



Luftfahrt. Betriebskonzession für den Flughafen Zürich vom 31. Mai 2001. Auflage betreffend staatsvertraglicher Verpflichtungen. Gegenstandslosigkeit und mutmasslicher Verfahrensausgang.

Die Auslegung der umstrittenen Auflage ergibt, dass diese sich ausschliesslich auf den am 18. März 2003 gescheiterten Staatsvertrag vom 18. Oktober 2001 bezieht und sie damit gegenstandslos geworden ist (E. 3.1 f.). Ein Wiederaufleben der Auflage beim Abschluss eines neuen Staatsvertrags mit Deutschland ist ausgeschlossen (E. 3.3.1 f.).

Kostenverlegung aufgrund Einschätzung des mutmasslichen Prozessausgangs (E. 4.1). Die Auflage ist bezüglich möglicher staatsvertraglicher Verpflichtungen schrankenlos formuliert, weshalb sie die wirtschaftliche Nutzung des Flughafens dauerhaft, unvorhersehbar und ohne Verschulden der Konzessionärin erheblich hätte beeinträchtigen oder gar verunmöglichen können (E. 4.5). Aufgrund privater wie auch öffentlicher Interessen hätte eine Überprüfung staatsvertraglicher Verpflichtungen der Konzessionärin und allfälliger Entschädigungsforderungen an den Bund wohl möglich bleiben müssen (E. 4.6).

**Die Eidgenössische Rekurskommission
für Infrastruktur und Umwelt**

hat am 3. Mai 2006

unter Mitwirkung von

Kathrin Dietrich (Instruktionsrichterin), Lorenz Kneubühler (Präsident), Beat Forster (Richter), Jürg Kölliker (Richter) und Pierre Leu (Richter) sowie Christian Kindler (juristischer Sekretär)

im Beschwerdeverfahren

Z-2001-58

unique zurich airport Flughafen Zürich AG, Postfach, 8058 Zürich Flughafen
vertreten durch Rechtsanwalt Roland Gfeller, Florastrasse 44, Postfach 1709, 8032 Zürich

Beschwerdeführerin

gegen

**Eidg. Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK),
Bundeshaus Nord, 3003 Bern**

Vorinstanz

betreffend

**Erteilung der Betriebskonzession für den Flughafen Zürich; Verfügung des UVEK vom
31. Mai 2001**

A) den Akten entnommen:

1. Am 20. Oktober 1951 erteilte das eidgenössische Post- und Eisenbahndepartement (heute Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK]) dem Kanton Zürich eine bis am 31. Mai 2001 befristete Konzession zum Betrieb eines interkontinentalen Flughafens. Bis zum 31. März 2000 wurde der Flughafen in der Folge durch eine spezielle Verwaltungsabteilung des Kantons, die Flughafendirektion (FDZ), betrieben. Die für den Flughafenbetrieb notwendigen Hochbauten wurden durch eine gemischtwirtschaftliche börsenkotierte Aktiengesellschaft, die Flughafen-Immobilien-Gesellschaft (FIG), erstellt. Am 28. November 1999 nahmen die Stimmberechtigten des Kantons Zürich das Gesetz vom 12. Juli 1999 über den Flughafen Zürich (Flughafengesetz; ZH-LEX 748.1) an. § 2 dieses Gesetzes sieht vor, dass der Flughafen Zürich einer Aktiengesellschaft gemäss Art. 762 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) übertragen werden soll, die den Anforderungen des Flughafengesetzes genügt. Diese Aktiengesellschaft wurde durch Zusammenschluss der FDZ und der FIG per 30. März 2000 gebildet (Absorptionsfusion der FDZ durch die FIG). Sie betreibt den Flughafen Zürich seit dem 1. April 2000 unter der Firma Flughafen Zürich AG.
2. Am 15. Dezember 2000 reichte die Flughafen Zürich AG dem UVEK ein Gesuch um Erteilung einer Konzession zum Betrieb des Flughafens Zürich für die Dauer von 50 Jahren ab 1. Juni 2001 ein. Dem Gesuch lagen ein der neuen Organisation angepasstes Betriebsreglement, ein Synthesebericht über die volkswirtschaftliche Bedeutung des Flughafens Zürich für die Schweiz, der Nachweis des Handelsregisterein-

trags, Unterlagen zur Finanzierung des Flughafens, Informationen über den zuständigen Flugplatzleiter sowie ein Schreiben des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 12. Juli 2000 bei, in dem der Regierungsrat den Vorsteher des UVEK ersucht hatte, die neue Betriebskonzession per 1. Juni 2001 der Flughafen Zürich AG zu erteilen.

Die Flughafen Zürich AG betonte in ihrem Gesuch, sie habe sämtliche Aktiven und Passiven sowie die Flughafenbetriebsorganisation vom Kanton Zürich übernommen. Sie sei deshalb vollumfänglich in der Lage, den Flughafen Zürich gemäss den Zielsetzungen und Vorschriften des Bundes mit allen Rechten und Pflichten zu betreiben. Das dem Konzessionsgesuch beiliegende Betriebsreglement sei im Zusammenhang mit den Verfahren zur Erteilung der Rahmen- und Baukonzession für die 5. Bauetappe des Flughafens Zürich einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) unterzogen worden. Da die flugbetrieblichen Bestimmungen dieses Betriebsreglements seither nicht geändert worden seien, erübrige sich die Durchführung einer erneuten UVP.

3. Das mit der Instruktion des Verfahrens betraute Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) publizierte das Konzessionsgesuch im Bundesblatt vom 27. Februar 2001 und hörte die betroffenen Kantone, die Landkreise Konstanz und Waldshut sowie das Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) und das Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL; seit dem 1. Januar 2006: Bundesamt für Umwelt [BAFU]) an. Über 1'000 Privatpersonen, Unternehmen, Organisationen und Gemeinwesen erhoben in der Folge beim BAZL Einsprache gegen das Konzessionsgesuch.
4. Mit Verfügung vom 31. Mai 2001 erteilte das UVEK der Flughafen Zürich AG unter verschiedenen Auflagen eine Konzession zum Betrieb des Flughafens Zürich für die Dauer vom 1. Juni 2001 bis zum 31. Mai 2051. Das UVEK kam in seiner Verfügung zum Schluss, dass das von der Flughafen Zürich AG unterbreitete Konzessionsgesuch unter den gegebenen Umständen den rechtlichen Anforderungen genüge, obwohl es keinen Umweltverträglichkeitsbericht (UVB) enthalte. Art. 74a Abs. 2 der Verordnung vom 23. November 1994 über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL; SR 748.131.1) sehe zwar vor, dass bei der erstmaligen Erneuerung der Betriebskonzession der Landesflughäfen (Genf und Zürich) im Jahr 2001 sämtliche Regelungen des Betriebsreglements zu überprüfen seien und eine UVP durchgeführt werden müsse. Die mit dem in Verhandlung stehenden Staatsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz verbundene Regelung über die Benützung des süddeutschen Luftraums werde jedoch aller Voraussicht nach zu Änderungen der An- und Abflugverfahren und somit zu einem veränderten Betriebskonzept führen. Da im jetzigen Zeitpunkt bloss die wesentlichen Eckwerte dieser neuen Regelung bekannt

