



Bericht

Die Berücksichtigung von behördensverbindlichen bzw. mittelbar eigentümersverbindlichen Beschränkungen und weitere Vervollständigungsmassnahmen in Bezug auf den Inhalt des ÖREB-Katasters.

Schlussbericht zum SGP32-TG Behördensverbindliche Eigentumsbeschränkungen



Die-Brückenbauer GmbH
Recht – Coaching – Mediation

DR. IUR. AMIR NOAH MOSHE
IIC. RER. POL. GABRIELA LÜTHI

Tempelgasse 6
CH-4310 Rheinfelden
Aeschenvorstadt 71
CH-4051 Basel
info@die-brueckenbauer.ch

Inhaltsverzeichnis

1. Projektauftrag des Schwergewichtsprojekts 32-Thurgau	4
1.1. Ausgangslage	4
1.2. Projektauftrag	6
1.2.1. Inhalt	6
1.2.2. Erweiterung des Projektauftrages	7
1.2.2.1. Aufhebung des Dualismus zum Grundbuch	7
1.2.2.2. Generell-abstrakte ÖREB	7
1.3. Projektleitung und ProjektteilnehmerInnen	8
1.4. Projektdauer	8
2. Weshalb hat der Gesetzgeber einen die amtliche Vermessung und das Grundbuch ergänzenden Raumkataster, den ÖREB-Kataster, geschaffen?	9
3. Was ist die primäre Aufgabe und Funktion des ÖREB-Katasters, langfristig und in der Einführungsphase?	12
4. Was sind öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen?	16
4.1. Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nach Bundesgericht und Lehre	16
4.2. Rechtliche Qualifikation von behördensverbündlichen Einschränkungen	18
4.2.1. Die Verwaltungsverordnung als «graue Eminenz»	18
4.2.2. Begriff, Funktion und rechtliche Grundlage der Verwaltungsverordnung	19
4.2.3. Rechtlich Bedeutung und Würdigung der Verwaltungsverordnung	20
4.2.3.1. Direkte Anfechtbarkeit von Verwaltungsverordnungen	21
4.2.3.2. Verwaltungsverordnung als Rechtsquelle?	22
4.2.3.3. Publikation von Verwaltungsverordnungen?	23
4.2.3.4. Verbindlichkeit von Verwaltungsverordnungen?	24
4.2.3.4.1. Für Verwaltungsbehörden	24
4.2.3.4.2. Für Private	25
4.2.4. Verwaltungsverordnungen als ÖREB?	26
4.3. Inwiefern wird der Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch das Grundbuchrecht (Art. 962 ZGB) eingeschränkt?	28
4.4. Inwiefern wird der Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch den ÖREB-Kataster eingeschränkt?	30
4.5. Welche Problematik(en) resultieren durch diese diversen Einschränkungen, insbesondere im Hinblick auf das vom Gesetzgeber langfristig verfolgte Ziel?	33

5. Wie wird der ÖREB-Kataster in der Praxis und der Lehre wahrgenommen?	38
5.1. Positives	38
5.2. Negatives	39
6. Welcher Handlungsbedarf besteht betreffend die Vervollständigung des Inhaltes des ÖREB-Katasters im Sinne eines kurzfristigen und langfristigen Ausblicks?	43
6.1. Aktuelle Gefässstruktur und kurzfristige Massnahmen	43
6.2. Angestrebte Gefässstruktur und langfristige Massnahmen	45
6.2.1. Aus rechtlicher Optik	47
6.2.2. Aus geometrischer Optik	48
7. Schlusswort und Ausblick der Autorenschaft	49

1. Projektauftrag des Schwergewichtsprojekts 32-Thurgau

1.1. Ausgangslage

Der Gegenstand und Inhalt des ÖREB-Katasters im engeren Sinn werden im Geoinformationsgesetz (GeoIG)¹ sowie der Verordnung zum ÖREB-Kataster (ÖREBKV)² geregelt. In der Vorschrift von Art. 16 Abs. 1 GeoIG wird diesbezüglich im Sinne einer Subsidiarität- und Koordinationsklausel festgehalten, dass Gegenstand des Katasters die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, die nach den Vorschriften des ZGB nicht im Grundbuch angemerkt werden.³ In den Vorschriften von Art. 16 Abs. 2 und 3 GeoIG wird alsdann eine Verknüpfung von Recht und Geometrie hergestellt, indem es sich bei den öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen um Geobasisdaten des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts handeln muss.⁴ Dabei wird wohl im Zuge eines gesetzgeberischen Versehens lediglich für die Geobasisdaten des kantonalen Rechts eine Eigentümerverbindlichkeit vorausgesetzt, nicht aber für jene des Bundesrechts.⁵ In diesem Kontext sei die Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. d GeoIG erwähnt, welche eine Definition zu eigentümerverbindlichen Geoinformationen statuiert.⁶ In der ÖREBKV wird alsdann in zwei Bestimmungen zum Inhalt des ÖREB-Katasters Bezug genommen. Während sich Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 ÖREBKV an das Geoinformationsgesetz anlehnt und bloss die beiden Vorschriften von Art. 16 Abs. 2 und 3 GeoIG wiedergibt, wird in Art. 2 Abs. 1 ÖREBKV festgehalten, dass die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen als Inhalt des Katasters rechtskräftig sein müssen. Dabei ist wohl in Anlehnung an die für die Praxis aufgestellten Richtlinien davon auszugehen, dass in Art. 2 Abs. 1 ÖREBKV weder eine formelle noch eine materielle Rechtskraft der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen vorausgesetzt wird, sondern vielmehr eine unmittelbare rechtliche Verbindlichkeit für die Eigentümerschaft.

Nach einer Lehrmeinung gibt es – ganz im Unterschied zu der hier vertretenen Anschauung⁷ – keine Legaldefinition einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung.⁸ Nach dieser Lehre liessen sich indes aus den Materialien der letzten Immobiliarsachenrechtsrevision und der Einführung des Geoinformationsgesetzes und Verordnung zum ÖREB-Kataster sowie aus

¹ Bundesgesetz über Geoinformation (Geoinformationsgesetz, GeoIG), SR 510.62.

² Verordnung über den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREBKV), SR 510.622.4.

³ Zur Kritik der Subsidiarität des ÖREB-Katasters im Verhältnis zum Grundbuch vgl. eingehend MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeoIG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeoIG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeoIG) andererseits, S. 12 ff., 50 ff., 82 ff. und 102 ff. m.z.H.; MOSHE, in: *cadastral* 27/2018, S. 8 ff. m.w.H.

⁴ Zur Verknüpfung von Recht und Geometrie vgl. HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeoIG), in: AJP 2010, S. 150: «Der Kataster stellt den Beschluss über öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen in digitaler Form dar. Er enthält die Geobasisdaten, die die Eigentumsbeschränkungen in einem Plan abbilden, und verweist auf den Beschluss und seine Vorschriften.».

⁵ Vgl. der Wortlaut von Art. 16 Abs. 3 GeoIG: «Die Kantone können zusätzliche eigentümerverbindliche Geobasisdaten bezeichnen, die zum Bestand des Katasters gehören.» gegenüber jenem von Art. 16 Abs. 2 GeoIG «Der Bundesrat legt fest, welche Geobasisdaten des Bundesrechts Gegenstand des Katasters sind.».

⁶ Vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. d.: «eigentümerverbindliche Geobasisdaten: Geobasisdaten, die alle an einem Grundstück berechtigten Personen rechtlich binden;».

⁷ Vgl. dazu eingehend die Ausführungen unter 4.1.

⁸ Vgl. KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 141; vgl. auch in diesem Sinne KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 21.

einem älteren Gutachten folgende kumulativen Merkmale für öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung ableiten, welche die Funktion Definition hätten⁹:

- *Es besteht für ein Grundstück oder für Teile davon eine Verfügungsbeschränkung (Dispositionsbeschränkung), eine Nutzungsbeschränkung oder eine Belastung durch Rechte zu Gunsten der öffentlichen Hand;*
- *Die Einschränkung ist eigentümerverbindlich (im Sinne von Art. 3 Abs.1 Bst. d GeoIG) und nicht bloss behördenanweisend bzw. behörderverbindlich;*
- *Die Einschränkung dient der Wahrung öffentlicher Interessen;*
- *Die Eigentumsbeschränkung ist von einer gewissen Dauerhaftigkeit, auch wenn sie allenfalls zeitlich beschränkt ist;*
- *Es ist bezogen auf ein bestimmtes Grundstück geometrisch bestimmbar, ob dieses als Ganzes oder in Teilen von einer ÖREB betroffen ist.*

In Anlehnung an diese Definition von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen mit fünf kumulativ zu erfüllenden Tatbestandselementen wurde in der Folge folgendes Prüfungs raster¹⁰ entworfen und von der swisstopo im Rahmen der Weisung zum ÖREB-Kataster genehmigt, welches für die Aufnahme von neuen Inhalten in den ÖREB-Kataster Anwendung findet, sei es für öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung des Bundesrechts, sei es des kantonalen Rechts¹¹:

- a. *besteht für ein Grundstück oder für Teile davon eine Verfügungsbeschränkung (Dispositionsbeschränkung), eine Nutzungsbeschränkung oder eine Belastung durch Rechte zu Gunsten der öffentlichen Hand;*
- b. *Die Einschränkung ist eigentümerverbindlich im Sinne von Art. 3 Abs.1 Bst. d GeoIG.*
- c. *Die Einschränkung dient der Wahrung öffentlicher Interessen;*
- d. *Die Eigentumsbeschränkung darf nicht nur in generell-abstrakter Weise in einem Rechtserlass definiert sein, sondern muss geometrisch generell-konkret oder individuell-konkret bestimmt sein;*
- e. *Die Geometrie ist als Geobasisdaten des Bundesrechts im Anhang 1 zur GeoV aufgeführt;*
- f. *Die Eigentumsbeschränkung ist von einer gewissen Dauerhaftigkeit, auch wenn sie allenfalls zeitlich beschränkt ist. Es ist sachgerecht von einer Dauer von zwei Jahren und mehr auszugehen.*

Diese enge Definition von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen von diesem Teil der Lehre und das daraus abgeleitete Prüfungs raster für die Aufnahme von neuen Inhalten in den ÖREB-Kataster, welches in der Praxis konsequent zur Anwendung gelangt, führt im Ergebnis letztlich dazu, dass zahlreiche «Rechtstatbestände» des öffentlichen Rechts, welche die Eigentümerschaft in ihren Rechten ebenso einschränken, im Prüfungs raster hängen bleiben und mithin als Inhalt für den ÖREB-Kataster ausgeschlossen werden. Zu erwähnen sind insbesondere die zahlreichen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen *generell-abstrakter* Natur in Form von Gesetzen und Rechtsverordnungen sowie die behördens-

⁹ Vgl. KETTIGER, in: *cadastre* 27/2018, S. 16.

¹⁰ KETTIGER, in: *cadastre* 27/2018, S. 16 f.

¹¹ KETTIGER, in: *cadastre* 27/2018, S. 17.

verbindlichen Beschränkungen, denen von dieser Lehrmeinung – nota bene ohne rechtliche Würdigung – eine Verbindlichkeit für die Eigentümerschaft abgesprochen wird.¹² Ferner wird der Inhalt des ÖREB-Katasters auch durch die Vorschriften von Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Art. 962 Abs. 1 ZGB und dem daraus resultierenden Dualismus mit dem Grundbuch beschnitten und zwar in dem Sinne, dass sämtliche durch einen *individuell-konkreten* Rechtsakt (Feststellung oder verwaltungsrechtlicher Vertrag) begründeten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen ausschliesslich im Grundbuch angemerkt werden.

Bereits an dieser Stelle sei die These erlaubt, dass dieser doch sehr restriktive Ansatz von diesem Teil der Lehre und insbesondere der Praxis betreffend den Inhalt des ÖREB-Katasters nicht wirklich mit dem ursprünglichen gesetzgeberischen Willen vereinbar ist. Denn der Gesetzgeber hatte im Rahmen der Einführung des Geoinformationsgesetzes in Bezug auf den ÖREB-Kataster das klare Ziel propagiert, dass dieser möglichst vollständig über die zahlreichen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen informieren solle.¹³ Im vorliegenden Bericht soll vertieft untersucht werden, inwiefern die Stossrichtung betreffend den Inhalt des ÖREB-Katasters mit der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers korreliert oder allenfalls inhaltsfördernde Massnahmen getätigt werden müssen.

1.2. Projektauftrag

Grundlage für den Projektauftrag ist die Massnahme M1 des Massnahmenplans 2020-23 für den ÖREB-Kataster: «Unter der Leitung eines Kantons wird in einem Schwergewichtsprojekt der konkrete Bedarf für einen Kataster, der behördenspezifische Beschränkungen beinhaltet, abgeklärt.»¹⁴

Im Jahr 2021 hat der Kanton Thurgau das Schwergewichtsprojekt «SGP32-TG Behördenspezifische Eigentumsbeschränkungen» lanciert.

1.2.1. Inhalt

Eine gängige Definition eines Raumkatasters lautet wie folgt: «Ein Raumkataster ist ein öffentlich zugängliches Verzeichnis von Daten, welches die rechtliche Situation (grundeigentümer- und behördenspezifisch) in Bezug auf räumliche Objekte darstellt. Er beinhaltet aktuelle, vollständige und verbindliche Information für ein bestimmtes Gebiet.»¹⁵

Obwohl der ÖREB-Kataster ein typischer Raumkataster ist, werden in diesem aktuell keine behördenspezifischen Beschränkungen geführt.

In Bezug auf die behördenspezifischen Beschränkungen mangelt es gegenwärtig an einer klaren Definition, die es erlauben würde, diese von anderen Pflichten/Einschränkungen, wie

¹² Vgl. LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 9 f. und 18; STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 928, die sich jedoch bedauerlicherweise beide ausschliesslich auf den Richtplan berufen, mithin auf eine rechtliche Konstruktion, das über keine wirkliche Auswirkung verfügt.

¹³ BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7817 und 7858; ERLÄUTERNDER BERICHT ZUR VERORDNUNG ÜBER DEN KATASTER DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREBK) VOM 2. SEPTEMBER 2009, S. 14.

¹⁴ Massnahmenplan zur Strategie für den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster) für die Jahre 2020-2023 (cadastre.ch).

¹⁵ Dieses Verständnis des Begriffs «Raumkataster» lehnt sich an die Definition von Prof. HENNSES in: «CADASTRE 2014»; ähnlich auch swisstopo/KOGIS, GRUPPE SIDIS, S. 16 f.

dem eigentlichen Inhalt des ÖREB-Katasters zu unterscheiden. Das Bundesgericht nimmt im Kontext zu den behördenverbindlichen Beschränkungen nur insofern Stellung, dass diesen keine unmittelbare Rechtswirkung zukäme, aber immerhin eine mittelbare Wirkung.

Lehnt man sich an diese Aussage des Bundesgerichts an, so ist der Terminus «behördenverbindliche Beschränkungen» insoweit irreführend und unvollständig, als dass diese nicht nur für die Behörden, sondern in unterschiedlichem Ausmass und zeitlich verzögert sehr wohl auch für die Eigentümerschaft verbindlich und eigentumsbeschränkend sind.

Als behördenverbindliche Beschränkungen werden in der Rechtsprechung und Literatur der Richtplan oder das Inventar der Denkmalpflege genannt. Letzteres verdeutlicht die – lediglich, aber immerhin – mittelbare Wirkung von behördenverbindlichen Beschränkungen, als dass bei einem Baugesuch einer im Denkmalinventar gelisteten Immobilie umgehend ein Gesuch um Aufnahme in das Register der Denkmalpflege hängig gemacht wird, was die Eigentümerpartei an dem geplanten Bauvorhaben hindert.

Aktuell finden die behördenverbindlichen Eigentumsbeschränkungen in Bezug auf den Inhalt des ÖREB-Katasters keine Berücksichtigung. Im Rahmen dieses Schwergewichtsprojekts soll die Funktion und die rechtliche Wirkung des Instituts der behördenverbindlichen Einschränkungen genauer geklärt und bestimmt werden, um zu prüfen, inwiefern diese betreffend einen umfassenderen Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen als Inhalt für den ÖREB-Kataster berücksichtigt werden könnten.¹⁶

1.2.2. Erweiterung des Projektauftrages

Im Hinblick auf eine umfassendere Auslegung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in Anlehnung an das übergeordnete Ziel des Bundesgesetzgebers, nämlich nach einer möglichst umfassenden Vollständigkeit des ÖREB-Katasters, wurde der Projektauftrag wie folgt erweitert.

1.2.2.1. Aufhebung des Dualismus zum Grundbuch

Bezugnehmend auf eine kritische Lehrmeinung betreffend den Dualismus¹⁷ zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster und die Lösung des Grundbuch- und Vermessungsamtes des Kantons Basel-Stadt (GVA), soll im Rahmen dieses Schwergewichtsprojekts auch untersucht werden, welche Massnahmen getätigten werden müssen, um den Dualismus zugunsten eines «ÖREB-Kataster first» aufzulösen.

1.2.2.2. Generell-abstrakte ÖREB

Aktuell finden die *generell-abstrakten* unmittelbar öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen für den Inhalt des ÖREB-Katasters keine Berücksichtigung. In der Lehre wird dies damit begründet, dass diese aufgrund deren Publikation in den Gesetzesammlungen keine weitere Publizität in einem Register bedürften.¹⁸ Im Hinblick auf einen möglichst vollständigen Inhalt des ÖREB-Katasters soll untersucht werden, welche rechtlichen und

¹⁶ Vgl. BERICHT EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS, BEGLEITGREMIUM DES ÖREB-KATASTERS, S. 6 und S. 21.

¹⁷ Vgl. zum Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster eingehend die Ausführungen bei 4.3.

¹⁸ Vgl. beispielsweise KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144; HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150.

geometrischen Massnahmen zu unternehmen wären, um diese Eigentumsbeschränkungen auch als Inhalt im ÖREB-Kataster zu führen.

1.3. Projektleitung und ProjektteilnehmerInnen

Die Projektleitung oblag dem Kanton Thurgau in der Person von Christian Dettwiler, Kantonsgeometer & Leiter Geschäftsstelle GIS, Amt für Geoinformation des Kantons Thurgau. Nach seiner Pensionierung im September 2022 wurde die Position von Frau Salome Reutimann, Projektleiterin, Amt für Geoinformation des Kantons Thurgau, übernommen.

Weitere Teilnehmer waren Herr Jean-Marc Buttiger, Leiter GIS-Fachstelle, Amt für Geoinformation des Kantons Basel-Landschaft. Herr Buttiger wurde nach seiner Pensionierung im April 2022 durch Bastian Graeff, Kanton Uri/Lisag AG, Kataster verantwortliche Stelle Kanton Uri und Francesco Siragusa, Leiter Geodatenmanagement, Amt für Geoinformation des Kantons Bern, ersetzt.

Aus rechtlicher Sicht wurde das Projekt von Dr. Amir Noah Moshe geleitet.

Weil Schwergewichtsprojekte einen erheblichen Einfluss auf die weitere Entwicklung des ÖREB-Katasters und insbesondere dessen Inhalt haben, wurde das Projekt eng von der swisstopo in Person von Christoph Käser, Leiter Amtliche Vermessung und ÖREB-Kataster, begleitet.

1.4. Projektdauer

Projektstart war im März 2021, geplantes Projektende im Juni 2022. Offiziell wird nun das Projekt im Juni 2023 beendet. Grund für die verlängerte Projektdauer war die Ausweitung des Projekts auf die Aufhebung des Dualismus zum Grundbuch und die Berücksichtigung von generell-abstrakten ÖREB. Zudem haben personelle Wechsel und die Einarbeitung der neuen Mitarbeitenden sowie deren ergänzenden Inputs zu einer verlängerten Projektdauer geführt.

2. Weshalb hat der Gesetzgeber einen die amtliche Vermessung und das Grundbuch ergänzenden Raumkataster, den ÖREB-Kataster, geschaffen?

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen sind Entscheidungen des Gesetzgebers oder von Behörden, welche übergeordnete öffentliche Interessen, beispielsweise solche der Raumplanung oder des Schutzes von Wald und Natur, gegenüber der Grundeigentümerschaft wahren. Diese verdichteten sich in den letzten Jahren nirgends so sehr wie auf Grundstücken und dort wiederum in hohem Masse auf land- und forstwirtschaftlich genutzten Flächen. Die im Agrarrecht gängigen Eigentumsbeschränkungen folgen einer langen Typologie, beginnend bei öffentlich-rechtlichen Produktionsbeschränkungen, Bewirtschaftungsge- und -verboten, Bewirtschaftungsvorschriften bis hin zu Duldungs- und Kontrollpflichten, Bewilligungspflichten und Planungsvorgaben.¹⁹

Diese zum Teil zahllosen Eingriffe mögen jeder für sich gesehen verfassungsrechtlich zulässig sein. Diese Anschauung ändert sich jedoch umgehend, sobald es zur Verhängung mehrerer Einschränkungen kraft öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen kommt. Gerade – aber nicht nur – auf land- und forstwirtschaftlichen Grundflächen sind häufig zahlreiche öffentlich-rechtliche Vorgaben anzutreffen, welche keinesfalls harmonisiert sind, sondern sich überlappen, überschneiden und allenfalls auch aufheben, so dass ein unüberschaubares Wirrwarr an Verpflichtungen vorzufinden ist. Eine kumulierte Betrachtung derselben könnte leicht zu einem Umschlagen der Eingriffsqualität führen bzw. diese aufzeigen.²⁰

Indem die Anzahl der öffentlich-rechtlichen Beschränkungen des Grundeigentums in den letzten Jahren stetig zugenommen hat und weiterhin zunimmt, ist parallel dazu auch das Bedürfnis nach transparenten und öffentlich zugänglichen Informationen über die diversen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen auf einem bestimmten Grundstück in der Gesellschaft gestiegen.²¹ Der Gesetzgeber hat auf das gesteigerte Informationsbedürfnis in Bezug auf die das Grundeigentum belastenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in zweierlei Hinsicht koordiniert reagiert²²: Was die privatrechtlichen dinglichen und realobligatorischen Rechte und Lasten an Grundstücken betrifft, so sind diese heute zuverlässig und im Prinzip vollständig aus dem Grundbuch ersichtlich. Hingegen gingen die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die in der Praxis eine immer zentralere Rolle spielen, bisher nicht oder nur in ungenügender Weise aus dem Grundbuch hervor.²³ Diese unbefriedigende Situation wollte man im Rahmen der Immobiliarsachenrechtsrevision beheben. Nach dem neuen Art. 962 ZGB²⁴ sind das Gemeinwesen oder andere Träger einer öffentlichen Aufgabe seit dem 1. Januar 2012 nicht mehr frei in ihrem Entscheid, ob und welche

¹⁹ Vgl. KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 1 ff.; vgl. auch BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7835 und 7856 f.

²⁰ Zutreffend NORER/HÖRHAGER, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken: ÖREB-Kataster und Eingriffskumulation, Überlegungen zum «Gulliver-Effekt», in: Karin Müller et al. (Hrsg.), Auf zu neuen Ufern, Festschrift für Walter Fellmann zum 65. Geburtstag, Zürich 2021, S. 311 ff.

²¹ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 1; SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1504 und 1508 f.

²² Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUPP, Sachenrecht, Rz. 493b ff. m.w.H.; vgl. auch BOTSCHAFT REGISTER SCHULD BRIEF UND WEITERE ÄNDERUNGEN IM SACHENRECHT (BBI 2007), S. 8779.

²³ SCHMID, Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen, in: ZBGR 91/2010, S. 380 ff.; HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, in: BR 2010, S. 169 ff.; vgl. auch BOTSCHAFT REGISTER SCHULD BRIEF UND WEITERE ÄNDERUNGEN IM SACHENRECHT (BBI 2007), S. 5331 f.

²⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB), SR 220.

öffentlicht-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sie im Grundbuch anmerken lassen wollen, sondern werden neu verpflichtet, für die in Art. 962 Abs. 1 ZGB umschriebenen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen eine Anmerkung vorzusehen.²⁵ Gesetzgeberisch wurde der neue Art 962 ZGB mit dem Geoinformationsgesetz, welches in den Art. 16 ff. GeolG einen Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (ÖREB-Kataster) vorsieht, abgestimmt.²⁶ Die Vorschrift von Art. 16 Abs. 1 GeolG sieht im Sinne eine Koordinations- und Subsidiaritätsklausel vor, dass Gegenstand des Katasters nur diejenigen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches nicht im Grundbuch angemerkt werden. Während nach der herrschenden Lehre in sachlicher Hinsicht das Grundbuch als Publizitätsmittel für *individuell-konkrete*, sich auf ein einzelnes bestimmtes Grundstück beziehende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen dient, dient demgegenüber der ÖREB-Kataster der Publizität der sich nicht aus dem Grundbuch ergebenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen *generell-konkreter* Natur²⁷, die mithin in einem bestimmten Rechtsgebiet (Perimeter) alle Grundstücke gleichermaßen betreffen.²⁸

Der Gesetzgeber ging wie anderenorts erwähnt beim Erlass von Art. 16 Abs. 1 GeolG bereits von der neuen Regelung des Art. 962 ZGB aus, die von beiden Räten am 11. Dezember 2009 beschlossen wurde und in der Folge am 1. Januar 2012 unverändert in Kraft getreten ist.²⁹ Die Schnittstellenproblematik und Abgrenzungsfragen der Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch einerseits und der Führung derselben im ÖREB-Kataster andererseits war bereits im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten Gegenstand diverser Abklärungen, wobei eine möglichst präzise, mithin lückenlose- und redundanzfreie Unterscheidung angestrebt wurde.³⁰ Vorausblickend, dass der Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster im Sinne eines Konglomerats nicht stringent und konsequent vollzogen werden kann, hat der Gesetzgeber mit Art. 129 Abs. 2 GBV eine Kollisionsnorm geschaffen, die verhindern soll, dass durch redundante Informationen Missverständnisse und Lücken entstehen können. Bei öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die im

²⁵ Statt vieler DEILLON-SCHEGG, Handkomm., Art. 962 ZGB N 1; vgl. auch [BGer 1C_750/2013, E. 4. 2](#) (mit Hinweis auf Art. 44 Abs. 2 der Raumplanungsverordnung, SR 700.1).

