

# **BGer 1C\_463/2020 vom 3. März 2022**

Bundesgericht, 2022-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_463\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_463_2020)

FR: TF 1C\_463/2020 du 3 mars 2022

IT: TF 1C\_463/2020 del 3 marzo 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Angefochten ist ein kantonaler Erlass; dagegen steht unmittelbar die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen ( Art. 82 lit. b BGG ), wenn der Kanton - wie vorliegend - kein Verfahren der abstrakten Normenkontrolle gegenüber kantonalen Gesetzen kennt ( Art. 87 Abs. 1 BGG ; vgl. auch § 19 Abs. 1 lit. d und § 42 lit. b des Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 [VRG; LS 175.2] e contrario).

### **E. 1.2**

Nach der Rechtsprechung zu Art. 89 Abs. 1 lit. a und b BGG ist zur Beschwerde gegen einen kantonalen Erlass legitimiert, wer durch die angefochtenen Bestimmungen zumindest virtuell betroffen ist, d.h. mit einer minimalen Wahrscheinlichkeit früher oder später einmal unmittelbar in seinen rechtlichen oder tatsächlichen Interessen betroffen sein könnte ( BGE 146 I 62 E. 2.1; Urteil 1C\_181/2019 vom 29. April 2020 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 147 I 103 mit Hinweis).

Der Beschwerdeführer macht in diesem Zusammenhang geltend, er habe im Kanton Zürich Wohnsitz und könnte den Untergrund dereinst in einer Weise nutzen wollen, die im GNU/ZH als bewilligungspflichtig definiert werde. In seiner Eingabe thematisiert er zudem zwei Beispiele möglicher Nutzungen, die seiner Auffassung nach bewilligungsfrei zulässig sein müssten. Die virtuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers durch das angefochtene Gesetz ist somit zu bejahen.

### **E. 1.3**

Im Übrigen wurde die Beschwerde fristgerecht eingereicht ( Art. 101 BGG ) und entspricht den gesetzlichen Formvorschriften. Auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

### **E. 2.1**

Steht die Vereinbarkeit eines kantonalen Erlasses mit übergeordnetem Recht in Frage, so ist im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle massgebend, ob der betreffenden Norm nach anerkannten Auslegungsregeln ein Sinn beigemessen werden kann, der sie mit den angerufenen übergeordneten Normen vereinbar erscheinen lässt. Das Bundesgericht hebt eine kantonale Norm nur auf, wenn sie sich jeder Auslegung entzieht, die mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist, nicht jedoch, wenn sie einer solchen in vertretbarer Weise zugänglich ist. Es ist grundsätzlich vom Wortlaut der Gesetzesbestimmung auszugehen und der Sinn nach den anerkannten Auslegungsmethoden zu bestimmen. Eine mit übergeordnetem Recht konforme Auslegung ist namentlich zulässig, wenn der Normtext lückenhaft, zweideutig oder unklar ist. Der klare und eindeutige Wortsinn darf indes nicht durch eine mit übergeordnetem Recht konforme Interpretation beiseite

geschoben werden. Für die Beurteilung, ob eine kantonale Norm aufgrund materieller Prüfung aufzuheben oder mit übergeordnetem Recht konform auszulegen sei, ist im Einzelnen auf die Tragweite des Grundrechtseingriffs, die Möglichkeit eines hinreichenden Schutzes bei einer späteren Normkontrolle, die konkreten Umstände der Anwendung und die Auswirkungen auf die Rechtssicherheit abzustellen. Der blosse Umstand, dass die angefochtene Norm in einzelnen Fällen gegen übergeordnetes Recht verstossen könnte, führt für sich allein noch nicht zu deren Aufhebung (zum Ganzen: BGE 143 I 426 E. 2 mit Hinweisen).

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 42 Abs. 2 BGG ist in der Beschwerdeschrift darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Rügen wegen Verletzungen von Grundrechten sind gemäss Art. 106 Abs. 2 BGG im Einzelnen vorzubringen und zu begründen. Die Beschwerdeschrift muss darlegen, welche verfassungsmässigen Rechte inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft nur klar und detailliert erhobene Rügen. Diese Grundsätze gelten auch bei der abstrakten Normenkontrolle ( BGE 146 I 62 E. 3 mit Hinweisen).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, § 6 GNU/ZH verstosse gegen Art. 36 Abs. 2, Art. 7, Art. 50 Abs. 1, Art. 49 Abs. 1 und Art. 10 Abs. 2 BV . Er führt aus, nach § 6 GNU/ZH sei jede Nutzung des unmittelbar unter der Erdoberfläche beginnenden Untergrunds bewilligungspflichtig, wobei bloss die Nutzungsarten nach § 8 GNU/ZH davon ausgeschlossen seien. Die Auflistung der Ausnahmetatbestände in § 8 GNU/ZH sei abschliessend, da die Bestimmung kein "insbesondere" oder "namentlich" enthalte. Der Gesetzgeber gehe also davon aus, dass jede nicht von § 8 GNU/ZH erfasste Nutzung des Untergrunds per se gesteigerten Gemeingebrauch darstelle. Eine bestimmungsgemässe und gemeinverträgliche Nutzung einer öffentlichen Sache bzw. des öffentlichen Grundes sei grundsätzlich ohne Bewilligung und unentgeltlich erlaubt.

Die pauschale Bewilligungspflicht nach § 6 GNU/ZG sei nicht durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verletze somit Art. 36 Abs. 2 BV . Nicht jedes Vordringen in den Untergrund ab 1 mm unter der Erdoberfläche stelle ein grundsätzliches Umwelt- oder Sicherheitsrisiko dar. Der Kanton Zürich sei im Übrigen der einzige Kanton, der eine solch umfassende Bewilligungspflicht statuiere; das Muster-GNU des Bundesamts für Raumentwicklung ARE und das Gesetz des Kantons Thurgau würden - gerade umgekehrt als das Zürcher Gesetz - die bewilligungspflichtigen Tatbestände aufzählen, während die anderen Nutzungsarten bewilligungsfrei zulässig seien.

Es sei zwar noch unklar, welche künftigen Untergrundnutzungen dereinst unter die Bewilligungspflicht fallen würden, obwohl sie gemeinverträglich seien. Der Beschwerdeführer zitiert jedoch zwei Beispiele, die beweisen würden, dass eine wortlautgetreue Anwendung von § 6 GNU/ZH Nutzungen für bewilligungspflichtig erkläre, die gemeinverträglich seien. Auf diese Beispiele wird weiter unten näher eingegangen (unten E. 6).

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 664 Abs. 1 ZGB stehen die herrenlosen und die öffentlichen Sachen unter der Hoheit des Staates, in dessen Gebiet sie sich befinden. Das kantonale Recht stellt über die

Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen, wie der Strassen und Plätze, Gewässer und Flussbetten die erforderlichen Bestimmungen auf ( Art. 664 Abs. 3 ZGB ).

#### **E. 4.2**

Die Nutzung von öffentlichen Sachen richtet sich somit in erster Linie nach kantonalem Recht. Dieses umschreibt insbesondere, in welchem Rahmen und Ausmass öffentliche Sachen im Gemeingebrauch genutzt werden dürfen und wie öffentlicher Grund von der Allgemeinheit benützt werden darf. Dabei unterscheiden die kantonalen Rechtsordnungen und die Praxis meist zwischen schlichtem Gemeingebrauch, gesteigertem Gemeingebrauch und Sondernutzung. Die Rechtsprechung und die Verwaltungsrechtswissenschaft haben diese Einteilung konkretisiert ( BGE 135 I 302 E. 3.1 mit Hinweisen auf die Lehre).

#### **E. 4.3**

Nach Rechtsprechung und Lehre gehören zum schlichten Gemeingebrauch die Nutzungen öffentlicher Sachen und all jene Tätigkeiten auf öffentlichem Grund, die entsprechend der breit umschriebenen und weit verstandenen Widmung der Allgemeinheit voraussetzungslos offen stehen. Merkmal des schlichten Gemeingebrauchs bildet die Gemeinverträglichkeit. Eine Nutzung wird als gemeinverträglich betrachtet, wenn sie von allen interessierten Personen gleichermaßen ausgeübt werden kann, ohne dass andere an der entsprechenden Nutzung übermässig behindert werden. Wesentlich ist, dass im fraglichen Bereich gesamthaft eine gleichartige Benutzung durch alle Interessierten praktisch möglich ist ( BGE 135 I 302 E. 3.2 mit Hinweis).

Es besteht zwar kein Rechtsanspruch auf die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs an einer öffentlichen Sache im bisher erlaubten Umfang (Urteile 2P.191/2004 vom 10. August 2005 E. 1.2; 2P.109/1994 vom 14. Oktober 1994 E. 3.b); vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, *Droit administratif. Volume III: L'organisation des activités administratives. Les biens de l'Etat*, 2. Aufl. 2018, S. 704; ROSWITHA PETRY, *L'exercice des droits fondamentaux sur le domaine public*, in: Bellanger/Tanquerel, *La gestion et l'usage des biens de l'Etat à l'aune des droits fondamentaux*, 2020, S. 37 f.).

Hingegen besteht grundsätzlich ein Recht auf freie und unentgeltliche Nutzung der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch, und dies ohne vorgängige Bewilligung ( BGE 96 I 586 E. 5; vgl. Urteil vom 30. März 1984, in: ZBl 87/1986 p. 371). In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass eine allgemeine Bewilligungspflicht für die Nutzung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch grundsätzlich nicht mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip vereinbar wäre (THIERRY TANQUEREL, *Manuel de droit administratif*, 2. Aufl. 2018, N. 208; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Aufl. 2014, § 51 N. 6; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl. 2020, N. 2260).

#### **E. 4.4**

Die Grenze des einfachen Gemeingebrauchs wird überschritten, wenn eine Nutzung ihrer Natur oder Intensität nach den Rahmen des Üblichen übersteigt, nicht mehr der bestimmungsgemässen Verwendung entspricht, den rechtmässigen Gebrauch durch andere Benützer und Benützerinnen beeinträchtigt und somit nicht mehr gemeinverträglich ist. Für die Abgrenzung im Einzelnen ist auf die konkreten örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten sowie die Art und das Ausmass der üblichen Benützung abzustellen. Gesteigerter

Gemeingebrauch unterliegt im Allgemeinen einer Bewilligungspflicht, welche nicht so sehr dem Schutz von Polizeigütern als vielmehr der Koordination und Prioritätensetzung zwischen verschiedenen Nutzungen des öffentlichen Raums dient (vgl. zum Ganzen BGE 135 I 302 E. 3.2 mit Hinweisen).

#### **E. 4.5**

Der Untergrund - soweit dieser nicht Teil des Privateigentums nach Art. 667 ZGB bildet - gehört zu den öffentlichen Sachen gemäss Art. 664 ZGB und steht unter der Hoheit des Kantons ( BGE 145 II 32 E. 2.1; 119 Ia 390 E. 5.d); vgl. auch MOOR/BELLANGER/TANQUEREL, a.a.O., S. 657; PIERRE MOOR, Les biens de l'Etat: état des lieux, in: Bellanger/Tanquerel, a.a.O., S. 13 f.; POLTIER/PIOTET, La marge d'autonomie du législateur cantonal dans l'exploitation de la géothermie, in: ZSR 2015 I, S. 462; MATTHIEU CARREL, Le régime du sous-sol en droit suisse, Diss. 2015, S. 67 f.; THOMAS ENDER, Wem gehört der Untergrund?, in: URP 2014, S. 456). Der Kanton ist somit befugt, über die Nutzungsart des Untergrunds zu bestimmen ( BGE 145 II 32 E. 2.1; 119 Ia 390 E. 5.d). Dies bedeutet auch, dass am Untergrund Gemeingebrauch bestehen kann, aber nicht muss (REY/STREBEL in: BSK-ZGB II, N. 13 zu Art. 664 ZGB ).

#### **E. 5.1**

Das vom Kanton Zürich erlassene GNU/ZH regelt die Nutzung des Untergrundes (§ 1 GNU/ZH). Als Untergrund gilt gemäss § 2 GNU/ZH "derjenige Teil der Erde, der sich durch die Erdoberfläche von der Atmosphäre und den oberirdischen Gewässern abgrenzt. Zum Untergrund gehören auch die Bodenschätze und die herrenlosen Naturkörper nach Art. 724 ZGB ". Zwar erklärt das GNU/ZH nicht ausdrücklich den gesamten Untergrund als eine Sache im gesteigerten Gemeingebrauch; § 6 GNU/ZH führt jedoch für die Nutzung des Untergrundes eine Bewilligungspflicht ein. Wer den Untergrund nutzt, benötigt demnach eine Bewilligung der für die Nutzung des Untergrundes zuständigen Direktion des Regierungsrates (Direktion). § 8 GNU/ZH schliesslich enthält eine Aufzählung von Nutzungsarten, die von der Bewilligungs- bzw. Konzessionspflicht ausgenommen sind.

#### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer beruft sich in seiner Beschwerde zu Recht nicht auf einen generellen (verfassungsmässigen) Anspruch auf die Aufrechterhaltung des Gemeingebrauchs an einer öffentlichen Sache - vorliegend des Untergrunds - im bisher erlaubten Umfang: wie oben ausgeführt, besteht kein solcher Anspruch (vgl. oben E. 4.3).

Er macht jedoch zunächst in genereller Weise geltend, die einzuführende Bewilligungspflicht sei nicht durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und stützt sich dabei auf Art. 36 Abs. 2 BV . Dabei übersieht er, dass diese Bestimmung nur im Zusammenhang mit der Einschränkung eines Grundrechts angerufen werden kann (vgl. den Randtitel des Artikels ["Einschränkungen von Grundrechten"] sowie ASTRID EPINEY, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 7 zu Art. 36). Soweit der Beschwerdeführer sich jedoch auf das in Art. 5 Abs. 2 BV verankerte, generelle Erfordernis eines öffentlichen Interesses am staatlichen Handeln berufen wollte, ist im Folgenden zu prüfen, ob ein irgendwie geartetes öffentliches Interesse an der einzuführenden generellen Bewilligungspflicht erkennbar ist. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich das Bundesgericht bei der Prüfung dieser Frage Zurückhaltung auferlegt, dies umso mehr, als den Kantonen bezüglich der Nutzung öffentlicher Sachen ein grosser Entscheidungsspielraum offen steht (vgl. oben E. 4.2).

### **E. 5.3**

Der Regierungsrat des Kantons Zürich hat in seiner Weisung zum GNU/ZH festgehalten, es könne grundsätzlich von jeder Bohrung und von jedem Vordringen in den Untergrund, unabhängig von der dabei angewendeten Technik, ein Risiko für die Umwelt ausgehen (Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 15. November 2016, Nr. 5218 a, S. 16). In der Vernehmlassung führt das AWEL ausserdem aus, die Nutzungsmöglichkeiten des öffentlichen Untergrunds stellten in aller Regel gesteigerten Gemeingebrauch oder sogar Sondernutzung dar. Um die Koordination der unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten und die Kontrolle und Abstimmung der in jüngster Zeit zunehmenden Nutzungsinteressen sicherzustellen, sowie um Risiken für die Umwelt und die Sicherheit vorzubeugen, sei eine gesetzliche Grundlage unabdingbar.

Unter Berücksichtigung des grossen Entscheidungsspielraums der Kantone bezüglich der Nutzung öffentlicher Sachen (vgl. oben E. 4), der Unbestimmtheit des Begriffs des öffentlichen Interesses sowie der Zurückhaltung, die sich das Bundesgericht bei der abstrakten Kontrolle von kantonalen Normen auferlegt (vgl. oben E. 2.1), können die vom Kanton Zürich genannten Anliegen - Koordination der unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten, Kontrolle und Abstimmung der Nutzungsinteressen, Vorbeugung von Risiken für die Umwelt und die Sicherheit - ohne Weiteres als öffentliche Interessen bezeichnet werden. Die einzuführende Bewilligungspflicht nach § 6 GNU/ZH lässt sich somit hinsichtlich des geltend gemachten Erfordernisses des öffentlichen Interesses verfassungskonform auslegen.

### **E. 5.4**

Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, die Bewilligungspflicht gemäss § 6 GNU/ZH sei im Zusammenhang mit der Verletzung der persönlichen Freiheit nicht durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt; sie verletze Art. 36 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BV.

In seinen Ausführungen beschränkt er sich dabei auf das behauptete fehlende öffentliche Interesse, ohne jedoch darzulegen, inwiefern sein Recht auf persönliche Freiheit, insbesondere jenes auf körperliche und geistige Unversehrtheit und auf Bewegungsfreiheit durch § 6 GNU/ZH berührt bzw. eingeschränkt wird. Der generelle Hinweis darauf, dass Art. 10 Abs. 2 BV als Auffanggrundrecht diesen Tatbestand abdecken würde, reicht nicht aus. Die Beschwerde ist diesbezüglich nicht genügend substantiiert. Im Übrigen ist es auch nur schwer ersichtlich, inwiefern § 6 GNU/ZH eine generelle Einschränkung der persönlichen Freiheit des Beschwerdeführers darstellen würde, da letztere Bestimmung keine allgemeine Handlungsfreiheit enthält, auf die sich die einzelnen Personen gegenüber jedem staatlichen Akt, der sich auf ihre persönliche Lebensgestaltung auswirkt, berufen kann (BGE 138 IV 13 E. 7.1 ; 133 I 110 E. 5.2; Urteil 8C\_930/2015 vom 15. April 2016 E. 6.3).

### **E. 6**

Der Beschwerdeführer beruft sich sodann auf zwei konkrete Beispiele, welche die Verfassungswidrigkeit von § 6 GNU/ZH aufzeigen sollten.

#### **E. 6.1.1**

In seinem ersten Beispiel soll eine biologisch abbaubare Urne mit den sterblichen Überresten eines Menschen an einem bestimmten Platz in einem Zürcher Wald vergraben

werden, zu welchem die verstorbene Person einen besonderen emotionalen Bezug hatte. Nach Ansicht des Beschwerdeführers stellt dies eine gemeinverträgliche Nutzung von öffentlichem Untergrund dar, wäre aber nach § 6 GNU/ ZH bewilligungspflichtig. Es mangle hier an einem öffentlichen Interesse für die Bewilligungspflicht ( Art. 36 Abs. 2 BV ); diese verletze ausserdem das Recht auf ein schickliches Begräbnis ( Art. 7 BV ), da der Staat dies durch prohibitive Vorschriften einschränke. Hinzu komme, dass nicht der Kanton, sondern die Gemeinden zuständig seien, das Beisetzen von Urnen oder das Ausbringen von Asche ausserhalb von Friedhöfen einzuschränken oder zu verbieten, wodurch auch die Gemeindeautonomie ( Art. 50 Abs. 1 BV ; Art. 85 Abs. 1 KV/ZH ) verletzt werde.

#### **E. 6.1.2**

In der Weisung zum GNU/ZH wird ausgeführt, von der Bewilligungs- und Konzessionspflicht seien jene Nutzungen ausgenommen, die Gegenstand anderer kantonaler oder kommunaler Erlasse sind. Diese bleiben nach der Weisung in jedem Fall vorbehalten (Antrag des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 15. November 2016, Nr. 5218 a, S. 20 und 21).

In seiner Vernehmlassung zur vorliegenden Beschwerde bestätigt das AWEL stellvertretend für den Regierungsrat des Kantons Zürich diese Auslegung des GNU/ZH: Nutzungen des Untergrundes, die bereits von anderen Erlassen geregelt würden, seien nicht vom GNU/ZH erfasst. Zum ersten Beispiel des Beschwerdeführers führt es spezifisch aus, das Vergraben einer Urne im Wald sei in § 29 Abs. 1 der Bestattungsverordnung des Kantons Zürich vom 20. Mai 2015 (BesV/ZH; LS 818.61) geregelt, wonach Urnen und Kremationsasche ausserhalb von Friedhöfen nur beigesetzt oder ausgebracht werden dürfen, wenn die Bestimmungen des Forst-, Gewässerschutz-, Luftfahrt-, Bau- und Umweltrechts eingehalten werden (lit. a) und die Urnen und Kremationsasche nicht als solche erkennbar sind und nach kurzer Zeit nicht mehr wahrgenommen werden können (lit. b). Diese Regelung der Urnenbestattung im Kanton Zürich bleibe unverändert, weshalb sich die diesbezügliche Rüge des Beschwerdeführers als unbegründet erweise.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen besteht für das Bundesgericht kein Anlass dazu, davon auszugehen, der Regierungsrat würde das GNU/ZH anders auslegen, als er dies sowohl in seiner Weisung wie auch in seiner Stellungnahme ausgeführt hat. Das erste Beispiel des Beschwerdeführers - das Vergraben einer biologisch abbaubaren Urne mit sterblichen Überresten in einem Zürcher Wald - wird also nicht vom GNU/ZH erfasst, da es schon von einem anderen kantonalen Erlass geregelt wird. Bereits aus diesem Grund ist weder eine Verletzung des Rechts auf ein schickliches Begräbnis ( Art. 7 BV ) noch eine Verletzung der Gemeindeautonomie ( Art. 50 BV ) auszumachen.

#### **E. 6.2.1**

Im zweiten Beispiel des Beschwerdeführers sucht jemand in einem Zürcher Wald nach antiken Relikten und stösst mithilfe eines Metalldetektors auf eine eiserne Vase und gräbt diese aus. Nach Ansicht des Beschwerdeführers war dieses Vorgehen bislang ohne Bewilligung zulässig. § 6 GNU/ZH sehe für diese Tätigkeit nun eine Bewilligung vor, obwohl ein öffentliches Interesse für eine Bewilligungspflicht vollständig fehle und dies somit gegen Art. 36 Abs. 2 BV verstosse. Auch der Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts ( Art. 49 Abs. 1 BV ) werde verletzt, da aus Art. 724 ZGB hervorgehe, dass es erlaubt sei, im öffentlichen Untergrund nach wissenschaftlichen Gegenständen zu suchen.

### **E. 6.2.2**

Auch bezüglich des zweiten Beispiels führt der Regierungsrat aus, dieses sei bereits durch andere Erlasse geregelt und werde somit nicht durch das GNU/ZH erfasst. Gemäss § 28 Abs. 2 der Kantonalen Natur- und Heimatschutzverordnung vom 20. Juli 1977 (KNHV/ZH; LS 702.11) bedürften gezielte Nachforschungen, insbesondere archäologische Grabungen, einer Bewilligung des kantonalen Amtes für Raumentwicklung.

Wiederum besteht für das Bundesgericht kein Anlass dazu, von diesen Ausführungen des Regierungsrats abzuweichen. Da auch dieses zweite Beispiel nicht vom GNU/ZH erfasst wird, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Bewilligungspflicht nach § GNU/ZH den Grundsatz des Vorrangs des Bundesrechts verletzt.

### **E. 6.3**

Nach dem Gesagten konnte der Beschwerdeführer weder aufzeigen, dass § 6 GNU/ZH gegen Bundesrecht, namentlich gegen Art. 36 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 10 Abs. 2 BV verstösst, noch dass die beiden Beispiele nach Inkrafttreten des GNU/ZH von diesem erfasst und zu einer Verfassungsverletzung führen würden.

### **E. 7**

Weiter rügt der Beschwerdeführer, § 9 Abs. 4 GNU/ZH verletze Art. 5 Abs. 1 und 9 BV . Gemäss § 9 Abs. 4 GNU/ZH bestehe kein Rechtsanspruch auf eine Bewilligung. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung bejahe jedoch einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Polizeibewilligung, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt seien. Daraus folge, dass die Nichterteilung einer Bewilligung trotz Erfüllens der gesetzlichen Voraussetzungen zwingend das Legalitätsprinzip ( Art. 5 Abs. 1 BV ) wie auch das Willkürverbot ( Art. 9 BV ) verletze.

#### **E. 7.1**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt die Bewilligung für den gesteigerten Gemeingebrauch einer Sache keine Polizeibewilligung, sondern eine Bewilligung sui generis dar. In der Tat dient die Bewilligung nicht nur dem Schutz der Polizeigüter, sondern der Koordination und Prioritätensetzung zwischen verschiedenen Nutzungen der öffentlichen Sachen im Gemeingebrauch ( BGE 126 I 133 E. 4.d); Urteil 2C\_61/2012 vom 2. Juni 2012 E. 2.1). Bei der Bewilligungserteilung ist der mit dem gesteigerten Gemeingebrauch verbundenen Grundrechtsausübung Rechnung zu tragen. In diesem Sinne wird im Allgemeinen ein bedingter Anspruch auf Bewilligung von gesteigertem Gemeingebrauch anerkannt (vgl. BGE 135 I 302 E. 3.2 mit Hinweisen).

#### **E. 7.2**

Das AWEL führte in seiner Stellungnahme aus, es handle sich bei der Bewilligung des Untergrunds um eine Bewilligung für gesteigerten Gemeingebrauch. Insofern entspricht § 9 Abs. 4 GNU/ZH, der einen Anspruch auf die Erteilung einer solchen Bewilligung verneint, der bundesgerichtlichen Praxis. Der Kanton Zürich wird jedoch einer mit dem gesteigerten Gemeingebrauch verbundenen Grundrechtsausübung in seiner Bewilligungspraxis Rechnung tragen müssen. Die Rüge des Beschwerdeführers ist somit unbegründet.

### **E. 8**

Der Beschwerdeführer bringt schliesslich vor, § 36 Abs. 1 GNU/ZH verstosse gegen Art. 36 Abs. 2, Art. 7, Art. 50 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2 und Art. 49 Abs. 1 BV . Er bringt dieselben

Argumente vor, die er bezüglich der behaupteten Verfassungswidrigkeit der §§ 6 und 9 Abs. 4 GNU/ZH vorgetragen hat. Wie oben aufgezeigt, konnte der Beschwerdeführer die Verfassungswidrigkeit der beiden Bestimmungen anhand seiner Argumente nicht aufzeigen. Dasselbe gilt auch für § 36 Abs. 1 GNU/ZH, stellt dieser doch bloss eine Norm zur Umsetzung der neuen, nicht bundesrechtswidrigen Regelung dar. Er macht überdies keine weiteren Argumente geltend, die eine nähere Prüfung dieses Artikels rechtfertigen würden.

#### **E. 9**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.