

Zwischen Alpenschutz und freiem Verkehr: Rechtliche Erwägungen zur zweiten Strassentunnelröhre am Gotthard

Markus Kern – Universität Freiburg i.Ue.

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Markus Kern, Zwischen Alpenschutz und freiem Verkehr: Rechtliche Erwägungen zur zweiten Strassentunnelröhre am Gotthard, Allgemeine Juristische Praxis, 9/2012, S. 1285 ff. Es ist möglich, dass die allein zitierfähige Druckversion Abweichungen im Verhältnis zum vorliegenden Manuskript enthält.

I. Vorgeschichte zur Einleitung

Die Debatte über den Bau einer zweiten Strassentunnelröhre am Gotthard reicht bis in die 1970er Jahre zurück und hat Symbolcharakter. Dabei scheint ebenso sehr um die Vormachtstellung in der schweizerischen Verkehrspolitik wie um die Verwirklichung konkreter verkehrlicher Ziele gerungen zu werden.

Bis zur Eröffnung des Strassentunnels am Gotthard wurde der Strassenverkehr über die Passstrasse und im Bahnverlad abgewickelt. Noch 1960 war der Bundesrat davon ausgegangen, dass eine Tunnelösung am Gotthard nicht erforderlich sei, nachdem bereits am Grossen St. Bernhard sowie am San Bernardino-Pass ganzjährig befahrbare Strassentunnel geplant oder in Ausführung waren¹. Steigendes Verkehrsvolumen und drohende Kapazitätsengpässe bewogen den Bundesrat aber bereits 1964 zu einem Meinungswechsel im Sinne des Infrastrukturausbaus. Geprüft wurden dabei unter anderem die Varianten eines zweiten parallelen Eisenbahntunnels zwecks Ausbau des Bahnverlads, der Bau eines kürzeren Strassentunnels oder eines Strassenbasistunnels sowie der Vorschlag, einen neuen Eisenbahnbasistunnel zu erstellen und den bestehenden Bahntunnel als Strassentunnel umzunutzen². Gebaut wurde letztlich ein Strassentunnel von Göschenen nach Airolo, in unmittelbarer Nähe zum Eisenbahntunnel³.

Bereits während der Bauphase hatte der Bundesrat erstmals den Grundsatzentscheid zur Erstellung eines zweiten Strassentunnels gefasst⁴. Die Verwirklichung dieses Projektes wurde zunächst aus Gründen der Mittelpriorisierung zurückgestellt. Später erwuchs dem Projekt mit der Annahme der Volksinitiative „zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr“ durch Volk und Stände 1994

¹ Botschaft vom 5. Februar 1960 über die Festlegung des Nationalstrassennetzes, BBl 1960 I 617, 635. Im Nationalrat wurde der Verzicht auf die Planung eines Gotthardstrassentunnels mit offenen ökonomischen und technischen Fragen sowie mit Sicherheitsbedenken aufgrund der „Tunnelangst“ begründet: Sten.Bull. NR 1960, 65. Letztere Bedenken waren auch zum Zeitpunkt der Beschlussfassung des schliesslich ausgeführten Projekts nicht gänzlich ausgeräumt, wie die Annahmen des Bundesrates zum Auftreten der Tunnelkrankheiten Klaustrophobie (Raumangst), Agoraphobie (Platzangst) und Nyktophobie (Angst vor Dunkelheit) belegen: BBl 1964 II 1568, 1584 f.

² Botschaft vom 22. Dezember 1964 über die Ergänzung des Nationalstrassennetzes durch einen Strassentunnel unter dem Gotthard, BBl 1964 II 1568, 1578.

³ Gegenüber den kürzeren Varianten barg dieses Projekt den Vorteil eines tieferen Kulminationspunktes und somit erhöhter Wintersicherheit und gegenüber der Basistunnelvarianten jenen der einfacheren Durchführbarkeit und tieferer Gesamtkosten: BBl 1964 II 1568, 1587 ff.

⁴ Entscheid des Bundesrates vom 24. April 1972 zum zweiten langfristigen Bauprogramm für die Nationalstrassen, wonach der Baubeginn für 1980 vorgesehen war.

eine verfassungsrechtliche Hürde⁵. Diese sogenannte Alpen-Initiative richtete sich ausdrücklich „gegen den Bau der zweiten Tunnelröhre am Gotthard“⁶ und verankerte dazu auf Verfassungsstufe das generelle Verbot, im Alpengebiet die Transitstrassen-Kapazität zu erhöhen⁷. Eine diametral entgegengesetzte Stossrichtung verfolgte die Volksinitiative „Avanti – für sichere und leistungsfähige Autobahnen“, die zu verhindern suchte, dass überlastete Strassen die „mobile Gesellschaft ins Stocken“⁸ bringen und vorschlug, „Strassen als Teile internationaler Verbindungen und nationaler Netze“ vom Ausbauverbot auszunehmen, soweit sie der „Erhöhung der Verkehrssicherheit und des Verkehrsflusses“ dienen⁹. In der Botschaft zur Avanti-Initiative hielt der Bundesrat damals fest, dass die akutesten Kapazitätsengpässe auf dem Strassennetz nicht auf den alpenquerenden Routen, sondern in den Agglomerationen auftreten¹⁰. Einen zweiten Strassentunnel durch den Gotthard lehnte er ausdrücklich ab, mit der Begründung, dass der Ausbau nicht vordringlich sei, die Neue Alpentransversale (NEAT) konkurrenzieren sowie ein falsches Signal zur Verlagerungspolitik aussende¹¹. Die Initiative wurde zugunsten eines Gegenvorschlages zurückgezogen¹², wonach die Gotthardverbindung zwischen Amsteg und Airolo ausdrücklich vom Ausbauverbot hätte ausgenommen werden sollen¹³. Volk und Stände lehnten die Verfassungsänderung an der Urne ab¹⁴.

Damit kam die Diskussion um eine zweite Tunnelröhre am Gotthard für einige Jahre zur Ruhe. Bereits 2010 sah sich der Bundesrat jedoch aufgrund zahlreicher parlamentarischer Vorstösse gezwungen¹⁵, sich im Rahmen einer Antwort auf ein parlamentarisches Postulat recht ausführlich mit den baulichen, finanziellen und rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Errichtung einer zweiten Tunnelröhre auseinanderzusetzen¹⁶. Seither hat die Debatte im Hinblick auf die künftige Ausrichtung der Verlagerungspolitik und die konkrete Ausgestaltung des Sanierungsregimes für den bestehenden Gotthard-Strassentunnel zusätzlich an Aktualität gewonnen. Als mögliche Ansätze für die Sanierungszeit wurden dabei unterschiedliche Modelle des Bahnverlads¹⁷, die Erstellung einer ein- oder zweispurigen Strassenröhre ohne Kapazitätserweiterung sowie eines Strassentunnels mit Kapazitätserweiterung vorgeschlagen. Eingebracht wurde auch die Idee einer – privaten oder öffentlichen

⁵ Volksinitiative vom 11. Mai 1990 „zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr“, Ja-Stimmenanteil von 51.9%: BBl 1994 II 696.

⁶ Botschaft vom 12. Februar 1992 über die Volksinitiative „zum Schutze des Alpengebietes vor dem Transitverkehr“, BBl 1992 II 877, 882.

⁷ Art. 36^{sexies} Abs. 3 aBV, der praktisch unverändert als Art. 84 Abs. 3 in die neue Bundesverfassung übernommen wurde.

⁸ Botschaft vom 15. Mai 2002 zur Volksinitiative „Avanti – für sichere und leistungsfähige Autobahnen“, BBl 2002 4501, 4530.

⁹ Änderungsvorschlag zu Art. 84 Abs. 3 zweiter Satz BV; BBl 2003 6603.

¹⁰ BBl 2002 4501, 4507 ff.

¹¹ BBl 2002 4501, 4503.

¹² Gegenentwurf der Bundesversammlung vom 3. Oktober 2003 zur Volksinitiative „Avanti – für sichere und leistungsfähige Autobahnen“ BBl 2003 7268.

¹³ Entwurf Art. 84 Abs. 3, zweiter und dritter Satz BV, BBl 2003 6603, 6604.

¹⁴ Ja-Stimmenanteil von 37.2%: BBl 2004 2199.

¹⁵ Vom Wiederaufleben der politischen Diskussionen zu dieser Frage zeugt die Tatsache, dass im Parlament seit 2008 zum Bau einer zweiten Gotthardstrassentunnelröhre 14 Vorstösse eingereicht wurden.