sein, könne heute noch kein neues Betriebskonzept vorgelegt werden. Die in Art. 74a Abs. 2 VIL vorgesehene gesamthafte Überprüfung des Betriebsreglements könne folglich erst erfolgen, wenn nach Abschluss des Staatsvertrags ein auf dessen Regelungen basierendes Betriebskonzept erarbeitet und zur Genehmigung eingereicht worden sei. Auf der Basis der staatsvertraglichen Regelungen würden auch die anlagespezifischen Aussagen des Sachplans Infrastruktur der Luftfahrt (SIL) in einem raumplanerischen Abstimmungs- und Koordinationsprozess erarbeitet und festgelegt werden können. Sollten sich aus diesem Prozess, aus der später erfolgenden gesamthafte Überprüfung des Betriebsreglements oder aus anderen Gründen Belastungen der Flughafen Zürich AG ergeben – zu denken sei an Einschränkungen des Betriebs oder an Veränderungen der Infrastruktur –, so habe die Flughafen Zürich AG diese Belastungen ohne Anspruch auf Entschädigung zu tragen, weil die Konzession in Bezug auf den Betriebsumfang keine wohlverworbenen Rechte entstehen lasse. Entsprechende Vorbehalte würden in die Konzessionsverfügung aufgenommen. Das dem Konzessionsgesuch beigelegte Betriebsreglement entspreche im Übrigen in Bezug auf das betriebliche Konzept des Flughafens Zürich weitestgehend dem bisher geltenden. Im Rahmen der 5. Bauetappe sei dieses Betriebskonzept bereits einer UVP unterzogen worden, weshalb sich eine erneute Prüfung der bestehenden Verhältnisse erübrigt habe. Da sich die Schweiz im Rahmen der Staatsvertragsverhandlungen gegenüber Deutschland verpflichtet habe, die für dessen Umsetzung nötigen Verfahren so rasch als möglich durchzuführen, werde die Flughafen Zürich AG in der Konzessionsverfügung aber verpflichtet, das überprüfte und angepasste Betriebsreglement mitsamt Bericht über die Umweltverträglichkeit innerhalb eines Jahres nach der beidseitigen Unterzeichnung (Paraphierung) des Staatsvertrags beim BAZL einzureichen.

Ob das von der Flughafen Zürich AG zusammen mit dem Konzessionsgesuch eingereichte Betriebsreglement genehmigt werden könne, habe gestützt auf Art. 36c Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (LFG; SR 748.0) das BAZL zu entscheiden. Mit der Revision des LFG und der VIL seien die Funktionen von Betriebskonzession und Betriebsreglement klar getrennt worden. Die Konzession lege nur mehr fest, wem bestimmte Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Flughafens übertragen würden, während sich die konkrete Ausgestaltung des Betriebs und der Infrastruktur aus dem Betriebsreglement ergäbe. Aus der Konzession könnten aber auch keine Rechte abgeleitet werden oder entstehen, eine bestimmte Menge Flugverkehr abwickeln zu dürfen.

5. Ebenfalls am 31. Mai 2001 genehmigte das BAZL das von der Flughafen Zürich AG zusammen mit dem Konzessionsgesuch eingereichte Betriebsreglement.

Sowohl in der Konzessionsverfügung des UVEK als auch in der Genehmigungsverfügung des BAZL wurde allfälligen Beschwerden die aufschiebende Wirkung mit dem Hinweis entzogen, dass der Flughafen Zürich grundsätzlich nicht ohne Konzession bzw. Betriebsreglement betrieben werden könne.

6. Gegen beide Verfügungen zusammen, nur gegen die Konzessionserteilung bzw. nur gegen die Genehmigung des Betriebsreglements erhoben zahlreiche Privatpersonen, Organisationen und Gemeinwesen bei der Rekurskommission des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (REKO UVEK) Verwaltungsbeschwerde.

Auch die Flughafen Zürich AG als neue Konzessionärin reichte mit Eingabe vom 29. Juni 2001 eine Verwaltungsbeschwerde gegen die Konzessionsverfügung des UVEK vom 31. Mai 2001 ein. Sie stellt darin den Antrag, die Vorschrift gemäss Dispositiv-Ziff. 3.2 Satz 3 der angefochtenen Verfügung, wonach die Flughafen Zürich AG (Beschwerdeführerin) sämtlichen Verpflichtungen, die ihr aufgrund der staatsvertraglichen Regelungen überbunden werden, ohne Anspruch auf Entschädigung nachzukommen hat, sei aufzuheben und die zitierte Verpflichtung sei ersatzlos zu streichen.

7. Zur Begründung ihres Antrags führt die Flughafen Zürich AG im Wesentlichen Folgendes aus: Bekanntlich hätten sich die Verkehrsminister Deutschlands und der Schweiz am 23. April 2001 auf Eckpunkte zur Beendigung des Streits über die Lärmbelastung des Flughafens Zürich, die auf deutsches Gebiet einwirke, geeinigt. Der vorgesehene Staatsvertrag müsse nun noch im Detail ausgehandelt und – auf Schweizer Seite – nach der Unterzeichnung durch den Bundesrat dem Parlament zur Genehmigung unterbreitet werden. Offenbar weil der neue Staatsvertrag bei der Konzessionserteilung am 31. Mai 2001 noch nicht in Kraft und dessen Inhalt im Detail noch nicht bekannt gewesen sei, habe die Vorinstanz Dispositiv-Ziff. 3.2 als Auflage in die angefochtene Verfügung aufgenommen. Obwohl das mit Satz 1 dieser Auflage verordnete Tätigwerden sowie die Fristansetzung in Satz 2 in Bezug auf die innerstaatliche Festsetzung von veränderten An- und Abflugverfahren zum und vom Flughafen Zürich nicht leicht umzusetzen bzw. einzuhalten sein werde, habe sich die Flughafen Zürich AG trotz Bedenken dazu entschlossen, diesen Anordnungen soweit möglich nachzukommen. Gemäss Satz 3 der Auflage hätte sie nun aber weiteren Verpflichtungen, die im Staatsvertrag allerdings noch geregelt werden müssten,

nachzukommen, und dies erst noch ohne Anspruch auf Entschädigung. Damit könne sie sich keinesfalls einverstanden erklären.

Weder im LFG noch in anderen Gesetzen finde sich eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Überbindung solcher Verpflichtungen. Aber auch aus den mit diesen Gesetzen und der erteilten Betriebskonzession verfolgten Zwecken könne die in Frage stehende Überbindung – welche völlig unabsehbare und äusserst weitgehende finanzielle und andere Folgen für die Beschwerdeführerin haben könnte – nicht abgeleitet werden. Zumal offensichtlich nicht gesagt werden könne, die Betriebskonzession hätte ohne diese Bestimmung verweigert werden können oder gar müssen. Darüber hinaus könnten rein rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zwischen Staaten die Flughafen Zürich AG ohnehin nicht direkt betreffen.

Die angefochtene Bestimmung sei sodann unstatthaft, weil sie nicht sachbezogen sowie unnötig und damit unverhältnismässig sei. Sie stehe nicht in einem engen Verhältnis zur Betriebskonzession, die in erster Linie das Recht und die Pflicht, einen Flughafen für den nationalen und internationalen Verkehr zu betreiben, umfasse. Die Beschwerdeführerin könne nicht mittels Auflagen zu einem Verhalten gezwungen werden, welches sich nicht notwendig aus dem besonderen Verhältnis ergebe, das durch das Recht und die Pflicht einen Flughafen zu betreiben, automatisch entstehe.

