

Prof. Dr. Florent Thouvenin**Prof. Dr. Nadja Braun Binder**Professor an der Universität Zürich und
Rechtsanwalt in Zürich

Professorin an der Universität Basel

Usterstrasse 10
8001 ZürichNonnenweg 17
4055 Basel

Zürich und Basel, 19. Juli 2022

Rechtsgutachten zu den verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen für die gesetzliche Verankerung der Pflicht, dem Bund geologische Daten zur Verfügung zu stellen und zu weiteren Rechtsfragen

zuhanden von swisstopo

A.	Ausgangslage und Fragestellungen	2
B.	Daten als öffentliche Güter	3
C.	Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen	4
1.	Verfassungsvorbehalt für Bundeskompetenzen	4
2.	Implizite Bundeskompetenzen	5
3.	Verhältnis zwischen Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen	6
D.	Aufgabenbereich Landesgeologie und Umfang von Art. 28a E-GeolG	6
1.	Landesgeologie	6
2.	Art. 28a E-GeolG	7
E.	Bundeskompetenzen im Bereich der Landesgeologie	9
1.	Artikel 75 BV (Raumplanung).....	9
2.	Artikel 75a Abs. 1 und 2 BV (Vermessung)	12
3.	Artikel 122 Abs. 1 BV (Zivilrecht)	16
4.	Weitere mögliche Kompetenzgrundlagen.....	16
F.	Bergregal der Kantone	17
G.	Weitere Regelungen der BV, die Art. 28a GeolG entgegenstehen könnten.....	18
H.	Weitere Rechtsfragen	19
1.	Fragestellungen	19

2.	Berechtigung an Daten	20
3.	Formulierungsvorschlag	23
I.	Fazit	24

A. Ausgangslage und Fragestellungen

Am 19. Mai 2021 hat der Bundesrat die Vernehmlassung für Änderungen im Bundesgesetz über Geoinformation¹ eröffnet. Mit der geplanten Änderung sollen die Rechtsgrundlagen geschaffen werden, um künftig geologische Daten von Privaten den Kantonen und dem Bund für die Planung im Untergrund zur Verfügung zu stellen. Die Vernehmlassungsfrist lief bis am 20. September 2021. Innerhalb dieser Frist trafen zahlreiche Stellungnahmen ein; verschiedentlich wurde moniert, der Bund verfüge nicht über eine verfassungsrechtliche Kompetenzgrundlage zur Regelung der Pflicht, geologische Daten zur Verfügung zu stellen bzw. die Zurverfügungstellungspflicht sei auf das verfassungsrechtlich Zulässige zu beschränken.²

Das Bundesamt für Landestopografie (swisstopo) hat daraufhin das vorliegende Gutachten in Auftrag gegeben mit welchem die folgenden Fragen geklärt werden sollen³:

- (1) Kann sich der vorgesehene Art. 28a E-GeolG, insbesondere die Pflicht geologische Daten zur Verfügung zu stellen, auf genügende Gesetzgebungskompetenzen des Bundes aus der Bundesverfassung abstützen, insbesondere unter Berücksichtigung von Art. 75 BV⁴ (Raumplanung), Art. 75a Abs. 1 und 2 BV (Vermessung) und Art. 122 Abs. 1 BV (Zivilrecht)?
- (2) Steht das Bergregal der Kantone der Regelung von Art. 28a E-GeolG entgegen oder bestehen hier parallele Gesetzgebungskompetenzen?
- (3) Stehen andere Regelungen der Bundesverfassung Art. 28a E-GeolG entgegen?⁵

Im Rahmen der Vorbesprechung hat sich gezeigt, dass einige Formulierungen in der Botschaft über die Änderung des Geoinformationsgesetzes nicht überzeugen und die Verwendung des Begriffs

¹ Bundesgesetz über Geoinformation vom 5. Oktober 2007, GeolG, SR 510.62.

² Siehe die Vernehmlassungsunterlagen sowie die eingescannten Stellungnahmen unter https://fed-lex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/37/cons_1 (abgerufen am 05.07.2022).

³ Siehe Mailaustausch vom Mai 2022.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

⁵ Nach Rücksprache mit Andres Möri, swisstopo, geht es bei dieser Frage nicht um eine vertiefte grundrechtliche Prüfung (insbesondere der Zulässigkeit der Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit) bzw. Analyse der Verhältnismässigkeit, sondern um die Frage von allenfalls weiteren entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben.

«Berechtigter» in Art. 28a GeolG problematisch ist. Wir wurden deshalb beauftragt, Vorschläge für die Anpassung der Botschaft und eine alternative Formulierung von Art. 28a GeolG vorzulegen, die begrifflich besser passt.

Das vorliegende Gutachten orientiert sich im Aufbau an diesem Fragenkatalog (E.–G.). Vorangestellt werden grundsätzliche Ausführungen zur Natur von Daten als öffentliche Güter (B.), zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen (C.) und Erwägungen zum Gegenstand der Landesgeologie bzw. zum Umfang der angestrebten Regelung von Art. 28a GeolG (D.). Nachgestellt werden Ausführungen zu den Fragen, die sich aus der Formulierung von Art. 28a E-GeolG und aus dem Entwurf für die Botschaft über die Änderung des Geoinformationsgesetzes ergeben (H.). In einem abschliessenden Kapitel (I.) folgt ein Fazit.

B. Daten als öffentliche Güter

Daten sind ihrer Natur nach öffentliche Güter⁶. Kennzeichnend ist für solche Güter, dass sie gleichzeitig durch eine Vielzahl von Personen genutzt werden können, ohne dass die Nutzung durch eine Person diejenige durch eine andere beeinträchtigen würde (nicht-rivalisierende Nutzung)⁷. Das zweite Merkmal von öffentlichen Gütern besteht darin, dass Dritte nicht von der Nutzung dieser Güter ausgeschlossen werden können (nicht-ausschliessbare Nutzung)⁸. Ob auch dieses Merkmal erfüllt ist, hängt allerdings nicht von der Natur der Güter ab, sondern von den faktischen und rechtlichen Möglichkeiten zur Einschränkung der Nutzung. Bei Daten stehen drei Möglichkeiten im Vordergrund: Erstens kann über Daten faktische Kontrolle ausgeübt werden, namentlich durch deren Speicherung in proprietären Systemen und durch Verschlüsselung. Zweitens wird die faktische

⁶ Zum Begriff des öffentlichen Guts statt vieler: POSNER, RICHARD A., *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl., New York 2014, S. 402; COOTER, ROBERT/ULEN, THOMAS, *Law and Economics*, 6. Aufl., Boston, 2016, S. 40; SCHÄFER, HANS-BERND/OTT, CLAUS, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. Aufl., Berlin 2020, S. 86 f.

⁷ COOTER/ULEN (Fn. 6), S. 40; SCHÄFER/OTT (Fn. 6), S. 86. An der nicht-rivalisierenden Nutzung von Daten ändert nichts, dass der Wert von Daten für die Nutzer abnehmen kann, wenn eine Vielzahl von Personen die Daten nutzt. So ist es zwar richtig, dass der Wert von Daten über frei verfügbare Parkplätze in einer Stadt abnimmt, wenn viele Leute Zugang zu diesen Daten haben (CHENEVAL, FRANCIS, *Property rights of personal data and the financing of pensions*, CRISPP 2018, S. 1–23, S. 6). Das liegt aber nicht an der nicht-rivalisierenden Nutzung der Daten, sondern an der rivalisierenden Nutzung der Parkplätze.

⁸ COOTER/ULEN (Fn. 6), S. 40; SCHÄFER/OTT (Fn. 6), S. 86 f.

Kontrolle rechtlich abgesichert, namentlich durch den Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Drittens kann eine rein rechtliche Kontrolle durch die Gewährung von Ausschliesslichkeitsrechten an Daten erreicht werden, bspw. durch die Einführung eines «Dateneigentums»⁹.

Die Qualifikation von Daten als ihrer Natur nach öffentliche Güter ist bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit einer Zurverfügungstellungspflicht von zentraler Bedeutung.¹⁰

C. Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen

1. Verfassungsvorbehalt für Bundeskompetenzen

Gemäss Art. 3 BV üben die Kantone alle Rechte aus, welche nicht dem Bund übertragen sind. Damit wird ein «Verfassungsvorbehalt für Bundeskompetenzen»¹¹ formuliert. Die Art. 42 und 43 BV verankern sodann, wie die Aufgabenverteilung im Bundesstaat erfolgt. Demnach erfüllt der Bund diejenigen Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist (Art. 42 BV); im Übrigen bleiben die Kantone zuständig (originäre Zuständigkeit) und bestimmen dabei selbst, welche Aufgaben sie im Rahmen ihrer Zuständigkeiten erfüllen (Art. 43 BV).¹²

Entsprechend dem System von Art. 3 und 42 BV werden in der Bundesverfassung die Bundeskompetenzen aufgezählt und nicht diejenigen der Kantone. Der Bund ist damit *zuständig, wenn die Bundesverfassung ihn dazu ermächtigt*; fehlt eine solche Ermächtigung, liegt die Zuständigkeit bei den Kantonen.¹³ Die Bundesverfassung enthält zudem verschiedentlich kantonale Kompetenzen; etwa, wenn damit eine Ausnahme von einer umfassenden Bundeskompetenz statuiert werden soll

⁹ Siehe zum Ganzen: THOUVENIN, FLORENT/WEBER, ROLF H./FRÜH, ALFRED, Elemente einer Datenpolitik, Zürich 2019, 9.

