

Dr. Susette Biber-Klemm, Büro Natcons AG, Basel
Andreas Miescher, Advokat und Notar, Basel
David Studer, Advokat, Basel

Basel im Juli 2004

KURZGUTACHTEN

zur Frage des umweltrechtlichen Handlungsspielraumes im Zusammenhang mit dem *Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Strasse zwischen Lörrach und Weil am Rhein auf schweizerischem Gebiet vom 25. April 1977* (SR 0.725.122, im Folgenden ZFS-Staatsvertrag), erstattet der IG Auenpark am Schlipf.

I. AUSGANGSLAGE

Im ZFS-Staatsvertrag gestattet die Schweiz Deutschland den Bau, Unterhalt und Betrieb einer öffentlichen Strasse zwischen der Stadt Lörrach und der Stadt Weil am Rhein über schweizerisches Gebiet. Art. 2 ZFS-Staatsvertrag schreibt verbindlich die Linienführung der Zollfreistrasse fest. Sie führt danach quer durch ein Brutgebiet geschützter Vögel (vgl. das ornithologische Gutachten von Dr. Georg Preiswerk und Fritz Raschdorf vom 17. Mai 2004). Es handelt sich dabei sowohl um Arten, welche durch das *Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihre natürlichen Lebensräume vom 19.09.1979* (SR 0.455, im Folgenden „Berner Konvention“) geschützt sind, als auch um Arten, welche auf den vom BUWAL erlassenen und anerkannten Roten Listen der gefährdeten und seltenen Pflanzen- und Tierarten aufgeführt sind (vgl. im Einzelnen unten S. 7 ff.)

Dies ist für sich bereits naturschutzrechtlich bedeutsam. Darüber hinaus stellt das Vorkommen geschützter Tierarten ein Indikator für ein schutzwürdiges Biotop dar (vgl. Art. 14 Abs. 3 Natur- und Heimatschutzverordnung; NHV, SR 451.1). Genauere Naturdaten über das betroffene Gebiet fehlen jedoch zur Zeit: Das Gebiet wurde nie im Hinblick auf eine mögliche Unterschutzstellung auf seine Bedeutung als Habitat für geschützte Tiere und Pflanzen untersucht. Auch eine Bestandsaufnahme im Hinblick auf die notwendige Interessenabwägung und allfällige Ersatzmassnahmen wurde bisher nicht vorgenommen.

Im Folgenden wird geprüft, inwiefern diese Tatsachen im Zusammenhang mit der Realisierung der Zollfreistrasse rechtlich relevant sein könnten und ob heute noch rechtlicher Handlungsspielraum besteht, aufgrund von Gründen des Naturschutzes eine Änderung des Zollfreistrasse-Projektes zu erwirken.

II. HANDLUNGSMÖGLICHKEITEN GESTÜTZT AUF DEN ZFS-STAATSVERTRAG

1. Art. 22 Abs. 2 des ZFS-Staatsvertrages

Die Schweiz ist völkerrechtlich verpflichtet, den Bau der Zollfreistrasse gemäss dem am 16.12.1975 vom Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt genehmigten Auflageprojekt zu gestatten (Art. 2 ZFS-Staatsvertrag). Eine Entbindung von dieser Verpflichtung kann nur über den Weg von Neuverhandlungen erfolgen. Falls sich bei der Durchführung des Vertrages erhebliche Schwierigkeiten ergeben oder sich die beim Abschluss des Vertrages bestehenden Verhältnisse wesentlich ändern, kann gemäss Art. 22 Abs. 2 ZFS-Staatsvertrag jede Vertragspartei von der andern den Eintritt in „Verhandlungen über eine angemessene Neuregelung“ verlangen. Damit werden für das Begehren um Neuverhandlungen breitere Möglichkeiten eröffnet, als es das allgemein Völkerrecht zulassen würde (vgl. die Regelung in Art. 62 der Wiener Vertragsrechtskonvention). Dass diese Klausel in den Vertrag aufgenommen wurde, zeigt, dass die Parteien ernsthaft

mit der – mittlerweile eingetretenen - Möglichkeit rechneten, dass sich der Bau der Zollfreistrasse um Jahre oder Jahrzehnte verzögern könnte, in denen sich die faktischen, politischen und rechtlichen Umstände derart verändern könnten, dass es dem Grundsatz von Treu und Glauben zuwiderliefe, unnachgiebig auf die Erfüllung der Vertragspflichten zu pochen.

Bereits das Rechtsgutachten von PD Dr. Ulrich Beyerlin vom April 1991 kam aufgrund einer umfassenden rechtlichen und tatsächlichen Beurteilung der Neuverhandlungsklausel zum Schluss, dass die Schweiz mit guten Gründen - insbesondere aufgrund des seit Abschluss des Staatsvertrages wesentlich gestiegenen Stellenwertes des Umweltschutzes – gestützt auf Art. 22 Abs. 2 ZFS-Staatsvertrag Neuverhandlungen verlangen könnte. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass dieser Befund nach wie vor richtig ist. Die Verhältnisse im Bereich des Umweltschutzes haben sich seit Mitte der siebziger Jahre, als die entscheidenden Weichen für die Zollfreistrasse gestellt wurden, derart tiefgreifend geändert, dass den Vertragspflichten, wie sie die Schweiz mit Abschluss des Zollfreistrasse-Staatsvertrages eingegangen ist, die Grundlage entzogen ist. Wenn sich die faktische, politische und rechtliche Situation im Bereich des Umweltschutzes bereits 1977 so dargestellt hätte, wie sie sich heute darstellt oder wenn schon damals mit der seither erfolgten Änderung zu rechnen gewesen wäre, so ist davon auszugehen, dass weder die Schweiz noch Deutschland die im ZFS-Staatsvertrag festgelegten Pflichten übernommen hätten.

