

Memorandum

An Fachverband der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie (FSKB)
– Herr Martin Weder

Kopie an Dossier

Von Tomas Poledna/Ralph Trümpler

Betrifft Beurteilung der Änderungen des Bergregalgesetz des Kantons
Bern

Datum Zürich, 22. Juni 2018

Tomas Poledna, Prof. Dr. iur.
Ralph Trümpler, Dr. iur.

I. Auftrag

- 1 Mit telefonischer und elektronischer Nachricht vom 5. Juni 2018 wurde POLEDNA RC vom Fachverband der Schweizerischen Kies- und Betonindustrie (FSKB) mit einer (Kurz-)Beurteilung der geplanten Änderungen des Bergregalgesetzes des Kantons Bern beauftragt. Die aufgeworfenen Fragen betrafen insbesondere die Tatsache, dass einzelne Kantone für unterirdische Steinbrüche Konzessionen vergeben würden, ohne dass die unterirdischen Steinbrüche sowie die daraus resultierenden Hohlräume einem Bergregal unterstünden, woraus sich die Frage nach der Notwendigkeit bzw. Rechtmässigkeit einer solchen Bergregalunterstellung im Kanton Bern ergibt.
- 2 Hinsichtlich dessen wurde eine Beurteilung der geplanten Änderungen des Bergregalgesetzes des Kantons Bern (BRG; BSG 931.1) gewünscht. Neben Rechtsprechung und juristischer Literatur wurden insbesondere die Vernehmlassungsunterlagen konsultiert (respektive die im Internet publizierte „Mediendokumentation“ [Erläss, Vortrag des Regierungsrates, Begleitbrief an die Vernehmlassungsadressaten und Liste der solchen]).

Poledna RC Zürich
Limmatquai 58
Postfach
CH-8001 Zürich
+41 43 233 40 33

Poledna RC Basel
Missionsstrasse 13
CH-4055 Basel
+41 61 681 00 30

poledna@poledna.legal
truempler@poledna.legal
www.poledna.legal

MwSt.-Nr. CHE-115.588.554
Eingetragen im kantonalen
Anwaltsregister

II. Rechtliches

A. Stossrichtung der geplanten Änderung des BRG

1. Überblick über die wesentlichsten Änderungen

- 3 Die bemerkenswerteste Änderung des BRG, welche vorgeschlagen ist, betrifft neue staatliche Monopolisierungen: Die bis anhin der Privatwirtschaft zustehende wirtschaftliche Tätigkeit des Abbaus von Steinen und Erden im (öffentlichen) Untergrund soll mit der Gesetzesänderung staatlich monopolisiert werden. Eine entsprechende Erweiterung der bisherigen Definition des Begriffes der „mineralischen Rohstoffe“ ist vorgeschlagen. Das damit neu geschaffene Monopol des Kantons Bern zur Ausbeutung von Steinen und Erden kann der Kanton selber ausüben oder Dritten übertragen.

- 4 Der Kanton Bern will sich sodann neu nicht nur die Wirtschaftstätigkeit der Ausbeutung von Steinen und Erden vorbehalten, sondern mit der gleichen Revision auch jene Tätigkeiten staatlich monopolisieren, welche mit der Ablagerung von Materialien im (öffentlichen) Untergrund in Zusammenhang stehen. Für Deponierungen untertags soll mithin nicht mehr bloss die kantonale Abfallgesetzgebung gelten. Nach der vorgeschlagenen Revision des BRG sollen auch solche Tätigkeiten als Ganzes dem Staat überlassen sein, welcher dann bei einer Übertragung (mittels Konzession bzw. Bewilligung gemäss Abfallgesetzgebung) infolge der neuen Regelung im BRG neue bzw. weitere Abgaben erheben kann (welche dann in die abfallrechtliche Errichtungsbewilligung integriert werden sollen; vgl. den in die Vernehmlassung gegebenen Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Bergregalgesetzes [BRG], dort Ziff. 4 zu Art. 30a Abs. 2).
- 5 Neu soll auch der Begriff „Untergrund“ definiert werden, als das Erdinnere, „das ausserhalb des nach Privatrecht geschützten Eigentumsbereichs“ liegt.
- 6 Die vorstehenden Revisionsvorschläge ergeben sich im Wesentlichen aus den vorgeschlagenen Änderungen der Art. 3 und 4 BRG und dem neu vorgeschlagenen Art. 30a BRG (auch in Verbindung mit beizubehaltenden Regelungen des BRG).

