



P.P. CH-3003 Bern, BJ

Vertraulich

Generalsekretariat UVEK
3003 Bern

Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL
3003 Bern

Referenz/Aktenzeichen:
Ihr Zeichen:
Unser Zeichen: bj-sam/bj-top

Bern, 21. November 2019

Gutachten

Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf: Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche gegen tiefe Überflüge

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die elektronische Nachricht des Generalsekretärs UVEK vom 17. September 2019 an den Direktor des BJ, auf die Besprechung vom 27. September 2019 zwischen dem GS UVEK, dem BAZL und dem BJ (vgl. Protokoll vom 7. Oktober 2019) sowie auf die elektronischen Nachrichten des BAZL vom 1. Oktober 2019 (bereinigte Fragen) und vom 7. Oktober 2019 (Unterlagen und Abklärungen zur 2013 erfolgten Ausschreibung).

Zusammengefasst möchten Sie von uns wissen, ob die Flugplatz Dübendorf AG (FDAG), die vom Bundesrat den "Zuschlag" für den Betrieb eines zivilen Flugfelds erhalten hat, die offenbar notwendigen Überflugsrechte auf dem Enteignungsweg erlangen könnte und welches Vorgehen hierfür einzuschlagen wäre.

Auf den folgenden zwei Seiten finden Sie eine Zusammenfassung der Antworten auf Ihre Fragen und ein Inhaltsverzeichnis. Ihre letzte Frage, ob es sich bei der Rahmenvereinbarung für die Planungs- und Bewilligungsphase zwischen der Eidgenossenschaft und der FDAG zweifelsfrei um einen privatrechtlichen Vertrag handle, konnten wir im vorliegenden Zeitrahmen nicht behandeln. Das weitere Vorgehen beim Flugplatz Dübendorf ist auch nicht von der Beantwortung dieser Frage direkt abhängig. Vielmehr ist hier ein allfälliges Haftungsverfahren angesprochen. Auf Wunsch sind wir jedoch bereit, Ihnen eine Analyse nachzuliefern.

Zusammenfassende Beantwortung der Fragen

1. Das LFG unterscheidet kategorisch zwischen öffentlichen Flughäfen (mit Zulassungszwang) und privaten Flugfeldern (ohne Zulassungszwang). Für den Betrieb eines Flughafens bedarf es einer Betriebskonzession des UVEK, für den Betrieb eines Flugfeldes genügt eine Betriebsbewilligung des BAZL. Der konzessionierte Flughafenbetreiber verfügt von Gesetzes wegen über das Enteignungsrecht; der Flugfeldbetreiber hingegen muss sich die für den Flugbetrieb notwendigen Überflugsrechte auf privatrechtlichem Weg beschaffen (Dienstbarkeitsverträge).
2. Die Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf wurde im gesamten bisherigen Verfahren als Umwandlung in ein privates Flugfeld konzipiert. Aufgrund der öffentlichen Interessen am geplanten Flugverkehr (insbesondere Entlastung des Flughafens Zürich vom Geschäftsreiseverkehr), ist es nicht ausgeschlossen, dem geplanten Flugplatz die Bedeutung eines Regionalflughafens zuzuschreiben.
3. Es ist vorzuziehen, der FDAG das Enteignungsrecht über eine Konzessionierung nach Art. 36a LFG einzuräumen. Der Weg über einen nichtreferendumpflichtigen Bundesbeschluss des Parlaments gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG ist zwar von dessen Wortlaut her nicht ausgeschlossen, kommt u.E. jedoch nur in Frage, wenn das Sachgesetz die Frage der Enteignung nicht geregelt hat. Das LFG sieht das Enteignungsrecht nur für einen konzessionierten Flughafenbetreiber vor. Aufgrund der Gesetzesmaterialien sollte dem Betreiber eines privaten Flugfeldes das Enteignungsrecht gerade nicht zukommen. Dementsprechend regelt das LFG das Enteignungsverfahren und die entsprechende Zuständigkeit nur im Zusammenhang mit dem Bau von Flughäfen. Nicht zuletzt besteht das rechtliche Risiko, dass die Gerichte einem einfachen Bundesbeschluss, der einen Flugfeldbetreiber zur Enteignung berechtigt, in einem konkreten Beschwerdeverfahren wegen Umgehung des LFG die Anwendung versagt.
4. Aufgrund des heutigen Beschaffungsrechts muss das Umnutzungs-Projekt im Fall einer Konzessionierung nach Art. 36a LFG nicht ausgeschrieben werden. Sofern das UVEK vor dem 1.1.2021 bekannt gibt, dass für den Flugplatz Dübendorf eine Konzession zu vergeben ist und entsprechende Gesuche entgegengenommen werden, würde Art. 9 des revidierten BöB nach Ansicht des BJ auf keinen Fall Anwendung finden.
5. Es ist zulässig, das Konzessionsverfahren, das Plangenehmigungsverfahren und das Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements in einem konzentrierten Umnutzungsverfahren vor dem UVEK zu vereinigen. Dies bedingt, dass das UVEK in Bezug auf das Genehmigungsverfahren betr. Betriebsreglement von seinem Evokationsrecht nach Art. 47 Abs. 4 RVOG Gebrauch macht. Die Vereinigung der drei Verfahren, die einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen, ist aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll und lässt sich auch mit dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) begründen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Rechtsschutz durch diese Art der Verfahrenskonzentration nicht beeinträchtigt wird. Das konzentrierte Umnutzungsverfahren lässt sich parallel zum Sachplanverfahren durchführen.

Inhaltsverzeichnis

1	Überblick.....	5
2	Unterschiede zwischen Flughäfen und Flugfeldern	5
2.1	Flughäfen	5
2.2	Flugfelder	7
2.3	Unterscheidungsmerkmal: öffentlicher Verkehr bzw. Verkehr im öffentlichen Interesse	7
2.4	Zwischenfazit	8
3	Charakter der geplanten Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf	9
3.1	Bisherige Verfahrensschritte	9
3.2	Zwischenfazit	11
4	Könnte der FDAG ein Enteignungsrecht auch ohne Erteilung einer Betriebskonzession erteilt werden?	12
4.1	Übertragung des Enteignungsrecht gestützt auf das LFG: Erteilung der Betriebskonzession durch das UVEK.....	12
4.2	Übertragung des Enteignungsrechts gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG: einfacher Bundesbeschluss durch die Bundesversammlung	13
4.3	Beurteilung des konkreten Falles	15
4.4	Zwischenfazit	16
5	Rechtliche Konsequenzen einer Änderung der Flugplatzkategorie	17
6	Müsste für den Fall, dass für den Flugplatz Dübendorf eine Betriebskonzession erteilt werden soll, das Umnutzungs-Projekt zwingend neu ausgeschrieben werden? Die Frage ist aufgrund des heutigen und des zukünftigen Beschaffungsrechts zu beurteilen.	18
6.1	Ausgangslage: Ausschreibung im Dezember 2013	18
6.2	Erneute Ausschreibung aufgrund des geltenden BöB im Fall einer Konzessionierung?.....	19
6.3	Erneute Ausschreibung aufgrund des revidierten BöB im Fall einer Konzessionierung?.....	21
6.3.1	Entstehungsgeschichte und Rezeption.....	21
6.3.2	"Besondere Rechte" und "öffentliches Interesse"	21
6.3.3	Entgelt.....	22
6.3.4	Vorrang des LFG als lex specialis?	23
6.3.5	Anwendbarkeit des revidierten BöB in zeitlicher Hinsicht.....	24
6.4	Zwischenfazit	24
7	Wäre es zulässig, das Konzessionsverfahren im konzentrierten Umnutzungsverfahren (enthaltend Konzession, Betriebsreglement und Plangenehmigungen) zu integrieren und dieses gleichzeitig mit dem Sachplanverfahren durchzuführen?	25
7.1	Sachplanverfahren	25
7.2	Konzessionsverfahren.....	26
7.3	Plangenehmigungsverfahren.....	27
7.4	Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements	29
7.5	Nachträgliches Enteignungsverfahren.....	30
7.6	Koordination der verschiedenen Verfahren	32

Referenz/Aktenzeichen:

7.7	Zwischenfazit	35
8	Fazit.....	36

Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf: Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche gegen tiefe Überflüge

1 Überblick

Vor der Beantwortung der konkreten Fragen werden unter Ziff. 2 die Unterschiede zwischen Flughäfen und Flugfeldern skizziert. Die Zuordnung eines Flugplatzes zur einen oder anderen Kategorie hat Auswirkungen auf die Frage, ob Überflugsrechte auf zivilrechtlichem Weg erlangt werden müssen oder ob hierfür das Enteignungsverfahren zur Verfügung steht. Unter Ziff. 3 wird versucht, die geplante Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf anhand der bisherigen Verfahrensschritte zu charakterisieren. Ziff. 4 beschäftigt sich mit der Frage, ob der FDAG ein Enteignungsrecht auch ohne Erteilung einer Betriebskonzession eingeräumt werden könnte. Ziff. 5 beleuchtet die rechtlichen Konsequenzen einer Änderung der Flugplatzkategorie. Unter den Ziff. 6 und 7 werden die verfahrensrechtlichen Fragen zur Konzessionierung (Ausschreibung und Verfahrenskoordination) behandelt. Für die Darstellung der Ausgangslage verweisen wir auf das Mail des GS UVEK vom 17. September 2019 und auf Ziff. 2.1 (Analyse des bisherigen Verfahrens). Nicht überprüft wird die Frage, ob eine Enteignung beim vorliegenden Umnutzungskonzept zwingend nötig ist. Wir setzen die entsprechenden Ausführungen der FDAG in deren Schreiben vom 14. Dezember 2018 als Prämisse voraus.

2 Unterschiede zwischen Flughäfen und Flugfeldern

Flugplätze sind "in einem Sachplan festgelegte Anlage(n) für die Ankunft und den Abflug von Luftfahrzeugen, für deren Stationierung und Wartung, für den Verkehr von Passagieren und für den Umschlag von Gütern" (Art. 2 Bst. a der Verordnung vom 23. November 1994 über die Infrastruktur der Luftfahrt, VIL, SR 748.131.1). Das Luftfahrtgesetz vom 21. Dezember 1948 (LFG, SR 748.0) unterscheidet zwischen zwei verschiedenen Kategorien von Flugplätzen: Flughäfen und Flugfelder.

2.1 Flughäfen

Flughäfen sind Flugplätze, die dem *öffentlichen Verkehr* dienen (Art. 36a Abs. 1 erster Halbsatz LFG).¹ Auf Flughäfen "wird der gewerbsmässige, allen zugängliche Linien- und Charterverkehr abgewickelt. Sie sind verpflichtet, Flugzeuge im nationalen und internationalen Verkehr zuzulassen"² (Zulassungszwang, Art. 36a Abs. 2 LFG). Innerhalb der Kategorie der Flughäfen wird zwischen Landesflughäfen und Regionalflughäfen unterschieden.

¹ Vgl. auch die Definition im früheren Art. 31 aLFV (AS 1973 1856, 1866; aufgehoben mit der Änderung der LFV vom 23. November 1994, AS 1994 3028, 3031):

Flughäfen und Flugfelder

¹ Flughäfen sind Flugplätze, die dem öffentlichen Luftverkehr dienen.

² Alle anderen Flugplätze sind Flugfelder.

² TOBIAS JAAG/JULIA HÄNNI, Luftverkehrsrecht, Teil I: Infrastruktur der Luftfahrt, in Georg Müller (Hrsg.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd. IV Verkehrsrecht, Basel 2008, S. 339 ff., Rz. 14.

Die drei *Landesflughäfen* Zürich, Genf und Basel-Mülhausen (EuroAirport) sind die wichtigsten Luftfahrt-Infrastrukturanlagen der Schweiz. Sie gehören neben Strasse, Schiene, Energieversorgung und Kommunikationseinrichtungen zur Basisinfrastruktur der Schweiz.³ An der Nutzung der Landesflughäfen als Drehscheiben des internationalen Luftverkehrs und Teil des Gesamtverkehrssystems besteht entsprechend ein nationales Interesse (Art. 36e LFG). Auf den Landesflughäfen kommt dem Linien- und Charterverkehr Priorität zu. Daneben wird dort heute auch ein grosser Verkehrsanteil der General Aviation abgewickelt.⁴ Die Landesflughäfen kämpfen mit Kapazitätsengpässen.⁵ Da der Bau neuer Flugplätze mit sehr grossen Schwierigkeiten verbunden ist, soll zur Entlastung der Landesflughäfen ein Teil der General Aviation ausgelagert werden, z.B. durch zivile Mitbenützung oder Umnutzung von Militärflugplätzen.⁶ Voraussetzung für letzteres ist nach dem Luftfahrtpolitischen Bericht des Bundesrates von 2016, dass die Anlage künftig "Verkehr von öffentlichem Interesse dient und keine anderweitigen öffentlichen Interessen überwiegen".⁷

Regionalflughäfen "dienen der Geschäfts- Touristik- und Arbeitsfliegerei, teilweise auch dem Linienverkehr, daneben aber auch der fliegerischen Aus- und Weiterbildung sowie dem Flugsport".⁸ In der Schweiz gibt es elf Regionalflughäfen (Bern-Belp, Lugano-Agno, Sion, St. Gallen-Altenrhein⁹, Birrfeld, Bressaucourt, Ecuwillens, Grenchen, La Chaux de Fonds-Les Eplatures, Lausanne-La Blécherette und Samedan). Vier davon fertigen auch Linienverkehr im Kurz- und Mittelstreckenbereich ab (Bern-Belp, Lugano-Agno, Sion, St.Gallen-Altenrhein).¹⁰ Die Regionalflughäfen "bilden zusammen mit den Landesflughäfen das Netz der öffentlichen Flughäfen, an dem ein gesamtschweizerisches Interesse besteht."¹¹

Gemäss Art. 36a Abs. 1 LFG ist für den Betrieb eines *Flughafens* eine *Betriebskonzession* erforderlich. Diese wird vom UVEK erteilt. Die Betriebskonzession verleiht das Recht, einen Flughafen gemäss den Zielen und Vorgaben des Sachplans Infrastruktur Luftfahrt (SIL) *gewerbsmässig* zu betreiben und insbesondere Gebühren zu erheben. Der Konzessionär wird verpflichtet, den Flughafen unter Vorbehalt der im Betriebsreglement festgelegten Einschränkungen für alle Luftfahrzeuge im nationalen und internationalen Verkehr zur Verfügung zu stellen, einen ordnungsgemässen, sicheren Betrieb zu gewährleisten und für die dafür erforderliche Infrastruktur zu sorgen (Art. 36a Abs. 2 LFG; Art. 10 Abs. 1 VIL). Bei Landesflughäfen wird die Betriebskonzession für eine Dauer von 50 Jahren und bei Regionalflughäfen für eine Dauer von 30 Jahren erteilt (Art. 13 VIL). Für die Erteilung einer Betriebskonzession ist namentlich eine gesicherte Finanzierung von Anlage und Betrieb des Flughafens von zentraler Bedeutung (Art. 11 Abs. 2 und Art. 12 Abs. 2 VIL). Mit der Erteilung einer Betriebskonzession erhält der Konzessionär automatisch das *Enteignungsrecht* (Art. 36a Abs. 4 LFG).

