

# **Rechtsgutachten**

**betreffend verschiedene Fragen  
im Zusammenhang mit der geplanten Errichtung  
des Fernpassscheiteltunnels**

erstattet von

*Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl*

Universität Innsbruck  
Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre

Innsbruck, Juni 2018

## Inhaltsverzeichnis

<b>I. Ausgangslage und Fragestellung</b>	
<b>A. Ausgangslage</b>	<b>4</b>
1. Die Fernpassstraße	4
2. Lkw-Fahrverbot	4
3. Geplante Untertunnelung eines Teils der Strecke (Fernpassscheiteltunnel)	5
<b>B. Fragestellung</b>	<b>6</b>
<b>II. Frage 1</b>	
<b>A. Die einfachgesetzliche Grundlage für Fahrverbote</b>	<b>6</b>
1. Fahrverbot zum Schutz vor Gefahren des Straßenverkehrs (§ 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO)	6
a. Grundsätzliches	6
b. Strenge Voraussetzungen: Ziel – Mittel – Erforderlichkeit	7
2. Fahrverbot zum Schutz der Bevölkerung oder der Umwelt (§ 43 Abs 2 lit a StVO)	9
<b>B. Der Bedarf an einem Lkw-Fahrverbot im Falle der Realisierung des Scheiteltunnels –     Beantwortung der Frage 1</b>	<b>10</b>
1. Verkehrliche Befunderhebung	10
2. Rechtliche Beurteilung	11
3. Beantwortung der Frage 1	12
<b>III. Frage 2</b>	
<b>A. Das Lkw-Fahrverbot aus verfassungsrechtlicher Sicht</b>	<b>12</b>
1. Gleichheitssatz	12
2. Kein Eingriff in die Erwerbsfreiheit, die Unverletzlichkeit des Eigentums, die Garantie der Freizügigkeit der Person und des Vermögens sowie das Gebot der Wirtschaftsgebietseinheit	13
<b>B. Das Lkw-Fahrverbot aus unionsrechtlicher Sicht</b>	<b>14</b>
<b>C. Beantwortung der Frage 2</b>	<b>15</b>
<b>IV. Frage 3</b>	
<b>A. Alpenkonvention und Verkehrsprotokoll</b>	<b>16</b>
1. Die Alpenkonvention als Rahmenvertrag	16
2. Das Verkehrsprotokoll als Konkretisierung der Alpenkonvention	16
3. Die Auslegung von Alpenkonvention und Verkehrsprotokoll	17
4. Art 11 VP als maßgebliche Norm des Verkehrsprotokolls	18
5. Die Anwendung und Wirkung des Verkehrsprotokolls und seines Art 11 in nationalen Verfahren	19
<b>B. Der Verzicht nach Art 11 Abs 1 VP und die Errichtung des     Scheiteltunnels</b>	<b>22</b>
1. Verzicht auf den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr	22
a. Hochrangige Straßen	22
aa. Die Fernpassstraße als derzeit nicht- hochrangige Straße	22
bb. Nicht-Hochrangigkeit auch nach der Errichtung des Scheiteltunnels	25
cc. Gesamthafte Betrachtung der Fernpassstraße über die Jahre	26
b. Alpenquerender Verkehr	26
c. Bau neuer Straßen	27

<i>d. Ergebnis: Der Fernpassscheiteltunnel im Lichte des Verzichts nach Art 11 Abs 1 VP</i> .....	29
<b>C. Die Beschränkungen des Art 11 Abs 2 VP und die Errichtung des Scheiteltunnels</b> .....	<b>29</b>
1. Hochrangiges Straßenprojekt für den inneralpinen Verkehr.....	29
2. Voraussetzungen.....	30
<i>a. Vorsorge- und Ausgleichsmaßnahmen</i> .....	30
<i>b. Bessere Auslastung bestehender Verkehrsverbindungen</i> .....	31
<i>c. Zweckmäßigkeitprüfung</i> .....	32
<i>d. Übereinstimmung mit der Raumordnung</i> .....	33
3. Ergebnis: Der Fernpassscheiteltunnel im Lichte der Beschränkungen des Art 11 Abs 2 VP .....	33
<b>D. Beantwortung der Frage 3</b> .....	<b>34</b>
<b>V. Ergebnisse</b>	
<b>Ergebnisse</b> .....	<b>35</b>

# I. Ausgangslage und Fragestellung

## A. Ausgangslage

### 1. Die Fernpassstraße

Die Fernpassstraße (B 179) ist eine Landesstraße und führt über gebirgiges Terrain über eine Länge von knapp 75 km. Sie beginnt am Grenztunnel Füssen und verläuft durch den Lermooser Tunnel über den Fernpass bis nach Nassereith. Die Fernpassstraße gilt als wichtiger Teil der Verkehrsverbindung von Deutschland nach Italien.

### 2. Lkw-Fahrverbot

Auf der Fernpassstraße besteht seit etlichen Jahren ein Fahrverbot für Lastkraftwagen mit einem höchstzulässigen Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t. Das Fahrverbot aus dem Jahr 1989, LGBl 72, wurde in seiner Fassung LGBl 2001/20 vom VfGH<sup>1</sup> im Jahr 2009 zur Gänze aufgehoben. Grund hierfür war, dass die Ausnahmebestimmungen in § 2 der Fahrverbotsverordnung zu weit und insofern diskriminierend gefasst waren, als neben Fahrten, die in den dort genannten Gebieten be- und entladen wurden, auch solche Lkw ausgenommen waren, die ihren „dauernden Standort“ in den entsprechenden Gemeinden hatten. Diese konnten die Strecke also auch zu Transitfahrten nutzen, was Lkw versagt war, die ihren Standort in anderen Gebieten des Bundesgebiets hatten. Wichtig ist, an dieser Stelle festzuhalten, dass der VfGH nichts am Fahrverbot als solchem, sondern nur etwas an der – unsachlich abgegrenzten – Ausnahmebestimmung auszusetzen hatte.

In der Folge wurde mit Wirkung vom 1.10.2010, LGBl 2009/95, das heute geltende Fahrverbot für die Fernpassstraße für Lkw über 7,5 t erlassen. Bis auf eine sachgerechte Abgrenzung der Ausnahmen vom Fahrverbot änderte sich nichts. Das Verbot wurde auf Basis des § 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO<sup>2</sup> erlassen und gilt von Straßenkilometer 0 bei der Kreuzung mit der B 189 bei Nassereith bis Kilometer 47,957 in der Stadtgemeinde Vils.

Das Fahrverbot lautet:

*„Aufgrund des § 43 Abs. 1 lit. b Z. 1 der Straßenverkehrsordnung 1960, BGBl. Nr. 159, zuletzt geändert durch das Gesetz BGBl. I Nr. 93/2009, wird verordnet:*

#### **§ 1**

*Auf der B 179 Fernpass-Straße zwischen Straßenkilometer 0,00 in der Gemeinde Nassereith und Straßenkilometer 47,957 in der Stadtgemeinde Vils ist das Fahren mit Lastkraftfahrzeugen mit einem höchsten zulässigen Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t verboten.*

<sup>1</sup> VfSlg 18.839/2009. Vgl auch VfGH 3.10.1994, V 5/94.

<sup>2</sup> BGBl 1960/159 idF BGBl I 2018/29.

## § 2

Vom Verbot nach § 1 sind ausgenommen:

- a) Fahrten mit Fahrzeugen des Straßendienstes, des Bundesheeres, des Pannenhilfsdienstes, des Abschleppdienstes sowie des öffentlichen Sicherheitsdienstes, Fahrten mit Fahrzeugen, die dem Einsatz in Katastrophenfällen oder unaufschiebbaren Reparaturen an Energieversorgungsanlagen dienen, sowie Fahrten mit Schulfahrzeugen im Rahmen der Ausbildung und Prüfung von Bewerbern um eine Lenkberechtigung;
- b) Fahrten im Ziel- oder Quellverkehr betreffend die Gebiete der Bezirke Imst, Innsbruck-Land, Innsbruck-Stadt, Landeck, Reutte; der Landkreise Biberach, Garmisch-Partenkirchen, Lindau, Oberallgäu, Ostallgäu, Ravensburg, Unterallgäu, Weilheim-Schongau; der Städte Kaufbeuren, Kempten, Memmingen; der Gemeinde Samnaun; der Bezirks- und Talgemeinschaften Burggrafenamt, Vinschgau.

## § 3

Diese Verordnung tritt mit 1. Jänner 2010 in Kraft.“

### 3. Geplante Untertunnelung eines Teils der Strecke (Fernpassscheiteltunnel)

Das Land Tirol plant nun im Dienste der Verkehrssicherheit und zur besseren verkehrlichen Anbindung des Außerfern an den Zentralraum Innsbruck, eine besonders kurven- und im Winter schneereiche Strecke der Fernpassstraße (von Kilometer 7,5 bis 13,5) durch den Fernpassscheiteltunnel zu „entschärfen“. Der Tunnel soll insgesamt gut einen Kilometer lang sein und unter dem Fernpass verlaufen.



## B. Fragestellung

Es wurden folgende Gutachtensfragen an mich gestellt:

1. *Darf auf Grundlage der verkehrstechnischen Untersuchungen von Dipl. Ing. Dr. Köll und Hagner nach Fertigstellung des Fernpassscheiteltunnels ein Fahrverbot für Lastkraftfahrzeuge mit einem höchstzulässigen Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t verordnet bzw beibehalten werden?*
2. *Wie wäre ein solches Fahrverbot aus verfassungs- und aus unionsrechtlicher Sicht zu beurteilen?*
3. *Wie wäre die Realisierung des Fernpassscheiteltunnels im Lichte des Verzichts des Baus neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr (Art 11 Abs 1) und der Beschränkung der Realisierung hochrangiger Straßenprojekte für den inneralpinen Verkehr (Art 11 Abs 2) nach dem Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention zu beurteilen?*

### II. Frage 1:

**Darf auf Grundlage der verkehrstechnischen Untersuchungen von Dipl. Ing. Dr. Köll und Hagner nach Fertigstellung des Fernpassscheiteltunnels ein Fahrverbot für Lastkraftfahrzeuge mit einem höchstzulässigen Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t verordnet bzw beibehalten werden?**

#### A. Die einfachgesetzliche Grundlage für Fahrverbote

##### 1. Fahrverbot zum Schutz vor Gefahren des Straßenverkehrs (§ 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO)

###### a. Grundsätzliches

Nach § 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO hat die Behörde für bestimmte Straßen oder Straßenstrecken oder für Straßen innerhalb eines bestimmten Gebietes durch Verordnung dauernde oder vorübergehende Verkehrsbeschränkungen oder -verbote zu erlassen, wenn und insoweit es – unter anderem – die **Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des sich bewegenden Verkehrs** erfordert. Als Maßnahmen im Interesse des fließenden Verkehrs kommen unter anderem Fahrverbote für bestimmte Fahrzeuge, respektive Gewichtsbeschränkungen in Betracht.<sup>3</sup> Möglich ist daher auch ein Fahrverbot für Lkw mit einem höchsten zulässigen Gesamtgewicht von mehr als 7,5 t.

Wie sich aus dem Wortlaut ergibt, ist die Behörde nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, bei Vorliegen der Voraussetzungen entsprechende Verkehrsbeschränkungen

<sup>3</sup> Pürstl, StVO-ON (Stand 1.2.2017) § 43 StVO Rz 3.

oder -verbote zu verhängen.<sup>4</sup> Dies korrespondiert mit dem Zweck der Regelung, der im **Schutz vor Gefahren des Straßenverkehrs**<sup>5</sup> gelegen ist. Die Reglementierung der Beförderung gefährlicher Güter durch Kraftfahrzeuge auf Straßen schlechthin ist nicht Regelungsgegenstand des § 43 Abs 1 und 2 StVO.<sup>6</sup> § 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO ist die gesetzliche Basis des geltenden Lkw-Fahrverbots.

Grundlage eines jeden Fahrverbots muss eine **sorgfältige Ermittlung des Sachverhalts** sein, also eine sachverständige Feststellung des Ist-Stands und eine ebensolche Beurteilung prognostizierbarer Folgen von Verkehrsbeschränkungen und -verboten. In diesem Licht sind auch **Verfahrensbeteiligungen** – etwa Anhörungsrechte nach § 94f StVO<sup>7</sup> – zu sehen. Das Anhörungs- und Ermittlungsverfahren dient dem Zweck, eine Untersuchung der Verkehrsbeziehungen und der Verkehrsverhältnisse sowie eine sachverhältnismäßige Klärung der Gefahren oder Belästigungen für Bevölkerung und Umwelt zu ermöglichen, vor denen die Verkehrsbeschränkung schützen soll.<sup>8</sup> Ist es fehlerhaft, belastet dies die Verordnung mit Gesetzwidrigkeit.

Nur auf dieser Grundlage ist die Behörde in der Folge in der Lage, die nach § 43 StVO vor Verordnungserlassung gebotene **Abwägung zwischen den Interessen** an der Verkehrsbeschränkung und dem Interesse an der ungehinderten Benützung der Straße vorzunehmen. Erforderlich ist ein umfassendes Ermittlungsverfahren samt Interessenabwägung<sup>9</sup> bezogen auf die jeweilige Strecke.<sup>10</sup> Das ist auch der Grund dafür, dass entsprechende Ermittlungsschritte nicht nachgeholt werden können.<sup>11</sup>

#### b. Strenge Voraussetzungen: Ziel – Mittel – Erforderlichkeit

a) Aus § 43 Abs 1 lit b StVO ergibt sich, dass entsprechende Verkehrsbeschränkungen und -verbote dem **Ziel** der Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des Verkehrs im Sinne eines Schutzes vor Gefahren des Straßenverkehrs dienen müssen.

b) Dann muss die Verkehrsbeschränkung oder das Verkehrsverbot ein **geeignetes Mittel** zur Zielerreichung darstellen, wobei entsprechende Maßnahmen ohne Nutzen nicht häufig vorkommen werden.

c) Herzstück der Anforderungen an eine Verkehrsbeschränkung oder ein Verkehrsverbot nach § 43 Abs 1 lit b Z 1 StVO ist das Kriterium der **Erforderlichkeit**. Der VfGH und die Kommentarliteratur zählen hiezu – etwas ungenau – auch die Interessenabwägung. Reichen

<sup>4</sup> Grubmann, StVO – Kommentar (2015) § 43 Rz 1.