²⁶ Vgl. SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1509; SCHMID-TSCHIRREN, Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (INR) 12, Bern 2011, S. 21 f.; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144; HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150, die in Bezug auf den Gegenstand der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung allesamt von einer notwendigen Komplementarität von Grundbuch und ÖREB-Kataster ausgehen.

²⁷ Teilweise wird in der Lehre und sogar in den Gesetzesmaterialien im Kontext des ÖREB-Katasters fälschlicherweise festgehalten, dass dieser öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen *generell-abstrakter* Natur zum Inhalt habe. Vgl. etwa PFAMMATTER, OF-Komm., Art. 962 ZGB N 5: «*Gegenstand des Katasters bilden nur diejenigen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung generell-abstrakter Natur, die nach den Vorschriften des ZGB nicht im Grundbuch angemerkt werden* (Art. 16 Abs. 1 GeolG.)» und SCHMID/HÜRLIMANN-KAUPP, Sachenrecht, Rz. 493b: «*Der genannte Kataster wird indessen vorerst nur einige wenige generell-abstrakte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen.*» sowie BOTSCHAFT REGISTER SCHULD BRIEF UND WEITERE ÄNDERUNGEN IM SACHENRECHT (BBI 2007), S. 5332: «*Der in der Botschaft zum Geoinformationsgesetz vorgesehene Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (Art. 16–18 E-GeolG) wird vorerst nur ein paar wenige generell-abstrakte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen des Bundesrechts enthalten.*».

²⁸ Statt vieler PFÄFFLI, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, in: ZBGR 93/2012, S. 394; SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1509.

²⁹ Vgl. LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 10 ff. m.w.H.; PFAMMATTER, OF-Komm., Art. 962 ZGB N 5: BOTSCHAFT REGISTER SCHULD BRIEF UND WEITERE ÄNDERUNGEN IM SACHENRECHT (BBI 2007), S. 8779.

³⁰ Vgl. HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 149 f.; SCHMID-TSCHIRREN, Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (INR) 12, Bern 2011, S. 22.

Grundbuch angemerkt werden sollen und gleichzeitig Gegenstand des ÖREB-Katasters sind, besteht die Anmerkung in einem blossen Hinweis auf den Kataster.³¹ Im Schrifttum wurde die zusätzliche und parallele Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch, die bereits im ÖREB-Kataster geführt werden, wie dies beispielsweise Art. 32dbis USG für Einträge im Kataster der belasteten Standorte vorsieht, zurecht kritisiert, da dies zu und einer systemwidrigen, unübersichtlichen und fehleranfälligen Doppelspurigkeit führt.³²

Der Gesetzgeber hat zwar in Anbetracht der stetig steigenden Anzahl von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen einen Handlungsbedarf im Hinblick auf das Bedürfnis nach vermehrten und niederschwelligen Grundstücksinformationen erkannt und auch gehandelt³³, aber die Umsetzung mit zwei sich ergänzenden Raumkatastern, die beide öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen zum Gegenstand haben, scheint eher umständlich und nicht zielführend. Dass nun der eigens dafür geschaffene ÖREB-Kataster gemäss Art. 16 Abs. 1 GeolG sogar nur subsidiär zum Grundbuch zur Anwendung kommt, dessen Funktion fast ausschliesslich in der Begründung, Änderung und Löschung von privaten dinglichen und beschränkten dinglichen Rechten und Rechtsverhältnissen besteht, scheint systemfremd und nicht überzeugend.³⁴ Diese Ansicht findet alsdann noch Unterstützung in der Doktrin zum Grundbuchrecht, wonach aArt. 962 ZGB und insbesondere die Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen als «Kuckucksei in das Nest der Grundbuchordnung gelegt worden» sei.³⁵ Nicht überzeugend ist ferner auch die sachliche Unterscheidung nach dem Gegenstand, nämlich dass die im Grundbuch angemerkteten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen auf einem *individuell-konkreten* Verwaltungsakt beruhen müssen und jene, die im ÖREB-Kataster geführt werden, auf einem *generell-konkreten* Verwaltungsakt. Bei richtiger Betrachtungsweise handelt es sich bei dieser Differenzierung nicht um eine sachliche betreffend den eigentlichen Inhalt der im Grundbuch angemerkteten und im ÖREB-Kataster geführten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, sondern um eine reine formelle Unterscheidung, nämlich, ob die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung auf einem *individuell-konkreten* oder auf einem *generell-konkreten* Verwaltungsakt basieren.³⁶ Des Weiteren negiert diese rein formelle Unterscheidung auch die Tatsache, dass nicht bloss die im Grundbuch angemerkteten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen grundstück- bzw. parzellenspezifisch dargestellt und abgerufen werden (können), sondern auch jene im ÖREB-Kataster, sei es mittels eines statischen Auszuges, sei es mittels eines dynamischen Auszuges.

³¹ KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 143 f.; vgl. auch FASEL, GBV-Komm., Art. 129 GBV N 1 ff.

³² Vgl. beispielsweise SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 3; MOSHE, Schlussbericht SGP17-BS zum Publikationsorgan, S. 12; MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 77 ff. m.w.H.

³³ SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 1; SCHMID, Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen, in: ZBGR 91/2010, S. 380 ff.; HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, in: BR 2010, S. 169 ff. m.w.H.

³⁴ Zur Kritik am Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster vgl. eingehend MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 12 ff., 50 ff., 82 ff. und 102 ff. m.w.H.

³⁵ Vgl. zutreffend LIVER, in: ZBGR 50/1969, S. 10; kritisch auch FRIEDRICH, Grundbuch und öffentliches Recht, ZBGR 51/1970, S. 209, nach dem die Anmerkung als "Mädchen für alles" herhalten müsse.

³⁶ So aber beispielsweise KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144; HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150; vgl. auch BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7857.

3. Was ist die primäre Aufgabe und Funktion des ÖREB-Katasters, langfristig und in der Einführungsphase?

In der Vergangenheit musste die zahlreichen und stetig wachsende Anzahl von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen regelmässig zeitintensiv und umständlich bei den zahllosen zuständigen Behörden zusammengesucht werden. Dieser Umstand führte mitunter auch dazu, dass sich potenzielle Investoren zurückzogen haben, da sie im Hinblick auf Projekte mit Bezug zu Grund und Boden zu hohe und insbesondere nicht kalkulierbare finanzielle Risiken befürchteten.³⁷ Ganz generell lässt sich festhalten, dass die fehlende Transparenz der unzähligen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu einer Rechtsunsicherheit führt, welche sich auf die in Art. 26 BV verankerte Eigentumsgarantie niederschlägt und den Immobiliensektor als Ganzes tangiert.³⁸ In Anlehnung an die Vorschrift von Art. 680 ZGB werden nämlich die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen weder durch die Anmerkung im Grundbuch, noch durch die Führung im ÖREB-Kataster – den ÖREB-Kataster in der Funktion als Publikationsorgan im Sinne von Art. 2 Abs. 3 ÖREBKV ausgeklammert – begründet, sondern vielmehr mittels Rechtskraft oder Inkraftsetzung des jeweiligen Verwaltungsakts, sei es kraft individuell-konkreter Verfügung oder Verwaltungsvertrages, sei es kraft generell-konkreter Allgemeinverfügung, sei kraft generell abstrakter Rechtsform in Gestalt eins Gesetzes im formellen Sinn oder einer Rechts- oder Verwaltungsverordnung.³⁹

Aufgabe und Hauptfunktion nach Art. 2 Abs. 1 ÖREBKV des ÖREB-Katasters ist es – nota bene de lege lata (noch) subsidiär und in Ergänzung zum Grundbuch und der neu zwingenden Anmerkungsvorschrift in Art. 962 Abs. 1 ZGB i. V. m. Art. 16 Abs. 1 GeolG – zwecks gesteigerter Transparenz und Publizität sowie vermehrter Rechtssicherheit, langfristig möglichst vollständig und konzentriert in einem Raumkataster die diversen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zu verwalten sowie niederschwellig öffentlich darzustellen.⁴⁰ Für die erfolgreiche Umsetzung dieser gesetzgeberischen Zielsetzung sind nach der hier vertretenen Ansicht insbesondere die zwei folgenden Massnahmen konsequent und nachhaltig umzusetzen: Zum einen muss man sich, um auch dem Anspruch der Gesetzesmaterialien und der Doktrin gerecht zu werden, nämlich, dass der ÖREB-Kataster möglichst vollständig und zuverlässig über die zahlreichen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen Auskunft erteilt, an einer möglichst weit ausgelegten Terminologie der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung orientieren.⁴¹ Dieser Ansatz ist denn auch mit der Idee des Gesetzgebers vollauf vereinbar, was unzweifelhaft aus folgender Stelle aus der Botschaft zum Geoinformationsgesetz entnommen werden kann: «*In der Politik lässt sich das*

³⁷ Vgl. ERLÄUTERNDER BERICHT ZUR VERORDNUNG ÜBER DEN KATASTER DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREBKV) vom 2. September 2009, S. 5; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 138.

³⁸ NORER/HÖRHAGER, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken: ÖREB-Kataster und Eingriffskumulation, Überlegungen zum «Gulliver-Effekt», in: Karin Müller et al. (Hrsg.), Auf zu neuen Ufern, Festschrift für Walter Fellmann zum 65. Geburtstag, Zürich 2021, S. 310 ff., SCHMID, Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen, in: ZBGR 91/2010, S. 380 ff.; HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, in: BR 2010, S. 169 ff. m.w.H.

³⁹ REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 15 ff., STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Rz. 1772 ff.; MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 N 34, 58 und 74 ff.; vgl. für ein Baurevers [BGE 111 Ia 182 ff.](#), wobei die Lehre, die Rechtsprechung und sogar das Gesetz in diesen Zusammenhang nur das Grundbuch erwähnt und den ÖREB-Kataster bisweilen (noch) nicht berücksichtigt.

⁴⁰ Vgl. BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7857 und 7859; statt vieler SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 493a.

⁴¹ So auch die herrschende Lehre vgl. statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/ULLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2157; MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 12 ff; vgl. auch eingehend PONT VEUTHEY, De quelques restrictions de droit public à la propriété foncière, in: ZBGR 81/2000, S. 154 ff. m.w.H.

im Kanton Zürich eingereichte Postulat erwähnen, das den Regierungsrat auffordert, auf gesetzlichem Wege einen Kataster einzuführen, der von den Gemeinden verwaltet wird und sämtliche öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen enthält, die im Rahmen von baurechtlichen Verfahren (Baugenehmigungen, Quartierpläne usw.) gemäss dem Raumplanungs- und Baugesetz erlassen wurden; eventuell auch Konzessionen, sowie all jenes, was Einfluss auf das Grundeigentum haben kann, wie etwa alte Deponien, die Beseitigung von Flockenasbest, Inventarisierungen (Kultur- oder Naturdenkmäler) usw. Die Gründe für diesen Regelungsbedarf ergeben sich aus dem Umstand, dass infolge zunehmender öffentlich-rechtlicher Massnahmen im Bereich des Grundeigentums, die nicht systematisch dokumentiert und darüber hinaus schwer zugänglich sind, die Rechtssicherheit stark gelitten hat.».

Zum anderen muss es ferner de lege ferenda auch das übergeordnete Ziel sein, will man der Rechtssicherheit und Kundenfreundlichkeit gebührend Rechnung tragen, dass zukünftig die verschiedenen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen grundsätzlich in einem einzigen Raumkataster, dem ÖREB-Kataster, geführt und dargestellt werden. Dies hätte letztlich zur Folge, dass der in Art. 16 Abs. 1 GeolG sanktionierte Dualismus⁴² von Grundbuch und ÖREB-Kataster zugunsten des Letzteren und nach dem Vorbild des Grundbuch- und Vermessungsamtes des Kantons Basel-Stadt aufgehoben würde.⁴³

Nur wenn es langfristig gelingen sollte, in Anlehnung an eine expansive Auslegung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung möglichst vollständig – und nota bene kastasterübergreifend – die zahlreich auf einem Grundstück lastenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, sei es kraft Bundesrecht, sei es kraft kantonalem und kommunalem Recht, gebündelt im ÖREB-Kataster zu verwalten und darzustellen, kann das übergeordnete Ziel des eidgenössischen Gesetzgebers nach mehr Transparenz und Informationen von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen und damit verbunden nach mehr Rechtssicherheit im Immobilienverkehr erreicht werden.⁴⁴ Diese Anschauung findet auch ihre Bestätigung in einer Studie, die swisstopo vor knapp 20 Jahren in Auftrag gegeben hatte. Die Autorenschaft dieser Studie definierte die Anforderungen an den künftigen Kataster, indem dieser zuverlässig und verbindlich sein sollte, mithin rechtlich relevant, öffentlich zugänglich, systematisch und vollständig, flächendeckend über ein bestimmtes Gebiet, klar und eindeutig beschrieben und aktuell mittels laufender Nachführung.⁴⁵

⁴² Zur Kritik am Dualismus MosHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 12 ff., 50 ff. und insbes. 82 ff. und 102 ff. m.w.H.; vgl. bereits zur Kritik am Dualismus MosHE, Schlussbericht zum Schwergewichtsprojekt i. S. ÖREB-Kataster Nr. SGP17-BS (Publikationsorgan), S. 11 f.

⁴³ Vgl. dazu § 9 Abs. 1 KÖREBKV-BS, Kantonale Verordnung über den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (SG 214.307): «Grundsätzlich werden öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen im ÖREB-Kataster geführt.».

⁴⁴ SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1509; SCHMID-TSCHIRREN, Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (INR) 12, Bern 2011, S. 17 ff. m.w.H.

⁴⁵ Vgl. MEYER, Raumkataster, S. 2 ff. In diesem Bericht wurde der Begriff «Raumkataster» verwendet, welcher von LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 5) folgendermaßen definiert wird: «Ein Raumkataster ist ein öffentlich zugängliches Verzeichnis von Daten, welche die rechtliche Situation (grundeigentümer- sowie behördensverbindlich) in Bezug auf räumliche Objekte darstellt. Die Darstellung kann in einem Plan (graphisch), in Textform oder gemischt erfolgen. (...).».

Dass dieses übergeordnete Ziel des eidgenössischen Gesetzgebers nach einem möglichst vollständigen und flächendeckenden ÖREB-Kataster nur langfristig umgesetzt wird, liegt aufgrund der grossen und derzeit (noch) fehlenden systematische Katalogisierung und daher nur schwer überschaubaren Anzahl öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung kraft Bundesrecht und kantonalem Recht auf der Hand.⁴⁶ Mehrere Studien haben alsdann aufgezeigt, dass es in einer ersten Phase nicht möglich sei, alle öffentlich- rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in der Schweiz zu erfassen, selbst wenn man sich nur auf bundesrechtliche, mittelbare und gegenüber Dritten relevante öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen beschränkte.⁴⁷ Gemäss den genannten Studien kommt alsdann erschwerend hinzu, dass es keine klare und einheitliche rechtliche Definition solcher Eigentumsbeschränkungen gibt, insbesondere wegen der nicht immer eindeutigen Abgrenzung zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht sowie der Problematik der Doppelnormen.⁴⁸

Eine Priorisierung bzw. eine Einführung von Fallgruppen war die notwendige Folge der grossen und nur schwer überschaubaren Anzahl von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen. Im Rahmen eines einschlägigen Berichts aus dem Jahre 2004, in welchem untersucht wurde, welche öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in der Schweiz denn überhaupt vorhanden sind, wurden diese in vier Fallgruppen unterteilt.⁴⁹ Die diversen eruierten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen wurden anhand mehrerer Kriterien genauer qualifiziert, wie beispielsweise Qualifizierung nach Inhalt – Pflicht oder Recht für die Eigentümerschaft auf eine Leistung, Behörden- oder Eigentümerverbindlichkeit, graphische Darstellung – Maßstab, Parzellenbezug, Beschränkung der Nutzung oder der Verfügungsfreiheit. Im Gesamten konnten alsdann allein 158 öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen der bundesrechtlichen Gesetzesbestimmungen ausfindig gemacht werden.⁵⁰

Aufgrund der skizzierten Auslage wird in der Vorschrift von Art. 16 Abs. 2 GeoIG dem Bundesrat die Zuständigkeit übertragen, die Geobasisdaten des Bundesrechts festzulegen, die im ÖREB-Kataster geführt werden sollen. Der Bundesrat hat gestützt auf diese Kompetenzdelegation im Anhang 1 f zur GeolV jene Geobasisdaten des Bundesrechts, die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen darstellen, bestimmt, die Gegenstand des ÖREB-Katasters sein sollen.⁵¹ Die Auswahl dieser für die Einführungsphase des ÖREB-Katasters 17 und bis dato auf 22 enumerierten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen erfolgte in der Annahme, dass diese selektierten Eigentumsbeschränkungen für den Immobilienverkehr von besonderer Bedeutung sind.⁵²

Es kann erfreulicherweise festgestellt werden, dass der ÖREB-Kataster inzwischen in 26 Kantonen (inkl. FL) eingeführt wurde. Er ist jedoch noch nicht in allen Kantonen flächendeckend verfügbar. Nach der nun erfolgreich abgeschlossenen Einführungsphase des ÖREB-Katasters

⁴⁶ In diesem Sinne auch WINIKER/MEYER, Praktische Umsetzung des Raumkatasters – Teil öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, S. 8 ff. m.w.H.

⁴⁷ Vgl. LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 17, 23 ff. und 38; KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 4; ZUFFEREY, Cadastre national des restrictions de droit public à la propriété foncière, loi fédérale sur la géoinformation et valeur juridique des documents graphiques, in: BR 2007, S. 4 ff. m.z.H.

⁴⁸ KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 4 ff.; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 141; **a. M.** LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 26.

⁴⁹ KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 4 f. m.w.H.

⁵⁰ KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 12 ff. m.w.H.

⁵¹ Statt vieler KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 142.

⁵² Vgl. ERLÄUTERNDER BERICHT ZUR VERORDNUNG ÜBER DEN KATASTER DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREBK) vom 2. September 2009, S. 20; vgl. auch HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeoIG), in: AJP 2010, S. 150.

und nach der in Art. 43 Abs. 1 GeolG statuierten im Jahre 2021 erfolgten Evaluation scheint jetzt auch der richtige Zeitpunkt, Erweiterungen des ÖREB-Katasters zu erörtern und zu prüfen.⁵³ In besagter Evaluation wurde im Schlussbericht ferner festgehalten, dass zum einen die Aufhebung des Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster im Sinne von Art. 16 Abs. 1 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV und damit verbunden die Beseitigung der Doppelspurigkeit geprüft werden solle. Zum anderen solle der ÖREB-Kataster derart ergänzt werden, dass seine Inhalte auch in einem zukünftigen Portal zu Grundstücksinformationen inklusive «behördenverbindlichen» Beschränkungen publiziert werden könnten.⁵⁴ Beide im Evaluationsbericht zum ÖREB-Kataster vorgeschlagenen Änderungsanträge haben eine Erweiterung der Inhalte des ÖREB-Katasters zum Gegenstand. Während es sich bei der Auflösung des Dualismus zwischen dem Grundbuch und ÖREB-Kataster zugunsten der Prämisse eines «ÖREB-Katasters first» quasi nach dem Vorbild des Kantons Basel-Stadt um eine eigentliche Erweiterung des ÖREB-Katasters handelt, trifft das für den zweiten genannten Änderungsvorschlag des Evaluationsberichts gerade nicht zu. Denn orientiert man sich an einem (möglichen) extensiven Inhalt des ÖREB-Katasters, welchen der Gesetzgeber in der Botschaft zum Geoinformationsgesetz auch langfristig als übergeordnetes Ziel postuliert hatte, nämlich, dass der ÖREB-Kataster möglichst vollständig über die zahlreichen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zuverlässig Auskunft geben soll, so handelt es sich beim Änderungsvorschlag, dass im ÖREB-Kataster zukünftig auch Grundstückinformationen inklusive «behördenverbindliche» Beschränkungen publiziert werden sollen, nicht um eine den ÖREB-Kataster ergänzende, sondern vervollständigende Massnahme.

Vor dem Hintergrund dieser Tatsache wird denn auch in diesem Schlussbericht richtigerweise einheitlich die Terminologie der vervollständigenden Massnahmen verwendet, während im Bericht zur «Evaluation zum ÖREB-Kataster» noch – in Anlehnung an das Prüfungs raster für die (neuen) Inhalte des ÖREB-Katasters – noch von ergänzenden Massnahmen die Rede war.⁵⁵

⁵³ Auch in der EVALUATION DES KATASTERS FÜR ÖFFENTLICH-RECHTLICHE EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREB-KATASTER): ERHEBUNG 2021, S. 46 ff. wurden Erweiterungen – nota bene noch im Kontext des aktuellen Begriffs der öffentlich-rechtlichen EIGENTUMSBESCHRÄNKUNG – thematisiert bzw. gewünscht.

⁵⁴ Vgl. BERICHT «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 6 und 21.

⁵⁵ Vgl. BERICHT «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 6 und 21.

4. Was sind öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen?

Da, wie es der Name des Katasters schon vermuten lässt, Dreh- und Angelpunkt des ÖREB-Katasters die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, scheint es an dieser Stelle zielführend, sich genauer mit dieser Begrifflichkeit⁵⁶ auseinanderzusetzen und eine – expansive – Definition zu bestimmen, die dem gesetzgeberischen Willen nach einem möglichst vollständigen ÖREB-Kataster auch gebührend Rechnung trägt. Schon hier sei angemerkt, dass dieses übergeordnete Ziel bei der Auslegung und Weiterentwicklung des ÖREB-Katasters (zu arg) in den Hintergrund getreten ist.⁵⁷

4.1. Der Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nach Bundesgericht und Lehre⁵⁸

In den Vorarbeiten zum ÖREB-Kataster wurde in diversen Berichten und wissenschaftlichen Abhandlungen festgehalten, dass es keine präzise und einheitliche rechtliche Definition von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gäbe. Dass diese Annahme im Ergebnis unzutreffend und unbegründet ist, zeigt ein genauerer Blick in die Kasuistik der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in die Doktrin.⁵⁹

Der hier massgebliche und in der Vorschrift von Art. 680 Abs. 1 ZGB verwendete unbestimmte Begriff «gesetzliche Eigentumsbeschränkung» erfasst sowohl unmittelbare privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Beschränkungen – und zwar unmittelbare sowie mittelbare des Grundeigentums, wobei hier nur die letzteren genauer betrachtet werden sollen.⁶⁰

Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen sind im Sinne einer expansiven Auslegung all jene staatlichen Eingriffe, durch die das Eigentum nicht wie durch eine formelle Enteignung entzogen wird, sondern die aus dem Eigentum abgeleiteten Nutzungs- und Verfügungsbefugnisse durch das öffentliche Recht beschränkt werden.⁶¹ Im Schweizerischen Zivilgesetzbuch wird in den Vorschriften von Art. 699, Art. 703, Art. 711 und Art. 712 ZGB unmittelbar und bei weitem nicht abschliessender Weise, sondern vielmehr exemplarisch Bezug zu diesen genommen.⁶² Ferner wird in Art. 702 und 705 ZGB die Kompetenz von Bund, Kantonen und Gemeinden zum Erlass bestimmter öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen in Gestalt eines unechten Vorbehalts im Gesetz ausdrücklich normiert.⁶³ Einen Sonderfall stellen alsdann die sogenannten Doppelnormen dar, welche sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen enthalten und vom Gemeinwesen im Rahmen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens und von Privaten des

⁵⁶ Zum Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung vgl. PONT VEUTHEY, *De quelques restrictions de droit public à la propriété foncière*, in: ZBGR 81/2000, S. 154 ff. m.z.H.

⁵⁷ Vgl. BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7817 und 7856 f.

⁵⁸ Vgl. KNOEPFEL/WEY, *Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB)*, S. 19; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 140.

⁵⁹ In diesem Sinne auch LIENHARD/ZUMSTEIN, *Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen*, S. 22 ff. m.w.H.

⁶⁰ Statt vieler MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 74 ff. m.w.H.

⁶¹ Statt vieler FLEINER-GERSTER, *Grundzüge des allgemeinen schweizerischen Verwaltungsrechts*, § 33 Rz. 1; HÄFELIN/MÜLLER/ULLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Rz. 2157.

