

Rechtsgutachten

zu Inhalt und Tragweite von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich Planung und Verkehr im Zusammenhang mit dem Projekt Cargo sous terrain

Inhaltsverzeichnis:

1.	Ausgangslage und Fragestellung	2
1.1.	Das System Cargo sous terrain	2
1.2.	Der Förderverein CST und die Rolle des Bundes dabei.....	2
1.3.	Fragestellung des BAV	2
2.	Geschichtlicher Hintergrund von Art. 81 BV	3
3.	Der Begriff des öffentlichen Werkes	4
4.	Differenzierung aufgrund der Trägerschaft	5
5.	Art. 81 BV als Basis für eine Bundesgesetzgebung	6
5.1.	Zurückhaltung in der Lehre.....	6
5.2.	Überlegungen zu einem zeitgemäss(er)en Verständnis.....	6
5.3.	Ansatzpunkte in der bisherigen Praxis	8
5.4.	Ergebnis	9
6.	Die Raumplanungskompetenz (Art. 75) als ergänzende Basis?	10
7.	Relevanz von Art. 87 BV im vorliegenden Zusammenhang	10
7.1.	Verhältnis von Art. 81 und Art. 87 BV	10
7.2.	Einstufung von CST als Eisenbahn.....	11
7.3.	Ergebnis	12
8.	Anzupeilende Regelungen auf Bundesebene.....	12
8.1.	Handlungsrahmen allein gestützt auf Art. 81 BV	12
8.2.	Sachplanung.....	13
8.3.	Konzessionsverfahren	13
8.4.	Plangenehmigungsverfahren	14
8.5.	Weitere Bestimmungen.....	14
8.6.	Erlassform	15
9.	Schnittstellen zum kantonalen Recht.....	15
10.	Fazit/Beantwortung der Fragen	16

1. Ausgangslage und Fragestellung

1.1. Das System Cargo sous terrain

Bei Cargo sous terrain (CST) handelt es sich um ein unterirdisches, automatisiertes Gütertransportsystem. In dreispurigen Tunnels, welche Produktions- und Logistikstandorte mit städtischen Ballungsräumen verbinden, sollen unbemannte Elektro-Transportfahrzeuge auf Rädern mit konstanter Geschwindigkeit von 30 km/h selbständig verkehren, wobei die Stromversorgung über eine Induktionsschiene erfolgt. Im oberen Tunnelbereich ist zusätzlich eine Behälterhängebahn für Kleingüter geplant. An den vorgesehenen Zugangspunkten (Hubs) werden Güter auf Paletten und Behälter ins System eingespeist oder aus diesem entnommen. Auf diese Weise soll das bestehende Strassen- und Schienennetz ergänzt und entlastet werden.¹

Die Inbetriebnahme einer ersten Teilstrecke von Härkingen-Niederbipp bis Zürich ist für 2030 vorgesehen. Später soll CST stufenweise zu einem grösseren Streckennetz (zwischen Boden- und Genfersee, mit Ablegern nach Basel und Luzern) ausgebaut werden.

1.2. Der Förderverein CST und die Rolle des Bundes dabei

Getragen wird das Projekt CST primär durch die Privatwirtschaft. Im Förderverein CST engagieren sich als Hauptträger v.a. Firmen aus den Bereichen des Detailhandels und Transports bzw. Verkehrs. Dazu gehören auch bundesnahe Betriebe wie die SBB Cargo oder die Post. Das Bundesamt für Verkehr (BAV) hat die Machbarkeitsstudie personell und finanziell unterstützt. Zudem sieht man auf Seiten des Bundes den Bedarf nach einer Gesetzgebung, welche die Planung und Umsetzung regelt. Ein weiterführendes finanzielles Engagement im Rahmen des Projekts ist beim Bund derzeit nicht geplant.

1.3. Fragestellung des BAV

Ende Juni 2016 wurde der Unterzeichnende vom BAV mit der Ausarbeitung eines Rechtsgutachtens zur (möglichen) Rolle von Art. 81 BV sowie weiterer Bundeskompetenzen aus dem Bereich

¹ Vgl. <http://www.cargosousterain.ch>.

Planung und Verkehr im vorgenannten Zusammenhang beauftragt. Zu beantworten waren dabei die folgenden Fragen:

1. Kann Art. 81 BV als Verfassungsgrundlage für einen Bundeserlass betreffend CST herangezogen werden?
2. Gibt es alternative oder ergänzende Verfassungsgrundlagen, auf welche sich ein solcher Erlass abstützen könnte?
3. a) Lassen sich basierend auf den Antworten zu Fragen 1 und 2 konkretere Aussagen machen zur Abgrenzung zwischen Bundes- und kantonalem Recht bzw. Bundes- und Kantonszuständigkeit in Bezug auf CST?
 b) Welche Mindestinhalte sollten in einem Bundeserlass betreffend CST enthalten sein, was wäre vorteilhafterweise nicht zu regeln?

2. Geschichtlicher Hintergrund von Art. 81 BV

Art. 81 BV lautet:

Der Bund kann im Interesse des ganzen oder eines grossen Teils des Landes öffentliche Werke errichten und betreiben oder ihre Errichtung unterstützen.

