

Rechtsgutachten

zur Vereinbarkeit hochrangiger Verkehrsprojekte
mit dem Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention unter Berücksichtigung
des sog. Klima-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 24.3.2021

erstattet

im Auftrag der BayernSPD Landtagsfraktion

durch

Professor Dr. Kurt Faßbender

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insbes. Umwelt- und Planungsrecht
und geschäftsführender Direktor des Instituts für Umwelt- und Planungsrecht an der
Universität Leipzig

Stand: 29. März 2022

Inhaltsübersicht

A. SACHVERHALT	3
B. RECHTLICHE STELLUNGNAHME.....	4
I. Zuständigkeiten für die Planung und Ausführung von Bundesfernstraßen	4
1. Der rechtliche Rahmen	4
2. Die hieraus resultierenden geteilten Zuständigkeiten	6
a) Zuständigkeit der bayerischen Landesbehörden für die Genehmigung und Ausführung der Bundesfernstraßen in Bayern.....	6
b) Einschlägige Vorgaben des Bundes, insbesondere zum Bedarf.....	7
c) Zwischenergebnis.....	9
II. Die rechtliche Bedeutung des Verkehrsprotokolls	10
1. Allgemeines	10
2. Die Bedeutung des Verkehrsprotokolls für die hier interessierenden Straßenbauvorhaben	13
a) Der Wortlaut des Art. 11 VP.....	13
b) Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 11 VP	14
c) Der räumliche Anwendungsbereich des Art. 11 VP	18
d) Das Vorliegen einer hochrangigen Straße als gemeinsame Voraussetzung	19
e) Die weiteren Anwendungsvoraussetzungen des Art. 11 Abs. 1 VP	22
f) Die Bedeutung der Ausnahme in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP.....	25
g) Zu den Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 VP	28
h) Insbesondere: Die unzureichende Alternativenprüfung bei der Bundesverkehrswegeplanung	31
3. Folgen für die bayerischen Behörden	34
III. Die Bedeutung des Klima-Beschlusses des BVerfG	37
1. Zielkonvergenzen	37
2. Konsequenzen	38
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	40

Gegenstand dieses Rechtsgutachtens ist die Frage, ob und inwieweit das Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention unmittelbar für deutsche staatliche Stellen anwendbar ist und ob bzw. gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen hochrangige Verkehrsprojekte mit dem Verkehrsprotokoll unter Berücksichtigung des sog. Klima-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24.3.2021 vereinbar sind. Dabei soll auch geklärt werden, welche staatliche Ebene in welcher Weise bei der Planung und Realisierung von Bundesfernstraßen an die Vorgaben des Verkehrsprotokolls gebunden ist.

A. Sachverhalt

Aus Anlass der Proteste gegen den Bau der Ortsumgehung Oberau im Zuge der Bundesstraße B 23 sowie gegen den Ausbau der B 2 zwischen dem Ende der Bundesautobahn A 95 bei Eschenlohe und der Anschlussstelle Oberau Nord mit Bau des Auerbergtunnels hat der Abgeordnete *Florian von Brunn* die Bayerische Staatsregierung gefragt, wie sie diese Verkehrsprojekte mit Blick auf die Alpenkonvention, und hier insbesondere mit Blick auf Art. 11 des Verkehrsprotokolls beurteilt.

Vgl. die Anfrage zum Plenum des Herrn Abgeordneten *Florian von Brunn* „Alpenschutz in Bayern: Missachtung und Verstöße gegen bayerischen Alpenplan und Alpenkonvention“.

Das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie hat in seiner Antwort vom 6.5.2021 den Standpunkt vertreten, dass Art. 11 des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention „eine nicht unmittelbar anwendbare Norm“ sei. Im Übrigen sei Art. 11 des Verkehrsprotokolls „entsprechend der Zuständigkeit auf Bundesebene durch das UVPG, BNatSchG, FStrG, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Bundesverkehrswegeplan 2030 (BVWP) i.V.m. Bedarfsplan Bundesfernstraßen (Anlage zum FStrAbG) in nationales Recht umgesetzt“.

Vgl. die Antwort des Bayerische Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie vom 6.5.2021 zum Plenum des Herrn Abgeordneten *Florian von Brunn* „Alpenschutz in Bayern: Missachtung und Verstöße gegen bayerischen Alpenplan und Alpenkonvention“.

Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden untersucht werden, ob und inwieweit das Verkehrsprotokoll der Alpenkonvention unmittelbar für deutsche staatliche Stellen anwendbar ist und ob bzw. gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die zuvor genannten und weitere hochrangige Verkehrsprojekte mit dem Verkehrsprotokoll unter Berücksichtigung des sog. Klima-Beschlusses des BVerfG vom 24.3.2021 vereinbar sind. Dabei soll auch geklärt werden, welche staatliche Ebene in welcher Weise bei der Planung und Realisierung von Bundesfernstraßen an die Vorgaben des Verkehrsprotokolls gebunden ist.

B. Rechtliche Stellungnahme

Hierzu werden zunächst die Zuständigkeiten für die Planung und Realisierung von Bundesfernstraßen ermittelt (I.). Anschließend wird die rechtliche Bedeutung des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention im Allgemeinen sowie mit Blick auf die zuvor genannten und weitere hochrangige Verkehrsprojekte im Besonderen analysiert (II.). Sodann wird die Bedeutung des sog. Klima-Beschlusses des BVerfG vom 24.3.2021 für die Planung und Realisierung von Bundesfernstraßen untersucht (III.). Am Ende werden die wesentlichen Ergebnisse der rechtlichen Stellungnahme zusammengefasst (IV.).

I. Zuständigkeiten für die Planung und Ausführung von Bundesfernstraßen

1. Der rechtliche Rahmen

Das im Sommer 2017 beschlossene 62. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (GG)

Bundesgesetzblatt 2017, Teil I, S. 2347 ff.

führte unter anderem dazu, dass die Verwaltung der **Bundesautobahnen** nach Maßgabe der näheren Regelung in Art. 90 Abs. 2 GG künftig in Bundesverwaltung geführt wird, während die **sonstigen** Bundesstraßen des Fernverkehrs (**Bundesfernstraßen**) gemäß Art. 90 Abs. 3 GG in Übereinstimmung mit der früheren Rechtslage von den Ländern oder den nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften im Auftrage des

Bundes verwaltet werden. Hierzu enthält der ebenfalls 2017 neu eingefügte Art. 143e Abs. 1 GG eine Übergangsregelung, nach der die Bundesautobahnen längstens bis zum 31.12.2020 in Auftragsverwaltung geführt werden können.

Im Einklang damit bestimmt das Gesetz zur Einrichtung eines Fernstraßen-Bundesamtes (FStrBAG), das als Bestandteil eines umfangreicheren „Begleitgesetzes“ kurz nach der Grundgesetzänderung verabschiedet wurde,

Bundesgesetzblatt 2017, Teil I, S. 3133 ff.

dass das Fernstraßen-Bundesamt erst zum 1.1.2021 als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesverkehrsministerium seine Tätigkeit aufnimmt. Ab diesem Zeitpunkt ist das Fernstraßen-Bundesamt gemäß § 1 Abs. 2 FStrBAG Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde in Planfeststellungsverfahren oder Plangenehmigungsbehörde in Plangenehmigungsverfahren, die auf der Grundlage des § 17 FStrG für den Bau oder die Änderung von Bundesautobahnen durchgeführt werden.

Hiervon abweichend bestimmt § 3 Abs. 3 S. 1 FStrBAG seit 2017, dass auf Antrag eines Landes eine nach *Landesrecht* zuständige Behörde Anhörungs- und Planfeststellungsbehörde bzw. Plangenehmigungsbehörde in Verfahren sein soll, die auf der Grundlage des § 17 FStrG für den Bau oder die Änderung von Bundesautobahnen durchgeführt werden. Das war nach nahezu einhelliger Ansicht in der Staatsrechtslehre und einem Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestags verfassungswidrig, weil Art. 90 Abs. 2 S. 1 GG konstitutiv und ohne Ausnahme bestimmt, dass die Verwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung geführt wird.

Vgl. dazu hier nur *Faßbender*, Die Reform der Bundesfernstraßenverwaltung: nunmehr verfassungsrechtlich abgesichert?, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2021, S. 296 f. mit weiteren Nachweisen.

Daher wurde Art. 143e GG im Jahre 2019 um einen Abs. 3 ergänzt, der darauf abzielte, die o. g. einfachgesetzliche Regelung „verfassungsrechtlich abzusichern“.

Vgl. die in der BT-Drucks. 19/3440, S. 2 abgedruckte Entwurfsbegründung der Bundesregierung.

Im Schrifttum wird jedoch zum Teil die Ansicht vertreten, dass die beabsichtigte nachträgliche Heilung des zuvor skizzierten Verfassungsverstoßes nicht bereits mit der Ergänzung von Art. 143e GG erreicht wurde. Folgt man dem, dann hätte der Bundesgesetzgeber § 3 Abs. 3 FStrBAG komplett neu erlassen müssen.

So *Faßbender*, in: NVwZ 2021, S. 296 ff.; *Remmert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum GG, Art. 90 Rn. 14.6.

Dies ist durch Gesetz vom 31.5.2021 geschehen.

Siehe Bundesgesetzblatt I S. 1221.

Bereits im Jahre 2019 haben vier Länder beim zuständigen Fernstraßen-Bundesamt einen Antrag nach § 3 Abs. 3 S. 1 FStrBAG auf „Beibehaltung“ der Zuständigkeit für Anhörung, Planfeststellung und weitere Entscheidungen zum Bau und der Änderung von Bundesautobahnen in ihrem Landesgebiet gestellt. Hierzu gehört auch Bayern.

Siehe Bayerisches Ministerialblatt Nr. 304 vom 7.8.2019.

An die zugrundeliegenden gesetzlichen Vorgaben sind die zuständigen Behörden gebunden, nachdem der Bundesgesetzgeber die zuvor genannten verfassungsrechtlichen Bedenken ausgeräumt hat, zumal der Verwaltung nach herrschender und zutreffender Meinung jedenfalls bei formellen Gesetzen keine Verwerfungskompetenz zusteht.

Siehe die Nachweise bei *Faßbender*, in: NVwZ 2021, S. 296 (298, Fn. 27).

2. Die hieraus resultierenden geteilten Zuständigkeiten

a) Zuständigkeit der bayerischen Landesbehörden für die Genehmigung und Ausführung der Bundesfernstraßen in Bayern

Dies hat zur Folge, dass die bayerischen Landesbehörden nicht nur – wie bisher – bei den sonstigen Bundesfernstraßen gemäß Art. 90 Abs. 3 GG für die Durchführung von Planfeststellungsverfahren oder Plangenehmigungsverfahren und damit für die eigentliche Genehmigung dieser Bundesstraßen „vor Ort“ zuständig sind. Sie behalten vielmehr auch ihre Zuständigkeit für die Genehmigung des Baus oder der Änderung von Bundesautobahnen.

Diese Zuständigkeit erstreckt sich grundsätzlich auch auf die Ausführung der Straßenbauvorhaben, die freilich regelmäßig ausgeschrieben und vergeben wird, so dass sich die Aufgabe insoweit darauf verlagert, die Einhaltung der vertragsgemäßen Leistungserbringung zu überwachen.

Siehe näher zum Ganzen *Der Präsident des Bundesrechnungshofs als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung* (Hrsg.), Bundesfernstraßen – Planen, Bauen und Betreiben, 2. Auflage 2018, S. 99 ff. und S. 121 ff.

b) Einschlägige Vorgaben des Bundes, insbesondere zum Bedarf

Hierbei müssen die bayerischen Landesbehörden indessen grundsätzlich bestimmte Vorgaben des Bundes beachten, die auch in der eingangs unter A. genannten Antwort des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie vom 6.5.2021 zum Plenum des Abgeordneten *Florian von Brunn* erwähnt werden. Denn der Bund ist nach dem Grundgesetz nicht nur gemäß Art. 90 GG verantwortlich für den Bau und die Erhaltung der Bundesfernstraßen, sondern auch für die Bundesschienenwege (siehe Art. 87e GG) und für die Bundeswasserstraßen (siehe Art. 89 GG). Und selbst wenn die Länder die (sonstigen) Bundesfernstraßen im Auftrag des Bundes verwalten, hat der Bund gemäß Art. 104a Abs. 2 GG die sich daraus ergebenden Ausgaben zu tragen.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundeskabinett zuletzt am 3.8.2016 den **Bundesverkehrswegeplan (BVWP) 2030** als Investitionsrahmenplan beschlossen, der vom Bundesverkehrsministerium als „wichtigstes Instrument der Verkehrsinfrastrukturplanung des Bundes“ bezeichnet wird. Er soll die „verkehrspolitischen Weichen bis zum Jahr 2030“ stellen, und zwar sowohl für die Bestandsnetze als auch für Aus- und Neubauprojekte im Bereich der Verkehrsträger Straße, Schiene und Wasserstraße. Das Gesamtinvestitionsvolumen des BVWP 2030 beträgt gewaltige 269,6 Mrd. €.