2. Begründung der geplanten Regalunterstellung

- 7 Die geplante Gesetzesänderung wird damit begründet, dass eine ausreichende Versorgung mit mineralischen Baustoffen (insbes. Hartschotter) wichtig sei und es sich abzeichne, dass insbesondere Hartschotter in Zukunft auch im Untertagbau gewonnen werden könne. Dafür seien nun die rechtlichen Grundlagen zu schaffen, weshalb der Regierungsrat nun auch den Abbau von Steinen und Erden im (öffentlichen) Untergrund dem Bergregalgesetz unterstellen wolle. Gleiches gelte für die Nutzung von Hohlräumen im Untergrund zu Deponiezwecken.
- 8 Diese Begründung verfängt insofern nicht, als für den Abbau von mineralischen Baustoffen im Untergrund heute gar nicht die rechtlichen Grundlagen fehlen – weder für Bodenschätze noch für Steine und Erden. Gemäss aktueller Gesetzgebung unterstehen folgende öffentliche Sachen dem Bergregal gemäss BRG: Energierohstoffe, Erze und Edelsteine. Die Benutzung der weiteren öffentlichen Sachen (auch der Steine und Erden), welche gemäss den Regelungen des Zivilgesetzbuches und den weiteren Bundesvorschriften dem Privatrechtsverkehr ganz oder teilweise entzogen sind, werden durch das öffentliche Recht geregelt (polizeiliche Aufsicht, allgemeine Benutzungsordnungen, Bewilligungspflicht für gesteigerten Gemeingebrauch und Konzessionspflicht für besondere Arten der [Sonder-]Nutzung). Angesichts des heute durch das öffentliche Recht tatsächlich gewährleisteten Rahmens, kann mitnichten von einer Regelungslücke gesprochen werden. Der ausserhalb der Eigentümerinteressen stehende Untergrund kann (auch im Kanton Bern) ohne Weiteres in die ausschliessliche Verfügungsgewalt des Kantons gestellt und kann für dessen Benützung eine Konzessionspflicht vorgesehen werden (vgl. BGE 119 Ia 390 E. 5d und 5e). Eine staatliche Monopolisierung bzw. Unterstellung unter das Bergregalgesetz ist nicht notwendig bzw. nicht zwingend und damit aus unserer Sicht unzulässig (vgl. dazu auch Rz. 28). Ein Bewilligungs- und Konzessionssystem, wie es andere Kantone in diesem Zusammenhang anwenden, ist auch im Kanton Bern heute schon möglich.

- 9 Mit der Behauptung fehlender rechtlicher Grundlagen für den Abbau von Steinen und Erden untertags wird im Vortrag des Regierungsrates des Weiteren behauptet, dass das BRG diesbezüglich eine Lücke aufweise (vgl. den in die Vernehmlassung gegebenen Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Bergregalgesetzes [BRG], dort Ziff. 2.1):

„Anzunehmen ist, dass der Abbau von Steinen und Erden im Untergrund bei Erlass des Bergregalgesetzes im Jahr 2003 deshalb nicht berücksichtigt wurde, weil niemand daran dachte. Bisher wurden Steine und Erden nur im Tagbau gewonnen. Diese Lücke im Gesetz soll nun geschlossen werden.“