<sup>5</sup> VfSlg 15.643/1999 mwN. Grubmann (FN 4) Rz 1.

<sup>6</sup> Bereits VfSlg 8984/1980.

<sup>7</sup> Dazu Krysl, Verordnungen im Straßenverkehr – Verordnungserlassung nach § 43 StVO in der Rsp des VfGH, ZVR 2016, 186 (189 f).

<sup>8</sup> ZB VfSlg 14.000/1994; 17.572/2005. S auch Hiesel, Die Zulässigkeit der Erlassung von Verkehrsbeschränkungen in der Rechtsprechung des VfGH, Sonderheft Verkehrsrechtstag 2010, ZVR 2010, 433 (434); Krysl (FN 7) 187.

<sup>9</sup> VfGH 11.6.2015, V 108/2014. Grubmann (FN 4) Rz 1.

<sup>10</sup> Krysl (FN 7) 187.

<sup>11</sup> VfSlg 18.118/2007. Pürstl (FN 3) E 7 mwN. Vgl etwa VfSlg 16.805/2003, 17.527/2005.

weniger eingriffsintensive Beschränkungen oder Verbote zur Zielerreichung aus, muss von diesen Gebrauch gemacht werden.

Ausgangspunkt der Prüfung der Erforderlichkeit einer Verordnung nach § 43 StVO sind die bei einer bestimmten Straße oder Straßenstrecke, für die die Verordnung erlassen werden soll, anzutreffenden, **für den spezifischen Inhalt der Verordnung relevanten Umstände**. Die Umstände auf der künftig von der Verkehrsbeschränkung oder dem Verkehrsverbot betroffenen Straße sind mit jenen Umständen zu vergleichen, die „für eine nicht unbedeutende Anzahl anderer Straßen zutreffen“.<sup>12</sup> Es ist von der Behörde darzulegen, inwiefern sich die Strecke, auf der die Maßnahme künftig wirken soll, von einer fiktiven Normstraße unterscheidet. Die Gefahrensituation für die betreffende Straße muss sich also deutlich von der allgemeinen, für den Straßenverkehr typischen Gefahrenlage unterscheiden. Dabei ist allerdings keine „metergenaue Untersuchung der Gefahrensituationen an den betreffenden Straßen erforderlich, sondern es reicht eine pauschalierende Betrachtungsweise auch für längere Straßen und für Gebiete, in denen mehrere Straßen verlaufen“.<sup>13</sup> Die Verkehrsverhältnisse (und Umweltverhältnisse) an den betroffenen Strecken müssen derart beschaffen sein, dass sie gegenüber anderen Straßen die Verhängung der Verkehrsbeschränkung oder des Verkehrsverbots gebieten. Zeigt der Vergleich, dass die Maßnahme nur eine Verlagerung der Gefährdung der Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs auf andere gleichwertige Straßen ergibt, ist die Verordnung gesetzwidrig.<sup>14</sup>

Erforderlich ist eine Verkehrsbeschränkung oder ein Verkehrsverbot nur, wenn sich – aufgrund des Anhörungs- und Ermittlungsverfahrens – ergibt, dass das Interesse daran das persönliche oder wirtschaftliche Interesse der Verkehrsteilnehmer an der ungehinderten Benützung der Verkehrswege überwiegt. Dabei ist die tatsächliche Bedeutung des Straßenzugs zu berücksichtigen.<sup>15</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Die Behörde hat vor Erlassung einer Verordnung nach § 43 StVO **die im Einzelnen umschriebenen Interessen an der Verkehrsbeschränkung mit dem Interesse an der ungehinderten Benützung der Straße abzuwägen und dabei die (tatsächliche) Bedeutung des Straßenzustands zu berücksichtigen**. Die so gebotene Interessenabwägung erfordert sowohl eine nähere sachverhaltsmäßige Klärung der Gefahren oder Belästigungen der Bevölkerung oder Umwelt, vor denen die Verkehrsbeschränkung oder das Verkehrsverbot schützen soll, als auch eine Untersuchung der Verkehrsbeziehungen und der Verkehrserfordernisse durch ein entsprechendes Anhörungs- und Ermittlungsverfahren.<sup>16</sup>

Wichtig ist, an dieser Stelle einerseits festzuhalten, dass der Behörde bei dieser Interessenabwägung hinsichtlich der Bevorzugung von Sicherheitsinteressen oder der Interessen der Bevölkerung an der Fernhaltung von Gefahren und Belästigungen ein „relativ

<sup>12</sup> VfSlg 14.000/1994; auch VfGH 25.6.2003, V 11/02. *Krysl* (FN 7) 188; *Pürstl* (FN 3) Rz 1.

<sup>13</sup> *MwN Hiesel* (FN 8) 434.

<sup>14</sup> Freilich besteht unter bestimmten Voraussetzungen und Bedingungen die Möglichkeit bei sektoralen Fahrverboten, eine Verlagerung des Gütertransports auf die Bahn zu erzwingen.

<sup>15</sup> ZB VfSlg 9089/1981, 18.297/2007, 18.423/2008.

<sup>16</sup> *Grubmann* (FN 4) Rz 5.

großer“<sup>17</sup> Beurteilungsspielraum zukommt.<sup>18</sup> Andererseits ist zu betonen, dass der VfGH bei Fahrverboten großen Wert auf eine sachverständige Beurteilung der behördlichen Entscheidungsgrundlagen legt. Entsprechende Untersuchungen des Verkehrs und seiner wahrscheinlichen Verlagerung sind im Rahmen des Ermittlungsverfahrens somit essentiell.

## 2. Fahrverbot zum Schutz der Bevölkerung oder der Umwelt (§ 43 Abs 2 lit a StVO)

Nach § 43 Abs 2 lit a StVO hat die Behörde zur Fernhaltung von Gefahren oder Belästigungen, insbesondere durch Lärm, Geruch oder Schadstoffe, wenn und insoweit es **zum Schutz der Bevölkerung oder der Umwelt** oder aus anderen wichtigen Gründen erforderlich ist, durch Verordnung für bestimmte Gebiete, Straßen oder Straßenstrecken für alle oder für bestimmte Fahrzeugarten oder für Fahrzeuge mit bestimmten Ladungen dauernde oder zeitweise Verkehrsbeschränkungen oder Verkehrsverbote zu erlassen. Der Begriff „Fahrzeugart“ bedeutet, dass eine Beschränkung oder ein Verbot die Fahrzeuge gattungsmäßig umschreiben muss und nicht individuell bestimmen darf. Daher sind auch Lkw über einer bestimmten Gewichtsgrenze eine „Fahrzeugart“.<sup>19</sup>

Dabei ist denkbar, dass eine Verkehrsbeschränkung oder ein Verkehrsverbot (Fahrverbot für Lkw über 7,5 t) sowohl der Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des Verkehrs im Sinne des § 43 Abs 1 lit b StVO dient als auch gleichzeitig zur Fernhaltung von Gefahren oder Belästigungen zum Schutz der Bevölkerung oder der Umwelt im Sinne des Abs 2 lit a StVO erforderlich ist. In einem solchen Fall kann das Fahrverbot auf beide Tatbestände gestützt werden.<sup>20</sup>

Bei sämtlichen Maßnahmen nach Abs 2 ist auch auf die Bedeutung der Verkehrsbeziehungen, wie etwa die Bedeutung einer Straße für den überregionalen Verkehr und die Verkehrserfordernisse Bedacht zu nehmen, um die Versorgung der Bevölkerung zu gewährleisten. Diesbezüglich sei an dieser Stelle auf die Ausnahmen vom bestehenden Fahrverbot hingewiesen, die nach dem Entfall des Erfordernisses der Ausschließlichkeit zu einem besseren „Waren- und Güteraustausch in/aus den [entsprechenden] Gebieten“ führt.<sup>21</sup>

Hinsichtlich der übrigen Voraussetzungen, insbesondere der sachverständigen Sachverhaltsermittlung im Rahmen des Ermittlungsverfahrens und der Erforderlichkeit, wird auf die Darstellungen im vorangehenden Punkt verwiesen. In Bezug auf ein Fahrverbot auf der Grundlage des § 43 Abs 2 lit a StVO müsste eine entsprechende Gefahr oder Belästigung für die bzw der Bevölkerung oder Umwelt erwiesen werden.

---

<sup>17</sup> So Pürstl (FN 3) Rz 7.

<sup>18</sup> VfSlg 11.493/1987; 13.175/1992, 14.169/1995. Grubmann (FN 4) Rz 9, 17 (in Bezug auf § 43 Abs 2 lit a StVO, Seite 774).

<sup>19</sup> Mit Bezug auf VfGH 21.6.1977, B 51/76 Pürstl (FN 3) Rz 20.

<sup>20</sup> MWN Pürstl (FN 3) E 91; Grubmann (FN 4) Rz 6.

<sup>21</sup> So der Vollzugserlass zum Fahrverbot, IIb2-2-2-3-20/322, vom 21.12.2009.

## B. Der Bedarf an einem Lkw-Fahrverbot im Falle der Realisierung des Scheiteltunnels – Beantwortung der Frage 1

### 1. Verkehrliche Befunderhebung

Das derzeit in Kraft stehende Lkw-Fahrverbot stützt sich auf eine Studie aus dem Jahr 2006 über verschiedene „Gebietsvarianten“ betreffend Ausnahmen vom Fahrverbot – untersucht wurden auch entsprechende Verlagerungseffekte<sup>22</sup> – sowie die darauf aufbauende verkehrstechnische Begutachtung unter besonderer Berücksichtigung des Schwerverkehrs aus dem Jahr 2009.<sup>23</sup> Diese Begutachtung richtete ihren Fokus auf die Kriterien Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des Verkehrs im Sinne des § 43 Abs 1 lit b StVO. Sie gelangte nach ausführlicher Befunderhebung zu dem klaren Schluss,<sup>24</sup> dass im Lichte der erwähnten Kriterien auf der Fernpassstraße ein Bedarf nach einem Lkw-Fahrverbot gegeben sei.

Eine darauffolgende **Studie aus dem Jahr 2014**<sup>25</sup> bestätigt, dass auch im Falle der Errichtung des Fernpassscheideltunnels mehrere, wesentliche Streckenbereiche verbleiben, die im Lichte der Sicherheit, Leichtigkeit oder Flüssigkeit des Verkehrs weiterhin kritisch zu beurteilen sind. Der Tunnel entschärft lediglich einen – aus mehreren Gründen – besonders kritischen, kurzen Teilbereich der Fernpassstraße, die insgesamt als Gebirgsstraße anfällig für Verkehrsstörungen ist. Diese Studie hält explizit und begründet fest, dass die „Stautentstehung nicht nur auf einige wenige Punkte entlang der B 179 Fernpassstraße zurückzuführen“ und dass nicht nur der Verkehrsfluss über den Pass instabil ist. Landwirtschaftliche Fahrzeuge konnten während der Beobachtung aufgrund der Verkehrsstärke in beiden Fahrrichtungen nur schwer überholt werden. Bereits bei leicht winterlichen Straßenverhältnissen zeigten sich Streckenabschnitte mit nur geringer Längsneigung für den Lkw-Verkehr problematisch.<sup>26</sup> Diesbezüglich erwiesen sich nicht nur die Steigung selbst, sondern auch Kurven als kritisch. Die größten Steigungen am Rollenmühlsteig und am Ende der Ausbaustrecke nahe des Blindsees werden durch den Scheiteltunnel nicht beseitigt. Wechselnde zulässige Höchstgeschwindigkeiten sowie Ein- und Ausfahrten zu Parkplätzen und Abzweigungen, Fußgängerquerungen an Schutzwegen tun ein Übriges. Die Beispiele sind in der Studie detailliert und auch fotografisch dargelegt. Die Studie kommt zu dem Schluss: „Ohne Lkw-Fahrverbot ist mit der dreifachen Menge an Schwerverkehrsfahrten eine massive Zunahme im Schwerverkehr auf der B 179 zu erwarten, da diese Route eine direktere und kostengünstigere Alternative zur Kufstein-Route darstellt. In Folge dieser Zunahme kommt es zur Verdrängung des Pkw-Verkehrs auf andere Routen. Dennoch sind auf der B 179 Verkehrszunahmen bis zu 20% bei den Kfz zu erwarten.“<sup>27</sup> Die Studie schließt mit dem Fazit: „Eine Aufhebung des Lkw-Fahrverbots am Fernpass würde zu einer massiven Verlagerung des Schwerverkehrs über die schnellere, billigere und schwächer belastete A 7 und die Fernpassroute in der Größenordnung von zusätzlich 2.400 Lkw/Werktag führen.“

---

<sup>22</sup> Ingenieurbüro Dipl.-Ing. Dr. Helmut Köll Ziviltechnikergesellschaft KG, B 179 Fernpassstraße – Auswirkungen einer Änderung des LKW-Fahrverbots (2006).

<sup>23</sup> IFS-Ziviltechniker, B 179 Fernpassstraße, Abschnitt Nassereith-Vils. Verkehrstechnische Begutachtung (2009).

<sup>24</sup> Seite 43.

<sup>25</sup> Ingenieurbüro Dipl.-Ing. Dr. Helmut Köll Ziviltechnikergesellschaft KG, Fernpass Scheiteltunnel – Tschirgantunnel. Verkehrsuntersuchung (August 2014).

<sup>26</sup> Seite 16.

<sup>27</sup> Seite 52.

Da sich diese Untersuchungen und Prognosen auf die Variante Scheitel- und Tschirganttunnel bezog, wurden in einem **ergänzenden Gutachten** ebenfalls aus dem Jahr **2014** die Auswirkungen für den Fall untersucht, dass nur der Scheiteltunnel errichtet wird.<sup>28</sup> Zwar werden danach bei Entfall des Tschirganttunnels im Fall einer Beseitigung des Lkw-Fahrverbots etwas weniger Lkw-Fahrzeuge auf die B 179 verlagert, doch ist klar ersichtlich, dass – ohne Fahrverbot – auch im Falle nur der Errichtung des Scheiteltunnels eine deutliche Verlagerung des Schwerverkehrs auf die Fernpassstrecke zu erwarten ist.<sup>29</sup> Ein Lkw-Fahrverbot ist daher auch bei dieser Variante erforderlich.

Dieser Schluss ergibt sich auch auf dem Boden einer verkehrstechnischen **Begutachtung**, die jene aus dem Jahr 2009 mit einer **Prognose bis zum Jahr 2020** weiterführt.<sup>30</sup> Diese Studie hat auch Maßnahmen an der B 179 zum Gegenstand, die die Sicherheit, Leichtigkeit und Flüssigkeit des Verkehrs verbessern sollten: Ausbau der Ewigkeitskurve, Entschärfung des Gegenbogens Reutte-Süd, Fernpassscheiteltunnel. Diese Ausbaumaßnahmen wirken sich positiv auf die Verkehrssicherheit aus. Würde das Lkw-Fahrverbot aufgehoben, wäre die Fernpassstrecke aber nach der Studie sogar mit den Verbesserungsmaßnahmen überlastet. Einzig im Werktagverkehr wäre „nur“ die „Kapazität der Strecke erreicht“.<sup>31</sup> Jedes vierte Fahrzeug wäre ein Lkw. Nur mit einem Lkw-Fahrverbot kann der Verkehrszustand stabil gehalten werden.<sup>32</sup> Die Untersuchung schließt:

*„Wie aus Abb. 26 ersichtlich, wird bei Aufhebung des Lkw-Fahrverbotes die Anzahl der stark belasteten Stunden in der schlechtesten Qualitätsstufe wieder signifikant höher. ... Der Verkehrsfluss des Werktagverkehrs im Urlaubszeitbereich wird schlechter. Der Urlaubszeitbereich umfasst mit Sonn- und Feiertagen rd. 47% der Gesamtjahreszeit. Daher ist es bei Eintritt der prognostizierten Verkehrsstärken trotz geänderter Einflussgrößen – bedingt durch die Realisierung eines Fernpassscheiteltunnels – **erforderlich, auf der B 179 Fernpassstraße eine Zunahme des Schwerverkehrs durch eine Aufhebung des Lkw-Fahrverbotes im Sinne der Leichtigkeit, Flüssigkeit und Sicherheit des Verkehrs zu verhindern.**“<sup>33</sup>*

## 2. Rechtliche Beurteilung

Angesichts der **umfangreichen und profunden Untersuchung der tatsächlichen Gegebenheiten** an der Fernpassstrecke und ihrer Unterschiede zu einer „nicht unbedeutenden Anzahl anderer Strecken“, der sachverständigen Feststellung des aktuellen und der Berechnung des (künftigen) Verkehrsaufkommens mit und ohne Lkw-Fahrverbot sowie der ganz **eindeutigen und klaren – ebenfalls sachverständigen – Feststellung des Bedarfs an einem Lkw-Fahrverbot auch und gerade im Falle der Errichtung des**

<sup>28</sup> Ingenieurbüro Dipl.-Ing. Dr. Helmut Köll Ziviltechnikergesellschaft KG, B 179 Fernpassstraße – Auswirkungen Scheiteltunnel (September 2014).

<sup>29</sup> Seite 8.

<sup>30</sup> Ziviltechnik Hagner, B 179 Fernpassstraße, Abschnitt Nassereith-Vils. Verkehrstechnische Begutachtung (2012).

<sup>31</sup> Seiten 33 ff.

<sup>32</sup> Seite 36.

<sup>33</sup> Seite 40. Hervorhebung nur hier.

**Scheiteltunnels zur Stabilisierung der Verkehrssituation** erscheint es aus rechtlicher Sicht auf dieser Grundlage nicht vorstellbar, dass die Beibehaltung eines Lkw-Fahrverbots auf der Fernpassstraße rechtlich unzulässig wäre. **Zweck, Eignung und Erforderlichkeit des Fahrverbots** sind angesichts der auch zukünftig bestehenden Problemabschnitte und der andernfalls massiven Zunahme des (Schwer)Verkehrs **auch künftig gegeben**. Sachliche Ausnahmen betreffend den Ziel- und Quellverkehr bestehen, und es kommt zu keiner rechtswidrigen Verkehrsverlagerung.

Nach der Formulierung in § 43 Abs 1 lit b StVO *hat* die Behörde entsprechende Maßnahmen zu setzen. Bei Vorliegen der Voraussetzung besteht also eine **rechtliche Handlungspflicht der zuständigen Behörde**. Sprechen verkehrliche Untersuchungen von Sachverständigen so klar und eindeutig über einen längeren Beobachtungszeitraum hinweg für die Beibehaltung des Lkw-Fahrverbots auch und gerade im Fall der Realisierung des Scheiteltunnels, könnten Argumente für eine Abschaffung des Lkw-Fahrverbots auf der Fernpassstraße – wenn überhaupt – denkmöglich nur sehr schwer gefunden werden. Vielmehr liegt klar auf der Hand, dass **das Fahrverbot beibehalten werden muss**.

### 3. Beantwortung der Frage 1

Das derzeit auf der Fernpassstraße verhängte Lkw-Fahrverbot für Lkw über 7,5 t höchstzulässigem Gesamtgewicht darf im Falle der Errichtung des Fernpassscheiteltunnels aufrechterhalten werden. Aufgrund der sachverständigen verkehrlichen Untersuchungen und des Gesetzestextes kann darüber hinausgehend von einer **rechtlichen Pflicht** der Behörde ausgegangen werden, **das Fahrverbot aufrechtzuerhalten**.

### **III. Frage 2:**

**Wie wäre ein solches Fahrverbot aus verfassungs- und aus unionsrechtlicher Sicht zu beurteilen?**

#### **A. Das Lkw-Fahrverbot aus verfassungsrechtlicher Sicht**

##### 1. Gleichheitssatz

Der Gleichheitssatz ist regelmäßig wesentliche Richtschnur für Fahrverbote. Da dieser auch den Ordnungsgeber bindet, ist auch dieser verpflichtet, tatsächlich Gleiches gleich und tatsächlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Unterschiede, die im Tatsächlichen nicht bestehen, darf die Behörde durch Recht nicht schaffen. Ausnahmen dürfen bzw müssen dann normiert werden, wenn diese sachlich begründet sind. Der Kreis der Ausgenommenen muss insgesamt sachlich abgegrenzt sein.

Nicht nur § 43 StVO, sondern auch der Gleichheitssatz verlangt für Verkehrsbeschränkungen und Verkehrsverbote ein Abstellen auf die konkrete (Verkehrs-)Situation vor Ort und auf

eine sachliche Abgrenzung von Fahrverboten.<sup>34</sup> Diesbezüglich ist die Stoßrichtung die gleiche, sodass ein nach § 43 auf einem korrekten Anhörungs- und Ermittlungsverfahren rechtskonform erlassenes Lkw-Fahrverbot in aller Regel auch im Lichte des Gleichheitssatzes unbedenklich ist. Sowohl die mit § 43 Abs 1 als auch mit dessen Abs 2 verfolgten öffentlichen Interessen (Gefahrenabwehr, Umweltschutz) rechtfertigen eine stärkere Reglementierung bestimmter Fahrzeugarten.<sup>35</sup> Wichtig ist freilich eine profunde und umfängliche Befunderhebung, wie eben durch eine entsprechende Verkehrsanalyse.

Die im konkreten Fall vorgenommene Analyse trägt den Schluss, dass der derzeit gesteckte Rahmen, der ja nach dem VfGH-Erkenntnis aus dem Jahr 2009 neu gefasst wurde, auch künftig unverändert bleiben kann. Dies kann deshalb angenommen werden, weil der Scheiteltunnel für Lkw verkehrlich problematische Stellen nur zwischen den Kilometern 7,5 bis 13,5 der Fernpassstraße vermeidet. Zahlreiche kritische Stellen bleiben aber unverändert. Zudem hat die Verkehrsuntersuchung zutage gefördert, dass im Falle der Errichtung des Tunnels auch mit einer nicht unerheblichen Zunahme des (Lkw-)Verkehrs zu rechnen wäre. Diese Umstände sprechen auch gegen eine gleichheitsrechtliche Pflicht zur Erweiterung der Ausnahme vom Lkw-Fahrverbot.

## 2. Kein Eingriff in die Erwerbsfreiheit, die Unverletzlichkeit des Eigentums, die Garantie der Freizügigkeit der Person und des Vermögens sowie das Gebot der Wirtschaftsgebietseinheit

Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH greift ein Lkw-Fahrverbot auf einer konkreten Strecke nicht intentional in die Erwerbsfreiheit der betroffenen Spediteure ein. Somit liegt nicht einmal ein Grundrechtseingriff vor.<sup>36</sup>

Auch ein Eingriff in das Eigentumsrecht wegen der Beschränkungen des Gemeingebrauchs an öffentlichen Straßen für betroffene Lkw-Fahrten liegt nicht vor. Dazu kommt, dass § 43 StVO eine entsprechende Grundlage für einen Eingriff bietet und dieser im Fall auch verhältnismäßig wäre.

Gleiches gilt für die Garantie der Freizügigkeit der Person und des Vermögens nach Art 4 StGG, weil diese lediglich die *örtliche Bewegung von Personen an sich erfasst*.<sup>37</sup> Dementsprechend liegt weder durch ein Verbot der Benützung eines bestimmten Fahrzeugs an bestimmten Tagen<sup>38</sup> noch durch ein entsprechendes Verbot auf einer bestimmten Straßenstrecke<sup>39</sup> ein Eingriff in den Schutzbereich des Art 4 StGG vor. Ein straßenpolizeiliches Fahrverbot berührt Art 4 StGG nicht,<sup>40</sup> weil es nicht darauf abzielt,<sup>41</sup> die örtliche Bewegungsfreiheit als solche zu beschränken.

---

<sup>34</sup> ZB VfSlg 13.482/1993, 13.892/1994.

<sup>35</sup> ZB VfSlg 12.485/1990.

<sup>36</sup> ZB VfSlg 14.169/1995.

<sup>37</sup> VfSlg 8086/1977, 14.169/1995.

<sup>38</sup> VfSlg 7361/1974.

<sup>39</sup> VfSlg 8086/1977, 14.169/1995.

<sup>40</sup> VfSlg 8689/1979, 13.671/1994.

<sup>41</sup> Vgl VfSlg 2595/1953.

Nach Art 4 Abs 1 B-VG bildet das österreichische Bundesgebiet ein einheitliches Währungs-, Wirtschafts- und Zollgebiet. Abs 2 verbietet die Errichtung von Zwischenzolllinien oder sonstigen Verkehrsbeschränkungen. Fahrverbote auf wichtigen Durchzugsstraßen stellen Verkehrsbeschränkungen dar und behindern so den Wirtschaftsverkehr. Allerdings liegt eine entsprechende Beschränkung nicht vor, wenn nur der Verkehr mit *bestimmten* Fahrzeugen auf (einem Teilstück) einer *bestimmten* Straße verhindert wird. Zudem bestehen entsprechende Ausnahmen vom Lkw-Fahrverbot.<sup>42</sup> Ein Gebot, dass in allen Teilen Österreichs gleiche (rechtliche) Voraussetzungen für die jeweiligen Wirtschaftstätigkeiten – konkret also Lkw-Transport in bestimmte Gebiete – bestehen müssten, kann Art 4 B-VG nicht entnommen werden.<sup>43</sup> Auch diesbezüglich ist zu vermerken, dass das Fahrverbot nicht im Sinne eines Selbstzwecks spezifisch auf die Verkehrsbeschränkung abzielt.

Es liegt somit kein Eingriff in die erwähnten Grundrechte vor.

## B. Das Lkw-Fahrverbot aus unionsrechtlicher Sicht

Das Lkw-Fahrverbot auf der Fernpassstrecke beschränkt unter anderem<sup>44</sup> den grenzüberschreitenden Warenverkehr in der Europäischen Union. Als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung behindert es den Transport von Gütern auf der Straße zwischen Italien und nördlich von Österreich gelegenen Teilen der Union.

Beschränkungen unionaler Grundfreiheiten und damit auch solche des freien Warenverkehrs sind jedoch dann zulässig, wenn sie gerechtfertigt werden können. Eine solche Rechtfertigung folgt den Schritten und Maßstäben des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Da auch § 43 Abs 1 lit b und Abs 2 StVO – pointiert formuliert – nichts anderes als spezifizierte Verhältnismäßigkeit für entsprechende Verkehrsbeschränkungen und -verbote fordern, ergeben sich Parallelen zum oben Dargestellten.

So ist auch im Lichte der Warenverkehrsfreiheit festzuhalten, dass das Fahrverbot ein auch unionsrechtlich anerkanntes öffentliches Interesse verfolgt, nämlich die Verkehrssicherheit. Belange des Umweltschutzes<sup>45</sup> können diesem an die Seite gestellt werden. Dies wird in der Literatur – auch unter dem Gesichtspunkt des primärrechtlich verankerten Verursacherprinzips – gerade auch in Bezug auf Fahrverbote mit Gewichtsbegrenzung betont.<sup>46</sup> Aspekte der (Verkehrs-)Sicherheit hat die Europäische Kommission auch in Bezug auf das jüngst etablierte System der Dosierung des Lkw-Verkehrs auf der Inntal- und Brennerautobahn („Blockabfertigung“) akzeptiert.

Das Fahrverbot ist zudem geeignet, die entsprechenden Aspekte der Verkehrssicherheit zu erreichen.

<sup>42</sup> Vgl zB VfSlg 8086/1977.

<sup>43</sup> Bereits VfSlg 5084/1965 sowie zB 12.939/1991.

<sup>44</sup> Der Aspekt der Dienstleistungsfreiheit bleibt hier als untergeordnet außer Betracht.

<sup>45</sup> Anders beim Gesundheitsschutz. Dazu zB die konzise Zusammenfassung von *Ehlotzky*, Grundfreiheiten im Spannungsfeld von Verkehr und Nachhaltigkeit – Eine Analyse anhand des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention (2014) 136.

<sup>46</sup> *Ehlotzky* (FN 45) 156.

