Nutzung des Untergrunds

Herausforderungen und Handlungsbedarf aus rechtlicher Sicht

Ramona Wyss, Walder Wyss AG

Tagung zu aktuellen Rechtsfragen im Bau-, Planungs- und Umweltrecht
Grand Casino Luzern, 26. November 2014

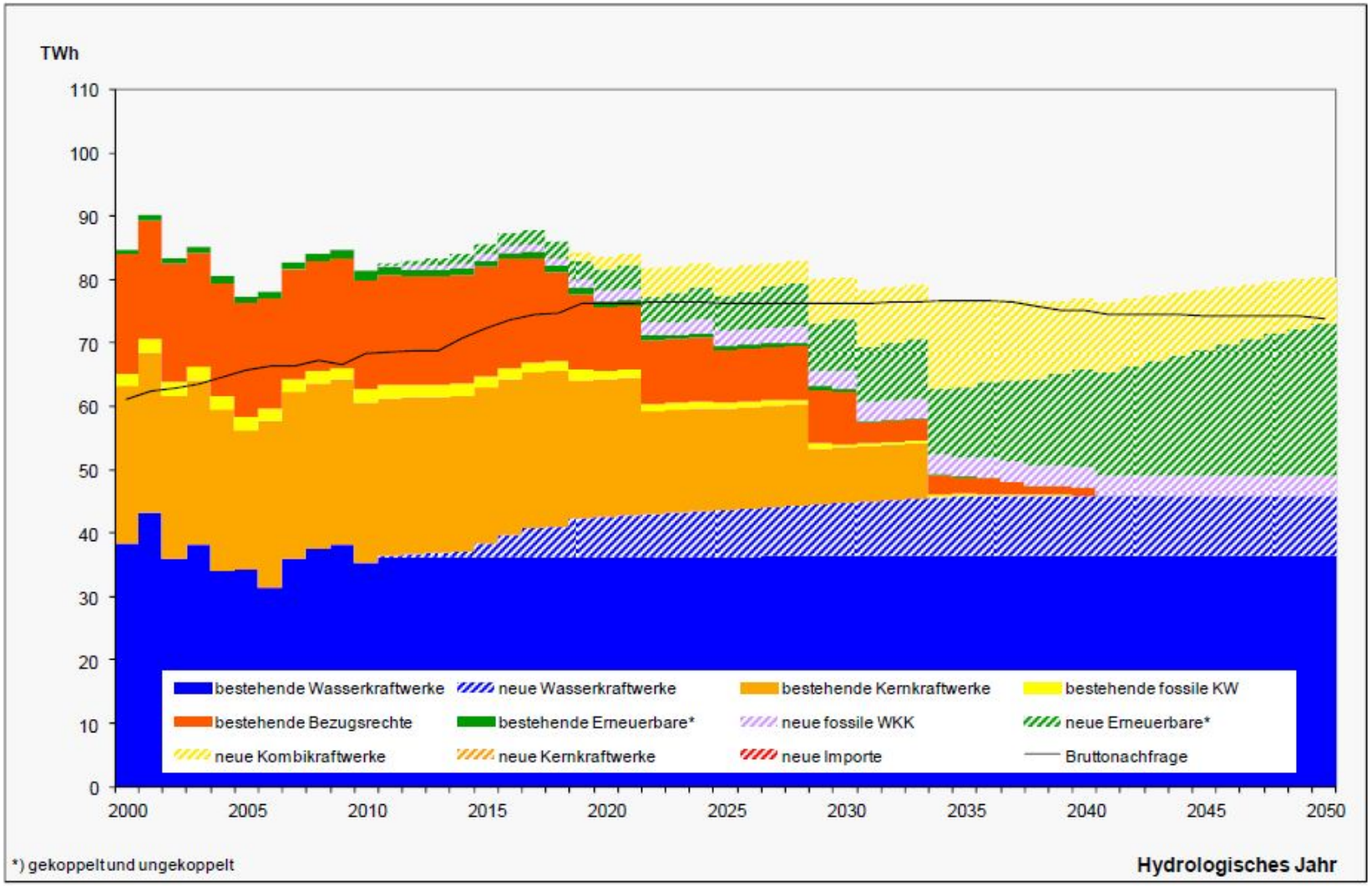
walderwyss rechtsanwälte

Inhalt

- Herausforderungen
- Rechtliche Ausgangslage
- Regulierungsansätze am Beispiel des Mustergesetzes der Nordostschweizer Kantone
- Offene Fragen und Ausblick