Siehe <https://www.bmvi.de/DE/Themen/Mobilitaet/Infrastrukturplanung-Investitionen/Bundesverkehrswegeplan-2030/bundesverkehrswegeplan-2030.html> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022). Siehe auch den im Internet abrufbaren BVWP 2030, S. II-IV.

Der BVWP 2030 entfaltet allerdings selbst keine unmittelbare rechtliche Wirkung. Er bildete vielmehr die maßgebliche Grundlage für die **Bedarfspläne des Bundes** für die einzelnen Verkehrsträger, die wiederum als Anlage der jeweiligen Ausbaugesetze in den Bundestag eingebracht und von diesem verbindlich beschlossen wurden.

Siehe den im Internet abrufbaren BVWP 2030, S. IV.

Für die hier interessierenden Bundesfernstraßen gilt das **Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG)**, dessen Anlage am 23.12.2016 an den BVWP 2030 angepasst wurde.

Bundesgesetzblatt 2016, Teil I, S. 3154 ff.

Dies hat gemäß § 1 Abs. 2 FStrAbG zur Folge, dass die in der Anlage zu dem Gesetz aufgeführten Bau- und Ausbauvorhaben kraft gesetzlicher Anordnung den Zielsetzungen des § 1 Abs. 1 des Bundesfernstraßengesetzes (FStrG) entsprechen und dass diese **Feststellung des Bedarfs grundsätzlich** für die Linienbestimmung nach § 16 FStrG und für die Planfeststellung nach § 17 FStrG **verbindlich** ist. Daher könnten sich die für die Planfeststellung zuständigen bayerischen Landesbehörden auf den Standpunkt stellen, sie dürften die entsprechenden Bau- und Ausbauvorhaben „an sich“ nicht mehr in Frage stellen.

Das betrifft auch den oben unter A. genannten Neubau der Ortsumgehung Oberau im Zuge der Bundesstraße B 23 sowie den Neubau der B 2 zwischen dem Ende der A 95 bei Eschenlohe und der Anschlussstelle Oberau Nord mit Bau des Auerbergtunnels, da diese Vorhaben in Ziffern 188 und 283 der Anlage zum FStrAbG aufgeführt sind. Es ist aber im Folgenden noch näher zu prüfen, ob und inwieweit diese und weitere Aus- und Neubauvorhaben, die ebenfalls Gegenstand der Anlage zum FStrAbG sind, aus Sicht des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention und des sog. Klima-Beschlusses des BVerfG vom 24.3.2021 einer Überprüfung bedürfen. Dabei wird es nicht zuletzt um die Frage gehen, ob und inwieweit sich dies auf die Verbindlichkeit der zuvor skizzierten Bedarfsfeststellung auswirken könnte.

c) *Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis ist hier zunächst einmal festzuhalten, dass die Planung und Ausführung von Bundesfernstraßen mindestens auf **drei Stufen mit unterschiedlichen Zuständigkeiten** erfolgt: Am Anfang steht der vom Bundeskabinett beschlossene Bundesverkehrswegeplan 2030, der auf einer zweiten Stufe vom Bundestag auszugsweise in die Anlage zum FStrAbG übernommen wurde, um den Bedarf gesetzlich festzulegen. Auf der dritten Stufe erfolgt dann die Genehmigung der konkreten Vorhaben in entsprechenden Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren. Für diese Verfahren und auch für die Ausführung der Vorhaben sind in Bayern aufgrund des oben unter B. I. erwähnten Antrags nach § 3 Abs. 3 FStrBAG bei sämtlichen Bundesfernstraßen, also Bundesautobahnen und sonstigen Bundesfernstraßen, die bayerischen Landesbehörden zuständig.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass zwischen die zweite und dritte Stufe noch zwei weitere Verfahrensschritte treten können.

Hierbei handelt es sich zum einen um das Raumordnungsverfahren, das bundesrechtlich in § 15 des Raumordnungsgesetzes (ROG) geregelt ist und das auch in der eingangs unter A. genannten Antwort des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie vom 6.5.2021 zum Plenum des Abgeordneten *Florian von Brunn* Erwähnung findet. Das Raumordnungsverfahren wird gemäß § 15 Abs. 1 ROG von der für Raumordnung zuständigen Landesbehörde durchgeführt und dient der Ermittlung und Bestimmung einer raumverträglichen Trasse.

Zum anderen sieht der zuvor und in § 1 Abs. 2 S. 2 FStrAbG genannte § 16 FStrG eine sog. Linienbestimmung vor, sofern es sich nicht um den Neubau einer Ortsumgehung handelt. Bei der Bestimmung der Linienführung sind gemäß § 16 Abs. 2 S. 1 FStrG die von dem Vorhaben berührten öffentlichen Belange einschließlich der Umweltverträglichkeit und des Ergebnisses eines zuvor durchgeführten Raumordnungsverfahrens im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen.

Die Linienbestimmung fiel bereits vor der Einführung einer Bundesverwaltung für die Autobahnen nach herrschender und zutreffender Meinung kraft Natur der Sache in die

Verwaltungskompetenz des Bundes. Hierfür war früher das Bundesverkehrsministerium zuständig. Seit dem 1.1.2021 ist das Fernstraßen-Bundesamt zuständig.

Siehe dazu *Faßbender*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 90 Rn. 114 mit weiteren Nachweisen. Einen Überblick über sämtliche Verfahrensschritte gibt *Der Präsident des Bundesrechnungshofs als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung* (Hrsg.), Bundesfernstraßen – Planen, Bauen und Betreiben, 2. Auflage 2018, S. 37.

Beiden Verfahren ist freilich gemeinsam, dass sie lediglich vorbereitende Entscheidungen darstellen, die zudem ausschließlich behördenintern verbindlich sind.

Vgl. zum Raumordnungsverfahren etwa näher *Goppel*, in: Spannowsky/Runkel/Goppel, Raumordnungsgesetz (ROG) Kommentar, 2010, § 15 Rn. 86 ff. und zur Linienbestimmung Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14/12, u.a. abgedruckt in NVwZ 2014, S. 714 ff. (Leitsatz 2).

Von daher und aus Gründen einer Beschränkung auf das Wesentliche sollen die beiden zuletzt genannten Verfahrensschritte im Folgenden außen vor bleiben. Sie führen zudem zu keinen relevanten Abweichungen bei den hier interessierenden Punkten.

II. Die rechtliche Bedeutung des Verkehrsprotokolls

Mit dieser Maßgabe ist nun in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche rechtliche Bedeutung dem Verkehrsprotokoll (VP) der Alpenkonvention im Allgemeinen sowie mit Blick auf die zuvor genannten Straßenbauvorhaben im Besonderen zukommt.

1. Allgemeines

Das Protokoll zur Durchführung der Alpenkonvention im Bereich Verkehr von 2000 ist, wie der Name schon sagt, ein Protokoll, das der Durchführung und Konkretisierung der Alpenkonvention dient, die wiederum im Jahr 1991 von den sechs Alpenanrainerstaaten als Rahmenabkommen unterzeichnet wurde.

Vgl. näher dazu *Markus*, Verbindlicher internationaler Bodenschutz im Rahmen der Alpenkonvention, in: Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR) 2015, S. 214 f.; *Wolf*, Die Alpenkonvention, in: Natur und Recht (NuR) 2016, S. 369 (370 f.).

Dabei gibt es neben dem Verkehrsprotokoll noch weitere Protokolle, die sich beispielsweise mit den Themen Naturschutz und Landschaftspflege oder Bodenschutz befassen.

Die einzelnen Protokolle können im Internet abgerufen werden unter <https://www.alpconv.org/de/startseite/konvention/protokolle-deklarationen/> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

Deren Vorgaben sind zwar ebenfalls teilweise für die zuvor genannten Straßenbauvorhaben relevant. Sie sind aber nicht Gegenstand des Gutachtenauftrags und bleiben daher im Folgenden außen vor.

Sowohl bei der Alpenkonvention als auch bei den Protokollen handelt es sich um völkerrechtliche Verträge, die zunächst einmal nur die Vertragsstaaten als solche binden. Vertragsparteien sind die acht Alpenstaaten (Deutschland, Frankreich, Italien, Liechtenstein, Monaco, Österreich, Schweiz und Slowenien) und die Europäische Union (EU).

Dabei bedürfen völkerrechtliche Verträge in aller Regel der innerstaatlichen Ratifizierung, die in Deutschland gemäß Art. 59 Abs. 2 GG durch ein Zustimmungsgesetz des Bundes zu erfolgen hat. Das entsprechende Zustimmungsgesetz ist für die Alpenkonvention am 6.3.1995 und für die Durchführungsprotokolle am 18.12.2002 in Kraft getreten.

Das Zustimmungsgesetz zu den Durchführungsprotokollen ist im Bundesgesetzblatt 2002, Teil II, S. 1785 abgedruckt.

Das Inkrafttreten der Zustimmungsgesetze hat zur Folge, dass diese Vertragsbestimmungen und damit auch das **Verkehrsprotokoll Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung** geworden sind. Sie sind folglich als Bundesgesetze **grundsätzlich von allen staatlichen Organen auf Bundes- und Landesebene zu beachten**.

Vgl. Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz/Bundesumweltministerium (Hrsg.), *Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung*, 2008, S. 8; VGH München, Urteil vom 16.3.2010 – 15 N 04.1980, abrufbar unter BeckRS 2010, 31181, Rn. 77; VG München, Beschluss vom 3.6.2014 – M 2 S 14.2116, abrufbar unter BeckRS 2014, 52394; *Fischer-Hüftele/Egner/Meßerschmidt/Müllbauer*, *Naturschutzrecht in Bayern*, Loseblattsammlung, Stand: März 2019, Art. 2 Rn. 5; *Söhnlein*, 20 Jahre Alpenkonvention – Bilanz und Perspektiven aus juristischer Sicht, in: *Bayerische Verwaltungsblätter (BayVBl.)* 2013, S. 105 (106).

Darüber hinaus ist auch die (damalige) Europäische Gemeinschaft dem Verkehrsprotokoll beigetreten. Unterzeichnet wurde es allerdings erst im Jahr 2007 auf der Grundlage des Beschlusses 2007/799/EG des Rates.

Der Beschluss ist im Amtsblatt Nr. L 323 der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft vom 8.12.2007 auf S. 13 abgedruckt.

Diese Unterzeichnung wurde wiederum im Jahr 2013 durch Beschluss 2013/332/EU des Rates im Namen der EU genehmigt.

Der Beschluss ist im Amtsblatt Nr. L 177 der EU vom 28.6.2013 auf S. 13 abgedruckt und wird noch nicht berücksichtigt von *Heuck*, Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden und inneralpinen Gütertransport, in: NuR 2013, S. 162 (163).

Das Verkehrsprotokoll ist somit gemäß Art. 216 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) **auch von der Union und den Mitgliedstaaten als verbindliches Unionsrecht zu beachten**, was wiederum für die Rechtsschutzmöglichkeiten von Bedeutung sein kann.

Vgl. *Fischer-Hüftele/Egner/Meßerschmidt/Müllbauer*, Naturschutzrecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand: März 2019, Art. 2 Rn. 6b; *Söhnlein*, BayVBl. 2013, 105 (110).

Dabei ist im Einklang mit einer jüngeren Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs (VwGH) aus dem Jahre 2019 davon auszugehen, dass es Umweltverbänden bei einer unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts möglich sein muss, jedenfalls die Verletzung von unmittelbar anwendbaren Vorschriften des Verkehrsprotokolls zu rügen.