Der Verfassungsartikel betreffend die öffentlichen Werke geht zurück auf die Bundesverfassung von 1848. Gegenüber den Vorgängerbestimmungen von Art. 21 BV 1848 und Art. 23 BV 1874 hat der Wortlaut von Art. 81 BV nur geringfügige Anpassungen erfahren.² Das hohe Alter der Bestimmung verbunden mit dem Umstand, dass deren Relevanz mit dem zunehmendem Ausbau der Bundeskompetenzen im Infrastrukturbereich im Verlaufe des 20. Jahrhunderts stetig abnahm³, führte dazu, dass das Verständnis von Art. 81 BV bis heute sehr stark durch die Herausforderungen des noch jungen Bundesstaates im 19. Jahrhundert geprägt wird. Ganz im Sinne des Subsidiaritätsgedankens wurde auf eidgenössischer Ebene eine punktuelle Kompetenzgrundlage für Grossprojekte geschaffen, welche die Kantone alleine nicht umsetzen konnten und mit deren

² Markus Kern, in: Bernhard Waldmann u.a. (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 81 Rz. 3; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 258.

³ Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 2.

Bewältigung der Bund seine Leistungsfähigkeit augenfällig unter Beweis zu stellen vermochte.⁴ Entsprechend hielt man das sachliche Anwendungsfeld der Bestimmung eher unscharf und knüpfte vielmehr bei der Interessensituation an. Der Bund sollte sich sehr gezielt raumwirksamen Herausforderungen annehmen, welche die Möglichkeiten der Kantone überstiegen. In der Praxis erfolgte die anvisierte Unterstützung dabei in erster Linie über finanzielle Zuwendungen.⁵ Mit der Verfassung von 1874 erhielt der Bund in zentralen Bereichen wie Wasserbau, Strassen und Eisenbahnen weiterführende Kompetenzen; in der Folge ist die (selbständige) Bedeutung der Bestimmung betreffend öffentliche Werke stark zurückgegangen. Bis heute wird die Verfassungsnorm bei Bundeserlassen aber häufig als ergänzende Grundlage angerufen. Zu den vorgenannten Infrastrukturkompetenzen besteht denn auch ein enger inhaltlicher Konnex (vgl. Ziff. 7.1).⁶ Daneben lassen sich auch gewisse Bezüge zur Raumplanung herstellen, indem die Werkkompetenz dem Bund schon früh die Möglichkeit verlieh, auf wichtige raumwirksame Vorhaben einzuwirken und deren Umsetzung mit zu gestalten.

3. Der Begriff des öffentlichen Werkes

Dem Begriff des öffentlichen Werkes liegt gemeinhin ein eher enges Verständnis zugrunde.

Mehrheitlich wird die Ansicht vertreten, dass sich der *Werk*begriff ausschliesslich auf künstlich geschaffene, feste, mit dem Boden dauernd verbundene Anlagen sowie Zustandsveränderungen in Natur und Umwelt beziehe.⁷ Dieser Ansatz wird in der jüngeren Lehre teilweise hinterfragt und gefordert, dass auch nicht bodengebundene Anlagen einbezogen werden können sollten.⁸ Auf die genannte Problematik braucht vorliegend indessen nicht vertieft eingegangen zu werden,

⁴ Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 1.

⁵ Walter Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931, S. 155 ff.; Riccardo Jagmetti, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987 ff., Art. 23 Rz. 1 ff.

⁶ Martin Lendi/Stefan Vogel, in: Bernhard Ehrenzeller u.a. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 81 Rz. 4 f.

⁷ Petra Hauser, Vom öffentlichen Werk des Bundes zur interkantonalen Anstalt: Das Beispiel der Linthkorrektur, Diss., Zürich 2011, S. 42 ff.; Lendi/Vogel (Anm. 6), Art. 81 Rz. 6; Jagmetti (Anm. 5), Art. 23 Rz. 5; Alexander Ruch, Umwelt - Boden - Raum, SBVR Bd. VI, Basel 2010, Rz. 183; ders., in: Daniel Thürer u.a. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 59 Öffentliche Werke und Verkehr, Rz. 1.

⁸ Lendi/Vogel (Anm. 6), Art. 81 Rz. 7 ff.; Rechtsgrundlagen für die IKT-Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Kantonen, Gutachten des BJ vom 22. Dezember 2011, VPB 1/2012, S. 8; vgl. auch Giovanni Biaggini, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 81 Rz. 2; Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 9.

da die konkret zu beurteilende Transportanlage ohne weiteres auch die Voraussetzungen des traditionellen Begriffsverständnisses erfüllt.⁹

Von genügender *öffentlicher* Bedeutung ist ein Werk, wenn dessen Errichtung und Betrieb im Interesse des ganzen Landes oder eines grossen Teils davon liegen. Vorausgesetzt wird mit anderen Worten eine qualifizierte überregionale Tragweite der Anlage. Diese offenen Vorgaben belassen dem Bund einen weiten Beurteilungsspielraum.¹⁰ CST eine solche Bedeutung zu attestieren, sollte ohne weiteres möglich sein. Zwar bleibt die Initiative weitgehend der Privatwirtschaft überlassen. Die Verwirklichung des Projekts dürfte indessen einen wesentlichen Beitrag zur Gesamtverkehrsbewältigung leisten und andere Verkehrsträger (namentlich Strasse und Schiene), welche zunehmend an ihre Kapazitätsgrenzen gelangen, massgeblich entlasten. Dabei weist das System auch ökologische Vorteile auf. Ein erhebliches öffentliches Interesse an der Verwirklichung von CST wie auch die überregionale Relevanz des Vorhabens lassen sich daher nicht von der Hand weisen.

4. Differenzierung aufgrund der Trägerschaft

Art. 81 BV unterscheidet zwei Tatbestände. Beim Ersten stehen Errichtung und Betrieb eines öffentlichen Werkes durch den Bund in Frage, beim Zweiten geht es um die bundesseitige Unterstützung der Errichtung eines öffentlichen Werkes durch Dritte.

