheliche Gütergemeinschaft (Art. 222 Abs. 2 ZGB), die Erbengemeinschaft (Art. 602 Abs. 2 ZGB), die Gemeinderschaft der Verwandten (Art. 342 Abs. 2 ZGB), die einfache Gesellschaft (Art. 544 Abs. 2 OR), die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft des Obligationenrechts.

2. STELLT DAS MITEIGENTUM EINE SONDERFORM VON EIGENTUM DAR?

Im Grundsatz stellt das Miteigentum keine spezielle Form des Eigentums dar. D.h. jeder Miteigentümer hat mit Bezug auf die ganze Sache dieselben Rechte wie der Alleineigentümer. Seine Möglichkeit, nach Belieben über die Sache zu verfügen, ist Art. 641 Abs. 1 ZGB entsprechend und im Vergleich zum Alleineigentümer inhaltlich und qualitativ nicht etwa eingeschränkt.

Die einzige Spezialität besteht in der Berechtigung *mehrerer* an derselben Sache. Dies hat keinen Einfluss auf den *Inhalt* der Benutzungs- oder Verfügungsmöglichkeiten, aber auf den *Umfang* dieser Möglichkeiten für den Einzelnen in Konkurrenz mit den Übrigen. Hier sind also Kollisionen im Innenverhältnis - also zwischen den Miteigentümern unter sich - zu berücksichtigen. Denn eigentlich hat ja jeder das Recht auf die ganze Sache.

Diese Kollisionen treten entweder dann auf, wenn die Benutzung der Sache unter den Einzelnen abgestimmt werden muss, oder wenn die Verfügung über die ganze Sache und nicht nur über den eigenen Anteil in Frage steht. In diesem Sinne nimmt das Gesetz oder die Miteigentumsregelung des ZGB als solche eine Unterscheidung vor zwischen der Berechtigung des einzelnen Miteigentümers an seinem Anteil, der gedachten Quote und der ganzen Sache.

2.1 Die Verfügung über die ganze Sache und den Anteil

Bei der Verfügung ist zwischen der ganzen, im Miteigentum stehenden Sache und dem Anteil des einzelnen Miteigentümers zu unterscheiden. Der Miteigentümer kann über seinen Anteil frei verfügen wie ein Alleineigentümer...

Art. 646 Abs. 3 ZGB:

Jeder Miteigentümer hat für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers, und es kann dieser Anteil von ihm veräußert und verpfändet und von seinen Gläubigern gepfändet werden.

...nicht aber über die ganze Sache...

Art. 648 Abs. 2 ZGB:

Zur Veräußerung oder Belastung der Sache sowie zur Veränderung ihrer Zweckbestimmung bedarf es der Übereinstimmung aller Miteigentümer, soweit diese nicht einstimmig eine andere Ordnung vereinbart haben.

Der Miteigentümer kann sich also mit Verkauf seines Anteils aus der Gemeinschaft verabschieden, den Verkauf der ganzen Sache aber nur unter Mitwirkung der übrigen vornehmen - geschieht dies, entfällt auch das Miteigentum an der gesamthaft veräußerten Sache, diese geht ins allfällige Alleineigentum des Käufers über.

2.2 Die Nutzung der ganzen Sache

Aus der wirtschaftlichen Bestimmung der Sache, welche im Miteigentum steht, ergibt sich auch ihre Nutzung. Diese steht zwar allen Miteigentümern einzeln zu, allerdings unter Rücksichtnahme auf die Berechtigung der übrigen:

Art. 648 ZGB:

1Jeder Miteigentümer ist befugt, die Sache soweit zu vertreten, zu gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der andern verträglich ist.

Sie ist allerdings nicht auf die gedachten Anteile an der Sache beschränkt, kann es nicht sein. Die Nutzung des Autos bezieht sich sinnvollerweise nicht auf einen körperlich beschränkten Teil, der mit der Wertquote des betreffenden Miteigentümers in Übereinklang steht, weil eine sinnvolle Nutzung bloss an der ganzen Sache möglich ist (anteilmässige Nutzung wäre höchstens da möglich, wo eine äusserliche Aufteilung zur separaten Nutzung vorgenommen wurde und auch möglich ist, ohne die Sache unbrauchbar zu machen; also etwa bei einem dreistöckigen Haus in Miteigentum dreier Miteigentümer, von denen jeder eine Wohnung zur Nutzung zugeteilt bekommt. Das klassische Beispiel des Stockwerkeigentums, siehe unten). Der Miteigentümer muss den Wagen als Fahrzeug benutzen können, nicht bloss die Lichtanlage, die vielleicht wertmässig seiner Quote entsprechen könnte.

Daher ist hier eine Nutzungs - und Verwaltungsordnung notwendig, die die Benutzung der ganzen Sache durch mehrere ordnet.

2.3 Schlussbemerkungen

So gesehen liegt die Spezialität des Miteigentums banalerweise in der Regelung möglicher Kollisionen innerhalb einer Mehrheit von grundsätzlich Gleichberechtigten besonders betreffend Gebrauch und Nutzung der Sache. Es bestimmt zudem die alleinige Verfügungsfreiheit über die Quote und regelt die Verfügung über die ganze Sache.

Hierzu bestehen gesetzliche Auffangregeln, wenn die Miteigentümer nichts anderes vereinbart haben und ein sog. Miteigentümerreglement fehlt. Dabei sind insbesondere die Entscheidquoten festzusetzen, die darüber Auskunft geben, wie das Stimmenverhältnis der einzelnen Miteigentümer aussehen muss, damit Entscheide über die Sache gefällt werden können.

Gesondert in der Position des Miteigentümers gegenüber dem Alleineigentümer ist also nicht die Qualität seiner grundsätzlichen Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeiten nach Art. 641 ZGB, sondern die sich aus der Mehrfachberechtigung an einer Sache ergebende Notwendigkeit, Verfügung und Nutzung über die ganze Sache für den internen Kollisionsfall zu regeln. Diese Rücksichtnahme kommt dann natürlich einer Beschränkung des einzelnen Miteigentümers gleich und nimmt ihm die Freiheit, die ihm grundsätzlich nach Art. 641. ZGB zustehenden Rechte in jedem Fall durchzusetzen.

2.4 Das systemtreue Stockwerkeigentum

Das ZGB führt als spezielle Form des Miteigentums das Stockwerkeigentum an Immobilien auf. Mehreren Personen gehört ein bebautes Grundstück gemeinsam. Jede Partei hat zudem den Anspruch auf die Alleinberechtigung an einem räumlich ausgedehnten Teil - seines Stockwerks, seiner Wohnung. Es gibt verschiedene rechtliche Konzeptionen, um diese Situation zu erfassen. Das ZGB hat auch hier vereinheitlichend gewirkt und nach dem anfänglichen Verzicht auf das Institut schlussendlich in Wahl einer systemtreuen Variante darauf zurückgegriffen.

2.41 Aus der Geschichte des schweizerischen Stockwerkeigentums

Als das Stockwerkeigentum 1965 revisionsweise ins ZGB aufgenommen wurde, änderte man damit an der oben ausgeführten Regelung zum Miteigentum grundsätzlich nichts. Eugen Huber hatte 1907 auf das Stockwerkeigentum verzichtet, weil jegliche Form von Mehrfachberechtigung an einer Sache als Gefahr angesehen wurde: "communio est mater rixarum" - die Gemeinschaft als Mutter jeden Streits. Die alten kantonalen Gesetzgebungen hatten z.T. ausführliche Regelungen über das Stockwerkeigentum enthalten, was bei der Schöpfung des ZGB als lästige Erbschaft empfunden worden war.

Zudem befürchtete man, die Übersichtlichkeit des Grundbuches könnte unter den vielfältigen Eintragungen, die das Stockwerkeigentum zur Folge haben würde, leiden.

Diese Argumente einer rechtspolitischen Diskussion lassen sich allesamt relativieren. So hat das ZGB durchaus nicht auf Gemeinschaften verzichtet, Miteigentum und Gesamteigentum sind bloss zwei Beispiele aus dem Sachenrecht. Zudem war das praktische Bedürfnis nach Stockwerkeigentum stets vorhanden, was ja schlussendlich auch die Revision zeigt. Die Übersichtlichkeit des Grundbuchs war schliesslich durch andere Institute längst "gefährdet" und dessen war man sich auch bewusst (bspw. durch die Möglichkeit, innerhalb eines Baurechts endlose Unterbaurechte zu vergeben - unter jeweiligem Eintrag im Grundbuch).

2.42 Eigentliches und uneigentliches Stockwerkeigentum

Das eigentliche Stockwerkeigentum besteht darin, dass am Stockwerk echtes Sondereigentum und an den gemeinsamen Teilen Miteigentum besteht. Diese Lösung hatten die welschen Kantone in ihren alten Privatrechtsgesetzen gewählt; sie gilt heute etwa noch in Italien und Frankreich. Sondereigentum heisst hier aber nicht, dass es sich um eine Rechtsposition handeln würde, die einen anderen Inhalt hätte als die durch Art. 641 ZGB überhaupt erfassten Berechtigungen des einzelnen Eigentümers. Sondereigentum bedeutet hier, dass der Stockwerkeigentümer nach dem System des eigentlichen Stockwerkeigentums bezüglich des für ihn ausgedehnten Teils des Gebäudes (sein Stockwerk, seine Wohnung) *Alleineigentum* hat, während an den gemeinsamen Teilen (Grund und Boden, auf dem das Gebäude steht, tragende Konstruktionen, Treppenhaus, Dach, etc.) Miteigentum mit den übrigen besteht.