Herausforderungen

Energiestrategie 2050:
Bedarf an erneuerbaren Energiequellen



Neue Erneuerbare

Zusammensetzung des Elektrizitätsangebots (reine Inlandproduktion) bis 2020, 2035, 2050 auf der Basis des Massnahmenpakets des UVEK

(Quelle: Prognos)

Vermehrte Nutzungsansprüche

Erdwärmenutzung

- Tiefe Erdwärmesonden
- Tiefengeothermie

Ablagerung von Stoffen

- Endlagerung radioaktiver Abfälle
- Gasspeicherung (z.B. CO_2-Sequestrierung)

Ausbeutung von Bodenschätzen

Insbesondere:

Schiefergasgewinnung / «Fracking»

Transportinfrastruktur

Kernfragen

Was?

Erlaubte Nutzungen

Prioritätenordnung

Wie?

Sicherheit

Umweltschutz

Haftung

Wieviel?

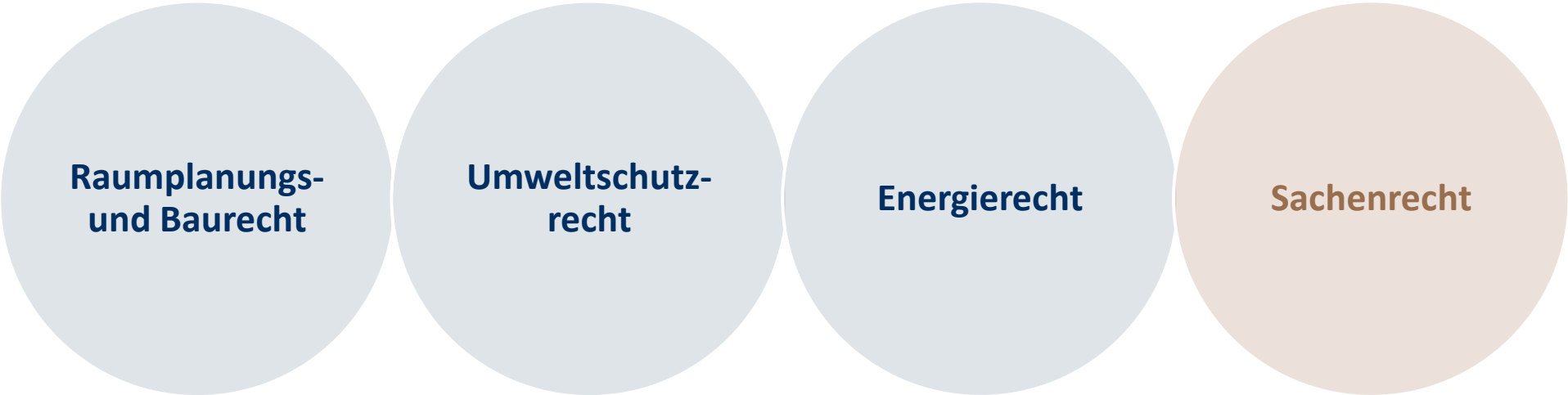
Investitionsschutz

Subventionierung

Fiskalische Interessen der öffentlichen Hand

Rechtliche Ausgangslage

Bestehender Rechtsrahmen: Übersicht



- Querschnitterlasse
- Keine umfassende Regelung auf Bundesebene / Bundeskompetenz

Bestehender Rechtsrahmen: Sachberechtigung am Untergrund I

Umfang des Privateigentums:

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.»

Sachhoheit der Kantone über öff. Gewässer:

Art. 664 ZGB: «Die herrenlosen und die öffentlichen Sachen stehen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden.»

«Übriger» Untergrund unter Sachhoheit der Kantone:

BGE 119 Ia 390, E. 5.d und e («Nagra»)

Kantonale Regalrechte an der Ausbeutung von Bodenschätzen:

Art. 94 Abs. 4 BV: «Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit […] sind […] zulässig, wenn sie […] *durch kantonale Regalrechte* begründet sind.»