Hinsichtlich der Erforderlichkeit kann zunächst auf die oben zu § 43 StVO gemachten Ausführungen und die verschiedenen, gründlichen Untersuchungen durch Sachverständige verwiesen werden. Dazu kommt, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten bezüglich des verfolgten Schutzniveaus einen weiten Ermessensspielraum zugesteht und dass die Fernpassstraße auch nach Fertigstellung des Scheiteltunnels an zahlreichen Stellen immer noch den Charakter einer gebirgigen Straße aufweisen wird. Auch gegen das bestehende Fahrverbot wurden – soweit ersichtlich – keine unionsrechtlichen Bedenken vorgebracht. Zwar ist die Situation auf der Fernpassstraße nicht mit jener auf der Inntal- und Brennerautobahn und dem dort verhängten sektoralen Fahrverbot (zur Gänze) vergleichbar. Immerhin geht es dort um die Verlagerung von bestimmten Gütern auf die Bahn und Ausnahmen für „umweltschonende“ Lkw-Klassen. Gerade der letzte Aspekt spielt bei der Fernpassstraße keine Rolle, weil es vielmehr um die Beschaffenheit der für Lkw zum Teil unwegsamen Straße geht. Hinter der „Brenner-Problematik“ steht zudem die – vom EuGH letztlich doch – akzeptierte Beschränkung des Grundsatzes der freien Wahl des Verkehrsträgers.<sup>47</sup> Dennoch ergibt sich aus dieser Situation, dass mit der Auto- und allenfalls mit der Eisenbahn bereits jetzt genutzte alternative Beförderungswege durch Tirol für den Gütertransport zur Verfügung stehen, was das Fahrverbot auf der Fernpassstraße in Zusammenschau mit seinen Ausnahmebestimmungen in seinen Auswirkungen weniger eingriffsintensiv macht. Darüber hinaus handelt es sich bei der Autobahn um eine höherrangige verkehrliche Alternative zur Fernpassstraße.

Angesichts dieser Rahmenbedingungen erscheint die Beibehaltung des Lkw-Fahrverbots auf der Fernpassstraße auch nach der Errichtung des Scheiteltunnels unionsrechtlich unbedenklich.

### C. Beantwortung der Frage 2

**Sowohl aus verfassungsrechtlicher als auch aus unionsrechtlicher Sicht bestehen gegen die Aufrechterhaltung des Fahrverbots für Lkw über 7,5 t höchstzulässigem Gesamtgewicht auf der Fernpassstraße auch nach der Errichtung des Fernpassscheiteltunnels keine rechtlichen Bedenken.**

---

<sup>47</sup> Vgl. zu alledem *Obwexer*, Unionsrechtliche Rahmenbedingungen für mitgliedstaatliche Maßnahmen zur Verlagerung des Straßengüterverkehrs auf die Schiene am Beispiel des sektoralen Fahrverbots, in: *Gamper/Ranacher* (Hrsg), *Rechtsfragen des grenzüberschreitenden Verkehrs* (2012) 80 mwN. Weiters *Ehlotzky* (FN 45) 157 ff.

#### IV. Frage 3:

**Wie wäre die Realisierung des Fernpassscheiteltunnels im Lichte des Verzichts des Baus neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr (Art 11 Abs 1) und der Beschränkung der Realisierung hochrangiger Straßenprojekte für den inneralpinen Verkehr (Art 11 Abs 2) nach dem Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention zu beurteilen?**

##### A. Alpenkonvention und Verkehrsprotokoll

###### 1. Die Alpenkonvention als Rahmenvertrag

Die Alpenkonvention (AK) ist als völkerrechtlicher Rahmenvertrag konzipiert, der die Konkretisierung der in Art 2 Abs 2 AK genannten Materien – darunter auch Verkehr – nach dessen Abs 3 Protokollen zur Durchführung überlässt. Nach Art 2 Abs 1 AK stellen die Vertragsparteien

*„unter Beachtung des Vorsorge-, des Verursacher- und des Kooperationsprinzips eine ganzheitliche Politik zur Erhaltung und zum Schutz der Alpen unter ausgewogener Berücksichtigung der Interessen aller Alpenstaaten, ihrer alpinen Regionen sowie der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft unter umsichtiger und nachhaltiger Nutzung der Ressourcen sicher. Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit für den Alpenraum wird verstärkt sowie räumlich und fachlich erweitert.“*

Zu bemerken ist, dass der Abschluss der Alpenkonvention und der Protokolle von langwierigen Verhandlungen geprägt waren und sich das „Ringen um Kompromisse“<sup>48</sup> auf die Vertragstexte ausgewirkt hat. Dies gilt nicht zuletzt für das Verkehrsprotokoll (VP).<sup>49</sup> Hinsichtlich dieses Protokolls hatten die vertragsschließenden Staaten vor allem auch die Möglichkeit der Belastung des Alpenraums durch eine Autobahn zwischen München und Venedig („Alemagna“) vor Augen. Dies alles ist bei der Interpretation der Texte – dazu gleich – mit zu berücksichtigen.<sup>50</sup>

###### 2. Das Verkehrsprotokoll als Konkretisierung der Alpenkonvention

Auch das Verkehrsprotokoll ist ein völkerrechtlicher Vertrag. Es erging in Ausführung des Art 2 Abs 2 lit j AK. Danach sollen – zur Erreichung des in Art 2 Abs 1 AK erwähnten Ziels – im Bereich Verkehr Maßnahmen getroffen werden

<sup>48</sup> So Schmid, Auf der Suche nach dem effektiven Alpenkonventionsrecht, in: 25 Jahre Alpenkonvention – Ein- und Ausblicke (2016) 40 (41; „Prozess des Aufweichens und Aushöhlens lässt sich für alle Protokolle nachweisen“).

<sup>49</sup> Vgl nur Bußjäger/Larch, Gemeinschaftsrecht, internationales Umweltrecht und Verkehrsprojekte (Teil II), RdU 2006, 104 (FN 3).

<sup>50</sup> Vgl unter Bezugnahme auf Galle auch Haller, Zerstörung von Alpenraum und Rechtsstaat? FS Laurer (2009) 41 (43, 45). RV 1095 BlgNR 21. GP, 37 f.

*„mit dem Ziel, Belastungen und Risiken im Bereich des inneralpinen und alpenquerenden Verkehrs auf ein Maß zu senken, das für Menschen, Tiere und Pflanzen sowie deren Lebensräume erträglich ist, unter anderem durch eine verstärkte Verlagerung des Verkehrs, insbesondere des Güterverkehrs, auf die Schiene, vor allem durch Schaffung geeigneter Infrastrukturen und marktkonformer Anreize, ohne Diskriminierung aus Gründen der Nationalität“.*

Das Verkehrsprotokoll legt in seinem Art 1 folgende Ziele fest:

*(1) Die Vertragsparteien verpflichten sich zu einer nachhaltigen Verkehrspolitik, die*

- a) Belastungen und Risiken im Bereich des inneralpinen und alpenquerenden Verkehrs auf ein Maß senkt, das für Menschen, Tiere und Pflanzen sowie deren Lebensräume erträglich ist, unter anderem durch eine verstärkte Verlagerung des Verkehrs, insbesondere des Güterverkehrs, auf die Schiene, vor allem durch Schaffung geeigneter Infrastrukturen und marktkonformer Anreize;*
- b) zur nachhaltigen Entwicklung des Lebens- und Wirtschaftsraumes als Lebensgrundlage der im Alpenraum wohnenden Bevölkerung durch eine alle Verkehrsträger umfassende, aufeinander abgestimmte Verkehrspolitik der Vertragsparteien beiträgt;*
- c) dazu beiträgt, Einwirkungen, die die Rolle und die Ressourcen des Alpenraums – dessen Bedeutung über seine Grenzen hinausreicht – sowie den Schutz seiner Kulturgüter und naturnahen Landschaften gefährden, zu mindern und soweit wie möglich zu vermeiden;*
- d) den inneralpinen und alpenquerenden Verkehr durch Steigerung der Effektivität und Effizienz der Verkehrssysteme und durch Förderung umwelt- und ressourcenschonenderer Verkehrsträger unter wirtschaftlich tragbaren Kosten gewährleistet;*
- e) faire Wettbewerbsbedingungen unter den einzelnen Verkehrsträgern gewährleistet.*

Der Verkehrsbereich ist unter Wahrung des Vorsorge-, Vermeidungs- und Verursacherprinzips zu entwickeln (Art 1 Abs 2 VP). Da insbesondere das Thema Verkehr für den Alpenraum von besonderer Bedeutung ist, finden sich auch in anderen Protokollen (zB Tourismus) Regelungen, die den Verkehr zum Gegenstand haben.

### 3. Die Auslegung von Alpenkonvention und Verkehrsprotokoll

Weil es sich bei ihnen um Völkerrecht handelt, sind Alpenkonvention und Verkehrsprotokoll nicht wie nationales Recht auszulegen. Vielmehr sind **völkerrechtliche Maßstäbe** einschlägig. Daher hat ein im Protokoll verwendeter Begriff nicht zwingend die gleiche Bedeutung, die ihm in der nationalen Rechtsordnung zukommt. Wesentlich für die

Auslegung der Konvention und ihrer Protokolle sind die Art 31 ff der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK).<sup>51</sup> Art 31 Abs 1 WVK lautet:

*„Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen“.*

Die Bezugnahme auf den Grundsatz von Treu und Glauben **verbietet somit juristische Kunstgriffe bei der Auslegung**. Wortlaut, systematische Auslegung, wobei hier der gesamte Vertragstext einschlägig ist, aber auch teleologische Auslegung kommen zur Anwendung. Art 31 WVK räumt keiner Auslegungsmethode einen Vorrang ein.<sup>52</sup>

Da die Alpenkonvention und die Protokolle in vier authentischen Sprachen – Deutsch, Französisch, Italienisch und Slowenisch – abgefasst wurden, ist festzuhalten, dass die unterschiedlichen Texte in ihrer Sprache jeweils „gleichermaßen“ verbindlich sind (Art 33 Abs 1 WVK; vgl auch Art 14 VP). Daher sind zur Auslegung sämtliche Sprachfassungen heranzuziehen. Liegt ein Bedeutungsunterschied zwischen den verschiedenen authentischen Fassungen – wie eben beim Verkehrsprotokoll – vor, der nicht durch die Anwendung der Art 31 und 32 WVK aufgelöst werden kann, ist dieser Widerspruch nach Art 33 Abs 4 WVK dahingehend aufzulösen, dass jener Auslegung der Vorzug zu geben ist, der mit **Ziel und Zweck des Verkehrsprotokolls** am besten vereinbar ist.

Dieser Hinweis auf die gebotenen Interpretationsmaßstäbe ist vorliegend deshalb wichtig, weil sowohl die Alpenkonvention selbst als auch ihre Protokolle häufig und bewusst mit unbestimmten Begriffen operieren. Diese Unschärfen wurden auch deshalb in Kauf genommen, weil seinerzeit nur so zu einem für alle beteiligten Staaten verbindlichen Text gekommen werden konnte.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass im rezenten Fall auch dem **EuGH** eine auslegende Funktion zukommen könnte. Dazu (unter anderem) im übernächsten Punkt.

#### 4. Art 11 VP als maßgebliche Norm des Verkehrsprotokolls

Hinsichtlich der geplanten Verwirklichung des Fernpassscheiteltunnels stehen hier auftragsgemäß die Vorschriften des Art 11 Abs 1 und 2 VP im Mittelpunkt.<sup>53</sup> Diese lauten:

- 1) *Die Vertragsparteien verzichten auf den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr.*
- 2) *Ein hochrangiges Straßenprojekt für den inneralpinen Verkehr kann nur dann verwirklicht werden, wenn*

<sup>51</sup> BGBl 1990/243.

<sup>52</sup> Ehlitzky (FN 45) 175.

<sup>53</sup> Nicht näher eingegangen wird auf „sonstige“ Bestimmungen des Protokolls, wie etwa Art 8 VP über das Erfordernis eines Projektevaluationsverfahrens. Dazu einlässlich Heuck, Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden und inneralpinen Gütertransport – Teil 1: Rechtliche Vorgaben aus dem Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention, NuR 2013, 162 (163 f).

- a) die in der Alpenkonvention in Artikel 2 Abs. 2 lit. j festgelegten Zielsetzungen durch Vornahme entsprechender Vorsorge- oder Ausgleichsmaßnahmen auf Grund des Ergebnisses einer Umweltverträglichkeitsprüfung erreicht werden können,
  - b) die Bedürfnisse nach Transportkapazitäten nicht durch eine bessere Auslastung bestehender Straßen- und Bahnkapazitäten, durch den Aus- oder Neubau von Bahn- und Schifffahrtsinfrastrukturen und die Verbesserung des Kombinierten Verkehrs sowie durch weitere verkehrsorganisatorische Maßnahmen erfüllt werden können,
  - c) die Zweckmäßigkeitprüfung ergeben hat, dass das Projekt wirtschaftlich ist, die Risiken beherrscht werden und die Umweltverträglichkeitsprüfung positiv ausgefallen ist und
  - d) den Raumordnungsplänen/-programmen und der nachhaltigen Entwicklung Rechnung getragen wird.
- 3) ...

#### 5. Die Anwendung und Wirkung des Verkehrsprotokolls und seines Art 11 in nationalen Verfahren

Das Verkehrsprotokoll weist insofern eine rechtliche Doppelnatur auf, als einerseits Österreich, andererseits auch die EU – neben den am Protokoll beteiligten Alpenstaaten – Parteien dieses völkerrechtlichen Vertrags sind. Hinsichtlich des ersten Aspekts handelt es sich um einen Staatsvertrag nach Art 50 Abs 1 Z 1 B-VG, hinsichtlich des zweiten Aspekts um eine internationale Übereinkunft im Sinne des Art 216 AEUV. Mit dieser doppelten Geltung ist nun eine zweifache Wirkungsweise verbunden.

Der Grund, warum hier – kurz – auf diesen Umstand hingewiesen wird, ist, dass für die Realisierung des Fernpassscheiteltunnels in Bezug auf die Möglichkeit der Erhebung von „Einwänden“ gegen das Projekt von Seiten diesbezüglich kritisch eingestellter Personen, Vertreter oder Bürgerinitiativen von Interesse ist, ob die einschlägigen, beschränkenden Bestimmungen des Verkehrsprotokolls unmittelbar anwendbar sind. Dies deshalb, weil eine unmittelbar anwendbare Bestimmung unmittelbar Quelle von Rechten und/oder Pflichten von Privatpersonen vor Behörden und Gerichten ist.