An der Trägerschaft des Werkes muss der Bund demnach nicht zwingend selber beteiligt sein. Soweit er es bei der Unterstützung von Drittvorhaben begnügen lässt, muss sich sein Engagement indessen auf die *Phase der Errichtung* beschränken.¹¹ Der diesbezüglich klare Wortlaut von Art. 81 BV setzt ausdehnenden Interpretationen enge Grenzen. Entsprechend ist weitgehend unbestritten, dass eine dauerhafte Unterstützung Dritter eindeutig unzulässig ist. Im Vordergrund steht dabei zwar gemeinhin die Ausrichtung von finanziellen Beiträgen. Selbstverständlich gilt die zeitliche Schranke aber auch für anderweitige Handlungen, mit denen Werke Dritter gefördert werden sollen, also insbesondere auch für von Art. 81 BV allenfalls noch abgedeckte gesetzgeberische Massnahmen (dazu nachfolgend Ziff. 5).

⁹ Vgl. auch Hauser (Anm. 7), S. 62 f.

¹⁰ Hauser (Anm. 7), S. 68 ff.; Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 10; Lendi/Vogel (Anm. 6), Art. 81 Rz. 16 ff., 23.

Nicht weiterverfolgt wird nachfolgend die Frage, inwiefern der Bund sich ein finanziell von Dritten getragenes Werk allenfalls gesetzlich "zu eigen" machen könnte. Damit von einem Werk des Bundes ausgegangen werden kann, würde dies jedenfalls voraussetzen, dass er dafür eine Letztverantwortung übernimmt, was gemäss Ausgangslage klar nicht geplant ist.

5. Art. 81 BV als Basis für eine Bundesgesetzgebung

5.1. Zurückhaltung in der Lehre

Die herrschende Lehre steht auf dem Standpunkt, dass Art. 81 BV als Subsidiärkompetenz für Einzelfälle bestimmt sei und nicht als Grundlage für die Errichtung einer ganzen Kategorie von Werken herangezogen werden könne.¹² Demnach ermächtigt die Bestimmung den Bund nur zu unterstützenden Handlungen im Hinblick auf *einzelne konkret geplante Werke*.

Zudem ergibt sich aus Art. 81 BV nach überkommener Auffassung *keine Gesetzgebungskompetenz*, sondern vielmehr eine *unmittelbare Verwaltungskompetenz*.¹³ Diese Haltung wird in der jüngeren Lehre jedoch zunehmend kritisch hinterfragt, namentlich weil sie sich mit den heutigen (rechtsstaatlichen) Anforderungen an die Gesetzmässigkeit staatlichen Handelns nur bedingt in Einklang bringen lässt (dazu im Anschluss unter Ziff. 5.2).

5.2. Überlegungen zu einem zeitgemäss(er)en Verständnis

Die Verfassungsauslegung erfolgt grundsätzlich nach denselben Regeln, wie sie auch für die Auslegung von Gesetzesrecht gelten. Je nach der Natur der betroffenen Norm kann die Gewichtung der einzelnen Auslegungselemente allerdings differieren. Bei organisatorischen Bestimmungen, wozu auch Kompetenznormen gehören, ist der Auslegungsspielraum naturgemäss enger begrenzt und gilt es den historischen Elementen stärker Rechnung zu tragen.¹⁴ Gerade bei sehr alten Normen ist dieser Ansatz jedoch ebenfalls zu relativieren, indem sich das veränderte

¹¹ Hauser (Anm. 7), S. 81 ff.; Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 12; Lendi/Vogel (Anm. 6), Art. 81 Rz. 12 f.; Ruch, Verfassungsrecht (Anm. 7), Rz. 6.

¹² Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 5.

¹³ Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 7; Hauser (Anm. 7), S. 42, 77 ff.; Ruch, SBVR (Anm. 7), Rz. 185; ders., Verfassungsrecht (Anm. 7), Rz. 7.

Umfeld nicht einfach ausblenden lässt, ansonsten droht der Regelung eine nachhaltige Entfremdung von Gesellschaft und Rechtssystem. Zudem hat der Verfassungsgeber durch das Beibehalten der Werkkompetenz im Rahmen der Totalrevision der Bundesverfassung von 1999 zum Ausdruck gebracht, dass er der Bestimmung auch in der heutigen Zeit eine (selbständige) Bedeutung beimisst.¹⁵

Aufgrund der grossen Offenheit der Norm erscheint das Bild, dass Art. 81 BV ein unmittelbares Verwaltungshandeln ermögliche, aus heutiger Sicht nicht durchwegs als realistisch und gangbar.¹⁶ Vielmehr verlangen *rechtsstaatliche* Überlegungen auch in Anwendungsfällen von Art. 81 BV eine minimale gesetzliche Abstützung der staatlichen Handlungen. Soweit z.B. Drittinteressen betroffen sind oder für die Verwirklichung des Werkes weiterführende behördliche Vorkehren notwendig sind, muss der Bund sein Handeln auf ergänzende genügend konkret gefasste Gesetzesgrundlagen abstützen können.¹⁷ In einem modernen Rechtsstaat hat sich das Gemeinwesen bei der Verfolgung von Förderungszielen sodann auch mit den rechtlichen Voraussetzungen eines Vorhabens auseinanderzusetzen. Ansonsten würde man in Kauf nehmen, dass angestrebte Ziele an (nicht abgestimmten) rechtlichen Hindernissen scheitern. Anders als im 19. Jahrhundert sind die Ersteller eines Infrastrukturwerkes von nationalem Interesse heute nicht allein mit finanziellen Herausforderungen, sondern vor allem auch mit planungsrechtlichen Problemen konfrontiert, welche sich bei kantonsübergreifenden Vorhaben unter Umständen einzig auf Bundesebene sachgerecht angehen lassen. Somit erscheint es nicht ausgeschlossen, dass der Beitrag des Bundes zur Verwirklichung eines solchen Werkes (von Dritten) gerade in der Schaffung entsprechender gesetzlicher (Planungs-)Grundlagen besteht. Die betreffenden Bundesregelungen müssen jedoch darauf gerichtet sein, das Werk zu ermöglichen, indem Fragen angegangen werden, welche sich letztlich nur aus einer zentralen übergeordneten Sicht sachgerecht beantworten und koordinieren lassen.¹⁸