Anders beim uneigentlichen Stockwerkeigentum - die vom ZGB gewählte Lösung. Dort steht alles im Miteigentum der Berechtigten, auch die räumlich bestimmten und ausgeschiedenen Stockwerke und Wohnungen. Dies hat zur Folge, dass das Akzessionsprinzip (vgl. Art. 667 Abs. 2 ZGB), wonach alles was mit dem Boden verbunden ist, dem Bodeneigentümer gehört - hier also der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer - nicht verletzt wird: Die Sonderbefugnis der Stockwerkeigentümer am einzelnen Stockwerk besteht damit nicht in einem separaten Alleineigentum, sondern in einem *ausschliesslichen Recht zur Benutzung und Verwaltung sowie zur inneren baulichen Ausgestaltung* der "eigenen" Stockwerkeinheit.

Das ZGB hat also hier sowohl von der Schaffung von Alleineigentum am Stockwerk als auch von einer inhaltlich speziellen Form des Eigentums abgesehen.

Betreffend Nutzung und Verfügung über eine Sache ist also in jedem Falle fraglich, ob sich mit der französischen Lösung des Sondereigentums wirklich etwas ändern würde. Auch dieses unterstünde eben dem Grundsatz von Art. 641 ZGB und wäre inhaltlich nicht von den übrigen Fällen zu unterscheiden. Allein die Tatsache, dass es innerhalb des Rechtsraumes des Grundstückeigentümers zulässig wäre (= Alleineigentum trotz Akzessionsprinzip), würde die Spezialität ausmachen - eine solche Funktion erfüllt im ZGB etwa das Baurecht, welches ebenfalls 1965 eine grössere Regelungsdichte erfahren hat und diesmal in offensichtlicher Verletzung des Akzessionsprinzips eben Eigentum auf fremdem Grundeigentum zulässt: wer auf einem fremden Grundstück eine Baurecht hat, hat nicht nur das Recht dieses zu bebauen, er ist auch Eigentümer der Baute, obwohl durch das Einräumen der Baurechtsdienstbarkeit der Eigentümer des Grundstücks das Eigentum am Boden nicht verliert, sich dieses aber auch nicht auf das Gebäude erstreckt, wie es nach Art. 667 Abs. 2 ZGB grundsätzlich der Fall sein müsste.

Der Gesetzgeber hat also aus rechtspolitischen Gründen zwei in der Sachfrage (Eigentum an Gebäuden oder Gebäudeteilen auf mindestens teilweise fremdem Boden) gleiche Probleme unterschiedlich gelöst: einmal durch den Nachvollzug des Grundsatzes (Lösung Miteigentum, Stockwerkeigentum), einmal durch die berühmte Bestätigung des Grundsatzes durch die Zulassung einer Ausnahme (Baurechtsdienstbarkeit).

II. EIGENTUM UND BESITZ

1. JURISTISCHE WORTKLAUBEREI?

Um darzulegen wie harmlos umgangssprachlich die juristische Sprache scheint und dabei doch ungeheuer hermetisch ist oder sein kann, wird gerne und erfolgreich auf das Begriffspaar von Eigentum und Besitz verwiesen. Umgangssprachlich ist nämlich kaum ein Unterschied auszumachen; da ist gar meist mit dem Besitzer derjenige gemeint, der überhaupt die Berechtigung an der Sache hat - ihm gehört die Sache. (Sachen)rechtlich wird ebendiese Rechtsstellung durch das Eigentum erfasst. Wie bereits bei der Besprechung des Art. 641 ZGB gesehen, ist es der Eigentümer, der mit der Sache grundsätzlich tun und lassen kann, was er will. Er hat das dingliche Recht an der Sache, was ihm eine unmittelbare direkte Sachherrschaft an der Sache vermittelt. Das heisst allerdings nicht, dass die beiden Begriffe oder die dadurch er-

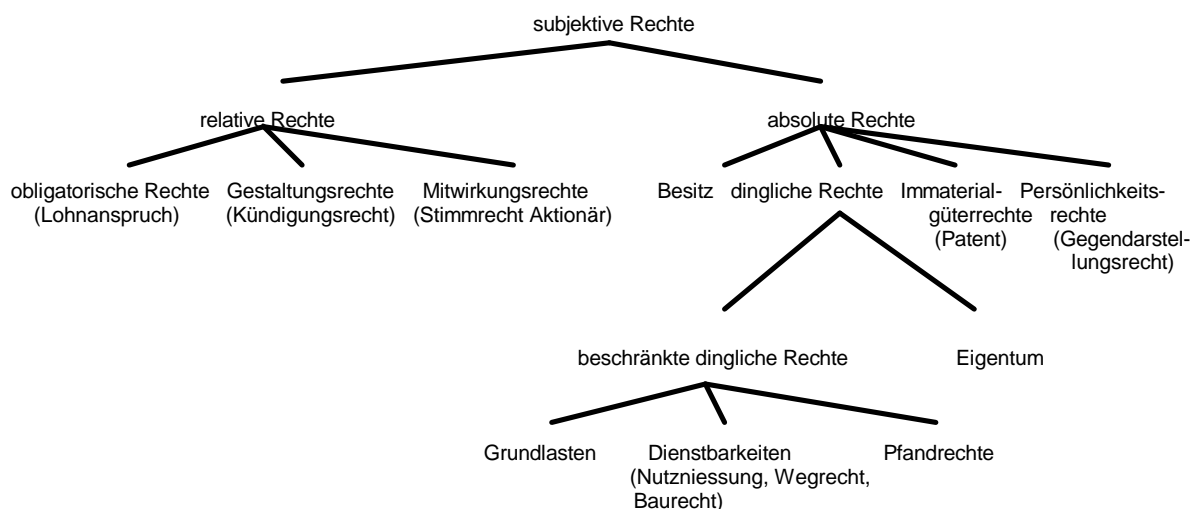
fassten Rechtspositionen einander ausschliessen würden. Im Grundsatz ist nämlich auch jeder Eigentümer jeweils Besitzer der ihm gehörenden Sache, nicht jeder Besitzer aber Eigentümer der Sache, über die er (im Moment) die faktische Gewalt ausübt.

2. RECHTLICHE ABGRENZUNG ZWISCHEN EIGENTUM UND BESITZ

Rechtlich wird also beiden Begriffen eine eindeutige, klare Funktion zugewiesen, die sie auch voneinander unterscheidet. Um allzu detaillierte dogmatische Überlegungen vermeiden zu können, soll im Folgenden bloss ein grundsätzlicher Unterscheidungs- resp. Definitionsversuch vorgenommen werden.

2.1 Kurze dogmatisch-systematische Einführung

Um dennoch eine gewisse systematische Einteilung der beiden Begriffe vornehmen zu können, mag die folgende Übersicht über die subjektiven Rechte überhaupt dienlich sein - auch für die spätere Darlegung der speziellen Stellung des Besitzes im Zusammenhang mit den dinglichen Rechten.



Dem Rechtssubjekt stehen also eine Vielzahl von subjektiven Rechten zu. Gewisse werden durch die Beziehung mit einem weiteren Rechtssubjekt vermittelt und gelten nur zwischen diesen beiden Parteien - inter partes - (bspw. die des Arbeitsvertrags). Die dadurch geschaffenen Rechtspositionen oder eben Rechte gelten nur dem jeweiligen Vertragspartner gegenüber (bspw. Ansprüche des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung, Wahrung des Geschäftsgeheimnisses, Rückgabe des Firmenwagens bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, etc.; Ansprüche des Arbeitgebers auf Lohn, Ferien, Schutz vor schädlichen Arbeitsbedingungen, etc.) und sind *relative* Rechte. Andere Rechte wiederum stehen dem Rechtssubjekt ohne die Vermittlung durch eine Vertragspartei zu, sind so nicht bloss relativ, sondern eben *absolut*, gelten also gegen jeden beliebigen Dritten - erga omnes - (Bsp.

gegen jeden beliebigen Dritten - erga omnes - (Bsp. Persönlichkeitsrechte, Eigentum, Urheberrecht); ihre Durchsetzung geht gegen jeden, der das entsprechende Recht zu beschränken droht (bspw. gegen Eingriffe in die körperliche Integrität, Verletzung der Persönlichkeit durch ein Presseerzeugnis, Verwenden eines fremden Patentes, unerlaubtes Betreten eines Privatgrundstücks, etc.).

Von dieser üblichen Einteilung wird das Eigentum klar als dingliches Recht erfasst, während der Besitz als absolutes Recht eigener Art seinen Platz unter den absoluten Rechten finden muss. Das lässt eine gegenseitige Abgrenzung auf den ersten Blick als offensichtlich erscheinen. Trotzdem stehen sich Besitz und dingliche Rechte so nah, dass sie im Zusammenhang mit der unmittelbaren Berechtigung an Sachen kaum zu trennen sind. Weshalb es in der Dogmatik dennoch getan wird, soll nun anhand der einzelnen Definitionen gezeigt werden.

2.2 Das Eigentum - dingliches Vollrecht

Das Eigentum ist das Paradeponier der dinglichen Rechte, umfasst es doch das Vollrecht an einer Sache. In Erinnerung an Art. 641 ZGB kann der Rechtszuständige, eben der Eigentümer, grundsätzlich (in den Schranken der Rechtsordnung...) alles mit seiner Sache tun, was er will.

Die übrigen dinglichen Rechte bieten dagegen nur eine oder mehrere aber nie alle Befugnisse des Eigentums: Der Berechtigte aus einer Wegrechtsdienstbarkeit darf das Grundstück betreten und als Durchgang benutzen - aber nicht die Äpfel vom Baum auf dem Grundstück pflücken. Am weitesten gehen die Nutzniessung und das Baurecht. Sie überlassen dem Eigentümer des belasteten Grundstücks praktisch nur noch das nackte Eigentum - die Nutzung steht meist vollumfänglich den Dienstbarkeitsberechtigten zu.

