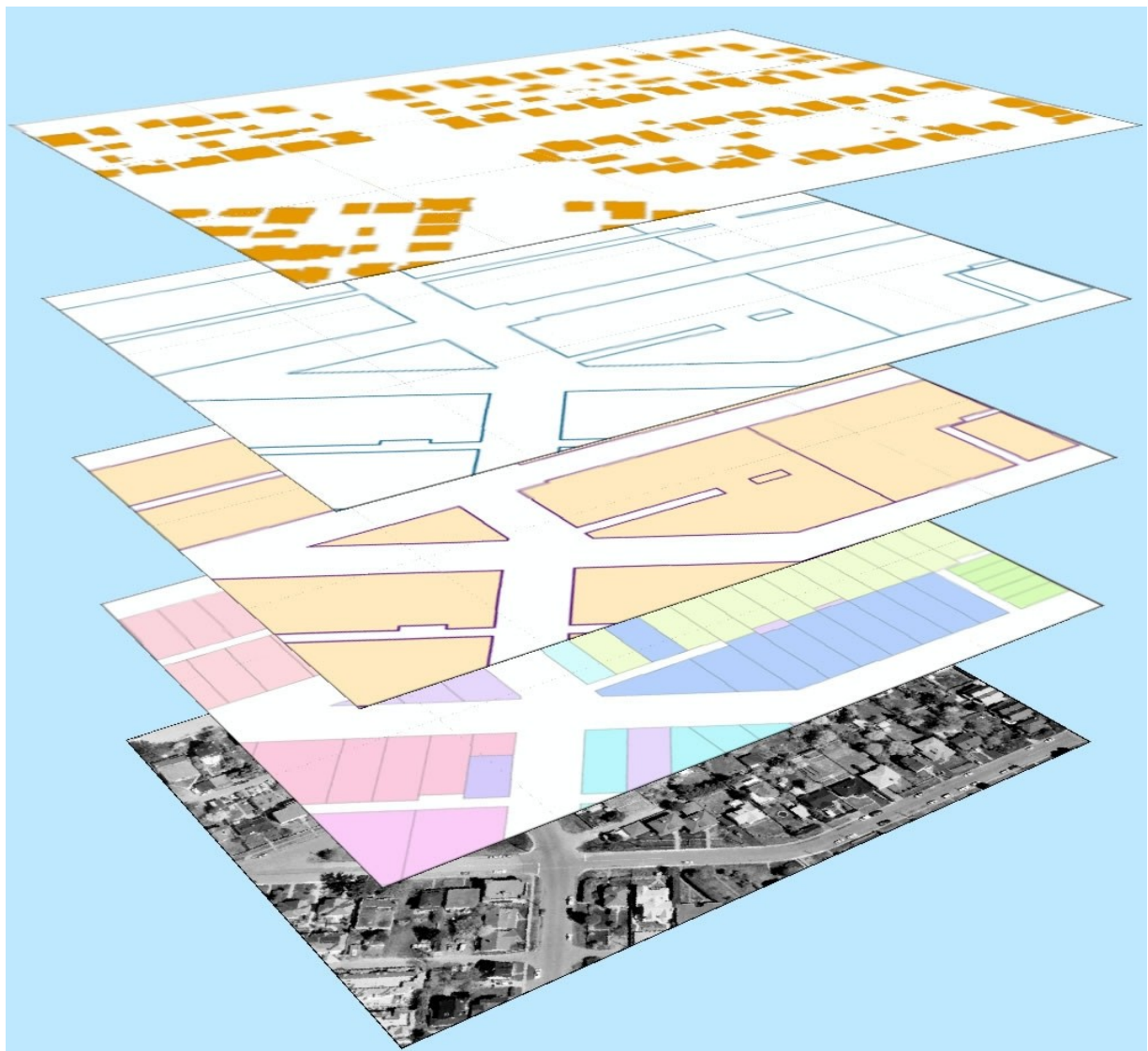




Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster)

Vertiefungsstudie zu den rechtlichen Aspekten



Diese Studie wurde im Auftrag des Bundesamts für Landestopographie und der Arbeitsgruppe SIK-GIS unter Leitung des Kompetenzzentrums für Public Management (KPM) der Universität Bern verfasst.

Text und Gestaltung: KPM
Titelseiten und Produktion: Bundesamt für Statistik
Vertrieb, Bezugsquelle: Geschäftsstelle CSI/SIK
Petersgraben 52
Postfach 645
4003 **Basel**
E-Mail: greg.hernan@sik.admin.ch

© Copyright: AG SIK-GIS & swisstopo, 2005
Nichtkommerzieller Abdruck unter Angabe der Quelle gestattet.



Arbeitsgruppe
Geographische Informationssysteme der
Schweizerischen Informatikkonferenz
Groupe de travail sur les
systèmes d'information géographique de la
Conférence suisse sur l'informatique

+ **swisstopo** + +

Bundesamt für Landestopografie
Office fédéral de topographie
Ufficio federale di topografia
Uffizi federal da topografia

Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster)

Vertiefungsstudie zu den rechtlichen Aspekten

INHALTSÜBERSICHT

I.	Ausgangslage und Auftrag	3
II.	Ziele der Vertiefungsstudie	7
III.	Vorgehen für die Erarbeitung der Vertiefungsstudie	7
IV.	Vision „CADASTRE 2014“	8
V.	Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB)	9
VI.	Verhältnis des ÖREB-Katasters zum Grundbuch	10
VII.	Umschreibung und Abgrenzung der Daten des ÖREB-Katasters ..	16
VIII.	Beantwortung der Fragen	22
IX.	Zusammenfassende Würdigung	38
IX.	<i>Synthèse de l'étude</i>	40
	Anhang 1: Materialien und Literatur	42
	Anhang 2: Erlasse	44

I. Ausgangslage und Auftrag

1. Im Rahmen der Neukonzeption der Erfassung, Verarbeitung und Veröffentlichung raumrelevanter Daten erarbeiten verschiedene Fachgremien den Entwurf eines Bundesgesetzes über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeolG)¹. Am 22. Juni 2005 ist das Vernehmlassungsverfahren eröffnet worden. Dieses Gesetz bildet unter anderem die Grundlage für die Bearbeitung von Geobasisdaten². Unter den Begriff der Geobasisdaten fallen auch Angaben über öffentlich-rechtliche Einschränkungen, welche die Eigentumsrechte an Grundstücken beschränken. Die öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums (ÖREB) sollen in einem Kataster erfasst werden (ÖREB-Kataster).

Als zentrale gesetzliche Grundlage für die Regelung des ÖREB-Katasters ist im Entwurf zum GeolG unter dem Abschnitt „Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen“ folgende Bestimmung vorgesehen³:

Art. 15

- ¹ Gegenstand des Katasters sind öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches nicht im Grundbuch angemerkt werden.
- ² Der Bundesrat legt fest, welche Geobasisdaten von nationalem Interesse Gegenstand des Katasters sind.
- ³ Die Kantone können zusätzliche, eigentümergebundene Geobasisdaten bezeichnen, die zum Bestand des Katasters gehören.
- ⁴ Der Kataster wird in elektronischer Form veröffentlicht.
- ⁵ Unterbleibt die Veröffentlichung, bleibt Betroffenen der Nachweis offen, dass sie die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung nicht kannten und trotz pflichtgemässer Sorgfalt nicht kennen konnten.
- ⁶ Der Bundesrat erlässt Vorschriften über die Mindestanforderungen an den Kataster hinsichtlich Organisation, Führung, Datenharmonisierung, Qualität und Verfahren.

¹ E-GeolG.

² Siehe zur Begriffsumschreibung Art. 2 Abs. 3 Bst. c E-GeolG.

³ Siehe im Übrigen auch Art. 29 Abs. 1 Bst. d und Art. 29 Abs. 2 Bst. b E-GeolG betreffend Zuständigkeiten sowie Art. 34 E-GeolG betreffend Finanzierung.

2. Im Zusammenhang mit den Arbeiten am Entwurf des GeolG stellen die Auftraggeber folgende Fragen⁴:
1. Welche ÖREB gibt es?
Ist es möglich, eine vollständige Liste der ÖREB nach Bundesrecht zu erstellen?
Lässt sich eine sinnvolle Typologie finden?
Können mit der gleichen Methode die kantonalen und kommunalen ÖREB ermittelt werden?
 2. Welches sind die Kriterien zur Abgrenzung von privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Einschränkungen?
 3. Welches sind die Kriterien zur Abgrenzung zwischen ÖREB nach Art. 962 (neu) ZGB gegenüber den übrigen ÖREB?
 4. Darf man unterschiedliche (räumliche und thematische) Abdeckungen von ÖREB zulassen?
 5. Gibt es Beschränkungen der freien Einsichtnahme in einen ÖREB-Kataster, die sich aus dem Schutz von privaten Interessen (z.B. Geschäftsgeheimnisse, Personendatenschutz etc.) oder öffentlichen Interessen (z.B. militärische oder polizeiliche Sicherheit, Schutz von Leitungsnetzen) ergeben?
 6. Ergeben sich daraus Einschränkungen, die zwingend im GeolG geregelt werden müssen?
 7. Welche rechtlichen Probleme stellen sich, wenn eine Divergenz zwischen beschlossenen ÖREB und dem ÖREB-Kataster besteht?
Welche Möglichkeit der Lösung bietet sich an?
 8. Wie kann man rechtlich das Problem lösen, wenn widersprüchliche ÖREB erlassen werden?
Hat die Kataster führende Behörde eine rechtliche Pflicht, diese Widersprüche bereinigen zu lassen oder den Benutzer darauf hinzuweisen?
 9. Können an Datensammlungen und deren Darstellungen Urheberrechte entstehen?
Stellen sich für ÖREB diesbezüglich besondere Rechtsfragen?
 10. Darf die Führung der ÖREB-Kataster Privaten übertragen werden?
Welche Rechtsformen sind zu bevorzugen?
 11. Wer trägt die Verantwortung für den Inhalt der Information im ÖREB-Kataster (Haftung)?
 12. Welche rechtlichen Probleme ergeben sich hinsichtlich der Abfrage des ÖREB-Katasters sowie bezüglich der Beglaubigungen von Auszügen der Raumkataster-Informationen?
 13. Bedingt ein Kataster über ÖREB besondere gesetzliche Regelungen zur Haftung?
 14. Wie wird der Vorschlag zur gesetzlichen Verankerung des ÖREB aus rechtlicher Sicht beurteilt?

⁴ Gemäss Auftrag swisstopo und Schweizerische Informatikkonferenz vom 22.12.2004.

Der Auftrag überlässt die Intensität der Beantwortung der Fragen dem Ermessen der Gutachter. Im gegenseitigen Einvernehmen kann die Beantwortung einzelner Fragen weggelassen werden.

3. Der Auftrag zu dieser Vertiefungsstudie war im Anschluss an eine Situationsanalyse⁵ und aufgrund erkannter offener Fragen im Gesetzesvorbereitungsverfahren erteilt worden. Zwischen den weiterlaufenden Gesetzesarbeiten und der Erarbeitung dieser Studie bestand bis zu einem gewissen Grad ein Interdependenzverhältnis; ebenso zwischen dieser Studie und einem mittlerweile von der Gruppe SIDIS erstellten Zwischenbericht⁶. Die definitiven Erkenntnisse der vorliegenden Studie werden allerdings erst im Rahmen des nunmehr bereits laufenden Vernehmlassungsverfahrens zum GeolG bzw. im Anschluss daran hinreichend berücksichtigt werden können.

Bereits an dieser Stelle erwähnt seien im Weiteren die Bestrebungen, im Rahmen der laufenden Revision des Immobiliarsachenrechts (ZGB) die Publizität gewisser öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch zu verbessern. Auch diese Parallelität wird allenfalls im bzw. nach dem Vernehmlassungsverfahren zum GeolG noch verstärkt zu berücksichtigen sein.

4. Die Ausführungen in dieser Studie gehen von folgenden grundsätzlichen Begriffen/Definitionen aus⁷:

4.1 Raumkataster:

Ein Raumkataster ist ein öffentlich zugängliches Verzeichnis von Daten, welche die rechtliche Situation (grundeigentümer- sowie behördenverbindlich) in Bezug auf räumliche Objekte darstellt. Die Darstellung kann in einem Plan (graphisch), in Textform oder gemischt erfolgen. Der Raumkataster kann verschiedene Ebenen oder Bestandteile aufweisen⁸.

4.2 ÖREB-Kataster:

Der ÖREB-Kataster ist ein systematisches, textliches und/oder kartographisches, öffentlich zugängliches Verzeichnis von Eigentumsbeschränkungen, welchen ein bestimmbares räumliches Objekt unterworfen ist⁹ und welche grundsätzlich aus einem Gesetz, einer Verordnung oder einem grundeigentümergeverbindlichen Plan folgen können. Der ÖREB-Kataster kann Bestandteil eines Raumkatasters sein.

⁵ Basler + Partner AG/SIK GIS, Raumkataster aus Sicht der öffentlichen Verwaltung, Situationsanalyse, Meinungsbild und Empfehlung, Zollikon 2004.

⁶ Swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, Informationssysteme über Rechte mit räumlichen Wirkungen, Zwischenbericht vom 3. August 2005 zuhanden der Begleitgruppe SIDIS.

⁷ Im Übrigen wird auf die in Art. 3 E-GeolG vorgenommenen Begriffsbestimmungen abgestellt.

⁸ Dieses Verständnis des Begriffes „Raumkataster“ lehnt sich an die Definition von Prof. Hennses in „CADASTRE 2014“; ähnlich auch swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 16 f.

⁹ Ähnlich auch swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 16 f.

4.3 Parzellenschärfe:

Der Begriff der Parzellenschärfe spricht sich über die räumlich exakte Zuordnung einer rechtlichen Wirkung auf ein räumliches Objekt aus und ermöglicht damit die genaue Ermittlung, ob ein räumliches Objekt und damit dessen Eigentümer von einer konkreten Rechtswirkung betroffen ist oder nicht. Dabei kann die rechtliche Wirkung mit der Umgrenzung eines räumlichen Objekts identisch sein (bspw. Eigentum oder Zugehörigkeit zu einer Zone im planungsrechtlichen Sinn) oder sie kann nur einen Teilbereich eines räumlichen Objekts betreffen (bspw. Verlauf einer Wegdienstbarkeit)¹⁰.

4.4 Eigentum und Grundstück:

ÖREB sind öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Eigentums. Das Eigentum definiert sich bezogen auf räumliche Objekte nach räumlichen Grenzen. Damit werden räumliche Objekte im eigentumsrechtlichen Sinne zu Grund-Stücken. Soweit räumliche Objekte im Privateigentum stehen, müssen sie im Grundbuch eingetragen sein¹¹. Beschränkungen des Grundeigentums knüpfen damit notwendigerweise an Grundstücke an. In technischer Hinsicht muss ein im Privateigentum stehendes räumliches Objekt vermessen sein, es muss auf einem Plan dargestellt sein und es muss beschrieben sein, damit es im Grundbuch aufgenommen wird¹².