Im Einzelnen sieht die Entwicklung seit Mitte der siebziger Jahre folgendermassen aus:

2. Wesentliche Veränderungen der Verhältnisse im Bereich Natur- Arten- und Biotopschutz

a. Grundlegender Wandel der wissenschaftlichen Diskussion

Der Bau der Zollfreistrasse bedroht die geschützten Vögel in ihrem Baubereich v.a. dadurch, dass sie deren Lebensraum zerstört. Die Einsicht, dass Tier- und Pflanzenarten nur durch den Schutz ihrer natürlichen Lebensräume nachhaltig geschützt werden können, hatte sich in den siebziger Jahren noch nicht durchgesetzt. Die massgebenden wissenschaftlichen Untersuchungen und Studien zum Lebensraumschutz stammen alle aus den achtziger und neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts (vgl. die Nachweise bei SUSETTE BIBER KLEMM, Rechtsinstrumente des Völkerrechts zum Schutz der natürlichen Lebensräume von Tieren und Pflanzen, Basel, 1992, S. 27 ff.). In der Schweiz wurde erst 1983 – 1991 mit dem Nationalen Forschungsprogramm 22 „Nutzung des Bodens in der Schweiz“ die Problemkreise Bodenversiegelung und Verschwinden naturnaher Räume einer ersten umfassenden Untersuchung unterzogen. Weitere wichtige Erkenntnisse in diesem Bereich lieferte das Schwerpunktprogramm „Umwelttechnologie und Umweltforschung“ (SPP Umwelt), welches 1992 durch den Schweizerischen Nationalfonds als Nachfolgeprozess zur Uno-Konferenz über Umwelt und Entwicklung in Rio lanciert wurde und erst im Jahre 2002 abgeschlossen war (vgl. den Schlussbericht der 10-jährigen Forschungsarbeit: RUDOLF HÄBERLI et al., Vision Lebensqualität, Zürich 2002).

Dass im Zeitpunkt der Bewilligung des Bauvorhabens Zollfreistrasse die Problematik des Lebensraumschutzes noch nicht erkannt war, ergibt sich deutlich aus den Naturschutz-Auflagen in der *Vereinbarung über die Regelung der technischen Einzelheiten im Zusammenhang mit Bau, Betrieb und Unterhaltung der Verbindungsstrasse zwischen Weil am Rhein und Lörrach vom 7. Mai 1976* (Technische Vereinbarung). Aufgrund der Stellungnahme des Bundesamtes für Umweltschutz vom 5.12.1975 wurde unter § 4 der Technischen Vereinbarung lediglich folgende Auflage aufgenommen: „Bei der Anlegung der Strasse ist dem Natur- und Heimatschutz besondere Aufmerksamkeit zu schenken. Für Einzelheiten der Einordnung des Bauwerkes in die Landschaft ist ein detaillierter Ge-

staltungs- und Bepflanzungsplan auszuarbeiten und dem Baudepartement des Kantons Basel-Stadt zur Genehmigung einzureichen.“ Die Sorge galt also nicht dem betroffenen Gebiet als Lebensraum, sondern einzig der Einordnung der Zollfreistrasse in die Landschaft. Deutlicher kann das damals fehlende Problembewusstsein bezüglich des Zusammenhanges von Arten- und Lebensraumschutz nicht zum Ausdruck kommen.

b. Gesetzlicher Niederschlag des neuen Naturschutzverständnisses

Das schweizerische Umweltrecht war Mitte der siebziger Jahre nicht nur stark zersplittert, sondern auch in materieller Hinsicht konzeptionslos und daher in seiner Schutzwirkung beschränkt (vgl. HANS-ULRICH MÜLLER-STAHEL, Ziele und Methoden des rechtlichen Umweltschutzes auf lange Sicht, In: Schweizerisches Umweltschutzrecht, Zürich 1973; S. 544 ff.). Insbesondere der im vorliegenden Zusammenhang wesentliche Biotopschutz war zwar in Ansätzen wissenschaftlich erkannt, jedoch noch nicht bis zur politischen Ebene durchgedrungen.

Bei der Bewilligung des Projektes Zollfreistrasse spielte der Biotopschutz – soweit ersichtlich – keine Rolle. Das Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz (NHG) vom 1. Juli 1966 war zwar bereits in Kraft, das Problembewusstsein fehlte jedoch sogar beim Vollzugsorgan, dem Bundesamt für Umweltschutz, wie soeben ausgeführt (vgl. oben S. 4). Dies hängt auch damit zusammen, dass das NHG bezüglich des Lebensraumschutzes zunächst auf klare Vorschriften verzichtete und sich mit Empfehlungen begnügte: Art. 18 Abs. 1 NHG verlangt lediglich programmatisch, „dass dem Aussterben einheimischer Tier- und Pflanzenarten durch die Erhaltung genügend grosser Lebensräume (Biotope) und anderer geeigneter Massnahmen entgegenzuwirken“ sei.