Österreich hat das Verkehrsprotokoll im Nationalrat ohne Erfüllungsvorbehalt beschlossen.<sup>54</sup> Dies begründet die rechtliche Vermutung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Staatsvertrags.<sup>55</sup> Ausschlaggebend ist letztlich, ob die jeweilige Norm „hinreichend bestimmt“ ist, um es einer Behörde oder einem Gericht zu erlauben, einen konkreten Fall auf der Grundlage eben dieser Vorschrift zu entscheiden. Vergleichbares gilt – unter einem etwas großzügigeren Raster – hinsichtlich der unionsrechtlichen unmittelbaren Anwendbarkeit.

<sup>54</sup> Mwn Ehlotzky (FN 45) 53. *Bußjäger*, Die unmittelbare Anwendung der Protokolle der Alpenkonvention in Österreich, NuR 2010, 759 (760).

<sup>55</sup> Vgl VfSlg 12.558/1990.

Um es hier kurz zu machen:<sup>56</sup> **Art 11 Abs 1 VP** wird mit guten Gründen sowohl aus völkerrechtlicher als auch aus unionsrechtlicher Sicht als **unmittelbar anwendbar** qualifiziert<sup>57</sup> und kann so in einem Verfahren konkret und unmittelbar Grundlage einer Entscheidung sein. Die auf Gesetzesstufe stehende Bestimmung betrifft sowohl den Bundes- als auch den Landesvollzug.<sup>58</sup>

Wichtig ist an dieser Stelle – bezüglich der im vorvergangenen Punkt erwähnten auslegenden Rolle (auch) des EuGH – aber, dass hinsichtlich der Errichtung des Scheiteltunnels keine Kompetenz der EU besteht.<sup>59</sup> Das bedeutet in weiterer Folge, dass auf dem Boden des gemischten Abkommens Alpenkonvention und Verkehrsprotokoll die *unionsrechtliche* unmittelbare Anwendbarkeit nach hier vertretener Auffassung keine Rolle spielen dürfte.<sup>60</sup> Allerdings sei auch darauf hingewiesen, dass der EuGH seine diesbezügliche Zuständigkeit im Bereich gemischter Abkommen **extensiv** versteht<sup>61</sup> und entsprechende **Vorlagefragen** (Art 267 AEUV) großzügiger zulässt. Dann wären in der Folge auch **Vertragsverletzungsverfahren** möglich.

**11 Abs 2 VP** wird – ebenfalls mit sehr guten Gründen – **nicht als unmittelbar anwendbar** angesehen, weil er nicht hinreichend genau und unbedingt formuliert ist.<sup>62</sup>

Allerdings hängt die Möglichkeit entsprechender Vorbringen in einem Verwaltungsverfahren letztlich davon ab, ob dem jeweiligen „Einwender“ die entsprechende **verfahrensrechtliche Stellung** eingeräumt wird. So können etwa naturschutzrechtliche Entscheidungen, die zugunsten der Antragsteller ausfallen, von Bürgerinitiativen, Umweltschützern oder Verbänden nicht immer vor den Höchstgerichten bekämpft werden. Dann aber können (potentielle) Verstöße gegen die Protokolle der Alpenkonvention keiner rechtlichen Überprüfung zugeführt werden.<sup>63</sup> UVP-Verfahren bieten diesbezüglich umfassendere Parteistellungen. Einschlägige nationale (**Verfahrens-)Bestimmungen** sind nicht autonom innerstaatlich zu interpretieren. Vielmehr muss dies **nach völker- und unionsrechtlichen Maßstäben** geschehen.<sup>64</sup> Die Pflicht zur „verkehrsprotokoll- und

<sup>56</sup> Detailliert dazu A. Müller, Unmittelbare und mittelbare Anwendung und Wirkung des Energieprotokolls der Alpenkonvention, in: Essl/Schmid (Hrsg), Das Protokoll „Energie“ der Alpenkonvention (2016) 7 (8 ff). Die Ausführungen beziehen sich zwar auf das Energieprotokoll, sind aber auf das Verkehrsprotokoll umlegbar.

<sup>57</sup> Schroeder/Weber, Das Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention – Arbeitsversion (2008) Rz 511; Heuck, Infrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden und inneralpinen Gütertransport – Eine europarechtliche Analyse vor dem Hintergrund der Alpenkonvention (2013) 183 mwN (109); A. Müller (FN 56) 19.

<sup>58</sup> Bußjäger/Larch (FN 49) 110.

<sup>59</sup> Die Fernpassstraße ist nicht Bestandteil des europäischen Gesamt- und Kernstraßennetzes.

<sup>60</sup> Zutreffend Schroeder/Weber (FN 57) Rz 521 ff.

<sup>61</sup> EuGH Rs C-240/09, *Lesoochranárske zoskupenie VLK/Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, Slg 2011, I-01255. Der EuGH erklärte sich in diesem Urteil zuständig für die Auslegung einer Bestimmung der Aarhus-Konvention. Er wies darauf hin, dass die Union im Umweltbereich über eine ausdrückliche Außenkompetenz verfügt. Außerdem unterliege eine Frage – selbst wenn zu ihr noch keine Rechtsvorschriften ergangen seien – dem Unionsrecht, wenn sie in Übereinkommen geregelt werde, die von der EU und ihren Mitgliedstaaten geschlossen wurden und einen weitgehend vom Unionsrecht erfassten Bereich betreffe. Im vorliegenden Fall bezog sich der Rechtsstreit auf die Genehmigung einer Ausnahme von der Schutzregelung für Arten wie den Braunbären.

<sup>62</sup> Schroeder/Weber (FN 57) Rz 512.

<sup>63</sup> Bußjäger (FN 54) 763.

<sup>64</sup> S jüngst auch VwGH 28.3.2018, Ra 2015/07/0055; Ra 2015/07/0152: Nach dem WRG kommt anerkannten Umweltorganisationen in wasserrechtlichen Verfahren keine Parteistellung zu. Ihnen ist es daher auch nicht möglich, die in solchen Verfahren ergangenen Bescheide vor den LVwG in Beschwerde zu ziehen. Vor dem

alpenkonventionskonformen“ Interpretation nationaler Vorschriften ist jederzeit und hinsichtlich jeder einzelnen Bestimmung wahrzunehmen.

Insgesamt betrachtet bestehen in der Praxis am Ende **nicht unwesentliche Unsicherheiten**,<sup>65</sup> die sich nicht zuletzt auch aus unterschiedlichen Sichtweisen auf höchstgerichtlicher Ebene ergeben. So wird in der Literatur zu Recht etwa darauf hingewiesen, dass seit dem spektakulären „Mutterer Alm-Fall“<sup>66</sup> Art 14 Abs 1 3. Spiegelstrich des Bodenschutzprotokolls unmittelbar anwendbar ist, der den Bau von Schipisten in labilen Gebieten verbietet. Widersprüchlich<sup>67</sup> dazu qualifizierte der Gerichtshof allerdings Art 9 Abs 1 Satz 1 des gleichen Protokolls als nicht unmittelbar anwendbar, obwohl dieser nach sehr gut begründeter Meinung ebenfalls die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendbarkeit erfüllt.<sup>68</sup>

Hinsichtlich der Realisierung des Fernpassscheiteltunnels verbleibt somit eine Grauzone, die sich daraus ergibt, dass konkrete Verfahren noch nicht begonnen sind und die Zulassung als Partei von der jeweiligen Behörde vorgenommen wird. Diesbezüglich sei das Résumé von Schmid bezüglich des 25-jährigen Jubiläums der Alpenkonvention<sup>69</sup> wiedergegeben:

*„In der Folge wurden immer wieder Artikel der Alpenkonvention in verwaltungsbehördlichen und verwaltungsgerichtlichen Verfahren von Parteien vorgebracht, in der Regel aber von den Höchstgerichten nicht aufgegriffen. ...*

*Somit besteht eine gewisse Pattsituation: Solange höchstgerichtliche Rechtsprechung zu den Durchführungsprotokollen fehlt, wirkt sich das – wegen der Leitfunktion, die diese Entscheidungen für die Verwaltungsbehörden haben – auf die Anwendung der Protokolle auf unterster Ebene aus. Wenn aber die Durchführungsprotokolle auf Verwaltungsebene keine oder nur eingeschränkte Anwendung finden, ist es auch unwahrscheinlich, dass sich später angerufene Höchstgerichte damit beschäftigen.“*

Dies zeigt die für konkrete Fälle bestehenden Unsicherheiten.<sup>70</sup>

---

Hintergrund der Aarhus-Konvention und des Art 47 GRC ist diese innerstaatliche Rechtslage nicht unionsrechtskonform (EuGH 20.12.2017, C-664/15). Daher muss anerkannten Umweltorganisationen die Parteistellung und Beschwerdelegitimation zuerkannt werden.

<sup>65</sup> So verweist auch Ehlitzky (FN 45) 70 (FN 177) darauf, dass die verschiedenen Fallgestaltungen, in welchen eine (unionsrechtliche) unmittelbare Anwendbarkeit des Art 11 Abs 1 VP zum Tragen kommen könnte, und die Konsequenzen, die dies nach sich ziehen würde, einer ausführlicheren Untersuchung bedürften.

<sup>66</sup> VfGH 22.9.2003, B 1049/03-4; VwGH 8.6.2005, 2004/03/0116. Schulev-Steindl, Schigebiet – Alpenkonvention im UVP-Verfahren unmittelbar anwendbar, RdU 2006, 35 (42).

<sup>67</sup> So Schmid (FN 48) 47.

<sup>68</sup> VwGH 24.2.2006, 2005/04/0044. Mit guten Gründen aA Schmid, Alpenkonvention und Moorschutz, RdU 2007, 158 (164); Bußjäger (FN 54) 765; A. Müller (FN 56) 18 ff mwN.

<sup>69</sup> Schmid (FN 48) 47.

<sup>70</sup> In die gleiche Richtung A. Müller (FN 56) 16: „Dessen ungeachtet gehört die Pflicht zur vertragskonformen Interpretation gewiss zu den in der Praxis am meisten unterschätzten Rechtswirkungen völkerrechtlicher Verträge. Die gegenständlichen Ausführungen verstehen sich von daher als engagiertes Plädoyer an die rechtsanwendenden Behörden, diese Pflicht ernstzunehmen“.

## B. Der Verzicht nach Art 11 Abs 1 VP und die Errichtung des Scheiteltunnels

### 1. Verzicht auf den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr

Nach Art 11 Abs 1 VP verzichten die Vertragsparteien auf den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr (**Stillhalteverpflichtung**). Diese Bestimmung zielt auf die Schonung nicht erneuerbarer Ressourcen, insbesondere Boden, und soll einen Beitrag zur Verlagerung des Verkehrs von der Straße auf die Schiene leisten.

#### a. Hochrangige Straßen

##### aa. Die Fernpassstraße als derzeit nicht-hochrangige Straße

Nach Art 2 UA 6 VP sind hochrangige Straßen

*„alle Autobahnen und mehrbahnige, kreuzungsfreie oder in der Verkehrswirkung ähnliche Straßen“.*

Damit enthält diese Bestimmung drei<sup>71</sup> Kategorien von hochrangigen Straßen:

- a) Autobahnen,
- b) mehrbahnige und zugleich<sup>72</sup> kreuzungsfreie Straßen sowie
- c) in der Verkehrswirkung ähnliche Straßen.

Ad a) Der Bau des Fernpassscheideltunnels stellt mit Sicherheit **keine „Autobahn“** dar.

Ad b) Schwierigkeiten ergeben sich allerdings hinsichtlich der übrigen Tatbestandsmerkmale des Art 11 Abs 1 VP. So ist eine Straße nach einer Ansicht **„mehrbahnig“**, wenn sie „zwei Richtungsfahrbahnen mit *jeweils* mehreren Fahrstreifen“ aufweist.<sup>73</sup> Bei dieser Sichtweise ist die Fernpassstraße (und der Scheiteltunnel) keine mehrbahnige Straße. Allerdings wird auch vertreten, dass man als mehrbahnig „wohl“ nur solche Straßen ansehen könne, die zumindest in eine Richtung zwei Fahrstreifen aufweisen.<sup>74</sup> Auch wird formuliert, mehrbahnig sei eine Straße, wenn sie „mehr als eine Richtungsfahrbahn aufweist“.<sup>75</sup> Einigkeit besteht diesbezüglich mithin nicht. Allerdings ist die B 179 ohnehin **nicht kreuzungsfrei**, sodass sie auch deshalb nicht in die zweite Kategorie hochrangiger Straßen fällt.

Ad c) Im vorliegenden Zusammenhang wichtiger und zugleich umstrittener ist das Tatbestandsmerkmal **„In der Verkehrswirkung ähnliche Straßen“** als Auffangtatbestand. Es geht hier um Straßen, die nicht Autobahnen und nicht mehrbahnig und zugleich kreuzungsfrei sind, die aber Autobahnen oder mehrbahnigen, kreuzungsfreien Straßen „in ihrer Verkehrswirkung ähnlich“ sind.

<sup>71</sup> Dazu im Vergleich mit den anderen Sprachfassungen und mit diesbezüglicher Auslegung des 2 UA 6 VP nach den oben angeführten völkerrechtlichen Interpretationsmaßstäben Heuck (FN 57) 175 f.

<sup>72</sup> Heuck ebenda.

<sup>73</sup> Heuck (FN 57) 175 (Hervorhebung nur hier).

<sup>74</sup> Bußjäger/Larch (FN 49) 105.

<sup>75</sup> Ehlitzky (FN 45) 195.

Unter Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Verkehrsprotokolls muss es sich dabei „in erster Linie um die vom Verkehr ausgehenden Effekte auf die Umwelt handeln. Es ist also ein Vergleich zwischen der Verkehrslage vor und nach Verwirklichung des Bauvorhabens vorzunehmen.“<sup>76</sup> Dies ist allenfalls durch Sachverständige zu eruieren. Dabei hängen die Auswirkungen vor allem von zwei Faktoren ab: der zulässigen Höchstgeschwindigkeit und der Verkehrsdichte. In der Literatur finden sich Umschreibungen wie „Verbindungsfunktion“, Möglichkeit zu „Schnellverkehr“ und „Transitfunktion“, die entsprechende Geschwindigkeit wird mit „mindestens 100 km/h“ angegeben.<sup>77</sup>

Da diese Projektgeschwindigkeit im Alpenraum aber häufig nicht erreicht wird und die Umweltauswirkungen dort auch bei geringerer Geschwindigkeit jenen von anderen Fernverkehrsstraßen ähneln, werden bei entsprechender Verbindungs- bzw Transitfunktion auch Straßen mit geringerer zulässiger Höchstgeschwindigkeit als in ihrer Verkehrswirkung vergleichbar mit mehrbahnigen und kreuzungsfreien Straßen – und damit als hochrangig – angesehen. Dies dann, wenn die Straße eine fehlende Hauptverbindung substituiert und einen stark frequentierten Anschluss zwischen anderen hochrangigen Straßen darstellt. Wenngleich innerstaatliche Klassifizierungen dabei keine ausschlaggebende Rolle spielen, können diese dennoch als Indizien dienen.