Bestehender Rechtsrahmen: Sachberechtigung am Untergrund II

BGE 119 Ia 390 («Nagra»)

- **Art. 667 Abs. 1 ZGB hat Grenzziehungsfunktion**: Grundeigentum reicht nicht weiter in die Tiefe, als der Grundeigentümer ein entsprechendes Interesse ausweisen kann.
- **«Restlicher Teil des Erdkörpers»** bzw. der «Untergrund» steht (analog) öffentlicher Sachen **unter der Sachhoheit der Kantone.**
- Kantone sind folglich kompetent, über die **Nutzungsart** zu **bestimmen** und die Nutzung – wie bei öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch – von einer **Sondernutzungskonzession** abhängig zu machen.

Bestehender Rechtsrahmen: Kantonale Regelungen

Berg(werk)regal (KV / EG ZGB)

- Auf Ausbeutung von Bodenschätzen begrenzt
- Oft nur rudimentäre Regelung
- Konflikt mit dem Binnenmarktgesetz (Ausschreibung von Monopolkonzessionen)
- Oft ungenügende Grundlage für Konzessionsgebühren

Erdölkonkordat der Nordostschweizer Kantone

- Auf Ausbeutung von fossilen Brennstoffen begrenzt
- Eine Konzession für gesamtes Konkordatsgebiet
- Konflikt mit dem Binnenmarktgesetz (Ausschreibung von Monopolkonzessionen)
- **Per 31.12.2013 beendet**

Spezialgesetze

- Nur Ausbeutung von Bodenschätzen: VS (1856), BL (1876), SG (1919), VD (1957), NW (1979)
- Bodenschätze und Erdwärme: BE (2003)
- Umfassende Regelungen: UR (1995), SZ (1999), AG (2012), LU (2013)

Mustergesetz der Nordostschweizer Kantone über die Nutzung des Untergrundes

Kernfragen

Erlaubte Nutzungen und Prioritätenordnung

Sicherheit, Umweltschutz und Haftung

Investitionsschutz, Subventionen und fiskalische Interessen der öffentlichen Hand

Koordination und Vereinbarkeit mit Gesamtrechts-ordnung

Gliederung

I. **Einleitung** (Zweck, Begriffe, sachlicher Geltungsbereich), §§ 1, 2

II. **Grundsatz**: Kantonale Hoheit über den Untergrund, § 3

III. **Bewilligung und Konzession,** §§ 4-10

IV. **Gemeinsame Bestimmungen,** §§ 11-17

- Richtplanung / Nutzungsplanung
- Verfahren, Koordination / Konzentration
- Übertragung, Erlöschen, Verzicht, Entzug, Widerruf Bewilligung / Konzession
- Enteignungsrecht

V. **Haftung und Versicherung,** §§ 18, 19

VI. **Gebühren und Abgaben,** §§ 20-24

VII. **Vorhaben und Daten,** § 25

VIII. **Vollzug, Rechtsschutz und Strafbestimmungen,** §§ 26-29

IX. **Schluss- und Übergangsbestimmungen,** §§ 30-33

Zweck und Geltungsbereich

Zweck (§ 1)

*«Dieses Gesetz regelt die Nutzung des Untergrunds im Einklang mit den öffentlichen Interessen, insbesondere der **Wirtschaftlichkeit**, der **Umweltverträglichkeit** und der **Sicherheit**.»*

Begriffe (§ 2)

Untergrund:

*«Als Untergrund gilt jener **Teil des Erdinnern, der nicht Gegenstand der Bundeszivilgesetzgebung** bildet. Zum Untergrund gehören auch die **Bodenschätze** und die **herrenlosen Naturkörper** nach Art. 724 ZGB.»*

Erfasste Nutzungen (nicht abschliessend):

- Erforschung und Gewinnung von Bodenschätzen;
- Geothermie;
- Gasspeicherung
- Erstellung und Nutzung von Lagerinfrastrukturen
- Geologisch-geophysikalischen Untersuchungen

Nicht: Transportinfrastrukturen, Endlagerung radioaktiver Abfälle

Bewilligungen und Konzessionen: Übersicht

Grundsatz: Bewilligungspflicht (§ 4)

(nicht abschliessend)

- Erforschung des Untergrunds (Grabungen, Bohrungen und seismische Untersuchungen)
- Gewerbsmässige Nutzung von Höhlen
- Einlagern von Stoffen in unterirdischen Lagerinfrastrukturen
- Erstellung von Erdsonden, Erdregistern, Energiepfählen oder Kälte-/Wärmespeicher zur Nutzung der Geothermie ab einer Tiefe von 500m / maximalen Leistung > 100 kW