¹⁴ BGE 128 I 327, 330 E. 2.1; 112 Ia 208, 212 f. E. 2a.

¹⁵ *Lendi/Vogel* (Anm. 6), Art. 81 Rz. 9.

¹⁶ BGE 139 243, 252 E. 10.

¹⁷ *Biaggini* (Anm. 8), Art. 81 Rz. 5 f.; *Kern* (Anm. 2), Art. 81 Rz. 7, 14; *Lendi/Vogel* (Anm. 6), Art. 81 Rz. 21 f.; Gutachten BJ (Anm. 8), S. 8 f.

¹⁸ Vgl. dazu *Hauser* (Anm. 7), S. 85, wonach die Bundesunterstützung auch auf die Projektkoordination oder Interessenharmonisierung unter den involvierten Kantonen gerichtet sein kann. Etwas später (S. 88) wird die Aussage allerdings wieder relativiert und die Einflussnahme auf die Werkerrichtung Dritter per se als unzulässig taxiert.

5.3. Ansatzpunkte in der bisherigen Praxis

Berücksichtigt man die Praxis unter der BV 1848, findet man einzelne *Anwendungsfälle*, bei denen der Bund die Kompetenz betreffend öffentliche Werke als Grundlage für gesetzliche Normierungen genutzt hat. So beruhten insbesondere die ersten *Eisenbahngesetze von 1852 und 1872* (bis zum Erlass von Art. 26 BV 1874) allein auf der damaligen Vorläuferbestimmung von Art. 81 BV.¹⁹ Das Gesetz von 1852 war zwar sehr rudimentär gehalten, enthielt aber bereits erste materielle Vorgaben über die technische Einheit im Eisenbahnwesen, die Pflicht der Eisenbahnunternehmungen zur Gewährung des Anschlusses untereinander sowie zur Ausführung von Militärtransporten zu bestimmten Tarifen, ein Rückkaufsrecht des Bundes sowie dessen Kompetenz zur Wahrung seiner Interessen in Eisenbahnangelegenheiten im Verhältnis zum Ausland.²⁰

Daneben wurde die Werkkompetenz des Bundes in der Vergangenheit zumindest zur *ergänzenden Abstützung von Sacherlassen* herangezogen, u.a. für das (geltende) Eisenbahngesetz (EBG), das Nationalstrassengesetz (NSG), das Elektrizitätsgesetz (EleG), das Trolleybus-Gesetz (TrG) oder das Rohrleitungsgesetz (RLG). Auch eine Reihe von Bundesgesetzen betreffend den (Aus-)Bau von Eisenbahnstrecken führen Art. 81 BV als Grundlage an, so das Alpentransit-Gesetz (AtraG), das HGV-Anschluss-Gesetz (HGVA nG) oder das Bundesgesetz über die zukünftige Entwicklung der Bahninfrastruktur (ZEBG).²¹ Somit ist man offensichtlich davon ausgegangen, dass sich die genannten Erlasse wenigstens teilweise auf Art. 81 BV bzw. Art. 23 BV 1874 stützen können.²² Würde Art. 81 BV für solche Erlasse überhaupt nicht als Grundlage taugen, wäre die Erwähnung im Ingress sinnlos. Einzuräumen ist allerdings, dass sich die Verweise auf den früheren Art. 23 BV zumindest teilweise auf die dort noch enthaltene Passage betreffend Enteignungen beziehen.

Interessant ist schliesslich, dass der Bund seine Unterstützung nicht selten mit Auflagen und Bedingungen verknüpfte, seinen Steuerungsanspruch also indirekt über die finanzielle Unterstützung einbrachte.²³ Verstünde man Art. 81 BV hinsichtlich Drittwerken als weitgehend inhaltsleere Subventionsermächtigung, wäre eine solche Anreizsteuerung kritisch zu hinterfragen. Grund-

¹⁹ Biaggini (Anm. 8), Art. 81 Rz. 4; Heinz Hess/Heinrich Weibel, Das Enteignungsrecht des Bundes, Bd. II, Bern 1986, S. 62 f.; Gutachten BJ (Anm. 8), S. 7.

²⁰ AS 1853, 170. Dazu die Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Eisenbahngesetzes vom 8. Februar 1956, BBl 1956 I 214.

²¹ Dazu auch Art. 196 Abs. 4 Satz 1 BV.

²² Vgl. auch Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 7.

²³ Hauser (Anm. 7), S. 88.

sätzlich braucht der Bund auch für die Lenkung durch finanzielle Beiträge eine ausreichende verfassungsrechtliche Grundlage. Geht man umgekehrt davon aus, dass die betreffenden Auflagen und Bedingungen rechtmässig erfolgten, spricht dies dafür, dass Art. 81 BV diesbezüglich ein eigenständiger Steuerungsanspruch zugrunde liegt, welcher grundsätzlich auch über das Mittel der Gesetzgebung umgesetzt werden kann.