- 10 Für die Behauptung der Lücke im Gesetz finden sich keinerlei Belege. In diesem Zusammenhang müsste u.E. zwingend dargelegt werden, inwiefern der Abbau von Steinen und Erden (insbes. Hartgestein) im Kanton Bern tatsächlich seit jeher zum (historischen) kantonalen Bergregal zählt. Da dieser Teil fehlt, muss davon ausgegangen werden, dass im Kanton Bern wie auch schweizweit dem kantonalen Bergregal nur die Ausbeutung von Energierohstoffen, Erzen und Edelsteine (Bodenschätze) zugerechnet wird. Anhaltspunkte, dass das Bergregal im Kanton Bern tatsächlich breiter definiert worden ist, finden sich keine.
- 11 Ferner ist im Vortrag des Regierungsrates erwähnt, dass der „übliche Tagbau von Steinen und Erden“ nicht dem Regalrecht unterstellt sein soll und damit insbesondere für den herkömmlichen Kiesabbau nach wie vor keine Konzessionspflicht bestehe. Lediglich der Abbau von Steinen und Erden im Untergrund werde neu dem Bergregalgesetz zugeordnet. Bestünde tatsächlich ein historisches kantonales Monopol im Kanton Bern, welches seit jeher auch den Abbau von Steinen und Erden umfasste (wozu wie gesagt keinerlei Belege angeführt sind), so machte die nun getroffene Unterscheidung in Abbauverfahren (Tagbau oder Untertagbau) bei Steinen und Erden hinsichtlich der Regalunterstellung keinerlei Sinn.
- 12 Zudem trifft auch die Behauptung nicht zu, dass der Tagbau von Steinen und Erden mit dieser Revision nicht tangiert sei. Die nun zur Diskussion stehende staatliche Monopolisierung wird logischerweise über die kantonale Richtplanung Konsequenzen auf den Abbau im Tagbau haben. Solche Auswirkungen werden in der Vernehmlassungsvorlage nicht angesprochen. In welche Richtung der Kanton zu tendieren scheint, lässt sich aber erahnen, wenn gesagt wird, dass „der unterirdische Abbau und die Nutzung von Hohlräumen zu Deponiezwecken in der Regel weniger gravierende Auswirkungen als ein Abbau im Tagbau und oberirdische Deponien haben“ wird (vgl. den in die Vernehmlassung gegebenen Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Bergregalgesetzes [BRG], dort Ziff. 6).

3. Definition des Begriffs „Untergrund“

- 13 Der Untergrund soll im neuen BRG so definiert sein, dass er das Erdinnere umfasst, „das ausserhalb des nach Privatrecht geschützten Eigentumsbereichs“ liegt, dies obwohl bereits Art. 2 Abs. 2 BRG „die Regelung über den Umfang des Eigentums in Artikel 667 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB]“ vorbehält. Damit könnte bezweckt sein, dass der im BRG eingeführte (Rechts-)Begriff des „Un-

tergrunds“ als Synonym zum Begriff „öffentliche Sache“ (und nicht „herrenlose Sache“) verwendet wird. Folge davon ist, dass die gegebenenfalls weder vom kantonalen Bergregal noch vom Grundeigentümerinteresse erfassten Rohstoffe als öffentliche Sachen im Sinne von Art. 664 ZGB zu qualifizieren sind. Als solche unterstünden sie der staatlichen Hoheit (Art. 664 Abs. 1 ZGB) – dies aber unter einem andern als dem regalrechtlichen Rechtstitel (vgl. BGE 119 Ia 390 E. 12a).

- 14 Diejenigen Rohstoffe aber, welche sodann unter einem regalrechtlichen Rechtstitel im Kanton Bern stehen sollen, werden in der Vorlage nun – wie erwähnt – sehr breit gefasst. Der Begriff der „mineralischen Rohstoffe“ ist nach der Revision praktisch umfassend zu verstehen, wenn neu zu den Regalsachen „mineralische Rohstoffe“ nun auch Steine und Erden gezählt werden sollen, die im Untertagbau gewonnen werden (vgl. bereits oben Rz. 3 und Rz. 11). Folge davon und von der Verkettung der erwähnten Definitionen wäre es, dass wohl alle öffentlichen Sachen, welche im Untertagbau gewonnen werden, neu dem Bergregalrecht unterstünden.

B. Voraussetzungen der Begründung eines neuen kantonalen Monopols bzw. der Monopolisierung einer wirtschaftlichen Tätigkeit