³ Bericht des Bundesrates vom 24. Februar 2016 über die Luftfahrtpolitik der Schweiz, BBl 2016 1847 ff. (LUPO 2016), S. 1910.

⁴ LUPO 2016, S. 1909. Die General Aviation umfasst unterschiedliche aviatische Sparten, insb. Geschäftsreiseverkehr (Business Aviation), Rettungs- und Einsatzverkehr, Arbeitsluftverkehr und übrige Allgemeine Luftfahrt wie etwa Aus- und Weiterbildung oder Personentransporte zu touristischen Zwecken (LUPO 2016 1854 FN 1, vgl. auch S. 1904 ff.).

⁵ LUPO 2016, S. 1910.

⁶ LUPO 2016, S. 1853 f., 1915.

⁷ LUPO 2016, S. 1916.

⁸ JAAG/HÄNNI a.a.O., Rz. 15 mit Hinweis auf den Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt (SIL).

⁹ Der Flugplatz St.-Gallen-Altenrhein hat den Status eines Flugfeldes. Er ist noch nicht als Regionalflughafen konzessioniert. Vgl. JAAG/HÄNNI a.a.O., FN 62.

¹⁰ LUPO 2016, S. 1916.

¹¹ LUPO 2016, S. 1917.

2.2 Flugfelder

Flugfelder "stehen nur dem *privaten Verkehr* zur Verfügung; für sie besteht grundsätzlich kein Zulassungszwang"¹² (vgl. Art. 36b LFG und Art. 20 VIL). In der Schweiz gibt es gemäss dem luftfahrtpolitischen Bericht des Bundesrates von 2016 "33 Flugfelder für Flächenflugzeuge, neun davon sind Segelflugfelder. Hinzu kommen vier Winterflugfelder und ein Wasserflugplatz. Die Flugfelder werden hauptsächlich für die fliegerische Aus- und Weiterbildung und zu privaten Zwecken genutzt. Die Betreiber von Flugfeldern sind nicht verpflichtet, einen bestimmten Betrieb aufrecht zu erhalten. (Die Flugfelder) sind aber im SIL aufgeführt und bilden Teil des Gesamtnetzes. Daneben gibt es Flugfelder ausschliesslich für Helikopter (Heliports)."¹³

Gemäss Art. 36b LFG ist für den Betrieb eines *Flugfeldes* eine *Betriebsbewilligung* erforderlich. Diese wird vom BAZL erteilt. Die Betriebsbewilligung beinhaltet das Recht, ein Flugfeld gemäss den Zielen und Vorgaben des SIL zu betreiben. Sie verpflichtet den Flugfeldhalter, die Voraussetzungen für eine geordnete Benützung sicherzustellen und das Flugfeld nach den gesetzlichen Bestimmungen sowie den Bestimmungen des Betriebsreglements zu betreiben (Art. 17 Abs. 1 VIL). Im Unterschied zur Betriebskonzession ist die Betriebsbewilligung nicht befristet. Gemäss Art. 20 VIL kann die Erteilung einer Bewilligung mit der Auflage verbunden werden, dass bestimmte weitere Luftfahrzeuge für Start und Landungen zuzulassen sind, sofern dafür ein öffentliches Interesse besteht und es den Zielen und Vorgaben des SIL entspricht (beschränkter Zulassungszwang). Mit der Betriebsbewilligung werden keine hoheitlichen Befugnisse eingeräumt. Der Flugplatzhalter muss Eigentum bzw. Baurecht sowie Dienstbarkeiten freihändig erwerben und mit den Benutzern privatrechtliche Verträge abschliessen. Er hat kein Recht, öffentlich-rechtliche Gebühren zu erheben.¹⁴ Im Gegensatz zum Konzessionär steht dem Flugfeldhalter gestützt auf das LFG auch keine Enteignungsbeziehung zu.¹⁵ Er ist vielmehr gezwungen, "sich *vertraglich* mit den benachbarten Grundeigentümern zu arrangieren, etwa in Form einer privatrechtlichen Dienstbarkeit, welche ein Überflugsrecht festsetzt".¹⁶

2.3 Unterscheidungsmerkmal: öffentlicher Verkehr bzw. Verkehr im öffentlichen Interesse

Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen einem Flughafen und einem Flugfeld ist nach den obigen Ausführungen die Zweckbestimmung eines Flugplatzes für den *öffentlichen Verkehr*. Soweit ersichtlich geht jedoch weder aus den gesetzlichen Grundlagen noch aus den Materialien hervor, was unter "öffentlichem Verkehr" im Sinne von Art. 36a Abs. 1 LFG zu verstehen ist. Im SIL Teil IV, Anhänge (Stand: 18.10.2000) wird unter den Begriffserklärungen der "öffentliche Luftverkehr" als Linienverkehr mit Beförderungs- und Flugplanpflicht definiert. Dieser sei nicht zu verwechseln mit Luftverkehr im öffentlichen Interesse. Diese Umschreibung des öffentlichen Luftverkehrs entspricht an sich dem üblichen Verständnis des öffentlichen Verkehrs. Würde man den öffentlichen Verkehr im Sinne von Art. 36a Abs. 1 LFG jedoch in diesem Sinne verstehen, wäre eine Betriebskonzession und das damit verbundene Enteignungsrecht nur für Flugplätze mit Linienverkehr zulässig. Dies widerspricht

¹² JAAG/HÄNNI a.a.O. Rz. 14. Hervorhebungen durch das BJ.

¹³ LUPO 2016, S. 1918.

¹⁴ JAAG/HÄNNI a.a.O., Rz 63.

¹⁵ MARGRIT SCHILLING, Enteignungsrechtliche Folgen des zivilen Luftverkehrs, ZSR 2006 I 15 ff., 16.

¹⁶ KASPAR PLÜSS, Öffentliche Interessen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Flughäfen. Mit besonderer Berücksichtigung von luftverkehrsbedingten Eingriffen in das Eigentum im Bereich des Flughafens Zürich, Diss. Zürich 2007, S. 227. Zu den nachbarrechtlichen Abwehrensprüchen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Flugfeldern vgl. auch PLÜSS a.a.O., S. 196 und 226 f.

jedoch der gängigen Praxis, wonach auch Flugplätze ohne Linienverkehr konzessioniert werden können (Regionalf Flughäfen).

Näherliegend ist eine Umschreibung des "öffentlichen Luftverkehrs" wie sie das Bundesgericht im Jahr 1991 in BGE 117 Ib 382 vorgenommen hat (zum damals geltenden Art. 31 Abs. 1 LFV, vgl. Text in Fussnote 1):

"Der Begriff des "öffentlichen Luftverkehrs" nach Art. 39 Abs. 5 lit. b in Verbindung mit Art. 31 Abs. 1 LFV ist deshalb nicht nach dem Zweck des Fluges (öffentlicher oder privater Personen- oder Warentransport), sondern nach dem Benutzerkreis des Flugplatzes abzugrenzen. Der Flughafen dient dem öffentlichen Luftverkehr insofern, als er allen Benützern (auch den privaten) zum ordentlichen Gebrauch offensteht, während Flugfelder nur vom Flugplatzunternehmer und den von ihm ermächtigten Personen verwendet werden können" (BGE 117 Ib 382 E. 5c S. 392).

Dieses Verständnis des öffentlichen Luftverkehrs deckt sich weitgehend mit dem Zulassungszwang in Art. 36a Abs. 2 LFG. Dementsprechend definiert der SIL in den Begriffserklärungen den Flughafen entsprechend als "Flugplatz mit Zulassungszwang" und das Flugfeld als "Flugplatz ohne Zulassungszwang". Die gleichen Definitionen waren früher auch in Art. 2 Bst. b und c VIL enthalten, wurden jedoch mit der Änderung der VIL vom 17. Oktober 2018 aufgehoben (AS 2018 349).

Allerdings wäre es für die Auslegung von Art. 36a LFG zirkulär, wenn der "öffentliche Verkehr" als Voraussetzung einer Konzessionierung in Art. 36a Abs. 1 LFG einfach mit dem Zulassungszwang gleichgesetzt würde, und der Zulassungszwang dann wiederum Folge der Konzessionierung wäre (Art. 36a Abs. 2 LFG). Es ist vielmehr von einem weiteren Element auszugehen: Der künftig allen Benutzern im Rahmen der technischen und tatsächlichen Möglichkeiten offenstehende Flughafen muss im öffentlichen Interesse sein. Dies kommt namentlich im Luftfahrtpolitischen Bericht 2016 des Bundesrates zum Ausdruck. Dieser spricht im Zusammenhang mit Flughafeninfrastrukturen vom "Verkehr, der im öffentlichen Interesse ist"¹⁷ bzw. "Verkehr von öffentlichem Interesse"¹⁸. Vom Zulassungszwang spricht der Bericht einzig dort, wo er die Folgen für konzessionierte Regionalf Flughäfen beschreibt.¹⁹ Der Begriff "öffentlicher (Luft)Verkehr" wird ganz vermieden. Dass ein öffentliches Interesse Voraussetzung für die Konzessionierung eines Flughafens sein muss, ergibt sich auch aus dem mit einer Konzessionierung verbundenen hoheitlichen Befugnissen, insbesondere die Einräumung des Enteignungsrechts an den Konzessionär. Eine Enteignung für rein private Interessen würde dem Enteignungsgesetz widersprechen (vgl. Art. 1 des Bundesgesetzes über die Enteignung vom 20. Juni 1930, EntG, SR 711). Ein weiterer Hinweis ergibt sich aus Art. 20 VIL, wonach neuerdings auch ein eingeschränkter Zulassungszwang bei einem Flugfeld als Auflage verfügt werden kann, wenn daran ein öffentliches Interesse besteht.

2.4 Zwischenfazit

Aufgrund der obenstehenden Überlegungen ist für den Betrieb von Flugplätzen, die dem *Luftverkehr im öffentlichem Interesse* dienen ("Flughäfen"), eine Betriebskonzession erforderlich. Dies gilt namentlich, wenn am entsprechenden Flughafen ein gewichtiges, insbesondere ein nationales Interesse besteht. Hat das öffentliche Interesse weniger Gewicht, so kommt allenfalls eine Auflage in einer Betriebsbewilligung in Frage (Art. 20 VIL). Allerdings bringt der Art. 20 VIL eine Aufweichung der Flugplatzkategorien auf Verordnungsstufe mit sich.

¹⁷ Z.B. LUPO 2016, 1861.

¹⁸ LUPO 2016, 1916.

¹⁹ LUPO 2016, 1917.

Im Lichte des oben genannten Bundesgerichtsentscheides scheint auch klar zu sein, dass nicht nur Flugplätze mit Linien- und Charterverkehr konzessioniert werden können, sondern auch solche, welche der General Aviation, insbesondere dem Geschäftsreiseverkehr dienen, auch wenn es sich um private Benutzer handelt.

3 Charakter der geplanten Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf

3.1 Bisherige Verfahrensschritte

Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, gingen die Parteien in allen bisherigen Verfahrensschritten konsequent von einem Flugfeld und einer Betriebsbewilligung des BAZL aus:

Das Konzept "Ziviles Flugfeld mit Bundesbasis" wurde bereits 2012 in einer vom BAZL und VBS beauftragten Studie für eine militärisch-zivilaviatische Mischnutzung auf dem Flugplatz Dübendorf entwickelt. Der Bundesrat übernahm dieses Konzept in seinem Beschluss vom 18. Februar 2013.

In den Ausschreibungsunterlagen vom Dezember 2013 (öffentliches Einladungsverfahren für Offerten möglicher ziviler Flugplatzhalter Dübendorf) wurde festgehalten, dass der Zweck des Flugplatzes sich nach dem Beschluss des Bundesrates richte, dass Dübendorf als "Flugfeld für General Aviation, Business Aviation und Werkfliegerei" auszuschreiben sei. Für den künftigen zivilen Flugbetrieb wurden folgende Rahmenbedingungen festgelegt:

- Linienverkehr ist auf dem Flugplatz Dübendorf ausgeschlossen.
- Kettencharterverkehr ist auf dem Flugplatz Dübendorf ausgeschlossen.
- Grundschulungen zum erstmaligen Erwerb einer Lizenz sind nicht zulässig. Schulungsvolten sind nur im eingeschränkten Rahmen und nur an Werktagen (Mo-Fr) zulässig.
- Der Anbieter muss bei der Festlegung des Flottenmix auf die operationellen Rahmenbedingungen und allfälligen Einschränkungen aufgrund der notwendigen Abstimmung mit dem Flughafen Zürich Rücksicht nehmen.
- Innerhalb dieser obgenannten Rahmenbedingungen wird die Abwägung zum optimalen Mix an Flugbewegungen (IFR/VFR, Helikopter/Flächenflugzeuge, GA/BA/Werkflug, Motor/Jet/Segelflug) dem Flugplatzhalter überlassen.²⁰

In den Ausschreibungsunterlagen war immer klar, dass für die künftige zivile Nutzung des Flugplatzes Dübendorf keine Betriebskonzession des UVEK, sondern eine Betriebsbewilligung des BAZL erteilt werden soll.²¹ Eine Betriebsbewilligung genügt jedoch nur, wenn der Flugplatz als Flugfeld, nicht jedoch wenn er als Flughafen betrieben werden soll. Auch bei den Ausführungen zum Lärmschutz gehen die Ausschreibungsunterlagen von einem neuen zivilen Flugplatz "mit dem Status eines Flugfeldes mit militärischer Mitbenützung" aus. Als Neuanlage müssten die Planungswerte der Lärmschutzverordnung Anhang 5²² eingehalten werden. Erleichterungen könnten keine gewährt werden.²³ In den Ausschreibungsunterlagen finden sich - soweit ersichtlich - keine Aussagen dazu, wer für die Erlangung von Überflugsrechten verantwortlich ist (privater Betreiber oder Bund) und auf welchem Weg (privatrechtlicher Vertrag oder Enteignung) dies zu geschehen hat. Immerhin finden sich im Zusam-

²⁰ BAZL/GS-VBS, Ausschreibung ziviler Flugplatzhalter Dübendorf, D Konzept für die künftige Flugplatznutzung, 12. Dezember 2013 (im Folgenden: Ausschreibung Konzept), S. 15 f.