5.4. Ergebnis

Die vorstehenden Überlegungen zeigen, dass Lehre und Praxis bis heute zurückhaltend sind, aus Art. 81 BV (auch) Gesetzgebungsbefugnisse abzuleiten. Ansätze dazu gibt aber durchaus. Wo genau dabei die Grenze des Zulässigen verläuft, ist allerdings schwer zu sagen, da die anzutreffenden Aussagen und Hinweise sehr offen und vage bleiben. Ausser Zweifel steht indessen, dass der aufgrund von Art. 81 BV für eine Bundesgesetzgebung zur Verfügung stehende Spielraum in jedem Fall *eng beschränkt* ist.

Eine Bundesgesetzgebung, welche sich allein auf Art. 81 BV abstützt, muss sich demnach mit einer auf das Wesentliche gerichteten rechtlichen *Einrahmung und Fundierung* eines *konkret anstehenden Vorhabens* begnügen. Man hat sich auf eine Regelung *übergeordneter, essentieller* Punkte zu beschränken. Den Rahmen von Art. 81 BV eindeutig sprengen würde dagegen eine ausgedehntere allgemeine Gesetzgebung für eine bestimmte Werkkategorie; hierfür wäre auf Verfassungsstufe vielmehr eine spezifische Sachkompetenz erforderlich. Art. 81 BV verfolgt eine *erfolgsorientierte Grundstossrichtung*. Die Norm will Werke positiv ermöglichen und nicht regulativ (ordnend) ins Recht fassen. Weiterführende an die Ersteller eines Werks gerichtete Vorgaben, Restriktionen, Auflagen, u.ä. lassen sich somit auf diesem Weg nicht rechtfertigen.²⁴ Soweit sich der Bund an einem Werk selber nicht beteiligt, müssen die gesetzlichen Massnahmen ausserdem die *Errichtungsphase* fokussieren (dazu vorstehend Ziff. 4); verwehrt bleibt dem Bundesgesetzgeber dagegen eine Regulierung des späteren Betriebs.

²⁴ Ähnlich Gutachten BJ (Anm. 8), S. 9.

6. Die Raumplanungskompetenz (Art. 75 BV) als ergänzende Basis?

Da Verkehrsinfrastrukturen generell einen starken Bezug zur *Raumplanung* aufweisen, kann man sich fragen, ob für gewisse mehr planungsbezogene Regelungen allenfalls auch die Grundsatzgesetzgebungskompetenz von Art. 75 BV als ergänzende Grundlage herangezogen werden könnte. Die betreffende Bestimmung vermittelt dem Bund direkt keine Planfestsetzungsbefugnisse.²⁵ Hinsichtlich seiner raumwirksamen Tätigkeiten unterliegt jedoch auch der Bund einer umfassenden Planungspflicht (Art. 2 RPG); zudem hat er koordinierend auf die Planungen der einzelnen Kantone einzuwirken.²⁶ Damit lässt sich eine Rahmengesetzgebung des Bundes zu CST allenfalls verfassungsrechtlich etwas besser abstützen; wesentliche zusätzliche Handlungsspielräume gegenüber Art. 81 BV ergeben sich aus einer Anrufung von Art. 75 BV aber wohl kaum.

7. Relevanz von Art. 87 BV im vorliegenden Zusammenhang

7.1. Verhältnis von Art. 81 und Art. 87 BV

Art. 81 BV weist starke Querverbindungen zu den Verkehrsbestimmungen der Bundesverfassung auf, was vor allem auch die systematische Nähe zu diesen illustriert (dazu bereits Ziff. 2). Dabei ist Art. 81 BV eine flankierende Funktion beizumessen.²⁷ Anzustreben gilt es eine sinnvolle *Ergänzung* und nicht etwa eine (einzelfallweise oder generelle) Übersteuerung der bereichsspezifischen Regelungen. D.h. Art. 81 BV soll dann zur Anwendung gelangen, wenn andere Verfassungsnormen ein bestimmtes Vorhaben nicht oder nur teilweise abdecken. Vorliegend interessiert vor allem, inwieweit eine Anrufung von Art. 87 BV betreffend Eisenbahnen und weitere Verkehrsträger möglich und sinnvoll ist bzw. CST als Eisenbahn (im weiteren Sinn) verstanden werden kann.

²⁵ Botschaft BV (Anm. 2), S. 246.

²⁶ Biaggini (Anm. 8), Art. 75 Rz. 4.

²⁷ Lendi/Vogel (Anm. 6), Art. 81 Rz. 9, 19.