Vgl. VwGH, Entscheidung vom 19.6.2019 – Spruch W193 2114926-1/393E, S. 103 ff. und 121; die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=Verkehrsprotokoll&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

Es ist allerdings noch zu prüfen, welche Vorschriften des Verkehrsprotokolls in einem Verwaltungsverfahren als unmittelbar bindende rechtliche Vorgaben zu beachten sind. Denn es gibt auch in den Durchführungsprotokollen eine Reihe von Vorschriften, die sich in erster Linie an den Gesetzgeber des jeweiligen Vertragsstaates richten. Daher können nur solche Regelungen des Verkehrsprotokolls eine unmittelbare rechtliche

Wirkung entfalten, die nach Inhalt, Zweck und Formulierung hinreichend genau sind und die keiner weiteren Ausführungsbestimmungen bedürfen, so dass sie „self-executing“, also aus sich heraus vollziehbar sind.

Vgl. Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz/Bundesumweltministerium (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 8; VGH München, Urteil vom 16.3.2010 – 15 N 04.1980, abrufbar unter BeckRS 2010, 31181, Rn. 77; VG München, Beschluss vom 3.6.2014 – M 2 S 14.2116, abrufbar unter BeckRS 2014, 52394; *Fischer-Hüftle/Egner/Meßerschmidt/Müllbauer*, Naturschutzrecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand: März 2019, Art. 2 Rn. 5; *Söhnlein*, BayVBl. 2013, S. 105 (106); *Wolf*, NuR 2016, S. 369 (376).

2. Die Bedeutung des Verkehrsprotokolls für die hier interessierenden Straßenbauvorhaben

Angesichts dessen kann die rechtliche Bedeutung des Verkehrsprotokolls nur bezogen auf konkrete Einzelbestimmungen und nur bezogen auf konkrete staatliche Maßnahmen ermittelt werden. Im Zentrum der nachfolgenden Betrachtung steht dabei die Bestimmung zum „Straßenverkehr“ in Art. 11 VP.

a) Der Wortlaut des Art. 11 VP

Art. 11 des Verkehrsprotokolls hat folgenden Wortlaut:

„Artikel 11

Straßenverkehr

- (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
 - a) die in der Alpenkonvention in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j festgelegten Zielsetzungen durch Vornahme entsprechender Vorsorge- oder Ausgleichsmaßnahmen aufgrund 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 Neu-

bau 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 und
 - d) den Raumordnungsplänen/-programmen und der nachhaltigen Entwicklung Rechnung getragen wird.
- (3) Aufgrund der geografischen Verhältnisse und der Siedlungsstruktur des Alpenraumes, welche nicht in allen Fällen eine effiziente Bedienung mit öffentlichen Verkehrsmitteln erlauben, erkennen die Vertragsparteien in diesen Randgebieten gleichwohl die Notwendigkeit der Schaffung und Erhaltung von ausreichenden Verkehrsinfrastrukturen für einen funktionierenden Individualverkehr an.

b) Die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 11 VP

Wie bereits unter A. erwähnt, vertritt das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie in seiner eingangs unter A. erwähnten Antwort vom 6.5.2021 den Standpunkt, dass Art. 11 des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention insgesamt „eine nicht unmittelbar anwendbare Norm“ sei.

Dabei kann sich das Staatsministerium immerhin ein Stück weit auf eine gut zehn Jahre alte Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (BayVGh) berufen, das immerhin rund zwei Jahre später in einer Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (BayVerfGH) und rund weitere zwei weitere Jahre später in einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts (VG) München aufgegriffen wurde.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 13.9.2012 – Vf. 16-VII-11, abrufbar unter BeckRS 2012, 57002; VG München, Beschluss vom 3.6.2014 – M 2 S 14.2116, abrufbar unter BeckRS 2014, 52394.

In diesem Urteil hat der BayVGh zum Vorhaben der Ortsumfahrung Nesselwang das Folgende ausgesprochen:

„Die Exekutive und die Gerichte haben die Vorschriften der Alpenkonvention und der Protokolle zwar grundsätzlich als im Range von Bundesrecht stehendes Recht zu beachten und anzuwenden. In erster Linie wendet sich die Alpenkonvention aber an den Gesetzgeber des jeweiligen Vertragsstaates. Unmittelbare rechtliche Wirkung können nur Regelungen in den Protokollen entfalten, die nach Inhalt, Zweck und

Formulierung hinreichend genau sind und keiner weiteren Ausführungsbestimmungen bedürfen („self executing“). Das nationale Recht erfüllt grundsätzlich die in den Durchführungsprotokollen der Alpenkonvention formulierten Anforderungen. Somit ist im Regelfall durch die Anwendung der einschlägigen nationalen Gesetze die Umsetzung der Alpenkonvention seitens der Exekutive und der Gerichte gewährleistet.“

Vgl. BayVGH, Urteil vom 16.3.2010 – 15 N 04.1980, abrufbar unter BeckRS 2010, 31181, Rn. 77.

Damit hat der BayVGH zunächst einmal anerkannt, dass Regelungen in den Protokollen unmittelbare rechtliche Wirkung entfalten können. Insoweit verdient die Entscheidung uneingeschränkte Zustimmung.

Berechtigte Kritik wird jedoch an der pauschalen Feststellung geäußert, das nationale Recht erfülle grundsätzlich die in den Durchführungsprotokollen der Alpenkonvention formulierten Anforderungen, so dass im Regelfall durch die Anwendung der einschlägigen nationalen Gesetze die Umsetzung der Alpenkonvention seitens der Exekutive und der Gerichte gewährleistet sei. Denn um zu einer solchen Schlussfolgerung zu gelangen, wäre es notwendig gewesen, zunächst einmal zu prüfen, welche konkreten Bestimmungen der zugehörigen Protokolle einschlägig sind, ob diese nach den vorstehenden Grundsätzen unmittelbar anwendbar sind und ob das nationale Recht tatsächlich mit diesen Vorgaben vereinbar ist. Dies geschieht aber nicht oder allenfalls sehr oberflächlich mit Blick auf zwei Vorschriften des Naturschutzprotokolls, so dass das gefundene Ergebnis schon aus methodischen Gründen nicht überzeugen kann.

Vgl. auch die deutliche Kritik bei *Fischer-Hüftle/Egner/Meßerschmidt/Müllbauer*, Naturschutzrecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand: März 2019, Art. 2 Rn. 8.

Angesichts dessen ist zu betonen, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof und das VG München in ihren danach ergangenen Entscheidungen zwar formal auf das Urteil des BayVGH verweisen; sie prüfen aber näher, ob und inwieweit sich aus dem dort in Rede stehenden Protokoll zum Naturschutz unmittelbar geltende, zwingende Vorgaben herleiten lassen.

Vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 13.9.2012 – Vf. 16-VII-11, abrufbar unter BeckRS 2012, 57002; VG München, Beschluss vom 3.6.2014 – M 2 S 14.2116, abrufbar unter BeckRS 2014, 52394.

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden untersucht, ob und inwieweit Art. 11 des Verkehrsprotokolls unmittelbar anwendbar ist.

Insoweit ist zunächst schon nach dem Wortlaut festzuhalten, dass die Regelung in Art. 11 Abs. 3 VP zu den Straßen in den alpinen „Randgebieten“ lediglich programmatischen Charakter hat.

So explizit das (österreichische) Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Handbuch für ihre Umsetzung, 2007, S. 99.

Demgegenüber sind die Vorgaben, die sich aus den Absätzen 1 und 2 der Regelung ergeben, nach ihrem Inhalt hinreichend konkret, um eine unmittelbare rechtliche Wirkung zu entfalten. Sie regeln nämlich mit dem Bau bzw. der Verwirklichung von bestimmten, in Art. 11 VP näher definierten Straßenprojekten (siehe näher dazu sogleich) einen klar konturierten Sachverhalt.

Die Rechtsfolgen der ersten beiden Absätze sind ebenfalls hinreichend klar: Während die Vertragsparteien nach Absatz 1 auf den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr gänzlich „verzichten“ müssen (sog. Unterlassungspflicht), darf ein hochrangiges Straßenprojekt für den inneralpiner Verkehr nach Absatz 2 nur unter den dort in den Buchstaben a)-d) genannten Voraussetzungen verwirklicht werden.

Ferner bedarf die Umsetzung dieser Vorgaben jenseits einer innerstaatlichen Regelung der Behördenzuständigkeit, die naturgemäß den Vertragsparteien vorbehalten bleibt, ersichtlich keiner weiteren Ausführungsbestimmungen. Sie können vielmehr jedenfalls in Planungs- und Genehmigungsverfahren, die das deutsche Recht auf Bundes- und Landesebene vorsieht, ohne Weiteres unmittelbar umgesetzt werden.

Aus diesen Gründen gehen auch das Bayerische Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz und das Bundesumweltministerium in ihrem Leitfaden zur Anwendung der Alpenkonvention zu Recht davon aus, dass Art. 11 Abs. 1 und 2 VP „UNMITTELBAR ANWENDBAR“ ist.

Vgl. Bayerisches Staatsministerium für Umwelt, Gesundheit und Verbraucherschutz/Bundesumweltministerium (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 35 f. (Großschreibung im Original).

Diese Einschätzung steht im Einklang mit der Ansicht des österreichischen Umweltministeriums, das in einem Handbuch zur Alpenkonvention lapidar feststellt: „Ausnahmslos wird von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 11 ausgegangen.“

Vgl. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Handbuch für ihre Umsetzung, 2007, S. 99.

Daher überrascht es denn auch nicht, dass sowohl der österreichische Verwaltungsgerichtshof in seiner bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 2019 als auch der österreichische Verfassungsgerichtshof (VerfGH) in einer Entscheidung aus dem Jahre 2010 zum gleichen Ergebnis gekommen sind.

Vgl. VwGH, Entscheidung vom 19.6.2019 – Spruch W193 2114926-1/393E, S. 117 und 121 sowie VerfGH, Entscheidung vom 24.6.2010 – Geschäftszahl 19126, S. 10; die Entscheidungen sind abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=Verkehrsprotokoll&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

Sodann ist bei der rechtlichen Beurteilung zu berücksichtigen, dass hier die besonderen Vorgaben des bayerischen Landesrechts zu beachten sind. Denn Art. 2 des Bayerischen Naturschutzgesetzes (BayNatSchG) bestimmt seit der Novelle von 2011 in Satz 1, dass die bayerischen Alpen mit ihrer natürlichen Vielfalt an wild lebenden Tier- und Pflanzenarten einschließlich ihrer Lebensräume als Landschaft von einzigartiger Schönheit in ihren Naturräumen von herausragender Bedeutung zu erhalten sind. Der Freistaat Bayern will dieser Verpflichtung gemäß Satz 2 „auch durch den Vollzug verbindlicher internationaler Vereinbarungen, insbesondere der Alpenkonvention“ nachkommen. Mit dieser Vorschrift bringt der bayerische Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck, dass sich die Vorschriften der Alpenkonvention und ihrer Protokolle nicht nur an die Legislative wenden, sondern vielmehr von den bayerischen Verwaltungsbehörden zumindest dann im Verwaltungsvollzug zu beachten sind, wenn sie unmittelbar anwendbar sind.

So richtig *Söhnlein*, BayVBl. 2013, S. 105 (106); ebenso *Fischer-Hüftle/Egner/Meßerschmidt/Müllbauer*, Naturschutzrecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand: März 2019, Art. 2 Rn. 3.

Von einer unmittelbaren Anwendbarkeit des hier interessierenden Art. 11 Abs. 1 und 2 VP gehen schließlich nicht nur die zuständigen deutschen und österreichischen Fachministerien sowie die österreichischen Gerichte aus. Dies entspricht vielmehr auch der, soweit ersichtlich, einmütigen Ansicht im rechtswissenschaftlichen Schrifttum.

Vgl. *Cuyper u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 198; *Ehlotzky*, Grundfreiheiten im Spannungsfeld von Verkehr und Nachhaltigkeit – Eine Analyse anhand des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention, 2014, S. 70 f.; *Heuck*, Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden und inneralpinen Gütertransport – Eine europarechtliche Analyse vor dem Hintergrund der Alpenkonvention, 2013, S. 62 mit weiteren Nachweisen zur Auslegung in Frankreich, S. 109 und 183; *Söhnlein*, BayVBl. 2013, S. 105 (108). Ebenso mit Blick auf Art. 11 Abs. 1 VP *Wolf*, in: NuR 2016, S. 369 (376). Vgl. ferner allgemein zur Eignung der Protokolle, unmittelbar anwendbare Vorgaben zu statuieren, *Schroeder*, Die Alpenkonvention – Inhalts und Konsequenzen für das nationale Umweltrecht, in: NuR 2006, S. 133 (137 f.).

