

Martin Lendi, Prof. Dr. iur. Dr. h.c., Rechtsanwalt

(em.) o. Prof. für Rechtswissenschaft ETH Zürich

8092 Zürich/8700 Küsnacht

An den Gemeinderat von Zermatt

Einwohnergemeinde

Kirchplatz 3

CH – 3920 Z e r m a t t

Zürich, 7. November 2011

Rechtsgutachten Strasse Täsch-Zermatt

Sehr geehrter Herr Präsident,

sehr geehrter Herren Gemeinderäte,

Mit Schreiben vom 29. August 2011, eingetroffen anfangs September 2011, haben Sie mich gebeten, ein Rechtsgutachten zu den Problemen rund um die Strasse Täsch-Zermatt zu verfassen. Vorgängig fanden anfangs August 2011 in Zermatt eine Begehung und eine Besprechung statt.

Die Expertenfragen wurden eingehend diskutiert. Sie führten schlussendlich in Ihrem zitierten Auftragschreiben zu folgenden Fragen:

- ***„Ob und unter welchen Voraussetzungen die Auftraggeberin über einen Rechtsanspruch verfügt, durch eine leistungsfähige Strasse innert nützlicher Frist erschlossen zu werden.***

- ***Die Rechtmässigkeit der Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, dem Kanton Wallis und der Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG unter Einschluss mehrerer Aspekte: a) Zuständigkeit, b) zulässige Inhalte und deren Tragweite, c) fehlender Einbezug der Einwohnergemeinde Zermatt als Betroffene.***

- ***Rechtliche Möglichkeiten der Interessenwahrung seitens der Auftraggeberin.“***

Ich halte zudem kurz fest, dass ich an der genannten Besprechung deutlich gemacht habe, dass die aufgeworfenen Fragen im Rahmen einer „Prima Vista-Beurteilung“ gewichtige offene Problemstellungen einschliessen, dass aber auf der andern Seite gewisse Klärungen möglich sein könnten, gleichsam stricti iuris, zudem von allgemeinem Interesse. Auf der andern Seite sei eine Beurteilung der politischen Implikationen einem aussenstehenden Begutachter kaum möglich, da ihm die latenten politischen Hintergründe nicht bekannt sein können. Diese könnten ausserdem nicht Gegenstand eines Rechtsgutachtens sein. Der Experte konzentriert sich denn auch im Folgenden auf die Rechtsfragen. Beiläufig gestattet er sich, zu verkehrlichen und raumplanerischen Aspekten gewisse Bemerkungen von tatsächlicher Relevanz zu machen, da er über einschlägige Erfahrungen verfügt.

Ausserdem habe ich geltend gemacht, dass der Stand der Lehre zu den sog. grossräumigen Erschliessungsfragen und zu den öffentlichrechtlichen

Vereinbarungen zwischen Hoheitsträgern und einer Aktiengesellschaft privaten oder öffentlichen Rechts mit Wirkungen zuungunsten Dritter nicht in allen Teilen gefestigt sei und dass deshalb in Kauf genommen werden müsse, dass den vom Gutachter nach bestem Wissen und Gewissen vertretenen Auffassungen möglicherweise widersprochen werden könnte – wie dies bei Rechtsgutachten nicht selten der Fall sei.

Allerdings habe ich den Auftrag bewusst übernommen, weil die Fragen, gerichtet an den Gutachter, Problemstellung implizieren, die weit über den spektakulären Fall Zermatt hinaus eine Beantwortung – mit Blick auf die Rechtsfortentwicklung insgesamt – verdienen, auch wenn sie da und dort Neuland betreten. Dies betrifft vor allem die Grundaufgabe der „Basiserschliessungen“ von zusammenhängenden Gebieten/Räumen, wie Gemeinden, Regionen, Agglomerationen und Landesgegenden.

Das Gutachten gliedert sich wie folgt:

- 1.- Allgemeiner Überblick zum Tatsächlichen*
- 2.- Rechtsrelevante Sondergegebenheit*
- 3.- Hinweise auf allgemeine und besondere, auch fehlende Rechtsgrundlagen*
- 4.- Die Basiserschliessung von Landesteilen und grösseren Gemeinden – am Beispiel der Gemeinde Zermatt*
- 5.- Die Vereinbarung zwischen Bund, Kanton Wallis und der MGBI*
- 6.- Rechtliche Möglichkeiten der Interessenwahrung*
- 7.- Beantwortung der Expertenfragen*

1.- Allgemeiner Überblick zum Tatsächlichen

Die Gemeinde Zermatt ist nicht eine kleine Berggemeinde mit relativ grossem Touristenangebot, sondern eine einwohnerstarke Gemeinde (rund 6000 Einwohner) mit einem überproportional grossen Touristenaufkommen in der Sommer- und in der Wintersaison. Es handelt sich denn auch um einen Touristenort von national/internationaler, renommierter Ausstrahlung, der selbst für die Schweiz von exemplarischer Bedeutung ist. Auffallend ist die relativ grosse Einwohnerzahl. Zu unterstreichen bleibt also: Es handelt sich selbst nach der Einwohnerzahl um eine relativ grosse Gemeinde.

Die geographische Lage der Einwohnergemeinde Zermatt zeichnet sich im Zentrum durch eine gewisse Enge des Tales aus, deutlich erkennbar, wenn man vom Rhonetal (Visp) über die gleichsam letzte Talstufe zu diesem Attraktionsort anreist. Unmittelbar an das Dorf – in südlicher Richtung – weitet sich das Tal erneut und zwar zu einer einladenden Panoramawelt, in der das Matterhorn in seiner eindrücklichen Einmaligkeit – überraschend – auf der rechten Wegseite (linke Talseite) alles überragt. Das Dorf selbst kann für das Siedlungsgebiet nur die relativ schmale Talsohle und die beidseitigen Berghänge nutzen, was zu einer dichten Überbauung führt und führen muss. Für Verkehrsachsen und -flächen bleibt angesichts der Konzentration der Überbauung sowie der Bergflanken wenig Raum. Dies hat die Gemeinde veranlasst, den privaten Motorfahrzeugverkehr weitgehend auszuschliessen und den unerlässlichen Personen- und Warenverkehr in hohem Masse kleineren, immissionsarmen Verkehrsmitteln vorzubehalten.

Die Gemeinde Zermatt wird einerseits durch die Matterhorn-Gotthard-Bahn und andererseits durch eine beschränkt benutzbare Strasse Täsch-Zermatt erschlossen, wobei die strassenseitige Erschliessung de facto (et de iure?) nur als befahrbare Strasse mit limitierten Benutzungsrechten besteht, aber nicht allgemein als öffentliche Strasse beliebig (im Gemeingebrauch) befahren werden darf. Ihre Benutzung steht gleichsam unter Bewilligungsvorbehalt. Gemäss klassifizierender Qualität handelt es sich um eine kantonale Nebenstrassen unter Hoheit des Kantons. Die bahnseitige Erschliessung erfreut sich reger Nachfrage, einerseits dank der Frequenzen ab dem Haupttal (Rhonetal), konkret ab Brig/Visp, und

andererseits dank dem erleichterten Verkehrsaufkommen via den Basistunnel am Lötschberg sowie der internationalen Attraktion „Glacier-Express“.

Zu den Verkehrsanlagen seien folgende Bemerkungen vorausgeschickt:

- Die Benutzung der Strasse Täsch-Zermatt (kantonale Nebenstrasse, also keine Hauptstrasse, und keine Gemeindestrasse) steht, wie gesagt, unter Bewilligungsvorbehalt, wobei die Bewilligungen primär Einheimischen und Wohnungseigentümern vorbehalten sind. Der Verkehr auf der Strasse umfasst – neben dem ausdrücklich über die Bewilligungspflicht erlaubten Personwagen- und dem Taxiverkehr zwischen Täsch und Zermatt (der bis dato unverändert, also nicht reduziert angeboten wird) – vor allem Anlieferungen von Baumaterialien und Versorgungsgütern durch Lastwagen, hingegen keine Busse, also keine Personentransporte des öffentlichen Verkehrs auf der Strasse und vor allem auch keine Touristentransporte mit privaten Autobussen. Deren Passagiere und alle weiteren Anreisenden per Auto haben ab Täsch auf ihrer Reise nach Zermatt (ca. 6 km) die Bahn zu benutzen. Das auf der Strasse verbleibende Verkehrsaufkommen wird gleichsam am talseitigen Dorfrand, also vor der Einfahrt in das Dorf, abgefangen. Es bestehen daselbst Abstell-, Parkierungs- und Umlademöglichkeiten.
- Bei der Strasse von Täsch nach Zermatt handelt es sich rechtlich um eine Strasse, die als kantonale Nebenstrasse unter Hoheit des Kantons steht. Sie ist nicht für ein grösseres Leistungsangebot ausgebaut, weist Engpässe auf, die ein Kreuzen ausschliessen oder erheblich erschweren, und erweckt derzeit unterhaltsseitig einen vernachlässigten Eindruck – bis nahe an die Grenze aufkommender (oder bereits bestehender) „Werkmängel“. Festgestellt werden muss, dass es also nicht keine Strasse nach Zermatt gibt, dass aber diese Strasse in ihrem aktuellen Zustand nicht einem üblichen Ausbau- und Unterhaltsstandard entspricht, wie er gemäss fachlichen Anforderungen der Mängelfreiheit resp. der üblichen schweizerischen Standards bestehen müsste. Der Grund liege darin, dass

der Unterhalt aus „rechtlichen“ Gründen von Seiten des Kantons auf die Substanzerhaltung habe zurückgenommen werden müssen.

- Die Leistungen der Bahn in der Funktion eines öffentlichen Verkehrsangebotes (mit freier Zugänglichkeit für jedermann) ab Täsch nach Zermatt und von Zermatt nach Täsch werden grosszügig angeboten – grosszügig in vierfacher Hinsicht, a) nach Parkierungsmöglichkeiten in Täsch, b) nach Umsteigerleichterungen in Täsch, c) mit breitem Bahnhofsangebot in Zermatt und d) nach dem breiten Fahrplanangebot in beiden Fahrtrichtungen. Die Verkehrsleistungen werden übrigens durch die Matterhorn-Gothard-Bahn erbracht, resp. betrieblich durch deren Verkehrs- und baulich durch ihr Infrastrukturunternehmen (MGBI) – nicht nur auf der hier diskutierten Strecke Täsch-Zermatt, sondern weit darüber hinaus.

2.- Rechtsrelevante Sondergegebenheit

Zu den Gegebenheiten zählt nun auch die Tatsache, dass zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bund) und dem Kanton Wallis einerseits und der Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG (MGBI) andererseits unter Anrufung des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 eine sog. 2. Vereinbarung abgeschlossen worden ist, welche die gemeinsame Finanzierung (unter Einbezug von Eigenmitteln der MGBI sowie von Beiträgen Dritter) und die bauliche Realisierung des Projektes „Top Terminal Täsch (TTT)“ betrifft. Sie datiert vom Februar 2004. Seitens des Bundes wurde sie vom Direktor des Bundesamtes für Verkehr im Namen der Schweizerischen Eidgenossenschaft unterzeichnet. Für den Kanton Wallis firmierte die Regierung. Es ging und geht bei dieser Vereinbarung um das Schaffen der baulichen Umsteigevoraussetzungen von der Strasse auf die Schiene und zwar in Täsch, wie sie heute realisiert bestehen, insbesondere um ein Parkhaus, Parkplätze usw.

In dieser Vereinbarung findet sich in Art. 16 eine „Auflage“ primär zulasten des Kantons Wallis. Diese lautet wie folgt:

„Der Kanton Wallis stellt sicher, dass die Taxifahrten zwischen Täsch und Zermatt nach Inbetriebnahme des TTT gegenüber der Wintersaison 2002/2003 nachhaltig mindestens um die Hälfte reduziert werden. Er nimmt an der Strasse Täsch – Zermatt während mindestens 25 Jahren nach Bauabschluss des TTT nur Arbeiten zur Substanzerhaltung vor.“¹

Der volle Text der vorstehend zitierten Vereinbarung wurde der Gemeinde Zermatt erst bekannt, als der Gutachter darauf insistierte, dass das Erahnen der Existenz einer solchen Vereinbarung nicht genüge. Ihm müsse der volle Text bekannt sein. Es gelang dann, die Urkunde – durch das Bundesamt für Verkehr vermittelt – zu erhalten. Es zeigte sich, dass diese Vereinbarung nicht nur dem Bau der Anlagen und deren Finanzierung gilt, sondern auch dem Investitionsschutz der TTT-Anlagen in Täsch zudient. Ausbau und Unterhalt der Strasse Täsch-Zermatt, für die der Kanton zuständig ist, wurden und werden bewusst, willentlich, zurückgefahren, wohl mit dem Zweck, das Umsteigen auf die Bahn zu begünstigen und die getätigten Investitionen amortisieren zu können – verbunden evidenterweise mit offenkundigen Nachteilen für die Gemeinde Zermatt, konkret für den Verkehr auf dieser Strasse und also für die Zu- und Wegfahrten nach/von Zermatt. Dies aber, ohne dass die Einwohnergemeinde Zermatt vorgängig, also frühzeitig und vor Abschluss der fraglichen Vereinbarung begrüsst und mit dem wahren Inhalt des angedachten Dokumentes voll konfrontiert worden wäre. Die Gemeinde Zermatt ist auch – gemäss mündlichen Auskünften – nicht als potentielle Vertragspartei eingeladen worden. Scheinbar wurde sie nicht einmal konsultiert, schon gar nicht um Zustimmung gebeten, weder von Seiten des Bundes, noch des Kantons Wallis, auch nicht von der MGBI. Von Informationsverpflichtungen zulasten der Vertragsparteien und zugunsten der Gemeinde Zermatt ist allerdings im Vereinbarungsdokument nicht die Rede. Sodann fehlt in der Vereinbarung jegliche direkte sachliche, verkehrliche, raumplanerische Bezugnahme auf die Gemeinde Zermatt. Auf ein frühes

¹ Es ist hier anzumerken, dass der bauliche Unterhalt an der Strasse in der Zwischenzeit erheblich vermindert, während die Auflage der Reduktion der Taxifahrten scheinbar nicht angegangen worden ist.

Insistieren beim Kanton Wallis hin wurde wohl ein Auszug aus der Vereinbarung bekannt, aber eben nur ein Auszug, mit der Abschrift weniger Artikel, wenn auch mit Einschluss des kritischen Bestimmung des Art. 16 der Vereinbarung.

3.- Hinweise auf allgemeine und besondere, auch fehlende Rechtsgrundlagen

Die durch die Expertenfragen und durch die tatsächlichen Umstände wie auch durch die Gegebenheit einer Vereinbarung zwischen Bund/Kanton/MGBI berührten Rechtsbereiche sind sehr breit anzuvisieren.

Es geht um Probleme der Erschliessung einer Gemeinde, um Fragen der Raumplanung, des öffentlichen Verkehrs, des zulässigen Strassenverkehrs auf einem öffentlichen Verkehrsweg, um den gehörigen Ausbau und Unterhalt einer Strasse, um die Möglichkeiten und Grenzen des Abschlusses einer Vereinbarung zwischen Hoheitsträgern (Bund/Kanton Wallis) und einer Aktiengesellschaft (MGBI) als Tochterunternehmung eines Eisenbahnkonzessionsnehmers (Matterhorn-Gotthard-Bahn), verbunden mit Wirkungen auf einen Dritten, konkreter auf die Einwohnergemeinde Zermatt.