Weiter sei der angefochtene Satz 3 der Dispositiv-Ziff. 3.2 völlig unbestimmt und unklar. Weder werde festgehalten, was der Ausdruck „sämtliche Verpflichtungen“ bedeute oder beinhalte, noch werde bestimmt, wie hoch diese Verpflichtungen die Flughafen Zürich AG in finanzieller Hinsicht belasten könnten. Eine solche Klausel zulasten der Konzessionärin laufe dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns zuwider und gefährde den Anspruch auf finanzielles Gleichgewicht. Schliesslich greife die angefochtene Auflage in unzulässiger Weise sowohl in die Eigentumsgarantie als auch in die Wirtschaftsfreiheit ein.

8. Mit Zwischenentscheid vom 19. Juli 2001 wies die REKO UVEK die von verschiedenen Beschwerdeführenden gestellten Anträge auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder den Erlass anderer vorsorglicher Massnahmen ab. Im gleichen Entscheid wurden die Verfahren derjenigen Beschwerdeführenden, die den Erlass vorsorglicher Massnahmen verlangt hatten, vereinigt und fortan unter der Verfahrensnummer Z-2001-58 weitergeführt.

Am 19. Oktober 2001 fasste die REKO UVEK sodann sämtliche im Zusammenhang mit den Verfügungen des UVEK und / oder des BAZL vom 31. Mai 2001 bei ihr eröff-

neten Beschwerdeverfahren unter der erwähnten Verfahrensnummer Z-2001-58 zusammen.

9. In seiner Vernehmlassung vom 17. Dezember 2001 beantragt das UVEK die Abweisung (auch) der Beschwerde der Flughafen Zürich AG. Die angefochtene Auflage sei für die Umsetzung des Staatsvertrags zentral. Sie sei eine Folge der unglücklichen zeitlichen Abfolge der verschiedenen Verfahren. Hätte der Staatsvertrag zuerst vorgelegen, hätte darauf basierend das Betriebsreglement vollständig überprüft und danach eine Betriebskonzession erteilt werden können, welche den Vorgaben aus Staatsvertrag, SIL und betrieblicher Überprüfung inklusive UVP präzise Rechnung tragen können. Durch den – auch vom UVEK nicht beeinflussbaren – „verdrehen“ Ablauf der Dinge sei aber die Formulierung von Vorbehalten und Verpflichtungen wie der angefochtenen unumgänglich gewesen.
10. Mit Zwischenentscheid vom 18. Februar 2002 entschied die REKO UVEK über die Akteneinsicht der Beschwerdeführenden in verschiedene Finanzierungs- und Vertragsunterlagen. Sie verfügte, die von der Flughafen Zürich AG am 11. Januar 2002 eingereichten Finanzierungsunterlagen würden den Beschwerdeführenden insoweit offen gelegt, als dadurch nicht kursrelevante Tatsachen oder Geschäftsgeheimnisse der Flughafen Zürich AG bekannt gegeben würden. In die am 6. Februar 2002 eingereichten Verträge werde hingegen keine Akteneinsicht gewährt.

Das Bundesgericht hiess mit Urteil vom 19. August 2002 (1A.72/2002) eine von der Flughafen Zürich AG gegen diesen Zwischenentscheid erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde gut. Es hielt fest, dass die Beurteilung der Beschwerdelegitimation in einem Verfahren dann nicht hinausgeschoben werden dürfe, wenn verfahrensrechtliche Ansprüche – wie etwa das Recht auf Akteneinsicht – geltend gemacht würden, die nur einer Partei im Sinne von Art. 6 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) zukommen könnten, und die Parteistellung bestritten sei. Darüber hinaus erwog das Bundesgericht, der Auffassung, wonach das Beschwerderecht gegenüber der Konzessionsverfügung dasselbe wäre wie jenes gegenüber dem Betriebsreglement, könne nicht zugestimmt werden. Seit der Änderung des LFG durch das Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren würden die Aufgaben der Betriebskonzession und der Betriebsbewilligung einerseits und des Betriebsreglements andererseits klar auseinander gehalten. Mit der Konzession werde das Recht zum Betrieb eines Flughafens verliehen, der Flugbetrieb hingegen werde „in allen Belangen“ im Betriebsreglement geregelt. Wer sich durch den Flugbetrieb betroffen und gefährdet fühle, habe seine Einwendungen demnach im Rahmen des Verfah-

rens zur Genehmigung des Betriebsreglements und nicht im Konzessionsverfahren zu erheben. Auch die Voraussetzung von Art. 12 Abs. 1 Bst. c VIL, wonach die Konzession nur erteilt werden dürfe, wenn auch das Betriebsreglement genehmigt werden könne, ändere daran nichts, weil sich das UVEK lediglich beim BAZL zu vergewissern habe, ob dieses den Reglementsentwurf genehmigen könne. Sollte sich das Betriebsreglement später als bundesrechtswidrig erweisen, so habe das UVEK allenfalls die Konzession zu entziehen.

11. Am 18. Februar 2003 erliess die REKO UVEK einen ausführlichen Teilentscheid zur Frage der Befugnis der Beschwerdeführenden zur Anfechtung der Konzessionsverfügung. Darin schloss sie sich im Wesentlichen den soeben erwähnten Ausführungen des Bundesgerichts an und stellte grundsätzliche Überlegungen an zum Inhalt einer luftfahrtrechtlichen Betriebskonzession in Abgrenzung zum möglichen Inhalt des Betriebsreglements. Inhalt der Konzession sei allein das Recht, in Zürich einen Landesflughafen als europäische Drehscheibe für den nationalen und internationalen Luftverkehr über eine bestimmte Dauer zu betreiben und Gebühren zu erheben. Mit der Konzession werde über den Standort und den Stellenwert des Flughafens sowie die Wahl der Konzessionärin als Flughafenbetreiberin entschieden. Alle Fragen hinsichtlich Art und Umfang des Betriebs des Flughafens als auch der damit verbundenen Auswirkungen ergäben sich hingegen aus dem Betriebsreglement. Weil damit die Verfahren betreffend Erteilung der Betriebskonzession und Genehmigung des Betriebsreglements Unterschiedliches zum Gegenstand hätten, sei der Kreis der Betroffenen je nach Verfahren verschieden und es habe eine getrennte Beurteilung der Beschwerdebefugnis zu erfolgen. Die REKO UVEK prüfte anschliessend im Einzelnen, welche Parteibegehren im Konzessionsverfahren – unter dem Blickwinkel des Anfechtungsgegenstands – als zulässig erachtet werden konnten und welche Anträge und Rügen Bereiche ausserhalb des Konzessionsverfahrens betrafen, wobei auf diese nicht eingetreten wurde. Bei der Beurteilung der Befugnis der Beschwerdeführenden zur Erhebung der zulässigen Begehren – unter dem Gesichtspunkt, dass das Konzessionsverfahren in erster Linie das Verhältnis zwischen Konzessionsbehörde und Konzessionärin betrifft – kam die REKO UVEK zum Schluss, dass einzig die Flughafen Zürich AG als Konzessionärin beschwerdeberechtigt und auf ihre Verwaltungsbeschwerde einzutreten sei. Auf alle anderen Verwaltungsbeschwerden trat sie demgegenüber nicht ein.
12. Der Teilentscheid der REKO UVEK vom 18. Februar 2003 wurde von verschiedenen Beschwerdeführenden vor Bundesgericht angefochten. Mit mehreren Entscheiden vom 8. Juli 2003 (Urteile 1A.61/2003, 1A.62-63/2003 und 1A.64-69/2003) wies das

Bundesgericht sämtliche Verwaltungsgerichtsbeschwerden ab, soweit darauf eingetreten wurde.