Das gewandelte Naturschutzverständnis hat sich schliesslich in den NHG-Revisionen vom 7.10.1983 (in Kraft seit 1.1.1985) und vom 19.06.1987 (in Kraft seit 1. Februar 1988) niedergeschlagen. Die erstgenannte Revision fügte dem Art

18 NHG zwei neue Absätzen (1^{bis} und 1^{ter}) hinzu, welche erstmals die zu schützenden Lebensräume nennen und bei deren unvermeidlichen Beeinträchtigung eine Pflicht zur Wiederherstellung oder zu Ersatzmassnahmen einführen. Art. 18 blieb dabei jedoch immer noch reiner Zweckartikel, welcher lediglich das Ziel – Schutz der Lebensräume- definierte. Erst mit der NHG-Revision von 1987 wurde mit den neuen Art. 18a-d NHG das Instrumentarium zur Erreichung dieses Zieles bereitgestellt. Die neuen Artikel verpflichten den Bund, Biotope von nationaler Bedeutung in einem Sachplan im Sinne von Art. 13 RPG genau zu bezeichnen und die von den Kantonen anzuordnenden und zu vollziehenden Schutzmassnahmen zu überwachen (Art. 18a NHG). Art. 18b NHG enthält die verbindliche Weisung an die Kantone, Biotope von regionaler und lokaler Bedeutung zu schützen und in intensiv genutzten Gebieten für lokalen Ausgleich zu sorgen. Neben der Regelung der Beziehung zu den Grundeigentümern und verschärften Strafbestimmungen regelt diese NHG-Revision insbesondere auch die Finanzierung der Kosten der Schutzmassnahmen. Erst mit diesen Bestimmungen, also erst 1987/88 hat die Schweiz einen griffigen rechtlich verankerten Biotopschutz erhalten.

Die NHG-Revision 1987 geht auf den indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates zur Rothenturm-Initiative zum Schutz der Moore zurück. In der diesbezüglichen Botschaft des Bundesrates vom 11.09.1985 erachtet der Bundesrat die rechtliche Verbesserung des Biotopschutzes zur Erhaltung der Artenvielfalt in der Schweiz für unerlässlich. Explizit wird dabei auf das *Übereinkommen über die Erhaltung der europäischen wildlebenden Pflanzen und Tiere und ihre natürlichen Lebensräume vom 19. September 1979* (Berner Konvention SR 0.455) Bezug genommen. Die Berner Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten neben dem klassischen Artenschutz auch explizit zum Biotopschutz, also zur Erhaltung der Lebensräume der wildlebenden Pflanzen und Tiere. Auch die Berner Konvention ist somit ein Ausdruck davon, dass sich das neue Naturschutzverständnis durchzusetzen begann.

Die Berner Konvention wurde von der Schweiz am 12.03.1981 ratifiziert und ist am 01.06.1982 in Kraft getreten. Auch Deutschland gehört zu den Vertragsstaaten. Deutschland hat die Berner Konvention am 13.12.1984 ratifiziert und sie ist am 01.04.1985 in Kraft getreten.

Die Berner Konvention hat im vorliegenden Zusammenhang eine besondere Bedeutung, da alle Vertragsstaaten, also auch Deutschland und die Schweiz, darin *völkerrechtlich* zum Arten- und Lebensraumschutz verpflichtet werden. Die darin statuierten Pflichten stehen, wie weiter unten zu zeigen ist (S. 12 ff.), in Widerspruch zu den Verpflichtungen aus dem ZFS-Staatsvertrag. Es ist unverständlich, weshalb die Schweiz von Deutschland bislang noch keine Neuverhandlung des Vertrages verlangt hat, um diese Pflichtenkollision aufzulösen. Nach Treu und Glauben wäre auch die deutsche Seite verpflichtet, solchen Neuverhandlungen zuzustimmen. Falls Deutschland nicht Hand bietet für solche Neuverhandlungen, so stellt sich die Frage, ob die Schweiz in diesem Fall die Erfüllung der Vertragspflichten verweigern darf. Das bei Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung oder die Anwendung des Vertrages anzurufende Schiedsgericht hätte diese Frage auf jeden Fall aufgrund sämtlicher zwischen Deutschland und der Schweiz bestehender Verträge zu entscheiden, also auch unter Berücksichtigung der Berner Konvention (vgl. Art. 20 Abs. 4 ZFS-Staatsvertrag).

Auf internationaler Ebenen ist im Bereich Biotopschutz weiter das Abkommen über die biologische Vielfalt vom 05.06.1992 bedeutsam (in der Schweiz am 19.02.1995 in Kraft getreten, in Deutschland am 28.12.1993), welches das Vorsorgeprinzip und das Prinzip der nachhaltigen Nutzung in den Lebensraumschutz integriert.

Die Entwicklungen in der EU und in Deutschland sind parallel verlaufen. Wichtige Schritte hin zu einem griffigen Lebensraumschutz sind dabei insbesondere die

EU-Vogelschutzrichtlinie (Richtlinie 79/409/EWG des Rates über die Erhaltung der wildlebenden Vogelarten vom 2. April 1979) sowie die EU-Habitatschutzrichtlinie (Richtlinie 92/437/CEE des Rates zum Schutz der natürlichen und naturnahen Lebensräume sowie der wildlebenden Tier- und Pflanzenarten vom 21. Mai 1992).

Fazit: Der Lebensraumschutz wurde Mitte der siebziger Jahre weder als politische Notwendigkeit erkannt, noch war er rechtlich hinreichend normiert, als dass er in die Planung des Baus der Zollfreistrasse hätte einfließen können.

3. Bedeutung des Gebietes „Schlipf/rechtes Wiesenufer“ als Biotop von regionaler Bedeutung

Die besonderen geologischen und klimatischen Verhältnisse des Wiesenufers und des angrenzenden Hanggebiets schaffen Bedingungen für die Entstehung spezieller, wertvoller Lebensräume. Der Uferbereich ist durch die Wiese geprägt, die silikatisches Gestein aus ihrem Ursprungsgebiet abgelagert hat, und deren Flusslauf eine ganze Reihe von Pflanzen aus montanen Gebieten in tiefere, mildere Gebiete gefolgt sind. Der Untergrund des Hangbereichs ist hingegen kalkhaltig. Er ist lichtdurchflutet mit einem milden Klima, wird extensiv, kleinflächig bewirtschaftet und weist insbesondere einen ökologisch wertvollen Bestand an alten Hochstammobstbäumen auf. Auf kleinem Raum bestehen also verschiedene Biotoptypen: die Gewässer der Wiese und des Weilmühlesteichs mit ihren Ufern, der weitere Uferbereich zwischen Wiese und Weilmühlesteich, und der Hangbereich. Schnittstellen zwischen verschiedenen Biotoptypen weisen häufig eine besonders reiche Diversität auf. Dies ist auch im betroffenen Gebiet der Fall. Der Bereich des Flussumfers ist zusammen mit dem Hangbereich als Gesamtheit zu betrachten.