Die in Frage stehenden Rechtsgrundlagen betreffen grosso modo das Strassen-, das Strassenverkehrs-, das Eisenbahn-, das Raumplanungs-, das Umweltschutz-, das private und öffentliche Vertragsrecht, dann aber auch das Verfahrens- und Organisationsrecht – und dies alles auf kantonaler und bundesseitiger Rechtsebene.² Zudem sind die allgemeinen Lehren zum Verwaltungsrecht zu

² Zum schweizerischen Verkehrsrecht liegt eine neuere Darstellung vor: *Müller Georg (Hrsg.), Verkehrsrecht*, Basel 2008. Es handelt sich um das Werk eines Autorenkollektivs. Der hier konzentriert vorkommende Problemkomplex der „Basiserschliessung“ von Gemeinden, Regionen usw. und vom Nebeneinander von Bahn und Strasse im Rahmen der Erschliessung eines national/internationalen Kur- und Touristenortes kommt in diesem Werk kaum zur Sprache. Es mangelt an Querbezügen zu andern Rechtsgebieten wie der Raumplanung etc. Neuere Gedanken zum Verkehrsrecht finden sich bei *Lendi Martin*, *Verkehr und Recht, An der Schwelle zu einem neuen Verkehrsrecht*, Zürich 1998; daselbst finden sich auch Grundsatztexte zur Verkehrsfreiheit, zur Frage nach einem Grundrecht auf Mobilität. Siehe sodann *Lendi Martin*, *Kommentierung der Verkehrsartikel und des Raumplanungsartikels der Bundesverfassung*, in: *Ehrenzeller/Mastraonardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die*

konsultieren, vorweg im Bereich öffentlichrechtlicher/privatrechtlicher Vereinbarungen zwischen Hoheitsträgern (Bund/Kantone) und Privaten resp. einem Konzessionsnehmer resp. einer Tochtergesellschaft, dann aber auch die lehrseitigen und rechtsprechungsrelevanten Vorgaben zum allfälligen Schliessen von Lücken im positiven Verwaltungsrecht. Das teilweise sektoral angelegte Recht kann zudem in Raum und Zeit nur koordiniert angewandt werden, da es Zielkonflikte und materielle Divergenzen zu meistern gilt.³

Mit in Betracht zu ziehen ist auch der für den Kanton Wallis massgebende kantonale Richtplan, wie er durch die Kantone gemäss Art. 6 ff. Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979 zu erlassen ist. Er enthält Aussagen zur Siedlung, zur Landschaft, zum Verkehr, zum Tourismus, auch zu den Naturgefahren etc. Der Richtplan des Kantons Wallis aus dem Jahre 2000⁴, gemäss Bundesrecht als behördenverbindlich⁵ eingestuft, zeichnet sich allerdings dadurch aus, dass er wenig konkret ist, und dass er auf Planunterlagen (Grundlagenpläne, sodann beispielsweise Teilrichtpläne wie Siedlungs-, Landschafts-, und Transport-/Versorgungspläne) – abgesehen von einem vorangestellten allgemeinen Übersichtsplan – verzichtet. Immerhin enthält er weiterführende Aussagen zum Verkehr, auch zu den Strassen, insbesondere zu jenen ab der Nationalstrasse im Haupttal in die Seitentäler hinein. Der massgebende Grundsatz lautet: „Gewährleistung von durchgehend geöffneten

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008 (Art. 75, 75a, 81, 83, 84, 87, 88 BV). Das Strassenrecht hat ferner eine neuere Darstellung gefunden bei *Lendi Martin*, Strassenverkehr im Spiegel der Verkehrsverfassung, in: Strassenverkehr, 4/2010, S. 4 ff. Zu den neusten Entwicklungen erscheinen zwei Abhandlungen vom gleichen Autor, die eine betrifft das Verhältnis von Demokratie und Infrastruktur (erscheint in: UPR, München 2011), die zweite: „Die Verkehrsverfassung unter neuen Anforderungen“ wird durch die „strasseschweiz“ verbreitet, noch im Jahre 2011.

Wesentlich breiter ist die Literatur zum Raumplanungs- wie auch zum Umweltschutzrecht, dann auch zum Organisations- und Verfahrensrecht. Was die Allgemeinen Lehren zum Verwaltungsrecht angeht, so sind diese von zentraler Bedeutung, weil ein Allgemeiner Teil, vergleichbar mit jenem zum OR, fehlt und weil das spezielle Verwaltungsrecht derart breit und heterogen geworden ist, dass ohne allgemeine Lehren nicht auszukommen ist. Zum Allgemeinen Verwaltungsrecht siehe vor allem *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. A., Zürich/St. Gallen 2010 – unbestritten ein Standardwerk.

³ Art. 25a Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979, eine Bestimmung zur Koordination, primär gerichtet auf die formellen Seiten. Nicht minder bedeutsam ist die materielle Abstimmung, so zwischen Verkehrs-, Umwelt- und Raumplanungsrecht.

⁴ *Kanton Wallis*, Kantonaler Richtplan, Kanton Wallis 2000. Der Plan befindet sich gemäss Auskünften des Bundesamtes für Raumentwicklung (ARE) in Revision.

⁵ Art. 9 RPG

*bedarfsgerechten sicheren und leistungsfähigen Strassenverbindungen von der A9 in die Seitentäler zu den grösseren Siedlungszentren und zu den bedeutsamen Touristenzentren.*⁶ Diese Vorgabe betrifft evidenterweise u.a. auch Zermatt.

Allein schon dieses Ansprechen der wesentlichen Umriss der Rechtsfelder macht deutlich, dass wir es mit vielschichtigen Rechtsproblemen zu tun haben, sei es nach Sachgebieten, sei es nach den Rechtsebenen des Bundes und des Kantons Wallis, sei es nach der Hinwendung zum positiven Recht resp. zu den Allgemeinen Lehren des Rechts. Verdeutlichend ist beizufügen, dass es keine geschlossene Gesetzgebung zur Erschliessung des Landes, von Landesteilen, von Regionen und Gemeinden gibt, wie auch keine festschreibende, positivrechtliche Ordnung der Zulässigkeit des Vertragswesens im Kontext der Gemeinwesen auszumachen ist, sei es unter dem Titel des Privatrechts, sei es unter dem Titel des öffentlichen Rechts, sei es in Anlehnung an das Privatrecht in der Funktion des subsidiären öffentlichen Rechts. Kurzum, es gibt weder für jene noch für diese Bereiche umfassende Spezialgesetze.

Das vorliegende Gutachten kann sich unter diesen Umständen nicht darauf beschränken, das positive Recht in seiner Evidenz zu würdigen. Es muss vielmehr, mindestens zusätzlich, die anstehenden, offenen tatsächlichen und rechtlichen Probleme an die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit, mit Einschluss naheliegender Gesetzeswerke, herantragen. Die offenen Rechtsfragen sind somit von dort her sowie aufgrund und nach Massgabe der allgemeinen Lehren zu beantworten.

Das Gutachten wendet sich, in der Abfolge der Expertenfragen, zuerst der Frage nach der Erschliessung von Zermatt und den Rechten der Einwohngemeinde zu. Alsdann tritt es auf die zweite Expertenfrage nach der Rechtmässigkeit der zitierten Vereinbarung zwischen dem Bund, dem Kanton Wallis und der MGBI ein. Abschliessen führt es an die Rechtsmittelbelange heran.

⁶ Richtplan Kanton Wallis, Blatt C.1/2, Stand 30. 3. 2005, Grundsätze, Ziff. 2. Bei diesem Grundsatz fällt auf, dass er eindeutig und klar auf das Zermattertal zutrifft. Allerdings ist zu beachten, dass die Strasse als schweizerische Hauptstrasse nur als H 213 Stalden/Illas -Täsch betrifft (BRB vom 18. 8. 1995, BRB 8. 5. 1990, siehe dazu das Blatt C.5/2 des kantonalen Richtplans), doch der kantonalrechtliche Grundsatz bezieht eindeutigerweise auch Zermatt ein. Irgendwelche Vorbehalte einer Privilegierung der Eisenbahnlinie Täsch-Zermatt unter Zurückbindung des Strassenbaus und -unterhalts ist im Richtplan nicht auszumachen.

4.- Die Basiserschliessung von Landesteilen und grösseren Gemeinden – am Beispiel der Gemeinde Zermatt

Unter diesem Titel geht es vor allem darum, die Frage zu klären, ob die Einwohnergemeinde Zermatt über einen Rechtsanspruch auf die strassenseitige Erschliessung habe. Die Klärung bedingt eine Durchsicht des Verfassungs- und des Gesetzesrechts des Bundes und des Kantons Wallis.

4.1. Verfassungsstufe

Es ist eine der grossen Eigentümlichkeiten des schweizerischen Rechts, dass es trotz seiner föderalistischen Grundintentionen nicht expressis verbis mit der Erschliessung von Landesteilen befasst.⁷ Der Bund hat zwar – gemäss Verfassung – auf die Städte, die Agglomerationen und die Berggebiete Rücksicht zu nehmen, wie er auch ganz allgemein gehalten ist, bei seinem Handeln die möglichen Auswirkungen auf die Gemeinden zu beachten.⁸ Er kann sogar die geordnete Besiedlung des Landes im Rahmen der Kompetenzen zur Raumplanung angehen⁹, regionale Wirtschaftspolitik betreiben¹⁰, bedrohte Landesgegenden unterstützen¹¹, ausserdem die dezentrale Besiedlung des Landes im Kontext der Landwirtschaftspolitik begünstigen¹², er hat ferner ein Netz von Nationalstrassen sicherzustellen¹³, also nicht exklusiv Hauptachsen und Transitstrassen, sondern eben ein Netz, das sich über das Land legt. Unter diversen Titeln trägt er die Kosten oder er kann mindestens Beiträge an die kantonalen Aufwendungen leisten, so auch für den Strassenbau (insbesondere Hauptstrassen).¹⁴ Und nicht zuletzt obliegt dem Bund die Grundversorgung in Belangen der Post und des

⁷ Verfassungsgeschichtlich wäre immerhin auf die Verfassungen von 1848 und 1874 zu verweisen, die der Aufschliessung des ganzen Landes grösste Aufmerksamkeit schenkten und zwar durch Vorschriften über die Post und bald schon über das Eisenbahnwesen, später dann über die Schifffahrt, das Fernmeldewesen, den Motorfahrzeug-, den Luftverkehr usw.

⁸ Art. 50 Abs. 2 und 3 BV

⁹ Art 75 BV

¹⁰ Art. 103 BV

¹¹ Art. 103 BV

¹² Art. 104 Abs. 1 lit. c BV

¹³ Art. 83 BV

¹⁴ Art. 86 Abs. 3 BV

Fernmeldewesens.¹⁵ Alles bewegt sich sachlich nahe an der Erschliessung des Landes und seiner Teile – mit Wirkungen bis zu den Regionen und den Gemeinden hinaus.

Die gleichwertige oder gar gleichartige Erschliessung von Landesteile, Regionen, Agglomerationen oder gar Gemeinden ist hingegen kein ausdrückliches Ziel der Bundesverfassung, auch nicht im Kontext der verfassungsrechtlichen Regelung der Raumplanung, wohl deshalb, weil diese in erster Linie eine Aufgabe der Kantone ist.¹⁶ Immerhin ist aber „de constitutione lata“ vom Zweck/Ziel

der „geordneten Besiedlung“ des Landes die Rede – und diese bedingt – positiv – mindestens eine sachadäquate Siedlungs-, Landschafts- und Verkehrs-/Versorgungsplanung, was übrigens auch den lehrseitigen raumplanerischen Grundanforderungen entspricht.¹⁷ Anders formuliert, anzupeilen ist sachlich zwingend das Abstimmen der planerischen Anforderungen an die Landschaft, an die Siedlungen und an die infrastrukturellen Einrichtungen des Transports und der Versorgung/Entsorgung. Dies ist als landesweite Herausforderung zu verstehen – auch ohne dass die Verfassung ausdrücklich davon spricht. Allein schon der Hinweis auf die „geordneten Besiedlung“ gebietet dieses Zu- und Ineinanderwirken. Und dieses Abstimmen setzt nun als Instrument und Gegenstand der Raumplanung auch die sach- und raumadäquater Erschliessung voraus, nicht nur unter dem engen Titel der Nutzungsplanung, sondern grossräumig. Abgekürzt formuliert: Die Basiserschliessung ist gefordert – als Instrument und als Funktion. Auf der andern Seite handelt die Verfassung nicht explizit von einem verfassungsmässigen Recht von Landesteilen, Regionen, Agglomerationen, Berggebieten usw. oder gar von Gemeinden auf eine hineichende Erschliessung, beispielsweise durch Schiene und Strasse, aber immerhin: Die Zusammenhänge von „Verkehr-Siedlung-Landschaft“ und damit auch der Basiserschliessung sind implizite vorgespurt.

¹⁵ Art. 92 BV

¹⁶ Art. 75 BV

¹⁷ Siehe dazu die Lehrbücher zur Raumplanung und Raumordnung, neuerdings *ARL*, Grundriss der Raumordnung und Raumentwicklung, Hannover 2011 und die dort zit. Lit. Für die Schweiz beispielsweise: *Lendi Martin/Elsasser Hans*, Raumplanung in der Schweiz, eine Einführung, 3. A., Zürich 1991.

Zusätzlich stellt sich die Frage, ob das Gleichheitsgebot gemäss Art. 8 BV eine Pflicht zulasten von Bund und Kantonen begründet, alle Gemeinden, resp. alle Gemeinwesen gleich zu behandeln. Wenn ja, dann wäre dies auch sub specie der Erschliessung relevant. Obwohl Art. 8 BV zur Rechtsgleichheit offenkundig und eindeutig Grundrechtscharakter – adressiert an Menschen – ausstrahlt, so muss doch beigefügt werden, dass die Rechtsgleichheit in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen muss. Dies gebietet Art. 35 BV über die Verwirklichung der Grundrechte, nicht aber in der Weise, dass eine Gemeinde oder Regionen und andere Räume sich darauf berufen könnten, es lasse sich unmittelbar aus der Rechtsgleichheit ein Rechtsanspruch auf Erschliessung im Sinne eines Anschlusses an Strasse/Schiene ableiten. Die Rechtsgleichheit lässt eben – bereits in abstracto – ein sachlich begründetes Differenzieren zu, als absolutes und eben auch als relatives Gleichheitsgebot, wonach Gleiches gleich und Ungleiches ungleich behandelt werden kann.

In den neueren Lehren zeichnet sich ein gewisses Ausweichen ab. Da ist neu die Rede von „Service public“, von „Daseinsvorsorge“, von „Grundvorsorgung“, gleichsam liiert mit der Intention, den Gemeinwesen die Pflicht zu überbinden, angezeigte und nachgefragte öffentlichen Dienstleistungen anzubieten, unter anderem all das, was beispielsweise die Raumplanung über die Bodennutzung hinaus als Schaffung günstiger Lebensvoraussetzungen an Ausstattungen, Einrichtungen, Infrastrukturen usw. einfordert. Gemäss diesen Doktrinen könnte dazu auch die Erschliessung von Landesgegenden und Gemeinden gezählt werden. Die geltende Bundesverfassung steht nun aber solchen allgemeinen Absichten entgegen. Mit vorrangiger Konsequenz verweist sie auf das Legalitätsprinzip.¹⁸ Von allgemein gehaltenen Handlungsermächtigungen – im Sinne der erwähnten Begriffe – an die Verwaltung sieht sie denn auch ab. Der spezifische Begriff der Grundversorgung findet sich zwar im Zusammenhang mit dem Post- und Fernmeldewesen¹⁹, doch handelt es sich dort um eine Zielsetzung und nicht um eine unmittelbar ermächtigende Handlungskompetenz unter Zurücknahme/Relativierung des erwähnten Legalitätsprinzips. Selbst dort, wo

¹⁸ Art. 5 BV, Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns

¹⁹ Art. 92 Abs. 2 BV

seitens gewisser Lehren dieses für die Leistungsverwaltung (im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung) in Nuancen relativiert wird, bleibt das rechtsungebundene Gewähren von Rechtsansprüchen verpönt.²⁰ Die Verfassung hält sich beim Einräumen von Rechtsansprüchen an den Staat – über alles gesehen – betont zurück.

Diese Darlegungen, welche die Bundesverfassung betreffen, gelten mutatis mutandis auch für die Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907.²¹ Diese enthält keine Hinweise auf besondere Rechte der Gemeinde gegenüber dem Kanton unter dem Titel der Erschliessung. Sie ist im Übrigen genau so vom Legalitätsprinzip durchdrungen wie die Bundesverfassung. Folglich kann aus der kantonalen Verfassung nicht „ex constitutione“ auf ein Recht der Gemeinden auf Erschliessung durch Schiene und/oder Strasse geschlossen werden. Die Gemeindeautonomie, die durch das kantonale Recht begründet wird, betrifft primär die Selbstorganisations- und Selbstverwaltungskompetenz nach Massgabe der kantonalen Verfassung und der geltenden kantonalen Rechtsordnung.²² Sie setzt selbstredend auch die Beachtung des Bundesrechts voraus. Folglich können sich die Gemeinden des Kantons Wallis nicht die Kompetenz herausnehmen, aufgrund ihrer Autonomie konkrete Rechte auf Erschliessung gegenüber dem Kanton oder gar gegenüber dem Bund, unter dem Titel der verfassungsrechtlich (kantonal) gewährleisteten Autonomie, herzuleiten.²³

4.2. Gesetzesstufe

Auf Gesetzesstufe fällt nun aber in Betracht, dass sich mit Belangen der Erschliessung drei Gesetzesswerke befassen, nämlich die Raumplanungs-, die Wohnbau- Eigentumsförderungsgesetzgebung wie auch, wenn auch eher indirekt, die Gesetzgebung über die Regionalpolitik, ursprünglich als Gesetzgebung zur

²⁰ Nach grossmehrheitlicher Auffassung gilt das Legalitätsprinzip auch für die Leistungsverwaltung. Siehe dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 95. Für die Stufe der Verfassung geben übrigens die Sozialziele gemäss Art. 41 ff. BV das markante Beispiel her: Es wird *nicht* von Sozialrechten, sondern eben von Sozialzielen gesprochen.