¹⁶ Bericht des Bundesrates zur Sanierung des Gotthard-Strassentunnels vom 17.12.2010 in Erfüllung des Postulates 09.3000 der Kommission für Verkehr und Fernmeldewesen des Ständerates vom 12.1.2009.

¹⁷ Der Bundesrat hatte ursprünglich zwei Sanierungsvarianten mit Vollsperrungen von 2,5 bzw. 3,5 Jahren Dauer vorgeschlagen: Bericht des Bundesrates (FN 16), 13 ff., insb. 71 f.

– Finanzierung des Baus mittels Tunnelmaut¹⁸. Der Bundesrat schlägt nun den Bau einer zweiten zweispurigen Röhre vor, wobei der Verkehr im Endausbau richtungsgetrennt auf jeweils einer Fahr- und einer Standspur pro Röhre geführt werden soll. Begründet wird diese von der früheren Haltung abweichende Lösung mit dem auch regionalpolitisch begründeten Bedürfnis nach einer permanenten Sicherstellung der Strassenverbindung während der Sanierungszeit, dem guten Kosten-Nutzen-Verhältnis im Vergleich zu Alternativprojekten sowie den zu erwartenden Verbesserungen bei der Strassensicherheit¹⁹. Da das Bauvorhaben auf eine Gesetzesänderung mit fakultativem Referendum gestützt werden soll, dürften die Diskussionen zu dieser Frage im Rahmen der Vernehmlassung, der Parlamentsdebatten sowie eines allfälligen Referendumsentscheids mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Neben den politischen Erwägungen im Zusammenhang mit dem Projekt stellen sich mit dem Bau einer zweiten Strassentunnelröhre jedoch auch rechtliche Fragen an der Schnittstelle zwischen nationalem und internationalem Recht, die im Folgenden dargelegt und analysiert werden sollen.

II. Zulässigkeit der Erstellung und des Betriebs einer zweiten Gotthardtunnelröhre

A. Mit Kapazitätserweiterung

Massgeblich für die Frage, ob der Bau einer zweiten Tunnelröhre rechtlich zulässig ist, ist der mit der Alpen-Initiative in die Bundesverfassung eingefügte Art. 84 Abs. 3, der die Erhöhung der „Transitstrassen-Kapazität im Alpengebiet“ mit der Ausnahme von „Umfahrungsstrassen, die Ortschaften vom Durchgangsverkehr entlasten“ untersagt. In Ausführung dieser Bestimmung benennt Art. 2 STVG²⁰ die Gotthardroute als Transitstrasse im Alpengebiet. Art. 3 STVG qualifiziert den „Neubau von Strassen, die bestehende Strassen funktional entlasten oder ergänzen“ sowie die „Erweiterung bestehender Strassen mit zusätzlichen Spuren“ (Abs. 1) beispielhaft als untersagte Erhöhungen der „Verkehrskapazität der Transitstrassen“ (Abs. 2). Von dieser Qualifikation explizit ausgenommen wird der „Umbau bestehender Strassen, der in erster Linie der Substanzerhaltung und der Verkehrssicherheit dient“ (Abs. 3).

Entscheidendes Zulässigkeitskriterium ist folglich, ob der Röhrenbau eine Kapazitätserhöhung bringt. Der Bau einer zweiten Tunnelröhre zur Erweiterung der Infrastruktur auf vier statt zwei Fahrspuren wäre demzufolge unter geltendem Recht unzulässig: Es handelte sich erstens um eine Transitstrasse im Alpengebiet gemäss Art. 2 STVG und zweitens würde der Bau eine nach Art. 3 Abs. 2 Bst. b STVG untersagte Erweiterung um zusätzliche Spuren und somit auch eine verfassungsrechtlich verbotene Erhöhung der Transitstrassen-Kapazität beinhalten²¹.

¹⁸ So etwa das ausformulierte Projekt im Auftrag des Wirtschaftsdachverbandes economiesuisse: Schlussbericht PPP Lösung für zweite Gotthardröhre vom 17.2.2012, Studie von B, S, S., passim.

¹⁹ Medienmitteilung vom 27.6.2012 < <http://www.astra.admin.ch/dokumentation/00109/00113/00491/index.html?lang=de&msg-id=45155>>, zuletzt besucht am 31.7.2012.

²⁰ Bundesgesetz über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet (STVG; SR 725.14).

²¹ In diesem Sinne auch Bericht des Bundesrates (FN 16), 67 f.

B. Ohne Kapazitätserweiterung

1. Betrachtungen im nationalen Recht

Die vom Bundesrat angestrebte Lösung hingegen kommt ohne zusätzliche Fahrspuren aus. Vielmehr soll gesetzlich verankert werden, dass der Betrieb der beiden zweispurigen Röhren lediglich auf zwei Spuren erfolgt. *Prima facie* erscheint es somit nicht unplausibel, dass hierbei keine Ausweitung der Transitstrassen-Kapazität vorliegt und die verfassungsrechtlichen Vorgaben eingehalten werden. Eine eingehendere Prüfung zeigt zunächst, dass die gesetzliche Ausführung des Ausbauverbots von Art. 84 Abs. 3 BV in Art. 3 STVG zur Lösung der Frage lediglich Anhaltspunkte zu liefern vermag, ohne den vorliegenden Fall explizit zu regeln: Der geplante Bau soll gemäss dem Projekt des Bundesrates keine gesetzlich untersagte funktionale Entlastung oder Ergänzung bestehender Strassen bringen, da ansonsten eine Kapazitätserhöhung resultieren würde²². Auch die ebenfalls verbotene Erweiterung bestehender Strassen durch zusätzliche Spuren ist lediglich dem Wortlaut nach gegeben, da die Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck als Verbot zusätzlicher Fahrspuren zu verstehen ist²³. Umgekehrt liegt allerdings auch kein Umbau bestehender Strassen zu Zwecken der Substanzerhaltung und der Verkehrssicherheit vor, wie er gemäss Art. 3 Abs. 3 STVG ausdrücklich zulässig ist, denn erstens handelt es sich um neue Infrastruktur, also einen Neubau²⁴. Zweitens erscheint es diskussionswürdig, ob sich Sicherheit und Sanierung vorliegend als tragfähige Erstellungszwecke erweisen, ist doch der Sicherheitszugewinn eines neuen Strassentunnels offenbar begrenzt²⁵, ergibt sich aus den Materialien ein enges Verständnis des Sicherheitsmotivs²⁶ und war schliesslich in der parlamentarischen Debatte ausdrücklich verneint worden, dass ein zweiter Tunnel einzig zu Sanierungszwecken gebaut werden dürfe²⁷. Da sich der Ausbau ohne Kapazitätserhöhung demzufolge nicht unter eine bestimmte gesetzliche Qualifikation subsummieren lässt, fällt man für eine Betrachtung der Zulässigkeit *de lege lata* wiederum auf die Auslegung der einschlägigen Verfassungsbestimmung zurück²⁸.

Massgeblich ist hierbei der Begriff der Transitstrassen-Kapazität von Art. 84 Abs. 3 BV. Dieser lässt sich als „verkehrliches Fassungsvermögen“ einer bestimmten Infrastruktur definieren. Stellt man dabei einzig auf Anzahl Fahrspuren ab²⁹, so bringt das Bauprojekt tatsächlich keine Erhöhung der

²² So auch PHILIPPE MASTRONARDI, Kurzgutachten zur verfassungsmässigen Zulässigkeit einer „Zweiten Röhre ohne Kapazitätserweiterung“ im Gotthard vom 28. Januar 2011, 12.

²³ So auch MASTRONARDI (FN 22), 12.

²⁴ Vgl. wiederum MASTRONARDI (FN 22), 12.

²⁵ So die Einschätzung der Beratungsstelle für Unfallverhütung (bfu), wonach der Ausbau des Strassentunnels auf zwei richtungstrennte Röhren lediglich marginale unfallreduzierende Wirkung hätte: Positionspapier, Gotthard-Strassentunnel: Auswirkungen eines Ausbaus auf zwei Röhren auf die Verkehrssicherheit (Road Safety Impact Assessment), Bern 2012, 15.

²⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über den Strassentransitverkehr im Alpengebiet (STVG) vom 4. Mai 1994, BBl 1994 II 1295, 1309, wonach die Bestimmung namentlich auf die Beseitigung von Unfallfällen abzielt.

²⁷ So die Aussage des Bundesratsvertreters in der ständerätlichen Debatte (AB S 1994, 436 und 449); in diesem Sinne auch der Bericht des Bundesrates (FN 16), 67.