7.2. Einstufung von CST als Eisenbahn

Markus Kern äussert sich bei seiner Kommentierung von Art. 87 BV kurz zu CST und lehnt eine Unterstellung unter den betreffenden Artikel "mangels Schienenbindung" grundsätzlich ab.²⁸ Weiter erläutert wird die Auffassung nicht. Als Eisenbahnen eingestuft werden gemeinhin schienen- bzw. spurgebundene Transportmittel (vgl. Art. 1 Abs. 3 Eisenbahngesetz [EBG])²⁹. Die Fahrzeuge von CST verkehren zwar auf nicht unmittelbar schienengebundenen Rädern, sie folgen aber einer Induktionsschiene, über welche sie den Strom für den Antrieb beziehen. Auffällig ist in diesem Zusammenhang die teilweise Ähnlichkeit zu Trolleybussen, deren Gesetzesgrundlage sich ebenfalls unter anderem auf Art. 26 BV 1874 bzw. Art. 87 BV stützt. Das in diesem Zusammenhang vorgesehene Plangenehmigungsverfahren richtet sich (durch Verweis in Art. 11 Abs. 2 TrG) weitgehend nach dem EBG.³⁰ In der Botschaft zum TrG wird dazu Folgendes ausgeführt: "Der Trolleybusbetrieb ist an eine Fahrdrathleitung gebunden, so dass er dieselben Charakteristiken aufweist wie die Strassenbahn. Deshalb ist er in den meisten Ländern mehr oder weniger den auf die Eisenbahnen anwendbaren Vorschriften unterworfen (Frankreich, Italien, Belgien u. a.)."³¹ Zu dieser Einschätzung fanden sich zur Entstehungszeit des TrG zwar auch kritische Stimmen, wonach die Bindung an einen Fahrdrath zur Energieversorgung für die Einstufung als Eisenbahn nicht genüge.³² Bei CST lassen sich neben der Induktionsschiene jedoch noch weitere Elemente einer Fahrwegbindung ausmachen. Eine gewisse Spurwirkung kommt zweifellos bereits dem Tunnelsystem selber zu, über welches der gesamte Verkehr zu den Hubs abgewickelt wird. Dabei findet keine Parallelnutzung der Fahrbahnen durch andere Verkehrsarten statt. Zumindest überlegen kann man sich weiter, ob nicht auch eine elektronische Spurführung die Voraussetzungen von Art. 87 BV erfüllen kann, zumal sie letztlich zum gleichen Resultat führt wie eine herkömmliche Schiene. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung fällt weiter mit ins Gewicht, dass im oberen Tunnelbereich zusätzlich eine Behälterhängebahn für Kleingüter geplant ist.³³ Unabhängig davon ist Art. 87 BV als Zusammenfassung und Weiterführung bisheriger Sektorialkompetenzen zu verstehen³⁴ und – auch wenn sich die Aufzählung der Verkehrs-

²⁸ *Markus Kern*, in: Basler Kommentar BV (Anm. 2), Art. 87 Rz. 13.

²⁹ *Biaggini* (Anm. 8), Art. 87 Rz. 5; *Kern* (Anm. 28), Art. 87 Rz. 13; *Martin Lendi*, in: Kommentar BV 1874 (Anm. 5), Art. 26 Rz. 8; *Martin Lendi/Felix Uhlmann*, in: St. Galler Kommentar BV (Anm. 6), Art. 87 Rz. 33.

³⁰ Dazu auch BVGer Urteil A-5160/2014 vom 14. Juli 2015, E. 4.5.

³¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über Trolleybusunternehmungen vom 26. Juni 1949, BBl 1949 II 111.

³² *Hans Rudolf Herdener*, Die rechtliche Behandlung der Trolleybus-Unternehmungen, Zürcher Diss., Uster 1951, S. 52; daneben auch BGE 68 IV 21, 23 f. E. 1.

³³ Zu solchen Bahnen ausdrücklich *Herdener* (Anm. 32), S. 33.

³⁴ Botschaft BV (Anm. 2), S. 260.

träger in Art. 87 BV grundsätzlich als abschliessend erweist³⁵ – ist nicht davon auszugehen, dass der Verfassungsgeber die bereits vorbestehende Trolleybusgesetzgebung vom Anwendungsbereich ausschliessen wollte. Damit dürfte deren Rechtmässigkeit unter der aktuellen Verfassung nicht mehr in Frage gestellt werden können.

Aus der (ergänzenden) Anrufung von Art. 87 BV folgt nicht zwangsläufig eine (vollumfängliche) Unterstellung unter das EBG, wie nicht zuletzt das TrG zeigt. Vielmehr ist es durchaus denkbar, dass der Gesetzgeber diesbezüglich Differenzierungen vornimmt und für einzelne Systeme adäquate Sonderlösungen vorsieht. Gewisse Abgrenzungsprobleme könnten aber allenfalls auf Verfassungsstufe gegenüber Art. 87a BV entstehen. Jedoch dürfte es sich ohnehin aufdrängen, den dort verwendeten Begriff der Eisenbahn enger zu verstehen als nach Art. 87 BV.³⁶

7.3. *Ergebnis*

Ohne einer abschliessenden Beurteilung nach Vorliegen des definitiven technischen Konzepts vorgreifen zu wollen, spricht aus heutiger Sicht einiges dafür, dass eine genügende Nähe zum Eisenbahnbegriff besteht, um Art. 87 BV als ergänzende Kompetenzgrundlage für ein CST-Gesetz anrufen zu können. Im Gegensatz zu Art. 81 BV ermöglicht Art. 87 BV dem Bund eine relativ umfassende Gesetzgebung, was die unter Ziff. 5.4 skizzierten Abgrenzungsprobleme erheblich relativiert.

8. **Anzupeilende Regelungen auf Bundesebene**

8.1. *Handlungsrahmen allein gestützt auf Art. 81 BV*

Die Ausführungen unter Ziff. 5 haben gezeigt, dass sich der Bund gestützt auf Art. 81 BV auf eine unterstützende Rahmengesetzgebung in Bezug auf die Errichtungsphase von CST zu beschränken hätte. Denkbar wäre von daher etwa, dass der Bund gewisse übergeordnete Planungsvorkehrungen trifft sowie planungsrechtliche Sicherungsinstrumente (etwa in Form von Baulinien) vorsieht, die Ausübung des Enteignungsrechts (gemäss EntG) regelt, Schnittstellenprobleme mit

³⁵ Lendi/Uhlmann (Anm. 29), Art. 87 Rz. 30 ff.