²¹ SR 131.232

²² Art. 69 KV des Kantons Wallis

²³ Art. 69 ff. KV

Investitionshilfe für die Berggebiete allgemein bekannt geworden. Zwischen diesen drei Bereichen besteht ein gewisser sachlicher Zusammenhang, der zu einer koordinierenden Interpretation resp. Abstimmung anhält.

Im Vordergrund steht die *Raumplanungsgesetzgebung* des Bundes und der Kantone. Das Bundesgesetz über die Raumplanung²⁴ nimmt sich der Erschliessung – *expressis verbis* – nur sehr einseitig unter dem Titel der Nutzungsplanung an und handelt damit ebenso einseitig exklusiv von der Grob- und Feinerschliessung, bezogen auf das Bauland.²⁵ Nicht ausdrücklich angesprochen wird die sog. „Basiserschliessung“ von grösseren, zusammenhängenden Gebieten, insbesondere von Gemeinden, Regionen und deren Zentren oder gar von Landesteilen.²⁶ Davon ist zwar, wenn auch eher indirekt, unter dem Titel der Richtplanung und ferner im Kontext der Zielbestimmung und der Planungsgrundsätze die Rede.²⁷ Die Richtplanung betrifft bekanntlich als kantonale letztlich das ganze Kantonsgebiet und folglich hat sie – oder hätte sie – sich u.a. auch mit der Erschliessung der Gemeinden, Regionen usw. zu befassen, also mit der Basiserschliessung. Der Verkehr wird denn auch ausdrücklich als Gegenstand der Grundlagenarbeiten zur Richtplanung erwähnt, nicht einseitig als öffentlicher Verkehr, sondern als Verkehr im Allgemeinen, folgerichtig mit den Arten von privatem und öffentlichem Verkehr.²⁸ Was immer dann im Richtplan festgehalten und angeordnet wird, dieser ist in seinen raumplanerischen Vorgaben behördenverbindlich, d.h. er wendet sich vorweg an die kantonalen und kommunalen Behörden, nicht an die Grundeigentümer. Die Behörden sind gehalten, deren Zielsetzungen und weiteren Vorgaben zu ver- und zu befolgen. Die Realisierung eines Richtplans aber richtet sich in der Folge zusätzlich nach dem entsprechenden Sachrecht, im Kontext der Erschliessung für Schiene und Strasse, u.a. nach dem Eisenbahn-/Post- (bezüglich des öffentlichen Verkehrs auf

²⁴ Bundesgesetz über die Raumplanung (RPG) vom 22. Juni 1979

²⁵ Art. 19 RPG

²⁶ Auch die Ziele (Art. 1 RPG) und die Planungsgrundsätze (Art. 3 RPG) handeln nicht davon, obschon von der Förderung der Landesteile die Rede ist, obwohl die dezentralisierte Siedlung angesprochen wird.

²⁷ Art. 6, 7 und 8 RPG betreffend die Richtplanung, Art. 1 bezogen auf die Ziele und Art. 3 RPG, der Planungsgrundsätze entwickelt. In Art. 1 Abs. 2 lit. c RPG werden die Landesteile erwähnt. Die Förderung bedingt eine angemessene Erschliessung.

²⁸ Art. 6 RPG

der Strasse) und dem Strassenrecht. Die Basiserschliessung ist hier wie dort nur indirekt beleuchtet, vor allem nicht instrumentalisiert. Das Raumplanungsgesetz des Kantons Wallis enthält seinerseits keine gegenüber dem Bundesrecht abweichenden resp. in den massgebenden Punkten weiterführenden Regelungen.²⁹ Aus dem Wortlaut und Sinn des Raumplanungsrechts kann – insgesamt nach dem Gesagten – einzig geschlossen werden, dass sich die Raumplanung und damit die Kantone und Gemeinden mit der „Basiserschliessung“ von Landesteilen, Regionen, Agglomerationen usw. und Gemeinden befassen müssen, ohne dass sich aber die Gemeinden, Landesteile etc. auf einen förmlichen Rechtsanspruch auf Erschliessung im Sinne eben dieser Basiserschliessung berufen könnten – vorbehalten eine später zu diskutierende Gesetzeslücke.³⁰

Die *Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetzgebung* des Bundes hat sich schon früh um Legaldefinitionen der Grob- und Feinerschliessung bemüht³¹, allerdings parallel zum ersten Bundesgesetz über die Raumplanung³², das 1976 in einer Volksabstimmung abgelehnt worden ist. Entscheidend ist nun, dass auch in diesem Gesetz die Basiserschliessung nicht erfasst wird, auch wenn diese, was ohne weiteres einleuchtet, für die Entwicklung eines zusammenhängenden Gebietes, von Gemeinden, Regionen und Landesteilen nicht unwesentlich ist. Aber rund um den Wohnungsbau und das Grundeigentum ging es eben nicht um das, was hier als „Basiserschliessung“ angesprochen wird, sondern einzig um die Erschliessung von Bauland – durch Fein- und Groberschliessung.

Im Kontext der *Regionalpolitik* und damit primär der regionalen Struktur- und Wirtschaftspolitik wurde ab initio auf die Bedeutung der Basiserschliessung Rücksicht genommen. Leider auch hier nicht *expressis verbis*, aber doch aus dem regionalen Denken heraus, das u.a. auf zentrale Orte und abgestimmte Infrastrukturen gerichtet ist, welche die einzelnen Gemeinden in den Kontext der regionalen Kooperation rücken. Das modifizierte neue Bundesgesetz über

²⁹ Gesetz zur Ausführung des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 23. Januar 1987. Auch in diesem kantonalen Gesetz konzentriert sich die Erschliessungsregelung auf die Bauzonenerschliessung (Art. 14 kt. RPG)

³⁰ Siehe dazu unten die Ziff. 4.3 und 4.4.

³¹ Wohnbau- und Eigentumsförderungsgesetz vom 4. Oktober 1974

³² Datiert ebenfalls vom 4. Oktober 1974

Regionalpolitik vom 6. Oktober 2006 betont seinerseits den Fokus der Region und damit, wenn auch indirekt, sachlich zwingend die verkehrliche Erschliessung der entsprechenden Räume, ohne allerdings die Basiserschliessung als Instrument zu lancieren.³³

Die kantonale *Strassengesetzgebung* wagt sich da und dort näher an die Aufgabe der Basiserschliessung heran. Gerade auch das Strassengesetz des Kantons Wallis vom 3. September 1965 handelt von Hierarchien und Funktionen der einzelnen Strassenarten, bis und mit dem Verbindungscharakter zu Seitentälern und zu Kur- und Fremdenverkehrsorten, was nichts anderes besagen will, als dass diese durch Verkehrswege zu erschliessen seien.³⁴ Diese Ansätze kommen dem Phänomen und dem Gebot der Basiserschliessung sehr nahe. Formuliert sind diese Vorgaben als Anforderungen an die kantonale Strassenplanung, an die kantonalen Strassenbehörden und an deren Finanzplanung – sie kommen aber im Endeffekt der Basiserschliessung von Tälern wie auch von Kur- und Fremdenverkehrsorten zugute. Indirekt ist darin eine gewisse Zusage enthalten, dass auf die korrekte und sachadäquate „Basiserschliessung“ von Tälern und Touristenorten positiv Rücksicht genommen werde resp. genommen werden müsse – im Zusammenhang der Strassengesetzgebung vorweg durch das Errichten und den Betrieb von Strassen.

4.3. Lücke im Verfassungsrecht, Lücke im Verwaltungsrecht?

Die vorstehenden Hinweise machen klar, dass die weitgehende Reduktion der Regelung der Erschliessung auf die Nutzungsplanung, die vorweg auf die Bauzonen gerichtet ist, weder den Anforderungen der Raumplanung noch der Verkehrsplanung dient, schon gar nicht einer kantonal ausholenden und national abgestimmte Raumordnung und Verkehrsplanung. Die beiden Arten der Fein- und Groberschliessung müssen – sachlich angezeigt und geboten – durch Aussagen zu

³³ SR 901.0

³⁴ Dies sind exemplarische Hinweise auf Teilaspekte der zu generalisierenden Aufgabe der Basiserschliessung, wie sie indirekt im zit. Kt. Strassengesetz zur Sprache kommt (siehe Art. 3 und 5 kt. Strassengesetz Wallis). In Art. 5 leg. cit. ist denn auch von den Seitentälern, sodann von den Kur- und Fremdenverkehrsorten die Rede, d.h. von Elementen, welche die grossräumigen Erschliessungsfunktionen im Kontext der Strasse betreffen.

sog. *Basiserschliessung* von grösseren, zusammenhängenden Gebieten, von Gemeinden, Regionen und Landesgegenden ergänzt werden. Die raumplanerische Theorie hat dies, wie gezeigt, schon früh intendiert.³⁵ Sie musste es tun, weil die Erschliessung nicht nur von örtlicher Bedeutung ist. Von gesamtträumlicher Relevanz ist sie. Damit ist auch bereits angedeutet, dass es sich bei der Nicht-Regelung der Basiserschliessung nicht um eine unechte Lücke handeln kann, die gleichsam nach Sinn und Auslegung im Rahmen des positiven Recht als nicht existent betrachtet werden müsste. Vielmehr stellt sich die berechtigte Frage, ob im geltenden Recht eine „echte“ Lücke auszumachen ist, die geschlossen werden kann und sollte resp. müsste. Daran schliesst sich dann die Frage an, mit welchem Inhalt sie geschlossen werden soll.³⁶

Was unter diesem Aspekt die *Stufe der Verfassung* angeht, so kann wohl rund um die Thematik der Basiserschliessung von grösseren Gebieten, Gemeinden, Regionen und Landesgegenden nicht von einer konstitutionellen Lücke gesprochen, da sie immerhin im Rahmen der Ausrichtung der Raumplanung die „geordnete Besiedlung des Landes“ anspricht und folglich darauf zielt, dass diese in den Kontext der Landschafts- und der Transport-/Versorgungsplanung, also in den Rahmen der räumlichen Ordnung des ganzen Raumes gestellt wird.³⁷ Auch ist der Gesetzgeber durch die Verfassung ermächtigt, über die Strukturpolitik und in diesem Sinne über die Regionalpolitik zu legiferieren, resp. entsprechende

³⁵ *Lendi Martin/Elsasser Hans*, Raumplanung in der Schweiz, Eine Einführung,, 3. A., (1. A. 1985), a.a.O., S. 212 ff. Siehe auch *Lendi Martin*, Die Funktion der Erschliessung in der Raumplanung und ihre rechtliche Bedeutung (1983), in: idem, Recht und Politik der Raumplanung, 2. A., Zürich 1997, S. 143 ff. Allerdings ist selbst in diesen frühen Publikationen der grossräumige Aspekt nicht gehörig genug akzentuiert. Der Begriff der Basiserschliessung wurde ursprünglich auch in Richtung der Ausstattung von Lebensräumen mit lebensnotwendigen Einrichtungen und Leistungsangeboten identifiziert. Hier geht es vorweg um die verkehrliche Aufschliessung im Verbund mit der Siedlungs- und Landschaftsentwicklung.

³⁶ Das schweizerische Recht hat, spätestens seit dem Erlass des ZGB, die Möglichkeit des Bestehens von Lücken im positiven Recht stets anerkannt, auch wenn das sich überanstrengende Bestreben, diese wenn immer möglich auf dem Weg der Interpretation zu schliessen, nicht übersehen werden kann. Massgebend ist Art. 1 ZGB, daselbst vor allem Abs. 2 und 3. Im öffentlichen Recht ist die Frage nach Lücken insofern ein etwas heikleres Problem, weil dieses in einem direkteren Verhältnis zu den Grundrechten steht und weil ausserdem aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit der Bindung an das Recht – u.a. der demokratischen Legitimierung wegen – erhöhte Bedeutung zugemessen werden muss. Dennoch wird heute auch für diese Seiten der Rechtsordnung die Möglichkeit echter Lücken bejaht. Das enorm gewachsene Verwaltungsrecht mit seinen Verästelungen lässt keinen andern Schluss zu. Siehe dazu *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 51 ff.

³⁷ Art. 75 BV

Massnahmen zu fördern.³⁸ Irgendwelche besondere „Rechte“ der Gemeinden, Regionen und Landesgegenden aus der Verfassung heraus einzuräumen, ist im Rahmen einer Bundesverfassung, die sich ausser an die Menschen primär an die Bundesebene und an die Kantone adressiert, sachlich und rechtlich nicht zwingend angezeigt. Also wäre es fragwürdig, für diese Rechtsstufe bezüglich der Basiserschliessung von einer echten Lücke zu sprechen.

Anders sieht es auf *Gesetzesebene* von Bund und Kantonen aus. Hier ist offenkundig, dass es Leistungsangebote aufgrund der positiven Gesetzgebung zu Schiene und Strasse gibt und dass insbesondere die Raumplanung über das Instrument des kantonalen Richtplanes bestrebt ist, räumliche Ordnungen für die Gebiete der Kantone, integriert in die nationalen Sachplanungen, konzeptionell und programmatisch voranzutreiben.³⁹ Solche Bemühungen bedingen aus der Sache heraus, wie bereits angedeutet, eine auf die Siedlungs- und Landschaftsplanung abgestimmte Transport-/Versorgungs-/Entsorgungsplanung, also auch eine integrierte und integrierende Verkehrsplanung. Und just diese muss sich an die Gemeinden, Regionen, Landesgegenden wenden, verstanden als „Basiserschliessung“, welche grössere zusammenhängende Gebiete/Räume, Regionen, Agglomerationen und Gemeinden „erschliesst“. Dazu zählt die Erschliessung durch Schiene und Strasse – immer bezogen auf die relevanten Räume/Gebiete resp. die genannten Teilräume. Diese so zentrale Problemstellung hat nun aber – sachlich ein absolutes Defizit – keine Regelung gefunden, obwohl diese Frage jenseits der Nutzungsplanung mindestens mit Blick auf die Richtplanung hätte geregelt werden müssen. Die Frage nach der „Basiserschliessung“ von Gebieten und Räumen hätte also jenseits der Nutzungsplanung behandelt werden müssen, weil sie die räumliche Planung und Ordnung substantiell, unausweichlich, die Entwicklung steuernd berührt.

³⁸ Art. 103 BV

³⁹ Ergänzend ist beizufügen, dass die kantonalen Richtpläne letztlich in ihrer Summe auch für das ganze Land massgebend sind. Der Bund muss deshalb seine räumlichen, ordnenden Anliegen über die Sachpläne (Art. 13 RPG) in die kantonalen Richtpläne unter dem Gesichtspunkt der nationalen „Landesplanung“ einfliessen lassen. Er hat deshalb die Basiserschliessung bereits in seinen Sachplanung anzusprechen, neu sogar bezogen auf Städte, Agglomerationen, Landesteile, periphere Räume usw.

Die Annahme einer Gesetzeslücke betreffend die Basiserschliessung vor allem für den Bereich des Raumplanungsrechts des Bundes resp. der Kantone, drängt sich also aus sachlichen Gründen auf, weil, wie gesagt, die Funktion der Basiserschliessung von Gebieten/Räumen für die abgestimmte Siedlungs-/Landschafts-/Transport-/Verkehrsplanung zwingend angezeigt ist.

Die Gemeinde Zermatt darf sich vor diesem Hintergrund betont die Frage stellen, ob Bund und/oder Kanton gehalten sind, ihre Gemeinde nicht nur durch die Schiene, sondern auch durch die Strasse zu erschliessen, mindestens die volle Erschliessung zu planen, ihr nichts entgegenzusetzen und sogar der Realisierung entgegenzuführen – als sog. Basiserschliessung einer Gemeinde. Dabei sind vorauseilend drei Aspekte nicht unwichtig, zwei tatsächliche und ein rechtlicher:

- a) Bei der Gemeinde Zermatt handelt es sich nicht um eine kleinere Berggemeinde, sondern um eine Gemeinde mit rund 6000 Einwohnern.
- b) Neben dem Schienenanschluss besteht bereits eine Strasse Täsch-Zermatt, die aber seitens des Kantons bewusst nicht ausgebaut und nicht gehörig unterhalten wird; es ist also nicht so, dass Bau und Betrieb einer Strasse auf dieser Strecke aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen unmöglich wären. Der Kanton Wallis hat denn auch nie eine Deklassierung bis hin zur Strassenaufhebung vor- oder in Aussicht genommen, auch planerisch nicht. Im Gegenteil, er hat sogar im kantonalen Richtplan den Grundsatz der Erschliessung der Seitentäler bis zu den Kur- und Touristenorten erneut bestätigt.⁴⁰
- c) Für die einseitige Privilegierung des öffentlichen Verkehrs gibt es nach geltendem Verfassungsrecht des Bundes und des Kantons Wallis keine Grundlage. Vor allem die Bundesverfassung behandelt Strasse und Schiene, abgesehen von der Finanzierungsordnung, weitgehend gleich, ohne Prioritätsaussagen, sieht man von der Ausnahmeregelung zugunsten des

⁴⁰ Kantonaler Richtplan, Kanton Wallis, 2000, Blatt C.1/2, Ziff. 2, Stand 30.3.2005 (!). Auch die geltende Strassengesetzgebung weist in diese Richtung: Kt. Strassengesetz vom 3. September 1965, Art. 5 Abs. 2 Ziff. 4 und Art. 5 Abs. 3 Ziff. 2 lit. a) und b).

alpenquerenden Gütertransitverkehrs von Grenze zu Grenze ab.⁴¹ Wohl mag die Verkehrspolitik zugunsten des einen oder andern Verkehrsträgers diesen oder jenen Schwerpunkt setzen, verfassungsrechtlich betrachtet muss die Erschliessung für das ganze Land, auch in seinen Teilen, durch Strasse *und* Schiene (inkl. öffentlicher Verkehr auf der Strasse durch Postautos etc.) sachlich möglich sein.