¹⁰ Siehe Kap. E. 2 und G.

¹¹ SCHWEIZER, RAINER J., in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen bzw. Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 3 BV Rz. 10.

¹² Siehe zum Ganzen statt vieler: HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1049 ff.

¹³ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 1052.

oder wenn die Kantone zu Einschränkungen von bundesrechtlich garantierten Freiheitsrechten ermächtigt werden.¹⁴ In der Bundesverfassung enthaltene Kompetenznormen zugunsten der Kantone haben meist lediglich deklaratorische Wirkung.¹⁵

Für jede Zuweisung einer Bundeskompetenz in der Bundesverfassung ist der Umfang individuell zu ermitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 3 BV *keine Kompetenzvermutung zugunsten der Kantone* enthält.¹⁶ Die in der Verfassung verankerten Bundeskompetenzen sind aus den entsprechenden Bestimmungen mittels der allgemeinen *Grundsätze der Verfassungsauslegung* zu ermitteln. Diese entsprechen im Grundsatz den Regeln zur Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsrecht, es sind aber gewisse Besonderheiten zu berücksichtigen.¹⁷ Dazu zählt z. B., dass für Formulierungen auf Verfassungsstufe regelmässig eine allgemein verständliche Sprache verwendet wird, was bisweilen zu Lasten der Präzision gehen kann.¹⁸ Ausserdem kann mit Blick auf die aktuell geltende Bundesverfassung im Grundsatz davon ausgegangen werden, dass es bei der Totalrevision 1999 darum ging, das bis dahin geltende Verfassungsrecht formal und systematisch möglichst klar festzuhalten. Bei der Auslegung der geltenden BV kann daher grundsätzlich an die *Praxis zu den entsprechenden Artikeln der alten BV* angeknüpft werden.¹⁹

2. Implizite Bundeskompetenzen

Mittels Verfassungsauslegung können unter Umständen *implizite (stillschweigende) Bundeskompetenzen* eruiert werden. Die mit der Nachführung der BV verbundene Zielsetzung, bislang ungeschriebenes Verfassungsrecht ausdrücklich zu verankern, führt allerdings dazu, dass eine implizite Bundeskompetenz nur anzunehmen ist, wenn sie besonders begründet werden kann.²⁰ Dies trifft namentlich dann zu, wenn einer konkreten Verfassungsnorm eine weitere Zuständigkeit entnommen werden kann, als der Wortlaut vermuten lässt. Dies kann etwa bei *finalen Normen* vorkommen, wenn mittels Auslegung eruiert wird, dass der Bund alle zur Zielerreichung geeigneten und

¹⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 1055.

¹⁵ MARTENET, VINCENT, in: Martenet, Vincent/Dubey, Jacques (Hrsg.), *Constitution fédérale, commentaire romand*, Basel 2021, Art. 3 BV Rz. 22; SCHWEIZER (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 15.

¹⁶ SCHWEIZER (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 10.

¹⁷ Ausführlich: BIAGGINI, GIOVANNI, *Verfassungsauslegung*, in: Diggelmann, Oliver/Hertig Randall, Maya/Schindler, Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2020, Bd. 1, S. 235–263; siehe für den vorliegenden Kontext auch HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 75 ff.

¹⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 77.

¹⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 78.

²⁰ SCHWEIZER (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 11. Siehe auch MARTENET (Fn. 15), Art. 3 BV Rz. 18 f.

erforderlichen Mittel ergreifen kann (Zuständigkeit kraft Sachzusammenhang).²¹ Denkbar ist ferner, dass sich der Umfang bei *parallelen Kompetenzen* aus dem Gewohnheitsrecht herleiten lässt (Zuständigkeit kraft Gewohnheitsrecht).²²

3. Verhältnis zwischen Bundeskompetenzen und kantonalen Kompetenzen

Typischerweise sind die Kompetenzen nicht so ausgestaltet, dass dem Bund eine ausschliessliche Kompetenz zukommt. *Ausschliessliche Bundeskompetenzen* sind lediglich dort vorgesehen, wo nur eine einheitliche Regelung oder Tätigkeit sinnvoll ist, wie bspw. beim Geld- und Währungswesen (Art. 99 BV).²³ Den Regelfall bilden dagegen konkurrierende oder parallele Kompetenzen von Bund und Kantonen. Bei *konkurrierenden Kompetenzen* bleiben die Kantone zuständig, bis und soweit der Bund von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat; bei *parallelen Kompetenzen* sind Bund und Kantone gleichzeitig und unabhängig voneinander ermächtigt, auf einem bestimmten Sachgebiet tätig zu sein.²⁴

D. Aufgabenbereich Landesgeologie und Umfang von Art. 28a E-GeolG

1. Landesgeologie

Im vierten Kapitel des GeolG (Art. 27 f.) werden die Aufgaben der Landesgeologie geregelt. Die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben werden in der Landesgeologieverordnung²⁵ konkretisiert. Gemäss Art. 27 Abs. 1 GeolG stellt die Landesgeologie geologische Daten und Informationen für die Bundesverwaltung und für Dritte zur Verfügung. Unter geologischen Informationen werden «Daten und Informationen über den geologischen Untergrund, insbesondere über den Aufbau, die Beschaffenheit und die Eigenschaften, die frühere und aktuelle Nutzung, den wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Wert sowie über frühere, aktuelle und potenzielle geologische Prozesse» verstanden (Art. 2 Bst. a LGeolV). Mit geologischem Untergrund ist der «Teil der Erde

²¹ SCHWEIZER (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 12.

²² SCHWEIZER (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 12. Im Resultat ebenso, allerdings zurückhaltender MARTENET (Fn. 15), Art. 3 BV Rz. 18.

²³ MARTENET (Fn. 15), Art. 3 BV Rz. 48 f.; SCHWEIZER, (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 17.

²⁴ MARTENET (Fn. 15), Art. 3 BV Rz. 51 ff. und 55 ff.; SCHWEIZER (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 18 f.

²⁵ Verordnung über die Landesgeologie vom 21. Mai 2008, LGeolV, SR 510.624.

und ihrer Inhaltsstoffe (insbesondere Steine und Erden, Erze, Mineralien, Erdöl, Erdgas, Grundwasser, Erdwärme), der sich durch die Erdoberfläche von der Atmosphäre und den Oberflächengewässern abgrenzt» gemeint (Art. 2 Bst. b LGeolV).

In räumlicher Hinsicht deckt die Landesgeologie das ganze Gebiet der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Art. 28 Abs. 1 GeolG) und, soweit notwendig, das grenznahe Ausland (Art. 28 Abs. 2 GeolG) ab. Art. 27 Abs. 2 GeolG enthält eine nicht abschliessende Aufzählung der Aufgaben der Landesgeologie. Dazu zählen die geologische Landesaufnahme (Bst. a), das Bereitstellen geologischer Daten von nationalem Interesse (Bst. b), die Beratung und Unterstützung der Bundesverwaltung in geologischen Fragen (Bst. c), die Archivierung geologischer Daten (Bst. d) sowie die Koordination der geologischen Aktivitäten auf Bundesebene (Bst. e).

Die Landesgeologie wurde u. a. deshalb im GeolG verankert, weil viele der von der Landesgeologie erhobenen und bewirtschafteten Daten einen Raumbezug aufweisen und damit als Geodaten bzw. Geobasisdaten i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Bst. a und c GeolG eingeordnet werden können.²⁶ Gemäss Bundesrat führten 2006 der «wachsende Nutzungsdruck auf den geologischen Untergrund sowie die gegenwärtigen Entwicklungen der Technologie und der Telematik» zur Erwartung, dass sich die Vermessung vermehrt auch mit dem räumlichen Bereich befasst, der unter der Erdoberfläche liegt.²⁷ Damit hat der Bundesrat implizit zum Ausdruck gebracht, dass sich die Bestimmungen über die Aufgaben des Bundes im Bereich der Landesgeologie, ebenso wie jene zur Landesvermessung und zur amtlichen Vermessung, insbesondere auf Art. 75a BV stützen.²⁸

2. Art. 28a E-GeolG

Mit Art. 28a E-GeolG²⁹ soll eine formell-gesetzliche Grundlage für die Zurverfügungstellung geologischer Daten durch Private geschaffen werden. Die Bezeichnung der neuen Bestimmung mit «Bereitstellung geologischer Daten» wirkt etwas missverständlich, denn es geht bei dieser neuen Norm nicht um die Regelung der Bereitstellung von geologischen Daten durch die Landestopografie. Diese Aufgabe ist in grundsätzlicher Hinsicht bereits in Art. 27 Abs. 1 GeolG verankert und wird

²⁶ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über Geoinformation vom 6. September 2006, BBl 2006 7817, 7827.

²⁷ Botschaft GeolG (Fn. 26), 7827.