¹⁰ Die Definition ergibt sich aus der Verwendung des Begriffes in den Bereichen der Geomatik und der Raumplanung und entspricht dem juristischen Sprachgebrauch.

¹¹ Art. 942 Abs. 1 ZGB: „Über die Rechte an Grundstücken wird ein Grundbuch geführt.“

Art. 943 Abs. 1 ZGB: „Als Grundstücke werden in das Grundbuch aufgenommen:

1. die Liegenschaften;
2. die selbständigen dauernden Rechte an Grundstücken;
3. die Bergwerke;
4. die Miteigentumsanteile an Grundstücken.“

Art. 944 ZGB Abs. 1: „Die nicht im Privateigentum stehenden und die dem öffentlichen Gebrauch dienenden Grundstücke werden in das Grundbuch nur aufgenommen, wenn dingliche Rechte daran zur Eintragung gebracht werden sollen oder die Kantone deren Aufnahme vorschreiben.“

¹² Art. 1 Abs. 1 GBV: „Ein Grundstück wird in das Grundbuch aufgenommen, indem:

- a. es im Plan, soweit darstellbar, oder im Liegenschaftsverzeichnis aufgezeichnet wird;
- b. dafür ein Hauptbuch angelegt wird und
- c. eine Grundstücksbeschreibung hergestellt wird.“

II. Ziele der Vertiefungsstudie

Bei Auftragserteilung wurde von folgenden Zielsetzungen ausgegangen¹³:

1. Klärung grundsätzlicher Aspekte eines Raumkatasters und kritische Auseinandersetzung
2. Definitionen und Abgrenzung der Daten des Raumkatasters
3. Abgrenzung des ÖREB-Katasters von den übrigen Daten des Raumkatasters
4. Rechtliche Aspekte eines Raumkatasters
5. Rechtliche Konsequenzen für die öffentliche Verwaltung (Bund und Kantone) und das Zusammenspiel der Fachstellen

Die vertiefte Auftragsanalyse im Verlauf der ersten Bearbeitungsschritte sowie die Zwischenbesprechungen mit den Auftraggebern ergaben, dass die vorliegende Vertiefungsstudie sich zu rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit dem ÖREB-Kataster – und nicht mit dem Raumkataster (vgl. die vorstehende Definition) äussern soll. Insofern, als (begriffliche) Divergenzen zwischen den Zielen des Studienauftrages sowie den in Ziffer I. zitierten Fragen bestehen, erfolgt die Bearbeitung fokussiert auf die Problemstellungen im Zusammenhang mit dem ÖREB-Kataster.

III. Vorgehen für die Erarbeitung der Vertiefungsstudie

Die Autoren der Vertiefungsstudie wählten im Einvernehmen mit den Auftraggebern folgendes Vorgehen:

- Studium der grundlegenden Publikationen und Vorstudien
- Erarbeitung verschiedener Thesen
- Verifizierung der Thesen in einer Diskussion mit der Taskforce der SIK-GIS/swisstopo¹⁴
- Bezug ergänzender Materialien
- Systematische Auseinandersetzung mit den sich stellenden Grundfragen
- Beantwortung der Fragen der Auftraggeber (Entwurf der Studie)
- Diskussion des Entwurfs mit der Taskforce SIK-GIS/swisstopo
- Bereinigung und Finalisierung der Vertiefungsstudie

¹³ Gemäss Auftrag swisstopo und Schweizerische Informatikkonferenz vom 22.12.2004.

¹⁴ Der Dank der Autoren gebührt der Taskforce aus Vertretern der Schweizerischen Informatikkonferenz, Arbeitsgruppe Geografische Informationssysteme, unter der Leitung von Herrn Keller (AG) mit Herrn Hösli (LU), Herrn Schlatter (ZH) und Herrn Widmer (SG), sowie der swisstopo mit Herrn Miserez, Herrn Schenk (Projektleiter GeolG) sowie Herrn Kettiger (Berater und Gesetzesredaktor GeolG) für deren engagierte, kritische Mitwirkung und Unterstützung.

Die Auftraggeber verzichteten ausdrücklich darauf, im Rahmen der Vertiefungsstudie auch die Bedürfnisse der Praxis (Verwaltung, private Geometer, Bereiche der Immobilienwirtschaft) erheben und verarbeiten zu lassen. Dieser Verzicht hat Auswirkungen auf die Bearbeitungstiefe bei der Fragebeantwortung – insbesondere bezüglich der Definition von in den Kataster zweckmässigerweise aufzunehmender ÖREB¹⁵.

IV. Vision „CADASTRE 2014“

Am Anfang der Arbeiten stand der sog. „CADASTRE 2014“, ein Kodex der FIG (Fédération Internationale des Géomètres). Der Kodex formuliert eine Vision, welche aus folgender Definition des Raumkatasters der Zukunft abgeleitet ist:

„Cadastre 2014 ist ein methodisch angelegtes öffentliches Verzeichnis von Daten zu allen juristischen Landobjekten innerhalb eines Landes oder Bezirks auf der Grundlage von Grenzvermessungen. Diese juristischen Landobjekte werden mit Hilfe bestimmter einheitlicher Bezeichnungen (Identifikatoren) systematisch gekennzeichnet. Sie werden entweder durch Privatrecht oder öffentliches Recht definiert. Der Grenzverlauf, der Identifikator zusammen mit deskriptiven Daten, kann für jedes einzelne Landobjekt dessen Beschaffenheit, Grösse, Wert sowie die auf das Landobjekt bezogenen gesetzlichen Rechte bzw. Einschränkungen ausweisen. Cadastre 2014 antwortet auf die Fragen ‚Wo?‘, ‚Wieviel?‘, ‚Wer?‘ und ‚Wie?‘“¹⁶.

Soweit für die Frage der ÖREB relevant, lautet eine Kernaussage der Vision von CADASTRE 2014: „CADASTRE 2014 wird die vollständige rechtliche Situation des Bodens zeigen, inklusive der öffentlich-rechtlichen Rechte und Einschränkungen!“¹⁷

Dass diese Vision einen Wunsch der Praxis aufnimmt, lässt sich stellvertretend dem Aufsatz von Paul-Henri Steinauer entnehmen¹⁸. Er nimmt Bezug auf den neuen Art. 75a der Bundesverfassung¹⁹, wonach in Absatz 3 dem Bund die Kompetenz erteilt, die öffentlichen Registereinträge zu harmonisieren²⁰. Diese Kompetenz eröffnet nach Steinauer dem Baurecht grosse Möglichkeiten, weil präzise definiert wird, unter welchen Voraussetzungen ein Bauvorhaben realisiert werden kann. Die Publizität, welche dadurch namentlich den öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums verschafft würde, steigert nach Steinauer die Werthaltigkeit des Bodens.

¹⁵ Beantwortung der Frage 1.

¹⁶ Kaufmann/Stuedler, CADASTRE 2014, Die Vision eines zukünftigen Katastersystems, FIG 1998, S. 16 (Definition nach Hennses, 1995).

¹⁷ Kaufmann/Stuedler, Abb. 3.2, S. 17.

¹⁸ Steinauer, Droit de la construction et système d'information du territoire, in Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli (Hrsg.), Gauch's Welt, Schulthess 2004.

¹⁹ Fassung vom 28. November 2004 (NFA).

²⁰ Siehe dazu auch eingehend Tschannen/Wyss.

V. Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB)

Will man die Erfassung, Verarbeitung und Darstellung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Rahmen eines ÖREB-Katasters gesetzlich regeln, bedarf es zunächst einiger weiterer begrifflicher Klärungen.

1. Eigentumsbeschränkungen im Allgemeinen

„Der Zweck aller Eigentumsbeschränkungen ist die Wahrung von Interessen anderer Personen, denen jene des Eigentümers sich in bestimmter Beziehung unterordnen müssen. Dies sind entweder die Eigentümer angrenzender Grundstücke, die Nachbarn, oder auch weitere Kreise von Privatpersonen oder endlich die Allgemeinheit selber, der Staat. Die Beschränkungen zugunsten der Nachbarn oder weiterer Privatpersonen sind regelmässig privatrechtlicher, jene zugunsten der Allgemeinheit öffentlich-rechtlicher Natur. Indessen dienen gewisse Beschränkungen sowohl privaten wie öffentlichen Interessen. Namentlich bei kantonalen Regeln ist nicht immer leicht zu entscheiden, ob es sich um dem kantonalen Recht vorbehaltene privatrechtliche oder aber um öffentlichrechtliche Bestimmungen handelt. Statt nur die Interessen sind daher auch der Zweck der Norm, die beteiligten Personen und ihre Stellung zu beachten. Denkbar ist sogar, dass die privatrechtliche und die öffentlichrechtliche Regelung in einer einzigen Norm, in einer sogenannten Doppelnorm²¹, verschmolzen sind.“²²

2. Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen im Besonderen

„Um seine Zwecke erfüllen zu können, muss der Staat die Möglichkeit besitzen, in dieser Weise Eigentumsschranken aufzustellen. Öffentlich-rechtlich bezeichnet man diese Eigentumsschranken dann, wenn der Staat selbst die Aktivlegitimation für die Durchsetzung besitzt“²³.

Die öffentlich-rechtliche Beschränkung des Grundeigentums soll sicherstellen, dass ein Grundstück, Teile oder Eigenschaften davon soweit notwendig für die Umsetzung öffentlicher Interessen verfügbar bleiben (positive Zwecksetzung) oder dass die Nutzung eines Grundstückes durch seinen Eigentümer nicht öffentliche Interessen beeinträchtigt (negative Zwecksetzung).

²¹ Beispiel für eine Doppelnorm: Art. 699 ZGB, Recht auf freien Zutritt zu Wald und Weide. Die Bestimmung dient sowohl den privaten Interessen der einzelnen Spaziergänger, jedoch auch dem öffentlichen Interesse nach Erhaltung von frei zugänglichem Erholungsraum.

²² Tuor/Schnyder, ZGB, 10. Auflage 1986, S. 658.

²³ Simonius/Sutter, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995, S. 59 Rz. 45.

Die Beschränkung kann sich direkt aus einem rechtsetzenden Erlass ergeben (generell-abstrakt²⁴) oder sie kann aus einem gestützt auf einen rechtsetzenden Erlass ergangenen Rechtsanwendungsakt folgen (individuell-konkret²⁵ oder generell-konkret²⁶) oder sich aus einem (Nutzungs-) Plan²⁷ (je nach Ausgestaltung generell-abstrakt²⁸, generell-konkret²⁹ oder individuell-konkret³⁰)³¹ ergeben.

3. Erkenntnis

Daraus lässt sich folgende Erkenntnis ableiten: Die Einschränkung des Grundeigentums ist dann eine öffentlich-rechtliche³², wenn sie sich aus einem rechtsetzenden Erlass, einem Rechtsanwendungsakt oder einem grundeigentümergebundenen Plan ergibt und sie notwendig ist, um *öffentliche Interessen* zu wahren, welche diejenigen des betroffenen Grundeigentümers überwiegen.

VI. Verhältnis des ÖREB-Katasters zum Grundbuch³³

1. Geodaten als raumbezogene Daten³⁴ können grundsätzlich in verschiedenen Datensammlungen zusammengefasst werden. Im vorliegenden Zusammenhang steht die Abgrenzung zwischen dem ÖREB-Kataster und dem Grundbuch im Vordergrund. Weil bereits nach geltendem Recht (Art. 962 ZGB) öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums wie Baulinien im Grundbuch angemerkt werden können – was mit der Revision des Immobiliarsachenrechts obligatorisch werden soll³⁵ – ist im Folgenden zu klären, in welchem Verhältnis der ÖREB-Kataster und das Grundbuch zueinander stehen.

²⁴ Generell-abstrakt bedeutet: unbestimmte Zahl von Adressaten und unbestimmte Zahl von Fällen (z.B. Baubewilligungspflicht nach RPG).

²⁵ Individuell-konkret bedeutet: bestimmte(r) Adressat(en) und konkreter Fall (z.B. Baubewilligung)

²⁶ Allgemeinverfügung bedeutet: unbestimmte Zahl von Personen und konkreter Fall (z.B. Fahrverbot)

²⁷ Jedenfalls grundeigentümergebunden (im Unterschied zum bloss behördenverbindlichen Richtplan).

²⁸ Erlass.

²⁹ Allgemeinverfügung.

³⁰ Einzel- oder Sammelverfügung.

³¹ Zur Rechtsnatur des Planes (Erfordernis einer fallspezifischen Qualifikation seiner Rechtsnatur) siehe etwa Tschannen/Zimmerli, § 37 Rz. 17 ff., mit weiteren Hinweisen; Häfelin/Müller Rz. 944 ff., mit weiteren Hinweisen; siehe im vorliegenden Zusammenhang auch die Vernehmlassung der Universität Lausanne zum vorgesehenen Art. 962 (neu) ZGB (Plan als Handlungsform sui generis).

³² Zur Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Einschränkungen siehe im Weiteren Ziffer VIII (Frage 2).

³³ Unter besonderer Berücksichtigung des Berichts zum Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), betreffend Art. 962 (neu) ZGB.

³⁴ Siehe Art. 3 Abs. 1 Bst. a E-GeoG.

³⁵ Siehe dazu im Weiteren Ziffer VI. 4

2. Das Grundbuch

- 2.1 Das Grundbuch ist ein öffentliches Register des Privatrechtverkehrs, welches – in der Regel – der Entstehung von dinglichen Rechten (Eigentums-erwerb, Entstehung von privaten Beschränkungen des Grundeigentums) erst Rechtskraft verschafft. Die Behandlung eines Geschäfts im Grundbuch kann auf verschiedenen hierarchischen Stufen erfolgen: Eintragung, Vormerkung oder Anmerkung. Während die Eintragung konstitutiv, d.h. rechtsverschaffend wirkt, hat die Anmerkung lediglich deklaratorischen oder informativen Charakter. Dieses Eintragungsprinzip wird auch als „Publizitätsprinzip“ bezeichnet, worin das Anliegen zum Ausdruck kommt, dass sich die interessierte Öffentlichkeit jederzeit über die aktuellen – eintragungspflichtigen und rechtsbegründenden – Verhältnisse an einem Grundstück informieren kann. Nur den Eintragungen und den Vormerkungen kommt in jedem Falle die Wirkung des öffentlichen Glaubens zu, was bedeutet, dass die eingetragenen Sachverhalte als bestehend und damit bewiesen gelten und im Bestreitungsfall das Gegenteil bewiesen werden müsste. Der Grundsatz, wonach nur solche Rechte bzw. Beschränkungen bestehen, welche auch im Grundbuch eingetragen sind, ist jedoch eingeschränkt durch die Tatsache, dass gewisse Beschränkungen auch ohne Eintrag im Grundbuch bestehen³⁶. Für die Anmerkungen besteht der öffentliche Glaube nur sehr eingeschränkt, weil keine Gewähr dafür besteht, dass die angemerkten Sachverhalte tatsächlich noch Bestand haben; ebenso besteht keine Gewähr dafür, dass nicht angemerkte Sachverhalte tatsächlich nicht bestehen. Dass das Institut der Anmerkung im Grundbuch kaum mehr als informativen Charakter aufweist, zeigt sich nämlich in folgendem Zitat³⁷: „Anmerkungen sind Einschreibungen, welche ein Rechtsverhältnis nicht entstehen lassen, sondern nur zur Kenntnis bringen (Tuor/Schnyder, S. 589). Ihnen kommt nur deklaratorische Bedeutung zu (BGE 111 Ia 183 E.4). Aber selbst diese Aufgabe, nämlich die Teilnehmer am Rechtsverkehr auf öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkungen (Art. 962 ZGB) aufmerksam zu machen, kann die Anmerkung nur sehr beschränkt erfüllen. Sie hat nur kurzzeitig einen gewissen Informationswert, weil sich das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ändern kann, ohne dass das Grundbuch zwingend aktualisiert werden muss“³⁸.
- 2.2 Inhaltlich erfüllt das Grundbuch bereits heute Teile der Ansprüche, welche an eine umfassendere Sammlung von Geodaten gestellt werden: Die einzelnen Grundstücke werden nach Lage und Ausdehnung beschrieben³⁹, ebenso gehen die Eigentumsverhältnisse hervor und sind auch gewisse Beschränkungen des Eigentums aufgeführt.