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass sämtliche staatliche Stellen des Bundes und auch des Freistaats Bayern **Art. 11 Abs. 1 und 2 des Verkehrsprotokolls als unmittelbar geltende rechtliche Vorgabe zu beachten** haben, sofern der räumliche und sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift eröffnet ist.

Dabei könnte man die zuvor erwähnte Regelung in Art. 2 BayNatSchG, nach der die bayerischen Alpen „auch durch den Vollzug verbindlicher internationaler Vereinbarungen, insbesondere der Alpenkonvention“ geschützt werden sollen, sogar als **eine besondere Verpflichtung der bayerischen Behörden** deuten, der Alpenkonvention und ihren Protokollen – bei Bedarf auch gegenüber Bundesbehörden – zur Durchsetzung zu verhelfen. Denn die Gesetzgebungshistorie spricht dafür, dass der Bayerische Landtag mit dieser Regelung der Anwendung der Durchführungsprotokolle im Verwaltungsvollzug besonderes Gewicht verleihen wollte.

Letzteres betont auch *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (106).

c) Der räumliche Anwendungsbereich des Art. 11 VP

Wie sich aus Art. 23 Abs. 1 VP ergibt, ist der räumliche Anwendungsbereich des Art. 11 VP mit demjenigen der Alpenkonvention identisch. Er umfasst somit im Ein-

klung mit Art. 1 Abs. 1 der Alpenkonvention und der zugehörigen Anlage das Gebiet der Landkreise Bad Tölz-Wolfratshausen, Berchtesgadener Land, Garmisch-Partenkirchen, Miesbach, Rosenheim, Traunstein, Weilheim-Schongau, Oberallgäu, Ostallgäu, Lindau (Bodensee) sowie die kreisfreien Städte Rosenheim, Kaufbeuren und Kempten.

Vgl. auch *Fischer-Hüftle/Egner/Meßerschmidt/Müllbauer*, Naturschutzrecht in Bayern, Loseblattsammlung, Stand: März 2019, Art. 2 Rn. 4.

Daher fallen die oben unter A. genannten Verkehrsvorhaben ebenso in den räumlichen Anwendungsbereich des Art. 11 VP wie alle anderen Verkehrsvorhaben, die in den betreffenden Landkreisen oder kreisfreien Städten realisiert werden sollen.

d) Das Vorliegen einer hochrangigen Straße als gemeinsame Voraussetzung

Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des Art. 11 Abs. 1 und 2 VP ist allerdings zunächst einmal, dass es in der Sache um „hochrangige Straßen“ geht. Dies sind nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Unterabsatz 6 des Verkehrsprotokolls „alle Autobahnen und mehrbahnige, kreuzungsfreie oder in der Verkehrswirkung ähnliche Straßen“.

Erfasst werden also erstens **Autobahnen**, die im Verkehrsprotokoll zwar nicht näher definiert werden. Allerdings kann man insofern auf die Definition des Anhangs I Nr. 7 sog. Espoo-Konvention über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen zurückgreifen.

Siehe *Heuck*, Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden und inneralpinen Gütertransport – Eine europarechtliche Analyse vor dem Hintergrund der Alpenkonvention, 2013, S. 174 f. Die Espoo-Konvention ist abgedruckt im Bundesgesetzblatt 2002, Teil II, S. 1407.

Danach ist eine Autobahn „eine Straße, die für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen besonders bestimmt und gebaut ist, zu der von den angrenzenden Grundstücken aus keine unmittelbare Zufahrt besteht und die (a) – außer an einzelnen Stellen oder vorübergehend – für beide Verkehrsrichtungen besondere Fahrbahnen hat, die durch einen nicht für den Verkehr bestimmten Geländestreifen oder in Ausnahmefällen durch andere Mittel voneinander getrennt sind, (b) keine höhengleiche Kreuzung mit Straßen, Eisenbahn-

oder Straßenbahnschienen oder Gehwegen hat; und (c) als Autobahn besonders gekennzeichnet ist“.

Dies stimmt im Wesentlichen mit dem deutschen Begriffsverständnis überein. Denn gemäß § 1 Abs. 3 S. 1 FStrG zeichnen sich Autobahnen dadurch aus, dass sie „nur für den Schnellverkehr mit Kraftfahrzeugen bestimmt und so angelegt sind, dass sie frei von höhengleichen Kreuzungen sowie für Zu- und Abfahrten mit besonderen Anschlussstellen ausgestattet sind“. Demgegenüber folgt aus der später eingefügten Vorschrift in § 1 Abs. 3 Satz 2 FStrG, dass getrennte Fahrbahnen zwar in der Regel vorzuziehen, aber nicht unabdingbar sind.

Siehe näher dazu und zum Begriff *Faßbender*, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 90 Rn. 75 ff.

Zweitens werden **sonstige mehrbahnige und kreuzungsfreie Straßen** erfasst, wobei sich der Begriff „mehrbahnig“ naturgemäß auf eine Fahrtrichtung bezieht und der Begriff „kreuzungsfrei“ nur im zuvor genannten Sinne höhengleiche Kreuzungen ausschließen soll. Hierunter fällt auch der unter A. genannte vierspurige Ausbau der B 2 zwischen dem Ende der Bundesautobahn A 95 bei Eschenlohe und der Anschlussstelle Oberau Nord.

Als „hochrangige Straßen“ können drittens aber auch „**in der Verkehrswirkung ähnliche Straßen**“ angesehen werden. Bei der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals ist – wie auch sonst beim Verkehrsprotokoll – nach den allgemeinen Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) vor allem auf den Wortlaut der betreffenden Norm (grammatikalische Auslegung), auf den Regelungszusammenhang (systematische Auslegung) sowie auf die Ziele und den Zweck des Verkehrsprotokolls und der Alpenkonvention (teleologische Auslegung) abzustellen (siehe Art. 31 Abs. 1 WVK).

Vgl. näher dazu *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 42 ff.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst einmal darauf hinzuweisen, dass bereits nach dem Wortlaut des Verkehrsprotokolls **auch einspurige, nicht kreuzungsfreie Straßen** eine ähnliche Verkehrswirkung haben können wie die anderen in Art. 2 Unterabsatz 6 VP genannten Straßen. Dies gilt insbesondere dann, **wenn diese** – ebenso wie Autobahnen

und mehrbahnige, kreuzungsfreie Straßen – **eine Fernverkehrsfunktion erfüllen**. Hierfür spricht auch der Umstand, dass das Verkehrsprotokoll gemäß seinem Art. 1 Abs. 1 Buchst. a) darauf abzielt, die durch Straßenprojekte hervorgerufenen Belastungen und Risiken für Menschen, Tiere, Pflanzen sowie deren Lebensräume zu reduzieren. Schließlich ist im Alpenraum zu berücksichtigen, dass der Bau von Autobahnen und mehrbahnigen, kreuzungsfreien Straßen aufgrund der topographischen Verhältnisse oft nicht möglich ist. Die Verbindung zwischen den Autobahnen bzw. mehrbahnigen, kreuzungsfreien Straßen erfolgt dann auf anderen Straßen. Die Umweltauswirkungen dieser Straßen ähneln aber auch dann einer Fernverkehrsstraße, da sie eine recht hohe Frequentierung und Verkehrsdichte aufweisen, wie es bei Autobahnen und mehrbahnigen, kreuzungsfreien Straßen üblich ist, sodass sie als hochrangig i. S. d. Art. 2 Unterabsatz 6 VP angesehen werden müssen.

So überzeugend *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (165) mit weiteren Nachweisen. Ebenso im Ergebnis mit weiteren Argumenten *Ehlotzky*, Grundfreiheiten im Spannungsfeld von Verkehr und Nachhaltigkeit – Eine Analyse anhand des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention, 2014, S. 195 ff.

Dies alles spricht dafür, dass **sonstige Bundesfernstraßen grundsätzlich als „hochrangige Straßen“ anzusehen** sind, da sie gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 FStrG bestimmungsgemäß einem weiträumigen Verkehr dienen oder zu dienen bestimmt sind.

Ebenso wohl auch *Söhnlein*, BayVBl. 2013, S. 105 (109). Ein weiterer Ansatzpunkt geht dahin, die einspurigen, nicht kreuzungsfreien Straßen zumindest dann als hochrangig einzustufen, wenn sie zum internationalen E-Straßen-Netz gehören; vgl. *Heuck*, Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden und inneralpinen Gütertransport – Eine europarechtliche Analyse vor dem Hintergrund der Alpenkonvention, 2013, S. 178. Dies führt ebenfalls dazu, dass die oben unter A. genannte B 2 auf ihrer gesamten Strecke als hochrangig einzustufen ist, weil sie Teil der Europastraße E 553 ist.

Dabei ist davon auszugehen, dass auch **Ortsumgehungen im Verlauf von Bundesstraßen grundsätzlich als „hochrangige Straßen“ angesehen werden können**, da sich Österreich bei der Verhandlung des Verkehrsprotokolls nicht mit dem Vorschlag einer förmlichen interpretativen Erklärung, die auf den Ausschluss von Ortsumgehungen abzielte, durchsetzen konnte.

Vgl. näher dazu *Galle*, Das Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention) und seine Protokolle, 2002, S. 128 ff.

Schließlich ist im Einklang mit der zuvor erwähnten Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofs davon auszugehen, dass selbst **Landesstraßen als „hochrangige Straßen“ eingestuft werden können**, wenn sie in erheblichem Umfang eine überregionale, großräumige Verbindungsfunktion zwischen den innerstaatlichen Zentral- und Wirtschaftsräumen oder grenzüberschreitend zu bedeutenden benachbarten Regionen haben, was im Einzelfall anhand der tatsächlichen Verkehrsströme zu ermitteln ist.

Vgl. VwGH, Entscheidung vom 19.6.2019 – Spruch W193 2114926-1/393E, S. 120; die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=Verkehrsprotokoll&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

Damit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass die oben unter A. genannten Verkehrsvorhaben ebenso wie sonstige Bundesfernstraßen als „hochrangige Straßen“ im Sinne des Art. 11 Abs. 1 und 2 VP anzusehen sind.

e) Die weiteren Anwendungsvoraussetzungen des Art. 11 Abs. 1 VP

Weitere Voraussetzung für eine Anwendbarkeit des Art. 11 Abs. 1 VP ist, dass es in der Sache um den „Bau neuer“ hochrangiger Straßen „für den alpenquerenden Verkehr“ geht. Das Vorliegen dieser Voraussetzung(en) ist bei den oben unter A. genannten Verkehrsvorhaben durchaus fraglich.

Ein **alpenquerender Verkehr** ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Unterabsatz 1 des Verkehrsprotokolls nur dann anzunehmen, wenn es um die Abwicklung von „Verkehr mit Ziel und Quelle außerhalb des Alpenraums“ geht. Demgegenüber gilt Art. 11 Abs. 2 VP, der gerade keinen vollständigen Verzicht verordnet, nur für den „inneralpinen Verkehr“, der nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Unterabsatz 2 des Verkehrsprotokolls den „Verkehr mit Ziel und Quelle im Alpenraum (Binnenverkehr) inklusive Verkehr mit Ziel oder Quelle im Alpenraum“.

Dementsprechend kommt eine Anwendung des Art. 11 Abs. 1 VP von vornherein nur bei solchen hochrangigen Straßen in Betracht, die eine **Transitfunktion** erfüllen. Dafür muss es jedoch ausreichen, wenn die betreffenden Straßen die Alpen auf dem Hoheitsgebiet des betreffenden Vertragsstaates queren, was man bei den unter A. erwähnten

Bundesstraßen B 2 und B 23 ebenso wie etwa bei der B 15 und der B 19 durchaus beja-
hen kann.

Angesichts dessen wird es als ausreichend erachtet, wenn auf der betreffenden Straße
Verkehr ermöglicht wird, der *durchgehend* hochrangig die Alpen quert. Dabei ist frei-
lich – ebenso wie bei der Einstufung als hochrangige Straße – zu fordern, dass im Ein-
zelfall anhand der tatsächlichen Verkehrsströme ermittelt wird, ob der Transitverkehr
einen erheblichen Anteil am gesamten Verkehrsaufkommen ausmacht.

Siehe *Ehlotzky*, Grundfreiheiten im Spannungsfeld von Verkehr und Nachhaltig-
keit – Eine Analyse anhand des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention,
2014, S. 202; *Heuck*, Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden
und inneralpinen Gütertransport – Eine europarechtliche Analyse vor dem Hin-
tergrund der Alpenkonvention, 2013, S. 180; *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013,
S. 105 (109).