⁶² Statt vieler REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 4; STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, Rz. 1959a; vgl. auch [BGE 118 I^b 417 ff., 422 E. 1c.](#)

⁶³ Statt vieler REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 4 und 9.

Zivilprozesses durchzusetzen sind.⁶⁴ Soweit hier ersichtlich finden die diversen bestehenden Doppelnormen aktuell im ÖREB-Kataster (noch) keine Berücksichtigung.⁶⁵

Der in Art. 680 Abs. 1 ZGB sanktionierte Grundsatz, wonach gesetzliche Eigentumsbeschränkungen ohne einen konstitutiven bzw. begründeten Eintrag im Grundbuch bestehen, gilt uneingeschränkt für solche öffentlicher Rechtsnatur.⁶⁶ Obwohl in dem Gesetzeswortlaut von Art. 680 Abs. 1 ZGB nur das Grundbuch genannt wird, muss dieser Grundsatz aufgrund der Koordinationsnorm von Art. 16. Abs. 1 GeolG uneingeschränkt oder zumindest sinngemäss auch für den ÖREB-Kataster Geltung beanspruchen.⁶⁷ Im Unterschied zu den privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen entstehen sämtliche öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, mithin die unmittelbar sowie mittelbar ohne einen Eintrag im Grundbuch und ohne Führung – die Funktion als Publikationsorgan ausgeklammert⁶⁸ – im ÖREB-Kataster.⁶⁹

Unmittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen sind *generell-abstrakte* Normen, die ohne Weiteres kraft Gesetzes im formellen Sinn oder Verordnung bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen unmittelbar Wirkung entfalten, indem sie die aus dem Eigentum an einem bestimmten Grundstück fliessenden Nutzungs- und Verfügungsbefugnisse beschränken, ohne dass es dazu einen speziellen und prosequierenden behördlichen Vollzug bedürfte.⁷⁰ Als Folge dieser direkten Wirkung werden diese unmittelbar öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht nur gegenüber der eigentlichen Eigentümerschaft, sondern ebenso gegenüber den Inhabenden beschränkter dinglicher Rechte, wie insbesondere Dienstbarkeitsberechtigten, wirksam, und zwar ohne weiteren Begründungsakt und mithin auch ohne einen Eintrag im Grundbuch und ÖREB-Kataster.⁷¹ Bereits hier sei erwähnt, dass derzeit im ÖREB-Kataster unmittelbar öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen noch keine Berücksichtigung finden, weil es (angeblich) an einer erforderlichen Geometrie fehlen würde.⁷²

Die mittelbaren privatrechtlichen Eigentumsbeschränkungen vermitteln dem Berechtigten blass einen konstitutiven Anspruch auf Einräumung eines Rechts, wie beispielsweise das in Art. 837 ff. ZGB statuierte Bauhandwerkerpfandrecht, und werden mithin von der Bestimmung von Art. 680 Abs. 1 ZGB nicht erfasst.⁷³ Mittelbare gesetzliche Eigentumsbeschränkungen öffentlich-rechtlicher Natur werden demgegenüber von 680 Abs. 1 ZGB erfasst und entstehen deshalb ohne einen konstitutiven bzw. rechtsbegründenden Eintrag im Grundbuch oder ÖREB-Kataster und mithin ausserhalb der beiden Kataster.⁷⁴ Grund dafür ist, weil mit diesen ein übergeordnetes öffentliches Interesse verbunden ist, welches sich mit einem rechts-

⁶⁴ Vgl. SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Rz. 920 ff. m.w.H.; LIVER, SPR V/I, S. 196 f. und 279; MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 699 ZGB N 4, 13 und 22; vgl. auch BGE 106 Ia 84 ff., 86 E. 3a; BGE 106 Ib 47 ff., 48 E. 4a; BGE; 96 I 97 ff., 102 f. E. 2 f.

⁶⁵ LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 25 f.; KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 7.

⁶⁶ REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 15 f.; DESCHEAUX, SPR V/3, II, S. 714 f.

⁶⁷ Weder in der Gesetzgebung, noch in der Rechtsprechung und der Lehre wird bedauerlicherweise von diesem rechtlichen Umstand derzeit Notiz genommen, geschweige diesen Rechnung getragen.

⁶⁸ Zur Wirkung des ÖREB-Kataster in Funktion als Publikationsorgan vgl. MOSHE, Schlussbericht zum Schwergewichtsprojekt i. S. ÖREB-Kataster Nr. SGP17-BS (Publikationsorgan), S. 3 ff. und 10 f.

⁶⁹ GÖSKU, Handkomm., Art. 680 ZGB N 5 und 9; MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 73.

⁷⁰ Statt vieler REY, Sachenrecht, Rz. 1209 ff. m. w. H.

⁷¹ MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 58; REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 6.

⁷² So etwa KETTIGER, in: cadastre No 27, S. 16; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144; HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150.

⁷³ REY, Sachenrecht, Rz. 595 ff.; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Rz. 1761 ff.

⁷⁴ GÖSKU, Handkomm., Art. 680 ZGB N 10; REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 15.

begründenden Eintrag im Grundbuch oder ÖREB-Kataster nicht vereinbaren liesse.⁷⁵ Andernfalls hätte dies zur Folge, dass die nicht in das Grundbuch oder den ÖREB-Kataster eingetragenen zahlreichen mittelbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen einem gutgläubigen Erwerbenden eines dinglichen Rechts nicht entgegengehalten werden könnten.⁷⁶ Immerhin werden diese aus Gründen der Rechtssicherheit und der Transparenz im Grundbuch angemerkt oder im ÖREB-Kataster geführt.⁷⁷ Dies aktuell jedoch nur unter den restriktiven Voraussetzungen, welche im Hinblick auf die Vorschrift von Art. 962 und die Praxis für den ÖREB-Kataster erfüllt sein müssen.⁷⁸

Während die unmittelbar öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen beim Vorliegen der tatbestandsmässigen Voraussetzungen ohne Weiteres kraft Gesetzes oder Verordnung wirksam werden, entstehen die mittelbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch einen entsprechenden Verwaltungsakt.⁷⁹ Dabei ist ganz unerheblich, ob sich die Vollzugshandlung des Gemeinwesens auf ein Gesetz im formellen Sinn oder eine Rechts- oder Verwaltungsordnung abstützt.⁸⁰ Nicht massgebend ist ferner die Tatsache mittels welches Verwaltungsakts die mittelbare öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung rechtswirksam erklärt wird, mithin ob sich das Gemeinwesen einer *individuell-konkreten* Verfügung, einer *generell-konkreten* Allgemeinverfügung oder sogar einer *generell-abstrakten* Verwaltungsverordnung bedient, die wiederum ein Gesetz im formellen Sinn oder eine Rechtsverordnung ergänzend konkretisiert.⁸¹

4.2. Rechtliche Qualifikation von behördlichen Einschränkungen

Die Behördlichenverbindlichkeit gilt im Schrifttum als unbestimmter und teilweise unglücklicher Rechtsbegriff wobei folgende Umschreibung aus der Verwaltungsrechtslehre einen guten ersten Überblick vermittelt: «*Verwaltungsverordnungen sind Weisungen vorgesetzter Instanzen an ihre Untergebenen über die Art und Weise wie Zuständigkeiten der Verwaltung auszufüllen sind. Derartige Weisungen haben generell-abstrakten Charakter, richten sich aber nur an die internen Instanzen. Diese Verwaltungsanweisungen haben sicher nicht die gleiche Geltungskraft wie die Verordnungen im eigentlichen Sinne. Faktisch kommt ihnen aber eine überaus entscheidende Bedeutung zu. Die unterstellten Verwaltungsorgane werden sich nämlich an die ihnen von der übergeordneten Instanz vorgegebenen Weisungen halten. Die Weisungen sind nicht publiziert, der Betroffene weiß oft davon nichts. Deshalb ist es für ihn oft recht schwierig, den Entscheid begründet anzufechten (...) ...»⁸²*

4.2.1. Die Verwaltungsverordnung als «graue Eminenz»

Wenn in der Doktrin und auch der Praxis von Verordnungen gesprochen wird, ist damit unweigerlich und ausschliesslich die Rechtsverordnung Gegenstand der Thematik. Den

⁷⁵ MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 74 ff.; vgl. auch [BGE 111 Ia 182 ff., 183 E. 4.](#)

⁷⁶ Statt vieler DESCHENAUX, SPR V/3, II, S. 715; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUPP, Sachenrecht, Rz. 928.

⁷⁷ SCHMID, Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen, in: ZBGR 91/2010, S. 380 ff.; HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, in: BR 2010, S. 170 ff.

⁷⁸ Vgl. dazu SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 3a ff. m.w.H.; KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 15 f. m.w.H.

⁷⁹ REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 15 f.; STEINAUER, Les droits réels, Tome II, Rz. 1763 ff.; REY, Sachenrecht, Rz. 1223.

⁸⁰ Statt vieler GöSKU, Handkomm., Art. 680 ZGB N 2 und 9 f.

⁸¹ Vgl. MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 51 ff. m.z.H. Für die aufgrund des Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster notwendige Triage, in welchen der beiden Raumkataster eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung aufzunehmen ist, ist wiederum die Differenzierung des rechtsbegründenden Verwaltungsakts massgebend.

⁸² Zutreffend FLEINER, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, S. 76.

Gesetzten und Rechtsverordnungen wird die volumfängliche Aufmerksamkeit der Rechtsetzungslehre ausgeschüttet.⁸³ Es ist ganz allgemein bekannt, was ein Gesetz im formellen Sinn und eine Rechtsverordnung ist und welche legistischen Grundsätzen sie im Wesentlichen zu erfüllen haben.⁸⁴ Selbstredend kennen selbst die wenigsten Rechtsgelehrten die Inhalte der zahlreichen Gesetze und Rechtsverordnungen auswendig, hingegen ist notorisch bekannt, dass alle Gesetze und Rechtsverordnungen der Publikation zugänglich gemacht werden müssen, und in der Folge von Interessierten in den einschlägigen Gesetzessammlungen eingesehen werden können.⁸⁵

Ganz anders verhält sich die Ausgangssituation im Kontext der Verwaltungsverordnungen aus. Obwohl die Verwaltungsverordnungen in allen Verwaltungen in grosser Zahl anzutreffen sind, führen sie ein Schattendasein. Der Gesetzgeber publiziert sie (meist) nicht, die Gerichte beachten sie (vielleicht) nicht und die Rechtsetzungslehre kennt sie nicht. Die verwaltungsrechtlichen Aspekte von Verwaltungsverordnungen sind zwar Gegenstand einiger Abhandlungen und zahlreicher Gerichtsentscheide; dennoch sind viele Punkte offen oder unklar. Für die Rechtsetzungslehre und auch die Rechtsprechung ist die Verwaltungsverordnung kaum – mit wenigen Ausnahmen⁸⁶ – ein Thema.

4.2.2. Begriff, Funktion und rechtliche Grundlage der Verwaltungsverordnung

Verwaltungsverordnungen (Richtlinien, Reglemente, Weisungen, Konzepte oder eben auch **behördenverbindliche Anordnungen** genannt) sind generelle Anweisungen einer vorgesetzten Behörde an ihr unterstellte Behörden.⁸⁷ Sie können entweder die interne Organisation (organisatorische Verwaltungsverordnungen) oder aber den Vollzug (vollzugslenkende/verhaltenslenkende Verwaltungsverordnung, Verwaltungsverordnung mit Aussenwirkungen) betreffen.⁸⁸

Im Schrifttum und in der Praxis werden verschiedene Arten von Verordnungen unterschieden; Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen, selbstständige und unselbstständige Verordnungen sowie gesetzesvertretende Verordnungen und Vollziehungsverordnungen⁸⁹, wobei in der rubrizierten Angelegenheit vor allem die Unterscheidung von Rechtsverordnungen und Verwaltungsverordnungen interessiert, Rechtsverordnungen enthalten Rechtsnormen, welche mit unmittelbarer Wirkung Rechte und Pflichten von Privaten begründen oder Verfahren und Organisation von Behörden regeln. Sie richten sich an die Allgemeinheit.⁹⁰ Sie sind wie Gesetze im formellen Sinn in den amtlichen Gesetzessammlungen zu publizieren, damit sie

⁸³ Zur (wichtigen) Bedeutung der Verwaltungsverordnung vgl. eingehend ULLMANN/HOFSTETTER, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: ZBI 113/2012, S. 455 ff. m.z.H.

⁸⁴ Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 138 ff.

⁸⁵ Statt vieler MÜLLER, BV-Komm., Art. 4 BV N 73; **BGE 120 Ia 1 ff., 8 E. 4b.**

⁸⁶ Vgl. eingehend dazu MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, S. 198 ff. m.w.H.

⁸⁷ Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, Allgemeines Bundesstaatsrecht, Rz. 601 und 1852 ff.

⁸⁸ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Allgemeines Bundesstaatsrecht, Rz. 1854; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 123 f.; vgl. auch PFISTERER, Verwaltungsverordnungen des Bundes, S. 75 ff., der bei den verhaltenslenkenden Verwaltungsverordnungen noch eine feingliedrigere Unterteilung vornimmt und zwischen ermessenslenkende, norminterpretierende, normkonkretisierende und normergänzende Verwaltungsverordnungen unterscheidet.

⁸⁹ Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, Allgemeines Bundesstaatsrecht, Rz. 1854 ff. m.z.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 118 ff. m.z.H.

⁹⁰ Statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 120.

Rechtsverbindlichkeit für die Privaten erlangen (vgl. Art. 2 Bst. c-e i.V.m. Art. 8 Abs. 1 PublG⁹¹). Ihr Erlass erfordert eine Grundlage in der Verfassung oder in einem Gesetz im formellen Sinn.⁹²

Umstritten ist ferner die Qualifizierung von Bestimmungen und Anleitungen *generell-abstrakten* Inhalts, festgehalten etwa in Merkblättern, Broschüren, Rundschreiben etc., mit denen eine Behörde ihre Praxis für sich selbst oder für Dritte kodifiziert und kommuniziert.⁹³ Eine klare Abgrenzung zu den (vollzugslenkenden) Verwaltungsverordnungen scheint jedoch aus folgendem Grund nicht möglich: Wenn beispielsweise im Bereich der Steuern des Bundes die Eidgenössische Steuerverwaltung (ESTV) Merkblätter publiziert, so richten sich diese einerseits an die kantonalen Steuerverwaltungen, die mit dem Vollzug der Bundesgesetzgebung befasst sind, aber andererseits in Gestalt von vollzugslenkenden Verwaltungsverordnungen (typischerweise Kreisschreiben) auch an Private wie private Steuerpflichtige, Banken, Treuhänder, Versicherungen etc.⁹⁴ Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich Merkblätter und Kreisschreiben in ihrer normativen Wirkungen kaum unterscheiden, sowie es regelmäßig dem Zufall geschuldet sein wird, ob sich die erlassende Behörde einer Verwaltungsverordnung im engeren Sinne oder einer Mitteilung an Private bedient, scheint es indiziert und zielführend, von einem weiten Verständnis von Verwaltungsverordnungen auszugehen, und zwar im Sinne eines Sammelbeckens für sämtliche generell-abstrakten Regelungen, die nicht auf der Stufe des Gesetzes oder der Rechtsverordnung zu finden sind.⁹⁵

Einigkeit herrscht in der Doktrin und Rechtsprechung wiederum über die Funktion und Aufgabe von Verwaltungsverordnung, nämlich in der Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis und damit einhergehend die Gewährleistung von Rechtssicherheit.⁹⁶ Der Vereinheitlichungsbedarf kann aus dem Umstand resultieren, dass die rechtliche Grundlage – aus einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung – entweder zu abstrakt oder aber zu schwer verständlich ist. Während im ersten Fall die Verwaltungsverordnung eine «normierende» übernimmt, kommt ihr im zweiten Fall eine erläuternde Funktion.⁹⁷

Eine spezifische gesetzliche Grundlage zum Erlass von Verwaltungsverordnungen ist nicht erforderlich. Vielmehr ergibt sich die rechtliche Befugnis, diese zu erlassen aus der allgemeinen Vollzugskompetenz und im Falle von Anweisungen einer vorgesetzten Behörde an ihr untergeordnete Stellen auch aus dem Hierarchieprinzip.⁹⁸

4.2.3. Rechtlich Bedeutung und Würdigung der Verwaltungsverordnung

Die rechtliche Bedeutung von Verwaltungsverordnungen ist in der Lehre, sofern sich diese dieser Thematik überhaupt annimmt, grösstenteils umstritten und von der Rechtsprechung leider weitgehend (noch) ungeklärt. Bei den Gerichten lassen sich Unsicherheiten hinsichtlich der (rechtlichen) Behandlung von Verwaltungsverordnungen ausmachen. Ausserdem ist

⁹¹ Vgl. das Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG), SR 170.512.

⁹² HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 146 ff.

⁹³ Vgl. KÖLZ/BOSCHART/RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 50 Rz. 58.

⁹⁴ Vgl. OESCH-BANGERTER/KÜPFER, Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht II/3, Art. 31 StR N 8.

⁹⁵ Vgl. in diesen Sinne auch BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung, Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBI 98/1997, S. 16 f. m.w.H.

⁹⁶ Statt vieler BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung, Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBI 98/1997, S. 4; **BGE 128 I 167 ff., 171 E. 4.3.**

⁹⁷ Vgl. MÜLLER, Elemente einer Rechtssetzungsllehre, Rz. 279 ff. m.z.H.

⁹⁸ **BGE 130 I 140 ff., 147 f. E. 4.3.1;** SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz, Art. 38 RVOG N 3 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 1232; BIAGGINI, BV-Komm., Art. 182 BV N 13 f.

insbesondere auch die (rechtliche) Verbindlichkeit von Verwaltungsverordnungen ungeklärt, sei es für Verwaltungsbehörden, sei es für Private, inklusive der Frage, inwieweit sich Private zu ihren Gunsten auf eine Verwaltungsverordnung berufen können (sog. Rechtsschutz aus Verwaltungsverordnungen), und im Folgenden näher darauf einzugehen. Relativ unbestritten ist indes die Praxis im Bereich der direkten Anfechtbarkeit (abstrakte Normenkontrolle) bzw. indirekten Anfechtbarkeit (konkrete Normenkontrolle) von Verwaltungsverordnungen.

4.2.3.1 Direkte Anfechtbarkeit von Verwaltungsverordnungen

In einem wegweisenden höchstgerichtlichen Entscheid zur Organentnahme hat das Bundesgericht für die direkte Anfechtbarkeit von Verwaltungsverordnungen kumulativ zwei zu erfüllende Forderungen aufgestellt: Zum einen, dass die Verwaltungsverordnung sogenannte Aussenwirkungen entfalten muss, und zum anderen, dass im Einzelfall keine indirekte Anfechtungsmöglichkeit im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle bestehen darf.⁹⁹

Das Bundesgericht misst einer Verwaltungsverordnung eine Aussenwirkung zu, wenn diese die Rechtsstellung von Bürgerinnen und Bürgern zwar nicht direkt, aber zumindest indirekt umschreibt und diese daher in rechtlich geschützten Interessen tangiert. Als zweite Voraussetzung darf ein konkreter Anwendungsfall nicht anfechtbar sein. Ergeht im Einzelfall eine Verfügung, deren Anfechtung den Betroffenen möglich und zumutbar ist, entfällt die Möglichkeit der direkten Anfechtung der Verwaltungsverordnung.¹⁰⁰ Im Bereich der Organentnahme im Spital war bzw. ist das Fehlen einer derartigen Anfechtungsmöglichkeit augenscheinlich. Demgegenüber ist es nach der überwiegenden Lehre beispielsweise bei Weisungen der Steuerverwaltung oder bei Sozialhilferichtlinien den Betroffenen ohne Weiteres zumutbar, den Erlass einer Verfügung abzuwarten und alsdann im Rahmen der Anfechtung des konkreten Verwaltungsaktes auch die zugrundeliegende Verwaltungsverordnung auf deren Richtigkeit oder richtige Anwendung zu überprüfen. Diese beiden kumulativen Voraussetzungen – eine zumindest indirekte Aussenwirkung und das Fehlen einer zumutbaren Anfechtungsmöglichkeit im Einzelfall sind denn auch ständige Praxis des Bundesgerichts.¹⁰¹

Ein Teil der Lehre hingegen äusserst sich kritisch zur bundesgerichtlichen Unterscheidung von Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkungen und solchen mit blossem Innenwirkungen. Es wird in diesem Kontext mit guten Gründen ausgeführt, dass es für die Privaten nicht von Belang sei, ob ein bestimmter Einzelakt auf einer sie unmittelbar berechtigenden oder verpflichtenden Bestimmung beruht oder sich auf eine Veraltungsvorschrift stützt, die nur für die Behörden verbindlich ist.¹⁰² Nach der hier vertretenen Ansicht findet dieser Gedanke von diesem Teil der Doktrin vollumfänglich Zustimmung und lässt sich sogar noch auf die Unterscheidung zwischen

⁹⁹ Vgl. [BGE 98 Ia 508 ff.](#)

¹⁰⁰ [BGE 128 I 167 ff., 172 E. 4.3](#): «In Anbetracht des Umstandes, dass Verwaltungsverordnungen auf die Rechtsstellung der Bürger zurückwirken können, wurde später die staatsrechtliche Beschwerde zugelassen, wenn die Verwaltungsverordnung so genannte Aussenwirkungen entfaltet und die Rechtsstellung des Bürgers, wenn auch nicht direkt, so zumindest indirekt umschreibt und ihn daher in rechtlich geschützten Interessen berührt. (...). Danach können Verwaltungsverordnungen direkt und abstrakt mit staatsrechtlicher Beschwerde angefochten werden, soweit die darin enthaltenen Anweisungen an die Verwaltungsorgane zugleich geschützte Rechte des Bürgers berühren und damit so genannte Aussenwirkungen entfalten (vgl. [BGE 102 Ia 533 E. 1 S. 536; BGE 98 Ia 508 E. 1 S. 510 f.](#)). Nach der Rechtsprechung entfällt indessen die Anfechtbarkeit auch unter solchen Umständen, wenn in dem durch die Verwaltungsverordnung geregelten Bereich Verfügungen ergehen, gegen die sich der Betroffene auf dem üblichen Beschwerdeweg zur Wehr setzen kann.».

¹⁰¹ Vgl. [BGE 128 I 167 ff., 172 E. 4.3](#) m.w.H.; [BGE 129 I 402 ff.](#), nicht publ. E. 1.

¹⁰² Vgl. zutreffend MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, S. 197 f. m.w.H.

Rechtsverordnung und Verwaltungsverordnung weiterspinnen, zumal es für die Bürgerin und den Bürger ganz und gar unerheblich sein wird, ob er in seinen Rechten im Kontext zu tatsächlichem oder potentiell Grundeigentum unmittelbar durch eine Rechtsverordnung oder mittelbar durch eine Verwaltungsverordnung bzw. behördenverbindliche Weisung eingeschränkt wird.

4.2.3.2 Verwaltungsverordnung als Rechtsquelle?

Grundsätzlich oder eigentlich fast ausschliesslich wird Verwaltungsverordnungen im Zuge von Bemerkungen, wie beispielsweise Verwaltungsverordnungen seien keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, sie verfügen über keinerlei Gesetzeskraft oder seien keine verbindlichen Rechtssätze, jegliche Normativität abgesprochen.¹⁰³ Durch eine solche Würdigung verkommen Verwaltungsverordnungen zu ausschliesslichen Vollzugshilfen, was für die rechtsanwendenden Behörden wiederum bedeutet, dass sie bei der Begründung ihrer Verfügung nicht bloss auf die Verwaltungsverordnung verweisen darf, sondern diese vielmehr im Einzelfall zu begründen hat.¹⁰⁴

Diese einseitige rechtliche Würdigung von Verwaltungsverordnungen durch das Bundesgericht greift zu kurz und ist daher abzulehnen. Denn Verwaltungsverordnungen verfügen durchaus über einen normativen Gehalt – wenngleich auch nicht im selben Masse wie Rechtsverordnungen –, was allein schon aus dem Umstand gerechtfertigt werden kann, dass gemäss der Literatur Verwaltungsverordnungen aufgrund der regelmässig zu abstrakten Gesetze auch über eine rechtliche Normativität verfügen.¹⁰⁵ Dabei ist im Zusammenhang mit der (normativen) Rechtswirkung insbesondere zwischen der für die Behörden und jener für Private zu unterscheiden.¹⁰⁶ Verwaltungsverordnungen neben der Funktion einer Vollzugshilfe auch einen Normcharakter zuzusprechen generiert den nicht ungewichtigen Vorteil, dass sich die Vollzugsbehörde bei der Begründung der Verfügung auf den normativen Gehalt der Verwaltungsverordnung berufen kann und diesem nicht im Einzelfall begründen muss, wodurch wiederum eine erhöhte Rechtssicherheit resultiert.¹⁰⁷

¹⁰³ Vgl. etwa BGE 120 II 374 ff., 378 E. 4a; BGE 119 I b 33 ff., 41 E. 3d; BGer 1A.242/2002, E. 3.4; BGE 126 II 7 ff., 17 E. 5b/cc; BGE 121 II 473 ff., 478 E. 2b.

¹⁰⁴ Es darf indes nicht verschwiegen werden, dass ein solches Vorgehen unter gewaltenteilungsrechtlichen Aspekten problematisch sein kann; vgl. auch BIAGGINI, Staatsrecht, § 17 Rz. 17.