²¹ Ausschreibung Konzept, S. 40 ff.

²² Lärmschutz-Verordnung vom 15. Dezember 1986, SR 814.41.

²³ Ausschreibung Konzept, S. 34. Zu den Erleichterungen für Anlagen, für die ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht vgl. Art. 25 Abs. 2 des Umweltschutzgesetzes vom 7. Oktober 1983, USG, SR 814.01; für Flughäfen gelten gemäss Art. 25 Abs. 3 USG noch weitergehendere Erleichterungen bezüglich Lärmschutz.

menhang mit einem allfälligen Erweiterungsbedarf für den vorgesehenen Heliport die Aussage, dass sich eine entsprechende Parzelle im Nordwesten nicht im Eigentum des Bundes befinde. Es sei Sache des Flugplatzhalters, bei Bedarf Verhandlungen mit dem Eigentümer zu führen.²⁴ Dies ist zumindest ein Hinweis, dass sich das Verhältnis des künftigen zivilen Flugfeldbetreibers zu den Eigentümern der umliegenden Grundstücke nach Privatrecht richten sollte.

Am 25. August 2014 hat der Bundesrat der FDAG, gestützt auf die öffentliche Ausschreibung und das von ihr eingereichte Angebot vom 31. März 2014, den Zuschlag für den Betrieb des zivilen Flugfelds erteilt (vgl. Mail GS UVEK vom 17. September).

Am 3. September 2014 hat der Bundesrat als Grundeigentümerversreter den Grundsatzentscheid gefällt, den Militärflugplatz Dübendorf im Sinne einer strategischen Landreserve für spätere Generationen künftig als ziviles Flugfeld mit Bundesbasis sowie als Hub-Standort Zürich des nationalen Innovationsparks zu nutzen. Die zivilaviatische Nutzung soll auf eine Betriebsdauer von 30 Jahren befristet sein.²⁵

Am 10. August 2015 haben die Schweizerische Eidgenossenschaft als Grundeigentümerin (vertreten durch das GS VBS und das BAZL) mit der FDAG eine öffentlich beurkundete Rahmenvereinbarung für die Planungs- und Bewilligungsphase abgeschlossen.

In Nachachtung der bisherigen Bundesratsbeschlüsse und der Rahmenvereinbarung hat der Bundesrat am 31. August 2016 den SIL-Konzeptteil u.a. wie folgt angepasst (neue Festlegung 9 im Teil III B3 [zivil mitbenützte Militärflugplätze]):

"Teile des Militärflugplatzes Dübendorf werden in ein ziviles Flugfeld umgenutzt. Dieses dient in erster Linie dem Geschäftsreiseverkehr. Weiter soll es Werkflügen sowie Sport- und Freizeitflügen offenstehen. Aviatische Grundschulung sowie Linien- und Charterketten-Verkehr sind ausgeschlossen.

Das zivile Flugfeld Dübendorf beherbergt eine Helikopter-Basis für Rettungsflüge und Flüge der Kantonspolizei. Weitere gewerbsmässige und private Helikopterflüge sind möglich.

Das zivile Flugfeld Dübendorf lässt eine Mitbenützung durch die Luftwaffe für Flüge mit militärischen Helikoptern und Flächenflugzeugen zu."

Gleichzeitig passte der Bundesrat den Sachplan Militär (SPM, Objektblatt Militärflugplatz Dübendorf) an und genehmigte die für den Innovationspark notwendige Richtplananpassung des Kantons Zürich (Mail GS UVEK vom 17. September 2019).

Zurzeit liegt ein öffentlich zugänglicher Entwurf des SIL-Objektblatts vom 18. Januar 2019 zum Flugplatz Dübendorf vor, zu dem zwischen Februar und Mai 2019 eine Anhörung der Behörden und eine Mitwirkung der Bevölkerung durchgeführt wurde. Im Entwurf zum Objektblatt soll die Zweckbestimmung des Flugplatzes wie folgt festgelegt werden:

"Der Flugplatz Dübendorf ist ein privates Flugfeld. Er dient in erster Linie dem Geschäftsreiseverkehr. Weiter steht er Werkflügen sowie der Leicht- und Sportaviatik zur Verfügung. Die fliegerische Grundschulung sowie der Linienverkehr sind ausgeschlossen.

Der Flugplatz ist Standort einer Helikopterbasis für Rettungs- und Einsatzflüge. Helikopterflüge für weitere Zwecke (Arbeits-, Werk- oder Geschäftsreiseflüge) ohne permanente Stationierung eines Helikopters sind möglich.

Der Flugplatz steht der militärischen Mitbenützung mit Helikoptern und Flächenflugzeugen offen".

²⁴ Ausschreibung Konzept, S. 21 unten und 22 oben.

²⁵ Siehe SIL-Änderung vom 31.08.2016, Ausgangslage zur Anpassung der Konzeptteile III B3 (Zivil mitbenützte Militärflugplätze) und III B4 (Flugfelder).

Der Entwurf des Objektblatts enthält neben der Zweckbestimmung und anderen Festlegungen (insb. Infrastruktur, Verkehrserschliessung, Lärmbelastung, Gewässerschutz) auch Festlegungen betreffend *Rahmenbedingungen zum Betrieb*. Dazu gehören insbesondere die Betriebszeiten (Mo-Fr: 06.30-22.00 Uhr, Sa: 08.00-12.00 und 13.30-18.00 Uhr, So: 11.00-12.00 und 14.00-18.00 Uhr) und Ausnahmen dazu (Such-, Rettungs- und Einsatzflüge, Lufttransportdienst des Bundes, Ausnahmemöglichkeit für eine eng begrenzte Zahl von Geschäftsreiseflügen an Wochenenden). Die Organisation und der Ablauf des Betriebs, die detaillierten Betriebszeiten sowie die An- und Abflugverfahren sollen im Betriebsreglement geregelt werden. Das Betriebsreglement kann auch Präzisierungen zu den zulässigen oder ausgeschlossenen Verkehrsarten gemäss Zweckbestimmung enthalten.

Wichtig im vorliegenden Zusammenhang erscheinen uns zudem die im SIL-Objektblatt umschriebenen Interessen des Bundes an der Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf als ziviles Flugfeld mit einer Bundesbasis der Luftwaffe (Objektblatt, Stand der Planung, Koordination):

Der Bundesrat will damit "einerseits das 230 ha grosse Areal als strategische Landreserve für künftige Generationen erhalten. Andererseits soll der Flugplatz zur Entlastung des Flughafens Zürich beitragen. Gemäss aktuellem Entwicklungstrend und den Luftverkehrsprognosen sind dort vermehrte Kapazitätsengpässe zu erwarten, mittel- bis langfristig muss mit einer Verdrängung des Geschäftsreiseverkehrs und der Leichtaviatik gerechnet werden. Mit dem Betrieb eines zivilen Flugfeldes in Dübendorf soll gewährleistet werden, dass der Wirtschaftsraum Zürich weiterhin an den internationalen Geschäftsreiseverkehr angebunden bleibt und die bestehende Rettungs- und Einsatzbasis für die Blaulichtorganisationen weitergeführt werden kann."

3.2 Zwischenfazit

Im bisherigen Verfahren wurde konsequent vorgesehen, den Flugplatz Dübendorf künftig in Form eines privaten Flugfeldes (mit Bundesbasis) und nicht als Regionalflyghafen zu betreiben. Die Einräumung hoheitlicher Befugnisse an den künftigen Flugfeldbetreiber (Gebührenerhebung, Enteignungsrecht) war - soweit ersichtlich - kein Thema. Auch in Bezug auf den Lärmschutz wurde in der Ausschreibung und insbesondere in der entsprechenden Medienmitteilung des BAZL festgehalten, dass der Flugplatz den Status eines Flugfeldes habe und nicht konzessioniert werden solle. Damit seien für die Entwicklung klare "Leitplanken" innerhalb der Bestimmungen des Umweltschutzgesetzes fixiert.²⁶ Gestützt auf das vorgesehene Konzept und das LFG sollte an sich für alle Beteiligten ersichtlich gewesen sein, dass sich das Verhältnis des zukünftigen Flugfeldbetreibers zu den Benützern einerseits und zu den Eigentümern der umliegenden Grundstücke andererseits grundsätzlich nach Privatrecht richtet und deshalb grundsätzlich kein Enteignungsrecht zur Verfügung steht.

Auf der anderen Seite bestehen an der künftigen zivilen Nutzung des Flugplatzes Dübendorf nicht nur private Interessen. Dieser soll nicht nur dem "privaten Flugverkehr" dienen, bei dem die FDAG selber bestimmen könnte, welche Benutzer sie zulassen möchte. Namentlich im Hinblick auf den Geschäftsreiseverkehr sowie die Mitbenützung des Flugplatzes durch das Militär und die Blaulichtorganisationen dürfte von einem Zulassungszwang und einem entsprechenden öffentlichen Interesse auszugehen sein. Bei den Werkflügen sowie der Leicht- und Sportaviatik wäre es an sich denkbar, die Zulassung (gemäss der verfügbaren Kapazität) über private Verträge mit den Benutzern zu regeln. Der Bundesrat hat sowohl im luftfahrtpolitischen Bericht als auch im SIL-Verfahren stets betont, dass der Geschäftsreiseverkehr im öffentlichen Interesse liege, er spiele auch für die Regionen eine wichtige Rolle als

²⁶ Medienmitteilung des BAZL vom 13.12.2013, FAQ.

Motor der wirtschaftlichen Entwicklung.²⁷ Ferner besteht an der Nutzung des Landesflughafens Zürich ein nationales Interesse (vgl. Ziff. 2.1). Da dieser zunehmend mit Engpässen konfrontiert ist, dürfte dessen Entlastung von Geschäftsflügen ebenfalls von nationalem Interesse sein. Darüber hinaus besteht ein regionales Interesse des Wirtschaftsstandorts Zürich am Flugbetrieb.

Von den öffentlichen Interessen an der vorgesehenen künftigen Nutzung des Flugplatzes Dübendorf her dürfte diesem die Bedeutung eines Regionaflughafens zukommen. Von der Form her wären an sich sowohl ein privates Flugfeld mit beschränktem Zulassungszwang (Art. 20 VIL) als auch ein konzessionierter Flughafen mit Einschränkung des Zulassungszwangs auf jene Teile des Flugverkehrs denkbar, an denen ein öffentliches Interesse besteht (insb. Geschäftsreiseverkehr, Blaulichtorganisationen, gemäss Art. 36a Abs. 2 LFG erfolgt eine solche Einschränkung im Betriebsreglement). Von der gewählten Form ist jedoch abhängig, ob überhaupt und auf welche Weise dem künftigen Betreiber ein Enteignungsrecht zukommen könnte (vgl. Ziff. 4).

4 Könnte der FDAG ein Enteignungsrecht auch ohne Erteilung einer Betriebskonzession erteilt werden?

Die Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf in ein privates Flugfeld mit Bundesbasis richtet sich grundsätzlich nach dem LFG und der VIL. Es fragt sich, ob einem privaten Flugfeldbetreiber gestützt auf das LFG oder subsidiär gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG das Enteignungsrecht des Bundes übertragen werden könnte.

4.1 Übertragung des Enteignungsrecht gestützt auf das LFG: Erteilung der Betriebskonzession durch das UVEK

Seit der Einführung des LFG im Jahre 1948 steht für den Bau und den Betrieb der öffentlichen Flugplätze (Flughäfen) das Enteignungsrecht gemäss dem EntG zur Verfügung. Nach Art. 50 Abs. 1 LFG in der ursprünglichen Fassung von 1948 konnte der Bundesrat dieses Recht selbst ausüben oder es an Dritte übertragen. Gemäss der heute geltenden, durch das Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren geänderten Bestimmungen steht dem *Inhaber der Betriebskonzession* die Enteignungsbefugnis gemäss Art. 36a Abs. 4 LFG von Gesetzes wegen zu (BGE 130 II 394 E. 7.1 S. 402). Mit der Erteilung der Betriebskonzession durch das UVEK erhält der Konzessionär von Gesetzes wegen das Enteignungsrecht. Ein separater Übertragungsakt durch das UVEK im Sinne von Art. 3 Abs. 3 EntG ist nicht mehr nötig.

Hingegen enthält das LFG keine Bestimmung, wonach für den Bau und Betrieb eines Flugfeldes bzw. für eine Umnutzung eines Militärflugplatzes in ein ziviles Flugfeld dem Inhaber der entsprechenden Betriebsbewilligung ein Enteignungsrecht zusteht oder (vom Bundesrat oder UVEK) verliehen werden könnte. Dies selbst dann nicht, wenn am betreffenden Flugfeld ein öffentliches, ja nationales Interesse besteht. Nach heutigem LFG kann der FDAG das Enteignungsrecht nur mit der Erteilung einer Betriebskonzession übertragen werden.