²⁸ MASTRONARDI (FN 22), 11 erkennt ebenfalls eine Gesetzeslücke, fordert jedoch, diese durch den Gesetzgeber zu schliessen, da diese Option zum Zeitpunkt der Verabschiedung des Gesetzes gar nicht bedacht worden war und folglich eine demokratische Legitimierung erforderlich sei.

²⁹ So die Definition des Kapazitätskriteriums gemäss Bericht des Bundesrates (FN 16), 66 f.

Kapazität³⁰. Dazu drängen sich jedoch zwei Bemerkungen auf: Erstens legen Sinn und Zweck von Art. 84 Abs. 3 BV ein weiteres Verständnis des Kapazitätsbegriffs nahe, entsprechend dem der Bestimmung zugrundeliegenden Bestreben, den transalpinen Strassenverkehr zu stabilisieren oder zu reduzieren. Somit lässt sich argumentieren, die Kapazität werde insoweit erhöht, als die zu schaffenden Redundanzen der Strasseninfrastruktur die durchgängige Verfügbarkeit der Strassenverbindung etwa auch bei Störungen und Instandhaltungsmassnahmen sicherstellen. Längerfristig betrachtet wird das Fassungsvermögen der Strasseninfrastruktur somit erhöht. Zweitens stellt sich unabhängig von dieser teleologischen Lesart des Kapazitätsbegriffs die tatsächlich Frage, ob bei richtungsgetrennter Verkehrsführung nicht etwa aufgrund der Homogenisierung des Verkehrsflusses oder der geringeren Ablenkung der Fahrzeugführer eine Kapazitätssteigerung zu erwarten ist. Fällt diese signifikant aus, steht das neue Regime im Widerspruch zum verfassungsrechtlichen Ausbaubeschränkung. Unabhängig von der Beurteilung dieser Punkte scheint es jedenfalls zu schematisch, den Begriff der Transitstrassenkapazität auf die Anzahl der betriebenen Spuren zu reduzieren. Vielmehr ist zur Beurteilung der Vereinbarkeit mit den Vorgaben von Art. 84 Abs. 3 BV auf die tatsächlich zu erwartende Veränderung des verkehrlichen Fassungsvermögens der Strasseninfrastruktur abzustellen.

2. Perspektive des internationalen Rechts

a. Alpenkonvention

Die Alpenkonvention³¹ verpflichtet die Vertragsparteien zu einer „ganzheitliche[n] Politik zur Erhaltung und zum Schutz der Alpen“ (Art. 2 Abs. 1). Im Bereich der Verkehrspolitik sind sie gehalten, insbesondere im Güterverkehr eine verstärkte Verlagerung des Verkehrs auf die Schiene zu erreichen (Art. 2 Abs. 2 Bst. j) und Massnahmen mit dem Ziel einer „drastischen Verminderung von Schadstoffemissionen und -belastungen“ zu ergreifen (Art. 2 Abs. 2 Bst. c). Die Ausgestaltung der Alpenkonvention als Rahmenabkommen ebenso wie die vage Formulierung dieser Vorgaben legen den Schluss nahe, ihre Bestimmungen als nicht *self executing* zu betrachten³². Folglich stellen die Anforderungen der Alpenkonvention soweit ersichtlich kein rechtliches Hindernis für den Bau einer zweiten Gotthardröhre dar. Konkret formuliert ist das Verkehrsprotokoll zur Alpenkonvention von 1991³³, das „den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr“ untersagt (Art. 11 Abs. 1). Beim vorliegenden Bauprojekt handelt es sich um ein hochrangiges Bauprojekt³⁴ und um einen Neubau³⁵. Fraglich mag hingegen erscheinen, ob die zweite Röhre als „neue Strasse“ im Sinn des Protokolls oder vielmehr als Erweiterung einer bisherigen Strasse zu qualifizieren ist. Tatsächlich handelt es sich beim neuen Tunnel zwar nicht um eine neue Strassenverbindung, aber durchaus um neue

³⁰ Selbiges würde auch für eine zusätzliche einspurige Tunnelröhre gelten. So auch die Haltung des Bundesrates in den Antworten auf die Anfrage Abate vom 8. Februar 2001 (04.1004) sowie in der Stellungnahme zu den Motionen Abate und Marty vom 2. Oktober 2008 (08.3602 und 08.3594).

³¹ Übereinkommen zum Schutz der Alpen (SR 0.700.1; BBl 1997 IV 657), Unterzeichnung durch die Schweiz am 7. November 1991, Ratifikation am 16. Dezember 1998 (AS 2003 2540), Inkrafttreten am 28. April 1999.

³² So auch Botschaft zum Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention) und zu verschiedenen Zusatzprotokollen, BBl 1997 IV 657, 678.

³³ Protokoll zur Durchführung der Alpenkonvention von 1991 im Bereich Verkehr, BBl 2002 3081; Unterzeichnung durch die Schweiz am 31. Oktober 2000.

³⁴ Als hochrangige Strassen werden „Autobahnen und mehrbahnige, kreuzungsfreie oder in der Verkehrswirkung ähnliche Strassen“ qualifiziert (Art. 2 Verkehrsprotokoll).

³⁵ Vgl. dazu vorne.

Strasseninfrastruktur, die sogar für sich alleine betrachtet wiederum den Charakter einer hochrangigen Strasse im Sinne des Protokolls aufweist. Somit fällt das Projekt durchaus unter das Ausbaubot des Protokolls. Infolgedessen ist der Bau mit dem Protokoll nicht zu vereinbaren³⁶. Die Vorgaben des Verkehrsprotokolls sind für die Schweiz zum jetzigen Zeitpunkt allerdings lediglich von theoretischer Bedeutung, da das Protokoll im Gegensatz zur Alpenkonvention selbst zwar unterzeichnet, aber nicht ratifiziert wurde³⁷.

b. Landverkehrsabkommen

Das Landverkehrsabkommen (LVA)³⁸ beinhaltet neben der Marktliberalisierung eine Anerkennung der schweizerischen Verlagerungspolitik durch die EU und begrenzt gleichzeitig das Spektrum zulässiger Verlagerungsmassnahmen. Es bildet den Rahmen der koordinierten Verkehrspolitik und hat die Schaffung eines effizienten Verkehrssystems im Einklang mit den Anforderungen des Umweltschutzes zum Ziel (Art. 30 Abs. 1 LVA). Zu diesem Zweck werden unter anderem Massnahmen eingefordert, um „den Einsatz umweltverträglicher Verkehrsmittel im Güter- und Personenverkehr zu erleichtern“ (Art. 31 Abs. 1 LVA). Eine zweite Gotthardröhre steht zu diesen – aufgrund ihrer vagen Formulierung ohnehin kaum justiziablen – Bestimmungen nicht im Widerspruch³⁹. Dieser Schluss ist kaum überraschend, bestand doch ein wichtiges Motiv der Europäischen Union zum Abschluss des Abkommens darin, die möglichen Verkehrsverlagerungsmassnahmen zu beschränken. Begrenzungskraft entfaltet das Landverkehrsabkommen somit hauptsächlich in umgekehrter Richtung, indem weitere strassenseitige Einschränkungen untersagt werden.

Würde nun aber eine zweite zweispurige Tunnelröhre gebaut, stellt sich die Frage, ob die vorgeschlagene einspurige und richtungsgetrennte Nutzung beider Röhren – abgesehen von den faktischen und politischen Schwierigkeiten einer solchen Nutzungsbeschränkung⁴⁰ – gemäss den Vorgaben des Landverkehrsabkommens zulässig ist. Kritisch ist namentlich die Vereinbarkeit eines solchen Verkehrsregimes mit dem „Grundsatz der Nichteinführung einseitiger mengenmässiger Beschränkungen“ (Art. 32 dritter Spiegelstrich LVA). Der Anwendungsbereich dieses Grundsatzes der koordinierten Verkehrspolitik erstreckt sich gemäss dem Wortlaut des Abkommens jedenfalls auf die Massnahmen nach Art. 31 LVA, unter anderem somit auch auf solche, welche die Vertragsparteien ergrei-

³⁶ In diesem Sinne auch die Botschaft zur Ratifizierung der Protokolle zur Alpenkonvention: BBl 2002 2922, 2979 f.

³⁷ Nach jahrelangem Hin und Her hat der Nationalrat mit Entscheid vom 29. September 2010 eine Ratifikation der Protokolle definitiv verworfen: AB 2010 N 1575 ff.

³⁸ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, abgeschlossen am 21. Juni 1999, in Kraft getreten am 21. Juni 2002 (SR 0.740.72). Vertragspartei ist neben der Schweiz heute die Europäische Union als Rechtsnachfolgerin der Europäischen Gemeinschaft.