4.4. Schliessen der Lücke, Rechtsanspruch der Gemeinde

Nun ist allerdings der Schluss auf das Bestehen einer echten Lücke im Verwaltungsrecht nicht „locker“ zu ziehen, weil dies nur geschehen kann und darf, wenn anhand des Gesetzes auf eine Frage, die aus der Sache heraus durch das Recht beantwortet werden muss, nicht rechtsanwendend geantwortet werden kann, weil die rechtssatzmässige Grundlage nach Sinn und Auslegung dazu fehlt. Nimmt man nun zur Kenntnis, dass die mehrfach erwähnte und definierte Basiserschliessung einer raumplanungsrechtlichen (und anderweitig begründeten) Regelung bedürfte, diese aber nicht getroffen wurde, so sind die Voraussetzungen für die Annahme einer echten Lücke gegeben. Anders formuliert, ohne eine Regelung der Basiserschliessung von zusammenhängenden Gebieten/Räumen, Gemeinden, Regionen und Landesgegenden ist eine sinnvolle Raumplanung, ist eine geordnete Besiedlung des Landes, nicht möglich.⁴² Selbst Fragen der konzentrierten Dezentralisation resp. dezentralisierten Konzentration der Besiedlung, der Strukturierung von Städten/Agglomerationen sowie des Zuganges zum peripheren Räumen, zu den Berggebieten und ihren zentralen Orten lassen sich ohne Klärung der Basiserschliessung nicht meistern. Die

⁴¹ Art. 84 BV, insbesondere Abs. 2. Dasselbst ist sogar ein Benutzungszwang zugunsten der Schiene dem Wortlaut nach vorgesehen. Allerdings durfte und darf die eben zitierte Bestimmung nicht als allgemeine Verhaltensnorm verstanden werden, weil das nationale und internationale Recht die freie Wahl der Verkehrsmittel voraussetzen, die von ihrem Ansatz her eine absolute Prioritätssetzung zugunsten des öffentlichen Verkehrs verneint. Siehe dazu *Lendi Martin*, Kommentar zu Art. 84 und zu Art. 87 BV in: Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, a.a.O. Als weitere „Ausnahme“ kann die Übergangsbestimmung Art. 196 Ziff. 3 BV (zu Art. 87 BV) gewürdigt werden, doch ist klarzustellen, dass es sich um eine Übergangsbestimmung handelt, welche die ordentliche Verfassungsstruktur im Kontext der Gesamtverfassung mit ihrer Neutralität gegenüber Strasse und Schiene nicht berührt, auch wenn sie markante politisch-sachliche Akzente zur NEAT/Bahn 2000 usw., also zum öffentlichen Verkehr, setzt.

⁴² Selbstverständlich gilt dies auch für die Regionalpolitik.

Gesetzgebungen des Bundes und der Kantone hätten sich also dazu äussern müssen, insbesondere jene des Bundes zur Raumplanung unter dem Titel der Richtplanung.

Über die inhaltliche Art, wie diese Lücke nun geschlossen werden soll, braucht man sich vorerst nicht zu ausholende Gedanken zu machen, weil in casu und in concreto für die Gemeinde Zermatt, wie gesagt, *bereits eine Strasse besteht* und weil es sich um eine Gemeinde in einer Grössenordnung handelt, die allein schon aus tatsächlichen Gründen des Bedarfs mit einer öffentlichen Strasse im Gemeingebrauch oder mit definierten Verkehrsbeschränkungen erschlossen sein muss, sofern dies sachlich/technisch mit verhältnismässigem Aufwand möglich ist und keine erheblichen öffentlichen Interessen, wie Sicherheit, entgegenstehen.

Auch ohne Rückgriff auf die Rechtstheorien zum Schliessen von Lücken – davon wird noch die Rede sein – kann vorauseilend ein reflexartiger *Rechtsanspruch auf Erhalt der bestehenden Strasse* begründet werden, hergeleitet aus den strassenrechtlichen Funktionsumschreibungen für die öffentlichen Verkehrswege (hier eine kantonale öffentliche Nebenstrasse) und der immanenten Rechtspflicht, wonach bestehende Strassen als öffentliche Sachen widmungsgemäss verkehrstauglich ausgestaltet und unterhalten sein müssen.⁴³ Der Kanton hat – im Sinne des kantonalen Strassengesetzes – ex lege dafür besorgt zu sein, dass die bestehende Strasse ihre Funktion erfüllt.⁴⁴ Wenn der Kanton sachliche, verkehrliche, raumplanerische, umweltseitige, sicherheitsrelevante, polizeiliche und vor allem auch finanzielle Gründe geltend machen will, die dagegen sprechen, so hätte er sich mit der Gemeinde Zermatt in Verbindung zu setzen und zu erklären, was grundsätzlich, also nicht nur auf Zeit, planerisch vorzukehren wäre, unter Einbezug der Gemeinde. Er darf auf alle Fälle

⁴³ Massgebend ist hier das Kt. Strassengesetz vom 3. September 1965, insbesondere Art. 17 leg. cit. mit dem Marginale „Neubau, Korrektion, Ausbau und Unterhalt öffentlicher Verkehrswege“. Sodann Art. 102 ff. leg.cit. betr. Unterhalt im Besonderen.

⁴⁴ Art. 25 Strassengesetz hält in Abs. 1 Satz 1 fest: „**Die öffentlichen Verkehrswege sind entsprechend der technischen und wirtschaftlichen Anforderungen des Verkehrs sowie gemäss ihrer Klassierung zu erstellen und auszubauen.**“ Der einzige Vorbehalt betrifft die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bauherrn. Und nicht minder deutlich: Art. 102 Strassengesetz zum Unterhalt: „**Die öffentlichen Verkehrswege und ihre technischen Einrichtungen sind so zu unterhalten und zu gebrauchen, dass sie nach Möglichkeit stets in gutem Zustand befinden und die Sicherheit des Verkehrs gewährleisten.**“

nicht aus finanziellen Gründen der Amortisation von Umsteigeanlagen in Täsch einseitig auf die Bahn setzen und von der Erfüllung klarer gesetzlicher Verpflichtungen Abstand nehmen. Dazu fehlen die rechtlichen Voraussetzungen, allein schon aus der Bundesverfassung heraus, die für die Bundesbehörden genau so gilt wie für die kantonalen. Denn sie erlaubt nicht, einseitige Prioritäten zu setzen. Aber auch das kantonale Strassengesetz erlaubt kein Aushöhlen der Strassenbau- und Strassenunterhaltungspflicht.

Darüber hinaus ist nun das Schliessen der Lücke bezüglich Basiserschliessung anzugehen, als grundsätzliches Problem, jenseits des Erhalts einer bestehenden Strasse. Wird die Lücke nach der Regel geschlossen wie sie den schweizerischen Rechtsgepflogenheit entspricht, nämlich gemäss Art 1 Abs. 2 und 3 ZGB, so müsste auf das Gewohnheitsrecht, und wo ein solches fehlt, auf die Regel abgestellt werden, welche die erkennende Instanz als Gesetzgeber aufstellen würde. In den allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts wird in der Regel nicht auf die zit. Bestimmung der Einleitungsartikel zum ZGB zurückgegriffen, zumal die Anforderungen an das Entstehen und an die Geltung des Gewohnheitsrechts im Bereich des öffentlichen Rechts hohe Anforderungen gestellt werden müssen, allein schon deshalb, weil im Bereich der Grundrechte die Beschränkungen im Gesetz selbst vorgesehen sein müssen (Art. 36 BV). Dort aber, wo es im Verwaltungsrecht nicht um Grundrechtsbeschränkungen geht, insbesondere nicht Fragen der Eingriffsverwaltung anstehen, brauchen die Anforderungen nicht gleich hoch angesetzt zu werden.

Im Vordergrund steht also die Frage nach einem *Gewohnheitsrecht* bezüglich der Basiserschliessung.⁴⁵ Ein solches liegt vor, wenn langjährige Übung, allgemeine

⁴⁵ Zum Gewohnheitsrecht im Verwaltungsrecht bilden üblicherweise langjährige, ununterbrochene und einheitliche Praxis der Behörden, die Rechtsüberzeugung derselben und der betroffenen Privaten sowie die „Raumgebung“ der Gesetzgebung die zu beachtenden Voraussetzungen. Siehe dazu *Häflin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 41 f. Diese Formulierung erweist sich als relativ eng. Sicherlich ist es in casu so, dass der Raum für Gewohnheitsrecht gemäss Raumplanungs- und Strassengesetz besteht, dass faktisch im Kanton Wallis, sogar schweizweit, alle grösseren Gemeinden strassenseitig erschlossen werden, sofern nicht objektive Gründe der Unmöglichkeit (beispielsweise Braunwald im Kanton Gl), der Landschaftsplanung usw. entgegenstehen, allein schon um die postalische Grundversorgung zu gewährleisten, wie sie in Art. 92 Abs. 2 BV vorgesehen ist. Mit Rücksicht auf diese Bestimmung dürfen an den Nachweis der Rechtsüberzeugung nicht zu hohe Anforderungen gestellt werden, resp. die „*opinio iuris*“, wie traditionell formuliert wird, ist im konstanten tatsächlichen Handeln der Behörden als eingeschlossen und mithin als gegeben zu betrachten.

Überzeugung der Notwendigkeit und der Verbindlichkeit dies ausdrücken. Da Gemeinden, Regionen und Landesteile faktisch ausnahmslos mit adäquat leistungsfähigen Strassen erschlossen werden, die Notwendigkeit unter dem Titel der Versorgung, u.a. auch mit medizinischen Diensten, regelmässig bejaht und die Erschliessung deshalb unbestritten realisiert wird, gleichsam als Akt der Selbstverständlichkeit, so ist das Gewohnheitsrecht gegeben, sogar für kleinere Gemeinden, erst recht aber für grössere. Die Voraussetzungen eines Gewohnheitsrechts sind also erfüllt, evidenterweise für Gemeinden in der Grössenordnung von Zermatt.⁴⁶ Die Tatsache einer bestehenden Strasse und der Verzicht auf eine Entwidmung resp. auf eine Deklassierung belegt zudem vom praktischen Handeln her, dass die strassenseitige Erschliessung auch bei paralleler Bahn als unumgänglich anerkannt ist. Nicht nur nebenbei ist an den im kantonalen Richtplan enthaltenen Grundsatz zu erinnern, wonach ab der Nationalstrasse A9 durchgehend geöffnete, bedarfsgerechte sichere und leistungsfähige Strassenverbindungen in die Seitentäler bis hin zu den grössten Siedlungszentren und zu den bedeutenden Touristenzentren zu gewährleisten sind.⁴⁷ Er stützt die These vom Gewohnheitsrecht.

Auch über das angenommene Gewohnheitsrecht hinaus sei – für den Fall des Fehlens eines solchen – kurz festgehalten, wie eine „*Regel*“ im Sinn von Art. 1 Abs. 2 zur Basiserschliessung lauten könnte:

„Grössere Gemeinden, Regionen und die einzelnen Landesgegenden sind verkehrlich für den Strassenverkehr und, soweit verkehrsplanerisch ausgewiesen, durch Angebote des öffentlichen Verkehrs zu erschliessen.“

⁴⁶ Zur Annahme eines Gewohnheitsrechts im öffentlichen Recht können rechtsstaatliche, allenfalls auch demokratische Bedenken geäussert werden. Siehe dazu *Giacometti Zaccaria*, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, S. 169 ff., doch muss bedacht werden, dass das moderne Verwaltungsrecht derart viele Lebensbereiche ausserhalb der klassischen Eingriffsverwaltung betrifft, dass die Annahme von Lücken und das Schliessen derselben durch Rückgriff auf das Gewohnheitsrecht resp. durch aufzustellende Regeln als Gegebenheit zu akzeptieren ist. Gerade das Beispiel der Basiserschliessung macht deutlich, dass es solche Phänomene unterlassener Gesetzgebung gibt, weil der Gesetzgeber seine Erlasse nicht sachgerecht genug bedacht und konsequent abgehandelt hat: Es gibt keine kantonale Raumplanung/Raumordnung ohne betont eingesetzte Basiserschliessung gegenüber Gemeinden, Regionen, Landesteilen etc. Heute müsste sogar in europäischen Dimensionen die „Erschliessung“ raumplanerisch noch ausholender geplant werden.

⁴⁷ *Kanton Wallis*, Kantonaler Richtplan, a.a.O., Blatt C. 1/2: Grundsätze Ziff. 2, siehe dazu die weiter vorn stehenden Bemerkungen.

Somit steht fest, dass auf alle Fälle eine Regel fassbar ist, die von den zuständigen Behörden mit der Kompetenz der Lückenschliessung denn auch so formuliert und angewandt werden könnte – und wohl auch angenommen würde. Zu beachten ist dabei, dass für die Strassenseite der Kanton, für Postauto und/oder Bahn der Bund zuständig ist, wobei klarzustellen bleibt, dass das Bundesrecht für seine Bereiche des öffentlichen Verkehrs Rechtsansprüche ablehnt, aus dem Anliegen der Grundversorgung heraus aber dort in Betracht zieht, wo dies im Zusammenhang mit direkten Leistungen der Post und des Fernmeldewesens angebracht ist.⁴⁸ Für die kantonale Rechtsebene kann darauf verwiesen werden, dass der Kanton Wallis – aufgrund seiner gesetzlichen Vorgaben im mehrfach zit. Strassengesetz – das Entstehen des Gewohnheitsrechts begünstigt und die Annahme der Regel positivrechtlich in Ansätzen überaus deutlich präjudiziert hat.

Ob das Gewohnheitsrecht und die hier zusätzlich gewählte Regelformulierung als finale Rechtssätze oder als Verhaltensnormen zu verstehen wären, kann diskutiert werden. Bei einer Gemeindegrösse von 6000 Einwohnern, wie dies für Zermatt zutrifft, ist hingegen anzunehmen, dass eine strassenseitige Erschliessung unabdingbar ist, allein schon aus Gründen der Versorgung und Entsorgung, der medizinischen Versorgung etc., es sei denn, es würden öffentliche Interessen der Sicherheit, des umfassenden Landschaftsschutzes usw. entgegenstehen. Für andere und kleinere Gemeinden wäre es denkbar, beim Meistern von Verkehrsproblemen auf die eine oder andere Erschliessungs- resp. Verkehrsart zu verzichten. Dies ist aber bei Zermatt offenkundig nicht sinnvoll und zweckmässig, auch wenn sie innerhalb des eigenen Orts Verkehrsbeschränkungen hinnimmt resp. bewusst pflegt, sei es aus ortsplanerischen Gründen heraus, sei es umweltseitig beeinflusst.

Die Gemeinde Zermatt darf aus dem Gesagten heraus von einem gewohnheitsrechtlichen resp. regelkonformen Rechtsanspruch auf „Basierschliessung“ ihrer Gemeinde ausgehen, auf alle Fälle durch Anlagen des Strassenverkehrs, also durch mindestens eine Strasse. Bezüglich der Schiene wäre auf das Eisenbahngesetz des Bundes abzustellen, das einen Rechtsanspruch auf

⁴⁸ Art. 92 BV

Erschliessung durch den öffentlichen Verkehr eher verneint.⁴⁹ Weder der Bund noch der Kanton Wallis dürfen sich, unter diesem Titel des Rechtsanspruches auf Basiserschliessung, die Kompetenz herausnehmen, den Strassenverkehr von Täsch nach Zermatt und umgekehrt durch Nicht-Beheben von Engpässen und durch zurückgenommenen Unterhalt zu erschweren, vorweg in der Absicht, die Auslastung der Schiene zu begünstigen und die Amortisation der Umsteige- und Parkieranlagen TTT in Täsch zu favorisieren. Der Kanton Wallis ist gehalten, seinen strassen- und erschliessungsrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen.