Der Eigentümer hat folglich sämtliche Einzelberechtigungen, die wie gesehen zum Teil an einen Dritten auch als dingliches Recht abgetreten werden können, für sich zur Verfügung, ja selbst die Überlassung einzelner Befugnisse an Dritte ist gerade Ausdruck dieser Allmacht über die Sache. Er kann sie nutzen, Dritten überlassen, verpfänden, verkaufen, brach liegenlassen, gar zerstören. Das Eigentum vermittelt dem Eigentümer das ausschliessliche Recht an der Sache unter Ausschluss aller übrigen Rechtssubjekte. D.h. auch, dass es ihn zur Durchsetzung von Abwehr- und Wiedererlangungsansprüchen berechtigt. Das ZGB schützt also die Freiheit des Eigentümers, mit seiner Sache zu tun und zu lassen, was er will und stellt ihm dazu auch konkrete rechtliche Mittel in Form von Klagen zur Verfügung; der Grundsatz dazu findet sich in:

Art. 641 Abs. 2 ZGB:

Er (*der Eigentümer*) hat das Recht, sie (*seine Sache*) von jedem, der sie ihm vorenthält, herauszuverlangen und jede ungerechtfertigte Einwirkung abzuwehren.

2.3 Der Besitz - Faktum oder Recht?

Bei der Einteilung des Besitzes unter die Rechte tut sich die herrschende Lehre schwerer als es in der obigen Darstellung den Eindruck machen mag. Der Grund

liegt darin, dass der Besitz - im Sinne eines rechtstechnischen und eben nicht umgangssprachlichen Sinne - einen faktischen Zustand beschreibt: Eine Person hat die tatsächliche, faktische Gewalt über eine Sache. Damit wird (noch) nichts über ihre rechtliche Berechtigung an der Sache gesagt. Am klarsten kommt dies denn auch in der Tatsache zum Ausdruck, dass der Dieb Besitzer der Sache ist, die er dem Eigentümer gestohlen hat. Besitzer sein heisst also nicht mehr aber auch nicht weniger als die faktische Gewalt über eine Sache zu haben. Damit wird also eigentlich nicht eine rechtliche, sondern eine tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache beschrieben; Besitz würde demnach auch existieren, wenn die ganze Rechtsordnung aufgehoben würde.

Trotzdem wird der Besitz in der obigen Darstellung als subjektives Recht erfasst. Weshalb? In einem weiter gefassten Verständnis des Besitzes kann man diesen auch verstehen als subjektive Rechtsposition, wenn man dabei an die Gesamtheit der Rechte denkt, welche an die tatsächliche Sachherrschaft an einer Sache anknüpfen. Solche sieht das ZGB in Art. 926ff. vor. Danach kann sich der Besitzer gegen Dritte zur Wehr setzen, die ihm seine Position streitig machen. Dabei geht es um eine momentane Sicherung des status quo, ohne dabei bereits rechtliche Zuständigkeiten zu prüfen. Damit wird ein schneller, vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet, der von der Selbsthilfe (Art. 926 ZGB) über ein Abwehrrecht (Art. 928 ZGB) bis zum Herausgabeanspruch (Art. 927 ZGB) reicht. Dieser Rechtsschutz soll den Rechtsfrieden wahren und vor Faustrecht schützen; wer dann wirklich einen rechtlichen Anspruch auf die Sache des Besitzers zu haben glaubt, kann diesen im Streit um das Recht selbst - also das Eigentum - durchsetzen. Dabei kommt dem Besitzer in der rechtlichen Auseinandersetzung die Vermutung zugute, dass er Eigentümer der Sache sei (Art. 930 ZGB)- was ihm eine Beweiserleichterung verschafft.

Die erwähnte Schwierigkeit der dogmatischen Einordnung des Besitzes mag sich auch aus seiner systematischen Einordnung im ZGB ablesen lassen. So ist er am Ende der sachenrechtlichen Bestimmungen vor dem Grundbuchrecht geregelt, einerseits weil er für die beweglichen Sachen die Funktion der Publizität übernimmt (wer die Sache in Händen hat, wird eben als Berechtigter angesehen), die das Grundbuch bei den unbeweglichen Sachen übernimmt, andererseits weil er sich eben bei den dinglichen Rechten nirgends so richtig einordnen lässt - ein Faktum halt, an das sich aber klare Rechtspositionen knüpfen. Oder wie Arthur Meier-Hayoz in seinem Skript zur Sachenrechtsvorlesung schreibt:

"Der Besitz ist daher als subjektives Recht mit weitgehend dinglicher Wirkung (unvollkommenes dingliches Recht) anzusehen"⁷⁰¹

Im Zusammenhang mit den dinglichen Rechten, bei denen insbesondere das Eigentum interessiert, erfüllt der Besitz also hauptsächlich die Funktion, dass er die dinglichen Rechte an einer Sache publik machen soll (Publizitätswirkung). Er gilt damit als die äussere Erscheinungsform des Rechts.

⁷⁰¹ Arthur Meier-Hayoz, Skriptum der Sachenrechtsvorlesung, Zürich 1984, S. 134.

2.4 Besitz = Eigentum?

Aus dem Ausgeführten lässt sich folgern, dass faktischer Besitz und dingliches Recht an der Sache wohl meistens Hand in Hand gehen. Das ZGB geht sogar noch weiter und sieht auch den Eigentümer, der die Sache nicht unmittelbar besitzt, weil er sie bspw. vermietet hat, als Besitzer an:

Art. 920 ZGB:

1Hat ein Besitzer die Sache einem anderen zu einem beschränkten dinglichen (*bspw. Nutzniessung*) oder einem persönlichen (*bspw. Miete*) Recht übertragen, so sind sie beide Besitzer.

Das hat zur Folge, dass die Mietsache in unserem Beispiel zwei Besitzer hat: den bloss *mittelbar* besitzenden Eigentümer und den *unmittelbar* besitzenden Mieter, der ja - erinnern wir uns - nur ein obligatorisches und kein dingliches Recht an der Mietsache hat. Dies zeigt einmal mehr, dass zwar Eigentum grundsätzlich auch Besitz, aber Besitz auf keinen Fall Eigentum ja nicht einmal sonst eine Berechtigung an der Sache bedeuten muss.

Nach dem Gesagten ist jeder, der eine Sache faktisch beherrscht auch deren Besitzer. Also sowohl der bloss obligatorisch (Mieter, Pächter, Entleiher, Aufbewahrer, etc.) als auch der dinglich Berechtigte (Nutzniesser, Baurechtsberechtigter, Pfandhalter, etc.), ja sogar der gänzlich unberechtigte Dieb.

Der Status des Besitzes sagt also über die rechtliche Befugnis des Besitzers, ob und wie er die Sache nutzen oder über sie verfügen darf, noch nichts aus. Erst die rechtliche Position, also in welcher rechtlichen Funktion sozusagen er diesen Besitz ausübt, macht klar, wieweit seine rechtlichen Befugnisse gehen: ob er alles tun darf wie der Eigentümer oder nur gewisse Dinge wie der Mieter oder Baurechtsberechtigte oder überhaupt nichts wie der Dieb. Darüber geben aber nicht die Bestimmungen des ZGB über den Besitz Auskunft, sondern diejenigen über das entsprechende, mit dem Besitz verknüpfte Recht, sei es dinglich oder bloss obligatorisch.

2.5 Besitz als faktische Voraussetzung zur Ausübung von dinglichen Rechten

Anlässlich der Besprechung des Schlussberichts ist im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Eigentum und Besitz auch das Baurecht angesprochen worden; dies in der Konstellation: Eigentum beim Staat - Baurecht beim Privaten; wobei natürlich auch das Umgekehrte denkbar ist. Hier stehen sich also Eigentum als dingliches Vollrecht und Baurecht als beschränktes dingliches Recht gegenüber. Welche Rolle dabei der Besitz spielt, soll im Folgenden erörtert werden.

2.51 Grundsatz

Die Aufteilung von mehreren dinglichen Rechten an einer Sache (Eigentum und ein oder mehrere beschränkte dingliche Rechte) geschieht durch die Errichtung von Dienstbarkeiten. Der Eigentümer überträgt dabei einen Teil seiner Befugnisse dem Dienstbarkeitsberechtigten und hat sich am diesem eingeräumten beschränkten

dinglichen Recht genauso zu orientieren wie ein x-beliebiger Dritter, d.h. diese Rechtsposition gerade hinsichtlich der Nutzung der Sache zu respektieren.

Mit der Übertragung von dinglichen Rechten in Form einer Dienstbarkeit (bei Grundlasten und Pfandrechten steht nicht die direkte, körperliche Nutzung der Sache im Vordergrund) wird gerade auch der Besitz an der Sache übertragen, da er zur Ausübung des Rechts notwendig und unabdingbar ist. Der Nutzniesser einer Kuh muss überhaupt erst in deren faktischen Besitz gelangen, um sie melken und damit nutzen zu können, der Wegrechtsberechtigte muss den Weg faktisch, körperlich betreten können, um sein Wegrecht auszuüben.

Dasselbe gilt nun aber auch bei der Einräumung eines bloss obligatorischen Rechts, wie beim Miet- oder Pachtvertrag. Auch der Mieter ist für den Gebrauch der Sache, d.h. der Ausübung seines Rechts darauf angewiesen, dass er Besitz an der Sache hat, sonst könnte er das gemietete Auto nicht fahren, die gemietete Wohnung nicht bewohnen.

Der Besitz lässt hier also die Realisierung der Rechtsposition überhaupt erst zu, weil dafür die Ausübung der faktischen, unmittelbaren Sachherrschaft notwendig ist. Die Rechtsordnung sorgt derweil dafür, dass auch der Eigentümer den *mittelbaren* Besitz an der einem Dritten zur Nutzung überlassenen Sache behält. Die Verfügung über die Sache hingegen hängt nicht allein vom Besitz ab, hier ist Eigentum notwendig, um darüber entscheiden zu können, ob eine Sache verkauft oder verpfändet werden soll.