Konzessionspflichtige Nutzungen (§ 5)

(abschliessend)

- Abbau von Bodenschätzen
- Einlagern von Stoffen in unterirdische Lagerinfrastrukturen ab einer Menge von 1‘000 m^3
- Erstellen von Bauten und Anlagen für die Nutzungen nach § 2 Abs. 2
- Nutzung der Geothermie ab einer Leistung von 1‘000 kW
- Gasspeicherung

Arten und öffentliche Ausschreibung von Konzessionen

Umfang des Privateigentums:

Art. 667 ZGB

Sachhoheit der Kantone über öff. Gewässer:

Art. 664 ZGB

- **Sondernutzungskonzession**
- **Keine öffentliche Ausschreibung (str.)**

«Übriger» Untergrund unter Sachhoheit der Kantone:

BGE 119 Ia 390, E. 5.d und e («Nagra»)

- **Sondernutzungskonzession**
- **Keine öffentliche Ausschreibung (str.)**

Kantonale Regalrechte an der Ausbeutung von Bodenschätzen:

Art. 94 Abs. 4 BV

- **Monopolkonzession**
- **Öffentliche Ausschreibung (Art. 2 Abs. 7 BGBM / § 6 Mustergesetz)**

Öffentliche Ausschreibung der Monopolkonzession

§ 6

- Pflicht zur Ausschreibung nach Massgabe von Art. 2 Abs. 7 BGBM
- Auswahlkriterien wie Sondernutzungskonzession (§ 6 Abs. 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 und 2)
  - **Eignung** Untergrund für vorgesehene Nutzung
  - **Gewähr** für einwandfreie und umweltverträgliche Erstellung / Betrieb / Unterhalt
  - **Gesicherte Finanzierung**
  - Keine entgegenstehenden überwiegenden **öffentlichen oder privaten Interessen**
  - **Einhaltung gesetzlicher Bestimmungen**

  Bei im Wesentlichen gleichwertigen Gesuchen:
  - Vorhaben, welches **öffentlichen Interessen am besten dient**
  - Bewerber, der **bereits Erforschungen** im Hinblick auf die konzedierte Nutzung durchgeführt hat
- Verfahrensgrundsätze (§ 6 Abs. 3)

  Wirtschaftlichkeit, **Transparenz**, **Wettbewerbsneutralität** und **Gleichbehandlung** der Bewerber.

Ausgleichsanspruch des nicht berücksichtigten Bewilligungsinhabers (1/2)

Problematik:

- **Grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Erteilung der Konzession**
- **Aber:** Hohe **Investitionskosten** für Exploranden ohne Garantie für Abbaukonzession

Ausgleichsanspruch des nicht berücksichtigten Bewilligungsinhabers (2/2)

§ 7 Abs. 2: Erteilung der Konzession

Unter mehreren Bewerbern um eine Konzession, ***die im Wesentlichen gleichwertige Gesuche*** unterbreiten, gebührt demjenigen der Vorzug,

a) dessen Vorhaben den öffentlichen Interessen am besten dient; oder

b) der ***bereits Erforschungen im Hinblick auf die konzedierte Nutzung durchgeführt*** hat.

§ 9 Abs. 1: Ausgleichsanspruch

Der Bewilligungsinhaber, der erfolgreich nach Bodenschätzen geforscht hat, verfügt über einen ***Ausgleichsanspruch gegenüber dem Kanton*** im Betrag der angemessenen und erforderlichen Auslagen zuzüglich eines angemessenen Gewinns, falls sein (formell und materiell vollständiges) ***Konzessionsgesuch nicht berücksichtigt*** wird und der Kanton oder ein Dritter in der Folge den Abbau von Bodenschätzen vornimmt.

Haftung und Versicherung: Potentielle Schadensszenarien

Induzierte Seismizität	Verschmutzung von Boden / Grundwasser	Senkungen / Hebungen	Bohrloch «Blow Out»
• Bohrung als solche • Hydraulische / chemische Stimulation (Tiefengeothermie, «Fracking»)	• Lecks in Bohrloch / Lagerstätte • Punktuierung (zuvor) wasserundurchlässiger Schichten • Verwendung von Chemikalien	• Aufgrund Änderungen des Grundwasser-regimes, z.B. bei Punktuierung (zuvor) wasserundurchlässiger Schichten • Kompression aufgrund Bautätigkeit	• Austreten von Grundwasser / Schlamm • Austreten entzündlicher und nicht entzündlicher Gase

Haftung

Haftungsausschluss des Kantons im Mustergesetz (§ 18)

[1] Soweit die Nutzung des Untergrunds Dritten übertragen wurde, haftet der Kanton nicht für Schäden, die durch Bewilligungsinhaber oder Konzessionäre bzw. deren Hilfspersonen bei der Ausübung der Bewilligung oder Konzession verursacht werden.

