

Zur Vereinbarkeit der Einführung einer Alpentransitbörse mit den Vorgaben des EU-Rechts

Gutachten im Auftrag der Europaregion Tirol
– Südtirol – Trentino

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

September 2013

Inhalt

A.	Einleitung und Problemstellung	4
B.	Zur Funktionsweise einer Alpentransitbörse	6
C.	Zur Vereinbarkeit einer Alpentransitbörse mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV)	8
I.	Schutzbereich	9
II.	Eingriff	10
III.	Rechtfertigung	13
1.	Grundsatz	13
a)	Rechtfertigungsgrund	14
b)	Verhältnismäßigkeit	20
aa)	Geeignetheit	20
bb)	Erforderlichkeit	24
cc)	Angemessenheit	26
dd)	Fazit	28
2.	Insbesondere: zur Bevorzugung des Lokal- und Regionalverkehrs	31
D.	Zu den Vorgaben des Sekundärrechts: die RL 1999/62 („Wegekostenrichtlinie“)	33
I.	Zum Begriff der „Maut“ im Sinne der RL 1999/62 im Zusammenhang mit einer Alpentransitbörse	34
II.	Zur Abgeschlossenheit der RL 1999/62	35
1.	Grundsätze	35
2.	Anwendung auf die RL 1999/62 in Bezug auf die Einführung einer Alpentransitbörse	38
3.	Fazit	39
E.	Zu den Vorgaben des Landverkehrsabkommens Schweiz – EU	41
I.	Struktur und Inhalt des Landverkehrsabkommens: ein Überblick	41
II.	Zur Abgeschlossenheit der RL 1999/62	43

1.	Zur rechtlichen Tragweite des Grundsatzes der „freien Wahl des Verkehrsträger“	43
2.	Das Verbot einseitiger mengenmäßiger Beschränkungen	47
3.	Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung	48
4.	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der dem Verkehr angelasteten Kosten	49
5.	Fiskalische Vorgaben des LVA und Kontingentierungsverbot	50
III.	Fazit	52
F.	Zur rechtlichen Implementierung einer Alpentransitbörse	54
I.	Unionsrechtliche Ebene	54
II.	Völkerrechtliche Ebene	57
III.	Mitgliedstaatliche Ebene	59
IV.	Fazit	60
G.	Zusammenfassende Thesen und Schlussbemerkung	61
I.	Zusammenfassung	61
1.	Das System der Alpentransitbörse	61
2.	Zur Vereinbarkeit einer Alpentransitbörse mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV)	61
3.	Zu den Vorgaben des Sekundärrechts: die RL 1999/62 („Wegekostenrichtlinie“)	63
4.	Zu den Vorgaben des Landverkehrsabkommens	63
5.	Zur rechtlichen Implementierung einer Alpentransitbörse	64
II.	Schlussbemerkung	64
	Literatur	65
	Abkürzungen	71

A. Einleitung und Problemstellung

Der **alpenquerende Gütertransport auf der Straße** weist nach wie vor ein (im Übrigen ständig steigendes) Volumen¹ auf, das aus umweltpolitischer Sicht (unter Einschluss von Problemen des Lärmschutzes) problematisch ist, was auch in zahlreichen Alpenländern thematisiert wird.² Vor diesem Hintergrund wurden und werden verschiedene **Instrumente** bzw. Maßnahmen diskutiert, die zu einer **Reduktion dieses Verkehrs** führen sollen, so z.B. Abgabensysteme unterschiedlicher Art, die Einführung einer Art Emissionshandelssystem für den alpenquerenden Straßengüterverkehr oder auch ergänzende Maßnahmen, wie z.B. der qualitative und quantitative Ausbau der Schienentransportkapazitäten oder bestimmte Subventionen.³

Ein insbesondere in der Schweiz diskutierter und von dieser auch in die internationale Diskussion eingebrachter Ansatz ist die sog. **Alpentransitbörse**, deren Grundgedanke dahingehend zusammengefasst werden kann, dass die Anzahl alpenquerender Transitfahrten durch den Straßengüterverkehr plafoniert wird, in einer entsprechenden Anzahl (in ihrem zeitlichen Geltungsbereich grundsätzlich limitierte) „Alpenüberquerungsrechte“ verteilt bzw. versteigert werden, die dann ihrerseits auch gehandelt werden können.⁴ Allerdings kam eine jüngst veröffentlichte Studie⁵ zu dem Schluss, dass bereits das Grundsystem der Alpentransitbörse einerseits mit dem EU-Primärrecht (im Wesentlichen dem Grundsatz des freien Warenverkehrs, Art. 34 AEUV), andererseits mit dem Sekundärrecht (im Wesentlichen die sog. Wegekostenrichtlinie, RL 1999/62⁶) unvereinbar sei.

Dies soll zum Anlass genommen werden, diese Problematik nochmals aufzugreifen und danach zu fragen, ob und inwieweit die **Einführung einer Alpentransitbörse mit dem geltenden EU-Recht in Einklang** stünde, wobei auch das Landverkehrsabkommen Schweiz – EU in die Betrachtungen einzubeziehen ist.

Damit ergibt sich auch der Aufbau der folgenden Ausführungen: Auf der Grundlage der Skizzierung der Funktionsweise der Alpentransitbörse (B.) soll in einem ersten Schritt nach ihrer Vereinbarkeit mit dem EU-Primärrecht – wobei eine Konzentration auf die Vorgaben des Art. 34 AEUV erfolgt – gefragt werden (C.), bevor in einem zweiten Schritt (D.) die Relevanz des geltenden Sekundärrechts in diesem Zusammenhang analysiert wird. Ein eigener Abschnitt ist sodann dem Landverkehrsabkommen der Schweiz mit der EU gewidmet (E). Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schließlich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbemerkung anschliesst (F.).

¹ S. nur die Statistiken bei *Ettl*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 127 ff.; *Satzinger*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 11 ff.

² Zur Problematik auch schon *Epiney/Heuck*, ZUR 2009, 178 f.; *Epiney/Heuck*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 31 f.

³ S. insbesondere die verschiedenen Studien, die auf der homepage des sog. Zürich-Prozesses (www.zuerich-prozess.org) zugänglich sind.

⁴ Vgl. im Einzelnen noch unten B.

⁵ Die sog. LEGALP-Studie, vgl. *Fischer et al.*, LEGALP, 2012.

⁶ RL 1999/62 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge, ABl. 1999 L 187, 42.

Deutlich wird damit auch, dass sich die Ausführungen auf gewisse Aspekte der Vereinbarkeit einer Alpentransitbörse mit geltendem EU-Recht beschränken, so dass nicht der Anspruch erhoben wird, alle in diesem Zusammenhang (möglicherweise) relevanten Fragen zu behandeln. So bleibt insbesondere der Problemkreis der Verwendung der Erträge aus einer Versteigerung von Alpentransitrechten bzw. -einheiten – der insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Beihilferechts zu analysieren wäre – ausgeblendet. Nichtsdestotrotz dürften diejenigen Punkte, die für die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit der Einführung einer Alpentransitbörse aus unionsrechtlicher Sicht relevant sind, im Wesentlichen berücksichtigt worden sein, so dass die Untersuchung auf diese Grundsatzfrage eine Antwort zu geben vermag, was nichts daran ändert, dass im Falle der Einführung des Instruments bei seiner genauen Ausgestaltung selbstverständlich auf die Unionsrechtskonformität geachtet werden müsste.

Die vorliegende Untersuchung – die in Teilen auch bereits von der Verfasserin durchgeführte Studien⁷ aufgreift bzw. auf deren Ergebnisse zurückgreift – geht auf ein durch die Verfasserin im Auftrag der „Europaregion Tirol – Südtirol – Trentino“ erstelltes Gutachten zurück. Inhaltlich handelt es sich aber um ein unabhängiges Gutachten: Die Verfasserin wurde ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten.

Im Einzelnen wurden der Verfasserin folgende Fragen bzw. Problemstellungen zur Klärung unterbreitet:

- „- Stellt die Verlagerung auf die Schiene (Veränderung des *modal split*) schon *per se* ein umweltpolitisches Ziel dar, oder sind alleine die umweltpolitischen Ziele wie z.B. Luftreinhaltung ausschlaggebend?
- Gibt es das rechtliche Erfordernis, alle miteinander in „Konkurrenz“ stehenden Alpenpässe in das ATB-Regime einschließen, oder können auch nur einzelne Pässe davon betroffen sein?
- Welche unions- und völkerrechtlichen Änderungen im Verhältnis EU und Schweiz sind zur Umsetzung der ATB erforderlich?
- Ist ein Mautsystem grundsätzlich eine mildere Maßnahme im Sinne der Verhältnismäßigkeit?
- Inwieweit ist die Unionsregelung der RL 1999/62 (Wegekostenrichtlinie) wirklich abschließend (Toll+) bzw. inwieweit lässt diese Regelung Spielraum für andere Steuerungsmodelle (ATB bzw. AETS)?
- Müssen sich bei der ATB die Ausgabepreise an den tatsächlichen Kosten (interne/externe Kosten) orientieren?“

Der Europaregion, insbesondere Herrn *Matthias Fink*, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die sehr angenehme und konstruktive Zusammenarbeit gedankt.

⁷ S. insbesondere *Epiney/Heuck*, ZUR 2009, 178 ff.; *Epiney/Heuck*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 31 ff.; *Epiney*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 113 ff.

B. Zur Funktionsweise einer Alpentransitbörse

Das System der Alpentransitbörse (ATB) wurde mittlerweile in einer Reihe von Studien insbesondere auch technischen Charakters eingehend untersucht, und es kann als gesichert angesehen werden, dass ein derartiges System machbar ist.⁸ Daher geht es hier weder um eine vollständige Darstellung des Systems noch um die durchaus noch offenen Fragen der genauen Ausgestaltung – z.B. in Bezug auf die Verwendung der Mittel und die genaue Art der Ausgabe von Alpentransitrechten bzw. -einheiten. Vielmehr erfolgt eine Beschränkung auf die Skizzierung der grundsätzlichen Funktionsweise einer Alpentransitbörse, wobei diejenigen Aspekte herausgegriffen werden, die aus rechtlicher Sicht für die in dieser Untersuchung im Vordergrund stehenden Aspekte⁹ relevant sind.

In diesem Sinn seien folgende **Merkmale der Funktionsweise einer Alpentransitbörse** hervorgehoben:¹⁰

- Die **Anzahl alpenquerender Schwerverkehrsfahrten** auf der Straße wird quantitativ **limitiert**.
- Alle erfassten Fahrzeuge müssen für die Fahrt über einen in das System einbezogenen Alpenübergang¹¹ ein **Alpentransitrecht (ATR)** vorweisen. Eine bestimmte Anzahl von **Alpentransiteinheiten (ATE)** – wobei der Konversionskurs¹² im Voraus festzulegen ist bzw. wäre – soll zum Bezug eines Alpentransitrechts (ATR) berechtigen. Dieses ATR soll sich wiederum auf ein bestimmtes Fahrzeug beziehen und zu einer Fahrt über einen Alpenübergang in einer Richtung während einer bestimmten Periode berechtigen, vorbehaltlich nicht planbarer Störungen des Systems wie Unfälle oder Naturereignisse.
- Für die **Zuteilung der ATE** bestehen verschiedene Möglichkeiten: kostenlose Verteilung nach einem bestimmten Schlüssel, Verkauf zu einem festen Preis oder eine **Versteigerung**, wobei letztere im Vordergrund steht.¹³
- Einmal sich auf dem Markt befindliche ATE sollen **frei gehandelt** werden können.
- Für den **Lokal- und Kurzstreckenverkehr** (die erfassten Distanzen beidseits des Alpenkamms würden in Abhängigkeit der Kilometer festgelegt) sollen

⁸ Vgl. insbesondere Alpentransitbörse. Untersuchung der Praxistauglichkeit, Studie erstellt vom Projektteam RAPP Trans AG, Bern 2007, verfügbar unter www.are.admin.ch; s. sodann die sog. ALBATRAS-Studie, verfügbar unter www.zurich-process.org.

⁹ Vgl. insoweit die Problemstellung oben A.

¹⁰ Vgl. insoweit schon *Epiney/Heuck*, ZUR 2009, 178 (179 f.); *Epiney*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 113 (114); s. ansonsten zur grundsätzlichen Funktionsweise der Alpentransitbörse *Rinderknecht*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 107 (109 f.).

¹¹ Dies sind in der Schweiz gemäß Art. 2 STVG (Bundesgesetz über den Straßentransitverkehr im Alpengebiet, SR 725.14): San Bernardino, Gotthard, Simplon, Großer St. Bernhard. Zur Frage der Notwendigkeit (aus unionsrechtlicher Sicht), alle miteinander in Konkurrenz stehenden Alpenpässe in das System einzubeziehen, unten C.III.1.b)aa).

¹² Dieser kann in Abhängigkeit von verschiedenen Umständen bestimmt werden. So kann z.B. die Anzahl der zur entrichtenden ATE für ein ATR je nach Fahrzeugtyp (z.B. Emissionskategorie) unterschiedlich hoch sein.

¹³ Vgl. auch *Weber*, AJP 2008, 1213.

bevorzugte Bedingungen zum Zuge kommen; in Betracht kommt insbesondere eine Reduktion der für ein ATR notwendigen ATE.¹⁴

Interessant – auch in Bezug auf die noch erfolgenden rechtlichen Erörterungen – ist der Umstand, dass der für die ATB gewählte Ansatz in anderen umweltrechtlichen Bereichen in ähnlicher Form bereits praktiziert wird („Zertifikatshandel“). Anders als beim sog. **Emissionshandel**¹⁵ geht es jedoch nicht um eine maximal tolerierbare Schadstoffmenge, die ausgestoßen werden darf, sondern um eine maximale Anzahl von schweren Güterverkehrsfahrten durch die Alpen bzw. über die erfassten Alpenpässe. Durch die Möglichkeit der Differenzierung eines ATR nach verschiedenen Emissionsklassen ist das Modell der ATB jedoch durchaus mit dem Handel mit Emissionszertifikaten vergleichbar.¹⁶

¹⁴ Zur rechtlichen Problematik in diesem Zusammenhang noch unten C.III.2.

¹⁵ Auf der Grundlage der RL 2003/87 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, ABl. 2003 L 176, 29. Zu diesem, m.w.N., *Epiney*, ZUR 2010, 236 ff.

¹⁶ Vgl. *Bundesamt für Raumentwicklung*, ATB, 195.

C. Zur Vereinbarkeit einer Alpentransitbörse mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV)

Wie bereits eingangs¹⁷ bemerkt, steht bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Einführung einer Alpentransitbörse mit dem EU-Primärrecht die **Warenverkehrsfreiheit** (Art. 34 AEUV) im Vordergrund.

Zwar könnte auch Art. 18 AEUV (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) relevant sein; diese Vorschrift tritt aber im Falle der Einschlägigkeit der Warenverkehrsfreiheit grundsätzlich zurück,¹⁸ jedenfalls soweit es um dieselben Regelungen geht, die schwerpunktmäßig den freien Warenverkehr betreffen (könnten).¹⁹

In Betracht kommen könnte auch noch der freie Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV); dieser dürfte jedoch – zumindest auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs – im Zusammenhang mit der Einführung einer Alpentransitbörse hinter die Warenverkehrsfreiheit zurücktreten.²⁰

Art. 110 AEUV – wonach auf eingeführte Waren weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben als auf einheimische Waren erhoben werden dürfen – dürfte im Zusammenhang mit der Einführung einer Alpentransitbörse bereits tatbestandlich nicht einschlägig sein: Denn diese Vorschrift setzt u.a. voraus, dass die innerstaatliche Abgabe auf Waren erfolgt. Zwar kann dieser Warenbezug auch mittelbar sein, indem etwa der Wert oder das Gewicht einer Ware als Bezugsgröße für die Abgabenbelastung fungiert, wie z.B. bei Registrierungs-, Lager- oder Postgebühren,²¹ aber auch im Falle einer Abgabe, die eine u.a. nach Gewicht der Ware bemessene Transportleistung betrifft.²² Im Falle der Alpentransitbörse ist aber auch dieser nur mittelbare Warenbezug – trotz der zu erwartenden Auswirkungen der Einführung einer ATB auf den Preis bestimmter transportierter Waren und unabhängig von der Frage, ob ein Handelssystem überhaupt als Abgabe im Sinne des Art. 110 AEUV anzusehen sein kann – zu verneinen: Denn die Bemessungsgrundlage für die zu entrichtenden „Abgaben“ – also der Preis für den Erwerb der ATE bzw. eines ATR – soll sich gerade nicht nach Kriterien bestimmen, die an die transportierten Waren – ihr Gewicht, ihren Wert oder die zurückgelegte Länge der Transportstrecke – anknüpfen, sondern es geht allein um eine Art Gebühr auf das Überschreiten bestimmter Alpenübergänge. Bei einer solchen Abgabe ist nämlich gerade nicht davon auszugehen, dass sie sich unmittelbar auf den Warenpreis auswirkt; vielmehr stellen solche Abgaben eine von mehreren Arten von Kosten dar, mit denen sich die Wirtschaftsteilnehmer konfrontiert sehen. Dann aber fehlt jegliche Grundlage dafür, dass es um eine Abgabe auf eine Ware geht.²³

Im Übrigen – wobei hierauf in der vorliegenden Untersuchung nicht einzugehen ist²⁴ – wäre bei der genauen Ausgestaltung der Verteilung bzw. Versteigerung der ATE das relevante EU-Recht (wobei insbesondere das Beihilfenrecht, aber auch etwa der allgemeine Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, Art. 18 AEUV, sowie das Wettbewerbsrecht relevant sein könnten) zu beachten.

Bei der Frage nach der Vereinbarkeit der Alpentransitbörse mit Art. 34 AEUV ist – in Anknüpfung an die hier zum Zuge kommenden allgemeinen Grundsätze und auf

¹⁷ Oben A.

¹⁸ Zumindest missverständlich jedoch (noch) *Epiney/Heuck*, in: *Der alpenquerende Gütertransport*, 31 (35).

¹⁹ Was in Bezug auf die Alpentransitbörse, wie noch zu zeigen sein wird (vgl. unten C.I.), der Fall ist.

²⁰ Vgl. noch unten C.I.

²¹ EuGH, Rs. 32/80 (Kortmann), Slg. 1981, 251; EuGH, Rs. 34/37 (Variola), Slg. 1973, 981; EuGH, Rs. 39/82 (Donner/Niederlande), Slg. 1983, 19.

²² EuGH, Rs. 20/76 (Schöttle & Söhne), Slg. 1977, 247.

²³ Ausführlich zum Problemkreis und i.Erg. wie hier *Wasmeier*, *Umweltabgaben*, 94 ff.; ebenso *Ehlotzky*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 153 (155); s. auch bereits die Erörterung der Relevanz des Art. 110 AEUV für Straßenbenutzungsgebühren bei *Epiney*, *LA Gerd Winter*, 87 (93 ff.), m.w.N.

²⁴ S. schon oben A.

der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH²⁵ – zwischen dem Schutzbereich (I.), dem Eingriff (II.) sowie der Rechtfertigung (III.) zu unterscheiden, wobei die Rechtfertigungsebene im vorliegenden Zusammenhang von besonderer Bedeutung sein dürfte.

I. Schutzbereich

Der **räumliche Anwendungsbereich** der Art 34 f. AEUV ergibt sich aus Art 52 EUV, Art 355 AEUV und entspricht damit dem **Geltungsbereich der Verträge**.

Der **sachliche Schutzbereich** des Art. 34 AEUV ist betroffen, wenn es um aus den Mitgliedstaaten stammende oder sich in der EU in freiem Verkehr befindliche **Waren**²⁶ geht (Art. 28 f. AEUV) und ein **grenzüberschreitender Bezug** vorliegt.²⁷

Der **persönliche Schutzbereich** erstreckt sich auf der **Berechtigten**seite nach der hier vertretenen Ansicht nicht nur auf **Unionsbürger**, sondern auch auf **Drittstaatsangehörige**, knüpft doch der Schutzbereich der Art. 34 ff. AEUV entscheidend an den Warenbegriff an und ist insofern ausschließlich als Produktverkehrsfreiheit ausgestaltet.²⁸ **Verpflichtet** sind in erster Linie die **Mitgliedstaaten**, von denen auch in der Praxis der weitaus größte Teil der Beschränkungen dieser Grundfreiheit ausgeht. I.V.m. Art 4 Abs. 3 EUV ist aus Art. 34 f. AEUV im Übrigen auch eine **Verpflichtung der Mitgliedstaaten** abzuleiten, unter bestimmten Voraussetzungen gegen **Handelshindernisse einzuschreiten**, die von **Privaten** ausgehen.²⁹ Aber auch die **Unionsorgane und die Union** selbst sind an die Vorgaben des Art. 34 AEUV gebunden.³⁰ Darüber hinaus ist streitig, ob und inwieweit **Private** verpflichtet sind, wobei jedoch die besseren Gründe – insbesondere auch der Zusammenhang mit den Private betreffenden wettbewerbsrechtlichen Vorgaben – gegen eine allgemeine Inpflichtnahme Privater sprechen.³¹

²⁵ Vgl. allgemein zur Warenverkehrsfreiheit und der diesbezüglichen Rechtsprechung des EuGH neben der einschlägigen Kommentarliteratur, m.w.N., *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11, Rn. 28 ff.

²⁶ Zum Warenbegriff aus der Rechtsprechung grundlegend EuGH, Rs. 17/68 (Kommission/Italien), Slg. 1968, 633. S. sodann EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431, Rn. 22 ff.; EuGH, Rs. C-97/98 (Jägerskiöld), Slg. 1999, I-7319, Rn. 30 ff.

²⁷ Vgl. allgemein hierzu *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18, Rn. 28 ff.

²⁸ Ebenso etwa *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 296; a.A. z.B. *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV, Rn. 32 f.

²⁹ Grundlegend EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-6959, Rn. 24 ff.; s. sodann EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659.

³⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. 80, 81/77 u.a. (*Société les Commissionaires Réunis*), Slg. 1978, 927, Rn. 35/36; EuGH, Rs. C-51/93 (*Meyhui*), Slg. 1994, I-3879, Rn. 11.

³¹ In diese Richtung wohl auch der Gerichtshof, vgl. EuGH, Rs. 249/81 (Kommission/Irland), Slg. 1982, 4005, Rn. 6 ff.; EuGH, Rs. 65/86 (*Bayer*), Slg. 1988, 5249, Rn. 11; wohl auch EuGH, Rs. C-265/95 (Kommission/Frankreich), Slg. 1997, I-6959, Rn. 24 ff. Die in eine andere Richtung gehende Aussage in EuGH, Rs. 58/80 (*Dansk Supermarked*), Slg. 1981, 181, Rn. 17 f., hat der Gerichtshof später nicht mehr aufgegriffen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass der EuGH nunmehr einer Drittwirkung des Art. 34 AEUV ablehnend gegenüber steht. Im Zusammenhang mit der jüngeren Rechtsprechung (s. EuGH, Rs. C-171/11, Urt v 12.7.2012 – *Frau.bo/DVGW*; EuGH, Rs. C-325/00 (Kommission/Deutschland), Slg. 2002, I-9977) dürfte vor diesem Hintergrund zu schließen sein, dass der Gerichtshof Art. 34 AEUV keine grundsätzliche Drittwirkung

Die **Einführung einer Alpentransitbörse** wäre unproblematisch vom **Schutzbereich des Art. 34 AEUV** erfasst: Da mit alpenquerenden Straßengütertransporten (auch) grenzüberschreitend Waren i.S.d. Art. 28 Abs. 2 AEUV transportiert werden, ist der sachliche Schutzbereich des Art. 34 AEUV eröffnet. Im Übrigen implizierte die Einführung der Alpentransitbörse eine hoheitliche Maßnahme, die von der Union oder den Mitgliedstaaten ausgehen kann, so dass jedenfalls ein Verpflichteter handelte.

Allenfalls könnte man sich noch fragen, ob nicht (auch) die **Dienstleistungsfreiheit** anwendbar sein könnte, dürfte der (in der Regel gegen Entgelt erfolgende) Transport von Waren doch eine Dienstleistung im Sinne des Art. 56 AEUV darstellen. Da es jedoch beim Warentransport eben in erster Linie um den Transport der Waren geht, der im Falle einer Beschränkung behindert würde, dürfte der **Schwerpunkt** der hier im Zentrum der Betrachtungen stehenden Maßnahme (die Einführung einer Alpentransitbörse) auf dem Gebiet des freien Warenverkehrs zu sehen sein.³² Auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geht in diese Richtung, prüft er doch den Straßengüterverkehr auf die eine oder andere Weise beschränkende Maßnahmen regelmäßig am Maßstab (nur) des Art. 34 AEUV.³³ Im Übrigen dürfte die praktische Relevanz dieser Abgrenzungsfragen begrenzt sein, kommt doch im Falle der Verneinung der Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit regelmäßig Art. 56 AEUV zum Zuge, dessen rechtliche Tragweite parallel zu derjenigen des Art. 34 AEUV ausgestaltet ist.³⁴

II. Eingriff

Art. 34 AEUV erfasst **mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung** wie mengenmäßige Beschränkungen.

zuerkennen möchte, sondern davon ausgeht, dass diese Vorschrift Privaten nur dann entgegengehalten werden kann, wenn sie mit besonderen Befugnissen ausgestattet sind oder ihre Tätigkeit eine besondere, gesetzlich vorgesehene Wirkung entfaltet, so dass sich der einzelne Wirtschaftsteilnehmer solchen Privaten letztlich nicht oder nur unter Inkaufnahme erheblicher Nachteile entziehen kann. Zum Problemkreis jüngst z.B. *Schmahl/Jung*, NVwZ 2013, 607 ff.; *Roth*, EWS 2013, 16 ff.

³² Für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der verschiedenen Grundfreiheiten ist jeweils der Schwerpunkt einer Maßnahme ausschlaggebend, vgl. aus der Rechtsprechung z.B. in Bezug auf die Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen des freien Warenverkehrs und des freien Dienstleistungsverkehrs grundlegend EuGH, Rs. C-275/92 (*Schindler*), Slg. 1994, I-1039, Rn. 22; s. sodann z.B. EuGH, Rs. C-36/02 (*Omega*), Slg. 2004, I-9609, Rn. 26 f.; EuGH, Rs. C-20/03 (*Burmanjer*), Slg. 2005, I-4133; EuGH, Rs. C-137/09 (*Josemans*), Slg. 2010, I-13019, Rn. 50. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht subsidiär zu den anderen Grundfreiheiten ist, vgl. EuGH, Rs. C-452/04 (*Fidium Finanz*), Sl. 2006, I-9521; EuGH, Rs. C-446/04 (*Test Claimants*), Slg. 2006, I-11753; EuGH, Rs. C-196/04 (*Cadbury-Schweppes*), Slg. 2006, I-7995.

³³ Vgl. EuGH, Rs. C-112/00 (*Schmidberger*), Slg. 2003, I-5659; EuGH, Rs. C-320/03 (*Kommission, Deutschland u.a./Österreich*), Slg. 2005, I-9871; EuGH, Rs. C-28/09 (*Kommission/Österreich*), Urt. v. 21.12.2011. Zur Problematik und möglichen anderen Gesichtspunkten *Obwexer*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 80 (86 f.).

³⁴ Vgl. *Epiney*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, EU, § 10, Rn. 20. S. aber auch *Obwexer*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 80 (87), der der Annahme zuneigt, im Zusammenhang mit dem freien Dienstleistungsverkehr werde eine Bevorzugung des regionalen und lokalen Verkehrs im Rahmen der Rechtsfertigung einer strengeren Prüfung unterzogen.

Mengenmäßige Beschränkungen sind alle Maßnahmen, die die Einfuhr einer Ware der Menge oder dem Wert nach begrenzen.³⁵ Die Beschränkung nimmt regelmäßig die Form eines bilateralen oder globalen Kontingents an, durch das die Ein- oder Ausfuhr einer quantitativ oder wertmäßig bestimmten Warenmenge während eines bestimmten Zeitraums zugelassen wird. Der Begriff der mengenmäßigen Beschränkung umfasst aber auch Einfuhrverbote, die das stärkste quantitative Handelshindernis darstellen.³⁶ Eine Alpen transitbörse dürfte nicht als mengenmäßige Beschränkung in diesem Sinn anzusehen sein, weil es nicht um eine Beschränkung der Einfuhr bestimmter Güter in einen bestimmten Staat, wie dies bei Kontingenten typischerweise der Fall ist, geht. Auch wird die Menge transportierter Güter an sich bzw. die Gesamtkapazität der Warenein- und -durchfuhr nicht beschränkt. Vielmehr geht es um die Frage, auf welche Weise die Waren auf den betreffenden Strecken transportiert werden dürfen bzw. für eine bestimmte Transportart wird auf den erfassten Alpenüberquerungen nur eine beschränkte Kapazität zur Verfügung gestellt.

Hingegen stellte eine Alpen transitbörse jedoch eine **Maßnahme gleicher Wirkung** dar: Eine solche liegt nach der sog. **Dassonville-Formel** dann vor, wenn eine Regelung geeignet ist, „den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.³⁷ Diese Voraussetzungen sind bei einer Maßnahme wie der Alpen transitbörse zweifellos zu bejahen, da sie die auf der Straße alpenquerend transportierten Güter insgesamt mengenmäßig beschränkt und im Übrigen die Produktmobilität verteuerte und damit erschwerte. Somit wäre sie zumindest potentiell geeignet, den Handel in der Union zu behindern.

Zwar könnte man sich noch – angesichts des fehlenden Produktbezugs der Maßnahme und des Umstands, dass es nur um die Art und Weise des Transports von Waren geht – fragen, ob die sog. **Keck-Rechtsprechung** zu einer Verneinung eines Eingriffs in die durch Art. 34 AEUV garantierten Rechte führt. Danach – wobei hier im Einzelnen Vieles umstritten ist³⁸ – sind mitgliedstaatliche Bestimmungen dann nicht als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen, wenn sie „bestimmte Verkaufsmodalitäten“ regeln, für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und den Absatz der inländischen und der eingeführten Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise betreffen.³⁹

Zumindest durch die **Rechtsprechung**⁴⁰ ist diese Frage jedoch inzwischen im Sinne der **Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV bei Maßnahmen, die den Gütertransport**

³⁵ Vgl. die Definition in EuGH, Rs. 2/73 (Geddo), Slg. 1973, 865, Rn. 7, wonach unter mengenmäßigen Beschränkungen „sämtliche Maßnahmen, die sich (...) als eine gänzliche oder teilweise Untersagung der Einfuhr, Ausfuhr oder Durchfuhr darstellen“ zu verstehen sind. S. auch EuGH, Rs. 124/85 (Kommission/Griechenland), Slg. 1986, 3935, Rn. 3 ff.

³⁶ EuGH, Rs. C-131/93 (Kommission/Deutschland), Slg. 1994, I-3303, Rn. 19 f.; EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563, Rn. 22; EuGH, Rs. C-67/97 (Bluhme), Slg. 1998, I-8033, Rn. 19 f.