4.5. Verkehrsbeschränkungen auf Strassen der Basiserschliessung

Strassen der Basiserschliessung von Gemeinden, Regionen, Landesgegenden können, wie andere Strassen auch, Verkehrsbeschränkungen unterworfen werden. Diese bestimmen sich einerseits nach den Vorgaben der kantonalen Strassenhoheit, vor allem geprägt vom Gemeingebrauch an der Strasse als einer öffentlichen Sache, andererseits nach der Strassenverkehrsgesetzgebung des Bundes, die vorweg im Dienst der polizeilichen Ordnung des Verkehrs steht.⁵⁰ Die Funktion der Basiserschliessung steht Verkehrsbeschränkungen nicht von vornherein oder sogar absolut entgegen, doch müssen diese den gesetzlichen Anforderungen genügen und den vorgegebenen Zweck der Strasse beachten. Keinesfalls dürfen die Verkehrsbeschränkungen aus ideellen/ideologischen oder wettbewerbsrechtlichen Gründen gegen den Strassenverkehr, zugunsten des öffentlichen Verkehrs, gerichtet sein. Die geltende Bundesverfassung kennt, abgesehen von ausdrücklichen Vorbehalten in der Verfassung, keine Prioritätsregelungen zugunsten von der einen oder andern Verkehrsart. Sie geht,

⁴⁹ Die eisenbahnrechtliche Grundsituation ist hier nicht zu untersuchen, da in diesem Gutachten die Strasse im Vordergrund steht.

⁵⁰ Siehe dazu Strassenverkehrsgesetz (SVG) vom 19. Dezember 1958. Die Regelung der zulässigen Verkehrsbeschränkungen, bezogen auf den Strassenverkehr, findet sich in Art. 3, wobei es sich, insbesondere was Abs. 4 angeht, um polizeiliche Gründe handelt, wenn auch in einem weiten, sehr weiten Sinne, nicht einseitig nach der Verkehrsordnung und dem Verkehrsfluss auf der Strasse selbst. Hingegen wird die wettbewerbsrechtliche Grenze nicht tangiert und nicht überschritten. Insofern steht das SVG im Einklang mit der verfassungsrechtlichen Grundordnung des Verkehrs. Das SVG behält übrigens das kantonale Strassenrecht und dessen Ordnung der Nutzung gemäss der Grundordnung zur Strasse als öffentliche Sache ausdrücklich vor. Der Vorbehalt gilt auch bezüglich der kantonalen Strassenhoheit.

wie das internationale Recht auch, von der freien Wahl der Verkehrsmittel und sogar vom Wettbewerb zwischen Verkehrsträgern aus, wie dies bereits dargelegt wurde, aber erneut zu unterstreichen ist.

5. Die Vereinbarung zwischen Bund, Kanton Wallis und der MGBI

5.1. Allgemeines

Unter den Gegebenheiten ist einleitend nicht nur auf den bestehenden, also realisierten „Top Terminal Täsch“ (TTT) hingewiesen worden, sondern auch auf die sog. 2. Vereinbarung zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bund) und dem Kanton Wallis (Kanton) einerseits und der Matterhorn-Gotthard-Infrastruktur AG (MGBI) andererseits vom Februar 2004. Gegenstand und Ziel dieser Vereinbarung war und ist die Finanzierung des gemeinsamen Projektes „Top Terminal Täsch“ (TTT) und dessen Abwicklung. Der äusseren Form und wie zu klären sein wird, wohl auch dem Inhalt nach, handelt es sich um eine einvernehmliche Absprache und abstimmende Koordination zwischen drei Vertragsparteien und nicht um Verfügungen des exklusiv hoheitlichen Festlegens und Handelns der Gemeinwesen gegenüber einem „Privaten“⁵¹, konkret gegenüber einer Aktiengesellschaft, bei der es sich um eine Tochter des Konzessionsnehmers handelt.⁵²

Die Vereinbarung dient der Realisierung des Umsteigens von der Strasse auf die Schiene für die letzte Wegstrecke von Täsch nach Zermatt. Die Leistungen des

⁵¹ Ob es sich bei der MGBI um eine spezialgesetzliche öffentlichrechtliche Aktiengesellschaft oder um eine privatrechtliche handelt, muss hier nicht geklärt werden. Auf alle Fälle handelt es sich nicht um ein Gemeinwesen im Sinne von Bund und Kantonen und Gemeinden, die als Gebietskörperschaften verstanden werden.

⁵² Für welche Inhalt und in welcher äusseren Form, ob nur im Rahmen des Privatrechts oder auch des öffentlichen Rechts Verträge abgeschlossen oder vertragsähnliche Formen gewahrt werden können und dürfen, war früher eher skeptisch zu beurteilen, da das hoheitliche Handeln als die für die Verwaltung und damit auch für das Verwaltungsrecht typische Art des Vorgehens angesehen wurde, als Ausfluss des Subordinationsverhältnisses. Die moderne Verwaltung sieht sich nun aber weit häufiger als früher in Pflicht, einvernehmliche, gemeinsam abgestimmte Entscheidungen zu treffen und über längere Zeit durchzuhalten, mindestens äusserlich verwandt dem rechtsgeschäftlichen Verkehr gemäss OR. Zur Zulässigkeit des verwaltungsrechtlichen Vertrages siehe *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a. O., S. 236 ff.

Bundes und des Kantons und die weiteren Mittel wurden fixiert, wie auch die Verwendung der Mittel bestimmt ist. Kernpunkt ist der Bahnhof Täsch inkl. Parking (TTT), zusätzlich bildet die Galerie Schafgraben ein Investitionsprojekt. Neben vielen Modalitäten der Finanzierung und der Abwicklung des Vorhabens, das wie gesagt realisiert ist, wird in Art. 16 die bereits zit. „Auflage“ festgeschrieben, wonach der Kanton Wallis a) nach Inbetriebnahme des TTT die Taxifahrten zwischen Täsch und Zermatt nachhaltig reduziert und b) an der Strasse Täsch-Zermatt „während mindestens 25 Jahren nach Bauabschluss des TTT nur Arbeiten zur Substanzerhaltung“ vornimmt. Bezüglich Streitigkeiten über die Auslegung der Vereinbarung verweist Art. 19 der zit. Vereinbarung auf den Bundesrat als abschliessend entscheidende Instanz.

Die Vereinbarung verfolgt also mit der Bestimmung des Art. 16 das besondere Ziel, den Automobilverkehr zwischen Täsch und Zermatt auf der bestehenden Strasse markant zu reduzieren, einerseits durch „nachhaltige“ Zurücknahme der Taxifahrten, andererseits durch *Minimalisierung des Strassenunterhalts* bei einem gleichzeitigen *Ausbauverbot der Strasse*. Die letztere Aussage findet sich zwar nicht ausdrücklich vor, doch ist sie in der Beschränkung auf die „Substanzerhaltung“ evidenterweise mitenthalten, es sei die Substanzerhaltung bedinge einen begrenzten Ausbau. Der restriktive Begriff schliesst sogar Korrekturen, die zu begrenzten Leistungssteigerungen und zu minimalen Kapazitätserweiterungen führen könnten, mindestens sinngemäss ebenfalls aus. Die Geltungsdauer dieser Massnahmen von „mindestens 25 Jahren“ macht klar, dass es bei dieser Auflage wirklich um die Auslastung der neuen Einrichtungen des TTT geht, denn diese Dauer entspricht üblichen Amortisationsfristen solcher Einrichtungen. Es handelt sich also bei Art. 16 der zit. Vereinbarung um die eindeutige Verpflichtung des Kantons Wallis, im Interesse der Auslastung der Umsteigestation TTT die Benutzbarkeit der Strasse Täsch-Zermatt massiv zu beschränken. In diesem Sinne ist Art. 16 nicht nur als förmliche Auflage zulasten des Kantons Wallis zu lesen, sondern auch als gewollter Gewährleistungsbeitrag an das Gelingen des Vertragswerks als einem Ganzen.

Da die Strasse Täsch-Zermatt eine Staatsstrasse (kantonale Nebenstrasse) ist, mag sich der Kanton Wallis, resp. seine Regierung, berechtigt gefühlt haben, diese

Auflage zu akzeptieren.⁵³ Ob die Auflage als solche rechtmässig ist, wird nachstehend zu klären sein. Weil aber die Auswirkungen dieser Auflage die Gemeinde Zermatt direkt betreffen, kann und muss zusätzlich die Frage gestellt werden, ob die Gemeinde Zermatt in das Vertragswerk, allenfalls sogar als Partei, oder wenigstens in den Verhandlungsprozess, hätte einbezogen werden müssen, nämlich als Berührte, als Betroffene. In diesem Zusammenhang kann sogar die Frage diskutiert werden, ob der Gemeinde Zermatt durch Unterlassungen der Anhörung sogar das rechtliche Gehör (bewusst oder unbewusst) verweigert worden sei – insbesondere im Kontext des Vertragsabschlusses.⁵⁴

Vorweg ist aber die Grundsatzfrage nach der Rechtsnatur der fraglichen Vereinbarung anzugehen.

5.2. Rechtsnatur der Vereinbarung

Bei der hier in Frage stehenden Vereinbarung vom Februar 2004 geht es in der Sache um eine gegenseitige „Absprache“ zwischen dem Bund, dem Kanton Wallis und der Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG mit den primären Zielen der gemeinsamen Projektidee (TTT), der Mittelzuwendung, der Abwicklung der Finanzierung, der Projektrealisierung, der Kontrolle und zudem – nicht nur nebensächlich, wenn auch beschränkt auf einen einzigen Artikel – um die Unterstützung der ausreichenden Benutzung der getätigten Investitionen durch Einschränkungen der Benutzungsmöglichkeiten der parallelen Strasse von Täsch nach Zermatt.

⁵³ Vgl. dazu das Kt. Strassengesetz des Kantons Wallis vom 3. September 1965, daselbst vor allem das Kapitel über die Einteilung der Verkehrswege, Art. 3 ff., dann auch jenes über Hoheit, Eigentum, Klassierung, Löschung (Art. 14 ff. leg. cit.). Für den Neubau, Korrektion, Ausbau und Unterhalt ist Art. 17 nebst vielen andern, bereits zit. Bestimmungen massgebend. Siehe insbesondere auch Art. 102 leg.cit.

⁵⁴ Dabei ist nicht unwesentlich, dass es sich, wie sich zeigen dürfte, um einen öffentlichrechtlichen Vertrag handelt, bei dessen Abschluss nicht nur die Interessen der Vertragsparteien zu wahren sind, sondern auch zu bedenken wäre, wer durch die Regelungen berührt und betroffen sein könnte. Bei einem rein privatrechtlichen Vertrag wäre evident, dass Wirkungen aus dem Rechtsverhältnis zuungunsten eines Dritten für diesen bei Nichtbeteiligung schlicht und einfach nicht verbindlich sein können. Bei einem öffentlichrechtlichen Vertrag ist zusätzlich und abweichend zu erwägen, dass gemäss öffentlichem Recht Berührte und Betroffene einzubeziehen sind, auf alle Fälle angehört werden müssen, weil am Vertrag beteiligte Behörden nicht gleich einem Privaten handeln, sondern das öffentliche Recht in toto zu beachten haben, neben dem materiellen Recht auch das Verfahrensrecht.

Fest steht vor dem geschilderten Hintergrund, dass *öffentliche Interessen* im Spiel stehen, auf alle Fälle keine rein privatwirtschaftlichen und auch keine privaten, geht es doch um Bahnstationen, Umsteigemöglichkeiten ab dem Strassenverkehr hin zur Schiene, um eine Galerie usw., also um erweiterte Anlagen der Eisenbahninfrastruktur. Besonders auffallend ist sodann, dass in und durch die Vereinbarung Mittel für ein Vorhaben des öffentlichen Verkehrs gesprochen werden, die mindestens seitens des Bundes und des Kantons Wallis üblicherweise durch besondere Verfügungen (Finanzierungs-, Subventionsverfügungen), gleichsam einseitig, bereitgestellt würden. Die Form einer Vereinbarung, anders formuliert eines Vertrages, wurde wohl gewählt, um eine abgestimmte, letztlich übereinstimmend, konsensuale Lösung zwischen den Vereinbarungsparteien im Interesse der Realisierung des TTT, gleichsam „*uno actu*“, zu erreichen, was als zweckmässig anerkannt werden darf. Diese Indizien weisen in ihrer Summe bereits auf einen öffentlichrechtlichen Vertrag.

Der Abschluss von öffentlichrechtlichen Verträgen stellt für die Verwaltung nicht den Normalfall dar. Da wir es aber hier mit einem Vereinbarung zwischen Bund und Kanton Wallis auf der einen und der MGBI auf der andern Seite zu tun haben und weil es im Kern um die Ausrichtung auf ein einziges Projekt nach Finanzierung und in Richtung der Abstimmung der Aufsichtspflichten hier und die Durchführung dort geht, darf weitergehend von einem sachdienlichen, öffentlichrechtlichen *Koordinationsvertrag* gesprochen werden, im Zentrum beherrscht von einer Abstimmungs- und Kooperationsidee. Dabei wird vorausgesetzt, dass die Beitragsleistungen unter dem Titel von Finanzierungen/ Subventionen seitens des Bundes und des Kantons als solche auch in konkreten Verfügungen gesprochen worden wären, obwohl sie in den Gesamtvertrag eingefügt worden sind. So gesehen steht nicht das Aushandeln der Finanzierungsmittel im Vordergrund, also geht es nicht um einen „Finanzierungs-/Subventionsvertrag“. Dieser wäre rechtlich gesehen eher fragwürdig, vor allem dann, wenn er rechtliche Grundlagen substituieren würde.

Vor dem Hintergrund des Zusprechens von Mitteln und der Regelung der Abwicklungsmodalitäten des ganzen Vorhabens kann zusätzlich gefolgert werden, dass es sich funktional nicht um Rechtsetzung handelt, sondern dass es um

Rechtsanwendung und Vollzugsvorgaben mit Wirkungseffekten geht. Mithin steht auf alle Fälle nicht eine rechtsetzende Vereinbarung in Frage, sondern eine verfügende Zuerkennung von Mitteln für ein konkretes Projekt samt koordinierenden Umsetzungsintentionen. In diesem Sinne muss von einer *Verwaltungsvereinbarung* gesprochen werden.

Weil hinter der Vereinbarung öffentliches Recht des Bundes und des involvierten Kantons Wallis steht, drängt es sich auf, von einem *öffentlichrechtlichen Vertrag* zu sprechen, der auf Rechtsanwendungen des öffentlichen Rechts von Bund und Kanton beruht. Es liegt zudem ein gewisses Über- resp. Subordinationsverhältnis zwischen Bund und Kanton Wallis einerseits und dem MGBI andererseits zugrunde, das den öffentlichrechtlichen Charakter im Gegensatz zum privatrechtlichen unterstreicht, zumal dem Bund und dem Kanton Wallis die MGBI gegenüber steht, eine Infrastrukturgesellschaft, welche Baupflichten aus der Eisenbahnkonzession an die Matterhorn-Gotthard-Bahn versieht, auch wenn sie als Aktiengesellschaft konstituiert und bezeichnet ist. So besehen kann alles in Allem ein inhaltlich rein privatrechtlicher „Vertrag“ zwischen Gemeinwesen und einer Aktiengesellschaft von vornherein ausgeschlossen werden.⁵⁵

Somit darf nun davon ausgegangen werden, dass die Vereinbarung vom Februar 2004 – abgesehen von der gleich anschliessend zu behandelnden Sonderfrage betreffend der Auflage zulasten des Kantons Wallis und mit markanten Folgewirkungen für die Gemeinde Zermatt – als öffentlichrechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist und als solcher rechtmässig zu sein scheint. Er ist über alles gesehen, was zu unterstreichen ist, nicht rechtsetzender, sondern schwergewichtig koordinierender und mithin weitestgehend – in traditioneller Redensart – vollziehender Art. Weil die Frage nach der Auflage zulasten des Kantons Wallis – mit Auswirkungen auf die Gemeinde Zermatt – noch der Klärung harzt, bleibt auch offen, ob es sich in Teilen, nicht in toto, gar um einen

⁵⁵ Die Probleme könnten nuanciert anders liegen, wenn Bund und Kanton als eigentliche Besteller einer Bauleistung auftreten würden – die MGBI gleichsam als Generalunternehmer, Bundesamt für Verkehr und Kanton Wallis gleichsam als Bauherr. Dem ist aber nicht so, da die MGBI die Bauherrenfunktion versieht.