13. Bereits am 18. Oktober 2001 war der Vertrag zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über die Durchführung der Flugverkehrskontrolle durch die Schweizerische Eidgenossenschaft über deutschem Hoheitsgebiet und über Auswirkungen des Betriebs des Flughafens Zürich auf das Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland (Staatsvertrag) beidseitig unterzeichnet worden. Eine vorläufige Anwendung einzelner staatsvertraglicher Bestimmungen, die auch verschiedene Änderungen des Betriebsreglements für den Flughafen Zürich nach sich zog, fand seit dem 19. Oktober 2001 statt.

Der Ständerat als Zweitrat lehnte den Staatsvertrag am 18. März 2003 ab, womit dessen Ratifikation auf Schweizer Seite endgültig scheiterte. Damit entfiel auch die vorläufige Anwendung gewisser Staatsvertragsbestimmungen. Die jeweiligen Einschränkungen für den deutschen Luftraum hatte das deutsche Luftfahrt-Bundesamt aber bereits seit Herbst 2001 im Rahmen von Durchführungsverordnungen (DVO) zur Luftverkehrs-Ordnung ins deutsche Recht übernommen, weshalb diese nach wie vor Geltung beanspruchen.

14. Auf eine entsprechende Anfrage der REKO UVEK vom 22. Juli 2003 hin gab die Flughafen Zürich AG mit Eingabe vom 24. Juli 2003 kund, sie halte an der Beurteilung ihrer Beschwerde durch die REKO UVEK fest. Sollte Letztere aber zum Schluss kommen, die angefochtene Bestimmung sei infolge der Ablehnung des Staatsvertrags durch die Bundesversammlung vollumfänglich und ersatzlos dahin gefallen, so habe sie nichts dagegen, wenn die REKO UVEK das Verfahren mit dieser Begründung und mit dieser Feststellung als gegenstandslos geworden abschreiben würde.
15. Das Verfahren betreffend die Genehmigung des Betriebsreglements vom 31. Mai 2001 (ebenfalls Z-2001-58) schloss die REKO UVEK (seit dem 1. Juli 2004 und im Folgenden: Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt [REKO/INUM]; vgl. AS 2004 2155) mit Endentscheid vom 16. Dezember 2004 ab, wobei die Verwaltungsbeschwerden grösstenteils abgewiesen wurden, soweit auf sie eingetreten werden konnte und sie nicht gegenstandslos geworden waren. Dagegen gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerden wies das Bundesgericht mit mehreren Urteilen vom 4. Juli 2005 ab.

Im Anschluss an diesen Endentscheid forderte die REKO/INUM die Vorinstanz mit Verfügung vom 20. Dezember 2004 auf, mitzuteilen, ob sie unverändert an Auflage Ziff. 3.2 Satz 3 ihrer Verfügung vom 31. Mai 2001 festhalte oder diese allenfalls in

Wiedererwägung zu ziehen gedenke. Bei Festhalten an der Auflage solle die Vorinstanz eine Stellungnahme zu sämtlichen von der Beschwerdeführerin erhobenen Rügen einreichen.

16. Mit Eingabe vom 1. Februar 2005 antwortete das UVEK, die genannte Auflage sei aus heutiger Sicht zumindest in ihrem Wortlaut überholt. Nach Ablehnung des Staatsvertrags hätten sich die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen die umstrittene Auflage verfügt worden sei, verändert und die Auflage müsste somit mindestens an die neuen Rahmenbedingungen angepasst werden. Unter Hinweis auf mit der Beschwerdeführerin geplante Gespräche verzichtete die Vorinstanz, zu den in der Beschwerdeschrift vorgebrachten Rügen Stellung zu nehmen.

Aufgrund der von der Vorinstanz in Aussicht gestellten Verhandlungen mit der Beschwerdeführerin stellte sich die Frage einer Sistierung des vorliegenden Verfahrens. Da sich die Flughafen Zürich AG auf entsprechende Anfrage hin für eine Weiterführung des Verfahrens aussprach, lehnte die REKO/INUM eine Sistierung mit Zwischenentscheid vom 16. März 2005 aber vorerst ab und gab den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, Schlussbemerkungen einzureichen.

17. In ihren Schlussbemerkungen vom 30. März 2005 stellt die Flughafen Zürich AG unverändert Antrag auf Gutheissung ihrer Beschwerde. In einem Eventualantrag verlangt sie, die Beschwerde sei als gegenstandslos geworden abzuschreiben unter gleichzeitiger Feststellung, dass die angefochtene Auflage ersatzlos dahin gefallen sei.

Das UVEK stellte in seinen Schlussbemerkungen vom 13. April 2005 den Hauptantrag, das Beschwerdeverfahren sei bis auf weiteres zu sistieren, da nun auch die Beschwerdeführerin zu Verhandlungen bereit sei. Eventualiter verlangt das UVEK die Abweisung der Beschwerde. Vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Möglichkeit eines neuen Staatsvertrags mit Deutschland gewinne die umstrittene Auflage wieder an Bedeutung. Das UVEK sei zum Zeitpunkt der Konzessionserteilung nicht in der Lage gewesen, die sich aus dem künftigen Staatsvertrag ergebenden Verpflichtungen zu konkretisieren. Es habe aber bei den Bundesbehörden die klare Haltung bestanden, dass ein Staatsvertrag dem Flughafen grundsätzlich Vorteile gegenüber einem vertragslosen Zustand einräumen würde. Hätten im Staatsvertrag allfällige Zugeständnisse Deutschlands gegenüber der Schweiz bzw. dem Flughafen nur mittels Verpflichtungen der schweizerischen Seite erreicht werden können, hätten diese Verpflichtungen auch die Flughafenbetreiberin treffen müssen. Dieser Grundsatz müsse aus Sicht des UVEK auch im Hinblick auf einen allfälligen neuen Staatsvertrag gelten.

18. Mit Zwischenentscheid vom 2. Mai 2005 sistierte die REKO/INUM das vorliegende Beschwerdeverfahren bis am 31. Juli 2005.

