



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 26 BV

Eine Kommentierung von Stefan Schlegel
Herausgegeben von Stefan Schlegel / Odile Ammann

Stand der Bearbeitung: 17.06.2025

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20250617-170324-0

ZITIERVORSCHLAG

Stefan Schlegel, Kommentierung zu Art. 26 BV, in: Stefan Schlegel/Odile Ammann (Hrsg.),
Onlinekommentar zur Bundesverfassung

Kurzzitat: OK-Schlegel, Art. 26 BV N. XXX.

Art. 26 Eigentumsgarantie

¹ Das Eigentum ist gewährleistet.

² Enteignungen und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, werden voll entschädigt.

GLIEDERUNG

I. Entstehungsgeschichte	4
II. Kontext.....	5
A. Starke institutionelle Komponente	5
B. Verhältnis zu anderen Bestimmungen	6
III. Inhalt der Eigentumsgarantie (Abs. 1)	8
A. Träger der Eigentumsgarantie	8
1. Ausschluss gewisser natürlicher Personen aus der Rechtsträgerschaft?	9
2. Gemeinwesen als Grundrechtsträger.....	9
B. Dimensionen der Eigentumsgarantie.....	10
1. Bestandesgarantie	10
2. Wertgarantie	11
3. Institutsgarantie	12
4. Kerngehalt.....	15
C. Sachlicher Schutzbereich	17
1. Eigentumstheorien.....	17
a. Schwächen der Eigentumstheorien	17
b. Kompromiss in der Praxis.....	18
c. Funktionales Verständnis von Eigentum als Navigationshilfe	19
2. Autonomie des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs.....	20
3. Wichtige Aspekte, in denen der Schutzbereich der Eigentumsgarantie unklar ist	21
a. Das Vermögen an sich.....	21
b. Öffentlich-rechtliche Ansprüche	23
c. Insbesondere: wohlerworbene Rechte	24
d. Insbesondere: vermögenswerte Interessen gegenüber dem Staat	26
e. Faktische Interessen	27
f. Zur Terminologie	28
g. Daten	28
4. Tiere.....	29
IV. Eingriffe in die Eigentumsgarantie (Art. 26 Abs. 2 BV)	29
A. Verhältnis von formeller und materieller Enteignung	29
1. Transaktion von Rechten.....	30
2. Besonderer Fall der Staatshaftung?	31
3. Die Rolle der gesetzlichen Grundlage und der demokratischen Legitimation	31
B. Formelle Enteignung	32
1. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung I: nachbarrechtlicher Abwehrrechte	33
a. Vorhersehbarkeit, Spezialität und Schwere	34
b. Zwangsweise errichtete Dienstbarkeit?.....	35
c. Tragweite der Wertgarantie	36
2. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung II: wohlerworbene Rechte	37
C. Materielle Enteignung.....	37
1. Positive Kriterien	38
2. Negative Kriterien	39
a. Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe	39
b. Keine Neubestimmung des Eigentumsinhaltes.....	41
3. Zusammenfassung	44
D. Eingriffsvoraussetzungen.....	44
1. Gesetzliche Grundlage.....	44
2. Öffentliches Interesse	46
3. Verhältnismässigkeit.....	47
E. Folgen des Eingriffs in das Eigentum	47
1. Zum Begriff der vollen Entschädigung	47
2. Form und Bemessung der Entschädigung.....	48

V. Ausblick	50
Weitere empfohlene Lektüre	51
Literaturverzeichnis	52
Materialienverzeichnis	55

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

- 1 Gemessen an der Wichtigkeit, welche die Eigentumsgarantie historisch in Verfassungskämpfen und in der Philosophie der Grundrechte einnimmt,¹ ist sie in den Verfassungsdokumenten des modernen Bundesstaates auffällig abwesend. Weder die Bundesverfassung von 1848 noch jene von 1874 enthielten eine Eigentumsgarantie. Das bedeutet jedoch nicht, dass das Eigentum vor der Aufnahme der Eigentumsgarantie in die Verfassung (siehe N. 2) grundrechtlich schutzlos war. Das Eigentum war in sämtlichen **kantonalen Verfassungen** geschützt. Der Wortlaut dieser Garantien unterschied sich zwar; ab 1948 hielt das Bundesgericht jedoch fest, dass sich ihr jeweiliger Schutzgehalt deckte.² Hinzu kam ein impliziter Schutz des Eigentums durch Art. 23 der Bundesverfassung von 1874. Dieser sah im Falle eines überwiegenden öffentlichen Interesses die Möglichkeit der Enteignung vor, allerdings gegen volle Entschädigung.³
- 2 Ab 1961 anerkannte das Bundesgericht die Eigentumsgarantie als ein ungeschriebenes Grundrecht.⁴ 1969 schliesslich gelangte die **Eigentumsgarantie in die Bundesverfassung** (Art. 22^{ter} aBV). Dieselbe Revision räumte dem Bund auch die Grundsatzkompetenz zur Raumplanung (Art. 22^{quater} aBV) ein. Die Eigentumsgarantie, wie sie das erste Mal explizit in der Verfassung auftrat, ist also ein Gegenstück und Ausgleich zu einer in jener Zeit rasch erstarkenden Rolle der öffentlichen Hand betreffend die Nutzung, insbesondere die Bebaubarkeit von Boden.⁵ Der Bundesrat hielt es für sinnvoll, der Grundsatzkompetenz für Raumplanung eine explizite Garantie des Eigentums voranzustellen, um «die Befürchtungen zu zerstreuen, das Privateigentum werde durch die neuen Bundeskompetenzen im Grundsatz angegriffen oder über Gebühr beschränkt.»⁶ Das änderte freilich nichts daran, dass aus der Umwelt- und Raumplanungsverwaltung sich am ehesten Eingriffe in die Eigentumsgarantie ergeben.
- 3 Die Bundesverfassung von 1999 hat die so entstandene Eigentumsgarantie mit lediglich redaktionellen Überarbeitungen in Art. 26 BV übernommen. In den parlamentarischen Beratungen wurde gefordert, auch in der Schweiz die **«Sozialpflichtigkeit»** des Eigentums vorzusehen, wie dies die Eigentumsgarantie des deutschen Grundgesetzes tut.⁷ Der Nationalrat lehnte dies jedoch ab.⁸ Die Bedeutung einer expliziten Erwähnung von Sozialpflichtigkeit sollte nicht überschätzt werden. Die Frage ist nicht, ob das Eigentum Gegenstand sozialer Verpflichtung sein kann, sondern ob sich diese Verpflichtung aus dem Grundrecht selber ergibt, d.h. grundrechtsimmanent ist, oder ob sie sich aus dem Kontext des Grundrechtes ableiten lässt (vgl. dazu die Eigentumstheorien, nachfolgend, N. 37). Zu diesem Kontext zählen die Aufgaben- und Zielbestimmungen der Verfassung, die durch den Gesetzgeber zu öffentlichen Interessen konkretisiert werden können, welche das Eigentum in die Pflicht nehmen können.⁹ Ebenfalls von den Räten diskutiert wurde der Ersatz einer vollen

1. Hannah Arendt etwa geht soweit zu sagen, dass im 17., 18. und 19. Jahrhundert Eigentum und Freiheit praktisch als Synonyme betrachtet wurden und dass das Recht insofern nicht in erster Linie die Aufgabe hatte, Freiheiten zu schützen, sondern Eigentum zu schützen, aus dem alle Freiheit sich ableitete. Erst als sich die Freiheit vom Eigentum abzulösen begonnen habe, habe das Recht auch die Aufgabe erhalten, Freiheiten ohne Eigentum zu schützen. Arendt (1963), S. 180. Vgl. spezifischer mit Bezug auf die Schweiz auch Dubler, insbes. Ziff. 4 und 5.

2. BGE 74 I 465, E. 3a.

3. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 2.

4. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 4. Schon in BGE 35 I 559, E. 4 befand das Bundesgericht, die Eigentumsgarantie ergebe sich nicht nur aus zahlreichen Kantonsverfassungen, sondern «elle découle naturellement de l'état de société».

5. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 5; Saladin, S. 401.

6. BBl 1967 II Nr. 35, S. 138.

7. Siehe Art. 14 Abs. 2 GG: «Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.»

8. AB NR Sonderdruck 1998 213-218; AB SR Sonderdruck 1998 44 f.

9. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 57.

Entschädigung im Falle von Enteignung durch eine «angemessene» Entschädigung. Auch diese Änderung wurde verworfen.¹⁰ Diskutiert wurde auch der Vorschlag, Enteignungen zwar voll zu entschädigen, Eingriffe in das Eigentum, die die Enteignungsschwelle nicht erreichen, hingegen «angemessen» zu entschädigen. Im Nationalrat fand dieser Vorschlag zunächst eine Mehrheit. Im Ständerat wurde er aber abgelehnt, weil dies den «Nachführungsauftrag» für die neue Bundesverfassung sprengen würde.¹¹

4 Der

Regelungsgehalt der Eigentumsgarantie hat sich mit der Totalrevision der Bundesverfassung somit **nicht geändert**; die alte Rechtsprechung und Lehre bleiben massgeblich.¹²

II. KONTEXT

5 Als normativer Begriff ist Eigentum «in komplexer Weise mit Gerechtigkeits-, Freiheits- und Würdeprinzipien verwoben»¹³. Wie die Souveränität für Staaten, so hat die Eigentümerstellung des Einzelnen **die vermeintliche Qualität des Absoluten**, des Ausschliesslichen, der vollkommenen Herrschaft über Güter. Sie eignet sich daher als Zustand ersehnter Vollkommenheit und Klarheit über materielle Verhältnisse. Die Stellung des Einzelnen und die Verteilung von Gütern in der Gesellschaft werden stark vorbestimmt durch die Entscheide, die eine Gesellschaft zum Institut des Eigentums fällt.

A. Starke institutionelle Komponente

- 6 Die Eigentumsgarantie weist eine **ausgeprägte institutionelle Komponente** auf. Sie schützt nicht nur individuelle Rechte, sondern darüber hinaus das gesellschaftliche Institut des Privateigentums. Damit steht sie für einen gesellschaftlichen Grundentscheid zur dezentralen Verteilung von Handlungsrechten¹⁴ (oder jedenfalls gegen deren Konzentration bei der öffentlichen Hand). Die Eigenheit einer starken institutionellen Komponente teilt sich die Eigentumsgarantie mit der Wirtschaftsfreiheit, die das Institut des Privateigentums um jenes des Wettbewerbes ergänzt.¹⁵ Diese beiden Institute, die das Fundament einer Marktwirtschaft legen, werden durch die Grundsätze der Wirtschaftsordnung (Art. 94 BV) ergänzt, die ihrerseits dem Staat ein zurückhaltendes Verhältnis zu dieser Marktwirtschaft auferlegen.
- 7 So wichtig das Eigentum für die Gestaltung der Gesellschaft ist, noch zentraler scheint es vielen für die Entfaltung der Persönlichkeit.¹⁶ Dem Eigentum und der Eigentumsgarantie kommen (im besten Falle) eine **freiheitsvermittelnde Funktion** zu. Sie sollen ein «eigenes Stück Welt»¹⁷ schützen (in erster Linie gegen den Staat), in welchem eine sichere, individuelle Entfaltung möglich ist. Das impliziert insbesondere auch, dass nicht bloss dasjenige als Eigentum geschützt werden kann, was von der Gesellschaft oder vom Markt im ökonomischen Sinne als wertvoll betrachtet wird. Das Bild von einem «eigenen Stück Welt» hat allerdings eine fatale Verwandtschaft mit der Vorstellung von Eigentum als einer «staatsgewaltfreien Sphäre»¹⁸. Diese Vorstellung verdeckt gerade die zentrale Rolle der öffentlichen Hand für die Schaffung, die Anerkennung und den Schutz des Eigentums und damit

10. AB NR Sonderdruck 1998 213-218; AB SR Sonderdruck 1998 44 f.

11. AB SR Sonderdruck 1998 158.

12. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 4.

13. Mahlmann, S. 402.

14. Häberle, S. 49 m.H.

15. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 22.

16. Vgl. etwa E. Huber, N. 1333.

17. J.P. Müller/Schefer, S. 1008.

18. Meier-Hayoz, S. 128.

auch für proaktive Rolle, die die öffentliche Hand in der Ermöglichung einer solchen Freiheitssphäre einnehmen muss.¹⁹

- 8 Ein üblicher Umgang mit der Komplexität von Eigentum als Konzept und Rechtsinstitut besteht darin, Eigentum zunächst auf seinen **Teilaspekt des Sacheigentums** zu reduzieren und dieses absolut zu formulieren, nämlich als die unumschränkte Herrschaft über eine Sache unter Ausschluss von allen anderen. Zentral für diesen Teilaspekt ist, dass die Rechte, die sich aus dem Sacheigentum ergeben, gegenüber allen anderen («erga omnes») wirken. In einem zweiten Schritt werden Kompromisse eingeführt, die jede Gesellschaft im Umgang mit der Herrschaft über Güter treffen muss. Dabei bleibt unklar, wie weit diese Kompromisse getrieben werden dürfen, bis nicht mehr sinnvoll von Eigentum gesprochen werden kann. Das ist die Technik, die in Art. 641 Abs. 1 ZGB zur Anwendung kommt, der das sachenrechtliche Eigentum umschreibt. Er definiert den «Eigentümer» (von Eigentümerinnen sagt er nichts) als Subjekt, das über eine Sache «nach Belieben» verfügen könne. Gleichzeitig stellt dieser Absatz allerdings auch klar, dass dies nur «in den Schranken der Rechtsordnung» gelte. Dieses Spannungsfeld aus Eigentümerbelieben und Interessen und Regeln der Allgemeinheit ist das Grundproblem des Rechtsinstituts des Eigentums und eines der zentralen Probleme der Eigentumsgarantie.

B. Verhältnis zu anderen Bestimmungen

- 9 Für alle Grundrechte gilt, dass sich erst in der **Zusammenschau mit allen anderen Grundrechten** und mit den Aufgabenbestimmungen in der Verfassung ein vollständiges Bild ergibt.²⁰ Für die Eigentumsgarantie gilt dies in gesteigertem Masse. Ein wichtiger Grund für diese Interdependenz ist die Vorfeld- und «Flankenschutz»²¹-Funktion, welche die Eigentumsgarantie für andere Grundrechte einnimmt. Besonders gilt das für die Wirtschaftsfreiheit.²² Die Eigentumsgarantie schützt den Bestand und den Wert von Produktionsfaktoren²³, deren *Nutzung* in Hinblick auf die Erzielung eines Erwerbseinkommens von der Wirtschaftsfreiheit geschützt ist.²⁴ Ein Mindestmass an materieller Sicherheit und Autonomie ist ausserdem notwendig, damit ein Mensch politisch tätig werden kann.²⁵ Georg Müller bezeichnet Eigentum deshalb als ein «ergänzendes und förderndes Element der politischen Freiheit».²⁶ Für die Eigentumsgarantie ihrerseits üben die Verfahrensgrundrechte einen wichtigen Vorfeld- und Flankenschutz aus. Nur dort, wo wirksame und faire Verfahren zugänglich sind, kann Eigentum, wie immer es definiert ist, wirksam geschützt werden.
- 10 Stärker noch als das Schutzobjekt anderer Grundrechte (wie zum Beispiel die Kunst, die Wissenschaft und die Religion, deren Existenz auch ausserhalb einer Rechtsordnung denkbar ist), ist das Eigentum ein **soziales Konstrukt**;²⁷ ein Schutzobjekt, das nicht ausserhalb der Rechtsordnung bestehen kann oder der Rechtsordnung vorausgehen kann, sondern erst durch diese geschaffen wird.²⁸ Ein zentrales

19. Vgl. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 14.

20. G. Müller (1983), S. 255; G. Müller (1981), S. 34.

21. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 13.

22. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 13.

23. Der Begriff des Produktionsfaktors wird hier bewusst sehr weit verwendet. Er umfasst nicht nur die üblicherweise als Produktionsfaktoren oder als Produktionsmittel aufgefassten Güter Kapital, Land und Arbeit, sondern er umfasst eben Handlungsrechte, und auch diese nicht lediglich in Hinblick darauf, ein Einkommen zu erzielen, sondern in Hinblick auf jede Art der Bedürfnisbefriedigung. Ein Recht eines Barbetriebs, Lärm zu verursachen (was ihm die Erwirtschaftung eines zusätzlichen Einkommens ermöglicht) ist nach diesem Verständnis ebenso ein Produktionsfaktor, wie das Recht einer Privatperson, Lärm zu verursachen (die damit lediglich ihr Bedürfnis nach Geselligkeit mit Freunden befriedigt).

24. Vgl. OFK-Biaggini, Art. 27 BV N. 4.

25. Mahlmann, S. 386. Vgl. auch Llanque, S. 212.

26. G. Müller (1981), S. 74.

27. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 25.

Problem der Eigentumsgarantie ist daher, dass sie vor dem Zugriff des Rechts schützen muss, was erst durch die Ordnung des Rechts entstehen kann (dazu unten, N. 40).

11 Darüber hinaus steht die Eigentumsgarantie in einer **Wechselbeziehung** mit einer Reihe **weiterer Verfassungsbestimmungen**:

- Praktisch relevant ist insbesondere der 4. Abschnitt «Umwelt und Raumplanung» (Art. 73-80 BV). Aus diesem ergeben sich eine Reihe von Kompetenzen des Bundes und der Kantone. Diese betreffen im Wesentlichen Knappheitskonflikte um natürliche Ressourcen und geografischen Raum und greifen damit unter Umständen stark in das Eigentum ein.²⁹
- Ähnliches gilt für die Bundeskompetenz zur Regulierung des Transportes von Energie (Art. 91 BV).
- Art. 108 BV (Wohnbau- und Wohneigentumsförderung) wirkt sich zweiseitig auf das Eigentum aus. Er kann einerseits eine Grundlage für die Beschränkung von Eigentum bilden. Andererseits wirft er die Frage auf, ob ein Auftrag zu einer eigentlichen Eigentumspolitik bestehe, also zu einer staatlichen Intervention, die breiten Bevölkerungsschichten den Erwerb von Wohneigentum ermöglichen soll (vgl. nachfolgend, N. 12).³⁰
- Ein ökonomisch betrachtet zentrales Element der Eigentumsgarantie ist der Schutz von Handlungsrechten (zum Begriff vgl. N. 47) in Zusammenhang mit Grundeigentum. Als Rahmen für die Eingriffsgrundlage entsprechend wichtig ist auch Art. 109 BV (Mietwesen). Er gibt dem Bund die Möglichkeit, Eigentümer:innen darin einzuschränken, wie sie Immobilien vermieten.
- Mögliche Konflikte mit der Eigentumsgarantie schafft Art. 8 Abs. 4 BV, der Massnahmen zur Beseitigung von Nachteilen für Menschen mit Behinderungen vorsieht. Der Gesetzgeber hat dieses Konfliktfeld mit dem Erlass des Bundesgesetzes zur Beseitigung der Benachteiligung von Menschen mit Behinderungen (BehiG)³¹ von 2002 austariert.³²

12 Die Eigentumsgarantie sowie Art. 108 (Wohnbau- und Wohneigentumsförderung) und 109 BV (Mietwesen) legen in ihrem Zusammenspiel die Grundlagen dafür, möglichst allen Menschen in der Schweiz eine angemessene Wohnsituation zu ermöglichen. Die Wendung «Der Bund fördert (...) den Erwerb von Wohnungs- und Hauseigentum» in Art. 108 Abs. 1 BV deutet zunächst darauf hin, dass die Verfassung eine Präferenz für den Erwerb von Wohneigentum gegenüber der Miete ausdrückt.³³ Es ist dies allerdings der einzige in der Verfassung vorhandene Ansatz für eine eigentliche **Eigentumsförderungs politik**; eine solche ist in anderen Rechtsordnungen ausgeprägter vorhanden.

28. Diese Auffassung, die etwa von Bentham prägnant vertreten wird, ist freilich in der Rechtsphilosophie nicht unumstritten. So ist Eigentum etwa bei Kant und bei Locke vorstaatlich konzipiert, oder jedenfalls dem *öffentlichen* Recht vorgelagert. Die Errichtung eines Gesellschaftsvertrages bzw. eines Staates dient nach dieser Konzeption gerade im Wesentlichen dem Schutz des Eigentums. Vgl. Osterloh-Konrad, S. 11 f. Diese Ansicht vermag aber im Wesentlichen aus zwei Gründen nicht zu überzeugen. Erstens ignoriert sie, dass jede Form von Eigentum die Interessen Dritter mindestens insofern schmälert, als deren Eigentum an genau diesen Sachen nicht mehr möglich ist und als sie ihre eigenen Sachen nicht mehr unbeschränkt nutzen können. Zweitens ist es eine Ansicht, die in der einen oder anderen Form Eigentum auf Okkupation oder Aneignung zurückführen muss und insofern Eigentum als eine Beziehung von Personen zu Sachen (statt von Personen zu Personen) konzipieren muss und daher auf das Sacheigentum verengt bleibt. Osterloh-Konrad, S. 12. Vgl. zu dieser Debatte auch N. 39.

29. Vgl. BGE 145 II 140, E. 4.1.

30. Vgl. dazu auch Art. 41 lit. e BV, aus dem sich freilich keine Ansprüche ableiten lassen.

31. SR 151.3, vom 13.12.2002.

32. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 64. Nach der Ansicht der Behindertenverbände genügt das Gesetz allerdings nicht. Es weist insbesondere Defizite auf in der Umsetzung der UN-Behindertenkonvention, die nach der Ansicht der Behindertenverbände auch durch die anstehende Revision nicht behoben werden können. Vgl. die Pressemitteilung von Inclusion Handicap vom 8.12.2023: <https://www.inclusion-handicap.ch/de/medien/medienmitteilungen/2023/ein-starkes-behindertengleichstellungsgesetz-sieht-anders-aus-774.html>, besucht am 30.12.24.

33. BSK-Cardinaux, Art. 108 BV N. 13.

- ³⁴ Im Vorentwurf zur Totalrevision von 1977 fungierte noch ein expliziter Auftrag zur Eigentumsförderung (Art. 30 lit. d, g und h). Die Bundesverfassung von 1999 hingegen enthält lediglich noch diese Anspielung auf eine Eigentumspolitik. Das deutet darauf hin, dass in der Schweizer Verfassungsordnung die Idee kaum entwickelt ist, dass der Staat neben der Garantie des bereits erworbenen Eigentums in der Pflicht stehe, den Erwerb von Eigentum zu erleichtern. Der Staat muss nach diesem Verständnis keine «Eigentumspolitik»³⁵ verfolgen.
- 13 Der Bund³⁶ und die Kantone verfügen über **spezifische Enteignungsgesetze**.³⁷ Sie bilden in der Regel die Rechtsgrundlage für die formelle Enteignung von Land. Andere Gesetze können jedoch ebenfalls eine Grundlage bilden für formelle Enteignungen.
- 14 Im Gegensatz zu den meisten anderen Freiheitsrechten spielt das **Völkerrecht** für den Schutzgehalt der Eigentumsgarantie eine untergeordnete Rolle. Ein wichtiger Grund dafür ist, dass die Schweiz das 1. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifiziert hat, das in seinem Art. 1 eine Eigentumsgarantie enthält. Nach allgemein geteilter Auffassung geht jene Garantie aber ohnehin weniger weit als Art. 26 BV.³⁸ Dennoch entfaltet die EMRK eine gewisse Wirkung zum Schutz des Eigentums, nämlich beispielsweise über das Recht auf ein faires Verfahren in Art. 6 EMRK. Dieses garantiert jeder Person bei «Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage» ein «fares Verfahren» vor «einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht». Wo in Eigentum eingegriffen oder dieses entzogen wird, garantiert die EMRK auf diese Weise einen Zugang zu einem Gericht, wo dies das nationale Verfahrensrecht unter Umständen nicht vorsieht.³⁹ Eine andere mögliche Schutzwirkung für das Eigentum kann die EMRK über ihr akzessorisches Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) entfalten, etwa dort, wo der Anspruch auf Anwartschaften diskriminierend ausgestaltet ist, wie dies in der Schweiz gegenüber Witvern der Fall war.⁴⁰

III. INHALT DER EIGENTUMSGARANTIE (ABS. 1)

A. Träger der Eigentumsgarantie

- 15 Im Unterschied zu anderen Grundrechten, deren Garantie eingeleitet wird mit «jede Person» (Art. 9 BV) oder «jeder Mensch» (Art. 10 BV), heisst es bei der Eigentumsgarantie lediglich, sie sei «gewährleistet». Sie gilt **grundsätzlich für alle natürlichen und juristischen Personen**.⁴¹

34. Für eine Übersicht über Förderungsmassnahmen zum Erwerb von Wohneigentum in westeuropäischen Staaten, vgl. Voigtländer/Bierdel, S. 18 f.

35. Vgl. zum Postulat einer eigentlichen Eigentumspolitik insbes. Binswanger, dessen Monographie, die auf den Vorentwurf 1977 Einfluss ausgeübt hatte, die Eigentumspolitik als Forderung im Titel trägt.

36. Vgl. Bundesgesetz über die Enteignung (EntG) vom 20.6.1930, SR 711, dort Art. 5.

37. Vgl. etwa das Enteignungsgesetz des Kantons Bern vom 3.10.1965 (BSG 711.0), das in seinem Art. 1 Abs. 1 festhält: «Das Gesetz regelt den dauernden oder zeitweisen Entzug von Grundstücken oder von darauf bezüglichen dinglichen oder persönlichen Rechten (...)». Vgl. ferner das Enteignungsgesetz des Kantons St.Gallen vom 31.5.1984 (Gesetzessammlung des Kantons St.Gallen 735.1), das in seinem Art. 8 Abs. 1 festhält: «Enteignet werden können: a) Grundeigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken; b) Nachbarrechte; c) persönliche Rechte am zu enteignenden Grundstück (...)».

38. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 2; vgl. auch SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 5.

39. Ein Beispiel hierfür war etwa die Einziehung und Vernichtung von Material zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit. Altrechtlich war dafür letztinstanzlich der Bundesrat zuständig, ein Zugang zu einem Gericht bestand nicht, was sich als EMRK-widrig erwies. Vgl. BGE 125 II 417, E. 4.

40. EGMR (Grosse Kammer), *Beeler gegen die Schweiz*, Nr. 78630/12 vom 11.10.2022, N. 115. Vgl. dazu nunmehr auch BGer 9C_334/2024 vom 16.12.2024 (zur Publikation vorgesehen).

41. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 26; OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 17; CR-Dubey, Art. 26 BV N. 35; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 29.