Ist das der Fall, dann können auch die unter A. erwähnten Bundesstraßen B 2 und B 23
dem alpenquerenden Verkehr zugeordnet werden.

Hier wird bereits deutlich, dass den Vertragsparteien bei der Unterscheidung zwischen
hochrangigen Straßen für den alpenquerenden Verkehr und Straßen für den inneralpinen
Verkehr ein Beurteilungsspielraum zukommt.

Siehe *Heuck*, Verkehrsinfrastrukturmaßnahmen für den alpenquerenden und
inneralpinen Gütertransport – Eine europarechtliche Analyse vor dem Hinter-
grund der Alpenkonvention, 2013, S. 180 f. mit einem konkreten Beispiel, das
zeigt, dass diese Spielräume in der Praxis auch genutzt werden.

Angesichts dessen kommt es entscheidend auf die weitere Voraussetzung des Art. 11
Abs. 1 VP an, dass es um den „**Bau neuer**“ hochrangiger Straßen für den alpenqueren-
den Verkehr gehen muss. Dies wird teilweise so verstanden, dass Art. 11 Abs. 1 VP nur
für den **Neubau** von hochrangigen Straßen für den alpenquerenden Verkehr gilt.

So etwa *Wolf*, in: NuR 2016, S. 369 (376).

Diese Auslegung liegt offensichtlich auch der eingangs unter A. genannten Antwort des
Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie vom
6.5.2021 zum Plenum des Abgeordneten *Florian von Brunn* zugrunde, wenn es dort

heißt: „Mit keinem der oben genannten Projekten wird eine neue alpenquerende Straße mit Ziel und Quelle außerhalb des Alpenraums geschaffen.“

Für eine solche Deutung spricht zum einen der Umstand, dass angesichts der Beschränkung auf den „Bau neuer“ hochrangiger Straßen an die Unterscheidung im deutschen Recht zwischen dem Bau und der Änderung von Bundesfernstraßen angeknüpft werden soll, wobei der Begriff der Änderung auch und gerade die Erweiterung einer bestehenden Bundesfernstraße um einen oder mehrere Fahrstreifen erfasst (siehe § 17 Abs. 1 S. 1 und 2 FStrG).

Vgl. etwa *Steinberg/Wickel/Müller*, Fachplanung, 4. Auflage 2012, § 1 Rn. 94; auf diese Parallele weist auch *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (165 f.) im vorliegenden Zusammenhang hin. Dem zuwider meinen *Ehlotzky*, Grundfreiheiten im Spannungsfeld von Verkehr und Nachhaltigkeit – Eine Analyse anhand des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention, 2014, S. 181 ff. und *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (165 f.) eine solche am Wortlaut orientierte Auslegung führe nicht weiter.

Daher kann der Begriff Bau einer Straße in der Tat mit Neubau gleichgesetzt werden. Für eine solche Deutung streitet zum anderen eine systematische Auslegung des Verkehrsprotokolls, weil Art. 11 Abs. 1 VP ausdrücklich nur vom „Bau neuer hochrangiger Straßen“ spricht, während Art. 11 Abs. 2 VP viel allgemeiner gefasst und bereits dann anwendbar ist, wenn ein hochrangiges „Straßenprojekt ... verwirklicht“ werden soll, was erkennbar den bloßen Ausbau einer bestehenden hochrangigen Straße erfasst.

Ebenso erfasst wird der **Ausbau einer niederrangigen zu einer hochrangigen Straße**, weil auch auf diese Weise eine neue höherrangige Straße entsteht.

So auch *Heuck*, NuR 2013, S. 162 (166); *Wolf*, NuR 2016, S. 369 (374).

Folgt man dem, dann unterfallen die unter A. erwähnten Vorhaben im Verlauf der Bundesstraßen B 2 und B 23 nicht der in Art. 11 Abs. 1 VP normierten Unterlassungspflicht, weil es um den bloßen Ausbau einer bestehenden hochrangigen Straße geht.

f) Die Bedeutung der Ausnahme in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP

Es stellt sich aber die Frage, wie sich die in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP normierte Ausnahme auf den Anwendungsbereich des Verkehrsprotokolls auswirkt. Diese Frage wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur und der (ausländischen) Rechtsprechung sehr unterschiedlich beantwortet.

Auszugehen ist vom Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP: „Diese Bestimmungen präjudizieren nicht das Recht jeder Vertragspartei, den Bau von Verkehrsinfrastrukturen vorzunehmen, die zum Zeitpunkt der Annahme dieses Protokolls im Rahmen ihrer Rechtsordnung beschlossen sind oder für die der Bedarf gesetzlich festgestellt ist.“ Diese explizite Beschränkung auf „diese Bestimmungen“ am Ende des zweiten Absatzes der Norm legt in der Tat nahe, dass sich diese Ausnahme lediglich auf die in den vorangegangenen Bestimmungen, also in Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und 2 VP normierten Verpflichtungen zur Durchführung von in der Überschrift genannten „Projekt-evaluations- und zwischenstaatlichen Konsultationsverfahren“ beschränkt.

Gegen einen umfassenden Anwendungsausschluss des Verkehrsprotokolls bei Altvorhaben spricht überdies im Rahmen einer systematischen Auslegung die Tatsache, dass die in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP normierte Ausnahme nicht in Kapitel I des Verkehrsprotokolls unter der Überschrift „Allgemeine Bestimmungen“ verortet ist, sondern in Kapitel II, das mit „Spezifische Maßnahmen“ überschrieben ist.

Siehe *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 196.

Für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ausnahme auf die Verpflichtungen in Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und 2 VP spricht ferner eine an Ziel und Zweck des Protokolls orientierte Auslegung, weil sich ansonsten der Anwendungsbereich der hier interessierenden Vorgaben in Art. 11 Abs. 1 und 2 VP allzu sehr reduzieren würde,

So äußert *Galle*, Das Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention) und seine Protokolle, 2002, S. 135 die Befürchtung, dass bei einer pauschalen Ausnahme „kaum neue und unerwartete Projekte übrig bleiben, auf die das Verkehrsprotokoll anwendbar wäre“.

obwohl im Wesentlichen Konsens besteht, dass es um eine „zentrale Verpflichtung innerhalb des Verkehrsprotokolls“ geht.

So übereinstimmend BayStMUGV/BMU (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 36 und (österreichisches) Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Handbuch für ihre Umsetzung, 2007, S. 99.

Daher **sprechen die besseren Argumente dafür, dass die** in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP normierte **Ausnahme für Altvorhaben nicht für die in Art. 11 Abs. 1 und 2 VP geregelten Verpflichtungen gilt**. Dies hätte zur Folge, dass die „B 2 neu: Eschenlohe - Garmisch-Partenkirchen“ und die „B 19: Immenstadt - Kempten“ von Art. 11 Abs. 2 VP erfasst würden, obwohl Deutschland diese Straßenbauvorhaben in einem Verzeichnis zu Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP ausdrücklich als „Straßen gemäß Art. 11 Abs. 2“ benannt hat.

Damit ist freilich zugleich ein nicht unwesentliches Argument gegen die (nicht nur) hier vertretene Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ausnahme auf die Verpflichtungen in Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 und 2 VP angesprochen. Denn es ist so, dass nicht nur Deutschland bei der Annahme des Protokolls am 31.10.2000 bzw. kurz danach in einem Verzeichnis Verkehrsinfrastrukturen benannt hat, die unter die Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP fallen sollen, wobei die entsprechenden Vorhaben ausdrücklich als „Straßen gemäß Art. 11 Abs. 1“ und „Straßen gemäß Art. 11 Abs. 2“ bezeichnet wurden.

Siehe zu Österreich: Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Handbuch für ihre Umsetzung, 2007, S. 97.

Darüber hinaus ist auch der österreichische Verfassungsgerichtshof in seiner Entscheidung aus dem Jahre 2010 – freilich ohne Auseinandersetzung mit Wortlaut und Systematik der Vorschrift – davon ausgegangen, dass sich die in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP normierte Ausnahme auch auf die Anwendbarkeit von Art. 11 VP einschränkend auswirkt.

Vgl. VerfGH, Entscheidung vom 24.6.2010 – Geschäftszahl 19126, S. 10; die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=Verkehrsprotokoll&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

Folgt man dem entgegen der hier vertretenen Ansicht, dann stellt sich als nächstes die Frage, welche weiteren Konsequenzen aus diesen Verzeichnissen gezogen werden können. Hierzu findet sich die Einschätzung, dass diese Verzeichnisse keinen abschließenden Charakter hätten und dass es im Übrigen darauf ankomme, ob die Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP objektiv vorliegen.

So etwa *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (167); VerfGH, Entscheidung vom 24.6.2010 – Geschäftszahl 19126, S. 11; die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=Verkehrsprotokoll&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

Dafür kann man zwar den Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP und den Umstand ins Feld führen, dass diese Verzeichnisse nicht ausdrücklich, insbesondere durch Aufnahme in einen Anhang, Bestandteil des Verkehrsprotokolls geworden sind.

Es ist allerdings zu beachten, dass einige Beauftragte der Vertragsstaaten die Vorlage des Verzeichnisses zu einer Bedingung für die Annahme des Verkehrsprotokolls gemacht haben und dass das Protokoll ohne eine Einigung zu diesem Punkte gescheitert wäre.

So übereinstimmend *Galle*, Das Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention) und seine Protokolle, 2002, S. 131 f.; *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (167); *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (108).

Überdies ist es mitnichten so, dass die Verzeichnisse nur beachtlich wären, wenn sie, insbesondere durch Aufnahme in einen Anhang, Bestandteil des Verkehrsprotokolls geworden wären. Die Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK) bestimmt vielmehr im Gegenteil ausdrücklich, dass bei der Auslegung eines Vertrags wie dem Verkehrsprotokoll auch „Übereinkünfte“ und „Urkunden“ eine entscheidende Rolle spielen können, die „anlässlich des Vertragsabschlusses“ getroffen oder abgefasst wurden (siehe Art. 31 Abs. 2 WVK). Dabei ergibt sich aus den Verhandlungsprotokollen, dass solche Verzeichnisse im Interesse der Transparenz und der Rechtssicherheit aufgestellt werden sollten, was man nur dann effektiv erreichen kann, wenn man den Verzeichnissen keine bloß deklaratorische Wirkung beimisst.

Siehe *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (167).

Das alles spricht aus einer rechtlichen Perspektive dafür, dass die Verzeichnisse sehr wohl einen abschließenden Charakter haben.

So im Ergebnis auch *Ehlotzky*, Grundfreiheiten im Spannungsfeld von Verkehr und Nachhaltigkeit – Eine Analyse anhand des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention, 2014, S. 191. Ebenso wohl auch *Galle*, Das Übereinkommen zum Schutz der Alpen (Alpenkonvention) und seine Protokolle, 2002, S. 140, wenn er feststellt, dass die Vertragsstaaten mit Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP die Möglichkeit „hatten..., jene Straßenprojekte aufzunehmen, die sie ... noch in den nächsten Jahrzehnten zu bauen beabsichtigten“.

Dies hätte zur Folge, dass sich der Anwendungsbereich der in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP normierten Ausnahme und ein etwaig daraus resultierender Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 11 VP (der nach hier vertretener Ansicht ohnehin nicht anzunehmen ist) auf die in den Verzeichnissen aufgeführten Straßenbauvorhaben beschränken würde. Dementsprechend würden in Deutschland lediglich die „A 7: Nesselwang - Füssen“ und die „B 15 neu: Regensburg - Landshut - Rosenheim“ von der Anwendung des Art. 11 Abs. 1 VP ausgeschlossen, während bei der Anwendung des Art. 11 Abs. 2 VP allein die „B 2 neu: Eschenlohe - Garmisch-Partenkirchen“ und die „B 19: Immenstadt - Kempten“ außen vor bleiben müssten.

g) Zu den Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 VP

Wenn und soweit danach der Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 2 VP eröffnet ist, was nach hier vertretener Ansicht bei allen noch nicht vollständig realisierten Vorhaben des Bundesfernstraßenbaus anzunehmen ist, **dürfen jegliche hochrangige Straßenprojekte für den inneralpinen Verkehr nur dann verwirklicht werden, wenn die in Art. 11 Abs. 2 VP genannten** und oben unter B. II. 2. a) wiedergegebenen **vier Voraussetzungen kumulativ**, also allesamt **vorliegen**.