³⁶ So bspw. das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miteigentümer oder das gesetzliche Pfandrecht der Steuerbehörde für die Grundstückgewinnsteuer im Kanton Bern.

³⁷ Bandli, Rz. 2 zu Art. 86.

³⁸ Prot. Komm. StR, Sitzung vom 8./9. Januar 1990, S. 92, Votum 898.

³⁹ Im Rahmen der Schlussbestimmungen des E-GeolG soll Art. 950 Abs. 1 ZGB wie folgt präzisiert werden: "Die Aufnahme und Beschreibung der einzelnen Grundstücke im Grundbuch erfolgt auf der Grundlage der amtlichen Vermessung, namentlich eines Plans für das Grundbuch."

3. Damit fragt es sich, ob der ÖREB-Kataster die gleiche Rechtsnatur wie das Grundbuch aufweisen müsste und könnte.

3.1 Die Bestimmung des Gesetzesentwurfes von Art. 15 GeolG („... elektronisch veröffentlicht.“) lässt vermuten, dass der Status des ÖREB-Katasters dem eines öffentlichen Registers nach Art. 9 ZGB entsprechen soll. Diese Annahme ist auch vor dem Hintergrund der Vision von CADASTRE 2014 berechtigt, nach welcher zusammen mit der geografischen auch die rechtliche Situation eines Grundstückes vollständig abgebildet werden soll. Der Konsument soll bezüglich der nach Art. 15 Abs. 1 bis 3 E-GeolG zur Eintragung in den ÖREB-Kataster vorgesehenen Daten eine vollständige Information über die Verhältnisse eines Grundstückes erhalten⁴⁰, damit er seine Massnahmen (Kauf, Verkauf, Nutzung) daraus ableiten oder steuern kann. Dem ÖREB-Kataster bzw. den darin aufzunehmenden Daten müsste damit die gleiche Qualität zukommen, wie sie die Daten des Grundbuches aufweisen.

3.2 Der Sinn öffentlicher Register (Grundbuch, Handelsregister) liegt primär darin, Rechtssicherheit im öffentlichen Verkehr (Verwaltung, Wirtschaft etc.) zu schaffen. Dabei ist je nach Registereintrag zu unterscheiden, welche Wirkungen daran geknüpft sind. In Bezug auf das Grundbuch wurde bereits ausgeführt, welche Rechtswirkungen aus den einzelnen Eintragskategorien (Eintragung, Vormerkung, Anmerkung, Bemerkung) fließen. Die wohl bedeutendste Rechtswirkung, welche mit einer registerlichen Behandlung verbunden sein kann, ist die Entstehung bzw. das Erlöschen eines Rechts. Wie bei den Anmerkungen im Grundbuch entsteht auch bei der Aufnahme von Eigentumsbeschränkungen im ÖREB-Kataster die Verbindlichkeit nicht mit dem Katastereintrag, sondern mit der Rechtskraft des Beschlusses, welcher die ÖREB begründet (deklaratorische Wirkung des Eintrags)⁴¹.

Folgende weitere Rechtswirkungen sind jedoch ebenfalls bedeutsam und ihr Bestand im Zusammenhang mit einem ÖREB-Kataster zu beleuchten:

3.2.1 Publizität und Vertrauensschutz

Der Bestand eines ÖREB-Katasters löst die Fiktion aus, dass die im Kataster enthaltenen – frei zugänglichen – Daten jedermann bekannt sind. Weil ÖREB auf einem Erlass basieren, ergibt sich eine quasi-doppelte Publizität. Art. 15 Abs. 5 E-GeolG trägt diesem Umstand dadurch Rechnung, dass derjenige, der im Vertrauen auf einen Registereintrag – oder eben auf dessen Fehlen – Dispositionen trifft, in seinem guten Glauben geschützt wird. Auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes kann sich derjenige nicht berufen, dem Umstände bekannt waren, aus welchen sich die Fehlerhaftigkeit eines Registereintrages (oder -nichteintrages) ableiten liessen.

⁴⁰ Relative Vollständigkeit.

⁴¹ Davon scheint Art. 15 Abs. 5 E-GeolG auszugehen.

3.2.2 Beweiswirkung

Die Erwähnung einer rechtserheblichen Tatsache in einem öffentlichen Register schafft die gesetzliche Vermutung, dass die Tatsache besteht. Umgekehrt bewirkt das Fehlen der Erwähnung einer solchen Tatsache die gesetzliche Vermutung, dass sie eben nicht besteht. Die gesetzliche Vermutung ist nicht sakrosankt, sondern kann von demjenigen, der daraus Rechte ableitet, mit einem nicht formgebundenen Gegenbeweis umgestossen werden.

3.3 Um dem Status eines öffentlichen Registers zu genügen, dessen Einträgen die beschriebenen Rechtswirkungen zukommen und aus welchem auch der Anspruch der Rechtssicherheit abgeleitet werden könnte, müssten die Daten des ÖREB-Katasters die folgenden Voraussetzungen erfüllen:

Vollständigkeit und Aktualität. Beide Aspekte stehen zueinander in einer direkten Beziehung: Die Vollständigkeit hängt ab vom Katalog der Daten, welche zu erfassen bzw. nachzuführen sind (relative Vollständigkeit⁴²), was unmittelbaren Einfluss auf die Aktualität hat. Im Grundbuchrecht wird das Problem, vollständige und aktuelle Daten zur Verfügung zu stellen, dadurch gelöst, dass zum einen ein Numerus clausus von Sachverhalten besteht, welche rechtsbegründend sind (Eigentumserwerb, Entstehung von beschränkten dinglichen Rechten), zum anderen für den Termin der Rechtswirkung der Einträge nicht das Grundbuch selber, sondern das Tagebuch gilt.

In praktischer Hinsicht kann der ÖREB-Kataster die Kriterien der Vollständigkeit und Aktualität nur erfüllen, wenn die im Kataster abzubildenden ÖREB klar definiert werden (relative Vollständigkeit). Zu beachten ist, dass die im Entwurf GeolG vorgesehene Definition der ÖREB auf Stufe Bund (durch den Bundesrat bestimmte Geobasisdaten von nationalem Interesse) nur sehr bedingt auch der effektiven Abbildung im ÖREB-Kataster entsprechen wird: Letztlich werden die wenigsten ÖREB direkt aus Bundesrecht abgeleitet werden können, da die bundesrechtlichen Bestimmungen kantonal oder gar kommunal konkretisiert werden. Dieser Effekt wird mit grösster Wahrscheinlichkeit eine – von den Modalitäten der praktischen Umsetzung vorgegebene – Beschränkung der ÖREB zur Folge haben. Eine solche Beschränkung steht an sich im Widerspruch zum Anliegen der möglichst vollständigen Abbildung der rechtlichen Verhältnisse an Grundstücken.

⁴² Siehe auch Ziffer 3.2 hiavor.

4. Gegenwärtig laufen Arbeiten für eine Revision des Immobiliarsachenrechts im ZGB⁴³.
- 4.1 Für die vorliegende Arbeit von Interesse ist namentlich Art. 962 (neu) ZGB, dessen Abs. 1 lautet:

„Das Gemeinwesen oder eine Körperschaft, die eine öffentliche Aufgabe erfüllt, ist verpflichtet, eine Eigentumsbeschränkung des öffentlichen Rechts, die hinsichtlich eines bestimmten Grundstücks mit einer Verfügung angeordnet wird und eine Nutzungs- oder Verfügungsbeschränkung oder eine bestimmte grundstücksbezogene Pflicht des Eigentümers zum Inhalt hat, im Grundbuch anmerken zu lassen.“
- 4.2 Der Bericht zum Vorentwurf zur Vernehmlassungsvorlage vom März 2004 führt als Handlungsrichtlinie zur Handhabung der neuen Vorschrift folgendes aus: „Mit dem Vorschlag, wonach in der Regel bloss diejenigen Eigentumsbeschränkungen durch eine Anmerkung sichtbar gemacht werden sollen, die mit einer Verwaltungsverfügung angeordnet werden, wird vermieden, dass auch Eigentumsbeschränkungen angemerkt werden, die sich direkt aus dem Gesetz ergeben und damit als bekannt vorausgesetzt werden dürfen, wie z.B. Gebäude- und Grenzabstände. Solches ist überflüssig und würde bloss unnötigen Aufwand mit sich bringen. Was in einem Plan besser dargestellt werden kann oder sich bereits direkt aus einem Gesetz ergibt, braucht im Grundbuch nicht noch eigens eingetragen zu werden, ein Prinzip, das bereits für privatrechtliche Beschränkungen wie z.B. für die gesetzlichen Vorkaufsrechte gilt. Zudem sollen auch öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die in einem bestimmten Gebiet alle Grundstücke gleichermassen betreffen, wie z.B. Nutzungszonen, Planungs- und Beitragszonen, Einbezug in ein Unternehmen einer Bodenverbesserung etc. nicht durchwegs im Grundbuch angemerkt werden. (...) Der Anmerkung im Grundbuch kommt daher nach wie vor bloss deklaratorischer Charakter zu.“ (vgl. Bericht zum Vorentwurf, S. 61).
- 4.3 Die den Vorentwurf zu Art. 962 (neu) ZGB begleitenden Fachinstanzen des Bundes standen wohl auch unter dem Eindruck des unter Ziffer 3.3 vorstehend geschilderten Konflikts zwischen dem Anliegen der Vollständigkeit/Aktualität und den Möglichkeiten der praktischen Umsetzung im Grundbuch. Die Konzeption von Art. 962 (neu) ZGB nimmt deshalb in Kauf, dass gewisse ÖREB gar nie grundbuchlich behandelt und also für Dritte nicht zwingend und in jedem Fall ersichtlich werden. Für diejenigen ÖREB, welche allerdings inskünftig nach Art. 962 (neu) ZGB zwingend grundbuchlich zu behandeln sind⁴⁴, entfaltet das Grundbuch hingegen Rechtswirkungen sowohl hinsichtlich der Beweiskraft als auch des Vertrauensschutzes.

⁴³ Das Vernehmlassungsverfahren ist inzwischen abgeschlossen.

⁴⁴ Siehe Ziffer 4.1.

4.4 Die Pflicht zur Anmerkung öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch ist in der Vernehmlassung mehrheitlich kritisch beurteilt worden⁴⁵. Zwar wurde eine Verbesserung von Transparenz und Publizität grundsätzlich begrüsst, doch wurden eine potenzielle Überfüllung des Grundbuchs sowie ein beträchtlicher administrativer Mehraufwand befürchtet. Verschiedentlich wurde angeregt, sämtliche öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen allenfalls in einem besonderen Register zu erfassen, wie dies mit dem Entwurf des Geoinformationsgesetzes erfolgen könnte.

5. Konsequenzen aus dem Vergleich von Grundbuch und ÖREB-Kataster:

Aus den Erläuterungen zu Art. 962 (neu) ZGB ergibt sich konsequenterweise, dass sich ÖREB im Sinne von Art. 15 E-GeolG nicht aus Verfügungen (individuell-konkret) ergeben können⁴⁶. Hingegen können ÖREB i.S. von Art. 15 E-GeolG grundsätzlich direkt aus Erlassen (im Sinne von generell-abstrakten Rechtssätzen) sowie Planungen⁴⁷, Inventaren⁴⁸ und Verzeichnissen⁴⁹ folgen – auch wenn die Sinnhaftigkeit einer zusätzlichen registermässigen Erfassung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die sich aus einem rechtsetzenden Erlass ergeben bzw. in einem bestimmten Gebiet alle Grundstücke gleichermassen betreffen, gemäss den Erläuterungen zu Art. 962 (neu) ZGB in Abrede gestellt wird.

Weil die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen wesensgemäss bezogen auf einzelne Grundstücke zu erfassen und abzubilden sind, müssen sie mithin parzellenscharf zugeordnet werden können und grundeigentümergebunden sein (blosse Behördenverbindlichkeit führt nicht – unmittelbar – zu Eigentumsbeschränkungen⁵⁰). Eigentumsbeschränkung und Grundstück sind damit untrennbar miteinander verbunden⁵¹. Das heisst indessen nicht, dass in einem höheren Abstraktionsgrad öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen nicht auch bezogen auf einen mehrere Grundstücke (oder Teile davon) umfassenden Perimeter sichtbar gemacht werden können. Die Frage, ob ÖREB bezogen auf Grundstücke im grundbuchlichen Sinne oder bezogen auf andere Referenzpunkte abgebildet werden, ist eine technische. In rechtlicher Hinsicht ändert sich nichts an

⁴⁵ Ziffer 223 des Ergebnisses der Vernehmlassung.

⁴⁶ Auch aus den Vernehmlassungsunterlagen wird nicht ganz klar, ob inskünftig Eigentumsbeschränkungen gemäss Art. 962 (neu) ZGB ins Grundbuch aufgenommen werden sollen, wenn sie sich auf eine Allgemeinverfügung (generell-konkret) stützen. Einzig die Vernehmlassung von SwissBank präzisiert, dass sich die Aufnahme auf individuell-konkrete Verwaltungsakte beziehen soll (nicht dagegen auf Pläne) während diejenige der Universität Lausanne im Zusammenhang mit der Behandlung des Plans auf die Problematik hinweist. Die den Allgemeinverfügungen grundsätzlich fehlende Publizität (Erlassensammlung) würde dafür sprechen, diese konsequenterweise grundbuchlich so zu erfassen wie individuell-konkret verfügte Eigentumsbeschränkungen. Demgegenüber geht der erläuternde Bericht zur Vernehmlassungsvorlage davon aus, dass Allgemeinverfügungen Eingang in den ÖREB-Kataster finden sollen (swisstopo, Vernehmlassungsvorlage GeolG, S. 26).

⁴⁷ Z.B. Sachplan.

⁴⁸ Z.B. die Inventare schützenswerter Landschaften und Objekte oder Bauinventare der Gemeinden.

⁴⁹ Z.B. Verzeichnisse der subventionsberechtigten landwirtschaftlichen Grundstücke.

⁵⁰ Davon scheint auch Art. 15 Abs. 3 E-GeolG auszugehen.

⁵¹ Siehe Ziffer I. 4.4 hiervor.

der Qualität einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, wenn sie nach einem von Grundstücksgrenzen unabhängigen Referenzsystem abgebildet wird, solange erkennbar bleibt, dass sie ein Grundstück – und damit Eigentum – beschlägt.

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen werden rechtskräftig, ohne dass sie eines Eintrags in ein Register bedürfen, deshalb kann einem ÖREB-Kataster auch keine Rechtskraft zukommen (deklaratorische Wirkung). Die Abbildung im ÖREB-Kataster kann dagegen Beweiskraft und Vertrauensschutz auslösen in Bezug auf den Kreis der Daten, welche nach dem Katalog gemäss GeolG abzubilden sind (relative Vollständigkeit). In diesem Rahmen lässt sich der ÖREB-Kataster auch als öffentliches Register etablieren, das eine dem Grundbuch vergleichbare Wirkung entfalten kann.

VII. Umschreibung und Abgrenzung der Daten des ÖREB-Katasters

1. Im Allgemeinen

Gegenstand des ÖREB-Katasters können grundsätzlich alle Eigentumsbeschränkungen sein, die entweder aus einem Bundesgesetz, aus einem ein solches Bundesgesetz konkretisierenden rechtsetzenden Erlass (Verordnung, kantonales Ausführungsgesetz, kommunales Reglement) oder Plan oder aus selbständigem kantonalem/kommunalem Recht bzw. Plan abzuleiten sind. Ob alle Einschränkungen erfasst werden, welche aus einem Erlass oder Plan zu erwarten sind und sämtliche Grundstücke in einem bestimmten Gebiet gleichermassen betreffen oder ob lediglich Einschränkungen erfasst werden, welche in konkreter Weise ein einzelnes Grundstück betreffen, welches gegenüber anderen, vergleichbar gelegenen (allenfalls Nachbar-) Grundstücken verstärkt betroffen wird, ist nach den Kriterien der Bedeutung sowie der technischen, verhältnismässigen und wirtschaftlichen Machbarkeit zu entscheiden. Gemäss Art. 15 Abs. 2 und 3 E-GeolG legt der Bundesrat die Geobasisdaten von nationalem Interesse fest, die Gegenstand des ÖREB-Katasters sind, wobei die Kantone zusätzliche eigentümergebundene Geobasisdaten bezeichnen können.

2. Im Speziellen

2.1 Mit der Vernehmlassungsvorlage zur Revision des ZGB (Immobilien- und Grundbuchrecht) darf davon ausgegangen werden, dass Grundeigentumsbeschränkungen, welche aus rechtsetzenden Erlassen hervorgehen, aufgrund der Publikation in den jeweiligen Rechtssammlungen allgemein bekannt sind, und damit grundsätzlich nicht in einem weite-

ren Informationssystem aufgenommen werden müssen⁵². Ähnliches kann von in einem bestimmten Gebiet alle Grundstücke gleichermaßen betreffende (Nutzungs-) Planungen gesagt werden, die – wie rechtsetzende Erlasse – zu publizieren sind⁵³.

Zu diesen grundsätzlichen Vorbehalten bezüglich des Gegenstandes eines ÖREB-Katasters ist immerhin folgendes zu bemerken: Eigentumsbeschränkungen direkt aus Erlassen (generell-abstrakten Regelungen), die sich grundstücksbezogen konkretisieren und grafisch umsetzen lassen (z.B.: „Auf dem Gemeindegebiet ist das Campieren generell verboten.“), könnten allenfalls in einen ÖREB-Kataster aufgenommen werden, auch wenn der Zusatznutzen fraglich erscheint. Im Weiteren ist beispielsweise ohne nähere Kenntnis lokaler Umstände kaum zu erkennen, ob ein Grundstück mit Altlasten belastet ist. Ein solcher Umstand kann jedoch einschneidende Nutzungseinschränkungen bzw. Aufwendungen bewirken, was es sinnvoll macht, Informationen darüber in einer Datenbank wie dem ÖREB-Kataster anzubieten. Mit Art. 962 (neu) ZGB wäre zwar die Publikation einer Altlastenproblematik wenn nicht gewährleistet, so wenigstens gefördert. Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass die zuständige Behörde die Zuweisung eines solchen Grundstücks in einen entsprechenden Kataster verfügt hat. Wird aus einer Altlastensituation eine Grundeigentümergebindlichkeit abgeleitet, ohne dass konkrete Massnahmen verfügt werden, ist zu verlangen, dass ein grundeigentümergebindlicher Plan erlassen wird. Dessen das Grundeigentum beschränkende Wirkung könnte allenfalls im ÖREB-Kataster aufgenommen werden, sofern dieser Plan selbst nicht eine hinreichende Publizität aufweist.

- 2.2 Es wurde ausgeführt, dass das Grundbuch lediglich die Eigentumsverhältnisse sowie die dinglichen Rechte vollständig abbildet, weil ansonsten in diesen Bereichen keine Rechtswirkungen entstehen. Für vor- und angemernte Rechte bzw. Beschränkungen gilt die Feststellung, dass diese lediglich deklaratorischer Natur und deshalb potentiell unvollständig sind.

Ein weiterer Einbruch in das Postulat der Vollständigkeit der grundbuchlichen Einträge findet sich in Art. 962 (neu) ZGB, welcher selbst für individuell-konkrete öffentlich-rechtliche Beschränkungen des Grundeigentums lediglich deren Anmerkung verlangt, ohne dass an die Anmerkung im Grundbuch Rechtswirkungen geknüpft sind. Um in Bezug auf die Verbindlichkeit von ÖREB-Katastereinträgen Rechtssicherheit zu schaffen, müsste im Sinne der vorstehenden Ausführungen Kongruenz zwischen Art. 962 (neu) ZGB und dem ÖREB-Kataster geschaffen werden.

Vor dem Hintergrund der praktischen Umsetzung ist festzustellen, dass sich die absolute Vollständigkeit der Abbildung von ÖREB nicht herstellen lässt. Dem Katalog der einzutragenden ÖREB kommt deshalb höchste Bedeutung zu (relative Vollständigkeit).

⁵² So auch swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 17; demgegenüber geht der erläuternde Bericht zur Vernehmlassungsvorlage davon aus, dass auch Erlasse Eingang in den ÖREB-Kataster finden sollen (swisstopo, Vernehmlassungsvorlage GeolG, S. 26).

⁵³ Tschannen/Zimmerli, § 37 Rz. 25, mit Hinweis.

2.3 Unsere Argumentation stützende Hinweise auf den Kreis der in einem ÖREB-Kataster zu erfassenden - und zu publizierenden - Daten finden sich auch in der Publikation Steinauer⁵⁴:

„Man muss sich im Bereich des öffentlichen wie auch des privaten Rechts fragen, für welche gesetzlichen Beschränkungen eine besondere Publizität wirklich notwendig ist, denn es bestehen bestimmt Hunderte von gesetzlichen Beschränkungen des öffentlichen Rechts, die Grundstücke betreffen. Auf den ersten Blick würde ich sagen, eine besondere Publizität ist nur notwendig für Beschränkungen, die folgende Merkmale aufweisen:

- sie sind mittelbar, d.h. sie ergeben sich aus einer speziellen Verfügung, die durch eine Behörde angeordnet wurde, um eine vom Gesetz vorgeordnete Beschränkung zu konkretisieren;
- sie sind nach Grundstück unterschiedlich; es gibt kein Interesse, Beschränkungen speziell zu veröffentlichen, die alle Grundeigentümer betreffen;
- sie sind dauerhaft⁵⁵;
- sie stehen in einer Beziehung mit einem Bereich, der klar von der grundrechtlichen Regelung definiert ist (wahrscheinlich mit der Möglichkeit, auf dem Grundstück zu bauen). Die Definition eines solchen Bereichs ist sicher nicht einfach, aber sie ist meiner Meinung nach notwendig. Die Person, die das Register konsultiert, muss wissen, in welchem Mass das Fehlen einer Eintragung die Garantie gibt, dass es überhaupt keine Beschränkung gibt. So misst man jede Schwierigkeit, die es geben würde, die konstitutive Eintragung der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen einzuführen. Ohne vom Interesse zu sprechen, das die Behörden haben, sich eine gewisse Flexibilität bei der Umsetzung der Beschränkung offen zuhalten.“

Für die Frage der Zuordnung zu einem ÖREB-Kataster sind dabei unseres Erachtens überdies folgende Kriterien wesentlich:

- ob die ÖREB sich bestimmbar auf ein individuelles räumliches Objekt bezieht⁵⁶ und
- ob die betreffende ÖREB eine grundeigentümergebundene Wirkung hat⁵⁷.

Zu beachten ist im Weiteren, dass gemäss Art. 15 Abs. 2 und 3 E-GeolG nur diejenigen ÖREB in den ÖREB-Kataster Eingang finden sollen, die unter die Kategorie der vom Bundesrat oder unter die Kategorie der von den Kantonen bezeichneten Geobasisdaten fallen.

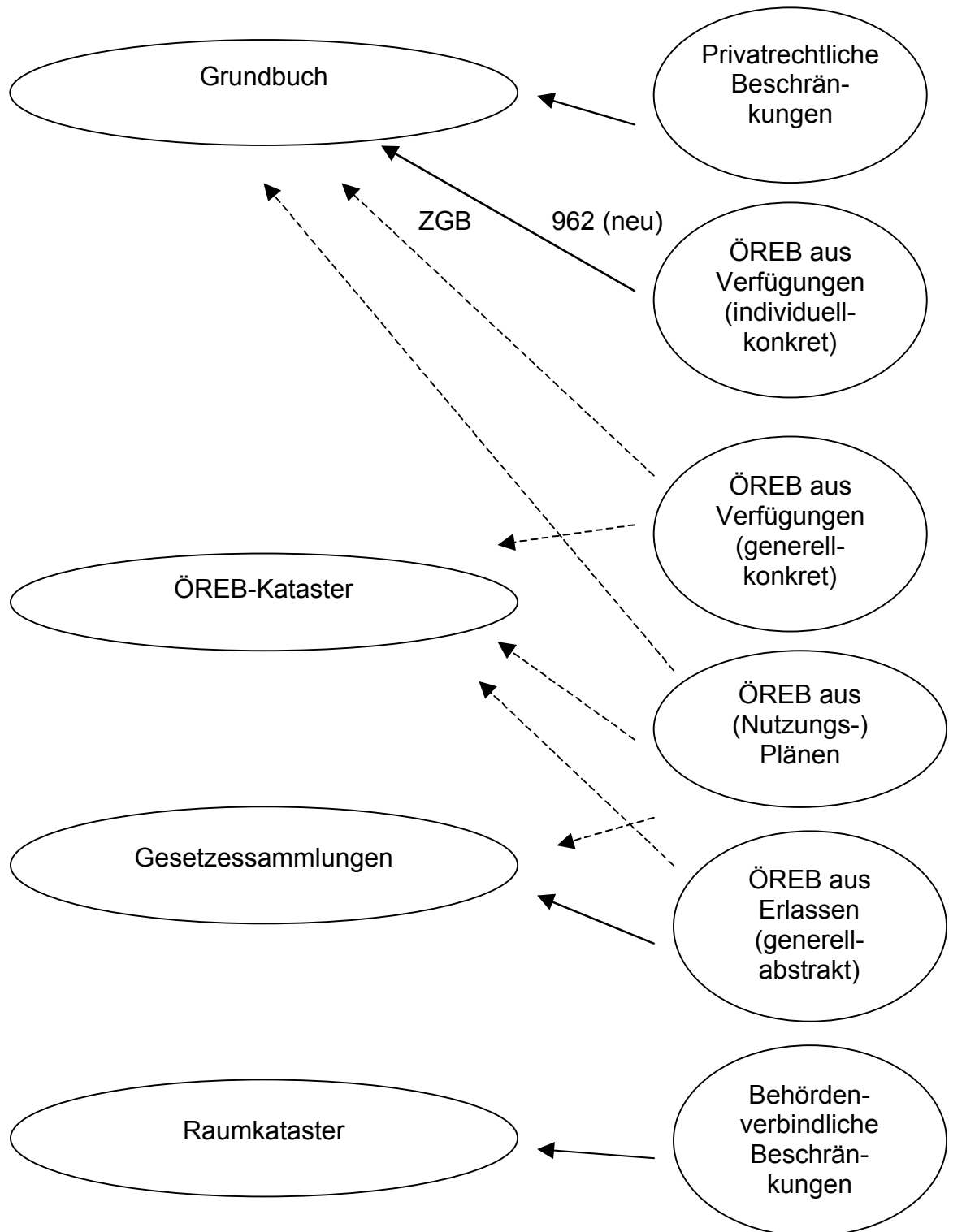
⁵⁴ Steinauer, S. 928 (Zitat gemäss auf Deutsch übersetzter Fassung, Ziffer 3. B.).

⁵⁵ Die Anforderungen an die Dauerhaftigkeit nehmen mit der Möglichkeit der elektronischen Publikation ab.

⁵⁶ Dieses Kriterium ist insbesondere auch wesentlich für die Beantwortung der Frage, ob Eigentumsbeschränkungen unmittelbar aus Erlassen im ÖREB-Kataster Eingang finden oder nicht.

⁵⁷ Aus diesem Grund scheiden namentlich der Richtplan oder behördenverbindliche Inventare für eine Zuordnung in den ÖREB-Kataster aus.

3. Aus den bisherigen Erkenntnissen ergeben sich folgende Abgrenzungen bezüglich der Zuordnung von ÖREB zu öffentlichen Registern (Grafik):



Hinweis zur Grafik: Gestrichelte Pfeile signalisieren eine differenzierte Behandlung (Erläuterungen auf der nächsten Seite).

Bezüglich der *gestrichelten Pfeilen* sind folgende Erläuterungen anzufügen:

- Bezüglich *ÖREB aus Verfügungen (generell-konkret)* ist gegenwärtig noch unsicher, ob diese allenfalls auch im Grundbuch angemerkt werden sollen⁵⁸. Die Formulierung von Art. 15 Abs. 1 GeolG trägt dieser Unsicherheit Rechnung.
- Bezüglich *ÖREB aus (Nutzungs-) Plänen* wurde festgehalten, dass Pläne die notwendige Publizität aufweisen sollten⁵⁹. Trotzdem kann eine Erfassung bestimmter ÖREB in einem elektronisch geführten Kataster zweckmässig sein. Soweit sie generell-konkrete oder sogar individuell-konkrete Anordnungen enthalten⁶⁰, können entsprechende Eigentumsbeschränkungen gemäss Art. 962 (neu) ZGB grundbuchlich erfasst werden. Soweit sie im Rahmen eines Rechtsetzungsverfahrens erlassen werden, bilden sie allenfalls Bestandteil der Gesetzessammlung (Anhang).
- Bezüglich *ÖREB aus Erlassen* kann eine grundstücksbezogene (kartographische) Umsetzung sinnvollerweise in einen ÖREB-Kataster Eingang finden.

Inventare oder Verzeichnisse können in verschiedenen Erlassverfahren zu Eigentumsbeschränkungen führen (rechtsetzender Erlass, Plan, Verfügung) und folgen bezüglich einer Erfassung in einem ÖREB-Kataster der jeweiligen Erlassform.

Das Nebeneinander der Erfassung gewisser öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch und anderer in einem ÖREB-Kataster kann zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Der auch in der Vernehmlassung zur Revision des Immobiliarsachenrechts geäusserten Anregung, öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen in einem einzigen Register zu erfassen, erscheint auch unseres Erachtens sachgerecht⁶¹.

Der Mehrwert eines derartigen Katasters liegt nach unserem Dafürhalten in der elektronischen Vernetzung/Verlinkung und Zugänglichkeit von bestehenden raumbezogenen Daten, ohne dass damit – zwar zusätzliche, aber mit Unsicherheiten einhergehende – Rechtswirkungen verbunden sind⁶².

⁵⁸ Siehe Ziffer VI. 5. hiervor; die Fokussierung von in den ÖREB-Kataster aufzunehmenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen auf solche, die generell-konkreter Natur sind – wie dies im Zwischenbericht swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 17 und 22, vorgenommen wird – erscheint schon aus diesem Grund als problematisch.

⁵⁹ Siehe Ziffer VII. 2.1 hiervor.

⁶⁰ Zur Rechtsnatur von Plänen siehe Ziffer V. 2. hiervor

⁶¹ Gemäss Zwischenbericht swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 22, wäre hingegen die Erfassung im Raumkataster eine Variante.

⁶² Ebenso für blossen Informationscharakter eines ÖREB-Katasters argumentierend Tschannen/Wyss, S. 25; der „Internet-Variante“ ohne neues Register erhebliche Vorteile abgewinnend auch Steinauer, S. 929.

4. Beispiele zur Illustration
 - 4.1 Ein rechtsetzender Erlass, welcher die Ufer öffentlicher Gewässer für öffentlich zugänglich erklärt, bewirkt die Beschränkung des Grundeigentums privater Seeanstösser. Der Erlass gilt als allgemein bekannt, lässt sich jedoch auf bestimmte Grundstücke beziehen (Seeanstösser). Die Aufnahme im ÖREB-Kataster erscheint möglich.
 - 4.2 Die Landschaftsrichtplanung eines Gemeinwesens mit Ausscheidung düngerefreier Zonen ist die Basis für die Einschränkung der Bewirtschaftung gewisser landwirtschaftlich genutzter Grundstücke. Die Richtplanung ist nicht eigentümerverbindlich. Keine Aufnahme im ÖREB-Kataster.
 - 4.3 Der Erlass eines Eisenbahnplans bewirkt zunächst die formelle Enteignung der von der Linienführung betroffenen Grundeigentümer, hinzu kommen jedoch Einschränkungen der Anstösser, welche bspw. Lärmsanierungsmassnahmen einleiten müssen. Der Plan ist parzellenscharf und eigentümerverbindlich, die Enteignungsverfügung ist jedoch individuell-konkret und führt zu einem Eigentümerwechsel. Behandlung im Grundbuch, keine Aufnahme im ÖREB-Kataster.
 - 4.4 Die Erarbeitung einer Gefahrenkarte in einem Berggebiet kann dazu führen, dass eine bisherige Bauzone wegen veränderter Lawinenkegel nur noch eingeschränkt genutzt werden darf. Wenn die Gefahrenkarte parzellenscharf ist, kann sie eigentümerverbindlich werden. In diesem Falle Aufnahme im ÖREB-Kataster.
 - 4.5 Die Aufnahme eines Dorfteils in das Inventar schützenswerter Ortsbilder der Schweiz ISOS kann bewirken, dass bei Neu- und Umbauten wesentlich einschränkende gestalterische Vorschriften zu beachten sind. Das Inventar beschlägt einen parzellenscharfen Perimeter, ist jedoch für sich nicht grundeigentümerverbindlich. Keine Aufnahme im ÖREB-Kataster.⁶³
 - 4.6 Eine Gemeinde erlässt ein Bauinventar der schützens- und erhaltenswerten Gebäude und Baugruppen. Sie erklärt es für grundeigentümerverbindlich, was im Rahmen des Erlasses der Bauordnung vom kompetenten Organ beschlossen wird und in Rechtskraft erwächst. Aufnahme im ÖREB-Kataster.
 - 4.7 Die Linienführung einer Strom-Freileitung kann auf die gequerten Grundstücke bzw. deren Bewohner unterschiedlich spürbare Auswirkungen haben. Es ist von einem Planauflageverfahren auszugehen, was die Grundeigentümerverbindlichkeit nach sich zieht. Da die Leitung oberirdisch und sichtbar ist, wird im Grundbuch keine Dienstbarkeit eingetragen (Art. 676 Abs. 3 ZGB). Es fragt sich, ob es sich überhaupt um eine öffentlich-rechtliche Einschränkung handelt, diesfalls wäre weiter fraglich, ob eine Aufnahme im ÖREB-Kataster notwendig ist.

⁶³ Vgl. dazu immerhin den Entscheid der Bau-, Verkehrs- und Energiedirektion des Kantons Bern vom 04.02.2004 (RA Nr. 110/2003/126), zitiert in BVR 2005, S. 168 ff., wonach die Aufnahme des Ortsbildes der Gemeinde Twann im ISOS zusammen mit den Schutzbestimmungen des Gemeindebaureglementes von Twann eine Grundeigentümerverbindlichkeit ergeben (Erwägung 2.c).

- 4.8 Der Erlass eines Massnahmenplans zur Luftreinhaltung kann bewirken, dass in einer Zentrumslage eines Gemeinwesens keine grösseren Bauvorhaben mit überdurchschnittlichem Verkehrsaufkommen realisiert werden dürfen. Es besteht weder Grundeigentümergebindlichkeit noch Parzellenscharfe. Keine Aufnahme in den ÖREB-Kataster.

VIII. Beantwortung der Fragen

1. Welche ÖREB gibt es?

- 1.1. Nach einer *ersten Kategorisierung*, die sich auf die Unterscheidung generell-abstrakt oder individuell-konkret bezieht, gibt es folgende öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken:

- ÖREB, welche sich aus einem rechtsetzenden Erlass (Gesetz, Verordnung, Reglement) ergeben.
- ÖREB, welche sich aus einer Planung ergeben.
- ÖREB, welche sich aus einem Inventar/einem bestehenden Kataster ergeben.
- ÖREB, welche sich aus einer Verfügung bezogen auf ein Grundstück ergeben.

Aufgrund der Abgrenzung zu den ÖREB, die nach Art. 962 (neu) ZGB im Grundbuch angemerkt werden und den Erläuterungen im Vorentwurf dazu verblieben grundsätzlich noch folgende ÖREB für einen ÖREB-Kataster:

- ÖREB, welche sich aus einer Planung ergeben.
- ÖREB, welche sich aus einem Erlass unmittelbar zuordnen lassen.

Zu beachten ist dabei, dass die Aufnahme in den ÖREB-Kataster zudem von folgenden Voraussetzungen abhängig ist⁶⁴:

- Besonderheit
- Zuordnung nach Parzellen möglich
- Grundeigentümergebindlichkeit
- von einer gewissen Dauerhaftigkeit

- 1.2 Nach einer *zweiten Kategorisierung*, die sich auf die Grundlage im föderalistischen System *bezieht*, können öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken wie folgt systematisiert werden:

- ÖREB nach Bundesrecht
- ÖREB nach kantonalem Recht
- ÖREB nach kommunalem Recht

⁶⁴ Siehe Ziffer VII. 2.3.

Diese *zweite Kategorisierung* ist zudem zentraler Anknüpfungspunkt für die Unterscheidung von ÖREB, wie sie in einer dritten Kategorisierung in Art. 15 Abs. 2 und 3 E-GeolG angelegt ist:

- ÖREB von nationalem Interesse
- ÖREB von kantonalem Interesse
- ÖREB von kommunalem Interesse.

Der Bund übernimmt gemäss Art. 43a BV⁶⁵ nur Aufgaben, die von *nationalem Interesse* sind. ÖREB, die sich unmittelbar auf Bundesrecht zurückführen lassen, sind so gesehen Basisdaten im Sinne von Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 Bst. c E-GeolG⁶⁶. Dies bedeutet nach der hier vertretenen Auffassung indessen nicht zwingend, dass der Bundesrat in Ausführung von Art. 15 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 E-GeolG nicht auch noch andere Geobasisdaten als von sog. nationalem Interesse bezeichnen kann – also solche, die sich unmittelbar auf kantonales oder kommunales Recht zurückführen lassen.

1.3 ***Ist es möglich, eine vollständige Liste der ÖREB nach Bundesrecht zu erstellen?***

ÖREB lassen sich auf zahlreiche Bundeserlasse zu verschiedenen Sachbereichen zurückführen. Grundsätzlich kann dabei im Sinne einer *dritten Kategorisierung* vom Aufbau der Systematischen Reihe (SR) des Bundesrechts ausgegangen werden:

- Staat – Volk – Behörden
- Privatrecht – Zivilrechtspflege
- Strafrecht – Strafrechtspflege – Strafvollzug
- Schule – Wissenschaft – Kultur
- Landesverteidigung
- Finanzen
- Öffentliche Werke – Energie – Verkehr
- Gesundheit – Arbeit – Soziale Sicherheit
- Wirtschaft – Technische Zusammenarbeit

Grundstückbezogene öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen können sich grundsätzlich aus allen diesen Bereichen ergeben. Allerdings dürften folgende im Vordergrund stehen⁶⁷:

- Raumplanung
- Umweltschutz
- Natur- und Heimatschutz
- Infrastruktur (Verkehr, Energie und Kommunikation)
- Landwirtschaft
- Landesverteidigung/Bevölkerungsschutz

⁶⁵ Fassung gemäss NFA.

⁶⁶ So auch Vernehmlassungsvorlage GeolG, S. 15.

⁶⁷ Siehe auch swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 9.

Es ist zwar theoretisch möglich, eine vollständige Liste der ÖREB nach Bundesrecht (zweite Kategorie⁶⁸) zu erstellen⁶⁹. Die Erfassung unterliegt allerdings verschiedenen Voraussetzungen und gleichzeitig gewissen Einschränkungen bzw. Bedenken:

- Der jeweilige Bundeserlass muss direkte einschränkende Wirkungen auf ein Grundstück haben, ohne dass dafür kantonale oder kommunale Ausführungserlasse notwendig sind. Dies schliesst beispielsweise alle ÖREB aus, welche über kantonale oder kommunale Erlasse aus dem RPG als Grundgesetz fließen⁷⁰. Eine in einem Bundeserlass enthaltene ÖREB muss eine parzellenscharfe Wirkung entfalten, d.h. die beschränkende Wirkung muss bezogen auf ein konkretes Grundstück konkret erkennbar sein.
- Sämtliche Bundeserlasse (bestehende und neue bzw. revidierte) sind auf die Frage hin zu prüfen, ob darin enthaltene Bestimmungen direkte Auswirkungen auf die Grundeigentumsfreiheit haben.
- Eine stichtagsgenaue Bestimmung bestehender ÖREB kann rückwirkend weder erwartet noch geschaffen werden. Dies ist deshalb nicht möglich, weil bei Inkrafttreten eines Erlasses zunächst jedes Grundstück daraufhin zu prüfen ist, ob der betreffende Erlass darauf Auswirkungen hat.
- Im Weiteren müssten sämtliche ÖREB aus Plänen, Verzeichnissen, Inventaren sowie Verfügungen erfasst werden, die sich (unmittelbar) auf Bundesrecht zurückführen lassen. Die Problematik der Aktualität stellt sich auch diesfalls.
- Ob eine derartige Erfassung überhaupt den Anliegen des GeolG entspricht bzw. unter wirtschaftlichen Aspekten noch als verhältnismässig einzuschätzen wäre, muss mit Fragezeichen versehen werden.

1.4 **Lässt sich eine sinnvolle Typologie finden?**

Zusätzlich zu den bereits erwähnten Typologien nach dem *Konkretisierungsgrad* (erste Kategorie), nach Grundlage im *föderalistischem System* (zweite Kategorie) und *nach Sachgebiet* (dritte Kategorie) kann eine Kategorisierung nach dem *Charakter der Eigentumsbeschränkung* vorgenommen werden⁷¹. Dies führt zu folgender *vierten Kategorie*:

- Verfügungsverbote und Verfügungsbeschränkungen:
 - Veräusserungsverbote, Veräusserungsbeschränkungen
 - Belastungsbeschränkungen

⁶⁸ In Verbindung mit sämtlichen ÖREB der ersten Kategorie.

⁶⁹ Für eine beispielhafte Aufzählung siehe swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 26 f.

⁷⁰ RPG → kantonales BauG → kommunales Baureglement/kommunaler Zonenplan.

⁷¹ Siehe auch Simonius/Sutter, S. 62, Rz. 53 ff.

- Nutzungsbeschränkungen:
 - Bauverbote, Baubeschränkungen, Beseitigungsverbote
 - Bebauungsgebote (bspw. in Überbauungsordnungen und -plänen)
 - Nutzungszwänge und Unterhaltszwänge
 - Nutzungsverbote
- Belastungen durch Rechte zu Gunsten der öffentlichen Hand:
 - Duldungspflichten
 - Bereitstellungspflichten
 - Unterhaltspflichten
 - Besondere Abgabepflichten

1.5 ***Können mit der gleichen Methode die kantonalen und kommunalen ÖREB ermittelt werden?***

Die vier entwickelten Kategorien von ÖREB lassen sich auch auf die kantonalen und kommunalen ÖREB übertragen. Insbesondere kennen auch die Kantone systematische Rechtssammlungen mit einem klaren thematischen Aufbau.

Welche Typen von ÖREB letztlich zweckmässigerweise in den ÖREB-Kataster aufgenommen werden sollen, ist in enger Zusammenarbeit mit den potenziellen Nutzern dieses Registers (insb. Urkundspersonen, Banken, Versicherungen, Immobilienfachpersonen, Verwaltungsstellen) festzulegen⁷².