³⁶ Markus Kern, in: Basler Kommentar BV (Anm. 2), Art. 87a Rz. 2, der seinerseits auf die FABI-Botschaft verweist.

anderen öffentlichen Einrichtungen (z.B. Kreuzungen) angeht oder den Kantonen allenfalls auch gewisse Minimalvorgaben für die Koordination der Verfahren macht. Für weiterführende (nicht notwendig auf Bundesebene anzugehende) oder betriebsbezogene Normierungen taugt Art. 81 BV hingegen klarerweise nicht als Grundlage. Wo im Einzelnen die Grenze zulässiger Regelungen verläuft, ist nicht einfach zu beantworten und dürfte auch noch von weiteren Gesichtspunkten abhängen (etwa ob die Kantone in Bezug auf CST eigene Koordinationsbemühungen anstellen). Orientieren sollte sich der Bund jedenfalls stets am *Subsidiaritätsgedanken*. Fragen, welche genauso gut oder sogar besser vom kantonalen Gesetzgeber resp. durch den Werkeigentümer geregelt werden können, sind offenzulassen.

Bei den nachfolgenden weiteren Überlegungen zum Inhalt einer Bundesgesetzgebung wird davon ausgegangen, dass über die zusätzliche Anrufung von Art. 87 BV eine relativ umfassende Regelung möglich ist.

8.2. *Sachplanung*

Angesichts der erheblichen räumlichen Auswirkungen von CST kommt dem Instrument der *Sachplanung* (i.S.v. Art. 13 RPG sowie Art. 14 ff. RPV) zur Gewährleistung einer genügenden Koordination mit anderen öffentlichen Aufgaben und Interessen eine zentrale Rolle zu. Auch wenn das Thema in vielen Infrastrukturgesetzen eher etwas stiefmütterlich behandelt wird, ist es angezeigt, diesem im Rahmen eines Erlasses betreffend CST die angemessene Aufmerksamkeit zu schenken.

8.3. *Konzessionsverfahren*

Stuft man CST als Eisenbahn ein, fällt sie folglich unter das diesbezügliche Bundesmonopol. Auch in monopolisierten Aufgabenbereichen muss der Bund nicht in jedem Fall ein Konzessionsverfahren vorsehen. Im Luftfahrtbereich fehlt ein solches etwa bei Flugfeldern (Art. 36b LFG) und im Postwesen ist es mit der letzten Revision gänzlich weggefallen (vgl. Art. 4 PG). Konkret ist jedoch davon auszugehen, dass die Tunnels eine Sondernutzung von öffentlichem Grund darstellen können.³⁷ Der Untergrund (ausserhalb der Einflussphäre des privatrechtlichen Eigentums) befindet sich als herrenlose Sache in der Hoheit des jeweiligen Kantons (Art. 664

³⁷ BGE 119 Ia 390, 399 f. E. 5d-e.

ZGB). Von daher drängt sich einerseits eine zeitliche Befristung der Nutzung auf³⁸ und es sollte geregelt werden, inwiefern es zusätzlich einer kantonalen Sondernutzungskonzession bedarf (vgl. dazu Art. 6 Abs. 4 EBG betreffend Strassenbahnen). Über ein bundesrechtliches Konzessionsverfahren, in welchem die betroffenen Kantone anzuhören wären, liessen sich beide Fragen direkt angehen und sachgerecht regeln.³⁹

8.4. *Plangenehmigungsverfahren*

Bezüglich dem Plangenehmigungsverfahren drängt es sich auf, grundsätzlich das Modell zu übernehmen, wie es für Bundesinfrastrukturen mit dem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren in einheitlicher Weise eingeführt wurde.⁴⁰ Dabei erscheint es naheliegend, als Genehmigungsbehörde, wie in andern Fällen auch, das BAV einzusetzen.

8.5. *Weitere Bestimmungen*

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich die Regelungsaufgabe des Bundes im Hinblick auf CST nicht grundlegend von derjenigen bei anderen Verkehrsträgern unterscheidet. Vergleichbare bestehende Erlasse wie das EBG, TrG oder RLG können somit als Orientierungsgrösse dienen. Zu den Themen, welche gesetzgeberisch angegangen werden können und sollen, gehören unter anderem (nicht abschliessend):

- planungsrechtliche Sicherungsinstrumente (Baulinien) sowie Enteignungsrecht des Betreibers;
- technische und betriebliche Anforderungen an Infrastruktur und Fahrzeuge sowie in diesem Zusammenhang notwendige Bewilligungen;
- Netzzugang, Pflichten (des Betreibers), Benutzungsverhältnis, Kreuzungen;
- Haftpflicht und Versicherung.

³⁸ BGE 127 II 69, 74 f. E. 4c.

³⁹ BGer Urteil 1C_27/2009 vom 17. September 2009, E. 2.

⁴⁰ AS 1999, 3071.

8.6. Erlassform

Da in Art. 81 BV vorwiegend eine Verwaltungskompetenz erkannt wird, soll die Beschlussfassung und Konkretisierung im Einzelfall nach herrschender Lehre über einen referendumpflichtigen Bundesbeschluss nach Art. 163 Abs. 2 BV erfolgen.⁴¹ Vorausgesetzt wird dabei indessen, dass der Bund sich effektiv auf eine verwaltende Tätigkeit beschränkt und er sich dafür allein auf Art. 81 BV abstützt. Soweit es dagegen um Rechtsetzung geht und Art. 81 BV zudem lediglich als ergänzende Kompetenzgrundlage angerufen wird, wurde bisher mehrheitlich die Gesetzesform gewählt.⁴² Zwar ist nicht völlig ausgeschlossen, dass ein (referendumpflichtiger) Bundesbeschluss gewisse rechtsetzende Bestimmungen enthält und dürfte in diesem Zusammenhang durchaus ein gewisser politischer Spielraum hinsichtlich der einzusetzenden Erlassform bestehen.⁴³ Vor allem wenn der Bund eine relativ umfassende Regelung anstrebt, mit welcher auch weitere vergleichbare Vorhaben abgedeckt werden sollen, erscheint die Form des Bundesgesetzes jedoch letztlich eindeutig als sachgerechter.