²⁸ Siehe dazu auch Botschaft GeolG (Fn. 26), 7827 und 7865.

²⁹ Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Formulierungen in der Vernehmlassungsvorlage vom 19. Mai 2021 (Fn. 2.).

in Art. 5 Abs. 1 LGeolV präzisiert. Vielmehr geht es in Art. 28a E-GeolG um die Regelung einer Zurverfügungstellungspflicht von geologischen Daten durch Private zuhanden von Bund und Kantonen.

Gemäss Art. 28a Abs. 1 GeolG müssen die an primären geologischen Daten oder prozessierten primären geologischen Daten berechtigten Personen diese Daten dem Bund und den Kantonen zur Verfügung stellen. Als *geologische Daten* gelten gemäss dem Revisionsentwurf «Daten über den geologischen Untergrund, insbesondere über den Aufbau, die Beschaffenheit und die Eigenschaften, die frühere und aktuelle Nutzung, den wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Wert sowie über frühere, aktuelle und potenzielle geologische Prozesse» (Art. 3 Abs. 1 Bst. k E-GeolG).³⁰ Unter primären geologischen Daten werden «Messdaten, Aufnahmen, Dokumentationen und direkte Beschreibungen geologischer Eigenschaften verstanden» (Art. 3 Abs. 1 Bst. l E-GeolG); prozessierte primäre geologische Daten sind «primäre geologische Daten, die im Hinblick auf eine Interpretation aufbereitet wurden» (Art. 3 Abs. 1 Bst. m E-GeolG).

Art. 28a Abs. 2 E-GeolG verankert den Grundsatz der Kostenlosigkeit der Zurverfügungstellung von primären geologischen Daten und hält fest, dass die Zurverfügungstellung von prozessierten primären geologischer Daten von Bund und Kantonen entschädigt wird. Abs. 3 ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsvorschriften.

Die mit Art. 28a E-GeolG geschaffene Zurverfügungstellungspflicht ist gemäss erläuterndem Bericht zur Vernehmlassungsvorlage als Holschuld des Kantons bzw. des Bundes ausgestaltet und bezieht sich nur auf bereits vorhandene Daten.³¹ Es soll damit keine Verpflichtung zur Gewinnung zusätzlicher Daten verankert werden. Die Pflicht richtet sich an Private.³²

³⁰ Mit dieser Formulierung wird der beinahe identische Gehalt von Art. 2 Bst. a LGeolV auf Gesetzesstufe verankert. Im Unterschied zur Formulierung auf Verordnungsstufe spricht die Definition im E-GeolG nur noch von «Daten» anstelle von «Daten und Informationen». Damit scheint allerdings keine inhaltliche Änderung verbunden zu sein; siehe den erläuternden Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 19. Mai 2021 (Fn. 2), S. 9.

³¹ Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 19. Mai 2021 (Fn. 2), S. 10.

³² Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 19. Mai 2021 (Fn. 2), S. 10. Unklar bleibt, inwiefern die Pflicht auch Private betrifft, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Da diese Frage für das vorliegende Gutachten von untergeordneter Bedeutung ist, wird nicht weiter darauf eingegangen.

E. Bundeskompetenzen im Bereich der Landesgeologie

Im Folgenden werden die Kompetenzen des Bundes in den Bereichen der Raumplanung, der Vermessung sowie des Zivilrechts analysiert. Sodann wird auf weitere in Frage kommende Kompetenzgrundlagen eingegangen.

1. Artikel 75 BV (Raumplanung)

Gemäss Art. 75 Abs. 1 BV obliegt die Raumplanung den Kantonen (Satz 2); der Bund legt aber die Grundsätze fest (Satz 1). Der Bund verfügt damit im Bereich der Raumplanung über eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz; die Umsetzung der Ziele und Grundsätze des Bundesrechts obliegt den Kantonen.³³ Art 75 Abs. 2 BV erweitert die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes nicht³⁴ und wird deshalb im Folgenden nicht weiter behandelt.

Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Raumplanung bedeutet, dass dieser nur eine beschränkte Regelungsbefugnis hat. Er darf im Bereich der Raumplanung keine abschliessenden Regelungen treffen, sondern muss den Kantonen Regelungsspielräume belassen.³⁵ Das schliesst nach GRIFFEL aber nicht aus, dass der Bund unter Umständen einzelne Fragen oder Teilbereiche «dicht, abschliessend und unmittelbar anwendbar» regelt.³⁶ Dies kann allerdings nur in Frage kommen, wenn es aus Sicht des Gesetzgebers «zur Erreichung des Verfassungsziels geeignet und erforderlich ist».³⁷ Regelungsdichte und Regelungsgegenstand können im Rahmen einer Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Laufe der Zeit ändern; sie haben sich aber stets am Verfassungsziel, das unverändert bleibt, auszurichten. In prozeduraler Hinsicht postuliert GRIFFEL eine Begründungspflicht des Bundesgesetzgebers. Zu begründen sei insbesondere, weshalb eine

³³ GRIFFEL, ALAIN, Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz gemäss Art. 75 Abs. 1 BV: Tragweite und Grenzen, Rechtsgutachten vom 20. Februar 2017 zuhanden des Bundesamtes für Raumentwicklung, abrufbar unter https://www.are.admin.ch/dam/are/de/dokumente/recht/dokumente/bericht/die-grundsatzgesetzgebungskompetenz-gemass-art-75-abs-1-bv-tragweite-und-grenzen.pdf.download.pdf/Gutachten_Grundsatzgesetzgebung_final.pdf (abgerufen am 06.07.2022); HAAG, STEPHAN, in: Martenet, Vincent/Dubey, Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, commentaire romand, Basel 2021, Art. 75 BV Rz. 30; RUCH, ALEXANDER, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen bzw. Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 75 BV Rz. 27 und 34.

³⁴ GRIFFEL (Fn. 33), S. 20.

³⁵ HAAG (Fn. 33), Art. 75 BV Rz. 33; RUCH (Fn. 33), Art. 75 BV Rz. 31.

³⁶ GRIFFEL (Fn. 33), S. 4.

³⁷ GRIFFEL (Fn. 33), S. 34.

neue Regelung in Bezug auf ihre Intensität und hinsichtlich der Wahl der Instrumente erforderlich ist, um die Ziele von Art. 75 Abs. 1 BV zu erreichen.³⁸

Die Ziele der Raumplanung kommen in Art. 75 Abs. 1 Satz 2, 2. Teil BV zum Ausdruck. Dementsprechend dient die Raumplanung «der zweckmässigen und haushälterischen Nutzung des Bodens und der geordneten Besiedlung des Landes». Diese Ziele werden auf Bundesebene im Raumplanungsgesetz³⁹ und in der Raumplanungsverordnung⁴⁰ konkretisiert.

Obwohl bislang noch keine gesetzliche Konkretisierung vorliegt, ist in der Lehre unwidersprochen anerkannt, dass der Untergrund zum Begriff des Raumes zählt und damit von der Regelungskompetenz des Bundes im Bereich der Raumplanung erfasst ist.⁴¹ Der Bundesgesetzgeber ist im Rahmen seiner Grundsatzgesetzgebungskompetenz also befugt, Regelungen betreffend den Untergrund zu erlassen, soweit diese geeignet und erforderlich sind, um die Ziele von Art. 75 Abs. 1 BV zu erreichen. Gemäss GRIFFEL stehen dabei die Koordination verschiedener Nutzungsbedürfnisse und die Vermeidung raumrelevanter Nutzungskonflikte im Vordergrund.⁴² Auch für Bundesrat und Bundesversammlung ist die Erfassung des Untergrundes von der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Art. 75 Abs. 1 BV unbestritten. Entsprechend hat der Bundesrat dem Parlament im Rahmen der zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes einen Entwurf unterbreitet, in welchem u. a. Art. 3 RPG um einen Absatz 5 ergänzt werden soll, wonach die «Nutzungen des Untergrundes, insbesondere die Nutzungen von Grundwasser, Rohstoffen, Energie und baulich nutzbaren Räumen» frühzeitig aufeinander und auf die oberirdischen Nutzungen sowie die entgegenstehenden Interessen abzustimmen sind.⁴³ Die Terminologie im geplanten Art. 3 Abs. 5 RPG («Untergrund») stimmt nicht exakt mit jener in der LGeoIV («geologischer Untergrund») überein, ist aber in weiten Teilen inhaltlich deckungsgleich. Während der Untergrund i. S. des geplanten Art. 3 Abs. 5 RPG den gesamten Bereich unterhalb der Erdoberfläche mitsamt seinen Inhaltsstoffen

³⁸ GRIFFEL (Fn. 33), S. 37.

³⁹ Bundesgesetz über die Raumplanung vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700.0.

⁴⁰ Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, RPV, SR 700.1.

⁴¹ GRIFFEL, ALAIN, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 1. Aufl., Basel 2015, Art. 75 BV Rz. 17; GRIFFEL (Fn. 33), S. 59; HAAG (Fn. 33), Art. 75 BV Rz. 24; RAUCH (Fn. 33), Art. 75 BV Rz. 17.

⁴² GRIFFEL (Fn. 33), S. 60.