Nachdem das UVEK mit Eingabe vom 2. August 2005 mitgeteilt hatte, dass die zwischenzeitlich erfolgten Verhandlungen zu keiner Annäherung geführt hätten, verfügte die REKO/INUM mit Zwischenentscheid vom 9. August 2005 die Wiederaufnahme des Verfahrens. Schliesslich liess die Beschwerdeführerin am 19. August 2005 verlauten, sie verzichte auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, sofern ihre Bemerkungen zu den Noven der Vorinstanz betreffend die Möglichkeit eines neuen Staatsvertrags seitens der REKO/INUM entgegen genommen würden. Mit dem Hinweis, dass diese materiellen Bemerkungen der Beschwerdeführerin zu den Akten genommen werden, hat die REKO/INUM mit Verfügung vom 22. August 2005 den Schriftenwechsel geschlossen.

und B) in Erwägung gezogen:

1. Die Verfügung des UVEK vom 31. Mai 2001 betreffend Erteilung der Betriebskonzession für den Flughafen Zürich stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) dar, die gemäss Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (LFG; SR 748.0) bei der REKO/INUM mit Verwaltungsbeschwerde angefochten werden kann.
2. Im vorliegenden Verfahren ist bereits mit rechtskräftigem Teilentscheid der damaligen REKO UVEK vom 18. Februar 2003 (vgl. dortige E. 3.3 u. Dispositiv-Ziff. 1) festgestellt worden, dass die Flughafen Zürich AG als Konzessionärin beschwerdeberechtigt und auf ihre Verwaltungsbeschwerde vom 29. Juni 2001 einzutreten ist.
3. Nachfolgend ist vorweg durch Auslegung zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin angefochtene Dispositiv-Ziff. 3.2 Satz 3 der Konzessionsverfügung infolge der am 18. März 2003 definitiv erfolgten Ablehnung des Staatsvertrags zwischen Deutschland und der Schweiz vollumfänglich gegenstandslos geworden ist oder ob noch gewisse rechtliche Verpflichtungen der Beschwerdeführerin verbleiben.
 - 3.1. Dabei ist zuerst auf den Wortlaut der angefochtenen Auflage abzustellen, welcher wie folgt lautet: „Die Konzessionärin hat sämtlichen Verpflichtungen, die ihr aufgrund der staatsvertraglichen Regelungen überbunden werden, ohne Anspruch auf Entschädigung nachzukommen.“ Bereits der gewählte Ausdruck „der staatsvertraglichen Regelungen“ macht deutlich, dass das UVEK nicht von irgendwelchen staatsvertraglichen

Verpflichtungen in naher oder auch ferner Zukunft ausging, sondern von solchen, die sich aus dem zur Zeit der Konzessionserteilung in Verhandlung stehenden Staatsvertrag zwischen Deutschland und der Schweiz hätten ergeben können. Dieses erste Auslegungsergebnis wird durch die systematische Auslegung von Dispositiv-Ziff. 3.2 Satz 3 bestätigt. So setzt das UVEK der Konzessionärin im unmittelbar vorangehenden Satz 2 der Ziff. 3.2 eine Frist von einem Jahr „nach der beidseitigen Unterzeichnung (Paraphierung) des Staatsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz“ zur Einreichung des überprüften und angepassten Betriebsreglements mitsamt UVB beim BAZL. Es steht ausser Frage, dass dabei ausschliesslich von demjenigen Staatsvertrag zwischen Deutschland und der Schweiz die Rede ist, für welchen am 23. April 2001 wichtige Eckwerte vereinbart werden konnten und welcher dann am 18. Oktober 2001 unterzeichnet worden ist (vgl. vorne Sachverhalt Ziff. 13). Das UVEK nimmt denn auch in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung mehrfach auf diesen sich in Ausarbeitung befindenden Staatsvertrag und dessen zum Verfügungszeitpunkt bereits bekannten wesentlichen Eckwerte Bezug (vgl. etwa S. 10 u. 11 der Konzessionsverfügung), ohne jemals auch nur andeutungsweise von einem anderen – sich in der Zukunft ebenfalls anbahnenden – Staatsvertrag zu sprechen.

Mit Blick auf Sinn und Zweck der gesamten Auflage Ziff. 3.2 erstaunt dies nicht. Erklärtes Ziel der im Jahre 2001 abgewickelten Verhandlungen war es, mit Deutschland auf Staatsvertragebene als Ersatz für die vom zuständigen deutschen Bundesministerium auf den 31. Mai 2001 gekündigte Verwaltungsvereinbarung aus dem Jahre 1984 neu eine einzige, den gesamten Bereich des Flughafens Zürich umfassende Regelung auszuarbeiten (vgl. allg. Entscheid REKO/INUM vom 16. Dezember 2004, Z-2001-58, E. 6.2 ff. sowie Bericht des Bundesrates vom 10. Dezember 2004 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz 2004 [Luftfahrtbericht], BBl 2005 II 1781 ff., S. 1842). Die Ausschliesslichkeit dieser Vereinbarung zeigte sich auch darin, dass nebst den später einseitig mittels DVO festgelegten Regelungen über die Benützung des süddeutschen Luftraums ausdrücklich auch die Durchführung der Flugverkehrskontrolle über süddeutschem Gebiet in den Staatsvertrag vom 18. Oktober 2001 miteinbezogen wurde. Nach dessen Scheitern blieb gerade in diesem Bereich bis heute vieles ungeklärt, wobei immerhin neue Bestrebungen zum Abschluss einer nun separaten Vereinbarung mit Deutschland über die Flugsicherung im süddeutschen Luftraum im Gange sind (vgl. Entscheid REKO/INUM vom 16. Dezember 2004, Z-2001-58, E. 8.2; Luftfahrtbericht, a.a.O., S. 1844). Die gesamte Auflage Ziff. 3.2 sollte bereits in der Betriebskonzession wichtige Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Umsetzung der künftigen

Staatsvertragsbestimmungen umschreiben. Das UVEK führt denn auch in seiner Vernehmlassung vom 17. Dezember 2001 aus, diese Auflage sei für die Umsetzung des Staatsvertrags zentral. Infolge der unglücklichen zeitlichen Abfolge der verschiedenen Verfahren sei die Formulierung von Vorbehalten und Verpflichtungen wie der angefochtenen unumgänglich gewesen.

- 3.2. Die grammatikalische, systematische und teleologische Auslegung von Satz 3 der Dispositiv-Ziff. 3.2 ergibt somit, dass dieser sich ausschliesslich auf den am 18. März 2003 gescheiterten Staatsvertrag vom 18. Oktober 2001 bezieht. Da dieser Staatsvertrag heute keinerlei Wirkungen mehr zu entfalten vermag und sämtliche allfälligen Verpflichtungen der Beschwerdeführerin aufgrund der staatsvertraglichen Regelungen weggefallen sind (soweit sie überhaupt durch gewisse Vorwirkungen in Kraft treten konnten), ist die angefochtene Auflage als gegenstandslos geworden zu bezeichnen.
- 3.3. Grundsätzlich sieht das wohl auch das UVEK so, hat es in seiner Stellungnahme vom 1. Februar 2005 doch festgehalten, Auflage Ziff. 3.2 Satz 3 der Verfügung vom 31. Mai 2001 sei aus heutiger Sicht zumindest in ihrem Wortlaut überholt. Die Auflage müsste mindestens an die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen wie insbesondere die durch Deutschland einseitig erlassenen Regelungen der 213. DVO angepasst werden. Demgegenüber führt das UVEK in seinen Schlussbemerkungen vom 13. April 2005 erstmals aus, vor dem Hintergrund der sich abzeichnenden Möglichkeit eines neuen Staatsvertrags mit Deutschland gewinne die umstrittene Auflage wieder an Bedeutung, weshalb an der entsprechenden Formulierung festgehalten werde.
 - 3.3.1. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Wie die Auslegung von Dispositiv-Ziff. 3.2 Satz 3 ergeben hat, bezieht sich diese eindeutig nur auf den im März 2003 gescheiterten Staatsvertrag. Das UVEK hat in den mehrfachen Stellungnahmen seit Beginn des vorliegenden Verfahrens – abgesehen von der Eingabe vom 13. April 2005 – selber auch nie etwas anderes geltend gemacht. Es kann nun nicht angehen, einige Jahre nach dem Verfügen der Auflage diese angesichts der Wiederaufnahme von Staatsvertragsverhandlungen umdeuten und auf allfällige neue Vereinbarungen mit Deutschland anwenden zu wollen. Die blossе Möglichkeit der Wiederaufnahme oder Intensivierung von Staatsvertragsverhandlungen, die an sich immer während der ganzen Konzessionsdauer besteht, kann keine genügende Grundlage sein für die vom UVEK offenbar angestrebte Neuinterpretation der angefochtenen Bestimmung. Im Gegenteil, angesichts der klaren Ausrichtung von Dispositiv-Ziff. 3.2 Satz 3 auf den Staatsvertrag vom 18. Oktober 2001 müsste diese Auflage selbst beim künftigen Zustandekommen von staatsvertraglichen Vereinbarungen mit Deutschland neu formu-

liert werden. Ein Wiederaufleben ist – wie nachstehend aufgezeigt wird – ausgeschlossen.

