

Bern, 10.08.2018

Bergregalgesetz BRG (Änderung) Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Regierungsrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Vernehmlassung und äussern uns zu Ihrer Vorlage wie folgt:

I. Ausgangslage

Mit der Änderung des BRG will der Regierungsrat die rechtliche Grundlage für den unterirdischen Abbau von mineralischen Baustoffen schaffen. Zur Begründung wird ins Feld geführt, es zeichne sich ab, dass z. B. für den Bahn- und Strassenbau insbesondere Hartschotter in Zukunft auch im Untertagbau gewonnen werden könne. Um dafür die rechtlichen Grundlagen zu schaffen, will der Regierungsrat den Abbau von mineralischen Baustoffen im Untergrund dem Bergregalgesetz unterstellen. Die durch diesen Abbau entstehenden Hohlräume könnten anschliessend für die Ablagerung von Materialien genutzt werden. Daher soll auch die Nutzung von Hohlräumen im Untergrund zu Deponiezwecken neu im BRG geregelt werden.

II. Stellungnahme

a. Allgemeines

Der HIV unterstützt selbstverständlich Bestrebungen, im Kantonsgebiet soweit notwendig vorhandene unterirdische Hartgesteinsvorkommen abzubauen. Die Nutzung der durch den Abbau entstehenden Hohlräume zur Ablagerung von Materialien ist ebenfalls zu begrüßen, zumal in einigen Regionen im Kanton Bern Deponiestandorte nicht in ausreichendem Ausmass vorhanden sind. Auf die Frage, ob dazu eine Gesetzesänderung notwendig ist, wird nachfolgend eingegangen.

b. Frage nach dem Regelungsbedarf

Überregulierung bremst Innovation und Wohlstand. Bei der Frage nach dem Problem, das die Schweizer Politik am dringendsten lösen sollte, um das Umfeld für Unternehmungen zu verbessern, nannten in einer repräsentativen Umfrage 2017 mit Abstand die meisten Geschäftsleitungsmitglieder die hohe Regulierungsdichte und die damit verbundene Bürokratie. Zunehmende Bürokratie wird hauptsächlich verursacht durch den Erlass von Regulierungen, ohne zu überprüfen, ob sie zusätzliche Administrativaufgaben ohne jegliche wertschöpfende Wirkung auslösen. Folgen davon sind eine Aufblähung von staatlichen Verwaltungsapparaten und höhere Verwaltungskosten bei Unternehmungen.

Der HIV setzt sich konsequent gegen unnötige Regulierungen ein. Insofern stellt sich für uns vorliegend zunächst die Frage nach dem Regelungsbedarf im Bereich des BRG.

Grundeigentum erstreckt sich in vertikaler Hinsicht in das Erdreich, soweit für die Ausübung ein Interesse besteht (Art. 667 ZGB). Das Bundesgericht hat in BGE 119 Ia 390 (E. 5d und e) die Verfügungsbefugnis über den Grund unter dem Eigentum dem Kanton zugewiesen, in dessen Gebiet sich der fragliche Untergrund befindet. Der Untergrund untersteht damit der kantonalen Gesetzgebungshoheit, und zwar dem öffentlichen Recht der Kantone.

Gemäss der aktuellen Gesetzgebung unterstehen dem Bergregal im Kanton Bern Energierohstoffe (Erdöl, Erdgas, Kohle, Uran), Erze, Edelsteine sowie die Nutzung von Erdwärme aus tiefen Erdschichten (Art. 2 und 3 BRG). Die Nutzung weiterer öffentlicher Sachen wie Steine und Erden, die gemäss den Regelungen des ZGB (Art. 664 u. w.) und den weiteren Bundesvorschriften dem Privatrechtsverkehr ganz oder teilweise entzogen sind, werden durch das öffentliche Recht geregelt. Hier gelangen die Bestimmungen des allgemeinen Verwaltungsrechts über den Gebrauch an öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch zur Anwendung (allgemeine Benutzungsordnungen, Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch und Konzessionspflicht für besondere Arten der Sondernutzung; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage 2016, S. 499 ff.). Das Bundesgericht hat im Leitescheid 119 Ia 390 dementsprechend unter E. 5e ausgeführt, der Kanton könne festlegen, dass eine Sondernutzungskonzession erlangen muss, wer als Privater diesen Untergrund für eine bestimmte, andere Tätigkeit ausschliessende Nutzung in Anspruch nehmen will. Die Pflicht zur Einholung einer Konzession für die Sondernutzung einer öffentlichen Sache bedarf nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts keiner gesetzlichen Grundlage (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., N. 2315). Der ausserhalb der Eigentümerinteressen stehende Untergrund kann daher ohne Weiteres ohne Unterstellung unter das BRG in die ausschliessliche Verfügungsgewalt des Kantons und dessen Benützung unter Konzessionspflicht gestellt werden. Wir sehen daher keine Notwendigkeit für die Gesetzesrevision. Ausserdem erachten

wir die angestrebte Erweiterung des Bergregals auf Steine und Erden im Untergrund auch mit Blick auf die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit als problematisch, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt.

c. Rechtmässigkeit der Monopolisierung

Die geplante Änderung des BRG will die Wirtschaftstätigkeit der Ausbeutung von Steinen und Erden im Untergrund neu dem Kanton vorbehalten und auch die Tätigkeiten in Bezug auf die Ablagerung von Materialien im öffentlichen Untergrund staatlich monopolisieren.

Das Bergregal gehört zu den sogenannten Grund- und Bodenregalen, die historische Monopole der Kantone darstellen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a. a. O., N. 2689). Die Kantone sind befugt, neue Monopole einzuführen, sofern dies durch ein zulässiges öffentliches Interesse gerechtfertigt wird und verhältnismässig ist. Neue kantonale Monopole dürfen aber nicht als Fiskalmonopole ausgestaltet werden. In der Literatur wird zudem bezweifelt, ob die frühere monopolfreundliche Rechtsprechung zu BV 1874 Art. 31 heute noch Bestand haben kann (vgl. Biaggini, BV Kommentar, 2. Auflage 2017, S. 838 mit Verweis auf BGE 124 I 18 m. w. H.).

Wir halten die vorliegende Gesetzesrevision für rein fiskalpolitisch motiviert und daher für unrechtmässig.

d. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Aus Sicht des Regierungsrats hat die Vorlage gemäss Vortrag nur positive Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, da mit der neu zu schaffenden gesetzlichen Grundlage die Verfügbarkeit von Baurohstoffen erleichtert würden. Wir halten diese Darstellung für unvollständig und einseitig. Zum einen wird mit der Monopolisierung des Abbaus von Steinen und Erden aus dem Untergrund (Untertagbau) ohne Not ein zusätzliches Verfahren mit geschaffen, welches sich von jenem für den Abbau von Steinen und Erden im Tagbau unterscheidet – mit entsprechend anderen Abläufen, zusätzlichem Administrativaufwand und höheren Kosten. Zum anderen ist nicht von der Hand zu weisen, dass kantonale Bestimmungen über die Nutzung des Untergrundes das Potential haben, das Ausübungsinteresse des oberirdischen Grundeigentums, und damit auch den Umfang seines Eigentums, zu beeinflussen (vgl. Ender, Wem gehört der Untergrund?, in URP 2014 S. 354 ff., S. 356). Immerhin hat der Grosse Rat vor rund fünf Jahren eine Motion deutlich überweisen, die den Regierungsrat dazu verpflichtet, im Rahmen seiner Vorträge zu Vorlagen in Vernehmlassungsverfahren die Auswirkungen auf die Wirtschaft umfassender darzustellen ([Motion FDP, 035-2013](#)).

Wir beantragen aus den dargelegten Gründen, auf die Gesetzesrevision zu verzichten und danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Bemerkungen.

Freundliche Grüsse

**Handels- und Industrieverein
des Kantons Bern**



Adrian Haas, Dr. iur., Fürsprecher
Direktor



Lars Guggisberg, lic. iur., Fürsprecher
Juristischer Sekretär