⁴³ BBl 2018 7499. Der Ständerat hat diese Formulierung am 16. Juni 2022 unverändert angenommen; siehe Fahne Sommersession Schlussabstimmung Ständerat zu 18.077 Raumplanungsgesetz. Teilrevision. 2. Etappe, abrufbar unter <https://www.parlament.ch/centers/e-parl/curia/2018/20180077/S22%20D.pdf> (abgerufen am 08.07.2022).

und physikalischen Eigenschaften meint⁴⁴, wird der geologische Untergrund in Art. 2 Bst. b LGeoIV als «Teil der Erde und ihrer Inhaltsstoffe (insbesondere Steine und Erden, Erze, Mineralien, Erdöl, Erdgas, Grundwasser, Erdwärme), der sich durch die Erdoberfläche von der Atmosphäre und den Oberflächengewässern abgrenzt» definiert. Der geologische Untergrund erscheint damit als grosser Teilbereich des Untergrundes und ist insofern fraglos von der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Art. 75 Abs. 1 BV erfasst.

Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Grundsatzgesetzgebungskompetenz von Art. 75 Abs. 1 BV auch eine Grundlage für die geplante Zurverfügungstellungspflicht in Art. 28a E-GeoIG bilden kann. Gegen die Abstützung der geplanten Regelung in Art. 28a E-GeoIG auf Art. 75 BV spricht zunächst, dass von Art. 28a E-GeoIG auch Daten erfasst werden, die nicht der Raumplanung dienen. Dagegen spricht auch, dass Art. 28a E-GeoIG eine konkrete, abschliessende und unmittelbar anwendbare Regelung enthält und sich nicht auf die Festlegung von Grundsätzen beschränkt. Die Grundsatzgesetzgebungskompetenz reicht aber nicht aus, um Privaten ganz konkrete Pflichten aufzuerlegen; diese Kompetenz verbleibt im Bereich der Raumplanung bei den Kantonen. In diesem Sinne haben der Bundesrat und das Parlament mit der aktuell geplanten Ergänzung von Art. 3 Abs. 5 RPG hinsichtlich des Untergrundes einen Grundsatz formuliert (frühzeitige Abstimmung der Nutzung des Untergrundes aufeinander, auf die oberirdische Nutzung und auf entgegenstehende Interessen). Die Konkretisierung obliegt den Kantonen. Folgt man der Ansicht von GRIFFEL ist ganz ausnahmsweise, – wenn es schlicht nicht anders möglich ist, das betreffende Verfassungsziel zu erreichen –, auf Bundesebene eine detailliertere Regelung in Abstützung auf eine Grundsatzgesetzgebungskompetenz denkbar. Im vorliegenden Zusammenhang besteht diese Ausnahmesituation allerdings nicht. Die zweckmässige und haushälterische Nutzung des Bodens (mitsamt dem Untergrund) und eine geordnete Besiedlung des Landes mögen zwar auf geologische Daten angewiesen sein; es ist aber nicht zwingend notwendig, dass der Bund hierfür eine Zurverfügungstellungspflicht für Private verankert. Er könnte vielmehr im Sinne eines Grundsatzes vorgeben, dass die entsprechenden Daten von den mit der Raumplanung befassten Stellen zu berücksichtigen sind. Die Kantone müssten dann zwar sicherstellen, dass die notwendigen Daten vorhanden sind, bei der Umsetzung stünde ihnen aber Spielraum zu. Namentlich könnten sie selbst entscheiden, wie sie sicherstellen, dass sie die erforderlichen Daten nutzen können.

⁴⁴ Botschaft des Bundesrates zur zweiten Etappe der Teilrevision des Raumplanungsgesetzes vom 31. Oktober 2018, BBl 2018 7443, 7461, 7463. Siehe zur unterschiedlichen Terminologie auch RUCH, ALEXANDER, Nutzung des Untergrundes: Raumplanerische und umweltrechtliche Aspekte, Sicherheit & Recht 2022, S. 25–39, 28.

Obwohl der Untergrund Gegenstand der Raumplanung sein kann, kann eine gesetzliche Grundlage für eine allgemeine Zurverfügungstellungspflicht für geologische Daten nicht auf die Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Raumplanung abgestützt werden.

2. Artikel 75a Abs. 1 und 2 BV (Vermessung)

Art. 75a BV wurde im Rahmen des neuen Finanzausgleichs (NFA) in der BV ergänzt, um eine klare Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Vermessung zu schaffen.⁴⁵ Mit dieser Bestimmung soll sichergestellt werden, dass raumbezogene Daten nach einheitlichen Massstäben erhoben und jederzeit verfügbar gemacht werden.⁴⁶

Art. 75a Abs. 1 BV betrifft die *Landesvermessung* und verankert diesbezüglich eine *umfassende Gesetzgebungskompetenz* des Bundes («Die Landesvermessung ist Sache des Bundes»)⁴⁷. Das bedeutet, dass der Bund ermächtigt ist, den von Art. 75a Abs. 1 BV erfassten Sachbereich vollständig und abschliessend zu regeln.⁴⁸ Allerdings wird unterschiedlich beurteilt, ob diese Kompetenz im Verhältnis zu den kantonalen Kompetenzen ursprünglich derogatorisch⁴⁹ oder nachträglich derogatorisch wirkt⁵⁰. Ersteres bedeutet, dass die Kantone zuständig bleiben, solange der Bund die ihm zugewiesene Kompetenz nicht nutzt⁵¹; letzteres bezeichnet die Ausnahmesituation, in welcher jede kantonale Kompetenz im betreffenden Sachgebiet mit der Aufnahme der kompetenzbegründenden Norm in die Bundesverfassung untergeht⁵². Da im Kontext des vorliegenden Gutachtens nicht zu prüfen ist, welche Zuständigkeiten mit der Einführung von Art. 75a BV allenfalls (vorüber-

⁴⁵ Siehe Botschaft des Bundesrates zur Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgaben zwischen Bund und Kantonen (NFA) vom 14. November 2002, BBl 2001 2291.

⁴⁶ RUCH (Fn. 33), Art. 75a BV Rz. 6.

⁴⁷ HOFFMANN, KRISTIN/GRIFFEL, ALAIN, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 1. Aufl., Basel 2015, Art. 75a BV Rz. 6.

⁴⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 1084.

⁴⁹ Siehe Botschaft NFA I (Fn. 45), S. 2421. HOFFMANN/GRIFFEL (Fn. 47), Art. 75a BV Rz. 6 lassen die Frage offen.

⁵⁰ So BESSE, MARC-OLIVIER, in: Martenet, Vincent/Dubey, Jacques (Hrsg.), Constitution fédérale, commentaire romand, Basel 2021, Art. 75a BV Rz. 9; SCHWEIZER (Fn. 11), Art. 3 BV Rz. 15 BIAGGINI, GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 75a BV Rz. 3; RUCH (Fn. 33), Art. 75a BV Rz. 11.

⁵¹ HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 1092.

⁵² HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 12), Rz. 1097.

gehend) noch bei den Kantonen verblieben sind, sondern nur die Frage zu klären ist, ob und inwieweit Art. 75a BV eine Kompetenzgrundlage für Art. 28a E-GeolG darstellt, kann offenbleiben, ob Abs. 1 eine ursprünglich oder nachträglich derogatorische Wirkung zukommt.

Ob und inwieweit die Landesvermessung auch geologische Daten erfasst, ist in erster Linie gestützt auf eine Auslegung von Art. 75a Abs. 1 BV zu ermitteln. Die Konkretisierungen im GeolG mögen hilfreiche Indizien liefern⁵³; massgebend ist allerdings der von Art. 75a Abs. 1 BV umfasste Gehalt, der mithilfe der Verfassungsklausel zu ermitteln ist. Gemäss Botschaft des Bundesrates umfasst die Landesvermessung drei Aspekte⁵⁴:

- Die *geodätische Landesvermessung* «legt für die ganze Schweiz ein einheitliches Koordinaten- und Höhensystem fest, unterhält es laufend und stellt es der Allgemeinheit zur Verfügung».
- Die *topografische Landesvermessung* ist die «Vermessung von Form und Bodenbedeckung der Erdoberfläche in der Schweiz und des angrenzenden Auslands».
- Das *Landeskartenwerk*, das in der Schweiz «Karten in den Massstäben von 1:25 000, 1:50 000; 1:100 000; 1:200 000; 1:500 000 und 1:1 000 000» umfasst.

Ausserdem bildet Art. 75a Abs. 1 BV die Grundlage «für alle weiteren geografischen und topografischen Informationen in der Schweiz».⁵⁵ Ferner gehört auch die nationale und internationale Koordination der Vermessungsgrundlagen zu den Aufgaben der Landesvermessung.⁵⁶

Art. 75a Abs. 2 BV verankert für den Bereich der amtlichen Vermessung eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz («Der Bund erlässt Vorschriften über die amtliche Vermessung»)⁵⁷. Das bedeutet, dass die Kantone zuständig bleiben, soweit der Bund nicht von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat.⁵⁸ Die amtliche Vermessung (früher: Grundbuchvermessung) basiert auf den Daten

⁵³ Die Kommentarliteratur zu Art. 75a Abs. 1 BV (siehe Fn. 47 und 50) stützt sich denn auch stark auf die Konkretisierung in den Art. 22–26 GeolG.