- 15 Wie vorliegend dargestellt, sollen mit der geplanten Änderung des BRG die Wirtschaftstätigkeit der Ausbeutung von Steinen und Erden neu dem Kanton vorbehalten und auch die Tätigkeiten in Bezug auf Ablagerung von Materialien im (öffentlichen) Untergrund staatlich monopolisiert werden (vgl. vorne Rz. 3 f.). Diese Tätigkeiten fallen bis anhin klarerweise nicht unter das Bergregal des Kantons Bern.
- 16 Das Bergregal gehört zu den sog. Grund- oder Bodenregalen, welche historische Monopole der Kantone darstellen (vgl. zu den Begrifflichkeiten ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, Rz. 2689). Der Vorbehalt gemäss Art. 94 Abs. 4 der Bundesverfassung (BV; SR 101) bezieht sich auf solche Regale, welche *bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Bundesverfassung von 1874* bestanden haben. Die Kantone sind sodann befugt, neue Monopole einzuführen, sofern dies durch ein zulässiges öffentliches Interesse gerechtfertigt wird und verhältnismässig ist. Fiskalische Gründe, d.h. die Erzielung von Gewinnen zu Gunsten des Gemeinwesens, genügen nicht für neue Monopolisierungen (vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2708 und 2710; ferner auch BGE 128 I 3 E. 5a und b). Gegenteiliges gilt indessen bei den bestehenden *historischen* kantonalen Monopolen (vgl. etwa BGE 124 I 11 E. 3b).
- 17 Vor allem in BGE 119 Ia 390 (dort E. 11a und b) hat das Bundesgericht Grundsätzliches zum Bergregal festgehalten und dabei auf die Rechtsprechung von BGE 44 I 158, 170 f. zurückgegriffen. Das Bergregal beziehe sich auf beschränkt vorhandene Werte, die in billiger Weise verteilt werden sollen. Den Kantonen sei im Verfassungsstaat historisch bedingt die Möglichkeit offen gestanden, Regalrechte gesetzlich einzuführen. Insbesondere sei Art. 664 ZGB dahin auszulegen, dass die Kantone die bergmännisch ausbeutbaren Lager von Mineralien und Fossilien (gleich wie die Objekte der Jagd und Fischerei und die Wasserkräfte) als öffentliche Sachen einer besonderen, vom ZGB abweichenden Regelung unterstellen können. Entsprechend wurde in BGE 44 I 158, 170 f. den Kantonen eine Autonomie bezüglich der Einführung eines Bergregals attestiert. Dem Kanton sei es unbenommen, „kraft seiner Staatshoheit das Bergregal einzuführen“. Ihm sei es überlassen „hievon in beliebigem Umfange

Gebrauch zu machen“. Dies bedeute auch, „dass es demnach einem Kantone freisteht, das Regal auf bestimmte Rohstoffe des Bergbaus zu beschränken“.

- 18 Diese ältere Rechtsprechung ist für vorliegenden Fall in dem Sinne nicht einschlägig, da es nicht um die *Einführung des Bergregals* im Kanton Bern geht. Dieses ist bereits in einem konkreten Umfang eingeführt worden: Der Kanton Bern hat mit Erlass des Bergregalgesetzes vom 18. Juni 2003 von seiner Gesetzgebungsfreiheit Gebrauch gemacht. Hinsichtlich des kantonalen Bergregals wurde lediglich vorgesehen, dass jene wirtschaftliche Tätigkeiten, die im Zusammenhang mit dem Abbau von Energierohstoffen, Erzen und Edelsteinen stehen, monopolisiert werden sollen. Weiteres wurde (e contrario) nicht monopolisiert. Es verhält sich m.a.W. so, dass man mit Erlass des Bergregalgesetzes den Bereich der kantonalen Berghoheit definiert hat. Der nicht hierunter fallende Rest (wazu insbesondere die Steine und Erden sowie die Deponierung untertags gehört) hat nichts mit regalrechtlichen Rechtstiteln im Kanton Bern zu tun. Das nun aber neu auch der Abbau von Steinen und Erden und die Deponienutzung von Hohlräumen dem Bergregal unterstehen sollen, stellt bei Lichte besehen ein neues kantonales Monopol dar. Dies im Übrigen auch mit Blick auf den Inhalt von anderen Bergregalen in der Schweiz (wie diese auch vom Bund gesehen werden; vgl. dazu hinten Rz. 22 ff.).
- 19 Kann mithin der Abbau von Steinen und Erden und die Deponienutzung von Hohlräumen gar nicht zum Bergregal des Kantons Bern gezählt werden, handelt es sich um ein neues, neben diesem stehendes kantonales Monopol, das mit der Gesetzesrevision vorgeschlagen ist. Ein solches kann indessen nur unter bestimmten restriktiven Voraussetzungen begründet werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Wirtschaftsfreiheit bzw. zur vormaligen Handels- und Gewerbefreiheit gemäss der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 dürfen die Kantone dann neben den vom Regalvorbehalt gewährleisteten historischen Grund- und Bodenregalien weitere Monopole errichten, wenn hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls, namentlich polizeiliche oder sozialpolitische Gründe, bestehen und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet ist. Insbesondere im Lichte von Art. 94 Abs. 4 BV ist die Errichtung solcher neuer Monopole zur Verfolgung von rein fiskalischen Interessen grundsätzlich unzulässig (vgl. BGE 143 I 388 E. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen etwa auf BGE 124 I 11 E. 3).
- 20 Auch wenn man nun in diesem Zusammenhang nicht davon ausginge, dass ein neues kantonales Monopol in Frage stünde, weil man lediglich beim Erlass des BRG im Jahr 2003 vergessen hatte, den Abbau von Steinen und Erden sowie die Deponierung untertags ins Bergregalgesetz aufzunehmen und die nachträgliche Unterstellung dieser wirtschaftlichen Tätigkeiten unter das Bergregal deshalb ohne Weiteres möglich sein soll (so die Argumentation der Regierung, vgl. oben Rz. 9 f.), so ist dennoch klar, dass mit der Revision der entsprechenden Gesetzgebung nun neu Privaten die Wirtschaftstätigkeit der Ausbeutung von Steinen und Erden aus dem Untergrund und auch die Tätigkeiten in Bezug auf die Ablagerung von Materialien im (öffentlichen) Untergrund (Deponierungen) definitiv und für immer vorenthalten werden. Diese staatliche Monopolisierung von wirtschaftlichen Tätigkeiten findet mit der in Frage stehenden Gesetzesrevision statt und muss – wie jeder andere Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit auch – im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2707 und Rz. 2710 ff.). Auch wenn also der Berner Gesetzgeber theoretisch dazu kraft seiner Staatshoheit ermächtigt sein sollte, nachträglich das Bergregal beliebig auszudehnen, so müsste