³⁹ So auch der Bericht des Bundesrates (FN 16), 70 f.

⁴⁰ Baulich betrachtet ist es gemäss einem vom Verein Alpen-Initiative in Auftrag gegebenen Gutachten nicht möglich, die Inbetriebnahme weiterer Spuren gänzlich auszuschliessen: Hartmann & Sauter, Gotthard-Strassentunnel: Zweite Röhre als Sanierungshilfe?, Chur Oktober 2009, 5.

Da die Standspuren bei Unfällen oder Unterhaltsarbeiten als Fahrspuren genutzt werden sollen, erschiene eine solche permanente Verhinderung der Nutzung als Fahrspuren auch kaum sinnvoll. Jedenfalls dürfte die Beschränkung und somit auch der Verzicht, die getätigten Investitionen vollständig zu nutzen, schwer aufrecht zu erhalten sein: MASTRONARDI, 10 f.; so im Resultat auch die frühere Antwort des Bundesrates auf die Motionen Abate und Marty vom 2. Oktober 2008 (08.3602 und 08.3594).

fen, um „einen lautereren Wettbewerb zwischen den Verkehrsträgern und innerhalb der Verkehrsträger zu gewährleisten“ (Art. 31 Abs. 1 LVA). Dazu sind namentlich auch Anpassungen der Verkehrsinfrastrukturen zu zählen, die das Funktionieren des intermodalen Wettbewerbs beeinflussen. Vorliegend dürfte die Anwendbarkeit auch deshalb kaum zu bezweifeln sein, als die Grundsätze von Art. 32 LVA wohl sogar auf sämtliche Massnahmen im Geltungsbereich des Abkommens zu beziehen sind⁴¹.

Daneben ist die rechtliche Tragweite dieser Vorgabe zu eruieren: Ob solchen Grundsätzen normative Kraft zukommt, hängt massgeblich davon ab, wie spezifisch sie ausgestaltet bzw. ob sie in der Anwendung konkretisierbar sind. Nachdem das Verbot der mengenmässigen Beschränkung im Unionsrecht im Bereich der Warenverkehrsfreiheit eine detaillierte und praxisreiche Ausformulierung erfahren hat⁴², erscheint die Bestimmung im Prinzip genügend konkretisierbar und kann folglich als Massstab herangezogen werden, an dem Massnahmen im Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens zu messen sind⁴³.

Inhaltlich untersagt der Grundsatz Massnahmen, welche die Verkehrsmenge einschränken. Massnahmen gleicher Wirkung werden dem Verbot hingegen im Unterschied zu den unionsrechtlichen Bestimmungen im Bereich des Warenverkehrs nicht unterstellt. Diese Begrenzung auf direkte Beschränkungen ist einsichtig, wenn man sich die Tragweite des Verbots von Massnahmen gleicher Wirkung vor Augen führt, wie sie gemäss der *Dassonville*-Formel im Unionsrecht zur Anwendung kommt⁴⁴. Da Einschränkungen im Sinne der Massnahmen gleicher Wirkung weit über den Anwendungsbereich des Landverkehrsabkommens hinausgehen und auch entfernte Politikbereiche wie etwa die Landwirtschafts- oder Handelspolitik betreffen, für die in Bezug auf die Schweiz keine Regelungsgrundlage besteht, ist vorliegend die engere Fassung des Verbots durchaus stimmig⁴⁵. Daraus folgt nun allerdings nicht, dass lediglich rein quantitative Kontingentierungen untersagt sind⁴⁶. Ande-

⁴¹ Teilweise wird sogar eine generelle Anwendbarkeit der Grundsätze auf sämtliche Belange der Verkehrspolitik vertreten: ASTRID EPINEY/KASPAR SOLLBERGER, 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, 524 ff., etwas zurückhaltender KASPAR SOLLBERGER, *Konvergenzen und Divergenzen im Landverkehrsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Schweiz*, Freiburg 2003, 281. Jedenfalls zu pauschal erscheint die Formulierung des Bundesrates, es handle sich hierbei um „die Grundsätze der Verkehrspolitik“ *tout court*: Botschaft BBI 1999 V 6128, 6273.

⁴² Art. 34 f. AEUV; vgl. hierzu etwa WERNER SCHROEDER, in: Rudolf Streinz (Hrsg.), *Kommentar EUV/AEUV*, München 2012, Art. 34 N 32 f. und Art. 35 N 3. Die Analogie zwischen Warenverkehr und Verkehr ist jedoch insofern begrenzt, als in den beiden Bereichen unterschiedliche Beschränkungsmöglichkeiten bestehen und sich die Massnahmen unterschiedlich auswirken.

⁴³ So im Resultat auch EPINEY/SOLLBERGER (FN 41), 537.

⁴⁴ EuGH, Rs. 8/74 (*Dassonville*), Slg. 1974, 837, Rz. 5: „Jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Massnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen“.

⁴⁵ In diesem Sinne auch EPINEY/SOLLBERGER (FN 41), 535.

⁴⁶ Entsprechendes könnte allenfalls eine parallele Auslegung zu Art. 34 AEUV nahelegen, wonach laut der Rechtsprechung des EuGH Kontingente und Durchfuhrverbote als mengenmäßige Beschränkungen zu verstehen sind: vgl. etwa EuGH, Rs. 2/73 (*Geddo*), Slg. 1973, 865 Rz. 7 oder Rs. C-169/89 (*Gourmetteria van den Burg*), Slg. 1990, I-2143 Rz. 7. Grundsätzlich fordert der EuGH eine parallele Auslegung zwischen dem Unionsrecht und dem Assoziierungsrecht mit Drittstaaten, wenn bei übereinstimmendem oder ähnlichem Wortlaut ein vergleichbarer Zweck und Kontext der Regelungen vorliegt. Grundlegend hierzu etwa EuGH, Rs. 17/81 (*Pabst und Richarz KG*), Slg. 1982, 1331, insb. Rz. 26 f. oder Rs. C-32/91 (*Metalsa*), Slg. 1993, I-3751, insb. Rz. 11 f. Eingehend zur parallelen Auslegung ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, *Zur Parallelität der Rechtsentwick-*

renfalls wäre erstens die spezifischere Regelung von Art. 8 Abs. 6 LVA obsolet⁴⁷ und zweitens liesse sich ein dergestalt eng gefasstes Kontingentierungsverbot einfach umgehen. Daraus ist zu schliessen, dass das Verbot einseitiger Mengenbeschränkungen auch anderweitige Massnahmen wie etwa zeitliche oder faktische Beschränkungen des Verkehrsflusses umfasst. Aufgrund des Normierungszusammenhangs der Regelung ist jedoch davon auszugehen, dass das Verbot lediglich auf Massnahmen mit einem verkehrlichen Bezug Anwendung findet. Zudem muss es sich um eine Massnahme handeln, die von ihrer Intensität und Beschränkungswirkung her betrachtet einer Kontingentierung gleichkommt. Diese Signifikanzschwelle erreicht zum Beispiel das Nacht- und Sonntagsfahrverbot. Dementsprechend wurden diese Massnahmen als Ausnahme vom Einschränkungsverbot in Art. 15 sowie Anhang 6 LVA ausdrücklich anerkannt und gleichzeitig in ihrer zeitlichen Ausdehnung und ihren Modalitäten beschränkt. Analoges hat für faktische Einschränkungen der Kapazität durch Schaffung eines künstlichen Nadelöhrs zu gelten. Ebenso wenig wie es heute zulässig wäre, die Zufahrten zum Gotthard teilweise zu sperren, etwa um der Verlagerung von der Strasse auf die Schiene Vorschub zu leisten, dürfte es unter dem künftigen Verkehrsregime am Gotthardtunnel zulässig sein, die „künstliche“ Begrenzung auf zwei Spuren aufrechtzuerhalten. Dem liesse sich entgegen, dass die EU mit dem Landverkehrsabkommen den Gehalt des Alpenschutzartikels im Grundsatz anerkannt und somit eine Stabilisierung der Strassenkapazitäten auf dem damaligen Niveau akzeptiert habe. Allerdings wurde diese Anerkennung nicht formell im Abkommen verankert, so dass das Verbot der mengenmässigen Beschränkung soweit ersichtlich auch für später erstellte Strasseninfrastrukturkapazität gilt. Keine Verpflichtung besteht hingegen zur Schaffung von zusätzlichen Verkehrskapazitäten im Sinne einer positiven Leistungspflicht der Vertragsparteien⁴⁸.