⁵⁴ Botschaft NFA I (Fn. 45), S. 2424, Fn. 75.

⁵⁵ Botschaft NFA I (Fn. 45), S. 2468.

⁵⁶ Botschaft NFA I (Fn. 45), S. 2468.

⁵⁷ BIAGGINI (Fn. 50), Art. 75a BV Rz. 5.

⁵⁸ Siehe Kap. C. 3.

der Landesvermessung⁵⁹ und umfasst im Wesentlichen die Vermessung von Grund und Boden (Grundstücksgrenzen) und das Nachführen der Daten.⁶⁰

Fraglich ist, ob geologische Daten als Vermessungsdaten i. S. von Art. 75a Abs. 1 oder Abs. 2 qualifiziert werden können. Die Frage lässt sich grundsätzlich bejahen.⁶¹ Inhalt und Umfang der Landesvermessung und der amtlichen Vermessung werden von Art. 75a Abs. 1 und 2 BV nicht auf die Erdoberfläche beschränkt. Entsprechend hat der Bundesgesetzgeber – zumindest implizit – bereits bei der Verankerung der Landesgeologie im GeolG darauf abgestellt, dass viele der von der Landesgeologie erhobenen und bewirtschafteten Daten aufgrund ihres Raumbezugs als Geodaten bzw. Geobasisdaten i. S. v. Art. 3 Abs. 1 Bst. a und c GeolG einzuordnen sind und entsprechend auf die Kompetenzgrundlage von Art. 75a BV gestützt werden können.⁶² Geologische Daten können damit durchaus als Vermessungsdaten verstanden werden. Allerdings können geologische Daten nur insoweit unter Art. 75a Abs. 1 und 2 BV subsumiert werden, als sie der Landes- oder amtlichen Vermessung dienen.⁶³

In der Formulierung von Art. 28a E-GeolG zum Zeitpunkt der Vernehmlassung⁶⁴ bezieht sich die Zurverfügungstellungspflicht auf «primäre geologische Daten» und auf «prozessierte primäre geologische Daten». Zwar enthält die Vernehmlassungsvorlage hierzu jeweils Legaldefinitionen (Art. 3 Bst. k–m E-GeolG).⁶⁵ Dennoch lassen es diese Formulierungen zu, darunter auch Daten zu fassen, die nicht der Landes- oder amtlichen Vermessung dienen.⁶⁵ Es wird deshalb empfohlen, in der Formulierung in Art. 28a E-GeolG zu präzisieren, dass sich die Pflicht auf für die Landesvermessung bzw. die amtliche Vermessung notwendige Daten bezieht.

Soweit die Zurverfügungstellungspflicht für geologische Daten zu Zwecken der Landes- bzw. amtlichen Vermessung erfolgt, kann sie sich damit auf die Kompetenzgrundlage von Art. 75a BV stützen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5

⁵⁹ Botschaft NFA I (Fn. 45), S. 2468.

⁶⁰ RUCH (Fn. 33), Art. 75a BV Rz. 15.

⁶¹ So auch HUSER, MEINRAD, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes, AJP 2010, S. 143 – 157, 149 («Denkbar ist auch, die geologischen Daten als Vermessungsdaten zu betrachten.»).

⁶² Siehe Kap. D. 1.

⁶³ Siehe Vernehmlassungsvorlage vom 19. Mai 2021 (Fn. 2).

⁶⁴ Siehe Kap. D. 2.

⁶⁵ Aufgrund der Formulierung in der Botschaft GeolG (Fn. 26), 7827 («Eine grosse Zahl der von der Landesgeologie erhobenen und bewirtschafteten Daten haben aber einen Raumbezug und stellen somit definitionsgemäss Geobasisdaten dar») wird davon ausgegangen, dass nicht alle geologischen Daten einen Bezug zur Landes- oder amtlichen Vermessung haben.

Abs. 2 BV) zu wahren ist. Dieser Grundsatz gilt für alles staatliche Handeln, einschliesslich der Gesetzgebungstätigkeit⁶⁶, und verlangt, dass die geplante Regelung *geeignet* und *erforderlich* ist, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel – hier die Landesvermessung bzw. die amtliche Vermessung – sicherzustellen.⁶⁷ Ferner muss die geplante Regelung für die Regelungsadressaten (hier diejenigen Privaten, die zur Zurverfügungstellung von Daten verpflichtet werden sollen) *zumutbar* sein.⁶⁸

Im Zusammenhang mit Art. 28a E-GeolG steht ausserdem die Vereinbarkeit der geplanten Regelung mit der Wirtschaftsfreiheit in Frage. Diesfalls stützt sich die Prüfung der Verhältnismässigkeit der geplanten Regelung auf Art. 36 Abs. 3 BV, wobei der Schutzbedürftigkeit der grundrechtlich geschützten Positionen besonders Rechnung zu tragen ist.⁶⁹

Eine detaillierte Beurteilung der Frage, welche geologischen Daten zur Verfolgung der Ziele der Landes- bzw. amtlichen Vermessung geeignet und auch erforderlich sind, würde den Umfang dieses Gutachtens sprengen. In allgemeiner Weise kann darauf hingewiesen werden, dass insbesondere die Erforderlichkeit wohl nicht für alle geologischen Daten ohne Weiteres klar ist. Es wird deshalb empfohlen, in der Botschaft entsprechende Erläuterungen einzufügen. Dabei kann als Argument zugunsten der Erforderlichkeit auch in Erwägung gezogen werden, dass eine Datenerhebung durch die öffentliche Hand mit erheblichen Kosten verbunden wäre und eine doppelte Erhebung in Konstellationen, in denen Daten bereits vorhanden sind, nicht als milderer Mittel gegenüber einer Zurverfügungstellungspflicht durch Private einzustufen ist.

Bei der Zumutbarkeit spielt die Qualifikation von Daten als öffentliche Güter eine Rolle (siehe Kap. B). Die Nutzung der geologischen Daten durch die verpflichteten Privaten wird durch die Zurverfügungstellung in keiner Weise eingeschränkt. Eine Pflicht zur Zurverfügungstellung von Daten greift daher in recht geringem Mass in die Wirtschaftsfreiheit ein. Eine solche Pflicht erscheint deshalb namentlich dann sinnvoll, wenn die Erstellung der Daten mit hohen Kosten verbunden ist, die Daten von Dritten aber zu geringen Kosten zur Verfügung gestellt werden können. Dies ist bei geologischen Daten der Fall.

⁶⁶ SCHINDLER, BENJAMIN, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen bzw. Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 5 BV Rz. 49.

⁶⁷ HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 522 ff.

⁶⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 67), Rz. 555.

⁶⁹ Siehe statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 67), Rz. 517.

3. Artikel 122 Abs. 1 BV (Zivilrecht)

Art. 122 Abs. 1 BV verankert für den Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts eine umfassende, nachträglich derogatorische Gesetzgebungskompetenz des Bundes.⁷⁰ Auf diese Kompetenz lassen sich Regelungen abstützen, «wenn sie die Voraussetzungen privatautonomer Rechtsgestaltung umschreiben, herkömmlicherweise mit der Privatrechtskodifikation zusammenhängen und typisch privatrechtliche Ziele verfolgen.»⁷¹ Die mit Art. 28a E-GeolG beabsichtigte Verpflichtung Privater, dem Staat auf Nachfrage Daten zur Verfügung zu stellen, kann nicht als privatrechtlich qualifiziert werden.⁷² Es geht dabei nicht um die privatautonome Rechtsgestaltung, es handelt sich nicht um eine Pflicht, die herkömmlicherweise mit Privatrecht zusammenhängt und es werden auch keine privatrechtlichen Ziele verfolgt. Vielmehr handelt es sich um eine Pflicht, die Privaten durch das öffentliche Recht auferlegt wird. Die Kompetenz für die Regelung dieser Frage kann deshalb nicht auf Art. 122 Abs. 1 BV gestützt werden.

Vor Inkrafttreten von Art. 75a BV beteiligte sich der Bund an der amtlichen Vermessung unter Abstützung auf seine Zivilrechtskompetenz.⁷³ Als Kompetenzgrundlage für die amtliche Vermessung ist nunmehr aber ausschliesslich auf Art. 75a BV abzustellen; Art. 122 Abs. 1 BV kommt auch in dieser Hinsicht keine eigenständige Bedeutung als potenzielle Kompetenzgrundlage für Art. 28a E-GeolG zu.

4. Weitere mögliche Kompetenzgrundlagen

Der Bund verfügt über verschiedene Kompetenzen für Infrastrukturanlagen im Untergrund. So etwa im Bereich des Militärs (Art. 60 Abs. 1 BV), der Eisenbahn (Art 81 f. BV), der Nationalstrassen (Art. 83 BV), der Kernenergie (Art. 90 BV), der Stromleitungen (Art. 91 BV) und der Rohrleitungen

⁷⁰ BIAGGINI (Fn. 50), Art. 122 BV Rz. 2; LEUENBERGER, CHRISTOPH, in: Ehrenzeller, Bernhard/Schindler, Benjamin/Schweizer, Rainer J./Vallender, Klaus A. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen bzw. Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 122 BV Rz. 4.