- 3.3.2. Im Zusammenhang mit der provisorischen Änderung des Betriebsreglements des Flughafens Zürich vom 15. Oktober 2002 hat das Bundesgericht im Rahmen des Verfahrens betreffend Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung den damals vom BAZL vorgesehenen „Rückfall-Mechanismus“ beim Betriebsreglement abgelehnt. Das Bundesgericht führte diesbezüglich aus, wenn gewisse Einschränkungen für die Benützung des süddeutschen Luftraums entfallen würden, könne nicht einfach davon ausgegangen werden, dass sich der Anflugverkehr „automatisch“ wieder nach dem früheren Betriebsreglement richte. Vielmehr wäre neu zu prüfen und zu entscheiden, ob und inwiefern die Aufteilung des Landeverkehrs beizubehalten wäre. Ein „automatischer Rückfall“ auf einen früheren Stand des Betriebsreglements müsse auch aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes ausgeschlossen werden. Es sei nicht ersichtlich, weshalb weitere provisorische Änderungen des Betriebsreglements nicht auch im Verfahren nach Art. 36d LFG verfügt werden müssten, selbst wenn diese Änderung nur in der Wiederaufnahme einer früheren Anflugsordnung bestünde (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Oktober 2003, 1A.101/2003, E. 2.1 u. 2.2).

Diese Ausführungen haben für das Betriebskonzessionsverfahren gleichermassen Gültigkeit. Es ist rechtlich ausgeschlossen, die mittlerweile gegenstandslos gewordene Auflage Ziff. 3.2 Satz 3 im Zusammenhang mit einem allfälligen späteren Staatsvertrag mit Deutschland einfach wieder aufleben lassen zu wollen. Soll der vom UVEK in seinen Schlussbemerkungen erwähnte Grundsatz, wonach allfällige Verpflichtungen der Schweiz gegenüber Deutschland auch die Flughafen Zürich AG treffen müssten, beim allfälligen Abschluss neuer staatsvertraglicher Regelungen wiederum in konkreter Form in die Betriebskonzession einfließen, so müsste das UVEK eine Auflage mit entsprechendem Inhalt neu verfügen. Die Konzessionärin hätte anschliessend (erneut) die Möglichkeit, diese anzufechten (vgl. Art. 6 Abs. 1 i.V.m. Art. 36a Abs. 1 LFG). Dies muss selbst für den unwahrscheinlichen Fall gelten, dass künftige mit Deutschland vereinbarte Regelungen inhaltlich gleich oder sehr ähnlich ausfallen würden wie diejenigen des Staatsvertrags vom 18. Oktober 2001.

Den eben geschilderten Vorgaben ist das UVEK im Übrigen bereits bei der Anpassung von Satz 2 der Dispositiv-Ziff. 3.2 der Betriebskonzession gefolgt. Aufgrund der auch wegen der Ablehnung des Staatsvertrags verschiedentlich geänderten Rahmenbedingungen war es notwendig, diese Auflagebestimmung abzuändern, um der Flughafen Zürich AG eine Fristverlängerung zur Einreichung des angepassten Betriebsreglements zu gewähren: Mit förmlicher Verfügung (inkl. Rechtsmittelbelehrung) vom

2. Dezember 2003 setzte das UVEK der Flughafen Zürich AG die Frist zur Einreichung des überprüften und angepassten Betriebsreglements mitsamt Bericht über die Umweltverträglichkeit neu auf den 31. Dezember 2003. Trotz verschiedenen Beanstandungen der REKO/INUM (vgl. Endentscheid Betriebsreglement vom 16. Dezember 2004, Z-2001-58, E. 9.3.3) zum Vorgehen des UVEK in dieser Sache war der Erlass einer anfechtbaren Verfügung zur Änderung der Konzessionsauflage im Grundsatz richtig und wie soeben ausgeführt auch notwendig.

- 3.4. Zusammengefasst ergibt sich folgendes Resultat: Die angefochtene Auflage Ziff. 3.2 Satz 3 des Dispositivs der Betriebskonzession vom 31. Mai 2001 ist infolge Wegfalls des Staatsvertrags vom 18. Oktober 2001 gegenstandslos geworden. Ein Wiederaufleben dieser Auflagebestimmung in der Zukunft ist – selbst beim Abschluss eines neuen Staatsvertrags mit Deutschland – rechtlich ausgeschlossen. Vielmehr hätte das UVEK, sofern es an einer solchen oder ähnlichen Bestimmung festhalten möchte (zur materiellen Einschätzung dazu sogleich E. 4 ff.), diese als Konzessionsänderung neu zu verfügen.

Die Verwaltungsbeschwerde der Flughafen Zürich AG ist einzig gegen die erwähnte gegenstandslos gewordene Auflagebestimmung gerichtet. Da diese keine rechtlichen Wirkungen mehr zu entfalten vermag, ist das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin an der Beurteilung ihres Beschwerdeantrags nachträglich weggefallen. Das vorliegende Verfahren muss deshalb als gegenstandslos geworden abgeschrieben werden (vgl. *Alfred Kölz / Isabelle Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 413 u. 540; *André Moser / Peter Uebersax*, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Basel 1998, Rz. 2.24 u. 3.96 mit Hinweisen).

4. Die Frage, welche Partei die Gerichtskosten zu tragen und welche Anspruch auf Ersatz ihrer Parteikosten hat, ist nicht Bestandteil des jeweiligen Streitgegenstandes und wird entsprechend nicht von der Gegenstandslosigkeit umfasst. Damit hat das urteilende Gericht auch bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens über die Kostenfrage zu befinden (vgl. *Felix Addor*, *Die Gegenstandslosigkeit des Rechtsstreits*, Bern 1997, S. 223 mit Hinweisen).
- 4.1. Im Abschreibungsentscheid hat die Kostenverlegung nach Vernehmlassung der Parteien aufgrund einer summarischen Prüfung und Würdigung der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes zu erfolgen (Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess [BZP; SR 273]; vgl. auch BGE 118 Ia 488 E. 4a; VPB 57.16 E. 3.1 u. 3.3 sowie Entscheid REKO/INUM vom 24. Juni

2004, B-2002-68, E. 5.1 mit Hinweisen). Dabei hat das urteilende Gericht vorab und ohne Durchführung eines besonderen Beweisverfahrens auf die mutmasslichen Prozessaussichten abzustellen. Es kann aber auch andere von der Rechtsprechung entwickelte prozessrechtliche Kriterien heranziehen. Mit diesen Vorgaben für die Kostenverlegung wird dem urteilenden Gericht ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum eingeräumt (vgl. *Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog*, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 9 zu Art. 110 VRPG).