Als Indikatoren für seine Bedeutung als wertvoller Lebensraum für Tiere und Pflanzen können die im Bereich vorkommenden Vogelarten gelten. Gemäss ornithologi-

schen Bestandsaufnahmen aus den Jahren 2002 und 2004 und Einzelbeobachtungen besteht eine hohe Varietät an Vogelarten. Mehrere davon sind als rote Liste-Arten entweder in der ganzen Schweiz oder aber im Kanton Basel-Stadt gefährdet. (Rote Liste der gefährdeten Brutvogelarten der Schweiz¹, Rote Liste der gefährdeten und seltenen Brutvogelarten des Kanton Basel-Stadt²). Eine Reihe von Arten kommt zudem im Kanton Basel relativ häufiger vor als in der gesamten Schweiz. Der Kanton Basel-Stadt trägt deshalb für ihre Erhaltung eine nationale Verantwortung (Basellandschaftlicher Natur- und Vogelschutzverband, Ornithologische Gesellschaft Basel, Ornithologisches Inventar beider Basel 1992-1995, Liestal 1996, (OI), S. 230 ff.) d.h. dem Gebiet kommt nicht nur eine regional wichtige, sondern auch überregionale Bedeutung zu.

	Rote Liste CH	Rote Liste der Brutvögel des Kanton BS	Besondere Verantwortung BS/BL
Eisvogel (Jagdgebiet)	Verletzlich	verschwunden	Ja (10%)
Wasseramsel (Brut nachgewiesen)	Nicht gefährdet	gefährdet	
Fitis	Potentiell gefährdet (Vorwarnliste)	Von Auslöschung bedroht	
Grauspecht	Verletzlich	Gefährdet	Ja (23%)
Pirol	Nicht gefährdet	Gefährdet	Ja (7.5%)
Gartenrotschwanz (Brut nachgewiesen)	Potentiell gefährdet	Starker Rückgang	
Grünspecht	Nicht gefährdet	Gefährdet	Ja (7.3 %)
Wendehals (Brut nachgewiesen)	Verletzlich	Von Auslöschung bedroht	
Zaunammer (Brut nachgewiesen)	Verletzlich	Von Auslöschung bedroht	

¹ Kategorien: Ausgestorben, vom Aussterben bedroht, stark gefährdet, verletzlich, (potenziell gefährdet)

² Kategorien: Ausgelöscht oder verschwunden, von Auslöschung bedroht, starker Rückgang, aus vielen Teilgebieten verschwunden, gefährdet (Bestand klein und daher verletzlich)

Bluthänfling (Brut nachgewiesen)	Nicht gefährdet	Von Auslöschung bedroht	
Hohltaube	Nicht gefährdet	Von Auslöschung bedroht	Ja (7%)
Turmfalke (Brut nachgewiesen)	Potentiell gefährdet	Starker Rückgang	

Quelle Arten: Ornithologische Expertise Preiswerk/Raschdorff, Basel;

Ausserdem wurden der Feldhase (rote Liste der gefährdeten Tierarten der Schweiz, Kategorie 3: gefährdet) und die Schlingnatter (Rote Liste der gefährdeten Tierarten der Schweiz Kategorie 2: Stark gefährdet) beobachtet (Dr. Jörg Hagmann, Stellungnahme der Ornithologischen Gesellschaft Basel zur Zollfreistrasse vom 28.01.2004).

Das kantonale Naturschutzinventar weist für das Gebiet ausserdem Bestände des Winterlings (*Eranthis hyemalis*) aus, der auf der Roten Liste der gefährdeten Farn- und Blütenpflanzen der Schweiz als potentiell gefährdet eingestuft ist, (Basler Naturatlas) und die letzten Bestände einer in der Schweiz endemischen und im Wiesental seltenen Unterart des Goldhahnenfusses (*Ranunculus kuzii*) (Thomas Brodbeck, Pflanzen an der Wiesenaue, 2004).

Richtigerweise ist das Gebiet deshalb im kantonalen Naturschutzinventar als Naturobjekt, im Naturschutzinventar der Gemeinde Riehen und im ornithologischen Inventar beider Basel (S. 268) als Teil des Wertgebietes Schlipf – Wiese – Lange Erlen ausgewiesen.

Die folgenden Eingriffe sind durch die geplante Strasse voraussehbar:

- Zerschneidung und Verkleinerung des Lebensraums
- Beeinträchtigung der Nahrungsgrundlage (Insekten)
- Beeinträchtigung der Lebensräume durch Dauerlärm

- Zerstörung des Lebensraums am Hang durch notwendige Verbauungen.

Das rechte Wiesenufer im Bereich des „Schlipf“ ist aber nicht allein als isoliertes, wertvolles Biotop zu betrachten, sondern im Gesamtzusammenhang längs der Wiese zu beurteilen. Das rechte Ufer der Wiese konnte bis jetzt durchgängig vom Verkehr freigehalten werden. Dies setzt sich auf der deutschen Seite weitgehend fort. Diese „grüne Verbindung“ entlang der Wiese, von den Langen Erlen bis weit ins Wiesental, würde durch die Zollfreistrasse unterbrochen, und die Option z. B. einen grenzüberschreitenden Biotopverbund oder Naturpark zu gestalten, unwiederbringlich zerstört.

Diese Fakten sind vor dem Hintergrund der allgemeinen Situation der Naturräume und der Artenvielfalt im Stadtkanton und in der Schweiz zu bewerten.