Vgl. hier nur BayStMUGV/BMU (Hrsg.), Die Alpenkonvention: Leitfaden für ihre Anwendung, 2008, S. 36, wo es zudem heißt, es handele sich um „präzise, äußerst restriktive Bedingungen“. Vgl. ferner *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (166).

Dabei ist zunächst zu klären, ob und inwieweit die Behauptung des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie in der eingangs unter A. erwähnten Antwort vom 6.5.2021, dass Art. 11 des Verkehrsprotokolls bereits

„entsprechend der Zuständigkeit auf Bundesebene durch das UVPG, BNatSchG, FStrG, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Bundesverkehrswegeplan 2030 (BVWP) i.V.m. Bedarfsplan Bundesfernstraßen (Anlage zum FStrAbG) in nationales Recht umgesetzt“ sei, tatsächlich zutrifft. Denn diese Einschätzung kann sich zwar in der Sache auf die oben unter B. II. 2. b) erwähnte und zitierte Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 16.3.2010 stützen.

Es wurde aber bereits darauf hingewiesen, dass der Verwaltungsgerichtshof dies nur pauschal behauptet hat und deswegen im Schrifttum zu Recht kritisiert wurde. Überdies ist daran zu erinnern, dass das Gericht zum hier interessierenden Verkehrsprotokoll keinerlei inhaltliche Aussage getroffen, sondern sich in der Entscheidung allein in Ansätzen mit zwei Vorschriften des Naturschutzprotokolls befasst hat.

Vgl. BayVGH, Urteil vom 16.3.2010 – 15 N 04.1980, abrufbar unter BeckRS 2010, 31181, Rn. 77 f.

Hier ergibt eine nähere Prüfung, dass die Grundaussage des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs lediglich auf eine der vier in Art. 11 Abs. 2 VP normierten Zulässigkeitsvoraussetzungen hinreichend klar zutrifft. Für hochrangige Straßen im Sinne des Art. 11 Abs. 2 VP ist nämlich regelmäßig ein Planfeststellungsverfahren durchzuführen, das nur unter den in § 4 Abs. 1 ROG genannten Voraussetzungen zulässig ist. Auf diese Weise wird jedenfalls die Verpflichtung aus Art. 11 Abs. 2 Buchstabe d) VP, den Raumordnungsplänen/-programmen und der nachhaltigen Entwicklung Rechnung zu tragen, insbesondere durch die vorgeschriebene Berücksichtigung der in § 2 Abs. 2 ROG normierten Grundsätze, im geltenden deutschen Recht umgesetzt.

Ebenso im Ergebnis *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 198 f.; *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (109).

Demgegenüber geht die Verpflichtung aus Art. 11 Abs. 2 Buchstabe a) VP, dafür Sorge zu tragen, dass die in der Alpenkonvention in Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe j festgelegten Zielsetzungen durch Vornahme entsprechender Vorsorge- oder Ausgleichsmaßnahmen aufgrund des Ergebnisses einer Umweltverträglichkeitsprüfung erreicht werden können, zum einen insofern über das nationale Recht hinaus, als es sich hierbei um eine

Zulässigkeitsvoraussetzung und nicht nur um einen im Rahmen der Abwägung gemäß § 17 Abs. 1 S. 3 FStrG zu berücksichtigenden Belang handelt.

Ebenso mit Blick auf die damalige Fassung des FStrG *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 199; *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (109).

Zum anderen setzt Art. 11 Abs. 2 Buchstabe a) VP die Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) voraus. Die Pflicht zur Durchführung einer UVP richtet sich bei den hier vor allem interessierenden Bundesfernstraßen nach dem Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG), und hier namentlich nach §§ 5 ff. UVPG in Verbindung mit den Nummern 14.3 bis 14.6 der Anlage 1. Dies führt unter anderem dazu, dass namentlich beim bloßen Ausbau bestehender Bundesfernstraßen eine UVP nur dann zwingend durchzuführen ist, wenn der geänderte Bundesstraßenabschnitt eine durchgehende Länge von 10 km oder mehr aufweist. Eine derartige Begrenzung kennt das Verkehrsprotokoll bei hochrangigen Straßen aber nicht.

Cuypers u.a., Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 112 f., wo zu Recht darauf hingewiesen wird, dass sich bei den bayerischen Staatsstraßen ähnliche Probleme stellen.

Weniger eindeutig stellt sich die Rechtslage bei den Verpflichtungen dar, die aus Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) und c) VP resultieren. So ist bei Buchstabe c) insbesondere unklar, wie die Forderung, dass die Umweltverträglichkeitsprüfung positiv ausgefallen ist, zu verstehen ist.

Vgl. dazu *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 187 f.; *Heuck*, in: NuR 2013, S. 162 (166); *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (109).

Eine Klärung dieser Frage würde freilich den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen, so dass im nächsten Abschnitt nur noch die zentrale Vorgabe in Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP näher analysiert wird.

h) Insbesondere: Die unzureichende Alternativenprüfung bei der Bundesverkehrswegeplanung

Es wurde bereits in der Vergangenheit im Schrifttum zu Recht darauf hingewiesen, dass die Verpflichtung aus Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP, die von der Regelung erfassten hochrangigen Straßenprojekte für den inneralpinen Verkehr nur dann zu verwirklichen, wenn „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“, bereits bei der Aufstellung des Bundesverkehrswegeplans zu beachten ist. Dabei wurde – ebenfalls zu Recht – moniert, dass eine **Alternativenprüfung** im Sinne des Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP beim letzten Bundesverkehrswegeplan von 2003 „nur ansatzweise“ stattgefunden habe.

Vgl. *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 186-189; *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (109).

Dies lag vor allem darin begründet, dass es zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Verkehrsprotokolls im Jahre 2002 zum Bundesverkehrswegeplan noch keine inhaltliche Regelung gab. Das hat sich jedoch – was im Schrifttum bislang noch nicht hinreichend beachtet wurde – insofern geändert, als das UVPG im Jahre 2005 um eine Vorschrift (vgl. § 19b UVPG a.F.) ergänzt wurde, die sich heute in § 53 UVPG findet. Danach ist der Bundesverkehrswegeplan einer sog. Strategischen Umweltprüfung zu unterziehen (Abs. 1), im Zuge derer ein Umweltbericht im Sinne des § 40 UVPG zu erstellen ist. Bei der Erstellung dieses Umweltberichts hat das Bundesverkehrsministerium darauf zu achten, dass „in Betracht kommende vernünftige Alternativen, die die Ziele und den geographischen Anwendungsbereich des Plans oder Programms berücksichtigen, insbesondere alternative Verkehrsnetze und alternative Verkehrsträger ermittelt, beschrieben und bewertet“ werden.

Darin ist durchaus ein Schritt in die richtige Richtung zu sehen. Allerdings bleibt die Regelung mit Blick auf die Bundesfernstraßen, die Art. 11 Abs. 2 VP unterfallen, noch immer hinter der deutlich konkreteren Vorgabe in Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP zu-

rück, da diese einer besseren Auslastung bestehender Straßen- und Bahnkapazitäten, einem Aus- oder Neubau von Bahn- und Schifffahrtsinfrastrukturen und einer Verbesserung des Kombinierten Verkehrs sowie weiteren verkehrsorganisatorischen Maßnahmen einen **klaren Vorrang** einräumt.

Es spricht einiges dafür, dass dieses nach wie vor bestehende **normative Defizit auch nicht bei der tatsächlichen Erstellung des derzeit geltenden BVWP 2030 ausgeglichen wurde**. So wurde mehrfach – sogar ungeachtet der insoweit deutlich konkreteren Vorgaben im Verkehrsprotokoll – bezweifelt, dass die Alternativenprüfungen mit dem nötigen Tiefgang erfolgten. Namentlich üben Umweltverbände mit guten Gründen Kritik an der Durchführungsqualität der Alternativenprüfung und werfen den Straßenbauverwaltungen der Länder vor, nur in Ausnahmefällen die Meldungen möglicher Alternativen an das Bundesverkehrsministerium weitergegeben zu haben.

Vgl. zum Ganzen *Köck/Bovet/Fischer/Ludwig/Möckel/Faßbender*, Das Instrument der Bedarfsplanung – Rechtliche Möglichkeiten für und verfahrensrechtliche Anforderungen an ein Instrument für mehr Umweltschutz, 2017, S. 186 mit weiteren Nachweisen. Diese im Auftrag des Umweltbundesamtes (UBA) erstellte Studie ist auf den Internetseiten des UBA abrufbar.

Erschwerend kommt im hier interessierenden Kontext hinzu, dass die zuvor genannten Vorgaben des Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP sich in der Begründung zum BVWP 2030 und im zugehörigen Umweltbericht, die beide im Jahre 2016 erstellt wurden und im Internet abrufbar sind, weder ausdrücklich noch in der Sache niedergeschlagen haben, obwohl in der Vergangenheit auf die erforderliche Beachtung im Bundesverkehrswegeplan, wie gezeigt, mehrfach hingewiesen wurde. Hier hätte eine Verortung im Kapitel 4.3 des Umweltberichts nahe gelegen, wo die geltenden Ziele des Umweltschutzes aufgeführt werden, da es sich bei den Regelungen des Verkehrsprotokolls in der Sache – jedenfalls aus EU-rechtlicher Sicht – um Umweltschutzvorschriften handelt.

Vgl. zum letzten Punkt VwGH, Entscheidung vom 19.6.2019 – Spruch W193 2114926-1/393E, S. 103 ff. und 121; die Entscheidung ist abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Suchworte=Verkehrsprotokoll&x=0&y=0&Abfrage=Gesamtabfrage> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022). Siehe dazu auch oben unter B. II. 1.

Darüber hinaus werden mit dem BVWP 2030 ganz grundsätzlich Ziele verfolgt, die mit Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP kaum vereinbar sind, wenn das starke Verkehrswachstum auf den Straßen als Begründung für deren Ausbau herangezogen wird und selbst für die Bundesstraßen, die im räumlichen Anwendungsbereich des Verkehrsprotokolls realisiert werden sollen (siehe dazu oben unter B. II. 2. c), keine Alternativen im Sinne des Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP erwogen werden. Dies lässt sich auch anhand einzelner Verkehrsprojekte im Alpenraum konkret belegen.

So kritisiert die Internationale Alpenschutzkommission CIPRA mit Blick auf den BVWP 2030 zu Recht, dass bei der **Ortsumgehung Gmund** im Zuge der B 318, die unter der laufenden Nummer 392 auch Eingang in die Anlage zum Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG) gefunden hat, keine relevanten Alternativenprüfungen vorgenommen wurden, obwohl gerade im Tegernseer Tal mit seiner starken Belastung durch den touristischen Zielverkehr eine Alternativenprüfung durch eine verkehrsträgerübergreifende Betrachtung und Verlagerung auf andere Verkehrsträger (z.B. durch Verbesserungen bei Bus und Bahn) „sehr relevant“ wäre.

Vgl. die Stellungnahme der Internationalen Alpenschutzkommission CIPRA zum Entwurf des BVWP 2030, die im Internet abrufbar ist unter <https://www.cipra.org/de/news/bundesverkehrswegeplan-2030> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

Ferner bedurfte und bedarf es bei der **Ortsumgehung Garmisch-Partenkirchen** im Zuge der B 2, die unter der laufenden Nummer 187 ebenfalls Eingang in die Anlage zum Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG) gefunden hat, einer Alternativenprüfung, die diesen Namen verdient. Denn im Projektinformationssystem (PRINS) zum Bundesverkehrswegeplan 2030, das nähere Informationen zu diesem Straßenbauvorhaben enthält und im Internet abrufbar ist,

Siehe <https://www.bvwp-projekte.de/strasse/B002-G010-BY/B002-G010-BY.html> (zuletzt abgerufen am 29.3.2022).

werden unter dem Punkt „Der Anmeldung zugrundegelegte Alternativenprüfung“ lediglich unterschiedliche Trassenvarianten der Ortsumgehung angesprochen, wobei der sog. Wank-Tunnel im Vordergrund steht.

Eine verkehrsträgerübergreifende Alternativenprüfung, wie sie nach dem Verkehrsprotokoll gefordert wäre, hat also in keiner Weise stattgefunden, obwohl im politischen Raum immer wieder darauf hingewiesen wird, dass beispielsweise ein zügiger Ausbau der Werdenfelsbahn auch die Straßenverkehrsbelastung im Raum Garmisch-Partenkirchen substanziell entlasten könnte.