Aus dem eben Dargestellten wird von *Ehlotzky*<sup>78</sup> der Schluss gezogen, dass die Fernpassstraße eine hochrangige Straße iSd Art 2 UA 6 VP darstelle, weil sie die deutsche A 7 und die österreichische A 12 miteinander verbinde und weil ohne sie der Verkehr große Umwege über die A 12 über Kufstein oder die Rheintal/Walgau Autobahn A 14 und die Arlberg Schnellstraße S 16 in Kauf nehmen müsste.

Dass dieser Schluss freilich nicht zwingend ist, zeigt die von *Ehlotzky* bezogene Stelle bei *Schroeder/Weber*. Diese weisen die Fernpassstraße nämlich lediglich als „denkbares Beispiel“ aus und heben zu Recht auch hervor, dass „ein derartiger Vergleich von Verkehrsrouten immer Ungenauigkeiten aufweist“.<sup>79</sup>

Dass – insbesondere vor dem Hintergrund des Kompromisscharakters des Verkehrsprotokolls – daher auch eine andere Argumentation nicht nur möglich ist, sondern im konkreten Fall auch angezeigt ist, belegen die Ausführungen von *Haller* in Bezug auf die B 317, der sich zudem detailliert mit der Studie von *Schroeder/Weber* auseinandersetzt. Seine Überlegungen lassen sich über weite Strecken auf die Fernpassstraße übertragen und zeigen, dass auch diesbezüglich keine entsprechende „Vergleichbarkeit“ der Verkehrswirkungen vorliegt. Die entsprechenden Passagen werden im Folgenden wörtlich wiedergegeben:

*„Die B 317 war und ist in weiten Teilen ... nicht mehrbahnig. Sie ist auch ... keinesfalls kreuzungsfrei, denn es existiert eine Vielzahl niveaugleicher Kreuzungen: in Ortsdurchfahrten kann von Seitengassen auf die B 317 direkt auf- und von dieser abgefahren werden. Ebenso gibt es auf offener Strecke Ab- und Auffahrten zu und von Siedlungen, einzelnen Häusern und Feldern. Es gibt so gut*

<sup>76</sup> Heuck (FN 57) 177.

<sup>77</sup> Bezugnahme auf *Schroeder/Weber, Haller, Ehlotzky* und *Frey* bei Heuck (FN 57) 177.

<sup>78</sup> *Ehlotzky* (FN 45) 197.

<sup>79</sup> *Schroeder/Weber* (FN 57) Rz 661.

*wie keine Begleitstraßen für den lokalen Verkehr. Auf der Strecke bestehen mehrfach Geschwindigkeitsbeschränkungen. ... Die Geschwindigkeitsbeschränkungen außerhalb von Ortschaften sind durch Taleinschnitte bedingt, in denen die Straße nur enge Kurvenradien aufweist. Ebenso im steirischen Teil ist die Straße durch beachtliche Steigungen gekennzeichnet und es finden sich mehrfach Überholverbote. ...*

*Die Verkehrswirkungen der B 317 im Sinne von „Schnellverkehr“ ist damit in keinem der relevanten Punkte „ähnlich“ der einer Autobahn oder Schnellstraße. ...*

*Die Frage der ähnlichen Verkehrswirkung wird auch in der Studie von Schroeder und Weber im Zusammenhang mit dem Verbot des Art 11 Abs 1 des Verkehrsprotokolls behandelt:*

[Es folgt die wörtliche Wiedergabe der hier zuvor kurz dargestellten Auffassung von Schroeder/Weber in Bezug auf die Verbindungswirkung.]

*Diese Erwägungen gehen damit von einer anderen Sicht aus. Nur zum Teil freilich, denn Schroeder und Weber sprechen davon, daß „in erster Linie“ die Verbindungswirkung relevant sei. Was sind die in zweiter Linie relevanten Kriterien? Diese Frage wird wohl nur im oben dargelegten Sinn zu beantworten sein: Ist Schnellverkehr möglich?*

*An diesem Punkt ... muss auf den Umstand hingewiesen werden, daß für den [s]teirischen Teil der B 317 im Juni 2006 eine 7,5 t Beschränkung erlassen wurde, weil die Straße die ‚Verbindungswirkung‘ im Sinn der von Schroeder und Weber verlangten ‚Benützung durch alle Verkehrsträger‘<sup>80</sup> nicht<sup>81</sup> zu leisten imstande war. Es kommt bei einer Straße, die neben dem lokalen Verkehr auch den Verkehr im Sinn einer Verbindungswirkung übernehmen soll, darauf an, ob die Straße für eine derartige Nutzung geeignet ist. ...*

*Damit kann abschließend gesagt werden, daß die B 317 in ihrer Trassenführung und ihrem Ausbau nicht als Straße für den Schnellverkehr oder als eine Straße mit Verbindungswirkung für alle Verkehrsträger<sup>82</sup> geeignet war und ist. Sie ist damit keine Straße, deren Verkehrswirkung jener von Autobahnen oder mehrbahnigen kreuzungsfreien Straßen ähnlich ist.<sup>83</sup>*

Diese Ausführungen Hallers beschreiben vollkommen treffend auch die Situation auf der Fernpassstraße.<sup>84</sup> Es kann daher mit den deutlich besseren Gründen davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Fernpassstraße derzeit nicht um eine Straße handelt, deren Verkehrswirkungen vergleichbar mit Autobahnen oder mehrbahnigen, kreuzungsfreien Straßen sind. Die Fernpassstraße ist eine wichtige Verkehrsverbindung, sie ist aber nicht

<sup>80</sup> Gemeint: Verkehrsteilnehmer.

<sup>81</sup> Hervorhebung im Original.

<sup>82</sup> Gemeint: Verkehrsteilnehmer.

<sup>83</sup> So im Ergebnis auch Ehlotzky (FN 45) 204.

<sup>84</sup> Vgl dazu die bei der Beantwortung der ersten Frage unter dem Punkt „Verkehrliche Befunderhebung“ Beschreibung der Fernpassstraße in der Studie aus dem Jahr 2014.

hochrangig iSd Art 11 VP. Dies wird zudem durch das Indiz untermauert, dass die B 179 mit ihrer verkehrlichen Ausgestaltung auch nach innerstaatlichen Kriterien eben keine Autobahn oder Schnellstraße darstellt.

#### bb. Nicht-Hochrangigkeit auch nach der Errichtung des Scheiteltunnels

Obwohl die Fernpassstraße derzeit keine hochrangige Straße ist, muss geprüft werden, ob sie in ihrer Verkehrswirkung durch die **Errichtung des Scheiteltunnels** zu einer hochrangigen Straße werden würde, weil auf einen entsprechenden **Ausbau**<sup>85</sup> nach Art 11 Abs 1 VP ebenso zu verzichten wäre. Auch diesbezüglich ist die – rechtlich verpflichtende – Beibehaltung des Fahrverbots für Lkw über 7,5 t zu beachten, auch diesbezüglich sind Verkehrssachverständige zu Rate zu ziehen und auch diesbezüglich ist daher auf die **auch nach Errichtung des Tunnels bestehenden bleibenden Engstellen, Steigungen, engen Kurvenradien etc** abzustellen. All das wurde in den der Beantwortung der ersten Gutachtensfrage zugrunde liegenden verkehrlichen Sachverständigengutachten ausführlich dargelegt. Es ist davon auszugehen, **dass der etwa 1 km lange Scheiteltunnel die etwa 75 km lange Fernpassstraße nicht zu einer hochrangigen Verkehrsverbindung machen würde.**

Ein Gutachten zur Scheiteltunnelvariante<sup>86</sup> geht bei Aufrechterhalten des Lkw-Fahrverbots prognostisch von einer Zeitersparnis von maximal 9 Minuten – und das (auch nur) im Sommerreiseverkehr – aus. Hinsichtlich des Zuwachses im Pkw-Verkehr wird von einer Zunahme von 14% verlagertem Verkehr bis zum Jahr 2025 ausgegangen. Unter Zugrundelegung der zutreffenden, dargestellten Argumentationslinie ergibt sich auch dadurch keine Hochrangigkeit, weil sich auch durch den nicht in beide Richtungen mehrbahnigen Scheiteltunnel keine ähnliche Verkehrswirkung wie bei mehrbahnigen, kreuzungsfreien Straßen ergeben kann. Das zeigen auch die zu erwartende Reisegeschwindigkeit für Pkw bei Verwirklichung verschiedener Ausbaumaßnahmen, die nicht einmal 50 km/h erreicht.<sup>87</sup>

Auch müssten die **positiven Effekte** für die Umwelt durch die Errichtung des Tunnels in Anschlag gebracht werden.<sup>88</sup> So kommt die prognostizierte kürzere Reisezeit auch dadurch zustande, dass „im Bestandsfall“ die Überlastung des Fernpasses außerordentlich stark wäre.<sup>89</sup>

Liegt aber auch nach der Fertigstellung des Scheiteltunnels keine Hochrangigkeit der Fernpassstraße vor, ist das Tatbestandselement der „Hochrangigkeit“ in Art 11 nicht erfüllt. **Die Fernpassstraße ist auch nach Errichtung des Scheiteltunnels weder eine Autobahn noch eine mehrbahnige, kreuzungsfreie Straße noch eine in ihrer Verkehrswirkung**

<sup>85</sup> Zum Tatbestandselement des Baus/Ausbaus im übernächsten Punkt.

<sup>86</sup> Ingenieurbüro Dipl.-Ing. Dr. Helmut Köll Ziviltechnikergesellschaft KG, Fernpass Scheiteltunnel – Tschirgantunnel. Verkehrsuntersuchung (August 2014).

<sup>87</sup> Ziviltechnik Hagner, B 179 Fernpassstraße, Abschnitt Nassereith-Vils. Verkehrstechnische Begutachtung (2012) 30 ff.

<sup>88</sup> Dazu im übernächsten Punkt „Bau neuer Straßen“.

<sup>89</sup> Seite 5.

**vergleichbare Straße.** Da dieses Tatbestandselement aber sowohl in Art 11 Abs 1 als auch in Art 11 Abs 2 VP zwingende Voraussetzung für deren Anwendbarkeit ist, **entfallen auch die nach Art 11 Abs 2 VP festgelegten Maßstäbe für den Bau des Scheiteltunnels (auch) deshalb.**<sup>90</sup>

### cc. Gesamthafte Betrachtung der Fernpassstraße über die Jahre

Wenngleich die Alpenkonvention nach hier vertretener Meinung der Errichtung des Fernpassscheiteltunnels nicht im Weg steht, ist an dieser Stelle dennoch darauf hinzuweisen, dass die Konvention und das Verkehrsprotokoll die Veränderung entsprechender Straßen über die Jahre regeln.<sup>91</sup> Damit ist aber der Weg einer „Salamitaktik“ versperrt, bei der jeweils nur ein einzelnes Projekt isoliert beurteilt wird und immer nur gerade dieses Projekt noch als „unschädlich“ angesehen wird. Freilich mag es schwierig sein festzustellen, wann der entscheidende Schritt zur Hochrangigkeit tatsächlich gesetzt wird und es mag diesbezüglich auch wesentlich auf Feststellungen von Verkehrssachverständigen ankommen, beim Scheiteltunnel sprechen aber die weitaus besseren Argumente dafür, dass er nicht in der Lage ist, die Hochrangigkeit der Fernpassstraße zu bewirken.

### b. Alpenquerender Verkehr

Der in Art 11 Abs 1 VP normierte Verzicht umfasst den Bau hochrangiger Straßen für den „alpenquerenden Verkehr“. Nach Art 2 UA 1 VP ist unter alpenquerendem Verkehr ein Verkehr mit Ziel und Quelle außerhalb des Alpenraumes zu verstehen.

Ausschlaggebend ist nach der „Wiener Expertenrunde“ die Überquerung des Alpenhauptkamms. Dem Verkehr müsste diesbezüglich Transitfunktion zukommen. Stellt man auf diese enge Sichtweise ab, führe auf der Fernpassstraße kein alpenquerender Verkehr, weil die Straße selbst nicht alpenhauptkammüberquerend ist.

Allerdings wird auch diesbezüglich auf dem Boden der völkerrechtlichen Auslegungsregeln eine strengere Sichtweise vertreten, die eine funktional-gesamthafte Betrachtung in Anschlag bringt. Entscheidend ist dann, dass eine Route geschaffen wird, die es ermöglicht, durchgehend hochrangig im Sinne des Verkehrsprotokolls von außerhalb des Alpengebiets über den Alpenhauptkamm wieder Gebiete außerhalb der Alpen – vornehmlich in Nord-Süd-Richtung – zu erreichen. Damit wird verhindert, dass Art 11 Abs 1 VP durch den Bau einer angeblich nur inneralpinen Straße umgangen wird.<sup>92</sup> Dieser Sichtweise ist deshalb zuzustimmen, weil Art 11 Abs 1 VP andernfalls – ähnlich wie zuvor in Bezug auf die „Salamitaktik“ – seiner Bedeutung beraubt werden würde. Dies wäre mit Ziel und Zweck der Regelung nicht vereinbar.

<sup>90</sup> Zu Art 11 Abs 2 VP sogleich unten.

<sup>91</sup> Als maßgeblicher Anfang des Beobachtungszeitraums wird wohl auf den 18.12.2002 abzustellen sein, mit dem das Protokoll in Kraft getreten ist (s BGBl III 2002/234 idF BGBl III 2005/108).

<sup>92</sup> MWN Ehlitzky (FN 45) 202.