9. Schnittstellen zum kantonalen Recht

Die angestrebte Bundesgesetzgebung soll in erster Linie das Tunnelsystem und die eigentliche Hubinfrastruktur erfassen. Abgrenzungsfragen stellen sich dabei einerseits im Untergrund, indem sich dieser als öffentliche Sache in der Hoheit der Kantone befindet. Andererseits ergeben sich Schnittstellen zum kantonalen Planungs- und Baurecht. In Bezug auf sämtliche Bauten der eigentlichen Anlage ist gemäss dem etablierten Koordinationsansatz des Bundes auf ergänzende kantonale Bewilligungen und Pläne gänzlich zu verzichten. Kantonales (Bau-)Recht sollte jedoch so weit angewendet werden, als die Erfüllung der bundesrechtlich geregelten Aufgaben damit nicht unverhältnismässig eingeschränkt wird (vgl. Art. 18 Abs. 4 EBG, Art. 37 Abs. 4 LFG). Weiter ist denkbar, dass in der Umgebung von Hubs Nebenanlagen (z.B. Speditionszentren) erstellt werden. Für deren Bewilligung bleiben wie bei vergleichbaren Einrichtungen in der Nähe von Bahnhöfen oder Flughäfen die Kantone zuständig (Art. 18m EBG, Art. 37m LFG). Schliesslich sind die Kantone für die ausreichende strassenseitige Erschliessung der Hubs zu-

⁴¹ Kern (Anm. 2), Art. 81 Rz. 14; Lendi/Vogel (Anm. 6), Art. 81 Rz. 27; Ruch, SBVR (Anm. 7), Rz. 186.

⁴² Bezüglich Eisenbahngrossprojekten vgl. auch Art. 196 Abs. 4 Satz 1 BV.

⁴³ Bernhard Ehrenzeller, Die neue Regelung der Erlassformen der Bundesversammlung, in: Leges 2000/3, S. 20 f.

ständig. Der notwendigen Abstimmung mit der kantonalen Verkehrsplanung dient hier bereits die Sachplanung.

10. Fazit/Beantwortung der Fragen

Zu Frage 1:

Obwohl grosse Teile der Lehre gesetzlichen Regelungen, welche sich auf Art. 81 BV abstützen eher skeptisch gegenüberstehen, gibt es durchaus Argumente dafür, dass Art. 81 BV in dieser Hinsicht ein bisher kaum genutztes, umfangmässig begrenztes Potential aufweist. In Bezug auf Werke Dritter müssten solche Normen insbesondere:

- aus Anlass eines *konkret anstehenden* Vorhabens erfolgen,
- sich auf die Klärung *übergeordneter zentraler Fragen* beschränken,
- von der Zwecksetzung her *unterstützend wirken*,
- sich grundsätzlich auf die *Errichtungsphase* beziehen.

Demnach wäre es nicht ausgeschlossen, CST allein gestützt auf Art. 81 BV bundesrechtlich in einem gewissen Umfang mit einem *Rahmenerlass* zu begleiten. Wo genau dabei die Grenzen des Zulässigen verlaufen, ist jedoch schwer zu sagen, zumal sich dazu in Lehre und Praxis nur wenige Anhaltspunkte finden. Auch dürfte es sich als äusserst schwierig erweisen, auf diesem Weg sämtliche Regulierungsbedürfnisse, welche sich im Zusammenhang mit CST ergeben können, aufzufangen. Von daher erscheint eine zusätzliche Abstützung der CST-Gesetzgebung auf weitere Kompetenzgrundlagen notwendig und sinnvoll.

Zu Frage 2:

Obwohl in der Lehre bereits gegenteilige Auffassungen geäussert wurden, spricht angesichts der nach heutigem Kenntnisstand auszumachenden Spurführungselemente einiges dafür, dass CST als Eisenbahn (im weiteren Sinn) eingestuft und unter Art. 87 BV subsumiert werden kann. Lässt sich diese Einschätzung im Rahmen der technischen Konkretisierung des Projekts erhärten, ist es somit denkbar, einen Erlass betreffend CST – ähnlich wie das namentlich auch schon beim TrG gemacht wurde – in kombinierter Weise auf Art. 81 und Art. 87 BV zu stützen. Bei diesem Vorgehen erübrigen sich auch die Abgrenzungsschwierigkeiten im Hinblick auf den konkreten Um-

fang der Bundeskompetenz, welche sich bei einem Vorgehen allein über Art. 81 BV ergeben würden.

Zu Frage 3:

Geht man davon aus, dass der Bund effektiv über die Kompetenz zu einer relativ umfassenden Regelung betreffend CST verfügt, erscheint es naheliegend und sachgerecht, sich sowohl bezüglich der Abgrenzung zum kantonalen Recht (bzw. zu kantonalen Zuständigkeiten) wie auch dem Inhalt der Bundesnormen an bestehenden Infrastrukturerlassen und am Verfahrensmodell zu orientieren, wie es mit dem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren in relativ einheitlicher Form eingeführt wurde.

Fällanden, 19. August 2016

(Prof. Dr. iur. Stefan Vogel)