öffentlichrechtlichen Vertrag *zuungunsten* eines Dritten handelt. Darauf wird noch tiefer eingetreten werden müssen.⁵⁶

5.3. Fragen zur Auflage zulasten des Kantons Wallis, mit Auswirkungen auf Zermatt

Nach der Bejahung der rechtlichen Möglichkeit und damit auch der grundsätzlichen Rechtmässigkeit der erwähnten Vereinbarung muss nun auf die Auflage gemäss Art. 16 der Vereinbarung vom Februar 2004 eingetreten werden

Die Problemstellung dazu lässt sich wie folgt skizzieren: Die Rechtmässigkeit der Auflage ist nicht von vornherein gegeben. Primär von ihrem Inhalt, dann auch von der Kompetenzen her nicht. Fragwürdig ist auch, dass die fragliche Bestimmung Auswirkungen auf einen Dritten hat, nämlich auf die Gemeinde Zermatt, deren strassenseitige Erschliessung mit Wirkung auf mindestens 25 Jahre hinaus – gemäss der Auflage – massiv beschränkt wird. Insofern kann und muss die Frage angesprochen werden, ob es sich bei der zitierten Vereinbarung aufgrund der fraglichen Auflage um einen öffentlichrechtlichen Vertrag „zulasten“ resp. „zuungunsten“ eines Dritten handelt.⁵⁷ Und nicht zuletzt gilt es zu bedenken, ob die Gemeinde Zermatt allein schon wegen des offenkundigen Berührt- und

⁵⁶ Unter einem Vertrag zulasten eines Dritten wird in der Regel jenes zwei- oder mehrseitige Rechtsgeschäft verstanden, das die Leistung eines Dritten in Aussicht stellt (Art. 111 OR). Im vorliegenden Fall zielt der Vertrag nicht auf eine positive Leistung der Gemeinde Zermatt, wohl aber auf das Hinnehmen einer negativen Erschliessungssituation, strassenseitig. Weil wir es mit einem öffentlichrechtlichen Vertrag zu tun haben, der öffentliches Recht anwendet und also umsetzt, stehen die Aspekte des allfällig nötig gewordenen Einbezuges der Gemeinde Zermatt – von der Einladung als Vertragspartei bis und mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs – im Vordergrund.

⁵⁷ Der Vertrag zulasten eines Dritten ist im Privatrecht geregelt in Art. 111 OR, doch ist klarzustellen, dass der juristische Begriff des Vertrags zulasten eines Dritten nicht deckungsgleich ist mit dem Vertrag zuungunsten eines Dritten. Im vorliegenden Fall haben wir es entgegen der Umgangssprache mit einem Vertrag zuungunsten eines Dritten zu tun. Ein Vertrag zulasten eines Dritten besteht darin, dass dieser Dritte eine Leistung zu erbringen hat, anders formuliert, es wird die Leistung eines Dritten in Aussicht gestellt. Im Falle eines Vertrages zuungunsten eines Dritten haben wir es gleichsam mit Drittwirkungseffekten zu tun, also evidenterweise wie hier im Fall von Zermatt. Ein Vertrag zuungunsten eines Dritten setzt dessen Vertretung gegenüber den Vertragsparteien voraus. Dass diese „Stellvertretun“ im Fall Zermatt fehlt, ist offenkundig. Die Unterscheidung zwischen einem Vertrag zulasten eines Dritten und einem solchen zuungunsten eines Dritten ist besonders deutlich hervorgehoben bei: von Thur/Eschler, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. 1, S. 149, Bd. 2 S. 236 ff., Zürich 1979/1974. Bei einem öffentlichrechtlichen Vertrag sind diese Regeln mangels positivrechtlicher Regelung gleichsam als subsidiäres öffentliches Recht zu beachten.

Betroffen-Seins in das Vertragswerk als Vertragspartei hätte einbezogen oder vor dem Eingehen der erwähnten Auflage hätte eingehend angehört werden müssen.

5.4. Materielle Rechtmässigkeit resp. Rechtswidrigkeit der Auflage

An sich ist gegen Nebenbestimmungen, wie Auflagen und Bedingungen, in einer Vereinbarung nichts einzuwenden. Es ist mindestens im Privatrecht üblich und mit der Vertragsfreiheit vereinbar, im gegenseitigen Einvernehmen Auflagen und Bedingungen als Nebenbestimmungen in Rechtsgeschäfte einzufügen. Im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Vertrages ist nun aber zu beachten, dass das geltende öffentliche Recht in allen Belangen – selbst im Rahmen der gewählten Vertragsform – zu beachten ist. Der Abschluss von öffentlichrechtlichen Verträgen entbindet eben nicht vom Legalitätsprinzip, das die Bindung an das geltende Recht impliziert.⁵⁸ Eine Auflage, wie jene des Art. 16 der Vereinbarung, darf mithin nicht nach Belieben „gewillkürt“ (in einem privatrechtlichen Sinne der Privatautonomie) sein. Es bleibt im Bereich des öffentlichen Rechts kein Raum für frei erfindbare Nebenbestimmungen.

Folgende rechtlichen Erwägungen sind dazu relevant:

- a) Vorweg ist zu unterstreichen, dass in casu nicht von einer banalen Nebenbestimmung gesprochen werden darf. Sie scheint vielmehr substantiell zu sein, allein schon deshalb, weil durch sie gewährleistet werden soll, dass tatsächlich auf der Strecke Täsch-Zermatt und umgekehrt primär nicht die Strasse, sondern die Schiene benützt wird – u.a. im Interesse des getätigten Investition TTT und letztlich auch der Bahn als solcher. Insofern steht sogar eine Bestimmung essentieller und nicht accidentieller Art in Frage, da sie das Kernanliegen der Zielsetzung der Vereinbarung unterstreicht und mithin dieser funktional zugehört.

- b) Mit der fraglichen Bestimmung des Art. 16 setzt *der Bund* als Vertragspartei einen Akzent zugunsten der Schiene und gegen die Strasse, ohne dass dafür

⁵⁸ Art. 5 BV

sachliche Gründe der Unmöglichkeit der Errichtung einer leistungsfähigen Strasse oder entgegenstehender öffentlicher Interessen geltend gemacht würden. Solche wären denn auch nur begrenzt vertretbar, weil zwischen Täsch und Zermatt, wie schon mehrfach betont, eine Strasse besteht und darauf Autos unter Bewilligungsvorbehalt verkehren, grosszügig zugelassen für Einheimische und Grundeigentümer. Vor allem ist nun aber aufgrund der Verfassung, konkret aufgrund der Bundesverfassung, erneut zu bedenken, dass diese sowohl das Ergreifen von Massnahmen zugunsten des öffentlichen Verkehrs wie auch solcher für den privatwirtschaftlichen resp. individuellen Strassenverkehrs – insbesondere durch Infrastrukturleistungen – zulässt, aber gleichzeitig die freie Wahl der Verkehrsmittel voraussetzt und keine verfassungsrechtlichen Prioritätssetzungen zugunsten von Schiene oder Strasse und keinen Benutzungszwang zulasten/zugunsten des einen oder andern Verkehrsträgers kennt.⁵⁹

Selbstredend kann es objektive Gründe geben, auf die Errichtung einer Strasse zu verzichten, so bei topographischer oder geologischer Unmöglichkeit oder wegen nachweisbarer Naturgefahren, doch spricht die bestehende Strasse von Täsch nach Zermatt per se dagegen. Deren Unterhalt zurückzufahren, den Ausbau zu verhindern, auf mindestens 25 Jahre hinaus, das belegt, dass die Ahnung bestand, die bestehende Strasse könnte korrekt unterhalten und sukzessive ausgebaut leistungsfähig sein, sie könnte einst durch den gebotenen, verkehrsgerechten Unterhalt und die angezeigten Anpassungen an das Verkehrsaufkommen sowie durch bauliche Korrekturen gar zu leistungsfähig werden. Den Taxiverkehr zu limitieren, dies steht dem Bund ohnehin nicht zu, da er dafür völlig unzuständig ist. Es untersteht insbesondere nicht dem (postalischen) Personenbeförderungsmonopol.⁶⁰

⁵⁹ Siehe dazu die früheren Hinweise auf den St. Galler-Kommentar, dann aber auch auf *Lendi Martin*, Verkehrsfreiheit, in: idem, Verkehr und Recht, an der Schwelle zu einem neuen Verkehrsrecht, a.a.O., S. 27 ff.

⁶⁰ Es sei denn, der Bundesgesetzgeber würde das Personenbeförderungsmonopol, das mit dem Postmonopol verbunden ist, auf das Taxiwesen ausdehnen. Nach geltendem Recht untersteht es aber nicht dem Bundesrecht, sondern dem kantonalen, teilweise sogar dem kommunalen Recht – unter Beachtung der freiheitlichen Grundsätze

Der Bund kann einzig einwenden, für ihn habe es sich nicht um eine von ihm mitgetragene Auflage gehandelt, sondern um eine Feststellung, was der Kanton Wallis von sich aus in seiner Zuständigkeit beitragen wolle. Dazu muss aber kritisch bedacht werden, dass es bei dieser Auflage nicht um eine beiläufige Nebenbestimmung im Sinne einer Vormerknahme geht, sondern um einen sachlichen und wirtschaftlichen Kernpunkt, welcher die Investition des TTT zu gewährleisten helfen soll – und dieser Aspekt lag durchaus nicht nur im Interesse des Kantons Wallis, sondern auch im Interesse des Bundes, der mit seinem Geld und seinen Bemühungen auf die Bahn und das Umsteigen gesetzt hat, wie dies auch für die MGBI gilt.

- c) So wie die Auflage formuliert ist, hat es der *Kanton Wallis* – seinerseits Vertragspartei – auf sich genommen, die sog. Auflage des Art. 16 der Vereinbarung zu erfüllen. Aber auch zu seinen Lasten ist hervorzuheben, dass der Kanton an das geltende Recht gebunden ist. Eine solche Auflage mit dem geschilderten Inhalt hätte er als Vertragspartei nur akzeptieren dürfen, wenn ihn das geltende Recht dazu angehalten resp. ermächtigt hätte. Dazu fällt nun aber auf, dass das kantonale Strassengesetz keine Rechtsgrundlage erkennen lässt, wonach der Unterhalt einer Strasse auf Jahre hinaus – auf mindestens auf 25 Jahre (!)– auf die Substanzerhaltung beschränkt werden dürfe. Im Gegenteil, der Kanton ist, wie bereits angetönt, gehalten, seine Verkehrswege – die Strasse Täsch-Zermatt zählt dazu – gehörig zu unterhalten und nötigenfalls zu korrigieren, gar auszubauen.⁶¹

Konsultiert man das massgebende kantonale Strassengesetz im Detail und geht man davon aus, dass es sich bei der Strasse Täsch-Zermatt um eine kantonale Nebenstrasse handelt, so handelt es sich um eine Strasse, die ex

der Wirtschaftsordnung, der gewerbepolizeilichen Vorbehalte und der Ordnung des gesteigerten Gemeingebrauchs bezüglich der Standplätze. Allein schon dieser Aspekt hätte das Bundesamt für Verkehr von einer Zustimmung zu Art. 16 der Vereinbarung abhalten müssen.

⁶¹ Zu den Bau- und Unterhaltungspflichten siehe Art. 25 und Art. 102 Kt. Strassengesetz. Beide Bestimmungen können in ihrer Grundsätzlichkeit nicht deutlich genug hervorgehoben sein.

lege dem motorisierten Verkehr, sogar „allgemein“, offensteht und zwar als Verbindung von Ortschaften und hin zu einer Hauptstrasse.⁶² Würdigt man die Klassifizierungsregelungen dieses Gesetzes, so könnte oder müsste sogar erwogen werden, eine höhere Einstufung, nämlich als (kantonalrechtliche) Hauptstrasse, anzustreben, da es bei Zermatt nicht um irgend eine Ortschaft geht, sondern um einen Touristenort hohen Ranges, der zudem während des ganzen Jahres von einer erheblichen, grossen Zahl an Einwohnern bewohnt wird. Ausserdem handelt es sich ab der Hauptstrasse um eine „Seitentalstrasse“, die dem Anschluss an das Nationalstrassennetz dienen muss und ferner um die Strasse eines Seitentals mit einem absolut markanten Zielort, eben Zermatt, was eine Hauptstrasse auf der ganzen Strecke rechtfertigen würde.⁶³

Sodann: Der Kanton hat über die kantonalen Haupt- und Nebenstrassen die Hoheit. Und er hat diese Strassen, die eben dem Verkehr öffentlich zugänglich sind, zu unterhalten. Das Gesetz gebietet dies.⁶⁴ Dabei gilt es – zusätzlich zu beachten, dass allein schon aufgrund der Werkeigentümerhaftung nach Art. 58 OR für eine Strasse, die dem Verkehr per definitionem offensteht, jederzeit die Grenze der Mängelfreiheit – wenigstens im Rahmen der eher zurückhaltenden Rechtsprechung – zu respektieren ist. Die absolute anhaltende Zurücknahme auf die Substanzerhaltung genügt deshalb nicht – es geht eben grundsätzlich und von Bundesrechts wegen immer auch um die Mängelfreiheit im haftpflichtrechtlichen Sinn. Dies gemessen am realen (derzeit bewilligten) Verkehrsaufkommen. Darüber hinaus verlangt das Strassenrecht, dass öffentliche Strassen als öffentliche Sachen dem Zweck, dem sie gewidmet sind, zuzudienen haben. Es geht dabei im Minimum um die Gewährleistung

⁶² Art. 5 Abs. 3, Ziff. 2 lit a) und b) Kt. Strassengesetz

⁶³ Sie dazu Art. 5 Abs. 2 Ziff. 2 Kt. Strassengesetz, wonach Verbindungen mit der Nationalstrasse der Rhoneebene als Hauptstrassen einzustufen sind, sodann im gleichen Artikel und im gleichen Absatz Ziff. 4, wonach Talstrassen der hauptsächlichlichen Seitentäler als Hauptstrassen klassifiziert sein sollen.

⁶⁴ Art. 102 Kt. Strassengesetz

des sicheren Verkehrs auf der Strasse.⁶⁵ Da der Kanton einen gewissen Autoverkehr zulässt, insbesondere auch jenen mit Lastwagen für die Versorgung mit lebenswichtigen Gütern und mit Baumaterialien, hat er in Bau- und Unterhaltsbelangen schlicht und einfach die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen und jene Sorgfalt zu beachten, die der Funktion der Strasse und dem bewilligten Verkehrsaufkommen einigermaßen adäquat ist.⁶⁶ Die Auflage des Art. 16 der zit. Vereinbarung steht dazu im Widerspruch.

Wenn sich der Kanton zudem auf 25 Jahre hinaus verpflichtet, sich auf die Substanzerhaltung zu beschränken, dann muss daraus sogar geschlossen werden, dass er für diese Strasse und das zugelassene Verkehrsaufkommen eindeutig weniger tun will als er für identisch klassifizierte Strassen zu tun gehalten wäre. Es kann mithin nicht ausgeschlossen werden, dass der Kanton Wallis durch seine Regierung faktisch die Verpflichtung eingegangen ist, selbst die zugelassene Benutzung der Strasse von der faktischen Seite her zu unterlaufen. Sollte sich der Kanton zudem weitere verkehrsbeschränkende Massnahmen gemäss der Bundesgesetzgebung zum Strassenverkehr vorbehalten, u.a. mit dem Hinweis, der derzeitige Zustand der Strasse erlaube nur ein kleineres Verkehrsvolumen, so muss er sich die Frage gefallen lassen, ob es seine wahre Intention gewesen sei, durch Verminderung des Unterhalts den Verkehr auf zusätzlicher Rechtsgrundlage – gemäss dem Strassenverkehrsgesetz SVG des Bundes – noch weiter beschränken zu können.

Führt man diese Gesichtspunkte zusammen, so erhellt, dass der Kanton Wallis gemäss Strassengesetz nicht nur *expressis verbis*, sondern auch dem Sinn nach über keine Rechtsgrundlage verfügt, den Unterhalt einer öffentlichen Nebenstrasse auf die Substanzerhaltung zu beschränken –

⁶⁵ Art. 102 Kt. Strassengesetz handelt davon, spricht sogar von einem stets (nach Möglichkeit) zu erreichenden „guten Zustand“. Davon kann der Kanton Wallis nicht lassen.

⁶⁶ Vgl. dazu erneut Art. 102 Kt. Strassengesetz, auf den zitierend schon aufmerksam gemacht worden ist. Siehe Fn. 44 samt den dortigen Hervorhebungen.

sogar auf mindestens 25 Jahre hinaus. Vielmehr verlangt das geltende Recht den kontinuierlichen Unterhalt und den geplanten schrittweisen Ausbau öffentlicher Verkehrswege, wenn auch im Rahmen gesprochener Finanzmittel, abgestimmt auf das reale, widmungsgemässe und bewilligte Verkehrsaufkommen. Ferner darf erneut vermerkt werden, dass der Kanton keine Deklassierung der Strasse oder gar eine Entwidmung vorgenommen hat, auch nicht im Nachgang zur erwähnten Auflage, mit guten Gründen, nachdem das kantonale Strassengesetz, wie erwähnt, eigentlich einer höheren Einstufung mindestens nicht entgegensteht, wenn nicht sogar bedingen würde.