In den Jahren zwischen 1940 und 1990 sind 15% der Brutvogelarten aus den beiden Basel verschwunden. 30% sind gefährdet. Diese Verluste nehmen zudem *progressiv zu* (Ornithologisches Inventar, S. 241). Das OI schliesst, dass, „um nur schon die heute noch vorhandenen Vogelarten zu erhalten, ... die Massnahmen zugunsten der Vögel quantitativ und qualitativ ganz erheblich verstärkt und verbessert werden [müssen]“ (S. 241).

Die Rote Liste der gefährdeten und seltenen Brutvogelarten des Kanton Basel-Stadt enthält 52 Arten (von insgesamt 128), die Rote Liste der Schweiz 77, diejenige Baden-Württembergs 90 Arten.

Trotz der Verdreifachung der Schutzgebiete (s. Bundesamt für Statistik, Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft, Bundesamt für Raumentwicklung (Hrsg.): Nachhaltige Entwicklung Schweiz, Indikatoren und Kommentare, Neuchâtel, 2003, S. 63) und der intensivierten Bemühungen, Schutz und nachhaltige Nutzung zu verstärken, muss davon ausgegangen werden, dass die Artenvielfalt nach wie vor in verstärktem Mass abnimmt. Im Vergleich zum weltweiten alarmierenden Artenverlust, ist

zudem in der Schweiz die Situation besonders dramatisch: Nach unserem bisherigen Wissen sind in unserem dicht besiedelten Land mehr Tiere und Pflanzen gefährdet als in vielen anderen vergleichbaren Ländern. Ihnen fehlen naturnahe Lebensräume, wo sie langfristig überleben könnten. So ist in unserem Land jede zweite Säugetierart und jede dritte Blütenpflanzenart auf der Roten Liste der bedrohten Arten (Biodiversitäts-Monitoring Schweiz, <http://www.biodiversitymonitoring.ch/deutsch/wissen/bedrohung.php>). Als grösste Bedrohung wird die Zerstörung der natürlichen Lebensräume bezeichnet.

Die zunehmende Belastung und Zerstörung der Lebensräume innerhalb der letzten 30 bis 50 Jahre verdeutlicht sich in den statistischen Daten. Die Siedlungsfläche der Schweiz nimmt kontinuierlich zu, (jede Sekunde entstehen 0,9 m² neue Siedlungsflächen, seit 1979/85 bis 1992/97 sind pro Jahr 27 Quadratkilometer neue Siedlungsflächen entstanden (Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft, Bundesamt für Statistik (Hrsg.): Umweltstatistik Schweiz 2004 in der Tasche). Ein grosser Teil (70%) der Bevölkerung lebt in städtischen Siedlungsgebieten. Der Personen- und Güterverkehr auf der Strasse hat sich erheblich verstärkt: Der Personenverkehrs hat sich zwischen 1960 und 1995 verdreifacht, der Personenwagenbestandes liegt heute 24 mal höher als 1950 (Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (Hrsg.): Landschaft 2020: Analysen und Trends. Schriftenreihe Umwelt Nr. 352, Bern, 2003). Die Lärmbelastung nimmt zu, die Belastung durch Luftschadstoffe ist nur teilweise rückläufig (nach wie vor Zunahme bei PM 10, nicht gelöstes Ozonproblem, nach wie vor Zunahme der Treibhausgas-Emissionen).

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass noch weitgehend erhaltene, zusammenhängende und naturnahe Lebensräume, vor allem auch in der Nähe von städtischen Ballungsgebieten, im Vergleich zu den siebziger Jahren ein verstärktes Gewicht und ständig zunehmende Bedeutung erhalten.

Dies wird auch im neuen Naturparkkonzept auf Bundesebene deutlich, das als neues Instrument auch Naturerlebnispärke in der Nähe von Agglomerationen vorsieht. Auch das Konzept Landschaft 2020 betont die Bedeutung von ruhigen und vielfältigen Ausgleichs- und Naturerholungsräumen insbesondere auch in der Nähe von Agglomerationen (s. Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (Hrsg.), Landschaft 2020, Erläuterungen und Programm, Synthese zum Leitbild des BUWAL für Natur und Landschaft, Bern, 2003, S. 29).

Schlussfolgerung: Beim von der Zollfreistrasse bedrohten Gebiet „Schlipf/rechtes Wieseufer“ handelt es sich um einen speziellen und wertvollen Lebensraum, welcher als Biotop von regionaler oder sogar überregionaler Bedeutung eingestuft werden muss. Dessen Bedeutung wird durch die Tatsache verstärkt, dass sich die Zerstörung von Naturräumen und die damit einhergehende Bedrohung der Artenvielfalt seit der Bewilligung der Zollfreistrasse 1975/77 dramatisch verstärkt hat. Eine Trendwende ist nicht in Sicht. Das Vorsorgeprinzip und der Grundsatz der nachhaltigen Nutzung, dem die Schweiz und Deutschland verpflichtet sind, gebieten, das Gebiet „Schlipf/rechtes Wieseufer“ als grenzüberschreitender wertvoller Lebensraum und Naherholungsgebiet zu erhalten.

4. Die heute fehlende Genehmigungsfähigkeit der Zollfreistrasse als Ausdruck der wesentlichen Änderung der Verhältnisse

Da, wie soeben aufgezeigt wurde, das Gebiet „Schlipf/rechtes Wieseufer“ als Biotop von regionaler Bedeutung einzustufen ist, wäre der Kanton Basel-Stadt heute verpflichtet, Schutzmassnahmen gemäss Art. 18b NHG für das betreffende Gebiet zu prüfen. Bei einem heute durchzuführenden Plangenehmigungsverfahren für die Zollfreistrasse müsste deshalb im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung die Verhältnismässigkeit des Projektes abgeklärt werden und dabei insbesondere Alternativvarianten und Ersatzmassnahmen geprüft werden. Dass eine alternative Linienführung möglich ist, welche das schutzwürdige Biotop unberührt lässt, hat bereits 1980 das im Auftrag der Gemeinde Riehen erstellte

Gutachten der Prader AG gezeigt (Tunnelvariante). Unter diesem Gesichtspunkt wäre heute die Linienführung gemäss ZFS-Staatsvertrag nicht mehr genehmigungsfähig.