1. Ausschluss gewisser natürlicher Personen aus der Rechtsträgerschaft?

- 16 In der Literatur werden zwei verschiedene Ansichten dazu vertreten, ob der Ausschluss vom Erwerb von Eigentum eine Einschränkung der Eigentumsgarantie oder ein partieller Ausschluss aus der Trägerschaft der Eigentumsgarantie sei.⁴² Relevant ist diese Frage in Zusammenhang mit dem Grundeigentum, dessen Erwerb für gewisse Personengruppen unter Umständen einer Bewilligungspflicht untersteht. Das praktisch wichtigste Beispiel findet sich in Art. 2 des **Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland** (BewG)⁴³, auch bekannt als «Lex Koller». Ein weiteres Beispiel ist die Bewilligungspflicht des Erwerbs eines landwirtschaftlichen Gewerbes durch Personen, welche nicht als Selbstbewirtschafter gelten (Art. 6 i.V.m. Art. 61 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 lit. a Bundesgesetz über das Bäuerliche Bodenrecht, BGBB)⁴⁴.
- 17 Zwei Gründe sprechen allerdings dafür, diese Personen **nicht aus dem persönlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie auszuschliessen**, sondern die entsprechenden Hindernisse als Einschränkungen der Eigentumsgarantie zu behandeln. Der erste besteht darin, dass es sich nur um eine partielle Verkürzung des Grundrechtsschutzes handelt. Insofern ist es missverständlich, zu sagen, diese Personen seien nicht Träger des Grundrechts. Der zweite Grund ist die Rechtfertigungspflicht, die dem Staat im Falle der Einschränkung von Grundrechten auferlegt ist: Wird die Verkürzung des Grundrechtsanspruches nicht als Einschränkung von, sondern als Ausschluss aus einem Grundrecht behandelt, ist der Staat in problematischer Weise von dieser Rechtfertigungspflicht befreit.⁴⁵

2. Gemeinwesen als Grundrechtsträger

- 18 Das Bundesgericht verfolgt eine konstante Rechtsprechung, wonach sich auch ein **Gemeinwesen** auf ein Recht berufen kann, das auf Private zugeschnitten ist, wenn es wie eine Privatperson betroffen ist.⁴⁶ Das gilt besonders, wenn das Gemeinwesen in seinen vermögensrechtlichen Interessen betroffen ist.⁴⁷ In der Lehre wird dies für die Eigentumsgarantie so verstanden, dass sich auch Gemeinwesen auf die Eigentumsgarantie berufen können, wenn sie wie Private betroffen sind.⁴⁸ Wann dies der Fall ist, ist weniger klar. Sicher ist dies gegeben, wo ein Gemeinwesen in seinem Finanzvermögen betroffen ist (also in dem Vermögen, das es seines Geldwertes wegen besitzt)⁴⁹ und nicht im Verwaltungsvermögen (also in dem Vermögen, das es seines Gebrauchswertes wegen besitzt)⁵⁰.⁵¹ Es finden sich allerdings auch Stimmen in der Lehre, die eine Grundrechtsträgerschaft des Gemeinwesens auch für Güter im Verwaltungsvermögen und im Gemeingebrauch (jene Güter, die bestimmungsgemäss durch Private mitbenutzt werden können) für gegeben erachten; Voraussetzung dafür ist, dass das Gemeinwesen jeweils nicht in der Ausübung seiner öffentlichen Aufgabe darin betroffen ist, sondern als Eigentümerin.⁵² Diese Ansicht verdient Zustimmung. Es ist nicht einsichtig, weshalb das Gemeinwesen als Eigentümerin schlechter geschützt sein soll als Private. Wo Gemeinwesen in einer besonderen

42. Dafür, dass dies der Fall sei sprechen sich aus: BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 29; wohl SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 26; OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 17; J.P. Müller/Schefer, S. 1019; dagegen wohl CR-Dubey, Art. 26 BV N. 35-37, Uhlmann, N. 9 und das Bundesgericht (BGE 112 Ib 241, E. 1d).

43. SR 211.412.41, vom 16.12.1983.

44. SR 211.412.11, vom 4.10.1991.

45. J.P. Müller/Schefer, S. 1019.

46. Vgl. BGE 127 I 32, E. 2d. Ablehnend zur Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf den Kontext der Eigentumsgarantie BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 30.

47. Das ist jedenfalls dort der Fall, wo ein öffentliches Unternehmen seine Tätigkeit im Wettbewerb zu Privaten erbringt: BGer 9C_271/2023 vom 4.1.2024, E. 3.2.2; BGE 142 II 369, E. 6.4; BGE 138 I 289, E. 2.8.1.

48. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 38 m.H.

49. Tschannen/M. Müller/Kern, § 48, N. 1338.

50. Tschannen/M. Müller/Kern, § 48, N. 1339.

51. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 40; J.P. Müller/Schefer, S. 1019.

52. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 30.

Situation sind oder eine besondere Verantwortung tragen (zum Beispiel gegenüber öffentlichen Aufgaben, die ein anderes Gemeinwesen erfüllt oder gegenüber den Grundrechten Privater), kann diesem Umstand besser Rechnung getragen werden, indem er in der Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen angemessen berücksichtigt wird, als wenn die öffentliche Hand ganz von der Grundrechtsträgerschaft ausgeschlossen wird.

- 19 Gestützt auf diese Überlegungen ist es daher sinnvoll, dass sich **auch öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform** auf die Eigentumsgarantie berufen können, selbst wenn das Bundesgericht diese Frage bisher offengelassen hat.⁵³ Auch der besonderen Machtstellung öffentlicher Unternehmen im Wettbewerb kann besser begegnet werden, wenn diese im Rahmen einer Güterabwägung in Betracht gezogen wird, als wenn diesen Unternehmen die Grundrechtsträgerschaft versagt wird.

B. Dimensionen der Eigentumsgarantie

- 20 Stärker als andere Freiheitsrechte wird die Eigentumsgarantie üblicherweise in unterschiedliche Dimensionen ihres Schutzbereiches unterteilt, typischerweise in die **Bestandes-, Wert- und Institutsgarantie**. Die Bestandesgarantie schützt zunächst den Umfang oder eben den Bestand des Eigentums (N. 21 f.). Einzigartig an der Eigentumsgarantie ist die Wertgarantie (oder «Vermögenswertgarantie»)⁵⁴, die zur Bestandesgarantie hinzukommt und unter Umständen an ihre Stelle tritt (N. 23 ff.). Die Institutsgarantie sichert die Institution des Eigentums in der Gesellschaft und die Grundentscheidung zu einer eigentumsbasierten Wirtschaftsordnung (N. 27 ff.). Die drei Teilgehalte unterstützen und ergänzen einander gegenseitig. Es ist deshalb künstlich, anzunehmen, alle Aspekte der Eigentumsgarantie müssten sich ausschliesslich einer dieser drei Dimensionen zuordnen lassen.⁵⁵

1. Bestandesgarantie

- 21 Die Bestandesgarantie **schützt den Bestand des Eigentums** einer Rechtsträgerin, also den Bestand der Summe der vermögenswerten Rechte einer Person (vgl. dazu unten, N. 48 ff.) gegen ungerechtfertigte Eingriffe.⁵⁶ Dieser Schutz gilt nicht absolut. Eingriffe sind unter den Bedingungen von Art. 36 BV und zusätzlich unter den Voraussetzungen der Wertgarantie in Art. 26 Abs. 2 BV zulässig. Die Schutzwirkung der Bestandesgarantie besteht also darin, die Schwelle für Eingriffe zu erhöhen und sie an bestimmte Rechtfertigungsmechanismen zu binden.
- 22 Zu unterscheiden ist die Bestandesgarantie von der **Besitzstandgarantie**.⁵⁷ Die Besitzstandgarantie spielt im Bau- und Raumplanungsrecht eine wichtige Rolle⁵⁸ und sichert die Möglichkeit, altrechtliche Bauten weiterhin nutzen zu können oder sie trotz geänderter Rechtslage aus- oder umbauen zu können.⁵⁹ Ihre Schutzwirkung richtet sich in erster Linie gegen den Gesetzgeber, der neues Recht «schonend» einzuführen und Übergangsfristen und Ausnahmen vorzusehen hat. Ursprünglich in der Rechtsprechung entwickelt, hat die Besitzstandgarantie auch Eingang in das Gesetz gefunden (vgl. Art. 24c und Art. 37a RPG). Im Unterschied zur Bestandesgarantie schützt sie gerade nicht den Bestand von vermögenswerten Rechten, sondern den Fortbestand von nach neuer Rechtslage eigentlich nicht

53. BGE 131 II 13, E. 6.4.1.

54. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 31.

55. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 9; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 33.

56. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 43. Für Praxisbeispiele vgl. BGE 147 II 465, E. 4.2; BGE 147 II 25, E. 3; BGE 140 II 509, E. 2.

57. Instruktiv dazu aus jüngster Zeit BGE 149 I 291, E. 5.4-5.6.

58. Vgl. dazu nun eingehend die Dissertation von Zimmermann, die sich auch mit der Bestandesgarantie im Sozialversicherungs- und im Personalrecht befasst (insbes. S. 19 ff.).

59. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 19.

mehr bestehenden Rechten für eine gewisse Zeit oder unter bestimmten Umständen.⁶⁰ Ihr Verhältnis zur Eigentumsgarantie ist nicht vollends geklärt. Sie ergibt sich jedenfalls nicht ausschliesslich aus der Eigentumsgarantie, sondern auch aus dem Vertrauensschutz (Art. 9 BV).⁶¹ Da die Besitzstandgarantie vermögenswerte Rechte schützt, nämlich die Möglichkeit, wirtschaftlich interessante Handlungen vorzunehmen, die nach neuem Recht an sich nicht mehr möglich wären, ist sie aber in jedem Fall auch ein Teilbestand der Eigentumsgarantie (vgl. unten, N. 47 ff.).

2. Wertgarantie

- 23 Kann rechtmässig in den Bestand des Eigentums eingegriffen werden und sind zusätzlich die Voraussetzungen für eine formelle oder materielle Enteignung gegeben (zu diesen Begriffen siehe hinten, N. 77), **«wandelt sich»**⁶² («se transforme»)⁶³ **die Bestandes- in die Wertgarantie**, bzw. sie «schmilzt zusammen»⁶⁴ zu einer Wertgarantie.
- 24 Entgegen dem Eindruck, den die Formulierung von Art. 26 Abs. 2 BV vermittelt, kommt die Wertgarantie **nur bei einem Bruchteil der Eingriffe** in das grundrechtlich geschützte Eigentum zum Tragen. Voraussetzung dafür ist entweder eine formelle Enteignung oder eine Eigentumsbeschränkung, die eine solche Intensität erreicht, dass sie einer formellen Enteignung gleichkommt (hinten, N. 126).⁶⁵ Der überwiegende Teil der Eigentumsbeschränkungen, ob sie von der Rechtssetzung oder von der Rechtsanwendung ausgehen, ist entschädigungslos hinzunehmen. Umso wichtiger sind deshalb die Bestandesgarantie und die von ihr ausgehenden Eingriffsvoraussetzungen.
- 25 Neben Art. 26 Abs. 2 BV ist die Wertgarantie in verschiedenen Bundes- und kantonalen **Gesetzen zusätzlich verankert**, so in Art. 16 EntG und Art. 5 Abs. 2 Raumplanungsgesetz (RPG)⁶⁶.
- 26 Bedeutet die Wertgarantie eine **Stärkung oder eine Schwächung der Eigentumsgarantie**? Es liesse sich argumentieren, dass die Wertgarantie im Verhältnis zum Schutz, den andere Freiheitsrechte zur Verfügung stellen, eine Schwächung bedeute, weil der Staat in das Grundrecht eingreifen könne, sofern er bereit sei, für den Eingriff zu bezahlen, was bei anderen Freiheitsrechten nicht in Betracht falle. Dieses Argument übersieht aber, dass die Wertgarantie erst dann zum Tragen kommt, wenn in den Bestand des grundrechtlich geschützten Eigentums rechtmässig eingegriffen werden darf, wenn also die Voraussetzungen bereits erreicht sind, die auch für den Eingriff in andere Freiheitsrechte erreicht werden müssen.⁶⁷ Die Wertgarantie greift daher zusätzlich, und nicht an Stelle der für Freiheitsrechte üblicherweise erforderlichen Bedingungen (siehe Art. 36 BV), und vermittelt insofern dem Eigentum gegenüber anderen grundrechtlich geschützten Gütern einen herausgehobenen Schutz. Es wäre aber falsch, daraus zu schliessen, dass der Verfassungsgeber dem Eigentum einen höheren normativen Wert zubillige, als anderen grundrechtlich geschützten Gütern. Der erhöhte Schutz ist mit der Funktion der Eigentumsgarantie, insbesondere mit einer Internalisierungsfunktion (vgl. N. 111), zu erklären. Praktisch relevant ist diese Sonderstellung in der Abgrenzung grundrechtlicher Schutzbereiche: Fällt ein Gut in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie (statt in den Schutzbereich eines anderen Grundrechtes), erfährt es unter Umständen auch den erhöhten Schutz der Wertgarantie.

60. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 45.

61. OFK-Biaggini (2017), Art. 26 BV N. 19; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 45.

62. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 48.

63. CR-Dubey, Art. 26 N. 87.

64. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 29.

65. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 60.

66. SR 700, vom 22. Juni 1979.

67. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 87.

3. Institutsgarantie

- 27 Die Institutsgarantie schützt nicht in erster Linie die einzelnen Grundrechtsträger. Ihr Schutzgut ist ein **gesellschaftlicher Grundentscheid zu einer eigentumsbasierten Ordnung**. Wie andere Grundrechte auch, geht die Eigentumsgarantie in ihrem institutionellen Aspekt weiter, als bloss subjektive Rechte zu schützen. Zentral für die Institutsgarantie ist nicht etwa ein gesellschaftlicher Grundentscheid für einen zurückhaltenden Staat oder für wenig sozialen Ausgleich. Zentral ist ein Grundentscheid für eine Dezentralisierung von Produktionsfaktoren⁶⁸ in der Gesellschaft, oder umgekehrt ausgedrückt, ein Grundentscheid dafür, dass die Konzentration von Produktionsfaktoren in nur wenigen Händen verhindert werden soll. Darin liegt die zentralste «ordnungspolitische Funktion» der Eigentumsgarantie; die Dezentralisierung stellt sicher, dass Fehlallokationen von Ressourcen in der Gesellschaft überschaubar bleiben und korrigiert werden können.⁶⁹ Die Institutsgarantie vermittelt einen Schutz gegen politische Massnahmen, die die Kontrolle über Produktionsfaktoren allmählich oder sofort zentralisieren würden. Der plausibelste Kandidat für eine solche Zentralisierung ist der Staat, der im Bestreben, eine Planwirtschaft zu errichten, die Kontrolle über immer mehr Produktionsfaktoren sucht.⁷⁰ Die öffentliche Hand ist aber nicht der einzige denkbare Treiber einer Zentralisierung. Auch eine Konzentration praktisch aller Produktionsfaktoren in den Händen eines privaten Monopolisten stünde nach dieser Auffassung der Institutsgarantie entgegen. Eine Umverteilung von Produktionsfaktoren in der Gesellschaft durch die öffentliche Hand mag insoweit wohl in die Bestandesgarantie eingreifen (weil sie den einen nehmen muss, um den anderen geben zu können). Mit der Institutsgarantie ist sie hingegen so lange vereinbar, als diese Umverteilung das Eigentum als Institution nicht aushöhlt und als sie gerade der Dezentralisierung und nicht der Konzentration von Produktionsfaktoren dient. Wesentlich für diese Dezentralisierungsfunktion ist, dass Produktionsfaktoren nicht nur formell, sondern auch substantiell in der Gesellschaft verteilt bleiben, dass vom Eigentum also nicht zunehmend nur eine leere Hülle verbleibt, sondern dass dieses tatsächlichen ökonomischen Wert behält und tatsächliche materielle Handlungsfreiheit umfassen muss. Insofern beinhaltet diese Dezentralisierungsfunktion auch das vom Bundesgericht formulierte Verbot, das Eigentum seiner «Substanz»⁷¹ oder seines «Wesenskerns»⁷² zu berauben.
- 28 Trotz dieser grossen Kompatibilität mit einem umverteilenden Staat ist die Institutsgarantie eine Grundsatzentscheidung für den **Markt als «Koordinationsprinzip»**⁷³, wenn dies auch ein sozial stark eingebetteter Markt sein kann. Die Eigentumsgarantie ist nicht die einzige Norm in der Verfassung, in der diese Grundsatzentscheidung Niederschlag findet. Auch in Art. 5a BV (Subsidiarität), 27 BV (Wirtschaftsfreiheit) und Art. 94 BV (Grundsätze der Wirtschaftsordnung) kommt sie zum Ausdruck. Die Dezentralisierung von Produktionsfaktoren ist aber eine Voraussetzung dafür, diese Grundsatzentscheidung vornehmen zu können, und nimmt diese auch vorweg. Grund dafür ist das

68. Für die extensive Verwendung des Begriffs der Produktionsfaktoren in diesem Text, vgl. vorne, Fn. 23.

69. G. Müller (1981), S. 77. Vgl. insbes. auch Häberle, S. 49 (unter Bezugnahme auf Hayek): die Eigentumsgarantie bilde die «grundrechtliche Kontaktnorm zum Ökonomischen und den Eckstein der 'Dezentralisierung von Verfügungsrechten' (...)». Besonders klar kommt dieser Gedanke zum Ausdruck bei Shklar, S. 31. Sie bezeichnet privates Eigentum als «an indispensable and excellent way of limiting the long arm of government and of dividing social power (...)». Während für sie die Limitierung von Staatsmacht und die Verteilung von privater Macht für eine starke Eigentumsgarantie sprechen, bringen diese Ziele auch eine Beschränkung von Eigentum mit sich. Denn der Zweck von Eigentum ist nach dieser Vorstellung gerade die Verteilung von Macht. Unlimitiertes Eigentum liefe diesem Ziel entgegen.

70. Mit Bezug auf den Produktionsfaktor Boden, vgl. Schefer (2001), S. 293.

71. BGE 105 Ia 134, E. 3a.

72. BGE 99 Ia 35, E. 3.

73. Riva/Müller-Tschumi, § 48 N. 7. Vgl. dazu auch Art. 94 BV, dessen Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sich insbesondere am Wettbewerb als Koordinationsprinzip ausrichtet und der auch für andere Verfassungsnormen einen «Massstab und Bezugspunkt» bildet: BSK-Uhlmann, Art. 94 BV N. 1 f.

dezentralisierte Entdeckungs- und Informationsverfahren, also die Fähigkeit, Informationen zu generieren und sinnvoll zuzuordnen, auch wenn das System viel zu komplex ist, um aus einer zentralen Warte überblickt werden zu können. Dieses Verfahren kann nur ein Markt zur Verfügung stellen (auch dann noch, wenn er stark eingebettet ist). Die Alternative dazu wäre ein zentraler Akteur, der zwar alle Produktionsfaktoren kontrollieren, sie aber nicht alle sinnvoll zuordnen könnte, weil er nicht über dieses Entdeckungsverfahren verfügt. Die Dezentralität der Zuteilung und Transaktion von Produktionsfaktoren und ein einigermaßen funktionierendes Entdeckungs- und Informationsverfahren bedingen sich also gegenseitig. Wenn die Wirtschaftsfreiheit nach den Worten des Bundesgerichtes also die «Hüterin einer privatwirtschaftlichen Ordnung»⁷⁴ ist, so ist die Eigentumsgarantie eine Voraussetzung für diese.

29 Regelmässig wird die **Institutsgarantie mit dem Kerngehalt** der Eigentumsgarantie (oder mit dem Wesensgehalt,⁷⁵ der deutschen Entsprechung des Kerngehalts) **gleichgesetzt**⁷⁶ (vgl. zum Kerngehalt nachfolgend, N. 33 ff.). Die beiden Rechtsfiguren weisen tatsächlich gewisse Parallelen auf. So haben beide unabhängig vom Gewicht des öffentlichen Interesses Bestand. Egal, wie schwer dieses wiegt, kann es einen Eingriff weder in die Institutsgarantie⁷⁷ noch in den Kerngehalt rechtfertigen. Dennoch ist die Gleichsetzung von Institutsgarantie und Kerngehalt wenig sinnvoll⁷⁸ und irreführend.⁷⁹ Der Kerngehalt eines Freiheitsrechts schützt die innerste, elementarste Sphäre eines individuellen Schutzgutes und weist einen starken Bezug zur Würde des betroffenen Menschen⁸⁰ auf. Er konkretisiert die Menschenwürde in einem spezifischen Kontext.⁸¹ Die Institutsgarantie betrifft aber gerade nicht in erster Linie die Würde des Einzelnen, sondern einen gesellschaftlichen Grundentscheid. Sie ist «nicht bloss die 'letzte Bastion'»⁸² zum Schutz der Eigentumspositionen der Einzelnen, sondern erfüllt hierfür eine Vorfeldfunktion.

30 Die folgenden Massnahmen gelten als **mit der Institutsgarantie unvereinbar**:

- Der Hauptanwendungsfall für einen Schutz durch die Institutsgarantie ist die sog. **konfiskatorische Besteuerung**. Als konfiskatorisch gilt die Besteuerung dann, wenn sie ein solches Ausmass erreicht, dass das Vermögen alleine durch die Besteuerung nach und nach aufgezehrt würde oder dass die Neubildung von Vermögen oder eine unabhängige Lebensgestaltung alleine aufgrund der Steuerlast illusorisch würden. Die Rechtsprechung zur konfiskatorischen Besteuerung ist restriktiv. Ein publizierter Bundesgerichtsentscheid, in dem eine konfiskatorische Besteuerung anerkannt wurde, liegt nicht vor. Als Orientierung mag ein älterer, unpublizierter Entscheid gelten, in dem der Kapitalwert einer Leibrente derart besteuert wurde, dass die Empfängerin der Rente sich hoch hätte verschulden müssen, um die Steuer beglichen zu können, wodurch das Ziel der Rente – den Lebensunterhalt zu sichern – gerade gefährdet gewesen wäre. Zusammen mit den auf die Renten anfallenden Einkommenssteuern hätte die

74. BGE 124 I 11, E. 5a. Vgl. auch Girsberger/Furrer/Krummenacher, N. 1.36.

75. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 34.

76. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 36.

77. BGE 119 Ia 348, E. 2a.

78. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 23.

79. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 75. Vgl. auch die vom Bundesgericht verwendete Formulierung des «freiheitsvermittelnden Kerngehalts des Eigentums» (BGE 105 Ia 330, E. 3c), wo die institutionelle, freiheitsvermittelnde Funktion und der würdebezogene Kerngehalt begrifflich zusammengefasst werden.

80. Nach dieser Konzeption des Kerngehaltes, die dessen materielle Grundlage im Schutz der Menschenwürde erblickt, ist der Schutz des Kerngehaltes beschränkt auf natürliche Personen. Vgl. Schefer, S. 45.

81. Schefer, S. 561.

82. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 44.

Steuerlast bei 55% des Kapitalwertes der Leibrente gelegen⁸³ (zum Verhältnis dieser Rechtsprechung zur Kerngehaltsgarantie, vgl. N. 34).

- Ein uneingeschränktes Vorkaufsrecht des Gemeinwesens im Hinblick auf ein allmählich zu errichtendes **öffentliches Bodenmonopol**, oder der Versuch, alles Grundeigentum beim Staat zu konzentrieren und Privaten nur noch Baurechte o.ä. daran einzuräumen.⁸⁴
- Die Möglichkeit der öffentlichen Hand, **Bodenpreise einzufrieren und Wohnungen zwangsweise zu vermieten**, ohne dass dies an weitere Voraussetzungen gebunden wäre als an das allgemeine Ziel, ein Recht auf Wohnung zu gewährleisten.⁸⁵

31 Als **mit der Institutsgarantie vereinbar** angesehen werden hingegen:

- **Vermögenssteuern, die höher ausfallen als das Einkommen.** Vermögenssteuern greifen gerade in die Substanz des Vermögens ein. Das allein macht sie nicht grundrechtswidrig. Beträgt daher eine Steuerlast, die sich in erster Linie aus einer Vermögenssteuer ergibt, für eine kurze Zeit 200% des Einkommens eines Steuersubjektes, so liegt darin noch keine konfiskatorische Besteuerung.⁸⁶
- Überhaupt ist **ein bestimmter Prozentsatz**, den Steuern im Verhältnis zu Einkommen oder Vermögen ausmachen, alleine noch nicht genügend, um eine konfiskatorische Besteuerung anzunehmen. Relevant ist vielmehr die Steuerlast über eine relativ lange Periode. Wenn in bestimmten Jahren besondere Umstände auftreten, muss von diesen abstrahiert werden.⁸⁷ Entscheidend ist auch der kumulative Effekt verschiedener Steuern und die Möglichkeit der Abwälzung von Steuern auf Andere.⁸⁸
- Situationen, in denen eine besteuerte Person **absichtlich auf einen erzielbaren Ertrag** auf ihr Vermögen **verzichtet** (zum Beispiel, weil sie Edelmetalle hält oder auf die Einzonung von Land spekuliert) und die Steuerlast aus diesem Grund höher liegt, als der Ertrag aus dem Vermögen.⁸⁹
- Eine **Reichtumssteuer**, die bei sehr hohen Einkommen bis zu 46% des Einkommens abführen, nicht hingegen die Bildung neuen Vermögens verhindern würde.⁹⁰
- Auch relativ **weitgehende Eingriffe in den Boden-, Wohnungs- und Mietmarkt** sind mit der Institutsgarantie vereinbar. So etwa:
 - die Enteignung der Nutzung missbräuchlich leer belassener Wohnungen⁹¹ (von einer Verletzung der Institutsgarantie wäre hingegen auszugehen, wo die Nutzung unter keiner weiteren Voraussetzung entzogen werden kann, als zur Sicherstellung eines Rechts auf Wohnung);⁹²
 - die Pflicht, bei Um- und Neueinzonungen mindestens ein Drittel der Wohnnutzung als günstigen Wohnraum zu erstellen und dauerhaft in Kostenmiete zu vermieten;⁹³
 - die Möglichkeit der Stadtverwaltung, in den Gebäuden, deren Bau oder Renovation sie subventioniert hat, 15% der Mieter:innen zu bestimmen;⁹⁴

83. BGer vom 10.05.1985, publiziert in ASA 56/1987, S. 439 ff.

84. J. P. Müller/Schefer (2008), S. 1041. Ähnlich BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. Vgl. schon BGE 105 Ia 134, E. 3.

85. BGE 112 Ia 382, E. 5.

86. BGE 143 I 73, E. 5. Vgl. auch BGE 143 V 245, E. 6.4.

87. A.M. Marantelli, S. 254.

88. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 39; BGE 128 II 112, E. 10b; BGE 105 Ia 134, E. 3.

89. BGE 106 Ia 342, E. 6c.

90. BGE 99 Ia 638, E. 7.

91. BGE 119 Ia 348, E. 2a.

92. BGE 112 Ia 382, E. 5.

93. BGE 146 I 70, E. 6.

94. BGE 131 I 333, E. 3.1.

- ein Verbot des Abbruchs, des Umbaus oder der Zweckänderung von nicht abbruchwürdigen oder sanierungsbedürftigen Wohnungen (allerdings versties dieses Vorhaben gegen die Bestandesgarantie);⁹⁵
- eine Bewilligungspflicht für die Veräusserung von Wohnungen, an denen auf dem Wohnungsmarkt ein Mangel besteht (die Ausgestaltung der Bewilligungspflicht, welche die Berücksichtigung privater Interessen verunmöglicht, war in diesem Fall allerdings ein Verstoß gegen die Verhältnismässigkeit und gegen die Bestandesgarantie).⁹⁶

32 Braucht es also die Institutsgarantie überhaupt, oder hat sie **bloss «deklaratorische Bedeutung»**?⁹⁷ Der Umstand, dass es nur wenige Beispiele gibt, in denen die Institutsgarantie in der Rechtsprechung eine konkrete Schutzwirkung entfaltete, sollte nicht zum Schluss verleiten, sie spiele im Rechtsleben keine Rolle.⁹⁸ Der Entscheid zu einer eigentumsbasierten Ordnung, zu einer Dezentralisierung von Produktionsfaktoren, ist einer der fundamentalsten Entscheide, den eine politische Gemeinschaft für sich fällen kann. Es ist daher folgerichtig, dass die Institutsgarantie politische Entscheide eher prägt als juristische und gegen politische Entscheide eher einer Schutzfunktion entfalten kann und muss als gegen Verwaltungshandeln. Die Dezentralisierung von Produktionsfaktoren bleibt im Übrigen auch dann eine permanente Aufgabe, wenn jene politischen Kräfte, die die Produktionsfaktoren vergemeinschaften wollen, an Energie verlieren. Dies nicht zuletzt, weil eine zunehmende Konzentration von Produktionsfaktoren nicht ausschliesslich beim Staat auftreten kann.