[2] Im Übrigen gelten die Bestimmungen des kantonalen Verantwortlichkeitsrechts.

Aber: Zivilrechtliche Haftung des Kantons als Inhaber der Sachhoheit über den tiefen Untergrund?

– Aus Art. 679 ZGB?

– Aus Art. 58 OR?

Pro Memoriam:
Regresskaskade für zivilrechtliche Haftung

Aussenverhältnis: Solidarische Haftung

Innenverhältnis: Art. 51 Abs. 2 OR

1. Verschuldenshaftung
2. Vertragshaftung (Versicherung)
3. Kausal- und Gefährdungshaftung

Ergänzende Regelungen für das Innenverhältnis

- **Versicherung** oder gleichwertige Sicherheit (§ 19)

  «Für die Erteilung einer Bewilligung oder Konzession hat der Bewerber den Nachweis über eine ausreichende Versicherungsdeckung oder eine gleichwertige Sicherheit zu erbringen.»

- **Schadloshaltungspflicht** der Konzessionärin als fakultativer Konzessionsinhalt (§ 8 Abs. 2 lit. d)

Gebühren und Abgaben

Bewilligung (§§ 21, 22)

- Verwaltungsgebühr
  - Einmalig
  - Deckung Verwaltungskosten
- Nutzungsgebühr
  - Jährlich
  - Bemessung anhand Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte und wirtschaftlicher Bedeutung Vorhaben

Konzession (§§ 21, 23, 24)

- Verwaltungsgebühr
  - Einmalig
  - Deckung Verwaltungskosten
- Konzessionsgebühr
  - Einmalig
  - Bemessung anhand Umfang der eingeräumten Nutzungsrechte, Konzessionsdauer und wirtschaftlicher Bedeutung Vorhaben
- Konzessionsabgabe
  - Jährlich wiederkehrend
  - Bemessung anhand tatsächlichem «Umsatz» (Erlöse, Energieproduktion etc.)
  - Anteil an Standortgemeinden

Offene Fragen und Ausblick

Grenzen der Regulierung durch Kantone

Bindung an übergeordnetes Recht

- Umweltschutz, aber z.T. fehlende Immissionsgrenzwerte (z.B. Erschütterungen)
- Räumliche Ausdehnung des Privateigentums (Art. 667 ZGB)
- Zivilrechtliche Haftungsbestimmungen

Regulierungsbestrebungen auf Bundesebene

Handlungsempfehlungen zur Nutzung des tiefen Untergrundes der Eidgenössischen Geologischen Kommission vom 22. Januar 2014

- Ergänzung Raumplanung mit Grundsätzen über die Nutzung des Untergrundes
- Anpassung von Art. 667 ZGB
- Überprüfung Kompetenzverteilung / u.U. nationale Regelung

Umsetzung / Aktueller Stand

- **TG**: Gesetzesentwurf und Botschaft des Regierungsrates am 30. September 2014 dem Grossen Rat unterbreitet
- **SG / ZH**: Vernehmlassung voraussichtlich Anfang 2015, Gesetzesentwurf der Regierung zuhanden des Parlaments bis ca. Ende 2015

- **FR**: Vorentwurf eines Gesetzes über die Nutzung des Untergrundes vom 4. Juli 2014

Disclaimer

Diese Folien beinhalten generische Informationen, welche ausschliesslich die persönliche Meinung der Autorin widergeben. Sie sollen nicht als spezifischer Rat oder rechtliche Abklärung verstanden werden. Es gilt das gesprochene Wort.

Kontakt

Ramona Wyss
MLaw, LL.M., Rechtsanwältin

Walder Wyss AG
Seefeldstrasse 123
Postfach 1236
8034 Zürich

Telefon direkt: +41 58 658 52 44
ramona.wyss@walderwyss.com

walderwyss rechtsanwälte