2. ***Welches sind die Kriterien zur Abgrenzung von privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Einschränkungen?***

- 2.1 Die grundsätzliche Abgrenzung zwischen öffentlichem oder privatem Recht muss mittels verschiedener Abgrenzungskriterien vorgenommen werden⁷³. Diese Kriterien gelten auch, wenn es um die Frage geht, ob ein öffentlich-rechtliches oder ein privatrechtliches Rechtsverhältnis vorliegt⁷⁴. Massgebend ist die objektivrechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses. Es bleibt nicht den Parteien überlassen, ein Rechtsverhältnis als zivilrechtlich oder öffentlichrechtlich zu bezeichnen.

Das Bundesgericht hält dazu fest: „Die Abgrenzung bundesprivatrechtlicher Streitigkeiten von öffentlichrechtlichen ist in der Praxis kasuistisch geprägt. Es sind dafür verschiedene Theorien entwickelt worden, deren grundsätzliche Abgrenzungskriterien sich nicht ausschliessen und die im Einzelfall herangezogen werden, soweit sie sich am besten zur Lösung der

⁷² Als Grundlage dazu dienen kann die offenbar von der Genossenschaft c2014 vorgenommene Untersuchung und Modellierung von über 1000 Gesetzen auf Stufe Bund, Kantone und Gemeinden (swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 7).

⁷³ BGE 101 II 177; 103 II 314; 109 Ib 46; 120 II 412; 128 III 250.

⁷⁴ Klein, S. 10; Rhinow/Krähenmann, S. 1.

konkreten Fragestellung eignen.“⁷⁵ (Methodenpluralismus). Folgende Theorien gelangen grundsätzlich zur Anwendung:⁷⁶

- Subjektionstheorie: Ist der Staat an einem Rechtsverhältnis beteiligt, unterliegt das Rechtsverhältnis dem öffentlichen Recht.
- Subordinationstheorie: Entscheidend ist das Unterordnungsverhältnis, begegnet der Staat dem Privaten mit hoheitlicher Gewalt, liegt öffentliches Recht vor.
- Interessentheorie: Diejenigen Rechtsnormen, die ausschliesslich oder vorwiegend öffentliche Interessen wahrnehmen, gehören zum öffentlichen Recht. Die Schutzrichtung der Norm ist massgebend.
- Funktionstheorie: Regelt die Norm die Erfüllung einer staatlichen Aufgabe oder die Ausübung einer staatlichen Tätigkeit, gehört sie dem öffentlichen Recht an. Relevant ist das Vorliegen einer Staatsaufgabe.
- Modale Theorie: Kriterium ist hier die Art der Sanktion bei einer Normverletzung: die Regelung ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen, wenn die damit verbundene Sanktion öffentlichrechtlich ausgestaltet ist.
- Modifizierte Funktionstheorie: Öffentliches Recht gilt, „wo ein Verwaltungsträger in Ausführung einer ihm durch Gesetz übertragene Aufgabe handelt, es sei denn, das anwendbare Recht bestimme etwas anderes. ... Sofern der Gesetzgeber nichts anderes bestimmt, gilt für die der Verwaltung übertragenen Staatsaufgaben grundsätzlich öffentliches Recht.“⁷⁷

2.2

In Ziffer V. wurde aufgezeigt, dass für die Unterscheidung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Einschränkungen des Grundeigentums die Interessenlage im Vordergrund steht: Die Einschränkung des Grundeigentums ist dann eine öffentlich-rechtliche, wenn sie sich aus einem rechtsetzenden Erlass oder einem Rechtsanwendungsakt ergibt und sie notwendig ist, um *öffentliche Interessen* zu wahren, welche diejenigen des betroffenen Grundeigentümers überwiegen.

⁷⁵ BGE 128 III 250 E. 2a S. 253.

⁷⁶ Klein, S. 10; Häfelin/Müller, Rz. 247 ff.; Rhinow/Krähenmann, S. 1 ff.; Imboden/Rhinow, S. 4 ff.

⁷⁷ Tschannen/Zimmerli, S. 110 ff.

3. **Welches sind die Kriterien zur Abgrenzung zwischen ÖREB nach Art. 962 (neu) ZGB gegenüber den übrigen ÖREB?**

3.1 ÖREB nach Art. 962 (neu) ZGB sind solche, welche (1) auf ein bestimmtes Grundstück bezogen von einer Behörde durch eine Verwaltungsverfügung angeordnet worden sind und (2) zusätzlich eine Nutzungs- und Verfügungsbeschränkung oder eine bestimmte grundstücksbezogene Pflicht des Grundeigentümers zum Inhalt haben⁷⁸. Die ÖREB nach Art. 962 (neu) ZGB sind also immer individuell-konkret (allenfalls generell-konkret), was beinhaltet, dass sie dem betroffenen Grundeigentümer in einem Verwaltungsverfahren mit Eröffnung des Rechtsmittelweges persönlich oder durch amtliche Publikation zur Kenntnis gebracht wurden.

3.2 Der Bericht zum Vorentwurf nimmt vom Wirkungsbereich des Art. 962 (neu) ZGB ausdrücklich diejenigen Eigentumsbeschränkungen aus, welche sich direkt aus dem Gesetz ergeben und damit „als bekannt vorausgesetzt werden dürften“, wie z.B. Gebäude- und Grenzabstände. Zudem sollen auch öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die in einem bestimmten Gebiet alle Grundstücke gleichermassen betreffen, wie z.B. Nutzungszonen, Planungs- und Beitragszonen, Einbezug von Unternehmen einer Bodenverbesserung etc. nicht durchwegs im Grundbuch angemerkelt werden⁷⁹.

3.3 Der Bericht zum Vorentwurf ist sehr allgemein gehalten. Er verzichtet darauf, beispielhaft aufzuführen, was inhaltlich ÖREB nach Art. 962 (neu) ZGB sein könnten. Es wird deshalb der Praxis überlassen bleiben, die Begriffe der „Nutzungs- und Verfügungsbeschränkung“ oder der „grundstücksbezogenen Pflicht des Grundeigentümers“ mit Inhalten zu füllen.

3.4 Im Einzelnen könnten ÖREB dann gemäss Art. 962 (neu) ZGB in das Grundbuch eingetragen werden, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- Verfügung betreffend Grundeigentum
- Verbot einer Handlungsweise oder einer Nutzung; Gebot eines Vorgehens, einer Handlungsweise oder einer Nutzung oder
- Auflage zur Duldung oder Unterlassung eines Zustandes oder einer Handlungsweise

3.5 Beispiel und Kritik

Ein Grundeigentümer reicht ein Baugesuch ein. Dieses sieht ein Vorhaben vor, welches die maximal zulässige Gebäudehöhe, -länge und -breite ausnützt. Sämtliche Strassen- und Grenzabstände sind eingehalten. Die Behörde erteilt – nach Verhandlungen mit dem Grundeigentümer – die Baubewilligung mit den Auflagen, dass die Grenzabstände je um 2 Meter

⁷⁸ Vgl. den Bericht zum Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht); siehe auch Ziffer V. 4. hiervor.

⁷⁹ Vgl. Bericht zum Vorentwurf zur Teilrevision des ZGB (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), S. 61.

zu erhöhen sind, die Gebäudelänge und -breite sind je um 1.5 Meter herabzusetzen. Als Begründung wird die Einpassung des Gebäudes in die bestehende Quartierstruktur unter Beachtung der Körnigkeit angeführt.

Der Grundeigentümer sieht sich mit einer Nutzungsbeschränkung konfrontiert, welche auf einer Verfügung basiert. Indessen leitet sich die Beschränkung nicht eigentlich aus der Baubewilligung ab, sondern aus dem kommunalen Baureglement, welches regelmässig die ästhetisch befriedigende Einpassung eines Bauvorhabens in die bestehende Siedlungsstruktur verlangen wird. Diese Generalklausel ist den für die jeweiligen Zonenvorschriften bestehenden baupolizeilichen Massen übergeordnet. Die Nutzungsbeschränkung im angeführten Beispiel ist zudem in einer positiven Verfügung enthalten, welche – unter Berücksichtigung der Auflagen – grundsätzlich feststellt, dass das Bauvorhaben den gesetzlichen Vorgaben entspricht.

Systematisch wären die genannten Auflagen im Grundbuch anzumerken, weil sie verfügt wurden und eine Beschränkung der Nutzung darstellen. Es ist zurzeit offen, ob die Praxis zum Art. 962 (neu) ZGB so weit gehen wird. Erfolgt jedoch keine Behandlung nach Art. 962 (neu) ZGB, wird eine Lücke geschaffen, welche eine gewisse Rechtsunsicherheit nach sich ziehen kann.

3.6 Zur Abgrenzung zwischen einer Erfassung im Grundbuch und einer solchen in einem ÖREB-Kataster siehe auch Ziffer VII. 3. hiervor.

4. *Darf man unterschiedliche (räumliche und thematische) Abdeckungen von ÖREB zulassen?*

Die Frage ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass ein ÖREB-Kataster einerseits zwingend die vom Bundesrat festgelegten Geobasisdaten von nationalem Interesse enthält (Art. 15 Abs. 2 E-GeolG) und andererseits die Kantone zusätzliche Geobasisdaten bezeichnen können, die zum Bestand des Katasters gehören (Art. 15 Abs. 3 E-GeolG). Dies führt im Ergebnis dazu, dass je nach Kanton – bzw. sogar je nach Gemeinde – der ÖREB-Kataster unterschiedliche Informationen enthält. Mit der im Entwurf des GeolG gewählten Konstruktion wird dies – wohl auch aus föderalistischen Überlegungen⁸⁰ – bewusst in Kauf genommen, auch wenn sich insbesondere aus der Publizität des ÖREB-Katasters und des sich daraus ergebenden Vertrauensschutzes ein einheitlicher, gesamtschweizerischer Katalog aufdrängen würde. Um diesen zentralen Aspekt des ÖREB-Katasters nicht zu gefährden, erscheint es deshalb unabdingbar, dass der jeweilige Informationsgehalt des ÖREB-Katasters für die Anwender deutlich erkennbar ist: So müssten die im ÖREB-Kataster enthaltenen Kategorien an Geobasisdaten bezüglich des betreffenden Kantons bzw. der betreffenden Gemeinde namentlich aufgeführt sein.

⁸⁰ Siehe auch Ziffer IV.

- 5. *Gibt es Beschränkungen der freien Einsichtnahme in ein ÖREB-Kataster, die sich aus dem Schutz von privaten Interessen (z.B. Geschäftsgeheimnisse, Personendatenschutz etc.) oder öffentlichen Interessen (z.B. militärische oder polizeiliche Sicherheit, Schutz von Leitungsnetzen) ergeben?***
- 5.1 Zunächst ist festzuhalten, dass das Grundbuch als öffentliches Register des Privatrechtsverkehrs nach Art. 2 Abs. 2 Buchstabe d des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) ausdrücklich vom Geltungsbereich des DSG ausgenommen ist. Damit unterliegen ÖREB, welche nach Art. 962 ZGB (neu) im Grundbuch angemerkt werden müssen, keiner Einsichtsbeschränkung. Dies gilt trotz des teilweise höheren sensiblen personenbezogenen Gehalts, welchen solche ÖREB aufweisen können. Diese drohende Divergenz zwischen datenschutzrechtlicher Behandlung von ÖREB nach ZGB und nach GeolG erscheint stossend und wäre durch den Gesetzgeber – allenfalls auch im Rahmen der laufenden Revision des Immobiliarsachenrechts oder der ebenfalls laufenden Revision des Datenschutzgesetzes – zu korrigieren⁸¹.
- 5.2 ÖREB betreffen immer Grundstücke, an welchen Eigentum besteht. Damit müssten für ÖREB, welche für unberechtigte Dritte nicht einsehbar sein sollen, gewisse Einschränkungen vorgesehen werden.
- 5.3 Im Vordergrund stehen die Beschränkung der Einsehbarkeit von ÖREB für Energieleitungsnetze, Datenleitungsnetze oder Anlagen, welche der militärischen Geheimhaltungspflicht unterliegen sowie Beschränkung der Einsehbarkeit von ÖREB aus anderen sicherheitspolitischen Gründen. Die Beschränkung der Einsichtnahme würde jedoch ein ausgewiesenermassen höheres Interesse an der Geheimhaltung als an der Öffentlichkeit voraussetzen. Als Richtlinie dafür, ob eine Beschränkung der Einsehbarkeit bestehen soll oder nicht, kann der Umstand gelten, ob der die betreffende ÖREB auslösende Erlass einer Geheimhaltung unterliegt oder eine solche zumindest vorsieht.
- 5.4 Grundsätzlich kaum Beschränkungen rechtfertigen würden hingegen rein private Interessen bzw. Geschäftsinteressen. Immerhin sollte vermieden werden, dass Informationen personenbezogen beschafft und Serienabfragen durchgeführt werden können, wie dies neu auch im Grundbuchrecht ausdrücklich vorgesehen ist⁸². Zudem wäre allenfalls eine strafrechtliche Absicherung des Missbrauchs vorzusehen⁸³.
- 5.5 Nicht einsichtig wäre hingegen, die Einsehbarkeit von vornherein auf bestimmte Personen oder Personengruppen zu beschränken, wie dies bezüglich des Zugriffs im Abrufverfahren auf das elektronische Grundbuch geregelt ist⁸⁴.

⁸¹ In diesem Sinn auch Kettiger, S. 15.

⁸² Art. 106 Abs. 2, Art. 111I Abs. 2 GBV.

⁸³ Was gegebenenfalls vertieft abzuklären wäre.

⁸⁴ Art. 111m Abs. 1 GBV.

6. ***Ergeben sich daraus Einschränkungen, die zwingend im GeolG geregelt werden müssen?***

6.1 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang zunächst insbesondere auf Art. 10 E-GeolG. Dementsprechend findet auf alle Geobasisdaten von nationalem Interesse grundsätzlich das Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 Anwendung⁸⁵. Damit wird insofern eine Sonderregelung geschaffen, als das DSG im Allgemeinen lediglich für Bundesbehörden zur Anwendung gelangt⁸⁶. Sofern also kantonale Behörden Geobasisdaten von nationalem Interesse bearbeiten, würde das DSG ohne die spezialrechtliche Bestimmung im E-GeolG nicht Anwendung finden. Bezüglich der Bearbeitung von anderen Daten gemäss E-GeolG durch die Kantone und Gemeinden gelangen deren datenschutzrechtliche Bestimmungen zur Anwendung⁸⁷. Im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung sind Art. 9 f. DSG betreffend Einschränkungen des Einsichtsrechts in Datensammlungen. Hervorzuheben sind insbesondere folgende in Art. 9 DSG aufgeführte Einschränkungen⁸⁸:

- bei überwiegenden Interessen Dritter,
- wenn es überwiegende öffentliche Interessen, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft, erfordern.