Es stehen sich also nicht Eigentümer und Besitzer gegenüber, sondern Eigentümer und Dienstbarkeitsberechtigter. Besitzer sind sie beide; das Einräumen der Dienstbarkeit macht den ersteren zum mittelbaren, den letzteren zum unmittelbaren Besitzer und definiert damit auch gleich die Priorität in Sachen Nutzung zugunsten des Dienstbarkeitsberechtigten.

2.52 Insbesondere das Baurecht

Dasselbe gilt grundsätzlich auch beim Baurecht. Der Baurechtsberechtigte erhält mit Einräumung des Rechts die Befugnis, das Baurechtsgrundstück zu betreten, zu bebauen und in diesem Sinne vom Grundstück Besitz zu nehmen. Er unterscheidet sich als Besitzer damit nicht vom Eigentümer oder vom Mieter. Er hat die faktische Sachherrschaft am Grundstück, die er auch braucht, um sein Recht überhaupt ausüben zu können.

Einzig bei der Berechtigung an der Baute - sei sie nun aus der Hand des Baurechtsberechtigten entstanden oder sei sie, bereits vorbestehend, von diesem übernommen worden - geht nun das Gesetz entscheidend weiter und macht damit vom sonst allgemein gültigen Akzessionsprinzip eine echte Ausnahme:

Art. 675 ZGB:

1Bauwerke und andere Vorrichtungen, die auf fremdem Boden eingegraben, aufgemauert oder sonstwie dauernd auf oder unter der Bodenfläche mit dem Grundstücke verbunden sind, können einen besonderen Eigentümer haben, wenn ihr Bestand als Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist.

Damit erhält der Berechtigte also an der Baute selber Eigentum, das Vollrecht, zugesprochen. Er wird Besitzer an Grundstück und Baute, während er aber bezüglich des

Grundstücks Dienstbarkeitsberechtigter bleibt, bezüglich der Baute aber gar Eigentümer wird.

Diese Durchbrechung des Prinzips, wonach jegliche Baute auf dem Grundstück auch im Eigentum des Grundstückeigentümers steht, macht die eigentliche Spezialisierung des Baurechts aus.

An der inhaltlichen Qualität des Besitzes ändert dies allerdings nichts. Alle aus dem Besitz als Faktum fließenden verfahrensrechtlichen (Vermutung des Rechts hinter dem Besitz, die durch Beweis widerlegt werden muss) und auch materiellrechtlichen Vorteile (Besitzeschutzklagen gegen Störer und Entzieher) stehen dem Baurechtsberechtigten aus der Dienstbarkeit ungeachtet dessen zu, ob er sie jetzt für das Grundstück aus dem Nutzungsrecht ableitet oder für die Baute aus dem Eigentumsrecht.

Der Eigentümer des Grundstücks hat zwar noch Besitz an diesem, muss aber das Baurecht respektieren, was die Nutzung für ihn praktisch ausschliesst und diese dem Baurechtsberechtigten überlässt. Dem Grundstückeigentümer bleibt meist nur das nackte Eigentum an der Sache; die Nutzung des Grundstücks - und eben auch das Eigentum an der Baute - stehen dem Dienstbarkeitsberechtigten zu.

So gesehen könnte man auch versucht zu sein zu sagen, dass der Besitz des Baurechtsberechtigten demjenigen des Grundstückeigentümers vorgeht, was aber nicht auf einen inhaltlich qualitativen Unterschied hinweisen soll, sondern nur darauf, dass der *unmittelbare* Besitz (Dienstbarkeitsberechtigter) dem nur *mittelbaren* Besitz (Eigentümer) in der Regel rein die zeitliche Priorität der Nutzung betreffend vorgeht. Der eigentliche Inhalt des Besitzes des Grundeigentümers unterscheidet sich nicht von dem des Bauberechtigten, er wird von diesem lediglich aufgrund der Einräumung des Baurechts zurückgestellt - im Sinne einer Reihenfolge der Nutzung.

Allgemeiner formuliert ist damit der Besitz des Eigentümers inhaltlich, d.h. was seine konkreten Nutzungsmöglichkeiten angeht, nicht schlechter und nicht besser als der des Dienstbarkeitsberechtigten oder auch des Mieters. Er wird dann unterschiedlich behandelt, wenn eine zusätzliche Rechtsposition ins Spiel kommt, wenn eben der Eigentümer ein Mietrecht an seiner eigenen Sache einräumt. Er hat dann zwar noch das Eigentum und so mittelbaren Besitz daran, muss aber die Nutzung der Sache dem Mieter als dem unmittelbaren Besitzer überlassen.

Auch beim Baurecht ergibt sich aus der Tatsache, dass der Baurechtsberechtigte Besitzer des Grundstücks ist, nichts spezielles. Hingegen stellt das Baurecht als sehr weitgehende Dienstbarkeit - sie schliesst den Eigentümer ähnlich wie bei der Nutzniessung weitgehend von der Nutzung aus - eine Dienstbarkeit dar, die dem Inhaber des Vollrechts bloss noch die leere Eigentumshülle lässt, die keine eigene Nutzung mehr zulässt.

III. DOMAINE PUBLIC – DIE ANDERE LÖSUNG

1. DAS PROBLEM

Die Trennung von privatem und öffentlichem Recht gilt als eine Errungenschaft des modernen Rechtsstaates und bietet in der Abgrenzung der beiden Rechtsgebiete dennoch stets einige praktische Schwierigkeiten. Es ist in der Praxis nämlich desöfters umstritten, ob eine Norm dem öffentlichen oder dem privaten Recht zuzuordnen ist, ob der Verwaltungsweg oder der Weg zum zivilen Gericht beschritten werden soll.

Hier interessiert diese Abgrenzung im Zusammenhang mit der Frage, wer über die Verfügung und die Nutzung in Bezug auf eine Sache bestimmt. Oder anders gefragt, wie ist das Eigentum an Sachen geartet, über die der Staat bestimmt, an welchen er ein spezielles Interesse hat? Hat er daran Eigentum und wenn ja, handelt es sich um eine vom privatrechtlichen zu unterscheidende Art von Eigentum; wenn nein, wie setzt er seinen Anspruch auf Bestimmung von Verfügung und insbesondere Nutzung durch?

2. MÖGLICHE LÖSUNGEN

Die Ausgestaltung der Lösung des skizzierten Problems ist auf verschiedene Arten möglich. Sie kann darin liegen, dass der Staat eine besondere Eigentumssphäre beansprucht, aus der die Privaten vollends ausgeschlossen werden, oder es bestimmt sich der Einfluss des Staates auf Sachen durch eine autoritatives Eingreifen in eine grundsätzlich privatrechtlich strukturierte Eigentumsordnung.

2.1 Die schweizerische Lösung: Eigentum als privatrechtliches Institut

Im Haupttext ist bereits festgestellt worden, dass in der schweizerischen Lösung das Privatrecht über die Eigentumsverhältnisse bestimmt, es also kein davon zu unterscheidendes Eigentum des Staates als öffentlichrechtliches Eigentum gibt. D.h. der Staat ist entweder selber privatrechtlicher Eigentümer von Sachen und tritt damit als Subjekt des privatrechtlichen Verkehrs auf, wenn diese dem Verkehr offenstehen sollen (bei Sachen im Finanzvermögen; hier ist auch keine zusätzliche Unterstellung unter die Hoheit des Staates notwendig, da sich seine Zuständigkeit aus dem Eigentum ergibt), oder er bestimmt über im Eigentum Privater stehende Sachen kraft seiner Bestimmungsbefugnis und *widmet* die Sache einem öffentlichen Zweck (Strassen, Plätze, ...etc.):

"Entscheidendes Kriterium zur Beurteilung, ob eine Sache als öffentliche zu betrachten ist, sind nicht die Eigentumsverhältnisse, sondern die Zweckbestimmung. Auch eine im Eigentum Privater stehende Sache ist eine öffentliche, wenn sie in den Dienst öffentliche Aufgaben gestellt ist. So können öffentlichen Strassen und Wege durchaus in Privateigentum stehen, wie z.B. Die "Berner Lauben".⁷⁰²

⁷⁰² Heinz Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, Bern 1991, Rn 178, S. 40

Die Verfügung über öffentliche Sachen durch den Privaten, dem das eigentliche Eigentum an der Sache zusteht, spielt hier keine entscheidende Rolle, da bspw. ein Verkauf eines Strassengrundstückes an einen anderen Privaten an der Widmung nichts ändern würde; lediglich der Eigentümer wäre ein anderer geworden.

Zu den öffentlichen Sachen durch Widmung kommen die öffentlichen Sachen, die diesen Charakter nicht durch Widmung erhalten haben, sondern quasi *gemäss ihrer Natur* öffentliche Sachen sind - und dies gemäss Art. 664 ZGB. Dazu gehören die bereits auch schon erwähnten Felsen, Schutthalden, Firne, Gletscher und das der Kultur nicht fähige Land.

In allen aufgezählten Fällen bestimmt der Staat – einmal als Eigentümer, einmal als Widmender (mit Polizeibewilligungen,... etc.) oder als durch die Natur und damit Art. 664 ZGB Bedachter – über die Nutzung der Sache.

Die Folgen für alle an der Sache ebenfalls interessierten Dritten sind logisch ableitbar. Für Sachen, welche dem Staat aufgrund seines Eigentums daran zustehen, wird er Rechte daran mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln des Zivilrechts übertragen. D.h. also mittels obligatorischer Verträge (Miete, Pacht, ... etc.) oder zur Übertragung von dinglichen Rechten mittels Dienstbarkeiten.

Bei den öffentlichen Sachen im Sinne des Verwaltungsvermögens oder der Sachen im Gemeingebrauch, bei denen die Widmung das Zentrale ausmacht, sind es die Instrumente des öffentlichen Rechts, die zur Disposition stehen, um dem interessierten Privaten Zugang zur Nutzung an der öffentlichen Sache zu verschaffen, so etwa die Polizeibewilligung (Demonstrationsbewilligung, Fischereipatent, etc.) oder die Konzession (Wasserkraftnutzungskonzession, Abbaukonzessionen, etc.). Die Mittel des Privatrechts sind beim Verwaltungsvermögen nur zulässig, wenn damit nicht der öffentliche Zweck, den die Sache zu erfüllen hat, verhindert wird.