⁷¹ Siehe Botschaft des Bundesrates über bodenrechtliche Sofortmassnahmen im Siedlungsbereich vom 16. August 1989, BBl 1989 III 169, S. 218; siehe auch BIAGGINI (Fn. 50), Art. 122 BV Rz. 3.

⁷² Siehe zu den verschiedenen in Rechtsprechung und Lehre entwickelten Theorien für eine Abgrenzung zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht nur LEUENBERGER (Fn. 70) Art. 122 BV Rz. 9. Das mit Art. 28a E-GeolG beabsichtigte Verhältnis kann nach keiner dieser Theorien als privatrechtlich eingestuft werden.

⁷³ Siehe BIAGGINI (Fn. 50), Art. 75a Rz. 5; HOFFMANN/GRIFFEL (Fn. 47), Art. 75a BV Rz. 9; RUCH (Fn. 33), Art. 75a BV Rz. 1. Siehe auch Art. 950 ZGB.

(Art. 91 BV).⁷⁴ In diesen Bereichen verfügt der Bund über eine umfassende Gesetzgebungskompetenz.⁷⁵ Gestützt auf diese Kompetenzen liessen sich für die jeweiligen Sachbereiche unter der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit spezifische Verpflichtungen, dem Staat Daten zur Verfügung zu stellen, gesetzlich verankern.⁷⁶

F. Bergregal der Kantone

Kantonale Regalrechte verleihen den Kantonen das ausschliessliche Nutzungsrecht in bestimmten Bereichen.⁷⁷ Die Regalrechte im Bereich Bergbau⁷⁸ und im Bereich von Grund und Boden⁷⁹ zählen zu den traditionellen kantonalen Regalen. Ihre besondere Bedeutung kommt in Art. 94 Abs. 4 BV zum Ausdruck. Gemäss dieser Bestimmung erlauben diese (historischen) kantonalen Regalrechte eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 BV), insbesondere von Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten.⁸⁰ Die betreffenden kantonalen Regalrechte dürfen damit von den Kantonen auch zu fiskalischen Zwecken, also zur Erzielung von Gewinn, genutzt werden.⁸¹

⁷⁴ Siehe ABEGG, ANDREAS/DÖRIG, RUTH, Untergrund im Recht. Rechtsgutachten zu Handen der Bau-, Planungs- Umweltdirektorenkonferenz (BPUK) und Energiedirektorenkonferenz (EnDK), Oktober 2018, S. 24, abrufbar unter https://www.bpuk.ch/fileadmin/Dokumente/bpuk/public/de/dokumentation/berichte-gutachten-konzepte/planung/D_Rechtsgutachten_Recht_im_Untergrund_Abegg_Dorig.pdf (abgerufen am 10.07.2022); siehe auch RUCH (Fn. 44), S. 27.

⁷⁵ ABEGG/DÖRIG (Fn. 74), S. 24.

⁷⁶ Siehe auch KETTIGER, DANIEL, Rechtlicher Rahmen für das Erheben, Nachführen und Verwaltungen von geologischen Daten, Bericht Landesgeologie Nr. 9, S. 9, online abrufbar unter <https://shop.swisstopo.admin.ch/de/buecher-und-publikationen/landesgeologie/geologische-berichte/berichte-der-landesgeologie-pdf> (abgerufen am 10.07.2022).

⁷⁷ Siehe dazu TSCHANNEN, PIERRE/ZIMMERLI, ULRICH/MÜLLER, MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 52 Rz. 1 ff.

⁷⁸ BGE 119 Ia 390, E. 11b, 405.

⁷⁹ BGE 124 I 11, E. 3b, 15; BGE 128 I 3, E. 3a, 10.

⁸⁰ Siehe z. B. BELSER, EVA MARIA/WALDMANN, BERNHARD, Grundrechte II, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021, Kap. 6 Rz. 42.

⁸¹ BIAGGINI (Fn. 50), Art. 94 BV Rz. 15; UHLMANN, FELIX, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), Schweizerische Bundesverfassung, Basler Kommentar, 1. Aufl., Basel 2015, Art. 94 BV Rz. 25.

Das Bergregal bzw. die Regale im Bereich von Grund und Boden sind verschiedentlich in den Kantonsverfassungen verankert.⁸² Die konkrete Ausgestaltung ergibt sich aus den gesetzlichen Grundlagen, wobei nicht jeder Kanton ein entsprechendes Gesetz (z. B. zur Nutzung des Untergrundes) kennt und die jeweiligen Regelungen von Kanton zu Kanton bisweilen sehr unterschiedlich ausfallen.⁸³

Die vorstehend skizzierten Bundeskompetenzen, insbesondere im Bereich der Vermessung (Art. 75a BV), werden durch die kantonalen Regalrechte allerdings nicht berührt. Vielmehr ist diesbezüglich von parallelen Kompetenzen auszugehen. Bund und Kantone sind also gleichzeitig und unabhängig voneinander ermächtigt, auf dem betreffenden Sachgebiet tätig zu sein.⁸⁴

G. Weitere Regelungen der BV, die Art. 28a GeolG entgegenstehen könnten

Neben der Frage der ausreichenden Kompetenzgrundlage können sich entgegenstehende Verfassungsbestimmungen entweder aus den Grundrechten oder aus allgemeinen Grundsätzen ergeben.

Hinsichtlich der Vereinbarkeit mit Grundrechten ist in erster Linie die *Wirtschaftsfreiheit* betroffen.⁸⁵ Die Bundesverfassung enthält zum einen eine allgemeine verfassungsrechtliche Garantie der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV); Eingriffe in diese müssen an den Voraussetzungen von Art. 36 BV gemessen werden.⁸⁶ Zum anderen statuiert Art. 94 BV die Grundzüge der Wirtschaftsordnung, zu welchen die Wirtschaftsfreiheit zählt. Einzelne Elemente der Wirtschaftsordnung werden in Art. 95 und 96 BV konkretisiert.⁸⁷ Der Bund darf von der Wirtschaftsfreiheit als Grundsatz der Wirtschaftsordnung nur abweichen, wenn dies vom Verfassungsgeber vorgesehen ist (Art. 94 Abs. 4 BV). Durch die Verankerung einer Pflicht, geologische Daten zu Zwecken der Landes- bzw. amtlichen Vermessung zur Verfügung zu stellen wird nicht vom Grundsatz nach Art. 94 Abs. 1 BV abgewichen.

⁸² Siehe etwa Art. 52 Abs. 1 Bst. c Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993, SR 131.212; Art. 57 Verfassung des Kantons Uri vom 28. Oktober 1984, SR 131.214; Art. 38 Verfassung des Kantons Obwalden vom 19. Mai 1968, SR 131.216.1; Art. 126 Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986, SR 131.221.

⁸³ Siehe die Übersicht bei RUCH (Fn. 44), S. 28 f., sowie für eine Übersicht mit Stand 2016 KETTIGER (Fn. 76), S. 52 ff.

⁸⁴ Siehe Kap. C. 3.

⁸⁵ Da es bei geologischen Daten in der Regel nicht um Personendaten geht, wird an dieser Stelle nicht auf Art. 13 Abs. 2 BV («informationelle Selbstbestimmung») eingegangen.

⁸⁶ Siehe nur BELSER/WALDMANN (Fn. 80), Kap. 6 Rz. 41. Zum Aspekten der Verhältnismässigkeit siehe auch Kap. E. 2.

⁸⁷ BELSER/WALDMANN (Fn. 80), Kap. 6 Rz. 23.

Weitere Anforderungen ergeben sich aus dem *Legalitätsprinzip* (Art. 5 Abs. 1 BV). Daraus lassen sich Anforderungen an die Normstufe (siehe auch Art. 164 Abs. 1 BV) und an die Bestimmtheit der Norm herleiten.⁸⁸ Da mit Art. 28a E-GeolG eine Regelung auf formell-gesetzlicher Stufe angestrebt wird, ist dem Legalitätsprinzip diesbezüglich ohne Weiteres Genüge getan. Was die Bestimmtheit der Norm betrifft, so fordert das Bundesgericht regelmässig, dass das Gesetz «so präzise formuliert sein (muss), dass der Bürger sein Verhalten danach einrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann».⁸⁹ Besonders strenge Anforderungen an die erforderliche Bestimmtheit gelten für Eingriffe in Grundrechte. Aus der Formulierung von Art. 28a E-GeolG in der Fassung der Vernehmlassungsvorlage⁹⁰ geht nicht hervor, auf welche primären bzw. prozessierten primären geologischen Daten sich die Regelung bezieht. Dies ist insbesondere aus Gründen der Verhältnismässigkeit problematisch (siehe Kap. E. 2). Es wird deshalb empfohlen, die Formulierung dahingehend zu präzisieren, dass sich daraus die potenziell unter die Pflicht der Zurverfügungstellung fallenden Daten eruieren lassen.

Schliesslich ist auf die bereits skizzierten Anforderungen hinzuweisen, die sich aus dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* (Art. 5 Abs. 1 bzw. Art. 36 Abs. 3 BV; siehe Kap. E. 2) ergeben.

H. Weitere Rechtsfragen

1. Fragestellungen

Art. 28a Abs. 1 E-GeolG in der von swisstopo aufgrund der Resultate der Vernehmlassung angepassten Formulierung (hiernach «E-GeolG 2») lautet: «Die an primären geologischen Daten oder prozessierten primären geologischen Daten berechtigten Personen müssen diese Daten zur Verfügung stellen». Art. 28a Abs. 2 E-GeolG 2 lautet: «Die Verwertungs- und Nutzungsrechte der an den geologischen Daten berechtigten Personen bestehen gegenüber Dritten weiter». Art. 28a Abs. 4 Bst. c E-GeolG 2 lautet: «die Nutzung der Daten und den Zugang zu den Daten unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der an den Daten Berechtigten, insbesondere des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses». Diese Formulierungen werfen die Frage auf, ob es «an Daten Berechtigte» gibt und wem gegebenenfalls eine solche Berechtigung zusteht.

⁸⁸ Siehe nur HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 67), Rz. 342 ff.

⁸⁹ BGE 109 Ia 273, E. 4d, 283. Siehe auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 67), Rz. 343, m.w.H.

⁹⁰ Vernehmlassungsvorlage vom 19. Mai 2021 (Fn. 2).

Im Entwurf für die Botschaft über die Änderung des Geoinformationsgesetzes ist zudem verschiedentlich von Urheberrechten an Daten die Rede. Dies wirft die Frage auf, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen Daten urheberrechtlich geschützt sein können.

2. Berechtigung an Daten

In Art. 28a Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 Bst. c E-GeolG 2 ist von den «an (...) Daten berechtigten Personen» bzw. von «an den Daten Berechtigten» die Rede. Der Begriff «Berechtigter» ist ein (höchst) unbestimmter Rechtsbegriff. Dies hat den Vorteil, dass er alle möglichen Konstellationen zu erfassen vermag, aber zugleich den gewichtigen Nachteil, dass unklar ist, was damit gemeint sein soll. Die Verwendung dieses Begriffs würde deshalb zu massgeblichen Auslegungsschwierigkeiten führen, die vermieden werden sollten.

Der Begriff der «Berechtigten» lässt sich nicht anhand des geltenden Rechts klären. Er kann jedenfalls nicht mit dem «Eigentümer» gleichgesetzt werden, weil es im geltenden Recht *kein Eigentum an Daten* gibt und ein solches auch nicht geschaffen werden soll⁹¹.

Ebenfalls nicht gemeint sein kann ein Inhaber von Urheberrechten an Daten, weil *an geologischen Daten keine Urheberrechte* bestehen. Das Urheberrecht schützt Werke der Literatur und Kunst, wenn es sich dabei um geistige Schöpfungen mit individuellem Charakter handelt (Art. 2 Abs. 1 URG)⁹². Dazu gehören insb. literarische, wissenschaftliche und andere Sprachwerke, Werke der Musik, Werke mit wissenschaftlichem oder technischem Inhalt, Werke der Baukunst, Fotografien, Filme und dergleichen (Art. 2 Abs. 2 URG). Daten sind keine Werke der Literatur und Kunst und sie weisen als solche auch keinen individuellen Charakter auf. Der individuelle Charakter eines Werkes grenzt dieses von der Banalität oder Routinearbeit ab; er ergibt sich aus der Vielfalt der vom Urheber getroffenen Entscheidungen, aus überraschenden und ungewöhnlichen Kombinationen, so dass es ausgeschlossen erscheint, dass ein Dritter, der mit der gleichen Aufgabe konfrontiert ist, ein identisches Werk geschaffen hätte⁹³. Diese Voraussetzungen erfüllen Daten nicht, weil sie nicht von einem Urheber geschaffen, sondern erhoben werden⁹⁴. Bei einem methodisch korrekten Vorgehen muss das Ergebnis der Erhebung immer gleich sein, unabhängig davon, welcher Mensch die

⁹¹ Siehe dazu statt vieler: THOUVENIN, FLORENT, Un droit de propriété sur les données en droit suisse?, in: de Werra, Jacques (Hrsg.), *Propriété Intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain*, Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain, Genf/Zürich/Basel 2020, 59 ff., m.w.H.

⁹² Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte vom 9. Oktober 1992, SR 231.1.

⁹³ Statt vieler: BGE 136 III 225, 229 f., m.w.H.; BGE 134 III 166, 169, m.w.H.

⁹⁴ Urheberrechtlich geschützt sind Daten nur, wenn sie ein Werk der Literatur mit individuellem Charakter repräsentieren, wie bspw. ein Musik- oder Videofile.

Daten erhoben hat. Geologische Daten sind deshalb nicht urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch dann, wenn diese Daten prozessiert worden sind.

Sammlungen von Daten können zwar urheberrechtlich geschützt sein, wenn sie aufgrund der Auswahl oder Anordnung der Daten individuellen Charakter haben. Das hat der europäische Gesetzgeber in der Datenbanken-Richtlinie ausdrücklich geregelt⁹⁵. Dieselbe Rechtslage ergibt sich in der Schweiz aus dem urheberrechtlichen Schutz von Sammelwerken (Art. 4 Abs. 1), der auch Datenbanken erfasst⁹⁶. Ein allfälliger Schutz aufgrund einer individuellen Auswahl und Anordnung von Daten bezieht sich dann aber nur auf die Struktur der Datensammlung⁹⁷, nicht auf die Daten selbst⁹⁸. Anders als die Mitgliedstaaten der EU kennt die Schweiz zudem kein sog. *sui-generis-Recht an Datenbanken*⁹⁹, welches den Inhalt von Datenbanken, also eine Mehrheit von Daten, schützt, indem es die Entnahme einzelner oder mehrerer Elemente aus einer Datenbank erfasst, unabhängig davon, ob auch die Struktur der Datenbank übernommen wurde¹⁰⁰. Das *sui-generis-Recht* vermittelt damit zwar eine Berechtigung an (einer Mehrheit von) Daten. Da es ein solches Recht in der Schweiz nicht gibt, kann der Begriff des «Berechtigten» in Art. 28a E-GeoIG 2 aber auch nicht im Sinne des *sui-generis-Rechts* an Datenbanken verstanden werden.

Mit dem Begriff des Berechtigten kann hier auch nicht eine *vertraglich an Daten berechtigte Person* gemeint sein. Zwar ist es ohne Weiteres möglich, dass zwei oder mehrere Vertragsparteien untereinander vereinbaren, wem die «Rechte» an Daten zustehen, die sie bspw. gemeinsam erheben oder bearbeiten. Wie jede vertragliche Regelung gilt aber auch eine solche Vereinbarung nur *inter partes*. Im Verhältnis zum Bund und zu den Kantonen, die gemäss Art. 28a Abs. 1 E-GeoIG 2 einen Anspruch auf Zurverfügungstellung der Daten haben, sind die als «Berechtigte» bezeichneten Personen aber mangels vertraglicher Vereinbarung mit dem Bund oder den Kantonen nicht in einem solchen, vertraglichen Sinn berechtigt.

⁹⁵ Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (Datenbanken-Richtlinie).

⁹⁶ Statt vieler: BARRELET, DENIS/EGLOFF, WILLI, Das neue Urheberrecht, Kommentar, 4. Aufl., Bern 2020, URG 4 N 6.

⁹⁷ BARRELET/EGLOFF (Fn. 96), Art. 4 N 6; HILTY, RETO M., Urheberrecht, 2. Aufl., Bern 2020, Rn. 249.

⁹⁸ SHK-URG, CHERPILLOD, Ivan, in: Müller, Barbara/Oertli, Reinhart (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz (URG), Kommentar, 2. Aufl., Bern 2012, Art. 4 N 5 f.; so ausdrücklich auch Art. 3 Abs. 1 Datenbanken-RL.

⁹⁹ Art. 7 ff. Datenbanken-Richtlinie.

¹⁰⁰ Siehe dazu auch Erw. 58 Datenbanken-Richtlinie, wonach das Urheberrecht die Struktur, das *sui-generis-Recht* dagegen den Inhalt schützt; EuGH vom 05.03.2009, Rs. C-545/07 – Apis-Hristovich vs. La-korda, Rn. 55.

Daten können als *Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse* qualifiziert und gestützt auf Art. 162 StGB¹⁰¹ und Art. 6 UWG¹⁰² gegen den Verrat, das Auskundschaften, die Verwertung und die Mitteilung an Dritte geschützt werden. Für den Geheimnisschutz müssen nach beiden Bestimmungen grundsätzlich drei Voraussetzungen erfüllt sein: Die Daten dürfen nicht allgemein bekannt sein, der Geheimnisherr muss in Bezug auf die Daten ein objektives Geheimhaltungsinteresse und einen subjektiven Geheimhaltungswillen haben¹⁰³. Es ist davon auszugehen, dass diese Voraussetzungen bei den hier in Frage stehenden geologischen Daten regelmässig erfüllt sind. Trifft dies zu, kann der Geheimnisherr Dritten die Nutzung der Daten verbieten. Die Bestimmungen von Art. 162 StGB und Art. 6 UWG sind aber Verhaltensnormen. Sie vermitteln keine subjektiven Rechte an den Geheimnissen, hier also an den Daten. Im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen ist denn auch nicht vom Berechtigten, sondern in aller Regel vom «Geheimnisherr» die Rede. Dieser Begriff passt hier allerdings auch nicht. Nicht zuletzt, weil der Anspruch auf Zurverfügungstellung der Daten wohl auch dann bestehen soll, wenn die Voraussetzungen für den Geheimnisschutz nicht (oder nicht mehr) gegeben sind.

Bisher hat sich in der Schweiz kein Begriff durchgesetzt, mit welchem die hier in Frage stehende Konstellation allgemein bezeichnet wird. Verwendet werden am ehesten Begriffe wie Dateneigentümer (allerdings im untechnischen Sinn), Datenherr oder Dateninhaber. Die EU verwendet in ihrem Vorschlag für den sog. Data Governance Act¹⁰⁴ den Begriff des Dateninhabers. Dieser findet sich auch im Entwurf für den sog. Data Act¹⁰⁵, der allerdings erst in englischer Sprache vorliegt (data holder). Im Data Governance Act wird der Begriff des Dateninhabers wie folgt definiert: «eine juristische Person oder eine betroffene Person, die nach geltendem Unionsrecht oder geltendem nationalen Recht berechtigt ist, Zugang zu bestimmten, unter ihrer Kontrolle befindlichen personenbezogenen oder nicht personenbezogenen Daten zu gewähren oder diese Daten weiterzugeben»¹⁰⁶. Mit Blick auf die weitreichenden Aktivitäten der EU bei der Regelung des Zugangs und der

¹⁰¹ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0.

¹⁰² Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986, SR 241.0.

¹⁰³ Statt vieler: MABILLARD, Ramon, in: Jung, Peter/Spitz, Philippe (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, 2. Aufl., Bern 2016, Art. 6 N 8 ff., m.w.H.; FRICK MARKUS R., in: Hilty, Reto/Arpagaus, Reto, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, Basel 2013, Art. 6 N 12, m.w.H.; NIGGLI, MARCEL ALEXANDER/HAGENSTEIN, NADINE, in: Niggli, Marcel Alexander/Wiprächtiger, Hans, Basler Kommentar Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 162 N 10, m.w.H.

¹⁰⁴ Vorschlag für eine Verordnung über europäische Daten-Governance (Daten-Governance-Gesetz).

¹⁰⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act).

¹⁰⁶ Art. 2 (5) Vorschlag Data Governance Act.

Nutzung von Daten ist zu erwarten, dass sich der Begriff des Dateninhabers auch in der Schweiz durchsetzen wird. Er bringt die hier in Frage stehende Konstellation auch für die Schweiz am treffendsten zum Ausdruck. Entsprechend schlagen wir vor, diesen Begriff auch in Art. 28a GeolG zu verwenden.

3. Formulierungsvorschlag

Aus den angeführten Gründen sollte in Art. 28a GeolG nicht der Begriff des an Daten «Berechtigten», sondern der Begriff «Dateninhaber» oder, je nach Kontext, schlicht der Begriff «Inhaber» (von Daten) verwendet werden. Entsprechend schlagen wir vor, Art. 28a Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 lit. c GeolG wie folgt zu formulieren:

¹ Die Inhaber von primären geologischen Daten oder prozessierten primären geologischen Daten müssen diese Daten zur Verfügung stellen:

- a. dem Bund, soweit diese zur Erfüllung der Aufgaben gemäss Artikel 27 Absatz 2 Buchstaben a - c benötigt werden;
- b. den Kantonen, soweit diese zur Erfüllung von Aufgaben des Bundesrechts sowie nach kantonalem Recht benötigt werden.

² Die Inhaber dieser Daten sind weiterhin zu deren Verwertung und Nutzung berechtigt:

⁴ Der Bundesrat erlässt Vorschriften über:

- a. die Modalitäten der Bereitstellung,
- b. die Entschädigung,
- c. die Nutzung der Daten und den Zugang zu den Daten unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen der Inhaber der Daten, insbesondere des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses;
- d. die qualitativen und technischen Anforderungen an die Daten.

Der Vorschlag für die leicht angepasste Formulierung ist nicht nur dogmatisch begründet, sondern dient auch der Rechtssicherheit: Zum einen vermittelt das Schweizer Recht an geologischen Daten keine Rechtsposition, die es erlauben würde, sinnvollerweise von einem an diesen Daten «Berechtigten» zu sprechen. Dies hat zur Folge, dass der Gehalt des Begriffs weitgehend unklar bleibt und Anlass zu Auslegungstreitigkeiten geben dürfte. Der Begriff des «Dateninhabers» verweist dagegen zum einen auf den rein faktischen Umstand, dass eine natürliche oder juristische Person Zugang zu Daten hat und über diese verfügen kann. Mit der Anlehnung an die Begrifflichkeit des EU-Rechts lässt sich zum andern andeuten, dass im Kontext von Art. 28a GeolG nur diejenige natürliche oder juristische Person als Dateninhaber qualifiziert werden kann, die auch berechtigt ist, Bund oder Kantone den durch die Bestimmung geforderten Zugang zu den unter ihrer Kontrolle befindlichen primären geologischen und prozessierten primären geologischen Daten zu gewähren oder diese Daten weiterzugeben. Im Ergebnis dürfte die vorgeschlagene Anpassung der Formulierung

am Kreis der gemäss Art. 28a GeolG zur Herausgabe der Daten verpflichteten Personen nichts ändern.

Hinweis: Die Vorschläge für die Anpassungen der Formulierungen der Botschaft wurden direkt im Entwurf für die Botschaft über die Änderung des Geoinformationsgesetzes im Änderungsmodus angebracht.

I. Fazit

Gestützt auf Art. 75a BV (Vermessung) verfügt der Bund über die Kompetenz, Regelungen über geologische Daten aufzustellen, die der Landes- bzw. amtlichen Vermessung dienen. Dabei ist darauf zu achten, dass aus der Formulierung von Art. 28a E-GeolG hervorgeht, dass sich die Pflicht, Daten zur Verfügung zu stellen einzig auf Daten bezieht, die der Landes- bzw. amtlichen Vermessung dienen. Es wird ausserdem empfohlen, in der Botschaft die Verhältnismässigkeit der Zurverfügungstellungspflicht zu erläutern, wobei insbesondere auf die Aspekte der Erforderlichkeit und der Zumutbarkeit eingegangen werden sollte.

Dabei kann als Argument zugunsten der Erforderlichkeit vorgebracht werden, dass eine Datenerhebung durch die öffentliche Hand mit erheblichen Kosten verbunden und eine doppelte Erhebung in Konstellationen, in denen Daten bereits vorhanden sind, nicht als milderes Mittel gegenüber einer Zurverfügungstellungspflicht der Privaten einzustufen wäre. Hinsichtlich der Zumutbarkeit kann darauf hingewiesen werden, dass die Nutzung der geologischen Daten durch die verpflichteten Privaten durch die Zurverfügungstellung dieser Daten in keiner Weise eingeschränkt wird (Daten als öffentliche Güter). Eine Pflicht zur Zurverfügungstellung von Daten greift daher in recht geringem Mass in die Wirtschaftsfreiheit ein.

Die kantonalen Regalrechte stehen einer Abstützung auf Art. 75a BV nicht entgegen; vielmehr ist von parallelen Kompetenzen auszugehen. Bund und Kantone sind also gleichzeitig und unabhängig voneinander ermächtigt, auf dem betreffenden Sachgebiet tätig zu sein.

Denkbar wäre auch, die Zurverfügungstellungspflicht im Bedarfsfall gestützt auf konkrete weitere Bundeskompetenzen (siehe Kap. E. 4) unter Bezugnahme auf die jeweilige Aufgabe punktuell zu erweitern. Zu prüfen wäre dabei jeweils, ob die Verankerung einer solchen Pflicht im GeolG sinnvoll ist oder ob diese nicht besser im betreffenden Sachgesetz zu verankern wäre.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Analog zur Verankerung der Pflicht, Rohdaten und Ergebnisse, die aus erdwissenschaftlichen Untersuchungen und während des Baus eines geologischen Tiefenlagers gewonnen wurden dem Bund auf Verlangen unentgeltlich abzugeben in Art. 41 Abs. 1 Kernenergiegesetz vom 21. März 2003, SR 732.1.

Eine Abstützung auf Art. 75 Abs. 1 BV (Raumplanung) ist hingegen abzulehnen, auch wenn der Untergrund Gegenstand der Raumplanung sein kann. Die Verankerung der Zurverfügungstellungspflicht für geologische Daten geht über eine Grundsatzregelung hinaus. Da Privaten mit der beabsichtigten Regelung durch das öffentliche Recht eine Pflicht auferlegt wird, fällt auch Art. 122 Abs. 1 BV (Zivilrecht) als Kompetenzgrundlage ausser Betracht.