III. RECHTLICHER HANDLUNGSSPIELRAUM GESTÜTZT AUF DIE BERNER KONVENTION

1. Zweck und Inhalt der Berner Konvention

Die Berner Konvention bezweckt sowohl den klassischen Artenschutz als solchen als auch den Biotopschutz. Besondere Aufmerksamkeit gilt dabei den gefährdeten und den empfindlichen Arten einschliesslich der gefährdeten und der empfindlichen wandernden Arten. Weiter bezweckt die Konvention die Förderung der Zusammenarbeit der Vertragsstaaten, soweit der Schutz von Arten und Lebensräumen einer Zusammenarbeit mehrerer Staaten bedarf.

Die Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten, die geeigneten und erforderlichen Gesetzgebungs- und Verwaltungsmaßnahmen zu ergreifen, um den in der Konvention vorgesehenen Schutz der Arten und Lebensräume zu erreichen. Die Berner Konvention ist also grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar, sondern bedarf der Umsetzung ins nationale bzw. supranationale Recht der Vertragsstaaten. Unmittelbar anwendbar sind jedoch die Anhänge des Abkommens, in welchen die zu schützenden Arten aufgelistet sind. Enthalten diese Listen mehr oder andere Arten als die nationale Gesetzgebung, so sind sie für den Vollzug auf nationaler Ebene unmittelbar massgebend (Vgl. SUSETTE BIBER-KLEMM, *Internationaler Natur- und Heimatschutz*, In: *Kommentar NHG*, Zürich 1997, S.94 ff., N 49). Hinsichtlich der Schutzmassnahmen unterscheidet die Konvention zwischen Lebensraumschutz (Kapitel II) und Artenschutz (Kapitel III). Hinsichtlich der Schutzintensität unterscheidet die Konvention zwischen den „streng geschützten“ Pflanzen- und Tierarten (Anhänge I und II) und den „geschützten“ Pflanzen- und Tierarten (Anhang III).

2. Zum Lebensraumschutz

Die Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten einerseits, geeignete und erforderliche Massnahmen zu ergreifen, um gefährdete natürliche Lebensräume per se zu schützen. Andererseits müssen die Lebensräume bestimmter Arten ge-

schützt werden. Den Lebensräumen streng geschützter Arten ist dabei besondere Aufmerksamkeit zu schenken (Art. 4 Abs. 1 BK). Durch die Zollfreistrasse wird der Lebensraum von 6 streng geschützten Vogelarten zerstört (Pirol, Grünspecht, Wendehals, Grauschnäpper, Wasserramsel und Turmfalke). Bereits diese Tatsache verletzt die Berner Konvention.

Darüber hinaus muss das gehäufte Vorkommen von geschützten Vogelarten auch als Indikator dafür angesehen werden, dass das betroffenen Gebiet auch per se schützenswert ist.

Aufgrund von Art. 4 Berner Konvention besteht die Verpflichtung, Gebiete von besonderem Interesse für den Naturschutz zu bezeichnen (vgl. Empfehlung Nr. 14 des Ständigen Ausschusses vom 09.06.1989). Bei hinreichenden Indikatoren dafür trifft die Behörden eine diesbezügliche *Abklärungspflicht*. Im von der Zollfreistrasse bedrohten Gebiet finden sich genügend Hinweise darauf, dass dieses Gebiet von besonderem Interesse für den Naturschutz sein könnte (vgl. oben S. 7 ff.). Trotzdem wurden keine diesbezüglichen behördlichen Abklärungen vorgenommen. Dies stellt eine Verletzung der Berner Konvention dar. Aufgrund der Tatsache, dass der ZFS-Staatsvertrag mit der Neuverhandlungsklausel des Art. 22 Abs. 2 das Instrumentarium bereitstellt, um auf eine allfällige Identifizierung des betroffenen Gebietes als schützenswerter natürlicher Lebensraum gemäss Art. 4 Berner Konvention zu reagieren, bleiben die zuständigen Behörden trotz des ZFS-Staatsvertrages verpflichtet, die erforderlichen Abklärungen zu unternehmen.

3. Zum Artenschutz

Sämtliche in den Anhängen I und II genannten Arten sind auch als solche geschützt. Bei den geschützten Pflanzen ist jegliche absichtliche Entnahme aus der Natur zu verbieten (Art. 5 BK). Bei den streng geschützten Tieren ist u.a. jede Form des absichtlichen Fangens, Haltens und Tötens sowie das mutwillige Be-

schädigen oder Zerstören von Brut- oder Raststätten sowie das mutwillige Beunruhigen, vor allem während der Zeit des Brütens, der Aufzucht der Jungen und des Überwinterns zu verbieten (Art. 6 BK). Auch unter diesem Gesichtspunkt ist fraglich, ob der Bau der Zollfreistrasse konventionskonform ist. Da von Seiten der Bauherrschaft nie eine systematische Bestandsaufnahme der von der Zollfreistrasse bedrohten Tier- und Pflanzenarten erfolgt ist, kann diese Frage zur Zeit jedoch nicht schlüssig beantwortet werden. Aufgrund des bereits nachgewiesenen Vorkommens streng geschützter Tier- und Pflanzenarten (vgl. oben, S. 7 ff.) kann jedoch nicht zweifelhaft sein, dass auch diese Frage von der Bauherrschaft umfassend abgeklärt werden müsste.