4. Kerngehalt

- 33 Die Trennung der Institutsgarantie vom Kerngehalt⁹⁹ erlaubt es, als den Kerngehalt der Eigentumsгарantie jene Aspekte zu werten, die eine direkte Relevanz für den **Schutz der Würde des Menschen** aufweisen.¹⁰⁰ Die Eigentumsгарantie wird weniger oft als andere Grundrechte mit dem Schutz der Würde in Verbindung gebracht – zu Unrecht. Zwar erscheint Eugen Hubers Formulierung drastisch, wenn er in den Erläuterungen zum Entwurf des ZGBs schreibt, dass «eine Persönlichkeit ohne die Mitgabe der Herrschaft über Vermögenswerte (...) sich als einen Gedanken ohne Inhalt darstellen [würde].»¹⁰¹ Dennoch ist die Möglichkeit, Herrschaft über Güter auszuüben, ein elementarer Ausdruck der Persönlichkeit; die dauerhafte Hinderung einer Person, diese Herrschaft auszuüben, ist insofern ein Angriff auf ihre Würde. In Fällen, wo eine Person durch die Negierung von Eigentum ihres «Platzes in der Welt beraubt und dem Kampf um das nackte Leben ausgesetzt»¹⁰² wird, ist diese Schwelle überschritten. Interessensabwägungen zwischen privaten und öffentlichen Interessen können bei solch drastischen Eingriffen keine zu rechtfertigenden Resultate mehr erzielen. Die Abwägung zu Gunsten der Interessen und der Würde des Individuums muss vorweggenommen werden. Diese Vorwegnahme des Abwägungsergebnisses ist gerade die Essenz des hier vertretenen Verständnisses des Kerngehaltes von Grundrechten.¹⁰³
- 34 Mit ein Grund für die oft problematische Gleichsetzung von Kerngehalt und Institutsgarantie dürfte sein, dass kein Fallrecht vorliegt für die Verletzung des Kerngehalts, ausser betreffend die Frage der konfiskatorischen Besteuerung,¹⁰⁴ die unter Umständen in die Schnittmenge von Kerngehalt und

95. BGE 103 Ia 417, E. 3 f. Vgl. bereits ähnlich BGE 99 Ia 35, E. 3.

96. BGE 113 Ia 126, E. 6 f.

97. G. Müller (1981), S. 99 f.

98. Vgl. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 44.

99. Für diese Trennung OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 23.

100. Für die Bedeutung dieser Kerngehaltskonzeption für juristische Personen, vgl. Fn. 80.

101. E. Huber, N. 1333.

102. Arendt (2019 [1958]), S. 325.

103. Schefer, S. 143.

Institutsgarantie fällt. Allerdings trifft auch auf andere Grundrechte zu, dass sich kaum Fälle finden lassen, in denen eine Verletzung des Kerngehaltes im Raum stand. Im Sinne eines Referenzpunktes, der glücklicherweise kaum je eintritt, kann es dennoch sinnvoll sein, solche Fälle zu entwerfen. Gedacht werden könnte etwa an Fälle, in denen einer Person absichtlich «das letzte Hemd» genommen wird, um sie so aus der Gesellschaft auszuschliessen.¹⁰⁵

- 35 In der Literatur wird zuweilen die **Wertgarantie als Bestandteil** der Eigentumsgarantie deren **Kerngehalt** zugerechnet.¹⁰⁶ Das ist aus mehreren Gründen wenig überzeugend.¹⁰⁷ Zwar trifft es zu, dass die Wertgarantie für diejenigen Fälle, in denen sie greift (formelle Enteignungen und enteignungsähnliche Eigentumsbeschränkungen), absolut formuliert ist und keine Abweichungen durch den Gesetzgeber zulässt.¹⁰⁸ Aber erstens machen diese Konstellationen nur einen kleinen Teil der Eingriffe in das Eigentum aus und die Rechtsprechung hat zweitens verschiedene Techniken entwickelt, um das Auslösen der Wertgarantie zu verhindern (vgl. nachfolgend N. 126).
- 36 Der Kerngehalt der Eigentumsgarantie steht in einem **Spannungsfeld mit der Immanenztheorie** (hierzu unten, N. 40). Wenn diese ungefiltert zur Anwendung gelangt, steht der sachliche Schutzbereich der Eigentumsgarantie zur Disposition des Gesetzgebers. Theoretisch könnte der Gesetzgeber also auch über den innersten Bereich, den Kerngehalt, verfügen.¹⁰⁹ Das zeigt, dass eine Grundrechtsbindung des Gesetzgebers bezüglich des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie in der einen oder anderen Form notwendig ist, die Immanenztheorie also nicht uneingeschränkt zur Anwendung gelangen darf (dazu N. 43). Auch wenn es zutrifft, dass der Eigentumsbegriff einer Rechtsordnung nicht vorausliegen kann, so kann er also dennoch dem Gesetzgeber vorausliegen (jedenfalls in seinen Grundzügen), insoweit, als er sich aus der Verfassung ergibt.¹¹⁰ Die Bindung des Gesetzgebers an den Kerngehalt der Eigentumsgarantie, der sich an der Würde des Individuums orientiert, ist also verhältnismässig unproblematisch zu erreichen, weil sich der Schutz eines so verstandenen Kerngehaltes nicht ausschliesslich aus der Eigentumsgarantie selbst, sondern auch aus Art. 36 Abs. 4 BV und aus Art. 8 BV ergibt. Die Verpflichtung, die Würde des Einzelnen auch dort zu schützen, wo sehr gewichtige öffentliche Interessen für eine gesetzliche Neudefinition von Eigentum sprechen, kann vom Gesetzgeber also nicht aufgehoben werden.

104. CR-Dubey (2021), Art. 26 BV N. 134.

105. In der Praxis mag das etwa vorkommen bei abgewiesenen Asylsuchenden, die auf Nothilfe angewiesen sind. So ist es vorgekommen, dass einem Nothilfeempfänger sein elektronisches Rechaud abgenommen worden ist, auf dem er sich von seinen 8 CHF täglich Mahlzeiten gekocht hatte – nicht aus feuerpolizeilichen Gründen, wie die Behörde klarstellte, sondern, damit er es «nicht zu bequem habe». Vgl. den Sachverhalt bei BGer 1C_158/2012 vom 12.6.2012. In solchen Konstellationen hat der Entzug von Eigentum klarerweise den Zweck, Hilfe zur Selbsthilfe zu unterbinden und den Ausschluss einer Person aus der Gesellschaft durch den Entzug von Eigentum zu unterstreichen und zu festigen. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Fisch, S. 152 f., der die Ansicht vertritt, das Bundesgericht konzipiere den Kerngehalt der Eigentumsgarantie als Existenzminimum. Diese Ansicht scheint aber problematisch, zunächst, weil sie von einer abzulehnenden Gleichsetzung von Kerngehalt mit der Institutsgarantie ausgeht und sodann, weil sich daraus eine positive Leistungspflicht des Staates zur Sicherung des Existenzminimums ergäbe. Teil des Problems an dieser Argumentation ist auch, dass sie das Existenzminimum mit dem Anspruch auf Nothilfe nach Art. 12 BV gleichsetzt, das Existenzminimum sowohl nach Sozialhilferecht als auch nach SchKG aber höher liegt (vgl. Gächter/Werder, Art. 12 BV N. 29). Hingegen ist einleuchtend, dass der Staat nicht durch Eigentumsbeschränkung entziehen darf, was er anschliessend auf Grund des Rechts auf Nothilfe, bei dem Schutzbereich und Kerngehalt zusammenfallen, wieder leisten müsste. Dass der Kerngehalt der Eigentumsgarantie also spätestens dort berührt ist, wo eine Person durch Eigentumsbeschränkung in eine «unwürdige Bettelexistenz» (BGE 131 I 166, E. 3.1) verfallen würde, ist plausibel und stützt das Argument, den Kerngehalt der Eigentumsgarantie im Würdebezug der materiellen Existenz eines Menschen zu verorten.

106. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 80.

107. Vgl. Fisch, S. 151.

108. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 60.

109. Fisch, S. 102, 151.

110. Für einen umfassenden Versuch, das Eigentum vorgesetzlich aus der Verfassung zu konstruieren, vgl. Fisch, S. 122 ff.

C. Sachlicher Schutzbereich

1. Eigentumstheorien

- 37 Der grossen Komplexität von Eigentum als Konzept und als soziales und rechtliches Konstrukt¹¹¹ entsprechend ist auch der **sachliche Schutzbereich** der Eigentumsgarantie **komplex** und weist erhebliche Unklarheiten auf. Das Schutzobjekt der Eigentumsgarantie ist «nicht eine menschliche Tätigkeit oder Eigenschaft, sondern ein durch die Rechtsordnung geschaffenes Institut.»¹¹² Diese Formulierung nimmt indes schon vorweg, was in der Lehre umstritten und in der Rechtsprechung¹¹³ unklar ist, und zwar sowohl in Bezug auf das privatrechtliche Eigentum als auch in Bezug auf das Schutzobjekt der Eigentumsgarantie: Die Frage nämlich, ob das Eigentum vorgesetzlich bestehe und das Gesetz ihm dann Schranken setze (**Schrankentheorie**), oder ob das Eigentum ein Institut der Rechtsordnung sei, das erst mit dieser entstehen könne und dem die Grenzen des Eigentums, wie sie von der Rechtsetzung gezogen werden, daher immanent seien (**Immanenztheorie**). Die beiden Theorien schliessen sich gegenseitig an sich aus und weisen erhebliche Schwächen auf.¹¹⁴

a. Schwächen der Eigentumstheorien

- 38 Eine Möglichkeit, mit dem Problem der beiden unzulänglichen Theorien umzugehen, ist, auf die **limitierte praktische Relevanz** dieser Debatte hinzuweisen und sie in den Elfenbeinturm zu verweisen.¹¹⁵ Dennoch führen die Defizite beider Theorien dazu, dass nicht nur die Konturen des sachlichen Schutzbereichs der Eigentumsgarantie diffus sind, sondern schon die Frage, ob das geschützte Recht ursprünglich eine feste Grösse ist, von der abgetragen wird, oder ein soziales Konstrukt, das sich mit verändernden politischen, ökonomischen und technologischen Rahmenbedingungen verändert.
- 39 Zunächst zu den Problemen der Schrankentheorie: **Eigentum kann dem Recht nicht vorausliegen**, sondern es wird erst durch die Rechtsordnung geschaffen.¹¹⁶ Denn schon welches die Handlungsrechte sind, die mit einem bestimmten Gut verbunden sind, ist nicht natürlich oder evident, sondern kann sich erst aus einem irgendwie geformten gesellschaftlichen Minimalkonsens ergeben.¹¹⁷ Selbst wenn man von einer solchen vorstaatlichen Existenz von Eigentum ausgehen würde, könnte es unmöglich einen natürlichen oder einen ursprünglichen Umfang des Eigentums geben (das wäre aber eine Voraussetzung dafür, dass die Schrankentheorie funktioniert). Denn jede denkbare Nutzungsform von Eigentum schafft Interferenzen mit anderen Rechtsteilnehmenden und deren Eigentum.¹¹⁸ Bevor ein Rechtsrahmen und ein Konfliktlösungsmechanismus besteht, gibt es keine Möglichkeit, die eine Beeinträchtigung als natürlicherweise zulässigen Bestandteil des Eigentums, die andere aber als übermässige Einwirkung einzustufen.

111. G. Müller (1981), S. 49.

112. Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 1413. Vgl. auch OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 4.

113. Vgl. zur Entwicklung der Rechtsprechung jüngst sehr eingehend Fisch, S. 77 ff.

114. Vgl. G. Müller (1981), S. 50.

115. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 10.

116. Im Schrifttum finden sich dezidiert andere Ansichten. Vgl. etwa Isensee, S. v.

117. Eine Möglichkeit, mit dieser Schwierigkeit umzugehen, ist, zu unterscheiden zwischen einem Eigentum, das dem Recht als Ganzes vorausliegt, und jenem, das nur dem Gesetzesrecht vorausliegt, aber in der Verfassung angelegt ist. Vgl. dazu Fisch, S. 74. Allerdings ist damit noch wenig gewonnen, denn auch ein vorgesetzliches Eigentum läuft konzeptionell auf die Annahme hinaus, dass die Verfassung einen vorstaatlichen Eigentumsbegriff schützt. Und sobald zur Konkretisierung des verfassungsmässig geschützten Eigentums das Gesetzesrecht herangezogen wird, wird die Idee eines vorgesetzlichen Eigentums verletzt. Fisch, S. 122 f.

118. Donahue formuliert es folgendermassen (S. 34): «My privilege of use of anything, if exercised to the fullest, is likely to interfere with your privilege of using your things. Two absolute privileges cannot coexist within even reasonable proximity.»

- 40 Die Immanenztheorie andererseits weist die Schwäche auf, dass sie das Eigentum nur im Rahmen des geltenden Rechts und daher grundsätzlich **nicht gegen die Rechtsetzung schützen kann**. Sie schützt ein Eigentum, dessen Substanz beliebig ausgedünnt werden kann, solange dies nur durch die Rechtsetzung anstatt durch die Rechtsanwendung geschieht.¹¹⁹ Um dieses Problem abzuwenden, bedürfte es eines Kriteriums, wann Rechtsnormen Eigentum gestalten und wann sie es beschränken. Bisher ist es nicht gelungen, solche Kriterien zu identifizieren.¹²⁰ Aus logischen Gründen kann dies auch gar nicht gelingen; das würde gerade wieder eine vorrechtliche Substanz des Eigentums, die es nicht geben kann, voraussetzen. Es ist also notorisch unklar, ob in das Eigentum eingegriffen oder der Schutzbereich des Eigentums neu gestaltet werde. Das ist problematisch, denn das Verhältnis zwischen Berührtsein des Schutzbereiches und Zulässigkeit des Eingriffs, das auch in Hinblick auf andere Grundrechte nicht immer klar ist, ist im Kontext der Eigentumsgarantie besonders wichtig. Von ihm hängt ab, ob die Wertgarantie greift.¹²¹
- 41 Wie fragil das Eigentum nach Immanenztheorie ist, zeigt sich daran, dass bereits die Verfassung selbst **punktueller Durchbrechungen der Eigentumsgarantie** vorsieht. In diesen Fällen gehen gemäss einer generell vorgenommenen Wertung andere Interessen als jene der Eigentümerschaft vor. Eine Abwägung von Interessen wird also gar nicht vorgenommen. Beispiele sind bauliche Eingriffe in Moore und Moorlandschaften von gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 78 Abs. 5 BV), der Bau von Minaretten (Art. 72 Abs. 3 BV) oder die Erstellung von Zweitwohnungen unter gewissen Umständen (Art. 75b i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2).¹²² Offensichtlich kann also der Umfang des Eigentums durch die Rechtsordnung festgelegt werden und könnte theoretisch auch durch Verfassungsrecht selber seiner Substanz entleert werden.

b. Kompromiss in der Praxis

- 42 Das **Bundesgericht** orientierte sich ursprünglich an der **Immanenztheorie**. Seine Rechtsprechung zu Eingriffen in das Eigentum blieb auf individuell-konkrete Eingriffe durch die Verwaltung beschränkt, wobei es als grundsätzlich unbestritten galt, dass die Rechtsetzung den Schutzbereich der Eigentumsgarantie neugestalten könne,¹²³ die Schranken des Eigentums dem Recht also immanent sind. Im Laufe des 20. Jahrhunderts hat sich das Bundesgericht aber schrittweise von der Immanenztheorie abgewandt, ohne sich der Schrankentheorie ganz zuzuwenden. Eine volle Hinwendung zur Schrankentheorie würde mit sich bringen, dass es auch Einschränkungen der Eigentümerbefugnisse durch die Rechtsetzung als Eingriff in den Schutzbereich behandeln würde, was es aber nur ganz ausnahmsweise tut (dazu unten, N. 119). Das Resultat ist eine unklare und oft widersprüchliche Situation.¹²⁴
- 43 In **Ermangelung einer dritten Theorie**, die die Schwächen der Schranken- und der Immanenztheorie überwinden könnte, bleibt man zurückgeworfen auf einen fragilen (und letztlich widersprüchlichen) Kompromiss zwischen diesen beiden Theorien. Dem entspricht die Schweizer Praxis.¹²⁵ Einerseits wird oft die Fiktion von Eigentum als etwas dem Gesetzgeber Vorausliegendes bemüht,¹²⁶ oder doch jedenfalls darauf gepocht, dass die Substanz des Eigentums durch die Rechtsetzung nicht beliebig abgeschichtet werden dürfe¹²⁷ und Eigentum deshalb eine vorrechtliche Substanz haben müsse. Andererseits lässt die Rechtsprechung keinen Zweifel daran, dass der

119. Riva (1990), S. 231.

120. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 10.

121. Riva (1990), S. 261.

122. OK-Mösching, Art. 75b BV N. 19; BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 55.

123. Saladin, S. 117-119.

124. Fisch, S. 423; vgl. auch S. 94.

125. G. Müller (1981), S. 50.

Eigentumsbegriff vom Gesetzgeber neu gefasst werden kann, um ihn mit öffentlichen Interessen¹²⁸ und Interessen Dritter kompatibel zu gestalten, wobei aber auch der Gesetzgeber in einem gewissen Ausmass an die Eigentumsgarantie gebunden bleibt. Es ist insofern nicht abwegig, darauf hinzuweisen, dass sich der Eigentumsbegriff aus der Verfassung ergebe und daher zwar nicht vorstaatlich, aber vorgesetzlich sei.¹²⁹ Nur trifft dies lediglich für die Ecksteine des Eigentums, für seinen inneren Bereich zu. Viele und wichtige Aspekte des Eigentums, die ebenfalls grundrechtlichen Schutz geniessen, ergeben sich erst aus dem Gesetz. Die Sorge, dass der Gesetzgeber das Eigentum komplett aushöhlen könnte, ist also jedenfalls unter der Annahme, dass der Gesetzgeber die Verfassung respektiere, übertrieben.

- 44 Dennoch ist der so entstehende Kompromiss fragil und wird dadurch strapaziert, dass das Bundesgericht Grundrechtseingriffe durch Rechtsänderungen nur in Ausnahmekonstellationen anerkennt und dem **Gesetzgeber** damit **viel Freiheit** über die Substanz des Eigentums gibt. Im Regelfall geht es umstandslos davon aus, neues Recht lege den Schutzbereich der Eigentumsgarantie neu fest.¹³⁰

c. Funktionales Verständnis von Eigentum als Navigationshilfe

- 45 Am besten zu navigieren ist dieser fragile Kompromiss wohl, wenn als Leitstern ein **funktionales Verständnis von Eigentum** dient.¹³¹ Ein solches fragt danach, welche Güter und Teilaspekte von Gütern für jene Zwecke am entscheidendsten sind, zu deren Sicherung das Eigentum grundrechtlich geschützt wird. Die Zuschreibung von bestimmten Funktionen zu einem Grundrecht ist immer riskant. Es ist eine Interpretationsleistung, bei der es auch zu einer problematischen Reduktion von Funktionen kommen kann. Aber ohne den Zweck der Eigentumsgarantie ausschliesslich auf diese Funktionen reduzieren zu müssen, drängt es sich auf, ihr insbesondere eine Dezentralisierungsfunktion (vgl. dazu oben, N. 27) und eine Funktion zum Schutz der Würde und der Autonomie¹³² des Einzelnen (vgl. dazu oben, N. 33) zuzugestehen. Schon mit diesen grundlegenden Funktionen, so die hier vertretene Ansicht, lässt sich der fragile Kompromiss zwischen einem vorgesetzlich bestehenden und einem gesetzgeberisch gestaltbaren Eigentum stabilisieren, weil diese beiden Funktionen unabhängig von der spezifischen Eigentumstheorie limitieren, wie weit das Eigentum entkernt werden kann.¹³³ Diese Funktionen finden ihren Ausdruck in zwei Schutzdimensionen der Eigentumsgarantie, nämlich in der Institutsgarantie (für die Dezentralisierungsfunktion) und in der Kerngehaltsgarantie (für die Würdefunktion).

126. So verwendete das Bundesgericht regelmässig die Formulierung, das Eigentum sei «nur in den Schranken, die ihm im öffentlichen Interesse durch die Rechtsordnung gezogen sind», gewährleistet (statt vieler BGE 145 I 140, E. 4.1. Zahlreiche weitere Hinweise bei Fisch, S. 78, Fn. 122). Diese Formulierung impliziert jedenfalls ein vorrechtlich bestehendes Eigentum, dem die Rechtsordnung und das öffentliche Interesse dann Schranken gesetzt haben. Der fragile Kompromiss in der Rechtsprechung wird dadurch veranschaulicht, dass das Bundesgericht unmittelbar anschliessend von «in der Regel entschädigungslos zulässige Inhaltsbestimmungen des Grundeigentums» spricht, eine Formulierung, die klarerweise der Immanenztheorie folgt.

127. BGE 105 Ia 330, E. 3c: «Die Eigentumsgarantie hindert den Gesetzgeber nicht, 'die objektive Eigentumsordnung im Rahmen der Bedürfnisse der Gemeinschaft festzulegen'. Doch hat er dabei den freiheitsvermittelnden Kerngehalt des Eigentums zu wahren, wobei dieser nicht völlig statisch zu verstehen ist, sondern der weiteren Entwicklung durch den Verfassungsrichter und der Abänderung durch den Verfassungsgeber zugänglich bleibt (...).» (Verweise weggelassen).

128. Statt vieler BGE 144 II 367, E. 3.2.

129. Vgl. hierzu insbes. Fisch, S. 122 f.

130. So in BGE 144 II 367, E. 3. Vgl. auch schon BGE 122 II 326, E. 5c.

131. So ausdrücklich Saladin, S. 130. Vgl. auch OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 14 unter Verweis auf G. Müller (1981), S. 66, der als Funktionen des Eigentums etwa die Vorsorgefunktion, die Dispositionsfunktion, die Prestigefunktion und (auf S. 76) die Anspornfunktion identifiziert. Vgl. ferner Häberle, S. 75.

132. Hierzu eingehend Dagan, insbes. S. 41 ff.

133. A.M. wohl Fisch, S. 423.

- 46 Die Funktion der Eigentumsgarantie wäre beispielsweise unterlaufen, wenn die öffentliche Hand derart in das Eigentum eingreifen würde, dass eine (allmähliche) Konzentration von Produktionsfaktoren bei der öffentlichen Hand die Folge wäre. Eigentum kann insofern nicht anders als durch Rechtsetzung abgezirkelt werden, aber die **Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ist nicht beliebig**; auch er ist an die Eigentumsgarantie gebunden. Er muss seinen Spielraum so wahrnehmen, dass die Dezentralisierungsfunktion, die Autonomiefunktion und die Würdeerhaltungsfunktion des Eigentums gewährleistet bleiben.
- 47 Dieser Kompromiss basiert allerdings auf einer Vorstellung von Eigentum, nach der sich Eigentum nicht anders qualitativ von weiteren Formen der Berechtigung an Gütern unterscheiden lässt als dadurch, dass es unter dem Schutz der Eigentumsgarantie steht. Eigentum ist insofern ein **Bündel von Handlungsrechten** zur erlaubten Beeinträchtigung anderer,¹³⁴ das sich dadurch von anderen Handlungsrechten abgrenzen lässt, dass es grundrechtlich besonders geschützt ist und insbesondere mit einer Wertgarantie bewehrt ist.

2. Autonomie des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs

- 48 Der **verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff** ist von jenem des Privatrechts **autonom**. Das bedeutet, dass das sachenrechtliche Privateigentum zwar Teil des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie ist, dieser aber losgelöst vom privatrechtlichen Konzept gestaltet werden muss und insbesondere weiter ist als dieses. In der Literatur besteht eine Tendenz, das privatrechtliche Sacheigentum als relativ sicheren Sockel des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie aufzufassen¹³⁵ und auf diesem die unklarerer und komplexeren Aspekte aufzubauen. Diese Auffassung ist allerdings nicht unproblematisch, weil sie den Eindruck einer vermeintlichen Klarheit des Umfangs und Inhalts von Sacheigentum suggeriert. Doch eine typische Konstellation, in der die Eigentumsgarantie zum Tragen kommt, liegt etwa vor, wenn Sacheigentum von einer öffentlichrechtlichen Regulierung oder von einem Verwaltungsakt betroffen ist. Hier ergibt sich der Umfang des Sacheigentums also (unter anderem) aus dem regulativen Rahmen des öffentlichen Rechts. Sein Umfang ergibt sich daher gerade nicht ohne weiteres aus dem Sachenrecht.
- 49 Unter den Instituten des Privatrechts schützt der autonome Eigentumsbegriff der Eigentumsgarantie über das sachenrechtliche Eigentum hinaus auch den **Besitz**,¹³⁶ die **beschränkten dinglichen Rechte, Immaterialgüterrechte** und **obligatorische Ansprüche**, wie sie sich etwas aus Pacht- oder Mietverträgen ergeben.¹³⁷
- 50 Es bleibt eine offene und grundlegende Frage, wie autonom der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff vom sachenrechtlichen gestaltet werden kann, ohne konturlos zu werden. Diese

134. Ein Aspekt dieser Vorstellung von Eigentum ist, dass in der Tat jede Form der Ausübung von Eigentum eine Beeinträchtigung anderer ist und sei es nur dadurch, dass andere Handlungen nicht wahrnehmen können, die mit diesem Eigentum nicht kompatibel wären. Entweder Nachbarin A kann ihr Grundstück überbauen und verschattet (beeinträchtigt) damit das Grundstück von B, oder B kann A an der Überbauung hindern. Es handelt sich um ein reziprokes Verhältnis der Beeinträchtigung. Diese Einsicht bedeutet aber keinesfalls, die Annahme eines Nullsummenspiels oder dass Eigentum den aggregierten Nutzen einer Gesellschaft schmälere, im Gegenteil. Sie geht davon aus, dass das Recht üblicherweise jene Beeinträchtigungen anderer erlauben kann, die den aggregierten Nutzen einer Gesellschaft maximieren können. Grundlegend hierzu: Coase.

135. Fisch, S. 63, spricht von der Vorstellung des sachenrechtlichen Eigentums als der idealen Verwirklichung oder dem «Urbild» des Eigentums im verfassungsrechtlichen Sinne. Für eine eingehende Kritik an dieser Vorstellung vgl. Pistor, insbes. S. 116, 126 und 159.

136. Zuletzt sehr klar BGer 1B_493/2021 vom 10.1.2022, E. 2.3, wo die Einziehung eines Mobiltelefons in einer Strafanstalt vom Besitzer (das Eigentum daran konnte lediglich vermutet und nicht ohne weiteres festgestellt werden), als schweren Eingriff in die Eigentumsgarantie qualifiziert wird.

137. Riva/Müller-Tschumi, N. 14.

Frage dürfte an Bedeutung gewinnen, wenn mehr und mehr Güter **nicht mehr an eine physische Sache gebunden** sind, sondern als rechtliche Konvention und/oder technische Innovation bestehen (wie beispielsweise die Nutzungsrechte an Daten; vgl. dazu unten, N. 71 f.).

3. Wichtige Aspekte, in denen der Schutzbereich der Eigentumsgarantie unklar ist

51 Es lohnt sich, im Sinne eines **Überblicks** zunächst darauf hinzuweisen, in welchen Bereichen die Konturen des sachlichen Schutzbereichs der Eigentumsgarantie besonders diffus sind, ehe auf diese Punkte im Einzelnen eingegangen wird:

- Zunächst ist unklar, ob vermögenswerte Rechte oder das Vermögen *an sich* Gegenstand des Schutzes der Eigentumsgarantie bilden (N. 52 ff.).
- Ein praktisch besonders wichtiger Vermögensbestandteil, dessen Verhältnis zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie unklar ist, sind öffentlichrechtliche Ansprüche (N. 58 ff.).
- Ein Begriff, der im Kontext der Eigentumsgarantie für anhaltende Unklarheit sorgt, ist jener der wohlerworbenen Rechte und verschiedener alternativer Begriffe, die zu ihm entwickelt worden sind (N. 60 ff.).
- Die Frage der Besteuerung, die an sich nicht als ein Eingriff in die Eigentumsgarantie aufgefasst wird, bereitet Schwierigkeiten. Unklar ist, wann sie so intensiv sei, dass sie als konfiskatorisch zu gelten habe (was wiederum die Frage nach sich zieht, ob in einer konfiskatorischen Besteuerung eine Verletzung des Kerngehalts liege, N. 66 f.).
- Sodann ist unklar, wie und inwieweit faktische Interessen von der Eigentumsgarantie geschützt sind (N. 68 f.).
- Schliesslich ist weitgehend unklar, wie sich die Eigentumsgarantie zu dem immer wichtiger werdenden Gut der Daten bzw. der ökonomisch interessanten Nutzungsrechte von Daten verhält (N. 71 f.).

a. Das Vermögen an sich

52 Vermögen kann für die vorliegende Diskussion sinnvoll definiert werden als die Summe aller wirtschaftlichen Güter, die einer Person zustehen.¹³⁸ Die Frage, ob das **Vermögen an sich Schutzobjekt der Eigentumsgarantie** sei, darf als die zentrale Unklarheit des sachlichen Schutzbereichs der Eigentumsgarantie bezeichnet werden.¹³⁹ Viele weitere Unklarheiten, etwa jene, ob in der Besteuerung ein Grundrechtseingriff liege, inwieweit faktische Interessen geschützt seien, inwieweit Interessen und Rechte gegenüber der öffentlichen Hand in den Schutzbereich fallen und ob reine Vermögensschäden einen Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellen, hängen von dieser Frage ab. Die Lehre ist geteilt. Biaggini findet es «nicht erstrebenswert», die Eigentumsgarantie als einen allgemeinen Vermögensschutz auszugestalten.¹⁴⁰ Klar nicht Teil des Schutzbereichs ist das Vermögen an sich auch nach Dubey.¹⁴¹ Waldmann wendet ein, dass mit Blick auf den Sinn der Eigentumsgarantie jedenfalls jene Vermögenswerte, die der Daseinssicherung dienen, dem Schutzbereich der

138. Koller, S. 26. Der Begriff «wirtschaftlich» ist vorliegend weiter, als der Begriff «geldwert». Das Vermögen kann also auch Güter umfassen, die keinen Geldwert haben. Vgl. dazu D. Schmid, S. 54 f.

139. Ähnlich bereits Riva (1990), S. 241 f.

140. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 16. Gleicher Meinung Kiener/Kälin/Wyttenbach, N. 1420; J. P. Müller/Schefer, S. 1016 f. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes schliessen auch Häfelin/Müller/Uhlmann, das Vermögen aus dem Schutzbereich aus (N. 2334). Allerdings weisen sie auch darauf hin, dass die Praxis des Bundesgerichtes hierzu nicht immer konstant war (unter Berufung auf BGE 124 I 6, E. 4b, wo es um eine staatliche Ersatzforderung gegen einen Privaten ging).

141. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 47; allerdings unter Erwähnung des Problems, dass bei konfiskatorischer Besteuerung das Vermögen an sich dennoch Teil des Schutzbereichs bildet.

Eigentumsgarantie zugerechnet werden müssten.¹⁴² Er beschreibt den Inhalt der Eigentumsgarantie als ein «Bündel von einklagbaren Rechten»,¹⁴³ eine Vorstellung, die es schwierig macht, das Vermögen davon auszunehmen, denn das Vermögen einer Person ist die Gesamtheit ihrer werthaltigen Rechte. Tschumi und Riva stellen folgerichtig das so definierte Vermögen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie¹⁴⁴ (was das Problem auf die Frage verschiebt, was alles als werthaltige Rechte zu gelten habe).

- 53 Das **Bundesgericht** ist in dieser Frage **unklar** geblieben. Einerseits lässt es keinen Zweifel daran, dass die Einfrierung von Vermögen von Personen (im Rahmen von Sanktionen gegen Personen, denen die Nähe zu einem problematischen Regime vorgeworfen wird) ein Eingriff in die Eigentumsgarantie darstellt.¹⁴⁵ Die Wirkung dieser Sanktion ist nicht die Blockierung einzelner konkreter Vermögenswerte, sondern des gesamten (auch des potentiellen) Vermögens, soweit es sich jetzt oder künftig in der Schweiz befindet.¹⁴⁶ Andererseits hält das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung fest, dass nur die einzelnen Eigentumsbefugnisse geschützt seien, nicht aber das Vermögen an sich.¹⁴⁷ Das Problem dieser Haltung ist, dass dadurch ein Eingriff in die Teile des Ganzen als ein Eingriff in das Grundrecht gilt, ein Eingriff in das Ganze aber nicht. Das ist deshalb nicht besonders sinnhaft,¹⁴⁸ weil nicht in das Ganze eingegriffen werden kann, ohne in einen Teil seiner Bestandteile einzugreifen. Wo man dem entgegenhielte, es gebe einen Unterschied zwischen den konkreten einzelnen Befugnissen, wie sie aus dem Eigentum fliessen, und dem Vermögen als bloss allgemeine Befähigung, ist wiederum einzuwenden, dass Vermögen sich gerade durch seine flexible Verwendbarkeit auszeichne. Bestimmte Teilmengen des Vermögens können zu konkreten Befugnissen (etwa zum Erwerb von Gütern) verwendet werden. Jeder Eingriff in das Vermögen an sich ist daher ein Eingriff in konkrete Eigentumsbefugnisse, auch wenn nicht klar ist, in welche. Das Bundesgericht geht ausserdem davon aus, ein Eingriff in das Eigentum liege nur vor, wenn dieser Eingriff auch eine Vermögenseinbusse zur Folge habe.¹⁴⁹ Diese (problematische)¹⁵⁰ Auffassung deutet darauf hin, dass letztlich das Vermögen (die Summe der vermögenswerten Rechte) das Schutzobjekt hinter der Eigentumsgarantie bilden müsse.
- 54 In der Literatur wird zum Teil vertreten, ein Eingriff liege nur dann vor, wenn dieser **spezifische Forderungsrechte** der betroffenen Person betreffe, nicht aber, wenn er das Vermögen an sich betreffe.¹⁵¹ Diese Auffassung kann sich auf eine ältere Rechtsprechung stützen.¹⁵² Sie wirkt wie ein Relikt aus einer Zeit, als die Eigentumsgarantie noch das Spezialitätenprinzip des Sachenrechts in den Grundrechtsschutz importieren konnte, weil das Eigentum von Grundrechtsträgern noch im Wesentlichen an physische Sachen gebunden war. Diese Haltung entspricht aber nicht (mehr) einer ökonomischen Realität und ökonomischen Bedürfnissen, die die Eigentumsgarantie schützen soll. Erkennbar ist dies an der Herbeiziehung der Institutsgarantie (oben, N. 27 ff.). Mit der Formulierung des Bundesgerichts zur Institutsgarantie, das «Institut des Privateigentums» dürfe nicht «seiner Substanz entleert» werden,¹⁵³ soll die Institutsgarantie gerade eine legalistische Betrachtung durch

142. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 21.

143. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 7.

144. Riva/Müller-Tschumi, N. 14. Vgl. Auch die eingehende Herleitung bei Riva (1990), S. 241 ff.

145. BGE 141 I 20, E. 4. Vgl. auch BGE 150 IV 201, E. 5.2.

146. BGE 141 I 20, E. 6.1.2.

147. BGE 132 I 201, E. 7.1; BGE 127 I 60, E. 3b.

148. Fisch, S. 52.

149. BGE 131 I 333, E. 3.1.

150. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 50.

151. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 21.

152. BGE 105 Ia 134, E. 3a.

153. BGE 88 I 248, E. 3.

eine Dosis ökonomischen Realismus überwinden. Sie nimmt die ökonomische Substanz des Eigentums in den Blick und beschränkt sich nicht auf dessen juristische Hülle.

- 55 Seit das Bundesgericht **gewisse faktische Interessen** der Eigentumsgarantie zurechnet (vgl. nachfolgend, N. 68 ff.), ist auch der Einwand nicht mehr stichhaltig, eine bestimmte Handlungsmöglichkeit müsse einem expliziten, rechtlich geschützten Interesse entsprechen, um in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie zu fallen.¹⁵⁴
- 56 Eine weitere Quelle der Unklarheit ist das Verbot der konfiskatorischen Besteuerung. Dieses Verbot besagt, dass das Vermögen nicht so stark belastet werden darf, dass es konfisziert würde (s. N. 30). Ab dieser Intensitätsschwelle ist das Vermögen also ohnehin Teil des Schutzbereiches.¹⁵⁵ Das bedeutet aber, dass sich der Schutzbereich mit zunehmender Eingriffsintensität verändert. Um das zu erklären, postuliert ein Teil der Lehre **unterschiedliche Schutzbereiche** für die unterschiedlichen Dimensionen der Eigentumsgarantie. Die Bestandes- und die Wertgarantie schützen nach diesem Ansatz nur einzelne Eigentumsbefugnisse, die Institutsgarantie (die u.a. gegen konfiskatorische Besteuerung schützt), hingegen auch das Vermögen an sich.¹⁵⁶ Die unterschiedlichen Dimensionen der Eigentumsgarantie schützen aber nicht unterschiedliche Rechtsgüter, sondern unterschiedliche Aspekte desselben Rechtsgutes. Diese ad-hoc-Anpassung der Dogmatik an eine gewachsene Praxis scheint mehr von Praktikabilitätsüberlegungen und dem Schutz fiskalischer Interessen der öffentlichen Hand als vom Streben nach Kohärenz und Rechtssicherheit geprägt zu sein.
- 57 Insgesamt wirft der Ausschluss des Vermögens an sich aus dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie also mehr Fragen auf, als er löst. Dogmatisch ist es daher sinnvoll, die **Gesamtheit der wirtschaftlichen Güter** einer Rechtsträgerin als deren grundrechtlich geschütztes Eigentum zu betrachten. Von jeder staatlichen Handlung, die diese Güter schmälert, ist dann grundsätzlich zu verlangen, dass sie den Anforderungen einer Grundrechtseinschränkung gerecht werde.¹⁵⁷ Die entscheidende Frage verlagert sich dann darauf, wo die Grenze verlaufe zwischen einer entschädigungslos hinzunehmenden Eigentumsbeschränkung und einer Beschränkung, die einer Enteignung gleichkomme und daher voll entschädigt werden müsse (dazu nachfolgend, N. 104 ff.). Diese Frage kann dann auch sinnvoller, kohärenter und trennschärfer beantwortet werden als die weder ökonomisch noch juristisch sinnvolle Frage nach einer Grenze zwischen Eigentum und Vermögen.

b. Öffentlich-rechtliche Ansprüche

- 58 Mit der Frage, inwieweit das Vermögen an sich in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie falle, hängt auch die zweite grosse Unklarheit des sachlichen Schutzbereiches zusammen, nämlich die Frage, inwiefern **öffentlich-rechtliche Ansprüche** Teil des Schutzbereiches sind. Wiederum öffnet sich hier ein Spannungsfeld. Auf der einen Seite steht ein teleologisches Argument, auf der anderen Seite der Einwand der Praktikabilität. Das teleologische Argument betont, dass öffentlich-rechtliche Ansprüche in einem modernen Staat einen grossen Teil des Realvermögens von Personen ausmachen.¹⁵⁸ Wenn Autonomie und Sicherheit zentrale Zwecke der Eigentumsgarantie sind, dann müssten ihr

154. A.M. wohl J. P. Müller/Schefer, S. 1016 f.

155. Vgl. eingehend Fisch, S. 48 f.

156. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 34. Offen gelassen ist diese Möglichkeit auch bei J. P. Müller/Schefer, S. 1016. Auf den Ausschluss des Vermögens an sich aus dem Schutzbereich wird dort allerdings nur für die Bestandes- und die Wertgarantie bestanden.

157. So schon Riva (1990), S. 244 m.w.H. BGE 141 I 20, in dem es um die Blockierung von allem in der Schweiz liegenden Vermögen des Beschwerdeführers ging, zeigt auch, dass solche Abwägungen möglich sind und ein öffentliches Interesse für sehr weitgehende Eingriffe in das Vermögen an sich begründet werden kann.

158. Vgl. hierzu schon BGE 92 I 503, E. 2.

solche Ansprüche grundsätzlich ebenfalls zugerechnet werden, denn von ihnen hängt ein zunehmender Teil dieser Autonomie und Sicherheit in der Praxis ab. Sie sind «funktionale Äquivalente»¹⁵⁹ von Privateigentum an Sachen. Damit ist nicht gesagt, dass öffentlich-rechtliche Ansprüche das volle Spektrum von Qualitäten aufweisen, welche etwa Sacheigentum aufweist. Es genügt, dass sie bezüglich der Funktionen, die die Eigentumsgarantie zu schützen die Aufgabe hat, vergleichbar (nicht identisch) sind. Ein Rentenanspruch beispielsweise erfüllt für Autonomie und Sicherheit eine ähnliche Funktion, wie Grundeigentum. Das gilt auch dann, wenn Grundeigentum noch weitere Funktionen erfüllt. Soweit es sich um eine obligatorische Vorsorge handelt, ist ein Anspruch daraus auch ein erzwungenes Substitut für herkömmliches Privateigentum, da sie Vermögen bindet, das ansonsten frei zur Verfügung gestanden hätte. Auf der anderen Seite steht der Einwand, dieses öffentlich produzierte Realvermögen sei so omnipräsent und in so komplexer, unauflösbarer Weise mit privat produzierten oder erworbenen Gütern verwoben (jedes Gut enthält privat und sozial produzierte Komponenten), dass ein grundrechtlicher Schutz dieser Güter schnell an eine Praktikabilitätsgrenze stösst und die Handlungsfähigkeit der öffentlichen Hand gefährdet.

- 59 Der verbreitetste Ansatz, mit diesem Problem umzugehen, besteht wiederum darin, nach einem Kriterium der rechtlichen Konkretisierung von Ansprüchen zu suchen, nach Kriterien, wann sich blosser Interessen gegenüber der öffentlichen Hand **zu rechtlich geschützten Ansprüchen** «verdichtet»¹⁶⁰ haben. Die Kriterien für diese Verdichtung und die Terminologie zu deren Beschreibung sind uneinheitlich und widersprüchlich.¹⁶¹ Um Klarheit in diese Terminologie zu bringen, ist es insbesondere nötig, die Begriffe der wohlerworbenen Rechte, der subjektiven Rechte öffentlichen Rechts und der öffentlich-rechtlichen Ansprüche auseinanderzuhalten.

c. Insbesondere: wohlerworbene Rechte

- 60 Die Kategorie der **wohlerworbenen Rechte** ist unklar,¹⁶² und die Begründung, was zu diesen zählt, nimmt regelmässig «zirkelhafte Züge»¹⁶³ an. Klar ist lediglich, dass wohlerworbene Rechte solche sind, die eine besondere Dignität, eine besonders herausgehobene Beständigkeit für sich in Anspruch nehmen. Nach dem hier vertretenen Verständnis ist diese darin zu erblicken, dass wohlerworbene Rechte **rechtsänderungsbeständig** sind, dass sie also selbst dann bestehen bleiben, wenn der relevante Rechtsrahmen sich ändert.¹⁶⁴ Demgegenüber wird nachfolgend von subjektiven Rechten des öffentlichen Rechts gesprochen, wenn Ansprüche gegenüber der öffentlichen Hand zwar justiziabel

159. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 14.

160. Riva (1990), S. 235.

161. Um den Schutzbereich der Eigentumsgarantie im Aspekt der öffentlichrechtlichen Rechte zu beschreiben, die er umfasst, finden sich in der Literatur Begriffe wie «vermögenswerte Rechte des Öffentlichen Rechts»: (Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1782) Als Beispiel nennen sie insbesondere sozialversicherungsrechtliche Ansprüche. Wohlerworbene Rechte werden hier als separate Kategorie, nicht als Unter- oder Oberkategorie von vermögenswerten Rechten des öffentlichen Rechts behandelt. Weitere Begriffe sind «alle vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Ansprüche des Einzelnen» (BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 21); «gewisse vermögensrechtliche Ansprüche aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag und aus dem Dienstverhältnis sowie Rechte aus Konzessionen oder anderen Zusicherungen» (J. P. Müller/Schefer, S. 1014 f.) oder «gewisse subjektive öffentliche Rechte» (Saladin, S. 126). Immer wieder verwendet wird auch der Begriff der «Nutzungs- und Verfügungsrechte [des öffentlichen Rechts]» (vgl. insbes. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 9 ff.; Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 65, hier im Kontext der materiellen Enteignung); OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 29, spricht demgegenüber von «Nutzungs- und Verfügungsbefugnissen» zur Abgrenzung der Eigentumsbeschränkung vom Entzug des Eigentums. Teilweise gelten diese Begriffe als Unterfall der Kategorie der wohlerworbenen Rechte (so bei OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 12 f.), teilweise gelten umgekehrt wohlerworbene Rechte als Unterfall dieser Begriffe. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 20, behandelt wohlerworbene Rechte als Unterfall der öffentlich-rechtlichen Nutzungs- und Verfügungsrechte.

162. Auer/Malinverni/Hottelier, Bd. II, N. 822; Strub, S. 311.

163. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 13. Saladin, S. 132 spricht von einer Tautologie, Strub, S. 137 von einem Pleonasmus. Vgl. auch Riva (2007), S. 47.

164. Vgl. Zimmermann, S. 28.

sind, ansonsten aber keine besonders herausgehobene Stellung aufweisen. Der Begriff der wohlerworbenen Rechte wird hier also eng verwendet, derjenige der subjektiven Rechte öffentlichen Rechts hingegen weit.

- 61 Verschiedene Gruppen von wohlerworbenen Rechten haben **unterschiedliche Begründungsstränge**.¹⁶⁵ Zum Teil wird der Vertrauensschutz als ihr Geltungsgrund identifiziert, zum Teil ihr ehehafter Charakter, also ihr Bestehen seit unvordenklicher Zeit, bevor eine moderne Verfassungsordnung bestand. Zum Teil werden sie damit begründet, dass es sich bei ihnen um Überbleibsel aus einer vom Privatrecht geprägten Ordnung handle,¹⁶⁶ sie nach heutigem Verständnis aber dem öffentlichen Recht zugeordnet werden.¹⁶⁷
- 62 Stützt sich der besondere Schutz wohlerworbener Rechte auf die Eigentumsgarantie oder auf Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV)? Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht der **Schutz von Treu und Glauben «im Vordergrund»**,¹⁶⁸ was zur Klärung freilich wenig beiträgt.¹⁶⁹ Der Vorteil von Treu und Glauben als Rechtsgrundlage ist der bessere Schutz gegen Rechtsänderungen, da die Eigentumsgarantie das Eigentum nur im Rahmen des jeweils geltenden Rechtes schützt.¹⁷⁰ Die Frage ist allerdings von untergeordneter Relevanz, solange beide Rechtsgrundlagen an sich dasselbe schützen, nämlich den Wert von einmal getätigten Investitionen, auch gegen spätere Rechtsänderungen. Hingegen bleibt das Alleinstellungsmerkmal der Eigentumsgarantie, die Wertgarantie (dazu oben, N. 23 ff.), auch in diesen Fällen und gerade im Hinblick auf diesen Schutzzweck wichtig. Wo dennoch in Rechte eingegriffen werden soll, muss ihr Wert entschädigt werden. Da es nicht gelingen kann, eine Grenze zu ziehen zwischen Rechtsänderungen, die Eigentum neu umreissen, und solchen, die in Eigentum eingreifen (vgl. oben, N. 40), genügt die Eigentumsgarantie allein als Rechtsgrundlage für rechtsänderungsbeständige Rechte nicht. Es braucht einerseits Treu und Glauben für die Rechtsänderungsbeständigkeit und andererseits die Eigentumsgarantie zur Sicherung des Wertes im Falle eines Entzuges.
- 63 Ein Beispiel für (vermeintlich) wohlerworbene Rechte, die ein **Überbleibsel aus dem Privatrecht** bilden, ist die Nutzung von Wasserkraft, die ursprünglich den Uferanrössern als dingliches Recht zugestanden hatte, heute aber als ein öffentlich-rechtliches Gut aufgefasst wird.¹⁷¹ Es ist zunächst unklar, weshalb nicht auch Rechte, die ursprünglich dem Privatrecht zugeordnet sind, durch Rechtsänderung modifiziert werden können.¹⁷² Die Vorstellung von einem derartigen privatrechtlichen Relikt ist, dass es wie eine Dienstbarkeit am Grundstück hafte und daher auch Rechtsänderungen überstehe. Das Bundesgericht hat aber mittlerweile klargestellt, dass die Annahme solcher Überbleibsel mit dem Prinzip der Unveräusserbarkeit staatlicher Hoheit¹⁷³ kollidiert, weil es sich nach heutigem Verständnis eben um Güter handelt, die der öffentlichen Sphäre zugeordnet, und also ein Aspekt staatlicher Hoheit sind. Solche ehehaften Rechte müssen daher mittlerweile durch Konzessionen abgelöst werden, die nicht unbefristet vergeben werden dürfen.¹⁷⁴
- 64 Die Ablösung solcher Relikte erfolgt also in zwei Schritten. Erstens, indem die Kontrolle über diese Güter zu den Aspekten öffentlicher Gewalt gerechnet wird und die Auslagerung dieser Kontrolle

165. Instrukтив ist die Übersicht in BGE 145 II 140, E. 4 und 5. Vgl. auch Zimmermann, S. 30 f.

166. Vgl. Sutter/M. Müller, S. 475.

167. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 21.

168. BGE 145 II 140, E. 4.3.

169. Zur diesbezüglichen Unklarheit eingehend Riva (2007), S. 50 f.

170. Riva (2007), S. 50.

171. BGE 145 II 140, E. 6.1.

172. Vgl. BGE 145 II 140, E. 5.

173. Vgl. hierzu Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2722.

174. BGE 145 II 140, E. 6.3.

daher als Konzession behandelt wird. Zweitens, indem die Veräusserbarkeit solcher Gewalt zeitlich befristet wird.¹⁷⁵ Wiederum wendet das Bundesgericht eine **stark ökonomische Sichtweise** an, indem es sich über formaljuristische Unterschiede (handelt es sich um ein Personalservitut oder um eine Sondernutzungskonzession?) hinwegsetzt und als (ökonomische) Ratio im einen wie im anderen Fall die ökonomische Notwendigkeit eines angemessenen Investitionsschutzes identifiziert und sie daher als inhaltlich vergleichbar behandelt. Nur im Rahmen des Schutzes dieser Investitionen rechtfertigt sich denn nach der Ansicht des Bundesgerichtes auch eine besondere Beständigkeit dieser Rechte.¹⁷⁶ Diese zweistufige Ablösung – aus ehehaften Rechten werden Konzessionen und diese werden befristet – erfolgt grundsätzlich entschädigungslos.

- 65 Die enge Kategorie der **wohlerworbenen Rechte** kann allerdings **nicht die einzige Form von Ansprüchen gegenüber der öffentlichen Hand** sein, die in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fällt. Es erscheint daher sinnvoll, die relativ marginale Unterkategorie der rechtsänderungsbeständigen Rechte erst recht dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzuordnen, sie als wohlerworbene Rechte zu bezeichnen und damit terminologisch klar abzuheben und im Übrigen weiter nach der notwendigen «Dichte» zu suchen, die vermögenswerte Interessen gegenüber der öffentlichen Hand aufweisen müssen, um grundrechtlich geschützt zu sein.

d. Insbesondere: vermögenswerte Interessen gegenüber dem Staat

- 66 Die Frage, inwiefern **vermögenswerte Interessen gegenüber dem Staat** gegen Eingriffe durch den Staat geschützt werden sollen, muss analog zur Frage beantwortet werden, inwiefern vermögenswerte Interessen *an sich* geschützt werden sollen. Wo diese dem Schutzbereich zugeordnet sind (vgl. hierzu oben, N. 57), muss dies auch für vermögenswerte Rechte gegenüber der öffentlichen Hand gelten. Der Staat ist in unserem Leben omnipräsent und die vermögenswerten Ansprüche, die wir ihm gegenüber haben, sind zentral für die Autonomie-, Vorsorge- und Würdefunktion des Eigentums.¹⁷⁷ Die Praktikabilität des sehr weiten sachlichen Schutzbereichs, der so entsteht, kann sichergestellt werden, indem die Anforderungen an eine Einschränkung nicht überspannt werden. Ein Beispiel für diese Herangehensweise findet sich in BGE 140 I 176, in dem die Einführung einer kommunalen Steuer auf Zweitwohnungen zu einem gewissen faktischen Druck führte, diese touristisch zu bewirtschaften. Das Bundesgericht nahm ohne weiteres ein Betroffensein der Eigentumsgarantie an,¹⁷⁸ schützte aber das Vorgehen der Gemeinde als legitimen Eingriff zur Senkung der Nachfrage nach Zweitwohnungen und zur Steigerung der Auslastung bestehender Wohnungen.¹⁷⁹
- 67 Vermögenswerte Ansprüche gegenüber dem Staat fallen also, wenn sie einmal bestehen, an sich in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Umgekehrt vermittelt die Eigentumsgarantie **grundsätzlich keinen Anspruch auf positive staatliche Leistungen**,¹⁸⁰ dies etwa im Gegensatz zum Recht auf Nothilfe (Art. 12 BV).¹⁸¹ Hingegen vermittelt die Eigentumsgarantie wohl – wie alle Freiheitsrechte – eine mittelbare Schutzpflicht, d.h. eine Pflicht zu intervenieren, wo das Eigentum durch Private gefährdet wird.¹⁸² Die Rechtsprechung zur Intervention – etwa bei Hausbesetzungen – zeigt allerdings, dass eine solche Schutzpflicht nur subsidiär und sehr zurückhaltend angenommen wird.¹⁸³

175. BGE 145 II 140, E. 6.3-6.5.

176. BGE 145 II 140, E. 6.3.

177. Hierzu grundlegend: C. A. Reich.

178. BGE 140 I 176, E. 9.2 f.

179. BGE 140 I 176, E. 6.2.

180. BGE 119 Ia 28, E. 2.

181. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 18.

182. Dubey (2012), N. 87.

e. Faktische Interessen

- 68 Die letzte hier vertieft besprochene Unklarheit, die allerdings ebenfalls auf die Frage zurückgeht, ob das Vermögen an sich geschützt sei, betrifft **faktische Interessen**, beispielsweise, das Interesse daran, dass die Strasse, an der eine Tankstelle liegt, befahren werden darf.¹⁸⁴ Solche Interessen sind Teil des Vermögens, denn wo sie geschmälert werden, wird die betroffene Person faktisch ärmer. Faktische Interessen sind aber nicht durch einen konkreten Rechtstitel, durch eine konkrete Eigentumsbefugnis geschützt. Rechtlich geschützt werden sie allenfalls durch ihre Zurechnung zum Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Insofern hat die Debatte über den Schutz faktischer Interessen einen zirkulären Aspekt, denn ihre Zurechnung zur Eigentumsgarantie macht sie gerade zu mehr als bloss faktischen, nämlich zu grundrechtlich abgesicherten Interessen – und insofern auch zu Rechten. Umgekehrt kann ein Interesse nicht Teil des Schutzbereichs eines Grundrechtes sein, solange es bloss faktisch und nicht auch rechtlich geschützt ist. Lange Zeit bestand in dieser Frage ein Konflikt zwischen der Rechtsprechung und einem Grossteil der Lehre. In der Lehre wurde argumentiert, es komme nicht so sehr darauf an, ob ein Interesse rechtlich geschützt sei oder bloss faktisch bestehe; wichtiger sei die Frage, wie wesentlich die «Freiheitsposition» für die Betroffenen sei, in die eingegriffen werde.¹⁸⁵ Das Bundesgericht hat schliesslich eingeräumt, dass faktische Interessen unter gewissen Umständen ebenfalls in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen.¹⁸⁶ Wiederum hat es in diesem Fall eine juristische Grenzziehung hintan gestellt zugunsten einer ökonomischen Betrachtungsweise. Es fragt also danach, ob Eigentümer:innen «im Ergebnis» gleich betroffen seien, wie bei einer Einschränkung ihrer rechtlichen Befugnisse. Wo dies der Fall ist, zählt auch das ansonsten bloss faktische Interesse zum grundrechtlich geschützten Eigentum. Das gilt gemäss dem Bundesgericht allerdings nur für «gewisse» faktische Interessen, jene nämlich, deren Einschränkung sich auswirkt wie ein Entzug rechtlicher Befugnisse. Das Bundesgericht übernimmt damit die Forderung der Lehre: Ausschlaggebend sei, wie praktisch wichtig eine Freiheitsposition sei.¹⁸⁷ Das Problem dabei bleibt eine Vermischung von Berührtsein des Schutzbereiches und Eingriffsvoraussetzungen. Die Schwere der Betroffenheit sollte an sich in der Prüfung gemäss Art. 36 BV beurteilt werden, nicht in der Frage, ob der Schutzbereich des Grundrechts betroffen sei.¹⁸⁸
- 69 Der grundrechtliche Schutz faktischer Interessen wirkt sich in erster Linie dahingehend aus, dass **verfahrensrechtlich** die Berufung auf die Eigentumsgarantie in Fällen möglich ist, in denen das zuvor nicht möglich gewesen wäre.¹⁸⁹ In dem Leitentscheid, der zur Anerkennung von faktischen Interessen als Teilgehalt des Schutzbereichs führte, verbessert das die verfahrensrechtliche Stellung der Rechtssuchenden, nicht den Schutz ihrer materiellen Interessen. Dasselbe gilt auch für einen Nachfolgeentscheid, in dem das Bundesgericht wiederum eine Vermischung der Frage von Eingriff und Intensität des Eingriffs vornimmt und das Grundrecht für nicht betroffen hält, weil es dafür an der notwendigen Intensität fehle.¹⁹⁰ Dafür, dass faktische Interessen auch materiellrechtlich besser vor Eingriffen durch den Staat geschützt sind, fehlen momentan noch die Beispiele aus der Rechtsprechung.

183. Vgl. BGE 119 Ia 28, E. 2, wo das Bestehen einer solchen Schutzpflicht offengelassen wird, für den vorliegenden Fall, wo eine Räumung verlangt wurde, ohne dass für das Gebäude bereits bewilligte Bauarbeiten hätten vorgenommen werden können, aber verneint wurde.

184. Vgl. den Sachverhalt und die Hinweise in BGE 126 I 213, E. 1aa).

185. G. Müller (1996), S. 223.

186. BGE 126 I 213.

187. Vgl. ausserdem das Argument, auch der Besitz sei kein subjektives Recht, sondern lediglich faktische Gewalt (und damit faktisches Interesse): Fisch, S. 58.

188. A.M. wohl SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 17.

189. Vgl. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 15.

190. BGE 131 I 12, E. 1.3.

f. Zur Terminologie

- 70 Die hier vertretene weite Fassung des Schutzbereichs trägt auch dazu bei, die Terminologie stark vereinfachen zu können, die in der Literatur zur Umreissung des Schutzbereichs verwendet wird: Es genügt, von der **Summe der Güter** einer Person zu sprechen, um den sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie zu umschreiben. Es erübrigt sich insbesondere, zu unterscheiden zwischen Verfügungs- und Nutzungsrechten einerseits oder zwischen Rechten und Rechtspositionen andererseits und schliesslich zwischen rechtlichen und (bloss) faktischen Interessen, die in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen. Auch der Begriff der subjektiven Rechte verliert (für den Kontext des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie) seine Wichtigkeit, denn die Qualität von Gütern kann nur etwas aufweisen, was mit subjektiven Rechten gegenüber Dritten geschützt ist; da diese Rechte selber einen wirtschaftlichen Wert aufweisen, also selber Güter sind, fallen sie auch in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie.

g. Daten

- 71 Fallen Daten in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie? Daten sind ein anschauliches Beispiel für die Limitierungen einer Eigentumsgarantie, die eng am Sacheigentum verhaftet bleibt. So ökonomisch wichtig Daten sind, so schlecht lassen sich überzeugende Analogien zum Sachenrecht bilden. Sie sind **körperlos** und **nicht rival** (die Nutzung durch A schmälert nicht die Nutzungsmöglichkeiten durch B).¹⁹¹ Beide Eigenschaften führen dazu, dass es relativ schwierig ist, jemanden aus der Mitbenutzung von Daten auszuschliessen. Sie führen auch dazu, dass Daten viel schwieriger einer Person als wirtschaftlich daran Berechtigte zuzuordnen sind, als andere Güter. Mehrere Personen können überlappende Nutzungsrechte an ihnen haben. Schliesslich sind Daten immer weniger an einen spezifischen Datenträger gebunden. Der sachenrechtliche Schutz des Datenträgers als Surrogat der eigentlich zu schützenden Daten ist daher immer weniger praktikabel. Der Vorschlag, Daten möglichst analog zu Sachen zu schützen¹⁹² ist in der Literatur denn auch überwiegend kritisch aufgenommen worden.¹⁹³ Auch der Vorschlag, für Daten ein Ausschlussrecht gegenüber allen anderen Rechtsteilnehmenden (*erga omnes*) und damit ein dem Immaterialgüterrecht vergleichbares Herrschaftsrecht über Daten, eine Art Dateneigentum *sui generis*, zu schaffen,¹⁹⁴ konnte sich nicht durchsetzen. Entsprechend skeptisch bleibt das Schrifttum auch gegenüber dem Ansatz, Daten dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzuordnen.¹⁹⁵ Eine parlamentarische Initiative wollte in Art. 13 BV (Schutz der Privatsphäre) festhalten: «[...] Daten sind Eigentum der betreffenden Person; diese ist davor zu schützen, dass die Daten missbräuchlich verwendet werden». Die Initiative wurde von den zuständigen Kommissionen überwiesen, vom Nationalrat hingegen abgeschrieben.¹⁹⁶ Das totalrevidierte Datenschutzgesetz, das zum 1.9.2023 in Kraft trat,¹⁹⁷ stärkt zwar in mancher Hinsicht das Recht der Personen, auf die sich die Daten beziehen. Es sieht aber ausdrücklich von der Einführung eines Eigentums an Daten ab, u.a., weil eine solche Regelung zu weit von der Regelung in der EU und ihren Mitgliedstaaten abweichen würde,¹⁹⁸ deren datenschutzrechtlicher Rechtsrahmen einen grossen Einfluss auf das Schweizer Recht ausübt.

191. Thouvenin, S. 24 f.; Hürlimann/Zech, N. 6.

192. Eckert, S. 249.

193. A. Schmid/J. K. Schmidt/Zech, S. 631; Hürlimann/Zech, N. 8. Vgl. auch Thouvenin, S. 29.

194. Flückiger, insbes. S. 864.

195. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 13.

196. Parlamentarische Initiative Fathi Derder, «Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern», 14.434.

197. SR 235.1, vom 25.9.2020.

198. Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 6988.

- 72 Am Beispiel von Daten zeigt sich der Sinn davon, das Vermögen dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzurechnen (siehe oben, N. 52 ff.). So wird es möglich, zwar nicht die Daten selbst, wohl aber **vermögenswerte Rechte an Daten** dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzuschlagen. Wo sich diese Verwertungsrechte aus Vertrag ergeben, unterfallen sie wie andere vertragliche Ansprüche ohnehin der Eigentumsgarantie. Es wird auch möglich, dass verschiedene Personen unterschiedliche (aber sich gegenseitig nicht ausschliessende) Rechte in Bezug auf dieselben Daten haben, die alle jeweils der Eigentumsgarantie unterstehen. Daten sind denn auch ein instruktives Beispiel dafür, wie sehr wirtschaftliche Güter ein Produkt der Rechtsordnung sind. Die Güter, die ökonomische Relevanz aufweisen, sind nicht die Daten, sondern die *Rechte*, Daten in der einen oder anderen Form zu nutzen. Daten werden gerne als das «Erdöl des 21. Jahrhunderts» bezeichnet. Aber im Unterschied zu Erdöl sind Daten keine okkupierbare Sache, die Energie stiftet, unabhängig vom Rechtsrahmen, in dem sie verbraucht werden, sondern die Verwertungsrechte an Daten sind ein Produkt einer bestimmten Rechtsordnung.¹⁹⁹ Solche, erst durch eine Rechtsordnung überhaupt entstehungsfähige, Vermögensbestandteile werden in einer postindustriellen, sich immer stärker digitalisierenden Gesellschaft in der Tendenz wichtiger. Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie muss dieser Entwicklung Rechnung tragen.

4. Tiere

- 73 Tiere gelten zwar nicht mehr als Sachen (Art. 641a ZGB), in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen sie aber dennoch. Oder genauer: **die vermögenswerten Rechte in Bezug auf Tiere** fallen in den sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie. Wo es sich um Haustiere handelt, zu denen auch eine affektive Beziehung besteht, dürfte gegen deren Entziehung und Fremdplatzierung das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) einen griffigeren Schutz bieten, als die Eigentumsgarantie.²⁰⁰

IV. EINGRIFFE IN DIE EIGENTUMSGARANTIE (ART. 26 ABS. 2 BV)

- 74 Die **grundlegendste Unterscheidung** bei Eingriffen in das verfassungsmässig geschützte Eigentum ist diejenige **zwischen formellen und materiellen Eingriffen**. Bei formellen Enteignung werden Eigentumstitel oder beschränkte dingliche Rechte übertragen (beispielsweise wird ein Grundstück entzogen oder darauf erzwungenermassen eine Dienstbarkeit eingerichtet). Bei materiellen Beschränkungen des Eigentums findet hingegen *keine formelle* Transaktion statt, sondern das Bündel an Befugnissen, das mit dem Eigentum verbunden ist, wird geschmälert (zum Beispiel, indem die Bebaubarkeit eines Grundstückes eingeschränkt wird). Formelle Eingriffe in das Eigentum stellen stets eine Enteignung dar und müssen daher grundsätzlich immer voll entschädigt werden. Bei materiellen Eingriffen hingegen ist das nur unter den besonderen qualifizierenden Voraussetzungen der Fall, in denen ein solcher Eingriff einer Enteignung gleichkommt.²⁰¹ Der Begriff des «enteignungsähnlichen Eingriffes» in das Eigentum und der Begriff der «materiellen Enteignung» können daher synonym zueinander verwendet werden. Bleibt ein Eingriff unterhalb der Schwelle «enteignungsähnlich», ist er zwar ein materieller Eingriff, aber noch keine materielle Enteignung.

A. Verhältnis von formeller und materieller Enteignung

- 75 Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums würde davon profitieren, wenn die **Wichtigkeit der Unterscheidung** zwischen materiellen und formellen Eingriffen in das Eigentum stark **relativiert**

199. Kapczynski, S. 1515.

200. Vgl. BGE 134 I 293, E. 5.3; OK-Heri, Art. 10 BV N. 74.

201. Statt vieler Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2327-2330.

würde und anerkannt würde, dass materielle und formelle Eingriffe in das Eigentum ökonomisch betrachtet viel vergleichbarer wirken, als das juristisch erscheinen mag. Voraussetzung dazu ist die Beobachtung, dass in dem einen wie in dem anderen Fall die öffentliche Hand sich Produktionsfaktoren aneignet, die sie zur Erreichung ihrer Ziele benötigt.

- 76 Das Bundesgericht nahm dieser Unterscheidung einen Teil ihrer Schärfe, indem es in schöpferischer Rechtsprechung den Begriff der **enteignungsähnlichen Eingriffe in das Eigentum** (oder auch **materielle Enteignung**) entwickelte. Dies gilt als eine der bedeutsamsten Leistungen der Rechtsprechung im Bereich der Eigentumsgarantie. Diese Innovation wurde vom Verfassungsgeber bei der erstmaligen Festschreibung der Eigentumsgarantie in die Bundesverfassung übernommen.²⁰² Sie findet sich heute in Art. 26 Abs. 2 BV, wonach «(...) Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen, (...) voll entschädigt [werden]».

1. Transaktion von Rechten

- 77 Die Unterteilung in formelle und materielle Enteignung bleibt trotz all der möglichen Kritik daran **praktisch wichtig**. Dies **aufgrund der Wertgarantie**, die im Falle der formellen Enteignung grundsätzlich greift, im Falle der materiellen Eingriffe in das Eigentum hingegen nur ausnahmsweise. Diese Sonderstellung der formellen Enteignung ist nicht ohne Kritik geblieben.²⁰³ Die Sonderstellung ist u.a. auf die stark verbreitete, implizite Vorstellung zurückzuführen, im Falle einer formellen Enteignung komme es zu einer Transaktion von Rechten zwischen einem Privaten und dem Staat, während dies bei materiellen Eingriffen in das Eigentum nicht der Fall sei.²⁰⁴ Karlen etwa spricht bei materiellen Eingriffen in das Eigentum ausdrücklich von Eigentumsbeschränkungen ohne Rechtsentzug.²⁰⁵ Nach der hier vertretenen Auffassung ist das aber eine irreführende Vorstellung. Veranschaulicht werden kann diese Kritik mit einer Konzeption von Eigentum, die dieses als ein Bündel von subjektiven Rechten auffasst, den Wert des Eigentums in der Summe dieser Handlungsrechte erblickt und diese Handlungsrechte als Produktionsfaktoren auffasst. Produktionsfaktoren sind Handlungsrechte in dem Sinne, dass sie eine notwendige Voraussetzung für ein Spektrum von wirtschaftlich interessanten Betätigungsmöglichkeiten sind.²⁰⁶ Nach dieser Konzeption von Eigentum findet auch bei einem materiellen Eingriff in das Eigentum eine Transaktion statt. Dem Rechtebündel des Privaten wird ein Teilaspekt entzogen und dem Rechtebündel der öffentlichen Hand ein Teilaspekt hinzugefügt.
- 78 Der Unterschied zwischen einem formellen und einem materiellen Eingriff besteht also nicht darin, dass im einen Fall eine Transaktion stattfindet und im anderen nicht, sondern darin, dass die Transaktion im Falle des materiellen Eingriffs komplexer ist. In diesem Fall wird nicht einfach ein Teilrecht von A nach B transferiert, sondern **B erwirbt die Möglichkeit, zu verhindern, was A zuvor durfte**. Das Teilrecht verwandelt sich also bei der Transaktion in sein Korrelat. Wo beispielsweise zuvor ein Recht bestand, eine gewisse Emission zu verursachen, besteht nach der Transaktion die Kompetenz des Staates, diese zu verhindern, etc. Die subjektiven Rechte und deren Aspekt als Produktionsfaktoren²⁰⁷ haben sich aber nicht einfach in Luft aufgelöst. Was zuvor eine Voraussetzung für eine bestimmte Art privater wirtschaftlicher Tätigkeit war (zum Beispiel ein Recht,

202. Saladin, S. 174.

203. G. Müller (1981), S. 13. Vgl. aber auch Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1828, wo eine solche Abgrenzung eingehend vorgenommen wird.

204. Vgl. etwa die Tabelle bei Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1829. Vgl. auch die Formulierung, wonach im Falle einer formellen Enteignung ein Recht «über gehe», ausnahmsweise hingegen «untergehen» könne, wobei dann aber ein neues, dem Enteigner zustehendes Recht entstehen könne; wiedergegeben bei OFK-Biaggini (2017), Art. 26 BV N. 24.

205. Karlen (2018), S. 378.

206. Coase, S. 44.

207. Für eine Definition des Konzepts von Produktionsfaktoren im hier verstandenen Sinne, vgl. oben, Fn. 23.

eine Emission zu verursachen), ist nun eine Kompetenz der öffentlichen Hand, Tätigkeiten jener Art zu unterbinden und so ein öffentliches Interesse zu verfolgen (zum Beispiel den Schutz der Umwelt). Auch zur Herstellung dieses (öffentlichen) Gutes werden Produktionsfaktoren benötigt. Die von der öffentlichen Hand durch den Eingriff in das Eigentum neu erworbenen Rechte bilden diese Produktionsfaktoren. Ohne den Transfer dieser Handlungsrechte würden der öffentlichen Hand diese Voraussetzung zur Befriedigung eines öffentlichen Gutes fehlen.

2. Besonderer Fall der Staatshaftung?

- 79 Vereinzelt wird im Schrifttum dafür plädiert, die materielle Enteignung eher als einen **besonderen Fall der Staatshaftung** aufzufassen, denn als einen besonderen Fall der Enteignung.²⁰⁸ Dies in erster Linie, weil bei der formellen Enteignung die Entschädigung konstitutives Element ist, also eine Voraussetzung dafür, dass diese rechtmässig ist; die Rechtmässigkeit der materiellen Enteignung beurteilt sich hingegen unabhängig von der Entschädigung, die Entschädigung ist ihre Folge, nicht ihre Voraussetzung.²⁰⁹ Allerdings kann auch diese Haltung nicht ignorieren, dass die Tatbestandsvoraussetzungen für eine materielle Enteignung sich viel stärker an der formellen Enteignung orientieren, als an der Staatshaftung.²¹⁰ Sie ist vom Bundesgericht klarerweise als der formellen Enteignung nachgebildet worden und nicht der Staatshaftung. Aus den vorangegangenen Überlegungen ergibt sich ausserdem, dass der Anlass für die materielle Enteignung (wie bei der formellen Enteignung) die Beschaffung von Gütern durch die öffentliche Hand ist, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt, und nicht der Ausgleich von einem Schaden (wie bei der Staatshaftung).²¹¹

3. Die Rolle der gesetzlichen Grundlage und der demokratischen Legitimation

- 80 Zur Unterscheidung der materiellen und der formellen Eingriffe in das Eigentum spielen auch Enteignungsgesetze eine wichtige Rolle. Auf Bundesebene legt Art. 5 EntG die Art der Güter fest, die Gegenstand des Enteignungsrechtes sein können. Für das Beispiel der Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte etwa (nachfolgend, N. 87 ff.) ist entscheidend, dass das Gut der Abwehrrechte explizit in Art. 5 EntG erwähnt wird. Die Grenze zwischen einer formellen und einer materiellen Eigentumsbeschränkung kann also auch durch eine **explizite Erwähnung** bestimmter Eigentumsaspekte (im Gegensatz zu anderen) **im Gesetz** gezogen werden. Das Bundesgericht sagt hierzu:

«Ob ein Eingriff in Eigentum als formelle oder als materielle Enteignung zu betrachten und zu behandeln sei, beurteilt sich somit in erster Linie danach, ob das Enteignungsgesetz zur Anwendung komme und die für ein im öffentlichen Interesse liegendes Werk beanspruchten Rechte im formellen Enteignungsverfahren erworben werden müssen (...).»²¹²

208. Karlen (2018), S. 419.

209. Karlen (2018), S. 419.

210. Karlen (2018), S. 420.

211. Auch wenn der Analyse, dass es sich bei der materiellen Enteignung um eine besondere Form der Staatshaftung handle also nicht gefolgt werden sollte, so ist doch das Verdienst dieser Perspektive, dass sie eine wichtige Parallele offen legt zwischen dem Enteignungs- und dem Haftpflichtrecht – das fehlende Veto jener Person, die ein Recht bisher innehatte, gegen dessen Transaktion. Es handelt sich um eine «liability rule», statt, wie üblich bei Eigentum um eine «property rule», die Transaktionen nur mit der Einwilligung der bisherigen Rechteinhaberin möglich macht. «Liability rules» werden in Konstellationen eingesetzt, in denen Transaktionen auf Grund beidseitiger Einwilligung regelmässig an zu hohen Kosten scheitern würden. Im Haftpflichtrecht ist dies deshalb der Fall, weil sich die schädigende und die geschädigte Person in der Regel nicht kennen und nicht wissen, ob und wann ein Schaden eintritt und daher nicht verhandeln können. Im Enteignungsrecht ist das der Fall, weil die zu enteignende Person über eine Veto-Position verfügt (oft kann nur sie das notwendige Gut veräussern) und daher den Preis fast beliebig treiben könnte. Grundlegend zu dieser Parallele: Calabresi/Melamed.

- 81 Durch diese Grenzziehung erhält die Unterscheidung von formeller und materieller Enteignung eine Komponente der **demokratischen Legitimierung**. Aus dem Grad der demokratischen Legitimierung ergibt sich die folgende Kaskadenordnung:

- Wo ein Gesetz das Eigentum neu umreisst, wird gar nicht von einem Eingriff in dieses ausgegangen.
- Wo ein Gesetz oder ein Plan eine Grundlage schafft für einen konkreten Eingriff in das Eigentum, wird von einer materiellen Eigentumsbeschränkung ausgegangen.
- Wo nur ein Enteignungsgesetz als Grundlage für den Eingriff dient, fällt auch nur die formelle Enteignung entsprechender werthaltiger Rechte in Betracht.

Je weniger konkret oder direkt die demokratische Legitimation für eine Eigentumsbeschränkung ist, desto höher also grundsätzlich der Schutz der Eigentümer:innen, in dem Sinne, dass von einer formellen Enteignung ausgegangen wird und damit die Wertgarantie und die weiteren Schutzmechanismen des Enteignungsverfahrens greifen.

- 82 Die starke Orientierung der formellen Enteignung an den Kategorien des Enteignungsgesetzes hat auch zur Folge, dass verschiedene Sachverhalte, in denen Eigentum vom Staat entzogen wird, nicht als formelle Enteignungen gelten. Das gilt etwa für die **Requirierung** (Art. 80 Abs. 3 Militärgesetz, MG²¹³ und Art. 58 Bevölkerungs- und Zivilschutzgesetz, BZG²¹⁴), die **Einziehung**²¹⁵ und die **Landumlegung**. Sie können zwar Entschädigungsansprüche auslösen, werden aber wenn, dann nur als materielle Eingriffe in das Eigentum behandelt.²¹⁶ Die Leistung einer Entschädigung ist in diesen Fällen eine Folge, nicht eine Voraussetzung für einen Eigentumseingriff.

B. Formelle Enteignung

- 83 Eine formelle Enteignung ist **eine qualifizierte Beschränkung des Eigentums**. Qualifizierend wirkt aber nicht in erster Linie die Intensität des Eingriffes, sondern formelle Elemente, die zu zusätzlichen konstitutiven Bedingungen für den Eingriff führen. In der Lehre werden die folgenden Elemente genannt:

- Entziehung eines vermögenswerten Rechts;
- durch einseitigen hoheitlichen Akt;
- in einem besonderen Verfahren;
- zur Erfüllung einer konkreten öffentlichen Aufgabe.

Daraus ergibt sich die zusätzliche und für die formelle Enteignung konstitutive Bedingung der vollen Entschädigung.²¹⁷ Nach dem oben (N. 77 f.) dargelegten Rechte-Bündel-Ansatz ist der Unterschied zwischen einer formellen und einer materiellen Eigentumsbeschränkung allerdings nicht die Übertragung eines vermögenswerten Rechtes von Privaten auf die öffentliche Hand. Der Unterschied liegt auch nicht in der Zwecksetzung der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Beides ist auch im Kontext einer materiellen Eigentumsbeschränkung der Fall. Allenfalls ist die zu erfüllende öffentliche Aufgabe im Fall des formellen Eingriffes konkreter (es geht um die Errichtung genau dieses Abschnittes einer Strasse etc.), was aber nur eine graduelle Abstufung darstellt. Der Unterschied liegt also in erster Linie darin, dass bei der formellen Enteignung ein **besonderes Verfahren** zur

212. BGE 116 Ib 11, E. 2a.

213. SR 510.10, vom 3.2.1995.

214. SR 520.1, vom 20.12.2019.

215. Siehe etwa BGE 140 IV 133, E. 3.3 f.; BGE 137 IV 249, E. 4.5.

216. BSK-Waldmann, Art. 26 BV N. 87.

217. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 24.

Anwendung kommt, in dem Güter erworben werden müssen, und dass sich dieses Verfahren auf ein Enteignungsgesetz oder eine andere spezifische **Enteignungsnorm** stützen kann.

- 84 Mit der formellen Enteignung können **nicht nur** das Sacheigentum und andere (beschränkte) **dingliche Rechte** entzogen werden, sondern auch bloss aus dem Sacheigentum fliessende Rechtspositionen, obligatorische Rechte und wohlerworbene Rechte des öffentlichen Rechts.²¹⁸ Es gibt also gewisse materielle Interessen, die soweit formalisiert sind, dass sie als Bestandteile des verfassungsrechtlich geschützten Eigentums gelten und in einem besonderen Verfahren gegen volle Entschädigung entzogen werden müssen, während andere bis zur Intensitätsgrenze der enteignungsgleichen Eigentumsbeschränkung (dazu nachfolgend N. 104 ff.) entschädigungslos abgetragen werden können, solange die Voraussetzungen von Art. 36 BV eingehalten sind. Der graduelle Unterschied zwischen Interessen, die als so verfestigt gesehen werden, dass sie nur durch formelle Enteignung entzogen werden können und jenen, deren Entzug nur als materieller Eingriff gilt, zeigt, dass es keinen qualitativen, sondern lediglich einen graduellen Unterschied zwischen formellen und materiellen Eingriffen in das Eigentum gibt.
- 85 Soweit es nicht um Rechte, sondern um Sachen geht, dient die formelle Enteignung in erster Linie der Beschaffung von Land. Entsprechend kennt das Bundesrecht – im Gegensatz zu einzelnen Kantonen – **keine Enteignung von beweglichen Sachen**.²¹⁹
- 86 Bei einer formellen Enteignung ist die volle **Entschädigung** eine **konstitutive Voraussetzung** für die Enteignung.²²⁰ Bei einer materiellen Enteignung ist sie hingegen die Folge eines Eingriffes.

1. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung I: nachbarrechtlicher Abwehrrechte

- 87 Bei der Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte wird den Nachbarn eines öffentlichen Werkes, das übermässige Emissionen²²¹ verursacht (zum Beispiel ein Flughafen oder eine Strasse), die **Möglichkeit entzogen, privatrechtlich auf Unterlassung der Störung zu klagen** (Art. 679 und 684 ZGB). Sie gilt als eine Variante der formellen Enteignung. Sie kommt vor allem zur Anwendung für Verkehrslärm, der von öffentlichen Werken ausgeht,²²² kann aber grundsätzlich auf sämtliche Einwirkungen angewendet werden, auch auf ideelle.²²³ Als Nachbar:innen gelten dabei alle, die von einer Immission betroffen sind, auch wenn zwischen den betroffenen Grundstücken und dem öffentlichen Werk mehrere Kilometer liegen. Es genügt, dass die Immission eine Konsequenz der Nutzung des öffentlichen Werkes ist.²²⁴ Eine Veränderung des technologischen Rahmens und damit des Kreises der von Immissionen Betroffenen bedeutet daher auch eine Veränderung des Kreises von «Nachbar:innen» und die Aktualisierung von Abwehrrechten, die zuvor nicht bestanden, weil es keine Interferenzen zwischen den beiden in Frage stehenden Grundstücken gab.
- 88 Wie für die formelle Enteignung typisch, tritt an die Stelle eines vormals bestehenden Abwehrrechts gegen den Staat ein Entschädigungsrecht. An die Stelle der Bestandesgarantie tritt die Wertgarantie. Der Entzug nachbarrechtlicher Abwehrrechte wird allerdings nur dann entschädigt, wenn zusätzliche,

218. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 25.

219. Karlen (2018), S. 381. Nach Bundesrecht können bewegliche Sachen zwar requiriert werden, was aber, wie oben dargelegt (N. 82), nicht eine Enteignung darstellt.

220. Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1829.

221. Im Folgenden wird von Emissionen gesprochen, wenn es um die Situation an der Quelle einer Externalität geht, und von Immission, wenn es um die Wirkung bei den von der Externalität Betroffenen geht.

222. Karlen (2018), S. 382. Karlen betont die zahlreichen praktischen Fragen, die diese Konstellation aufwerfe. Die Rechtsprechung dazu sei kaum noch zu überblicken.

223. BGE 145 I 250, E. 5.2 (i.c. ging es um geltend gemachte ideelle Emissionen einer Asylunterkunft).

224. BGE 121 II 317, E. 4, m.H.

hohe und dehnbare Anforderungen erfüllt sind. Diese Kriterien sind die **mangelnde Vorhersehbarkeit** der übermässigen Einwirkung, **ihre Spezialität** und **die Schwere** des durch sie verursachten **Schadens** (zu diesen Kriterien sogleich).

- 89 Bei Immissionen, die durch **Bauarbeiten** an öffentlichen Werken entstehen, werden die im Zivilrecht geltenden Entschädigungsvoraussetzungen analog angewandt. Bei Bauarbeiten gilt auch nach Zivilrecht lediglich ein Entschädigungs- und nicht ein Unterlassungsanspruch (vgl. Art. 679a ZGB). Das bedeutet, die Kriterien der Spezialität und der Schwere des Schadens gelangen in diesem Fall nicht zur Anwendung.²²⁵

a. Vorhersehbarkeit, Spezialität und Schwere

- 90 Wo jemand ein Grundstück zu einem Zeitpunkt erworben hatte, zu dem bereits **vorhersehbar** war, dass es in der Zukunft zu Emissionen eines öffentlichen Werkes kommen würden, die den Wert des Grundstückes beeinträchtigen würde, nimmt das Bundesgericht keinen entschädigungspflichtigen Eingriff in das Eigentum an.²²⁶ Für die Nachbarn der nationalen Flughäfen ist das Kriterium der Unvorhersehbarkeit nur erfüllt, wenn sie ihr Grundstück vor 1961 erworben haben (oder das Grundstück seither nur durch Erbgang auf sie übergegangen ist).²²⁷
- 91 Die Voraussetzung der **Spezialität** der Einwirkung ist gegeben, wenn die Immissionen eine Intensität erreichen, die das Mass des Üblichen und Zumutbaren übersteigt. Anhaltspunkte für diese Spezialität bilden regelmässig «die Immissionsgrenzwerte der eidgenössischen Umweltschutzgesetzgebung».²²⁸
- 92 Das Kriterium der **Schwere des Schadens** fragt danach, welche Beeinträchtigung durch die Spezialität der Emission auf dem fraglichen Grundstück effektiv und kausal entstehe. Es ist erst dann erfüllt, wenn der Schaden eine gewisse Höhe des Gesamtwertes des Grundstückes betrifft.²²⁹ Wo ein Grundstück beispielsweise ohnehin nur gewerblich oder landwirtschaftlich genutzt werden kann, bewirkt auch eine spezielle Einwirkung unter Umständen keinen grösseren Schaden. Eine fixe Prozentgrenze des Schadens im Verhältnis zum Gesamtwert festzulegen, hat das Bundesgericht als unpraktikabel verworfen.²³⁰
- 93 Ab wann diese drei Kriterien als erfüllt gelten (und Eingriffe damit als voll zu entschädigende Enteignung zu betrachten sind), muss notwendigerweise durch eine **mehr oder weniger arbiträre Grenzziehung** bestimmt werden. Von diesem Punkt an abwärts (eine festgelegte Höhe des Überfluges, eine Dezibel-Grenze etc.), wechselt die Beschränkung des Eigentums von «formell» zu «materiell» und von «voll zu entschädigen» zu «entschädigungslos hinzunehmen». Enteignende Behörden haben gelegentlich auf die «Nähe und Verwandtschaft» zwischen materiellen Eingriffen in das Eigentum und der formellen Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte hingewiesen, um die

225. BGE 145 II 282, E. 4.3.

226. BGE 121 II 317, E. 5a; BGE 110 Ib 43, E. 4 mit zahlreichen weiteren Hinweisen.

227. BGE 121 II 317, E. 6. Die Festlegung dieses Zeitpunktes erfolgte nach einer recht rudimentären Überlegung und dem Bundesgericht war dabei bewusst, dass es bei dessen Festlegung an der Stelle des Gesetzgebers entschied. Die Überlegung war, dass die kommerzielle Luftfahrt ihren Anfang ernsthaft erst nach dem 2. Weltkrieg nahm und dass 1945 noch niemandem, auch den Behörden nicht, bewusst war, dass von der kommerziellen Luftfahrt massive Lärmemissionen ausgehen würden. Das Bundesgericht ging daher von einer Frist von 15 Jahren aus, in der es allen, auch Menschen, die bisher nicht in der Nähe eines Flughafens gelebt hatten, klar geworden sein musste, dass von Flughäfen viel Lärm ausgeht.

228. BGE 145 I 250, E. 5.2.

229. BGE 145 I 250, E. 5.2.

230. Ohnehin sind Prozentwerte insofern wenig sinnvoll, als es um die Entschädigung einer Wertdifferenz geht, die an sich in einem absoluten Betrag sollte ausgedrückt werden können, unabhängig davon, wie hoch der Wert des Grundstückes geschätzt wird. Wird dieser höher geschätzt, wird auch der Wert des Grundstückes nach Eintritt der Störung höher geschätzt, die Differenz sollte insofern unabhängig vom geschätzten Wert des Grundstückes ausgedrückt werden können; vgl. BGE 134 II 49, E. 11 m.H.

Schwelle für die Schwere des Schadens relativ hoch ansetzen zu können.²³¹ Das Bundesgericht hat demgegenüber am Unterschied dieser Konstellationen festgehalten und damit auch am Prinzip der vollen Entschädigung bei der Enteignung von Abwehrrechten. Gleichzeitig hat es aber auch am Kriterium festgehalten, dass diese erst ab einer gewissen Schwere des Schadens massgeblich seien.²³² Damit hat es zwar die Schwelle für eine Entschädigung tiefer gesetzt als bei einer materiellen Enteignung, die Nähe und Verwandtschaft zur enteignungsgleichen Eigentumsbeschränkung aber dennoch konsolidiert.

- 94 Erklärbar erscheint diese auf den ersten Blick seltsame Zwischenlösung aus einer ökonomischen Perspektive. Bei der Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte geht es um den Ersatz eines Unterlassungsanspruchs durch einen Entschädigungsanspruch und damit um die Überwindung einer Veto-Position gegen die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und deren Ersatz durch einen Entschädigungsanspruch. Anders ausgedrückt: Es geht um eine markante **Reduktion der Transaktionskosten** für die Transaktion von Produktionsfaktoren von Privaten auf die öffentliche Hand, und damit um eine Reduktion der Kosten für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben.²³³

b. Zwangsweise errichtete Dienstbarkeit?

- 95 Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, es handle sich bei der Enteignung von Nachbarrechten um die **zwangsweise Errichtung einer Dienstbarkeit**, also um einen formellen Entzug eines dinglichen Rechts. Diese Dienstbarkeit tritt in zwei Formen auf:
- 96 Die erste Form betrifft die besonderen Fälle, in denen Flugzeuge so tief und so direkt über ein Grundstück fliegen, dass von einem physischen Eindringen in das Grundstück selber (in die zum Grundstück gehörende Luftsäule) ausgegangen wird. Das ist etwa dann der Fall, wenn Überflüge nicht nur Lärm verursachen, sondern auch weitere Immissionen, wie Luftverwirbelungen, die Dachziegel wegweissen, herabfallende Eisbrocken, Kerosingeruch oder Vibrationen. In solchen Fällen geht die Dienstbarkeit auf das Tolerieren des physischen Eindringens in das Grundstück.²³⁴ Entsprechend sind in dieser Konstellation auch die Kriterien der Vorhersehbarkeit, Spezialität und Schwere nicht erforderlich.²³⁵
- 97 In der zweiten Form ist der Überflug weniger tief oder direkt, sodass Lärm die ins Gewicht fallende Immission ist. In solchen Konstellationen geht die Dienstbarkeit auf einen Verzicht auf die nachbarrechtlichen Abwehrrechte.²³⁶ Für diese zweite Form einer zwangsweise errichteten Dienstbarkeit vertritt ein Teil der Lehre die Meinung, es handle sich um eine **problematische Fiktion**.²³⁷ Gegenüber dem hoheitlich handelnden Gemeinwesen könnten keine zivilrechtlichen Abwehransprüche geltend gemacht werden²³⁸ (anders verhält es sich bei einem Werk, das im Finanzvermögen der öffentlichen Hand liegt).²³⁹ An sich handle es sich um eine materielle Enteignung. Dafür spreche, dass nicht der volle Wert des enteigneten Rechts entschädigt werde,

231. BGE 134 II 152, E. 5.2.

232. BGer 1E.7/2007 vom 14.4.2008, E. 8 (der Entscheid ist ohne die hier interessierende Erwägung publiziert als BGE 134 II 152); vgl. auch bereits eingehend BGE 116 Ib 11.

233. Für die diesbezüglichen Parallelen zum Haftpflichtrecht, vgl. Fn. 211.

234. BGE 131 II 317, E. 3.1 m.H.; vgl. auch BGE 142 II 128, E. 2.2.

235. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 55.

236. BGE 142 II 128, E. 2.2.

237. Karlen (2018), S. 382 sagt, die Enteignung von Nachbarrechten lasse sich «gedanklich mit der Begründung einer Zwangsdienstbarkeit (...) vergleichen»; es werde aber gerade keine solche begründet. Nach BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 86 f. ist die Grenzziehung zwischen formeller und materieller Enteignung bei den nachbarschaftlichen Abwehrrechten stark geprägt durch das Enteignungsgesetz.

238. Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2385.

239. BGE 143 III 242, E. 3.5.

sondern die Differenz zwischen dem Wert vor und nach dem Entstehen der schädlichen Einwirkung, und dass eine Entschädigung in diesem Kontext eine Folge, nicht eine Voraussetzung für den Entzug der Rechte bilde. Für die formelle Enteignung ebenfalls atypisch sei, dass diese durch Realakt, nicht wie ansonsten durch einen Rechtsakt erfolge.²⁴⁰ Schliesslich finde keine Übertragung von Rechten an den Enteigner, die öffentliche Hand statt.²⁴¹

- 98 Wie die obigen Ausführungen (N. 77 f.) gezeigt haben, ist dieser letzte Punkt indes nicht überzeugend. Die öffentliche Hand hat durch die Enteignung eines Abwehrrechtes **ein Recht zur Beeinträchtigung und damit einen Produktionsfaktor** zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe **erworben**.²⁴² Diese Sichtweise führt aber auch zu einem Verschwimmen der Grenzen zwischen formellen und materiellen Eingriffen in das Eigentum. Das Bundesgericht jedenfalls hat an seiner «dogmatisch nicht über alle Zweifel erhabenen»²⁴³ Konstruktion einer zwangsweisen Einrichtung einer Dienstbarkeit²⁴⁴ festgehalten. Es kann sich dabei auf Art. 5 EntG stützen, der nachbarrechtliche Abwehrrechte (allerdings zusätzlich zu den dinglichen Rechten) als möglichen Gegenstand einer Enteignung explizit nennt.

c. Tragweite der Wertgarantie

- 99 Wie auch in anderen Kontexten des Enteignungsrechts findet sich bei der Enteignung von nachbarrechtlichen Abwehrrechten die Tendenz, von einer Entschädigung des Eingriffs deswegen abzusehen, weil die öffentliche Hand **ansonsten eine öffentliche Aufgabe nur mit Schwierigkeiten erbringen könnte**.²⁴⁵ So wurde etwa schon früh argumentiert, die ständige Zunahme von Motorfahrzeugen erfordere die Errichtung oder Verbreiterung von Strassen. Wenn die öffentliche Hand die daraus den Anliegern entstehenden Schäden ausgleichen müsste, so wäre sie in der Mehrzahl der Fälle finanziell ausser Stande, diese Infrastrukturleistung zur Verfügung zu stellen.²⁴⁶
- 10 Das Argument, die öffentliche Hand könnte eine Aufgabe nicht mehr erbringen, wenn sie die damit verbundenen negativen externen Effekte entschädigen müsste, ist problematisch. Ein wichtiger Aspekt der Wertgarantie als besonderer Bestandteil der Eigentumsgarantie liegt gerade darin, die öffentliche Hand zur **Einpreisung** der von ihrer Tätigkeit oder ihren Infrastrukturen ausgehenden **externen Effekte** anzuhalten (vgl. N. 111). Wird darauf hingewiesen, dass die öffentliche Hand eine Aufgabe nicht mehr erbringen könnte, wenn sie die externen Effekte dafür internalisieren müsste, so weist dies gerade darauf hin, dass der gesamtgesellschaftliche Nutzen der entsprechenden Tätigkeit fraglich ist und es sich daher um eine Aktivität der öffentlichen Hand handelt, die bei einer wirksamen Internalisierung an sich unterbleiben müsste.²⁴⁷
- 10 **Realersatzleistungen** in Form von baulichen Massnahmen (zum Beispiel Schallschutzmassnahmen)
¹ können sowohl den Schaden mindern als auch die in der betroffenen Liegenschaft Wohnenden schützen. Wo möglich müssen solche Massnahmen im Enteignungsverfahren auch dann angeordnet werden, wenn nicht um sie ersucht worden ist.²⁴⁸ In jüngerer Zeit hat das Bundesgericht explizit den

240. Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1801.

241. Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 2385.

242. Sinngemäss wird dies durch die Konstruktion des Bundesgerichtes einer zwangsweise einzuräumenden Dienstbarkeit, die «den Rechtsbestand des Enteigners vermehrt, während das Grundeigentum des Enteigneten eingeschränkt wird» (BGE 116 Ib II, E. 2b) auch bestätigt.

243. Tschannen/M. Müller/Kern, N. 1801.

244. BGE 121 II 317, E. 4 m.H.

245. Veit, S. 127.

246. BGE 94 I 286, E. 8a. Vgl. auch – für den Kontext materieller Eingriffe in das Eigentum – BGE 131 II 728, E. 2.3.

247. Vgl. Veit, S. 129.

248. BGE 130 II 394, E. 8.2.

Grundsatz aufgestellt, dass die knappen öffentlichen Mittel zur Verhinderung von Emissionen an der Quelle oder sekundär dazu zum passiven Schutz am Ort der Immission (etwa durch Lärmschutzmassnahmen) verwendet werden sollten. Ausschüttung von Geld an einzelne Grundeigentümer sei nicht das zielführende Mittel, um mit weitherum wirkenden Emissionen öffentlicher Werke umzugehen.²⁴⁹

2. Praktisch wichtige Konstellation der formellen Enteignung II: wohlerworbene Rechte

- 10 Wohlerworbene Rechte – bei aller Unklarheit, die sie umgibt (vgl. dazu vorne, N. 60) – zeichnen sich
2 dadurch aus, dass sie grundsätzlich **nur in einer formellen Enteignung entzogen** werden können. Das bedeutet, dass an sich volle Entschädigung geschuldet ist, wenn in ihre «Substanz» eingegriffen wird.²⁵⁰ Dieses Verständnis findet im Gesetz seinen Niederschlag, etwa in Art. 43 Abs. 2 des Wasserrechtsgesetzes (WRG)²⁵¹, der vorsieht, dass «[d]as einmal verliehene Nutzungsrecht [...] nur aus Gründen des öffentlichen Wohles und gegen volle Entschädigung zurückgezogen oder geschmälert werden» kann.
- 10 In jüngster Zeit wurde einer wichtigen Gruppe wohlerworbener Rechte – **ehehafte Rechte** an
3 Umweltressourcen wie Wasser – ein grosser Teil ihrer Schutzwirkung entzogen, weil sie analog zu Konzessionen behandelt werden (vgl. dazu eingehend N. 63 f.).²⁵² Im Ergebnis bedeutet diese Rechtsprechung eine Verschiebung von der formellen Enteignung hin zur materiellen Eigentumsbeschränkung. Was zuvor wohlerworbene Rechte waren, sind nun auf Zeit verliehene Sondernutzungsrechte. Zurückgerollt wird damit die Schutzwirkung der Wertgarantie.²⁵³

C. Materielle Enteignung

- 10 Die materielle Enteignung unterscheidet sich von der formellen zunächst dadurch, dass der Erwerb
4 eines Eigentumsrechtes nicht das Ziel der staatlichen Handlung ist, sondern eine **Nebenfolge** einer auf ein anderes Ziel gerichtete öffentliche Handlung.²⁵⁴ Nach der hier vertretenen Konzeption geht aber dennoch ein vermögenswertes Recht auf die öffentliche Hand über (vgl. vorne, N. 77).
- 10 Für Eingriffe in das Eigentum, die als materiell aufgefasst werden, gilt der **Grundsatz, dass sie**
5 **entschädigungslos hinzunehmen sind**. Die Wertgarantie spielt in dieser Konstellation also grundsätzlich keine Rolle. Die Voraussetzungen und die Folgen eines Eingriffes sind mit denjenigen für andere Freiheitsrechte vergleichbar (dazu eingehender nachfolgend, N. 127 ff.).
- 10 Von diesem Grundsatz der Entschädigungslosigkeit hat die Rechtsprechung **zwei Ausnahmen**
6 entwickelt,²⁵⁵ die als enteignungsgleiche Eingriffe in das Eigentum oder als materielle Enteignung bezeichnet werden. Diese Konstellationen liegen nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts vor,

«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

249. BGE 136 II 263, E. 8.1.

250. BGE 145 II 140, E. 4.2. Stark relativierend Riva (2007), S. 42 f. und S. 52 f.

251. SR 721.80, vom 22.12.1916.

252. BGE 145 II 149, E. 6.3.

253. Zur Einordnung des Entscheides, vgl. Föhse; Schreiber; Abegg/Seferovic; Karlen (2020); und kritisch inbes. Sägesser.

254. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 65; Riva (1990), S. 249.

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 (...).»²⁵⁶

Bei diesem Textbaustein des Bundesgerichtes handelt es sich um die sog. «**Barret-Formel**». Diese Formel entwickelte sich aus dem Barret-Entscheid von 1965²⁵⁷. Nach einer wechselhaften Rechtsprechung zur materiellen Enteignung wurde diese Formel seit ihrer Etablierung in den 70er-Jahren nicht mehr verändert.²⁵⁸

- 10 Gemäss Dubey²⁵⁹ ergeben sich aus dieser Formel und der nachfolgenden Rechtsprechung **zwei**
7 **positive und zwei negative Kriterien**, die kumulativ erfüllt sein müssen, damit eine materielle Enteignung vorliegt. Die positiven Kriterien (verwandt zu den Kriterien der formellen Enteignung nachbarrechtlicher Abwehrrechte, vgl. oben, N. 87 ff.) sind die Schwere der Einschränkung und der tatsächlich eintretende Schaden. Die beiden negativen Kriterien bestehen darin, dass es sich nicht um einen polizeilich motivierten Eingriff handelt (ein solcher ist grundsätzlich entschädigungslos hinzunehmen), und nicht um eine gesetzliche Konkretisierung oder Neudefinition von Eigentum. In diesem letzten Falle wird der sachliche Schutzbereich des Eigentums neu umrissen. Insofern findet noch nicht einmal ein Eingriff in den Schutzbereich statt.

1. Positive Kriterien

- 10 Die notwendige **Schwere** des Schadens kann in **zwei unterschiedlichen Konstellationen** erreicht
8 werden, entweder durch die besonders starke Einschränkung einer Eigentumsbefugnis oder durch das Sonderopfer (zu diesem Begriff siehe sogleich, N. 111), also durch die Schwere des Eingriffs im Verhältnis zu anderen Eigentümern in einer vergleichbaren Situation, wenn mit anderen Worten zur Einschränkung des Eigentums auch noch eine Komponente der Rechtsgleichheit hinzutritt.
- 10 Eine materielle Enteignung liegt aber nicht schon dann vor, wenn Eigentümer:innen lediglich
9 theoretisch in ihren künftigen möglichen Nutzungsrechten betroffen sind. Eingeschränkt werden muss eine **gegenwärtig ausgeübte oder in naher Zukunft wahrscheinliche tatsächliche Nutzung**.²⁶⁰ Der typische Fall für diese letzte Konstellation ist der Entzug der Möglichkeit, bereits baureifes Land überbauen zu können.
- 11 Die Schwelle für eine materielle Enteignung ist hoch angesetzt. Nach dem Bundesgericht ist sie erst
0 erreicht, wenn die wesentlichen aus dem Eigentum fliessenden Nutzungsmöglichkeiten aufgehoben werden. Das ist typischerweise dann der Fall, wenn eine Überbaubarkeit vollkommen verunmöglicht wird. Hingegen werden selbst schwere Eingriffe in die Nutzungsmöglichkeiten nicht als Enteignung behandelt, wenn eine **wirtschaftlich sinnvolle Nutzung** der fraglichen Liegenschaft weiterhin

255. Im Schrifttum ist die Frage umstritten, ob es sich tatsächlich um zwei getrennte Tatbestände handle oder ob die materielle Enteignung einen einzigen Tatbestand bilde. Die beiden Konstellationen als voneinander getrennt zu behandeln bringt die Möglichkeit mit sich, das Sonderopfer ganz aus der Eigentumsgarantie heraus zu lösen und als Problem der Rechtsgleichheit zu behandeln. Vgl. die Hinweise bei SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 68 ff. Die Beurteilung an Hand der zwei positiven und der zwei negativen Kriterien, gemäss CR-Dubey, Art. 26 BV N. 100 ff., die hier zur Anwendung gelangt, behandelt beide Konstellationen als eine materielle Enteignung, lässt aber gleichzeitig die Möglichkeit offen, bei der Beurteilung der Schwere des Schadens das ungleiche Betroffensein verschiedener Eigentümer:innen mit zu berücksichtigen. Da aus der Sicht der betroffenen Eigentümer:innen in erster Linie ein Wertersatz angestrebt wird für das beeinträchtigte Eigentum und die Wertgarantie ein Alleinstellungsmerkmal der Eigentumsgarantie ist, ist es sinnvoll, auch das Sonderopfer als ein Problem der Eigentumsgarantie (nebst der Rechtsgleichheit) zu behandeln.

256. BGE 140 I 176, E. 9.5.

257. BGE 91 I 329.

258. Zur historischen Genese der Barret-Formel sehr eingehend Riva (1990), S. 14-156, insbes. S. 113-117.

259. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 100 ff.

260. BGE 105 Ia 330, E. 4.

möglich bleibt.²⁶¹ Massgeblich ist nicht, wie gross die Differenz zwischen einer möglichen Rendite ohne die fragliche Einschränkung und der tatsächlich möglichen Rendite ist, sondern ob eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung überhaupt möglich bleibt.²⁶² Um- und selbst Abzonungen stellen daher in der Regel keine Enteignung dar, sofern eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung verbleibt.²⁶³

- 11 Die Funktion der zweiten Konstellation, jener des **Sonderopfers**, ist nicht einfach zu erfassen.
- ¹ Einerseits lassen sich in der Praxis kaum Fälle finden, in denen das Vorliegen eines Sonderopfers anerkannt worden ist.²⁶⁴ Die Rechtsfigur hat daher in erster Linie eine dogmatische Funktion. *Welche* dogmatische Funktion sie erfüllt, ist jedoch auch nicht ganz klar. Die Vermischung der Wertgarantie, die ein Alleinstellungsmerkmal der Eigentumsgarantie ist (siehe hierzu oben, N. 26), mit Elementen der Rechtsgleichheit trägt kaum zur dogmatischen Klarheit bei. Vereinzelt wird in der Literatur vertreten, die tiefere Schwelle für das Greifen der Wertgarantie erfülle hier eine Einpreisungsfunktion für externe Effekte, die durch Staatshandeln verursacht würden. Weil einzelne Betroffene sich im Gegensatz zu grossen Interessengruppen nicht politisch organisieren und eine Internalisierung auf politischem Wege erreichen könnten (etwa durch Subventionen, die die Belastung wieder ausgleichen könnten), müssten sie als Enteignete entschädigt werden, damit die öffentliche Hand die Kosten ihres Handelns einpreisen müsse.²⁶⁵ Die Figur des Sonderopfers ist also in erster Linie ein Leitstern. Sie ist eine Warnung, dass die Entschädigungsschwelle jedenfalls in der Theorie rascher erreicht ist, wenn Betroffene ungleich behandelt werden.
- 11 Einer der seltenen Fälle, in denen das Bundesgericht eine Sonderopfer-Konstellation tatsächlich
- ² anerkannt hat, ist die Errichtung von **Hochwasserschutzmassnahmen**, wozu der Kanton private Grundstücke erwarb,²⁶⁶ unter anderem mit dem Ziel, die Nutzungsmöglichkeit anderer privater Grundstücke zu verbessern.²⁶⁷ Eine weitere, immer wieder als Möglichkeit für ein Sonderopfer erwähnte Konstellation liegt im **Denkmalschutz**, wenn ein besonders erhaltenswertes Objekt exemplarisch unter Schutz gestellt wird und die Eigentümer:innen dieses Objektes insofern ein Opfer für die Allgemeinheit erbringen müssen.²⁶⁸

2. Negative Kriterien

- 11 Auch wo diese positiven Kriterien erfüllt sind, ist eine Verkürzung von Eigentumsbefugnissen
- ³ **entschädigungslos hinzunehmen**, a), wenn der Eingriff aus polizeilichen Motiven erfolgt und, b), wenn er nicht als Eingriff, sondern als Neuumschreibung des Umfangs des Eigentums behandelt wird.

a. Entschädigungslosigkeit polizeilicher Eingriffe

- 11 Das erste negative Kriterium für das Vorliegen einer materiellen Enteignung ist die polizeiliche
- ⁴ Motivation eines Eingriffs. Die Lehre hat sich wiederholt kritisch zu diesem Grundsatz geäussert, weshalb ihn das Bundesgericht in der Fortentwicklung seiner Rechtsprechung stark eingeschränkt hat. So sind nur noch jene Einschränkungen entschädigungslos hinzunehmen, die im Sinne des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes **notwendig sind für die Abwendung einer unmittelbar**

261. BGE 123 II 481, E. 6d. Vgl. auch BGer 1C_583/2021 vom 31.8.2023, E. 7.

262. BGE 112 Ib 263, E. 4.

263. Waldmann (2015b), N. 27.86 f.

264. Für eine frühe Kritik an der Figur des Sonderopfers, vgl. Riva (1990), S. 103 f.

265. Veit, S. 130 f.

266. Streitgegenstand war vorliegend die Frage, zu welchem Preis – ob zum Preis von Bauland oder nicht – der Kanton das Land hätte erwerben dürfen (BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 3). Er kaufte zum Preis von Bauland und wurde vom Bundesgericht darin geschützt, da die Behandlung von vormaligem Bauland als Nichtbauland vorliegend ein Sonderopfer dargestellt hätte.

267. BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 5.6.

268. Beispielsweise BGE 112 Ib 263, E. 5. I.c. allerdings verneint.

drohenden Gefahr, nicht dagegen Anordnungen, die weiter gehen.²⁶⁹ Schliesslich hat sich die Rechtsprechung

«drei mögliche Ausnahmen vom Grundsatz der Entschädigungslosigkeit von Eigentumsbeschränkungen polizeilicher Natur im engeren Sinne vorbehalten.²⁷⁰ Es sind dies: die Fälle eines nicht nur polizeilich, sondern auch raumplanerisch bedingten Bauverbotes, der Fall des Verbots einer bereits bestehenden Nutzung,²⁷¹ der Fall, in welchem die Schaffung einer Schutzzzone eine Auszonung baureifen oder grob erschlossenen Landes bewirkt²⁷² oder einer solchen Auszonung gleichkommt.»²⁷³

- 11 Die Frage der Entschädigungslosigkeit polizeilich motivierter Eingriffe kann auch im Kontext der
- 5 **Einziehung** (vgl. Art. 69 ff. StGB; Art. 376 ff. StPO oder Art. 31 Abs. 1 Waffengesetz²⁷⁴) auftreten, die als materieller Eingriff in das Eigentum gilt.²⁷⁵ Diese Frage stellt sich jedenfalls dann, wenn mit der Einziehung kein zusätzlicher Sanktionscharakter verbunden sein soll. Hier verlangt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, das mildeste mögliche Mittel zu wählen. Das bedeutet: Wo eingezogene Gegenstände grundsätzlich veräussert werden können, müssen sie veräussert werden und der Erlös ist an die ursprüngliche Eigentümerschaft auszuhändigen. Das kann etwa der Fall sein bei illegal erworbenen Waffen, die u.U. aber legal verkauft werden können.²⁷⁶
- 11 Ein
- 6 Problem an der Nichtentschädigung polizeilich motivierte Eingriffe ist, dass oft unklar ist, wie sich **polizeiliche Zwecke von anderen abgrenzen**, und dass oft ein polizeilicher bloss einer unter verschiedenen Zwecken ist, etwa bei Waldabständen oder Gewässerschutzvorschriften.²⁷⁷ Dient die Einschränkung der Nutzbarkeit in erster Linie dem Schutz der Grundeigentümer:innen selber (zu denken ist etwa an ein Bauverbot in der Lawinenzone oder in Waldabstandszonen), so wird überhaupt nicht von einer materiellen Eigentumseinschränkung ausgegangen. Das gilt auch, wenn die Gefahr von Dritten ausgeht. Dann sind Schadenersatzforderungen gegen diese möglich. Wo die polizeilich motivierte Einschränkung hingegen dem Schutz eines öffentlichen Werkes dient (zum Beispiel der Wasserversorgung einer Gemeinde)²⁷⁸, so ist sie zu behandeln wie ein sonstiger materieller Eingriff in das Eigentum, auch wenn sie sich gegen den Störer richtet.²⁷⁹
- 11 Auch diese ausdifferenzierte Praxis stösst in der Lehre auf Kritik. Teilweise wird vorgeschlagen, die
- 7 Unterscheidung in polizeiliche/nicht polizeiliche Zwecke aufzugeben und stattdessen zu fragen, ob der Eingriff den Schutz den betroffenen Eigentümer:innen selber oder Dritten diene. Andere Stimmen wollen eine Entschädigung in erster Linie dann verhindern, wenn es um den Schutz vor Naturgefahren geht oder vor Gefahren, die vom Grundstück selber ausgehen.²⁸⁰ Auch hier stellt sich indes die Frage, ob es nicht sinnvoller und einfacher wäre, Staatshandeln, das der Abwendung einer unmittelbaren und schweren Gefahr dient, grundsätzlich als Konkretisierungen und nicht als Einschränkungen des Eigentums zu handhaben. Denn Handlungen, von denen eine ernsthafte Gefahr für Polizeigüter

269. BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.

270. BGE 106 Ib 336, E. 5b.

271. Vgl. BGE 96 I 359.

272. Vgl. BGE 105 Ia 330 E. 3d, BGer 1A.122/2002 vom 6.12.2002, E. 3.1.

273. BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.3. Hinweise im Original in Klammern, hier in den Fussnoten.

274. SR 514.54, vom 20.6.1997.

275. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 87.

276. BGE 135 I 209, E. 3.3.1. Vorliegend handelte es sich um eine Einziehung nach Waffengesetz.

277. Vgl. Waldmann (2015b), N. 27.92-95.

278. BGE 106 Ib 336, E. 5.

279. BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.3 mit zahlreichen Hinweisen.

280. Vgl. die zahlreichen Hinweise in BGer 2C_461/2011 vom 9.11.2011, E. 4.4.

ausgeht – ob für die Eigentümer:innen oder Dritte –, waren noch zu keinem Zeitpunkt Teil des als Eigentum geschützten Rechtsbündels. Das Staatshandeln stellt insofern nur klar, was eigentlich vorher schon der Fall war. Es würde dann mit einer **Fiktion** gearbeitet, die entsprechenden Handlungsrechte seien richtig besehen gar nie Teil des Rechtsbündels «Eigentum» gewesen. Die Fiktion wäre dann vergleichbar mit jener, die bei der erstmaligen Schaffung einer bundesrechtskonformen Zonenordnung angewandt wurde (vgl. N. 121).

b. Keine Neubestimmung des Eigentumsinhaltes

- 11 Materielle Einschränkungen des Eigentums können in einem Spektrum von staatlichen
8 Handlungsformen geschehen: durch individuell-konkreten Rechtsanwendungsakt, durch Realakt oder durch einen Zonen- und Nutzungsplan, und schliesslich durch Rechtsetzung. Das Bundesgericht hat eine starke Tendenz (und folgt in dieser Hinsicht der Immanenztheorie), Verkürzungen des Eigentums durch die Rechtsetzung **nicht als Eingriffe, sondern als Neubestimmungen** des Inhaltes des Eigentums zu behandeln. Es bringt damit zum Ausdruck, dass Verkürzungen der aus dem Eigentum fliessenden Handlungsrechte (und erst recht enteignungsgleiche Eingriffe) durch Rechtsetzung nur ausnahmsweise als Eingriffe in die Eigentumsgarantie anerkannt werden. Diese Ausnahmen betreffen wiederum besonders ungleich verteilte Effekte von Regulierungen, die einzelne Eigentümer:innen besonders hart treffen.²⁸¹
- 11 Fälle, in denen die Eigentümerbefugnisse durch generell-abstraktes Staatshandeln so weit
9 eingeschränkt werden, dass an sich von einer enteignungsgleichen Einschränkung ausgegangen werden müsste, werden in der Regel mit **Übergangsfristen, Ausnahmeregelungen und ähnlichen Massnahmen** abgefedert. Das Bundesgericht anerkennt diese als Ausgleichsmassnahmen, um einer Einschränkung des Eigentums ihre Schärfe zu nehmen.²⁸² Auch der Schutz bereits getätigter Investitionen (der sowohl aus der Eigentumsgarantie als auch aus dem Schutz von Treu und Glauben abgeleitet werden kann) ist in solchen Fällen relevant und rechtfertigt es u.U., jene besser zu stellen, die eine bestimmte Tätigkeit bereits ausüben, als jene, die diese erst ausüben wollen.²⁸³ Insbesondere allgemeinverbindliche Verkürzungen des Eigentums, die sich auf die Bundesverfassung oder auf Bundesgesetze stützen können, gelten überwiegend als Neubestimmung des Inhalts des Eigentums und sind daher insofern entschädigungslos hinzunehmen, als sie noch gar nicht einen Eingriff in den Schutzbereich darstellen.²⁸⁴ Es ist allerdings nicht restlos klar (und auch logisch unmöglich zu klären, vgl. oben, N. 40), in welchen Fällen eine Änderung der Rechtslage als Eingriff in und in welchen Fällen als eine Neuumschreibung von Eigentum behandelt wird. So scheint das Bundesgericht ein Verbot von Geldspielautomaten,²⁸⁵ eine Limitierung des Viehbestandes (und damit die betriebliche Sinnlosigkeit grösserer Stallbauten)²⁸⁶ und zuletzt ein Verbot von Elektroheizungen²⁸⁷ als (entschädigungslos hinzunehmende) Eingriffe in das Eigentum zu behandeln, das Verbot von Zweitwohnungen²⁸⁸ aber als eine Neuumschreibung von Eigentum.
- 12 Eine besondere und praktisch wichtige Form der Neufassung von Eigentum hat die Rechtsprechung in
0 jüngerer Zeit zu **Wasserrechten** vorgenommen, die besonders im Kontext der Energiegewinnung aus Wasserkraft eine grosse Rolle spielen. Hier besteht wegen der ansonsten unberechenbar grossen

281. Vgl. BGE 145 II 140, E. 4.1. Grundlegend auch BGE 144 II 367, E. 3.2 f.

282. BGE 149 I 49, E. 5.3; BGE 144 II 367, E. 3.4. Instrukтив ferner BGE 118 Ib 241, E. 9. Vgl. nunmehr auch BGE 145 II 140, E. 4.

283. BGE 130 I 26, E. 6.3.3.2.

284. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 99.

285. BGE 120 Ia 126, E. 5b (dort lediglich cursorisch geprüft).

286. Offen gelassen in BGE 118 Ib 241, E. 5.

287. BGE 149 I 49, E. 3.2 und (allerdings ist nicht restlos klar, ob das Bundesgericht hier von einem Eingriff ausging) BGE 149 I 291, E. 5.8.

288. BGE 144 II 367, E. 3.2 f.

Entschädigungsforderungen gegenüber der öffentlichen Hand die Besonderheit, dass die Sanierung von vorbestehenden Kraftwerken nur soweit erfolgen musste, als die öffentliche Hand noch keine Entschädigung für eine materielle Enteignung zu leisten hatte (sog. Sanierung bis zur Entschädigungsgrenze gemäss Art. 80 Abs. 1 Gewässerschutzgesetz, GschG²⁸⁹).²⁹⁰ Ausserdem bestand bis vor Kurzem die Rechtsfigur der ehehaften und also wohlerworbenen Wasserrechte. Wurden diese entzogen, so war dies nur als formelle Enteignung und damit gegen volle Entschädigung möglich.²⁹¹ In BGE 145 II 140 hat das Bundesgericht die Schutzwirkung ehehafter Wasserrechte nun weitgehend aufgehoben (vgl. vorne, N. 113).

- 12 **Eingriff durch Plan:** Zwischen materiellen Eingriffen in das Eigentum durch Rechtsetzung und solchen durch individuell-konkreten Rechtsanwendungs- oder Realakt liegt der materielle Eingriff durch einen Nutzungs- oder Zonenplan.²⁹² In der Praxis ist das eine wichtige Konstellation, weil von der Frage, ob ein Grundstück überbaut werden kann, fast sein gesamter Wert abhängt. Das Inkrafttreten des Raumplanungsgesetzes (RPG) im Jahr 1980 zwang die Gemeinden in der Regel zu einer starken Reduktion der Bauzonen und damit zur Auszonung vieler Grundstücke. In dieser Situation wurde mit der Fiktion gearbeitet, dass die Erstellung einer neuen Zonenordnung, die den bundesrechtlichen Vorgaben entsprach, eine Nichteinzonung bedeute, wenn sie Land nicht einer Bauzone zuwies, auch wenn das Land nach der alten Zonenordnung hätte überbaut werden dürfen.²⁹³ Wird ein Grundstück in einer späteren Revision der Zonenordnung nicht mehr dem Bauland zugeordnet, so gilt dies aber grundsätzlich als eine **Auszonung** und ist damit u.U. entschädigungspflichtig. Dies gilt auch dann, wenn diese (erneute) Anpassung der Zonenordnung durch die bundesrechtliche Bodenordnung determiniert ist und es jene ist, die eine weitere Reduktion der Bauzonen nötig macht, beispielsweise, weil sich die Bevölkerung in demographischer Hinsicht nicht wie prognostiziert entwickelt hat oder weil die Bauzonenkapazität durch Verdichtung erhöht worden ist.²⁹⁴ Eine Auszonung liegt auch vor, wenn ein Grundstück zwar in einer Bauzone liegt, die dem neuen Bodenrecht entspricht, aber durch eine planungsrechtliche Massnahme mit einem Bauverbot belegt wird. Eine teilweise Beschränkung der Überbaumöglichkeit wird als **Herabzonung** bezeichnet.²⁹⁵
- 12 **Nichteinzonung:** Die Nichteinzonung wird als Konkretisierung des Eigentums und nicht als Eingriff in das Eigentum aufgefasst. Davon wird nur in ganz besonderen Fällen abgewichen, etwa dann, wenn der Eigentümer

«überbaubares oder grob erschlossenes Land besitzt, das von einem gewässerschutzrechtskonformen [generellen Kanalisationsprojekt] GKP erfasst wird, und wenn er für die Erschliessung und Überbauung seines Landes schon erhebliche Kosten aufgewendet hat, wobei diese Voraussetzungen in der Regel kumulativ erfüllt sein müssen. Sodann können weitere besondere Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes so gewichtig sein, dass ein Grundstück unter Umständen hätte eingezont werden müssen. Ein Einzonungsgebot kann ferner zu bejahen sein, wenn sich das fragliche Grundstück im weitgehend überbauten Gebiet (Art. 15 lit. a RPG) befindet. Solche Umstände hätten möglicherweise eine Einzonung gebieten können, so dass der Eigentümer am massgebenden Stichtag mit hoher

289. SR 814.20 vom 24.1.1991.

290. BGE 145 II 140, E. 2.1. Vgl. dazu Riva (1990), S. 239 f., der darauf hinweist, dass mit der Unterscheidung zwischen entschädigungspflichtigen und nicht entschädigungspflichtigen Eingriffen in wohlerworbene Rechte in Bezug auf diese eine Vermischung von Elementen der formellen und der materiellen Enteignung stattgefunden hätte.

291. BGE 145 II 140, E. 4.2.

292. Vgl. zu dessen Rechtsnatur Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 960.

293. BGE 131 II 728, E. 2.1.

294. BGE 131 II 728, E. 2.2-2.4.

295. BGE 122 II 326, E. 4c.

Wahrscheinlichkeit mit einer aus eigener Kraft realisierbaren Überbauung seines Landes rechnen durfte (...).»²⁹⁶

Fälle, in denen Nichteinzonungen einen Eingriff in das Eigentum darstellen, betreffen in der Regel Grundstücke in einer besonderen Lage, die zwar weitgehend überbaut sind oder im überbauten Gebiet liegen, aber aus dem einen oder anderen öffentlichen Interesse freigehalten werden sollen, etwa Spickel zwischen einer Verkehrsachse und einem Gewässer.²⁹⁷ Als Nichteinzonung kann u.U. auch die Zuordnung zu einer Zone gelten, in der faktisch jede Überbaumungsmöglichkeit ausgeschlossen ist (zum Beispiel in die Zone für Bauten im kommunalen Interesse).²⁹⁸

- 12 Sowohl bei Verkürzungen von Ansprüchen aus dem Eigentum durch Rechtsetzung als auch durch Plan
 3 werden also materielle Enteignungen praktisch nur in jenen Fällen anerkannt, in denen sie einzelne Eigentümer:innen ganz besonders treffen und somit die Rechtsgleichheit ebenfalls eine Rolle spielt. Es liegt in der Natur der Rechtsetzung, dass sie kaum oder jedenfalls viel weniger typisch als ein Nutzungs- oder Zonenplan solche Sonderopfer schafft, weil sie genereller und abstrakter ist (der Nutzungs- oder Zonenplan liegt zwischen den generell-abstrakten und den individuell-konkreten Formen des Verwaltungshandelns)²⁹⁹ und daher eher alle Betroffenen gleich trifft. Es lassen sich daher **kaum Fälle** finden, in denen eine **enteignungsgleiche Eigentumsbeschränkung durch Rechtsetzung** anerkannt worden wäre. Ein bereits älteres Beispiel mag den Ausnahmecharakter solcher Konstellationen illustrieren: Einer privaten archäologischen Sammlung, die in ihrer Art praktisch einzigartig war, wurde durch das kantonale Kulturgütergesetz Verfügungsbeschränkungen auferlegt. Das Bundesgericht erwog das Vorliegen einer materiellen Enteignung (u.a. aus Sonderopfer).³⁰⁰ Abgesehen von solchen seltenen Fällen haben Entschädigungen für enteignungsgleiche Eigentumsbeschränkungen ausserhalb des Raumplanungsrechtes in der Praxis bisher kaum eine Rolle gespielt.³⁰¹
- 12 **Mehrwertabschöpfung:** Das Korrelat der materiellen Enteignung ist die Mehrwertabschöpfung
 4 durch das Gemeinwesen.³⁰² Sie kommt in Betracht, wenn Land durch Planungsmassnahmen stark an Wert gewonnen hat. Ein Grossteil des Wertes von Eigentum an Land ist sozial produziert, d.h., er wäre nicht vorhanden, wenn nicht ein Gemeinwesen tätig geworden wäre, Planungen vorgenommen, eine Infrastruktur und eine Rechtsordnung errichtet hätte. Während dies für alle Formen von Eigentum gilt, ist der Effekt bei Wertveränderungen, die durch Raumplanung an Land entstehen, besonders markant (und besonders gut messbar).
- 12 Es ist daher auch in diesem Kontext, in dem der Bund ein **Instrumentarium zur Abschöpfung** von
 5 Mehrwert eingerichtet hat, der durch Planungsmassnahmen entstanden ist (Art. 5 Abs. 1 RPG).³⁰³ Mit der Revision des RPG im Jahre 2012 sind diese Vorgaben konkretisiert und verschärft worden (Art. 5 Abs. 1^{bis}-1^{sexies} RPG). So muss der Mehrwert von erheblichen Planungsvorteilen mit einer Abgabe von mindestens 20% abgeschöpft werden. Die Abgabe wird nicht sofort fällig, sondern erst bei Überbauung oder Veräusserung des Grundstücks (Art. 5 Abs. 1^{bis} RPG). Der Ertrag der

296. BGE 121 II 417, E. 4b. Im vorliegenden Fall ging es um Parzellen im Ortskern, die zum Schutz der ursprünglichen Umgebung eines Landgutes freigehalten werden sollten.

297. Vgl. etwa BGE 122 II 326 bezüglich eines Areals im spitzen Winkel zwischen Limmat und Bahnlinie in der Gemeinde Dietikon oder BGE 115 Ia 333 betreffend die von der Bahnlinie abgetrennte Giessen-Halbinsel im Zürichsee in Wädenswil.

298. BGE 149 II 368 (= Pra 3/2024 Nr. 16), E. 3.6.2 f., (wobei das Bundesgericht offen liess, ob sich vorliegend aus der Nichteinzonung auch eine materielle Enteignung ergebe).

299. Häfelin/G. Müller/Uhlmann, N. 960 m.H.

300. BGE 113 Ia 368 (= Pra 79 [1989], Nr. 159), E. 6.

301. Fisch, S. 113, m.H.

302. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 30; Riva (1990), S. 356.

303. Zum Begriff des «erheblichen Vorteils», den Art. 5 Abs. 1 RPG verwendet, vgl. BGE 131 II 571, E. 2.

Mehrwertabschöpfung soll in erster Linie für Entschädigungen für materielle Enteignungen, die aus der Raumplanung entstehen, verwendet werden (Art. 5 Abs. 1^{ter} RPG). Eine kantonale Regelung, die es den Gemeinden verbietet, den Mehrwert weiterer Planungsmassnahmen (etwa von Auf- und Umzonungen) abzuschöpfen, ist bundesrechtswidrig, denn sie verunmöglicht den Gemeinden, Mehrwert in rechtsgleicher Weise abzuschöpfen.³⁰⁴ Freibeträge von 50'000 CHF verstossen ebenfalls gegen das Rechtsgleichheitsgebot (das Bundesgericht geht für die Zulässigkeit von solchen Freibeträgen von einem Richtwert von 30'000 CHF aus).³⁰⁵ Solange der Kanton von seiner Kompetenz, Mehrwert abzuschöpfen, keinen Gebrauch macht, kann er den Gemeinden nicht verwehren, diese Kompetenz selber wahrzunehmen.³⁰⁶

3. Zusammenfassung

- 12 In allen wichtigen Nutzungskonflikten, in denen die öffentliche Hand zur Moderierung dieser
- 6 Konflikte die Befugnisse aus Eigentum eingeschränkt hat, reagierte die **Rechtsprechung**, indem sie **Figuren entwickelte**, die es erlauben, die Tragweite der Wertgarantie stark einzuschränken. Das gilt besonders im Umgang mit Boden und mit Wasser. Beispiele solcher Innovationen in der Rechtsprechung sind die Fiktion, Land sei nie eingezont gewesen, die Neuumschreibung des Eigentums, die Ablösung ehehafter durch befristete Rechte und der Grundsatz der Nichtentschädigung bei polizeilich motivierten Eingriffen. Diese Dehnbarkeit eines in der Verfassung apodiktisch festgehaltenen Grundsatzes der vollen Entschädigung ist aber nicht eine Eigenheit der materiellen Eigentumsbeschränkungen. In Nutzungskonflikten, die in erster Linie mit den Mitteln der formellen Enteignung gelöst werden (wie der Umgang mit Verkehrslärm, vgl. oben, N. 87), sind ähnliche Techniken entwickelt worden (zum Beispiel die Vorhersehbarkeit der Beeinträchtigung des Eigentums), die den Kreis der entschädigungspflichtigen Konstellationen stark einschränken. Auffällig ist insofern die Vielfalt der Instrumente, die entwickelt worden sind, um die **Tragweite der Wertgarantie** einzuschränken.

D. Eingriffsvoraussetzungen

- 12 Grundsätzlich ist die Eigentumsgarantie als ein klassisches Freiheitsrecht nach den allgemeinen
- 7 Voraussetzungen in Art. 36 BV einschränkbar.³⁰⁷ Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf die Aspekte, in denen die Eingriffsvoraussetzungen zur Eigentumsgarantie gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 36 BV abweichen.

1. Gesetzliche Grundlage

- 12 Relevant ist in erster Linie der **Unterschied zwischen einem schweren und einem leichten**
- 8 **Eingriff** in das Eigentum, weil nur im ersteren Fall eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinne verlangt wird. Ansonsten genügt eine gesetzliche Grundlage im materiellen Sinne, das heisst, eine generell-abstrakte Grundlage, die sich ihrerseits auf eine Delegationsnorm in einem Gesetz im formellen Sinne stützen kann. Dabei ist zu beachten, dass die Voraussetzungen für einen schweren Eingriff und für eine Entschädigungspflicht nicht deckungsgleich sind.
- 12 Ob eine genügende gesetzliche Grundlage vorliegt, ist eine Frage des Bundesrechts und insofern eine
- 9 Frage, die das Bundesgericht mit **freier Kognition** prüft (ebenso wie die Frage der Verhältnismässigkeit und des zulässigen öffentlichen Interesses).³⁰⁸

304. BGE 147 I 225, E. 4.9.

305. BGE 147 I 225, E. 5.6.

306. BGE 142 I 177, E. 4.2.

307. OFK-Biaggini, Art. 36 N. 4.

13 Eine typische Konstellation bei Eingriffen in die Eigentumsgarantie sind Eingriffe auf der Grundlage
 0 eines **Bau- und Zonenreglements**. Diese gelten dann als gesetzliche Grundlage im formellen Sinne, wenn sie selber von den Stimmberechtigten verabschiedet worden sind und sich ihrerseits auf ein kantonales Gesetz stützen können.³⁰⁹

13 Das Bundesgericht hat einen **schweren Eingriff** in die Eigentumsgarantie in den folgenden
 1 Konstellationen anerkannt:

- wenn Grundeigentum zwangsweise entzogen wird,³¹⁰ oder
- wenn der bisherige Gebrauch verunmöglicht oder stark eingeschränkt wird.³¹¹
- Auch die Abtretung eines kleinen Teils des Grundstücks (z.B. für einen Uferweg) ist ein schwerer Eingriff,³¹² nicht hingegen die Freilegung eines Baches, der über das Grundstück führt, was zwar zu Bauarbeiten und einer Veränderung der Vegetation führt, aber nichts an dessen Bebaubarkeit ändert.³¹³
- Ebenfalls einen schweren Eingriff stellt die Ausübung eines Vorkaufsrechts dar.³¹⁴

Diese Fallgruppen wurden anhand von Fragen zum Grundeigentum entwickelt, lassen sich analog aber auch auf andere vermögenswerte Rechte anwenden, die im Schutzbereich der Eigentumsgarantie liegen.³¹⁵

13 Als Faustregel handelt es sich um nur **leichte Eingriffe**, wenn ein Plan, ein Rechtssatz oder ein
 2 Rechtsanwendungsakt nicht das Bebauen eines Grundstückes an sich versagen, sondern die Art der Überbaubarkeit definieren,³¹⁶ etwa die Bebauung bis direkt an die Grundstücksgrenze verbieten,³¹⁷ und im Allgemeinen auch, wenn eine Baulinie festgelegt wird.³¹⁸ Falls die Abstandsregelung die Benutzung des Grundstücks stärker einschränkt, also beispielsweise das Ausschöpfen der Nutzungsziffer verunmöglicht, kann es sich auch um einen schweren Eingriff handeln. Ein leichter Eingriff liegt auch vor, wenn das Gemeinwesen für Liegenschaften, die es subventioniert, 15% der Mietenden bestimmen kann,³¹⁹ oder ein bestimmter Anteil einer Liegenschaft für einen bestimmten Zweck (zum Beispiel Wohnanteil) reserviert werden muss.³²⁰

13 Die Eigentumsgarantie stellt eine besondere Anforderung an die gesetzliche Grundlage: Diese muss
 3 auch bezeichnen, **welches Gemeinwesen für die Enteignung kompetent ist**. Aus der gesetzlichen Grundlage muss sich beispielsweise ergeben, ob nur der Kanton oder auch die Gemeinden enteignen dürfen. Welches Gemeinwesen enteignet, kann auch einen Einfluss auf die Schwere des Eingriffs haben, weil davon zum Beispiel die Frage abhängen kann, ob ein Realersatz oder ein Geldersatz möglich ist.³²¹

308. BGE 119 Ia 362, E. 3a; BGer 1P.562/2000; 1A.244/2000 vom 08.11.2001, E. 8a.

309. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 62.

310. BGE 135 I 233, E. 2.1

311. CR-Dubey (2021), Art. 26 BV N. 116; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 43.

312. BGE 145 II 70, E. 35.

313. BGE 140 I 170, E. 4.1.2.

314. BGE 142 I 76, E. 3.1.

315. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 116; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 43.

316. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 119.

317. BGE 145 I 156, E. 4.2. Die ursprüngliche Baubewilligung hatte eine Bebauung bis direkt an die Grundstücksgrenze i.c. zugelassen. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde hiergegen gut.

318. BGE 109 Ib 116, E. 3 und 4.

319. BGE 131 I 333, E. 4.2.

320. BGE 135 I 233, E. 2.1.

2. Öffentliches Interesse

- 13 Das Bundesgericht geht davon aus, dass für einen Eingriff in das Eigentum grundsätzlich **jedes**
 4 **öffentliche Interesse** in Betracht fällt, soweit dieses nicht rein fiskalischer Natur ist.³²² Diese Praxis wird im Schrifttum aus zwei unterschiedlichen Warten kritisiert. Sie wird einerseits als zu grosszügig empfunden, sodass die Eigentumsgarantie ihre Begrenzungsfunktion gegenüber dem Gesetzgeber verliert.³²³ Andererseits wird der grundsätzliche Ausschluss von fiskalischen Interessen als nicht mehr zeitgemäss kritisiert.³²⁴
- 13 Was beim Eingriff in das Eigentum als **fiskalische Interessen** gilt, kann nicht losgelöst vom
 5 Schutzbereich der Eigentumsgarantie beantwortet werden. Wenn das Vermögen an sich oder eben die Summe der vermögenswerten Rechte den Schutzbereich der Eigentumsgarantie bilden, dann folgt daraus, dass auch die Besteuerung ein Eingriff in das Eigentum darstellt. Insofern als diese in erster Linie gerade aus fiskalischen Interessen erfolgt und erfolgen muss, wäre es lebensfremd, sie nicht zu den zulässigen öffentlichen Interessen zu zählen. Dieses Argument trifft schon zu, weil das Bundesgericht die konfiskatorische Besteuerung als Eingriff in das Eigentum behandelt.³²⁵ Oben (N. 52 ff.) ist aufgezeigt worden, wie gewichtig die Gründe dafür sind, das Vermögen dem Schutzbereich der Eigentumsgarantie zuzurechnen. Das bringt es aber auch mit sich, dass eine differenziertere Lösung gefunden werden muss, als dass fiskalische Interessen grundsätzlich unzulässig sind. Sinnvoller wäre es daher, fiskalische Interessen ausserhalb jener Eingriffsverwaltung auszuschliessen, die gerade der Sicherung fiskalischer Interessen dient und die den Grundsätzen der Besteuerung entspricht. Typischerweise wird ein fiskalisches Interesse auch nur für Eingriffe in das Vermögen an sich, nicht für Eingriffe in spezifische Vermögenswerte (zum Beispiel ein bestimmtes Grundstück) tauglich sein. Für Enteignungen (im formellen Sinne) sind fiskalische Interessen also in jedem Falle unzulässig.³²⁶
- 13 Darüber hinaus ist nicht klar, nach welchem Kriterium **zulässige von unzulässigen öffentlichen**
 6 **Interessen abgegrenzt** werden könnten.³²⁷ Das gilt jedenfalls soweit, als das öffentliche Interesse nicht darauf gerichtet ist, das Institut des Eigentums und die Dezentralisierung der Produktionsfaktoren aufzuheben (Institutsgarantie, oben, N. 27 ff.). Wo Gerichte ihr Urteil über die Zweckmässigkeit öffentlicher Interessen an die Stelle der Beurteilung einer Legislative stellen, müssen sie dies ohnehin mit der grössten Zurückhaltung tun. Mehr Schutzwirkung für das Eigentum als vom öffentlichen Interesse ist daher von der Verhältnismässigkeit (vgl. unten, N. 139 ff.) zu erwarten. Je zweifelhafter das öffentliche Interesse an einem Eingriff, desto eher steht auch dessen Verhältnismässigkeit in Frage. Dasselbe gilt für die Institutsgarantie (vgl. oben, N. 27 ff.): Je eher ein öffentliches Interesse nicht nur zu einem Eingriff in, sondern zu einer eigentlichen Aushöhlung des Instituts des Privateigentums führt, desto eher greift die Institutsgarantie.

321. BGer E 1C_453/2019, 1C_271/2021 vom 07.09.2021, E. 5. Vgl. dazu auch Thurnherr, S. 101, die sich dafür ausspricht, zur Bestimmung des für die Enteignung zuständigen Gemeinwesens das Enteignungsrecht möglichst eng an die Hauptaufgabe (zu deren Erbringung enteignet wird) zu knüpfen. Vgl. auch BGer 1C_177/2021, vom 22.3.2022, E. 4.4. Gemäss diesem Entscheid ist es möglich, dass die Delegation eines Enteignungsrechts an die Gemeinden, die sich aus dem kantonalen Gesetz ergibt, auch eine andere Gemeinde berechtigen kann, als jene, auf deren Gebiet ein zu enteignendes Grundstück liegt. Vorliegend ging es um eine Gemeinde, die zur Erweiterung einer von ihr betriebenen Deponie auf dem Gebiet einer anderen Gemeinde enteignen wollte. Das Bundesgericht hat diese Möglichkeit geschützt.

322. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 71.

323. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 45.

324. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.

325. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.

326. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.

327. Vgl. immerhin die Kriterien bei Dubey/Besson, Art. 5 BV N. 75.

- 13 Unbestritten ist, dass mit der Zunahme von öffentlichen Interessen durch neue Knappheitsrelationen
 7 (etwa bezüglich Ressourcen, die dem Schutz des Klimas dienen) auch die **Grundlagen für einen Eingriff** in das Eigentum **zunehmen**.
- 13 Zum **Zeitpunkt** des Eingriffs in das Eigentum muss ein öffentliches Interesse nach wie vor bestehen.
 8 Es muss durch den Eingriff in das Eigentum weiterhin sinnvoll verfolgt werden können.³²⁸

3. Verhältnismässigkeit

- 13 Obwohl das Bundesgericht die Verhältnismässigkeit frei prüft, auferlegt es sich eine gewisse
 9 **Zurückhaltung**, wo die eingreifende Behörde über einen eigenen Gestaltungsspielraum verfügt oder die örtlichen Verhältnisse für die Beurteilung der Verhältnismässigkeit entscheidend sind.³²⁹
- 14 Das Bundesgericht setzt **keine allzu hohen Anforderungen** an die Verhältnismässigkeit. Fälle, in
 0 denen es einen Eingriff in das Eigentum an der Verhältnismässigkeit scheitern liess, sind relativ selten.
 330
- 14 Die **Abwägung** öffentlicher gegenüber privaten Interessen ist in dem Masse **eingeschränkt**, als ein
 1 Bundesgesetz oder die Verfassung selber ein Abwägungsergebnis vorwegnimmt.³³¹ Ein Beispiel hierfür ist der Schutz von Mooren von besonderer Schönheit und gesamtschweizerischer Bedeutung (Art. 78 Abs. 5 BV). Ist eine Parzelle einmal in das Inventar dieser Moore aufgenommen, besteht keine Möglichkeit mehr, zwischen den Schutzinteressen und privaten Nutzungsinteressen abzuwägen.³³²

E. Folgen des Eingriffs in das Eigentum

- 14 Wie oben gezeigt (N. 106 ff.), ist jedenfalls im Kontext der materiellen Eingriffe in das Eigentum der
 2 Grenzverlauf zwischen entschädigungslosem Eingriff und voll zu entschädigender Enteignung nur durch Kasuistik nachgezeichnet worden und kann wohl auch nur so nachgezeichnet werden.³³³ Der Umstand, dass eine «angemessene» oder eine teilweise Entschädigung für Eigentumseingriffe nicht zulässig ist, führt insofern – im Kontext der materiellen Enteignung – zu einer sehr groben **«Preisgestaltung»** des Preises für Eingriffe. Der Preis ist 0% bis zu einer bestimmten Intensitätsgrenze und dann 100% des zu enteignenden Wertes. Bei der formellen Enteignung ist er zwar immer 100%, auch für lediglich geringfügige Eingriffe. Hingegen ist oben auf verschiedene in der Rechtsprechung entwickelte Techniken hingewiesen worden (N. 126), die Tragweite der Wertgarantie zu reduzieren. Die Voraussetzung bzw. Rechtsfolge der Enteignung, dass volle Entschädigung zu leisten ist, ist unter dieser Einschränkung zu sehen.³³⁴

1. Zum Begriff der vollen Entschädigung

- 14 **Volle Entschädigung** bedeutet, dass aus der Enteignung **weder ein Vorteil noch ein Nachteil** für
 3 die enteignete Person entstehen darf. Sie soll vermögensmässig so gestellt werden, als habe der

328. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 70.

329. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 22.

330. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 48. Für ein kürzliches Beispiel, in dem das Bundesgericht entgegen der Vorinstanz davon ausging, die Verhältnismässigkeit könne bei der Umsetzung einer umstrittenen Volksinitiative gewahrt werden, vgl. BGE 140 291, E. 5.8; BGer 1C_392/2022 vom 3.5.2023, E. 4, insbes. E. 4.5 und 1C_608/2022 vom 17.8.2023, E. 5, wo die Verhältnismässigkeit allerdings allgemein, nicht als Teilaspekt der Eigentumsgarantie kontrolliert wird.

331. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 75.

332. BGE 127 II 184, E. 5b; BGE 117 Ib 243, E. 3b; vgl. auch BGE 143 II 241, E. 5.

333. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 67.

334. Dieser Umstand relativiert denn auch die Kritik am Erfordernis der vollen Entschädigung, wie sie etwa von Peter Saladin bereits formuliert wurde: «(...) der Grundsatz der vollen Entschädigung ist dogmengeschichtlich in einem Staatsdenken verwurzelt, welches von der ursprünglichen Absolutheit individueller Freiheit ausging (...)» Saladin, S. 400.

Eingriff nie stattgefunden.³³⁵ Die enteignete Person trifft die Pflicht, das Zumutbare zu unternehmen, um den Schaden der Enteignung zu reduzieren.³³⁶ Ob die ausgerichtete Entschädigung dem vollen Wert des enteigneten Gutes entspricht, prüft das Bundesgericht mit freier Kognition.³³⁷ Wenn von einem Grundstück oder mehreren wirtschaftlich zusammenhängenden Grundstücken nur ein Teil enteignet wird, muss auch die **Minderung** des Verkehrswertes des verbleibenden Teils entschädigt werden (für Verfahren nach Bundesrecht: Art. 19 lit. b EntG).³³⁸ Auch die **Inkonvenienz**, also die aus der Enteignung entstehenden weiteren Umtriebe (Umgangskosten und dgl.), sind Teil der vollen Entschädigung.³³⁹ Wird ein Unternehmen enteignet, stellt sich auch die Frage der Entschädigung des **entgangenen Gewinnes** und insbesondere die Frage, für wie lange dieser entschädigt werden muss, ehe es möglich ist, eine andere gewinnbringende Tätigkeit auszuüben. Das Bundesgericht beschränkt die Entschädigung des Gewinnes daher in aller Regel auf eine gewisse Dauer, es sei denn, die Aufnahme einer neuen Erwerbstätigkeit ist ausnahmsweise nicht zulässig, oder es ist absehbar, dass künftig nicht mehr derselbe Gewinn erzielt werden kann.³⁴⁰

- 14 In Enteignungsverfahren, die sich auf das EntG stützen, muss der volle Wert entschädigt werden,
 4 jedoch auch nicht mehr als der volle Wert. Einen «**Unfreiwilligkeitszuschlag**» sieht das Bundesrecht nicht vor;³⁴¹ ein solcher Zuschlag darf daher in Verfahren, die sich nach Bundesrecht richten, auch nicht ausgerichtet werden. Das hindert die Kantone nicht daran, nach ihrem eigenen Enteignungsrecht unter Umständen einen höheren Betrag als jenen des tatsächlichen Schadens auszurichten.³⁴² Solche Zusatzleistungen müssen indessen vor den übrigen Garantien der Verfassung standhalten, insbesondere vor dem Rechtsgleichheitsgebot, mit dem sie in einem Spannungsfeld stehen können.³⁴³ Das Bundesrecht schliesst es auch nicht aus, dass die Kantone für materielle Eingriffe in das Eigentum, die noch nicht einer Enteignung gleichkommen, eine Entschädigung vorsehen.³⁴⁴

2. Form und Bemessung der Entschädigung

- 14 In aller Regel erfolgt die Leistung der **Entschädigung in Geld**. Lediglich auf Geldleistungen
 5 vermittelt Art. 26 Abs. 2 BV einen Anspruch.³⁴⁵ Hingegen ist es möglich, dass das Gesetz Realersatz oder Sachleistungen vorsieht (vgl. etwa Art. 18 EntG). Unter Umständen ist auch eine Ergänzung von Geldleistungen durch Sachleistungen sinnvoll und möglich (etwa im Falle von Schallschutzmassnahmen).³⁴⁶ Im Falle formeller Enteignungen hat die Schätzungskommission zu entscheiden, in welcher Form die Entschädigung zu erbringen ist.³⁴⁷
- 14 Die **Bemessung der Entschädigung** kann grundsätzlich nach einer objektiven oder nach einer
 6 subjektiven Methode vorgenommen werden. Die objektive Methode fragt nach dem Verkehrswert einer Sache, die subjektive Methode nach dem (wirtschaftlichen) Wert, den ein entzogenes Gut für die enteignete Person aufweist (Ertragswert). Zu wählen ist jeweils jene Methode, die für die Betroffenen

335. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 71.

336. Kessler Coendet, N. 26.134.

337. BGer 1C_254/2021 vom 2.3.2023, E. 3.1; BGE 138 II 77, E. 6.2.

338. BGE 141 I 113, E. 6.1.

339. BGE 141 I 113, E. 6.4.

340. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 76.

341. Karlen (2018), S. 385.

342. BGE 127 I 185 E. 4; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 73.

343. BGE 127 I 185 E. 5; SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 74.

344. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BV N. 104.

345. CR-Dubey (2021), Art. 26 BV N. 136. Vgl. auch Kessler Coendet, N. 26.126.

346. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 71; OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 36.

347. Kessler Coendet, N. 26.122.

günstiger ist; eine Vermischung der beiden Methoden ist grundsätzlich unzulässig.³⁴⁸ Die subjektive Methode ist vor allem in Fällen angezeigt, in denen der Wert der Weiternutzung eines Gutes für die enteignete Person (objektiv betrachtet) höher ist als die Geldsumme, die sich durch Veräusserung des Grundstücks erzielen liesse, oder anders gesagt, wenn der Ertrag der Weiternutzung grösser ist, als was durch eine Veräusserung auf dem Markt erzielt werden könnte. Das ist etwa der Fall bei der Aufhebung von nicht verlegbaren Unternehmen.³⁴⁹ Der Begriff des «subjektiven Schadens» wird von Teilen der Lehre als missverständlich kritisiert,³⁵⁰ denn der Begriff könnte so verstanden werden, als umfasse er auch das Affektationsinteresse der Betroffenen oder blosser Erwartungen oder Hoffnungen.³⁵¹ Das ist aber gerade nicht der Fall. Die subjektive Methode fragt (ebenso wie die objektive Methode) lediglich nach dem pekuniären Wert einer Sache, auch wenn dieser anders, nämlich nach dem Wert der Weiternutzung statt nach dem Wert der Veräusserung, ermittelt wird.

- 14 Zur **Schätzung des Wertes** der enteigneten Sache bestehen verschiedene Methoden.³⁵² In der
 7 Anwendung dieser Methoden und in ihrer Kombination verfügt die enteignende Behörde über eine grosse Flexibilität.³⁵³ Die Kombination unterschiedlicher Methoden dient dazu, die jeweiligen Schätzergebnisse zu plausibilisieren.³⁵⁴ Vorrangstellung genießt dabei die **Vergleichsmethode**, bei der der Wert einer Liegenschaft anhand von Marktpreisen vergleichbarer Objekte ermittelt wird. Die Vergleichsmethode dient zur Ermittlung des Verkehrswertes, der bei der Entschädigung nach objektiver Methode zu entrichten ist.³⁵⁵ Der Verkehrswert ist der hypothetische Erlös, der beim Verkauf im freien Handel für das enteignete Gut hätte erzielt werden können.³⁵⁶ Andere Methoden können sich in besonderen Situationen aufdrängen, insbesondere wenn die Möglichkeit fehlt, vergleichbare Preise zu ermitteln. So eignet sich die **Ertragswertmethode** in erster Linie für Liegenschaften, die zur Erzielung eines Ertrags gehalten werden, die **Realwertmethode** in erster Linie für selber genutztes Wohneigentum.³⁵⁷ Die **Lageklassenmethode** «beruht auf der durch systematische Auswertung zahlreicher Schätzungen gewonnenen Erkenntnis, dass der Wert des Landes sowohl zum Gesamtwert einer Liegenschaft als auch zum Jahresmietertrag in einer ganz bestimmten Relation stehe, die für alle Grundstücke in der gleichen Lage dieselbe sei».³⁵⁸ Sie geht aus von «der Überlegung, dass der Grund und Boden *als Ganzes* letztlich nur so viel Wert aufweise, wie er an wirtschaftlicher Nutzung zulasse».³⁵⁹ Stärker als bei anderen Methoden mahnt das Bundesgericht bei der Lageklassenmethode zur Vorsicht, weil die ihr zugrunde liegenden Rentabilitätsüberlegungen zum Teil überholt sind und schon geringe Differenzen in den Ausgangsparametern zu stark gestreuten Resultaten führen.³⁶⁰ Besonders bei komplexeren Werken, die eine grosse Zahl von Personen betreffen, sich ganz unterschiedlich auswirken und nebst Minderwert auch Mehrwert generieren, kann der Wert des enteigneten Gutes durch eine spezifisch für dieses Problem entwickelte **statistisch-empirische Methode** ermittelt werden.³⁶¹ So hat das Bundesgericht beispielsweise komplexe, auf grossen Datenmengen beruhende Modelle zur Berechnung des Minderwertes durch

348. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 72.

349. Kessler Coendet, N. 26.141.

350. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 38.

351. BSK-Waldmann (2015a), Art. 26 BC N. 101.

352. Vgl. eingehend zu den einzelnen Schätzungsmethoden Kessler Coendet, N. 26.157 ff.

353. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 138.

354. Kessler Coendet, N. 26.159.

355. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 37.

356. Kessler Coendet, N. 26.137.

357. Kessler Coendet, N. 25.164 f.

358. BGE 131 II 458, E. 5.1.

359. BGE 131 II 458, E. 5.2, Hervorhebung im Original.

360. BGE 131 II 458, E. 5.1.

361. CR-Dubey, Art. 26 BV N. 138.

Fluglärm, die für das Umfeld des Flughafen Zürichs entwickelt worden sind, als Bewertungsmethode geschützt.³⁶²

14 Auch wenn diese Methoden nicht *telles quelles* auf den Kontext der **materiellen Enteignung**
8 übertragen werden können, so werden sie auch bei dieser sinngemäss zur Anwendung gebracht.³⁶³

14 Betreffend den **Zeitpunkt der Bemessung**³⁶⁴ ist zu unterscheiden zwischen formeller und
9 materieller Enteignung. Im ersten Fall ist die Entschädigung ein konstitutives Element der Enteignung, im zweiten Fall ist sie deren Folge (siehe vorne, N. 83). Insofern geht die Rechtsprechung für die formelle Enteignung davon aus, dem Anspruch auf volle Entschädigung sei lediglich dann Rechnung getragen, wenn der Stichtag für die Bewertung nahe am Zeitpunkt des tatsächlichen Entzuges des Rechts liege.³⁶⁵ Bei der materiellen Enteignung ist grundsätzlich der Zeitpunkt massgeblich, an dem die eigentumsbeschränkende Massnahme in Kraft tritt. Auch bei der materiellen Enteignung können sich allerdings intertemporale Fragen stellen, insbesondere bei lange sich hinziehenden Verfahren, in deren Verlauf der Wert etwa von Land sich stark verändern kann.³⁶⁶

V. AUSBLICK

15 Eigentum ist «das Gerüst, das die Gesellschaft errichtet, um die Konflikte um jene Dinge, die wir alle
0 haben wollen, zu strukturieren».³⁶⁷ So gesehen hat Eigentum keine zwingende Nähe zu physischen Sachen, sondern betrifft alle ökonomisch wertvollen und knappen Güter, auch die immateriellen und diejenigen, die von der öffentlichen Hand zur Verfügung gestellt werden. Konflikte über diese Güter verändern sich, wenn sich die Knappheitsverhältnisse verändern. Will die Eigentumsgarantie ihre Funktion behalten und für die Zukunft neue Gestaltungskraft schöpfen, so muss sie eine Schutzfunktion für neue, immer wichtiger werdende Güter entwickeln, auch wenn diese kaum noch analog zum Sacheigentum behandelt werden können. Auch muss sie eine **Antwort** geben können auf **neu auftretende Knappheitskonflikte**.

15 Die Praxis zur Eigentumsgarantie hat sich insgesamt als enorm flexibel erwiesen, wenn es darum ging,
1 die mit dem Eigentum verbundenen Handlungsmöglichkeiten zugunsten von öffentlichen Interessen einzuschränken, insbesondere bei Verteilungskonflikten über Umweltressourcen. An dieser Front scheint die Eigentumsgarantie also an sich gerüstet für **bevorstehende Verteilungskonflikte**, allen voran jenen in Zusammenhang mit dem Schutz des Klimas.³⁶⁸ Als viel weniger flexibel hat sich die Eigentumsgarantie in der Gegenrichtung erwiesen, nämlich dort, wo es nicht darum geht, neu entstandene öffentliche Bedürfnisse, sondern neu entstandene private Schutzbedürfnisse zu berücksichtigen, insbesondere funktionale Äquivalente zum Sach- und besonders zum Grundeigentum zu schützen. Das betrifft in erster Linie Teilhaberechte an öffentlichen Institutionen, die oft eine Voraussetzung für materielle Autonomie und Sicherheit sind, und die etwa durch das Migrationsrecht oder das Sozialversicherungsrecht zugeteilt und entzogen werden. Es ist an dieser Front, an der Innovation und neuer Gestaltungsmut notwendig scheinen, wenn die Eigentumsgarantie ihre autonomie- und sicherheitsvermittelnde Funktion unter veränderten technologischen und ökonomischen Rahmenbedingungen erhalten soll. Ein zentrales Element dieses Fortschrittes bestünde in einer skeptischen Neubeurteilung der scharfen Trennung von formellen und materiellen

362. Instruktiv etwa BGE 142 II 136, E. 4; BGE 138 II 77, insbes. E. 12; BGE 134 II 49, E. 17 ff.

363. OFK-Biaggini, Art. 26 BV N. 39.

364. Vgl. zu dieser Frage eingehend Kessler Coendet, N. 16.127 ff.

365. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 77.

366. SGK-Vallender/Hettich, Art. 26 BV N. 77, m.H.

367. Heller/Salzman, S. 241. Meine Übersetzung.

368. Vgl. hierzu nunmehr BGE 149 I 291.

Eingriffen in das Eigentum. Diese Trennung, die der Gedankenwelt des Sachenrechts entstammt, verliert in einer Situation, in der Sachen relativ zu anderen Gütern eine immer kleinere Rolle spielen, zunehmend an praktischer Plausibilität.

Zum Autor

Dr. iur. Stefan Schlegel ist seit 2024 Direktor der Schweizerischen Menschenrechtsinstitution (SMRI) mit Sitz in Fribourg. Zuvor war er Ambizione-Fellow des SNF an der Universität Bern, wo er an einer Habilitation zum sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie arbeitet. Er ist Mitherausgeber des Onlinekommentars zur Bundesverfassung und Mitglied des Vorstandes des Trägervereins des Onlinekommentars.

WEITERE EMPFOHLENE LEKTÜRE

Biaggini Giovanni, OFK-Handkommentar zur Bundesverfassung, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 26 BV.

Dagan Hanoch, A Liberal Theory of Property, Cambridge 2021.

Davies Margaret, Property – Meanings, histories, theories, London et.al. 2007.

Dubey Jacques, Kommentierung zu Art. 26 BV in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Volume II, Basel 2018, § 27.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und die Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden, St.Gallen 2020.

Grey Thomas C., The Disintegration of Property, Nomos 22 (1980), S. 69-85.

Heller Michael/Salzman James, Mine!, London 2021.

Johnson Denise R., Reflections on the Bundle of Rights, Vermont Law Review 32 (2007), S. 247-272.

Kempny Simon, Artikel 14 GG [Eigentum, Erbrecht, Enteignung] in: Frauke Brosius-Gersdorf, Dreier-Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2023

Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum, ZSR 140 (2021), S. 377-402

Müller Georg, Privateigentum heute – Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, in: ZSR 100 (1981), S. 4-116.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles, The New Property, The Yale Law Journal 73 (1964), S. 733-787.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen, Bern 2007.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung, Bern 1990.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 109-210 und 391-411.

Stepanians Markus, Die Angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? München 2005.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, §§ 63-65.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J., St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Waldron Jeremy, What Is Private Property?, Oxford Journal of Legal Studies 5 (1985), S. 313-349.

LITERATURVERZEICHNIS

Abegg Andreas/Seferovic Goran, Die Ablösung ehehafter Wasserrechte - Zur Umsetzung des Bundesgerichtsentscheids 145 II 140 (Hammer), Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 813–848.

Arendt Hannah, On revolution, London 1963.

Arendt Hannah, Vita activa oder Vom tätigen Leben, 19. Aufl., München et.al. 2019 [1958].

Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel suisse, 3. Aufl., Bern 2013.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Binswanger Hans Christoph, Eigentum und Eigentumspolitik: Ein Beitrag zur Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich 1978.

Calabresi Guido/Melamed Douglas A., Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, Harvard Law Review 1972, S. 1089–1128.

Caridnaux Blaise, Art. 108 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

Coase Ronald H., The Problem of Social Cost, The Journal of Law and Economics 1960, S. 1–44.

Dagan Hanoch, A liberal theory of property, Cambridge Mass. et.al. 2021.

Donahue Charles Jr., The Future of the Concept of Property Predicted, Nomos 1980, S. 28–68.

Dubey Jacques, Espace, temps, propriété: Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, Genf 2012.

Dubey Jacques, Art. 26 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubey Jacques/Besson Samantha, Art. 5 BV., in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand de la Constitution fédérale, Basel 2021.

Dubler Anne-Marie, Eigentum, Historisches Lexikon der Schweiz, <https://hls-dhs-dss.ch/de/articles/008971/2012-08-20/>, besucht am 4.4.2025.

Eckert Martin, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, S. 245–249.

Fisch Jürg, Eigentumsgarantie und Nichtersatzfähigkeit reiner Vermögensschäden: Mittelbare Drittwirkung von Art. 26 Abs. 1 BV innerhalb von Art. 41 Abs. 1 OR, St.Gallen 2020.

Flückiger Alexandre, L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?, AJP/PJA 6 (2013), S. 837-864.

- Föhse Martin, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 29. März 2019, 1C_631/2017; zur Publikation in der amtlichen Sammlung vorgesehen, ZBl 8 (2019), S. 436–447.
- Gächter Thomas/Werder Gregori, Art. 12 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.
- Girsberger Daniel/Furrer Andreas/Krummenacher Peter, Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Zürich et.al. 2015.
- Häberle Peter, Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1984, S. 36–76.
- Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et.al. 2020.
- Heller Michael/Salzman James, Mine!, From personal space to big data, how the hidden rules of ownership control our lives, London 2021.
- Heri Corina, Kommentierung zu Art. 10 BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv10>, besucht am 4.4.2025.
- Huber Eugen, Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfs von 1900: Zweiter Band Sachenrecht und Text des Vorentwurfes vom 15. November 1900 / Vierter Teil. Das Sachenrecht / Erste Abteilung. Das Eigentum., in: Reber Markus/Hurni Christoph (Hrsg.), Die Erläuterungen von Eugen Huber. Text des Vorentwurfs von 1900, Bern 2007, S. 512–536.
- Hürlimann Daniel/Zech Herbert: Rechte an Daten, sui generis 2016, <https://doi.org/10.21257/sg.27>.
- Isensee Josef, Vorwort des Herausgebers, in: Isensee Josef (Hrsg.), Eigentum. Schriften zu Eigentumsgrundrecht und Wirtschaftsverfassung 1970-1996, 2. Aufl., Berlin 1998, S. V–XII.
- Kapczynski Amy, The Law of Informational Capitalism, The Yale Law Journal 2020, S. 1460–1515.
- Karlen Peter, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Genf et.al. 2018.
- Karlen Peter, Alle historischen Rechte veralten – Zur Ablösungspflicht unbefristeter Wasserrechte nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Umweltrecht in der Praxis 2020, S. 799–812.
- Kessler Coendet Franz, Formelle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, 1065–1114.
- Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024.
- Koller Thomas, Bemerkungen zur Subjektivierung des Vermögensbegriffes im Privatrecht, recht 1994, S. 25–31.
- Llanque Marcus, Eigentum in der kritischen Theorie, in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.), Was ist Eigentum? Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005, S. 205–216.
- Mahlmann Matthias, Autonomie, Gleichheit und Eigentum: Rechtsphilosophische Probleme des Eigentumsbegriffes, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 2021, S. 377–402.
- Marantelli Adriano, Berner Gedanken zur konfiskatorischen Besteuerung, in: Kunz Peter V./Weber Jonas/Lienhard Andreas/Fargnoli Iole/Kren Kostkiewicz Jolanta (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 247–288.

Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar: Sachenrecht: 1. Abteilung: Eigentum, 1. Teilband, Systematischer Teil und Art. 641-654, 4. Aufl., Bern 1966.

Mösching Fabian, Kommentierung zu Art. 75b BV 2023, in: Schlegel Stefan/Ammann Odile (Hrsg.), Onlinekommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, <https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/bv75b>, besucht am 4.4.2025.

Müller Georg, Privateigentum heute: Vom Sinn des Eigentums und seiner verfassungsrechtlichen Gewährleistung, Zeitschrift für Schweizerisches Recht 1981, S. 1–116.

Müller Georg, Der Streit um die Eigentumsordnung des Verfassungsentwurfes 1977: Bemerkungen aus staatsrechtlicher Sicht, in: Holzhey Helmut/Kohler Georg (Hrsg.), Eigentum und seine Gründe: Ein philosophischer Beitrag aus Anlaß der schweizerischen Verfassungsdiskussion = La propriété et ses fondements, Bern et.al. 1983, S. 249–266.

Müller Georg, Rechtsstellung von Anstössern an öffentlichen Strassen, recht 1996, S. 218–224.

Müller Jörg Paul/Schefer Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

Osterloh-Konrad Christine, Eigentum in der digitalen Gesellschaft: eine rechtsphilosophische Perspektive, Hofmann Franz/Raue Benjamin (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, Tübingen 2023, S. 9–17.

Pistor Katharina, The code of capital: How the law creates wealth and inequality, Princeton et.al. 2020.

Reich Charles A., The New Property, The Yale Law Journal 1964, S. 733–787.

Riva Enrico, Hauptfragen der materiellen Enteignung: Eine Untersuchung zum Tatbestand des entschädigungspflichtigen Eigentumseingriffs im schweizerischen Recht, Bern 1990.

Riva Enrico, Wohlerworbene Rechte – Eigentum – Vertrauen: Dogmatische Grundlagen und Anwendung auf die Restwassersanierungen nach Art. 80 des eidgenössischen Gewässerschutzgesetzes, Bern 2007.

Riva Enrico/Müller-Tschumi Thomas, § 48 Eigentumsgarantie, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 765–777.

Sägesser Thomas, Die ehehaften privaten Wassernutzungsrechte an öffentlichen Gewässern, Jusletter 2021.

Saladin Peter, Grundrechte im Wandel: Die Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts zu den Grundrechten in einer sich ändernden Umwelt, Bern 1970.

Schefer Markus, Die Kerngehalte von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001.

Schmid Alain/Schmidt Johanna Kirsten/Zech Herbert: Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, sic! 2018, S. 627–639.

Schmid Dominik, Rechtliche Grundlagen der Vermögensverwaltung: Eine Untersuchung zur Bedeutung der Begriffe «Verwaltung» und «Vermögen» im schweizerischen Privatrecht, Bern 2013.

Schreiber Markus, Das Ende der ehehaften Wasserrechte?, AJP/PJA 1 (2020), S. 95–103.

Shklar Judith, The Liberalism of Fear, in: Rosenblum Nancy L. (Hrsg.), Liberalism and the Moral Life, Cambridge, Mass. 1989, S. 21–38.

Stepanians Markus, Die angelsächsische Diskussion: Eigentum zwischen «Ding» und «Bündel», in: Eckl Andreas/Ludwig Bernd (Hrsg.): Was ist Eigentum?: Philosophische Eigentumstheorien von Platon bis Habermas, München 2005.

Strub Dominik, Wohlerworbene Rechte: Insbesondere im Bereich des Elektrizitätsrechts, Freiburg 2001.

Sutter Kaspar/Müller Markus, Historische Rechtspositionen – Fortwirkung oder Untergang?, ZBl 2013, S. 471–490.

Thouvenin Florent, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 2017, S. 21–32.

Thurnherr Daniela, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, 7. September 2021, 1C_453/2019 und 1C_271/2021 (Urteilsbesprechung), ZBl 2 (2023), S. 89–102.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Uhlmann Felix, § 37 – Eigentumsgarantie, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, S. 528–533.

Vallender Klaus/Hettich Peter, Art. 26 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Veit Marc D., Die Ordnungsfunktion der Eigentumsgarantie: Eine ökonomische Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Bern 1999.

Voigtländer Michael/Bierdel Fabian, Zur Rationalität einer neuen Eigenheimförderung: Gutachten für den ZIA Deutschland, 2017, <https://www.iwkoeln.de/studien/michael-voigtlaender-zur-rationalitaet-einer-neuen-eigenheimfoerderung.html>, besucht am 4.4.2025.

Waldmann Bernhard, Art. 26 BV in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zitiert: 2015a).

Waldmann Bernhard, Materielle Enteignung, in: Biaggini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Expertenwissen für die Praxis, Zürich 2015, S. 1115–1164 (zitiert: 2015b).

Zimmermann Konrad, Die Besitzstandsgarantie im öffentlichen Recht, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Amtliches Bulletin des Ständerates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung>, besucht am 5.4.2025.

Amtliches Bulletin des Nationalrates 1998, Sonderdruck zur Reform der Bundesverfassung, online abrufbar unter <https://www.parlament.ch/de/%C3%BCber-das-parlament/wie-funktioniert-das-parlament/parlamentsrecht/bundesverfassung/bundesverfassung-reform-zusammenfassung>, besucht am 5.4.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff. online abrufbar unter <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de>, besucht am 5.4.2025.