- d) Art. 16 über die Auflage ist zwar primär gerichtet an den Kanton Wallis, in der Sache aber, wie bereits angedeutet, substantieller Teil der Vereinbarung zwischen den Bund und dem Kanton Wallis einerseits und der MGBI andererseits. Diese Auflage erweist sich aufgrund der vorstehenden Erwägungen als materiell rechtswidrig, weil diese Bestimmung dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht widerspricht, nicht nur in einem nebensächlichen, sondern *in einem elementaren, gravierenden Sinn*. Sie kommt nämlich (nahe) an eine „missbräuchliche“ Verwendung einer Regelung betreffend Strassenunterhalt – wider den klaren Wortlaut des Kt. Strassengesetzes auf die Substanzerhaltung reduziert – zugunsten der längerfristigen Chancenerhöhung der Amortisation einer Infrastrukturanlage des Bahnverkehrs. Es gibt keine sachlich und rechtlich vertretbaren Gründe, den Unterhalt einer Strasse auf die Substanzerhaltung zurückzufahren und dies zugunsten anderer, auch finanzieller Interessen an der Auslastung von Drittanlagen. Der Strassenunterhalt hat sich kantonalem Strassenrecht einzig nach strassen- und verkehrsbezogenen Anforderungen zu richten. Andere Gesichtspunkte behält das kantonale Strassenrecht nicht vor.

5.5. Ergänzende Fragen zur Vereinbarung rund um die Auflage gemäss Art. 16

Nachdem in diesem Gutachten bereits erkannt wurde, dass die Basiserschliessung einer Gemeinde wie Zermatt nach Grösse und nach Bedeutung für den Tourismus (national/international), sei es durch öffentlichen Verkehr, sei es strassenseitig, eine sachlich erhebliche und rechtsrelevante ist, hätte die Gemeinde Zermatt in die hier diskutierte Vereinbarung einbezogen werden müssen, weil sie davon berührt und betroffen ist.

Die Tatsache, dass die Gemeinde Zermatt seitens der Vertragsparteien offensichtlich nicht in die Finanzierungsbelange der TTT in Täsch einbezogen sein sollte, ändert nichts daran, dass sie von den Vertragsparteien in einem wesentlichen Punkt belastet werden wollte, nämlich was die Zurückbindung der strassenseitigen Basiserschliessung angeht. Was denn auch, in der Zwischenzeit geklärt, durch die Auflage des Art. 16 der Vereinbarung geschehen ist. Auf alle Fälle hätte Zermatt angehört werden müssen, weil die Gemeinde durch die Auflage berührt und betroffen wird, auch wenn formaliter der Kanton als Inhaber der Strassenhoheit gehandelt haben mag. Selbst für ihn hätte erkennbar gewesen sein müssen, dass Strassen nie Selbstzweck sind und nicht irgendwelchen fremden Zwecken resp. Nebenzwecken unterworfen werden können. Sie dienen von ihrer Zweckbestimmung her einzig dem Herstellen von Verbindungen und Erschliessungen. Dies ist auch dem Gesetzgeber des Kantons Wallis sehr wohl bewusst ist, handelt er doch in seinem Strassengesetz beispielsweise von den Verbindungen zu Kur- und Fremdenverkehrsarten, die mindestens über eine Nebenstrasse mit einer Hauptstrasse (!)⁶⁷, wie dies für Zermatt minimal als gegeben zu erachten ist, verbunden sein müssen.

Die noch grundlegendere Frage, ob es sich bei der fraglichen Vereinbarung um einen Vertrag zulasten, zugunsten oder zuungunsten eines Dritten handelt, hätten sich die Vertragsparteien ganz allgemein stellen müssen. Im Vordergrund steht ein Vertrag des öffentlichen Rechts mit mindestens teilweise angelegte Implikationen *zuungunsten* von Zermatt. Die Vertragsparteien können für sich zwar geltend machen, dass es primär um die Realisierung eines Vorhabens in

⁶⁷ Art. 5 Abs. 3 Ziff. 2 lit. a) und b) Kt. Strassengesetz

Täsch und nicht um konzessionsrechtliche Fragen der bahnseitigen und auch nicht um die strassenseitige Erschliessung von Zermatt gegangen sei. Nur kann keine der am Vertragswerk beteiligten Parteien mit vertretbaren Gründen behaupten, sie hätte von der Interessenlage der Gemeinde Zermatt keine Kenntnis gehabt: Zermatt ist das absolut bekannte Hauptziel des Verkehrs ab dem Haupttal des Kantons Wallis. Folglich hätte die Einwohnergemeinde Zermatt, spätestens als die Auflage gemäss Art. 16 diskutiert wurde, einbezogen oder angehört werden müssen. Ohne Vollmacht seitens der Gemeinde Zermatt konnten die Vertragsparteien auf keinen Fall einen Vertrag mit einer Auflage in Richtung eines Vertrages zuungunsten von Zermatt abschliessen, so die öffentlichrechtliche Sicht aus der Optik des subsidiär geltenden privaten Vertragsrechts.⁶⁸

Nach den Regeln des öffentlichen Rechts hätte die Gemeinde Zermatt gar angehört oder einbezogen werden müssen, da gemäss den Verfahrensgarantien der Verfassung⁶⁹ und nach allgemeinen Lehren des Staats- und Verwaltungsrechts zu den Verfügungen und den öffentlichrechtlichen Verträgen⁷⁰ niemand, auch eine Gemeinde nicht, durch öffentlichrechtliche Massnahmen belastet werden darf, ohne dass er angehört resp. einbezogen würde.⁷¹ Dies wiegt im vorliegenden Fall umso schwerer als eine Gemeinde in der Grössenordnung von Zermatt a) gewohnheitsrechtlich resp. b) aufgrund einer allgemeinen Regel durch eine Strasse erschlossen werden muss, wenn nicht Gründe der Unmöglichkeit, der

⁶⁸ Siehe dazu eine der vorstehenden Fussnoten zu Art. 111 OR und zum Vertrag zuungunsten eines Dritten gemäss Privatrecht, im Kontext eines öffentlichrechtlichen Vertrags verstanden als subsidiäres öffentliches Recht.

⁶⁹ Art. 29 BV, dann aber auch aufgrund der durch die Kantonsverfassung gewährleisteten Gemeindeautonomie resp. nach Massgabe der an sie übertragenen Aufgaben (Art. 69/70 KV)

⁷⁰ Siehe dazu *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 186 ff.

⁷¹ Siehe dazu Art. 29 BV mit dem Marginale „Allgemeine Verfahrensgarantien“. Diese beziehen sich auch auf das Verwaltungsverfahren. Die minimalste Verfahrensgarantie betrifft das rechtliche Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV). Zur Tragweite des rechtlichen Gehörs als Verfahrensgarantie siehe beispielsweise *Steinmann Gerold*, Kommentar zu Art. 29 BV, in: Ehrenzeller/Mastroradi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., a.a.O. Beim rechtlichen Gehör geht es also nicht nur um Gerichts-, sondern auch um Verwaltungsverfahren. Sein Umfang hängt vom Grad und Umfang der materiellen Betroffenheit ab. Er schliesst ein Recht auf Orientierung ein. Ob mit oder ohne Rechtsanspruch auf Basiserschliessung – die Zurücknahme des Unterhaltes einer Strasse auf die Substanzerhaltung berührt die Gemeinde Zermatt fundamental, weil es sich um die einzige Zufahrtsstrasse handelt, ganz abgesehen davon, dass sich der Kanton gesetzlich und planerisch positiv zur strassenseitigen Erschliessung von grösseren Gemeinden und Tourismuszentren in Seitentälern ausgesprochen hat. Also sind die Voraussetzungen der Gemeinde Zermatt auf Orientierung und Einbezug gegeben gewesen. Anders formuliert: Das rechtliche Gehör wurde missachtet.

Sicherheit, des Landschaftsschutzes usw. entgegenstehen.⁷² Evidenterweise wurde aber die Gemeinde Zermatt weder zur Mitwirkung noch zur Vollmachterteilung eingeladen, ja nicht einmal angehört. Darin kann und darf eine Verletzung des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 BV erkannt werden. Die Rechtsfolge besteht in der Nicht-Relevanz des Art. 16 der zit. Vereinbarung für die Gemeinde Zermatt. Die fragliche Bestimmung bindet sie also nicht.⁷³

Die Auflage des Art. 16 der Vereinbarung vom Februar 2004 erweist sich nach dem Gesagten gleich unter mehreren Aspekten als materiell schwerwiegend rechtswidrig. Auch formell genügt sie nicht den Anforderungen der Rechtmässigkeit, weil der Bund und der Kanton Wallis wie auch die MBGI nicht kompetent waren und sind, die Unterhaltsverpflichtungen an einer bestehenden, klassifizierten Strasse auf die Substanzerhaltung zurückzunehmen resp. ihre Zustimmung dazu zu geben, verbunden mit dem sie interessierenden Ziel, günstige Voraussetzungen für die Nutzung von Anlagen des Umsteigens von der Strasse auf die Schiene auf diesem Weg zu schaffen. Die Kompetenz dazu würde einzig beim kantonalen Gesetzgeber liegen, wobei auch für ihn fragwürdig wäre, ob und wie weit der Ausbau und Unterhalt einer Strasse von strassenfremden Zwecken abhängig gemacht werden darf.

5.6. Die Rechtsfolgen angesichts rechtlicher Defizite

Angesichts der deutlich erkennbaren Rechtswidrigkeit der Auflage des Art. 16 der mehrfach zitierten Vereinbarung vom Februar 2004 stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen. Diese reichen bei verwaltungsrechtlichen Verfügungen von der Anfechtbarkeit über die Nichtigkeit und die Widerrufbarkeit bis zur Staats- und Beamtenhaftung. Im Vordergrund stehen nach den allgemeinen Lehren die

⁷² Siehe dazu die Ziff. 4 des vorliegenden Gutachtens.

⁷³ Ferner ist offensichtlich, dass es sich bei der genannten Auflage des Art. 16 der Vereinbarung vom Februar 2004 nicht um einen Rechtssatz handelt, der die Gemeinde direkt oder reflexartig verpflichten würde, zumal es sich bei der Vereinbarung als solcher, wie bereits erwähnt, nicht um einen rechtsetzenden öffentlichrechtlichen Vertrag handelt.

Anfechtbarkeit und die Fragen nach der Nichtigkeit, vor allem aber vorweg jene nach der Anfechtbarkeit.⁷⁴

Da wir es im vorliegenden Fall nun aber nicht mit einer singulären Verfügung, sondern mit einem öffentlichrechtlichen Vertrag zu tun haben, der Finanzierungs- und projektrealisierende Koordinationsbemühungen zusammenführt, steht das Vertragswerk als solches (samt seinem Art. 16) in Frage.⁷⁵ Neben den Regeln, welche die Verfügungen betreffen, ist also zu bedenken, dass das Vertragswerk auf dem Konsens der Vertragsparteien aufbaut und dass diese Übereinstimmung im Interesse des „Rechtsverhältnisses“ möglichst intakt zu halten ist. Mit andern Worten: Das durch den Vertragsabschluss gewonnene Vertrauen und das Erreichen von Übereinstimmungen zwischen den Vertragsparteien sind zu respektieren. Es gilt deshalb spezifisch zu prüfen, welche Rechtsfolgen sich aufgrund der erkannten Rechtswidrigkeit einer Teilbestimmung – einer Nebenbestimmung, wenn auch für die Vertragsparteien eines möglicherweise wirtschaftlich erheblichen Artikels – für die Vereinbarung als solche ergeben. Dazu kann subsidiär auf das OR zurückgegriffen werden, gleichsam als subsidiäres öffentliches Recht, aber immer unter Beachtung der Vernetzung von (zwingendem) öffentlichem Recht und rechtsgeschäftlichem Vorgehen. Es geht in casu allerdings nicht um das Entstehen eines Vertrages, um Formfehler, auch nicht um Auseinandersetzungen betreffend Willensmängel, es geht vorweg um eine bestehende Nebenbestimmung von substantieller Art, die sich als rechtswidrig erweist. Dazu geben die Art. 2, 18 und vor allem Art. 20 OR wichtige

⁷⁴ Es geht hier in dieser Art der Darstellung um die Folgen fehlerhafter Verfügungen und nicht um die Rechtsfolgen fehlerhafter öffentlichrechtlicher Verwaltungsverträge. Siehe dazu *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 213 ff. Es ist aber zu beachten, dass bei einem Vertragswerk das Gefüge eines Vertrages einen grösseren Stellenwert erlangt, auch bei einem öffentlichrechtlichen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass eine Nebenbestimmung und deren Fehlerhaftigkeit in der Regel die Verbindlichkeit des Vertrags mit weiter ausholenden Intentionen nicht hindert – es ist gleichsam auf Art. 2 Abs. 2 OR, sodann aber auch auf Art. 20 Abs. 2 OR zu verweisen. Im Art. 2 OR ist übrigens auch davon die Rede, dass nötigenfalls der Richter über vorbehaltene Nebenpunkte zu entscheiden habe, wie auch immer, im Rahmen eines öffentlichrechtlichen Vertrages mit vielen Aspekten ist bezüglich einer Nebenbestimmung oder als Teil eines Vertrages, auch wenn sie/er substantiell sind, von einer Teilnichtigkeit auszugehen.

⁷⁵ Ganz allgemein ist hier festzustellen, dass die Lehren zum sog. fehlerhaften öffentlichrechtlichen Vertrag alles andere als durch Rechtssprechung und ergänzend durch die allgemeinen Lehren geklärt betrachtet werden können. Siehe auch dazu *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, a.a.O., S. 251 ff. Es drängt sich deshalb auf, sowohl das zwingende öffentliche Recht als auch subsidiär die Vorgaben des OR einzubeziehen.

Hinweise, insbesondere auch was die allfällige Nichtigkeit einer Nebenbestimmung angeht.

Folgende Erwägungen erweisen sich als relevant:

- a) Aus den vorstehenden Ausführungen hat u.a. resultiert, dass die Wahl der Form einer Vereinbarung resp. eines öffentlichrechtlichen Vertrages mit guten Gründen vertretbar ist und dass einzig Art. 16 mit dem Gegenstand einer Auflage vor dem Bundesrecht und dem kantonalen Recht als rechtswidrig erscheint. Es wäre unter diesen Umständen einer vertraglichen Grundlage kaum vertretbar, die Nichtigkeit der Vereinbarung als solcher in Erwägung zu ziehen, obwohl die verlangte nachhaltige Drosselung des Verkehrsaufkommens auf der Strasse Täsch-Zermatt ein Essentialium und nicht nur ein beiläufiges Accidentalium betrifft. Es wird, weil die Vereinbarung nach Form und übrigem Inhalt als solche rechtmässig zu sein scheint, primär an den Vertragsparteien sein, zu erwägen, ob sie den vertraglichen Ausgleich auch ohne die fragliche Bestimmung des Art. 16, also der bekannten Auflage, zu finden verstehen. Bereits hier kann beigefügt werden, dass für das Schlichten der Streitigkeiten, gleichsam zum vertrags-parteilichen Innenverhältnis, gemäss Vereinbarungstext der Bundesrat zuständig wäre.⁷⁶ Dessen Stellungnahme muss hier gleichsam vorbehalten werden, setzt aber auch voraus, dass sich die Vertragsparteien aussprechen können, gerade auch mit Blick auf die Nichtigkeit von Art. 16 der Vereinbarung.

- b) Unter diesen Voraussetzungen eines öffentlichrechtlichen Vertrages muss nun einengender gefragt werden, ob bezüglich Art. 16 von Nichtigkeit im Sinne einer Teilnichtigkeit ausgegangen werden kann resp. muss. Nun darf Nichtigkeit aufgrund der allgemeinen Lehren des Verwaltungsrechts – dies sei vorweg unterstrichen – nur dann angenommen werden, wenn schwerwiegende formelle und/oder materielle Rechtswidrigkeiten vorliegen, im Bewusstsein, dass inhaltliche Mängel in der Regel über die

⁷⁶ Es geht am Art. 18 der Vereinbarung vom Februar 2004.

Anfechtbarkeit zu beheben sind, nicht aber über die Nichtigkeitklärung.
Folglich: Nur in schwerwiegenden Ausnahmefällen kann eine materielle
Rechtswidrigkeit zur Nichtigkeit führen, in concreto zur Teilnichtigkeit des
Art. 16 der zit. Vereinbarung.