4. Verpflichtung zu grenzüberschreitender Zusammenarbeit

Das Gebiet „Schlipf/rechtes Wieseufer“ ist ein schützenswerter Lebensraum im Grenzgebiet zwischen Deutschland und der Schweiz. Dies ist bedeutsam, da sein Schutz der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit der beiden Länder bedarf. Genau dies, nämlich wenn nötig beim Biotopschutz zusammenzuarbeiten, ist eine wichtige Verpflichtung, welche die Vertragsstaaten der Berner Konvention trifft (Art. 1 Abs. 1 Berner Konvention). Eine Untersuchung der Bedeutung des durch die Zollfreistrasse bedrohten Gebietes – welche wie gesagt noch aussteht – dürfte sich deshalb nicht auf die Abschnitte in der Schweiz konzentrieren, sondern müsste einerseits sowohl die Gebiete in Deutschland miteinbeziehen und andererseits insbesondere auch die Bedeutung des von der Zollfreistrasse bedrohten Gebietes in einem grösseren Zusammenhang berücksichtigen. Dabei wäre zusätzlich der Aspekt möglicher grenzüberschreitender Schutzmassnahmen miteinzubeziehen. Auf diese Weise könnte mit Sicherheit aufgezeigt werden, dass es sich beim Gebiet „Schlipf/rechtes Wieseufer“ um einen bedeutsamen natürlichen Lebensraum handelt, welcher unter allen Umständen zu schützen ist.

5. Zum Verfahren

Bei (drohenden) Verletzungen der Berner Konvention ist das Sekretariat der Berner Konvention zu informieren. Dieses stellt die Eingabe dem betroffenen Staat zur Stellungnahme zu und unterbreitet die Angelegenheit anschliessend dem Kontrollorgan der Berner Konvention, dem Ständigen Ausschuss der Vertragsparteien (Art. 13 und 14 Berner Konvention). Der Ständige Ausschuss tritt in der Praxis einmal jährlich zusammen und setzt sich aus Vertretern aller Vertragsparteien sowie aus Beobachtern zusammen. Als Kontrollmittel kann der ständige Ausschuss insbesondere „den Vertragsparteien Massnahmen empfehlen, die zur Erreichung der Ziele dieses Übereinkommens getroffen werden sollen ...“ (Art. 14 Abs. 1 Berner Konvention). Verstärkt wird die Kontroll- und Kommunikationsfunktion dieses Verfahrens durch die Kompetenz des Ständigen Ausschusses, mit der Einwilligung des betroffenen Staates Augenscheine durch unabhängige Experten vornehmen zu lassen. Die Wirkung des Verfahrens besteht hauptsächlich im Kontrolleffekt durch die negative Publizität. Der Ständige Ausschuss hat keine Entscheidkompetenzen.

Die Information des Sekretariats der Berner Konvention kann sowohl von Vertragsparteien, als auch von Aussenstehenden erfolgen. Kommt der Vorstoss von aussen, entscheidet der Ständige Ausschuss zunächst darüber, ob überhaupt „ein Dossier eröffnet wird“. Dies heisst, dass in der Regel noch weitere Grundlageninformationen gesammelt werden und der Fall an weiteren Konferenzen traktandiert wird. Die Eröffnung eines Dossiers bedeutet jedoch nicht zwingend, dass eine Empfehlung verabschiedet wird.

6. Voraussetzungen der Information des Sekretariats der Berner Konvention

Die Einbringung eines Falles in den Ständigen Ausschuss der Berner Konvention benötigt, damit er ernst genommen wird, eine sorgfältige Vorbereitung. Insbesondere müssen die Naturdaten des betroffenen Gebietes umfassend erhoben und gewürdigt werden. Für eine Information des Sekretariates der Berner Kon-

vention fehlt zur Zeit eine Naturerhebung des von der Zollfreistrasse bedrohten Lebensraumes, welche diesen Anforderungen genügen könnte. Aufgrund der bereits vorliegenden Daten bezüglich bedrohter Tier- und Pflanzenarten und insbesondere auch aufgrund des grenzüberschreitenden Aspektes des vorliegenden Falles ist jedoch davon auszugehen, dass eine genaue Untersuchung des Gebietes „Schlipf/rechtes Wieseufer“ zeigen wird, dass dieses in höchstem Masse schutzwürdig ist und damit auch die Aufmerksamkeit des ständigen Ausschusses der Berner Konvention verdient.

Um der Eingabe beim Sekretariat der Berner Konvention das nötige Gewicht zu verleihen, müsste sie wenn möglich durch eine oder mehrere anerkannte Umweltorganisationen eingereicht werden, am besten aus der Schweiz und aus Deutschland.

IV. RECHTLICHER HANDLUNGSSPIELRAUM GESTÜTZT AUF DAS NHG

Lässt sich eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Lebensräume durch technische Eingriffe unter Abwägung aller Interessen nicht vermeiden, so hat der Verursacher für besondere Massnahmen zu deren bestmöglichen Schutz, für Wiederherstellung oder ansonst für angemessenen Ersatz zu sorgen (Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG). Wie bereits ausgeführt (oben S. 7 ff.), ist davon auszugehen, dass es sich beim von der Zollfreistrasse bedrohten Gebiet um ein Biotop von regionaler Bedeutung handelt. Weder der ZFS-Staatsvertrag noch die Technische Vereinbarung regeln die Frage der Ersatzmassnahmen für die Beeinträchtigung des betroffenen Lebensraumes. Für diese Frage ist somit das geltende nationale Recht im Zeitpunkt der Beeinträchtigung des schutzwürdigen Lebensraumes durch die technische Einrichtung massgebend.

Dies war im Zusammenhang mit der für die Zollfreistrasse erforderlichen Rodungsbewilligung unbestritten. Dort wurde selbstverständlich gemäss Art. 7 Abs.