An der Tatbestandmässigkeit vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass es sich vorliegend streng genommen nicht um die gemäss Abkommenswortlaut untersagte *Nichteinführung* einer mengenmässigen Beschränkung, sondern eher um eine *Nichtausweitung* der Verkehrskapazität handelt. Der Wortlaut der „Nichteinführung“ war gewählt worden, da im Abkommen selbst bis 2005 noch Kontingentierungen vorgesehen waren⁴⁹. Trotz dieser etwas gewundenen Formulierung zielt die Bestimmung eigentlich darauf ab, den freien Transport ohne mengenmässige Beschränkungen zu gewährleisten. Das *Nichtzurverfügungstellen* bestehender Kapazitäten kommt der Schaffung neuer Begrenzungen im Resultat gleich. Es ist folglich davon auszugehen, dass der Schweiz aus dem Landverkehrsabkommen die grundsätzliche Pflicht erwächst, bestehende Kapazitäten im Bedarfsfall tatsächlich freizugeben.

Das Verbot einseitiger mengenmässiger Beschränkungen gilt nicht absolut. Abweichungen sind möglich, soweit sie mit öffentlichen Interessen gerechtfertigt werden können und sich an den Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips halten. Eine solche Rechtfertigung liesse sich vorliegend in Grün-

lung in der EU und der Schweiz, Zürich/Genf/Basel 2012, 5 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Vorliegend ist der Regelungskontext gerade nicht deckungsgleich, da sich die Bestimmung im Landverkehrsabkommen ausschliesslich auf den Verkehrsbereich bezieht. Folglich kann die Auslegung von Art. 34 AEUV nicht unesehen übernommen werden.

⁴⁷ Laut Art. 8 Abs. 6 LVA sind ab dem 1. Januar 2005 Fahrzeuge, die den technischen Normen genügen, „gemäss Art. 32 von jeglicher Kontingentierung oder Genehmigungspflicht befreit“. Der Verweis auf Art. 32 deutet auf den inhaltlichen Nexus zwischen den Bestimmungen an, wobei das Verbot einseitiger mengenmässiger Beschränkungen weiter gefasst ist.

⁴⁸ Vgl. auch EPINEY/SOLLBERGER (FN 41), 536 f.

⁴⁹ Art. 8 und 40 LVA; vgl. auch SOLLBERGER (FN 41), 284.

den des Umweltschutzes und der Strassensicherheit erblicken. Eine Rechtfertigung gestützt auf Umweltschutzmotive scheint insofern nicht ausgeschlossen, als eine Erhöhung der Infrastrukturkapazitäten üblicherweise mit einer Zunahme des Verkehrsvolumens einhergeht. Im Grundsatz ist die Spurbegrenzung somit ein taugliches Mittel zur Gewährleistung des Umweltschutzes. Zweifelhaft ist jedoch die Erforderlichkeit der Massnahme, da sich weniger einschneidende Mittel wie etwa Emissionshöchstwerte für die zugelassenen Fahrzeuge oder ein Mautsystem für den Individualverkehr anbieten⁵⁰. Als weiteres Rechtfertigungsinteresse kann zum anderen die Strassensicherheit herangezogen werden. So lässt sich vertreten, die Spurbegrenzung diene dem Ziel der Verkehrssicherheit und gewährleiste somit einen sicheren Tunnelbetrieb. Wenn diese Begründung *prima facie* auch grundsätzlich tragfähig erscheinen mag, so wirft bereits die Geeignetheit der Massnahme Fragen auf: Zunächst enthalten weder das Unionsrecht noch das schweizerische Recht spezifische Vorgaben zur Einrichtung von Standstreifen in Strassentunnels⁵¹. Vielmehr ist der Verzicht auf Standstreifen in Tunnels gemäss Einschätzung des Bundesamtes für Strassen nicht unmittelbar sicherheitsrelevant⁵². Somit dürfte der Nachweis, dass die permanente Sperrung der jeweiligen Zweitspuren unter sämtlichen Verkehrsbedingungen in einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation zur Gewährleistung eines sicheren Tunnelbetriebs steht, wohl schwerlich zu erbringen sein. Dass der Einschränkung nicht primär Sicherheitserwägungen, sondern vielmehr Kapazitätsbeschränkungsmotive zugrunde liegen, zeigt sich sowohl an der Bezeichnung als auch der Ausgestaltung des Ausbaus als „Neubau ohne Kapazitätserweiterung“⁵³, wie sie zur Einhaltung des Alpenschutzartikels eben erforderlich ist.

⁵⁰ Der EuGH hat jüngst ein sektorales Fahrverbot auf einem Abschnitt der Brennerstrecke in Österreich als Verstoss gegen den freien Warenverkehr qualifiziert, mit der Begründung, es sei nicht ausreichend dargetan worden, dass alternative und weniger einschneidende Massnahmen wie eine generelle Geschwindigkeitsbeschränkung oder ein Fahrverbot für Lastwagen bestimmter Emissionsklassen zum Ziel des Umweltschutzes nicht ebenso wirksam hätten beitragen können: EuGH, Rs. C-28/09 (Kommission/Österreich), Urteil vom 21.12.2011 (sektorales Fahrverbot II), insb. Rz. 143 ff.; vgl. auch bereits EuGH, Rs. C-320/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-9871, Rz. 89 ff.

⁵¹ So schreibt das Unionsrecht für Tunnel ohne Standstreifen in RL 2004/54/EG über Mindestanforderungen an die Sicherheit von Tunneln im transeuropäischen Straßennetz im Grundsatz lediglich die Erstellung von Notgehwegen sowie Nothalte- bzw. Pannengebühren vor (Punkte 2.31/2.32 sowie 2.5 von Anhang I). In der Schweiz enthält Art. 50 Nationalstrassenverordnung (NSV; SR 725.111) die Grundlage zum Erlass von Weisungen zur Tunnelsicherheit durch das Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) und macht hierfür die ergänzende Vorgabe, die Massgaben des Unionsrechts einzuhalten. Die einschlägigen Weisungen des UVEK zu Sicherheitsanforderungen an Tunnel im Nationalstrassennetz, Version 1.01 vom 1. August 2010 enthalten zur Anlage von Spuren lediglich die Vorgabe, bei bestehenden längeren Tunneln mit Gegenverkehr und ohne Standstreifen den Bau von Ausstellbuchten zu prüfen (Punkt 5.3.2). Zudem finden gestützt auf einen Verweis in den Weisungen des UVEK (Punkt 5.3 i.V.m. Anhang) auch die SIA Normen 197 (Projektierung Tunnel – Grundlagen) sowie 197/2 (Projektierung Tunnel – Strassentunnel) Anwendung.

⁵² So die Einschätzung des Bundesamtes für Strassen: Astra, Richtlinie zur Umnutzung von Standstreifen zu Fahrstreifen, Version 2007, 8. Auszuschliessen wäre auch, dass gerade unter hoher Verkehrsbelastung ein geregelter Betrieb auf zwei Spuren pro Richtung (im Rahmen eines Tropfenzählersystems beispielsweise) nicht sogar als sicherer einzustufen ist als der einspurige Betrieb. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang zudem, dass das Bundesamt für Strassen gegenwärtig laufende Versuche zur Nutzung von Standstreifen als Fahrstreifen mit dem Sicherheitsmotiv der Homogenisierung des Verkehrsablaufes begründet: Astra, Richtlinie zur Umnutzung von Standstreifen zu Fahrstreifen, Version 2007, 8.

⁵³ Vgl. Medienmitteilung vom 27.6.2012 < <http://www.astra.admin.ch/dokumentation/00109/00113/00491/index.html?lang=de&msg-id=45155>>, zuletzt besucht am 31.7.2012 sowie Schlussbericht PPP Lösung (FN 18), 31 ff.