6.2 Diese Regelung ist im Zusammenhang mit Art. 11 Abs. 1 E-GeolG zu sehen. Dementsprechend sind zwar Geobasisdaten von nationalem Interesse grundsätzlich öffentlich zugänglich und können von jeder Person genutzt werden. Vorbehalten bleiben allerdings abweichende Vorschriften zum Schutz überwiegender oder privater Interessen. Der Bundesrat verfügt gemäss Art. 11 Abs. 2 E-GeolG über entsprechende Verordnungskompetenzen. Die Sicherstellung einer entsprechenden Regelung bzw. Interessenabwägung für andere als Geobasisdaten von nationalem Interesse ist nach dieser Konzeption Sache der Kantone bzw. Gemeinden. Die teilweise bestehende Vielfalt von datenschutzrechtlichen Bestimmungen in den Kantonen würde es gebieten, die im GeolG getroffene Regelung auf die Kantone und Gemeinden auszudehnen⁸⁹. Art. 75a Abs. 3 BV dürfte dafür als hinreichende Verfassungsgrundlagen gelten⁹⁰.

⁸⁵ DSG, SR 235.1.

⁸⁶ Art. 2 Abs. 1 Bst. b DSG.

⁸⁷ Art. 37 DSG (bestehen in den Kantonen keine Bestimmungen, gelangt in weiten Teilen das DSG zur Anwendung).

⁸⁸ In der laufenden Revision des DSG ist bezüglich der Einschränkungen eine Verschärfung vorgesehen (Botschaft in BBl 2003 2101 ff.).

⁸⁹ In diesem Sinn auch Kettiger, S. 14.

⁹⁰ Siehe auch Kettiger, S. 11, 16 ff.

- 6.3 Hingewiesen sei im Weiteren auf das neue Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung⁹¹. Mit diesem Erlass wird die Umkehr vom Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt zum Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt vollzogen. Einschränkungen des allgemeinen Einsichtsrechts aus überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen bleiben damit aber möglich. Die Relevanz dieses Erlasses ist im vorliegenden Zusammenhang allerdings deshalb eher gering, weil er ausschliesslich für Bundesbehörden zur Anwendung gelangt – nicht dagegen für die Kantone und Gemeinden (selbst wenn sie Bundesrecht vollziehen).
- 6.4 Zusammenfassend lässt sich daraus ableiten, dass im GeolG die Einsichtnahme in ein ÖREB-Kataster nicht näher geregelt werden muss. Denn gemäss Art. 11 Abs. 1 E-GeolG bleiben vom Grundsatz der öffentlichen Zugänglichkeit von Geobasisdaten von nationalem Interesse abweichende Vorschriften zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen ausdrücklich vorbehalten und gemäss Art. 11 Abs. 2 E-GeolG ist die Rechtsetzungskompetenz zur näheren Regelung des Zugangs und der Nutzung von Geobasisdaten von nationalem Interesse an den Bundesrat delegiert worden.
- 6.5 Weil allerdings gemäss Art. 15 Abs. 3 E-GeolG die Kantone zusätzliche ÖREB bezeichnen können, die zum Bestand des Katasters gehören, und sich diesfalls die Zugänglichkeit nicht nach verschiedenen kantonalen Rechten richten kann, sollte die Regelung bezüglich Zugang und Nutzung von Geobasisdaten nicht auf solche von nationalem Interesse beschränkt werden. Die verfassungsmässige Kompetenz dafür dürfte in Art. 75a BV vorhanden sein.
- 7. Welche rechtlichen Probleme stellen sich, wenn eine Divergenz zwischen beschlossenen ÖREB und dem ÖREB-Kataster besteht? Welche Möglichkeit der Lösung bietet sich an?**
- 7.1 Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, wie sie in Abgrenzung zu Art. 962 (neu) ZGB allenfalls in einen ÖREB-Kataster aufzunehmen sind⁹², werden im Allgemeinen publiziert. Die Veröffentlichung im ÖREB-Kataster hätte zwar lediglich deklaratorischen Charakter, wobei damit allerdings die Rechtswirkungen der Publizität, des Vertrauensschutzes und der Beweiskraft verbunden wären. Materiell-rechtlich bleibt dennoch einzig die ursprüngliche Veröffentlichung massgebend. Dieser Vorrang des rechtskräftigen Beschlusses der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung wäre im GeolG zu präzisieren⁹³.

⁹¹ Botschaft in BBl 2003 1963 ff.; Referendumsvorlage in BBl 2004 7269 ff. (Ablauf der Referendumsfrist: 7. April 2005).

⁹² Also ÖREB aus Plänen, Verzeichnissen, Inventaren.

⁹³ Vgl. auch die Massgeblichkeitsregel in Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlung des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG, SR 170.512): „Für Erlasse und Verträge zwischen Bund und Kantonen ist die in der gedruckten Ausgabe der AS veröffentlichte Fassung massgebend.“

- 7.2 Der potenzielle Konflikt, der sich aus der doppelten Publizität ergeben kann, könnte überdies durch eine organisatorische Regelung entschärft werden: gleichzeitige Publikation von ÖREB-Eintrag mit Rechtskraft des entsprechenden Beschlusses. Die Regelung könnte wie folgt lauten: „Die zuständige Behörde stellt sicher, dass mit Eintreten der Rechtskraft die Veröffentlichung im ÖREB-Kataster erfolgt.“⁹⁴. Die Vollzugstauglichkeit einer solchen Bestimmung muss allerdings in Anbetracht rein faktischer Gegebenheiten (nicht gänzlich vermeidbare Verzögerung) mit gewissen Fragezeichen versehen werden.
- 7.3. Qualifiziert man den ÖREB-Kataster als „öffentliches Register“, ergeben sich Probleme in Bezug auf allfällige Vermögensschäden, wenn ein Betroffener im Vertrauen auf ÖREB-Einträge (oder Nicht-Einträge) Dispositionen getroffen hat, welche zu beschlossenen ÖREB im Widerspruch stehen⁹⁵.
8. **Wie kann man rechtlich das Problem lösen, wenn widersprüchliche ÖREB erlassen werden?
Hat die Kataster führende Behörde eine rechtliche Pflicht, diese Widersprüche bereinigen zu lassen oder den Benutzer darauf hinzuweisen?**
- 8.1 Bei allfälligen widersprüchlichen ÖREB gelangen sinngemäss die allgemeinen Kollisionsregeln zur Anwendung, insbesondere:
- Bundesrecht vor kantonalem vor kommunalem Recht
 - höher rangiges Recht vor nieder rangigem Recht
 - Spezialrecht vor allgemeinem Recht
 - neues vor älterem Recht
- 8.2 Eine allfällige rechtliche Pflicht der Kataster führenden Behörde, auf widersprüchliche ÖREB aufmerksam zu machen, bedürfte einer entsprechenden Rechtsgrundlage.

⁹⁴ Vgl. auch Art. 111i Abs. 1 GBV: „Alle rechtsgültigen Daten des informatisierten Grundbuches einschliesslich der Tagebuchdaten hängiger Bearbeitungsverfahren müssen sofort abgerufen werden können. ...“.

⁹⁵ Siehe dazu die Beantwortung der Frage 11.

**9. Können an Datensammlungen und deren Darstellungen Urheberrechte entstehen?
Stellen sich für ÖREB diesbezüglich besondere Rechtsfragen?⁹⁶**

9.1 Soweit es sich bei Geobasisdaten überhaupt um geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst mit individuellem Charakter im Sinne von Art. 2 des Bundesgesetzes vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte⁹⁷ handelt, schliesst Art. 5 URG insbesondere Gesetze, Verordnungen und andere amtliche Erlasse sowie Entscheidungen von Behörden vom Urheberrechtsschutz aus. Das öffentliche Interesse an der ungehinderten Informationsverbreitung, so der Gesetzgeber, überwiege das Schutzinteresse der Inhaber der Urheberrechte und rechtfertige die Ausnahme⁹⁸. Dem entspricht auch Art. 11 Abs. 1 E-GeolG, wonach Geobasisdaten von nationalem Interesse grundsätzlich öffentlich zugänglich sind und von jeder Person genutzt werden können. Nach der Literatur fallen unter diese Ausnahme alle Satzungen mit öffentlich-rechtlichem Charakter, so z.B. Weisungen, Richtlinien oder auch Richtpläne⁹⁹. Entscheidend für die Schutzausnahme ist so betrachtet der öffentlich-rechtliche Erlasscharakter eines Planes. Damit können an entsprechenden Datensammlungen und deren Darstellung keine Urheberrechte entstehen.

Weder eine UWG-rechtliche Betrachtung noch die EU Datenbank-Richtlinie¹⁰⁰ (die in der Schweiz ohnehin nicht anwendbar ist und lediglich die Datenbank als solche¹⁰¹ und nicht die Daten schützt) führen zu einem anderen Ergebnis¹⁰².

Auch im Rahmen der laufenden Revision des Urheberrechtsgesetzes ist keine Ausweitung des Schutzes von amtlichen Erlassen vorgesehen.

9.2 Abzugrenzen ist diese Kategorie von den topographischen Karten, an welchen sehr wohl ein Urheberrecht bestehen kann (vgl. Art. 2 Abs. 2 Bst. d URG). Dies gilt insbesondere auch für die Landeskarten, an welchen die Schweizerische Eidgenossenschaft das Urheberrecht beansprucht¹⁰³.

⁹⁶ Die Beantwortung dieser Frage basiert auf einer Beurteilung durch Prof. Dr. Eugen Marbach.

⁹⁷ Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1.

⁹⁸ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 19. Juni 1989, Ziffer 212.1.

⁹⁹ Vgl. Barrelet/Egloff, Rz. 4 zu Art. 5 URG.

¹⁰⁰ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 11.3.1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken.

¹⁰¹ Einschliesslich wesentliche Teile davon; vgl. auch Art. 4 URG (selbständiger Schutz von Sammelwerken).

¹⁰² Siehe dazu auch BGE 4C.336/2004 vom 4. Februar 2005.

¹⁰³ Vgl. Art. 2 des Bundesgesetz über die Erstellung neuer Landeskarten (SR 610.62); BGE 108 Ib 221.

10. Darf die Führung der ÖREB-Kataster Privaten übertragen werden? Welche Rechtsformen sind zu bevorzugen?

Die Führung der ÖREB-Kataster Privaten zu übertragen, ist grundsätzlich möglich, wenn dafür eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht (vgl. für die Bundesebene Art. 178 Abs. 3 BV¹⁰⁴). Weil gemäss Art. 29 Abs. 2 Bst. b E-GeolG die Führung des ÖREB-Katasters Sache der Kantone sein wird, müssten entsprechende Grundlagen im kantonalen Recht geschaffen werden. Sicherzustellen wären dabei insbesondere die Grundanforderungen an die Aufgabenübertragung, die Aufsicht, der Datensicherheit/-schutz, die Haftung, die Finanzierung, Versicherungspflichten, das Verhältnis zu Behörden und Nutzenden sowie das Verfahren¹⁰⁵. Diesen öffentlich-rechtlichen Anforderungen an einen privaten Aufgabenträger kommt für eine sachgerechte Sicherstellung der Aufgabenerfüllung grössere Bedeutung zu als die Wahl der Rechtsform. Im Vordergrund stehen dürften allerdings Körperschaften (insb. Aktiengesellschaft, Genossenschaft oder Verein)¹⁰⁶.

11. Wer trägt die Verantwortung für den Inhalt der Information im ÖREB-Kataster (Haftung)?

Weil gemäss Art. 29 Abs. 2 Bst. b E-GeolG die Führung des ÖREB-Katasters Sache der Kantone sein wird, kommt grundsätzlich die Haftungsordnung des jeweiligen Kantons zur Anwendung¹⁰⁷. Soweit ein Schaden auf eine Verfehlung der den Kataster führenden Behörde zurückzuführen ist (z.B. Unterlassung der Veröffentlichung von gemeldeten ÖREB) gelangt das für die Kataster führende Behörde geltende Haftungsrecht zur Anwendung. Soweit ein Schaden auf eine Verfehlung einer anderen als der Kataster führenden Behörde zurückzuführen ist (z.B. Unterlassung der Meldung von ÖREB), gelangt das für diese Behörde geltende Haftungsrecht zur Anwendung.

Weil zwar alle Kantone über ein Staatshaftungsrecht verfügen, dabei aber teilweise nicht unerhebliche Unterschiede bestehen, wäre eine einheitliche Haftungsregelung anzustreben. Denkbar wäre eine analoge Regelung wie bezüglich der Grundbuchführung (Art. 955 ZGB) oder eine sinngemässe Anwendung des Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten¹⁰⁸. Art. 75a Abs. 3 BV wäre für eine derartige spezialgesetzliche Haftungsordnung eine hinreichende Verfassungsgrundlage¹⁰⁹, erscheint doch eine solche Regelung zur Verwirklichung der angestrebten Datenharmonisierung als notwendig. Oder anders gesagt „... die Ziele der inhaltlich-formalen Har-

¹⁰⁴ Gilt im Wesentlichen sinngemäss auch für die Kantone und Gemeinden (Vollzug des GeolG).

¹⁰⁵ Siehe zum Regelungsbedarf bei Auslagerungen eingehend Lienhard 2002; ders. 2005, insb. S. 391 ff.; Lienhard/Steiner/Ladner/Wichtermann/Balsiger/Buchser, insb. S. 45 ff.

¹⁰⁶ Siehe für eine Übersicht über die Eigenheiten der verschiedenen Organisationsformen Hauser, S. 31 ff.; siehe auch swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS, S. 24 f.

¹⁰⁷ Vgl. bezüglich Haftung für die Grundbuchführung Art. 955 ZGB.

¹⁰⁸ Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32.

¹⁰⁹ Tschannen/Wyss, S. 28 (falls der ÖREB-Kataster Rechtswirkungen entfalten soll).

monisierung würden ohne bundesrechtliche Vorschriften zu Organisation und Verfahren übermässig erschwert oder geradezu vereitelt.“¹¹⁰ Ein kompetenzwidriger Eingriff in die den Kantonen gemäss Art. 46 f. BV grundsätzlich zustehende Organisationsautonomie liegt damit nicht vor¹¹¹.

12. Welche rechtlichen Probleme ergeben sich hinsichtlich der Abfrage des ÖREB-Katasters sowie bezüglich der Beglaubigungen von Auszügen der Raumkataster-Informationen?

12.1 Der ÖREB-Kataster wird gemäss Art. 15 Abs. 4 E-GeolG elektronisch veröffentlicht und damit auch auf diese Weise zugänglich gemacht. Die Zugänglichkeit ist gemäss Art. 11 Abs. 1 GeolG grundsätzlich an keine besonderen Voraussetzungen geknüpft. Sofern ÖREB eingesehen werden wollen, die aus überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen nur eingeschränkt zugänglich sind, bedarf es im konkreten Fall einer Gesuchstellung. Weil der ÖREB-Kataster elektronisch veröffentlicht wird, sollte auch diese Gesuchstellung sowie die Eröffnung des damit verbundenen Entscheids auf elektronischem Weg erfolgen können. Bezüglich Gesuchseinreichung können sinngemäss die neuen Regelungen über die elektronische Signatur herangezogen werden (Gleichsetzung von elektronischer Signatur und Handunterschrift)¹¹². Auch hinsichtlich der elektronischen Eröffnung von Entscheiden soll mit Art. 34 Abs. 1^{bis} des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren¹¹³ auf Bundesebene eine Regelung geschaffen werden¹¹⁴, welche dies grundsätzlich zulässt. Im Rahmen der Verordnungskompetenz des Bundesrates zur Regelung des Verfahrens (Art. 15 Abs. 6 E-GeolG) wären entsprechende Mindestanforderungen zu umschreiben.

12.2 Aufgrund der Rechtswirkungen hinsichtlich Beweiskraft und Gutgläubenschutz besteht aus Anwendersicht ein erhebliches Interesse nach sog. beglaubigten Auszügen aus dem ÖREB-Kataster. Aber auch aus Behördensicht kann es wichtig sein, mittels eines beglaubigten Auszuges nachweisen zu können, dass eine ÖREB zu einem bestimmten Zeitpunkt im ÖREB-Kataster ersichtlich war oder nicht. Weil der ÖREB-Kataster elektronisch veröffentlicht wird, sollten auch beglaubigte Auszüge in elektronischer Form ermöglicht werden. Auch diesbezüglich können wiederum sinngemäss die neuen Regelungen über die elektronische Signatur herangezogen werden. Im Rahmen der Verordnungskompetenz des Bundesrates zur Regelung des Verfahrens (Art. 15 Abs. 6 E-GeolG), wäre wiederum die entsprechenden Mindestanforderungen zu umschreiben.

¹¹⁰ Dies die Voraussetzungen, um auch organisatorische und verfahrensmässige Aspekte zu harmonisieren (Tschannen/Wyss, S. 13).

¹¹¹ Eine andere Ansicht vertritt das Bundesamt für Justiz in seinen Stellungnahmen vom 20.9.2004 und 6.10.2004.

¹¹² Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (Bundesgesetz über die elektronische Signatur, ZertES, SR 943.03).

¹¹³ VwVG, SR 172.021.

¹¹⁴ Änderung im Rahmen des Erlasses des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG).

13. Bedingt ein Kataster über ÖREB besondere gesetzliche Regelungen zur Haftung?

Siehe dazu die Beantwortung der Frage 11.

14. Wie wird der Vorschlag zur gesetzlichen Verankerung des ÖREB aus rechtlicher Sicht beurteilt?

14.1 Insbesondere aufgrund der Beantwortung der Fragen 6, 7, 11 und 13 werden folgende Modifikationen am Entwurf GeolG vorgeschlagen:

- Definition des Begriffs „Kataster“, wird doch darunter gemäss Duden ein amtliches Grundstücksverzeichnis verstanden und ist namentlich nicht restlos klar, ob ein Kataster textliche und/oder kartographische Elemente enthalten kann¹¹⁵ (Ergänzung von Art. 3 E-GeolG).
- Keine Beschränkung des bundesrechtlichen Datenschutzes auf Geobasisdaten von nationalem Interesse (Modifikation von Art. 10 f. E-GeolG).
- Keine Beschränkung der Nutzung auf Geobasisdaten von nationalem Interesse (Modifikation von Art. 11 Abs. 1 und 2 E-GeolG).
- Klarstellung des Vorranges der ursprünglichen Publikation des die ÖREB begründenden Beschlusses (Ergänzung von Art. 15 E-GeolG).
- Klarstellung des Ortes der Veröffentlichung mittels Ergänzung in Art. 15 Abs. 5 E-GeolG: „Unterbleibt die Veröffentlichung *in diesem Kataster*, ...“ sowie
- positive Umschreibung des Gutgläubensschutzes, sinngemäss analog zu Art. 973 f. ZGB mit Beweislast bei Behörde bzw. Dritten (Modifikation von Art. 15 Abs. 5 E-GeolG), sofern der ÖREB-Kataster nicht (wie auch angeregt) rein deklaratorische Bedeutung aufweisen soll.
- Regelungen zur Haftung (Ergänzung von Art. 15 E-GeolG), sofern der ÖREB-Kataster nicht nur rein deklaratorische Bedeutung aufweisen soll.

¹¹⁵ Siehe auch Ziffer I. 4. hiivor.

- 14.2 Hingewiesen sei an dieser Stelle zudem nochmals auf die im Rahmen dieser Studie angeregten Regelungen auf Verordnungsstufe:
- Regelung der Einsichtnahme in den ÖREB-Kataster (Frage 5 und 6).
 - Regelung betreffend Zeitpunkt der Veröffentlichung im ÖREB-Kataster (Frage 7).
 - Regelung betreffend eine allfällige rechtliche Pflicht der Kataster führenden Behörde, auf widersprüchliche ÖREB aufmerksam zu machen (Frage 8).
 - Regelung der elektronischen Abfrage und der Beglaubigung (Frage 12).
- 14.3 Schliesslich sollte eine allenfalls drohende Divergenz zwischen datenschutzrechtlicher Behandlung von ÖREB nach ZGB und nach GeolG nötigenfalls im Rahmen der laufenden Revision des Immobiliarsachenrechts oder der ebenfalls laufenden Revision des Datenschutzgesetzes korrigiert werden.

IX. Zusammenfassende Würdigung

Der Bedarf, öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken zu einer grösseren Publizität zu verhelfen, ist ausgewiesen. Die moderne Informationstechnologie bietet dazu neue Möglichkeiten. Insbesondere können Daten rasch ausgetauscht und abgeglichen sowie bestehende Datensammlungen vernetzt bzw. verlinkt werden. Über ein Portal kann damit rasch auf verschiedene Rechte mit räumlicher Wirkung zugegriffen werden – auch auf ein Register über öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster), wie es gemäss Art. 15 E-GeolG vorgesehen ist.

Allerdings sind mit einem solchen Register auch verschiedene grundlegende Unwegsamkeiten verbunden. Hervorzuheben ist insbesondere der Gegenstand eines solchen Registers, und dies aus mehreren Gründen:

1. Die Fülle der auf den verschiedenen föderalistischen Ebenen bestehenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zwingt wohl zu einer sachgerechten Eingrenzung der in einen ÖREB-Kataster aufzunehmenden Daten (relative Vollständigkeit); dazu sind verschiedene Kriterien entwickelt worden.
2. Mit der im Rahmen der Revision des Immobiliarsachenrechts vorgesehenen obligatorischen Anmerkung verfügter öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen (Art. 962 neu ZGB) ergeben sich Abgrenzungsschwierigkeiten (insbesondere zwischen individuell-konkreten und generell-konkreten Verfügungen) und damit verbundene Rechtsunsicherheiten; angeregt wird nicht zuletzt deshalb die Zusammenfassung sämtlicher öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen in einem einzigen Register.
3. Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen aus (Nutzungs-) Plänen auch in einem ÖREB-Kataster abbilden zu wollen, wirft die Frage nach dem Nutzen einer doppelten Publizität auf.
4. Auch der immerhin teilweise nachvollziehbare Nutzen der Abbildung von generell-abstrakten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in einem ÖREB-Kataster zeigt, dass eine streng schematische Zuordnung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nach den Kriterien generell/abstrakt/individuell/konkret zu einem ÖREB-Kataster kaum möglich bzw. zielführend erscheint, sondern ein funktionaler Ansatz zu wählen ist.

Im Weiteren hervorzuheben ist die Problematik der Rechtswirkung eines ÖREB-Katasters. Soweit damit tatsächlich ein Gutgläubensschutz verbunden sein soll (Art. 15 Abs. 5 E-GeolG), wäre zu erwägen, diesen an die Regelung bezüglich Anmerkungen im Grundbuch anzugleichen. Zielführend und im Vollzug wohl wesentlich einfacher wäre allerdings auch unter diesem Aspekt, dem ÖREB-Kataster ausschliesslich informativen Charakter zuzugestehen.

Dazu kommen weitere Problembereiche wie die Zugänglichkeit beziehungsweise der Datenschutz, Vorrangregeln bei Divergenzen, die Haftung oder die Übertragung der Registerführung auf Private. Diesen Aspekten kann bei den weiteren Rechtsetzungsarbeiten am Geoinformationsgesetz und dessen Ausführungsrecht ohne weiteres

Rechnung getragen werden. Die insbesondere in den Bereichen Zugänglichkeit/Datenschutz und Haftung angeregten Vereinheitlichungen auch bezüglich der kantonalen Ebene sind mit der verfassungsmässigen Kompetenzordnung (insb. Art. 75a BV) vereinbar.

IX. Synthèse de l'étude

Le besoin d'assurer la publication et l'accès aux restrictions de droit public à la propriété est démontré. Les nouvelles technologies de l'information offrent des possibilités inédites. Les données peuvent notamment être uniformisées et échangées rapidement, et la mise en relation des jeux de données existants est possible. Les guichets électroniques permettent désormais d'accéder rapidement aux différents droits à incidence spatiale ainsi qu'à un registre des restrictions de droit public tel que prévu à l'article 15 de la LGeo.

Toutefois, un tel registre soulève aussi des problèmes fondamentaux. En particulier, sur l'existence même du registre :

1. L'étendue des restrictions de droit public dans les différents niveaux institutionnels force à définir de manière précise les données prises en compte (complétude); à cet effet, différents critères ont été développés.
2. Dans le cadre de la révision du droit sur l'immobilier, l'attention particulière aux restrictions de droit public (art. 962 du nouveau code civil suisse) présentera des difficultés de classification (particulièrement entre dispositions concrète individuelle et concrète collective) et par là même des incertitudes juridiques; c'est pourquoi il est suggéré de réunir toutes les restrictions de droit public dans un seul registre.
3. La prise en compte des restrictions de droit public issues de plans d'affectation pose la question de la double publication.
4. L'introduction de restrictions générales abstraites dans un cadastre n'est que d'une utilité partielle, car la classification stricte selon les critères général/abstrait/individuel/concret n'est guère possible.

En plus se pose le problème de la valeur juridique d'un tel cadastre. En effet, en parallèle avec la protection de la bonne foi (art. 15, al. 5 de la LGeo), il resterait encore à peser les divergences entre ce cadastre et le contenu du Registre foncier. Il serait donc pertinent et beaucoup plus simple de ne lui conférer qu'un caractère informatif.

Finalement, des problèmes plus généraux se posent aussi, tels que l'accès respectivement la protection des données, les règles de priorité en cas de divergences, la responsabilité voire la gestion du registre par le secteur privé. Ces aspects pourront être réglés dans le cadre des travaux complémentaires de mise en oeuvre de la nouvelle loi sur l'information géographique. L'uniformisation, principalement en ce qui concerne l'accès/protection et la responsabilité des données, sera compatible avec les compétences constitutionnelles (en particulier art. 75a de la Constitution fédérale).

Anhang 1: Materialien und Literatur

- Amstein Jean-Philippe*, Cadastre 2014 - Visionen für ein zukünftiges Katastersystem: Stand in der Schweiz, Foliensammlung für die SIK-GIS, Bern 2002
- Bandli Christoph*, Das bäuerliche Bodenrecht, Brugg 1995
- Barrelet Denis/Egloff Willi*, Das neue Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2000
- Basler + Partner AG/SIK GIS*, Raumkataster aus Sicht der öffentlichen Verwaltung, Situationsanalyse, Meinungsbild und Empfehlung, Zollikon 2004
- Bundesamt für Landestopografie (swisstopo)*, Erläuternder Bericht zum Entwurf des Bundesgesetzes über Geoinformation (Vernehmlassungsvorlage), 22.6.2005
- Dütschler Peter*, Kataster 2014 in der Schweiz, in: Vermessung, Photogrammetrie, Kulturtechnik 7/2002, S. 483 ff.
- EJPD, BJ*, Stellungnahmen zur Frage der Haftung im Geoinformationsgesetz, 20.9.2004 und 6.10.2004
- EJPD, BJ*, Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Bericht zum Vorentwurf, Vernehmlassungsvorlage, März 2004
- Frick Roman/Keller Mario*, Tarifierungsstrategie von Geodaten, Wegleitung für Bundesämter, 1. Entwurf, Bern 2004
- Häfelin Ulrich/Haller Walter*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001
- Häfelin Ulrich/Müller Georg*, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Zürich 2002
- Hauser Matthias*, Formen ausgelagerter Handlungseinheiten, in: René Schaffhauser/ Tomas Poledna (Hrsg.), Auslagerung und Privatisierung von staatlichen und kommunalen Einheiten: Rechtsformen und ihre Folgen, St. Gallen 2002, S. 27 ff.
- Imboden Max/Rhinow René A.*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. Auflage, Basel und Stuttgart 1976
- Kaufmann/Steudler*, CADASTRE 2014, Die Vision eines zukünftigen Katastersystems, Bern 1998
- Kettiger Daniel*, Personendatenschutz bei Geodaten? Bericht zu Handen der Arbeitsgruppe 3 im Auftrag des Bundesamtes für Landestopographie, Burgdorf 2004
- Klein Frank*, Die Rechtsfolgen des fehlerhaften verwaltungsrechtlichen Vertrags, Zürich 2003
- Lienhard Andreas*, Organisation und Steuerung der ausgelagerten Aufgabenerfüllung, AJP 2002, S. 1163 ff.
- Lienhard Andreas*, Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Public Management in der Schweiz – Analyse, Anforderungen, Impulse, Bern 2005

- Lienhard Andreas/Ladner Andreas/Steiner Reto/Balsiger Andreas/Buchser Michael/Wichtermann Jürg*, Auslagerung der Aufgabenerfüllung im Kanton Luzern, Interdisziplinäre Grundlagenstudie, KPM-Schriftenreihe Nr. 1, Bern 2003
- Rhinow René A./Krähenmann Beat*, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel und Frankfurt am Main 1990
- Simonius/Sutter*, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Basel 1995
- Steinauer Paul-Henri*, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Tercier/Amstutz/Koller/Schmid/Stöckli, Gauchs Welt, Zürich 2004
- Swisstopo/KOGIS, Gruppe SIDIS*, Informationssysteme über Rechte mit räumlichen Wirkungen, Zwischenbericht vom 3. August 2005 zuhanden der Begleitgruppe SIDIS
- Tschannen Pierre*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004
- Tschannen Pierre/Wyss Daniela*, Verfassungsgrundlagen des Bundes im Bereich der Geoinformation, Rechtsgutachten zuhanden des Bundesamts für Landestopographie (swisstopo), Bern 2004
- Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005
- Tuor/Schnyder*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, Zürich 1986

Anhang 2: Erlasse

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. April 1999 (SR 101)
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 220)
VG	Gesetz vom 26. Juni 1966 über die Haftung des Staates, der Gemeinden der öffentlich-rechtlichen Körperschaften und Anstalten und die Verantwortlichkeit der Behörden, Beamten und öffentlichen Angestellten und Arbeiter (Verantwortlichkeitsgesetz) (BGS 124.21)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
URG	Bundesgesetz vom 9. Oktober 1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG, SR 231.1)
GBV	Verordnung vom 22. Februar 1910 betreffend das Grundbuch (Grundbuchverordnung, SR 211.432.1), mit Änderung vom 11. März 2005
DSG	Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, SR 235.1)
PublG	Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, SR 170.512)