1 des Bundesgesetzes über den Wald vom 4. Oktober 1991 (WaG, SR 921.0) die Bauherrschaft zu Rodungersatz verpflichtet (vgl. Rodungsbeschluss des Regierungsrates Basel-Stadt vom 04.04.1995). Dass der Staatsvertrag Raum für die Anordnung eines Rodungersatzes lässt, war zu Recht bis vor Bundesgericht unbestritten. Auch wenn bereits feststeht, dass die Rodungsbewilligung aufgrund der bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen erteilt werden muss, so ist damit selbstverständlich noch nichts über die Pflicht zur Ersatzaufforstung gesagt. Das gleiche gilt mutatis mutandis auch für die Pflicht zu Ersatzmassnahmen gemäss NHG. Selbst wenn bereits aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen feststeht, dass ein schützenswertes Biotop beeinträchtigt werden darf, dann bleibt immer noch die Pflicht zu Ersatzmassnahmen nach Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG.

Dies wurde bisher nur ungenügend berücksichtigt. In Ziff. 1.16 der Auflagen des Baudepartementes Basel-Stadt im Genehmigungsbeschluss vom 17.01.1992 heisst es diesbezüglich lediglich, dass für „den verloren gehenden Lebensraum seltener Pflanzen und Vögel“ artgerechte Biotope als Ersatz und Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden sollen. Diese Auflage ist wenig konkret. Es ist deshalb zweifelhaft, ob sie den Anforderungen des Art. 18 1^{ter} NHG genügt. Auf der andern Seite lässt gerade die Offenheit der Formulierung Raum, um die Bestimmung im Rahmen des Vollzuges mit den Anforderungen des Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG in Übereinstimmung zu bringen. Der gesetzeskonforme Vollzug dieser Auflage setzt jedoch voraus, dass der drohende Verlust überhaupt bekannt ist. Diese Auflage bedingt somit, dass die Vollzugsorgane den von der Zollfreistrasse bedrohten Lebensraum *vor Baubeginn* umfassend untersuchen. Nur so kann festgelegt werden, für welche seltenen Tier- und Pflanzenarten artgerechte Biotope als Ersatz und Ausweichmöglichkeiten geschaffen werden müssen. Aus Ziff. 1.16 der Auflagen im Genehmigungsbeschluss des Baudepartementes Basel-Stadt vom 17.01.1992 in Verbindung mit Art. 18 Abs. 1^{ter} NHG folgt somit die Pflicht des Baudepartementes bzw. der kantonalen Fachstelle für Natur- und Landschaftsschutz, vor Baubeginn den Bestand der ge-

geschützten Pflanzen und Tiere aufzunehmen. Um zu erwirken, dass die zuständigen Stellen ihrer Pflicht nachkommen, steht allerdings nur das schwache Mittel der Aufsichtsbeschwerde zur Verfügung. Diese könnte einerseits an die Vorsteherin des Baudepartementes oder den Regierungsrat gerichtet werden, andererseits an den mit der Oberaufsicht über die Verwaltung betrauten Grossen Rat. Da es um den Vollzug des NHG geht, kann auch eine Aufsichtsbeschwerde beim für dessen Vollzug zuständigen BUWAL eingereicht werden.

V. FAZIT

Aus umweltrechtlicher Sicht bestehen drei Handlungsmöglichkeiten:

1. Aufgrund der wesentlichen Veränderung der Verhältnisse im Bereich des Natur,- Biotop,- Arten- und allgemeinen Umweltschutzes seit 1977 kann die Schweiz von Deutschland die Neuverhandlung des ZFS-Staatsvertrages verlangen. Weigert sich Deutschland, in Neuverhandlungen einzutreten, stellt sich die Frage, ob die Schweiz einseitig den Bau der Zollfreistrasse verweigern darf. Hier ist bedeutsam, dass diese Weigerung nur das Ergebnis einer Weigerung der deutschen Seite wäre. Aufgrund des ZFS-Staatsvertrages ist nämlich (auch) Deutschland verpflichtet, zu einer Neuverhandlung gemäss Art. 22 Abs. 2 ZFS-Staatsvertrag Hand zu bieten. Im Streitfalle hätte das Schiedsgericht auf jeden Fall aufgrund aller für die Schweiz und Deutschland anwendbaren Staatsverträgen mit Einschluss der Berner Konvention zu entscheiden (vgl. Art. 20 Abs. 4 ZFS-Staatsvertrag). Die Überprüfungsbefugnis des Schiedsgerichts wäre nicht auf den ZFS-Staatsvertrag beschränkt.
2. Aufgrund der drohenden Zerstörung der Lebensräume von durch die Berner Konvention streng geschützter Vögel durch die Zollfreistrasse sowie aufgrund der nicht erfolgten Erhebung der Bedeutung des betroffenen Gebietes für den

Naturschutz kann der Ständige Ausschuss der Berner Konvention angerufen werden. Die Verpflichtung zur Erhaltung der Artenvielfalt gilt gleichermassen für Deutschland wie für die Schweiz!

3. Das Baudepartement bzw. die Fachstelle für Natur- und Landschaftsschutz ist verpflichtet, den Bestand der von der Zollfreistrasse bedrohten seltenen Tiere und Pflanzen umfassend abzuklären. Dies haben diese Stellen bisher nicht getan. Sollten sie ihrer Pflicht weiterhin nicht nachkommen, so könnte eine Aufsichtsbeschwerde bei der Vorsteherin des Baudepartementes, beim Gesamtregerungsrat, beim Grossen Rat oder beim BUWAL eingereicht werden.

Basel, den

.....
Dr. Susette Biber-Klemm, Büro Natcons AG

.....
Andreas Miescher
Advokat und Notar

.....
David Studer
Advokat