³⁷ EuGH, Rs. 8/74 (Dassonville), Slg. 1974, 837, Rn. 5.

³⁸ Vgl. hierzu *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11, Rn. 40 ff.

³⁹ EuGH, verb. Rs. C-267, 268/91 (Keck und Mithouard), Slg. 1993, I-6097, Rn. 15.

⁴⁰ Vgl. aber noch die teilweise in eine andere Richtung gehenden Ansätze bei *Epiney/Gruber*, Verkehrsrecht in der EU, 80 ff., die jedoch die im Text erwähnte neuere Rechtsprechung nicht berücksichtigen konnten. Kritisch zum Ansatz des EuGH *Ranacher*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 100 (102 ff.).

auf wichtigen Transitstraßen beschränken und damit eine spürbare Erschwerung oder / und Verteuerung des Warentransports nach sich ziehen, geklärt:

- So sah der Gerichtshof eine (zeitlich beschränkte) Demonstration auf der Brennerautobahn als eine Beschränkung des freien Warenverkehrs an.⁴¹
- Auch ein Fahrverbot für Lastwagen mit bestimmten Gütern auf der Brennerautobahn stellt nach der Rechtsprechung eine Maßnahme gleicher Wirkung wie eine Einfuhrbeschränkung dar, behindere es doch „ganz offensichtlich“ den freien Warenverkehr, woran der Umstand, dass es Ausweichstrecken und andere Verkehrsträger gibt, nichts ändere.⁴²
- Schließlich hielt der EuGH auch in seinem jüngsten Urteil zu einem Fahrverbot auf einer Teilstrecke der A 12 (Brenner-Autobahn) für Lastkraftwagen über 7,5 t, die bestimmte Güter befördern, Art. 34 AEUV für einschlägig, da der fragliche Autobahnabschnitt eine der wichtigsten Nord-Südverbindungen zwischen Deutschland und Italien betreffe, so dass das Verbot die Wirtschaftsteilnehmer zwingt, nach wirtschaftlich vertretbaren Ersatzlösungen für den Transport der fraglichen Güter zu suchen und somit geeignet sei, den Warenverkehr zwischen dem nördlichen Europa und Italien erheblich zu beeinträchtigen.⁴³

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung – wobei es bemerkenswert ist, dass der Gerichtshof in keinem der Urteile das Vorliegen der Voraussetzungen der *Keck*-Rechtsprechung prüfte – dürfte jede mitgliedstaatliche Maßnahme, die die Möglichkeiten der Wirtschaftsteilnehmer, Waren auf bestimmten Strecken zu transportieren, einschränkt und damit eine spürbare Erschwerung oder / und Verteuerung des Warentransports nach sich zieht, unter den Tatbestand des Art. 34 AEUV fallen.

Für die Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV in unserem Zusammenhang spricht auch, dass Ziel und Wirkung der Alpentransitbörse ja gerade darin besteht, eine bestimmte Transportart (Straßengüterverkehr) quantitativ auf bestimmten Strecken, die aus verkehrstechnischer Sicht für bestimmte Transporte von höchster Bedeutung sind und kaum „umgangen“ werden können, zu begrenzen. Mit dieser Zielsetzung und Wirkung der ATB einher geht aber notwendigerweise eine (gezielte und beabsichtigte) Beschränkung des Warenverkehrs, können die nicht transitberechtigten Fahrten doch teilweise erst gar nicht auf der Straße durchgeführt werden. Damit handelt es sich hier nicht lediglich um eine verkehrsregelnde, sondern eine genuin verkehrsregulierende Maßnahme mit unmittelbaren Rückwirkungen auf die Möglichkeiten der Marktteilnehmer, ihre Produkte auf eine bestimmte Weise zu transportieren, so dass der Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV eröffnet ist.⁴⁴

Im Übrigen wurde die *Keck*-Rechtsprechung in der neueren Rechtsprechung auch (etwas) relativiert: Auch bei nicht produktbezogenen Maßnahmen verzichtet der Gerichtshof mitunter auf eine eigentliche Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der *Keck*-Rechtsprechung und stellt die Prüfung der *Dassonville*-Formel neben die Verpflichtung, die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der gegenseitigen Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten rechtmäßig hergestellten und in den Verkehr gebrachten Erzeugnissen zu beachten sowie den Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten den freien

⁴¹ EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659.

⁴² EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission, Deutschland u.a./Österreich), Slg. 2005, I-9871. Vgl. in diesem Zusammenhang die Darstellung und Analyse der Rechtsprechung des EuGH zur Frage des Transitverkehrs und der Straßenbenutzungsgebühren bei *Weber*, in: *Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten*, 395 ff.

⁴³ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011. Zum Urteil des EuGH etwa *Gänser*, RDUE 2012, 275 ff.; *Obwexer*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 80 ff.; *Ranacher*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 100 ff.; *Ehlotzky*, RdU-U&T 2012, 2 ff.; *Ehlotzky*, in: *Der alpenquerende Gütertransport*, 57 (60 ff.); *Enchelmaier*, CMLRev. 2013, 183 ff.

⁴⁴ I. Erg. ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1216).

Marktzugang zu gewährleisten.⁴⁵ Nicht ganz klar, wird aus diesen Formulierungen, in welchem Verhältnis die *Dassonville*-Formel bzw. deren Prüfung zu dieser dreigliedrigen Prüfungsreihenfolge steht. Vieles dürfte hier dafür sprechen, dass es sich nicht nur um eine Präzisierung, sondern um eine Weiterentwicklung der Voraussetzungen für die tatbestandliche Einschlägigkeit des Art. 34 AEUV handelt, soll doch offenbar die *Keck*-Rechtsprechung grundsätzlich bei Maßnahmen, die den Marktzugang (oder eine der beiden anderen Konstellationen) betreffen, nicht zum Zuge kommen können. Daraus wird man folgern können, dass in all denjenigen Fällen, in denen bereits der Marktzugang als solcher beschränkt wird, Art. 34 AEUV jedenfalls einschlägig ist und sich letztlich eine Prüfung der *Keck*-Kriterien erübrigt.⁴⁶ Eine Alpentransitbörse könnte vor diesem Hintergrund auch als eine Regelung angesehen werden, die den Marktzugang selbst beschränkt oder erschwert, führt sie doch zu einer Beschränkung bzw. Verteuerung der Transportmöglichkeiten für Waren, womit gerade der Zugang der grenzüberschreitend verbrachten Waren zu den relevanten Märkten betroffen ist.

III. Rechtfertigung

Entscheidend für die Vereinbarkeit einer Alpentransitbörse mit den Vorgaben des Art. 34 AEUV ist somit, ob eine Rechtfertigung möglich ist. Hier ist zwischen dem Grundsatz (1.) und der Bevorzugung des Lokal- und Regionalverkehrs, die über den Grundsatz hinaus spezifische Probleme aufwirft (2.), zu unterscheiden.

1. Grundsatz

Fällt eine Maßnahme in den Tatbestand des Art. 34 AEUV – stellt sie also eine Einfuhrbeschränkung oder eine Maßnahme gleicher Wirkung dar –, kann sie gleichwohl zulässig sein, wenn sie gerechtfertigt werden kann, wobei zwischen den in **Art. 36 AEUV** ausdrücklich normierten Rechtfertigungsgründen und den sog. **zwingenden Erfordernissen** des Allgemeinwohls unterschieden werden kann (a).⁴⁷ Darüber hin-

⁴⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-385/10 (*Elenca*), Urt. v. 18.10.2012 (in Bezug auf ein Verbot der Vermarktung von aus einem anderen Mitgliedstaat stammenden Bauprodukten, die nicht mit dem CE-Zeichen versehen sind); EuGH, Rs. C-456/10 (*ANETT*), Urt. v. 26.4.2012 (in Bezug auf die Pflicht, Tabakerzeugnisse durch Tabakeinzelhändler nur über gewisse zugelassene Großhändler zu beziehen, so dass die direkte Einfuhr aus anderen Mitgliedstaaten verboten war).

⁴⁶ In Bezug auf Verwendungsbeschränkungen hielt der Gerichtshof denn auch fest, nationale Maßnahmen, die den Zugang eines Produkts zum Markt eines Mitgliedstaats behindern, seien unabhängig von der Frage, ob und inwieweit die Voraussetzungen der *Keck*-Rechtsprechung zu bejahen sind, als Maßnahmen gleicher Wirkung anzusehen. Er unterschied sodann zwischen solchen Verwendungsbeschränkungen, die keine wirkliche Behinderung des Marktzugangs implizieren, da sie die Verwendung des betreffenden Produkts in dem jeweiligen Mitgliedstaat nur teilweise oder gar marginal beschränken, und denjenigen, die dazu führen, dass die tatsächlichen Möglichkeiten, das betreffende Produkt zu verwenden, unbedeutend sind. Im zuletzt genannten Fall könnten nämlich die Verwendungsbeschränkungen einen erheblichen Einfluss auf das Verhalten der Verbraucher entfalten, das sich wiederum auf den Zugang des Erzeugnisses zum Markt des Mitgliedstaats auswirken könne. Vgl. EuGH, Rs. C-142/05 (*Mickelsson*), Slg. 2008, I-4273; EuGH, Rs. C-110/05 (*Kommission/Italien*), Slg. 2009, I-519; EuGH, Rs. C-433/05 (*Sandström*), Slg. 2010, I-2885.

⁴⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-379/98 (*Preussen Elektra*), Slg. 2001, I-2099; EuGH, Rs. C-2/90 (*Kommission/Belgien*), Slg. 1992, I-4431; EuGH, Rs. C-205/89

aus muss die gewählte Maßnahme den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Rechnung tragen (b).

Eine Rechtfertigung ist jedoch – soweit mitgliedstaatliche Maßnahmen betroffen sind – grundsätzlich von vornherein ausgeschlossen, soweit die entsprechenden Vorgaben im Wege der **Rechtsangleichung** auf der Ebene der Union (abschließend) harmonisiert worden sind.⁴⁸ Eine unionsrechtliche Regelung betreffend die Alpentransitbörse besteht derzeit nicht; allerdings könnte die in der RL 1999/62 erfolgte Harmonisierung der Vorgaben für die Erhebung von Maut- und Benutzungsgebühren als abschließende Regelung für alle Arten der Beschränkung der Straßenbenutzung, die zumindest auch mit der Pflicht einhergehen, für die Benutzung von Verkehrswegen bzw. Straßen einen finanziellen Betrag zu entrichten, zu verstehen sein. Wäre diese Frage zu bejahen, wäre jedenfalls den Mitgliedstaaten die Einführung einer Alpentransitbörse – übrigens auch auf dem Weg eines völkerrechtlichen Vertrages – verwehrt, und der Unionsgesetzgeber müsste diese Richtlinie ggf. ändern. Dieser Frage wird noch nachzugehen sein.⁴⁹

a) **Rechtfertigungsgrund**

In Bezug auf die Alpentransitbörse kommt zwar auf den ersten Blick (auch) eine Rechtfertigung aus Gründen des **Schutzes der Gesundheit** und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen (vgl. **Art. 36 AEUV**) in Betracht: Denn eine Reduktion des alpenquerenden Straßengüterverkehrs dient zweifellos zumindest mittelbar diesen Schutzgütern, bringt sie doch insgesamt eine Verminderung insbesondere der Lärmbelastung und der Luftverschmutzung mit sich. Zu beachten ist allerdings, dass der Gerichtshof diese Vorschrift in ständiger Rechtsprechung eng auszulegt,⁵⁰ so dass nur unmittelbar diesen Zwecken dienende Maßnahmen, nicht jedoch allgemeine umweltpolitische Erwägungen darunter fallen.⁵¹ Da die Alpentransitbörse jedoch nicht spezifisch den Gesundheitsschutz als solchen im Blick hat, sondern allgemein über eine Reduktion des alpenquerenden Straßengüterverkehrs zu einer Verbesserung der Umweltqualität insgesamt führen soll, sprechen die besseren Gründe dafür, dass dieser Rechtfertigungsgrund auf der Grundlage der Rechtsprechung des Gerichtshofs vorliegend nicht einschlägig ist.

Hierfür spricht auch die Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit dem sektoralen Fahrverbot auf der Inntal-Autobahn, das auch und gerade der Bekämpfung der Luftverschmutzung in der be-

(Kommission/Griechenland), Slg. 1991, I-1361. Aus der Literatur, m.w.N., *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11, Rn. 50 ff.

⁴⁸ EuGH, Rs. C-128/89 (Kommission/Italien), Slg. 1990, I-3239, Rn. 15; EuGH, Rs. C-1/96 (Compassion in World Farming Ltd), Slg. 1998, I-1251, Rn. 38 ff. Zu der komplexen Frage, wann ein Gebiet (abschließend) durch Sekundärrecht geregelt ist, *Epiney*, Umweltrecht der EU, 5. Kap. Rn. 65 ff.

⁴⁹ Unten D.

⁵⁰ Vgl. etwa EuGH, Rs. 29/72 (Marimex), Slg. 1972, 1309, Rn. 4; EuGH, Rs. C-205/89 (Kommission/Griechenland), Slg. 1991, I-1361, Rn. 9; EuGH, Rs. C-203/96 (Dusseldorf), Slg. 1998, I-4075, Rn. 47; aus der Literatur *Müller-Graff*, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, Art. 30 EGV, Rn. 23; *Krämer*, EC Environmental Law, 104.

⁵¹ Der EuGH unterscheidet nämlich zwischen direkten Gefährdungen der Gesundheit oder gar des Lebens und eher allgemeineren Belangen des Umweltschutzes, die als solche keine direkten Auswirkungen auf die Gesundheit entfalten, wie z.B. „ungefährlicher“ Abfall. Vgl. EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431; EuGH, Rs. C-203/96 (Dusseldorf), Slg. 1998, I-4075, Rn. 46. Zur Problematik auch *Krämer*, EC Environmental Law, 104 ff.

troffenen Region – und damit „unmittelbarer“ dem Gesundheitsschutz als eine Alpen transitbörse – dienen sollte: Der Gerichtshof hielt hier fest, *in concreto* seien die Ziele des Umwelt- und Gesundheitsschutzes eng miteinander verbunden, gehe es doch bei der Bekämpfung der Luftverschmutzung letztlich auch und gerade um den Gesundheitsschutz, so dass dieser grundsätzlich bereits vom Ziel des Umweltschutzes umfasst sei.⁵²

Angesichts dieser engen Auslegung des Art. 36 AEUV durch den EuGH erwies es sich schon früh als notwendig, den Mitgliedstaaten darüber hinaus die Verfolgung solcher schützenswerter Interessen zu ermöglichen, die nicht unter den Katalog des Art. 36 AEUV fallen, wie z.B. auch der Umweltschutz. Vor diesem Hintergrund ist die **Cassis de Dijon-Rechtsprechung** des EuGH zu sehen: Danach sind handels- und einfuhrhemmende Vorschriften dann hinzunehmen, wenn sie erforderlich sind, um **zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls** gerecht zu werden.⁵³ Der EuGH hat diese Rechtsprechung in zahlreichen Urteilen angewandt und präzisiert; insbesondere hat er auch den **Umweltschutz** ausdrücklich als ein solches zwingendes Erfordernis angesehen.⁵⁴

Nicht ganz klar ist die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Bezug auf den **Anwendungsbereich der zwingenden Erfordernisse**.⁵⁵ Während die Rechtsprechung während längerer Zeit offenbar davon ausging, dass bei **formellen bzw. offenen Diskriminierungen** ein Rückgriff auf die zwingenden Erfordernisse ausgeschlossen sein soll,⁵⁶ mehren sich seit Beginn der 90er Jahre die Anzeichen, dass dieser Grundsatz zumindest unter bestimmten Voraussetzungen und für den Bereich des Umweltschutzes zu relativieren sein soll.⁵⁷ Unbestritten ist allerdings jedenfalls, dass indirekte oder materielle Diskriminierungen auch durch zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden können.⁵⁸

⁵² EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011, Rn. 121 f.; s. auch schon EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-9871, Rn. 70 ff. Eher kritisch zu diesem Ansatz des Gerichtshofs vor dem Hintergrund dass dem Gesundheitsschutz in der Rechtsprechung (inzwischen) ein höherer Stellenwert beigemessen werde, *Obwexer*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 80 (89 f.); zur Problematik auch *Ehlotzky*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 57 (66 ff.).

⁵³ EuGH, Rs. 120/78 (Rewe), Slg. 1979, 649, Rn. 8 (*Cassis de Dijon*).

⁵⁴ Grundlegend EuGH, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1988, 4607, Rn. 8 f. (*Dänische Pfandflaschen*); s. sodann z.B. EuGH, Rs. 2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431, Rn. 22 ff.; EuGH, Rs. C-463/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2004, I-11705; EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), Slg. 2004, I-11763.

⁵⁵ In Bezug auf Art. 36 AEUV ist hingegen unbestritten, dass diese Bestimmung neben beschränkenden Maßnahmen auch (formell oder materiell) diskriminierende Maßnahmen rechtfertigen kann.

⁵⁶ Vgl. etwa EuGH, Rs. 113/80 (Kommission/Irland), Slg. 1981, 1625, Rn. 11; EuGH, Rs. 59/82 (Schutzverband), Slg. 1983, 1217, Rn. 11; EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431, Rn. 33 ff.; wohl auch EuGH, Rs. C-224/97 (Ciola), Slg. 1999, I-2517; nicht ganz klar EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831, Rn. 45 ff.

⁵⁷ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-379/98 (Preussen Elektra), Slg. 2001, I-2099, Rn. 72 ff.; EuGH, Rs. C-2/90 (Kommission/Belgien), Slg. 1992, I-4431, Rn. 36; s. auch EuGH, Rs. C-209/98 (Sydhavnens), Slg. 2000, I-3743, Rn. 48 f.; EuGH, Rs. C-389/96 (Aher-Waggon), Slg. 1998, I-4473, Rn. 19.

⁵⁸ Vgl. nur EuGH, Rs. C-254/98 (TK-Heimdienst Sass), Slg. 2000, I-151, Rn. 25 ff., wo es um eine materiell diskriminierende Maßnahme ging, der EuGH aber grundsätzlich den Rückgriff auf die Sicherstellung der Nahversorgung zu Gunsten ortsansässiger Unternehmen nicht ausschloss. In der Sache ähnlich EuGH, Rs. C-34-36/95 (de Agostini), Slg. 1997, I-3843, Rn. 44 f. S. auch schon in diese Richtung EuGH, Rs. 113/90 (Kommissi-

In Bezug auf die **Alpentransitbörse** kommt eine Rechtfertigung aus **Gründen des Umweltschutzes** in Betracht: Denn – wie bereits erwähnt – das Ziel der Maßnahme besteht gerade darin, die durch den alpenquerenden Straßengüterverkehr verursachten Umweltbelastungen – insbesondere Luftverschmutzung, Lärmbelastung und Landschaftsverbrauch – zu verringern; dies soll durch eine gezielte Beschränkung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs (soll die Anzahl der Fahrten doch kontingentiert werden) und damit auch und gerade durch eine Verlagerung der übrigen Fahrten auf andere Verkehrsträger, insbesondere die Bahn, geschehen. Insofern geht es bei der Alpentransitbörse also letztlich um den *modal split*: Der Anteil der Straße am gesamten alpenquerenden Güterverkehr soll entsprechend zugunsten insbesondere der Bahn reduziert werden.

Deutlich wird damit auch, dass es zahlreiche Fallkonstellationen gibt, in denen der **Umweltschutz mit dem Gesundheitsschutz** „zusammenfällt“ (wie z.B. bei vielen Maßnahmen der Luftreinhaltung). Dies ist auch insofern nicht überraschend, als Umweltschutzmaßnahmen häufig zumindest mittelbar dem Gesundheitsschutz dienen, wie auch in Art. 191 Abs. 1 AEUV zum Ausdruck kommt, der ausdrücklich auf den Schutz der menschlichen Gesundheit als eines der Ziele der EU-Umweltpolitik hinweist. In diesen Fallgestaltungen stellt der Gesundheitsschutz letztlich eine „Teilmenge“ des mit einer Maßnahme verfolgten Umweltschutzzweckes dar, so dass der Aspekt des Gesundheitsschutzes im Rahmen der Frage nach der Rechtfertigung der Maßnahme aus Gründen des Umweltschutzes zu prüfen ist und sich eine separate Prüfung erübrigt.⁵⁹

Während in der Rechtsprechung geklärt ist, dass Ziele wie die Verringerung der Luft- oder Wasserverschmutzung oder der Artenschutz als Anliegen des Umweltschutzes und damit als zwingende Erfordernisse des Allgemeinwohls im Sinne der *Cassis de Dijon*-Rechtsprechung des EuGH anzusehen sind,⁶⁰ könnte jedoch fraglich sein, ob auch das mit der Alpentransitbörse unmittelbar verfolgte Anliegen der Reduktion des alpenquerenden Straßengüterverkehrs und damit die **Änderung des modal split als unter den Umweltschutz fallendes Ziel** subsumiert werden kann. Diese Frage ist vorliegend deshalb von zentraler Bedeutung, weil ihre Beantwortung über die Anknüpfungspunkte der Verhältnismäßigkeitsprüfung entscheidet: Diese Prüfung impliziert letztlich die Analyse einer Mittel-Zweck-Relation, wobei die verwandten Mittel in Beziehung zum Zweck zu setzen sind und der Zweck durch die hierfür zuständigen Organe im Rahmen des geltenden Rechts festzulegen ist und damit eine für die Durchführung der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgegebene Größe darstellt.⁶¹

on/Irland), Slg. 1981, 1625, Rn. 11 ff. Die Rechtsprechung des EuGH war hier jedoch nicht immer ganz klar. Vgl. etwa EuGH, Rs. 231/83 (Cullet), Slg. 1985, 305, Rn. 27 ff., wo die Formulierung des EuGH darauf hindeuten könnte, dass auch bei materiellen Diskriminierungen eine Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse ausgeschlossen sei. Ausführlich zur Problematik *Frenz*, Europäische Grundfreiheiten, Rn. 1191 ff.

⁵⁹ So auch EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011, in Bezug auf das sektorale Fahrverbot auf der Inntalautobahn. Eher kritisch zu diesem Ansatz des Gerichtshofs *Obwexer*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 80 (89 f.); zur Problematik auch *Ehlotzky*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 57 (66 ff.).

⁶⁰ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-219/07 (Nationale Raad van Dierenkwekers), Slg. 2008, I-4475; EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

⁶¹ Vgl. in diesem Zusammenhang zum Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten und des Unionsgesetzgebers noch unten C.III.1.b).

M.a.W. geht es hier um die Eingrenzung bzw. Bestimmung des genauen Zwecks der Maßnahme, der vorliegend nicht nur bzw. primär im (direkten) Schutz einzelner Umweltmedien (z.B. Luftverschmutzung oder Lärmreduktion) zu sehen ist; vielmehr geht es – wie erwähnt – um die Reduktion des alpenquerenden Straßengüterverkehrs und damit die entsprechende Beeinflussung des *modal split* als solchen: Die Maßnahme zielt darauf ab, die Anzahl der alpenquerenden Fahrten im Straßengüterverkehr quantitativ auf eine bestimmte Größe zu beschränken und damit zu plafonieren bzw. zu kontingentieren. Dass hiermit indirekt diverse, durch den Straßengüterverkehr verursachte Umweltschäden reduziert werden sollen, ändert hieran nichts; diesen Anliegen soll vielmehr (nur, aber immerhin) mittelbar durch die erwähnte Kontingentierung Rechnung getragen werden. In Bezug auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist diese Differenzierung insofern von Bedeutung, als die Frage nach der Eignetheit und der Erforderlichkeit im Hinblick gerade auf das Ziel der quantitativen Beschränkung – und nicht z.B. im Hinblick auf dasjenige der Reduktion der Luftverschmutzung als solcher⁶² – zu beantworten ist (sofern, was noch darzulegen sein wird, die Beeinflussung des *modal split* als solche ein umweltpolitisches Anliegen darstellen kann).

Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst die Feststellung, dass das **zwingende Erfordernis des Allgemeinwohls**, das einen Eingriff in Art. 34 AEUV zu rechtfertigen vermag, jedenfalls der **Umweltschutz** als solcher ist, der ja auch – wie erwähnt – in der Rechtsprechung des EuGH als solches anerkannt ist. Hingegen stellt eine bestimmte Verteilung des Verkehrsaufkommens auf die zur Verfügung stehenden Verkehrsträger als solche wohl kein derartiges zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls dar: Denn es ist nicht ersichtlich, aus welchem öffentlichen Interesse der *modal split* als solcher in eine bestimmte Richtung gelenkt werden soll. Allenfalls in Betracht kämen Anliegen der Ausnutzung von zur Verfügung stehenden Kapazitäten oder der Schutz gewisser Wirtschaftsteilnehmer; hierbei handelte es sich jedoch um wirtschaftliche Gründe, die einen Eingriff in die Grundfreiheiten von vornherein nicht zu rechtfertigen vermögen.⁶³ Insofern ist festzuhalten, dass die **Beeinflussung des *modal split*** und damit auch das mit einer Alpentransitbörse angestrebte Verlagerungsziel **keinesfalls als „Selbstzweck“** angesehen werden kann und als solche kein zwingendes Erfordernis darstellen kann, das einen Eingriff in Art. 34 AEUV rechtfertigen könnte.

⁶² So kämen etwa – wenn es nur um die Luftverschmutzung ginge – Geschwindigkeitsbeschränkungen oder eine Beschränkung der Fahrten mit „schmutzigen Lastwagen“ als mildere Maßnahme in Betracht, während sie im Hinblick auf das mit einer Alpentransitbörse angestrebte Verlagerungsziel als mildere Maßnahmen schon deshalb ausschieden, weil sie gerade dieses Ziel nicht erreichen könnten.

⁶³ Unter solchen wirtschaftlichen Gründen sind Anliegen zu verstehen, bei denen es letztlich um die Wirtschaftslenkung, die Erreichung wirtschaftlicher Zielsetzungen oder die Abwendung wirtschaftlicher Nachteile geht. Allerdings ist es möglich, dass neben der Wahrung der Rechtsgüter des Art. 36 AEUV bzw. zwingender Erfordernisse – sozusagen „nebenbei“ – auch noch wirtschaftspolitische Zielsetzungen verfolgt werden. M.a.W. ist (nur, aber immerhin) die eigenständige Verfolgung wirtschaftlicher Interessen ausgeschlossen; wenn aber wirtschaftspolitische Maßnahmen letztlich einen anderen Zweck verfolgen, können sie grundsätzlich von Art. 36 AEUV oder den zwingenden Erfordernissen erfasst werden. Vgl. aus der Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. C-324/93 (Evans Medical), Slg. 1995, I-563, Rn. 36 f.; s. auch EuGH, Rs. 72/83 (Campus Oil), Slg. 1984, 2727; EuGH, Rs. C-120/95 (Decker), Slg. 1998, I-1831, Rn. 39 ff.; EuGH, Rs. C-323/99 (DaimlerChrysler), Slg. 2001, I-9897, Rn. 61 f.; EuGH, Rs. C-209/98 (Sydhavnens Sten), Slg. 2000, I-3743. Zur Frage des (Nicht-) Vorliegens wirtschaftlicher Gründe im Zusammenhang mit umweltpolitischen Maßnahmen *Jans/Vedder*, European Environmental Law, 280 ff.

Allerdings könnten die **Beeinflussung des *modal split* und damit das Verlagerungsziel** als solche **Anliegen des Umweltschutzes** darstellen, ähnlich wie dies der Gerichtshof z.B. für die Bereiche der Luftreinhaltung⁶⁴ oder der Reduktion des Abfallaufkommens⁶⁵ anerkannt hat. Voraussetzung hierfür wäre, dass die angestrebte Veränderung des *modal split* als solche quasi „automatisch“ (diverse) umweltpolitische Vorteile mit sich brächte und damit umweltpolitischen Anliegen diene. Genau dies ist aber bei der hier zur Debatte stehenden Plafonierung der Zahl alpenquerender Straßengütertransporte und der damit angestrebten teilweisen Verlagerung solcher Transporte auf die Schiene gegeben.⁶⁶ Denn die (teilweise) Verlagerung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs auf die Schiene bringt angesichts der anerkannten relativen Umweltfreundlichkeit der Bahn im Vergleich zur Straße⁶⁷ *per se* Vorteile aus der Sicht des Umweltschutzes mit sich, so dass dieses Verlagerungsziel und damit auch die Plafonierung der Anzahl der alpenquerenden Straßengütertransporte als umweltpolitisches Ziel und damit als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls angesehen werden kann.

Auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geht in diese Richtung: So betonte der EuGH in seinem jüngsten Urteil zum sektoralen Fahrverbot auf der Inntalautobahn,⁶⁸ dass ein für den Bahnverkehr günstigerer *modal split* als solches ein umweltpolitisches Ziel darstelle; auch die Verhältnismäßigkeitsprüfung erfolgte teilweise unter diesem Vorzeichen. So hielt der Gerichtshof u.a. fest, „die Notwendigkeit, den Güterverkehr auf der Straße dadurch zu verringern, dass die Wirtschaftsteilnehmer zu anderen, umweltfreundlicheren Verkehrsträgern wie dem Schienenverkehr gelenkt werden, (ist) im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik anerkannt“. Im Anschluss daran wird z.B. geprüft, ob die Maßnahme, die den Transport bestimmter Waren mit Lastwagen auf der erfassten Strecke verbietet, geeignet und kohärent ist, dies im Hinblick auf das Ziel, die Beförderung auf die Schiene zu lenken, was im Ergebnis bejaht wird.⁶⁹ Damit dürfte das Ziel der Verlagerung von Straßengütertransporten auf die Schiene vom Gerichtshof als eigenständiges umweltpolitisches Ziel anerkannt worden sein. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass der Gerichtshof anschließend im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit ausschließlich auf das Ziel der Reduktion der Luftverschmutzung abstellt (was im Übrigen auch nicht in jeder Beziehung kohärent erscheint): Denn Österreich stützte sich in seinem Vorbringen maßgeblich auf dieses Anliegen, so dass der Schluss naheliegt, das eigentliche Ziel der Maßnahme sei eben gerade nicht die Verlagerung des Transports bestimmter Waren auf die Schiene (die dann nur im Rahmen der Prüfung der Kohärenz der Maßnahme eine Rolle spielte), sondern die Reduktion der Luftverschmutzung.⁷⁰

⁶⁴ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-9871.

⁶⁵ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-463/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2004, I-11705; EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), Slg. 2004, I-11763.

⁶⁶ Womit gleichzeitig auch deutlich wird, dass natürlich nicht jede Veränderung des *modal split per se* umweltpolitische Vorteile mit sich brächte. So wäre z.B. eine Verlagerung von der Straße in die Luft *a priori* nicht mit umweltpolitischen Vorteilen verbunden.

⁶⁷ Vgl. hierzu schon, m.w.N., *Epiney/Gruber*, Verkehrspolitik und Umweltschutz, 14.