hierfür zwingend ein überwiegendes öffentliches Interesse (das polizeilicher, sozialpolitischer oder wirtschaftspolitischer Natur sein kann) und die Verhältnismässigkeit gegeben sein.

- 21 Solche Aspekte werden in der Vorlage mit keinem Wort angesprochen geschweige den geprüft. Hierzu ist abschliessend noch Stellung zu nehmen.

C. Sicht des Bundes und Vorgaben des Sachplanes „Verkehr“

- 22 In der zu beurteilenden Vorlage werden andere kantonale Lösungen zwar angesprochen, aber nicht weiter ausgeführt, weil „ein Rechtsvergleich keine bestimmte Lösung nahelegt“. Andere kantonale Lösungen liessen sich nur schwer oder gar nicht in das Gerüst des bernischen Bergregalgesetzes integrieren, weshalb ein Rechtsvergleich nur von beschränktem Wert sei (vgl. den in die Vernehmlassung gegebenen Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat zur Änderung des Bergregalgesetzes [BRG], dort Ziff. 3). Regelungen in anderen Kantonen, gemäss welchen die wirtschaftliche Tätigkeit des Abbaus von Steinen und Erden im öffentlichen Untergrund staatlich monopolisiert ist, werden nicht genannt. Auch nicht solche betreffend Deponierungen untertags. Die entsprechend vorgeschlagene Regallösung für den Kanton Bern dürfte demnach schweizweit einmalig sein.

- 23 Der Realität entspricht es, dass andere Kantone für unterirdische Steinbrüche Bewilligungen und (Sondernutzungs-)Konzessionen vergeben, ohne dass die Tätigkeit der Hartgesteinsgewinnung sowie die daraus resultierenden Steinbrüche und gewonnenen Hohlräume einem Bergregal unterstünden. Die faktische Situation lässt Rückschlüsse darauf zu, dass die Gewinnung von Hartgestein in der Praxis der Kantone nicht einem historischen Regalrecht zugeordnet ist, sondern ohne Monopolisierung durch Bewilligungs- und Konzessionssysteme geregelt wird (vgl. für ein Praxisbeispiel etwa das Urteil des Bundesgerichts 1C_644/2012 vom 4. September 2013, dort Sachverhalt lit. A Abs. 2). Gleiches ergibt sich mit Blick auf die rechtliche Einordnung des Hartgesteinsabbaus in der Schweiz, die der Bund im Rahmen seiner Raumordnungskompetenzen vornimmt. Darauf ist im Folgenden in der gebotenen Kürze näher einzugehen.

- 24 Für eine zweckmässige Raumordnung setzt der Bund als Planungsinstrumente unter anderem Sachpläne ein (vgl. Art. 13 Abs. 1 des Raumplanungsgesetzes [RPG; SR 700]). Der Sachplan „Verkehr“ erfuhr im Nachgang des Urteils des Bundesgerichtes 1A.25/2006 vom 13. März 2007 eine Änderung. Das Urteil verlangte namentlich, dass es eine verbindliche überkantonale Koordination oder eine nationale Planung der Hartsteinbrüche geben müsse, wenn Konflikte in Gebieten beständen, die im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung (BLN) aufgeführt seien. Vom Bundesgericht wurde also gefordert, dass Bund und Kantone ein nationales Konzept für die Versorgung der Schweiz mit Hartgestein erarbeiten sollen. Dies führte sodann Ende 2008 zu Ergänzungen des Sachplans „Verkehr“ mit Grundsätzen zur Hartgesteinsversorgung der Schweiz (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1C_644/2012 vom 4. September 2013, dort Sachverhalt lit. A Abs. 2 und 3). An der Änderung des Sachplanes waren verschiedene Bundesämter und – mit Blick auf die Wahrung des bestehenden Vollzugs der kantonalen Richtplanung – auch Vertreter der Kantone und der betroffenen Organisationen beteiligt. Die nationale Hartgesteinsversorgung (mit ihrer Konfliktlösung insbesondere bezüglich der BLN-Objekte) wurde mit dieser Änderung als gesamtschweizerisch bedeutsame Verkehrsinfrastruktur von hoher Bedeutung erkannt.

25 Hinsichtlich der Frage, wie das System der Hartgesteinsgewinnung in der Praxis aussieht bzw. wie es rechtlich eingeordnet wird, können dem ergänzten Sachplan „Verkehr“ und dessen Erläuterungen verschiedene Aussagen entnommen werden. Für die vorliegenden Fragestellungen und die zur Diskussion stehenden Änderungen des BRG sind folgende Darlegungen von besonderer Bedeutung:

- Der Sachplan „Verkehr“ äussert sich zu den Grundsätzen der Koordination des Hartgesteinsabbaus und äussert sich dahingehend, dass langfristig in BLN-Gebieten keine neuen Hartsteinbrüche erstellt bzw. keine Bestehenden erweitert werden sollen. Die Versorgungslage (Erhebung 2007) zeige jedoch, dass diese Zielsetzung kurz- bis mittelfristig nicht vollständig umgesetzt werden könne, aber die Umsetzung bis spätestens 2020 angestrebt werden müsse. In diesem Zusammenhang wird sodann festgehalten: „Zuständig für die Bewilligung der einzelnen Abbauvorhaben bleiben die Kantone. Die räumliche Abstimmung und Festsetzung der Standorte erfolgen im Rahmen der kantonalen Richtplanung“ (vgl. Sachplan Verkehr, Teil Programm, 7. Entwicklungen im nichtinfrastrukturellen Bereich, Grundsätze zur Hartgesteinsversorgung).
- Wessen Aufgabe es aus Sicht des Bundes ist, die Abbauvorhaben in der Schweiz zu planen und auszuführen, ergibt sich aus den Erläuterungen zum Sachplan Verkehr (vgl. dort 2.6 Entwicklungen im nichtinfrastrukturellen Bereich, Grundsätze zur Hartgesteinsversorgung, Ziff. 2 *in fine* [Hervorhebungen nur hier]).

*„Obwohl an einer Versorgung mit Hartgestein ein nationales Interesse besteht, ist es **nicht Aufgabe des Bundes oder der Kantone, die konkreten Vorhaben zu planen. Dafür sind die privaten Unternehmen verantwortlich.** Das nationale Interesse beschränkt sich zudem auf das Rohstoffvorkommen an einem bestimmten Standort. Unternehmungen, welche die entsprechenden Hartgesteine abbauen, werden damit nicht begünstigt und erhalten keinen Anspruch auf eine steuerliche Begünstigung oder andere finanzielle Unterstützungen durch die öffentliche Hand. **Die meisten Unternehmungen sind im Verband Schweizerischer Hartsteinbrüche (VSH) zusammengeschlossen. Der VSH ist somit ein wichtiger Ansprechpartner für Fragen zum Abbau und zur Versorgung mit Hartgestein.**“*

26 Aus diesen Ausführungen des Bundes ergibt sich deutlich, dass die wirtschaftliche Tätigkeit des Hartgesteinsabbaus in der Schweiz nicht kantonal monopolisiert, sondern seit jeher Privaten überlassen ist. Der Bund geht von einer wirtschaftlichen Tätigkeit von Privaten bei der Hartgesteinsgewinnung und nicht vom Bestehen historischer kantonalen Monopole (d.h. von Regalen) in diesem Bereich aus und sieht folgerichtig die Privaten auch als wichtigen Ansprechpartner „für Fragen zum Abbau und zur Versorgung mit Hartgestein“ an. Die Kantone sind hier nicht die Ansprechpartner.

III. Abschliessende rechtliche Beurteilung des Vorgehens bei der Revision des BRG

27 Es ist davon auszugehen, dass bei der geplanten Revision des BRG entscheidende Rechtsfragen ausser vor gelassen worden sind und Auswirkungen der Revision teilweise zu wenig beleuchtet werden. In tatsächlicher Hinsicht wird in der Vorlage beispielsweise nicht darauf eingegangen,

- dass die geplante Monopolisierung des Abbaus von Steinen und Erden sowie die Tätigkeit der Deponierung untertags schweizweit nirgends unter das Bergregal fällt (vgl. Rz. 22 f.);
- dass der Bund ebenfalls davon ausgeht, dass die wirtschaftliche Tätigkeit der Hartgesteinsgewinnung den Privaten vorbehalten ist und hier (e contrario) nicht ein historisches kantonales Monopol besteht (vgl. Rz. 24 ff.);
- was einst als Umfang des historischen Bergregals im Kanton Bern erachtet worden ist – pauschal wird eine Lücke im einst erlassenen BRG behauptet, weil niemand an Steine, Erden und Deponierungen untertags gedacht haben soll (vgl. Rz. 8 ff.);
- dass die nun zur Diskussion stehende staatliche Monopolisierung letztlich über die kantonale Richtplanung Konsequenzen auf den Abbau im Tagbau haben wird (vgl. Rz. 12).

28 Zu diesen fehlenden Ausführungen und Abklärungen in tatsächlicher Hinsicht treten weitere in rechtlicher Hinsicht dazu (vgl. hier ausführlich Rz. 15 ff.). Dies ist insofern stossend, als mit der in Frage stehenden staatlichen Monopolisierung von wirtschaftlichen Tätigkeiten, offensichtlich ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit verbunden ist. Neben der zwingenden Prüfung eines überwiegenden öffentlichen Interesses (das polizeilicher, sozialpolitischer oder wirtschaftspolitischer Natur sein kann) und der Verhältnismässigkeit muss vom Gesetzgeber ferner das Konzept von Art. 35 BV beachtet werden. Insbesondere aus dem zweiten Teilsatz von Art. 35 Abs. 2 BV leitet die Lehre *einen Auftrag* zur tatsächlichen Verwirklichung der grundrechtlich geschützten Rechte und Freiheiten ab. Der Wortlaut der Bestimmung (zur Verwirklichung „beitragen“) lasse indessen nicht auf einen umfassenden oder absolut wirkenden Verwirklichungsauftrag der Verfassung schliessen (vgl. WALDMANN, in: BSK-BV zu Art. 35 Rz. 35 f.). Anerkannt ist aber, dass insbesondere *den rechtsetzenden Behörden* aufgrund von Art. 35 BV aufgetragen ist, Erlasse *möglichst freiheitlich und rechtsgleich* zu gestalten (vgl. etwa REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, 2. A., Bern 2013, S. 42). In Beachtung solcher Vorgaben müsste gerade von einer (weiteren) staatlichen Monopolisierung abgesehen werden – zumal eine solche zum heutigen Zeitpunkt keineswegs dringend respektive zwingend ist (vgl. hier die Ausführungen vorne Rz. 7 ff.).

29 Nach dem Gesagten empfehlen wir, die Vorlage in der Vernehmlassung als Ganzes abzulehnen. Wesentliche tatsächliche und rechtliche Aspekte wurden nicht angesprochen oder nicht transparent behandelt. Insgesamt ist das Vorhaben verfassungsrechtlich als sehr fragwürdig einzustufen.