Vgl. etwa den Antrag von *Florian von Brunn* und weiteren Abgeordneten der BayernSPD Landtagsfraktion „Ausbau der Werdenfelsbahn jetzt: Werdenfeler Land und Oberland vom Verkehr entlasten – endlich eine bessere Alternative zum Auto schaffen!“, Bayerischer Landtag, Drucksache 18/11542.

Hier wird ein grundsätzliches Defizit der deutschen Verkehrswegeplanung im Alpenraum deutlich, das sich beim transalpinen Verkehr fortsetzt und im Jahre 2016 im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wie folgt gewürdigt wurde:

„Für das große Ziel der Verlagerung des transalpinen Verkehrs auf die Schiene hat die Schweiz mit ihren Investitionen in den Bau von Basistunneln am Lötschberg und Gotthard Zeichen gesetzt. Österreich und Italien sind ihr inzwischen unter finanzieller Unterstützung mit dem Brenner-Basistunnel gefolgt. Der komplementäre Ausbau der Schienenwege durch die Bundesrepublik Deutschland steht noch aus.“

Wolf, in: NuR 2016, S. 369 (374).

Von daher ist es mehr als fraglich, wenn das Bayerische Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie in seiner unter A. genannten Antwort pauschal behauptet, die Vorgaben des Art. 11 VP würden bereits durch den BVWP 2030 und die auf der Grundlage des UVPG durchgeführte Umweltprüfung umgesetzt.

3. Folgen für die bayerischen Behörden

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich die zuletzt beschriebenen Mängel des BVWP 2030 auf die relevanten Tätigkeiten der bayerischen Behörden auswirken. Dabei ist an den zuvor unter B. I. 2. b) genannten Umstand zu erinnern, dass die im BVWP 2030 aufgeführten Straßenbauvorhaben weitestgehend Eingang in die Anlage zum Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG) gefunden haben. Dies hat wiederum gemäß § 1 Abs. 2 FStrAbG zur Folge, dass die in der Anlage zu dem Gesetz aufgeführten Bau- und Ausbauvorhaben kraft gesetzlicher Anordnung den Zielsetzungen des § 1 Abs. 1

FStrG entsprechen und dass diese Feststellung des Bedarfs grundsätzlich auch für die Planfeststellung nach § 17 FStrG verbindlich ist. Daher könnten sich die für die Planfeststellung zuständigen bayerischen Landesbehörden, wie erwähnt, auf den Standpunkt stellen, sie dürften die entsprechenden Bau- und Ausbauvorhaben „an sich“ nicht mehr in Frage stellen.

Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird jedoch mit beachtlichen Gründen die Ansicht vertreten, dass das FStrAbG in den Fällen, in denen eine Alternativenprüfung im Sinne des Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP bisher nicht durchgeführt wurde, völkerrechtskonform anzuwenden sei. Daher müsse bei Bedarf eine entsprechende Alternativenprüfung bei der Überprüfung des Bedarfsplanes gemäß § 4 FStrAbG nachgeholt werden.

Vgl. *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 189.

Hierzu ist darauf hinzuweisen, dass die Überprüfung gemäß § 4 FStrAbG nach Ablauf von jeweils fünf Jahren zu erfolgen hat. Sie steht damit beim BVWP 2030 seit dem Jahr 2021 an und wird derzeit vom Bundesverkehrsministerium vorbereitet. Das Ministerium weist allerdings schon jetzt darauf hin, dass dabei lediglich eine Überprüfung der Bedarfspläne als Ganzes und keine erneute Bewertung einzelner in den Bedarfsplänen enthaltener Aus- und Neubauprojekte erfolgen soll.

Vgl. <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DEArtikel/G/BVWP/bundesverkehrswegeplanung-ueberpruefung-bedarfsplaene.html> (abgerufen am 29.3.2022).

Damit steht im Anwendungsbereich des Verkehrsprotokolls ein (fortgesetzter) Verstoß gegen Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP im Raum. In einem solchen Fall wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum der Standpunkt eingenommen, dass der Bedarfsplan ausnahmsweise nicht verbindlich sei, weil die Völkerrechtswidrigkeit genauso zu behandeln sei wie eine „evident unsachliche“ Bedarfsfeststellung, die nach der Rechtsprechung die Bindungswirkung des bereits erwähnten § 1 Abs. 2 FStrAbG aufhebe.

So *Cuypers u.a.*, Leitfaden zur rechtlichen Umsetzung der Bestimmungen der Alpenkonvention in Deutschland, 2008, S. 189 und *Söhnlein*, in: BayVBl. 2013, S. 105 (109) jeweils unter Hinweis auf BVerwG, Urteil vom 26.10.2005 – 9 A 33.03.

Insoweit ist jedoch zu beachten, dass jedenfalls die Rechtsprechung in der Vergangenheit sehr zurückhaltend bei der Kontrolle von Bedarfsplänen war und stets das gesetzgeberische Ermessen betonte.

Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 6.11.2013 – 9 A 14/12, u.a. abgedruckt in: NVwZ 2014 S. 714 (Rn. 24 ff.) und näher dazu *Maaß/Vogt*, Fernstraßenausbaugesetz, 2013, § 1 Rn. 2 f. mit weiteren Nachweisen.

Dies könnte und sollte sich indessen, wie im Folgenden unter B. III. dargelegt wird, mit dem Klima-Beschlusses des BVerfG grundlegend ändern.

Hinzu kommt, dass die gesetzliche Bedarfsfestschreibung in erster Linie dazu dient, die Rechtsschutzmöglichkeiten von *Dritten* gegenüber nachfolgenden Planfeststellungsverfahren zu beschränken. Demgegenüber ist aus der Landesperspektive nach der Rechtsprechung davon auszugehen, dass eine nach der gesetzlichen Festlegung unter verkehrlichen Aspekten vorzugswürdige Trasse immer noch an entgegenstehenden öffentlichen oder privaten Belangen scheitern kann; das gilt auch im Hinblick auf die Frage, ob das Vorhaben überhaupt durchgeführt wird.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.6.1998 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NVwZ 1998, S. 1060. Diese Entscheidung ist zwar zum BSchwAG ergangen, sie ist aber ohne weiteres auf das FStrAbG übertragbar; vgl. *Maaß/Vogt*, Fernstraßenausbaugesetz, 2013, § 1 Rn. 2 f.

Dies alles spricht dafür, dass den bayerischen Behörden bei der Durchführung von Planfeststellungsverfahren und selbst bei der tatsächlichen Realisierung von hochrangigen Straßen im Sinne des Art. 11 VP nennenswerte Spielräume zukommen. Dem korrespondiert **eine eigenständige Verpflichtung, auch bei der Planung und Realisierung von Bundesfernstraßen für die Einhaltung des Verkehrsprotokolls und hier vor allem für die Einhaltung der konkreten Vorgaben aus Art. 11 Abs. 2 VP zu sorgen.** Diese Verpflichtung wird, wie oben unter B. II. 2. b) gezeigt, landesrechtlich durch Art. 2 BayNatSchG besonders unterstrichen.

Von daher sind die zuständigen bayerischen Behörden gehalten, insbesondere bei den hochrangigen Straßen, die sich – so wie die Ortsumgehung Garmisch-Partenkirchen im Zuge der B 2 – derzeit noch in Planung befinden oder bei denen – so wie bei der Ortsumgehung Gmund im Zuge der B 318 – trotz Aufnahme in den BVWP 2030 und die

Anlage zum Fernstraßenausbaugesetz noch keine konkreten Planungen vorliegen, nachweisbar eine Alternativenprüfung durchzuführen, die den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP genügt.

III. Die Bedeutung des Klima-Beschlusses des BVerfG

Dabei müssen die bayerischen Behörden, vor allem bei der Planfeststellung von hochrangigen Straßen, und der Bund, insbesondere bei der Bundesverkehrswegeplanung und der zugehörigen Bedarfsfeststellung im FStrAbG, künftig auch die Verpflichtungen beachten, die sich aus dem Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24.3.2021 ergeben.

1. Zielkonvergenzen

Denn das zentrale Anliegen des Verkehrsprotokolls ist gemäß dessen Art. 1 Abs. 1 Buchstabe a) eine **nachhaltige Verkehrspolitik**, die unter anderem „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“.

Dieses Ziel wird in Art. 3 Abs. 1 Buchstabe a) VP weiter konkretisiert. Dort heißt es:

„Um den Verkehr unter den Rahmenbedingungen der Nachhaltigkeit zu entwickeln, verpflichten sich die Vertragsparteien, mit einer aufeinander abgestimmten Umwelt- und Verkehrspolitik zur Begrenzung verkehrsbedingter Belastungen und Risiken

- a) den Belangen der Umwelt derart Rechnung zu tragen, dass
 - aa) ...
 - bb) die Freisetzung von Stoffen auf ein Maß begrenzt wird, welches die Tragfähigkeit der betroffenen Umweltmedien nicht überfordert“.

Insofern besteht eine **Konvergenz mit dem Ziel des Klimaschutzes**, weil die der Bundesbedarfsplanung zugrunde gelegte Steigerung des Verkehrsaufkommens bis zu einer vollständigen Umstellung auf Elektromobilität und damit jedenfalls in den nächsten 10-15 Jahren zwangsläufig mit einer weiteren Steigerung der CO₂-Emissionen einhergehen würde, die durch das Verkehrsprotokoll und hier gerade durch Art. 11 Abs. 2 VP begrenzt werden soll. Zudem hat das BVerfG im Klima-Beschluss vom 24.3.2021 seine teils sehr konkreten Forderungen zur Begrenzung der CO₂-Emissionen mit dem Ziel der Herstellung von Klimaneutralität ganz maßgeblich aus Art. 20a GG hergeleitet, der den Staat verpflichtet, die natürlichen Lebensgrundlagen auch in Verantwortung für die künftigen Generationen zu schützen und damit zunächst vor allem darauf zielt, den künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen zu erhalten.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 Leitsatz 2, Rn. 188 ff., 193 und 243 ff.

Dabei erwähnt das BVerfG ausdrücklich die Bedeutung einer „Verteuerung und Verknappung CO₂-relevanter Mobilität“.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 Rn. 249.

2. Konsequenzen

Daraus und aus den weiteren Aussagen des BVerfG ergeben sich nicht zuletzt Konsequenzen für die Verbindlichkeit des BVWP 2030 und die zugehörige Bedarfsfeststellung im FStrAbG sowie für die Genehmigung und Realisierung von hochrangigen Straßenbauvorhaben durch die bayerischen Behörden.

Vgl. zum Folgenden auch *Faßbender*, Der Klima-Beschluss des BVerfG – Inhalte, Folgen und offene Fragen, in: NJW 2021, S. 2085 (2090 f.).

So ist namentlich die „dem Staat“ aufgebene Pflicht zum Klimaschutz und zur Herstellung von Klimaneutralität künftig auch bei allen Einzelfallentscheidungen der Exekutive, bei denen Gestaltungs-, Abwägungs- und Beurteilungsspielräume bestehen, zu berücksichtigen. Dies gilt erst recht, wenn es um die Zulassung von Vorhaben geht, die

mit Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter einhergehen, was bei Straßenbauvorhaben häufig der Fall ist, da Art. 20a GG dann als sog. Grundrechtsschranke zu beachten ist.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 Leitsatz 3 und Rn. 190.

Darauf zielt auf der einfachgesetzlichen Ebene bereits § 13 Abs. 1 S. 1 des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) ab, der die Träger öffentlicher Gewalt verpflichtet, bei ihren Planungen und Entscheidungen den Zweck des Gesetzes und die zu seiner Erfüllung festgelegten Ziele zu berücksichtigen. Diese Vorgabe ist nicht nur bei konkreten Genehmigungsentscheidungen, sondern auch auf vorgelagerten Planungsstufen wie bei der Bundesverkehrswegeplanung zu beachten. Zudem kann es zur Erfüllung der bereichsspezifischen Reduktionsvorgaben, insbesondere im Verkehrsbereich, erforderlich sein, bereits getroffene Bedarfsfeststellungen im Einzelfall zu überprüfen, wenn und weil die betreffenden Vorhaben in besonderer Weise mit CO₂-Emissionen einhergehen. Dabei ist wiederum die neue Maßgabe des BVerfG zu beachten, dass das relative Gewicht des Klimaschutzgebots in der Abwägung bei fortschreitendem Klimawandel weiter zunimmt.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 650/97, u.a. abgedruckt in: NJW 2021, S. 1723 Leitsatz 2 a sowie Rn. 120, 185 und 198.

Hinzu kommt, dass die vom BVerfG geforderte Herstellung von Klimaneutralität eine Ausweitung des Planungs- und Prognosehorizonts auf das Zieljahr der Klimaneutralität erfordert. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Schaffung von dauerhaften Infrastrukturen wie Straßen. Ansonsten wird riskiert, dass Planungen oder Vorhaben mit hohen Treibhausgasemissionen zugelassen werden, für die nur kurzfristig ein Bedarf besteht, deren Anlage und Betrieb aber dauerhaft das Treibhausgas-Budget belasten würde.

Vgl. *Ekardt/Heß/Wulff*, BVerfG-Klima-Beschluss: Folgen für Bund, EU, Länder und Kommunen, in: *Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (EurUP)* 2021, S. 212 ff. (220).

Diese Vorgaben und Zusammenhänge verstärken zugleich das Gewicht des Klimaschutzes und damit den Vorrang einer besseren Auslastung bestehender Straßen- und Bahnkapazitäten sowie den Vorrang eines Aus- oder Neubaus von Bahninfrastrukturen bei der Prüfung der Vereinbarkeit von hochrangigen Straßen mit Art. 11 Abs. 2 VP.

Daher stellt sich umso mehr die Frage, ob die entsprechenden Bedarfsfeststellungen in der Anlage zum FStrAbG ausnahmsweise nicht verbindlich sind.

Schließlich wird im Schrifttum sogar schon zugespitzt gefragt, ob und inwieweit ein weiterer Straßenbau angesichts der langen Lebensdauer von Straßen überhaupt mit dem Ziel der Emissionsneutralität vereinbar ist.

Siehe *Ekaradt/Heß/Wulff*, in: EurUP 2021, S. 222.

Auch aus diesen Gründen sind die bayerischen Behörden vor allem bei der Planfeststellung und Realisierung von hochrangigen Straßen gefordert, einen eigenen Beitrag zur Umsetzung von Art. 11 VP zu leisten.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

Damit ist zusammenfassend Folgendes festzuhalten:

1. Die Anfrage zum Plenum des Abgeordneten *Florian von Brunn* „Alpenschutz in Bayern: Missachtung und Verstöße gegen bayerischen Alpenplan und Alpenkonvention“ hat gezeigt, dass die rechtlichen Wirkungen des Verkehrsprotokolls der Alpenkonvention vom Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie, das die Anfrage beantwortet hat, teilweise nicht zutreffend erfasst werden.
2. So stützt sich das Staatsministerium bei der grundlegenden Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 11 des Verkehrsprotokolls (VP) jedenfalls in der Sache auf eine Aussage des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs aus dem Jahre 2010, die durch die nachfolgende Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs und des Verwaltungsgerichts München überholt ist. Denn danach und auch nach der allgemeinen fachlichen Einschätzung zum Thema ist bei den einzelnen Vorschriften in den Protokollen zur Alpenkonvention jeweils gesondert anhand der üblichen Auslegungsmethoden und unter Berücksichtigung der Wiener Vertragsrechtskonvention zu prüfen, ob diesen eine unmittelbare Verbindlichkeit gegenüber den jeweils zuständigen staatlichen Stellen zukommt oder nicht.

3. Eine solche Prüfung ergibt nach der einhelligen (!) Meinung der zuständigen deutschen und österreichischen Fachministerien, der bislang mit dem Verkehrsprotokoll befassten österreichischen Gerichte und der einschlägigen Fachliteratur, dass die zentralen Bestimmungen des Art. 11 Abs. 1 und 2 VP sehr wohl für die jeweils zuständigen staatlichen Stellen unmittelbar verbindlich sind. (Vgl. zum Ganzen den vorstehenden Abschnitt B. II. 2. b.)
4. Die Frage, welche staatliche Stelle für die Einhaltung des Art. 11 Abs. 1 und 2 VP zuständig ist, richtet sich im deutschen Bundesstaat nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes und dem konkretisierenden Gesetzesrecht. Danach kommen folgende drei staatliche Stellen in Betracht: Zuständig für den Bundesverkehrswegeplan (BVWP), der auf der ersten Stufe als Investitionsrahmenplan die verkehrspolitischen Weichen für die nächsten 10-15 Jahre stellen soll, ist das Bundeskabinett, wobei das Bundesverkehrsministerium federführend ist. Dieser BVWP wird auf einer zweiten Stufe vom Bundestag auszugsweise in die Anlage zum Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG) übernommen, um den Bedarf gesetzlich festzulegen. Auf der dritten Stufe erfolgt dann die Genehmigung der konkreten Vorhaben in entsprechenden Planfeststellungs- oder Plangenehmigungsverfahren. Für diese Verfahren und auch für die Ausführung der Vorhaben sind in Bayern bei sämtlichen Bundesfernstraßen, also Bundesautobahnen und sonstigen Bundesfernstraßen, die bayerischen Landesbehörden zuständig. (Vgl. zum Ganzen den vorstehenden Abschnitt B. I.)
5. Vor diesem Hintergrund wird im vorliegenden Gutachten – nach der Prüfung der unmittelbaren Anwendbarkeit – der Frage nachgegangen, ob Art. 11 Abs. 1 und 2 VP auf die in der o.g. Anfrage zum Plenum genannten Verkehrsvorhaben anwendbar ist. Diese Frage wird in der Antwort des Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie vom 6.5.2021 in fragwürdiger Weise pauschal verneint.
6. Eine nähere Analyse erweist nämlich, dass die betreffenden Vorhaben zwar nicht von der in Art. 11 Abs. 1 VP normierten Pflicht erfasst werden, den Bau neuer hochrangiger Straßen für den alpenquerenden Verkehr zu unterlassen, weil die

Norm nach hier vertretener Ansicht lediglich den Neubau und nicht den bloßen Ausbau einer bestehenden hochrangigen Straße erfasst. (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. II. 2. e.)

7. Allerdings fällt zumindest die Ortsumgehung Oberau im Zuge der Bundesstraße B 23 ebenso wie weitere Vorhaben des BVWP 2030, die im räumlichen Anwendungsbereich des Verkehrsprotokolls vorgesehen sind (vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. II. 2. c), in den Anwendungsbereich des Art. 11 Abs. 2 VP, nach dem ein hochrangiges Straßenprojekt für den inneralpinen Verkehr nur dann verwirklicht werden darf, wenn die dort genannten vier Voraussetzungen gegeben sind.
8. Dies liegt zum einen daran, dass der Begriff „hochrangige Straßen“ gemäß Art. 2 Unterabsatz 6 des Verkehrsprotokolls nicht nur Autobahnen und mehrbahnige, kreuzungsfreie Straßen, sondern „in der Verkehrswirkung ähnliche Straßen“ erfasst. Das führt dazu, dass sonstige Bundesfernstraßen und auch Ortsumgehungen im Verlauf von Bundesstraßen grundsätzlich als „hochrangige Straßen“ anzusehen sind. Schließlich ist davon auszugehen, dass selbst Landesstraßen jedenfalls dann als „hochrangige Straßen“ eingestuft werden können, wenn sie in erheblichem Umfang eine überregionale, großräumige Verbindungsfunktion haben (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. II. 2. d.)
9. Zum anderen sprechen die besseren Argumente dafür, dass die in Art. 8 Abs. 2 S. 3 VP normierte Ausnahme für Altvorhaben nicht für die in Art. 11 Abs. 1 und 2 VP geregelten Verpflichtungen gilt. Aber selbst wenn man dem nicht folgt, spricht vieles dafür, dass sich der Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 11 VP auf die in den Verzeichnissen zum Verkehrsprotokoll aufgeführten Straßenbauvorhaben beschränkt. Letzteres würde dazu führen, dass allein die „B 2 neu: Eschenlohe - Garmisch-Partenkirchen“ und die „B 19: Immenstadt - Kempten“ nicht den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 VP genügen müssten. (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. II. 2. f.)
10. Schaut man sich die vier Voraussetzungen des Art. 11 Abs. 2 VP und deren Umsetzung in Deutschland näher an, dann erweist sich, dass die Behauptung des

Bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie, diese Vorgaben würden bereits „durch das UVPG, BNatSchG, FStrG, Deutsche Nachhaltigkeitsstrategie, Bundesverkehrswegeplan 2030 (BVWP) i.V.m. Bedarfsplan Bundesfernstraßen (Anlage zum FStrAbG) in nationales Recht umgesetzt“, mit einer Reihe von Fragezeichen versehen werden muss. (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. II. 2. g.)

11. Das gilt in besonderer Weise für die Vorgabe in Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP, da diese einer besseren Auslastung bestehender Straßen- und Bahnkapazitäten, einem Aus- oder Neubau von Bahn- und Schifffahrtsinfrastrukturen und einer Verbesserung des Kombinierten Verkehrs sowie weiteren verkehrsorganisatorischen Maßnahmen einen klaren Vorrang gegenüber dem Bau oder Ausbau einer hochrangigen Straße einräumt. Diese Verpflichtung geht deutlich über die im nationalen Recht geforderte Alternativenprüfung hinaus und es spricht einiges dafür, dass dieses normative Defizit auch nicht bei der tatsächlichen Erstellung des derzeit geltenden BVWP 2030 ausgeglichen wurde. So ist, soweit ersichtlich, namentlich bei der Aufnahme der Ortsumgehung Gmund im Zuge der B 318 und der Ortsumgehung Garmisch-Partenkirchen im Zuge der B 2 in den BVWP 2030 und in die Anlage zum Fernstraßenausbaugesetz (FStrAbG) keine Alternativenprüfung durchgeführt worden, die den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP genügt. (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. II. 2. h.)
12. Angesichts dessen sprechen gute Argumente dafür, dass der Bedarfsplan zum FStrAbG insoweit jedenfalls für die zuständigen bayerischen Behörden nicht verbindlich ist. Sie sind vielmehr aufgrund ihrer eigenen Verpflichtung, bei der Planung und Realisierung von Bundesfernstraßen für die Einhaltung des Verkehrsprotokolls zu sorgen, rechtlich gehalten, insbesondere bei den hochrangigen Straßen, die sich – so wie die Ortsumgehung Garmisch-Partenkirchen im Zuge der B 2 – derzeit noch in Planung befinden oder bei denen – so wie bei der Ortsumgehung Gmund im Zuge der B 318 – trotz Aufnahme in die Anlage zum FStrAbG noch keine konkreten Planungen vorliegen, nachweisbar eine Alternativenprüfung durchzuführen, die den Anforderungen des Art. 11 Abs. 2 Buchstabe b) VP genügt. (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. II. 3.)

13. Zudem müssen die bayerischen Behörden, vor allem bei der Planfeststellung von hochrangigen Straßen, und der Bund, insbesondere bei der Bundesverkehrswegeplanung und der zugehörigen Bedarfsfeststellung im FStrAbG, künftig auch die Verpflichtungen beachten, die sich aus dem Klima-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 24.3.2021 ergeben.
14. Dies liegt zunächst einmal darin begründet, dass das zentrale Ziel des Verkehrsprotokolls, in den Alpen eine nachhaltige Verkehrspolitik zu erreichen, die vor allem die Tragfähigkeit der betroffenen Umweltmedien nicht überfordert, mit dem vom BVerfG aus Art. 20a GG hergeleiteten Ziel des Klimaschutzes konvergiert, die CO₂-Emissionen bis hin zur Klimaneutralität zu reduzieren. (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. III. 1.)
15. So ist namentlich die erwähnte „dem Staat“ aufgegebenen Pflicht zum Klimaschutz und zur Herstellung von Klimaneutralität künftig auch bei allen Einzelfallentscheidungen der Exekutive, bei denen Gestaltungs-, Abwägungs- und Beurteilungsspielräume bestehen, zu berücksichtigen. Diese Vorgaben und Zusammenhänge verstärken zugleich das Gewicht des Klimaschutzes und damit den Vorrang einer besseren Auslastung bestehender Straßen- und Bahnkapazitäten sowie den Vorrang eines Aus- oder Neubaus von Bahninfrastrukturen bei der Prüfung der Vereinbarkeit von hochrangigen Straßen mit Art. 11 Abs. 2 VP. (Vgl. dazu den vorstehenden Abschnitt B. III. 2.)

K. Faßbender

(Prof. Dr. Kurt Faßbender)