Es muss in diesem Zusammenhang freilich auch erwähnt werden, dass das Verkehrsprotokoll keine Behörde oder andere Stelle nennt, die über diese Frage bestimmt. Daher verbleibt den Vertragsstaaten diesbezüglich ein weiter Beurteilungsspielraum. Diese Beurteilung hängt stark von der nationalen Perspektive ab, die entsprechende Spielräume auch nutzt.<sup>93</sup> Im Zusammenhang mit der Errichtung des Scheiteltunnels betont die Tiroler Politik etwa, dass dieser vor allem auch der sichereren und besseren Anbindung des Außerfern an den Zentralraum Innsbruck dienen soll. Gleichwohl ist der **nicht geringe Anteil von Transitfahrten** auch den verkehrlichen Gutachten zutreffend und unschwer zu entnehmen und nicht zu leugnen.

### c. Bau neuer Straßen

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „Bau“ neuer hochrangiger Straßen stellt sich die Frage, ob damit nur der Neubau oder aber auch der Ausbau bestehender Straßen gemeint ist. Hier besteht im Lichte der oben erwähnten, völkerrechtlichen Interpretation Einigkeit darüber, dass auch der Ausbau einer bestehenden (auch niederrangigen) Straße unter das Verbot des Art 11 Abs 1 VP fällt, dass unter „Bau“ also **auch (hochrangiger) „Ausbau“** zu verstehen ist.<sup>94</sup> Daher kann hinsichtlich der Errichtung des Fernpassscheideltunnels nicht argumentiert werden, dass dieser – für sich betrachtet – ja kein Bau einer neuen hochrangigen Straße sei.

Die Frage ist also, ob die Errichtung des Scheiteltunnels einen Ausbau der Fernpassstraße im Sinne des Art 11 Abs 1 VP darstellen würde. In Anknüpfung an das eben unter Pkt *bb.* Dargestellte und im Lichte des Verkehrsprotokolls kommt es vor allem auf eine allfällige Zunahme des Verkehrs sowie die dadurch bedingten Umweltbelastungen an. Auch hier ist auf Sachverständige zurückzugreifen, die entsprechende Studie aus dem Jahr 2014 wurde bereits zitiert. Diesbezüglich ist in die Überlegungen auch einzustellen, dass das derzeit geltende Lkw-Fahrverbot aufrecht bleibt (und aus rechtlicher Sicht auch bleiben muss) und dass der Tunnel eine überaus gebirgige Strecke auf der besonders viele schädliche Emissionen – auch von den vom Fahrverbot ausgenommenen Lkw – ausgestoßen werden, erheblich verkürzt und diese Strecke einebnet. Da es sich um einen Tunnel handelt, werden zudem Immissionen wie vor allem Lärm für die Umwelt – gerade auf der besonders gebirgigen und unmittelbar abseits der Straße naturnahen Strecke über den Fernpass – verringert.<sup>95</sup> Darüber hinaus kommt es auch zu keinem erheblichen Verbrauch der begrenzten und nicht erneuerbaren Ressource Boden.

Dazu kommt auf allgemeinerer Ebene, dass davon ausgegangen werden kann, dass die vertragsschließenden Parteien, die bei Abschluss des Verkehrsprotokolls Gefahren wie die Realisierung der „Alemagna“ vor Augen hatten, diesem Vertrag **keinen Inhalt zusinnen wollten, der den Bau eines etwa 1 km langen Tunnels verhindert, wie den des Fernpassscheideltunnels**, der auch positive Auswirkungen auf die Umwelt zeitigt. Diese

<sup>93</sup> Zutreffend *Heuck* (FN 57) 180 mit dem Beispiel Italiens.

<sup>94</sup> Bereits *Schmid*, Alpenkonvention und Europarecht, Dissertation (2005), 48 f. Weiters für viele und unter Bezugnahme auf *Schmid und Ehlitzky* auch *Heuck* (FN 57) 181 f.

<sup>95</sup> Zu den Kriterien „kein weiterer Bodenverbrauch“ und „Senkung des Treibstoffverbrauchs“ im Lichte des Nachhaltigkeitsprinzips des Verkehrsprotokolls *Schroeder/Weber* (FN 57) Rz 601.

Sichtweise geht auch mit dem **Ziel des Verkehrsprotokolls** konform, wonach die Maßnahmen *„Belastungen und Risiken im Bereich des inneralpinen und alpenquerenden Verkehrs auf ein Maß ... senken [sollen], das für Menschen, Tiere und Pflanzen sowie deren Lebensräume erträglich ist“*.

Diese Zielsetzung hebt im Übrigen auch die **Senkung der Risiken im Bereich des Verkehrs** hervor. Daher wird zu Recht darauf verwiesen, dass zur „allgemeinen Strategie“ des Verkehrsprotokolls auch „der Schutz der Bevölkerung und der Umwelt in Gebieten mit besonderer Verkehrsbelastung, die schrittweise Reduktion von Lärm- und Schadstoffbelastungen und die Erhöhung der Verkehrssicherheit“ zählen.<sup>96</sup> Die Ziele des Protokolls sind – insbesondere bezogen auf ein Projekt – nicht immer widerspruchsfrei, was dem Kompromisscharakter des Protokolls entspricht und den Auslegungsspielraum der Vertragsstaaten erhöht. Es ist wohl nicht zu bestreiten, dass die Realisierung des Scheiteltunnels auch zahlreiche positive Effekte auf die Verkehrssicherheit – nicht nur bei winterlichen Fahrverhältnissen – haben würde. Auch in der Literatur werden als Ausbaumaßnahmen, die zur Hochrangigkeit einer Straße führen, Maßnahmen wie die Zulegung mehrerer Spuren erwähnt. Lokal sehr begrenzte Projekte werden üblicherweise nicht ins Treffen geführt.

Diesbezüglich kann schließlich noch die Erklärung Österreichs zum Verkehrsprotokoll erwähnt werden, weil sie den Willen Österreichs unterstreicht, bloß örtliche, auch der Verkehrssicherheit dienende Maßnahmen nicht als hochrangige Straßen im Sinne des Verkehrsprotokolls zu verstehen:

*„Die Alpenkonvention verlangt, dass Belastungen und Risiken im Bereich des inneralpinen und alpenquerenden Verkehrs auf ein Maß gesenkt werden, welches für Menschen, Fauna und Flora erträglich ist. Österreich geht daher davon aus, dass örtliche Umfahrungsstraßen, die weder Autobahnen sind, noch baulich getrennte Richtungsfahrbahnen aufweisen, noch kreuzungsfrei sind, nicht als hochrangige Straßen im Sinne des Verkehrsprotokolls gelten. Österreich stimmt jedoch vorbehaltlos dem Verkehrsprotokoll zu.“*

Wenngleich diese Erklärung aus Anlass eines geplanten Straßenprojekts in Vorarlberg abgegeben wurde, völkerrechtlich nicht unproblematisch und daher lediglich als Interpretationserklärung anzusehen ist<sup>97</sup> und sie auf den Scheiteltunnel nicht „eins zu eins“ umlegbar ist, zeigt sie doch die Sichtweise Österreichs bei der Beurteilung lokaler Baumaßnahmen, die auch im Lichte des im vorangehenden Punkt erwähnten Beurteilungsspielraums der Vertragsstaaten gesehen werden kann. Die zuletzt erwähnten Umstände können als Untermauerung der zuvor dargelegten Argumentation angesehen werden.

---

<sup>96</sup> Bußjäger (FN 54) 765.

<sup>97</sup> Näheres bei Ehlitzky (FN 45) 207 f.

#### d. Ergebnis: Der Fernpasssscheiteltunnel im Lichte des Verzichts nach Art 11 Abs 1 VP

Die Frage nach der Zulässigkeit der Realisierung des Fernpasssscheiteltunnels im Lichte des Verzichts auf den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr kann wie folgt beantwortet werden.

a) Die Fernpassstraße stellt keine „Autobahn“ und „keine mehrbahnige und zugleich kreuzungsfreie“ Straße dar. Sie stellt derzeit auch in „ihrer Verkehrswirkung“ keine „vergleichbare Straße“ dar. Daher stellt sich die Frage, ob die Errichtung des Fernpasssscheiteltunnels zur Hochrangigkeit der Straße führen würde. Auch dies ist zu verneinen. Daher **kommt Art 11 Abs 1 (und Art 11 Abs 2 [dazu sogleich]) VP wegen fehlender Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Hochrangigkeit nicht zur Anwendung und stehen der Errichtung des Scheiteltunnels nicht entgegen.**

b) Der Verzicht auf den (Aus-)Bau neuer hochrangiger Straßen kommt auch dann nicht zum Tragen, wenn man den Verkehr auf der Fernpassstraße als nicht alpenquerend qualifizieren würde. Eine entsprechend enge Auslegung des Art 11 Abs 1 VP würde allerdings von der gut argumentierten und herrschenden Ansicht abweichen, die auf eine funktional-gesamthafte Einschätzung abstellt. Wenngleich der Scheiteltunnel vor allem (auch) der sichereren Anbindung des Außerfern an den Zentralraum Innsbruck dienen soll, ergibt sich ein nicht unerheblicher Anteil an alpenquerendem Verkehr aus den bereits erstellten Verkehrsgutachten, sodass der Verkehr auf der B 179 als **alpenquerend** qualifiziert werden muss.

c) Unter dem Bau von Straßen ist nach Art 11 Abs 1 VP auch der **Ausbau** hochrangiger Straßen zu verstehen. Am Ende kommt es im Lichte von Ziel und Zweck des Verkehrsprotokolls auch auf eine allfällige Zunahme des Verkehrs sowie der dadurch bedingten Umweltbelastungen an. Diesbezüglich ist hinsichtlich der Realisierung des Scheiteltunnels hervorzuheben, dass das derzeitige Lkw-Fahrverbot nicht nur aufrecht bleibt, sondern aus rechtlicher Sicht auch aufrecht bleiben muss und dass der Tunnel auch für die Umwelt am Ende entlastende Aspekte aufweist. Darüber hinaus kommt es zu keinem erheblichen Verbrauch der nicht erneuerbaren Ressource Boden. Es kann mit guten Gründen angenommen werden, dass die vertragsschließenden Parteien dem Verkehrsprotokoll keinen Inhalt zusinnen wollten, der den Bau eines Tunnels wie den des Fernpasssscheiteltunnels verhindern soll.

### **C. Die Beschränkungen des Art 11 Abs 2 VP und die Errichtung des Scheiteltunnels**

#### 1. Hochrangiges Straßenprojekt für den inneralpinen Verkehr

Nach Art 11 Abs 2 VP ist die Verwirklichung eines hochrangigen Straßenprojekts für den inneralpinen Verkehr unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Der Begriff „Straßenprojekt“ umfasst zwar jede bauliche Maßnahme, also auch die Errichtung eines Scheiteltunnels, die Hochrangigkeit ist jedoch gleich wie bezüglich Abs 1 leg cit zu verneinen.

Inneralpin ist ein Verkehr „mit Ziel und Quelle im Alpenraum (Binnenverkehr) inklusive Verkehr mit Ziel oder Quelle im Alpenraum“ (Import- und Exportverkehr; Art 2 UA 2 VP). Findet auf einer Straße sowohl inneralpiner als auch alpenquerender Verkehr statt, soll auch hier die strenge Auslegung greifen und der Verkehr als alpenquerend eingestuft werden.<sup>98</sup> Das bedeutet für die Errichtung des Scheiteltunnels, dass es bei gebotener funktional-gesamtheitlicher Sichtweise sinnvoll nicht möglich ist,<sup>99</sup> den Verkehr unter Art 11 Abs 2 VP zu subsumieren, wenngleich den Vertragsstaaten diesbezüglich der unter dem obigen Punkt „b. Alpenquerender Verkehr“ eingeräumte Spielraum zukommt.<sup>100</sup> **Damit aber ist die Anwendbarkeit des Art 11 Abs 2 VP hinsichtlich der Verwirklichung des Scheiteltunnels nicht nur wegen fehlender Hochrangigkeit, sondern auch wegen des nicht zutreffenden Kriteriums des bloß inneralpinen Verkehrs nicht möglich.**

Im Folgenden werden die entsprechenden Rahmenbedingungen des Art 11 Abs 2 VP allerdings auftragsgemäß kurz erläutert.

## 2. Voraussetzungen

Die in Art 11 Abs 2 VP erwähnten Voraussetzungen sind stichwortartig erwähnt

- a) „Vorsorge- oder Ausgleichsmaßnahmen aufgrund des Ergebnisses einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP)“,
- b) „bessere Auslastung bestehender Verkehrsverbindungen“,
- c) „Zweckmäßigkeitprüfung“ und
- d) „Übereinstimmung mit der Raumordnung“

und müssen kumulativ vorliegen.

### a. Vorsorge- und Ausgleichsmaßnahmen

Hier wird der Nachweis gefordert, dass die Ziele der Alpenkonvention in Bezug auf den – eben bloß inneralpinen – Verkehr auch bei Realisierung des Straßenbauprojekts erreicht werden. Risiken und Belastungen dürfen ein „erträgliches Maß“ nicht überschreiten. Nach Art 3 UA 3 VP sind „erträgliche Belastungen und Risiken“ Belastungen und Risiken, die im Rahmen von Umweltverträglichkeitsprüfungen und Risikoanalysen zu definieren sind, mit dem Ziel, einem weiteren Anstieg der Belastungen und Risiken Einhalt zu gebieten und diese sowohl bei Neubauten wie bei bestehenden Infrastrukturen mit erheblichen räumlichen Auswirkungen durch entsprechende Maßnahmen soweit erforderlich zu verringern.

<sup>98</sup> So Heuck (FN 57) 187.

<sup>99</sup> Vgl dazu das Gutachten von *Ingenieurbüro Dipl.-Ing. Dr. Helmut Köll Ziviltechnikergesellschaft KG*, Fernpass Scheiteltunnel – Tschirgantunnel. Verkehrsuntersuchung (August 2014).

<sup>100</sup> Nicht zufällig wird die Fernpassstraße auch auf Wikipedia gleich zu Beginn als Teil der Verbindung zwischen Deutschland und Italien vorgestellt (<https://de.wikipedia.org/wiki/Fernpassstra%C3%9Fe>; 14.5.2018).

Hinsichtlich der geforderten Vorsorge- und Ausgleichsmaßnahmen kommt den Vertragsstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum zu.<sup>101</sup>

Mit Blick auf den Fernpassscheiteltunnel ist diesbezüglich zu beachten, dass es im Vergleich zu sonstigen Aus- oder Neubauprojekten zu nur geringen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft kommen wird. So wird etwa nur geringfügiger Bodenverbrauch zu Buche schlagen und Verkehr von einer sensiblen, gebirgigen Passstraße in einen relativ „flachen“ Tunnel verlegt, was auch zur Lärmreduktion führt. Die diesbezügliche Spezifität eines Tunnelprojekts zeigt sich auch in der weitgehenden Ungeeignetheit von sonst üblicherweise in Frage kommenden Ausgleichsmaßnahmen wie Wiederherstellung und Ersatz im Sinne einer landschaftsgerechten Gestaltung. Wesentliche, wenn auch nicht alleinige Stütze dieser Überlegungen ist eine UVP. Sollte behördlich festgestellt werden, dass eine solche nicht erforderlich ist, könnte dies als starkes<sup>102</sup> Indiz gewertet werden, dass die entsprechenden Belastungen ein „erträgliches Maß“ nicht überschreiten. Ein entsprechender Automatismus besteht aber auch deshalb nicht, weil Art 11 Abs 2 VP mehr als nur eine UVP fordert.

#### b. Bessere Auslastung bestehender Verkehrsverbindungen

Art 11 Abs 2 lit b VP verlangt, dass die Bedürfnisse nach Transportkapazitäten nicht durch eine bessere Auslastung bestehender Straßen- und Bahnkapazitäten, durch den Aus- oder Neubau von Bahn- und Schifffahrtsinfrastrukturen und durch die Verbesserung des kombinierten Verkehrs sowie durch weitere verkehrsorganisatorische Maßnahmen erfüllt werden können. Damit sollen – bereits auf Planungsebene – eindimensionale Lösungen zur Steigerung der Transportkapazität vermieden werden. Sämtliche Alternativmaßnahmen sind zu prüfen. Diese reichen von organisatorischen Maßnahmen ohne Neubau über den Ausbau des öffentlichen Verkehrs bis hin zu (kleineren) Alternativ-Bauvarianten.

In Bezug auf den Scheiteltunnel zeigt sich zunächst, dass es nicht das Bedürfnis nach Güter-Transportkapazitäten ist, das dessen Bau zugrunde liegt. Vielmehr soll (und muss aus rechtlichen Gründen) das Lkw-Fahrverbot aufrechterhalten werden. Auch bei lit b geht es letztlich um Umweltschutz und sind – in Bezug auf den Personenverkehr und die vom Lkw-Fahrverbot ausgenommenen Lkw – auch die mit dem Scheiteltunnel verbundenen positiven Umwelteffekte zu berücksichtigen. Es handelt sich um einen relativ kurzen Tunnel, der eine sechsmal so lange, überaus gebirgige Passstraße entlastet. Solche Bypassvarianten stellen einen geringeren Eingriff in die Natur dar und sind mit einer geringeren Gefahr von Mehrverkehr behaftet als „große Lösungen“. Dies war ein wesentlicher Grund für die Aufgabe des Projekts Letzetunnel in Vorarlberg.<sup>103</sup> Eine Verbindung der deutschen A 7 mit der A 12 durch einen großen Tunnel ist gerade keine „nachhaltige“ Lösung. Sie wäre ohne Zweifel ein Neubau einer hochrangigen Straße nach Art 11 Abs 1 VP, auch wenn man –

<sup>101</sup> Heuck (FN 57) 188.

<sup>102</sup> So verzichtet auch Art 2 UA 5 VP auf die Auflistung konkreter Projekte, die der Evaluation unterliegen. Vielmehr ist die Pflicht zur Durchführung einer UVP „das maßgebliche Kriterium“. Heuck (FN 53) 163.

<sup>103</sup> Vgl dazu mwN Cuypers, Die Alpenkonvention und ihr Verkehrsprotokoll: Völkerrechtliches Maßnahmenpaket im innerstaatlichen Wirkungsgefüge, in: TU Graz (Hrsg), Seminar „Verkehr im Alpenraum“ – Tagungsband (2006) 19 (38). Heuck (FN 57) 191.

sofern technisch überhaupt möglich – zusätzlich die Bahn in den Tunnel verlegen würde.<sup>104</sup> Erwähnt sei ergänzend, dass das Land Tirol am Fernpass bereits intensive Plakataktionen für die Anreise mit der Bahn durchgeführt hat.<sup>105</sup>

### c. Zweckmäßigkeitprüfung

Nach Art 11 Abs 2 lit c VP muss eine Zweckmäßigkeitprüfung ergeben, dass das Projekt wirtschaftlich ist, die Risiken beherrscht werden und die UVP positiv ausgefallen ist. Unter Zweckmäßigkeitprüfung versteht das Verkehrsprotokoll (Art 2 UA 12) „ein Prüfverfahren gemäß der nationalen Gesetzgebung anlässlich der Planung großer Neubauten oder wesentlicher Änderungen oder Ausbauten vorhandener Verkehrsinfrastrukturen, welches Abklärungen betreffend die verkehrspolitische Notwendigkeit sowie die verkehrlichen, ökologischen, ökonomischen und soziokulturellen Auswirkungen umfasst“.

Das Projekt muss also evaluiert werden. Zum einen sind die verkehrspolitische Notwendigkeit und die Gründe für den Bau herauszuarbeiten. Das kann bei einem Tunnelbau die Entlastung der Bevölkerung, die Bewältigung eines erhöhten Verkehrsaufkommens oder die Entlastung bestimmter Strecken sein. Das Bedürfnis nach mehr Transportkapazität stellt nur dann eine verkehrspolitische Notwendigkeit dar, wenn es nicht durch andere – umweltverträglichere – Verkehrsträger oder Maßnahmen befriedigt werden kann.

Zum anderen ist eine Abklärung der verkehrlichen, ökologischen, ökonomischen und soziokulturellen Auswirkungen vorzunehmen. Eine UVP für sich genommen ist – wie erwähnt – nicht ausreichend. Notwendig ist eine vorausschauende, umfassende Wirkungsanalyse. Wirtschaftlich bedeutet im vorliegenden Zusammenhang kostendeckend. Entsprechende Beurteilungen sind schwierig. Bei den Risiken handelt es sich um solche der Verkehrssicherheit. Die Bezugnahmen auf den positiven Ausgang einer UPV sind so zu verstehen, dass die positiven Umweltauswirkungen überwiegen müssen. In der Literatur wird diesbezüglich beispielhaft auf den Flächenverbrauch für die neue Straße verwiesen,<sup>106</sup> der bei einer Tunnellösung aber nur sehr gering ausfallen wird.

In Bezug auf den Scheiteltunnel könnte die Kostendeckung – auch unter Anlastung gewisser externer Kosten, die bei einer Tunnelvariante, die eine gebirgige Passstraße entlastet, im Vergleich nur sehr gering anfallen – zB durch ein Mautsystem erreicht werden. Dass die Verkehrssicherheit gesteigert würde, ist wohl unstrittig. Zudem schlagen auch positive Umweltauswirkungen zu Buche, die bei einer UVP zu berücksichtigen wären. Erwähnt sei noch, dass die allfällige behördliche Feststellung, dass eine UVP für ein Projekt nicht erforderlich ist, in grundsätzlicher Hinsicht belegen würde, dass keine allzu wesentlichen Eingriffe in die Natur vorgenommen werden.

<sup>104</sup> Vgl die Forderung auf <https://www.meinbezirk.at/reutte/lokales/fpoe-will-grosse-loesung-entlang-der-fernpassstrecke-d2063118.html> (7.5.2018).

<sup>105</sup> <http://www.tt.com/panorama/verkehr/12180714-91/fernpass-land-wirbt-an-staustrecke-mit-anreise-per-bahn.csp> (7.5.2018).

<sup>106</sup> Heuck (FN 57) 192.

#### d. Übereinstimmung mit der Raumordnung

Schließlich ist nach Art 11 Abs 2 lit d VP den Raumordnungsplänen/-programmen und der nachhaltigen Entwicklung Rechnung zu tragen. Diesbezüglich sei hier auf die verkehrsplanerischen Anforderungen nach Art 9 Abs 5 des Raumplanungsprotokolls und Art 3 VP lediglich verwiesen.

### 3. Ergebnis: Der Fernpassscheiteltunnel im Lichte der Beschränkungen des Art 11 Abs 2 VP

a) **Art 11 Abs 2 VP ist aus zwei Gründen bei der Realisierung des Scheiteltunnels nicht anzuwenden.** Zum einen handelt es sich **nicht um eine hochrangige Straße oder einen hochrangigen Ausbau.** Zum anderen findet auf der Fernpassstraße **auch alpenquerender Verkehr** in einem nicht nur geringfügigen Ausmaß statt. Dies verhindert eine Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal „inneralpiner“ Verkehr. Das ist auch dann der Fall, wenn den Vertragsstaaten bei der diesbezüglichen Qualifikation des Verkehrs ein größerer Gestaltungsspielraum zukommt.

b) Art 11 Abs 2 lit a VP fordert im Wesentlichen und etwas verkürzt den Nachweis, dass die Risiken und Belastungen ein „erträgliches Maß“ nicht überschreiten.

Mit Blick auf den Fernpassscheiteltunnel ist diesbezüglich zu beachten, dass es im Vergleich zu sonstigen Aus- oder Neubauprojekten zu nur geringen Beeinträchtigungen von Natur und Landschaft kommen würde. Wesentliche, wenn auch nicht alleinige Stütze der entsprechenden Überlegungen ist eine UVP. Sollte behördlich festgestellt werden, dass eine solche nicht erforderlich ist, könnte dies als starkes Indiz gewertet werden, dass die entsprechenden Belastungen ein „erträgliches Maß“ nicht überschreiten.

c) Art 11 Abs 2 lit b VP verpflichtet dazu, sämtliche Alternativmaßnahmen zu prüfen.

In Bezug auf die „Bedürfnisse nach Transportkapazitäten“ ist hinsichtlich der Errichtung des Scheiteltunnels auf die Aufrechterhaltung des Lkw-Fahrverbots zu verweisen. Auch hier sind die mit dem Scheiteltunnel verbundenen positiven Umwelteffekte zu berücksichtigen. Als sonstige organisatorische Maßnahme hat das Land Tirol am Fernpass bereits intensive Werbeaktionen für die Anreise mit der Bahn durchgeführt.

d) Nach Art 11 Abs 2 lit c VP muss das Projekt umfänglich evaluiert werden. Zum einen ist die verkehrspolitische Notwendigkeit für den Bau zu belegen. Zum anderen ist eine Abklärung der verkehrlichen, ökologischen, ökonomischen und soziokulturellen Auswirkungen im Sinne einer vorausschauenden, umfassenden Wirkungsanalyse erforderlich.

In Bezug auf den Scheiteltunnel könnte die (auch) geforderte Wirtschaftlichkeit zB durch ein Mautsystem erreicht werden. Dass die Verkehrssicherheit gesteigert würde, ist unstrittig. Zudem schlagen auch hier positive Umweltauswirkungen zu Buche, die bei einer UVP zu berücksichtigen wären.

d) Schließlich ist nach Art 11 Abs 2 lit d VP den Raumordnungsplänen/-programmen und der nachhaltigen Entwicklung Rechnung zu tragen.

#### **D. Beantwortung der Frage 3**

Als Antwort auf die Frage 3 kann festgehalten werden, dass die **Alpenkonvention und Art 11 Abs 1 und 2 ihres Verkehrsprotokolls der Errichtung des Scheiteltunnels nicht entgegenstehen.**

## V. Ergebnisse

1. Auch im Falle der Realisierung des Fernpasssscheiteltunnels darf das Fahrverbot für Lkw mit einem höchstzulässigen Gesamtgewicht von über 7,5 t aufrechterhalten werden. Die gesetzlichen Bestimmungen sprechen vor dem Hintergrund der durchgeführten verkehrlichen Sachverständigenanalysen sogar für eine **rechtliche Pflicht der Aufrechterhaltung des Lkw-Fahrverbots auch nach der Tunnelerrichtung**.
2. Aus **verfassungsrechtlicher Sicht** stehen einer solchen Aufrechterhaltung **keine rechtlichen Hindernisse** entgegen.
3. Auch aus **unionsrechtlicher Sicht** begegnet die Aufrechterhaltung des Lkw-Fahrverbots **keinen rechtlichen Bedenken**.
4. Die Stillhalteverpflichtung der Vertragsstaaten nach **Art 11 Abs 1 VP** betreffend den Bau hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr ist sowohl aus völker- als auch aus unionsrechtlicher Sicht **unmittelbar anwendbar**. Daher kann Art 11 Abs 1 VP in einem nationalen Verfahren konkret und unmittelbar Grundlage einer Entscheidung sein.
5. Ob Art 11 Abs 1 VP in einem Verfahren von „Einwendern“ geltend gemacht werden kann, hängt nicht nur von der konkreten Verfahrensart, sondern auch von der jeweiligen Interpretation der **verfahrensrechtlichen Bestimmungen** ab. Diese sind **völker- und unionsrechtskonform zu interpretieren**. Im Lichte – auch widersprüchlicher – höchstgerichtlicher Judikatur bestehen hier nicht unerhebliche Unsicherheiten.
6. Die Beschränkungen nach **Art 11 Abs 2 VP** für hochrangige Straßenprojekte für den inneralpinen Verkehr sind **nicht unmittelbar anwendbar**.
7. Die **Fernpassstraße** ist derzeit keine hochrangige Straße im Sinne des Art 11 Abs 1 VP. Sie **würde auch durch die Errichtung des Scheiteltunnels nicht zu einer hochrangigen Straße** werden. Daher sind **sowohl Art 11 Abs 1 als auch Abs 2 VP** nicht auf die Realisierung des Tunnels anwendbar und **stehen dieser somit nicht im Weg**.
8. Art 11 Abs 2 VP ist zudem auch deshalb nicht einschlägig, weil der **Verkehr auf der Fernpassstraße** zu einem nicht unwesentlichen Teil aus alpenquerendem Verkehr besteht. Daher kann dieser **nicht als „inneralpin“** bezeichnet werden.