Im Schweizerischen Recht existiert also keine öffentlichrechtliche Eigentumsordnung. Daher unterstehen denn auch sämtliche öffentlichen Sachen grundsätzlich dem Privateigentum, finden aber bezüglich Verfügbarkeit und Nutzung im öffentlichen Recht ihre Regelung, wenn es die Erfüllung eines öffentlichen Zwecks so erfordert (Widmung). Die auf dem Privatrecht gründende grundsätzliche Verkehrsfähigkeit öffentlicher Sachen erfährt durch die öffentliche Zwecksetzung eine generelle Begrenzung. Diese äussert sich in Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkungen (bis hin zum völligen Entzug der Sache aus dem Privatrechtsverkehr: bspw. Drogen, sakrale Gegenstände, etc.).

2.2 domaine public - die öffentlichen Sachen nach französischem Recht

Das französische Recht unterteilt die Sachen, die der öffentlichen im weitesten Sinne zur Verfügung stehen in ähnlicher Art wie das schweizerische in einen Bereich, der privatrechtlichen Verkehr und Berechtigung durchaus zulässt (*domaine privé*) und etwa mit unserem Finanzvermögen vergleichbar ist, und in den hier interessierenden Bereich des völligen Ausschlusses der privatrechtlichen Regelungen (*domaine public*), der weiter geht als unser Verwaltungsvermögen.

2.21 Die öffentliche Sache und deren Regelung

Im Gegensatz zur Schweizer Lösung existiert bspw. im französischen Recht eine besondere Ordnung für Sachen, die der Staat für sich resp. für Staatsaufgaben vorsieht. Die Gesamtheit dieser Sachen macht den *domaine public* aus. Damit wird also der Kreis von Sachen mit spezieller Funktion erfasst und nicht etwa das Rechtsverhältnis, etwa als ein öffentliches Eigentum selbst. Wie dieses Rechtsverhältnis des Staates an der öffentlichen Sache heissen soll, ist ebenfalls nicht unumstritten. Jedenfalls kann es nicht als Eigentum im Sinne des privatrechtlichen Begriffs verwendet werden. Eine Sachherrschaft *sui generis* wird ihm wohl am nächsten kommen.

Die Definition des *domaine public* hat keine gesetzliche Regelung gefunden. Zwar existieren einige einzelne Gesetze, die gewisse Sachen explizit dem *domaine public* unterstellen oder sie gerade auch ausschliessen, aber im Grundsatz ist es Lehre und Rechtsprechung überlassen geblieben, die Kriterien der Zugehörigkeit herauszuarbeiten. Grundsätzlich sind es zwei Voraussetzungen, die öffentlichen Sachen zu erfüllen haben, um als solche zu gelten: sie erfüllen einen besonderen öffentlichen Zweck, indem sie entweder dem direkten Gebrauch durch das Publikum (etwa unser Gemeingebrauch an Strassen, Plätzen, etc.) oder dem Gebrauch durch die Verwaltung dienen und sich unter der Herrschaft des Trägers öffentlicher Verwaltung befinden:

"Il existe donc (...) un critère dualiste du *domaine public*. En font partie les biens des personnes publiques qui sont:

~~soit~~ affectés à l'usage du public,

~~soit~~ affectés à un service public à la condition d'être dans ce cas, par nature ou par des aménagements particuliers adaptés essentiellement au but de ce service."⁷⁰³

2.22 Verfügung und Nutzung

Die öffentlichen Sachen unterliegen einer besonderen Rechtsordnung, dem *régime de domanialité publique*, die keine Konkurrenz zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Eigentümer zulässt.

Damit ist für die *Verfügung* bereits alles gesagt. Diese steht alleine dem Staat zu, eine Verfügbarkeit für den privatrechtlichen Verkehr existiert in diesem Sinne auch nicht, solange die Sache zum *domaine public* gehört (Bei Grundstücken besteht gar das Prinzip der Nichteintragbarkeit von öffentlichen Grundstücken ins Grundbuch, was einen Erwerb nach privatrechtlichem Muster von vornherein verunmöglicht⁷⁰⁴).

Die *Nutzung* der öffentlichen Sache bestimmt nach diesem System allein der öffentliche Sachherr. Er regelt den Gemeingebrauch, er gewährt Sondergebrauch oder -

⁷⁰³ Jean-Marie Auby/Robert Ducos-Ader, *droit administratif*, 7. éd., Paris 1986, p. 303.

⁷⁰⁴ Dieselben, p.483.

nutzung und er fordert entsprechende Entgelte ein. Selbst über widmungsfremden Gebrauch kann der Staat entscheiden; er ist alleiniger Träger des "pouvoir de gestion domaniale". Damit stellt sich auch gleich die Frage, welche Zwecke er dabei verfolgen, welche Interessen er berücksichtigen darf.

Die französische Praxis hat dazu eine Erweiterung über den eigentlichen Widmungszweck hinaus zugelassen, d.h., dass der Staat auch Nutzungen zulassen darf, die dem Interessen der Allgemeinheit entsprechen, nicht aber den Widmungszweck verfolgen. Anders ausgedrückt, kann er Nutzungen besonderen öffentlichen Interesses im Konfliktfall sogar der widmungsgemässen Nutzung vorziehen. Diese Konzeption erfasst die öffentlichen Sachen als sog. "richesse collective", die sie damit zu Mitteln weiterer Verwaltungstätigkeit macht und einer engen Auslegung der Nutzungszulässigkeit in Reduktion auf die ursprüngliche Widmung entzieht.

Die Nutzungsdelegation *an Private* erfolgt auch hier mittels Konzessionssystemen. Anders als im schweizerischen Recht können dagegen die negativen Auswirkungen staatlicher Nutzung *auf Private* nicht über das Privatrecht unterbunden oder eingeschränkt werden. Die nachbarrechtlichen Schutzbehelfe etwa gelten den Immissionen, die von öffentlichen Grundstücken ausgehen, gegenüber nicht. Der privatrechtlich jedem sich in einer Wegnot befindlichen Grundeigentümer zustehende Notweg muss dem Privaten vom Staat nicht eingeräumt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Notweg den jeweiligen Gebrauch der öffentlichen Sache gestört hätte oder nicht. Dies schliesst im Vergleich zum schweizerischen System zumindest für die privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen eine Ausdehnung der Geltung auf den Staat als Eigentümer aus - gerade weil die *domaine public* kein Eigentum im privatrechtlichen Sinne darstellt.

Die Interessen des Privaten werden hier allenfalls dadurch geschützt, dass bspw. dem ausgeschlossenen Nachbar ein inhaltsgleiches öffentliches Sondernutzungsrecht eingeräumt wird. Dies hat für die öffentliche Hand den wesentlichen Vorteil, dass das öffentliche Sondernutzungsrecht im Gegensatz zum privatrechtlichen Nachbarrecht bloss "précaire", also jederzeit nach den Erfordernissen des Gemeinwohls widerruflich und zudem meist nicht unentgeltlich ausgestaltet ist.

Demgegenüber gibt das französische Recht der öffentlichen Hand selber zum Schutz ihrer Sachen sowohl öffentlichrechtliche wie auch privatrechtliche Möglichkeiten, ihren Rechten und Pflichten zur Abwehr unzulässiger Einwirkungen auf die *domaine public* nachzukommen.

Damit kann die öffentliche Sache einerseits durch allgemeine Nutzungsordnungen oder Anordnungen für den Einzelfall und damit verbundenem Verwaltungszwang geschützt werden. Andererseits stehen dem Staat aber auch die Mittel des Privatrechts dafür zur Verfügung; er kann so den zivilrechtlichen Klageweg beschreiten wie ein Privater.

Die öffentlichen Sachen orientieren sich betreffend Nutzung also rein am öffentlichen Interessen, das - wie gesehen - sogar weiter als das ursprüngliche Widmungsinteresse gehen oder diesem auch widersprechen kann.

Erst eine gründliche Prüfung und Würdigung der gesetzlichen Reglementierung und der diese begleitenden Praxis liesse Überlegungen dazu zu, inwiefern sich die unterschiedlichen Systeme durch die Rechtsanwendung auch wirklich faktisch, d.h. mit

Auswirkungen auf die einzelnen Sachen oder Ressourcen im Bezug auf deren Nutzung und Schutz, unterscheiden. Das französische System der *domaine public* scheint dem Staat immerhin eine erweiterte Handlungsfreiheit diesbezüglich zuzugestehen.

ABKÜRZUNGEN

A.a.O.	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch Österreichs
ALR	Allgemeines preussisches Landrecht
a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
AlgV	Verordnung über den Schutz der Amphibienlaichgebiete von nationaler Bedeutung» (Amphibienlaichgebiets-Verordnung) (noch nicht in Kraft)
AlgV-E	Entwurf zur AlgV
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin (NR: Nationalrat; SR: Ständerat)
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
AuenV	Verordnung über den Schutz der Auengebiete von nationaler Bedeutung (Auenverordnung) vom 28. Oktober 1992 (SR 451.31)
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BewG	Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 16. Dezember 1983 (SR 211.412.41)
BewV	Verordnung über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland vom 1. Oktober 1984 (SR 211.412.411)
BG	Bundesgesetz
BGBB	Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991 (SR 211.412.11)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung (Jahrgang, Band, Seite, Erwägung)
BGF	Bundesgesetz über die Fischerei vom 21. Juni 1991 (SR 923.0)
BGr./BGer	Bundesgericht
BL	Baselland
BLN	Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (SR 451.11)
BR/BRat	Bundesrat
BS	Baselstadt
bspw.	beispielsweise
Bst.	Buchstabe (lit.)
BUWAL	Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft
BV(alt)/aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVneu/nBV	Bundesverfassung gemäss Bundesbeschluss über eine neue Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 (in Kraft seit 1. Januar 2000) (SR 101)
CC	Code civil
Diss.	Dissertation
EGG	Bundesgesetz zur Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951
E./Erw.	Erwägung(en)
EKD	Eidgenössische Kommission für Denkmalpflege
EleG	Bundesgesetz betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz) vom 24. Juni 1902 (SR 734.0)
ENHK	Eidgenössische Natur- und Heimatschutzkommission
EntG	Bundesgesetz über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (SR 711)
f., ff.	und nächstfolgende Seite(n) bzw. Artikel
FMV	Verordnung über den Schutz der Flachmoore von nationaler Bedeutung (Flachmoorverordnung) vom 7. September 1994 (SR 451.33)
Fn	Fussnote
FPoIG	Bundesgesetz betreffend die eidgenössische Oberaufsicht über die Forstpolizei vom 11. Oktober 1902 (SR 921.0)
FPoIV	Vollziehungsverordnung zum FPoIG vom 1. Oktober 1965 (SR 921.01)

GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20)
HGF	Handels- und Gewerbebefreiheit, Grundrecht der
HMV	Verordnung über den Schutz der Hoch- und Übergangsmoore von nationaler Bedeutung (Hochmoorverordnung) vom 21. Januar 1991 (SR 451.32)
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.e.S.	im engeren Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weite(ere)n Sinne
IANB	Inventar der Amphibienlaichgebiete von nationaler Bedeutung (noch nicht in Kraft)
IGLES	Inventar der Gletschervorfelder und alpinen Schwemmebenen (AuenV)
ISOS	Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz von nationaler Bedeutung (SR 451.12)
IVS	Inventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (noch nicht in Kraft)
JSG	Bundesgesetz über die Jagd und den Schutz wildlebender Säugetiere und Vögel (Jagdgesetz) vom 20. Juni 1986 (SR 922.0)
Kap.	Kapitel
LEG	Bundesgesetz über die Entschuldung der landwirtschaftlichen Heimwesen vom 12. Dezember 1940
LFG	Luftfahrtgesetz vom 21. Dezember 1948 (SR 748.0)
LKS	Landschaftskonzept Schweiz vom 19. Dezember 1997
LwG	Bundesgesetz über die Förderung der Landwirtschaft und die Erhaltung des Bauernstandes (Landwirtschaftsgesetz) vom 3. Oktober 1951 (SR 910.1)
LRV	Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (SR 814.318.142.1)
LSV	Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986 (SR 814.41)
m.E.	meines Erachtens
MLV	Verordnung über den Schutz der Moorlandschaften von besonderer Schönheit und von nationaler Bedeutung (Moorlandschaftsverordnung) vom 1. Mai 1996 (SR 451.35)
NHG	Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz vom 1. Juli 1966 (SR 451)
NHV	Verordnung über den Natur- und Heimatschutz vom 16. Januar 1991 (SR 451.1)
NPG	Bundesgesetz über den Schweizerischen Nationalpark im Kanton Graubünden (Nationalparkgesetz) vom 19. Dezember 1980 (SR 454)
NR	Nationalrat
NSG	Bundesgesetz über die Nationalstrassen vom 8. März 1960 (SR 725.11)
PGB (Zürcher)	Privatgesetzbuch des Kantons Zürich
Pra	Praxis des Bundesgerichts
RPG	Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (SR 700)
RPV	Verordnung über die Raumplanung vom 2. Oktober 1989 (SR 700.1)
RN/Rn	Randnote
Rz	Randziffer
SchlT	Schlusstitel des Zivilgesetzbuches
SPR	Schweizerisches Privatrecht (Privatrechtskommentar)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StoV	Verordnung über umweltgefährdende Stoffe (Stoffverordnung) vom 9. Juni 1986 (SR 814.013)
TVA	Technische Verordnung über Abfälle vom 10. Dezember 1990 (SR 814.015)
TWW	Inventar der Trockenwiesen und -weiden der Schweiz (noch nicht in Kraft)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
UeB/ÜbBest.	Übergangsbestimmung(en) der Bundesverfassung
URP/DEP	Umweltrecht in der Praxis/Le Droit de l'environnement dans la pratique
USG	Bundesgesetz über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz) vom 7. Oktober 1983 (SR 814.01)
usw.	und so weiter
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPV	Verordnung über die Umweltverträglichkeitsprüfung vom 19. Oktober 1988 (SR 814.911)

V	Verordnung
v.a.	vor allem
VBB	Verordnung über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1993 (SR 211.412.110)
VBBö	Verordnung über Belastungen des Bodens vom 1. Juli 1998 (SR 814.12)
VBLN	Verordnung über das Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler vom 10. August 1977 (SR. 451.11)
VE	Vorentwurf
VEJ	Verordnung über die eidgenössischen Jagdbanngebiete vom 30. September 1991 (SR 922.31)
VEL	Verordnung über die Emissionen von Luftfahrzeugen vom 10. Januar 1996 (SR 748.215.3)
Vgl.	vergleiche
VISOS	Verordnung über das Bundesinventar der schützenswerten Ortsbilder der Schweiz vom 9. September 1981 (SR 451.12)
VIVS	Verordnung über das Inventar der historischen Verkehrswege der Schweiz (nicht in Kraft)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VTS	Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge vom 19. Juni 1995 (SR 741.41)
VRV	Verkehrsregelverordnung vom 13. November 1962 (SR 741.11)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
VZV	Verordnung über die Zulassung von Personen und Fahrzeugen zum Strassenverkehr vom 27. Oktober 1976 (SR 741.51)
WaG	Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz) vom 4. Oktober 1991 (SR 921.0)
WaV	Verordnung über den Wald (Waldverordnung) vom 30. November 1992 (SR 921.01)
WBG	Bundesgesetz über den Wasserbau vom 21. Juni 1991 (SR 721.100)
WBPG	Wasserbaupolizeigesetz vom 22. Juni 1877
WRG	Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 22. Dezember 1916 (SR 721.80)
WZVV	Verordnung über die Wasser- und Zugvogelreservate von internationaler und nationaler Bedeutung vom 21. Januar 1991 (SR 922.32)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge

LITERATUR

- ACKERET RUDOLF J., Nichteinzonung und materielle Enteignung, in: Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, Sammlung von Beiträgen veröffentlicht von der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1992, 101ff.
- AEMISEGGER HEINZ, Aktuelle Fragen des *Lärmschutzrechts* in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Umweltrecht in der Praxis 1994 441ff.
- AEMISEGGER HEINZ, *Besprechung* von Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung, in: SJZ 1991 161ff.
- AEMISEGGER HEINZ, *Raumplanung* und Entschädigungspflicht, Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (VLP), Schriftenfolge Nr. 36, Bern 1983.
- AEMISEGGER HEINZ, Zu den bundesrechtlichen *Rechtsmitteln* im Raumplanungs- und Umweltschutzrecht, in: Verfassungsrechtsprechung und Verwaltungsrechtsprechung, Sammlung von Beiträgen veröffentlicht von der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung des schweizerischen Bundesgerichts, Zürich 1992, 113ff.
- AUBY JEAN-MARIE/DUCOS-ADER ROBERT, *Droit administratif*, 7. éd., Paris 1986.
- AUER SUSANNE, Neuere Entwicklungen im privatrechtlichen Immissionsschutz, Diss. Zürich 1997.
- BANDLI CHRISTOPH, Das Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht - die Regelung des Geltungsbereichs, in: *Blätter für Agrarrecht* 1992/2 66 ff.
- BANDLI CHRISTOPH, Der «code rural» oder die Neuerungen im bäuerlichen Bodenrecht, *AJP/PJA* 3/92 332 ff.
- BELOW STEFAN VON/BREIT STEFAN, *Wald - von der Gottesgnade zum Privateigentum*, Stuttgart 1998.
- BODENRELEVANTE ERLASSE DER SCHWEIZ: DOKUMENTATION, Schlussbericht zum Pilotprojekt «Gesetze» des NFP 22, Bern 1985.
- BÖHME HARTMUT, *Natur und Subjekt*, Frankfurt a.M. 1988.
- BOPP THEO, Zur Kostentragung von Lärmschutzmassnahmen, in: *ZBJV* 1994 300ff.
- BOSE RITA, Ausgewählte Probleme zum Schutz des Grundwassers, in: *URP/DEP*, 1996, 194ff.
- BUSSMANN WERNER, *Gewässerschutz und kooperativer Föderalismus in der Schweiz*, Verlag Haupt, Bern 1981.
- CARONI PIO, *Einleitungstitel des Zivilgesetzbuches*, Basel 1996.
- CARONI PIO, *Privatrecht, eine sozialhistorische Einführung*, Basel 1988.
- CARONI PIO, *Sachenrecht, Grundriss einer Vorlesung*, Bern 1988/1998.
- CARONI PIO, *Quellen und Texte zur rechtshistorischen Vorlesung*, Band II, *Geschichte des Privatrechts*, Bern 1987.
- CHRISTEN MARC, *Kantonale Regalien und Bundespolizeirecht*, Diss. Bern 1950.
- CHRISTEN THOMAS, Beständigkeit von Nutzungsplänen, in: *SJZ* 1994 225ff.
- COUCHEPIN LOUIS, *Le droit minier en Suisse dans ses rapports avec le Code Civil*, Zürich 1922.
- DEGIORGI DINO, *Verfügungsbeschränkungen im bäuerlichen Bodenrecht*, Basel 1988.
- EDELMANN BEAT, *Rechtliche Probleme des Kiesabbaus im Kanton Aargau*, Diss. Zürich 1990.
- EJPD/BRP, "23x5", 23 Bundesgerichtsentscheide zu Artikel 5 des Raumplanungsgesetzes (materielle Enteignung), Bern 1987.
- EJPD/BRP, "36x15 und 16", 36 Bundesgerichtsentscheide zu Artikel 15 (Bauzonen) und Artikel 16 (Landwirtschaftszonen) des Raumplanungsgesetzes, Bern 1990.
- EPINEY ASTRID/KNOEPFEL PETER, *Der Spielraum des kantonalen Umweltrechts unter dem EWR- und EWG-Vertrag*, *URP/DEP* 1993 17-40.
- ESTERMANN ALOIS, *Die Baufreiheit und ihre Schranken*, Diss. St. Gallen 1965.
- EAWAG/Ueli Bundi, *Gewässerschutz in der Schweiz, sind die Ziele erreichbar?*, Bern 1981.
- FOUCAULT MICHEL, *Die Ordnung der Dinge*, Frankfurt a.M. 1971.
- FEUERSTEIN NICOLA, *Das Sonderopfer bei Eigentumsbeschränkungen*, Diss. St. Gallen 1993.
- GEISER K., Beiträge zur Geschichte des Wasserrechts im Kanton Bern, in: *ZBJV* 26/1909 409ff und 529ff.
- GMÜR R., *Die Abgrenzung des Fischereiregals von den private Fischenzen im Kanton Bern*, Diss. Bern 1949.
- GRISEL ETIENNE, *Les monopoles d'Etat*, in: *Mélanges André Grisel*, hrsg. von Jean-François Aubert und Philippe Bois, Neuchâtel 1983.

- GYGI FRITZ, *Abweichungen*, in: derselbe, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, Bern 1986, 163.
- GYGI FRITZ, *Verwaltungsrecht*, Bern 1986.
- GYGI FRITZ, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, Bern 1981.
- GYGI FRITZ, Zur bundesstaatlichen *Rechtssetzungszuständigkeit* im Gebiet des Obligationen- und Handelsrechts, in: derselbe, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, Bern 1986, 55ff.
- GYGI FRITZ, Zur Rechtssetzungszuständigkeit des Bundes auf dem Gebiete des *Zivilrechts* (BV 64), in: derselbe, Beiträge zum Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Festgabe zum 65. Geburtstag des Verfassers, Bern 1986, 39ff.
- HAAB ROBERT/SIMONIUS AUGUST, Kommentar zu Art. 641 ZGB, in: Zürcher Kommentar, Zürich 1977.
- HÄBERLI RUDOLF ET AL., *Kultur Boden - Boden Kultur*, Vorschläge für eine haushälterische Nutzung des Bodens in der Schweiz, Zürich 1991.
- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1988.
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, *Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Zürich 1990.
- HAGENBÜCHLE ANTON, *Das Bergrecht mit besonderer Berücksichtigung der Erdölschürfung*, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenverein, Basel 1957, 1a ff.
- HALLER WALTER/KARLEN PETER, *Raumplanungs- und Baurecht*, 2. A., Zürich 1992.
- HEIMANN-KRÄHENMANN BEATRICE ANNI, *Der Schutz des Waldes vor Immissionen*, Diss. Bern 1995.
- HEDEMANN JUSTUS WILHELM, *die Fortschritte des Zivilrechts im XIX Jahrhundert. Erster Teil: Die Neuordnung des Verkehrslebens*, Berlin, 1910; *zweiter Teil: Die Entwicklung des Bodenrechts von der französischen Revolution bis zur Gegenwart*, 1. Hälfte; *das materielle Bodenrecht*, Berlin 1930, 2. Hälfte: *die Entwicklung des formellen Bodenrechts*, Berlin 1935.
- HEDEMANN JUSTUS WILHELM, *Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs*, Berlin 1924.
- HEPPERLE ERWIN, *Bodenschutzrelevante Normen im Grundeigentumsrecht*, Diss. Zürich 1988.
- HEPPERLE ERWIN/LENDI MARTIN, *Leben Raum Umwelt, Recht und Rechtspraxis*, vdf 1993.
- HESS FRITZ, *Das Bergrecht des Kantons Zürich*, ZBI XXVI (1925), Nr. 18, 450, 481, 513, 553, 577, 602, 625.
- HISTORISCH-BIOGRAPHISCHES LEXIKON DER SCHWEIZ, Neuenburg 1921.
- HOFER J., *Rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit von Massnahmeplänen nach der Luftreinhalteverordnung*, in: URP/DEP, 4/1990, 313ff.
- HOPPE WERNER, *Das Spannungsverhältnis von Bergwerkseigentum und Oberflächeneigentum im Lichte des Verfassungsrechts*, Berlin, New York 1991.
- HOTZ REINHOLD, *Bäuerliches Bodenrecht: Probleme und Lösungsansätze*, in: *Blätter für Agrarrecht* 1992/2 45 ff.
- HUBER EUGEN, *Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern 1914.
- HUBER EUGEN, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, 4 Bände, Basel 1886 - 1893.
- HUBER EUGEN, *Die Gestaltung des Wasserrechts im künftigen schweizerischen Rechte*, in: *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, ZSR, NF 19 (1900) 33ff.
- HUBER HANS, *Kommentar zu Art. 6 ZGB*, in: *Berner Kommentar*, Bern 1962.
- HUBMANN TRACHSEL MICHÈLE, *Koordination - kein alter Hut*, in: URP/DEP, 1996 - 1997, 780ff.
- HUNZIKER THEO, *Landschaftsschutz in der Schweiz*, Bern 1992.
- IMHOLZ ROBERT, *Die Zuständigkeiten des Bundes auf dem Gebiete des Natur- und Heimatschutzes*, Diss. Zürich 1975.
- ISELIN GEORG, *Kantonales Einführungsrecht zur UVP*, URP/DEP 1989 185-195.
- JAAG TOBIAS, *Die Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche bei Immissionen aus öffentlichen Werken*, in: *recht* 1992 104ff.
- JACOBS RETO, *Marktwirtschaftlicher Umweltschutz aus rechtlicher Sicht, Zertifikatslösungen im Luftreinhalterecht der USA und der Schweiz*, Diss. St. Gallen 1997.
- JEAN-FRANÇOIS AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Volume II, Neuchâtel 1967.
- JUNGO PIERRE-ANDRÉ, *Die Umweltverträglichkeitsprüfung als neues Instrument des Verwaltungsrechts*, Diss. Freiburg 1987.
- KALLENBERGER WERNER, *Bodenreformkonzeptionen*, Diss. Zürich 1979.
- KANT, IMMANUEL, *Die Metaphysik der Sitten*, Stuttgart 1990.
- KARLEN PETER, *Das abgebrannte Badehäuschen*, in: *recht* 1991 99ff.
- KELLER HELENE, *Umwelt und Verfassung*, Diss. Zürich 1993.
- KOECHLIN DOMINIK, *Das Vorsorgeprinzip im Umweltschutzgesetz*, Diss. Bern, Basel/Frankfurt a.M. 1989.

- KÖLZ MONIKA, Emissionsgutschrift und Emissionsverbund in den Entwürfen zu den Umweltschutzgesetzen der Kantone Basel-Landschaft und Basel-Stadt, URP 1990 194 ff.
- KOMMENTAR BV, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Hrsg. Aubert J./Eichenberge K./Müller J.P./Rhinow R./Schindler D., Basel/Zürich/Bern (zitiert: Name des Autors/der Autorin, Kommentar BV, Art. ..., Rz ...).
- KOMMENTAR NHG, Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz, Hrsg. P. Keller/J. Zufferey/K.L. Fahrländer, Zürich 1997.
- KOMMENTAR RPG, Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, hrsg. von Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1999.
- KOMMENTAR USG, Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Hrsg. VUR, Zürich 1997 (zitiert: Name des Autors/der Autorin, Kommentar USG, Art. ..., Rz ...).
- KOZIOL HELMUT, Die Vereinheitlichung der Delikts- und Vertragshaftung im Schweizer Vorentwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts, ZBJV 1998 (134) 517-531.
- KRUMMENACHER ADOLF, Grundeigentum, Ein Leitfaden aus der Praxis, Zürich 1989.
- KUTTLER ALFRED, Materielle Enteignung aus der Sicht des Bundesgerichts, in: ZBI 1987 185ff.
- KUTTLER ALFRED, 30 Jahre Verfassungsartikel über die Raumplanung - 20 Jahre Raumplanungsgesetz: Rückblick und Bilanz, Information der Dokumentationsstelle für Raumplanungs- und Umweltrecht, Schweizerische Vereinigung für Landesplanung, Bern, März 1999.
- LAGGER SIEGFRIED, Überblick über das neue Gewässerschutzrecht, in: URP/DEP 1999/6., 470ff.
- LEIMBACHER JÖRG, Die Rechte der Natur, Basel und Frankfurt a.M. 1988.
- LEIMBACHER JÖRG, Grundlose Verfassung? Bemerkungen zur Naturvergessenheit der Bundesverfassung, in: Das Recht des Bodens, Grundlagen für einen neuen Bodenartikel in der Verfassung, Dossier Bodenblatt 3/98 (IG Boden) 38 ff.
- LEIMBACHER JÖRG, Planungen und materielle Enteignung, Schriftenfolge Nr. 63, Schweizerische Vereinigung für Landesplanung, Bern 1995.
- LEIMBACHER JÖRG, Rechte der Natur und ihre Einbindung ins Recht, in: Reformperspektiven im Umweltrecht, hrsg. v. Rossnagel Alexander/Neuser Uwe, Baden-Baden 1996 123 ff.
- LIVER PETER, Die ehehaften Wasserrechte in der Schweiz, in: Festschrift Gieseke, Karlsruhe 1958.
- LIVER PETER, Die Entwicklung des Wasserrechts in der Schweiz seit hundert Jahren, Basel 1952 (auch in: ZSR NF 71 (1952) I 323ff).
- LIVER PETER, Das *Eigentum*, in: Schweizerisches Privatrecht, Sachenrecht, hrsg. von Arthur Meier-Hayoz, Basel und Stuttgart 1977, 1ff.
- LIVER PETER, Das Recht der Ausnutzung von Naturkräften und Bodenschätzen, Sonderdruck aus Jahrgang 1953 des "Schweizerischen Energie-Konsumenten, Solothurn 1953.
- LORETAN THEO, Die Umweltverträglichkeitsprüfung, Diss. Zürich 1986.
- LORETAN THEO/VALLENDER KLAUS/MORELL RETO, Das Umweltschutzgesetz in der Rechtsprechung, 1990 bis 1994, URP/DEP 1995 165-259.
- MATTHEY BLAISE, L'adaptation des législations cantonales en matière d'environnement, Fédération des Syndicats Patronaux, Genf 1991.
- MAURER HANS, Naturschutz in der Landwirtschaft als Gegenstand des Bundesrechts, Diss. Zürich 1995.
- MEIER DIETER, Nutzungspflichten des Grundeigentümers, Diss. Bern 1984.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, *Einleitungsartikel* des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1979.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Sachenrecht, Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, in: Berner Kommentar, Bern 1981.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Kommentar zu Art. 655 - 679 ZGB, in: Berner Kommentar, Bern 1974.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Kommentar zu Art. 680 - 701 ZGB, in: Berner Kommentar, Bern 1975.
- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Skriptum der Sachenrechtsvorlesung, Zürich 1984.
- MENZI DANIEL, Luftfahrt und Umwelt, Diss. Zürich 1988.
- MITTEIS HEINRICH/LIEBERICH HEINZ: Deutsche Rechtsgeschichte, München 1992.
- MÜLLER GEORG, Privateigentum heute, ZSR NF 100 (1981) II 1 ff.
- MÜLLER JÖRG PAUL, Grundrechte in der Schweiz, 3.A., Bern 1999.
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992-1996, Bern 1998.
- MÜLLER-ERZBACH RUDOLF, Das Bergrecht Preussens und des weiteren Deutschlands, Stuttgart 1907.
- MUNZ ROBERT, Landschaftsschutz als Gegenstand des Bundesrechts, ZBI 87 (1986) 1 ff.

- MUNZ ROBERT/BRYNER ANDRI/SIEGRIST DOMINIK, *LANDSCHAFTSSCHUTZ IM BUNDESRECHT*, CHUR/ZÜRICH 1996.
- NICOLE YVES, *L'étude d'impact dans le système fédéraliste Suisse*, Diss. Lausanne 1991.
- PESTALOZZI MARTIN, *Sicherung angemessener Restwassermengen - alles oder nichts?* In: URP/DEP 1996/7, 708ff.
- PFISTERER THOMAS, *Entschädigungspflichtige raumplanerische Massnahmen*, in: BVR 1990 25ff.
- PFISTERER THOMAS, *Entwicklung und Perspektiven der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur materiellen Enteignung*, in: ZBI 1988 469ff. (I. Teil) und 517ff. (II. Teil).
- PFLEGHART A., *Die Grundlagen des eidgenössischen Wasserrechtsgesetzesentwurf*, ZSR NF 30 (1911) 66ff.
- RENAUDIÈRE PHILIPPE, *Le Droit Communautaire de l'Environnement, Introduction systématique*, URP/DEP 1992 11-47.
- REY HEINZ, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Bern 1991.
- RHINOW RENÉ/KOLLER HEINRICH/KISS CHRISTINA, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassung des Bundes*, Basel 1996.
- RHINOW RENÉ/KRÄHENMANN BEAT, *Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung*, 1990.
- RICHLI PAUL, *Kantonale Monopole - Die offene Flanke der Handels- und Gewerbefreiheit*, ZBI 90 (1989) 476.
- RIEMER HANS MICHAEL, *Die beschränkten dinglichen Rechte*, Bern 1986.
- RIEMER HANS MICHAEL, *Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zürich 1987.
- RIVA ENRICO, *Hauptfragen der materiellen Enteignung*, Bern 1990.
- RUCH ALEXANDER, *Das Recht in der Raumordnung*, Basel und Frankfurt a.M. 1997.
- RUCH ALEXANDER, *Materielle Enteignung - Eingriff oder Schaden?*, in: ZBI 1983 535ff.
- RUEY CLAUDE, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, Diss. Lausanne 1988.
- SALADIN PETER, *Bund und Kantone*, ZSR NF 103, 1984, II, S. 431 ff.
- SALADIN PETER, *Grundrechte im Wandel*, 3.A., Bern 1982.
- SALADIN PETER, *Das Verwaltungsverfahren des Bundes*, Basel 1979.
- SALADIN PETER, *Kantonales Umweltrecht im Netz des Bundesrechts*, URP 1993 1 ff.
- SALADIN PETER, *Umweltverfassung, Handbuch des bernischen Verfassungsrechts*, Hrsg. Kälin W./Bolz U., Bern 1995, S. 71 ff.
- SALADIN PETER, *Zur Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen im Umweltschutzrecht*, Im Dienst an der Gemeinschaft, FS D. Schindler, Basel 1989, S. 759 ff.
- SCHEIWILER VIKTOR, *Das Interesse des Grundeigentümers am Untergrund gemäss Art. 667 Abs. 1 ZGB*, Diss. Zürich 1974.
- SCHILD BERND, *Die Feld-, Wald- und Flurordnungen im frühneuzeitlichen Dorfrecht Thüringens*, in: *Deutsches Recht zwischen Sachsenspiegel und Aufklärung*, Frankfurt a.M./Bern/New York/Paris 1991.
- SCHINDLER DIETRICH, *Rechtsfragen des Gewässerschutzes in der Schweiz*, ZSR, NF 84 (1965) II 379ff.
- SCHMID-TSCHIRREN CHRISTINA MARIA, *Die negativen Immissionen im schweizerischen Privatrecht*, Diss. Bern 1997.
- SCHMID HANS, *Das Bergrecht in der Schweiz*, Schweizerische Juristen-Zeitung 17. Jahrgang (1920), 57, 85, 102.
- SCHMID HANS GAUDENZ, *Landschaftsverträgliche Wasserkraftnutzung*, Basel und Frankfurt a.M. 1997.
- SCHMID JÖRG, *Sachenrecht*, Zürich 1997.
- SCHÖBI FELIX, *Zur Unterscheidung von formeller und materieller Enteignung am Beispiel von Immissionsstreitigkeiten*, in: recht 1985 126ff.
- SCHÜRMAN LEO, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 1983.
- SCHÜRMAN LEO/HÄNNI PETER, *Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht*, 3. A., Bern 1995.
- SIEBER HUGO, *Die Bodenrechtsinitiativen*, Bern 1963.
- SPAHN MELCHIOR, *Die kantonalen Regalrechte nach Artikel 31 Abs. 2 der Bundesverfassung*, Diss. Zürich 1956.
- SPÜHLER KARL, *Aktuelle Rechtsfragen zum zürcherischen Bau- und Planungsrecht aus der Sicht des Bundesgerichts*, in: ZBI 1993 109ff.
- SPÜHLER KARL, *Die Praxis des Bundesgerichts zu den gebundenen Ausgaben in den zürcherischen Gemeinden*, in: ZBI 1991 141ff.
- STEINAUER PAUL-HENRI, *Les droits réels*, Band I, Bern 1985.

- STEINAUER PAUL-HENRI, Les droits réels, Band II, Bern 1990.
- STÜDELI RUDOLF, Die materielle Enteignung und ihre Folgen, Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (VLP), Schriftenfolge Nr. 22, Bern 1978.
- SUTTER-SOMM KARIN, Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht, Basel und Frankfurt a.M. 1989.
- TRÜEB HANS RUDOLF, Grandfathering von Emissionszertifikaten - Verfassungsrechtliche Gesichtspunkte, in: URP 1995, 677ff.
- TRÜEB HANS RUDOLF, Zertifikate als Instrumente der Luftreinhaltepolitik, in: ZSR NF 1994 233ff.
- TRÜEB RUDOLF, Rechtsschutz gegen Luftverunreinigung und Lärm, Diss. Zürich 1989.
- TSCHANNEN PIERRE, Richterstaat in der Raumplanung?, Beiheft 11 zur ZSR, Basel 1990, 105 ff.
- VALLENDER KLAUS A./JOOS M., Arbeitspapier zur Frage der Vereinbarkeit der kantonalen Monopole und Regale mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaften, Institut für Finanzwirtschaft und Finanzrecht an der Hochschule St. Gallen, Mai 1991.
- VALLENDER KLAUS A./MORELL RETO, Umweltrecht, Bern 1997.
- WAGNER PFEIFER BEATRICE, Das Umweltrecht vor den Herausforderungen der Gentechnologie, Zürich 1997.
- WALDMANN BERNHARD, Der Schutz von Mooren und Moorlandschaften: Inhalt, Tragweite und Umsetzung des «Rothenthurmartikels» (Art. 24sexies Abs. 5 BV), Diss. Freiburg 1997.
- WALLISER PETER, Dokumentation, Parlamentarischer Vorstösse in den Bereichen Boden und Bodenrecht, Raumordnungspolitik, Bodenrechtsreform, Bern 1982 (Hrsg. EJPD/BRP).
- WOLF ROBERT, Entschädigungsprobleme bei der Übernahme von Grundstücken durch das Gemeinwesen, Schweizerische Vereinigung für Landesplanung (VLP), Schriftenfolge Nr. 49, Bern 1989.
- ZÄCH CHRISTOPH, Das neue Bodenschutzrecht, URP 1996 497 ff.
- ZIMMERMANN WILLI, Neue Instrumente braucht das Land?, in: URP/DEP 1994, 237ff.
- ZÜRCHER ALEXANDER, Die vorsorgliche Emissionsbegrenzung nach dem Umweltschutzgesetz, Zürich 1996.