Dabei fällt nun in Betracht, dass gemäss den Ausführungen in diesem
Gutachten sowohl evidente formelle als auch nicht minder evidente
materielle Rechtswidrigkeiten mit der genannten Bestimmung
einhergehen. Sie können und müssen als schwerwiegend eingestuft
werden, weil sich die Parteien unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten
etwas angemasst haben, für das sie keine Rechtsgrundlage zu erkennen
geben:

- Die berührte und betroffene Einwohnergemeinde Zermatt wurde
weder angehört noch als potentielle Vertragspartei in die
Sachverhalts- und Rechtsregelung im Rahmen eines sie berührenden
und betreffenden öffentlichrechtlichen Vertrags einbezogen.
- Die Vertragsparteien waren und sind je für sich und untereinander
nicht kompetent, eine Auflage im Sinne der Zurücknahme des
Strassenunterhaltes an der bestehenden Strasse Täsch-Zermatt auf
die Substanzerhaltung und der Reduktion des Taxiverkehrs an der
gleichen Strasse im Sinne von Art. 16 zu verfügen, schon gar nicht auf
mindestens 25 Jahre hinaus, ohne irgendwelche Vorbehalte.
- Die implizite mitlaufende Prioritätssetzung zugunsten des
öffentlichen Verkehrs und zulasten der bestehenden Strasse resp.
der gehörigen Basiserschliessung der Gemeinde Zermatt findet im
geltenden Verfassungs- und Gesetzesrecht keine Rechtsgrundlage.
Sie mag wirtschaftlich intendiert sein, doch rechtlich bleibt sie ohne
jegliche Basis.
- Die angestrebte mindestens 25-jährige Unterstützung der
Investitionssicherung zugunsten des TTT durch Zurücknahme des
Strassenverkehrs hätte einer klaren Rechtsgrundlage bedurft. Diese
ist aber im kantonalen Strassenrecht und auch anderweitig nicht

auszumachen. Im Gegenteil, es bestehen selbst für Nebenstrassen gesetzliche Ausbau- und Unterhaltungspflichten.

Unter diesen Voraussetzungen darf und muss auf die Nichtigkeit des Art. 16 der fraglichen Vereinbarung geschlossen werden, also im Sinne einer eng definierten Teilnichtigkeit, wobei es den Vertragsparteien überlassen sein muss, sich in Kenntnis der Teilnichtigkeit zu verständigen. Sie werden als Vertragsparteien zu erwägen haben, ob und wie sie konsensual den Ausgleich im Rahmen ihrer Vereinbarung ohne die von ihnen gewillkürte Auflage finden, nötigenfalls unter Anrufung des Bundesrates – gemäss Art 18 der Vereinbarung vom Februar 2004.

6. Rechtliche Möglichkeiten der Interessenwahrung

6.1. Interessenwahrung hinsichtlich des Tatsächlichen

Die Problemstellung der Interessenwahrung der Gemeinde Zermatt setzte, wie dies hier versucht wurde, die Klärung der Rechtslage voraus. Sie hat bekanntlich dazu geführt, a) die Berechtigung auf Erschliessung des Dorfes Zermatt durch die Strasse zu begründen, b) die Irrelevanz des Art. 16 der Vereinbarung zu erfassen und c) die Nichtigkeit des Art. 16 der Vereinbarung aus dem Jahre 2004 im Sinne einer Teilnichtigkeit der Vereinbarung zu belegen.

Auf der andern Seite reicht diese rechtliche Klärung nicht hin, da sich die Gemeinde Zermatt vorweg in tatsächlicher Hinsicht vergewissern muss, was sie sachlich, d.h. verkehrs- und raumplanerisch anvisieren will. Dass sie über einen Strassenanschluss verfügen muss, das versteht sich, doch welche Leistungsfähigkeit dabei zu erreichen wäre, das will bedacht sein. Vorweg dürfte es sich um den ungebrochenen Lastenwagenverkehr der Versorgung und Entsorgung mit Gütern aller Art (bis und mit Baumaterialen) bis an den Eingang von Zermatt handeln, dann um den Personenwagenverkehr der in Zermatt lebenden Bevölkerung mit Einschluss von wiederkehrenden Gästen des

Zweitwohnungsbereiches. Ob aber der Touristenbusverkehr und der beliebige Tagesausflugsverkehr mit PW einbezogen werden soll, erscheint möglicherweise fragwürdig. Auf alle Fälle wäre zu klären, welche Verkehrsmengen und -arten aus der Zufahrt in Zermatt resp. am Rande von Zermatt überhaupt abgefangen werden können, auch unter dem Gesichtspunkt des im Dorfbereich bewusst angestrebten reduzierten, sehr restriktiv gehaltenen Verkehrsaufkommens.

6.2. Interessenwahrung unter den Titeln des Rechts

Im rechtlichen Bereich geht es im Kern des vertretbaren Anliegens darum, die Vertragsparteien der Vereinbarung vom Februar 2004 auf die Nichtigkeit des Art. 16 mit seiner Auflage zulasten des Kantons Wallis aufmerksam zu machen und diese davon zu überzeugen. (Die Frage nach dem Anspruch auf eine genügende Basiserschliessung gehört letztlich in diesen Kontext.)

Dies kann auf verschiedenen Wegen angestrebt werden:

- a) Durch eine Einladung der Vertragsparteien der Vereinbarung aus dem Jahre 2004 zu einer *Aussprache* über die Nichtigkeit des Art. 16 der Vereinbarung von 2004 mit den Zielen, dazu gegenseitiges Einvernehmen zu erzielen sowie das Gespräch mit der Regierung des Kantons Wallis vorzubereiten, auf welche Leistungsfähigkeit Unterhalt und Ausbau der Strasse Täsch-Zermatt ausgerichtet werden sollen.
- b) Durch *Klage und/oder Beschwerde* an das Bundesverwaltungsgericht mit dem Rechtsbegehren auf Feststellung, dass Art. 16 der Vereinbarung aus dem Jahre 2004 rechtswidrig sei.
- c) Ohne Rücksicht auf Art. 16 der Vereinbarung aus dem Jahre 2004 – es handelt sich weder um einen Rechtssatz noch um eine Vertragsbestimmung mit Geltung für Zermatt – kann die Gemeinde Zermatt *Anträge zum besseren Unterhalt und zum Teilausbau der Strasse Täsch-Zermatt* an den Kanton richten und nötigenfalls auf einer

(anfechtbaren) Verfügung insistieren. Diese kann dann angefochten werden, wobei die Wahl des Rechtsmittels je nach der Art der Verfügung und je nach der Instanz, von der sie ausgeht, zu treffen ist – von einer Aufsichtsbeschwerde bis zu einer Verwaltungsbeschwerde resp. einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Rechtmässigkeit/Rechtswidrigkeit des Art. 16 würde zu einer Vorfrage.

- d) Eventuell, nach dem Scheitern einer einvernehmlichen Lösung mit den Vertragsparteien: Einladung der Vertragsparteien der Vereinbarung aus dem Jahre 2004 zur *Veranlassung eines Mediationsverfahrens*, beispielsweise unter dem Vorsitz eines emeritierten Bundesrichters oder Alt-Politikers aus einem andern Kanton mit dem Ziel, die Verumständungen der hinreichenden strassenseitigen Erschliessung von Zermatt einer sachgerechten, einvernehmlichen Lösung entgegenzuführen.
- e) Durch *politische Vorstösse* auf kantonaler und Bundesebene, die Vereinbarung aus dem Jahre 2004 einer Überprüfung zu unterziehen, insbesondere mit dem Ziel, die als rechtswidrig erkannte Auflage betreffend die nachhaltige Reduzierung der strassenseitigen Erschliessung von Zermatt durch die Vertragsparteien materiell und formell fallen zu lassen.

Jeder dieser Schritte weist *Vor- und Nachteile* auf:

Die auf Übereinstimmung zielende Variante **a)** markiert nicht einen förmlichen „Streit“, sondern ermöglicht allen Beteiligten nach einer konstruktiven Lösung zu suchen, sei es innerhalb der formellen Vertragsparteien Bund/Kanton Wallis/MGBI, sei es im Verhältnis zu Zermatt. Insbesondere erlaubt sie das Aufrechterhalten der Grundvereinbarung und die einvernehmliche Neuordnung der Interessen der Vertragsparteien ohne den fraglichen Art. 16 der Vereinbarung, im

Kontakt mit der Gemeinde Zermatt. Dieses eher informelle Verfahren kann bei allseits gutem Willen zeit- und kostensparsam abgewickelt werden.

Das Ergreifen von Rechtsmitteln gemäss lit. **b)** zielt auf einen verwaltungsgerichtlichen Entscheid, wobei allfällige „Vergleichsverhandlungen“ im Rahmen eines Prozesses denkbar sind, ohne dass diese aber in einer Atmosphäre des anzustrebenden Einvernehmens geführt werden könnten. Gerichtsverfahren sind erfahrungsgemäss zeit- und kostenaufwendig.

Das Herausfordern des Kantons Wallis unter dem Titel des vernachlässigten Unterhaltes gemäss lit. **c)** wird den Kanton Wallis veranlassen, die Vertragsparteien einzubeziehen, wobei das Risiko besteht, dass er und seine Vertragsparteien die Rechtmässigkeit des Art. 16 der Vereinbarung behaupten, so dass schlussendlich die volle Prozessthematik durchzuspielen wäre, wie sie gemäss lit. b zu verfolgen wäre. Die Chance einer besseren Einsicht des Kantons Wallis könnte helfen, den Kosten- und Verfahrensaufwand in Grenzen zu halten, aber nur, wenn der Kanton Wallis gleichsam stillschweigend mit dem Bund und MGBI einsichtig würde.

Die Variante lit. **d)** kommt einer konsensanstrebbenden Verhandlung gleich, allerdings unter einem neutralen Vorsitz. Sie könnte sich aufdrängen, wenn erkennbar würde, dass eine oder zwei der Vertragsparteien zögern sollten, den fraglichen Artikel als rechtswidrig und nichtig zu erklären. Sie ist im Übrigen deutlich kostengünstiger und gleichzeitig vertrauensfördernder als Variante b).

Die Intention des Lancierens eines politischen Prozesses im Sinne von lit. **d)** steht nicht allein in der Hand der Gemeinde Zermatt. Sie müsste auf Parlamentarier der kantonalen und Bundesebene greifen, im Ungewissen, ob die Politik den Ball aufnehmen würde. Das Ziel würde darin bestehen, die Vertragsparteien Bund/Kanton Wallis/MGBI durch Publizität zur Einsicht und zu raschem Handeln zu bewegen. Dem Zeitgewinn und der Kostenersparnis steht das hohe Risiko des Misslingens gegenüber.

Zum allfälligen *Ergreifen eines förmlichen Rechtsmittels*, vorstehend lit. b), sind zusätzlich folgende ergänzende Bemerkungen angezeigt:

- Das Ergreifen eines kantonalen Rechtsmittels fällt ausser Betracht, da Gegenstand des Anfechtungsgegenstandes eine öffentlichrechtliche Vereinbarung ist, an der der Bund, der Kanton Wallis und die Infrastrukturgesellschaft MGBI als Vertragspartner beteiligt sind, also explizit auch der Bund.
- Involviert sind alle drei Parteien. Es stehen nicht besondere Verfügungen des Bundes, des Kantons Wallis resp. der Infrastrukturgesellschaft an. Auch wenn das Hauptproblem aus der fraglichen Auflage des zit. Art. 16 der Vereinbarung erfüllungsseitig auf dem Kanton Wallis lastet, sind der Bund und die genannte Gesellschaft einbezogen, da die Vereinbarung darauf zielt, die finanzielle Realisierung von einer Verkehrsumlagerung auf die Schiene abhängig zu machen, indem u. a. der Unterhalt der bestehenden Strasse auf die Substanzerhaltung reduziert werden soll. Ausserdem haben sich Bund und Kanton aus Koordinationsgründen heraus als die eine Seite des Vertrags dargestellt, die der MGBI gegenübersteht.
- Ob Klage oder Beschwerde geführt werden soll, das ist insofern fraglich, als das Verwaltungsgerichtsgesetz des Bundes die Klage für Streitigkeit aus öffentlichrechtlichen Verträgen zulässt, aber damit wohl eher Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien meint, während die Beschwerde primär (oder nur?) gegen „Verfügungen“ gerichtet ist, die im Vertragswerk eingeschlossen die Gemeinde Zermatt berühren.⁷⁷ Es dürfte sich deshalb der offenen Formulierungen wegen empfehlen, Klage und Beschwerde einzureichen und die Rechtsbegehren entsprechend zu formulieren, vor allem aber auch klar zu machen, dass die Gemeinde Zermatt wegen der berührten Interessen eigentlich hätte Vertragspartei sein resp. mindestens vorgängig hätte angehört werden müssen.

⁷⁷ Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, Art. 32 ff., insbesondere Art. 33 und 35

- Der Beschwerdeausschlussgrund gegen Verfügungen von Infrastrukturkonzession von Eisenbahnanlagen ist nicht gegeben⁷⁸, weil es bei der vorliegenden öffentlichrechtlichen Vereinbarung nicht um eine Konzessionssache geht, sondern um eine Auflage im Interesse der drei Vertragsparteien, primär aber gerichtet an den Kanton Wallis, den Strassenverkehr auf einer bestehenden Strasse durch Unterhalts- und Ausbaurestriktionen aus Wettbewerbsgründen zur Bahn zu reduzieren.
- Die Klage- resp. Beschwerdelegitimation der Gemeinde Zermatt ergibt sich aufgrund ihres besonderen Berührt- und Betroffenseins durch die zu ihren Ungunsten vereinbarte Beschränkung der strassenseitigen Erschliessung als Wirkung eines massiven Reduktion des Unterhalts der Strasse auf die Substanzerhaltung, verbunden mit faktischem Ausbauverbot, insbesondere auch der Engpassstellen.⁷⁹ Die Gemeindeautonomie als solche steht nicht zur Debatte, weil der Unterhalt der fraglichen Strasse Sache des Kantons ist.

7. Beantwortung der Expertenfragen

Die einleitend zitierten Expertenfragen werden in geraffter Form wie folgt beantwortet:

- 1. Die Einwohnergemeinde Zermatt verfügt über einen Rechtsanspruch auf strassenseitige Erschliessung. Vorbehalten sind schwerwiegende Gründe der topographischen oder technischen Unmöglichkeit resp. entgegenstehender überwiegender öffentlicher Interessen der Sicherheit, des Landschaftsschutzes, der Raumplanung usw. Weil aber eine Strasse**

⁷⁸ Art. 32 Abs. 1 lit. f VGG

⁷⁹ Zur Klage- und Beschwerdelegitimation vgl. Art. 48 ff. BG über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG), vom 20. Dezember 1968.

bereits besteht, die benutzt wird, sind die Vorbehalte in concreto nicht als gewichtig einzustufen.

- 2. Die Vereinbarung zwischen dem Bund, dem Kanton Wallis und der Matterhorn Gotthard Infrastruktur AG (MGBI) in der Form eines öffentlichrechtlichen Vertrages ist als die Finanzierung regelnde, den Vollzug des Bauvorhabens koordinierende, nicht rechtsetzende Vereinbarung rechtlich vertretbar, allerdings erweist sich die Bestimmung des Art. 16 (Auflage) als offensichtlich und schwerwiegend rechtswidrig, sowohl formell als auch materiell. Sie ist deshalb als nichtig zu bewerten, allein schon weil der Unterhalt der öffentlichen Nebenstrasse Täsch-Zermatt eine gesetzliche Verpflichtung des Kantons darstellt und da Bevorzugung/Zurückstufung der einen oder andern Verkehrsträgers (Schiene/Strasse) einen Verfassungsvorbehalt voraussetzen würden. Die Gemeinde Zermatt bindet die fragliche Bestimmung ohnehin nicht, weil es sich bei der Vereinbarung nicht um einen rechtsetzenden Vertrag handelt und weil die berührte und betroffene Gemeinde Zermatt nicht einbezogen oder auch nur angehört worden wäre.**

- 3. Im Vordergrund steht nicht zwingend ein Rechtsmittelverfahren, sondern die Klärung der Rechtslage zuhanden der Vertragsparteien, sei es im Gespräch, sei es im Rahmen einer Mediation, es könnte aber auch eine Klage/Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erwogen werden.**

Ausserdem kann der Kanton Wallis über ein Gesuch um verbesserten Unterhalt resp. den Teilausbau der Strasse Täsch-Zermatt veranlasst werden, eine anfechtbare Verfügung zu setzen, die unter verschiedenen Titeln anfechtbar wäre und das Ergreifen von primär innerkantonalen Rechtsmitteln erlauben könnte.

- 4. Die Einwohnergemeinde Zermatt sollte sich vorgängig überlegen, wie sie ein grösseres Verkehrsaufkommen auf der Strasse am eigenen Dorfrand auffangen und mit den dorfeigenen verkehrskonzeptionellen**

Vorstellungen vereinigen will. Die entsprechenden Grundlagen, die teilweise bereits verfügbar sein sollen, müssten publik gemacht und sukzessive einer demokratischen Legitimierung entgegengeführt werden.

Ich hoffe sehr, Ihnen mit diesen Ausführungen die Rechtslage verdeutlicht zu haben. Für ergänzende Auskünfte stehe ich zur Verfügung.

Mit Hochachtung

gez. Martin Lendi