Nach unserer Auffassung ist auch ausgeschlossen, dass der Bundesrat durch eine blosser Änderung der VIL das UVEK ermächtigen könnte, dem Betreiber eines Flugfeldes mit beschränktem Zulassungszwang (vgl. Art. 20 VIL) wegen des entsprechenden öffentlichen Interesses das Enteignungsrecht zu übertragen. Für eine Übertragung des Enteignungsrechts des Bundes auf einen Dritten bedarf es einer formell-gesetzlichen Grundlage (Art. 3 Abs. 2

²⁷ LUPO 2016, S. 1904.

Bst. b EntG). HESS/WEIBEL verstehen unter den Begriff "Bundesgesetz" in Art. 3 Abs. 2 Bst. b EntG allerdings nicht nur Gesetze im formellen Sinn, sondern auch Gesetze im materiellen Sinn, d.h. Verordnungen.²⁸ Diese Auslegung ist jedoch abzulehnen (vgl. dazu auch BGE 112 Ib 280 E. 6 S. 290 ff.). Nach heutigem Verständnis meint Bundesgesetz ein Gesetz im formellen Sinn, das dem Referendum unterliegt (Art. 164 BV und Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV). Zudem ist mit einer formellen Enteignung in der Regel ein schwerer Eingriff in die Eigentumsgarantie verbunden. Soll in generell-abstrakter Weise vorgesehen werden, dass einem Flugfeldbetreiber ausnahmsweise (wegen öffentlicher Interessen) die Enteignungsbefugnis eingeräumt werden könnte, so müsste das LFG entsprechend geändert werden. Es wäre im Übrigen auch zu klären, ob die gesetzlich festgelegte kategorische Unterscheidung von Flughafen und Flugfeld, die in Art. 20 VIL bereits ein Stück weit aufgeweicht wird, überhaupt sinnvoll ist.

4.2 Übertragung des Enteignungsrechts gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG: einfacher Bundesbeschluss durch die Bundesversammlung

Es fragt sich, ob einem Flugfeldbetreiber mit Betriebsbewilligung gestützt auf Art. 3 Abs. 1 Bst. a EntG das Enteignungsrecht des Bundes mittels einfachem Bundesbeschlusses verliehen werden könnte, obwohl das Sachgesetz die Übertragung des Enteignungsrechts bereits geregelt hat und die Enteignungsbefugnis nur dem Flughafenbetreiber mit Betriebskonzession einräumt. Für die Beantwortung der Frage sind kurz die Regelungen im Enteignungsgesetz und der verfassungsrechtliche Hintergrund zu beleuchten.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 EntG kann das Enteignungsrecht für Werke, die im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils des Landes liegen, geltend gemacht werden, sowie für andere im öffentlichen Interesse liegende Zwecke, sofern sie durch ein Bundesgesetz anerkannt sind. Der Bund kann das Enteignungsrecht selbst ausüben oder es an Dritte übertragen (Art. 2 EntG). Je nach Bedeutung des Werkes ist nach Art. 3 Abs. 2 EntG die Übertragung des Enteignungsrechts auf Dritte zulässig auf Grund:

- a. eines Bundesbeschlusses für Werke, die im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils des Landes liegen;
- b. eines Bundesgesetzes für andere im öffentlichen Interesse liegende Zwecke.

Nach HESS/WEIBEL²⁹ liegt der grundlegende Unterschied zwischen den beiden Übertragungsfällen darin, dass nach Bst. a Einzelfälle in Form individuell-konkreter Erlasse gemeint seien (Verwaltungsakte der Bundesversammlung), während es sich nach Bst. b um allgemeine Übertragungen in Form generell-abstrakter Erlasse handle. Zwischen den Begriffen "Werke im Interesse der Eidgenossenschaft" und "anderen im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken" bestehe kein qualitativer, sondern nur ein äusserlicher Unterschied.³⁰ Klassischer Fall einer Übertragung nach Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG sei der BB von 1960 betr. II. Juragewässerkorrektion. Dies deshalb, weil es sich um einen einfachen BB handle, weil er der Verwirklichung eines Werkes im Interesse der Eidgenossenschaft diene und weil er individuell-konkreter Natur sei.³¹

Das Bundesgericht führte in einem Urteil aus dem Jahre 1986 zu 3 Abs. 2 EntG Folgendes aus: Das Gesetz halte ausdrücklich die "Werke, die im Interesse der Eidgenossenschaft oder

²⁸ HEINZ HESS/HEINRICH WEIBEL, Das Enteignungsrecht des Bundes, Kommentar zum Bundesgesetz über die Enteignung, zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen und zur Spezialgesetzgebung des Bundes, Bern 1986, Bd. I S. 66 Rz. 28 und 30 zu Art. 3 EntG

²⁹ HESS/WEIBEL a.a.O., Rz. 28 und 30 zu Art. 3 EntG.

³⁰ HESS/WEIBEL a.a.O., Rz. 29 zu Art. 3 EntG.

³¹ HESS/WEIBEL a.a.O., Rz. 32 zu Art. 3 EntG.

eines grossen Teiles des Landes liegen" (Art. 3 Abs. 2 Bst. a) und "andere im öffentlichen Interesse liegende Zwecke" (Art. 3 Abs. 2 Bst. b) auseinander und bestimme, dass für die ersten nur ein (nicht referendumpflichtiger) Bundesbeschluss genüge, während für die zweiten ein dem Referendum unterstehendes Bundesgesetz erforderlich sei. Damit habe der Gesetzgeber die bereits in Art. 1 Abs. 1 getroffene Unterscheidung übernommen, die darauf zurückzuführen sei, dass bei der Schaffung des Enteignungsgesetzes allein für die Enteignung zugunsten von Werken "im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils derselben" eine verfassungsmässige Grundlage (Art. 23 BV der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, aBV) bestanden habe, und der Gesetzgeber Enteignungen für andere öffentliche Zwecke nur zulassen wollte, soweit sie sich auf ein Bundesgesetz stützen liessen (BGE 112 Ib 280 E. 6 S. 290). Gestützt auf die bisherige Praxis kam das Bundesgericht zum Schluss, dass für die in Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG genannten Werke in jedem Falle ein (nicht referendumpflichtiger) Bundesbeschluss genüge (BGE 112 Ib 280 E. 6 S. 291).

Art. 23 Abs. 1 und 2 aBV, welche die Grundlage für die Regelung von Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG bildete, lauteten wie folgt (vgl. auch den heutigen Art. 81 BV):

¹ Dem Bund steht das Recht zu, im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teiles derselben auf Kosten der Eidgenossenschaft öffentliche Werke zu errichten oder die Errichtung derselben zu unterstützen.

² Zu diesem Zweck ist er auch befugt, gegen volle Entschädigung das Recht der Expropriation geltend zu machen. Die näheren Bestimmungen hierüber bleiben der Bundesgesetzgebung vorbehalten.

Bereits beim Inkrafttreten des EntG am 1. Januar 1932³² bestanden neben dem Art. 23 aBV, der dem Bund die Befugnis zur Errichtung und Unterstützung öffentlicher Werke verlieh, noch Sachkompetenzen, die sich ebenfalls auf öffentliche Werke bezogen und den Bund zur Gesetzgebung im entsprechenden Sachbereich ermächtigten und verpflichteten (so z.B. Art. 26 aBV über die Eisenbahnen). Mit der am 1. Januar 2000 in Kraft getretenen, totalrevidierten Bundesverfassung vom 18. April 1999 wurde der frühere Art. 23 Abs. 2 aBV, der die ausdrückliche Kompetenz des Bundes enthielt, für öffentliche Werke des Bundes enteignen zu dürfen, ersatzlos gestrichen. Bei der Nachführung der Bundesverfassung kam man zum Schluss, dass sich das Recht zur Enteignung aus der jeweiligen Sachkompetenz ergebe und im neuen Art. 81 BV nicht mehr gesondert angeführt werden müsse.³³ Hat der Bundesgesetzgeber von einer Sachkompetenz Gebrauch gemacht und im Sachgesetz die Übertragung des Enteignungsrechts geregelt, so dürfte heute kaum mehr Raum für die Verleihung der Enteignungsbefugnis gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG mehr bestehen. RICCARDO JAGMETTI hatte schon unter der Herrschaft der alten Bundesverfassung die Meinung vertreten, dass sich die Beantwortung der Frage, ob für die Verwirklichung eines Werkes das Enteignungsrecht verliehen werden könne, nach dem entsprechenden Sachgesetz richte. Fehle dort eine solche Bestimmung, so könne die Bundesversammlung das Enteignungsrecht im Einzelfall erteilen, wenn das Werk im Interesse der Eigenossenschaft oder eines grossen Teiles des Landes liege.³⁴ Dem ist beizupflichten. Dies entspricht auch den allgemeinen Auslegungsregeln, wonach die spezielle Kompetenzbestimmung und das darauf gestützte Sachgesetz der generellen Kompetenzbestimmung (früher Art. 23 aBV, heute teilweise Art. 81

³² Art. 1 und 3 Abs. 2 EntG gelten seither unverändert.

³³ MARTIN LENDI/STEFAN VOGEL, St. Galler BV-Kommentar, 3. Aufl. 2014, Rz. 28 zu Art. 81 BV. Dort auch zur entsprechenden Kritik an der Aufhebung von Art. 23 Abs. 2 aBV.

³⁴ RICCARDO JAGMETTI, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Art. 23 BV, Rz. 44 (Stand Oktober 1991). Als Beispiel nennt Jagmetti den BB zum Atomgesetz vom 6. Oktober 1978, der in Art. 10 Abs. 4 den Bundesrat ermächtigte, das Enteignungsrecht für die Beseitigung radioaktiver Abfälle Dritten zu übertragen (vgl. auch BGE 115 Ib 415 ff.). Das damalige Atomgesetz enthielt hierzu bewusst keine Regelung.

BV) und dem teilweise darauf gestützten Enteignungsgesetz vorgeht, zumindest was die Übertragung des Enteignungsrechts auf Dritte anbelangt.

Zusammengefasst dürfte Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG vor allem dann noch von Bedeutung sein, wenn das Sachgesetz keine Regelung zu einer Übertragung des Enteignungsrechts enthält oder wenn ein öffentliches Werk des Bundes direkt gestützt auf Art. 81 BV errichtet werden soll.

4.3 Beurteilung des konkreten Falles

Für die konkrete Umnutzung können folgende Schlüsse gezogen werden:

Es dürfte an sich nicht strittig sein, dass es sich bei der vorgesehenen Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf in ein privates Flugfeld mit Bundesbasis grundsätzlich um ein Werk im Sinne von Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG bzw. im Sinne der dieser Bestimmung ursprünglich zugrundeliegenden Verfassungsnorm (Art. 23 aBV, heute Art. 81 BV) handelt. Nach dem traditionellen Begriffsverständnis sind Werke "künstlich geschaffene, feste, mit dem Boden dauernd verbundene Anlagen sowie Zustandsveränderungen in Natur um Umwelt".³⁵ Die geplante Umnutzung dürfte zudem grundsätzlich im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils des Landes liegen. Für die Umnutzung wurde zwar von Anfang an die Form eines privaten Flugfeldes gewählt und im bisherigen Verfahren (Ausschreibung, SIL-Verfahren) konsequent so gehandhabt. Ein klassisches Flugfeld dient primär dem privaten Flugverkehr; es besteht grundsätzlich kein Zulassungszwang; für private Interessen steht das Enteignungsrecht nicht zur Verfügung. Die mit der Umnutzung verfolgten Interessen sind indessen zu einem grösseren Teil öffentlicher Natur (vgl. oben Ziff. 3.2.). Insbesondere an der Entlastung des Flughafens Zürich von einem Teil der General Aviation (Geschäftsreiseverkehr) besteht u.E. auch ein gesamtschweizerisches Interesse. Zudem handelt es sich nach der Rechtsprechung bei militärischen Anlagen um Werke im Interesse der Eigenossenschaft (BGE 112 Ib 280 E. 6 S. 290). Da bei der Umnutzung des Militärflugplatzes in ein privates Flugfeld eine Bundesbasis erhalten bleiben soll, kann auch insofern von einem nationalen Interesse ausgegangen werden.

Das Problem vorliegend ist, dass das LFG für Flugplatzanlagen im öffentlichen Interesse bereits eine Übertragung des Enteignungsrechts vorsieht: Gemäss Art. 36a Abs. 1 LFG ist für den Betrieb von Flugplätzen, die dem öffentlichen Verkehr dienen, eine Betriebskonzession erforderlich; dem Konzessionär steht das Enteignungsrecht zu (Art. 36a Abs. 4 LFG). Das vorgesehene Nutzungskonzept dient zumindest teilweise auch dem öffentlichen Verkehr bzw. dem Verkehr im öffentlichen Interesse (insb. Geschäftsverkehr, Blaulichtorganisationen). Mit einer Konzessionierung würde die FDAG auch das Enteignungsrecht erhalten. Die hier zur Diskussion stehenden notwendigen Überflugsrechte hängen direkt mit dem vorgesehenen Flugbetrieb zusammen. Es geht hier weder um Flugsicherungsanlagen (Art. 40f Abs. 3 LFG, Enteignungsrecht des Flugsicherungsunternehmens) noch um die Beseitigung von Luftfahrthindernissen (Art. 41b LFG). Nach unserer Auffassung ist die Erteilung des Enteignungsrechts gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG vorliegend ausgeschlossen, da der Gesetzgeber im Sachgesetz gestützt auf entsprechende Sachkompetenzen (Art. 87 und 92 BV) bereits Regelungen zur Übertragung des Enteignungsrechts an Dritte geschaffen hat. Soweit ersichtlich, ist diese Regelung auch abschliessend, trotz der Aufweichung der Kategorien zwischen Flughafen und Flugfeld in Art. 20 VII.

³⁵ LENDI/VOGEL, St. Galler BV-Kommentar, Rz 6 zu Art. 81; vgl. auch JAGMETTI, Kommentar zur BV 1874, Rz. 5 zu Art. 23 BV.