Prüfungswert ist darüber hinaus die Vereinbarkeit der Begrenzung bestehender Verkehrskapazitäten mit dem Verbot direkter und indirekter Diskriminierung (Art. 1 Abs. 3 sowie Art. 32 erster Spiegelstrich LVA). Sofern an anderen Kapazitätsengpässen nicht ähnlich drastische Begrenzungsmaßnahmen ergriffen werden, kann zulässigerweise die Frage aufgeworfen werden, ob die Kapazitätsbegrenzung des zu einem grossen Anteil von ausländischen Verkehrsteilnehmern befahrenen Gotthards nicht eine indirekte Diskriminierung darstellt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass zwischen der Begründung der Spurenbeschränkung vor dem Hintergrund des Verfassungsrechts (Kapazitätsbeschränkung) und den Vorgaben des bilateralen Rechts (Gewährleistung des freien Verkehrs) ein Widerspruch besteht, der sich soweit ersichtlich durch eine völkerrechtskonforme Auslegung des Landesrechts nicht beseitigen lässt⁵⁴. Wird diese Kollision durch den Bau eines zweiten Strassentunnels realisiert, stellt sich womöglich die Entscheidung, ob gegen die Vorgaben des Alpenschutzartikels verstossen oder eine Verletzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen in Kauf genommen wird. Ohne dass die – gegenwärtig hypothetische – Frage nach dem Vorrang zwischen völker- oder verfassungsrechtlichem Gebot vorliegend abschliessend zu klären wäre, zeigt sich jedenfalls im Grundsatz, dass sich dem Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV hierzu keine eindeutigen Schlüsse entnehmen lassen, da die Bestimmung zwar das Völkerrecht für massgebend erklärt, die Verankerung des Gebots in der Verfassung jedoch gleichzeitig deren Geltungsanspruch betont, ohne dass die Vorrangfrage ausdrücklich geregelt würde. *De lege ferenda* erscheint es jedenfalls angezeigt, das Potential einer Normkollision durch Anpassung von Verfassung oder Landverkehrsabkommen zu entschärfen, bevor mit dem Bau einer zweiten Strassentunnelröhre begonnen wird.

III. Gebührenbasierte Finanzierung des Tunnels

A. Generelles

Ein neuer Gotthardstrassentunnel wäre Teil des Nationalstrassennetzes. Nachdem Art. 83 Abs. 3 BV festhält, dass der Bund die Kosten für den Bau, Betrieb und Unterhalt von Nationalstrassen zu tragen hat, muss dieser die Finanzierung eines neuen Tunnels übernehmen⁵⁵. Gemäss dem Vorschlag des Bundesrates soll der neue Tunnel über die Spezialfinanzierung Strassenbau bestritten werden, die aus den zweckgebundenen Mitteln der Mineralölsteuer⁵⁶, dem Zuschlag zur Mineralölsteuer⁵⁷ sowie

⁵⁴ Vgl. hierzu allgemein ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Nr. 162; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. A., Bern 2011, 168 f.

⁵⁵ Für die Fertigstellung des ursprünglich geplanten Nationalstrassennetzes gemäss dem Bundesbeschluss vom 21. Juni 1960 über das Nationalstrassennetz (SR 725.113.11) ist hingegen eine geteilte Kostentragung von Bund und Kantonen vorgesehen: Art. 197 Ziff. 3 BV als Übergangsbestimmung zum neuen Finanzausgleich (BBl 2002, 2292, 2422 ff.; BBl 2003, 6591, 6594). Die entsprechenden Strecken sind in Anhang 1 zur Nationalstrassenverordnung einzeln aufgeführt.

⁵⁶ Art. 86 Abs. 2 und Art. 131 Abs. 1 lit. e BV bilden die doppelte Kompetenzgrundlage für die Erhebung der Mineralölsteuer. Gemäss Art. 86 Abs. 3 BV unterliegt die Hälfte der Steuer der Zweckbindung für Aufgaben und Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Strassenverkehr.

⁵⁷ Art. 86 Abs. 4 sowie Art. 131 Abs. 2 BV, wobei sich die Zweckbindung auch auf die Zuschläge zur Mineralölsteuer bezieht: Botschaft zur neuen Bundesverfassung: BBl 1997 I 1, 266; vgl. auch URS R. BEHNISCH, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 86 N 7; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 86 N 6.

der Nationalstrassenabgabe gespeist wird⁵⁸. Als Alternative zur Finanzierung aus den allgemeinen Strassenmitteln wäre grundsätzlich auch eine Finanzierung über den Infrastrukturfonds des Bundes denkbar, was eine Qualifikation des bestehenden Gotthardstrassentunnels als Engpass voraussetzt⁵⁹. Hierfür wäre das Projekt vom Bundesrat gemäss Art. 6 Abs. 2 und 3 Infrastrukturfondsgesetz in das vierjährlich zu erarbeitende Programm zur Beseitigung von Engpässen im Nationalstrassennetz aufzunehmen und der Bundesversammlung zur Genehmigung zu unterbreiten⁶⁰. Nachdem der Bundesrat bereits im Hinblick auf das Programm zur Beseitigung von Engpässen im Nationalstrassennetz auf die sich abzeichnende Unterdeckung in der Spezialfinanzierung Strassenbau hingewiesen⁶¹ und diese düstere Finanzierungsprognose jüngst erneuert hat⁶², dürfte mit einem allfälligen Bauentscheid die Zurückstellung anderer Projekte oder die Erschliessung zusätzlicher Finanzierungsquellen zum Thema werden⁶³. Soll eine zusätzliche Inanspruchnahme der knappen Strassenmittel vermieden oder jedenfalls reduziert werden, so könnte als alternatives Vorgehen – wie in der jüngsten Diskussion verschiedentlich vorgebracht – auch eine Finanzierung des Bauwerks über Benutzungsgebühren ins Auge gefasst werden.

B. Grundsatz der Gebührenfreiheit und Ausnahmen

Art. 82 Abs. 3 BV regelt den Grundsatz der Gebührenfreiheit für die Benutzung öffentlicher Strassen⁶⁴. Die Bestimmung verfolgt den Zweck, eine fiskalische Belastung des Strassenverkehrs und somit des freien Gütertransportes und der Mobilität auszuschliessen⁶⁵. Ausnahmen von der gebührenfreien Benutzung der öffentlichen Strassen finden sich mit der Schwerverkehrsabgabe (Art. 85 sowie Art. 196 Ziff. 2 BV) und der Nationalstrassenabgabe (Art. 86 Abs. 2 BV) teilweise bereits auf Verfassungs-

⁵⁸ Für Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Strassenverkehr steht der Reinertrag der Abgabe (Art. 86 Abs. 3 BV sowie Art. 10 Bundesgesetz über die Abgabe für die Benützung von Nationalstrassen [NSAG; SR 741.71] mit Verweis auf das MinVG) zur Verfügung.

⁵⁹ Dazu muss es sich um einen Netzabschnitt handeln, dessen Überlastung die Funktionsfähigkeit des Gesamtnetzes nachhaltig beeinträchtigt: Art. 6 Abs. 1 Bundesgesetz über den Infrastrukturfonds für den Agglomerationsverkehr, das Nationalstrassennetz sowie Hauptstrassen in Berggebieten und Randregionen (IFG; SR 725.13).

⁶⁰ Vgl. zum Ganzen TOBIAS JAAG/ANDREAS LIENHARD/PIERRE TSCHANNEN, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 7. Aufl., Basel 2009, 119; zum Finanzierungsmechanismus des Infrastrukturfondsgesetzes vgl. ISABELLE HÄNER, *Strassenrecht*, in: Georg Müller (Hrsg.), *Verkehrsrecht*, Basel 2008, 226 f.

⁶¹ BBl 2009 8387, 8423 ff.

⁶² Botschaft zur Anpassung des Bundesbeschlusses über das Nationalstrassennetz und zu deren Finanzierung, BBl 2012 745, 763 ff.

⁶³ Bereits in Diskussion ist die Erhöhung der Nationalstrassengebühr (sogenannte „Autobahnvignette“ von 40 auf 100 Franken, gemäss Vorschlag des Bundesrates). Mittelfristig wird wohl zudem die Erhöhung des Mineralölsteuerezuschlages in Betracht zu ziehen sein: BBl 2012 745, 767.

⁶⁴ Die Bestimmung geht in ihrer ursprünglichen Formulierung von Art. 37 Abs. 2 aBV zurück auf die Verfassungsänderung vom 6. Juli 1958, welche auch den Nationalstrassenartikel sowie den damaligen Treibstoffzollartikel in die Bundesverfassung einführte (BBl 1957 II 817). Damit wurde die Rechtslage, wie sie seit der Aufhebung der Weg- und Brückengelder durch die Bundesverfassung von 1874 galt, ausdrücklich in der Verfassung verankert, während zuvor auf Art. 30 Abs. 2 aBV abgestellt worden war, worin der Wegfall der den Kantonen bezahlten Entschädigungen für die losgekauften Weg- und Brückengelder festgehalten war. Vgl. hierzu auch ALBERT RAMSEYER, *Historische Entwicklung und aktuelle Lage des Rechts der Strassengebühren*, ZBl 1993, 302.

⁶⁵ Vgl. BGE 89 I 533, 538.

ebene⁶⁶. Zudem unterstellt Art. 82 Abs. 3 BV Strassengebühren einem Bewilligungsvorbehalt, indem der Bundesversammlung die Kompetenz eingeräumt wird, Ausnahmen von der Gebührenfreiheit zu genehmigen. Der Ausnahmecharakter der Bestimmung hat gemäss der herrschenden Lehre die Konsequenz, dass lediglich die Benutzung bestimmter Bauwerke oder Strassenabschnitte, nicht aber ganzer Strassenkategorien oder des Strassennetzes ganzer Städte oder Regionen mit einer Strassenabgabe belegt werden können⁶⁷. Weitere Kriterien für die Ausnahmegewährung sind der Bundesversammlung nicht vorgegeben und liegen demzufolge grundsätzlich im Ermessen des Parlaments⁶⁸. Von der Möglichkeit zur Abweichung vom Grundsatz der Gebührenfreiheit wurde bislang einzig für den Strassentunnel unter dem Grosse St. Bernhard Gebrauch gemacht⁶⁹. Wie dort handelt es sich bei der vorliegend angestrebten Abgabe um eine spezifische, zur Benutzung eines bestimmten Bauwerks zu erhebende Gebühr, womit dem Ausnahmecharakter der Bewilligung ausreichend Rechnung getragen wird. Die Bewilligung würde in der Form eines einfachen, nicht referendumspflichtigen Bundesbeschlusses gemäss Art. 163 Abs. 2 BV ergehen⁷⁰. Gemäss den Vorgaben des Legalitätsprinzips ist für die eigentliche Gebühr darüber hinaus eine formelle gesetzliche Grundlage erforderlich⁷¹. Da die Tunnelgebühr als Kausalabgabe zu qualifizieren ist, darf die Bemessung der eigentlichen Abgabenhöhe auch auf Verordnungsstufe erfolgen, während die Bemessungsgrundsätze im Gesetz festzuschreiben sind. Zudem ist bei der Bemessung grundsätzlich das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip zu berücksichtigen⁷². Würde der Bau der zweiten Tunnelröhre wie teilweise vorgeschlagen

⁶⁶ ERNST HÖHN/KLAUS A. VALLENDER, Kommentar aBV, Art. 36^{quinquies} N 7 qualifizieren die Nationalstrassenabgabe als Steuer und erblicken darin keine Abweichung vom Prinzip der Gebührenfreiheit; zum Ganzen vgl. auch RENÉ SCHAFFHAUSER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 82 N 15.

⁶⁷ BIAGGINI (FN 57), Art. 82 N 10; so im Resultat auch MARTIN LENDI, Kommentar aBV, Art. 37 N 23; im Entwurf der neuen Bundesverfassung hatte der Bundesrat auf eine Streichung der Gebührenfreiheit, wie sie in der Vernehmlassungsvorlage noch in Erwägung gezogen worden war, verzichtet und scheint implizit davon auszugehen, dass die Einführung eines Roadpricingsystems eine Verfassungsänderung voraussetzt: BBl 1997 I 1, 261. So auch ausdrücklich der Bericht des Bundesrates vom 16. März 2007 zur möglichen Einführung des Roadpricing in der Schweiz, 67 mit Verweis auf die Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz. Diese Ansicht ist jedenfalls insoweit zutreffend, als durch die Gewährung einer Ausnahme nicht die Gebührenfreiheit als Grundsatz ausgehöhlt werden darf. Ob dies bereits mit der Einführung eines Roadpricingsystems in einzelnen Städten der Fall ist, erscheint jedenfalls begründungsbedürftig.

⁶⁸ Lediglich als Anhaltspunkt kann deshalb der vom Bundesamt für Justiz vorgeschlagene Kriterienkatalog dienen, wonach zur Gebührenerhebung vorausgesetzt wird, dass es sich um ein spezifisches Bauwerk handelt, das fast nur über Gebühren finanziert werden kann; das Fahrziel auch gebührenfrei erreichbar ist; die Infrastrukturbenutzung einen wesentlichen Zeitgewinn bietet und zum Genehmigungszeitpunkt ein ausreichend ausgearbeitetes Projekt vorgelegt wird: Arbeitsbericht des Bundesamtes für Justiz vom Mai 1996 zur Botschaft „Traversée de la Rade“ und „Schanzentunnel“, publiziert als Anhang 1 zum Bericht des Bundesrates vom 16. März 2007 zur möglichen Einführung des Roadpricing in der Schweiz, 77.

⁶⁹ Art. 2 Bundesbeschluss vom 17.12.1958 betreffend die Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Italien über Bau und Betrieb eines Strassentunnels unter dem Grosse St. Bernhard (SR 725.151).

⁷⁰ Vgl. auch MARTIN LENDI, Kommentar aBV, Art. 37 N 23; BIAGGINI (FN 57), Art. 82 N 9; JEAN-FRANÇOIS AUBERT, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), Petit Commentaire de la Constitution fédérale, Zürich 2003, Art. 82 N 12.

⁷¹ Art. 161 Abs. 1 lit. d BV; BIAGGINI (FN 57), Art. 82 N 9; a.A., aber mit der Forderung nach einem referendumspflichtigen Erlass für die Abgabenerhebung, der durch eine separate Abgabengrundlage Genüge getan wird: AUBERT (FN 70), Art. 82 N 12.

⁷² Grundsätzlich ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, N 2703 ff.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, Genf/Zürich/Basel 2011, Nr. 249 u.

privat finanziert⁷³ und im Rahmen einer Konzession betrieben, so bleiben die Anforderungen an die gesetzesmässige Abstützung und die Bemessung der Gebühr jedenfalls im Grundsatz bestehen, da die Auslagerung nicht dazu führen darf, die verfassungsmässigen Vorgaben auszuhöhlen⁷⁴. Demzufolge wären jedenfalls der Kreis der gebührenpflichtigen Personen, der Gegenstand der Abgabe sowie die Bemessungsgrundsätze auf Gesetzesebene zu verankern, auf deren Grundlage und in deren Rahmen die Konzessionsvergabe erfolgen könnte.

C. Gebühren im Güterverkehr insbesondere

Mit der Schwerverkehrsabgabe kennt die Schweiz bereits heute ein Roadpricingsystem für den Strassengüterverkehr. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage findet die Abgabe in Art. 85 BV. Das Regime der Gebührenerhebung wird durch das Schwerverkehrsabgabegesetz und die dazugehörige Verordnung fixiert⁷⁵. Daneben enthält auch das bilaterale Recht Vorgaben für die Gebührenerhebung im Schwerverkehr: Das Landverkehrsabkommen setzt eine Obergrenze für den gewichteten Gebührendurchschnitt in der Höhe von 325 CHF sowie eine Höchstgrenze von 380 CHF für Lastwagen mit dem höchsten Verschmutzungsgrad (Art. 40 Abs. 4 LVA) fest⁷⁶. Dieser Rahmen wird mit den aktuellen Gebührensätzen nicht vollständig ausgeschöpft, was auf die verzögerte Erhöhung der Gebühren sowie auf die laufende Erneuerung der Fahrzeugflotte hin zu günstigeren Gebührenkategorien zurückzuführen ist⁷⁷. Innerhalb der vorgesehenen Gebührehöchstgrenze lässt das Landverkehrsabkommen die Erhebung von Mauten für die Benutzung alpiner Infrastrukturen zu, begrenzt deren Höhe jedoch auf 15% des Gebührenrahmens (Art. 40 Abs. 5 LVA)⁷⁸. Somit ist einerseits der Spielraum zur Erhebung einer Tunnelmaut relativ eng begrenzt und andererseits hätte die Einführung dieses Finanzierungsmodus einen Rückgang der LSVA-Einnahmen zur Konsequenz, da die Maximalsätze somit lediglich im alpenquerenden Verkehr über den Gotthard erhoben werden könnten (Kombination von or-

484; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, 552 ff.

⁷³ Vgl. hierzu namentlich den Vorschlag im Schlussbericht PPP Lösung (FN 18), passim.

⁷⁴ In dieser Hinsicht vermag der einfache Verweis auf die Konzession für die Bemessung der Tunnelgebühr am Grosse St. Bernhard den Anforderungen des Legalitätsprinzips nicht zu genügen: Art. 2 Bundesbeschluss vom 17.12.1958 (SR 725.151); vgl. hierzu auch die Regelung des Konzessionsrahmens in Art. 2 ff. Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über den Bau und den Betrieb eines Strassentunnels unter dem Grosse St. Bernhard (SR 0.725.151). Gemäss Botschaft wurde die Fixierung eines Höchstbetrages in Erwägung gezogen, letztlich aber verworfen, da die Gebühren erstens nicht von der Betreibergesellschaft, sondern von den kantonalen Behörden festgelegt werden und dem Bund zweitens darüber hinaus weitere Einflussmöglichkeiten zukommen: BBl 1958 II 1005, 1010.

⁷⁵ Art. 6 ff. Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (SR 641.81; SVAG) sowie Art. 13 f. Verordnung über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe (SR 641.811; SVAV).

⁷⁶ Der Betrag von 325 CHF bezieht sich dabei auf einen (nach Volumina der entsprechenden Gebührenkategorien) gewichteten Durchschnitt der Gebühren für ein Fahrzeug mit 40 Tonnen auf einer alpenquerenden Strecke von 300 km (Art. 40 Abs. 4 LVA).

⁷⁷ Der tatsächlich erhobene Durchschnittsbetrag ist in den vergangenen Jahren kontinuierlich gesunken und belief sich 2011 auf 288 CHF: Bericht des Bundesrates über die Verkehrsverlagerung – Verlagerungsbericht Juli 2009 – Juni 2011, Bern 2011, 123 f. Im Zuge der Debatte um die Erreichung des Verlagerungsziels hat der Bundesrat nun allerdings die Absicht bekundet, diesen Spielraum entweder über eine Erhöhung der LSVA oder durch Einführung einer Maut (Alpentransitabgabe) auszuschöpfen: Verlagerungsbericht 2011, 124 ff.; vgl. auch das entsprechende Votum der Departementsvorsteherin UVEK im Nationalrat, AB 2012 N 1053.

⁷⁸ Die Höchstgrenze für die Maut liegt somit bei 48.50 CHF (gewichteter Durchschnitt über alle Fahrzeugkategorien) bzw. 57 CHF (Fahrzeugkategorie mit dem höchsten Verschmutzungsgrad).

entlichen Gebühren und Tunnelmaut). Zudem würde die Mittelherhebung für die heutigen Verwendungszwecke teilweise verdrängt⁷⁹. Dieses Gebührenkorsett des Landverkehrsabkommens hat zur Konsequenz, dass der Schwerverkehrsanteil der Tunnelfinanzierung jedenfalls zum Teil vom Staat übernommen werden müsste. Im Falle einer privaten Finanzierung des Tunnels liesse sich dies beispielsweise über eine Schattenmaut umsetzen, welche der Staat den privaten Infrastrukturbetreibern pro Lastwagendurchfahrt entrichtet⁸⁰. Soll hingegen die Finanzierung vollumfänglich über Benutzungsgebühren sichergestellt werden, ist eine Anpassung des Gebührenrahmens des Landverkehrsabkommens anzustreben. Dazu kann der im Abkommen vorgesehene Weg beschritten werden, die Gebührenhöchstsätze gestützt auf einen einvernehmlich zu fällenden Beschluss des Gemischten Ausschusses zu erhöhen (Art. 42 Abs. 2 LVA). Als Entscheidungskriterien hierfür nennt das Abkommen die Gebührenhöhe auf vergleichbaren alpenquerenden Strecken, die Verkehrsaufteilung zwischen den unterschiedlichen Strecken sowie die Entwicklung des Modal Splits und der Eisenbahninfrastruktur im Alpenraum. Massgeblich ist demzufolge, ob die angestrebte Verlagerungswirkung mit ausreichendem Ausbaustandard der Eisenbahninfrastruktur erreicht werden konnte (Kriterien Modal Split und Ausbaustandard) sowie ob die Gebührenerhöhung eine Verzerrung des Verkehrsflusses bewirken könnte (Kriterien Vergleichbarkeit der Gebühren und Verkehrsaufteilung). Da die Gebührenregelung das Ziel zu verfolgen hat, „den Strassenfahrzeugen und anderen Verkehrsträgern die von ihnen verursachten Kosten anzulasten“ (Art. 37 LVA), ist darüber hinaus auch das Kriterium der Kostentwahrheit und somit der Anlastung von Infrastrukturkosten in die Entscheidung einzubeziehen. Angesichts dieser Massgaben ist eine Erhöhung des Gebührenrahmens zwar wegen der auf alternativen Routen tieferen Gebühren und des entsprechend höheren Verkehrsaufkommens nicht zwingend geboten, erscheint jedoch aufgrund der zusätzlichen strassenseitigen Infrastrukturkosten und der nicht vollständig ausgelasteten Bahnkapazitäten durchaus begründbar.

Eine weitere Schranke erwächst zusätzlichen Strassengebühren aus dem Kostendeckungsprinzip. Nachdem bereits die Kompetenzgrundlage der Schwerverkehrsabgabe in Art. 85 Abs. 1 BV zur Abgabenerhebung voraussetzt, dass der Schwerverkehr der Allgemeinheit ungedeckte Kosten verursacht, statuiert Art. 7 SVAG ausdrücklich das Kostendeckungsprinzip, wonach die Abgabe die Summe von ungedeckten Wegekosten und Kosten zulasten der Allgemeinheit nicht übersteigen darf. Da der Güterverkehr auf der Strasse seine Infrastrukturkosten und externen Kosten annähernd deckt, ist der Spielraum für zusätzliche Gebühren auch in dieser Hinsicht begrenzt⁸¹. Immerhin würde der Bau einer zusätzlichen Tunnelröhre am Gotthard bei unveränderten anderweitigen Ausgaben die Aufwand-

⁷⁹ Heute kommen die Erträge der LSVA zu 1/3 den Kantonen und zu 2/3 dem Bund zu, wobei der Bundesrat diese Mittel zur Finanzierung der Eisenbahngrossprojekte verwenden kann (Art. 196 Ziff. 3 Abs. 2 BV). Mit der Vorlage zu Finanzierung und Ausbau der Bahninfrastruktur (Fabi) sollen die Bundesmittel gemäss Vorschlag des Bundesrates künftig in einen permanenten Bahninfrastrukturfonds fliessen: Art. 87a Abs. 2 lit. a E-BV, BBl 2011 1577, 1759.

⁸⁰ Vgl. hierzu Schlussbericht PPP Lösung (FN 18), 34 u. 41.

⁸¹ Die Kategorien Car, Lieferwagen, Lastwagen erreichten einschliesslich der Infrastrukturkosten einen Kostendeckungsgrad von 96.8%, 93.8% bzw. 98.8%: Transportrechnung 2005, Neuenburg 2009, 22. Im Urteil A-5550/2008 vom 21. Oktober 2009 hat das Bundesverwaltungsgericht die Berechnung der externen Kosten im Hinblick auf die Staukosten allerdings beanstandet und entschieden, die Staukosten seien als interne (da vom Verkehr gegenüber dem Verkehr verursachte) Kosten zu qualifizieren und auszuklammern, womit in der Kostendeckungsrechnung des Schwerverkehrs für das Jahr 2009 ein Ertragsüberschuss in der Höhe von 185 Mio. CHF resultiert hätte (E. 9.2.1). Das Bundesgericht hat diesen Entscheid korrigiert und angeordnet, jene Staukosten anzurechnen, die der Schwerverkehr als Verkehrskategorie den übrigen Verkehrsteilnehmern verursacht: BGE 136 II 337, 352 f.

seite der Strassenrechnung belasten, so dass eine kompensierende Gebührenerhebung auch im Lichte des Kostendeckungsprinzips im Grundsatz möglich sein dürfte, im Einzelnen aber der Kostenkalkulation des Schwerverkehrs zu unterwerfen ist.

IV. Fazit

Die vorgeschlagene Erstellung einer zweiten Strassentunnelröhre durch den Gotthard mit dem Ziel, verkehrskapazitätsmässige Redundanzen zu schaffen und damit etwa die Sanierung der bestehenden Tunnelröhre ohne Sperrung zu bewältigen, birgt rechtlich in mehrerer Hinsicht Spannungspotential. Zwischen dem Bestreben, eine Kapazitätserweiterung zu vermeiden, um damit den Vorgaben des Alpenschutzartikels zu entsprechen, und jenem, die Bestimmungen des Landverkehrsabkommens einzuhalten und dazu auf mengenmässige Einschränkungen zu verzichten, besteht kaum Handlungsraum. Dies gilt umso mehr, als je nach faktischen Auswirkungen bereits die Erweiterung um eine zweite Tunnelröhre zum Betrieb des Tunnels auf je einer richtungsgetrenten Spur wohl im Resultat eine Kapazitätserweiterung darstellt. Dieser enge Rahmen steht dem geplanten Tunnelbau somit im Weg und bedingt Rechtsanpassungen, bevor am Gotthard die Baumaschinen auffahren können.