⁶⁸ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011, Rn. 133: „Es kann jedoch nicht als inkohärent angesehen werden, dass ein Mitgliedstaat, der beschlossen hat, die Beförderung von Gütern im Einklang mit einem im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik anerkannten Ziel auf die Schiene zu lenken, eine Maßnahme erlässt, die auf Waren fokussiert ist, die sich für die Beförderung durch verschiedene Arten des Schienenverkehrs eignen.“

⁷⁰ Dies wird von *Fischer et al.*, LEGALP, 55 f., verkannt, wenn sie darauf hinweisen, dass dass die Beeinflussung des *modal split* als solche vom EuGH nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt worden sei, so dass allein umweltpolitische Aspekte ausschlaggebend seien, woraus sie offenbar folgern, dass die angestrebte Reduktion des Gütertransports

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine Beeinflussung des *modal split* zugunsten der Bahn und zu Lasten der Straße auch zu einer gewissen **Reduktion des Verkehrsaufkommens** als solchem führte, was ebenfalls dem Umweltschutz zugute kommt.

Für diesen Ansatz spricht auch der Spielraum, den der Gerichtshof den Mitgliedstaaten – und in noch größerem Maß dem Unionsgesetzgeber – in Bezug auf die Frage einräumt, welches umwelt- oder gesundheitspolitisches Ziel genau verfolgt wird und wie hoch das Schutzniveau anzusetzen ist: Der Gerichtshof geht hier in Bezug auf mitgliedstaatliche Maßnahmen davon aus, dass das **Ausmaß des Schutzes bzw. das Schutzniveau** im Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten steht bzw. durch diese zu bestimmen ist,⁷¹ so dass es insbesondere unerheblich ist, dass andere Mitgliedstaaten weniger strenge Vorschriften kennen. Nicht relevant ist hingegen damit auch die Frage, ob das Schutzniveau als „vernünftig“ angesehen wird, könnte ein solches Erfordernis doch die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Festlegung des Schutzniveaus unterlaufen.⁷² Soweit der Unionsgesetzgeber tätig wird, dürfte der eingeräumte Gestaltungsspielraum tendenziell noch weiter ausfallen, so dass es vollumfänglich (im Rahmen der primärrechtlichen Vorgaben) in seiner Kompetenz liegt, das Ziel einer Maßnahme und das anzulegende Schutzniveau zu definieren, wobei der Gerichtshof auch auf die Umweltprinzipien, insbesondere das Vorsorgeprinzip, zurückgreift.⁷³

Vor diesem Hintergrund spricht im Ergebnis Vieles dafür, dass auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH die Beeinflussung des *modal split* als solche als umweltpolitisches Anliegen anzusehen ist und die zuständigen Organe – sei dies nun auf mitgliedstaatlicher Ebene oder auf Unionsebene – im Rahmen ihrer Kompetenzen, das anzulegende Schutzniveau zu definieren, ein quantitativ bestimmtes Verlage-

auf der Straße nicht der Maßstab für die Verhältnismäßigkeitsprüfung darstellen könne. Wie hier etwa *Obwexer*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 80 (96).

⁷¹ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-293/94 (*Brandsma*), Slg. 1996, I-3159, Rn. 11; EuGH, Rs. C-389/96 (*Aher Waggon*), Slg. 1998, I-4473, Rn. 19; EuGH, Rs. C-434/04 (*Ahokainen und Leppik*), Slg. 2006, I-9171 (in Bezug auf das Erfordernis einer Einfuhrgenehmigung für nicht denaturierten Äthylalkohol im Hinblick auf den Gesundheitsschutz); EuGH, Rs. C-333/08 (*Kommission/Frankreich*), Slg. 2010, I-757, Rn. 85 (ebenfalls in Bezug auf den Gesundheitsschutz); EuGH, Rs. C-219/07 (*Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers/Belgien*), Slg. 2008, I-4475, wo der Gerichtshof in Bezug auf eine artenschutzrechtliche Maßnahme festhält, es sei nicht von Belang, dass andere Mitgliedstaaten weniger strenge Vorschriften kennen, denn der Umstand allein, dass ein Mitgliedstaat andere Schutzregelungen als ein anderer Mitgliedstaat vorsieht, sei für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmung ohne Belang. Zur Problematik auch *Krämer*, *EC Environmental Law*, 106 ff.

⁷² I. Erg. ebenso, m.w.N. und ausführlicher Begründung, *Krämer*, *EC Environmental Law*, 106 ff.

⁷³ So stellte der Gerichtshof z.B. in EuGH, Rs. C-343/09 (*Afton Chemical*), Slg. 2010, I-7027, fest, die Begrenzung des Gehalts eines metallischen Zusatzes in Kraftstoffen sei insbesondere aufgrund des Vorsorgeprinzips rechtmäßig: Denn zwar sei die genaue Schädlichkeit dieses Stoffes nicht zweifelsfrei wissenschaftlich nachgewiesen; jedoch habe der Unionsgesetzgeber mangels ausreichender und verlässlicher wissenschaftlicher Daten von ernsthaften Zweifeln an seiner Unschädlichkeit für die Umwelt ausgehen müssen bzw. können. Der Gesetzgeber dürfe Schutzmaßnahmen treffen, ohne abwarten zu müssen, dass das Vorliegen und die Größe der Gefahren klar dargelegt sind.

rungsziel im Hinblick auf die Modifikation des *modal split* zu Lasten der Straße und zugunsten der Schiene im alpenquerenden Straßengüterverkehr festlegen dürfen, das als umweltpolitisches Ziel einen Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit nach Art. 34 AEUV grundsätzlich zu rechtfertigen vermag.

b) Verhältnismäßigkeit

Liegt ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 36 AEUV oder ein zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls vor, muss die jeweilige Maßnahme noch dem Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** genügen, ein Grundsatz, der für die Union auch ausdrücklich in Art. 5 Abs. 4 EUV verankert ist⁷⁴ und dessen Maßgeblichkeit für die Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang schon daraus folgt, dass in den Schutzbereich des Art. 34 AEUV eingreifende nationale Maßnahmen im Anwendungsbereich des Unionsrecht liegen, so dass es bei ihrer Rechtfertigung um die Durchführung von Unionsrecht geht.⁷⁵

Für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit sind nach der Rechtsprechung des EuGH⁷⁶ drei Kriterien entscheidend: Die Maßnahme muss zur Erreichung des angestrebten Ziels bzw. im Hinblick auf dieses geeignet (aa), erforderlich (bb) sowie angemessen (cc) sein.

aa) Geeignetheit

Die ergriffene nationale Maßnahme muss **geeignet** sein, um das angestrebte Ziel zu verfolgen, wobei bereits ein Beitrag zur Zielverwirklichung ausreicht.⁷⁷ Im Rahmen der Geeignetheit prüft der Gerichtshof regelmäßig auch, ob die betreffende Maß-

⁷⁴ Vgl. allgemein zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht, neben den Kommentaren zu Art. 5 EUV, m.w.N., *Trstenjak/Beyen*, EuR 2012, 265 ff.

⁷⁵ Der EuGH prüft denn auch in ständiger Rechtsprechung nationale Maßnahmen, die in den Schutzbereich der Grundfreiheiten eingreifen, am Maßstab des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Vgl. z.B. EuGH, Rs. 153/78 (Kommission/Deutschland), Slg. 1979, 2555, Rn. 8 ff.; EuGH, Rs. 251/78 (Denkavit), Slg. 1979, 3369, Rn. 21 ff.; EuGH, Rs. 274/89 (Kommission/Deutschland), Slg. 1989, 229, Rn. 6; EuGH, Rs. C-368/95 (Familiapress), Slg. 1997, I-3689, Rn. 19 ff.; EuGH, Rs. C-67/97 (Bluhme), Slg. 1998, I-8033, Rn. 33 ff.; EuGH, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1988, 4607, Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission, Deutschland u.a./Österreich), Slg. 2005, I-9871; EuGH, Rs. C-463/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2004, I-11705; EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), Slg. 2004, I-11763; EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission, Deutschland u.a./Österreich), Slg. 2005, I-9871; EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011. Aus der Literatur zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Unionsrecht spezifisch im Zusammenhang mit umweltpolitischen Maßnahmen *Thieffry*, *Droit de l'environnement de l'UE*, 153 ff.; *Jans/Vedder*, *European Environmental Law*, 17 ff.; *Eisenberg*, *Kompetenzausübung und Subsidiaritätskontrolle*, 97 ff.; *Krämer*, *EC Environmental Law*, 110 ff., insbesondere letzterer mit zahlreichen Beispielen aus der Praxis der Mitgliedstaaten; mit spezifischem Bezug zum Verkehrssektor *Epiney/Gruber*, *Verkehrsrecht*, 89 ff.; *Weber*, in: *EuGH und Souveränität*, 395 (416 f.).

⁷⁶ Vgl. schon die Nachweise in Fn. 75.

⁷⁷ Hierzu instruktiv *van Gerven*, *Schlussanträge zur Rs. C-169/89 (Gourmetterie van den Burg)*, Slg. 1990, I-2143, Rn. 9.

nahme im Hinblick auf das angestrebte Ziel **kohärent** ist, so dass z.B. eine Differenzierung im Hinblick auf das verfolgte Ziel stimmig sein muss.⁷⁸ Bei der Beantwortung der Frage nach der Geeignetheit der Maßnahme ist von dem Ziel derselben auszugehen, geht es doch bei der Verhältnismäßigkeit um eine Mittel-Zweck-Relation, bei deren Prüfung der Zweck grundsätzlich vorgegeben ist.⁷⁹

Der EuGH verneinte z.B. die Geeignetheit der bundesdeutschen Schwerverkehrsabgabe zur Verfolgung des umweltpolitischen Ziels vor dem Hintergrund, dass die inländischen Unternehmen durch die Steuersenkung begünstigt wurden, so dass nicht von einer Verlagerung des Straßenverkehrs auf die Schiene ausgegangen werden könne.⁸⁰

Wie erwähnt, ändert der Umstand, dass die Maßnahme allein das Ziel nicht vollumfänglich erreichen kann, nichts an ihrer Geeignetheit. So wurde z.B. in dem bereits erwähnten jüngsten Urteil des Gerichtshofs zum sektoralen Fahrverbot in Tirol ein Fahrverbot auf einer Teilstrecke der Brenner-Autobahn für LkW, die bestimmte Güter befördern, als geeignet zur Verfolgung von gesundheits- und umweltpolitischen Zielen angesehen: Es sei nachvollziehbar und damit nicht inkohärent, dass der Transport der in der Verordnung näher bezeichneten Güter verboten werde, da sich diese Güter durch eine gewisse „Bahnaffinität“ auszeichneten, sich m.a.W. für eine Verlagerung des Transports auf die Bahn eignen.⁸¹

Vor dem Hintergrund des Vorsorgeprinzips⁸² ist die Geeignetheit einer Maßnahme grundsätzlich auch dann zu bejahen, wenn der Ursache-Wirkung-Zusammenhang sowie die (Schutz-) Wirkung der ergriffenen Maßnahme (noch) nicht eindeutig wissenschaftlich belegt sind.⁸³

In Bezug auf die Einführung einer **Alpentransitbörse** müsste diese also – um dem Erfordernis der Geeignetheit zu entsprechen – geeignet sein, um die angestrebte quantitative Beschränkung der alpenquerenden Fahrten und damit (indirekt) auch das Verlagerungsziel zu erreichen. Im Übrigen müsste sie auch als im Hinblick auf das verfolgte Ziel kohärent sein.

Ausgangspunkt ist hier der kaum in Zweifel zu stellende Umstand, dass eine quantitative Beschränkung des alpenquerenden Gütertransports auf der Straße zweifellos einen Beitrag zum Schutz der Umwelt vor den anerkanntermaßen sehr negativen Umweltauswirkungen des Straßengüterverkehrs zu leisten vermag,⁸⁴ ein Aspekt, auf den bereits bei der Frage nach dem maßgeblichen Rechtfertigungsgrund hingewiesen

⁷⁸ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011; s. auch EuGH, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Slg. 2009, I-1721; EuGH, verb. Rs. C-171/07, C-172/07 (Apothekerkammer des Saarlandes), Slg. 2009, I-4171, Rn. 42 (die beiden letzten Urteile in Bezug auf Differenzierungen bei einer Bedarfsprüfung im Gesundheitswesen).

⁷⁹ Vgl. schon oben C.III.1.a).

⁸⁰ EuGH, Rs. C-195/90 (Kommission/Deutschland), Slg. 1992, I-3141, Rn. 31.

⁸¹ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

⁸² Zu diesem Prinzip im EU-Recht ausführlich *Arndt*, Vorsorgeprinzip, *passim*.

⁸³ Vgl. EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), Slg. 2000, I-5681, Rn. 41 ff.; in Bezug auf den Gesundheitsschutz auch EuGH, Rs. C-333/08 (Kommission/Frankreich), Slg. 2010, I-757; EuGH, Rs. C-219/07 (Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers/Belgien), Slg. 2008, I-4475; EuGH, Rs. C-192/01 (Kommission/Dänemark) Slg. 2003, I-9693. S. auch EuGH, Rs. C-434/97 (Kommission/Frankreich), Slg. 2000, I-1129; EuGH, Rs. C-95/01 (Greenham), Slg. 2004, I-1333; EuGH, Rs. C-41/02 (Kommission/Niederlande), Slg. 2004, I-11375; EuGH, Rs. C-150/00 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-2887.

⁸⁴ S. insoweit auch die Ausführungen in EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011, in Bezug auf die grundsätzliche Geeignetheit eines sektoralen Fahrverbots für Transporte bestimmter Güter zur Erreichung umweltpolitischer Ziele.

wurde.⁸⁵ Das Instrument der Alpen transitbörse nun vermag aufgrund der von vornherein erfolgenden Plafonierung der alpenquerenden Straßengütertransporte auf den erfassten Strecken bzw. Pässen sicherlich zu gewährleisten, dass die gewünschte Anzahl alpenquerender Fahrten über diese Pässe nicht überschritten wird, wobei damit zu rechnen ist, dass eine teilweise Verlagerung auf die Schiene erfolgt. Das Ziel der quantitativen Limitierung dieser Fahrten wird somit zweifellos erreicht, womit aufgrund der damit einhergehenden Verlagerung eines Teils des alpenquerenden Straßengüterverkehrs auf die Schiene eine Verminderung von Umweltbelastungen verbunden ist. Unter diesem Gesichtspunkt **trägt die Maßnahme somit zu einer Verbesserung des Umweltschutzes bei** und ihre Geeignetheit ist insoweit zu bejahen.

Fraglich könnte jedoch sein, ob die Maßnahme auch als **kohärent** im Hinblick auf das angestrebte Ziel anzusehen ist, wobei verschiedene Aspekte relevant sind bzw. sein könnten:

- Erstens könnte allgemein geltend gemacht werden, das letztlich angestrebte umweltpolitische Ziel der Verlagerung eines Teils des Straßengüterverkehrs auf die Schiene und damit eine Änderung des *modal split* werde dadurch, dass man diese Verlagerung mittels der Alpen transitbörse nur für den **Alpenkamm**, nicht aber in **anderen Regionen der Union**, anstrebe, in inkohärenter Weise verfolgt, da ja der Schienenverkehr allgemein – aus umweltpolitischer Sicht – dem Straßenverkehr überlegen sei. Dieses Argument vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil der **Alpenraum** anerkanntermaßen ein **besonders sensibles Ökosystem** – in dem die Auswirkungen des Straßen(güter)verkehrs ungleich größer sind als in anderen Regionen – darstellt, wie auch insbesondere in der Alpenkonvention zum Ausdruck gekommen ist. Dann aber erscheint es nicht inkohärent, in diesem Gebiet einen Akzent zu setzen, soweit die Verlagerung des Straßengüterverkehrs auf die Schiene betroffen ist.
- Zweitens kann eine Alpen transitbörse auch nicht deshalb als inkohärent angesehen werden, weil nur die Querung **bestimmter Alpenpässe** von der Alpen transitbörse erfasst wird und nur für diese ATE zu erwerben sind:⁸⁶ Selbstverständlich führt dieser Aspekt dazu, dass andere Straßen in den Alpen nicht im System erfasst sind, dass Transporte, die die Alpen weiträumig umfahren, ebenfalls keine ATE benötigen und dass ein Transport z.B. zwischen Innsbruck und Bozen proportional viel mehr kostete als ein solcher zwischen München und Bozen. Eine Inkohärenz in Bezug auf das **Ziel der Verlagerung eines Teils des Straßengüterverkehrs auf die Schiene** resultiert hieraus jedoch nicht: Denn der alpenquerende Gütertransportverkehr hat anerkanntermaßen einen großen Anteil am Verkehrsaufkommen in den Alpen; offenbar geht ein beträchtlicher Anteil des Straßengüterverkehrs in den Alpen gerade auf den alpenquerenden Verkehr zurück.⁸⁷ Auch zeichnet sich der alpenquerende Straßengüterverkehr oft dadurch aus, dass – im Verhältnis zum sonstigen Verkehr in den Alpen – tendenziell größere Distanzen zurückgelegt werden bzw. der Anteil derjenigen Fahrzeuge, die längere Distanzen zurück-

⁸⁵ Oben C.III.1.a).

⁸⁶ So aber *Fischer et al.*, LEGALP, 50 ff.

⁸⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 1.

legen, ist größer als anderswo in den Alpen, womit die Bahn als mögliches alternatives Verkehrsmittel in den Vordergrund rückt.⁸⁸ Weiter – und daran anschließend – sind gerade die alpenquerenden Korridore und die entsprechenden Täler offenbar besonderen Belastungen ausgesetzt, da sich der quantitativ ins Gewicht fallende alpenquerende Straßengüterverkehr hier konzentriert. Hinzu kommt, dass sich die alpinen Passregionen des Alpenhauptkamms wohl durch eine besondere ökologische Sensibilität auszeichnen.

- Der Umstand, dass nicht gleichzeitig auch alle weiteren, durch den Straßengüterverkehr in den Alpen entstehenden Umweltprobleme einer Lösung zugeführt werden bzw. hier nicht gleichzeitig auch Maßnahmen ergriffen werden, ändert hieran nichts, da es dem Unionsgesetzgeber und den Mitgliedstaaten offen steht, zunächst ein bestimmtes, wenn auch „reduziertes“ Ziel anzustreben; isolierte bzw. **punktueller Maßnahmen** sind also – soweit sie in sich kohärent sind, wogegen im Falle der Alpentransitbörse keine Einwände ersichtlich sind, da nach dem Konzept doch die miteinander in „Konkurrenz“ stehenden wichtigsten Alpenpässe erfasst sind und ein „Umwegverkehr“ derart weiträumig erfolgen müsste, dass er wenig realistisch erscheint – durchaus zulässig.⁸⁹
- Deutlich wird damit aber gleichzeitig auch, dass der Anwendungsbereich der Alpentransitbörse – also die Bestimmung derjenigen Pässe, für deren Überquerung ein Alpentransitrecht notwendig ist – nicht in Sinn beliebig erfolgen dürfte, dass das System nur auf einzelne Pässe angewandt würde, auf andere Pässe hingegen, die eine „Ausweichroute“ darstellen könnten, nicht: Denn diesfalls bestünde die Gefahr, dass auf nicht der Alpentransitbörse unterfallende Pässe ausgewichen würde, womit das Ziel selbst der Maßnahme – nämlich eine Plafonierung der alpenquerenden Straßengüterfahrten und damit eine quantitativ bemessene Verlagerung eines Teils des Straßengüterverkehrs auf die Schiene – gerade nicht erreicht werden könnte. Auch erschiene es in Anbetracht des Ziels der Verlagerung eines Teils des alpenquerenden Straßengüterverkehrs inkohärent, dieses Ziel mit einer Maßnahme erreichen zu wollen, die nur auf einzelnen Pässen zum Zuge käme, besteht doch kein ersichtlicher Grund, eine derartige Unterscheidung zu treffen, dies im Gegensatz zur Differenzierung zwischen der Überquerung des Alpenkamms und der Zurücklegung sonstiger Strecken in den Alpen: Hier kann nämlich – wie er-

⁸⁸ S. insoweit auch die Ausführungen in EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011, wo der Gerichtshof darauf hinweist, dass eine Verlagerung auf die Bahn erst ab einer bestimmten Distanz aus umweltpolitischer Sicht Sinn mache.

⁸⁹ S. in diesem Zusammenhang z.B. EuGH, Rs. C-284/95 (Safety Hi-Tech), Slg. 1998, I-4301, wo der Gerichtshof in Bezug auf ein unionsrechtliches Verbot eines Stoffes, der die Ozonschicht schädigt, es für zulässig erachtete, dass nicht gleichzeitig auch alle anderen, für die Ozonschicht ebenso gefährlichen Stoffe verboten wurden. S. auch EuGH, Rs. C-127/07 (Société Arcelor Atlantique et Lorraine), Slg. 2008, I-9895, wo der Gerichtshof in dem Umstand, dass nicht alle, im Hinblick auf das Emissionshandelssystem und die Ziele der Richtlinie vergleichbaren Anlagen in den Anwendungsbereich des Emissionshandels fallen, keinen Verstoß der RL 2003/87 (Emissionshandelsrichtlinie) gegen das Primärrecht erblickte, da es sich um ein neues und komplexes System handle und die Begrenzung des Anwendungsbereichs der Richtlinie vom Beurteilungsspielraum des Unionsgesetzgebers gedeckt sei.

wähnt – angeführt werden, der alpenquerende Straßengüterverkehr stelle bereits quantitativ einen großen Teil des Verkehrs in den Alpen dar, die in der Regel zurückgelegten Strecken seien relativ lang und zeichneten sich somit durch eine gewisse Bahnaffinität aus und die betroffenen Alpentäler seien aus ökologischer Sicht besonders sensibel.

Fraglich könnte hingegen sein, ob eine Alpentransitbörse zur Verfolgung eines anderen (umweltpolitischen) Ziels nur für einzelne Alpenpässe angewandt werden könnte. In Betracht käme hier wohl im Wesentlichen der Schutz des betroffenen Alpentals vor Lärm und zu hoher Luftverschmutzung. Für ein derartiges Ziel wäre eine Alpentransitbörse wohl geeignet.⁹⁰

bb) Erforderlichkeit

Die **Erforderlichkeit** einer Maßnahme liegt unter der Voraussetzung vor, dass es kein – im Hinblick auf die Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs – milderes Mittel gibt, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Den Mitgliedstaaten bzw. der Union wird man hier einen gewissen Beurteilungsspielraum zugestehen müssen, ist doch die Erforderlichkeit auch von einer Einschätzung der Situation abhängig. Das Unionsrecht soll und kann den Mitgliedstaaten sowie dem Unionsgesetzgeber aber nicht eine bestimmte rechtspolitische Option vorschreiben.⁹¹

Im dänischen Pfandflaschenfall⁹² verneinte der Gerichtshof die Erforderlichkeit der Begrenzung auf 30 Mehrwegflaschen, um eine Rücklaufquote von annähernd 100% sicherzustellen. Nicht das Verbot der Einfuhr überzähliger Flaschentypen sei hier das mildeste Mittel gewesen, sondern eine Pflicht der Verwender der Verpackungen, die Rücknahme sicherzustellen.

Auch die deutsche Regelung, wonach die Einfuhr lebender Süßwasserkrebse aus anderen Mitgliedstaaten zu kommerziellen Zwecken, insbesondere zum Aussetzen der Tiere in privaten Gewässern oder zum Verzehr, im Hinblick auf einen effektiven Schutz einheimischer Arten von Krebsen gegen Krankheiten grundsätzlich verboten war, hielt dem Gebot der Erforderlichkeit nicht stand, da etwa Gesundheitskontrollen weniger einschneidenden Maßnahmen dargestellt hätten.⁹³

In Bezug auf das sektorale Fahrverbot für Lastkraftwagen, die bestimmte Güter transportieren, auf der Inntalautobahn hielt der Gerichtshof – auf der Grundlage einer relativ strengen Erforderlichkeitsprüfung – fest, Österreich habe nicht hinreichend dargetan, warum andere, den Warenverkehr weniger beschränkende Maßnahmen – wie insbesondere die Generalisierung einer Geschwindigkeitsbeschränkung und ein Fahrverbot für LKWs, die bestimmte Emissionswerte überschreiten – das angestrebte Ziel nicht ebenso hätten erreichen können, so dass die Maßnahme nicht erforderlich sei.⁹⁴

Jedenfalls folgt aus dem Erfordernis der Erforderlichkeit, dass bereits zugelassene gefährliche Stoffe im Bestimmungsland nicht nochmals ähnlichen Kontrollen mit paralleler Zielsetzung wie im Herkunftsland unterworfen werden dürfen.⁹⁵

⁹⁰ Zur Erforderlichkeit noch sogleich unten, C.III.1.b)bb).

⁹¹ Zur Frage des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11, Rn. 63 ff.

⁹² EuGH, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1988, 4607, Rn. 20.

⁹³ EuGH, Rs. C-131/93 (Kommission/Deutschland), Slg. 1994, I-3303.

⁹⁴ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011. Kritisch zu dieser sehr strengen Erforderlichkeitsprüfung z.B. *Ranacher*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 100 (104 ff.).

⁹⁵ EuGH, Rs. C-400/96 (Harpegnies), Slg. 1998, I-5121, Ziff. 36. In diesem Urteil fasst der Gerichtshof auch seine Rechtsprechung in Bezug auf die Zulässigkeit nationaler Zulassungsregelungen zusammen. S. zu diesem Problemkreis auch EuGH, Rs. C-254/05 (Kommission/Belgien), Slg. 2007, I-4269.

Weiter leitet der EuGH aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ab, dass grundsätzlich Alternativen zur getroffenen Maßnahme in Erwägung zu ziehen und zu prüfen sind;⁹⁶ andernfalls wird die Erforderlichkeit verneint. Insofern beinhaltet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch eine gewisse verfahrensrechtliche Komponente.

Im Übrigen weist der EuGH häufig darauf hin, dass bei Zweifeln hinsichtlich der Wirksamkeit der Maßnahmen darauf abzustellen sei, dass (keine) Anhaltspunkte ersichtlich sein dürften, wonach die entsprechende Regelung über das hinausgeht, was zur Erreichung des Zweckes erforderlich ist.⁹⁷

In Bezug auf die **Alpentransitbörse** sind – wird das Ziel einer entsprechenden quantitativen Limitierung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs, die damit einhergehende teilweise Verlagerung desselben auf die Schiene sowie die hiermit verbundene Verbesserung der Umweltqualität zugrundegelegt – **keine milderen Maßnahmen** ersichtlich, da der Verkehr gerade nicht verboten, sondern nur limitiert wird, und im Falle der Entrichtung des entsprechenden Preises bzw. des Erwerbs eines Alpentransitrechts die Möglichkeit besteht, einen Straßengütertransport über die Alpen durchzuführen.⁹⁸

Auch das Vorsorgeprinzip – das in diesem Rahmen sowohl im Falle mitgliedstaatlicher Maßnahmen als auch im Falle von Unionsmaßnahmen zu beachten wäre – könnte für diese Ansicht angeführt werden.⁹⁹ Denn dieser Grundsatz erlaubt auch bei wissenschaftlichen Unsicherheiten ein Handeln, und es ist aus wissenschaftlicher Sicht wohl nicht auf den ersten Blick ersichtlich, dass es im Hinblick auf die Erreichung des angestrebten Ziels mildere Maßnahmen gäbe.

Allerdings legt es die jüngste Rechtsprechung des Gerichtshofs¹⁰⁰ nahe, dass im Einzelnen dargetan werden müsste, warum andere, den Warenverkehr weniger beschränkende Maßnahmen – wie etwa Geschwindigkeitsbeschränkungen und Fahrverbote für LKWs, die bestimmte Emissionswerte überschreiten – das angestrebte Ziel nicht ebenso erreichen könnten. Grundsätzlich dürfte dieser Nachweis aber gelingen, da das Ziel – die quantitativ zu bestimmende Verlagerung auf die Schiene – verlässlich wohl nur über eine eigentliche Kontingentierung erreicht werden kann. Insofern geht also das Argument, ein **Mautsystem** stelle grundsätzlich eine mildere Maßnahme dar,¹⁰¹ an der Sache vorbei, da Zweck-Mittel-Relation im Rahmen der Verhältnismäßigkeit nicht korrekt geprüft wird und mit einer Maut – es sei denn, sie sei tatsächlich so hoch, dass sich ein Straßengüterverkehr über die Alpen kaum noch lohnte, was unwahrscheinlich erscheint – das angestrebte Ziel gerade nicht erreicht werden könnte. Das Vorbringen, die Union gehe davon aus, dass Abgabensystemen sonstigen Instrumenten (wie der Alpentransitbörse) vorzuziehen seien,¹⁰² ist schon

⁹⁶ EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-9871, Rn. 86 ff., in Bezug auf ein Fahrverbot auf einer überaus wichtigen Verkehrsverbindung im Hinblick auf die Reduktion von Schadstoffemissionen im fraglichen Gebiet.

⁹⁷ S. etwa EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), Slg. 2000, I-5671, Rn. 40 ff.; EuGH, Rs. C-394/97 (Heinonen), Slg. 1999, I-3599, Rn. 36 ff.

⁹⁸ Vgl. ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1217), der vor diesem Hintergrund darauf hinweist, dass es bei der Erforderlichkeit damit eigentlich nicht um ein „Kontingentproblem“, sondern um die „Fiskalität“ (also die Verteuerung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs) gehe.

⁹⁹ Vgl. insoweit auch *Ehlotzky*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 57 (66), im Zusammenhang mit dem Urteil des EuGH zum sektoralen Fahrverbot auf der Inntalautobahn.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

¹⁰¹ So *Fischer et al.*, LEGALP, 60 ff.

¹⁰² So *Fischer et al.*, LEGALP, 60 ff.

deshalb wenig stichhaltig, weil es hier um Sekundärrecht oder politische Meinungsäußerungen von Unionsorganen geht, die jedoch für die Tragweite des Primärrechts kaum maßgeblich sind, so dass diese Erwägung mit der Frage nach der Erforderlichkeit der Maßnahme in keinem ersichtlichen Zusammenhang steht. Darüber hinaus führte diese Erwägung in Bezug auf mitgliedstaatliche Maßnahmen dazu, dass die Union dadurch, dass sie bestimmte Instrumente anderen vorzieht (aus welchen Gründen auch immer und wie auch immer dies zum Ausdruck kommen mag), die den Mitgliedstaaten im Falle fehlender abschließender unionsrechtlicher Regelungen primärrechtlich zustehende Kompetenz zur Festlegung von Konzepten und Zielen unterlaufen könnte. Im Übrigen zeigt das Treibhausgasemissionshandelssystem (vgl. RL 2003/87),¹⁰³ dass dem Unionsrecht Kontingenzlösungen durchaus nicht fremd sind.

