

MICHAEL BÜTLER, *Gletscher im Blickfeld des Rechts*, Zürcher Diss., in: *Abhandlungen zum schweizerischen Recht*, Heft 725, Stämpfli Verlag AG, Bern 2006, LVIII und 535 Seiten, CHF 96.–

Beim angezeigten Werk handelt es sich in mehrfacher Hinsicht um eine *aussergewöhnliche Doktorarbeit*. Zunächst ist es schon aussergewöhnlich, dass sich die Rechtsliteratur mit dem *Naturphänomen der Gletscher* befasst, welche in früherer Zeit oft noch als rechtsfreier Raum betrachtet wurden (vgl. Hinweise S. 21). Dann aber beeindrucken vor allem *Umfang* und *Breite* der Arbeit, welche von einem vielfältigen Fachwissen des Autors zeugen. So behandelt MICHAEL BÜTLER sowohl die sich stellenden privatrechtlichen als auch öffentlich-rechtlichen Fragen rund um Gletscher mit Hinweisen auch auf die Situation in anderen Ländern des Alpenraums (und anderer Kontinente), ja selbst der Arktis und Antarktis. Daneben enthält das Werk eine Fülle von Information aus Geographie, Geologie, Klimatologie und Glaziologie, aber auch aus der Literatur-, Kultur- und Rechtsgeschichte rund um das Thema. Das Blickfeld ist insoweit keineswegs auf das Recht beschränkt. Dieses aber wird für die Schweiz sehr umfassend berücksichtigt, was insbesondere eine *eingehende Rechtsvergleichung* zum kantonalen Sachen- und Verwaltungsrecht erfordert, welche durch ein Literatur- und Materialverzeichnis sehr gut dokumentiert wird. Schliesslich fallen die zahlreichen vom Autor stammenden *prächtigen Fotoaufnahmen* auf, welche dem Leser die vielfältige Gletscherwelt der Schweiz mit ihren Erscheinungsformen und Ausprägungen näher bringen und zu Exkursionen zum Thema anregen.

In einem ersten Teil der Arbeit werden die *begrifflichen* und *naturwissenschaftlichen Grundlagen* behandelt. Hieraus ergibt sich, dass die Schweiz zur Jahrtausendwende rund 2000 registrierte Gletscher zählte, welche zusammen eine Fläche von 1'050 km² bedeckten, was 2,5% der Landesfläche und rund die Hälfte der vergletscherten Fläche der Alpen ausmacht (S. 8). Aus späteren Ausführungen ergibt sich,

dass sich die *Alpengletscher* seit Mitte des 19. Jahrhunderts auf dem Rückzug befinden. Im Zeitraum von 1850 bis 1973 haben die Schweizer Gletscher rund die Hälfte ihrer Masse, ein Drittel der Länge und 27% ihrer Fläche eingebüsst. Seither hat sich der Rückgang und Massenverlust dramatisch beschleunigt (Verlust von weiteren ca. 30% Volumen und 20% Fläche in dieser viel kürzeren Zeit; vgl. S. 413 f.).

In einem zweiten Teil (S. 21 ff.) werden die *Rechtsverhältnisse an den Gletschern* dargestellt. Die schweizerische Rechtsordnung verwendet die Begriffe «Firm» (Altschnee) und «Gletscher» (Eisstrom) ohne sie zu definieren (vgl. z.B. Art. 664 ZGB). Eine Definition nimmt dagegen die Arealstatistik Schweiz vor (Mindestfläche Schnee/Eis von 0,25 ha und Deckungsgrad von mehr als 80% im Zeitpunkt der grössten jährlichen Ausaperung). Aufgrund der erwähnten Bestimmung des ZGB stellen die Gletscher in der Regel öffentliche Sachen im Gemeingebrauch dar, freilich unter Vorbehalt des Nachweises von Privateigentum bzw. kantonalen Bestimmungen über die Aneignung durch Private. Nach der (wohl zutreffenden) Auffassung des Autors ergibt sich aus der persönlichen Freiheit ein Anspruch auf Fortbewegung ohne maschinelle Hilfe im Gebirge und insbesondere auch auf Gletschern (S. 28 f.). In der Schweiz besteht an Gletschern nur ausnahmsweise Privateigentum, so etwa am Unter- und Oberaar- sowie am Rhonegletscher. Auch bei solchen Gletschern ist in analoger Anwendung von Art. 699 ZGB ein Zutrittsrecht für jedermann gegeben (S. 53 ff.). Zu Recht hält der Autor fest, dass Gletscher und Hochgebirge aufgrund ihrer Lage und Funktion und insbesondere wegen des bestehenden Schutzbedürfnisses als öffentliche Sache prädestiniert sind und daher der (ursprünglich aufgrund der Eigentumsgarantie erforderliche) Vorbehalt des Nachweises von Privateigentum zeitlich beschränkt und die Neubildung von Privateigentum (oder von beschränkten dinglichen Rechten) ausgeschlossen werden sollte, zumal die z.B. für touristische Bedürfnisse erforderliche besondere Beanspruchung von Fels- und Gletschergebieten auch bzw. besser durch Bewilligungen für gesteigerten Gemeingebrauch, zeitlich befristete Sondernutzungs-konzessionen oder Pachtverträge ermöglicht werden kann (S. 42 ff.). Anschliessend werden weitere interessante sachen- und obligationenrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Gletschern bzw. deren Vorstössen und Rückzügen, Gletscherfunden, Gletscher-

grotten und dem (früher bedeutsamen) Eisabbau abgehandelt sowie die vermessungs- und grundbuchrechtliche Behandlung der Gletscher eingehend beleuchtet (S. 59 ff.). Schliesslich werden wichtige Streitfälle um die Grenzziehung bei Gletschergebieten ausführlich dargestellt (S. 93 ff.).

Der dritte Teil handelt vom *Schutz vor Gletschergefahren*, wobei die Naturgefahren in Gletschergebieten (namentlich Lawinen, Fels- und Eisabbrüche, Hochwasser, Gletscherspalten) eingehend dargestellt (S. 149 ff.) und anschliessend – unter dem Aspekt des Haftungs-, Straf- und Versicherungsrecht – die Verkehrsicherungspflichten bei Gletschergefahren allgemein (namentlich unter Einbezug der Instrumente des Raumplanungs- und Baurechts) und werkbezogen (insbesondere für touristische Anlagen und Bergwege) behandelt werden. Alsdann kommen auch Verhaltenspflichten von Bergsteigern und Gletschergängern zur Sprache (jeweils mit reicher Kasuistik; vgl. S. 169 ff.).

Für das *Umweltrecht* von Interesse ist sodann namentlich der vierte Teil der Dissertation, welcher dem – vor allem kulturell, wissenschaftlich, ökologisch und landschaftsästhetisch motivierten – *Schutz der Gletscher* gewidmet ist. Einen ersten wichtigen Schutz bildet das *Raumplanungs- und Baurecht*, welches Bauten und Anlagen ausserhalb der Bauzonen und damit auch im Gletschergebiet nur ausnahmsweise zulässt (gestützt auf eine Ausnahmegewilligung nach Art. 24 ff. RPG oder aufgrund einer besonderen planungsrechtlichen Grundlage; vgl. S. 300 ff.). Die Anforderungen an den Bedarfsnachweis und die planerische Abstimmung für touristische Anlagen im Hochgebirge sind zu Recht sehr streng (vgl. dazu auch das Landschaftskonzept Schweiz), und es muss insbesondere vermieden werden, dass wegen der Klimaveränderung eine «Flucht» des Skisports in schneesichere Gletschergebiete erfolgt. Der Autor äussert sich in diesem Zusammenhang auch zur Frage, inwieweit heikle Massnahmen wie Pistenbeschneidung, Schneebewirtschaftung und Gletscherabdeckungen zulässig und bewilligungspflichtig sind (S. 311 ff.) und vertritt wohl zutreffend die Auffassung, dass eine Beschneidung von Gletscherpisten absurd und grossräumige Schneeeumlagerungen abzulehnen sind. Ebenso sollten grossflächige Gletscherabdeckungen aus Gründen des Landschaftsschutzes und im Interesse des Gemeingebrauchs nicht zu-

gelassen werden, zumal es sich mittelfristig ohnehin nicht um sinnvolle Gletscherschutzmassnahmen handelt, sondern vielmehr der *Klimaschutz* gefördert werden sollte, welchem der Autor – nach eingehenden Hinweisen zu den Auswirkungen der Klimaveränderung auf die Gletscher in Vergangenheit und Zukunft (S. 411 ff.) – ein eigenes Kapitel mit deutlichem Appell zum Handeln widmet (S. 443 ff.; mit Hinweisen auch zur Frage der Haftung der Treibhausgas-Emittenten für abschmelzende Gletscher und auf bereits erhobene Klimaklagen im Ausland).

Besondere Anforderungen ergeben sich – neben dem auch für Gletschergebiete bedeutsamen Schutz vor Gewässerverunreinigungen durch das *Gewässerschutzgesetz* – aus dem (aufgrund der unterschiedlichen Zuständigkeiten) sehr komplexen *Natur- und Heimatschutzrecht*, welches vom Autor denn auch etwas unübersichtlich und dogmatisch nicht in allen Teilen restlos überzeugend dargestellt wird. Richtig ist, dass der *bundesrechtliche Landschaftsschutz* (inkl. die Grundnorm von Art. 3 NHG) grundsätzlich bzw. direkt nur für die *Erfüllung von Bundesaufgaben* gilt, wobei die Erstellung von Bauten und Anlagen im Gletschergebiet, aber auch die Benutzung durch das Militär und den Flugverkehr aber regelmässig unter diesen Begriff fallen (Ausnahmegewilligungen nach Art. 24 RPG, Seilbahn- und Wasserkraftkonzessionen, militär- und luftfahrtrechtliche Bewilligungen). Eine besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang dem *BLN-Inventar* (Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung) zu, welches 23% des Alpenraums und 20 mindestens teilweise vergletscherte Objekte umfasst. Hier sind Eingriffe grundsätzlich nur zulässig, wenn dafür ein überwiegendes Interesse von ebenfalls nationaler Bedeutung geltend gemacht werden kann. Dasselbe gilt für die ebenfalls vom Bundesrat bezeichneten *Biotoschutzgebiete* von nationaler Bedeutung (Auen-, Moor- und Moorlandschaftsinventar), welche jedoch *auch für die Kantone unmittelbar verbindlich* sind und vor allem am Rand von Gletschern eine Rolle spielen (vgl. insbesondere die Gletschervorfelder im Aueninventar), wobei für Moorgebiete und Moorlandschaften gar ein weitgehendes Veränderungsverbot gilt (nicht behandelt wird die Frage, ob ein Gletscher allenfalls selber ein schützenswertes Biotop darstellen könnte). Ein noch strengerer Schutz besteht im *Nationalpark*, der aber

lediglich ein paar kleine Gletscher aufweist. Der bisherige *völkerrechtliche Schutz* von Alpengebieten (Alpenkonvention; Unesco-Weltnaturerbe) geht dagegen nicht weiter als der nationale Schutz, zumal die Schweiz die (in Einzelpunkten strengeren) Zusatzprotokolle zur Alpenkonvention bisher nicht ratifiziert hat, was der Autor zu Recht bedauert.

Der *BLN-Schutz* weist leider verschiedene Mängel auf (insbesondere wenig präzise Schutzziele) und die *Umsetzung* des *Bundesschutzes* in den *Kantonen* ist allgemein ungenügend. Bei den *Bahnen und Anlagen* im Hochgebirge wirkte sich negativ aus, dass bisher der (oft eher politisch entscheidende) Bundesrat letzte Rechtsmittelinstanz war (vgl. z.B. den Fall Hockenhorn/Lötschental), während mit dem *neuen Seilbahngesetz* (vgl. Referendumsvorlage in BBl 2006, S. 5869 ff.) nun die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht ermöglicht wird (bzw. aufgrund der Justizreform neu der Weiterzug übers Bundesverwaltungsgericht mit öffentlich-rechtlicher Beschwerde ans Bundesgericht). Der Autor betont zuvor (S. 322 f.) auch zutreffend die grosse Bedeutung des *Verbandsbeschwerderechts* für die Durchsetzung der Schutznormen im Alpengebiet. Beigefügt werden kann, dass darauf geachtet werden sollte, dass die einschränkende Vorschrift über Hochgebirgsbahnen in der Konzessionierungsverordnung auch in das neue Ausführungsrecht zum Seilbahngesetz transferiert und wenn möglich verschärft werden sollte (vgl. dazu S. 356 ff. sowie die Kasuistik, S. 383 ff.). Zu Recht postuliert der Autor sodann, dass Gletscher und ihre unmittelbaren Vorfelder nicht mehr für *Stauseen* geopfert werden und *militärische Schiessübungen* und *Landungen touristischer Flugzeuge* nicht mehr in BLN- oder Unesco-Schutzgebieten stattfinden sollten (S. 367 ff.; mit Hinweisen auch zum problematischen Entscheid des Bundesrates i.S. Moorlandsgesellschaft Grimsel, zur Entsorgungs- und Altlastenproblematik im Zusammenhang mit Munitionsrückständen sowie zur Überprüfung der Gebirgslandeplätze bei der Erarbeitung des Sachplans Infrastruktur der Luftfahrt [vgl. dazu nun den Konzeptentwurf des BAZL vom August 2006]). Schliesslich wirft der Autor die Frage auf, ob allenfalls wie in Österreich *besondere Gletscherschutzgebiete* geschaffen werden sollten, was aber nach seiner Auffassung mangels Bundeskompetenz eine Verfassungsänderung erfordern würde. Nicht geprüft wird in diesem Zusammenhang, ob

sich der Bund allenfalls schon heute für Massnahmen zur Erhaltung der Gletscher auf die Grundsatzgesetzgebungskompetenz im Wasserartikel (Art. 76 Abs. 2 BV) berufen könnte, zumal es sich bei Gletschern ebenfalls um Wasservorkommen – freilich in gefrorener Form – handelt (vgl. auch den Hinweis zum Protokoll «Wasser» der Alpenkonvention auf S. 350 sowie S. 469 ff. zum früher allen Ernstes als Möglichkeit diskutierten Abschmelzen von Gletschern gestützt auf den damaligen Wasserwirtschaftsartikel!). Nicht behandelt wird vom Autor – was eine kleine Lücke im umfassenden Werk darstellt – der *Arten- und Jagdschutz*, welcher auch im Hochgebirge und Gletschergebiet durchaus bedeutsam ist (vgl. dazu ausführlich PAUL INGOLD [Hrsg.], Freizeitaktivitäten im Lebensraum der Alpentiere, Bern 2005 [mit Aufsatz von FLORIAN WILD zu den rechtlichen Grundlagen, S. 98 ff.]).

Insgesamt liegt mit dieser Dissertation nicht einfach eine Monographie zu einem einzelnen klar umrissenen rechtlichen Gegenstand vor, sondern ein *eigenliches Nachschlagewerk* zu den sich im Hochgebirge und namentlich bei Gletschern stellenden Rechtsfragen, das überdies durch ein ausführliches Sachregister gut erschlossen ist. Das besondere Verdienst des Autors besteht hierbei darin, dass er erstmals die *gesetzliche Entwicklung* sowie *Lehre und Rechtsprechung* in der ganzen Bandbreite des Themas umfassend aufgearbeitet hat und mit unzähligen Beispielen und Hinweisen aus der Praxis anschaulich zur Darstellung bringt.

Arnold Marti