¹⁰⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 133 ff., BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung, Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBI 98/1997, S. 17 ff.

¹⁰⁶ Zur Rechtswirkung von Verwaltungsverordnungen vgl. die Ausführungen bei 4.2.3.4.

¹⁰⁷ ULLMANN/HOFSTETTER, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: ZBI 113/2012, S. 462 f. m.w.H.

4.2.3.3 Publikation von Verwaltungsverordnungen?

Während für Rechtsverordnungen eine ordnungsgemäße und standardisierte Publikation vorgesehen ist (vgl. z. B. Art. 2 Bst. c-e i.V.m. Art. 8 Abs. 1 PublG und § 10 Abs. 1 PublG¹⁰⁸), trifft das für Verwaltungsverordnungen hingegen grundsätzlich nicht zu.¹⁰⁹

Auf Bundesebene sieht Artikel 13 Abs. 2 PublG für Beschlüsse, Weisungen und Mitteilungen des Bundesrates, der Bundesversammlung sowie von ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden, mit Verwaltungsaufgaben betrauten Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts die Möglichkeit der Veröffentlichung im Bundesblatt vor. Artikel 18 Publikationsverordnung (PublV¹¹⁰) präzisiert, dass derartige Beschlüsse, Weisungen und Mitteilungen veröffentlicht werden, wenn sie erhebliche Aussenwirkungen entfalten oder von erheblicher allgemeiner Bedeutung sind.

Die Verwaltungsverordnungen der Bundesverwaltung fallen ferner in den Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes (BGÖ; Art. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 5 BGÖ)¹¹¹. Die Öffentlichkeit hat gemäss Art. 6 BGÖ ein Recht auf Zugang zu diesen Dokumenten der Bundesverwaltung. Die vom Bundesrat gestützt auf Artikel 21 BGÖ erlassene Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ)¹¹² sieht zudem vor, dass die Behörden unter bestimmten Voraussetzungen von sich aus über amtliche Dokumente informieren (Art. 18 VBGÖ) oder diese über Internet verfügbar machen (Art. 19 VBGÖ).¹¹³ Bei den in Art. 7 BGÖ erwähnten Ausnahmen ist insbesondere an Artikel 7 Absatz 1 lit. b BGÖ zu denken, wonach der Zugang verweigert werden kann, wenn die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt werden könnte.

Der Ermessensspielraum der Behörden, ob einer Verwaltungsverordnung eine erhebliche und mithin schützenswerte Aussenwirkung zukommt oder durch die Publikation dieser, eine zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde, führt letztlich dazu, dass sowohl Verwaltungsverordnungen des Bundesrats, als auch jene der Bundesverwaltung nicht regelmässig publiziert und der Öffentlichkeit vorenthalten werden.¹¹⁴

In den Kantonen ist alsdann die Situation in Bezug auf die Publikation heterogen. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Verwaltungsverordnungen regelmässig in den kantonalen Gesetzessammlungen nicht publiziert werden (vgl. beispielsweise Publikationsgesetz Kanton Zürich, Publikationsgesetz Kanton Aargau, Publikationsgesetz Kanton Bern¹¹⁵, wobei dies teilweise in den Publikationsgesetzen sogar ausdrücklich festgehalten wird (vgl. etwa in den Kantonen St. Gallen und Thurgau).¹¹⁶ Zahlreiche Kantone (vgl. etwa die Kantone Bern, Aargau und Zürich

¹⁰⁸ Gesetz über die Gesetzesammlungen und das Amtsblatt (Publikationsgesetz, PuG), SAR 150.500.

¹⁰⁹ MÄGLI, Zugänglichkeit der Verwaltungsverordnungen (Weisungen) des Bundes, S. 129 ff. m.w.H.

¹¹⁰ Verordnung vom 17. November 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsverordnung, PublV), SR 170.512.1.

¹¹¹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ), SR 152.3.

¹¹² Verordnung vom 24. Mai 2006 über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ), SR 152.31.

¹¹³ Vgl. zur Veröffentlichung von Verwaltungsverordnungen des Bundes eingehend PFISTERER, Verwaltungsverordnungen des Bundes, S. 145 ff. m.w.H.

¹¹⁴ So auch MÄGLI, Zugänglichkeit der Verwaltungsverordnungen (Weisungen) des Bundes, S. 131.

¹¹⁵ Publikationsgesetz des Kantons Bern (PuG) vom 18. Januar 1993, BSG 103.1.

¹¹⁶ Gesetz vom 5. Mai 1978 über die öffentlichen Bekanntmachungen, RB 170.5. Gemäss § 3 Bst. a des Gesetzes sind insbesondere nicht allgemeinverbindliche Erlassen wie verwaltungsinterne Weisungen und Richtlinien grundsätzlich nicht in das Rechtsbuch aufzunehmen.

etc.)¹¹⁷ haben das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung eingeführt, sodass (zumindest) die Einsichtnahme in Verwaltungsverordnungen – vorbehaltlich eines überwiegenden öffentlichen Interesses – in Anlehnung an die einschlägigen Gesetze gewährleistet wird.

Dieser Anspruch auf Einsichtnahme in Verwaltungsverordnungen vermag indessen nicht die standardisierte und offizielle Publikation zu kompensieren: Zum einen steht diesem bloss bedingten Anspruch jeweils das Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses gegenüber, wobei der Behörde bei der Güterabwägung zwischen den privaten Interessen der einzelnen Bürgerin, des einzelnen Bürgers und dem öffentlichen Interesse der Allgemeinheit regelmässig ein grosser Ermessensspielraum zukommt. Zum anderen setzt die Einsichtnahme in eine Verwaltungsverordnung auch die Kenntnis der Existenz einer solchen voraus, was jedoch auf deren zahlreichen Anzahl und deren fehlender Publikation regelmässig der Fall sein wird, sodass sich diesbezüglich die «Katze in den eigenen Schwanz beisst».¹¹⁸

4.2.3.4 Verbindlichkeit von Verwaltungsverordnungen?

Bei der Klärung der Frage der Verbindlichkeit von Verwaltungsverordnungen muss nach dem Adressat unterschieden werden, mithin ob sich diese an die vollziehende Verwaltungsbehörde, an die Gerichte oder an Private richtet. In dieser Arbeit sollen im Hinblick auf den ÖREB-Kaster und dessen Inhalt ausschliesslich die Verbindlichkeit von Verwaltungsverordnungen für Verwaltungsbehörden und Private untersucht werden.

4.2.3.4.1 Für Verwaltungsbehörden

Der eher facettenreiche und weitschweifige (rechtliche) Charakter der Verwaltungsverordnung steht bis zu einem gewissen Grad im Widerspruch mit deren Funktion, welche – unter anderem, aber nicht ausschliesslich – gerade darauf gerichtet ist, dass die vorgesetzte Behörde die untere Behörde anweist bzw. die Behörde sich selbst bindet, indem sie zum Ausdruck bringt, wie sie ein bestimmtes Gesetz oder eine bestimmte Rechtsverordnung anzuwenden hat bzw. im Rahmen einer Praxis anzuwenden gedenkt.¹¹⁹ Für die rechtsanwendende Verwaltungsbehörde geht die Rechtsprechung und Doktrin in Anlehnung an die Funktion von Verwaltungsverordnung richtigerweise im Allgemeinen von einer Bindung aus. So kommt stellvertretend das Zürcher Verwaltungsgericht in einem Entscheid zum Schluss, dass Verwaltungsverordnungen aufgrund ihres Zwecks und ihrer Funktion, eine einheitliche, gleichmässige und sachgerechte Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen, grundsätzlich von den Behörden einzuhalten sind.¹²⁰ Das Steuergericht präzisierte alsdann in der Folge in diversen Steuerrechtsangelegenheiten, dass die Verwaltung soweit und solange an die jeweiligen Verwaltungsverordnungen gebunden sei, als diese nicht «klarerweise verfassungs- oder gesetzeswidrig» seien.¹²¹ Dies bedeutet wiederum, dass die Verwaltungsbehörde die Verwaltungsverordnung selbst dann anzuwenden hat, wenn sie diese zwar für unangemessen, aber nicht offenkundig gesetzes- oder verfassungswidrig urteilt. Von einer ähnlichen, wenngleich leicht abgeschwächten rechtlichen Bindung ging das Verwaltungsgericht Zürich in

¹¹⁷ Gesetz vom 2. November 1993 über die Information der Bevölkerung (Informationsgesetz, IG), BSG 107.1; Gesetz vom 24. Oktober 2006 über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG), SAR 150.700; Gesetz vom 12. Februar 2007 über die Information und den Datenschutz (IDG), LS 170.4.

¹¹⁸ Vgl. auch MÄGLI, Zugänglichkeit der Verwaltungsverordnungen (Weisungen) des Bundes, S. 133.

¹¹⁹ BEUSCH, Was Kreisschreiben dürfen und was nicht, in: ST 8/2005, S. 613 f.; in diesen Sinne auch BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung, Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBI 98/1997, S. 4.

¹²⁰ Vgl. [VB.2002.00206, E. 4c/aa](#).

¹²¹ Vgl. [SB.2004.00098, E. 2.5; SB.2004.00077, E. 2.1.1](#).

einem Entscheid aus, wonach die Verwaltungsbehörden von einer Verwaltungsverordnung nur abweichen dürfen, wenn deren Anwendung im Einzelfall gegen gesetzliche Bestimmungen verstösst.¹²²

4.2.3.4.2. Für Private

Gebetsmühlenartig wird in unzähligen Entscheiden erwähnt, dass Verwaltungsverordnungen keine Rechte und Pflichten der Bürgerinnen und Bürger begründen würden.¹²³ Sie verpflichten – im Unterschied zu Gesetzen und Rechtsverordnungen – die Bürgerin und den Bürger nicht zu einem bestimmten Tun, Dulden oder Unterlassen.¹²⁴ Sobald hingegen Verwaltungsverordnungen zumindest indirekt (bzw. mittelbar) geschützte Rechte der Bürgerinnen und Bürger tangierten, würden diese indes Außenwirkungen entfalten.¹²⁵ Direkte bzw. unmittelbare Verpflichtungen gegenüber Privaten müssten sich jedoch stets aus einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung ableiten lassen.¹²⁶ In Anlehnung an diese Rechtsprechung des Bundesgerichts, welche Verwaltungsverordnungen immerhin teilweise eine Außenwirkung attestiert, misst ein Teil der Lehre Verwaltungsverordnungen im begrenzen Sinne den Charakter einer Rechtsquelle zu.¹²⁷

Eine andere Frage ist wiederum, ob sich Private zu ihren Gunsten auf eine Verwaltungsverordnung berufen können (sog. Rechtsschutz aus der Verwaltungsverordnung). Können etwa Private rügen, die Verwaltung habe sich nicht an eine entsprechende Verwaltungsverordnung gehalten bzw. diese nicht korrekt angewendet oder ausgelegt? Diesbezüglich wird von den Gerichten grundsätzlich nur lapidar festgehalten, dass die falsche Anwendung einer Verwaltungsverordnung durch den Privaten nicht gerügt werden könne.¹²⁸ Begründet wird diese unbefriedigende Würdigung regelmäßig damit, dass den Verwaltungsverordnungen allgemein einen Rechtsquellencharakter und damit einhergehend eine rechtliche Verbindlichkeit für Private abgesprochen wird. Nach der Doktrin könne sich indes der Betroffene Behelfsweise auf das Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 BV) oder allenfalls auf den Vertrauensschutz (Art. 9 BV) berufen.¹²⁹

Diese alternativen rechtlichen Anspruchsgrundlagen sind allerdings für das Rechtsschutzdefizit für Verwaltungsverordnungen bloss ein schwacher Trost: Bei dem Rechtsgleichheitsgebot müsste sich der Betroffene vorgängig mit anderen gleichgelagerten Fällen auseinandersetzen, wobei sich ferner spätestens vor Bundesgericht im Rahmen der subsidiären Verfassungsbeschwerde auch noch die Problematik des rechtlich geschützten Interesses bei einer Ungleichbehandlung im Einzelfall stellen würde (vgl. Art. 115 Bst. b BGG¹³⁰).¹³¹ Der Vertrauensschutz dürfte in vielen Fällen leer laufen, da die Gerichte als Vertrauensgrundlage

¹²² Vgl. [VB.2005.00471](#), E. 2.2.

¹²³ [BGE 128 I 167 ff.](#), 171 E. 4.3; [BGE 122 I 44 ff.](#), 45 E. 2a; [VB.2003.00149](#), E. 3b/dd; [PB.2004.00074](#), E. 4.3.

¹²⁴ Statt vieler [BGE 121 II 473 ff.](#), 478 E. 2b.

¹²⁵ Vgl. etwa [BGE 128 I 167 ff.](#), 172 E. 4.3; [BGE 122 I 44 ff.](#), 45 E. 2.

¹²⁶ Stellvertretend [BGE 122 II 72 ff.](#), 76 E.2b; [VB. 2002.000341](#), E. 3a.

¹²⁷ So etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 124; TSCHANNEN/ZIMMERLI//MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 41 Rz. 13 und 16; BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBI 98/1997, S. 1 ff., 4 und 15 ff.; vgl. auch [BGE 141 III 401 ff.](#), 404 f. E. 4.2.2.

¹²⁸ Statt vieler [VB.1999.00262](#), E. 1b; vgl. im Ergebnis jedoch anders [PB.2004.00074](#), E.4 und 5, wo direkt Rechtsschutz aus einer Verwaltungsverordnung gewährt wird.

¹²⁹ Vgl. etwa BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBI 98/1997, S. 22 ff. m.w.H.

¹³⁰ Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG), SR 173.110.

¹³¹ Statt vieler HÄFELIN/HALLER/KELLER, Allgemeines Bundesstaatsrecht, Rz. 2034 f.

eine individuelle Auskunft verlangen und allgemeine Mitteilungen der Behörden nicht genügen lassen.¹³² So finden sich diesbezüglich in den Urteilen des Bundesgerichts regelmässig die Formulierungen, dass «die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt» haben bzw. sich ihr Verhalten «auf eine konkrete, den betreffenden Bürger tangierende Angelegenheit» beziehen muss, damit eine vertrauensschutzrechtliche Bindung an eine falsche behördliche Auskunft in Frage kommt.¹³³

Die rechtliche Würdigung von Verwaltungsverordnungen durch das Bundesgericht und die Rechtsprechung allgemein sowie die herrschende Lehre ist nach der hier vertretenen Ansicht aus folgenden Gründen abzulehnen: Die Verwaltungsverordnung verfügt wie ein Chamäleon über facettenreiche Funktionen, unterschiedliche rechtliche Wirkungen und Verbindlichkeiten, über einen heterogenen Charakter und mannigfache Terminologien. Aufgrund deren Häufigkeit bestimmt sie wie keine andere rechtliche Institution das Handeln der Verwaltung in ihrem alltäglichen Wirken. Kommt einer Verwaltungsverordnung ausserdem eine rechtliche Aussenwirkung bzw. eine indirekte bzw. mittelbare Wirkung zu¹³⁴, was regelmässig der Fall sein wird, so tangiert sie auch die Privaten in ihren schützenswerten Rechten. Für diesen Fall ist nach der hier vertretenen Meinung eine Verwaltungsverordnung nicht anders als eine Rechtsverordnung zu würdigen und behandeln, da es für Private keinen Unterschied machen wird, ob ein bestimmter Einzelakt auf einer sie unmittelbar berechtigenden oder verpflichtenden Bestimmung beruht oder sich auf eine Verwaltungsvorschrift stützt, die nur für die Behörden unmittelbar verbindlich ist und für die Privaten nur indirekt bzw. mittelbar.¹³⁵ Verwaltungsverordnungen mit einer mittelbaren bzw. indirekten Aussenwirkung sollten aufgrund deren Ähnlichkeit zu Rechtsverordnungen auch wie solche behandelt werden, mithin insbesondere direkt von Privaten angefochten werden können und zwecks vermehrter Transparenz publiziert und niederschwellig zugänglich gemacht werden.

4.2.4. Verwaltungsverordnungen als ÖREB?

Aktuell finden die zahlreichen behördlichen Beschränkungen bzw. Verwaltungsverordnungen mit Aussenwirkung im ÖREB-Kataster als eigentlicher Inhalt keine Berücksichtigung, da diese nicht mit dem Wortlaut von Art. 2. Abs. 1 ÖREBKV vereinbar sind sowie die strengen fünf kumulativen Aufnahmekriterien, welche in der Praxis für die Aufnahme als Inhalt in den ÖREB-Kataster aufgestellt wurden und konsequent angewendet werden, bei weitem nicht erfüllen.¹³⁶ De lege lata können die behördlichen Einschränkungen aber immerhin als Zusatzinformationen im Sinne von Art. 8b Abs. 1 ÖREBK in den Kataster aufgenommen werden, wovon in der Praxis zumindest von den Kantonen in Bezug auf kantonale Erweiterungen nicht rege, aber zumindest teilweise Gebrauch gemacht wird.

¹³² Vgl. GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, S. 188 ff. m.w.H.; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S. 294 ff. m.w.H.

¹³³ Vgl. stellvertretend [BGE 131 V 472 ff., 480 E. 5](#); [BGE 121 II 473 ff., 479 E. 2c](#); [BGE 132 II 240 ff., 244 E. 3.2.2](#); [BGE 130 I 26 ff., 60 E. 8.1](#).

¹³⁴ Vgl. auch [BGE 141 III 401 ff., 404 f. E. 4.2.2](#); TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 41 Rz. 16; BIAGGINI, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, in: ZBL 98/1997, S. 1 ff., 4 und 16 f.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Allgemeines Bundesstaatsrecht, Rz. 601.

¹³⁵ Vgl. in diesem Sinne auch MÜLLER, Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung S. 199: «Denn im «Ergebnis wirken sich Verwaltungsanweisungen und Rechtsverordnungen für den Bürger oft gleich aus.»; vgl. auch MAGLI, Zugänglichkeit der Verwaltungsverordnungen (Weisungen) des Bundes, S. 128.

¹³⁶ So beispielsweise KETTIGER, in: *cadastre* 27/2018, S. 15 f.; vgl. auch STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 924 f. m.w.H.

Dass derzeit behördenspezifische Einschränkungen bloss als Zusatzinformationen im ÖREB-Kataster berücksichtigt werden können, ist aus folgenden Gründen langfristig keine befriedigende Alternative: In erster Linie trägt die aktuelle Situation dem wichtigen Umstand keine Rechnung, dass auch behördenspezifische Einschränkungen in Bezug auf ihre Rechtsnatur als öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen qualifiziert werden müssen, wenn sie in ihrer Außenwirkung – wenngleich nur indirekt bzw. mittelbar – die Eigentumsrechte von Bürgerinnen und Bürgern tangieren können. Denn andernorts wurde in dieser Arbeit bereits aufgezeigt, dass unter den Begriff öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen all jene staatliche Eingriffe subsumiert werden können, durch die aus dem Eigentum abgeleiteten Nutzungs- und/oder Verfügungsbefugnisse durch das öffentliche Recht beschränkt werden.¹³⁷ In Bezug auf die Qualifikation als eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung wird somit nicht danach unterschieden, ob durch diese für die Eigentümerpartei oder die potenzielle Eigentümerpartei ein unmittelbarer bzw. direkter Eingriff oder ein mittelbarer bzw. indirekter Eingriff in das Grundeigentum einhergeht.¹³⁸ Leider werden zurzeit in Anlehnung an den Gesetzeswortlaut von Art. 2. Abs. 1 ÖREBK und an die Praxis ausschliesslich unmittelbare bzw. direkt wirkende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen als Inhalte im ÖREB-Kataster geführt, wobei inkonsequenterweise die generell-abstrakten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die auch über eine unmittelbare bzw. direkte Rechtswirkung verfügen (noch) nicht berücksichtigt werden.¹³⁹ Dass momentan (noch) mittelbar bzw. indirekt wirkende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen vom Inhalt des ÖREB-Katasters ausgeklammert werden, ist insoweit systemfremd und im Ergebnis nicht zielführend, als dass dem ÖREB-Kataster nicht bloss die Funktion zukommt, den Status quo festzuhalten, sondern auch als Planungshilfe für zukünftige Entscheide und/oder Ereignisse zu dienen.¹⁴⁰

Des Weiteren ist das Gefäss der Zusatzinformationen für die behördenspezifischen Beschränkungen bzw. Verwaltungsverordnungen mit Außenwirkung aus rechtlicher Optik nicht passend, als dass in Art. 8b Abs. 1 lit. b ÖREBK statuiert wird, dass diese nur als unverbindliche Informationen gelten. Wie aber an anderer Stelle bereits erläutert, sind die behördenspezifischen Beschränkungen bzw. Verwaltungsverordnungen mit Außenwirkung nicht nur für die Behörden unmittelbar verbindlich, sondern ebenso mit mittelbarer Wirkung für die Bürgerinnen und Bürger, mithin für beide Benutzergruppen des ÖREB-Katasters.¹⁴¹ Vor diesem Hintergrund scheint es im Zusammenhang mit Verwaltungsverordnungen mit Außenwirkung auf das Grundeigentum zutreffend die Bezeichnung «behördenspezifische bzw. mittelbar eigentümerverbindliche Einschränkung» zu verwenden, da diese Terminologie dem hybriden Charakter – im Unterschied zur Rechtsprechung und Doktrin – gebührend Rechnung trägt.

¹³⁷ Vgl. eingehend die Ausführungen bei 4.1.

¹³⁸ Der Gesetzeswortlaut von Art. 3 Abs. 1 lit. d. und 16 Abs. 2 und Abs. 3 GeolG würde dieses Vorgehen zulassen, zumal dort nur eine Eigentümerverbindlichkeit vorausgesetzt wird und nicht explizit eine unmittelbare Eigentümerverbindlichkeit. Eine gute und gangbare Lösung scheint der Ansatz der Geoinformationsverordnung (SGS 760.11) des Kantons St. Gallen vgl. Art. 15 GeolV SG: «*Die eigentümerverbindlichen Geobasisdaten werden auf die Daten der amtlichen Vermessung referenziert. Soweit zweckmässig gilt das auch für die behördenspezifischen Geobasisdaten.*».

¹³⁹ Die unmittelbare Wirkung und die sehr wohl vorhandene Geometrie von generell-abstrakten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen wird von Teilen der Lehre leider verkannt. Vgl. etwa HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150; KETTIGER, IN: ZBGR 91/2010, S. 145; KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 15 f.; vgl. auch STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 925.

¹⁴⁰ BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7856 f.

¹⁴¹ Vgl. dazu die Hinweise bei 4.2.3.4.

4.3. Inwiefern wird der Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch das Grundbuchrecht (Art. 962 ZGB) eingeschränkt?

Die seit dem Inkrafttreten der Immobiliarsachenrechtsrevision am 1.1.2012 in der Vorschrift von Art. 962 Abs. 1 ZGB statuierte Anmerkungspflicht von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen wird in verschiedener Hinsicht eingeschränkt, sei es aus formellen, sei es aus materiellen, sei aus konzeptionellen Gründen.

In formeller Hinsicht beschränkt sich die Anmerkungspflicht von Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts, die durch eine *individuell-konkrete* Verfügung oder einen verwaltungsrechtlichen Vertrag auf ein bestimmtes Grundstück angefordert werden.¹⁴² Konsultiert man nun die Lehre und die Praxis so wird schnell ersichtlich, dass dieses eigentlich eindeutig formelle Kriterium nicht stringent vollzogen wird. Dies nämlich, weil sich die Anordnung des Gemeinwesens mittels einer *generell-konkreten* Allgemeinverfügung auf eine bestimmte Anzahl von Grundstücken beziehen kann.¹⁴³ Die unvermeidbare Folge aus diesem Umstand ist im Ergebnis eine systemwidrige und unübersichtliche Doppelspurigkeit sowie unbefriedigende Schnittstellenproblematik mit dem ÖREB-Kataster.¹⁴⁴

Im Unterschied zum ÖREB-Kataster sind die im Grundbuch gemäss Art. 962 Abs. 1 ZGB angemerkten öffentlichen Eigentumsbeschränkungen aufgrund der unglücklichen Vorschrift von Art. 27 Abs. 1 GBV¹⁴⁵ nur analog – nicht aber digital – öffentlich zugänglich.¹⁴⁶

In sachlicher Hinsicht sind sogar diverse Einschränkungen auszumachen. Zum einen muss die Anordnung eine dauerhafte Eigentumsbeschränkung zum Gegenstand haben, wobei in den Gesetzesmaterialien sowie im Schrifttum keine Fundstellen ausfindig gemacht werden können, welche zeitliche Minimaldauer der Tatbestandvoraussetzung der Dauerhaftigkeit gebührend Rechnung trägt. Das Kriterium der Dauerhaftigkeit wird in der Lehre damit begründet, dass es keinen Sinn mache, vorübergehende Eigentumsbeschränkungen, die etwa im Zusammenhang mit einem aktuellen Vorhaben der Eigentümerpartei, beispielsweise einem Bauprojekt, oder mit einer temporären Inanspruchnahme des Grundstücks, beispielsweise im Zuge von Bauinstallationen der öffentlichen Hand, im Grundbuch einzutragen.¹⁴⁷ Diese Argumentation kann nach der hier vertretenen Ansicht nicht überzeugen, da die zeitliche Dauer einer Eigentumsbeschränkung und ihrer Anmerkung im Grundbuch nicht in Korrelation zu deren

¹⁴² Vgl. BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7857; PFÄFFLI, Zur Revision des Immobiliarsachenrechts, in: SJZ 107/2011, S. 332; SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1509; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144 f.

¹⁴³ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 6: «*Die Anordnung der Eigentumsbeschränkung muss sich auf ein bestimmtes Grundstück (individuell-konkret) oder mehrere bestimmte Grundstücke (generell-konkret) beziehen.*».

¹⁴⁴ SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 3; MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 12 ff., 50 ff. und insbes. 82 ff. und 102 ff. m.w.H.

¹⁴⁵ Vgl. Vgl. Art. 27 Abs. 1 GBV: «*Die Kantone können vorsehen, dass die nach Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe a ohne Interessennachweis einsehbaren Daten des Hauptbuchs elektronisch öffentlich zugänglich gemacht werden.*».

¹⁴⁶ Vgl. zur Kritik MOSHE/KÄSER/MÜHLEMATTER, Die Unverzichtbarkeit von akkurate Dienstbarkeitsplänen und -grenzen sowie deren freie Zugänglichkeit durch die obligatorische Aufnahme in die amtliche Vermessung, in: ZBGR 102/2021, S. 275.

¹⁴⁷ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 7; SCHMID, Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen, in: ZBGR 91/2010, S. 381; KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 16.

Intensität und Wirkung steht. Vielmehr liegt die Vermutung nahe, dass man mit dem Tatbestandselement der Dauerhaftigkeit das eher statisch funktionierende Grundbuchwesen vor Anmerkungen bewahren wollte, die gemäss Art. 962 Abs. 2 ZGB in absehbarer Zeit wieder gelöscht werden müssten.¹⁴⁸ Zum anderen besteht die Anmerkungspflicht von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch ausschliesslich für diejenigen Rechtsgebiete, welche der Bundesrat kraft seiner Kompetenz in Art. 962 Abs. 3 ZGB in der Vorschrift von Art. 129 Abs. 1 GBV vorgesehen hat.¹⁴⁹ Gestützt auf die Bestimmung von 962 Abs. 3 ZGB und Art. 129 Abs. 3 GBV kommt den Kantonen die Befugnis zu, weitere ergänzende Anmerkungen vorzusehen.¹⁵⁰ In Bezug auf die Bestimmungen von Art. 962 Abs. 3 ZGB sowie Art. 129 Abs. 1 und 3 GBV muss ernüchternd festgestellt werden, dass bis dato weder der Bundesrat von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat, weitere Rechtsgebiete zu bestimmen, die der Anmerkungspflicht unterliegen, noch ein Kanton jemals ergänzende Anmerkungen vorgesehen hat.¹⁵¹ Die wohl gewichtigste sachliche Einschränkung – insbesondere in Gegenüberstellung mit der Systematik des ÖREB-Katasters – besteht jedoch darin, dass die in Art. 962 Abs. 1 ZGB sanktionierte Anmerkungspflicht auf die von Bundesbehörden durch bundesrechtliche Rechtserlasse auferlegten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen keine Anwendung findet.¹⁵² Mithin bedürfen die Anmerkungstatbestände des öffentlichen Bundesrechts im Grundbuch – im Unterschied zu der kantonalen Gesetzgebung im Sinne von Art. 962 ZGB i.V.m. Art. 129 GBV – demzufolge einer besonderen gesetzlichen Grundlage in einem Gesetz oder einer Rechtsverordnung.¹⁵³ Die durch die Anmerkungspflicht bezweckte Publizität kann jedoch nur dann stringent erreicht werden, wenn auch öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die von Bundesbehörden angeordnet werden, nach dem Beispiel von Art. 962 ZGB sicher und unkompliziert im Grundbuch angemerkt würden, mithin ein weiters stichhaltiges Argument, um den Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster zugunsten des letzteren im Sinne eines «ÖREB-Katasters first» aufzulösen.

In konzeptioneller Hinsicht wird die seit dem Inkrafttreten der Novelle zum Immobiliarsachenrecht am 1.1.2012 obligatorische Anmerkungspflicht von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch sodann durch den Dualismus mit dem Grundbuch eingeschränkt.¹⁵⁴ Gesetzgeberisch wurde nämlich die Anmerkungspflicht in Art. 962 ZGB mit dem Geoinformationsgesetz, welches in den Art. 16 ff. GeolG einen *Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen* vorsieht, abgestimmt.¹⁵⁵ In der Kollisionsnorm von Art.

¹⁴⁸ Vgl. in diesem Sinne auch zutreffend LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 18.

¹⁴⁹ SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1509; GÖSKU, Handkomm., Art. 962 ZGB N 5, PFÄFFLI, Teilrevision des Sachenrechts: Erste Erfahrungen, in: ZBGR 93/2012, S. 393 f.

¹⁵⁰ Statt vieler FASEL, GBV-Komm., Art. 129 GBV N 6 f.; SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 8 ff.

¹⁵¹ Dies ganz im Unterschied im Kontext des ÖREB-Katasters und der Vorschrift von Art. 16 Abs. 3 GeolG und Art. 3 Abs. 2 ÖREBKV gestützt auf welche, die Kantone – Tendenz steigend – etliche kantonale «Erweiterungen» als Inhalt in den ÖREB-Kataster integriert haben.

¹⁵² SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 11: «Art. 962 ZGB ist auf die von Bundesbehörden durch bundesrechtliche Rechtserlasse auferlegten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht anwendbar.».

¹⁵³ SCHMID, BS-Komm., Art. 946 ZGB N 48 ff. m.w.H.

¹⁵⁴ Vgl. zur Problematik des Dualismus MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 12 ff., 50 ff. und insbes. 82 ff. und 102 ff. m.w.H.

¹⁵⁵ SCHMID-TSCHIRREN, Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (INR) 12, Bern 2011, S. 17 ff.; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144; PFAMMATTER, OF-Komm., Art. 962 ZGB N 5.

16 Abs. 1 GeolG wird diesbezüglich festgehalten, dass Gegenstand des Katasters nur diejenigen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, «*die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches nicht im Grundbuch angemerkt werden*». Im Umkehrschluss hat der Dualismus wiederum zur Konsequenz, dass öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen die für ein bestimmtes Gebiet (Perimeter) Geltung haben, von der Anmerkungspflicht im Grundbuch ausgenommen sind und vielmehr (allenfalls) im ÖREB-Kataster zu publizieren sind.¹⁵⁶

4.4. Inwiefern wird der Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch den ÖREB-Kataster eingeschränkt?

Auch der Inhalt des ÖREB-Katasters wird in formeller, materieller und konzeptioneller Hinsicht eingeschränkt, jedoch mit deutlich anderen Schwerpunkten im Verhältnis zu den diversen Einschränkungen, die für die Anmerkungspflicht im Grundbuch nach Art. 962 ZGB gelten.

Das Geoinformationsgesetz und allen voran der ÖREB-Kataster sollen die Grundlage garantieren, um eine schon seit Langem¹⁵⁷ erkannte Informationslücke zu schliessen und bestehende Rechtsunsicherheiten zu beseitigen.¹⁵⁸ Ob nun diese Lücke erfolgreich geschlossen werden konnte, scheint aufgrund der diversen im folgenden Abschnitt skizzierten Einschränkungen zweifelhaft.

In formeller Hinsicht sind Gegenstand des ÖREB-Katasters pauschal formuliert öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen basierend auf generell konkreten Beschlüssen mit einer räumlichen Wirkung bzw. Darstellung.¹⁵⁹ Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die nur in generell-abstrakter Weise und als Text bestehen, mithin über keine festgelegte Geometrie verfügen bzw. nicht Gegenstand eines Plans sind, sollen ausschliesslich in Rechtsnormen im Sinne von Gesetzen und Verordnungen verzeichnet sein und scheiden deshalb derzeit als Inhalt des ÖREB-Katasters aus.¹⁶⁰ Im Kontext von *generell-abstrakten* öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen wird in den Gesetzesmaterialien und der Lehre teilweise zu pauschal und ungenau festgehalten, dass diese *generell-abstrakten* Normen über keine Geometrie verfügen und demzufolge keinen Grundstücksbezug aufweisen würden.¹⁶¹ Richtigerweise liegt das Ausschlusskriterium nicht etwa in einer fehlenden, sondern vielmehr an einer schützenswerten Geometrie, weil in der Literatur grösstenteils die Ansicht vertreten wird, dass es öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen gibt, welche, wie beispielsweise bei Metern in Gesetzen und Verordnungen im Rahmen von Abstandslinien,

¹⁵⁶ HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 149 f.; ERLÄUTERNDER BERICHT ZUR VERORDNUNG ÜBER DEN KATASTER DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREBKV) vom 2. September 2009, S. 11; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 140 f.

¹⁵⁷ FRIEDRICH, Grundbuch und öffentliches Recht, in: ZBGR 51/1970, S. 193 ff., insbesondere 201 ff.; AEMISEGGER, Die Zugänglichkeit von Informationen über öffentlich-rechtliche Grundeigentumsbeschränkungen und weitere Gegenstände des Bau- und Planungsrechtes, Schriftenfolge Nr. 24 der VLP, Bern 1979, S. 122 ff.; PFÄFFLI, Dienstbarkeiten als Baubehinderer: ein Problem und mögliche Lösungen, in: BRT 2009, S. 155 ff. und 170.

¹⁵⁸ BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ, (BBI 2006), S. 7817 und 7857; vgl. auch einschränkend STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 927, der anmerkt, dass die Publizität von Rechten nicht mit Rechtssicherheit gleichgesetzt werden kann.

¹⁵⁹ Vgl. BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7817 und 7851; vgl. bereits dazu auch SCHLUSSBERICHT SIDIS, DIE INFORMATIONSSYSTEME ÜBER RAUMWIRKSAME RECHTE UND INSBESONDERE DER KATASTER DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREB-KATASTER), S. 19 ff.

¹⁶⁰ So zum Beispiel STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 924 f.

¹⁶¹ KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 145; BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7857 f.

keine Publizität in einem Register benötigen.¹⁶² Diese Anschauung der Lehre ist nicht stringent und aus zweierlei Gründen abzulehnen. Die Gewichtung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung steht in keinerlei Abhängigkeitsverhältnis zu deren konkret festgelegter Geometrie in einem Plan. Vielmehr könnte man gegenteilig argumentieren, indem man den Standpunkt vertritt, dass diese öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen umso mehr im ÖREB-Kataster geführt werden, zumal es diesen gerade an einem flankierenden konkreten Plan bzw. einer Geometrie fehlt.¹⁶³ Ebenso vom Inhalt des ÖREB-Katasters ausgenommen sind öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die aufgrund eines *individuell-konkreten* Verwaltungsaktes angeordnet und deren Publizität – und zwar für Anmerkungen des kantonalen Rechts gestützt auf Art. 962 Abs. 1 ZGB und jene des Bundesrechts gestützt auf eine spezifische Grundlage in einem Gesetz oder einer Verordnung – aus dem Grundbuch entnommen werden können.¹⁶⁴ Ferner sind in Anlehnung an Art. 3 Abs. 1 ÖREBKV öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, welche noch nicht Gegenstand eines formell rechtskräftigen Beschlusses oder Entscheids sind nicht Inhalt des ÖREB-Katasters. Diese Entscheide oder Beschlüsse, zu erwähnen sind die geplanten und laufenden Änderungen ohne Vorwirkung nach Art. 8b Abs. 1 Ziff. 1 ÖREBKV und insbesondere die laufenden Änderungen mit Vorwirkung nach Art. 8b Abs. 2 ÖREBKV, die unter dem geltenden Recht bloss als Zusatzinformationen geführt werden können.¹⁶⁵ Im Unterschied zum ÖREB-Kataster kann die Anmerkung einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung im Grundbuch auch auf einer bloss vollstreckbaren und noch nicht formell rechtskräftigen Verfügung beruhen.¹⁶⁶

Sachlich beschränkt sich der Inhalt des ÖREB-Katasters auf das Beispiel des Grundbuchs, aber mit einem gewichtigen Unterschied. In Art. 16 Abs. 2 GeolG wird per analogiam zu Art. 962 Abs. 3 ZGB dem Bundesrat die Kompetenz erteilt, die Geobasisdaten des Bundesrechts festzulegen, die im ÖREB-Kataster geführt werden sollen.¹⁶⁷ Gestützt auf diese Befugnis hat der Bundesrat im Anhang 1 zur GeolV 22 Geobasisdaten des Bundesrechts festgelegt, die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen darstellen, und in der Folge etappenweise als Inhalt in den ÖREB-Kataster aufgenommen werden. Weitere bereits existierende öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen sollen zu einem späteren Zeitpunkt in den ÖREB-Kataster integriert werden, wobei ein konkretes Konzept und ein genauerer Zeitplan derzeit noch nicht vorliegt.¹⁶⁸ Die Kantone können in Anlehnung an Art. 16 Abs. 3 GeolG – wiederum ähnlich nach dem Modell von Art. 962 Abs. 3 ZGB und Art. 129 Abs. 3 GBV – in Erweiterung zum bundesrechtlich festgelegten Inhalt des Katasters weitere kantonale Geobasisdaten

¹⁶² HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 145; differenzierend LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 19 f.

¹⁶³ In diesem Sinne auch LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 20: «Bezüglich ÖREB aus Erlasse kann eine grundstücksbezogene (kartographische) Umsetzung sinnvollerweise in den ÖREB-Kataster Eingang finden.».

¹⁶⁴ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 946 ZGB N 48 ff. und Art. 962 ZGB N 4 ff. und N 11 m.w.H.; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUPP, Sachenrecht, Rz. 493b; SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1503 und 1509 m.z.H.

¹⁶⁵ Statt vieler HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 143.

¹⁶⁶ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 946 ZGB N 49.

¹⁶⁷ KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 142; vgl. auch BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7817, 7835 und 7858; ERLÄUTERNDER BERICHT ZUR VERORDNUNG ÜBER DEN KATASTER DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREBKV) vom 2. September 2009, S. 14.

¹⁶⁸ Vgl. HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150, der wohl nicht ganz zu Unrecht bemängelt, dass ein Vorgehenskonzept oder Zeitplan für bereits vorhandene öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen fehle.

bezeichnen, welche öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen verkörpern.¹⁶⁹ Während die Kantone von ihrer Kompetenz in Art. 962 Abs. 3 ZGB und Art. 129 Abs. 3 GBV weitere Rechtsgebiete vorzusehen, die der Anmerkungspflicht unterstehen, keinen Gebrauch gemacht haben, trifft dies für den ÖREB-Kataster gerade nicht zu. Denn nach erfolgreicher Einführung des ÖREB-Katasters kann eine Tendenz festgestellt werden, dass die Kantone gestützt auf ihre Befugnis in Art. 16 Abs. 3 GeoIG vermehrt öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen des kantonalen Rechts als Inhalt des ÖREB-Katasters vorsehen.¹⁷⁰

Das sachlich einschränkende Tatbestandsmerkmal der dauerhaften Nutzungs- und Verfügungsbeschränkung wird auch für die Bestimmung des Inhalts des ÖREB-Katasters herangezogen, wenngleich das – ganz im Unterschied zur Anmerkungspflicht im Grundbuch nach Art. 962 Abs. 1 ZGB – im Gesetz nicht vorgesehen ist, sondern ausschliesslich von der Praxis vorausgesetzt wird.¹⁷¹ Diese Praxis ist aus folgenden Gründen abzulehnen und wenn möglich in Bälde abzuschaffen: Die Verfechter dieser Praxis erkennen nämlich den Umstand, dass die Voraussetzung der dauerhaften Nutzungs- und Verfügungsbeschränkung weder an den Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gekoppelt ist, noch in Korrelation mit der Intensität der Einschränkung steht, insbesondere aus Sicht von (gutgläubigen) Dritten.¹⁷² Nach richtiger und der hier vertretenen Ansicht ist das Kriterium der Dauerhaftigkeit lediglich – und zwar losgelöst vom Begriff der Eigentumsbeschränkung – ein Tatbestandsmerkmal der Anmerkungspflicht im Grundbuch gemäss Art. 962 Abs. 1 ZGB. Wie bereits andernorts erwähnt, liegt die Vermutung nahe, dass man mit diesem Tatbestandsmerkmal das eher statische Grundbuch und die Fachämter von einem «unverhältnismässigen» Aufwand bewahren wollte, nämlich angemerkte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen gemäss Art. 962 Abs. 2 ZGB zeitnah wieder löschen zu müssen. Diese nur wenig überzeugende und äusserst pragmatische Argumentation kann für den ÖREB-Kataster nicht herangezogen werden. Einerseits weil die Bewirtschaftung des ÖREB-Katasters und der Geschäftsverkehr mit diesem im Unterschied zum Grundbuch digital und unkompliziert ausgestaltet ist. Andererseits würde man mit dem Kriterium der Dauerhaftigkeit den ÖREB-Kataster insbesondere und massgeblich in seiner Zusatzfunktion als Publikationsorgan nach Art. 2 Abs. 3 ÖREBKV stark unterbinden, zumal die Nachführung, genauer die Begründung, sowie Löschung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen ebenfalls über das amtliche Publikationsorgan erfolgt.¹⁷³

Aus konzeptioneller Betrachtung wird der ÖREB-Kataster massgebend durch den Dualismus mit dem Grundbuch – und vice versa – in seinem Inhalt eingeschränkt. In Anbetracht der Tatsache, dass der ÖREB-Kataster als ein die amtliche Vermessung und das Grundbuch

¹⁶⁹ Statt vieler KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 142 f.; KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 17.

¹⁷⁰ Dass die Kantone gestützt auf ihre Befugnis in Art. 962 Abs. 3 ZGB weitere öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen als Anmerkungstatbestände – ganz im Unterschied zum ÖREB-Kataster im Hinblick auf diese Möglichkeit in Anlehnung an Art. 16 Abs. 3 GeoIG – keinen Gebrauch gemacht haben, dürfte wohl auch an dem Umstand liegen, dass sich die Grundbuchämter für die Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen im Grundbuch, als einem Register für Rechte des Privatrechts, nicht wirklich zuständig sehen. Vgl. zu dieser Thematik bereits LIVER, in: ZBGR 50/1969, S. 10.

¹⁷¹ So insbesondere STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 925; KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 15 f. in Anlehnung an die Vorschrift vom Art. 962 Abs. 1 ZGB.

¹⁷² Vgl. um Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung vgl. eingehend PONT VEUTHEY, De quelques restrictions de droit public à la propriété foncière, in: ZBGR 81/2000, S. 154 ff. m.z.H.

¹⁷³ Zum ÖREB-Kataster in der Funktion als Publikationsorgan vgl. eingehend MosHE, Schlussbericht zum Schwergewichtsprojekt i. S. ÖREB-Kataster Nr. SGP17-BS (Publikationsorgan), S. 9 ff.; GRAEFF, Leitfaden zur Einführung der Zusatzfunktion amtliches Publikationsorgan beim ÖREB-Kataster Nr. SGP31-UR, S. 4 ff. m.z.H.

ergänzender dritter Raumkataster geschaffen wurde, um dem gesteigerten Informationsbedürfnis der wachsenden Anzahl der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen Rechnung zu tragen, scheint die Bestimmung von Art. 16 Abs.1 GeolG eher systemfremd, in dem sie den ÖREB-Kataster als zum Grundbuch subsidiäres Gefäss vorsieht.¹⁷⁴ Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist umso erstaunlicher, als dass gemäss der Lehre gesetzgeberisch der neue Art. 962 ZGB mit dem ÖREB-Kataster abgestimmt wurde.¹⁷⁵ Leider können weder den gesetzgeberischen Materialien noch der besagten Lehre Erläuterungen entnommen werden, welche Motive für die Subsidiarität des ÖREB-Katasters im Verhältnis zur Anmerkungspflicht im Grundbuch ausschlaggebend waren. Generell ist zu konstatieren, dass der Gesetzeswortlaut von Art. 16 Abs.1 GeolG irritierend formuliert ist, da er als mögliche Anmerkungstatbestände bloss jene des Zivilgesetzbuches nennt.¹⁷⁶ Denn wie anderenorts erwähnt, erfasst die Anmerkungspflicht von Art. 962 Abs. 1 ZGB ausschliesslich öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen kraft kantonalen Rechts und nicht durch Bundesbehörden kraft bundesrechtliche Rechtserlasse angeordnete öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die vielmehr einer speziellen gesetzlichen Regelung bedürfen¹⁷⁷

4.5. Welche Problematik(en) resultieren durch diese diversen Einschränkungen, insbesondere im Hinblick auf das vom Gesetzgeber langfristig verfolgte Ziel?

Der mit der Inkraftsetzung des Geoinformationsgesetzes vorgesehene ÖREB-Kataster und das Grundbuch sowie als Grundlage dazu die amtliche Vermessung haben die Aufgabe, ein modernes und transparentes Bodeninformationssystem zu gewährleisten und stetig auszubauen.¹⁷⁸ Nur wenn möglichst viele Informationen über Rechte und Pflichten an Grundstücken transparent und niederschwellig zugänglich gemacht werden, kann ein reibungsloser Grundstücksverkehr und eine sichere Immobilienbewirtschaftung als Ausfluss der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV garantiert werden.¹⁷⁹ Bekannt sein müssen sowohl die privaten

¹⁷⁴ Vgl. eingehend zur Kritik am Dualismus MOSHE, IN: *cadastre* 27/2018, S. 8 ff. m.w.H.

¹⁷⁵ Vgl. SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1509; SCHMID-TSCHIRREN, Revision des Immobiliarsachenrechts: Einführung, in: Revision des Immobiliarsachenrechts, in: Schriften des Instituts für Notariatsrecht und Notarielle Praxis an der Universität Bern (INR) 12, Bern 2011, S. 17 ff.; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144.

¹⁷⁶ Hier wird beliebt gemacht, dass diese unglückliche Bestimmung bei einer allfälligen Revision von Art. 962 ZGB ersatzlos zu streichen, eventueller zu bereinigen bzw. zu klären ist.

¹⁷⁷ SCHMID, BS-Komm., Art. 946 ZGB N 48 f. und Art. 962 ZGB N 11.

¹⁷⁸ BOTSCHAFT REGISTERSCHULDDBRIEF UND WEITERE ÄNDERUNGEN IM SACHENRECHT (BBI 2007), S. 5284 f.; SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1503 f. und 1508 f. m.z.H.; SCHMID, Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen, in: ZBGR 91/2010, S. 381 ff. m.z.H.

¹⁷⁹ In diesem Sinne auch NORER/HÖRHAGER, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken: ÖREB-Kataster und Eingriffskumulation, Überlegungen zum «Gulliver-Effekt», in: Karin Müller et al. (Hrsg.), Auf zu neuen Ufern, Festschrift für Walter Fellmann zum 65. Geburtstag, Zürich 2021, S. 315 f., vgl. zur Problematik von entschädigungslosen Eigentumsbeschränkungen durch insbesondere zahlreiche rechtmässige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen *BGE 140 I 176 ff., 199 E. 9.5:* «Rechtmässige Eigentumsbeschränkungen sind in der Regel entschädigungslos hinzunehmen (VALLENDER, a.a.O., N. 60 zu Art. 26 BV). Gemäss Art. 26 Abs. 2 BV besteht eine Entschädigungspflicht einzig für (formelle) Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen (materielle Enteignungen). Die letztergenannte Konstellation ist gemäss ständiger Rechtsprechung dann erfüllt, wenn einem Eigentümer der bisherige oder ein voraussehbarer künftiger Gebrauch seines Grundeigentums untersagt oder besonders stark eingeschränkt wird, weil ihm eine aus dem Eigentum fliessende wesentliche Befugnis entzogen wird (erste Tatbestandsvariante der materiellen Enteignung). Geht der Eingriff weniger weit, so kann eine Eigentumsbeschränkung ausnahmsweise einer Enteignung gleichkommen, falls ein einziger oder einzelne Grundeigentümer so betroffen sind, dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erscheint und es mit der Rechtsgleichheit nicht zu vereinbaren wäre, wenn hierfür keine Entschädigung geleistet würde (zweite Tatbestandsvariante der materiellen Enteignung; sog. Sonderopfer (...).».

Schranken der Eigentumsnutzung, wie beispielsweise Dienstbarkeiten, als auch insbesondere durch die starke Zunahme der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen auch die Vorgaben des öffentlichen Rechts.¹⁸⁰

Der Grundgedanke nach einem transparenten und vollständigen Bodeninformationssystem ist auch der Schaffung des ÖREB-Katasters inhärent, was in der Botschaft zum Geoinformationsgesetz klar zum Ausdruck kommt und als übergeordnetes Ziel propagiert wurde: «*Der Kataster informiert vollständig und zuverlässig über eine definierte und gegenüber Dritten wirksame rechtliche Beschränkung. (...). In der Politik lässt sich das im Kanton Zürich eingereichte Postulat erwähnen, das den Regierungsrat auffordert, auf gesetzlichem Wege einen Kataster einzuführen, der von den Gemeinden verwaltet wird und sämtliche öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen enthält, die im Rahmen von baurechtlichen Verfahren (Baugenehmigungen, Quartierpläne usw.) gemäss dem Raumplanungs- und Baugesetz erlassen wurden; (...) sowie all jenes, was Einfluss auf das Grundeigentum haben kann, wie etwa alte Deponien, die Beseitigung von Flockenasbest, Inventarisierungen (Kultur- oder Naturdenkmäler) usw.».¹⁸¹ Konstatiert man aber nun die in diesem Schlussbericht unter Punkt 4.2, 4.3 und 4.4 zahlreich aufgezeigten Ausschlusskriterien, welche für die Bestimmung und Erweiterung des Inhalts des ÖREB-Katasters zu berücksichtigen sind¹⁸², so muss unweigerlich festgestellt werden, dass diese dem übergeordneten Ziel nach einem möglichst vollständigen ÖREB-Kataster unweigerlich entgegenstehen und diverse Massnahmen geboten sind, wenn dieses Ziel langfristig erreicht werden soll.*

Folgende beiden Ursachen sind für den derzeit doch nur sehr überschaubaren Inhalt des ÖREB-Katasters hauptverantwortlich: Zum einen ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen sich der Gesetzgeber im Rahmen der Immobiliarsachenrechtsrevision und der Einführung des Geoinformationsgesetzes entschieden hatte, die diversen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen auf zwei Raumkataster aufzuteilen.¹⁸³ Dabei vermag auch nicht zu überzeugen, dass im Schrifttum betont wird, dass gesetzgeberisch die Anmerkungspflicht in Art. 962 ZGB mit dem neu eingeführten ÖREB-Kataster abgestimmt wurde. Vielmehr richtet sich der Vorwurf dahin, dass weder der Gesetzgeber, noch später die Lehre – mit einer einzigen Ausnahme¹⁸⁴ – den Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster (Art. 16 Abs. 1 GeolG) hinterfragt, sondern diesen als notwendige Folge vorausgesetzt hatte.¹⁸⁵ Diese Tatsache ist umso bedenklicher, als dass in der grundbuchrechtlichen Literatur die Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnissen im Grundbuch nach aArt. 962 ZGB, als einem

¹⁸⁰ Vgl. REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 2 ff.; STEINAUER, *Les droits réels*, Tome II, Rz. 1946 ff.

¹⁸¹ Vgl. BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7856 f.

¹⁸² Vgl. dazu eingehend die Ausführungen bei 4.2, 4.3 und 4.4.

¹⁸³ In diesem Zusammenhang wird in den Gesetzesmaterialien und der Literatur gebetsmühlenartig erwähnt, dass in Bezug auf die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen zwischen dem Grundbuch und dem ÖREB-Kataster eine notwendige Komplementarität bestünde, die einzig und allein – wenn überhaupt – damit begründet wird, das im Grundbuch nur die öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen angemerkt würden, die auf einem *individuell-konkreten* Rechtsakt basierten, im ÖREB-Kataster hingegen nur diejenigen ÖREB zu publizieren seien, die für ein bestimmtes Gebiet (Perimeter) Geltung hätten und auf einem *generell-konkreten* Rechtsakt basierten. Vgl. BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7857; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144; HUSER, *Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG)*, S. 150; SCHMID-TSCHIRREN, *Neuerungen im Immobiliarsachenrecht*, in: AJP 2012, S. 1509 f.

¹⁸⁴ Zur Kritik am Dualismus MOSHE, *Schlussbericht zum Schwergewichtsprojekt i. S. ÖREB-Kataster Nr. SGP17-BS* (Publikationsorgan), S. 11 f.; MOSHE, in: *cadastre* 27/2018, S. 8 ff. m.w.H.; vgl. auch SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 3, der den Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster indes nicht generell kritisiert, sondern vielmehr bezugnehmend auf Art. 129 Abs. 2 GBV einzig die Doppelpurigkeit als quasi eine Sonderform des Dualismus anhand des Beispiels der Altlasten ablehnt.

¹⁸⁵ Vgl. bereits SCHLUSSBERICHT SIDIS, *Die INFORMATIONSSYSTEME ÜBER RAUMWIRKSAME RECHTE UND INSBESEONDRE DER KATASTER DER ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREB-KATASTER)*, S. 19 ff. m.z.H.

Register für Rechte des Privatrechts, als «Kuckucksei im Nest der Grundbuchordnung» kritisiert worden war.¹⁸⁶

Das formelle Unterscheidungskriterium zwischen Grundbuch (*individuell-konkret*) und ÖREB-Kataster (*generell-konkret*) ist nicht nur nicht überzeugend, als dass auch die im ÖREB-Kataster geführten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen parzellenscharf dargestellt und mittels eines statischen dynamischen Auszuges abgerufen werden können, sondern führt auch zu einer Rechtsunsicherheit und Kundenunfreundlichkeit.¹⁸⁷ Eine weitere negative Konsequenz des Dualismus ist auch die mögliche parallele Anmerkung von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch, die auch Inhalt des ÖREB-Katasters sind (vgl. Art. 129 Abs. 2 GBV), wie dies beispielsweise Art. 32dbis USG für Einträge im Kataster der belasteten Standorte vorsieht, da dies im Ergebnis zu einer systemwidrigen und fehleranfälligen Doppelspurigkeit führt.¹⁸⁸

Auch wenn man wie die herrschende Lehre von einer notwendigen Komplementarität zwischen dem Grundbuch und dem ÖREB-Kataster ausgehen sollte, um so dem Informationsbedürfnis an der grossen Anzahl von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen Rechnung zu tragen, muss man feststellen, dass diese nicht ansatzweise vollständig in den beiden Registern publiziert werden. Grund dafür ist hingegen nicht, dass der Bundesrat gestützt auf Art. 16 Abs. 2 GeoIG im Anhang 1 zur GeoIV und für das Grundbuch gestützt auf Art. 962 Abs. 2 ZGB in Art. 129 Abs. 1 in einer ersten Einführungsphase blos eine bestimmte Anzahl von Geobasisdaten des Bundesrechts bzw. Rechtsgebiete bestimmt hat.¹⁸⁹ Vielmehr ist das auf den Umstand zurückzuführen, dass der Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung¹⁹⁰ – und als Folge davon der Umfang des Inhalts des ÖREB-Katasters – durch zu zahlreiche Ausschlusskriterien unnötig eingeschränkt wird.¹⁹¹

Diese Tatsache wird insbesondere dadurch verdeutlicht, dass durch das Erfordernis einer konkreten Geometrie in einem Plan aktuell sämtliche unmittelbar öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen als potentieller Gegenstand des ÖREB-Katasters ausscheiden.¹⁹² In ähnlichem Umfang wird der Inhalt des ÖREB-Katasters dadurch beschnitten, dass im Gesetz in Art. 2 Abs. 1 ÖREBKV eine rechtskräftige öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung vorausgesetzt wird.¹⁹³ Dies hat wiederum zur Folge, dass die geplanten und laufenden Änderungen ohne Vorwirkung nach Art. 8b Abs. 1 Ziff. 1 ÖREBKV und insbesondere die laufenden Änderungen mit Vorwirkung nach Art. 8b Abs. 2 ÖREBKV de lege lata als Inhalt des

¹⁸⁶ So insbesondere LIVER, in: ZBGR 50/1969, S. 10; kritisch auch FRIEDRICH, Grundbuch und öffentliches Recht, in: ZBGR 51/1970, S. 209, nach dem die Anmerkung als «Mädchen für alles» herhalten müsse.

¹⁸⁷ So bereits MOSHE, in: cadastre 27/2018, S. 11 f.

¹⁸⁸ Vgl. zur Kritik an der Doppelspurigkeit SCHMID, BS-Komm., Art. 962 ZGB N 3.

¹⁸⁹ KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 142 f.; HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeoIG), in: AJP 2010, S. 150; vgl. bereits KNOEPFEL/WEY, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen (ÖREB), S. 4 f. und 12 ff.

¹⁹⁰ Zum Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung vgl. eingehend PONT VEUTHEY, De quelques restrictions de droit public à la propriété foncière, in: ZBGR 81/2000, S. 154 ff. m.z.H.; vgl. auch SIMONIUS/SUTTER, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, § 4 Rz. 45; HÄFELIN/MÜLLER/ULLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2157; REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 680 ZGB N 15; MEIER-HAYOZ, BE-Komm., Art. 680 ZGB N 34, 58 und 74 ff.

¹⁹¹ Vgl. KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 16 f. in Bezug auf das aktuell geltende und zu einschneidende Prüfungsschema für die Inhalte des ÖREB-Katasters, welches sieben kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen beinhaltet.

¹⁹² So insbesondere KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 17; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 145.

¹⁹³ Dieses Erfordernis wiederum wird aktuell im Prüfungsraster in Bezug auf den Inhalt des ÖREB-Katasters inkonsequenterweise nicht vorausgesetzt vgl. KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 16 f.

ÖREB-Katasters ausscheiden und nur als Zusatzinformationen geführt werden.¹⁹⁴ In der Praxis wird diesbezüglich vorausgesetzt, dass die Einschränkung eigentümerverbindlich im Sinne von Art. 3 Abs.1 Bst. d GeolG sein muss.¹⁹⁵ Die Gleichsetzung dieser beiden Begriffe ist abzulehnen, zumal es sich bei der (formellen) Rechtskraft um einen klar definierten Begriff aus dem Verfahrensrecht handelt, nämlich dass gegen einen Entscheid alle ordentlichen Rechtsmittel ausgeschöpft sind,¹⁹⁶ hingegen der Begriff der Rechtsverbindlichkeit blos einen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt. Dass es sich bei dem Begriff *eigentümerverbindlich* um einen nicht zielführenden Begriff handelt, der insbesondere in Abgrenzung zu *behördenverbindlich* (vgl. auch Art. 3 Abs.1 Bst. e GeolG) verwendet wird, zeigt allein die Tatsache, dass Richtpläne und insbesondere Sachpläne bzw. Inventare vom Bundesgericht und der Lehre als nur behördenverbindlich und nicht eigentümerverbindlich bezeichnet werden, obwohl durch diese unbestritten eine Einschränkung der Nutzungs- und Verfügungsbefugnis der Eigentümerin oder des Eigentümers einhergeht.¹⁹⁷ Letztlich hat die Voraussetzung der Eigentümerverbindlichkeit dazu geführt, dass Inventare des Bundesrechts und des kantonalen Rechts (noch) nicht als Inhalt in den ÖREB-Kataster Eingang gefunden haben.¹⁹⁸

Auch die Voraussetzung der Dauerhaftigkeit sollte zukünftig aufgegeben werden, da diese nicht an den Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen gekoppelt ist und auch nicht in Korrelation mit der Intensität der Einschränkung steht. Zudem wird durch das Kriterium der Dauerhaftigkeit der ÖREB-Kataster massgeblich in seiner Zusatzfunktion als Publikationsorgan nach Art. 2 Abs. 3 ÖREBKV unterbunden. Denn hier wurde von diesem Teil der Lehre gerade verkannt¹⁹⁹, dass die Dauerhaftigkeit von mindestens zwei Jahren lediglich eine Tatbestandsvoraussetzung von Art. 962 Abs. 1 ZGB und mit Nichten ein Bestandteil der Terminologie von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre.

Orientiert man sich an dem übergeordneten Ziel des Gesetzgebers in der Botschaft zum Geoinformationsgesetz, dass im ÖREB-Kataster zuverlässig und (langfristig) vollständig die Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts publiziert werden sollen, so sind zwei

¹⁹⁴ Anders die Situation im Grundbuch, in dem gestützt auf Art. 962 ZGB auch blos vollstreckbare Entscheide, die noch nicht rechtskräftig sind, angemerkt werden können. Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 946 ZGB N 49.

¹⁹⁵ Hier sei angemerkt, dass dieser Gesetzeswortlaut nur unpräzise ist, weil nicht etwa die eigentliche öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung in (formelle) Rechtskraft erwächst, sondern vielmehr der diese begründende Entscheid oder Beschluss.

¹⁹⁶ Zum Begriff der formellen Rechtskraft vgl. MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Rz. 239; STAHELIN/ STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, § 24 Rz. 2.

¹⁹⁷ Vgl. BGE 131 II 470 ff., 478 E. 4a; BGE 119 Ia 285 ff., 89 E. 3; BGE 111 Ia 129 ff., 131 E. 3; vgl. aber zuletzt BGE 141 III 401 ff., 404 f. E. 4.2.2.: «Verwaltungsverordnungen richten sich an die Behörden; verpflichtende Wirkung entfalten sie grundsätzlich nur im verwaltungshierarchischen Verhältnis zwischen übergeordneter und untergeordneter Verwaltungseinheit, d.h. es können nicht allein gestützt auf sie Verwaltungsrechtsverhältnisse zum Bürger geregelt werden und sie sind für Gerichte nicht verbindlich. (...). Damit können Verwaltungsverordnungen die Rechtsstellung des Bürgers indirekt mitprägen und Außenwirkung entfalten (...). In der Lehre wird diese Rechtsprechung mit Unterscheidung von Innen- und Außenwirkung aber kritisiert. Soweit sich vollzugslenkende Verwaltungsverordnungen im Rahmen von Verfassung und Gesetz halten, seien diese auch für Gerichte und Private massgebend; sie erschienen damit als gerichtlich überprüfbare Rechtsquellen.».

¹⁹⁸ Vgl. zuletzt KETTIGER, Rechtliche Analyse möglicher neuer ÖREB-Themen ab 2020 (Schwergewichtsprojekt Nr. 16), Gutachten zu Handen des Bundesamts für Landestopografie, S. 9 ff., nach dessen Ansicht sämtliche Sachpläne bzw. Inventare, sei es kraft Bundesrecht, sei es kraft kantonalen Rechts, aufgrund der angeblich mangelnden Eigentümerverbindlichkeit nicht Inhalt des ÖREB-Katasters sein können.

¹⁹⁹ So aber KETTIGER, Rechtliche Analyse möglicher neuer ÖREB-Themen ab 2020 (Schwergewichtsprojekt Nr. 16), Gutachten zu Handen des Bundesamts für Landestopografie, S. 5 ff; KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 16 f.

Massnahmen unumgänglich: Zum einen muss der in Art. 962 i. V. m. Art. 16 Abs. 1 GeolG statuierte Dualismus zwischen dem Grundbuch und dem ÖREB-Katasters zugunsten des letzteren aufgegeben werden. Die Aufhebung des Dualismus ist denn auch wichtiger Bestandteil der aktuell laufenden Teilrevision des Geoinformationsgesetzes. Zum anderen müssen die verschiedenen Voraussetzungen, die den Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung zu stark beschneiden, aufgegeben und in der Weisung der swisstopo und dem Prüfungsschema zum ÖREB-Kataster angepasst werden. Während für die Aufhebung der konkreten Geometrie und der Dauerhaftigkeit eine Praxisänderung ausreichend ist, muss im Hinblick auf das Vorliegen eines rechtkräftigen Beschlusses die Vorschrift von Art. 2 Abs. 1 ÖREBKV angepasst werden.

Ferner können allfällige Verletzungen der Eigentumsgarantie im Sinne einer materiellen Enteignung nicht festgestellt und allenfalls entschädigt werden, wenn es zukünftig nicht gelingen sollte, in Anlehnung an den (weiten) Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Lehre die zahlreichen Eigentumsbeschränkung möglichst vollständig im ÖREB-Kataster zu publizieren.²⁰⁰

²⁰⁰ Vgl. auch NORER/HÖRHAGER, Öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen an Grundstücken: ÖREB-Kataster und Eingriffskumulation, Überlegungen zum «Gulliver-Effekt», in: Karin Müller et al. (Hrsg.), Auf zu neuen Ufern, Festschrift für Walter Fellmann zum 65. Geburtstag, Zürich 2021, S. 314 f.

5. Wie wird der ÖREB-Kataster in der Praxis und der Lehre wahrgenommen?

Ziel des ÖREB-Katasters ist es, die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, welche ein Grundstück betreffen, in aktueller, vollständiger und zuverlässiger Form der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Die zuverlässigen Informationen des ÖREB-Katasters sollen die Rechtssicherheit beim Grundeigentum erhöhen sowie zu einer effizienteren Informationsbeschaffung führen.

5.1. Positives

Gestützt auf Art. 43 Abs. 1 GeolG kommt eine Begleitgruppe zum ÖREB-Kataster in einem Evaluationsbericht an den Bundesrat zuhanden der Bundesversammlung zum Schluss, dass der ÖREB-Kataster erfolgreich eingeführt worden sei.²⁰¹ Dabei orientierte sich das Begleitgremium für den Evaluationsbericht insbesondere an den Ergebnissen einer telefonischen Bevölkerungsbefragung und einer Online-Befragung bei acht professionellen Zielgruppen des Katasters (Gemeinden, Notare/Notarinnen, Grundbuchämter, Immobilienbranche, Planer/-innen und Architekt/Architektinnen, Geometer/-innen, kantonale Stellen) sowie an Angaben der Kantone zu Kosten und Nutzung des Katasters.²⁰² Die Erhebung basierte auf dem gleichen System mit neun²⁰³ Indikatoren wie bei der Umfrage aus dem Jahre 2016-2017, mittels welchem sich die abschliessende Zielerreichung zur erfolgreichen Einführung des ÖREB-Katasters vornehmen lassen soll. Die Evaluationsergebnisse zu den neun Indikatoren bildeten alsdann die Grundlage für eine Gesamtbeurteilung zur Überprüfung von Notwendigkeit, Zweckmässigkeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit des ÖREB-Katasters.

Die Erhebung aus dem Jahre 2021 durch INTERFACE konnte detailliert aufzeigen, dass der ÖREB-Kataster seine Ziele grösstenteils erreicht hat. Die positiven Resultate, die bereits im Rahmen der Umfrage aus dem Jahre 2016/17 für die Pilotkantone festgestellt wurden, konnten sich in Bezug auf gewisse Indikatoren sogar noch verbessern und auch für jene Kantone, welche den ÖREB-Kataster erst später eingeführt haben, erfreulicherweise bestätigt werden.²⁰⁴

Die Notwendigkeit für die Einführung des ÖREB-Katasters sei gegeben und in der Nutzung gestalte sich dieser zweckmässig, und zwar sowohl für die professionellen Zielgruppen als auch für die relevanten Personen aus der Bevölkerung. Den Ausgaben für den Aufbau und Betrieb des Katasters stünden deutliche Effizienzgewinne bei den professionellen Zielgruppen gegenüber, was im Ergebnis auch zu einer positiven Beurteilung der Wirtschaftlichkeit führe. In der Evaluation wird alsdann davon ausgegangen, dass bei einem Vollbetrieb bereits nach drei Jahren die getätigten Einsparungen höher wären als die Ausgaben für den Kataster. Das Gros der Effizienzgewinne falle jedoch bei privaten Nutzenden und nicht etwa bei der öffentlichen Hand an. Ferner zeige sich die Wirksamkeit des Katasters in verschiedenen Bereichen und könne ebenfalls als erfüllt betrachtet werden. Angesichts der erfreulicherweise hohen und gestiegenen Nutzung sei jedoch der Umstand kritisch zu werten, dass, anders als

²⁰¹ Vgl. BERICHT «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 19 ff. m.z.H.

²⁰² BERICHT «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 16 ff. m.z.H.

²⁰³ Bei den neun Indikatoren handelt es um 1. die Notwendigkeit, 2. den Kosten und Aufwand, 3. den Einführungsstand und die Vollständigkeit (neu als eigener Indikator), 4. Die Zugänglichkeit der Informationen, 5. die Bekanntheit, 6. Die Häufigkeit der Nutzung, 7. den Nutzen bei den Zielgruppen, den 8. Indirekten gesellschaftlichen Nutzen, 9. Beurteilung der Rechtssicherheit.

²⁰⁴ Vgl. BERICHT «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 19.

ursprünglich geplant, auch Anfang 2021 die Einführung des ÖREB-Katasters immer noch Lücken aufweisen würde.²⁰⁵

5.2. Negatives

Im Rahmen der Umfrage aus dem Jahre 2021 wurde – im Unterschied zu jener aus dem Jahre 2016-2017 – dem Einführungsstand und der Vollständigkeit des ÖREB-Katasters ein eigener Indikator gewidmet.²⁰⁶ Dieser Indikator hatte die Aufgabe, zu eruieren, ob zum einen die enumerierten Themen der Einführungsphase durch die Kantone erfolgreich umgesetzt wurden und zum anderen, ob der Inhalt des ÖREB-Katasters – in Anlehnung an die Botschaft zum Geoinformationsgesetz im Sinne des übergeordneten gesetzgeberischen Willen – als vollständig erachtet werden kann.²⁰⁷

Auf die Frage nach weiteren möglichen relevanten eigentümerverbindlichen Gegenständen, die aktuell nicht Inhalt des ÖREB-Katasters sind, wurden von den Teilnehmern gemäss der Umfrage am häufigsten solche genannt, die entweder privatrechtlich im Grundbuch geregelt seien (insbes. Dienstbarkeiten) oder zwar eine Bedeutung etwa für Kauf und Wertermittlung von Grundstücken hätten (z.B. Radonbelastung, Denkmalpflege), jedoch keine öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen seien.²⁰⁸ Diese Aussage der befragten Teilnehmer der Umfrage unterstreicht deutlich die zwei folgenden Umstände: Einerseits hat sich die sehr enge Definition des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, wie sie aktuell (noch) dem ÖREB-Kataster und insbesondere dem Prüfungsraster für dessen Inhalt zugrunde liegt, – «bedauerlicherweise» – auch in den Köpfen der verschiedenen Teilnehmern und dem Ersteller der Umfrage fest verankert, ohne diesen kritisch zu hinterfragen. Andererseits wird dadurch auch deutlich, dass das «Informationspotential» des ÖREB-Katasters bei weitem noch nicht ausgeschöpft sei, sei es für öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen in einem weiteren Sinn, sei es für Zusatzinformationen in Anlehnung an eine Definition vom öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in einem engeren Sinn.

In Hinblick auf den Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster wird vom eidgenössischen Gesetzgeber²⁰⁹ und der herrschenden Lehre²¹⁰ konstatiert, dass dieser gewollt sei und die beiden massgebenden Bestimmungen von Art. 962 Abs. 1 ZGB und Art. 16 Abs. 1 GeolG aufeinander abgestimmt worden seien. Die Rechenschaft des Dualismus bzw. der notwendigen Komplementarität zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster der herrschenden Lehre und des Gesetzebers gleicht indes insoweit einem Zirkelschluss und ist daher abzulehnen, da die formellen Unterscheidungskriterien für die Aufnahme einer öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung in das Grundbuch (*individuell-konkreter Rechtsakt*) oder in den ÖREB-Kataster (*generell-konkreter Rechtsakt*) gleichzeitig als Rechtfertigung des Dualismus herangezogen werden.²¹¹ Auch folgende Grafik, welche in der Botschaft zum

²⁰⁵ Vgl. BERICHT «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 20.

²⁰⁶ Vgl. BERICHT «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 16.

²⁰⁷ «EVALUATION DES ÖREB-KATASTERS», S. 16.

²⁰⁸ Vgl. DIE EVALUATION DES KATASTERS FÜR ÖFFENTLICH-RECHTLICHE EIGENTUMSBESCHRÄNKUNGEN (ÖREB-KATASTER) DURCH INTERFACE: ERHEBUNG 2021, S. 27 f. und S. 44.

²⁰⁹ BOTSCHAFT REGISTERSCHULDBRIEF UND WEITERE ÄNDERUNGEN IM SACHENRECHT (BBI 2007), S. 5263 ff., insbes. S. 5332.

²¹⁰ Vgl. etwa KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144; HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150.

²¹¹ SCHMID-TSCHIRREN, Neuerungen im Immobiliarsachenrecht, in: AJP 2012, S. 1509: «Artikel 16 Absatz 1 GeolG sieht vor, dass Gegenstand des Katasters nur diejenigen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, «die nach den Vorschriften des Zivilgesetzbuches nicht im Grundbuch angemerkt werden». Somit sind im

Geoinformationsgesetz und der Literatur verwendet wird, bringt die zirkelschlussartige und nicht überzeugende Erklärung der Notwendigkeit des Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster zum Ausdruck.²¹²

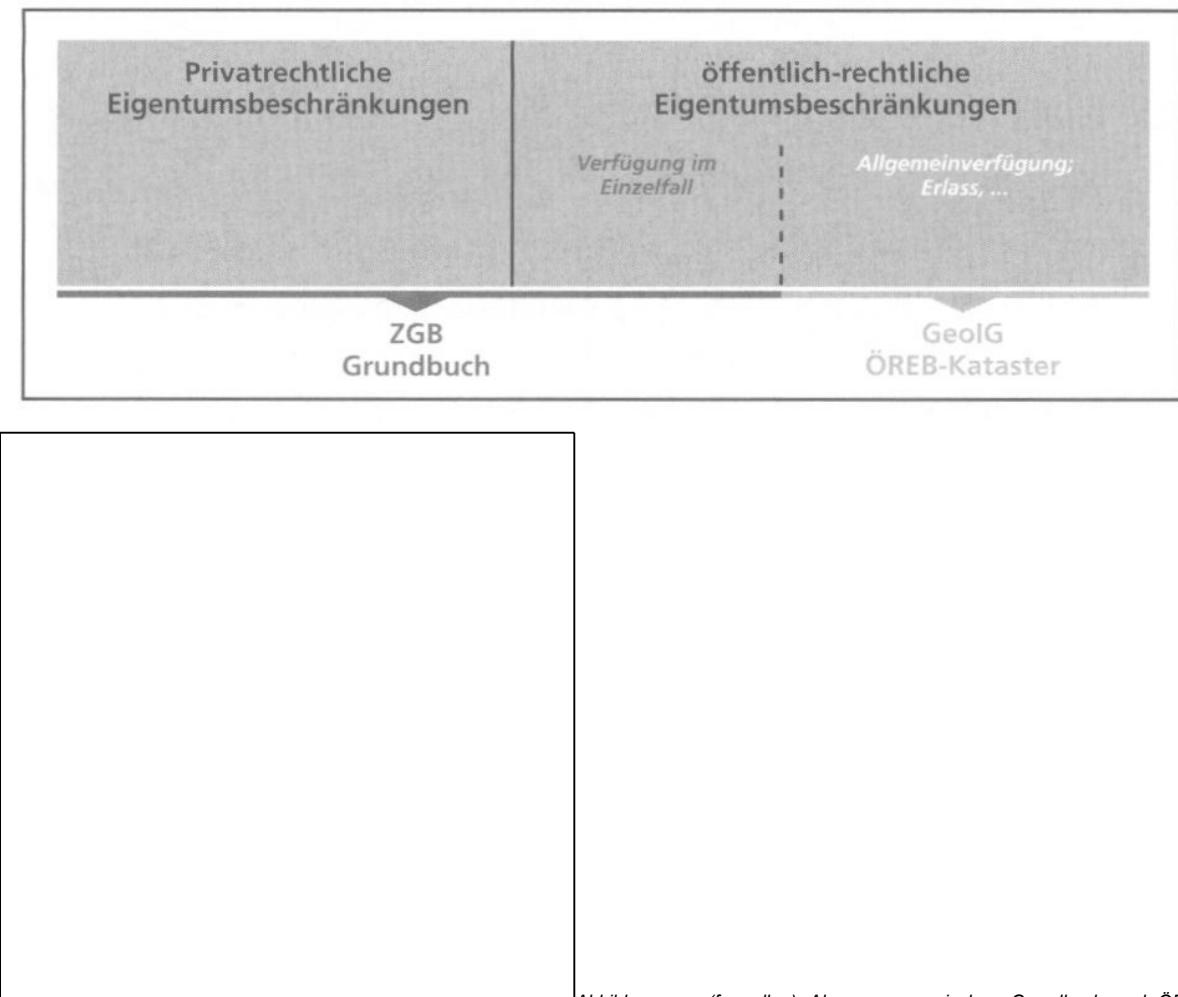


Abbildung zur (formellen) Abgrenzung zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster und dem daraus resultierenden Dualismus)

Eine soweit hier ersichtlich einzige Lehrmeinung hat den Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster eingehend analysiert und in der Folge detailliert kritisiert und grobe Lösungsansätze aufgezeigt.²¹³ Das Grundbuch- und Vermessungsamt des Kantons Basel-Stadt hat alsdann im Rahmen der Einführung des ÖREB-Katasters in Anlehnung an die besagte Kritik

ÖREB-Kataster nur diejenigen ÖREB zu publizieren, die für ein bestimmtes Gebiet (Perimeter) Geltung haben.»; vgl. auch HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, BR 2010, S. 169. ff.

²¹² BOTSCHAFT ZUM GEOINFORMATIONSGESETZ (BBI 2006), S. 7817 und 7857; vgl. auch KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 144: «Die Abgrenzung geht davon aus, dass grundsätzlich alle für ein bestimmtes Grundstück verfügbaren öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Grundbuch angemerkt werden, die übrigen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen damit Gegenstand des Katasters sind bzw. vom Bundesrat als Inhalt des Katasters bezeichnet werden können (Art. 16 Abs. 2 GeolG).».

²¹³ Vgl. zur Kritik zum Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster eingehend MOSHE, Gutachten in Sachen Erläuterung des Spannungsverhältnisses zwischen ÖREB-Kataster und Grundbuch und Darlegung der daraus resultierenden Schnittstellen (vgl. Art. 962 ZGB, Art. 16 GeolG und Art. 129 Abs. 2 GBV) einerseits sowie in Sachen Auslegung der Haftungsnorm für die Führung des ÖREB-Katasters (Art. 18 GeolG) und Beleuchtung der Fiktion der Kenntnis dessen Inhalts (Art. 17 GeolG) andererseits, S. 12 ff., 50 ff. und insbes. 82 ff. und 102 ff. m.w.H.; vgl. bereits zur Kritik am Dualismus MOSHE, Schlussbericht zum Schwerpunktprojekt i. S. ÖREB-Kataster Nr. SGP17-BS (Publikationsorgan), S. 4 und 11 f.

dahingehend reagiert, dass gemäss Art. 9 ÖREBKV-BS²¹⁴ im Sinne der Prämissen «ÖREB-Kataster first» grundsätzlich sämtliche öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen im Kataster geführt werden.²¹⁵

Die beiden skizzierten Kritikpunkte der Lehre und der Praxis verfügen über einen gemeinsamen Nenner, nämlich dass der Informationsgehalt des ÖREB-Kataster betreffend seinen eigentlichen Inhalt im Sinne von Art. 16 Abs. 2 und 3 GeolG sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 und 2 ÖREBKV nicht ausgeschöpft ist. Der eine Kritikpunkt basiert auf dem Ansatz, dass aufgrund der zu knappen Definition der Terminologie von öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen zahlreiche das Grundeigentum «einschränkende rechtliche Tatbestände» im Prüfungsraaster hängenbleiben und daher nicht als Inhalt in den ÖREB-Kataster aufgenommen werden können. Der andere Kritikpunkt nimmt Bezug auf die Tatsache, dass durch das systemfremde und unnötige Nebeneinander zweier Raumkataster für den einen und selben rechtlichen Tatbestand der extra für diesen Tatbestand geschaffene ÖREB-Kataster unnötig seines Inhaltes konkurrenzieren wird.

Wie in diesem Bericht an anderer Stelle bereits aufgezeigt, ist auch das Gefäss der Zusatzinformation gemäss Art. 8b Abs. 1 und Abs. 2 ÖREBKV – zumindest langfristig – aus unterschiedlichen Gründen keine alternative Lösung. Einerseits ist in Art. 8b Abs. 1 ÖREBKV – und auch nicht in Art. 129 Abs. 2 GBV²¹⁶ – keine Möglichkeit vorgesehen, öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die nach Art. 962 Abs. 1 ZGB im Grundbuch angemerkt sind, parallel als Zusatzinformationen im ÖREB-Kataster zu führen. Andererseits ist der Tatbestand von Art. 8b Abs. 1 lit. b ÖREBKV, welcher ausschliesslich für unverbindliche Informationen vorgesehen ist, für weitere relevante eigentümerverbindliche Gegenstände, die derzeit nicht als Inhalt in den ÖREB-Kataster aufgenommen werden können, aus rechtlicher Würdigung ungeeignet, da diese sehr wohl über eine rechtliche Wirkung und Verbindlichkeit verfügen – und zwar im Kontext mit behördenverbindlichen bzw. mittelbar eigentümerverbindlichen Einschränkungen über eine mittelbare rechtliche Wirkung und im Zusammenhang mit generell-abstrakten eigentümerverbindlichen Normen wie Gesetze und Rechtsverordnungen sogar über eine unmittelbare rechtliche Wirkung.²¹⁷

Das aktuell zu grosse (rechtliche) Gefälle sowie die systemfremde Systematik zwischen dem Inhalt des ÖREB-Katasters gemäss Art. 16 Abs. 2 und 3 GeolG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 und 2 ÖREBKV einerseits und den Zusatzinformationen gemäss Art. 8b Abs. 2 und 3 ÖREBKV wird auch durch die unbefriedigende Konstellation aufgezeigt, dass selbst laufende Änderungen (Art. 8b Abs. 1 lit. a ÖREBKV) und sogar laufende Änderungen mit Vorwirkung (Art. 8b Abs. 2 ÖREBKV) in einer im Gesetz im formellen Sinn explizit sanktionierten rechtlichen Vorwirkung nicht zum eigentlichen Inhalt des ÖREB-Katasters gehören. Dass vor allem auch laufende Änderungen mit einer Vorwirkung, die eine uneingeschränkte rechtliche Wirkung entfalten und in ihrer Umsetzung gegenüber der verpflichteten Eigentümerpartei ohne Weiters

²¹⁴ Kantonale Verordnung des Kantons Basel-Stadt über den Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen (KÖREBKV), SG 214.307.

²¹⁵ Vgl. § 9 Abs. 1 ÖREBKV-BS: «Grundsätzlich werden öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen im ÖREB-Kataster geführt.» und § 9 Abs. 2 ÖREBKV-BS: «Die im Grundbuch angemerkteten öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sollen zwecks Vollständigkeit auch im ÖREB-Kataster geführt und im Katasterauszug auf das Grundbuch hingewiesen werden.».

²¹⁶ Vgl. Art. 129 Abs. 2 GBV: «Bei öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, die im Grundbuch angemerkt werden sollen und gleichzeitig Gegenstand des Katasters der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen sind, besteht die Anmerkung im Grundbuch in einem Hinweis auf den Katalster.».

²¹⁷ Vgl. dazu die Ausführungen bei 4.1, 4.2 und 4.4.

vollstreckbar sind, ist wahrlich systemfremd und daher abzulehnen.²¹⁸ Diese hier ausgeübte Kritik findet auch durch die Tatsache Unterstützung, dass im Kontext mit Anmerkungspflicht in Art. 962 Abs. 1 ZGB verfügte öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, die zwar noch nicht (formell) rechtskräftig, aber vollstreckbar²¹⁹, diskussionslos im Grundbuch angemerkt werden.²²⁰

²¹⁸ Zur Vollstreckbarkeit in Abgrenzung zur formellen Rechtskraft vgl. MARKUS/WUFFLI, Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?, in ZBJV (151/2015), S. 85 ff. und 93 ff.; vgl. auch [BGer 5A_866/2012 vom 1.2.2013, E. 4.1](#): «(...) *il y a par conséquent des decisions pour lesquelles force de chose jugée formelle (formelle Rechtskraft) et force exécutoire (Vollstreckbarkeit) ne coïncident pas (...).*».

²¹⁹ Vgl. zum Begriff der Vollstreckbarkeit statt vieler SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Rz. 1516; STAHELIN/STAHELIN/GROLIMUND, Zivilprozessecht, Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, § 24 Rz. 3.

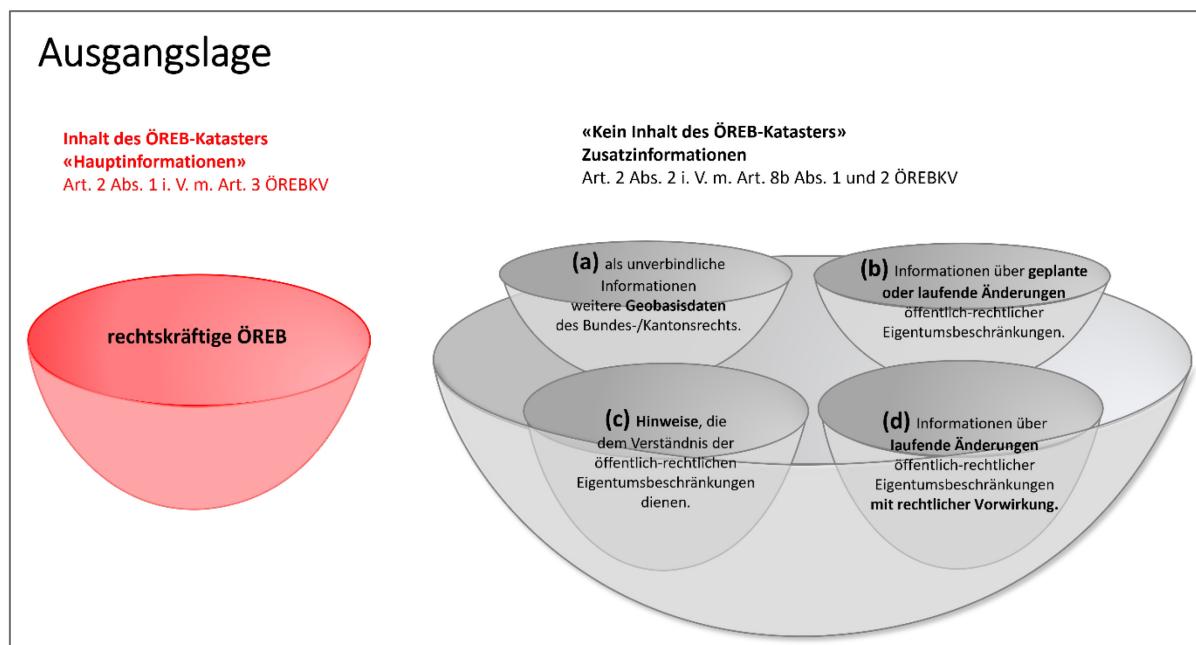
²²⁰ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 946 ZGB N 49.

6. Welcher Handlungsbedarf besteht betreffend die Vervollständigung des Inhaltes des ÖREB-Katasters im Sinne eines kurzfristigen und langfristigen Ausblicks?

Wie im Rahmen des vorliegenden Berichts dieser Arbeit aufgezeigt, orientiert sich der ÖREB-Kataster in Bezug auf seinen Inhalt an einem äusserst eng ausgelegten Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung, sei es durch die einschlägigen gesetzlichen Grundlagen, sei es durch verschiedenen Weisungen und Prüfungs raster, die für die Praxis verbindlich sind und konsequent angewendet werden.²²¹ In diesem Kapitel sollen nun die kurzfristigen und langfristigen Massnahmen skizziert werden, die erforderlich sind, um den Inhalt des ÖREB-Kataster im Sinne der übergeordneten und langfristigen Zielsetzung des Bundesgesetzgebers zu vervollständigen.

6.1. Aktuelle Gefässstruktur und kurzfristige Massnahmen

Die aktuelle rechtlich statuierte und in der Praxis auch gelebte Gefässstruktur des ÖREB-Katasters im Sinne der Systematik und des Zusammenspiel von eigentlichem Inhalt (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 1 und 2 ÖREBK) und Zusatzinformationen (Art. 8b Abs. 1 und Abs. 2 ÖREBK) lässt sich anhand der folgenden Grafik gut veranschaulichen:



(Folien des Referats von Herrn Dr. Amir Noah Moshe anlässlich der Informationsveranstaltung zum ÖREB-Kataster vom 02.11.2022 in Bern)

Dieser Grafik kann entnommen werden, dass zumindest zwei der drei angestrebten Vervollständigungsmassnahmen, nämlich besonders die behördenverbindlichen bzw. mittelbar verbindlichen Eigentumsbeschränkungen, aber theoretisch ebenso die *generell-abstrakten* unmittelbar verbindlichen Eigentumsbeschränkungen in Gestalt von Gesetzen und Rechtsverordnungen, derzeit lediglich – aber immerhin – als Zusatzinformationen im Kataster geführt werden können. Während Erstere aktuell aufgrund des Erfordernisses der fehlenden Rechtskraft bzw. der bloss mittelbaren Eigentümerverbindlichkeit (vgl. Art. 2 Abs. 1 ÖREBK) nicht als Inhalt in den ÖREB-Kataster aufgenommen werden können, fehlt es Letzteren angeblich an

²²¹ Vgl. KETTIGER, Rechtliche Analyse möglicher neuer ÖREB-Themen ab 2020 (Schwergewichtsprojekt Nr. 16), Gutachten zu Handen des Bundesamts für Landestopografie, S. 5 ff.; KETTIGER, in: cadastre 27/2018, S. 16 f.

der in der Praxis vorausgesetzten konkreten Geometrie.²²² Um den sogenannten weiteren «relevanten Eigentumseinschränkungen», wie sie irrtümlich in der Praxis bezeichnet werden, mehr Transparenz zu verleihen, ist die Praxis angehalten, diese zumindest bis auf Weiteres als Zusatzinformationen in den ÖREB-Kataster aufzunehmen.²²³ Dass die *generell-abstrakten* unmittelbar verbindlichen Eigentumsbeschränkungen in Gestalt von Gesetzen und Rechtsverordnungen in den offiziellen Gesetzessammlungen des Bundes und der Kantone geführt würden, nimmt alsdann ein Teil der Lehre zum Anlass der Begründung, dass diese nicht noch zusätzlich im ÖREB-Kataster geführt werden müssten.²²⁴ Dieser Einwand ist indes nicht überzeugend, zumal dieser überhaupt nicht das übergeordnete Ziel des Gesetzgebers berücksichtigt, dass der ÖREB-Kataster – und nicht etwa in Kombination mit den Gesetzessammlungen – möglichst vollständig über alle öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen informieren soll.

Sehr kurzfristig kann das Erfordernis, dass eine öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung dauerhaft bzw. mindestens zwei Jahre bestehen muss, um als Inhalt in den Kataster aufgenommen werden zu können zu werden, kraft Weisung der swisstopo ersatzlos gestrichen werden. Die Praxis, welche diese Tatbestandsvoraussetzung per analogiam an Art. 962 Abs. 1 ZGB aufgestellt hatte²²⁵, hat verkannt, dass durch dieses Erfordernis der ÖREB-Kataster einerseits in seiner Zusatzfunktion als Publikationsorgan nach Art. 2 Abs. 3 ÖREBKV untergraben wird und anderseits, dass sich der ÖREB-Kataster im Verhältnis zum Grundbuch mitunter dadurch auszeichnet, dass aufgrund der digitalen Prozesse öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen im Kataster viel schneller eingetragen und gelöscht werden.²²⁶

Ferner müssten nach der hier vertretenen Ansicht auch die laufenden Änderungen mit einer (rechtlichen) Vorwirkung nach Art. 8b Abs. 2 ÖREBKV kurzfristig und mithin bereits ohne eine Gesetzes- bzw. Verordnungsanpassung als Inhalt des ÖREB-Katasters geführt werden. Diese Massnahme drängt sich insoweit auf und ist in ihrer Umsetzung und auch im Vergleich zum Grundbuch, in dem auch bloss vollstreckbare öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen angemerkt werden, konsequent, als dass es für die Einschränkung der Eigentumsrechte keinen Unterschied macht, ob diese durch einen bereits rechtskräftigen oder erst vollstreckbaren Rechtsakt resultieren.²²⁷

²²² Vgl. KETTIGER, Rechtliche Analyse möglicher neuer ÖREB-Themen ab 2020 (Schwergewichtsprojekt Nr. 16), Gutachten zu Handen des Bundesamts für Landestopografie, S. 5 ff.; KETTIGER, in: *cadastre* 27/2018, S. 16 f.

²²³ So beispielsweise das Bauinventar des Kantons Bern und das Denkmalinventar des Kantons Basel-Stadt.

²²⁴ So etwa STEINAUER, *Droit de la construction et systèmes d'information du territoire*, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), *Gauchs Welt*, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 924 f.; HUSER, *Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG)*, in: AJP 2010, S. 150.

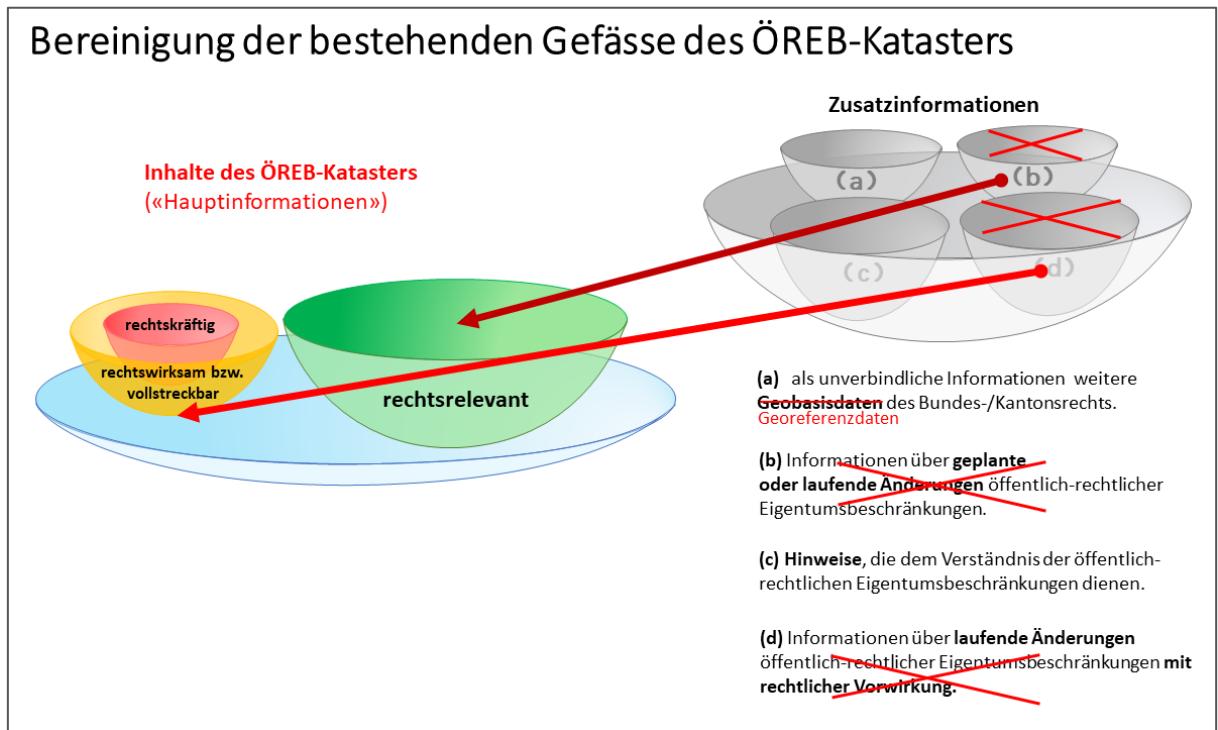
²²⁵ Zur Vorschrift von Art. 962 ZGB vgl. statt vieler SCHMID, *Neuerungen beim Miteigentum und Stockwerkeigentum – Neue Anmerkungen*, in: ZBGR 91/2010, S. 380 ff. m.w.H.

²²⁶ So auch LIENHARD/ZUMSTEIN, *Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen*, S. 18 Fn. 55: «*Die Anforderungen an die Dauerhaftigkeit nehmen mit der Möglichkeit der elektronischen Publikation ab.*».

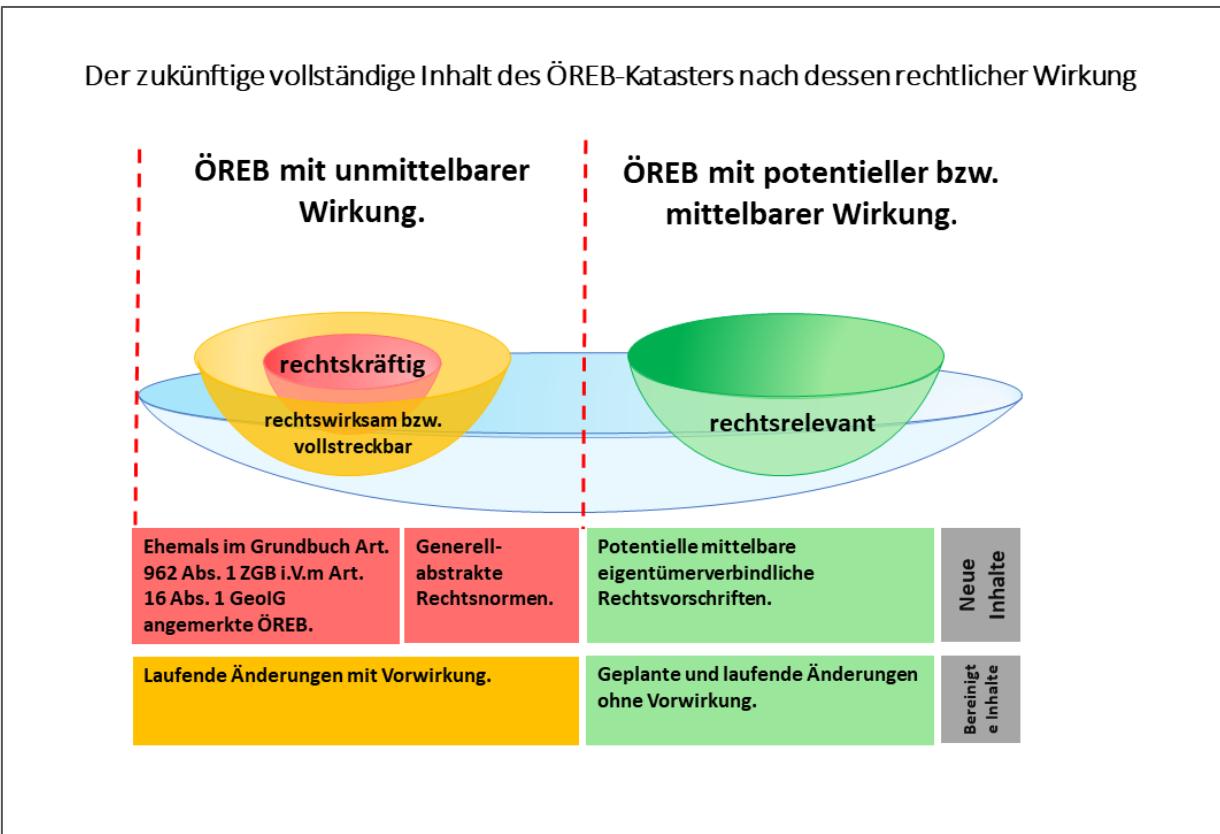
²²⁷ Vgl. in diesem Sinne auch MARKUS/WUFFLI, *Rechtskraft und Vollstreckbarkeit: zwei Begriffe, ein Konzept?*, in: ZBJV (151/2015), S. 93: «*Es ist ein Gebot gleichermaßen der Rechtssicherheit wie der Effizienz der Rechtspflege, dass die Vollstreckbarkeit erst eintritt, wenn die Beständigkeit der Entscheidung bis zu einem gewissen Grad gesichert ist. Der Gleichlauf von formeller Rechtskraft und Vollstreckbarkeit ist deshalb der gesetzliche Normalfall (Art. 315 Abs. 1, Art. 325 Abs. 1 ZPO).».*

6.2. Angestrebte Gefässstruktur und langfristige Massnahmen

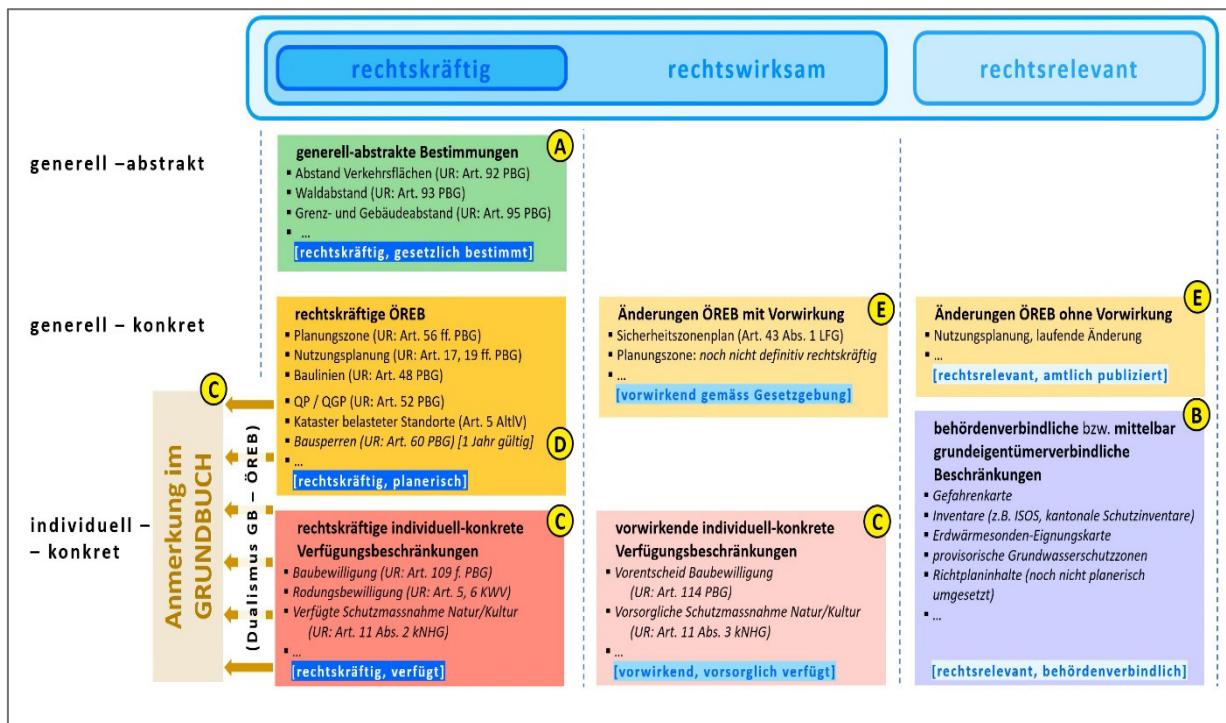
Nach einer erfolgreichen Umsetzung der drei Vervollständigungsmassnahmen – der Aufhebung des Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster zugunsten eines «ÖREB-Kataster first» und die Berücksichtigung von behördenverbindlichen bzw. mittelbaren Eigentumsbeschränkungen und *generell-abstrakten* unmittelbaren Eigentumsbeschränkungen – sowie der Bereinigung der Zusatzinformationen in dem Sinne, dass die geplanten und laufenden Änderungen (Art. 8b Abs. 1 lit. a ÖREBKV) und die Änderungen mit Vorwirkung (Art. 8b Abs. 2 ÖREBKV) zukünftig im Kataster als Inhalte behandelt würden, wären die Inhalte und die Zusatzinformationen des ÖREB-Katasters wie folgt konzipiert:



(Folie des Referats von Herrn Dr. Amir Noah Moshe anlässlich der Informationsveranstaltung zum ÖREB-Kataster vom 02.11.2022 in Bern)



(Folie des Referats von Herrn Dr. Amir Noah Moshe anlässlich der Informationsveranstaltung zum ÖREB-Kataster vom 02.11.2022 in Bern)



(Folie des Referats von Herrn Dr. Bastian Graeff anlässlich der Informationsveranstaltung zum ÖREB-Kataster vom 02.11.2022 in Bern)

6.2.1. Aus rechtlicher Optik

Auf rechtlicher Ebene stehen im Kontext der Umsetzung der drei Vervollständigungsmassnahmen und der Bereinigung der Zusatzinformationen im Rahmen der Revision der GeolG und nachgelagert im Zuge der erforderlichen Totalrevision der ÖREBKV und Anpassung des ZGB folgende Aufgaben bzw. Änderungen an:

Im Hinblick auf die Aufhebung des Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster muss neben Art. 16 Abs. 1 GeolG auch die Vorschrift von Art. 962 Abs. 1 ZGB angepasst werden, da beide Vorschriften den Dualismus statuieren bzw. begründen. Würde der Dualismus zugunsten eines «ÖREB-Kataster first» gänzlich aufgehoben, so könnte man neben der Vorschrift Art. 962 Abs. 1 ZGB auch jene von Art. 129 GBV ersatzlos streichen. Zielführender scheint es hingegen, dass man den Dualismus nicht absolut aufhebt, sondern grundbuchspezifische Anmerkungstatbestände weiterhin im Grundbuch angemerkt werden, was wiederum auch den Vorteil hätte, dass man die Vorschrift von Art. 962 Abs. 1 ZGB – hingegen Art. 129 GBV schon – nicht zwingend revidiert werden müsste.

Für die zukünftige Berücksichtigung von behördensverbündlichen bzw. mittelbaren Eigentumsbeschränkungen und *generell-abstrakten* unmittelbaren Eigentumsbeschränkungen in Form von Gesetzen und Rechtsverordnungen scheint eine Anpassung des GeolG hingegen nicht zwingend erforderlich, zumal in Art. 3 Abs. 1 lit. d.²²⁸ und Art. 16 Abs. 3 GeolG der Begriff «eigentümerverbündlich» verwendet wird und nicht etwa «rechtskräftig» wie in Art. 2 Abs. 1 ÖREBKV oder unmittelbar rechtsverbündlich. Vor dem Hintergrund, dass diese beiden Vervollständigungsmassnahmen auf einem neuen und weiteren Verständnis basieren, was unter dem Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung zu verstehen ist, scheint es hingegen indiziert, diesen in der Vorschrift von nArt. 16 GeolG genauer aufzuschlüsseln und diese Aufgabe nicht bloss im Sinne einer Kompetenzdelegation dem Bundesrat zu übertragen.

Die ÖREBKV muss bezüglich aller drei Vervollständigungsmassnahmen und der Bereinigung der Zusatzinformation im Rahmen einer nachgelagerten Totalrevision überarbeitet werden. Die Vorschrift von Art. 2 Abs. 1 ÖREBKV muss angepasst oder gestrichen werden, da in Zukunft auch vollstreckbare bzw. Änderungen mit rechtlicher Vorwirkung sowie behördensverbündliche bzw. mittelbare Eigentumsbeschränkungen und Änderungen ohne rechtliche Vorwirkung als Inhalt in den Kataster aufgenommen werden sollen. Wiederum im Gegenzug ist die Vorschrift über die Zusatzinformationen insoweit zu bereinigen, als dass Art. 8b Abs. 1 lit. a und Art. 2 ÖREBKV ersatzlos gestrichen werden können. Durch die Aufhebung des Dualismus zwischen Grundbuch und ÖREB-Kataster kann auch die Bestimmung von Art. 8a ÖREBKV ersatzlos gestrichen werden.²²⁹ Ferner muss auch die Vorschrift von Art. 3 lit. a und ÖREBKV formell angepasst werden, da dieser auf Art. 16 Abs. 2 und 3 GeolG verweist, der wiederum – wie oben ausgeführt – infolge der neuen und expansiveren Auslegung des Begriffs der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen revidiert werden muss.

²²⁸ Vgl. Art. 3. Abs. 1 lit. d. GeolG: «eigentümerverbündliche Geobasisdaten: Geobasisdaten, die alle an einem Grundstück berechtigten Personen rechtlich binden;».

²²⁹ Vgl. Art. 8a ÖREBKV: «Der Kataster weist in genereller Weise auf Eigentumsbeschränkungen hin, die im Grundbuch angemerkt sind.».

6.2.2. Aus geometrischer Optik

Der ÖREB-Kataster ist ein Hybrid im Sinne einer Verknüpfung von Recht und Geometrie²³⁰, wobei nach der hier vertretenen Meinung richtigerweise die Geometrie das Recht flankiert und nicht umgekehrt.

Inhalt des Katasters sind derzeit ausschliesslich Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts, die nicht im Grundbuch angemerkt werden (Art. 16 Abs. 1 GeolG) und auf *generell-konkreten* Beschlüssen mit räumlicher Wirkung basieren.²³¹ Der ÖREB-Kataster stellt den Beschluss über die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung in digitaler Form dar und enthält die Geobasisdaten, welche die Eigentumsbeschränkungen in einem Plan abbilden, mithin ist der Plan auch verbindlicher Bestandteil der Rechtsvorschrift.²³²

Diese oben erwähnte Verknüpfung von Recht und Geometrie kann indessen nicht auf die drei geplanten Vervollständigungsmassnahmen bedingungslos angewendet werden, da die rechtlichen Vorschriften und Prozesse anders gelagert sind, insbesondere weil weder die im Grundbuch angemerkt öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, noch die behördensverbindlichen bzw. mittelbar eigentümerverbindlichen sowie *generell-abstrakten* allesamt nicht auf einem rechtsverbindlichen Plan basieren. Gleichwohl sind alle geplanten Vervollständigungsmassnahmen wie aufgezeigt nicht bloss öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, sondern auch Geobasisdaten, die neben einer Grundlage in einem formellen Gesetz allesamt auch ein Bezug zu Grund und Boden im Sinne von Art. 75a Abs. 2 und 3 BV aufweisen.²³³

Sämtliche drei Vervollständigungsmassnahmen – die *generell-abstrakten* unmittelbaren Eigentumsbeschränkungen ausgeklammert, es sei denn man operierte grundsätzlich mit einem «Puffer» – haben jeweils einen klaren Bezug zu einer bestimmten Grundstücksfläche. Auch bei den *generell-konkreten* Beschlüssen stützt sich der ÖREB-Kataster auf die Grundstücke des Vermessungswerks und verknüpft sodann die erlassenen Nutzungsbeschränkungen direkt mit den Grundstücksflächen.²³⁴ Sowohl die derzeit noch im Grundbuch angemerkt öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, als auch die behördensverbindlichen bzw. mittelbaren liessen sich ohne Weiteres (zumindest) parzellenscharf räumlich darstellen. Der Begriff der Parzellenschärfe meint die räumliche exakte Zuordnung einer rechtlichen Wirkung auf ein bestimmtes (räumliches) Objekt und ermöglicht dadurch die präzise Bestimmung, ob ein bestimmtes Objekt bzw. genauer dessen Eigentümerpartei von einer konkreten Rechtswirkung tangiert ist oder nicht. Dabei kann die rechtliche Wirkung mit der Umgrenzung/Fläche eines (räumlichen) Objekt wie im Falle des Eigentums an einer Liegenschaft oder Zugehörigkeit einer Planungszone oder sie kann lediglich einen Teilbereich eines (räumlichen) Objekts betreffen wie etwa bei einem denkmalgeschützten Objekt oder im Falle des Katasters der belasteten

²³⁰ Zutreffend HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150: «*Der Kataster stellt den Beschluss über öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen in digitaler Form dar. Er enthält die Geobasisdaten, die die Eigentumsbeschränkungen in einem Plan abbilden, und verweist auf den Beschluss und seine Vorschriften.*».

²³¹ Statt vieler KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 141 f.

²³² Die Rechtsposition graphischer Pläne im raumwirksamen Recht ist zu noch genauer zu klären; vgl. dazu ZUFFEREY/MAGNIN/DUBLER, «Text-Plan» über die rechtliche Bedeutung graphischer Dokumente, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg, S.16; ZUFFEREY, Cadastre national des restrictions de droit public à la propriété foncière, loi fédérale sur la géoinformation et valeur juridique des documents graphiques, in: BR 2007, S. 1 ff. und 9 f. m.w.H.

²³³ RUCH, SG-Komm., Art. 75a BV N 2 ff. und 18; vgl. auch BIAGGINI, BV-Komm., Art. 75a BV N 4 ff.

²³⁴ Vgl. HUSER, Publikation von Eigentumsbeschränkungen – neue Regeln, BR 2010, S. 173 f.

Standorte.²³⁵ Diesfalls wäre der Plan/die Darstellung – ganz im Unterschied zu den *generell-konkreten* Beschlüssen mit räumlicher Wirkung – kein eigentlicher Bestandteil der Rechtsvorschrift, sondern lediglich, aber immerhin, eine unverbindliche Orientierungshilfe.

Die beiden genannten Vervollständigungsmassnahmen lediglich parzellenscharf im ÖREB-Kataster darzustellen, hätte jedoch den Nachteil, dass im Rahmen einer Parzellierung einer Parzelle nicht eindeutig bekannt wäre, auf welche Parzelle die Beschränkung übertragen werden muss und auf welcher sie gelöscht werden kann. Immerhin muss der Eigentümer bzw. der instruierende Notar gemäss Art. 974a ZGB eines zu teilenden Grundstücks beantragen, welche Anmerkungen zu löschen sind, wobei sich der Grundbuchverwalter aufgrund seiner Kognition nicht nur auf den Bereinigungsantrag beschränken kann, sondern im Besitz der Zustimmung der Erlassbehörde sein muss.²³⁶

Nach der hier vertretenen Meinung ist – entgegen Teilen der Lehre²³⁷ – unbestritten, dass auch für *generell-abstrakte* Eigentumsbeschränkungen des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Wirkung gegenüber der Eigentümerschaft, eine Publizität in einem Register förderlich ist und diese deshalb auch im ÖREB-Kataster als Inhalt Eingang finden sollten.²³⁸ Eine andere Frage ist wiederum, in welcher Form und Genauigkeit und ob diese überhaupt im Kataster dargestellt werden oder aber nur aufgeführt werden sollen.

²³⁵ Die Definition ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs in den Bereichen der Geomatik und Raumplanung und entspricht dem juristischen Sprachgebrauch.

²³⁶ Statt vieler SCHMID, BS-Komm., Art. 974a ZGB N 2 ff.; HÜRLIMANN-KAUP, Neuerungen im Dienstbarkeitsrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Dienstbarkeiten und das neue Schuldbriefrecht – Einblick in die Revision des Immobiliarsachenrechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 49 ff.

²³⁷ STEINAUER, Droit de la construction et systèmes d'information du territoire, in: Pierre Tercier et al. (Hrsg.), Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, S. 924 f.; HUSER, Grundzüge des Geoinformationsgesetzes (GeolG), in: AJP 2010, S. 150; KETTIGER, in: ZBGR 91/2010, S. 145.

²³⁸ Zustimmend LIENHARD/ZUMSTEIN, Kataster der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen, S. 20: «Bezüglich ÖREB aus generell-abstrakten Erlassen kann eine grundstücksbezogene (kartographische) Umsetzung sinnvollerweise in einen ÖREB-Kataster Eingang finden.».

7. Schlusswort und Ausblick der Autorenschaft

Orientiert man sich am übergeordneten Ziel des eidgenössischen Gesetzgebers, nämlich im ÖREB-Kataster die überaus zahlreichen – Tendenz steigend – öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen möglichst vollständig zu publizieren, und ist man auch entschlossen, dieses langfristig umzusetzen, so ist man unweigerlich darauf angewiesen, den aktuellen und viel zu engen Begriff der öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung (zeitnah) aufzugeben und sich vielmehr an der Terminologie der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der vorherrschenden Doktrin zu orientieren.²³⁹ Dass sich nun durch diesen Paradigmenwechsel die Anzahl der potentiellen Inhalte des ÖREB-Katasters, sei es kraft Bundesrechts, sei es kraft kantonalen Rechts, deutlich erhöhen würde, ist alsdann nur eine logische Konsequenz.

Die deutlich grössere Anzahl öffentlich-rechtlicher Eigentumsbeschränkungen, welche zukünftig durch den Paradigmenwechsel im ÖREB-Kataster als Inhalt im Sinne von Art. 16 GeolG i.V.m Art. 2 und 3 ÖREBKV – und nicht wie aktuell bloss als Zusatzinformationen im Sinne von Art. 8b ÖREBKV – publiziert werden könnten, generiert zahlreich Fragen, die es in naher Zukunft zu beantworten und für die es Lösungen zu finden gilt. Die aktuelle Arbeitsgruppe zur Teilrevision des GeolG untersucht, welche gesetzlichen Anpassungen in Bezug auf das GeolG sowie vorausblickend auch in Bezug auf die ÖREBKV und das ZGB und die GBV statuiert werden müssten, um die geplanten Vervollständigungsmassnahmen betreffend den Inhalt des ÖREB-Katasters erfolgreich umsetzen zu können. Ferner wird im Rahmen einer Machbarkeitsstudie unter der Leitung von Interface und in Begleitung einer Expertengruppe untersucht, welche Herausforderungen sich bezüglich der Vervollständigungsmassnahmen in der Praxis stellen, und welche Massnahmen im Hinblick auf eine ressourcenoptimierte und kundenfreundliche Bewirtschaftung des ÖREB-Katasters zu treffen sind.

Während für die drei geplanten Vervollständigungsmassnahmen, die Aufhebung des Dualismus zwischen dem Grundbuch und dem ÖREB-Kataster zugunsten eines «ÖREB-Katasters first» sowie die zukünftige Berücksichtigung von behörderverbindlichen bzw. mittelbar eigentümerverbindlichen Eigentumsbeschränkungen und *generell-abstrakten* Eigentumsbeschränkungen mit unmittelbarer Wirkung, die Anforderungen an die Rechtsvorschriften und die gesetzlichen Grundlagen ohne Weiteres geklärt werden könnten²⁴⁰, verhält sich die Situation in Bezug auf die Geometrie deutlich komplexer und aufwendiger. Im Kontext der Aufhebung des Dualismus zum Grundbuch und der behörderverbindlichen bzw. mittelbar eigentümerverbindlichen Eigentumsbeschränkungen müsste sich das jeweilige Fachamt themenspezifisch entscheiden, ob es die betreffenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen objektivspezifisch oder grundstücksspezifisch geometrisch darzustellen gedenkt, wobei die damit korrelierenden Vor- und Nachteile auf der Hand liegen dürften.²⁴¹ Betreffend die geometrische Darstellung von *generell-abstrakten* öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen drängen sich grundsätzlich zwei Varianten auf, wobei wiederum beide Varianten alternativ zur Verfügung stehen sollten, damit den Ressourcen des jeweils zuständigen Fachamts sowie der Komplexität der jeweils planmässig darzustellenden *generell-abstrakten* Eigentumsbeschränkung gebührend Rechnung getragen werden könnte. Eine einfach zu realisierende Variante bestünde darin, die einzelnen *generell-abstrakten*

²³⁹ Vgl. MOSHE, Factsheet zur Machbarkeitsstudie, S. 1 ff. m.z.H.

²⁴⁰ Vgl. MOSHE, Factsheet zur Machbarkeitsstudie, S. 3, 7 und 9

²⁴¹ Vgl. MOSHE, Factsheet zur Machbarkeitsstudie, S. 6 und 10 f.

Eigentumsbeschränkungen ausschliesslich im Rahmen einer abschliessenden Liste zu enumerieren. Auf eine geometrische Darstellung der generell-abstrakten Eigentumsbeschränkungen mittels eines Plans würde bewusst verzichtet. Der interessierte Benutzer würde durch die gelisteten *generell-abstrakten* Eigentumsbeschränkungen bloss – aber immerhin – auf das mögliche Vorhandensein einer tangierenden öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkung aufmerksam gemacht. Eine aufwendigere Variante bestünde darin, auch die *generell-abstrakten* Eigentumsbeschränkungen in einen Plan zu manteln und geometrisch darzustellen.²⁴² Dass dies durchaus mit einem bestimmten Aufwand möglich wäre, liegt wie andernorts bereits erwähnt an dem Umstand, dass auch *generell-abstrakte* Eigentumsbeschränkungen wie beispielsweise in Metern oder sogar in Zentimetern genau bestimmte Abstandslinien über eine *generell-konkrete* Geometrie verfügen. Da diesen Abstandslinien bzw. genauer Abstandsflächen regelmässig eine stärkere oder schwächere Dynamik inhärent ist, muss aus Gründen der Rechtssicherheit mit einem kleineren oder grösseren Puffer operiert werden.²⁴³

Ferner müsste man sich gegebenenfalls auch überlegen, ob man aufgrund des deutlich grösseren Volumens an öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen in Bezug auf die doch sehr statischen Prozesse – zumindest punktuell – Erleichterungen vornehmen müsste, zumal die öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen nicht im ÖREB-Kataster, sondern in den diversen Publikationsorganen (Amtsblätter, Kantonsblätter etc.) begründet werden.

Die erfolgreiche Umsetzung der Vervollständigungsmassnahmen im Hinblick auf den Inhalt des ÖREB-Kataster setzt freilich eine Strategie voraus, welche den ungleichen Ressourcen der tangierten Fachämter, der verschiedenen Komplexität und Wichtigkeit der diversen öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen und auch den andernorts skizzierten unterschiedlichen Varianten gebührend Rechnung trägt. Ein durchaus gangbarer Weg bestünde freilich darin, dass man sich im Zuge einer ersten Etappe auf jene öffentlich-rechtlichen Eigentumsbeschränkungen fokussiert, die bereits in den verschiedenen kantonalen Geoportalen geführt werden, wie beispielsweise die diversen kantonalen Inventare bzw. Sachpläne. Grundsätzlich könnte man sich auch überlegen, ob im Sinne des Prinzips der natürlichen Publizität²⁴⁴ unverkennbar für jedermann sichtbare öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkungen, wie beispielsweise der Wald-, Gewässer- oder Gebäudeabstand, im ÖREB-Kataster nur sehr rudimentär geführt werden sollten, zumal eine genauere Publikation aufgrund der natürlichen Gegebenheiten gerade nicht erforderlich wäre. Im Grundbuch sind etwa oberirdisch verlaufende und sichtbare Leitungen kraft des Grundsatzes der natürlichen Publizität gestützt auf Art. 676 Abs. 4 ZGB von der Eintragungspflicht in das Grundbuch befreit.²⁴⁵

In fine sei hier noch die Anmerkung erlaubt, dass bei der Realisierung der verschiedenen geplanten Vervollständigungsmassnahmen und der Entscheidung des jeweiligen verantwortlichen Bundesamts oder kantonalen Amts wie diese umgesetzt werden solle, die themen-

²⁴² Vgl. MOSHE, Factsheet zur Machbarkeitsstudie, S. 8.

²⁴³ Vgl. MOSHE, Factsheet zur Machbarkeitsstudie, S. 9 f.

²⁴⁴ Zum Begriff der natürlichen Publizität vgl. eingehend MOSHE/KÄSER/MÜHLEMATTER, Die Unverzichtbarkeit von akkurate Dienstbarkeitsplänen und -grenzen sowie deren freie Zugänglichkeit durch die obligatorische Aufnahme in die amtliche Vermessung, in: ZBGR 102/2021, S. 285 ff. m.w.H.; SCHMID/BEELER-SUTA, Die Auslegung von Wegrechten: Öffentlicher GLAUBE des Grundbuchs und natürliche Publizität baulicher Anlagen, in: BR 2011, S. 193 ff.; HÜRLIMANN-KAUP, Die Änderung von Dienstbarkeiten - ausgewählte Fragen, in: BN 2013 S. 133 ff.

²⁴⁵ Vgl. INDERKUM, Artikel 676 ZGB und sein Verhältnis zu Artikel 691 ZGB, in: FS für Roland Pfäffli, BN 2014, S. 262 ff. m.w.H.; REY/STREBEL, BS-Komm., Art. 676 ZGB N 15; vgl. auch BOTSCHAFT REGISTERSCHULDBRIEF UND WEITERE ÄNDERUNGEN IM SACHENRECHT (BBI 2007), S. 5283.

spezifisch in Bezug auf die skizzierten Varianten durchaus unterschiedlich ausfallen kann, stets der Nutzen – und zwar im Ganzen und nicht nur punktuell – der Usergruppen, sei es von den privaten Usern, sei es von den zahlreichen Verwaltungsstellen, im Vordergrund stehen muss.