- 4.2. Vorliegend kann gestützt auf die vorhandenen Verfahrensunterlagen eine Einschätzung des mutmasslichen Prozessausgangs vorgenommen werden. Dabei ist zu bemängeln, dass die Vorinstanz trotz mehrfacher ausdrücklicher Aufforderung durch die REKO/INUM bis heute nie zu den eigentlichen Rügen der Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 29. Juni 2001 Stellung genommen hat.
- 4.3. Durch die Konzessionserteilung wird ein wohl erworbenes Recht begründet, dessen wesentlicher Gehalt aus Gründen des Vertrauensschutzes unwiderruflich und gesetzesbeständig ist und unter dem Schutz der Eigentumsgarantie steht. Diese Substanz des Konzessionsrechts kann nur auf dem Weg der formellen Enteignung und gegen Entschädigung entzogen oder beschränkt werden (*Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 2594 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 24. März 2003, 2P.256/2002, E. 3; vgl. zur Betriebskonzession des Flughafens Zürich und daraus abzuleitenden [wohlerworbenen] Rechten auch Teilentscheid der REKO UVEK vom 18. Februar 2003, Z-2001-58, E. 2 ff., insb. E. 2.7 f.). Ein Vorbehalt, wonach die Konzession zu Lasten des Konzessionärs durch künftiges Recht entschädigungslos in wesentlichem Mass neu bestimmt und dadurch in die Substanz des wohl erworbenen Rechts eingegriffen wird, ist nicht zulässig (BGE 107 Ib 140 E. 4; 110 Ib 160 E. 5a). Damit vermögen weder formelhaft noch gezielt angebrachte Vorbehalte neuen Rechts die Substanz des wohl erworbenen Rechts (entschädigungslos) zu schmälern (*Tomas Poledna*, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, N. 171).

Eine andere Betrachtungsweise führt zu einem vergleichbaren Ergebnis: Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben folgt, dass sich beide Konzessionspartner Änderungen oder eine Aufhebung der Konzession gefallen lassen müssen, wenn sie der Erhaltung der in der Konzession festgelegten Interessenbalance dienen. Allerdings besitzt der Konzessionär bei dauerhaften, unvorhersehbar und ohne sein Verschulden eingetretenen Veränderungen von natürlichen, technischen oder gesetzgeberischen Umständen einen Anspruch auf Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts. Andere Ver-

änderungen sind demgegenüber dem Betriebsrisiko des Konzessionärs zuzurechnen. Gestützt auf die Theorie des finanziellen Gleichgewichts anerkennt die Lehre und Rechtsprechung bei einer dauerhaften Verschärfung gesetzlicher Randbedingungen, welche z.B. die wirtschaftliche Nutzung der konzessionierten Tätigkeit erheblich einschränkt, einen Anspruch des Konzessionärs darauf, dass die Konzession an die neuen Umstände angepasst oder ihm als ultima ratio eine staatliche Entschädigung zugesprochen wird (Poledna, a.a.O., N. 173 und 235 ff.; *Jacques Fournier, Vers un nouveau droit des concessions hydroélectriques*, Fribourg 2002, S. 178 f. und 206 f.).

- 4.4. Was unter Berücksichtigung der soeben erwähnten Grundsätze an der angefochtenen Auflagebestimmung in Dispositiv-Ziff. 3.2 Satz 3 auffällt, ist deren äusserst weite und offene Formulierung. Es wird nicht nur festgelegt, die Konzessionärin habe sämtlichen Verpflichtungen, die ihr aufgrund der staatsvertraglichen Regelungen überbunden würden, nachzukommen. Sie hat diese Verpflichtungen auch ohne Anspruch auf Entschädigung zu erfüllen. Das UVEK hat – entsprechend dem vorgegebenen Wortlaut – nie bestritten, dass damit nichts anderes gemeint ist, als dass die Beschwerdeführerin solchen Verpflichtungen ohne *jeglichen* Anspruch auf Entschädigung nachzukommen hätte, was einem eigentlichen Ausschluss von Entschädigungsforderungen der Konzessionärin – gestützt auf welche Rechtsgrundlage auch immer – gleichkommt. Dazu gesellt sich die vom UVEK ausdrücklich bestätigte Tatsache, dass ihm als Konzessionsbehörde im Zeitpunkt des Erlasses der Konzessionsverfügung selber noch nicht klar war und angesichts der sich noch nicht im Endstadium befindenden Verhandlungen auch gar nicht klar sein konnte, welche Verpflichtungen sich überhaupt aus dem künftigen Staatsvertrag für die Konzessionärin ergeben würden. Wie Letztere in ihrer Beschwerde zutreffend ausführt, war es durchaus im Bereich des Möglichen, dass solche Verpflichtungen für die Beschwerdeführerin zur grossen finanziellen Belastung hätten werden können. So sind offenbar gerade im Rahmen der Staatsvertragsverhandlungen von deutscher Seite Forderungen betreffend Bezahlung von Lärmschutzmassnahmen oder Begehren nach Entschädigung aus formeller Enteignung von Nachbarrechten erhoben worden.
- 4.5. Nach dem Gesagten spricht vieles dafür, dass eine solch weitgehende Regelung wie die angefochtene Auflage als Grundlage für Eingriffe in die Substanz des Konzessionsrechts hätte dienen können, zumal sie keine betragsmässige Obergrenze enthält. Gerade Entschädigungsforderungen aus Fluglärmbelastung können sich bekanntlich rasch zu hohen Millionenbeträgen aufsummieren. Daneben ist auch auf die zunehmende Einschränkung der Benützung des süddeutschen Luftraums und die diesbezügliche Möglichkeit (noch) restriktiverer Bestimmungen mit entsprechenden finanziel-

len und anderen Folgen hinzuweisen. Die Auflage ist bezüglich möglicher staatsvertraglicher Verpflichtungen schlicht schrankenlos formuliert, weshalb sie die wirtschaftliche Nutzung des Flughafens dauerhaft, unvorhersehbar und ohne Verschulden der Konzessionärin erheblich hätte beeinträchtigen oder gar verunmöglichen können. Sie wäre von der REKO/INUM aus diesem Grund wahrscheinlich nicht geschützt worden.

- 4.6. Zum gleichen Ergebnis hätte wohl auch die Überprüfung der Verhältnismässigkeit der angefochtenen Konzessionsauflage geführt. Unabhängig der von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Fragen nach der (besonderen) gesetzlichen Grundlage und der Wahrung ihrer Grundrechte (insb. der Eigentumsgarantie), welche hier offen gelassen werden können, hätte die angefochtene Auflage – wie von der Flughafen Zürich AG ebenfalls vorgebracht – den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit wahren müssen (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]; zum Erfordernis der Verhältnismässigkeit bei Nebenbestimmungen Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 920; Poledna, a.a.O., N. 263; vgl. auch *Pierre Moor*, Droit administratif, Volume III, Berne 1992, S. 126). Dieser verlangt nach Praxis und Lehre, dass eine staatliche Massnahme in Rechtsetzung oder Rechtsanwendung geeignet und erforderlich ist und dass die angestrebte Wirkung nicht in einem Missverhältnis zu anderen zu beachtenden Interessen stehen darf respektive die Massnahme zumutbar sein muss (*Bernhard Ehrenzeller / Philippe Mastronardi / Rainer J. Schweizer / Klaus A. Vallender*, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002, Rz. 33 zu Art. 5; Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 581 ff.). Bei der Beurteilung dieser Kriterien ist in erster Linie vom Wortlaut der Auflage auszugehen, der wie dargelegt (vorne E. 4.4 f.) zu einer schrankenlosen Verpflichtung der Konzessionärin geführt hätte.

Erscheinen schon die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Massnahme höchst fraglich, hätte die REKO/INUM – nach summarischer Einschätzung – mit grosser Wahrscheinlichkeit spätestens die Zumutbarkeit der Auflage verneint. So hat das UVEK auf der einen Seite nie ein genügendes öffentliches Interesse an der Auflage vorgebracht. Ein solches hätte kaum bereits in der blossen „Haltung der Bundesbehörden“, dass die Konzessionärin als Ausgleich zu allfälligen Rechten bzw. verbesserten Rahmenbedingungen aus dem Staatsvertrag auch die eingegangenen Verpflichtungen mit unter Umständen erheblichen finanziellen Folgen treffen sollten, erblickt werden können. Umso weniger, als gerade unklar war, inwiefern die Konzessionärin überhaupt von Rechten oder verbesserten Rahmenbedingungen würde profitieren können.

Auf der anderen Seite hätte nicht nur das verfassungsrechtlich geschützte private Vermögensinteresse der Konzessionärin beachtet werden müssen. Die umstrittene Aufla-

ge wäre infolge der erwähnten möglichen schweren finanziellen Konsequenzen für die Beschwerdeführerin wohl auch in direktem Widerspruch zu einem vom UVEK zu Recht betonten *öffentlichen* Interesse gestanden. So wird in der Konzessionsverfügung (und in seitherigen Stellungnahmen des UVEK und des BAZL) mehrfach auf die hohen verkehrs- und volkswirtschaftlichen Interessen der Schweiz am möglichst reibungslosen Funktionieren des wichtigsten Landesflughafens und entsprechend einer insbesondere auch finanziell sicher positionierten Betreibergesellschaft hingewiesen. Dieses öffentliche Interesse floss auch in die Gesetzgebung ein, indem der Aspekt einer sicheren und langfristig genügenden Finanzierung des Flughafenbetriebs etwa in Art. 11 Abs. 1 Bst. d und Abs. 2, Art. 12 (insb. Abs. 2) sowie in Art. 15 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 23. November 1994 über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL; SR 748.131.1) stark betont wird. Daran anknüpfend führt das UVEK in der Konzessionsverfügung aus, die Flughafen Zürich AG wäre keineswegs verpflichtet, den Betrieb des Flughafens (aufgrund eines neuen Betriebskonzepts) unter für sie möglicherweise weniger attraktiven Bedingungen weiter zu führen. Das UVEK wolle den Betrieb des Flughafens Zürich jedoch langfristig sicherstellen und daher „*der Betreiberin die stärkste mögliche Stellung einräumen*“.

Die soeben erwähnten privaten wie auch öffentlichen Interessen hätten wohl geboten, dass eine Überprüfung der Verpflichtungen, die der Beschwerdeführerin aufgrund der staatsvertraglichen Regelungen überbunden worden wären und eine Überprüfung allfälliger Entschädigungsforderungen an den Bund hätte möglich bleiben müssen. Auf jeden Fall hätten sie das gegenteilige Interesse des Bundes am Ausschluss jeglicher potentieller Entschädigungsforderungen mit grosser Wahrscheinlichkeit überwogen. So hat eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tief greifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der betroffenen Privaten hat, zu unterbleiben (Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 615).

- 4.7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die umstrittene Auflagebestimmung wohl einerseits wegen möglicher (entschädigungsloser) Eingriffe in die Substanz des Konzessionsrechts und Verletzung des Anspruchs auf Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts nicht hätte geschützt werden können. Andererseits hätte die Auflage wahrscheinlich auch als unverhältnismässig bezeichnet werden müssen. Damit ist im Hinblick auf den mutmasslichen Prozessausgang bereits klar, dass die angefochtene Dispositiv-Ziff. 3.2 Satz 3 in dieser Form wohl hätte aufgehoben werden müssen, weshalb auf die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin nicht mehr weiter eingegangen zu werden braucht. Ob die REKO/INUM eine ersatzlose Aufhebung der Auflage verfügt oder allenfalls auch eine Rückweisung zur Neuformulierung durch das UVEK ins

Auge gefasst hätte, kann ebenfalls offen bleiben, da die Vorinstanz in Bezug auf die Kostenverlegung so oder so als unterliegend und die Beschwerdeführerin als obsiegend zu gelten hat.

5. Unterliegenden Vorinstanzen werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt, womit im vorliegenden Verfahren auch keine erhoben werden. Der von der Beschwerdeführerin am 9. Juli 2001 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– ist dieser vollumfänglich zurückzuerstatten. Sie hat der REKO/INUM zu diesem Zweck einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Die Entschädigung wird gemäss Abs. 2 desselben Artikels der Körperschaft auferlegt, in deren Namen die Vorinstanz verfügt hat, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann.

Entsprechend dem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegende Partei. Die von ihr am 19. Januar 2006 eingereichte Kostennote im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren (VwKV; SR 172.041.0) gibt grundsätzlich zu keinen Beanstandungen Anlass; dies mit Ausnahme des Stundenansatzes. Bei einem wie vorliegend nicht bestimmbareren Interessewert liegt der Stundenansatz gemäss Art. 3 Bst. b der Honoraransätze des Zürcher Anwaltsverbands (Ausgabe Januar 1998) normalerweise zwischen Fr. 180.– und Fr. 280.–. Gemäss Praxis der REKO/INUM (vgl. u.a. Entscheid vom 29. März 2004, B-2003-124, E. 13) ist der geltend gemachte Stundenansatz von Fr. 350.– auf den erwähnten Höchstansatz von Fr. 280.– herabzusetzen, wenn wie hier keine Gründe für eine Erhöhung vorliegen. Damit ergibt sich ein Honorar von Fr. 7'980.– zuzüglich der Spesen (2 % des Honorarumfangs) von Fr. 159.60 und der Mehrwertsteuer (7.6 % des Gesamtbetrags) von Fr. 618.60, was zu einer Parteientschädigung für das vorliegende Verfahren von total Fr. 8'758.20 zugunsten der Beschwerdeführerin und zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch die Vorinstanz, führt.

Demnach wird

erkannt:

1. Das Verfahren wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von **Fr. 1'000.–** aus der Bundeskasse zurückerstattet. Sie hat hierzu der REKO/INUM einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.
3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch die Vorinstanz, eine Parteientschädigung von **Fr. 8'758.20** zugesprochen.

Dieser Beschwerdeentscheid wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (eingeschrieben, mit Rückschein)
- dem Generalsekretariat UVEK, Rechtsdienst, Bundeshaus Nord, 3003 Bern (eingeschrieben, mit Rückschein)

REKURSKOMMISSION FÜR
INFRASTRUKTUR UND UMWELT

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

Lorenz Kneubühler

Christian Kindler

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann gemäss Art. 97 ff. OG innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist mindestens dreifach einzureichen. Sie hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der Beschwerdeführenden oder eines allfälligen Vertreters oder einer allfälligen Vertreterin zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Beschwerdeführenden sie in Händen haben.