Schließlich dürfte auch die Erwägung, eine Alpentransitbörse trage dem **Verursacherprinzip** nicht Rechnung, da nicht sichergestellt sei, dass der für ein Alpentransitrecht zu entrichtende Betrag auch den vom Güterstraßenverkehr verursachten Kosten entspricht,¹⁰⁴ in diesem Zusammenhang nicht relevant sein: Es ist schon nicht ersichtlich, warum dieser Aspekt die Beurteilung der Erforderlichkeit der Maßnahme für das angestrebte Ziel beeinflussen können soll; allenfalls könnte man einen Verstoß gegen das Verursacherprinzip geltend machen (wobei dann noch, je nach der Ebene, auf der eine Alpentransitbörse eingeführt würde, zu prüfen wäre, ob eine Bindung an das unionsrechtliche Verursacherprinzip besteht). Vor allem aber besteht die Zielsetzung der Maßnahme ja in einer quantitativ bestimmten Verlagerung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs auf die Schiene und nicht in der Verwirklichung des Verursacherprinzips, so dass dieser Hinweis von vornherein an der Sache vorbei geht.

Nur am Rande sei jedoch darauf hingewiesen, dass diese Erwägungen nur insoweit Gültigkeit beanspruchen können, wie es um die Einführung der Alpentransitbörse für alle in „Konkurrenz“ miteinander stehende Alpenpässe geht. Im Falle der Einführung des Systems für einzelne Pässe wäre zu prüfen, ob die hiermit verfolgten Ziele – wobei, wie erwähnt,¹⁰⁵ wohl lediglich Anliegen des Lärmschutzes und der Verminderung der Luftverschmutzung in Betracht kommen – nicht durch mildere Maßnahmen erreicht werden könnten. Vor dem Hintergrund des Urteils des Gerichtshofs zum sektoralen Fahrverbot auf der Inntalautobahn¹⁰⁶ wäre hier im Einzelnen nachzuweisen, dass andere, den Warenverkehr weniger beschränkende Maßnahmen – wie insbesondere die Generalisierung einer Geschwindigkeitsbeschränkung oder ein Fahrverbot für LKWs, die bestimmte Emissionswerte überschreiten – das angestrebte Ziel nicht ebenso erreichen könnten.

cc) *Angemessenheit*

Angemessen ist eine Maßnahme, wenn sie nicht außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck steht. In unserem Zusammenhang ist dabei die durch die Maßnahme verur-

¹⁰³ RL 2003/87 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft, ABl. 2003 L 176, 29. Zu diesem, m.w.N., *Epiney*, ZUR 2010, 236 ff.

¹⁰⁴ So *Fischer et al.*, LEGALP, 60 ff.

¹⁰⁵ Oben C.III.1.b)aa).

¹⁰⁶ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

sachte Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs mit den umweltpolitischen Gewinnen in Beziehung zu setzen und abzuwägen.¹⁰⁷

Der EuGH gesteht den Mitgliedstaaten und der Union hier einen **weiten Beurteilungsspielraum** zu; soweit ersichtlich wurde noch keine umweltpolitische oder gesundheitspolitische mitgliedstaatliche Maßnahme wegen fehlender Angemessenheit als für mit den vertraglichen Anforderungen unvereinbar erklärt. Auch ansonsten spielt der Grundsatz der Angemessenheit eine vernachlässigbare Rolle in der Rechtsprechung des EuGH.¹⁰⁸

Der Angemessenheit zuzuordnen sind aber auch Erwägungen zum Schutz von Wirtschaftsteilnehmern, die von umweltpolitischen Maßnahmen betroffen sind, die der Gerichtshof strenger prüft. So erachtete er das deutsche Flaschen- bzw. Dosenpfandsystem zwar grundsätzlich als aus Gründen des Umweltschutzes gerechtfertigt, schloss aber gleichwohl auf die Unvereinbarkeit der konkreten Maßnahme, da den Betroffenen keine ausreichenden Übergangsfristen eingeräumt worden seien.¹⁰⁹

Grundsätzlich dürfte die Einführung einer **Alpentransitbörse** den Anforderungen der Angemessenheit genügen: Denn es ist nicht ersichtlich, dass die hiermit verfolgten und erreichbaren umweltpolitischen Zielsetzungen als solche außer Verhältnis zu den damit verbundenen Einschränkungen des freien Warenverkehrs stehen, dies auch und gerade angesichts der in diesem Zusammenhang maßgeblichen **Güterabwägung**, bei der den zuständigen Organen ein **Gestaltungsspielraum** einzuräumen ist. Allerdings ist – was dogmatisch unter den Begriff der Angemessenheit oder Verhältnismäßigkeit i.e.S. gefasst werden könnte – aus der Rechtsprechung des EuGH wohl abzuleiten, dass im Falle der Behinderung oder Beschränkung von Fahrten auf wichtigen Transitachsen den betroffenen Transporteuren realistische Alternativen angeboten werden müssen.¹¹⁰ In Bezug auf die Alpentransitbörse impliziert dies, dass denjenigen Transporteuren, die keine Alpentransitrechte erwerben können oder wollen, **realistische Ausweichmöglichkeiten** zur Verfügung stehen müssen. Diese können insbesondere durch die Zurverfügungstellung ausreichender, attraktiver und preislich konkurrenzfähiger Bahnkapazitäten gewährleistet werden; m.a.W. müsste die Einführung der Alpentransitbörse in allen betroffenen Alpenstaaten mit einem entsprechenden, wenn möglich koordinierten Bahnangebot einhergehen; in der Schweiz sind die diesbezüglichen Bemühungen bereits sehr präsent.¹¹¹

¹⁰⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang etwa die Bemerkungen von GA *Slynn* in der Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1988, 4607; s. auch GA *van Gerven* in der Rs. C-169/89 (Gourmetterie van den Burg), Slg. 1990, I-2143, Rn. 8; aus der Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. C-350/97 (Monsees), Slg. 1999, I-2921; EuGH, Rs. C-315/92 (Clinique), Slg. 1994, I-317, Rn. 16.

¹⁰⁸ Teilweise wird denn auch dafür plädiert, ganz auf die Prüfung der Angemessenheit zu verzichten, vgl. etwa *Jans/Vedder*, *European Environmental Law*, 285 ff.; ähnlich wohl *Wiers*, *Trade and Environment*, 116; *Temminck*, *YEEL* 2000, 61 (93 f.); für eine Angemessenheitsprüfung etwa *Müller-Graff*, *EUDUR I*, § 10, Rn. 78.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-463/01 (Kommission/Deutschland), Slg. 2004, I-11705; EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), Slg. 2004, I-11763. Zu diesen Urteilen z.B. *Karpenstein/Jacobj*, *AbfallR* 2005, 194 ff.; *van Calster/Vandenbergh*, *RECIEL* 2005, 73 ff.; *Trüe*, *JEEPL* 2005, 142 ff.; *Weidemann*, *AbfallR* 2005, 11 ff.

¹¹⁰ EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission, Deutschland u.a./Österreich), Slg. 2005, I-9871, in Bezug auf ein sektorales Fahrverbot; s. auch schon EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659 (in Bezug auf eine zeitlich beschränkte Sperrung der Brenner-Autobahn wegen einer Demonstration).

¹¹¹ *Weber*, *AJP* 2008, 1213 (1217).

Weiter legt es die Rechtsprechung nahe, dass die Einführung eines solchen neuen Systems wohl schrittweise erfolgen und mit **Übergangsregelungen** verbunden sein müsste, damit die betroffenen Wirtschaftsteilnehmer sich auf diese doch ins Gewicht fallende Neuerung einstellen können.¹¹²

dd) Fazit

Damit bleibt im **Ergebnis** festzuhalten, dass die **Einführung einer Alpentransitbörse im Grundsatz mit Art. 34 AEUV in Einklang steht**, was insoweit gilt, als das Instrument für alle miteinander in Konkurrenz stehenden Alpenpässe eingeführt wird.

Eine Einführung hingegen nur für einzelne Alpenpässe dürfte wohl den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nicht Rechnung tragen.

Deutlich wurde durch die Ausführungen aber auch, dass – was möglicherweise bei den bisher erfolgten Diskussionen zu diesem Thema nicht hinreichend berücksichtigt wurde – ein Kernproblem in diesem Zusammenhang in der Frage zu sehen ist, ob das mit der **Alpentransitbörse verfolgte Ziel** – nämlich die Plafonierung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs und nur des alpenquerenden Straßengüterverkehrs – ein „zulässiges“ Ziel darstellt, hängt doch die Prüfung der Verhältnismäßigkeit gerade davon ab, auf welchen Zweck abgestellt wird. Es konnte in diesem Zusammenhang einerseits dargelegt werden, dass die Beeinflussung des *modal split* als solcher grundsätzlich als umweltpolitisches Ziel angesehen werden kann, dies soweit die beabsichtigte Modifikation des *modal split* quasi „automatisch“ Umweltschutzanliegen dient. Andererseits konnte aufgezeigt werden, dass auch eine Beschränkung der in Betracht gezogenen Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels auf den alpenquerenden Straßengüterverkehr *a priori* nicht inkohärent erscheint.

Dabei sind die angestellten Erwägungen auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass der EuGH bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit Art. 34 AEUV im Rahmen der Rechtfertigung durchaus nicht durchgehend eine sehr hohe Kontrolldichte anlegt bzw. den Mitgliedstaaten und insbesondere der Union einen teilweise eher **weiten Gestaltungsspielraum** einräumt:

- Den **Mitgliedstaaten** wird im Zusammenhang mit der Prüfung der Rechtfertigung ein gewisser, wenn auch mitunter nicht allzu weiter, Gestaltungsspielraum zugestanden.¹¹³ Auch wenn der Gerichtshof gerade bei den die Verkehrspolitik betreffenden Urteilen bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu-

¹¹² Vgl. im Zusammenhang mit einem sektoralen Fahrverbot auf der Inntalautobahn EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-9871; hierzu etwa *Obwexer*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 80 (98 f.); *Ranacher*, in: Rechtsfragend es grenzüberschreitenden Verkehrs, 100 (109). S. auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs zum deutschen Flaschen- bzw. Dosenpfandsystem (Fn. 109).

¹¹³ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-293/94 (Brandsma), Slg. 1996, I-3159, Rn. 11; EuGH, Rs. C-389/96 (Aher Waggon), Slg. 1998, I-4473, Rn. 19; EuGH, Rs. C-434/04 (Ahokainen und Leppik), Slg. 2006, I-9171; EuGH, Rs. C-333/08 (Kommission/Frankreich), Slg. 2010, I-757, Rn. 85 (ebenfalls in Bezug auf den Gesundheitsschutz); EuGH, Rs. C-219/07 (Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers/Belgien), Slg. 2008, I-4475. Zur Problematik *Epiney*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU, § 11, Rn. 63 ff.

mindest teilweise einen eher strengen Standard anlegt, ist im Übrigen nicht zu verkennen, dass gewisse Entwicklungen hin zur Einräumung weiterer Gestaltungsspielräume in Abhängigkeit von den verfolgten Zielsetzungen zu verzeichnen sind, so auch und gerade im jüngsten Urteil des Gerichtshofs zum sektoralen Fahrverbot auf der Inntal-Autobahn.¹¹⁴

- Bei der Prüfung, ob **Unionsmaßnahmen** (also Sekundärrecht) mit den primärrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen, räumt der EuGH dem Unionsgesetzgeber einen **denkbar weiten Gestaltungsspielraum** ein, soweit legislative Maßnahmen betroffen sind. Beispielfhaft sei auf vier Urteile hingewiesen:

- In der Rs. C-284/95¹¹⁵ erachtete der Gerichtshof es – in Bezug auf ein unionsrechtliches Verbot eines Stoffes, der die Ozonschicht schädigt – für zulässig, dass nicht gleichzeitig auch alle anderen, für die Ozonschicht ebenso gefährlichen Stoffe verboten wurden, ohne im Einzelnen auf die Frage der Kohärenz der Maßnahme einzugehen.
- In der Rs. C-127/07¹¹⁶ hatte sich der Gerichtshof zu der Frage zu äußern, ob der Nichteinbezug des Kunststoff- bzw. des Chemie- und des Aluminiumsektors in den Anwendungsbereich der RL 2003/87 (Emissionshandel), während der Stahlsektor unter die genannte Richtlinie fällt, mit dem allgemeinen Gleichheitssatz in Einklang steht. Nach Ansicht des Gerichtshofs befinden sich die genannten Industrien zwar in einer vergleichbaren Lage, da jede Emission von Treibhausgasen zu einer gefährlichen Störung des Klimas beitragen könne und die in Frage stehenden Sektoren alle solche Gase emittierten. Jedoch könne die unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt werden: Denn es handle sich beim Emissionshandel um ein neues und komplexes System, so dass sich jedenfalls die ursprüngliche Begrenzung des Anwendungsbereichs der RL 2003/87 – dieser soll schrittweise ausgeweitet werden – durchaus in den Beurteilungsspielraum einfüge, über den der Unionsgesetzgeber verfüge, dies insbesondere angesichts des Umstands, dass im Chemiesektor eine besonders hohe Zahl von Anlagen zu verzeichnen sei, die die Steuerung des Systems erschwert und den Verwaltungsaufwand erhöht hätte, so dass eine Störung des Funktionierens des Systems bei seiner Einführung nicht ausgeschlossen werden könne. Der Nichteinbezug des Nichteisenmetallsektors könne dadurch begründet werden, dass dessen unmittelbare Emissionen im Vergleich zum Stahlsektor ausgesprochen gering ausfielen, so dass dieser erhebliche Unterschied der Menge direkter Emissionen zwischen den beiden betroffenen Sektoren ihre unterschiedliche Behandlung bei der ersten Anwendungsphase des Emissionshandels in Anbetracht des schrittweisen Vorgehens, auf dem die RL 2003/87 beruhe, als gerechtfertigt betrachtet werden könne.
- Gegenstand der Rs. C-176/09¹¹⁷ war eine Nichtigkeitsklage Luxemburgs gegen die RL 2009/12 über Flughafenentgelte.¹¹⁸ Luxemburg machte ver-

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

¹¹⁵ EuGH, Rs. C-284/95 (Safety Hi-Tech), Slg. 1998, I-4301.

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-127/07 (Société Arcelor Atlantique et Lorraine), Slg. 2008, I-9895.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-176/09 (Luxemburg/EP und Rat), Urt. v. 12.5.2011.

schiedene Klagegründe in Bezug auf die Anwendbarkeit der Richtlinie auch auf den (relativ kleinen) luxemburgischen Flughafen, während Flughäfen vergleichbarer Größe in anderen Mitgliedstaaten nicht erfasst würden (da die Richtlinie auf Flughafen ab einer bestimmten Größe sowie jedenfalls auf den größten Flughafen eines Mitgliedstaats anwendbar ist), geltend. Diese wurden vom Gerichtshof zurückgewiesen, wobei er dem Unionsgesetzgeber gerade bei der Prüfung des Gleichheitssatzes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit einen eher weiten Gestaltungsspielraum einräumt: Die streitige Regelung verstoße nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz. Denn der Flughafen mit den meisten Fluggastbewegungen im Jahr in einem Mitgliedstaat sei als „Eintrittsort“ in den betreffenden Mitgliedstaat anzusehen, so dass ihm eine privilegierte Stellung gegenüber den Flughafennutzern zukomme, dies im Gegensatz zu „Regionalflughäfen“ in anderen Mitgliedstaaten, auch wenn diese eine vergleichbare Größe aufweisen. Aus parallelen Gründen könne eine Gleichbehandlung eines solchen „Eintrittsorts“ in einen Mitgliedstaat mit sehr großen Flughäfen als begründet angesehen werden, handle es sich doch in beiden Fällen um Flughäfen mit einer privilegierten Stellung gegenüber ihren Nutzern. Ebenso wurde ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verneint: Die Zielsetzung der Richtlinie gehe dahin, in Bezug auf die Flughafenentgelte gewisse Vorgaben verbindlich vorzuschreiben, um der Gefahr entgegenzuwirken, dass die Flughafenbetreiber ihre privilegierte Stellung gegenüber den Flughafennutzern bei der Festsetzung der Flughafenentgelte missbräuchlich ausnutzen. Eine weniger belastende Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels sei nicht ersichtlich, und es gebe auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Aufwand, der sich aus der mit der RL 2009/12 eingeführten Regelung für die betroffenen Flughäfen oder die Mitgliedstaaten ergibt, außer Verhältnis zu ihrem Nutzen stünde.

- Schließlich ist auf die Rs. C-416/10¹¹⁹ hinzuweisen, in der es u.a. darum ging, ob eine sekundärrechtlich begründete Verpflichtung der Mitgliedstaaten, unter bestimmten Voraussetzungen eine nationale Genehmigung aufzuheben, gegen das durch Art. 17 GRCh garantierte Eigentumsrecht verstößt. Der Gerichtshof wies im Zusammenhang mit der Rechtfertigung eines solchen Eingriffs lediglich darauf hin, dass das Eigentumsrecht nicht schrankenlos gewährleistet sei und daher durch dem Gemeinwohl dienende Ziele, zu denen auch der Umweltschutz gehöre, eingeschränkt werden könne. In Bezug auf die Verhältnismäßigkeit begnügte sich der Gerichtshof mit dem Hinweis, dass die fragliche Richtlinie einen „Ausgleich zwischen den Anforderungen des Eigentumsrechts und denen des Umweltrechts“ herstelle, ohne die Kriterien der Geeignetheit oder der Erforderlichkeit auch nur ansatzweise zu prüfen.

Insgesamt fällt es in Anbetracht der angestellten Überlegungen zum Vorliegen der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und vor dem Hintergrund des skizzierten weiten Gestaltungsspielraums, den der EuGH den

¹¹⁸ ABl. 2009 L 70, 11.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-416/10 (Krizan), Urt. v. 15.1.2013.

Unionsorganen im Zusammenhang mit der Prüfung der Primärrechtskonformität von Sekundärrecht einräumt, schwer sich vorzustellen, dass der Gerichtshof eine in einem Sekundärrechtsakt vorgesehene Alpentransitbörse – vorausgesetzt, das System gewährleistet die Einbindung aller miteinander in Konkurrenz stehender Alpenpässe, was wohl eine Einbindung der Schweiz impliziert¹²⁰ – für unverhältnismäßig erachtete.

2. Insbesondere: zur Bevorzugung des Lokal- und Regionalverkehrs

Die Bevorzugung des Regional- und Lokalverkehrs dient nicht Anliegen des Umweltschutzes, sondern der Vermeidung negativer Folgen einer Alpentransitbörse für wirtschaftlich verflochtene Regionen durch eine überproportionale Verteuerung des Lokal- und Kurzstreckenverkehrs, so dass letztlich eine „Zerschneidung“ der die Alpenübergänge umgebenden kleinräumigen Wirtschaftsgebiete verhindert werden soll. Zudem ist zu beachten, dass eine Verlagerung sehr kurzer Transporte auf die Schiene auch aus umweltpolitischer Sicht in der Regel kaum Vorteile verschafft. Vor diesem Hintergrund dürfte eine solche Differenzierung – die grundsätzlich eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit bzw. der Warenherkunft impliziert (und damit in den Schutzbereich des Art. 34 AEUV oder allenfalls des Art. 18 AEUV fällt)¹²¹ – mit den unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen:

- Erstens kommt eine **Rechtfertigung aus regionalpolitischen Gründen** in Frage, soll die zur Debatte stehende Privilegierung es den beidseits des Alpenkamms gelegenen und wirtschaftlich eng verbundenen Regionen doch ermöglichen, die für die Entwicklung dieser Regionen vitale Verflechtung weiter pflegen zu können. Insofern geht es auch nicht um eine (letztlich protektionistischen Zielen dienende) wirtschaftliche Maßnahme, die einen Eingriff in die Grundfreiheiten nicht zu rechtfertigen vermöge.¹²²
- Zweitens und selbst wenn man der vorhergehenden Erwägung nicht folgen sollte, führte die in Frage stehende **Privilegierung nicht zu einer Inkohärenz der Alpentransitbörse** als solche, soweit ihre umweltpolitische Zielsetzung betroffen ist, da die angestrebte Verlagerung des Transports auf die Schiene nur bei längeren Transporten Sinn macht (bei kürzeren sogar aus umweltpolitischer Sicht widersinnig sein kann).¹²³

Damit ist eine **Bevorzugung des Lokal- und Regionalverkehrs** grundsätzlich als mit den **Vorgaben des Art. 34 AEUV bzw. des Art. 18 AEUV in Einklang** stehend

¹²⁰ Vgl. zur Frage der Regelungsebene und den hierbei zu beachtenden Vorgaben *Epiney*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 113 (125 ff.).

¹²¹ Vgl. im Einzelnen mit ausführlicher Begründung zu dieser Thematik schon *Epiney/Heuck*, ZUR 2009, 178 (182); *Epiney/Heuck*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 31 (35 ff.).

¹²² S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-254/98 (TK Heimdienst), Slg. 2000, I-151, wo der Gerichtshof die Sicherstellung der Nahversorgung in bestimmten randständigen Regionen als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls ansah.

¹²³ So denn auch jüngst in Bezug auf ein sektorales Transportverbot bestimmter Güter mit Ausnahmen für den Lokal- und Regionalverkehr EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

anzusehen, wobei allerdings die genaue Ausgestaltung dieser Bevorzugung die Vorgaben dieser Bestimmungen berücksichtigen müsste (z.B. dürften die Distanzen nicht so festgelegt werden, dass aus nicht ersichtlichen Gründen insbesondere Spediteure aus anderen Staaten benachteiligt würden).

D. Zu den Vorgaben des Sekundärrechts: die RL 1999/62 („Wegekostenrichtlinie“)

Eine Unvereinbarkeit der Alpentransitbörse mit EU-Sekundärrecht stünde ihrer Einführung zwar nicht entgegen, da das Sekundärrecht entsprechend modifiziert werden kann; im Hinblick auf den diesbezüglich möglicherweise entstehenden Handlungsbedarf sowie der Frage nach der Art und Weise der Einführung einer Alpentransitbörse ist diese Problematik aber gleichwohl von Interesse. Dabei ist es vorliegend nicht möglich, auf das gesamte Sekundärrecht einzugehen, so dass eine Beschränkung auf die in diesem Zusammenhang wohl im Vordergrund stehende RL 1999/62 („Wegekostenrichtlinie“)¹²⁴ erfolgt.

Die RL 1999/62 formuliert u.a. **Vorgaben für die Erhebung von Maut- und Benutzungsgebühren durch die Mitgliedstaaten**, wobei diese dann zum Zuge kommen, wenn sich die Mitgliedstaaten entscheiden, derartige Gebühren zu erheben; der Richtlinie sind hingegen **keine irgendwie geartete Pflichten zur Einführung von „Wegekosten“** zu entnehmen.¹²⁵

In Bezug auf die Frage, ob die Einführung einer Alpentransitbörse grundsätzlich in Konflikt mit der RL 1999/62 stünde, kann zwischen zwei sukzessive zu beantwortenden Fragen unterschieden werden: Erstens fragt es sich, ob die Einführung einer Alpentransitbörse die Erhebung einer „Maut“ im Sinne der RL 1999/62 nach sich zöge bzw. implizierte (I.), womit der Anwendungsbereich der Richtlinie eröffnet wäre und ihre Vorgaben zu beachten wären.¹²⁶ Zweitens – und im Falle der Verneinung der ersten Frage – ist die Abgeschlossenheit der RL 1999/62 in Bezug auf die Erhebung „irgendwelcher“ Abgaben oder Gebühren für die Straßenbenutzung durch die von der Richtlinie erfassten Fahrzeuge und Transporte zu erörtern (II.).

¹²⁴ RL 1999/62 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge, ABl. 1999 L 187, 42. Diese Richtlinie wurde jüngst in wesentlichen Punkten modifiziert, vgl. RL 2011/76 zur Änderung der Richtlinie 1999/62 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch schwere Nutzfahrzeuge, ABl. 2011 L 269, 1. Zu dieser Modifikation eingehend *Epiney/Heuck*, NuR 2012, 169 ff. Zu den Modifikationen der RL 1999/62 durch die RL 2006/38 (ABl. 2006 L 157, 8) *Obwexer*, *ecolex* 2005, 663 f. S. ansonsten den Überblick über den Regelungsgehalt der Richtlinie im Zusammenhang mit der Erörterung der Vorgaben des EU-Rechts für den alpenquerenden Straßengütertransport bei *Epiney/Heuck*, in: *Der alpenquerende Gütertransport*, 31 (37 ff.). Zur RL 1999/62 auch *Ehlotzky*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 153 (157 ff.).

¹²⁵ Vgl. schon *Epiney/Heuck*, in: *Der alpenquerende Gütertransport*, 31 (37 ff.), wo auch auf die Frage eingegangen wird, ob im Falle der Einführung von Maut- oder Benutzungsgebühren zwischen Fahrzeugen über 3,5 t und unter 12 t differenziert werden darf.

¹²⁶ Jedenfalls, soweit es um mitgliedstaatliches Verhalten geht. Soweit eine Alpentransitbörse auf Unionsebene eingeführt würde, indem eine Richtlinie mit einem entsprechenden Inhalt erlassen würde, stünde diese normenhierarchisch auf derselben Stufe wie die RL 1999/62 und wäre zudem eine *lex posterior*, so dass diesfalls – selbst ohne eine ausdrückliche Modifikation der RL 1999/62 – Vieles dafür spräche, eine solche Richtlinie als *lex specialis* zur RL 1999/62 anzusehen, mit der Folge, dass aufgrund der konzeptionellen Unvereinbarkeit einer Alpentransitbörse mit einer eigentlichen quantitativen „Festlegung“ der betreffenden „Gebühren“ davon auszugehen wäre, dass im Rahmen der Anwendung der Alpentransitbörse die Vorgaben der RL 1999/62 nicht zum Zuge kämen.

I. Zum Begriff der „Maut“ im Sinne der RL 1999/62 im Zusammenhang mit einer Alpentransitbörse

Die RL 1999/62 bezweckt die Beseitigung bzw. Minderung der durch die Anwendung unterschiedlicher Abgabensysteme entstehenden Wettbewerbsverzerrungen zwischen den in den verschiedenen Mitgliedstaaten ansässigen Verkehrsunternehmen.¹²⁷ Die Richtlinie regelt – neben der Angleichung der mitgliedstaatlichen Kraftfahrzeugsteuern¹²⁸ – insbesondere die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliedstaaten im Straßenverkehr (wobei der Anwendungsbereich der Richtlinie auf den Güterkraftverkehr mit Fahrzeugen von über 3,5 t beschränkt ist¹²⁹) **Maut- und/oder Benutzungsgebühren** erheben dürfen.

Nach den **Begriffsdefinitionen** in Art. 2 lit. b, c RL 1999/62 sind unter **Mautgebühren** streckenabhängige Gebühren zu verstehen, die für eine Fahrt zwischen zwei Punkten ausschließlich nach Maßgabe der zurückgelegten Wegstrecke und dem Fahrzeugtyp erhoben werden. Demgegenüber sind **Benutzungsgebühren** als zeitabhängige Abgaben definiert.

Die Einführung der **Alpentransitbörse** könnte als eine **Maut** zu qualifizieren sein bzw. eine Mauterhebung nach sich ziehen oder implizieren,¹³⁰ was zur Folge hätte, dass die Erhebung der entsprechenden Gebühren nur unter den in der Richtlinie formulierten Voraussetzungen (sowohl betreffend die Modalitäten der Gebühr als auch ihre Höhe) zulässig wäre (es sei denn, die RL 1999/62 würde entsprechend modifiziert).¹³¹ Eine Maut im Sinne der RL 1999/62 liegt nach der erwähnten Legaldefinition des Art. 2 lit. b RL 99/62 (nur) bei einer streckenabhängigen Gebühr vor, die für eine Fahrt zwischen zwei Punkten (ausschließlich) nach Maßgabe der zurückgelegten Wegstrecke und dem Fahrzeugtyp erhoben wird und die eine Infrastrukturgebühr und/oder eine Gebühr für externe Kosten beinhaltet. M.a.W. geht es um eine **regulierende Maßnahme**, wonach für eine bestimmte „Leistung“ (die **Zurücklegung einer nach Entfernung definierten Strecke**) ein **im vornherein bestimmter Geldbetrag** (eben die Maut) zu entrichten ist.

Der im Falle der Einführung einer **Alpentransitbörse** für ein Alpentransitrecht zu zahlende Betrag weist jedoch diese Merkmale nicht auf:¹³² Denn er beruht gerade

¹²⁷ Vgl. Erw. 1 Präambel RL 1999/62.

¹²⁸ Ein Regelungsgegenstand, der im Titel der Richtlinie nicht zum Ausdruck kommt. In unserem Zusammenhang ist dieser Aspekt der Richtlinie nicht von Bedeutung.

¹²⁹ Art. 1 i.V.m. Art. 2 lit. d RL 1999/62. Vgl. schon *Epiney/Heuck*, in: *Der alpenquerende Gütertransport*, 31 (38 f.).

¹³⁰ Die Qualifizierung als Benutzungsgebühr scheidet von vornherein aus, da nach dem derzeit im Vordergrund stehenden System ein Alpentransitrecht nur ein einmaliges Recht auf Überschreitung eines Alpenpasses einräumen soll, das zwar für einen bestimmten Zeitraum gilt, jedoch insofern nicht zeitabhängig im Sinne des Art. 2 lit. c RL 1999/62 ist, als es nicht während einer bestimmten Zeit beliebig viele Alpenüberquerungen erlaubt.

¹³¹ Wobei eine solche „Modifikation“ im Ergebnis auch dadurch erfolgen könnte, dass in einem (anderen) Sekundärrechtsakt eine Alpentransitbörse eingeführt würde: Dieser Rechtsakt wäre dann als *lex specialis* zur RL 1999/62 anzusehen. Im Falle der Einführung einer Alpentransitbörse durch mitgliedstaatliche Maßnahmen (unter Einschluss völkerrechtlicher Abkommen) hingegen müsste die RL 1999/62 wegen des Vorrangs des Unionsrechts modifiziert werden. Vgl. schon die Bemerkungen in Fn. 126.

¹³² Insoweit ebenso *Fischer et al.*, *LEGALP*, 68 f.

nicht auf einem derartigen **Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis**, sondern ist die logische **Konsequenz einer Kontingentierung der Gesamtanzahl alpenquerender Gütertransporte**, so dass der für das Vorliegen einer Maut begriffsnotwendige Nexus fehlen dürfte. Hierfür spricht auch, dass die Kosten für ein Alpentransitrecht gerade nicht einem von vornherein nach bestimmten Kriterien festgelegten Betrag entsprechen; vielmehr wäre es im Ergebnis nicht möglich, die in der RL 1999/62 für die Höhe der Maut formulierten Kriterien auf den für ein Alpentransitrecht zu bezahlenden Betrag anzuwenden, soll das System selbst der Alpentransitbörse nicht kompromittiert werden (denn es handelt sich in Bezug auf die Preisgestaltung gerade um ein nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen funktionierendes System, dem es entgegenliefe, die Preise nach bestimmten Kriterien vorgängig festzulegen).