Selbst wenn aus politischen und praktischen Gründen (keine Wiederholung von bisherigen Verfahrensschritten, strengere Anforderungen an den Lärmschutz bei einem Flugfeld, Flugfeld stösst bei den Anrainern möglicherweise auf höhere Akzeptanz als ein Regionalflughafen), der Weg über einen einfachen Bundesbeschluss gewählt würde, wäre im späteren Verfahren nicht klar, wer für die Durchführung des Enteignungsverfahrens zuständig ist. Mit dem Bundesgesetz vom 18. Juni 1999 über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren (AS 1993 3071) wurde auch im LFG für Flughafenanlagen das Enteignungsverfahren mit dem technischen Plangenehmigungsverfahren kombiniert³⁶ (vgl. insb. die Art. 37a, 37d Abs. 3, 37e, 37f Abs. 2, 37h Abs. 1, 37k LFG). Bei Flughäfen ist das UVEK Plangenehmigungsbehörde (Art. 37 Abs. 2 Bst. a LFG). Es entscheidet auch über die enteignungsrechtlichen Einsprachen (Art. 37h Abs. 1 LFG). Bei Flugfeldern ist das BAZL Plangenehmigungsbehörde. Erteilt die Bundesversammlung der FDAG als Flugfeldbetreiberin mittels einfachem Bundesbeschluss das Enteignungsrecht, so wäre nicht geregelt, ob auch hier das kombinierte Verfahren zur Anwendung kommt und ob das BAZL diesfalls für das Enteignungsverfahren zuständig wäre. Da der Gesetzgeber beim Erlass des oben genannten Bundesgesetzes über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren davon ausging, dass Flugfelder privatrechtlichen Charakter haben, wurden beim koordinierten Bewilligungsverfahren (Plangenehmigungsverfahren) für diese Flugplatzkategorie gerade keine Bestimmungen zur Enteignung aufgenommen.³⁷

Nicht zuletzt wäre bei einer Erteilung des Enteignungsrecht mittels eines einfachen Bundesbeschlusses ungewiss, ob die Gerichte diese Übertragung in einem allfälligen Beschwerdeverfahren als zulässig erachten würden (möglicher Verstoss gegen das LFG und die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung). Ein einfacher Bundesbeschluss ist zwar gerichtlich nicht direkt anfechtbar (die Bundesversammlung ist keine zulässige Vorinstanz im Sinne von Art. 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes [SR 173.32] bzw. von Art. 86 des Bundesgerichtsgesetzes [SR 173.110], vgl. auch Art. 189 Abs. 4 BV). Die Gerichte könnten indessen den einfachen Bundesbeschluss im Rahmen eines konkreten Beschwerdeverfahrens vorfrageweise überprüfen und ihm gegebenenfalls die Anwendung versagen. Grund hierfür ist, dass Art. 190 BV nur Bundesgesetze und Völkerrecht für massgebend erklärt (d.h. nur diese müssen selbst bei Verfassungswidrigkeit angewendet werden), nicht jedoch einfache Bundesbeschlüsse. Hier bestehen also gewisse rechtliche Risiken.

4.4 Zwischenfazit

Nach unserer Auffassung bedarf es für die Übertragung des Enteignungsrechts an die FDAG der Erteilung einer Betriebskonzession durch das UVEK. Die Erteilung des Enteignungsrechts mittels einfachem Bundesbeschluss birgt rechtliche Risiken und könnte beim späteren Umnutzungsverfahren (Betriebsbewilligung, Plangenehmigung, Enteignungsverfahren, Genehmigung des Betriebsreglements) möglicherweise Koordinations- und Zuständigkeitsprobleme verursachen.

Allenfalls könnte man vor der Einleitung eines aufwändigen SIL- und Konzessionierungsverfahrens mit den betroffenen privaten Grundeigentümern das Gespräch suchen, um allfällige privatrechtliche Lösungen zu finden oder deren Anliegen allenfalls durch eine Anpassung des Betriebskonzepts zu berücksichtigen. Allerdings können wir nicht abschätzen, wieweit ein solches Vorgehen realistisch ist.

³⁶ vgl. FRANZ KESSLER COENDET, Formelle Enteignung, in Biaggini u.a. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht Zürich u.a. 2015, S. 1065 ff., Rz. 26.71.

³⁷ Botschaft des Bundesrates vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren, BBl 1998 2591, S. 2645.

5 Rechtliche Konsequenzen einer Änderung der Flugplatzkategorie

Soweit ersichtlich soll das bisher verfolgte Umnutzungsprojekt im Wesentlichen vom Inhalt her nicht geändert, sondern lediglich im Hinblick auf die Erteilung des Enteignungsrechts allenfalls die Flugplatzkategorie (Regionalflughafen statt Flugfeld) geändert werden. Mit der entsprechenden Statusänderung verändern sich jedoch teilweise auch die rechtlichen Rahmenbedingungen. So erhält der Flughafenbetreiber mit der Erteilung der Betriebskonzession nicht nur das Enteignungsrecht, sondern auch andere hoheitliche Befugnisse wie das Recht Gebühren erheben zu dürfen. Ferner gelten der Zulassungszwang und die Betriebspflicht. Bei Flughäfen sind zudem weitergehende Erleichterungen beim Lärmschutz möglich als bei Flugfeldern (vgl. 25 USG, siehe unten).

Damit das bisherige Umnutzungsprojekt in die neue Form eines Flughafens umgegossen werden könnte, müssten im Betriebsreglement und wohl bereits vorher im SIL-Objektblatt Dübendorf eine Einschränkung des Zulassungszwanges auf den Flugverkehr im öffentlichen Interesse (insb. Geschäftsreiseverkehr) vorgesehen werden (Art. 36a Abs. 2 LFG). Im geltenden Konzeptteil des SIL sind (im Hinblick auf das konzipierte private Flugfeld) an sich bereits die zulässigen Flugkategorien enthalten (vgl. oben Ziff. 3.1). Noch bestimmt werden müsste, für welche Kategorien der Zulassungszwang gelten soll.

In Bezug auf den Lärmschutz gilt für die Errichtung neuer ortsfester Anlagen Art. 25 USG³⁸, der wie folgt lautet:

- ¹ Ortsfeste Anlagen dürfen nur errichtet werden, wenn die durch diese Anlagen allein erzeugten Lärmimmissionen die Planungswerte in der Umgebung nicht überschreiten; (...)
- ² Besteht ein überwiegendes öffentliches, namentlich auch raumplanerisches Interesse an der Anlage und würde die Einhaltung der Planungswerte zu einer unverhältnismässigen Belastung für das Projekt führen, so können Erleichterungen gewährt werden. Dabei dürfen jedoch unter Vorbehalt von Absatz 3 die Immissionsgrenzwerte nicht überschritten werden.
- ³ Können bei der Errichtung von Strassen, Flughäfen, Eisenbahnanlagen oder anderen öffentlichen oder konzessionierten ortsfesten Anlagen durch Massnahmen bei der Quelle die Immissionsgrenzwerte nicht eingehalten werden, müssen auf Kosten des Eigentümers der Anlage die vom Lärm betroffenen Gebäude durch Schallschutzfenster oder ähnliche bauliche Massnahmen geschützt werden.

Für die Errichtung neuer Flugfelder sind die Abs. 1 und 2 anwendbar (Einhaltung der Planungswerte, ausnahmsweise Erleichterungen innerhalb der Immissionsgrenzwerte), während für die Errichtung neuer Flughäfen darüber hinaus nach Abs. 3 gegebenenfalls auch die Immissionsgrenzwerte überschritten werden dürfen. Bei der Ausschreibung des Umnutzungsprojekts im Jahr 2013 wurde in den Unterlagen festgehalten, dass beim geplanten Flugfeld als Neuanlage die Planungswerte der Lärmschutz-Verordnung Anhang 5 eingehalten werden müssten. Erleichterungen könnten keine gewährt werden (oben Ziff. 3.1). Im Entwurf des SIL-Objektblattes Flugfeld Dübendorf vom 18.01.2019 wird die Festlegung zum Lärmschutz wie folgt erläutert:

"Die Umnutzung des Flugplatzes in ein ziviles Flugfeld ist wie eine neue ortsfeste Anlage nach LSV Art. 7 zu beurteilen. Demnach sind beim Fluglärm die Planungswerte einzuhalten. Diese Planungswerte werden voraussichtlich bei zwei bewohnten Gebäuden überschritten sein. Erleichterungen nach den Bestimmungen der LSV und des SIL-Konzeptteils können erst nach umfassender Interessenabwägung im Umnutzungsverfahren gewährt werden."

Bei einer Konzessionierung des Flugplatzes Dübendorf müsste dem Lärmschutz besondere Beachtung geschenkt werden.

³⁸ siehe auch Art. 7 ff. LSV.

6 Müsste für den Fall, dass für den Flugplatz Dübendorf eine Betriebskonzession erteilt werden soll, das Umnutzungs-Projekt zwingend neu ausgeschrieben werden? Die Frage ist aufgrund des heutigen und des zukünftigen Beschaffungsrechts zu beurteilen.

6.1 Ausgangslage: Ausschreibung im Dezember 2013

Wie sich aus den Akten ergibt, ist das Projekt zur Umnutzung des Flugplatzes Dübendorf im Dezember 2013 ausgeschrieben worden. Die "Objektbezeichnung" ist wie folgt umschrieben worden³⁹:

"Der Anbieter bewirbt sich als Flugplatzhalter bzw. -betreiber für das künftige Flugfeld auf dem heutigen militärischen Flugplatz Dübendorf."

Der Gegenstand der Ausschreibung ist in Ziff. 2.3 der Ausschreibung (A Vergabeverfahren) wie folgt charakterisiert worden:

"Der Zweck der Ausschreibung ist die Suche nach einem geeigneten künftigen zivilen Betreiber des Flugplatzes Dübendorf, der gewillt und in der Lage ist, den heutigen Militärflugplatz in einen zivilen Flugplatz umzunutzen und nach Vorliegen der rechtskräftigen Bewilligungen als solchen zu betreiben."

Den Ausschreibungsunterlagen (C Prozessbeschrieb und Vertragswerk) sind drei Vertragsentwürfe beigelegt worden:

- Entwurf einer Rahmenvereinbarung für die Planungs- und Bewilligungsphase⁴⁰
- Entwurf eines Baurechtsvertrags mit einer Laufzeit von 20 Jahren
- Entwurf eines Baurechtsvertrags mit einer Laufzeit von 30 Jahren.

Zudem sind die Bewerber aufgefordert worden, einen Baurechtszins anzubieten. Für die "Flächenübernahme" und die "qualifizierte Nutzung" sind dabei detaillierte Vorgaben für Mindestbaurechtszinsen pro m² und Baurechtszins-Zuschläge gemacht worden.⁴¹

Daraus lässt sich erschliessen, dass der Bund die Ausschreibung in erster Linie als Eigentümer der in Frage stehenden Grundstücke gemacht hat.⁴² Das Bestreben ging dahin, das nicht mehr als Militärflugplatz benötigte Areal einer werthaltigen⁴³ und aviatisch sinnvollen Nutzung zuzuführen und dabei auf die mutmassliche Initiative privater Interessenten abzustellen. Den finanziellen Interessen des Bundes sollte mit der Vereinnahmung von Baurechtszinsen entsprochen werden. Es ging also keineswegs um einen Leistungseinkauf, für den der Bund ein Entgelt geleistet hätte. Deshalb sind sowohl das BJ⁴⁴ als auch das BBL⁴⁵ im Vorfeld der Ausschreibung zum Schluss gelangt, beim fraglichen Geschäft gehe es nicht

³⁹ BAZL/GS-VBS, Ausschreibung ziviler Flugplatzhalter Dübendorf, A Bestimmungen zum Vergabeverfahren (im Folgenden: Unterlage A Vergabeverfahren).

⁴⁰ Die schliesslich am 10. August 2015 mit der FDAG abgeschlossene Rahmenvereinbarung weicht nur in ganz geringfügigen Punkten, die vorliegend keine Rolle spielen, von jenem Entwurf ab.

⁴¹ Ziff. 4.6 (Unterziff. 6. ff.) der Unterlage A Vergabeverfahren. In Ziff. 4.6 der Rahmenvereinbarung wird in Aussicht genommen, die Zuschläge so festzulegen, dass die Betreiberin keine im Branchenvergleich «unangemessene» (>15%) Eigenkapitalrendite erreicht. Die Zuschläge sollen somit eine Art Gewinnabschöpfung ermöglichen.

⁴² Auf diesem Rollenverständnis fusste auch der Entwurf für die Rahmenvereinbarung.

⁴³ Würde auf die Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf verzichtet und der Flugplatz stattdessen aufgehoben, so würde die gesamte aviatische Infrastruktur entwertet und für den Rückbau entstünden dem Bund namhafte Kosten.

⁴⁴ Stellungnahme vom 8. November 2013.

⁴⁵ Stellungnahme vom 6. November 2013.

um eine Beschaffung im Sinne des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB, SR 172.056.1). Dieser Rechtsstandpunkt ist auch in den Ausschreibungsunterlagen deutlich zum Ausdruck gekommen.⁴⁶ Das BöB und die zugehörige Verordnung vom 11. Dezember 1995 (VöB, SR 172.056.11) sind ausdrücklich nur per analogiam angewendet worden.⁴⁷ Deshalb darf aus der Tatsache, dass die Ausschreibung im Dezember 2013 auf der Homepage "www.simap.ch" erfolgt ist, nicht der Rückschluss gezogen werden, es sei damals bei dieser Ausschreibung um ein Beschaffungsgeschäft gegangen.

6.2 Erneute Ausschreibung aufgrund des geltenden BöB im Fall einer Konzessionierung?

Das geltende BöB enthält keine Definition der öffentlichen Beschaffung. Aus der bisherigen Praxis ergibt sich aber, dass hin und wieder auch die Erteilung einer Konzession als Beschaffungsfall verstanden worden ist und die beschaffungsrechtlichen Regelungen folglich auf Geschäfte dieser Art freiwillig angewendet worden sind.⁴⁸ Solche Fälle sind auch in der Literatur eingehend erörtert worden.⁴⁹ Dabei wird jeweils auf die verschiedenen Kategorien von Konzessionen (Monopolkonzession, Sondernutzungskonzession etc.) Bezug genommen und die Frage unterschiedlich beantwortet, ob eine Ausschreibungspflicht nach dem BöB besteht oder nicht. Es würde zu weit führen, an dieser Stelle in aller Breite auf Einzelheiten einzugehen. Vielmehr konzentrieren wir uns auf den vorliegenden Fall einer in Betracht gezogenen Konzessionierung nach Art. 36a LFG.

In einer jüngst erstellten Studie über den Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes ist die Betriebskonzession für Flughäfen als Konzession des öffentlichen Dienstes bezeichnet worden.⁵⁰ Mit dieser Konzession werde dem Konzessionär eine öffentliche Aufgabe übertragen.⁵¹ Deshalb sei das Beschaffungsverfahren auf die Erteilung von Konzessionen dieser Art anwendbar.

Ob diese Auffassung für jede Art von Flughäfen oder nur für Landesflughäfen zutrifft, muss an dieser Stelle nicht abschliessend erörtert werden.⁵² Immerhin ist aber darauf hinzuweisen, dass die Frage, ob Monopolkonzessionen⁵³ nach dem BöB ausgeschrieben werden müssen, in der einschlägigen Literatur differenziert beurteilt wird. So geht namentlich Beyeler⁵⁴ davon aus, dass "Monopolkonzessionäre im Grunde genommen **nicht auf Veranlassung des Staates** (bzw. eines öffentlichen Auftraggebers) hin tätig [werden], sondern von ganz alleine, weil es sich bei der fraglichen Wirtschaftstätigkeit um eine potentiell lukrative Tätigkeit handelt, zu deren Bewirtschaftung prinzipiell niemand aufgefordert oder veranlasst werden

⁴⁶ Vgl. Ziff. 2.1.2 und 3.3 der Unterlage A Vergabeverfahren.

⁴⁷ Vgl. Ziff. 3.3 der Unterlage A Vergabeverfahren.

⁴⁸ Vgl. namentlich BGE 135 II 49.

⁴⁹ Vgl. namentlich M. BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Habil. 2012, N 769 ff.

⁵⁰ ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC, Faires Verfahren beim Zugang zu geschlossenen Märkten des Bundes, Studie im Auftrag des SECO, 15. Februar 2019, S. 92 ff.

⁵¹ Diesen Befund begründen die Autoren mit der Betriebspflicht bzw. dem Zulassungszwang sowie dem Recht der Gebührenerhebung und dem Enteignungsrecht.

⁵² ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC (a.a.O.) entwickeln ihre Argumentation offenkundig mit Blick auf die Landesflughäfen, auch wenn in einer Fussnote auf das Bestehen von Regionalflughäfen hingewiesen wird.

⁵³ ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC (a.a.O., S. 9), betrachten die Konzession des öffentlichen Dienstes als Unterart der Monopolkonzession. Ob die Betriebskonzession für Flughäfen letztlich auf das verfassungsrechtliche Personenbeförderungsmopol (vgl. dazu BIAGGINI, Komm. BV 2.A. 2017, N 2, 4 und 14 f.) zurückzuführen ist, ist rechtlich irrelevant. Tatsache ist, dass das LFG für den Betrieb von Flughäfen eine Konzessionierung vorsieht.

⁵⁴ a.a.O., N 779 (Hervorhebungen im Original).

muss". Nur wenn ein Konzessionär zur Wahrung öffentlicher Interessen verpflichtet werde, "seine Haupttätigkeit in **qualitativer, quantitativer, örtlicher oder zeitlicher Hinsicht** über dasjenige Mass **auszuweiten**, das der Konzessionär freiwillig leisten würde"⁵⁵, ähne die Konzessionsvergabe einem öffentlichen Auftrag, denn in diesem Fall erbringe der Konzessionär "Leistungen, die gar nicht seiner Initiative entstammen, sondern die der Staat sich wünscht und daher bestellt". Bei einer solchen Konstellation sei die Konzessionsvergabe als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren.

Ein Blick auf die bundesgerichtliche Praxis zeigt, dass sich das Bundesgericht an dieser Betrachtungsweise orientiert. So hat es im Fall 144 II 177 ("PubliBike") erwogen, der Aufbau und Betrieb eines Veloverleihsystems (verbunden mit Sondernutzungsrechten am öffentlichen Boden) sei als öffentlicher Auftrag zu betrachten, weil die fragliche Leistung zur Umsetzung einer rechtssatzmässig festgelegten Umlagerung des motorisierten Individualverkehrs auf den Langsamverkehr erbracht werde und deshalb als öffentliche Aufgabe zu betrachten sei (E. 1.3.3 und 1.3.4). Demgegenüber sei "der blosser Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert" (E. 1.3.2, m.w.H. auf frühere Urteile). Dementsprechend hatte es in einem früheren Fall (2C_198/2012) entschieden, der Vertrag über den Bau und Betrieb eines Parkhauses falle nicht in den Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Es machte dafür namentlich geltend, das fragliche Projekt sei "aus privater Initiative [entstanden] und die Mitwirkung des Kantons beschränkte sich darauf, die notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen, d.h. der privaten Bauherrschaft die Nutzung öffentlichen Grundes für die Realisierung des Parkings zu erlauben und andererseits einen Bebauungsplan zu erlassen" (E. 5.2.1). Sodann sei das Vorgehen, "für die Zurverfügungstellung öffentlichen Grundes an einen Privaten einen Baurechtszins zu verlangen, üblich und stelle weder eine wirtschaftliche Beteiligung des Kantons an der projektierten Anlage dar noch führe es dazu, dass diese zu einer öffentlichen Aufgabe würde" (a.a.O.).

Vorliegend kann man die Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf zwar nicht direkt mit dem Bau eines Parkhauses vergleichen. Ins Gewicht fällt jedoch, dass nach den uns vorliegenden Informationen das ursprüngliche Konzept des umgenutzten Flugplatzes trotz der Konzessionierung nach Art. 36a LFG weitgehend beibehalten werden soll. Insbesondere soll mit planerischen Massnahmen und entsprechenden Einschränkungen im Betriebsreglement sichergestellt werden, dass der mit der Konzessionierung verbundene Zulassungszwang auf jenes Mass reduziert wird, dass die im ursprünglichen Konzept vorgesehene Nutzung (siehe dazu oben Ziff. 5) beibehalten wird. Dem Mass des zu wahren öffentlichen Interesses an der vorgesehenen künftigen Nutzung des Flugplatzes Dübendorf könnte grundsätzlich durch die Auflage des beschränkten Zulassungszwangs beim privaten Flugfeld (Art. 20 VIL) Rechnung getragen werden (vgl. hiervor Ziff. 3.2 a.E.). Dass das vergleichbare öffentliche Interesse auch durch eine Konzession für einen konzessionierten Flughafen mit Einschränkung des Zulassungszwangs (auf jene Teile des Flugverkehrs denkbar, an denen ein öffentliches Interesse besteht insb. Geschäftsreiseverkehr, Blaulichtorganisationen, gemäss Art. 36a Abs. 2 LFG erfolgt eine solche Einschränkung im Betriebsreglement) umgesetzt werden kann, bedeutet nicht eine Intensivierung der Verpflichtung auf das öffentliche Interesse. Gegenüber der freiwilligen Haupttätigkeit ist der Grad der Verpflichtung auf das öffentliche Interesse zu vernachlässigen. Damit entfällt ein wesentliches Element, das dafür sprechen könnte, die Umnutzung wegen der Konzessionierung neu als "Bestellung" bzw. Übertragung einer öffentlichen Aufgabe zu verstehen. Vielmehr muss man davon ausgehen, dass das gesamte Projekt (mit Ausnahme der Gewährung des Enteignungsrechts zur Ermöglichung des

⁵⁵ a.a.O., N 782 f. (Hervorhebungen im Original).

ursprünglichen Konzepts) nur insoweit angepasst wird als aufgrund der Auswertung der Anhörung und Mitwirkung zum SIL Objektentwurf gewisse Änderungen am Konzept vorzunehmen sein werden. Im Zentrum steht demgemäss weiterhin die Überlassung eines Areals zur Nutzung für den Betrieb eines mit einem privaten Flugfeld vergleichbaren Flugplatzes mit einschränkenden Nutzungsbedingungen. Der Betreiberin werden eben im Wesentlichen keine Leistungen auferlegt, die sie trotz fehlender Rentabilität erbringen müsste. Und es ist nicht der Staat, der solcherart auferlegte Leistungen ein Entgelt ausrichtet, sondern er erhält (auch im Fall der nachträglichen Konzessionierung) einen Baurechtszins für die Überlassung des Areals. Daraus muss man schliessen, dass wegen der nachträglichen Konzessionierung keine Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags nach BöB durchgeführt werden müsste.

6.3 Erneute Ausschreibung aufgrund des revidierten BöB im Fall einer Konzessionierung?

Mit Beschluss vom 21. Juni 2019 hat die Bundesversammlung ein total revidiertes BöB verabschiedet.⁵⁶ Es ist vorgesehen, das neue Gesetz auf den 1. Januar 2021 in Kraft zu setzen.

Das neue Gesetz enthält in Art. 8 eine Definition des öffentlichen Auftrags. Zudem wird in Art. 9 vorgesehen, dass die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe oder die Verleihung einer Konzession als öffentlicher Auftrag gelte, "wenn der Anbieterin dadurch ausschliessliche oder besondere Rechte zukommen, die sie im öffentlichen Interesse wahrnimmt, und ihr dafür direkt oder indirekt ein Entgelt oder eine Abgeltung zukommt. Spezialgesetzliche Bestimmungen gehen vor."

6.3.1 Entstehungsgeschichte und Rezeption

Diese Bestimmung fand sich (mit geringfügigen redaktionellen Differenzen) schon in Art. 8 Abs. 2 des Vernehmlassungs-Entwurfs für das neue BöB.⁵⁷ Laut dem Bericht über die Ergebnisse der Vernehmlassung, S. 17,⁵⁸ ist die Bestimmung eher kritisch beurteilt worden. Schon während der Vernehmlassung ist sie namentlich von ETIENNE POLTIER in Frage gestellt worden.⁵⁹ Er prognostizierte, dass diese Bestimmung in der Praxis zu Anwendungsschwierigkeiten führen werde (a.a.O., Rz 6). Insbesondere sei die Abgrenzung, welche Konzessionen erfasst werden sollen, unklar, zumal sich Konzessionierung und Aufgabenübertragung einerseits überschneiden können, andererseits aber doch wesentlich verschiedene Dinge betreffen (a.a.O., Rz 21 und 31 f.). Die Kritik ist zwar in der Botschaft zum neuen BöB (BBI 2017 1851, Ziff. 1.3, "Weitere Rückmeldungen") angedeutet worden, doch enthalten die Erläuterungen zu Art. 9 des Entwurfs keine griffigen Darlegungen, wie die einzelnen Textelemente der Bestimmung zu verstehen sind.

6.3.2 "Besondere Rechte" und "öffentliches Interesse"

Nicht zuletzt deshalb ist die Bestimmung schwierig zu interpretieren. Bezieht man die Bedingung "wenn der Anbieterin dadurch (...) besondere Rechte zukommen" auf die Konzessio-

⁵⁶ Referendumsvorlage in: BBI 2019 4505. Die Referendumsfrist ist am 10. Oktober abgelaufen und gegen die Vorlage ist kein Referendum ergriffen worden.

⁵⁷ Abrufbar unter folgendem Link:

https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2653/01_Entwurf-BoeB-d.pdf

⁵⁸ Abrufbar unter folgendem Link: https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2653/Ergebnisse_SWV_d.pdf

⁵⁹ ETIENNE POLTIER, Nouvelle délimitation du champ d'application objectif du droit des marchés publics dans la révision en cours, Jusletter vom 18. Mai 2015.

nen, wird sie gewissermassen tautologisch, denn die Verleihung "besonderer Rechte" ist jeder Konzession immanent.⁶⁰ Dementsprechend erscheint dieses Abgrenzungskriterium diffus. Beachtet man andererseits, dass die Bestimmung nicht voraussetzt, dass aufgrund einer Konzessionierung öffentliche Aufgaben erfüllt werden, sondern nur, dass die Anbieterin die verliehenen Rechte "im öffentlichen Interesse wahrnimmt"⁶¹ und ihr dafür "direkt oder indirekt ein Entgelt (...) zukommt", wird der Fächer der erfassten Tätigkeiten enorm ausgeweitet.⁶² Zugleich ist dann aber kaum noch erkennbar, inwieweit sich eine derart verstandene Konzessionierung von der Gewährung einer Finanzhilfe unterscheidet, die nach Art. 10 Abs. 1 Bst. c des neuen BöB explizit vom Anwendungsbereich ausgeschlossen wird. Denn nach Art. 3 Abs. 1 des Subventionsgesetzes (SR 616.1, SuG) sind Finanzhilfen "geldwerte Vorteile, die (...) gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten", und die Gewährung einer Finanzhilfe setzt nach Art. 6 Bst. a SuG voraus, dass der Bund "ein Interesse an der Erfüllung der Aufgabe hat". Dieses Interesse muss klar erkennbar ein "öffentliches Interesse" sein.⁶³ Somit steht man vor der Situation, dass die Gewährung geldwerter Vorteile zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen durch Dritte (als Finanzhilfe) keine Beschaffung darstellen soll, aber als Konzessionierung eben doch, wenn der Anbieterin durch die Konzessionierung "besondere Rechte zukommen", was wie gesagt keine Begrenzung darstellt.

6.3.3 Entgelt

Im vorliegenden Fall könnte sich diese Problematik insofern entschärfen, als kein Entgelt des Bundes für die konzessionierte Tätigkeit vorgesehen ist. Für ein derartiges Entgelt bestünde auch gar keine Rechtsgrundlage. Mit einer Gesetzesrevision vom 18. März 1993⁶⁴ ist zwar eine spezielle Bestimmung über Leistungen des Bundes an Flugplätze ins Gesetz eingefügt worden (Art. 101a). Diese Bestimmung ist jedoch mit der Neugestaltung des Finanzausgleichs und der Aufgabenteilung zwischen Bund und Kantonen (NFA) per Ende 2007 ersatzlos aufgehoben worden.⁶⁵ Damit besteht diesbezüglich ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes, das die Ausrichtung eines direkten Entgelts an den Konzessionär eines Flugplatzes ausschliesst.

Zu prüfen ist jedoch, ob der Konzessionärin allenfalls *indirekt* ein Entgelt zukäme. Allein die Tatsache, dass ihr mit der Konzession das Recht verliehen wird, einen Flugplatz kommerziell zu betreiben, kann sicher nicht als indirektes Entgelt betrachtet werden. Sonst verlöre dieses Kriterium jegliche Konturen. In Betracht fiele ausserdem ein bewusst zu tief angesetzter Baurechtszins für die Nutzung des fraglichen Areals. Indessen kann davon nicht die Rede sein (siehe oben, Ziff. 6.1). Der Baurechtszins soll dem Wert der eingeräumten Nutzung angemessen sein und sogar eine Gewinnabschöpfung ermöglichen. Indessen könnte man in dem mit der Konzessionierung verbundenen Recht der Gebührenerhebung eine Art indirektes Entgelt erkennen.⁶⁶ Wie die FDAG als Betreiberin eines privaten Flugfeldes im privatrechtlichen Kleid eine Vergütung für die Nutzung verlangt hätte (sog. Start- und Landetaxen), so

⁶⁰ Vgl. statt Vieler TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A. 2014, 45/15 ff.

⁶¹ Diese feine Unterscheidung ist in der Kritik von POLTIER (a.a.O.) unbeachtet geblieben.

⁶² Zutreffend ist dies von CHRISTINA NEIER (Die Bau- und Dienstleistungskonzession im Vergaberecht der EU und der Schweiz, Schweiz. Jahrbuch für Europarecht 2014/2015, 407 ff., S. 420) erkannt worden.

⁶³ Vgl. BARBARA SCHÄRER, Subventionen des Bundes zwischen Legalitätsprinzip und Finanzrecht, Diss. 1992, S. 40.

⁶⁴ AS 1994 3010.

⁶⁵ AS 2007 5779, Ziff. 21 des Sammelerlasses.

⁶⁶ Vgl. dazu BEYELER (a.a.O.), Fn 673, 3. Alinea. BEYELER geht dabei allerdings auf die Fälle der Auslagerung öffentlicher Aufgaben ein. Mutatis mutandis könnten die Erwägungen aber auch im Fall der Konzessionierung eine Rolle spielen.

sieht ihr weitgehend unverändertes Geschäftskonzept zwingend vor, auch als konzessioniertes Unternehmen in diesem Zusammenhang Einnahmen zu generieren.⁶⁷ Die von einer Konzessionärin verlangten Entgelte können angesichts von Art. 39 LFG in Verbindung mit der Verordnung über die Flughafengebühren nur als Gebühren erhoben werden. Ein "Verzicht" auf eine Gebührenerhebung bei gleichzeitiger Erhebung privatrechtlich abgestützter Nutzungsentgelte käme einer unzulässigen Umgehung des vom BAZL beaufsichtigten Gebührenregimes gleich. Im Übrigen kommt es für die Klärung der beschaffungsrechtlichen Frage, ob ein indirektes Entgelt vorliegt, nicht darauf an, ob Gebühren erhoben werden oder ein vertragliches Nutzungsentgelt geschuldet ist. Damit ist die Gebührenerhebung, auf welche die FDAG nicht verzichten kann, als indirektes Entgelt zu werten.

6.3.4 Vorrang des LFG als *lex specialis*?

Zu prüfen bleibt damit, ob die Bestimmungen des LFG und der VIL über die Erteilung von Konzessionen allenfalls als spezialgesetzliche Bestimmungen im Sinne von Art. 9 S. 2 des revidierten BöB zu werten sind, welche die Anwendung des Beschaffungsrechts ausschliessen. Welche Anforderungen an die Beschaffenheit der spezialgesetzlichen Bestimmungen gestellt werden, lässt sich den Erläuterungen und der Literatur leider nicht einwandfrei entnehmen. Grösstenteils wird verlangt, es müsse sich um eine *formell-gesetzliche Regelung* handeln.⁶⁸ Insoweit könnte im vorliegenden Szenario auf Art. 36a LFG abgestellt werden, der für den Betrieb von Flughäfen eine Konzessionsverleihung vorsieht. Verglichen mit anderen gemäss den Erläuterungen dem neuen BöB zu unterstellenden Beispielen⁶⁹ hebt sich das LFG insoweit ab, als nicht nur knapp die Übertragung einer Aufgabe an Dritte, sondern die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung mindestens in der VIL vorgesehen werden (Art. 11 f. VIL). In der Vernehmlassung zur Revision des BöB hat jedoch das BBL in der damaligen Version der Erläuterungen sinngemäss dazu aufgerufen "*mit der vorliegenden Revision des Beschaffungsrecht (...) soweit notwendig, auch die spezialgesetzlichen Ausnahmen explizit zu regeln*"⁷⁰. Das Bundesamt für Verkehr ist dem Aufruf gefolgt und hat für Infrastrukturkonzessionen nach Eisenbahngesetz⁷¹ und für die Personenbeförderungskonzessionen ausdrücklich den Ausschluss dieser öffentlichen Aufträge aus dem Anwendungsbereich des BöB im zu ändernden Recht in die jeweiligen Erlasse aufnehmen lassen. Dieser Umstand spräche dafür, für eine Nichtunterstellung auf einem Ausschluss zu bestehen. Jedoch verhält es sich so, dass weitere Konzessionen des Fernmelde⁷²- und Rundfunkrechts⁷³ dem Luftfahrtrecht vergleichbare, speziell ausgestaltete Verfahren enthalten, bei denen die Voraussetzungen für die Konzessionserteilung gestützt auf eine Delegationsnorm auf Verordnungsstufe geregelt werden. Diese sollen gemäss Erläuterungen auch ohne einen spezialgesetzlichen Ausschluss dem BöB nicht unterstellt werden. Daraus lässt sich schliessen, dass – wohl entgegen der ursprünglichen Absicht des BBL – jedenfalls der spezialgesetzliche Ausschluss einer Anwendung des BöB nicht zwingend ist, um eine Unterstellung unter das BöB

⁶⁷ Vergleichbar: Urteil des EuGH vom 13. Oktober 2005 in der Rechtssache C-458/03 (Parking Brixen, I-0000).

⁶⁸ ABEGG/HEFTI/SEFEROVIC (a.a.O., S. 92 f.); die Anwendung von Art. 9 BöB entfalle nur, wenn formell-gesetzliche Sondervorschriften bestehen

⁶⁹ Art. 49a Nationalstrassengesetz (NSG; SR 725.11); Art. 15bbis Abs. 7 Energiegesetz (EnG; SR 730.0); Art. 21 Ziff. 2 Elektrizitätsgesetz (EleG; SR 734.0); Art. 69d Abs. 1 Radio- und Fernsehgesetz (RTVG; SR 784.40).

⁷⁰ Fundstelle Vernehmlassungsunterlagen. file:///C:/Users/U80751711/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/DATY08V2/Botschaft_BoeB_de.pdf, zu Art. 8 Abs. 2 des Vernehmlassungsentwurfs, S. 15.

⁷¹ SR 742.101.

⁷² Art. 24 und 28 Abs. 2 FMG (SR 784.10).

⁷³ Art 25, Art. 38 und Art. 34 RTVG.

zu vermeiden. Die Regelung im LFG und in der VIL könnte daher grundsätzlich als ausreichende spezialgesetzliche Regelung betrachtet werden. Allerdings sind die erwähnten Konzessionen im FMG und RTVG detaillierter ausgestaltet und tragen anders als das LFG der Situation Rechnung, dass wie in einem Beschaffungsfall eine Auswahl zwischen mehreren Bewerbern zu treffen ist (vgl. z.B. Art. 45 Abs. 3 RTVG). Angesichts fehlender Praxis zur Auslegung von Art. 9 des revidierten BöB in diesem Punkt können wir dem UVEK nicht empfehlen, einen Verzicht auf ein Vergabe- bzw. Einladungsverfahren allein auf das Argument zu stützen, Art. 10-16 VIL würden eine spezialgesetzliche Regelung gemäss Art. 9 S. 2 des revidierten BöB darstellen.

6.3.5 Anwendbarkeit des revidierten BöB in zeitlicher Hinsicht

Eine Vorwirkung von Art. 9 des revidierten BöB kommt nicht in Betracht.

Gemäss der Übergangsbestimmung des Art. 62 des revidierten BöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Damit stellt sich die Frage, ob Art. 9 des revidierten BöB überhaupt vor dem angestrebten Inkraftsetzungsdatum vom 1.1.2021, namentlich auf ein vor diesem Datum gestelltes Konzessionsgesuch Anwendung finden würde. Art. 62 BöB bezieht sich dem Wortlaut nach auf Vergabeverfahren. Auch ein Konzessionsverfahren nach LFG – so es denn Art. 9 BöB unterstellt würde – wird nach dem 1.1.2021 als Vergabeverfahren einzustufen sein. Der Gesetzgeber hatte also keinen Anlass, Konzessionsverfahren in der Übergangsbestimmung eigens zu erwähnen. Damit kann dem Wortlaut nach davon ausgegangen werden, dass das revidierte BöB erst ab dem 1.1.2021 auf ehemals als Konzessionsverfahren bezeichnete Verfahren angewendet werden kann.

Fraglich ist, welcher Verfahrensschritt vorgenommen worden sein muss, damit das Vergabeverfahren als vor dem 1.1.2021 eingeleitet gilt. Gemäss den Erläuterungen ist das Gesetz erst auf Beschaffungsverfahren anwendbar, in denen nach seinem Inkrafttreten eine öffentliche Ausschreibung, eine Einladung oder ein freihändiger Zuschlag erfolgt. Massgebend soll jeweils der Zeitpunkt der Publikation oder der individuellen Eröffnung sein.⁷⁴ Ein mit der öffentlichen Ausschreibung vergleichbares Moment im Konzessionsverfahren ist jener, in dem die Konzessionsbehörde zu erkennen gibt, dass eine Konzession zu vergeben ist und sie bereit ist, entsprechende Gesuche entgegenzunehmen. Wie im Beschaffungsverfahren benötigen die Parteien ab dem Moment Sicherheit über das anwendbare Recht, ab dem der Wille zur Entgegennahme von Angeboten, bzw. von Gesuchen artikuliert worden ist. Sofern somit das UVEK vor dem 1.1.2021 bekannt gibt, dass für den Flugplatz Dübendorf eine Konzession zu vergeben ist und entsprechende Gesuche entgegengenommen werden, würde Art. 9 des revidierten BöB nach Ansicht des BJ auf keinen Fall Anwendung finden.

6.4 Zwischenfazit

Aufgrund des heutigen Beschaffungsrechts muss das Umnutzungs-Projekt im Fall einer Konzessionierung nach Art. 36a LFG nicht ausgeschrieben werden. Sofern das UVEK vor dem 1.1.2021 bekannt gibt, dass für den Flugplatz Dübendorf eine Konzession zu vergeben ist und entsprechende Gesuche entgegengenommen werden, würde Art. 9 des revidierten BöB nach Ansicht des BJ auf keinen Fall Anwendung finden.

⁷⁴ BBI 2016, 146.

7 Wäre es zulässig, das Konzessionsverfahren im konzentrierten Umnutzungsverfahren (enthaltend Konzession, Betriebsreglement und Plangenehmigungen) zu integrieren und dieses gleichzeitig mit dem Sachplanverfahren durchzuführen?

Die Festlegungen des Bundesrates im SIL bilden die Basis für die Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf in einen zivilen Flugplatz. Für eine solche Umnutzung ist eine Betriebskonzession (vgl. auch Art. 31 VIL), eine Plangenehmigung und ein genehmigtes Betriebsreglement erforderlich. Für die Erteilung der Betriebskonzession und die Plangenehmigung (inkl. Enteignungsentscheid) ist bei Flughäfen das UVEK zuständig (Art. 36a Abs. 1 und Art. 37 Abs. 2 Bst. a LFG). Für die Genehmigung des Betriebsreglements ist auch bei Flughäfen das BAZL zuständig (Art. 36c Abs. 3 LFG). Allenfalls schliesst sich ein Schätzungsverfahren bzw. ein nachträgliches Enteignungsverfahren vor der Eidgenössischen Schätzungskommission an. Im Folgenden werden die verschiedenen Verfahren skizziert (Ziff. 7.1 - 7.5). Anschliessend wird geprüft, wie sie miteinander koordiniert werden können (Ziff. 7.6).

7.1 Sachplanverfahren

Der SIL ist das Planungs- und Koordinationsinstrument des Bundes für die zivile Luftfahrtinfrastruktur (vgl. Art. 13 des Raumplanungsgesetzes vom 22. Juni 1979, RPG, SR 700). Er ist behördenverbindlich (Art. 22 der Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, RPV, SR 700.1) und besteht aus zwei Teilen, dem Konzeptteil und dem Objektteil. Der Konzeptteil enthält generelle Ziele und Vorgaben zur Infrastruktur der schweizerischen Zivilluftfahrt und legt das Gesamtnetz mit den Standorten und den Funktionen der Flugplätze fest. Der Objektteil konkretisiert die Vorgaben aus dem Konzeptteil und legt für die einzelnen Flugplätze insbesondere den Zweck, das beanspruchte Areal, die Grundzüge der Nutzung, die Erschliessung sowie die Rahmenbedingungen zum Betrieb fest (Art. 3a VIL).

Das Sachplanverfahren ist in Art. 17-21 RPV geregelt:

- *Erarbeitung:* Der SIL wird vom BAZL in enger Zusammenarbeit mit dem ARE erarbeitet. Dabei wird die Richtplanung der Kantone berücksichtigt. Um allfällige Konflikte frühzeitig zu erkennen und zu lösen, sorgt das BAZL für einen möglichst frühzeitigen Einbezug der betroffenen Behörden des Bundes, der Kantone und des benachbarten Auslands sowie der betroffenen Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, die nicht der Verwaltung angehören, soweit sie mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben betraut sind (Art. 17 und 18 RPV).
- *Anhörungsverfahren:* Das BAZL stellt den SIL-Entwurf den betroffenen Kantonen zu. Diese hören die interessierten kantonalen, regionalen und kommunalen Stellen an und sorgen für die Mitwirkung der Bevölkerung. Der SIL-Entwurf ist während mindestens 20 Tagen öffentlich aufzulegen. Das Anhörungsverfahren dauert in der Regel 3 Monate, kann jedoch bei Anpassungen angemessen verkürzt werden (Art. 19 RPV)
- *Bereinigerungsverfahren:* Können Widersprüche zur kantonalen Richtplanung vor der Verabschiedung des SIL nicht ausgeräumt werden, so kann nach Art. 20 RPV das Bereinigerungsverfahren (Art. 12 RPG) verlangt werden (Einigungsverhandlung, Entscheid des Bundesrates innerhalb von drei Jahren, falls keine Einigung zustande kommt).
- *Verabschiedung:* Der Bundesrat verabschiedet den SIL sowie dessen Anpassung auf Antrag des UVEK (Art. 21 RPV). Da Akte des Bundesrates nach Art. 189 Abs. 4 BV nicht direkt anfechtbar sind, kann der SIL erst in einem konkreten Beschwerdeverfahren gegen einen Plangenehmigungsentscheid vorfrageweise überprüft werden (BGE 139 II 499 E. 4.1 S. 508).

Vorliegend wurde mit der Anpassung des SIL-Konzeptteils vom 31. August 2016 die Umnutzung des Militärflugplatzes Dübendorf in ein ziviles Flugfeld in die Wege geleitet. Im Entwurf des SIL-Objektblatt Dübendorf vom 18. Januar 2019 wurden die Vorgaben des Konzeptteils weiter konkretisiert. Zu diesem Entwurf wurden zwischen Februar und Mai 2019 eine Anhörung der Behörden und eine Mitwirkung der Bevölkerung durchgeführt (vgl. oben Ziff. 3.1). Das Objektblatt ist vom Bundesrat noch nicht verabschiedet. Soll der Militärflugplatz Dübendorf künftig als Regionalflughafen und nicht als ziviles Flugfeld betrieben werden, müssten der Konzeptteil geändert und das Objektblatt neu ausgestaltet werden. Der bisherige Inhalt müsste u.E. nur insoweit geändert werden, als dies durch die Status-Änderung des Flugplatzes zwingend nötig ist (insb. Zweck, keine Ausweitung betr. Lärmbelastung beabsichtigt, evtl. Rahmenbedingungen zum Betrieb, vgl. auch Ziff. 5).

7.2 Konzessionsverfahren

Mit der Betriebskonzession werden dem Konzessionär folgende Rechte verliehen und folgende Pflichten auferlegt: Recht und Pflicht zum Betrieb des Flughafens nach den Vorgaben des SIL, Gebührenerhebungsrecht, Zulassungszwang innerhalb der im Betriebsreglement vorgesehenen Schranken, Pflicht zur Erstellung der erforderlichen Infrastruktur, Enteignungsrecht (Art. 36a Abs. 2 und 4 LFG, Art. 10 Abs. 1 VIL). Die Ausgestaltung des Betriebs und der Infrastruktur sind nicht Gegenstand der Betriebskonzession (Art. 10 Abs. 2 VIL).

Gemäss Art. 12 Abs. 1 VIL erteilt das UVEK die Betriebskonzession wenn:

- a. der Betrieb der Anlage den Zielen und Vorgaben des SIL entspricht;
- b. der Gesuchsteller über die erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Mittel verfügt, um die Verpflichtungen aus Gesetz, Konzession und Betriebsreglement zu erfüllen;
- c. das Betriebsreglement genehmigt werden kann.

Die Erteilung der Betriebskonzession kann insbesondere verweigert werden, wenn die Finanzierung von Anlage und Betrieb des Flughafens offensichtlich gefährdet erscheint (Art. 12 Abs. 2 VIL).

Das Konzessionsverfahren ist nur rudimentär geregelt. Das LFG enthält keine Verfahrensbestimmungen. Art. 11 VIL regelt die Einreichung des Konzessionsgesuches. Art. 4-7 VIL enthalten Bestimmungen zur öffentlichen Auflage von Gesuchen sowie Behandlungsfristen, die für alle Verfahren betreffend Betrieb und Bau von Flugplätzen gelten. Da es sich bei der Betriebskonzession um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) handelt, die vom UVEK erlassen wird, findet auf das Konzessionsverfahren das VwVG Anwendung (Art. 1 Abs. 1 und 2 VwVG).⁷⁵ Das UVEK geht in seiner Praxis auch davon aus, dass auf das Konzessionsverfahren die Bestimmungen für die Genehmigung des Betriebsreglements⁷⁶ bzw. die Vorschriften für das Plan genehmigungsverfahren⁷⁷ Anwendung finden. Das Bundesgericht hat die Anwendung der

⁷⁵ So auch der Bundesrat in der Botschaft vom 25. Februar 1998 zu einem Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung der Plangenehmigungsverfahren, BBI 1998, 2591, 2645. Nach STEFAN VOGEL, Luftfahrtinfrastruktur, in Biaggini u.a. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich u.a. 2015, S. 363 ff., Rz. 8.14 ist mangels einer direkten Regelung unklar, nach welchen Normen sich das Konzessionsverfahren konkret richtet.

⁷⁶ Ziff. 1.2 der Erwägungen des UVEK zur Erteilung einer Betriebskonzession für den Flughafen Zürich vom 31. Mai. 2001, zit. nach JAAG/HÄNNI a.a.O., Rz. 61 FN 170; VOGEL a.a.O., Rz. 8.14.

⁷⁷ Vgl. das im Bundesblatt publizierte Gesuch vom 27. Februar 2001 um Erteilung einer Betriebskonzession für den Flughafen Zürich, BBI 2001 1114.

Bestimmungen über die Plangenehmigung abgelehnt und die Anwendung der Verfahrensvorschriften zum Betriebsreglement offengelassen.⁷⁸ Im Einzelnen gilt:

- *Gesuch*: Das Gesuch um Erteilung einer Betriebskonzession muss gemäss Art. 11 VIL beim UVEK mit folgenden Unterlagen eingereicht werden: Angaben zum künftigen Betriebsverantwortlichen, Handelsregisterauszug, Nachweise betr. erforderliche Kenntnisse, Fähigkeiten und Mittel für den Betrieb des Flughafens, Übersicht über die geplante Finanzierung des Flughafens und Betriebsreglement mit den entsprechenden Unterlagen gemäss Art. 24 VIL (dazu unten Ziff. 7.4). Das UVEK übermittelt das Gesuch in der Regel innerhalb von 10 Arbeitstagen an die betroffenen Kantone und die betroffenen Bundesbehörden (Art. 6 Bst. a VIL).
- *öffentliche Auflage und Einwendungsverfahren*: Mangels ausdrücklichem Verweis auf die Verfahrensvorschriften zum Betriebsreglement richtet sich die öffentliche Auflage des Gesuchs und die Anhörung der Parteien u.E. nach Art. 30a VwVG und Art. 4 VIL. Das Gesuch wird in den Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden veröffentlicht (Art. 4 Abs. 1 VIL). Das UVEK hört die Parteien an, indem sie ihnen eine angemessene Frist für Einwendungen setzt (Art. 30a Abs. 2 VwVG). Unklar ist, ob im Konzessionsverfahren die Bestimmung von Art. 36d Abs. 4 LFG, wonach Personen, die keine Einsprache (Einwendung) erhoben haben, vom weiteren Verfahren ausgeschlossen sind, auch gilt. Die Frage dürfte allerdings von untergeordneter Bedeutung sein, da das Bundesgericht in seiner Praxis die Legitimation der Anwohner zur Anfechtung der Betriebskonzessionserteilung bisher verneint hat (BGE 129 II 331).
- *Entscheid*: Nach Abschluss des Instruktionsverfahrens fällt das UVEK seinen Entscheid in der Regel innerhalb von zwei Monaten (Art. 6 Bst. b VIL). Als anfechtbare Verfügung unterliegt der Konzessionsentscheid des UVEK der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

7.3 Plangenehmigungsverfahren

Bauten und Anlagen, die ganz oder überwiegend dem Betrieb eines Flughafens dienen, dürfen nur mit einer Plangenehmigung des UVEK erstellt oder geändert werden (Art. 37 Abs. 1 und Abs. 2 bst. a LFG). Das Plangenehmigungsverfahren ist als konzentriertes Verfahren ausgestaltet. Das UVEK entscheidet als Leitbehörde des Bundes bei Flughafenanlagen über die Einhaltung der bundesrechtlichen und kantonrechtlichen Vorschriften. Die betroffenen Kantone und die betroffenen Fachstellen des Bundes werden angehört. Mit der Plangenehmigung werden sämtliche nach Bundesrecht erforderlichen Bewilligungen erteilt (Art. 37 Abs. 3 LFG). Kantonale Bewilligungen und Pläne sind nicht erforderlich. Das kantonale Recht ist zu berücksichtigen, soweit es den Bau und Betrieb des Flugplatzes nicht unverhältnismässig einschränkt (Art. 37 Abs. 4 LFG). Mit der Plangenehmigung für Flughafenanlagen entscheidet das UVEK gleichzeitig über die enteignungsrechtlichen Einsprachen (Art. 37h Abs. 1 LFG). Nach Abschluss des Plangenehmigungsverfahrens wird, soweit erforderlich, das Schätzungsverfahren vor der Eidgenössischen Schätzungskommission durchgeführt (Art. 37k Abs. 1 LFG). Gemäss Art. 27d Abs. 1 VIL erteilt das UVEK die Plangenehmigung, wenn das Projekt:

- a. die Festlegungen des SIL einhält;
- b. die Anforderungen nach Bundesrecht erfüllt, namentlich die luftfahrtspezifischen und technischen Anforderungen sowie die Anforderungen der Raumplanung, des Umwelt-, Natur- und Heimatschutzes.

⁷⁸ Hinweise bei ADRIAN WALPEN, Bau und Betrieb von zivilen Flughäfen, unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich, Zürich u.a. 2005, S. 163.

Auf kantonales Recht gestützte Anträge sind zu berücksichtigen, soweit dadurch der Betrieb oder der Bau des Flugplatzes nicht übermässig behindert wird (Art. 27d Abs. 2 VIL).

Das Plangenehmigungsverfahren ist im LFG und der VIL ausführlich geregelt. Im Einzelnen gilt Folgendes:

- *Gesuch:* Das Gesuch ist nach Art. 37b LFG beim UVEK mit den erforderlichen Unterlagen einzureichen. Art. 27a^{bis} VIL umschreibt den notwendigen Inhalt des Gesuchs (insb. Pläne, Angaben über Auswirkungen auf Raum, Umwelt und Lärmbelastung, allenfalls Umweltverträglichkeitsbericht, Angaben zur Flugsicherheit, allfällige Änderungen des Betriebsreglements im Zusammenhang mit dem Bauvorhaben). Das Gesuch ist nötigenfalls mit genauen Angaben zu ergänzen über den Bedarf an Grundstücken und an dinglichen Rechten, sowie mit Angaben darüber, wie sie erworben werden und ob Enteignungen notwendig sind. Dem Gesuch sind diesfalls eine Übersicht über den Stand der Verhandlungen mit Eigentümern und weiteren Berechtigten sowie über abgeschlossene oder vorgesehene Kauf-, Tausch- oder Dienstbarkeitsverträge und allenfalls ein Enteignungsplan beizulegen (Art. 27a^{bis} Abs. 2 Bst. b VIL).

Das UVEK übermittelt das Gesuch in der Regel innerhalb von 10 Arbeitstagen an die betroffenen Kantone und die betroffenen Bundesbehörden (Art. 6 Bst. a VIL). Es lädt die Kantone ein, innerhalb von drei Monaten dazu Stellung zu nehmen; es kann die Frist in begründeten Fällen ausnahmsweise verkürzen oder verlängern (Art. 37d Abs. 1 LFG). Das UVEK setzt als Leitbehörde des Bundes den Fachbehörden auf Bundesebene in der Regel eine zweimonatige Frist zur Stellungnahme (Art. 62a Abs. 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997, RVOG, SR 172.010).
- *öffentliche Auflage und Aussteckung:* Das Gesuch ist auf Veranlassung der Kantone in den amtlichen Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden zu publizieren und während 30 Tagen öffentlich aufzulegen (Art. 37d Abs. 2 LFG; Art. 4 Abs. 1 VIL). Vor der öffentlichen Auflage des Gesuchs muss die ersuchende Unternehmung auf dem Gelände das geplante Werk ausstecken und Profile aufstellen (Art. 37c Abs. 1 LFG). Spätestens mit der öffentlichen Auflage der Pläne der Flughafenanlage muss die ersuchende Unternehmung den Entschädigungsberechtigten nach EntG eine persönliche Anzeige über die zu enteignenden Rechte zustellen (Art. 37e LFG).
- *Einsprachen:* Wer nach den Vorschriften des VwVG und des EntG Partei ist, kann während der Auflagefrist beim UVEK Einsprache erheben; wer keine Einsprache erhebt, ist vom weiteren Verfahren ausgeschlossen (Art. 37f Abs. 1 LFG). Bei Flughafenanlagen sind innerhalb der Auflagefrist auch sämtliche enteignungsrechtlichen Einwände sowie Begehren um Entschädigung oder Sachleistung geltend zu machen (Art. 37f Abs. 2 LFG). Die betroffenen Gemeinden wahren ihre Interessen mit Einsprache (Art. 37f Abs. 3 LFG).
- *Bereinigungsverfahren:* Die Kantone sorgen für die Koordination der Stellungnahmen ihrer Fachstellen (Art. 4 Abs. 2 VIL). Das Bereinigungsverfahren in der Bundesverwaltung richtet sich nach Art. 62b RVOG.
- *Entscheid:* Gemäss Art. 27e VIL wertet das UVEK im Plangenehmigungentscheid die Stellungnahmen von Kantonen und Fachstellen und entscheidet über die Einsprachen. Mit der Plangenehmigung erhält der Gesuchsteller die Erlaubnis, ein Bauprojekt entsprechend den genehmigten Plänen auszuführen. Mit dem Entscheid können Auflagen und Bedingungen verknüpft werden, insbesondere hinsichtlich Anforderungen der Raumplanung, des Umwelt-, