



Bergregalgesetz (BRG) Änderung

Inhaltsverzeichnis

1. Zusammenfassung	1
2. Ausgangslage	1
2.1 Abbau von Hartgestein im öffentlichen Untergrund.....	1
2.2 Nutzung des Untergrunds zu Deponiezwecken	2
2.3 Berichterstattung	3
3. Rechtsvergleich	3
4. Erläuterungen zu den Artikeln.....	3
5. Verhältnis zu den Richtlinien der Regierungspolitik (Rechtsetzungsprogramm) und anderen wichtigen Planungen.....	8
6. Auswirkungen auf Raum und Umwelt	8
7. Finanzielle Auswirkungen	8
8. Personelle und organisatorische Auswirkungen.....	9
9. Auswirkungen auf die Gemeinden	9
10. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft.....	9
11. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens.....	9

Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Bergregalgesetzes (BRG)

1. Zusammenfassung

Ausgangspunkt dieser Gesetzesänderung ist das Bestreben, Hartgesteinsvorkommen unterirdisch abzubauen. Unterdessen ist dafür auch bereits ein konkretes Projekt bekannt. Dieses sieht vor, die durch den Abbau entstandenen Hohlräume in einem zweiten Schritt für die Ablagerung von Materialien zu nutzen. Soweit der Abbau von Gestein und die Ablagerung von Materialien im tiefen Untergrund ausserhalb des privatrechtlichen Grundeigentums stattfinden, handelt es sich um Sondernutzungen des öffentlichen Untergrunds. Solche Sondernutzungen sind im geltenden Recht nicht speziell geregelt, insbesondere fehlt eine gesetzliche Grundlage, dafür eine Abgabe zu erheben. Daher soll die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds neu im Bergregalgesetz vom 18. Juni 2003 (BRG)¹ geregelt werden. Damit die Neuregelung schon auf das erwähnte Projekt angewendet werden kann, muss die Revision des Bergregalgesetzes zügig vorgenommen werden.

Darüber hinaus wird lediglich die bestehende Regelung zur Berichterstattung präzisiert bzw. ergänzt. Nicht relevant ist die vorliegende Gesetzesänderung für das Projekt "Cargo sous terrain". Dafür ist keine kantonale Regelung der Nutzung des Untergrunds erforderlich, da der Bund ein entsprechendes Gesetz vorbereitet.

2. Ausgangslage

2.1 Abbau von Hartgestein im öffentlichen Untergrund

Das Bergregalgesetz regelt unter anderem die Nutzung der mineralischen Rohstoffe. Als mineralische Rohstoffe werden Materialien bezeichnet, die im Laufe der Erdgeschichte durch geologische Prozesse entstanden sind und sich nur in geologischen Zeiträumen (Jahrtausende bis Jahrmillionen) neu bilden. Untergruppen von mineralischen Rohstoffen sind beispielsweise Energierohstoffe (Erdöl, Erdgas, Kohle, Uran) und Erze (metallische mineralische Rohstoffe und Edelmetalle). Eine weitere Untergruppe bilden Steine und Erden, wozu auch Hartgesteine gehören.

Aus dem Vortrag des Regierungsrates vom 22. Januar 2003 zum Bergregalgesetz² ergibt sich, dass Steine und Erden bewusst nicht dem Bergregal unterstellt worden sind. Der Grund dafür war gemäss den Ausführungen im Vortrag, dass für den (oberflächlichen) Kiesabbau keine Konzessionspflicht geschaffen werden sollte. Daran ändert sich durch die vorliegende Revision nichts. Steine und Erden werden nach wie vor nicht dem Bergregal unterstellt und damit wird insbesondere für den herkömmlichen Kiesabbau nach wie vor keine Konzessionspflicht geschaffen.

Findet der Abbau von Steinen und Erden jedoch im tiefen Untergrund statt, stellt dies eine Nutzung des öffentlichen Untergrunds dar. Das Nutzungsrecht der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer ist nach unten begrenzt. Es reicht nicht bis zum Erdmittelpunkt, sondern gemäss Artikel 667 Absatz 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB)³ nur so weit, als ein schutzwürdiges Interesse an der Ausübung des Nutzungsrechts besteht. Der öffentliche Untergrund beginnt somit dort, wo er mangels eines schutzwürdigen Ausübungsinteresses der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer nicht mehr Bestandteil der darüber liegenden Grundstücke ist und daher eigentümlich nicht mehr den privatrechtlichen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern gehört. Dieser Untergrund steht

¹ BSG 931.1

² Der Vortrag ist abrufbar unter: www.bve.be.ch > Rechtsamt > Rechtliche Grundlagen > Vorträge

³ SR 201

unter der Hoheit des Kantons.⁴ Das konkrete Untertagabbauvorhaben beabsichtigt den Abbau von Hartgestein in einer Tiefe von rund 500 m. In einer solchen Tiefe besteht kein schutzwürdiges Ausübungsinteresse der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer mehr.

Nutzt jemand eine öffentliche Sache in einer Art und Weise, die andere dauernd von der Nutzung dieser Sache ausschliesst, handelt es sich um eine Sondernutzung. Als Sondernutzung sind daher Nutzungen des öffentlichen Untergrunds zu qualifizieren, wenn sie mittels fixer Installationen erfolgen, auf einen langen Zeitraum ausgelegt sind und in einer Art und Intensität erfolgen, die andere Nutzer dauerhaft von einer Nutzung ausschliesst. Dies trifft insbesondere auf den Abbau von mineralischen Rohstoffen im Untertagbau zu.⁵

Der Abbau von Hartgestein im öffentlichen Untergrund stellt somit eine Sondernutzung dar und bedarf eines entsprechenden Nutzungsrechts. Ein solches wird mit einer Sondernutzungskonzession verliehen.⁶ Im Kanton Bern fehlt bisher eine entsprechende gesetzliche Grundlage. Artikel 78 des Gesetzes vom 28. Mai 1911 betreffend die Einführung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (EG ZGB)⁷ sieht lediglich vor, dass die Benutzung und Ausbeutung der öffentlichen Sachen unter staatlicher Aufsicht steht und dass sie vom Staat untersagt werden können, wenn durch die Benutzung und Ausbeutung öffentliche Interessen beeinträchtigt werden. Die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds soll daher im Bergregalgesetz geregelt und die gesetzliche Grundlage für die Verleihung einer entsprechenden Sondernutzungskonzession geschaffen werden. Das Gesetz soll dementsprechend neu "Gesetz über das Bergregal und die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds" heissen.

2.2 Nutzung des Untergrunds zu Deponiezwecken

Die neuen gesetzlichen Grundlagen für die Verleihung einer Sondernutzungskonzession im Bergregalgesetz sind auch auf die Nutzung der durch den Abbau des Hartgesteins entstandenen Hohlräume für die Ablagerung von Materialien anwendbar. Erfolgt der Materialabbau an der Oberfläche im Tagbau, muss die Materialabbaustelle wieder aufgefüllt werden (Art. 25 Abs. 2 des Baugesetzes vom 9. Juni 1985, BauG⁸). Da Deponievolumen ein knappes und dementsprechend begehrtes Gut ist, erfolgt diese Wiederauffüllung mit Material, das ansonsten an geeigneten Standorten auf Deponien abgelagert werden müsste. Es ist deshalb naheliegend, auch bei einem Materialabbau im Untertagbau die im Untergrund entstandenen Hohlräume zu Deponiezwecken zu nutzen. Dabei stellen Deponien im tiefen Untergrund ebenfalls eine Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds dar. Sie benötigen daher ebenfalls eine Sondernutzungskonzession des Kantons.

Daneben benötigt die Ablagerung von Materialien im Untergrund Bewilligungen nach dem Umweltschutzrecht des Bundes. Die Bewilligung von unterirdischen Deponien ist in der Abfallgesetzgebung geregelt. Demnach benötigt eine Errichtungsbewilligung der kantonalen Behörde, wer eine Deponie errichten will (Art. 38 Abs. 1 der Verordnung des Bundesrates vom 4. Dezember 2015 über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen, Abfallverordnung, VVEA⁹). Die Voraussetzungen für die Erteilung der Errichtungsbewilligung sind grundsätzlich in Artikel 39 VVEA geregelt. Zusätzliche Voraussetzungen gelten für die Errichtung von unterirdischen Deponien; zudem darf eine unterirdische Deponie nur mit Zustimmung des Bundesamts für Umwelt (BAFU) errichtet werden (Art. 36 Abs. 2 VVEA). Für den Betrieb einer Deponie ist weiter eine Betriebsbewilligung der kantonalen Behörde erforderlich, deren Voraussetzungen in Artikel 40 VVEA geregelt sind.

⁴ Vgl. BGE 119 Ia 390, E. 5

⁵ Abegg/Dörig, Untergrund im Recht, Rechtsgutachten, Winterthur, Oktober 2018, S. 58 ff.

⁶ Abegg/Dörig, Untergrund im Recht, Rechtsgutachten, Winterthur, Oktober 2018, S. 60 mit Hinweisen auf die Literatur und Rechtsprechung

⁷ BSG 211.1

⁸ BSG 721.0

⁹ SR 814.600

2.3 *Berichterstattung*

Die Berichterstattung ist im bestehenden Artikel 9 BRG grundsätzlich bereits geregelt. Sie wird präzisiert und ergänzt.

3. **Rechtsvergleich**

Gesetze, welche das Bergregal und/oder die Nutzung des Untergrunds zum Gegenstand haben, kennen auch viele andere Kantone. Jeder Kanton beschreitet dabei aber eigene Wege, eine einheitliche Linie ist nicht auszumachen: Während die jüngsten Erlasse (Luzern, Aargau, Bern, Schwyz und Uri) neben der Ausbeutung von Bodenschätzen auch die Nutzung der Erdwärme aus tiefen Erdschichten dem Regalrecht des Kantons unterstellen, beschränken sich die älteren Erlasse auf den Abbau von Bodenschätzen. Darüber hinaus regeln beispielsweise die Kantone Aargau, Luzern, Schwyz und Uri auch die Nutzung des Untergrunds. Die Regelung der Nutzung des Untergrunds wird aktuell in verschiedenen Kantonen geprüft. So hat insbesondere auch der Kanton Zürich einen Entwurf für ein Gesetz über die Nutzung des Untergrunds erarbeitet.

Diese Vielfalt an kantonalen Lösungen führt dazu, dass ein Rechtsvergleich keine bestimmte Lösung nahelegt. Andere kantonale Lösungen lassen sich nur schwer oder gar nicht in das Gerüst des bernischen Bergregalgesetzes integrieren, ohne den Rahmen einer schlanken Revision zu sprengen. Insofern ist ein Rechtsvergleich hier nur von beschränktem Wert.

4. **Erläuterungen zu den Artikeln**

Erlasstitel

Neben dem Bergregal soll im Gesetz neu auch die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds geregelt werden. Dieser Erweiterung des Gesetzesgegenstands wird mit einer Anpassung des Erlasstitels und der Legalabkürzung Rechnung getragen.

Ingress

Der Ingress wird um die Rechtsgrundlage im Bundesrecht für die kantonale Regelung der Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds ergänzt. Zudem wird im Sinne einer redaktionellen Anpassung nach "Kantonsverfassung" die Legalabkürzung "KV" eingefügt.

Artikel 1

Artikel 1 Buchstaben a und b: Dabei handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Überarbeitung. Die beiden Nutzungen wurden unverändert aus der bisherigen Bestimmung übernommen, aber neu als Aufzählung gestaltet. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

Artikel 1 Buchstabe c: Die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds wird neu im Gesetz geregelt. Beispiele für Sondernutzungen des öffentlichen Untergrunds sind der Abbau von Hartgestein im tiefen Untergrund und die anschliessende Deponienutzung dieser Abbauhohlräume. Nicht unter diese neue Regelung fallen Nutzungen nach den Buchstaben a und b. Auch solche Nutzungen können zwar Sondernutzungen des öffentlichen Untergrunds darstellen, unterstehen aber bereits den Bestimmungen zum Bergregal.

Artikel 2

Artikel 2 Absatz 2: Hierbei handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Anpassung. Da das ZGB schon im Ingress vollständig zitiert wird, kann hier nur noch die Abkürzung verwendet werden.

Artikel 3

Artikel 3 Absatz 3: Der öffentliche Untergrund beginnt dort, wo er nicht mehr Bestandteil der darüber liegenden Grundstücke ist und daher eigentumsässig nicht mehr den privatrechtlichen Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern gehört: 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 (Art. 667 Abs. 1 ZGB); im darüber hinausgehenden bzw. darunter liegenden Raum kennt das ZGB kein privates Grundeigentum. Dieser Untergrund steht unter der Hoheit des Kantons.¹⁰ Bis in welche Tiefe ein schutzwürdiges Ausübungsinteresse der Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer reicht, lässt sich nicht generell in Metern bestimmen, sondern ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Es muss sich dabei um ein auf die Beherrschung des Raumes gerichtetes Nutzungsinteresse handeln, für das die tatsächliche und rechtliche Beherrschungsmöglichkeit erforderlich ist.¹¹ Das Ausübungsinteresse kann sowohl positiv wie negativ Wirkung entfalten. Ein positives Interesse liegt dann vor, wenn die Eigentümerinnen und Eigentümer unter der Erdoberfläche aus dem Eigentumsrecht fließende Nutzungsbefugnisse ausüben wollen. Das negative Interesse besteht darin, dass sich die Eigentümerinnen und Eigentümer gegen Tätigkeiten Dritter wehren wollen, welche sich für die Nutzung ihrer Liegenschaft nachteilig auswirken können.¹²

Artikel 4

Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b: Dabei handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Überarbeitung. Die beiden Nutzungen wurden unverändert aus der bisherigen Bestimmung übernommen, aber neu als Aufzählung gestaltet. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c: Die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds wird neu im Gesetz geregelt und Vorbereitungsmaßnahmen dafür bedürfen ebenfalls einer Bewilligung nach den Artikeln 10 bis 13 BRG.

Artikel 4 Absatz 2 Buchstaben a und b: Dabei handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Überarbeitung. Die beiden Nutzungen wurden unverändert aus der bisherigen Bestimmung übernommen, aber neu als Aufzählung gestaltet. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe c: Die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds wird neu im Gesetz geregelt und bedarf ebenfalls einer Konzession nach Artikel 14 bis 18 BRG.

Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe a: Dabei handelt es sich lediglich um eine redaktionelle Überarbeitung. Dies wurde unverändert aus der bisherigen Bestimmung übernommen, aber neu als Aufzählung gestaltet. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b: Diese Bestimmung ist insbesondere auf Wasserkraftanlagen zugeschnitten. Werden für solche Anlagen im tiefen Untergrund Stollen und Kavernen ausgehoben, stellt dies eine Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds dar. Da dafür aber bereits eine Wasserkraftkonzession nach Wassernutzungsgesetz (WNG)¹³ erforderlich ist, soll dafür nicht zusätzlich eine Konzession für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds nötig sein.

Artikel 9

Artikel 9 Absätze 2 und 3: Im bestehenden Absatz 1 von Artikel 9 BRG ist die Pflicht zur Berichterstattung vorgeschrieben. Was darunter zu verstehen ist, welche Informationen geliefert werden müssen und welche Spielregeln bei der Weitergabe an Dritte gelten, lässt sich der Bestimmung aber nicht entnehmen. Daher werden zur Präzisierung und Ergänzung der bestehenden Bestimmung in Absatz 1 von Artikel 9 BRG in den neuen Absätzen 2 und 3 zusätzlich Bestimmungen zur Berichterstattung aus dem Gesetz des Kantons Aargau vom 19. Juni 2012 über die Nutzung des tiefen Untergrunds und die Gewinnung von Bodenschätzen übernommen.

Artikel 9 Absatz 4: Da nur darüber Bericht erstattet werden kann, was auch erhoben und dokumentiert wurde, gibt Absatz 4 der Bewilligungs- bzw. der Konzessionsbehörde neu die Möglichkeit, konkrete Pflichten zur Berichterstattung vorzuschreiben. Dabei kann neben den Inhal-

¹⁰ Vgl. BGE 119 Ia 390, E. 5

¹¹ Lukas Matzke, Zwei Entscheide des Bundesgerichts zur vertikalen Ausdehnung des Grundeigentums im Untergrund, recht 2007 S. 235 ff., Ziff. III.1

¹² Thomas Ender, Wem gehört der Untergrund?, URP 2014 S. 354 ff., Ziff. V.22

¹³ BSG 752.41

ten auch vorgeschrieben werden, in welcher Form diese Inhalte zu erheben und dem Kanton zur Verfügung zu stellen sind. Zu denken ist beispielsweise an die Pflicht zur standardisierten Erhebung von Geobasisdaten.

Artikel 12

Artikel 12 Absatz 1 Buchstabe b: Die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds wird neu im Gesetz geregelt und bedarf ebenfalls einer Erschliessungsbewilligung für Vorbereitungsmaßnahmen. Arbeiten, die eine Schürfbewilligung erfordern, dürften demgegenüber für Sondernutzungen des öffentlichen Untergrunds nie erforderlich sein, auch nicht für den Abbau von Hartgestein. Deshalb wird auf eine entsprechende Anpassung von Artikel 10 BRG verzichtet.

Artikel 13

Artikel 13 Absatz 4a: Da es sich beim Bergregal um ein kantonales Monopol handelt, muss Artikel 2 Absatz 7 des Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM)¹⁴ beachtet werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung fällt auch die Verleihung von Sondernutzungskonzessionen in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung.¹⁵ Gemäss Artikel 2 Absatz 7 BGBM hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren. Diese bundesrechtliche Vorgabe wird mit Artikel 11 Absätze 1 und 4 in Verbindung mit Artikel 13 Absatz 4 und Artikel 15 Absatz 2 BRG bereits mit dem bestehenden Recht erfüllt. Allerdings setzt dies voraus, dass das gesamte Verfahren (Schürfbewilligung – Erschliessungsbewilligung – Konzession) durchlaufen wird. Wird keine Schürfbewilligung sondern direkt eine Erschliessungsbewilligung eingeholt, kommt es zu keiner Veröffentlichung nach Artikel 11 Absatz 1 BRG, die es weiteren Interessierten ermöglicht, ebenfalls ein Gesuch einzureichen. Mit dem neuen Artikel 13 Absatz 4a BRG wird diese Lücke geschlossen. Demnach ist für den Fall, dass keine Schürfbewilligung erteilt wurde, das Gesuch um Erteilung einer Erschliessungsbewilligung im Amtsblatt zu veröffentlichen mit dem Hinweis, dass weitere Interessierte für dasselbe Erschliessungsgebiet innerhalb von drei Monaten ebenfalls Gesuche einreichen können; bei mehreren Interessierten ist in der Regel derjenigen Person der Vorzug zu geben, die in technischer und finanzieller Hinsicht die beste Gewähr für eine umfassende und rasche Ausführung der Arbeiten bietet.

Artikel 14

Artikel 14 Absatz 2a: Damit wird die ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Verleihung einer Sondernutzungskonzession für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds geschaffen.

Artikel 15

Artikel 15 Absatz 2: Diese Bestimmung wird um die neu im Gesetz geregelte Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds ergänzt. Was bereits bisher für die Ausbeutung mineralischer Rohstoffe und für die Ausbeutung der Erdwärme aus tiefen Erdschichten galt, gilt neu auch für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds. Darüber hinaus wird lediglich die Terminologie an den Rest des Gesetzes angepasst. Neu heisst es nicht mehr "Ausbeutung der Erdwärme" sondern "Nutzung der Erdwärme".

Artikel 15 Absatz 2a: Mit dieser neuen Bestimmung wird die nach BGBM nötige Ausschreibung geregelt, wenn direkt ein Konzessionsgesuch eingereicht wird. Das kann dann der Fall sein, wenn keine bewilligungspflichtigen Vorbereitungsmaßnahmen notwendig waren, also weder eine Schürf- noch eine Erschliessungsbewilligung eingeholt wurde. In einem solchen Fall ist der Eingang des Konzessionsgesuchs im Amtsblatt zu veröffentlichen mit dem Hinweis, dass weitere Interessierte für dieselbe Nutzung (Nutzung der mineralischen Rohstoffe, Nutzung der Erdwärme oder Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds) ebenfalls Gesuche einreichen können. Die Veröffentlichung muss die erforderlichen Angaben zum Standort (wo

¹⁴ SR 943.02

¹⁵ BGE 143 II 598, E. 4.1.1 [Pra 107/2018 Nr. 91]

und in welcher Tiefe) und der beabsichtigten Nutzung enthalten. Zudem ist eine angemessene Frist zu setzen. Damit wird bewusst auf eine fest vorgegebene Frist verzichtet. Einerseits hängt die Angemessenheit stark von der nachgesuchten Nutzung ab. In Anlehnung an die Frist in Artikel 11 Absatz 1 BRG dürfte in der Regel eine Frist von drei Monaten angemessen sein. Andererseits erlaubt diese Formulierung auch ein zweistufiges Vorgehen für technisch sehr anspruchsvolle Vorhaben: Es kann sinnvoll sein, eine erste kurze Frist für die blosser Anmeldung von weiteren Gesuchen einzuräumen. Dafür dürfte in der Regel eine Frist von 30 Tagen angemessen sein. Melden sich in dieser ersten Runde Interessierte, kann diesen in einer zweiten Runde eine längere Frist für die Einreichung eines Konzessionsgesuchs gesetzt werden. Für diese zweite Runde dürfte in der Regel eine Frist von sechs Monaten angemessen sein.

Artikel 15 Absatz 2b: Welches Vorhaben dem öffentlichen Wohl in grösserem Masse dient, ist aufgrund einer umfassenden Interessenabwägung zu entscheiden. Für die Bestimmung des öffentlichen Wohls sind insbesondere die Wirkungen auf die Nachhaltige Entwicklung in den drei Dimensionen Umwelt, Wirtschaft und Gesellschaft massgebend.

Im Übrigen dürfte es unter Umständen unzweckmässig sein, den Konkurrenzentscheid bei mehreren Interessierten erst zusammen mit der Konzessionserteilung zu fällen. Die gemäss Artikel 17 BRG zuständige Konzessionsbehörde kann darüber vorab im Rahmen eines Teilentscheids befinden. Eine besondere gesetzliche Regelung ist dafür nicht nötig.

Artikel 15 Absatz 3 Buchstabe b: Es wird lediglich ein Fehler in der Formulierung korrigiert, inhaltlich ändert sich nichts. Diese redaktionelle Anpassung betrifft nur den deutschen Text.

Artikel 17

Artikel 17 Absatz 3: Da die Zuständigkeit der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion (BVE) für die Erteilung von Erdwärmekonzessionen neu in Absatz 4 geregelt wird, kann dies hier gestrichen werden.

Artikel 17 Absatz 4: Die Zuständigkeit der BVE für die Erteilung von Erdwärmekonzessionen war bisher in Absatz 3 geregelt und entspricht dem bisherigen Recht. Neu ist die BVE auch zuständig für die Erteilung von Sondernutzungskonzessionen für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds.

Artikel 20

Artikel 20 Absatz 1: Diese Bestimmung wird lediglich um die neu im Gesetz geregelte Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds ergänzt. Was bereits bisher für Anlagen zur Ausbeutung mineralischer Rohstoffe und für Anlagen für die Nutzung der Erdwärme aus tiefen Erdschichten galt, gilt neu auch für Anlagen für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds.

Artikel 26

Artikel 26 Absatz 1: Die Bestimmung, wonach eine Konzessionsabgabe schuldet, wer mineralische Rohstoffe ausbeutet, wird unverändert in den Absatz 1a verschoben. Inhaltlich ändert sich dadurch nichts.

Artikel 26 Absatz 1a: Der erste Teil, wonach für die Ausbeutung mineralischer Rohstoffe Konzessionsabgaben geschuldet sind, wurde inhaltlich unverändert aus Absatz 1 übernommen.

Neu ist die Bestimmung, dass auch für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds Konzessionsabgaben geschuldet sind. Damit wird die ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen, damit für die Verleihung von Nutzungsrechten an öffentlichen Sachen eine Nutzungsgebühr (sog. Kausalabgabe) erhoben werden kann.¹⁶ Wer den tiefen Untergrund für seine Zwecke nutzt, nutzt damit eine öffentliche Sache, die unter der Hoheit des Kantons steht. So sind beispielsweise Hartgestein und Deponievolumen knappe Güter mit einem entsprechenden Preis. Geschieht der Abbau des Hartgesteins oder die Deponierung an der

¹⁶ Vgl. Abegg/Dörig, Untergrund im Recht, Rechtsgutachten, Winterthur, Oktober 2018, S. 63 mit Hinweisen auf die Literatur

Oberfläche, profitieren davon die Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer, die eine Vergütung erhalten. Als Berechtigter des öffentlichen Untergrunds soll daher der Kanton an einem Abbau von Hartgestein oder einer Deponie im Untergrund ebenfalls mitverdienen.

Artikel 29a

Artikel 29a Absatz 1: Für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds wird lediglich eine jährliche Konzessionsabgabe erhoben, auf ein einmalige Konzessionsabgabe (vgl. Art. 28 BRG für die Ausbeutungskonzession) wird verzichtet. Allerdings ist für die Erteilung der Konzession gestützt auf die Verordnung vom 22. Februar 1995 über die Gebühren der Kantonsverwaltung (Gebührenverordnung; GebV)¹⁷ eine Verwaltungsgebühr für den verursachten Verwaltungsaufwand zu bezahlen.

Artikel 29a Absatz 2: Abbaufähiges Material im Sinne dieser Bestimmung sind insbesondere Festgesteine. Der gewählte Abgabesatz orientiert sich an Artikel 29 Absatz 3 BRG für die Ausbeutung fester mineralischer Rohstoffe. Indem sich der Abgabesatz am Marktwert des abgebauten Materials orientiert und 15 Prozent davon beträgt, ist sichergestellt, dass die Konzessionsabgabe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung steht und sich in vernünftigen Grenzen bewegt. Damit ist dem Äquivalenzprinzip genüge getan, nach dem sich die Bemessung der Nutzungsgebühr für eine Sondernutzungskonzession zu richten hat.¹⁸

Artikel 29a Absatz 3: Auch die Abgabe für die Nutzung als Deponie orientiert sich am Marktwert der vom Konzessionär bezogenen Leistung, nämlich am marktüblichen Entsorgungspreis des abgelagerten Materials. In Anlehnung an Absatz 2 wurde auch hier ein Satz von 15 Prozent gewählt.

Artikel 29a Absatz 4: Für andere Nutzungen lässt sich kein genauer Abgabesatz formulieren. Daher wird auf das Kriterium der Wirtschaftlichkeit verwiesen, d.h. die Abgabe hat in einem vernünftigen Verhältnis zum wirtschaftlichen Vorteil zu stehen, der dem Konzessionär aus der Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds erwächst. Sofern ein Marktwert für die vom Konzessionär bezogene Leistung existiert, hat die Abgabe auch hier in Analogie zu den Absätzen 2 und 3 15 Prozent dieses Marktwerts zu betragen.

Artikel 30

Artikel 30 Absatz 1: Die Möglichkeit der Konzessionsbehörde, in der Konzession die Abgabe höchstens um die Hälfte herabzusetzen, wenn der Kanton an der zu konzessionierenden Tätigkeit ein besonderes Interesse hat, soll auch für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds gelten. Der Kanton hat sowohl am Abbau von Hartgestein (Stichwort: Hartschotter für Bahn- und Strassenbau) als auch an ausreichend Deponievolumen (Stichwort: Deponienotstand) ein erhebliches Interesse. Somit könnte eine Herabsetzung der Abgabe auch für diese Tätigkeiten in Frage kommen.

Artikel 30a

Artikel 30a Absatz 1: Die Konzessionsabgaben gehen an den Kanton, die unmittelbar betroffenen Standortgemeinden gehen diesbezüglich leer aus. Gleichzeitig können diese Gemeinden aus der konzessionierten Tätigkeit erhebliche Nachteile erleiden wie zum Beispiel Lärmbelastung durch den Abtransport von Material. Daher sieht die neue Bestimmung vor, dass die Konzessionsbehörde den unmittelbar betroffenen Gemeinden zur Abgeltung erheblicher Nachteile ein Teil der Konzessionsabgabe zusprechen kann.

Artikel 32

Artikel 32 Absatz 1 Buchstabe b: Aufgrund der Ergänzung des Bergregalgesetzes um die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds muss auch die Strafbestimmung entsprechend

¹⁷ BSG 154.21

¹⁸ Vgl. BGE 139 II 735 E. 3.2

ergänzt werden. Die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds ohne die erforderliche Konzession wird daher unter Strafe gestellt.

Artikel T1-1

Artikel T1-1 Absatz 1: Hinsichtlich des konkreten Projekts für einen unterirdischen Abbau von Hartgestein und die Deponienutzung der Abbauhohlräume zeichnet sich ab, dass das entsprechende Gesuch vor Inkrafttreten der Revision eingereicht wird. Abgeschlossen soll dieses Gesuch jedoch nach neuem Recht werden.

5. Verhältnis zu den Richtlinien der Regierungspolitik (Rechtsetzungsprogramm) und anderen wichtigen Planungen

Die Grundmaxime der Richtlinien der Regierungspolitik 2019–2022 ist die Nachhaltige Entwicklung. Konkrete Ziele der Richtlinien sind unter anderem die Positionierung des Kantons Bern als attraktiver Innovations- und Investitionsstandort und die Schaffung guter Rahmenbedingungen für Nachhaltige Entwicklung.

Die Schweiz und insbesondere auch der Kanton Bern sind für den Bahn- und Strassenbau auf ausreichend Hartschotter angewiesen. Wird dieser im Untertagbau gewonnen, schont dies Umwelt und Landschaft. Indem die Hohlräume in einem zweiten Schritt auch als Deponien genutzt werden können, ergibt sich ein zusätzlicher volkswirtschaftlicher Nutzen. Die Vorlage trägt demnach mit der rechtlich klaren Regelung des unterirdischen Abbaus von Hartgestein und der Deponienutzung der Abbauhohlräume zur Nachhaltigen Entwicklung des Kantons bei und steht damit in Einklang mit der Grundmaxime und den genannten Zielen der Richtlinien der Regierungspolitik.

Zudem ist die Vorlage auch richtplankonform. Gemäss kantonalem Richtplan ist eines der sechs Hauptziele für die Raumentwicklung im Kanton Bern, die Voraussetzungen für wirtschaftliche Entwicklungen zu schaffen. Dieses Hauptziel ist im Massnahmenblatt C_14 (Abbaustandorte mit übergeordnetem Koordinationsbedarf) aufgeführt. Das Massnahmenblatt hat zum Ziel, eine mit übergeordneten Interessen (Bund, Nachbarkantone) abgestimmte Versorgung mit Baurohstoffen zu gewährleisten. Mit dem unterirdischen Abbau von Hartgestein, das regelmässig als Baurohstoff verwendet wird, kann ein Beitrag zur Erreichung dieses Hauptziels geleistet werden. Ob auch das konkrete Abbau- und Deponievorhaben richtplankonform ist bzw. inwiefern der kantonale Richtplan dafür angepasst werden muss, ist nicht im Zuge dieser Gesetzesrevision, sondern im Rahmen des entsprechenden Gesuchsverfahrens zu klären.

6. Auswirkungen auf Raum und Umwelt

Mit der Änderung des Bergregalgesetzes soll die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds geregelt werden. Solche Nutzungen sind insbesondere der Abbau von Hartgestein im Untergrund und die Nutzung der dabei entstehenden Hohlräume zu Deponiezwecken. Sowohl Abbauvorhaben als auch Deponien haben erhebliche Auswirkungen auf Raum und Umwelt. Allerdings dürften der unterirdische Abbau und die Nutzung von unterirdischen Hohlräumen zu Deponiezwecken in der Regel weniger gravierende Auswirkungen als ein Abbau im Tagbau und oberirdische Deponien haben. Ob ein Abbau von Hartgestein im Untergrund und die Nutzung der dabei entstehenden Hohlräume zu Deponiezwecken mit den planerischen und umweltrechtlichen Vorschriften vereinbar sind, wird im konkreten Einzelfall zu prüfen sein. Gegebenenfalls müssen die planerischen Vorgaben entsprechend angepasst werden.

7. Finanzielle Auswirkungen

Mit der Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Erhebung einer Konzessionsabgabe für die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds kann auch für das konkrete Projekt eine Konzessionsabgabe für den Abbau von Hartgestein erhoben werden (Art. 29a BRG). Gemäss Beschrieb des konkreten Abbauprojekts können in den nächsten 25 Jahren jährlich eine halbe Million Tonnen Hartgestein gewonnen werden. Der Marktpreis von Hart- bzw. Gleisschotter liegt aktuell bei mindestens 40 Franken pro Tonne. Für den Abbau von Materialien beträgt die

jährliche Konzessionsabgabe 15 Prozent des Marktwertes des abgebauten Materials (Art. 29a Abs. 2 BRG). Die jährliche Konzessionsabgabe beläuft sich für das Abbauprojekt somit grundsätzlich auf 3 Millionen Franken. Insgesamt ergibt dies über die gesamte Dauer des Abbaus von 25 Jahren Einnahmen für den Kanton Bern von 75 Millionen Franken. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Konzessionsbehörde in der Konzession die Abgaben höchstens um die Hälfte herabsetzen kann, wenn der Kanton an der Sondernutzung ein besonderes Interesse hat (Art. 30 BRG). Somit könnte sich die jährliche Konzessionsabgabe auf 1.5 Millionen Franken und die über die Abbaudauer aufsummierten Abgabe auf knapp 40 Millionen Franken halbieren. Ein Vergleich mit dem Betrag, der beim Materialabbau an der Oberfläche von den Betreiberinnen und Betreibern der Abbaustelle an den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer bezahlt wird, ist schwierig. Dieser Betrag hängt von der jeweiligen Vereinbarung zwischen den Betreiberinnen und Betreibern und den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümer ab und kann daher nicht beziffert werden.

Für das Auffüllen der durch den Abbau entstandenen Hohlräume mit Deponiematerial kann ebenfalls eine Konzessionsabgabe gestützt auf Art. 29a BRG erhoben werden. Welche Einnahmen sich daraus für den Kanton Bern ergeben könnten, lässt sich schwer abschätzen, da dies insbesondere davon abhängt, was für Material abgelagert wird. Während dem beispielsweise für Schlacke von einem marktüblichen Entsorgungspreis von rund 80 Franken pro Tonne ausgegangen werden kann, beträgt dieser Preis für Aushub lediglich rund 20 Franken pro Tonne. Zudem hängen die Einnahmen auch davon ab, wieviel Tonnen Material deponiert werden können.

Damit ist im Übrigen lediglich das konkrete Projekt angesprochen. Denkbar sind weitere Projekte mit einer Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds, die weitere Einnahmen für den Kanton generieren könnten.

8. Personelle und organisatorische Auswirkungen

Die Vorlage hat keine personellen oder organisatorischen Auswirkungen.

Das konkrete Projekt wird aber zu einer Mehrbelastung der Verwaltung führen. Ein solch grosses Abbau- und Deponievorhaben ist aussergewöhnlich. Die Prüfung der Voraussetzungen zur Erteilung der Sondernutzungskonzession, die Schaffung der planungsrechtlichen Grundlagen und die Erteilung der Baubewilligung mit den anderen nötigen Bewilligungen werden erhebliche personelle Ressourcen beanspruchen. Diese Belastung wird vor allem beim Amt für Gemeinden und Raumordnung anfallen, das für die Anpassung der Richtplanung und den Erlass der kantonalen Überbauungsordnung zuständig ist.

9. Auswirkungen auf die Gemeinden

Die Vorlage hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf die Gemeinden. Mit der Schaffung von Artikel 30a BRG kann aber unmittelbar betroffene Gemeinden zur Abgeltung von erheblichen Nachteilen, die sie aus der konzessionierten Tätigkeit erleiden, ein Teil der Konzessionsabgabe zugesprochen werden.

10. Auswirkungen auf die Volkswirtschaft

Die Vorlage hat positive Auswirkungen auf die Volkswirtschaft, indem insbesondere für den Abbau von Hartgestein im Untergrund und die Nutzung von Abbauhohlräumen eine klare gesetzliche Grundlage für die Erteilung einer Sondernutzungskonzession geschaffen wird. Damit wird die Verfügbarkeit von Baurohstoffen und Deponievolumen erleichtert.

11. Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens

Das Vernehmlassungsverfahren für die Änderung des Bergregalgesetzes wurde von Mitte Mai bis Mitte August 2018 durchgeführt. Insgesamt gingen knapp 50 Vernehmlassungen ein, wobei rund die Hälfte der Vernehmlassungsteilnehmenden auf eine Stellungnahme verzichtete oder die Vorlage vorbehaltlos begrüßten. Die andere Hälfte der Teilnehmenden lehnte die Revision hauptsächlich mit folgenden Argumenten ab:

- Die privatwirtschaftliche Versorgung mit Steinen und Erden funktioniert.
- Die bestehende Regelung der Nutzung des Untergrunds ist ausreichend. Der Untertagabbau ist rechtlich auch ohne BRG-Revision möglich und kann mit einer Sondernutzungskonzession gehandhabt werden.
- Der Untertagabbau kann ohnehin nicht ökonomisch betrieben werden, weshalb auch keine derartigen Projekte in Planung sind.
- Das kantonale Monopol gefährdet die Innovation und die Investitionssicherheit.
- Mit der Monopolisierung des Abbaus von Steinen und Erden im Untergrund werden diese Rohstoffe unnötig verteuert und die Konkurrenzfähigkeit des Materials ist nicht mehr gegeben.
- Die rechtlichen Voraussetzungen für eine staatliche Monopolisierung fehlen, insbesondere besteht kein historisches kantonales Monopol und rein fiskalische Interessen genügen nicht.
- Die Änderung verletzt die Wirtschaftsfreiheit, da sie nicht im öffentlichen Interesse und unverhältnismässig ist.
- Die Änderung verletzt die Eigentumsgarantie, da der Untertagebau von Steinen und Erden dem privaten Untergrund im Sinne des ZGB untersteht. Zudem besteht auch ein Widerspruch zu den Empfehlungen des Schweizer Geologenverbands (CHGEOL), wonach Steine und Erden Bestandteil des Grundeigentums sein sollen.

Dieser Kritik wurde insofern Rechnung getragen, als aufgrund der Vernehmlassung auf eine Ausweitung des Bergregals verzichtet wird. In der Vernehmlassungsvorlage war vorgesehen, den Abbau von Steinen und Erden im öffentlichen Untergrund neu dem Bergregal zu unterstellen. Nun wird am Bergregal nichts geändert. Dafür wird im Bergregalgesetz neu zusätzlich die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds geregelt und dafür eine Sondernutzungskonzession verlangt. Diese Konzessionspflicht betrifft zwar auch den Abbau von Hartgestein und damit von Steinen und Erden im öffentlichen Untergrund. Die Konzessionspflicht hat ihren Ursprung jedoch im Umstand, dass der Kanton aufgrund seiner Sachherrschaft über den öffentlichen Untergrund ein faktisches Monopol über diesen hat. Demgegenüber basiert das Regalrecht auf einem Rechtssatz und damit auf einem rechtlichen Monopol. Neben dem Umstand, dass der Verzicht auf eine Erweiterung des Bergregals (rechtliches Monopols) zugunsten der Schaffung einer Rechtsgrundlage für eine Sondernutzungskonzession (faktisches Monopol) rechtlich überzeugender ist, hat dies auch den Vorteil, dass damit sämtliche Sondernutzungen des öffentlichen Untergrunds erfasst werden. Dazu zählt neben dem Abbau von Hartgestein insbesondere auch die Deponienutzung von Abbauhohlräumen. Mit dem nach dem Vernehmlassungsverfahren geänderten Konzept, welches anstelle der Ausweitung des Bergregals die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds regelt, ist die in der Vernehmlassung vorgebrachte Kritik nicht mehr stichhaltig, soweit sie nicht ohnehin unbegründet war:

- Dass die privatwirtschaftliche Versorgung mit Steinen und Erden funktioniert, wird nicht bestritten. Jedoch ist nicht erkennbar, inwiefern die geplante BRG-Revision diese privatwirtschaftliche Versorgung in Frage stellt. Der heute praktizierte Abbau von Steinen und Erden an der Oberfläche wird durch die Revision nicht berührt.
- Auch der Kanton geht davon aus, dass der Untertagabbau von Steinen und Erden rechtlich ohne BRG-Revision möglich wäre. Allerdings fehlt eine klare gesetzliche Grundlage für die Erteilung einer Sondernutzungskonzession. Dementsprechend könnte für die Sondernutzung des Untergrunds ohne BRG-Revision wohl keine Abgabe verlangt werden, obschon eine solche sachlich gerechtfertigt erscheint.
- Tatsächlich existiert ein konkretes Projekt für einen Untertagabbau von Hartgestein. Dies legt zumindest die Vermutung nahe, dass ein solcher ökonomisch betrieben werden kann. Letztlich ist dies aber nicht eine Frage, die der Kanton zu beantworten hat. Dass der Kanton selber Hartgestein im Untergrund abbaut, steht nicht zur Diskussion. Dies ist den Priva-

ten überlassen. Somit müssen auch die Privaten beurteilen, ob ein Untertagabbau ökonomisch betrieben werden kann.

- Weshalb ein Monopol die Innovation und die Investitionssicherheit gefährden sollte, ist nicht nachvollziehbar, zumal es sich um ein faktisches Monopol handelt. Gerade eine Konzession schafft für die Konzessionärin Investitionssicherheit, da eine Konzession unter dem Schutz der Eigentumsgarantie steht.
- Das Argument, wonach mit der Monopolisierung des Abbaus von Steinen und Erden im Untergrund diese Rohstoffe unnötig verteuert würden und die Konkurrenzfähigkeit des Materials nicht mehr gegeben sei, dürfte sich mit dem Verzicht auf die Ausdehnung des Bergregals (rechtliches Monopol) erübrigen haben. Zur Diskussion steht nur noch ein faktisches Monopol, das aufgrund der Herrschaft des Kantons über den öffentlichen Untergrund ohnehin besteht. Im Übrigen werden die im Tagbau an der Oberfläche abgebauten Steine und Erden durch die BRG-Revision nicht berührt. Die so gewonnenen Rohstoffe werden dementsprechend durch die BRG-Revision auch nicht verteuert. Richtig ist, dass allfällig im öffentlichen Untergrund abgebautes Hartgestein durch die BRG-Revision aufgrund der Konzessionsabgabe verteuert würde. Allerdings ist nicht nachvollziehbar, weshalb ein Privater Material, das unter der Hoheit des Kantons steht und damit der Allgemeinheit gehört, für seine gewerblichen Zwecke gratis verwenden können. Werden Steine und Erden an der Oberfläche abgebaut, muss dafür den Grundeigentümerinnen und Grundeigentümern in der Regel auch eine Abgabe entrichtet werden. Die Höhe der Konzessionsabgabe ist so gewählt, dass das abgebaute Material noch konkurrenzfähig ist und ein Abbau somit noch ökonomisch betrieben werden kann – was nicht zuletzt auch im Interesse des Kantons ist.
- Das Argument, wonach die rechtlichen Voraussetzungen für eine staatliche Monopolisierung fehlen, ist mit dem Verzicht auf die Ausdehnung des Bergregals nicht mehr stichhaltig. Zur Diskussion steht nur noch eine Sondernutzungskonzession aufgrund eines faktischen Monopols. Dafür kommen nicht die strengen Voraussetzungen für ein rechtliches Monopol zur Anwendung.
- Aufgrund des faktischen Monopols des Kantons über den öffentlichen Untergrund ist nicht erkennbar, weshalb eine Sondernutzungskonzession für den Abbau von Hartgestein im öffentlichen Untergrund die Wirtschaftsfreiheit verletzen würde. Im Übrigen besteht ein offensichtliches öffentliches Interesse daran, dass der Kanton "sein" Hartgestein nicht gratis von Privaten verwerten lassen muss, sondern dafür eine angemessene Abgabe erheben kann.
- Die BRG-Revision betrifft ausdrücklich nur den Untergrund ausserhalb des nach Privatrecht geschützten Eigentumsbereichs (vgl. Art. 3 Abs. 3 Entwurf-BRG). An diesem Untergrund besteht kein privatrechtliches Eigentum. Somit wird die Eigentumsgarantie durch die BRG-Revision nicht berührt und damit auch nicht verletzt. Hinsichtlich der Empfehlungen des Schweizer Geologenverbands ist zu beachten, dass dieser Verband in der Vernehmlassung die BRG-Revision ausdrücklich begrüsst hat.

Schliesslich hat die KWO in ihrer Vernehmlassung eine Verteuierung von Wasserkraftprojekten befürchtet, da Stollenausbrüche und Zwischendeponien in Zukunft dem BRG unterstünden. Mit dem neuen Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b Entwurf-BRG wird dieser Befürchtung Rechnung getragen. Damit ist klargelegt, dass die Sondernutzung des öffentlichen Untergrunds keine Sondernutzungskonzession braucht, wenn diese im Zusammenhang mit einer Tätigkeit steht, die einer Konzession nach anderem Gesetz bedarf. Ein solches anderes Gesetz ist insbesondere das Wassernutzungsgesetz, welches für Wasserkraftanlagen eine Konzessionspflicht vorsieht.

Bern, 24. April 2019

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident: *Neuhaus*

Der Staatsschreiber: *Auer*