Vor diesem Hintergrund spricht Vieles dafür, dass der **Anwendungsbereich der RL 1999/62** durch die **Einführung einer Alpentransitbörse nicht eröffnet** wäre. Vielmehr handelt es sich um ein anders strukturiertes Regelungsinstrument, das ausgehend von einer Kontingentierung der Verfügbarkeit bestimmter Transportwege für bestimmte Transporte – ein Grundgedanke, der einem Mautsystem fremd ist, da dieses im Ansatz allen Straßennutzern im Falle der Zahlung der Maut das Recht einräumt, die entsprechende Strecke zu nutzen – ein marktwirtschaftliches System der Preisgestaltung impliziert, so dass es nicht am Maßstab der in der RL 1999/62 formulierten Kriterien – die sich eben nur auf Maut- und Benutzungsgebühren beziehen – geprüft werden kann.

II. Zur Abgeschlossenheit der RL 1999/62

Fraglich ist jedoch, ob die RL 1999/62 die Frage der „Wegekosten“ für die in ihren Anwendungsbereich fallenden Fahrzeuge und Transporte in dem Sinn abschließend regelt, dass ausschließlich in der Richtlinie vorgesehene Systeme unter den dort definierten Voraussetzungen zulässig sind, während anders strukturierte Systeme – wie eine Alpentransitbörse – von vornherein unzulässig wären.

Dieser Fragestellung soll im Folgenden auf der Grundlage der Skizzierung der diesbezüglichen durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze (1.) nachgegangen werden (2.), bevor ein kurzes Fazit gezogen wird (3.).

1. Grundsätze

Die Beantwortung der Frage, ob ein bestimmter **Sekundärrechtsakt** in Bezug auf die konkret zur Debatte stehende Regelung als **abschließend** anzusehen ist, kann mitunter Schwierigkeiten aufwerfen, insbesondere wenn es um nicht ausdrücklich in einem Sekundärrechtsakt aufgeführte Elemente geht. Maßgeblich ist hier letztlich die Auslegung des Sekundärrechts, die in jedem Einzelfall vorzunehmen ist. Regt das Unionsrecht etwa nur die Ergreifung bestimmter Maßnahmen an oder lässt es die Frage offen, ob bestimmte Maßnahmen getroffen werden müssen, liegt keine er-

schöpfende Regelung der entsprechenden Frage durch das Unionsrecht vor.¹³³ Zusammenfassend dürfte der EuGH – in aller Regel im Zusammenhang mit nationalen Maßnahmen – hier entscheidend auf den Umfang der getroffenen Regelungen abstellen, so dass bei der Frage, ob eine abschließende unionsrechtliche Rechtsetzung vorliegt, sowohl die Regelungsreichweite als auch die Regelungstiefe in die Betrachtungen einzubeziehen sind. Damit ist auch der Zweck der jeweiligen Regelung für die Ermittlung ihrer „Sperrwirkung“ von Bedeutung. Auf dieser Grundlage sind der Rechtsprechung des EuGH gewisse „typisierende“ Kriterien insbesondere in Bezug auf die häufig entscheidende **Regelungsdichte** (im Sinne der Regelungsreichweite und der Regelungstiefe und unter Berücksichtigung der Zielsetzungen eines Rechtsakts) zu entnehmen, wobei in erster Linie folgende Aspekte von Bedeutung sind:¹³⁴

- Erstens ist danach zu fragen, ob der betreffende Unionsrechtsakt (nur) **Mindestvorschriften** enthält, was sich in der Regel bereits aus dem Wortlaut des jeweiligen Rechtsakts ergibt. Ist diese Frage zu bejahen, können in Bezug auf die betreffenden Fragestellungen strengere Regelungen vorgesehen werden, so dass insoweit keine abschließende Regelung vorliegt. Häufig sehen schon die einschlägigen sekundärrechtlichen Rechtsakte allgemein vor, dass die in ihnen festgelegten Standards nur **Mindestvorschriften** sind. Letztlich erstreckt sich hier die Sperrwirkung des Sekundärrechts von vornherein nur auf die Unterschreitung des in dem betreffenden Rechtsakt festgelegten Standards.
- Zweitens sind die **Anwendungsbereiche** der EU-Regelungen und der in Frage stehenden Regelungen zu vergleichen: Stimmen diese nicht überein, kann es sein, dass sich die Vorgaben des Unionsrechtsakts gar nicht auf die (neu) zu regelnde Frage beziehen.¹³⁵
- Drittens ist nach der **inhaltlichen Abgeschlossenheit** der Maßnahme der Europäischen Union zu fragen. Diese stellt sich regelmäßig z.B. immer dann, wenn bestimmte Produkte, Stoffe oder Tätigkeiten einer bestimmten Regelung unterworfen werden, womit die Frage aufgeworfen wird, ob auch weite-

¹³³ Vgl. insoweit auch die Kategorisierung verschiedener Vorgaben des Sekundärrechts bei *Winter*, NuR 2007, 635 (638); s. auch die Ausführungen mit zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung bei *Jans/Vedder*, European Environmental Law, 98 ff.

¹³⁴ Vgl. insoweit bereits die Ausführungen bei *Epiney/Furger/Heuck*, Zur Berücksichtigung umweltpolitischer Belange bei der landwirtschaftlichen Produktion, 27 ff.; s. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. 125/88 (Nijman), Slg. 1989, 3533, Rn. 6 f.; EuGH, Rs. 359/88 (Zanetti), Slg. 1990, I-1509, Rn. 16 f.; EuGH, Rs. C-238/89 (Pall), Slg. 1990, I-4827, Rn. 22; EuGH, Rs. C-11/92 (Gallaher), Slg. 1993, I-3545, Rn. 11 ff.; EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), Slg. 2000, I-5681; EuGH, Rs. C-1/96 (Compassion in World Farming), Slg. 1998, I-1251, Rn. 56 ff.; EuGH, Rs. C-169/89 (Gourmetterie van den Burg), Slg. 1990, I-2143, Rn. 9 ff.; EuGH, Rs. 380/87 (Balsamo), Slg. 1989, 2491; EuGH, Rs. C-127/97 (Burstein), Slg. 1998, I-6005; EuGH, Rs. C-82/09 (Kritis), Slg. 2010, I-3649; aus der Literatur umfassend zum Problemkreis *Furrer*, Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts, *passim*; *Schlösser*, Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts, *passim*; unter spezifischer Bezugnahme auf umweltrechtliche Fallgestaltungen auch *Jans/von der Heide*, Europäisches Umweltrecht, 119 ff.

¹³⁵ Darüber hinaus muss der Unionsrechtsakt aber auch in zeitlicher Hinsicht anwendbar sein, vgl. in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. C-378/08 (Raffinerie Mediterranée), Slg. 2010, I-1919, wo der EuGH betonte, dass die Umwelthaftungsrichtlinie (RL 2004/35) nicht auf vor Ablauf der Umsetzungsfrist verursachte Schäden anwendbar sei.

re, nicht im Unionsrechtsakt aufgeführte Produkte, Stoffe oder Tätigkeiten derselben Regelung unterstellt werden können, was häufig bejaht werden kann.¹³⁶ Hierbei ist auch das Ziel der relevanten nationalen und unionsrechtlichen Vorgaben zu beachten: So kann das Vorliegen einer abschließenden Regelung auch dann zu verneinen sein, wenn die entsprechende (andere) Vorschrift gänzlich andere Zielsetzungen als die möglicherweise einschlägige Unionsregelung verfolgt.¹³⁷ Dies kann etwa dann anzunehmen sein, wenn unionsrechtliche Vorgaben zwar Freiverkehrsklauseln für Produkte unter bestimmten Voraussetzungen vorsehen, die Verwendung dieser Produkte aber gleichwohl aus bestimmten Gründen eingeschränkt wird (wobei sich hier im Vorfeld schon die Frage stellt, ob durch die Freiverkehrsklauseln auch umfassend die Verwendung von Produkten geregelt wird).¹³⁸

- Viertens ist zu eruieren, ob die nationale Maßnahme das **Ziel des jeweiligen Unionsakts vereiteln** könnte. So dürfte z.B. bei durch die Europäische Union vorgesehenen Zulassungssystemen die Zielsetzung dieser Systeme gefährdet werden, wenn die Mitgliedstaaten darüber hinaus weitere (zusätzliche) Zulassungssysteme vorsehen. Auch dürfte die Vermarktungsmöglichkeit von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen Produkten in der Regel als abschließend geregelt anzusehen sein, könnte doch ansonsten die Zielsetzung der Förderung der Verwirklichung des Binnenmarktes vereitelt werden. Auf der anderen Seite geht der EuGH davon aus, dass die VO 2152/2003 für das Monitoring von Wäldern und Umweltwechselwirkungen¹³⁹ keine vollständige Harmonisierung aller Aktivitäten zur Bewirtschaftung der Waldflächen vornehmen wolle.¹⁴⁰

¹³⁶ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-473/98 (Toolex Alpha), Slg. 2000, I-5681, wo der EuGH in Bezug auf eine Stoffliste, deren Verwendung beschränkt wird, nicht von der Abgeschlossenheit der Liste ausgeht, so dass eine Verwendungsbeschränkung auch für weitere Stoffe auf mitgliedstaatlicher Ebene in Betracht kommt; ebensowenig folge aus der Harmonisierung von Vorgaben für die Verpackung, Klassifizierung und Etikettierung bestimmter Stoffe, dass damit die Voraussetzungen für ihr Inverkehrbringen auch geregelt seien; vgl. auch die (teilweise) parallel gelagerten Konstellationen in EuGH, Rs. 125/88 (Nijman), Slg. 1989, 3533; EuGH, Rs. 380/87 (Balsamo), Slg. 1989, 2491; EuGH, Rs. C-127/97 (Burstein), Slg. 1998, I-6005. S. sodann EuGH, Rs. C-169/89 (Gourmetterie van den Burg), Slg. 1990, I-2143, wo der Gerichtshof in Bezug auf den Schutz wildlebender Vogelarten zum Schluss kam, dass der Schutz der erfassten Vogelarten durch die sog. Vogelschutzrichtlinie (heute RL 2009/147) abschließend geregelt sei. In EuGH, Rs. C-309/02 (Radlberger), Slg. 2004, I-11763, kam der Gerichtshof zum Schluss, dass das in Deutschland vorgesehene Pfandsystem nicht von der sog. Verpackungsrichtlinie (RL 94/62) erfasst sei, da diese die Frage der Vermeidung von Verpackungen nicht abschließend regle.

¹³⁷ Vgl. schon EuGH, verb. Rs. C-141-143/81 (Holdijk), Slg. 1982, 1299. Mitunter ist auch aus den unionsrechtlichen Vorgaben klar eine Beschränkung gewisser Richtlinienbestimmungen auf Maßnahmen zur Verfolgung bestimmter Zielsetzungen ersichtlich, vgl. hierzu, m.w.N., *Jans/Vedder*, *European Environmental Law*, 101 ff.

¹³⁸ Hierzu im Zusammenhang mit GVO-freien Zonen *Epiney/Waldmann/Oeschger/Heuck*, *Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten*, 48 ff.

¹³⁹ ABl. 2003 L 324, 1.

¹⁴⁰ EuGH, Rs. C-82/09 (Kritis), Slg. 2010, I-3649.

2. Anwendung auf die RL 1999/62 in Bezug auf die Einführung einer Alpentransitbörse

Vor dem Hintergrund der dargelegten Grundsätze bzw. Kriterien kann nun die Frage beantwortet werden, ob die RL 1999/62 auch in Bezug auf anders geregelte Systeme der Regulierung der Benutzung von Straßeninfrastrukturen, die im Ergebnis die Leistung eines Geldbetrags implizieren, abschließend ausgestaltet ist.

Für eine derartige Abgeschlossenheit der durch die Richtlinie vorgenommenen Harmonisierung spricht vor allem, dass durch die Einführung anderer Systeme die Harmonisierungswirkung der Richtlinie und damit ihre Ziele unterlaufen werden könnten: Denn letztlich strebt die Richtlinie umfassend die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen aufgrund von Gebührenerhebungen an, so dass die Annahme nahe liegen könnte, die Frage der Straßengebühren werde abschließend geregelt, so dass die Mitgliedstaaten keine anderen Gebühren einführen dürften als die in der Richtlinie vorgesehenen. Damit könnte die Verneinung der Abgeschlossenheit der RL 1999/62 in Bezug auf andere Instrumente der Regulierung der Straßenbenutzung (die eine finanzielle Belastung der Nutzer nach sich ziehen) die Erreichung der **Zielsetzung selbst der Richtlinie** vereiteln, so dass davon auszugehen sein könnte, dass sie insoweit als abschließend angesehen werden müsste.

Deutlich werden damit aber schon die Argumente gegen eine derart weitgehende Auslegung der Bindungswirkung der Richtlinie: Denn damit würde es den Mitgliedstaaten verwehrt, eigene, neue verkehrspolitische Instrumente zu entwickeln, die andere Ansätze und Grundgedanken verfolgen als die „üblichen“ Maut- und Benutzungsgebühren. Angesichts des Umstandes aber, dass die Frage der Erhebung von Wegekosten sowie des hierbei zugrundezulegenden Ansatzes jedoch auf Unionsebene in keiner Weise wirklich angegangen und verwirklicht wird (regelt die RL 1999/62 doch nur die Frage von Maut- und Benutzungsgebühren und auch dies nur, soweit die Mitgliedstaaten selbst fakultativ auf derartige Instrumente zurückgreifen), bestehen große **Zweifel an der thematischen Abgeschlossenheit der RL 1999/62**, soweit Instrumente betroffen sind, die gerade nicht als Maut- oder Benutzungsgebühren angesehen werden können und daher nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Im Übrigen und daran anschließend deckten sich die **Anwendungsbereiche der Richtlinie einerseits und einer Alpentransitbörse** andererseits gerade nicht, was ebenfalls eher dagegen spricht, der RL 1999/62 ein allgemeines „implizites Verbot“ anderer Systeme bzw. Instrumente der Regulierung des Straßengüterverkehrs zu entnehmen.

Insgesamt erschiene es also in Anbetracht des Regelungsgegenstands und der Regelungstiefe der RL 1999/62 wenig schlüssig, sie als abschließende Regelung in dem Sinn zu verstehen, dass die Mitgliedstaaten keinerlei „finanzielle Regulierung“ der Straßenbenutzung mehr vorsehen können. Vielmehr dürfte sich die **Richtlinie eben nur auf Maut- und Benutzungsgebühren im Sinne der RL 1999/62** beziehen, so dass die Einführung einer Alpentransitbörse durch sie nicht ausgeschlossen wäre bzw. die RL 1999/62 diesbezüglich **keine abschließende Regelung** trifft.¹⁴¹ Jede

¹⁴¹ A.A. jedoch, mit einer etwas gewundenen und in sich nicht immer schlüssig strukturierten Begründung, *Fischer et al.*, LEGALP, 68 ff. Sie nehmen einerseits darauf Bezug, dass die ATB keine Maut darstelle, andererseits darauf, dass sie nicht auf die Internalisierung externer Kosten abziele, woraus ohne nähere Begründung gefolgert wird, eine

andere Sicht trüge dem begrenzten Aussagegehalt der Richtlinie und dem weitgehenden Fehlen unionsrechtlicher Konzepte in Bezug auf die Frage der „Wegekosten“ nicht Rechnung. Denn im Falle nur lückenhafter unionsrechtlicher Regelungen muss es den Mitgliedstaaten grundsätzlich – in den unionsrechtlichen Grenzen insbesondere des Primärrechts – freistehen, entsprechende Konzepte und Instrumente zu entwickeln. Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht einsichtig, eine Richtlinie, die lediglich dem mitgliedstaatlichen Spielraum bei der Erhebung bestimmter Gebühren gewisse Schranken setzt und die zudem in erster Linie Wettbewerbsverzerrungen vermindern will, im Sinne einer abschließenden Regelung bzw. Regulierung der Zulässigkeit jedwelcher Straßengebühren auszulegen, auch solcher, die gerade nicht in ihren Anwendungsbereich fallen. Jede andere Auslegung führte zu dem Ergebnis, dass der mitgliedstaatliche Spielraum in einem Politikbereich, der nach den allgemeinen unionsrechtlichen Grundsätzen in ihrer Kompetenz liegt (geht es hier doch um eine geteilte Kompetenz), auf dem „Umweg“ über die Erklärung der Abgeschlossenheit eines eigentlich eine andere Frage regelnden Rechtsakts sehr weitgehend eingeschränkt bzw. gar auf Null reduziert wäre.¹⁴²

3. Fazit

Damit ist als Ergebnis festzuhalten, dass Vieles dafür spricht, dass die Frage der Einführung einer **Alpentransitbörse nicht in den Anwendungsbereich der RL 1999/62** fiel und dieser Rechtsakt der Einführung eines solchen, nach anderen Grundgedanken als „herkömmliche“ Maut- und Benutzungsgebühren funktionierenden Systems wegen **fehlender Abgeschlossenheit** in Bezug zumindest auf solche Instrumente auch nicht entgegensteht.

Da in Bezug auf eine Alpentransitbörse der Anwendungsbereich der RL 1999/62 nicht eröffnet ist bzw. wäre, kämen auch die Vorgaben der Richtlinie in Bezug auf die Berechnung der Höhe der Maut- und Benutzungsgebühren¹⁴³ nicht zum Zuge, so dass sich der für ein Alpentransitrecht zu entrichtende Preis nicht nach den Infrastruktur- und / oder den externen Kosten im Sinne der RL 1999/62 richten müsste.

Die Alpentransitbörse ist denn auch nicht als Instrument konzipiert, das sicherstellen soll, dass der Straßengüterverkehr die von ihm verursachten (externen) Kosten deckt.¹⁴⁴ Vielmehr geht das Konzept

ATB laufe der RL 1999/62 zuwider. Diese Verknüpfung vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil sie nicht zu begründen vermag, warum die Richtlinie auch in Bezug auf nicht in ihren Anwendungsbereich fallende Instrumente abschließend sein soll. Ebenso wenig vermag der Hinweis auf die Rechtsgrundlage (Art. 91 AEUV) etwas zur Beantwortung dieser Frage beizutragen.

¹⁴² Vgl. in diesem Zusammenhang bereits die Erörterung der Frage der Abgeschlossenheit der RL 1999/62 in Bezug auf die Zulässigkeit streckenabhängiger Straßenbenutzungsgebühren auf dem gesamten Straßennetz (in Bezug auf die „alte“ Fassung der RL 1999/62) bei *Epiney*, LA Winter, 2003, 87 (105 ff.), m.w.N.

¹⁴³ Hierzu im Einzelnen *Epiney/Heuck*, in: Der alpenquerende Gütertransport, 31 (42 ff.), *Ehlotzky*, in: Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 153 (157 ff.).

¹⁴⁴ Insoweit ebenso *Fischer et al.*, LEGALP, 69, 71, die hieraus jedoch in wenig überzeugender Weise ableiten, dass die RL 1999/62 deshalb der Einführung eines derartigen Instruments entgegenstehe.

dahin, dass sich der Preis letztlich nach der Nachfrage richtet.¹⁴⁵ Fraglich könnte daher sein, ob der Umstand, dass der erfasste Straßengüterverkehr für die Überquerung der Alpen ggf. einen höheren oder auch einen niedrigeren Betrag als die von ihm auf dieser Strecke verursachten Kosten entrichten müsste, Implikationen für die Zulässigkeit des Instruments entfaltet. In Betracht gezogen werden könnte dies insbesondere, weil auf diese Weise den Vorgaben des **Verursacherprinzips** nicht Rechnung getragen werden könnte.

Dieser Grundsatz ist – wie auch die anderen umweltpolitischen Handlungsprinzipien – für die Union verbindlich, soweit sie Sekundärrecht erlässt, und die Mitgliedstaaten sind an ihn gebunden, soweit sie Unionsrecht durchführen.¹⁴⁶ Sein Aussagegehalt kann dahingehend zusammengefasst werden, dass derjenige, der Umweltbelastungen (potenziell) verursacht, grundsätzlich die Kosten ihrer Vermeidung, Verringerung oder Beseitigung tragen soll;¹⁴⁷ im Einzelnen wirft das Prinzip jedoch zahlreiche Fragen auf, und ihm kann jedenfalls keine „mathematisch genaue“ Handlungsanweisung in Bezug auf jegliches umweltrelevante Verhalten entnommen werden. Insbesondere aber kann es nicht so ausgelegt werden, dass Instrumente, die nicht auf die Verwirklichung des Verursacherprinzips abzielen, *per se* nicht zulässig wären. Vielmehr steht es dem Unionsgesetzgeber (und auch den Mitgliedstaaten, unabhängig von der Frage, ob und ggf. inwieweit sie im Falle der Einführung einer Alpentransitbörse auf mitgliedstaatlicher Ebene an das Verursacherprinzip gebunden wären) frei, auf andere (zulässige) Maßnahmen bzw. Instrumente zurückzugreifen. Eine andere Frage wäre dann ggf., ob dem Verursacherprinzip eine Handlungspflicht zu entnehmen wäre, auch diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die dieses Prinzip zu verwirklichen vermögen, wobei der Gerichtshof diesbezüglich sehr zurückhaltend ist und jedenfalls den Unionsorganen einen denkbar weiten Gestaltungsspielraum einräumt.¹⁴⁸

Im Ergebnis vermag daher der Umstand, dass ein Alpentransitbörse nicht auf die Verwirklichung des Verursacherprinzips abzielt, als solche keine Implikationen für die (unionsrechtliche) Zulässigkeit eines solchen Instruments zu entfalten.

¹⁴⁵ S. schon oben B.

¹⁴⁶ Ausführlich zu Bedeutung und Bindungswirkungen der umweltpolitischen Handlungsprinzipien *Epiney*, Umweltrecht, 5. Kap. Rn. 46 ff.

¹⁴⁷ Vgl. zum Verursacherprinzip im Unionsrecht, m.w.N., *Epiney*, Umweltrecht, 5. Kap. Rn. 27 ff.

¹⁴⁸ S. z.B. EuGH, Rs. C-284/95 (Safety Hi-Tech), Slg. 1998, I-4301; EuGH, Rs. C-293/97 (Standley), Slg. 1999, I-2603; EuGH, Rs. C-127/07 (Arcelor), Slg. 2008, I-9895; EuGH, Rs. C-343/09 (Afton Chemical), Slg. 2010, I-7027. S. auch schon oben C.III.1.b)dd).

E. Zu den Vorgaben des Landverkehrsabkommens Schweiz – EU

Das Landverkehrsabkommen ist als völkerrechtliches Abkommen der EU integrierender Bestandteil des EU-Rechts¹⁴⁹ und als solches für die Union und ihre Mitgliedstaaten verbindlich (Art. 216 Abs. 2 AEUV); es steht in der Normenhierarchie über dem Sekundärrecht.¹⁵⁰ Damit wird die Frage aufgeworfen, ob und inwieweit eine Alpentransitbörse mit dem Abkommen vereinbar wäre, der im Folgenden – nach einem Überblick über den Regelungsgehalt des Abkommens (I.) – nachgegangen werden soll (II.), bevor in einem kurzen Fazit (III.) der Anpassungsbedarf zusammengefasst werden soll.

I. Struktur und Inhalt des Landverkehrsabkommens: ein Überblick

Das **Landverkehrsabkommen (LVA)**¹⁵¹ war mit dem Personenverkehrsabkommen wohl das politisch schwierigste Abkommen der Bilateralen I. Hauptsächlich Grund hierfür dürfte die unterschiedliche **Interessenlage** der Union¹⁵² und der Schweiz in diesem Bereich gewesen sein:¹⁵³ Während die Schweiz aus offensichtlichen Gründen an einer Verringerung des Transportvolumens über die Alpen interessiert war bzw. ist, stand bzw. steht für die EU – angesichts der relativ kurzen Distanz – die mög-

¹⁴⁹ Grundlegend EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; s. sodann EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 13; EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641, Rn. 7; EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 8.

¹⁵⁰ Zur Stellung des Völkerrechts bzw. völkerrechtlicher Abkommen im Unionsrecht nur, m.w.N., *Epiney*, FS Wolfrum, 1909 ff.; *Jacobs*, Essays in Honour of Alan Dashwood, 529 ff.

¹⁵¹ Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße, SR 0.740.72, ABI 2002 L 114, 91. Das Landverkehrsabkommen ist Teil der sog. „Bilateralen I“, die neben diesem Abkommen noch sechs weitere Abkommen zu folgenden Themen umfassen: Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Personenverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen; für die Texte aller Abkommen siehe BBl 1999, 6489 ff.; ABI. 2002 L 114, 1 ff. Die Abkommen sind zwar juristisch getrennt, jedoch insoweit miteinander verbunden, als ihr Inkrafttreten nur gemeinsam erfolgen konnte und auch ihre weitere Geltung grundsätzlich nur für alle Abkommen gemeinsam möglich ist, wie sich aus den Schlussbestimmungen der Abkommen ergibt. Vgl. zu den Charakteristika der Bilateralen I m.w.N. *Epiney*, GPR 2006, 1 (2 f.).

¹⁵² Darüber hinaus spielten aber auch die Interessen einzelner Mitgliedstaaten eine gewisse Rolle: Frankreich und Österreich wollten unbedingt den „Umwegverkehr“ – d.h. das Verkehrsaufkommen, das sich wegen der in der Schweiz damals für den Schwerverkehr geltenden 28t-Limite, statt den kürzesten Weg durch die Schweiz zu nehmen, auf Frankreich und Österreich verlagerte – wieder „rückverlagern“, und Deutschland sowie insbesondere auch Italien waren an einer möglichst wenig kostspieligen Lösung interessiert.

¹⁵³ Vgl. zu diesen (wohl im Grundsatz nach wie vor bestehenden) Interessengegensätzen *Siegwart/Gruber/Beusch*, AJP 1998, 1033 (1034 f.); *Epiney*, Beziehungen der Schweiz zur EU, dargestellt am Beispiel des Alpentransits, 12 ff.; *Weber/Friedli*, in: Bilaterale Verträge I & II, 405 (407 f., 412 ff.).

lichst ungehinderte Durchfahrt durch die Schweiz im Hinblick auf den freien Warenverkehr und die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit im Vordergrund.

Die wesentlichen **Inhalte des Landverkehrsabkommens** können durch folgende Punkte zusammengefasst werden:¹⁵⁴

- **Allgemeine Grundsätze:** Teil I des Abkommens enthält eine Reihe allgemeiner Bestimmungen. Von besonderer Bedeutung ist hier – neben dem Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers, dem aber wohl kaum eine eigentliche rechtliche Bedeutung zukommt¹⁵⁵ – der in Art. 1 Abs. 3 des Abkommens statuierte **Grundsatz der Nichtdiskriminierung:** Im Anwendungsbereich des Abkommens – der in Anknüpfung an Art. 1 LVA den Zugang der Vertragsparteien zum Güter- und Personenverkehrsmarkt auf der Straße und auf der Schiene sowie eine möglichst effiziente Abwicklung des Verkehrsaufkommens auf diesen Verkehrsträgern umfasst – ist jede formelle oder materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.
- **Harmonisierung von Gewichtslimiten und Normen:** Der zweite Teil des Abkommens (Art. 5 ff.) betrifft Gewichtslimiten und sonstige Normen. In materieller Hinsicht werden hier der Zugang zum Beruf des Transportunternehmers, gewisse soziale Bestimmungen (insbesondere Fahr- und Ruhezeiten) sowie einige technische Regelungen (z.B. Fahrzeugkontrolle, Abmessungen) erfasst. Von besonderer Bedeutung dürfte hier die schrittweise Heraufsetzung der Gewichtslimite von bisher 28t auf 40t im Jahr 2005 sowie die damit in Zusammenhang stehende, im vierten Teil erfolgende Festlegung der erlaubten Gebühren und der Kontingente für 40ter sein. Für die Gebühren und Kontingente (letztere für eine Übergangszeit) wird dann im Rahmen des Abschnitts über die koordinierte Verkehrspolitik insbesondere die genaue (Maximal-) Höhe verbindlich festgelegt, so dass ein Abweichen nach oben (bei den Gebühren) oder nach unten (bei den Kontingenten) nicht möglich ist.
- Der **Zugang zum Schienennetz und Anforderungen an die Bahngesellschaften** sind Gegenstand des dritten Teils (Art. 23 ff.).
- **Koordinierte Verkehrspolitik:** Unter diesem Titel (Art. 30 ff.) werden im vierten Teil eine Reihe von Gebieten berührt:
 - Die (Maximal-) Höhe der Gebühren für eine Fahrt durch die Schweiz auf der Referenzstrecke Basel-Chiasso¹⁵⁶ wird verbindlich festgelegt (Art. 40 LVA). Die Union ihrerseits verpflichtet sich, ein Abgabensystem zu entwickeln, das sich an den Infrastrukturkosten orientiert und auf dem Verursacherprinzip fußt (Art. 41 LVA). Die Offenheit dieser Formulierung dürfte allerdings den Schluss nahe legen, dass dieser Bestimmung kaum

¹⁵⁴ Vgl. im Einzelnen zu dem Abkommen *Bucher*, Open Access im Schienenverkehr, 153 ff.; *Epiney/Gruber*, URP 1999, 597 ff.; *Weber/Friedli*, in: Bilaterale Verträge I & II, 405 ff.; *Sollberger/Epiney*, Verkehrspolitische Gestaltungsspielräume der Schweiz auf der Grundlage des Landverkehrsabkommens, *passim*; *Sollberger*, Konvergenzen und Divergenzen im Landverkehrsrecht der EG und der Schweiz, 177 ff.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu im Einzelnen *Epiney*, ZUR 2000, 239 ff.; *Epiney/Sollberger*, in: Bilaterale Abkommen, 521 (530 ff.). S. auch noch unten E.II.1.

¹⁵⁶ Und damit indirekt die LSVÄ-Sätze (leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe). S. zur LSVÄ *Epiney/Heuck*, in: Environmental Protection and Mountains, 44 ff.

- präzisierung und damit durchsetzbare Verpflichtungen der Union entnommen werden können.
- Bekräftigt werden die Verpflichtung der Schweiz zum Bau der NEAT (neue Alpentransversale, also die neuen Eisenbahntunnels am Gotthard und am Lötschberg), und diejenige der EU, den Nord- und Südzulauf zur NEAT sicherzustellen.
 - Anzahl und Preise der Leerfahrten (die keine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe, LSVA, bezahlen) werden festgelegt.
 - Die Vertragsparteien verpflichten sich zu einigen Begleitmaßnahmen, wie etwa die erleichterte Grenzabfertigung.
 - Schutzbestimmungen sollen die Bewältigung verschiedener Krisensituationen ermöglichen.
- Die **Schlussbestimmungen** (Art. 49 ff.) befinden sich im fünften und letzten Teil des Abkommens. Regelt werden hier etwa das Vorgehen bei Streitigkeiten, die Geltungsdauer des Abkommens, die Frage der Weiterentwicklung des Rechts oder die Überwachung der Einhaltung des Abkommens. Bezeichnend ist hier – ganz in der völkerrechtlichen „Tradition“ des Abkommens – die entscheidende Rolle des Gemischten Ausschusses.

II. Landverkehrsabkommen und Alpentransitbörse

In Bezug auf die Alpentransitbörse könnten in erster Linie folgende Vorgaben des Abkommens von Bedeutung sein: der Grundsatz der „freien Wahl des Verkehrsträgers“ (1.), die Unzulässigkeit mengenmäßiger Beschränkungen (2.), der Grundsatz der Nichtdiskriminierung (3.), die Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der dem Verkehr angelasteten Kosten (4.) sowie die fiskalischen Bestimmungen des Abkommens (5.).¹⁵⁷

1. Zur rechtlichen Tragweite des Grundsatzes der „freien Wahl des Verkehrsträgers“

Nach Art. 1 Abs. 2 LVA beruht das Abkommen auf dem **Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers**, und gemäß Art. 32 2. Spiegelstrich LVA haben verkehrspolitische Maßnahmen der Vertragsparteien mit diesem Grundsatz in Einklang zu stehen. Dabei wird jedoch nicht präzisiert, welcher inhaltliche Aussagegehalt ihm beizumessen ist.

¹⁵⁷ Grundsätzlich könnte die Alpentransitbörse noch auf ihre Vereinbarkeit mit weiteren, insbesondere in Art. 32 LVA verankerten Grundsätzen geprüft werden (Territorialitätsprinzip, Grundsatz der Transparenz, Grundsatz der Vergleichbarkeit der Benutzungsbedingungen zwischen alpenquerenden Strecken, Grundsatz der Vermeidung von Verzerrungen des Verkehrsflusses im Alpenraum). Diesen Grundsätzen dürfte jedoch im Ergebnis keine hinreichende normative Dichte zukommen, um im vorliegenden Rahmen relevant zu werden, und / oder ihr Aussagegehalt kann lediglich kaum oder nicht auf die Frage der Alpentransitbörse bezogen werden. Vgl. zu diesen Grundsätzen *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, 521 (537 ff.).

In der **Union** wurde dieser Grundsatz wohl von der Kommission entwickelt,¹⁵⁸ und er dürfte für die Verkehrspolitik der EU eine gewisse Rolle spielen bzw. gar als eines ihrer Leitmotive angesehen werden können, wobei er auch in der Literatur aufgegriffen wird und offenbar Zustimmung findet.¹⁵⁹ Auffallend ist hier, dass trotz der immer wiederholten Betonung der „Geltung“ eines solchen Grundsatzes weder klar ist, aus welchen Gründen es ein solches Prinzip geben soll, noch welche inhaltlicher Tragweite und welcher rechtliche Charakter ihm zukommen soll.

Soll dem Prinzip der freien Wahl des Verkehrsträgers überhaupt eine irgendwie geartete Bedeutung zukommen, ließe sich ihm als **Mindestgehalt** entnehmen, dass eine **Einflussnahme auf die Verteilung des Verkehrs unter den verschiedenen Verkehrsträgern** ausgeschlossen werden soll. Dies impliziert auch, dass ein Benutzungszwang – rechtlicher oder tatsächlicher Art – grundsätzlich unzulässig sein muss.¹⁶⁰ Wie genau aber die Grenzen und Einschränkungen sowie die Auswirkungen auf eine ggf. bestehende Pflicht zur Verfügungstellung von Infrastrukturen ausgestaltet sein sollen sowie wer genau verpflichtet sein soll, bleibt völlig im Dunkeln.¹⁶¹

Abgesehen von der skizzierten **inhaltlichen Unbestimmtheit** unterliegt auch die rechtliche Begründetheit dieses Grundsatzes auf Unionsebene ernstlichen Zweifeln. Da ein solcher im geltenden (Binnen-) Unionsrecht nicht ausdrücklich verankert ist, müsste sich seine Geltung als rechtlich verbindliches Prinzip aus anderen Grundsätzen ergeben. In Betracht kommen hier im Wesentlichen drei Anknüpfungspunkte:¹⁶²

- In Frage käme zunächst die grundsätzliche **marktwirtschaftliche Ausrichtung des Vertrages**. Diese ist aber – zumindest im Verkehrssektor – zu unbestimmt, als dass daraus konkrete Folgerungen gezogen werden könnten; denn aus Art. 90 ff. AEUV kann gerade kein Gesamtkonzept der Ausgestaltung der gemeinsamen Verkehrspolitik abgeleitet werden, und auch Art. 91 Abs. 1 lit. a), b) AEUV sind keine Präzisierungen in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung der die Dienstleistungsfreiheit verwirklichenden Maßnahmen zu entnehmen.¹⁶³ Warum dann beim Erlass der entsprechenden EU-Rechtsakte ein „Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers“ zu beachten sein soll, ist nicht ersichtlich. Zudem stellte ein solcher Ansatz den den Unionsorganen durch die Art. 90 ff. AEUV grundsätzlich eingeräumten **Gestaltungsspielraum** in Frage, so dass ein derartiges (Rechts-) Prinzip auch systematischen Erwägungen nicht standhielte. Darüber hinaus schließt diese Ausrichtung des Vertrages steuernde und in den **Markt eingreifende Maßnahmen** nicht aus; es ist kein Grund ersichtlich, warum sich diese nicht auch auf die Wahl der Verkehrsträger

¹⁵⁸ Vgl. insbesondere Empfehlung der Kommission vom 25.4.1986 an Luxemburg, ABl. 1986 L 163, 41; Aktionsprogramm Verkehrspolitik 1995-2000, KOM (95) 302 endg., 4; im Grundsatz zustimmend die Stellungnahme des Ausschusses der Regionen, ABl. 1996 C 337, 13, wenn auch hier die umweltpolitischen Aspekte stärker betont werden.

¹⁵⁹ Vgl. etwa *Scherler*, Strukturunterschiede der schweizerischen und europäischen Verkehrsordnung, 82, der ohne Begründung von der Geltung des Grundsatzes ausgeht. Ebenso wenig wird die rechtliche Verankerung klar. Auch *Schäfer*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 90, Rn. 47, führt die freie Wahl des Verkehrsmittels als „Grundsatz“ auf, ohne dass die rechtliche Bedeutung wirklich klar wird. *Ronellenfitsch*, EUDUR II/2, § 83, Rn. 40, behauptet ohne weitere Begründung, dass sich die „wettbewerbsorientierte Ausrichtung der gemeinsamen Verkehrspolitik zusammen mit dem grund- und menschenrechtlichen Aspekt der Mobilität“ im „Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsmittels“ niederschläge. Er schließt daraus, dass „dirigistische Eingriffe des nationalen Gesetzgebers in die Aufgabenteilung der Verkehrsträger ausgeschlossen“ seien.

¹⁶⁰ In diese Richtung denn auch *Ronellenfitsch*, EUDUR II/2, § 83, Rn. 40, unter Hinweis auf die Empfehlung der Kommission vom 25.4.1986 an Luxemburg, ABl. 1986 L 163, 41.

¹⁶¹ Vgl. ausführlich zu dieser inhaltlichen Unbestimmtheit dieses Grundsatzes *Epiney*, ZUR 2000, 239 f.

¹⁶² Ausführlich schon *Epiney*, ZUR 2000, 239 (240 ff.).

¹⁶³ Vgl. im Einzelnen *Epiney/Heuck/Schleiss*, in: Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, L, Rn. 105 ff.

beziehen können sollen. Auch beschränken sich die Zielsetzungen des Vertrages – wie schon die Formulierungen in Art. 3 EUV erkennen lassen – gerade nicht auf Aspekte der Liberalisierung, sondern es werden auch eine ganze Reihe weiterer (Schutz-) Politiken in den Tätigkeitsbereich der Union einbezogen. Bei der konkreten Verwirklichung der Gesamtheit dieser vertraglichen Zielsetzungen sind auch **Zielkonflikte** möglich, und es werden häufig verschiedene Maßnahmen oder Programme zur Realisierung der vertraglichen Vorgaben in Betracht kommen; deren Festlegung ist dann aber – abgesehen von den rechtlichen Mindestanforderungen (vgl. allgemein insbesondere Art. 5 EUV, Art. 11 AEUV¹⁶⁴) – eine politische Frage, die von den zuständigen und hierfür legitimierten Organen zu entscheiden ist. Mit diesen Grundsätzen dürfte es kaum vereinbar sein, aus der allgemeinen marktwirtschaftlichen Ausrichtung des Vertrages die Beachtung bzw. Verbindlichkeit einer allgemeinen Ordnungsmaxime in Bezug auf die Behandlung der verschiedenen Verkehrsträger abzuleiten.

- Sodann könnte der Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsmittels einen Aspekt der durch den Vertrag grundsätzlich garantierten **Dienstleistungsfreiheit** (Art. 56f. AEUV) darstellen. Die aus ihr ableitbaren Grundsätze sind im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik zu beachten, denn die allgemeinen Vorschriften sind auch in diesem Bereich verbindlich, auch wenn Art. 56f. AEUV auf den Verkehrssektor nicht unmittelbar anwendbar sind, Art. 58 Abs. 1 AEUV.¹⁶⁵ Zudem soll die gemeinsame Verkehrspolitik ja gerade die Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit in diesem Bereich sicherstellen, Art. 91 Abs. 1 lit. a), b) AEUV. Die Dienstleistungsfreiheit garantiert den Wirtschaftsteilnehmern das Recht, auch Verkehrsdienstleistungen ohne entsprechende Beschränkungen zu erbringen. Maßnahmen jedoch, die die Wahl des Verkehrsträgers (mit-) beeinflussen, stellen grundsätzlich eine Beschränkung dieser Freiheit dar.¹⁶⁶ Dies gilt zunächst natürlich für Benutzungszwänge oder -verbote unterschiedlicher Art, aber grundsätzlich auch für Anreizsysteme, z.B. steuerlicher Natur, oder bestimmte Förderungsmaßnahmen zugunsten bestimmter Verkehrsträger, wobei im Einzelnen jeweils für die konkrete Maßnahme der Nachweis einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs erbracht werden müsste.

Allerdings ist die Garantie des Art. 56 AEUV keine absolute; vielmehr sind **Einschränkungen aus zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls** zulässig, soweit sie den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprechen.¹⁶⁷ Diese ursprünglich für mitgliedstaatliches Verhalten entwickelten Grundsätze finden natürlich auch auf EU-Aktivitäten Anwendung. In Bezug auf den Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers bedeutet dies aber, dass ein derartiger Grundsatz nur insoweit gelten kann, als dem keine zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls entgegenstehen. Ob und inwieweit dies nun der Fall ist, hat aber – in den vom Unionsrecht gezogenen (allerdings wohl eher weiten) Grenzen – der **Unionsgesetzgeber** zu entscheiden. Die Beschränkung der Wahl des Verkehrsmittels kann *a priori* durchaus durch verschiedene zwingende Erfordernisse erfasst werden, man denke etwa an Verkehrssicherheit oder auch Umweltschutz. Dann aber kann Art. 56 AEUV auch kein allgemeiner Grundsatz der Freiheit der Wahl des Verkehrsträgers entnommen werden.

- Schließlich könnte man noch in Erwägung ziehen, mit der **tatsächlichen Verwirklichung der Grundfreiheiten** zu argumentieren: Nur wenn auch eine entsprechende Infrastruktur zur Verfügung gestellt wird, seien die Wirtschaftsteilnehmer in der Lage, von den Grundfreiheiten auch tatsächlich Gebrauch zu machen. Diese Erwägungen können jedoch schon deshalb nicht überzeugen, weil sie nicht zu erklären vermögen, warum denn auch die Wahl des Transportmittels für die tatsächliche Verwirklichung der Grundfreiheiten notwendig sein soll. Darüber hinaus geht es wohl über die Tragweite der Grundfreiheiten hinaus, aus ihnen auch Leistungsansprüche (in diesem Fall auf eine leistungsfähige und adäquate Infrastruktur) abzuleiten; ihnen kann doch nur ein Recht da-

¹⁶⁴ Zu diesen Grundsätzen im Zusammenhang mit der Verkehrspolitik *Epiney/Heuck/Schleiss*, in: Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, L, Rn. 135 ff.

¹⁶⁵ Vgl. im Einzelnen *Epiney/Heuck/Schleiss*, in: Dausen, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht, L, Rn. 46 ff.

¹⁶⁶ Dies reicht aus, denn Art. 56 AEUV stellt nicht nur ein Diskriminierungs-, sondern auch ein Beschränkungsverbot dar, vgl. aus der Rechtsprechung grundlegend EuGH, Rs. 33/74 (van Binsbergen), Slg. 1974, 1299; s. sodann z.B. EuGH, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), Slg. 1995, I-1141.

¹⁶⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), Slg. 2009, I-7633; EuGH, Rs. C-272/94 (Guiot), Slg. 1996, I-1905.

rauf entnommen werden, dass die Beschränkungen der Freiheiten selbst beseitigt werden (soweit sie nicht gerechtfertigt sind), nicht jedoch (allgemein) ein Anspruch darauf, dass der Staat oder die Union darüber hinaus (umfassend) die tatsächlichen Bedingungen schafft, damit diese Freiheiten wahrgenommen werden können.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang im Übrigen, dass der Gerichtshof in seinem jüngsten Urteil zum sektoralen Fahrverbot auf der Inntalautobahn¹⁶⁸ keinerlei Bezug auf einen Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers nahm, dies obwohl sich ein Hinweis – ginge der Gerichtshof von der Geltung eines derartigen Grundsatzes aus – in diesem Sinn angesichts des mit der Maßnahme verbundenen „Zwangs“, die betroffenen Güter auf der vom Verbot erfassten Strecke auf andere Weise als auf der Straße zu transportieren, womit ersichtlich die Wahl des Verkehrsträgers eingeschränkt wird, aufgedrängt hätte. Vielmehr anerkennt der Gerichtshof sogar die „Notwendigkeit, den Güterverkehr auf der Straße dadurch zu verringern, dass die Wirtschaftsteilnehmer zu anderen, umweltfreundlicheren Verkehrsträgern wie dem Schienenverkehr gelenkt werden“, was auch im Rahmen der gemeinsamen Verkehrspolitik anerkannt worden sei.¹⁶⁹ Vor diesem Hintergrund spricht Vieles dafür, dass auch der Gerichtshof nicht von der (rechtlichen) Geltung eines derartigen Grundsatzes im Unionsrecht ausgeht.¹⁷⁰

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sich aus **rechtlicher Sicht kein Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsmittels aus dem Unionsrecht ableiten** lässt;¹⁷¹ der Vertrag schließt also nicht von vornherein steuernde und in den Markt eingreifende (und damit die „freie“ Wahl des Verkehrsträgers beeinträchtigende) Maßnahmen aus. Diese können grundsätzlich (d.h. unter der Voraussetzung, dass sie den allgemeinen unionsrechtlichen Anforderungen genügen) auch stark verkehrsleitende Maßnahmen, wie z.B. die Pflicht, bestimmte Güter mit einem bestimmten Verkehrsmittel zu transportieren, oder eine mengenmäßige Beschränkung (aus Kapazitäts- oder Umweltschutzgründen) des Verkehrs auf bestimmten Strecken und bestimmten Verkehrsträgern, umfassen. Das Prinzip der freien Wahl des Verkehrsträgers kann daher allenfalls Ausdruck einer politischen Prioritätensetzung sein, die sich jedoch an der Gesamtheit der vertraglichen Vorgaben messen lassen muss.

Nur am Rande sei noch darauf hingewiesen, dass ein rechtlich verbindlicher Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers eine **erhebliche Einschränkung des politischen Gestaltungsspielraums** des Unionsgesetzgebers nach sich zöge, zumindest dann, wenn man einem solchen Prinzip – trotz seiner Unbestimmtheit – ein Mindestmaß an materiellem Gehalt beimessen will. Denn in diesem Fall müsste sich die gesamte Verkehrspolitik an ihm orientieren. Die Konsequenzen sind nicht zu unterschätzen: Letztlich wäre es der Union verwehrt, durch Maßnahmen gleich welcher Art das Verhalten der Verkehrsteilnehmer in Bezug auf die Wahl des Verkehrsmittels zu steuern (zu versuchen). Auch z. B. Verkehrsverbote für Beförderungen gewisser Güter durch bestimmte Verkehrsträger wären damit grundsätzlich ausgeschlossen.

Da somit im Unionsrecht kein (rechtlicher) Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers nachgewiesen werden kann, kann dieses nicht fruchtbar gemacht werden, um die erwähnten Formulierungen des Landverkehrsabkommens mit präziseren Inhalten

¹⁶⁸ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011.

¹⁶⁹ EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urt. v. 21.12.2011, Rn. 130.

¹⁷⁰ In diese Richtung auch *Ehlotzky*, in: *Der alpenquerende Gütertransport*, 57 (69); *Obwexer*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 80 (88); *Wasserer*, JRP 2009, 115 (118 f.).

¹⁷¹ So auch schon *Epiney*, ZUR 2000, 239 ff.; i. Erg. ebenso *Boeing/Maxian Rusche/Kotthaus*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU*, Art. 90, Rn. 12 f.; *Schroeder*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 31 (36); *Ehlotzky*, in: *Der alpenquerende Gütertransport*, 57 (69); *Obwexer*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 80 (96).

zu füllen. Im Übrigen sprechen in Bezug auf das Landverkehrsabkommen parallele Erwägungen wie im Unionsrecht dagegen, aus diesem Grundsatz präzise rechtliche Vorgaben abzuleiten.

Selbst wenn man von einer gewissen eigenen rechtlichen Tragweite der einschlägigen Bestimmungen des Abkommens ausgeht (was, wie erwähnt, an sich schon fraglich ist), könnte sich diese allenfalls auf ein Recht zur Nutzung verschiedener, bereits vorhandener Verkehrsinfrastrukturen beziehen, das aber unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden können muss.¹⁷² Deutlich wird damit, dass diesem Grundsatz jedenfalls keine eigenständige, über die sowieso zu beachtende Verhältnismäßigkeit hinausgehende rechtliche Bedeutung zukommen kann,¹⁷³ so dass er auch der Einführung einer Alpentransitbörse nicht entgegenstehen kann.¹⁷⁴

2. Das Verbot einseitiger mengenmäßiger Beschränkungen

Die Funktion des in Art. 32 dritter Spiegelstrich LVA enthaltenen **Verbots einseitiger mengenmäßiger Beschränkungen** dürfte im Wesentlichen in der dauerhaften Öffnung des Verkehrsmarktes zu sehen sein.¹⁷⁵ In Anknüpfung an den Anwendungsbereich des Abkommens (Art. 2 LVA) sind daher sowohl die Schweiz als auch die EU verpflichtet, auf Maßnahmen zu verzichten, die den Zugang zum Verkehrsmarkt mengenmäßig beschränken.

Bei der Frage nach dem genauen Aussagegehalt dieses Grundsatzes kann grundsätzlich an die im Rahmen der **Art. 34 ff. AEUV entwickelten Grundsätze angeknüpft** werden: Denn immer dann, wenn im Landverkehrsabkommen (bzw. selbstredend auch in anderen Abkommen der EU mit Drittstaaten) direkt oder indirekt auf unionsrechtliche Begriffe zurückgegriffen wird und in Bezug auf die Schweiz damit – was in der Regel der Fall sein wird – eine parallele Rechtslage wie in der EU sichergestellt werden soll, ist bei der Auslegung der abkommensrechtlichen Bestimmungen auf die diesbezüglichen unionsrechtlichen Grundsätze – so wie sie in der Rechtsprechung des EuGH (zumindest bis zur Unterzeichnung des Abkommens) konkretisiert wurden – zurückzugreifen.¹⁷⁶

Dabei ist – in Anknüpfung an den Wortlaut des Art. 32 dritter Spiegelstrich LVA – davon auszugehen, dass diese Bestimmung – im Gegensatz zu den im Rahmen des Art. 34 AEUV geltenden Grundsätzen – **kein Verbot von Maßnahmen gleicher**

¹⁷² Vgl. die Ausführungen soeben im Text, sowie in diese Richtung etwa *Weber*, AJP 2008, 1213 (1215).

¹⁷³ So schon *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux*, 521 (530 ff.); ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1215); *Sollberger*, *Konvergenzen und Divergenzen*, 55 f.; s. auch *Epiney*, *ZUR* 2000, 239 ff.

¹⁷⁴ Ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1215).

¹⁷⁵ S. schon *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux*, 521 (534); ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1220 f.).

¹⁷⁶ Vgl. speziell in Bezug auf das Landverkehrsabkommen *Sollberger*, *Konvergenzen und Divergenzen*, 338 f.; ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1214); *Kern*, AJP 2012, 1285 (1289 f.). Vgl. allgemein unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung der bilateralen Abkommen umfassend *Epiney/Metz/Pirker*, *Zur Parallelität der Rechtsentwicklung*, insbesondere 191 ff.

Wirkung wie einseitige mengenmäßige Beschränkungen enthält; ein der *Dassonville*-Formel¹⁷⁷ entsprechendes Beschränkungsverbot – selbst auf den Verkehrsbe-
reich beschränkt – hätte sehr weitgehende Auswirkungen auf den Handlungsspiel-
raum der Vertragsparteien, so dass davon auszugehen ist, dass ein solches Verbot
ausdrücklich in das Abkommen hätte eingefügt werden müssen, zumal diesfalls eine
Anknüpfung an Art. 34 AEUV nahegelegen hätte.¹⁷⁸

Wie bereits in Bezug auf Art. 34 AEUV erörtert,¹⁷⁹ bestehen Zweifel daran, ob die
Alpentransitbörse überhaupt eine mengenmäßige Beschränkung darstellt bzw. eine
solche dürfte gerade keine mengenmäßige Beschränkung darstellen. Immerhin könn-
te aber möglicherweise speziell in Bezug auf das Abkommen geltend gemacht wer-
den, dass es davon ausgeht, dass im Zuge der Einführung der vollen Abgabenhöhe
für den Straßengütertransport¹⁸⁰ jegliche Kontingentierungen des Transitverkehrs
abzuschaffen sind (vgl. Art. 8 Abs. 6, 40 LVA). Selbst wenn man jedoch auf dieser
Grundlage von einer tatbestandlichen Einschlägigkeit des Art. 32 dritter Spiegel-
strich ausgeht, wäre aber jedenfalls – in Anlehnung an die im Rahmen des Art. 34
AEUV geltenden Grundsätze – eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des
Allgemeinwohls möglich,¹⁸¹ so dass keine grundsätzliche Unvereinbarkeit mit dieser
Bestimmung des Landverkehrsabkommens anzunehmen wäre; diesbezüglich kann an
die in Bezug auf Art. 34 AEUV angestellten Überlegungen verwiesen werden.¹⁸²

Im Ergebnis stünde daher das **Verbot einseitiger mengenmäßiger Beschränkungen einer Alpentransitbörse nicht entgegen**.

3. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung

Nach dem in Art. 1 Abs. 3 LVA statuierten Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist in
seinem **Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsange-
hörigkeit verboten**; der Grundsatz wird in Art. 32 LVA für verkehrsbezogene Maß-
nahmen aufgegriffen und präzisiert, indem die verbotenen Differenzierungskriterien
ausdrücklich aufgezählt werden. Auch in Bezug auf diesen Grundsatz kann aufgrund
der klaren Anlehnung an das in Art. 18 AEUV enthaltene Verbot der Diskriminie-
rung aus Gründen der Staatsangehörigkeit davon ausgegangen werden, dass bei der
Frage nach der genauen rechtlichen Tragweite dieser Bestimmung an die unions-
rechtlichen Grundsätze angeknüpft werden kann.¹⁸³

Soweit das Diskriminierungsverbot vorliegend zum Zuge käme (was naheliegend
wäre, da wohl eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

¹⁷⁷ EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 837.

¹⁷⁸ S. schon *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux*, 521 (534 f.); *Sollberger/Epiney*,
Verkehrspolitische Gestaltungsspielräume, 23; ebenso *Sollberger*, *Konvergenzen und*
Divergenzen, 285; *Weber*, AJP 2008, 1213 (1221); *Kern*, AJP 2012, 1285 (1290).

¹⁷⁹ Oben C.II.

¹⁸⁰ Zu diesem Aspekt noch unten E.II.5.

¹⁸¹ Vgl. schon mit ausführlicher Begründung *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux*, 521
(535 ff.); ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1221); *Kern*, AJP 2012, 1285 (1290 f.).

¹⁸² Oben C.

¹⁸³ Vgl. schon *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux*, 521 (528).

zu bejahen wäre), lägen jedoch – insoweit parallel zur Situation in Bezug auf Art. 34 AEUV¹⁸⁴ – die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung derartiger Maßnahmen vor.

Im Rahmen des Landverkehrsabkommen könnte das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit deshalb relevant werden, weil das Abkommen kein Verbot von Maßnahmen gleicher Wirkung wie Einfuhrbeschränkungen kennt.¹⁸⁵ Daher wäre jedenfalls das Vorliegen einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit zu prüfen. Eine materielle Diskriminierung liegt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs vor, wenn die Gefahr besteht, dass die fragliche Maßnahme überwiegend Ausländer benachteiligt,¹⁸⁶ eine Frage, die ausgehend von der rechtlichen Tragweite der in Frage stehenden Bestimmung zu beantworten und vorliegend wohl zu bejahen wäre, da ein alpenquerender Straßengüterverkehr tendenziell eher von ausländischen Transporteuren durchgeführt wird bzw. werden könnte.

Jedenfalls materielle Diskriminierungen können jedoch nach ständiger Rechtsprechung¹⁸⁷ gerechtfertigt werden, wobei im Wesentlichen parallele Grundsätze wie im Zusammenhang mit den Grundfreiheiten zum Zuge kommen, weshalb die oben¹⁸⁸ in Bezug auf Art. 34 AEUV angestellten Erwägungen auch in diesem Zusammenhang von Bedeutung sind und von der grundsätzlichen Möglichkeit der Rechtfertigung einer Alpentransitbörse auszugehen ist.

4. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der dem Verkehr angelasteten Kosten

Die Alpentransitbörse führt dazu, dass dem alpenquerenden Straßengüterverkehr **bestimmte Kosten angelastet** werden; hierbei ist nach Art. 32 LVA der „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der dem Verkehr angelasteten Kosten“ zu beachten. Bei der Anwendung dieses Grundsatzes ist zwischen (mindestens) drei Gesichtspunkten zu unterscheiden:¹⁸⁹

- Unter einem **intramodalen Aspekt** haben die Kosten, die die verschiedenen Fahrzeuge derselben Verkehrsart zu tragen haben, im Verhältnis zu den vom Fahrzeug konkret verursachten Kosten zu stehen, womit letztlich auch auf das Verursacherprinzip Bezug genommen wird. Es ist nicht ersichtlich (wenn auch nicht *a priori* völlig ausgeschlossen), dass die Kosten für ein ATR nicht im Einklang mit dem Verursacherprinzip stehen bzw. dass nicht nach sachgerechten Kriterien unterschieden wird (wenn auch nicht zu verkennen ist, dass die Alpentransitbörse nicht *per se* ein Instrument zur Umsetzung des Verursacherprinzips darstellt). Denn das Abstellen auf einen Marktmechanismus ist grundsätzlich ein geeignetes und effizientes Instrument zur Kostenanlastung, und die für ein ATR notwendigen ATE sollen ja auch in Abhängigkeit vom Fahrzeugtyp erfolgen.
- In **intermodaler Hinsicht** ist sicherzustellen, dass alle Verkehrsträger die von ihnen verursachten Kosten decken bzw. dies anzustreben ist. Auch hier

¹⁸⁴ Oben C.III.

¹⁸⁵ Oben E.II.2.

¹⁸⁶ Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721; EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-73/08 (Bressol), Slg. 2010, I-2735; EuGH, Rs. C-172/11 (Erny), Urt. v. 28.6.2012.

¹⁸⁷ Vgl. die Nachweise in Fn. 186.

¹⁸⁸ C.III.

¹⁸⁹ Vgl. grundsätzlich schon *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux*, 521 (538 ff.).

ist nicht ersichtlich, dass die Alpentransitbörse zu einer Nichtbeachtung dieses Grundsatzes führen würde.¹⁹⁰

- Schließlich ist auch nicht ersichtlich, dass der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** in Bezug auf das Verhältnis zwischen verursachten und angelasteten Kosten durch die Einführung einer Alpentransitbörse verletzt würde, zumal Art. 37 LVA vom Einbezug aller externen Kosten ausgehen dürfte.¹⁹¹

Insgesamt kann damit festgehalten werden, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – insbesondere in Bezug auf die (in der Regel umstrittene) Höhe der vom Verkehr verursachten Kosten – **keine quantifizierbaren Kriterien in Bezug auf die Höhe ggf. einzuführender Abgaben** entnommen werden können. Immerhin müsste aber im Falle der Einführung der Alpentransitbörse sichergestellt werden, dass die anfallenden Kosten für eine Alpenüberquerung dem Verursacherprinzip entsprechen, so dass der alpenquerende Straßengüterverkehr nicht mehr belastet wird, als er tatsächlich Kosten verursacht, wobei **alle externen Kosten** einbezogen werden können und bei der Frage danach, wie genau die externen Kosten zu berechnen sind, ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum bestehen dürfte. Ebenso ist die Kostendeckung durch den Schienenverkehr zu gewährleisten. Obwohl sich hier teilweise schwierige Beweisfragen stellen können, dürften entsprechende Nachweise bzw. Plausibilitätsrechnungen – die angesichts des durch diese Bestimmung notwendigerweise eingeräumten Gestaltungsspielraums genügen dürften – grundsätzlich möglich sein.

5. Fiskalische Vorgaben des LVA und Kontingentierungsverbot

Die Frage der **Gebühren für den alpenquerenden Straßengüterverkehr** war eines der zentralen Probleme bei den Verhandlungen des Abkommens.¹⁹² Aus schweizerischer Sicht galt es, insbesondere mittels der Einführung der nicht diskriminierend ausgestalteten sog. leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe (LSVA)¹⁹³ dem Schwerverkehr zumindest einen Teil der durch ihn verursachten externen Kosten aufzuerlegen, die sog. Alpeninitiative umzusetzen¹⁹⁴ sowie die im Abkommen vorgesehene Einführung der 40t-Limite für Lastwagen (statt der bis dahin in der Schweiz geltenden 28t-Limite) zu „kompensieren“, während die EU und einige Mitgliedstaaten darauf bedacht waren, dass die Kosten für die Durchquerung einerseits nicht zu hoch sein sollten und andererseits nicht durch die Schweiz einseitig erhöht werden können.

¹⁹⁰ Ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1221), der noch darauf hinweist, dass die Subventionierung der Bahn schon im LVA vorgesehen sei und die Vertragsparteien daher von einer gewissen Privilegierung der Schiene ausgegangen seien.

¹⁹¹ *Epiney/Sollberger*, in: *Accords bilatéraux*, 521 (539 f.).

¹⁹² Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Abkommens neben der Botschaft (BB1 1999 V 6275 ff.) insbesondere *Weber/Friedli*, in: *Bilaterale Verträge I & II*, 407 (411 ff.); *Ambühl*, in: *Accords bilatéraux Suisse – UE*, 509 ff.; *Sollberger*, *Konvergenzen und Divergenzen*, 198 ff.

¹⁹³ Vgl. Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe, SR 641.81.

¹⁹⁴ Zu dieser etwa *Siegwart/Gruber/Beusch*, AJP 1998, 1033 (1034 f.); s. auch *Epiney*, *Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union*, dargestellt am Beispiel des Alpentransits, 12 ff.

Vor diesem Hintergrund ist die genaue Festlegung der zulässigen Beträge im Abkommen selbst zu sehen, das abgestuft nach Fahrzeugtypen eine schrittweise Erhöhung des für die „Referenzfahrt“ von Basel nach Chiasso (300 km) zulässigen Gebührenhöchstbetrags bis zu einem Maximalwert vorsieht; das endgültige Vertragsregime (40t-Limite, keine Kontingente von Durchfahrten und höchstmögliche Straßenbenutzungsgebühr) ist seit dem 1.1.2005 in Kraft (vgl. Art. 40 Abs. 4 LVA).¹⁹⁵ Weiter ist nicht nur die Höhe der Gebühren, sondern auch ihre Zusammensetzung im Abkommen verankert: Nach Art. 40 Abs. 5 LVA können diese Gebühren entweder aus einer strecken- und emissionsabhängigen Schwerverkehrsabgabe (LSVA) bestehen oder aber aus einer LSVA und einer Alpentransitmaut zusammengesetzt sein, wobei letztere ggf. höchstens 15 % der festgelegten Höchstsätze betragen darf.

Vor diesem Hintergrund ist der Schluss zwingend, dass der **Höchstwert für die Gebührenbelastung einer alpenquerenden Fahrt im Landverkehrsabkommen abschließend und zwingend** festgeschrieben ist,¹⁹⁶ dies unabhängig von der Frage, ob man die LSVA als Kausalabgabe oder als Lenkungsabgabe qualifiziert.¹⁹⁷ M.a.W. ist es der Schweiz durch diese Regelungssystematik untersagt, Straßengebühren für die Alpenüberquerung zu erheben bzw. zu ermöglichen, die höher sind als die im Abkommen festgelegten Werte.¹⁹⁸ Der verkehrspolitische Gestaltungsspielraum der Schweiz im Bereich der Straßenbenutzungsgebühren für den Lastwagenverkehr ist damit im Anwendungsbereich des Abkommens denkbar gering.

Damit ist der Schluss zwingend, dass eine Alpentransitbörse nur dann mit dem Abkommen vereinbar wäre, wenn der letztlich zu entrichtende Preis für eine alpenquerende Transitfahrt nicht die im Abkommen festgelegten (bescheidenen) Beträge überschreitet. Dabei ist diese Beurteilung übrigens unabhängig davon, ob die ATE bei Erstzuteilung versteigert oder unentgeltlich¹⁹⁹ zugeteilt werden: Im Falle einer Versteigerung läge jedenfalls eine Gebührenbelastung vor, da der Staat die ATE dem Meistbietenden verkaufen würde, womit im Ergebnis eine Gebühr für die alpenquerende Transitstrecke verbunden wäre. Im Falle der unentgeltlichen Erstzuteilung müsste zwar der Ersterwerber keine Gebühr bezahlen; allerdings müssten alle anderen Marktteilnehmer ggf. vom Ersterwerber ATE erwerben und hierfür den Marktpreis bezahlen, so dass ebenfalls – wenn auch über den „Umweg“ bzw. eine wirtschaftliche Privilegierung des Ersterwerbers – eine staatlich zu verantwortende Gebührenerhebung erfolgte.²⁰⁰ Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, aufgrund der unentgeltlichen Erstzuteilung würden vom Gemeinwesen keine Abgaben erhoben und der Emissionshandel mit CO₂-Zertifikaten werde auch nicht als Abgabe

¹⁹⁵ S. im Einzelnen zu dieser Gebührenregelung *Sollberger*, Konvergenzen und Divergenzen, 304 ff.; *Epiney/Gruber*, URP/DEP 1999, 597 (609 ff.); *Sollberger/Epiney*, Verkehrspolitische Gestaltungsspielräume, 36 ff.

¹⁹⁶ Zu den im Zusammenhang mit der Alpentransitbörse nicht relevanten Schutzklauseln *Epiney/Gruber*, URP 1999, 597 (612 ff.).

¹⁹⁷ Zu dieser Frage *Beusch*, Lenkungsabgaben, 216 f.

¹⁹⁸ Vgl. schon *Sollberger/Epiney*, Verkehrspolitische Gestaltungsspielräume, 62 f.

¹⁹⁹ Wobei eine unentgeltliche Erstzuteilung auf große praktische Probleme (wäre doch die Nachfrage viel höher als das Angebot) stieße und daher wirtschaftlich und praktisch problematisch wäre. So auch *Bundesamt für Raumentwicklung*, ATB, 96 f.

²⁰⁰ I. Erg. ebenso *Weber*, AJP 2008, 1213 (1217 ff.). A.A. *Bundesamt für Raumentwicklung*, ATB, 223 f.

qualifiziert.²⁰¹ Denn das notwendigerweise staatlich einzuführende System der Alpen transitbörse führt zwangsläufig dazu (und soll auch dazu führen), dass für den alpenquerenden Straßengüterverkehr entsprechende Beträge zu entrichten sind, deren Höhe gerade nicht den in Art. 40 Abs. 4 LVA festgelegten Obergrenzen entspricht. Damit würde aber Ziel und Inhalt dieser Bestimmung tangiert bzw. unterlaufen: Diese gehen nämlich gerade dahin, im Ergebnis für den alpenquerenden Straßengüterverkehr maximale Straßenbenutzungsgebühren festzulegen, so dass jedes staatlich initiierte System, das zur Überschreitung dieser Höchstbeträge führt, mit dieser Bestimmung nicht vereinbar ist; auf die Qualifizierung als „Abgabe“ kann es damit nicht ankommen.

Da das System der Alpen transitbörse gerade darauf beruht, dass der Preis für ATE durch den Marktpreis fixiert wird, so dass eine „Preisbegrenzung“ Sinn und Funktionsweise des gesamten Systems in Frage stellt, ist gerade nicht davon auszugehen, dass sich der Preis für ein ATR im Rahmen der in Art. 40 Abs. 4 LVA festgelegten recht niedrigen Obergrenze bewegt; vielmehr geht das System notwendigerweise davon aus, dass der Preis frei – je nach Nachfrage – fluktuieren kann. Weiter dürfte das Landverkehrsabkommen ein Abweichen von den ja in genauen Zahlen festgelegten Höchstgebühren für die alpenquerende Referenzstrecke aus umweltpolitischen Gründen nicht erlauben, entbehrte doch ansonsten – abgesehen davon, dass die Entstehungsgeschichte des Abkommens einer solchen Auslegung klar entgegensteht – die Festlegung genauer Beträge jeglichen Sinns. Vor diesem Hintergrund wäre die Einführung einer Alpen transitbörse mit dem im Landverkehrsabkommen vorgesehenen Regime der Straßenbenutzungsgebühren nicht vereinbar.

In engem Zusammenhang mit diesen Erwägungen steht der Umstand, dass Art. 8 Abs. 6 LVA im Zusammenhang mit der Regelung des Übergangsregimes festhält, dass ab dem 1.1.2005 alle Fahrzeuge, die den einschlägigen technischen Vorschriften entsprechen, von jeglicher **Kontingentierung befreit** sind. Diese Bestimmung kann im Zusammenhang mit den restlichen Absätzen des Art. 8 LVA (die Höchstzahlen u.a. alpenquerender Fahrten während eines Übergangszeitraums definieren) sowie mit dem Gesamtkontext des Abkommens und angesichts des Umstandes, dass sie neben dem bereits in Art. 32 LVA verankerten Verbot der mengenmäßigen Beschränkung aufgeführt ist, nur so ausgelegt werden, dass die Festlegung einer Höchstzahl von alpenquerenden Fahrten mit dem Abkommen nicht vereinbar ist. Da die Alpen transitbörse aber gerade von einer solchen Kontingentierung ausgeht, besteht auch hier eine Unvereinbarkeit mit dem Landverkehrsabkommen.

III. Fazit

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Einführung einer Alpen transitbörse – erfolgte diese nun auf Unionsebene oder auf mitgliedstaatlicher Ebene bzw. durch einen völkerrechtlichen Vertrag der involvierten Mitgliedstaaten²⁰² – eine Modifikation des Landverkehrsabkommens Schweiz – EU in zwei Punkten implizierte:

²⁰¹ So aber *Bundesamt für Raumentwicklung*, ATB, 223.

²⁰² Vgl. zu den verschiedenen Varianten und den durch diese aufgeworfenen rechtlichen Problemen *Epiney*, in: *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, 113 (125 ff.).

- Erstens müsste eine **Ausnahme von dem geltenden Gebührenregime** vorgesehen werden. Möglich wäre hier z.B. eine Bestimmung, wonach der Höchstsatz dann nicht zum Zuge kommt, wenn er aufgrund einer Alpentransitbörse überschritten würde. In Betracht gezogen werden könnte weiterhin, die alpenquerenden Pässe, die in den Anwendungsbereich einer Alpentransitbörse fielen, von der LSVA auszuschließen.
- Zweitens müsste ebenfalls eine **Ausnahme vom Kontingentierungsverbot für alpenquerende Straßengütertransporte** vorgesehen werden.

F. Zur rechtlichen Implementierung einer Alpentransitbörse

Eine Alpentransitbörse würde sich nach dem Gesagten grundsätzlich in das **bestehende primäre und sekundäre Unionsrecht einbetten** lassen, wobei jedoch beim Landverkehrsabkommen Anpassungsbedarf bestünde. Noch nicht beantwortet ist damit aber die Frage, auf **welcher rechtlichen Ebene bzw. durch welches rechtliches Instrument** und welchen Akteur bzw. Akteure ein solches Instrument eingeführt werden könnte bzw. sollte und welche rechtlichen Vorgaben hier jeweils zu beachten wären bzw. welche rechtlichen Fragen sich stellten. In Betracht kommen hier verschiedene Varianten, die im Folgenden im Einzelnen analysiert werden sollen, wobei Ausgangspunkt jedenfalls sein muss, dass **alle Alpenstaaten** in irgendeiner Form zu beteiligen sind, kann ein solches System doch nur unter dieser Voraussetzung funktionieren. Da dies auch einen Einbezug der Schweiz als Nicht-EU-Mitgliedstaat erfordert, sind hier ggf. entsprechende Vorkehrungen zu treffen.²⁰³

I. Unionsrechtliche Ebene

Zunächst könnte in Betracht gezogen werden, das Instrument der Alpentransitbörse durch einen **EU-Sekundärrechtsakt** – wohl eine **Richtlinie** – einzuführen. Eine solche Richtlinie wäre aber insofern nur für diejenigen Mitgliedstaaten, auf deren Territorium Alpenpässe liegen, relevant, als nur diese das Überschreiten dieser Übergänge regeln bzw. die entsprechenden unionsrechtlichen Vorgaben in ihrem Territorium anwenden. Zwar wären die anderen Mitgliedstaaten insofern betroffen, als sich auch auf ihrem Territorium ansässige Transporteure an die entsprechenden Vorgaben halten müssten, also die Alpenpässe nur im Falle des Besitzes eines ATR überqueren dürften. Diese Pflicht ergäbe sich dann aber aus den jeweiligen nationalen Umsetzungsakten der Alpenstaaten.

Aufgeworfen werden damit (mindestens) drei Fragen:

- Erstens fragt es sich, ob eine solche Richtlinie lediglich an die **betroffenen Alpenstaaten**, nicht aber an alle Mitgliedstaaten gerichtet werden könnte bzw. sollte. Aus rechtlicher Sicht ist es grundsätzlich möglich, Richtlinien nicht an alle Mitgliedstaaten, sondern nur an einige Mitgliedstaaten zu richten, wie sich schon aus dem Wortlaut des Art. 288 Abs. 3 AEUV ergibt.²⁰⁴ Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass in der Praxis Richtlinien in aller

²⁰³ Die folgenden Ausführungen beruhen auf früher durchgeführten Untersuchungen, die größtenteils aufgegriffen werden, vgl. *Epiney*, Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, 113 (125 ff.).

²⁰⁴ Dieser spricht davon, dass die Richtlinie „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird“ verbindlich ist, was impliziert, dass man sie nur an bestimmte Mitgliedstaaten richten kann. Ebenso wie hier *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288, Rn. 74; a.A. *Biervert*, in: Schwarze, EU-Kommentar, Art. 288, Rn. 24, dessen Argumentation (Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen und Gleichbehandlung aller Mitgliedstaaten) jedoch schon deshalb nicht überzeugt, weil sie nicht zwingend für alle Richtlinien einschlägig ist, sondern ihre Relevanz von Gegenstand und Inhalt der jeweiligen Richtlinie bzw. der Richtlinienbestimmungen abhängig ist.

Regel an alle Mitgliedstaaten gerichtet werden, unabhängig von der Frage, ob sie auch für alle Mitgliedstaaten relevant sind. Allerdings müsste eine solche Beschränkung der Bindungswirkung einer Richtlinie mit den primärrechtlichen Vorgaben vereinbar sein und damit auch den Anforderungen der allgemeinen Rechtsgrundsätze genügen. Von Bedeutung dürften in diesem Zusammenhang insbesondere der Grundsatz der Gleichheit der Mitgliedstaaten vor den Verträgen (Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV) sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 EUV) sein. Eine Beschränkung der Bindungswirkung einer ATB-Richtlinie müsste sich demnach auf sachliche Gründe stützen und dürfte die Effektivität des Instruments nicht gefährden. Die Frage der Vereinbarkeit einer ATB-Richtlinie mit diesen Vorgaben kann selbstredend nur auf der Grundlage eines konkreten Entwurfs bzw. Rechtsakts abschließend beurteilt werden; bereits an dieser Stelle sei aber festgehalten, dass unter der Voraussetzung, dass eine solche Richtlinie Elemente enthält, die sinnvollerweise durch alle Mitgliedstaaten umzusetzen wären, ein Einbezug aller Mitgliedstaaten angesichts der erwähnten primärrechtlichen Vorgaben wohl zwingend wäre. Denken könnte man hier z.B. an die Pflicht, Umgehungen der Alpentransitbörse oder Betrügereien in diesem Zusammenhang zu bestrafen. Auch könnte die Art und Weise der Verteilung bzw. Versteigerung der ATE sowie ihr Handel ein Tätigwerden in allen Mitgliedstaaten verlangen.

- Jedenfalls ist es **zulässig**, dass eine allgemeine sekundärrechtliche EU-Regelung auch Aspekte regelt, die letztlich (direkt) nur **einige wenige Mitgliedstaaten** betreffen: In den Verträgen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dies nicht möglich sein sollte. Im Gegenteil: Eine solche Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Unionsgesetzgebers wäre wohl kaum mit den Verträgen vereinbar, da sie es dem Unionsgesetzgeber letztlich verunmöglichte, in bestimmten Bereichen die zur Erreichung der vertraglichen Ziele notwendigen oder sachdienlichen Maßnahmen zu treffen. So wäre es ihm etwa verwehrt, spezifische Maßnahmen zum Alpenschutz zu ergreifen. Auch die Praxis der Unionsorgane geht in diese Richtung, gibt es doch gerade im Umweltbereich eine Reihe sekundärrechtlicher Akte bzw. Bestimmungen, die nur für einige Mitgliedstaaten oder zumindest nicht alle relevant sind, wie z.B. im Bereich des Meeresschutzes.
- Falls eine ATB-Richtlinie aber an **alle Mitgliedstaaten** gerichtet ist, fragt es sich, ob und inwieweit **Nichtalpenstaaten eine solche Richtlinie auch umzusetzen** hätten bzw. ob sie sich bei ihren Umsetzungsaktivitäten auf die für sie relevanten Fragen beschränken dürfen. Diese – soweit ersichtlich in der Rechtsprechung noch nicht eigens problematisierte – Frage ist vor dem Hintergrund der Verbindlichkeit und Effektivität der Richtlinie zu beantworten: Die Umsetzungspflicht muss so weit gehen, wie dies für die effektive Beachtung der Vorgaben der Richtlinie notwendig ist. Falls eine bestimmte, in einer Richtlinie geregelte Frage bzw. Vorgabe aufgrund geographischer Gegebenheiten in einem Mitgliedstaat von vornherein objektiv nicht relevant werden kann, erübrigt sich eine entsprechende Umsetzungspflicht. Im Sinne der Effektivität der Richtlinien ist eine solche Situation aber nur dann anzunehmen, wenn sich die entsprechende Problematik unter Berücksichtigung aller Um-

stände und zukünftiger Entwicklungen nach menschlichem Ermessen nicht stellen kann; nicht ausreichend ist es daher, wenn sie momentan aufgrund bestimmter Gegebenheiten nicht relevant ist.²⁰⁵ So dürfte z.B. eine Pflicht für alle Mitgliedstaaten zur Umsetzung einer Richtlinie, die Sicherheitsanforderungen an Seilbahnen stellt, anzunehmen sein, auch wenn in bestimmten (flachen) Regionen keine Seilbahn existiert, da es nicht a priori und nicht objektiv ausgeschlossen ist, dass eine Seilbahn in der Zukunft einmal erstellt wird. Bezogen auf die Einführung einer Alpentransitbörse hingegen dürfte bei denjenigen Bestimmungen einer ATB-Richtlinie, die von vornherein nur in den Alpen selbst zu beachten bzw. relevant wären (wie z.B. eine Pflicht zur Kontrolle auf Alpenpässen), eine Umsetzungspflicht der Nicht-Alpenstaaten zu verneinen sein. Hingegen kommt die Umsetzungspflicht in Bezug auf all diejenigen Bestimmungen zum Tragen, in denen es um auch für andere Mitgliedstaaten (potentiell) relevante Fragen bzw. Tatbestände geht, wie z.B. eine Pflicht zur Ahndung eines Verstoßes gegen die Vorgaben der Richtlinie, die nicht geographisch gebunden ist.

Neben diesen „unionsinternen“ Aspekten wäre im Falle der Einführung einer Alpentransitbörse durch einen Sekundärrechtsakt bzw. eine Richtlinie sicherzustellen, dass die **Schweiz an einem solchen System beteiligt** werden könnte bzw. wird: Vieles dürfte dafür sprechen, dass eine Alpentransitbörse nur dann mit den primärrechtlichen Vorgaben (insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) in Einklang stünde, wenn alle Alpenstaaten, unter Einschluss des Drittstaates Schweiz, beteiligt sind, da ihre Zielsetzungen letztlich nur unter dieser Voraussetzung erreicht werden könnten. Insofern dürfte im Falle der Realisierung einer Alpentransitbörse auf unionsrechtlicher Ebene gar eine Rechtspflicht der Union anzunehmen sein, eine derartige Einbindung der Schweiz zu ermöglichen bzw. sich entsprechend zu bemühen. Sollte eine Beteiligung der Schweiz – aus welchen Gründen auch immer – scheitern, müsste auch auf EU-Ebene von der Einführung einer Alpentransitbörse abgesehen werden, und andere Instrumente zur Lösung der durch den alpenquerenden Gütertransitverkehr auf der Straße entstehenden Probleme analysiert bzw. eingeführt werden. Dieser Grundsatz wäre wohl entsprechend in einer ATB-Richtlinie zu verankern.

²⁰⁵

Aufschlussreich in diesem Zusammenhang ist ein Urteil des EuGH, in dem es u.a. um die Verletzung der Umsetzungspflicht von Bestimmungen der sog. UVP-Richtlinie (heute RL 2011/92), die Projekte mit grenzüberschreitenden Umweltauswirkungen betreffen, in der Region Brüssel-Hauptstadt ging: Belgien hatte geltend gemacht, eine Umsetzung sei nicht notwendig, da die geographische Lage und der städtische Charakter dieser Region die Errichtung industrieller Anlagen ausschließen, die Umweltauswirkungen mit Folgen in anderen Mitgliedstaaten entfalten könnten. Der Gerichtshof wies dieses Vorbringen zurück, allerdings nicht mit dem grundsätzlichen Hinweis auf eine generelle Umsetzungspflicht, unabhängig von der Relevanz einer Richtlinienbestimmung in einem bestimmten Mitgliedstaat oder einer bestimmten Region, sondern mit der Begründung, grenzüberschreitende Umweltauswirkungen seien auch für Vorhaben in der Region Brüssel-Hauptstadt aus tatsächlichen Gründen gerade nicht ausgeschlossen. Vgl. EuGH, Rs. C-133/94 (Kommission/Belgien), Slg. 1996, I-2323, Rn. 51 ff. S. in diesem Zusammenhang auch *Schroeder*, in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288, Rn. 81, der formuliert, dass ein Hinweis auf eine „rechtliche Unmöglichkeit (...) allenfalls“ trage, „wenn die Mitgliedstaaten den in der Richtlinie vorgesehenen Tatbestand auf keinen Fall verwirklichen können.“

Ein Einbezug der Schweiz in eine durch eine Richtlinie eingeführte Alpentransitbörse müsste über den **Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens**, das die entsprechenden Modalitäten und Vorgaben für die Vertragsparteien regelt, geschehen. Sinnvoll wäre wohl die Einführung einer entsprechenden Bestimmung in eine ATB-Richtlinie (wie dies auch z.B. in der RL 2003/87 über den Emissionshandel²⁰⁶ geschehen ist, vgl. Art. 25 RL 2003/87). Jedenfalls müsste ein solcher völkerrechtlicher Vertrag sicherstellen, dass die Schweiz im Ergebnis wie ein Mitgliedstaat in das System der Alpentransitbörse eingebunden wäre.

II. Völkerrechtliche Ebene

Denkbar wäre die Einführung einer Alpentransitbörse auch über einen **völkerrechtlichen Vertrag zwischen den Alpenstaaten**, der neben den betroffenen **EU-Mitgliedstaaten auch die Schweiz** einbezüge. In einem solchen Abkommen könnten sich die Vertragsstaaten verpflichten, den alpenquerenden Gütertransitverkehr auf der Straße nur nach den Vorgaben des Systems der Alpentransitbörse zuzulassen. Im Einzelnen wären die sich hier stellenden Fragen in dem Abkommen zu regeln, wobei sowohl materiell-rechtliche (die Funktionsweise der Alpentransitbörse) als auch institutionelle Fragen (z.B. die Kontrolle oder die Verwaltung des Abkommens) erfasst werden müssten.

Allerdings ist fraglich, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein solches Vorgehen der Mitgliedstaaten aus unionsrechtlicher Sicht zulässig wäre. Aufgeworfen wird damit die Frage, ob den betroffenen Mitgliedstaaten die Kompetenz zustünde, ein derartiges Abkommen abzuschließen. Diese Problematik ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass der Union in der Verkehrspolitik (auch) Außenkompetenzen zukommen. Daher wird hier die Frage nach der Abgrenzung der mitgliedstaatlichen Kompetenzen von denjenigen der Union relevant. Es ist im Rahmen dieses Beitrags nicht möglich, die sich hier stellenden komplexen Fragen auch nur annähernd erschöpfend zu beantworten; nichtsdestotrotz sei der Versuch gewagt, die hier zum Zuge kommenden Grundsätze zu umreißen:²⁰⁷

- Jedenfalls kommen der Union im Verkehrsbereich auf der Grundlage der Rechtsprechung²⁰⁸ und des Art. 216 Abs. 1 AEUV auch Außenkompetenzen zu.
- Ausschließlicher Charakter – in dem Sinn, dass nur die Union unter Ausschluss der Mitgliedstaaten völkerrechtliche Verträge abschließen kann – kommt den impliziten Außenkompetenzen der Union nach der Rechtsprechung unter der Voraussetzung zu, dass die Union entweder von ihren Innenkompetenzen bereits erschöpfend Gebrauch gemacht hat oder die Materie sinnvoll (sozusagen aus der Natur der Sache heraus) nur durch eine externe Regelung erfasst werden kann bzw. die Zielsetzungen der internen Regelungsbefugnis nur dann effektiv umgesetzt werden können, wenn eine ent-

²⁰⁶ ABl. 2003 L 275, 32.

²⁰⁷ Vgl. aus der Literatur zu den Außenkompetenzen der Union und der Abgrenzung zu denjenigen der Mitgliedstaaten insbesondere die neueren Kommentierungen zu Art. 216 AEUV und die dort jeweils zu findenden Nachweise.

²⁰⁸ Grundlegend EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263.

sprechende ausschließliche Außenkompetenz der Union besteht.²⁰⁹ Weiter ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine ausschließliche Kompetenz der Union dann anzunehmen, wenn der Abschluss eines Vertrages durch die Mitgliedstaaten in einem bestimmten Bereich das Beeinträchtigungsverbot des Art. 4 Abs. 3 EUV verletzt.²¹⁰ Der Vertrag von Lissabon greift diese Rechtsprechung in Art. 3 Abs. 2 AEUV auf.

Eine Anwendung dieser Grundsätze auf ein mögliches Abkommen über die Alpen-transitbörse ist selbstredend abschließend nur bezugnehmend auf ein konkretes Abkommen möglich. Grundsätzlich kann aber festgehalten werden, dass die Union in diesem Bereich weder von ihren bestehenden Innenkompetenzen erschöpfend Gebrauch gemacht hat (wird die Frage des alpenquerenden Gütertransitverkehrs auf der Straße im Unionsrecht doch bislang allenfalls ansatzweise und jedenfalls nicht in Bezug auf eine quantitative Beschränkung geregelt) und auch aus der „Natur der Sache“ hier wohl keine ausschließliche Außenkompetenz der Union anzunehmen ist. Fraglich könnte allerdings sein, ob ein solches Abkommen **bestehende unionsrechtliche Regelungen beeinträchtigte**. Eine solche Beeinträchtigung kann in mehreren Konstellationen gegeben sein:²¹¹

- Zunächst wäre sie zu bejahen, falls ein Abkommen der bzw. einiger Mitgliedstaaten **gegen bestehendes Unionsrecht (Primär- oder Sekundärrecht) oder gegen von der Union abgeschlossene völkerrechtliche Verträge verstößt** oder die Wirksamkeit dieser Rechtsakte auf andere Weise beeinträchtigt. In Bezug auf ein Abkommen über eine Alpen transitbörse wäre damit vorgängig jedenfalls das Landverkehrsabkommen EU-Schweiz zu modifizieren, wurde hier doch eine Unvereinbarkeit festgestellt.²¹² Sodann hätte die in einem solchen Abkommen vorgesehene Ausgestaltung der Alpen transitbörse den aufgezeigten²¹³ Anforderungen des Primärrechts Rechnung zu tragen. Aber auch darüber hinaus wäre das bestehende Sekundärrecht im Einzelnen daraufhin zu überprüfen, ob eine Alpen transitbörse mit ihm vereinbar wäre. Dieser Fragestellung kann hier nicht nachgegangen werden; festzuhalten bleibt aber, dass jedenfalls diejenigen unionsrechtlichen Regelungen, die technische Anforderungen an Fahrzeuge betreffen, wohl nicht dahin ausgelegt

²⁰⁹ Vgl. EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, insbesondere Rn. 85 f., 99 f.; s. auch EuGH, Gutachten 2/92 (OECD), Slg. 1995, I-521, Rn. 31 f. Zur Rechtsprechung *Kaddous*, *Le droit des relations extérieures*, 248 ff.; *Klein/Kimms*, UTR 1996, 53 (69 f.); speziell zum WTO-Gutachten *Hilf*, *EuZW* 1995, 7 ff.; *Geiger*, *JZ* 1995, 973 ff. S. aus der Rechtsprechung EuGH, verb. Rs. C-467/98 (Kommission/Dänemark), Slg. 2002, I-9519 („open skies-Abkommen“), wo der EuGH die bislang entwickelten Grundsätze auf den Bereich des Luftverkehrs (entsprechende Abkommen einiger Mitgliedstaaten mit den USA) anwendete; vgl. im Übrigen EuGH, Gutachten C-1/08 (GATS), Slg. 2009, I-11129: Hier ging es um die Reichweite der ausschließlichen Kompetenz der Union im Bereich der Außenhandelspolitik (Art. 207 AEUV), falls auch noch andere Politikbereiche (*in casu* die Verkehrspolitik) betroffen sind: In einem solchen Fall seien die Rechtsgrundlagen in dem betreffenden Politikbereich ebenfalls heranzuziehen, was in der Regel einer Ausschließlichkeit der Unionskompetenz entgegenstehen wird (es sei denn, die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 AEUV seien erfüllt).

²¹⁰ Vgl. Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061, Rz. 13 ff.

²¹¹ Vgl. hierzu ausführlich *Epiney*, FS Röss, 441 (452 ff.).

²¹² Oben E.

²¹³ Oben C.

werden können, dass sie eine Art Recht auf freie Benutzung aller bestehenden Straßen implizieren.

- Eine Beeinträchtigung des Unionsrechts ist aber auch in Bezug **auf zukünftige Rechtsentwicklungen** möglich, denn es ist denkbar, dass völkerrechtliche Abkommen der Mitgliedstaaten der Union die Wahrnehmung ihrer Aufgaben erschweren oder gar verunmöglichen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs dürfte im Ergebnis – wobei hier Vieles noch unklar ist – davon ausgehen, dass ein Verstoß gegen Art. 4 Abs. 3 EUV immer schon dann vorliegt, wenn der Handlungsspielraum der Union und damit die Ausübung ihrer Kompetenzen durch den (geplanten) Vertrag der Mitgliedstaaten in der Zukunft präjudiziert und / oder die Wahrnehmung der Kompetenzen der Union (spürbar) erschwert wird. Diese Voraussetzung dürfte immer schon dann erfüllt sein, wenn der Union in einem bestimmten Bereich Kompetenzen zustehen und im Falle ihrer Ausübung die auf sie gestützten Sekundärrechtsnormen mit dem durch die Mitgliedstaaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Vertrag in Konflikt geraten können.²¹⁴ Ob ein Abkommen über eine Alpentransitbörse auf dieser Grundlage gegen das Unionsrecht verstieße, kann selbstverständlich nur auf der Grundlage eines konkreten Abkommensentwurfs beantwortet werden. Allerdings besteht nach der hier vertretenen Ansicht eine gewisse Gefahr, dass dies der Fall wäre: Denn ein solches Abkommen verpflichtete die beteiligten Mitgliedstaaten, eine Alpentransitbörse einzuführen und legte die EU-Alpenstaaten damit auf ein bestimmter Instrument fest, soweit es um Maßnahmen zur Beschränkung des alpenquerenden Gütertransports auf der Straße geht. Dies führte aber dazu, dass die EU selbst, die für die Regelung dieser Frage eine Kompetenz besitzt, im Binnenverhältnis bei der Wahl der diesbezüglichen Instrumente und Maßnahmen und damit der Ausübung ihrer Kompetenzen nur sehr eingeschränkt vorgehen könnte. Insofern spricht Vieles dafür, dass ein solches völkerrechtliches Abkommen nicht allein durch die betroffenen EU-Alpenstaaten abgeschlossen werden könnte, sondern ein **gemischter Vertrag** notwendig wäre. An diesem wären die EU, die Schweiz und jedenfalls die EU-Alpenstaaten, wohl aber auch die anderen EU-Mitgliedstaaten (da die Voraussetzungen für das Vorliegen einer ausschließlichen Kompetenz der EU nicht gegeben sind), zu beteiligen.

III. Mitgliedstaatliche Ebene

Soweit eine Alpentransitbörse allein (also ohne einen entsprechenden völkerrechtlichen Vertrag zwischen den betroffenen Mitgliedstaaten) auf mitgliedstaatlicher Ebene

²¹⁴ Vgl. EuGH, Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061; EuGH, Gutachten 2/92 (OECD), Slg. 1995, I-521; EuGH, Rs. C-475/98 (Kommission/Österreich), Slg. 2002, I-9797 („open skies-Abkommen“); EuGH, Rs. C-266/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2005, I-4805; s. auch EuGH, Rs. 804/79 (Kommission/Großbritannien), Slg. 1981, 1045; s. auch die sehr weitgehenden Pflichten, die der Gerichtshof in Bezug auf ein (unverbindliches) Tätigwerden eines Mitgliedstaats im Rahmen eines gemischten internationalen Abkommens aus Art. 4 Abs. 3 EUV ableitet, in EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Urt. v. 20.4.2010. Hierzu *Epiney*, NVwZ 2011, 976 (977 f.).

ne eingeführt werden sollte, stellen sich schon grundsätzliche Fragen nach der Vereinbarkeit einer solchen Maßnahme mit den dargelegten unionsrechtlichen Vorgaben, kann ihre Geeignetheit doch aufgrund einer nur partiellen Regelung möglicherweise fraglich sein. Jedenfalls müsste sichergestellt sein, dass alle Alpenstaaten beteiligt wären. Dies ist zwar ohne den Abschluss eines völkerrechtlichen Abkommens nicht ausgeschlossen, jedoch grundsätzlich schwieriger zu belegen. Ansonsten müssten mitgliedstaatliche Regelungen die Gesamtheit des Unionsrechts beachten, so dass insbesondere das Landverkehrsabkommen zwischen der Schweiz und der EU ggf. zu revidieren wäre.

Hingegen gehen die sich aus Art. 4 Abs. 3 EUV ergebenden Pflichten, die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht zu beeinträchtigen, in Bezug auf mitgliedstaatliche Regelungen wesentlich weniger weit, da es nicht um Bindungen gegenüber Drittstaaten geht. Daher ist ein Verstoß gegen diese Bestimmung nicht schon deshalb zu bejahen, weil die Union in Zukunft möglicherweise andere Akzente setzen könnte bzw. auf andere Instrumente zurückgreifen könnte, können die mitgliedstaatlichen Regelungen doch jederzeit modifiziert werden. Das Konzept der geteilten Kompetenzen, zu denen die Verkehrspolitik zählt, geht im Gegenteil davon aus, dass die Mitgliedstaaten solange und soweit tätig werden können, wie die Union ihre Kompetenzen nicht (abschließend) wahrgenommen hat.²¹⁵

IV. Fazit

Die Frage nach der Art und Weise der Verwirklichung der Alpentransitbörse bzw. der Regelungsebene, auf die für ihre Einführung zurückgegriffen werden soll, bedürfte vertiefter weiterer Abklärungen. Nach den ersten, hier angestellten Überlegungen kommen entweder eine entsprechende Richtlinie sowie ein Abkommen mit der Schweiz über deren Beteiligung oder aber ein gemischtes Abkommen, an dem sowohl die EU als auch die EU-Staaten sowie die Schweiz beteiligt wären, in Betracht. Diese Problematik wäre auch im Falle des Rückgriffs auf ein anderes Instrument zur Beschränkung des alpenquerenden Gütertransports auf der Straße, wie ein Abgabensystem, relevant.

²¹⁵ Vgl., m.w.N., im Einzelnen hierzu und i.Erg. wie hier *Kahl*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 4, Rn. 98.

G. Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

Im Folgenden sollen die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung in Thesenform zusammengefasst werden, wobei jeweils für weitergehende Nachweise und Begründungen abschnittsweise auf die einschlägigen Kapitel verwiesen wird. Im Hinblick auf eine bessere Lesbarkeit bzw. Auffindbarkeit der gesuchten Informationen werden die zusammenfassenden Thesen nach den verschiedenen erörterten Bereichen aufgeteilt.

1. Das System der Alpentransitbörse

- Der Grundgedanke einer Alpentransitbörse kann dahingehend zusammengefasst werden, dass die Anzahl alpenquerender Transitfahrten durch den Straßengüterverkehr plafoniert wird, in einer entsprechenden Anzahl (in ihrem zeitlichen Geltungsbereich grundsätzlich limitierte) „Alpenüberquerungsrechte“ verteilt bzw. versteigert werden, die dann ihrerseits auch gehandelt werden können.²¹⁶
- Für den Lokal- und Kurzstreckenverkehr würden bevorzugte Bedingungen zum Zuge kommen.²¹⁷

2. Zur Vereinbarkeit einer Alpentransitbörse mit dem Grundsatz des freien Warenverkehrs (Art. 34 AEUV)

- Die **Einführung einer Alpentransitbörse** wäre vom **Schutzbereich des Art. 34 AEUV erfasst**, da mit alpenquerenden Straßengütertransporten (auch grenzüberschreitend Waren i.S.d. Art. 28 Abs. 2 AEUV transportiert werden und die die Einführung einer Alpentransitbörse eine hoheitliche Maßnahme, die von der Union oder den Mitgliedstaaten ausgehen kann, implizierte. Der möglicherweise ebenfalls betroffene freie Dienstleistungsverkehr dürfte aufgrund des Schwerpunkts der Maßnahme jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH hinter die Warenverkehrsfreiheit zurücktreten.²¹⁸
- Eine **Alpentransitbörse** stellte eine **Maßnahme gleicher Wirkung** wie eine Einfuhrbeschränkung **im Sinne des Art. 34 AEUV** dar: die Voraussetzungen der sog. *Dassonville*-Formel lägen vor, und auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH kommt die sog. *Keck*-Rechtsprechung bei Maßnahmen, die den Gütertransport auf wichtigen Transitstraßen in irgendeiner Form beschränken, nicht zum Zuge.²¹⁹

²¹⁶

B.

²¹⁷

B.

²¹⁸

C.I.

²¹⁹

C.II.

- Eine **Alpentransitbörse** kann jedoch im Ergebnis aus **Gründen des Umweltschutzes gerechtfertigt** werden.²²⁰
 - Die mit der Maßnahme angestrebte Modifikation bzw. Festlegung des *modal split* – der Anteil der Straße am gesamten alpenquerenden Güterverkehr soll zugunsten insbesondere der Bahn reduziert werden – kann als **unter den Umweltschutz fallendes Ziel** angesehen werden, da die angestrebte Modifikation des *modal split* nach den verfügbaren Kenntnissen *per se* eine Verbesserung der „Umweltbilanz“ der durchgeführten Transporte mit sich brächte, ist die Eisenbahn doch insgesamt als umweltfreundlicher als die Straße anzusehen.
 - Eine Alpen transitbörse entspräche auch den Anforderungen der **Verhältnismäßigkeit**:
 - Sie führte schon wegen der Plafonierung der alpenquerenden Fahrten zu einer Verringerung des Straßengüterverkehrs in den erfassten Korridoren und **trüge** damit zu einer **Verbesserung des Umweltschutzes bei, so dass ihre Geeignetheit** insoweit zu bejahen ist bzw. wäre. Darüber hinaus erscheint sie auch **kohärent**. Insbesondere erscheint es vertretbar bzw. nicht inkohärent, eine bestimmte Verlagerungsmaßnahme nur auf die Alpen und dort nur auf den Alpenhauptkamm zu konzentrieren, da sich diese Regionen besonders großen Belastungen durch den Straßengüterverkehr ausgesetzt sehen und sich zudem durch eine spezifische ökologische Sensibilität auszeichnen.
 - Zur Erreichung des angestrebten Ziels einer entsprechenden quantitativen Limitierung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs und der damit verbundenen Verlagerung sind keine milderen Maßnahmen ersichtlich, da der Verkehr gerade nicht verboten, sondern nur limitiert wird, und im Falle der Entrichtung des entsprechenden Preises bzw. des Erwerbs eines Alpen transitrechts die Möglichkeit besteht, einen Straßengütertransport über die Alpen durchzuführen. Damit ist auch die **Erforderlichkeit** der Maßnahme zu bejahen.
 - Ebenso wäre die **Angemessenheit** der Maßnahme gegeben, wobei allerdings für ausreichende Schienentransportmöglichkeiten gesorgt und Übergangsregelungen vorgesehen werden müssten.
- Eine **Bevorzugung des Lokal- und Regionalverkehrs** wäre grundsätzlich als mit den Vorgaben des Art. 34 AEUV bzw. des Art. 18 AEUV in Einklang stehend anzusehen, wobei allerdings die genaue Ausgestaltung dieser Bevorzugung die Vorgaben dieser Bestimmungen berücksichtigen müsste (z.B. dürften die Distanzen nicht so festgelegt werden, dass aus nicht ersichtlichen Gründen insbesondere Spediteure aus anderen Staaten benachteiligt würden).²²¹

220

C.III.1.

221

C.III.2.

3. Zu den Vorgaben des Sekundärrechts: die RL 1999/62 („Weg- ekostenrichtlinie“)

- Der **Anwendungsbereich der RL 1999/62** wäre durch die **Einführung einer Alpentransitbörse nicht eröffnet**. Vielmehr handelt es sich um ein anders strukturiertes Regelungsinstrument, das ausgehend von einer Kontingentierung der Verfügbarkeit bestimmter Transportwege für bestimmte Transporte – ein Grundgedanke, der einem Mautsystem fremd ist, da dieses im Ansatz allen Straßennutzern im Falle der Zahlung de Maut das Recht einräumt, die entsprechende Strecke zu nutzen – ein marktwirtschaftliches System der Preisgestaltung impliziert, so dass es nicht am Maßstab der in der RL 1999/62 formulierten Kriterien – die sich eben nur auf Maut- und Benutzungsgebühren beziehen – geprüft werden kann.²²²
- Bei der Frage, ob eine **abschließende unionsrechtliche Rechtsetzung** vorliegt, sind nach der Rechtsprechung des EuGH sowohl die Regelungsreichweite als auch die Regelungstiefe in die Betrachtungen einzubeziehen. Damit ist auch der Zweck der jeweiligen Regelung für die Ermittlung ihrer „Sperrwirkung“ von Bedeutung. Auf dieser Grundlage sind der **Rechtsprechung des EuGH** gewisse „typisierende“ Kriterien insbesondere in Bezug auf die häufig entscheidende **Regelungsdichte** (im Sinne der Regelungsreichweite und der Regelungstiefe und unter Berücksichtigung der Zielsetzungen eines Rechtsakts) zu entnehmen, die sich auf den Charakter der sekundärrechtlichen Regelungen als Mindestvorschriften, auf die Anwendungsbereiche der in Frage stehenden Regelungen, die Abgeschlossenheit des EU-Rechtsakts sowie die Erreichung des Ziels desselben beziehen.²²³
- Die **RL 1999/62** bezieht sich **nur auf Maut- und Benutzungsgebühren im Sinne der RL 1999/62**, so dass die Einführung einer Alpentransitbörse durch sie nicht ausgeschlossen wäre bzw. die RL 1999/62 diesbezüglich **keine abschließende Regelung** trifft.²²⁴

4. Zu den Vorgaben des Landverkehrsabkommens

- Die Einführung einer Alpentransitbörse – erfolgte diese nun auf Unionsebene oder auf mitgliedstaatlicher Ebene bzw. durch einen völkerrechtlichen Vertrag der involvierten Mitgliedstaaten – implizierte eine Modifikation des **Landverkehrsabkommens Schweiz – EU** in zwei Punkten:
 - Erstens müsste eine **Ausnahme von dem geltenden Gebührenregime** vorgesehen werden.
 - Zweitens müsste ebenfalls eine **Ausnahme vom Kontingentierungsverbot für alpenquerende Straßengütertransporte** vorgesehen werden.²²⁵

222

D.I.

223

D.II.1.

224

D.II.2.

225

E.II., III.

5. Zur rechtlichen Implementierung einer Alpen transitbörse

- Die Frage nach der **Art und Weise der Verwirklichung der Alpen transitbörse bzw. der Regelungsebene**, auf die für ihre Einführung zurückgegriffen werden soll, bedürfte **vertiefter weiterer Abklärungen**. Nach den ersten, hier angestellten Überlegungen kommen entweder eine entsprechende Richtlinie sowie ein Abkommen mit der Schweiz über deren Beteiligung oder aber ein gemischtes Abkommen, an dem sowohl die EU als auch die EU-Staaten sowie die Schweiz beteiligt wären, in Betracht. Diese Problematik wäre auch im Falle des Rückgriffs auf ein anderes Instrument zur Beschränkung des alpenquerenden Gütertransports auf der Straße, wie ein Abgabensystem, relevant.²²⁶

II. Schlussbemerkung

Insgesamt konnte die Untersuchung aufzeigen, dass der Einführung einer Alpen transitbörse keine unüberwindlichen rechtlichen Hindernisse entgegenstehen; lediglich das Landverkehrsabkommen Schweiz – EU müsste wohl angepasst werden.

Die entscheidende Frage geht vor diesem Hintergrund dahin, ob der politische Wille vorhanden ist, auch tatsächlich auf dieses Instrument zurückzugreifen. Will man eine effektive Verlagerung des alpenquerenden Güterverkehrs auf die Schiene und damit eine effektive Verringerung der Umweltbelastungen in den betroffenen Regionen, so dürfte es wohl kaum Alternativen geben, die ähnlich wirksam wären wie eine Alpen transitbörse. Insbesondere ein Mautsystem wäre wohl schon deshalb weniger effektiv als nicht abzusehen ist, dass die Höhe der Maut tatsächlich einen spürbaren Verlagerungseffekt auslösen würde.

In diesem Sinn müssen sich wohl in erster Linie die am sog. Zürich-Prozess beteiligten Alpenstaaten fragen, ob sie dieses Instrument einsetzen wollen. Ist bei diesen Staaten erst einmal der politische Wille vorhanden, so dürfte die Frage nach der rechtstechnischen Implementierung des Instruments – unionsrechtliche Ebene, mitgliedstaatliche Ebene, völkerrechtliches Abkommen bzw. eine Kombination dieser Ebenen – lösen lassen.

226

F.

Literatur

- Ambühl, Michael*: Zur Konzeption der koordinierten Verkehrspolitik, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse – UE (Commentaires)*, 2001, 509 ff.
- Arndt, Birger*: Das Vorsorgeprinzip im EU-Recht, Tübingen 2009.
- Beusch, Michael*: Lenkungsabgaben im Strassenverkehr, Zürich 1998.
- Bieber, Roland/Epiney, Astrid/Haag, Marcel*: Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 10. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Bieber/Epiney/Haag, EU).
- Bucher, Oliver*: Open Access im Schienenverkehr. Eine Auslegeordnung der rechtlichen Rahmenbedingungen der Schweiz mit einem Überblick über die Regelung in der EU, Zürich 2006.
- Bundesamt für Raumentwicklung* (Hrsg.): Alpen transitbörse. Untersuchung der Praxistauglichkeit, 2007, erstellt von René Neuenschwander, Urs Springer (Projektteam Ecoplan), Matthias Rapp, Stefan Loewenguth, Andrea Felix (Projektteam RAPP Trans AG) und Kurt Moll, zu beziehen bei: www.are.admin.ch.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV / AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., München 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).
- van Calster, Geert/Vandenbergh, Wim*: Something for Everyone in the Judgement of the European Court of Justice in the German Bottles Saga, *RECIEL* 2005, 73 ff.
- Dauses, Manfred A.* (Hrsg.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung, Stand 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Dauses, Handbuch EU-Wirtschaftsrecht).
- Ehlotzky, Nicole*: Sektorales Fahrverbot Revisited. Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 21.12.2011 (C-28/09), *RdU-U&T* 2012, 2 ff.
- Ehlotzky, Nicole*: Eine (rein) österreichische Angelegenheit? – Der alpenquerende Güterverkehr in der aktuellen EuGH-Judikatur, in: Astrid Epiney/Jennifer Heuck (Hrsg.), *Der alpenquerende Gütertransport. Rechtliche Vorgaben und Perspektiven / Le transport de marchandises au travers des Alpes. Conditions juridiques et perspectives*, Zürich 2012, 57 ff.
- Ehlotzky, Nicole*: Die Bemaunung des Straßenverkehrs am Brennerkorridor – Gebührenerhebung als Mittel zur Verkehrslenkung, in: Anna Gamper/Christian Ranacher (Hrsg.), *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs*, Wien 2012, 153 ff.
- Eisenberg, Sonja*: Kompetenzausübung und Subsidiaritätskontrolle im europäischen Umweltrecht. Zu den Voraussetzungen, Vor- und Nachteilen subsidiaritätsorientierter Umweltrechtsetzung in Europa, Berlin 2006.
- Enchelmaier, Stefan*: Alpine transport restrictions reconsidered: *Commission v. Austria*, *CMLRev.* 2013, 183 ff.

- Epiney, Astrid*: Die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union, dargestellt am Beispiel des Alpentransits, Bonn 1996.
- Epiney, Astrid*: Der „Grundsatz der freien Wahl des Verkehrsträgers“ in der EU: rechtliches Prinzip oder politische Maxime?, ZUR 2000, 239 ff.
- Epiney, Astrid*: Straßenbenutzungsgebühren und europäisches Gemeinschaftsrecht, Liber Amicorum Gerd Winter, 2003, 87 ff.
- Epiney, Astrid*: Zur Tragweite des Art. 10 EGV im Bereich der Außenbeziehungen, FS Georg Röss, Köln u.a. 2005, 441 ff.
- Epiney, Astrid*: Zu den „bilateralen“ Verträgen der EG bzw. ihren Mitgliedstaaten und der Schweiz – einige Gedanken zur Einbindung der Schweiz in den *acquis communautaire*, GPR 2006, 1 ff.
- Epiney, Astrid*: Zur Entwicklung des Emissionshandels in der EU, ZUR 2010, 236 ff.
- Epiney, Astrid*: Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2010: Europäisches Verfassungsrecht, NVwZ 201, 976 ff.
- Epiney, Astrid*: Die Alpentransitbörse als Instrument der Reduktion des alpenquerenden Straßenverkehrs – rechtliche Voraussetzungen und Probleme ihrer Implementierung, in: Anna Gamper/Christian Ranacher (Hrsg.), Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, Wien 2012, 113 ff.
- Epiney, Astrid*: Zu den Implikationen der EU-Mitgliedschaft für die Stellung und Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, FS Rüdiger Wolfrum, Leiden 2012, 1909 ff.
- Epiney, Astrid*: Umweltrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (im Erscheinen).
- Epiney, Astrid/Furger, David/Heuck, Jennifer*: Zur Berücksichtigung umweltpolitischer Belange bei der landwirtschaftlichen Produktion in der EU und in der Schweiz. Ein Vergleich unter besonderer Berücksichtigung der Implikationen eines Freihandelsabkommens im Agrar- und Lebensmittelbereich, Zürich 2009.
- Epiney, Astrid/Gruber, Reto*: Verkehrspolitik und Umweltschutz in der Europäischen Union, Fribourg 1997.
- Epiney, Astrid/Gruber, Reto*: Das Landverkehrsabkommen Schweiz – EU. Überblick und erste Bewertung, URP/DEP 1999, 597 ff.
- Epiney, Astrid/Gruber, Reto*: Verkehrsrecht in der EU. Zu den Gestaltungsspielräumen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich des Landverkehrs, Baden-Baden 2001.
- Epiney, Astrid/Heuck, Jennifer*: Zur Verlagerung des alpenquerenden Straßengüterverkehrs auf die Schiene – die „Alpentransitbörse“ auf dem Prüfstand des europäischen Gemeinschaftsrechts, ZUR 2009, 178 ff.
- Epiney, Astrid/Heuck, Jennifer*: The Swiss Approach to Mountain Protection and its Relation to European Law: Complementarities or Conflict?, in: Patricia Quilacq/Marco Onida (Hrsg.), Environmental Protection and Mountains. Is Environmental Law Adapted to the Challenges Faced by Mountain Areas?, Innsbruck 2011, 44 ff.
- Epiney, Astrid/Heuck, Jennifer*: Zur Revision der RL 99/62 („Wegekostenrichtlinie“). Die Vorgaben der RL 99/62 in Bezug auf die Erhebung von Maut- und Benutzungsgebühren, NuR 2012, 169 ff.
- Epiney, Astrid/Heuck, Jennifer*: Zu den Vorgaben des EU-Rechts für die Regelung des alpenquerenden Gütertransports auf der Strasse, in: Astrid Epiney/Jennifer Heuck (Hrsg.), Der alpenquerende Gütertransport. Rechtliche Vorgaben und

- Perspektiven / Le transport de marchandises au travers des Alpes. Conditions juridiques et perspectives, Zürich 2012, 31 ff.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Pirker, Benedikt*: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012.
- Epiney, Astrid/Sollberger, Kaspar*: Zum Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien: die rechtliche Tragweite des Art. 32 des Abkommens über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz – EU (Erste Analysen), Basel 2001, 521 ff.
- Epiney, Astrid/Waldmann, Bernhard/Oeschger, Magnus/Heuck, Jennifer*: Die Ausscheidung von gentechnikfreien Gebieten in der Schweiz de lege lata et de lege ferenda. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der EU, Zürich 2011.
- Ettl, Günther*: Annex – Verkehrsverlagerungsmaßnahmen der Europäischen Union im alpenquerenden Gütertransport, in: Astrid Epiney/Jennifer Heuck (Hrsg.), Der alpenquerende Gütertransport. Rechtliche Vorgaben und Perspektiven / Le transport de marchandises au travers des Alpes. Conditions juridiques et perspectives, Zürich 2012, 127 ff.
- Fischer, Thomas H. et al.* (Waldeck Rechtsanwälte): LEGALP – Rechtliche Vereinbarkeit von ACE, AETS und Toll+ mit 1) dem Recht der Europäischen Union, 2) dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über den Güter- und Personenkraftverkehr auf Schiene und Straße, 3) sonstigen EU-Vereinbarungen und internationalen multilateralen und bilateralen Abkommen und Vereinbarungen über Handel und Verkehr, 4) dem nationalen Recht von Österreich, Italien, Deutschland, Slowenien, Frankreich und der Schweiz und mögliche Korrekturen im Fall von Diskrepanzen, Frankfurt a.M. 2012 (verfügbar unter www.zuerich-prozess.org).
- Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht. Band 1. Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl., Heidelberg u.a. 2012.
- Furrer, Andreas*: Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen – Die Grenzen des nationalen Gestaltungsspielraums durch sekundärrechtliche Vorgaben unter besonderer Berücksichtigung des „nationalen Alleingangs“- , Baden-Baden 1994.
- Gänser, Christian Gerald*: Politique des transports de l’Union européenne et environnement: le cas de l’autoroute du Brenner, RDUE 2012, 275 ff.
- Geiger, Rudolf*: Vertragsschlusskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft und auswärtige Gewalt der Mitgliedstaaten, JZ 1995, 973 ff.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, Stand 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU).
- Groeben, Hans von der/Schwarze Jürgen* (Hrsg.): Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4 Bde, 6. Aufl., Baden-Baden 2003 (zitiert: *Verfasser*, in: von der Groeben/Schwarze).

- Hilf, Meinhard:* Die EG-Außenkompetenzen in Grenzen. Das Gutachten des EuGH zur Welthandelsorganisation, EuZW 1995, 7 ff.
- Jacobs, Francis G.:* The Internal Legal Effects of the EU's International Agreements and the Protection of Individual Rights, Essays in Honour of Alan Dashwood, 2011, 529 ff.
- Jans, Jan H./von der Heide, Ann-Katrin:* Europäisches Umweltrecht, Groningen 2003.
- Jans, Jan H./Vedder, Hans H.B.:* European Environmental Law, 4. Aufl., Groningen 2012.
- Kaddous, Christine:* Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, Basel 1998.
- Karpenstein, Ulrich/Jacobj, Holger:* Der Rechtsstreit um das Dosenpfand, AbfallR 2005, 194 ff.
- Kern, Markus:* Zwischen Alpenschutz und freiem Verkehr: Rechtliche Erwägungen zur zweiten Straßentunnelröhre am Gotthard, AJP 2012, 1285 ff.
- Klein, Eckart/Kimms, Frank:* Die Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft zum Abschluss umweltschutzrelevanter Verträge, UTR 1996, 53 ff.
- Krämer, Ludwig:* EC Environmental Law, 6. Aufl., London 2007.
- Obwexer, Walter:* Die „neue“ Wegekosten-Richtlinie, ecolex 2005, 663 f.
- Obwexer, Walter:* Unionsrechtliche Rahmenbedingungen für mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Verlagerung des Straßengüterverkehrs auf die Schiene am Beispiel des sektoralen Fahrverbots, in: Anna Gamper/Christian Ranacher (Hrsg.), Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, Wien 2012, 80 ff.
- Ranacher, Christian:* Das Urteil des EuGH in der Rs. C-28/09, *Kommission/Österreich (Sektorales Fahrverbot II)*, aus österreichischer Sicht, in: Anna Gamper/Christian Ranacher (Hrsg.), Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, Wien 2012, 100 ff.
- Rengeling, Hans-Werner (Hrsg.):* Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht, 3 Bände, 2. Aufl., Köln u.a. 2003 (zitiert: *Bearbeiter*, EUDUR I, II/1, II/2).
- Rinderknecht, Matthias:* Perspektiven zur Alpentransitbörse – insbesondere im Rahmen des Follow up Zurich-Prozesses: Verkehrssicherheit und Mobilität im Alpenraum, in: Astrid Epiney/Jennifer Heuck (Hrsg.), Der alpenquerende Gütertransport: rechtliche Vorgaben und Perspektiven, Zürich 2012, 107 ff.
- Roth, Wulf-Henning:* Die „horizontale“ Anwendbarkeit der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV), EWS 2013, 16 ff.
- Satzinger, Leo:* Aktuelle Verkehrsentwicklung und fachliche Grundlagen, in: Anna Gamper/Christian Ranacher (Hrsg.), Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, Wien 2012, 11 ff.
- Scherler, Stefan M.:* Strukturunterschiede der schweizerischen und europäischen Verkehrsrechtsordnung, Zürich 1995.

- Schlösser, Jürgen P.:* Die Sperrwirkung sekundären Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 2002.
- Schmahl, Stefanie/Jung, Florian:* Horizontale Drittwirkung der Warenverkehrsfreiheit?, NVwZ 2013, 607 ff.
- Schroeder, Werner:* Das rechtliche Umfeld für den grenzüberschreitenden Verkehr in der Europaregion – Unionrecht, in: Anna Gamper/Christian Ranacher (Hrsg.), Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs, Wien 2012, 31 ff.
- Schwarze, Jürgen* (Hrsg.): EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Schwarze, EU-Kommentar).
- Siegwart, Karine/Gruber, Reto/Beusch, Michael:* Stand und Perspektiven der Umsetzung des Alpenschutz-Artikels (Art. 36^{sexies} BV) unter besonderer Berücksichtigung der Raum- und Umweltplanung, AJP 1998, 1033 ff.
- Sollberger, Kaspar:* Konvergenzen und Divergenzen im Landverkehrsrecht der EG und der Schweiz. Unter besonderer Berücksichtigung des bilateralen Landverkehrsabkommens, Zürich 2003.
- Sollberger, Kaspar/Epiney, Astrid:* Verkehrspolitische Gestaltungsspielräume der Schweiz auf der Grundlage des Landverkehrsabkommens, Bern 2001.
- Streinz, Rudolf* (Hrsg.): EUV / AEUV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Kommentar, 2. Aufl., München 2012 (zitiert: *Verfasser*, in: Streinz, EUV/AEUV).
- Temmink, Harrie:* From Danish Bottles to Danish Bees: the Dynamics of Free Movement of Goods and Environmental Protection – a Case Law Analysis, YEEL 2000, 61 ff.
- Thieffry, Patrick:* Droit de l'environnement de l'Union européenne, 2. Aufl., Paris 2011.
- Trstenjak, Verica/Beyen, Erwin:* Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265 ff.
- Trüe, Christiane:* The German Drinks Can Deposit: Complete Harmonisation or a Trade Barrier Justified by Environmental Protection?, JEEPL 2005, 142 ff.
- Wasmeier, Martin:* Umweltabgaben und Europarecht, München 1995.
- Weber, Karl:* Der Transitverkehr in der Judikatur des EuGH: Spannungsfeld zwischen Warenverkehrsfreiheit und Umweltschutz, in: Günter H. Roth/Peter Hilpold (Hrsg.), Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten, Heidelberg u.a. 2008, 395 ff.
- Weber, Rolf H.:* Alpentransitbörse im europarechtlichen Fadenkreuz, AJP 2008, 1213 ff.
- Weber, Rolf H./Friedli, Max:* Landverkehr. Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Straße, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, Zürich 2007, 405 ff.
- Weidemann, Clemens:* Nach den EuGH-Urteilen: Die Unanwendbarkeit der deutschen Pfandvorschriften und deren Folgen, AbfallR 2005, 11 ff.
- Wiers, Jochem:* Trade and Environment in the EC and the WTO, Groningen 2002.

Winter, Gerd: Naturschutz bei der Ausbringung von gentechnisch veränderten Organismen, NuR 2007, 571 ff. (Teil 1), 635 ff. (Teil 2).

Abkürzungen

AbfallR	Abfallrecht (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Aufl.	Auflage
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften)
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
Art.	Artikel
ATB	Alpentransitbörse
ATE	Alpentransiteinheit(en)
ATR	Alpentransitrecht(e)
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
Bde.	Bände
BV	Bundesverfassung
bzw.	beziehungsweise
CDE	Cahiers de droit européen
d.h.	das heisst
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Reporter
EU	Europäische Union
EUDUR	Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht
EuG	Gericht
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f./ff.	folgende
FS	Festschrift
FZA	Freizügigkeitsabkommen
GA	Generalanwalt

ggf.	gegebenenfalls
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JEEPL	Journal for European Environmental and Planning Law
JRP	Journal für Rechtspolitik
JZ	Juristenzeitung
KOM	Dokumente der Europäischen Kommission
LSVA	Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe
LVA	Landverkehrsabkommen
lit.	Litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NEAT	Neue Eisenbahn-Alpentransversale
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NuR	Natur und Recht
RDUE	Revue du Droit de l'Union Européenne
RdU-U&T	Recht der Umwelt – Umwelt & Technik
RECIEL	Review of European Community & International Environmental Law
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
s.	siehe
SBB	Schweizerische Bundesbahnen
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
s.o.	siehe oben
sog.	Sogenannt
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
u.a.	unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
URP / DEP	Umweltrecht in der Praxis / Le droit de l'environnement dans la pratique
vgl.	Vergleiche

WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
YEEL	Yearbook for European Environmental Law
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft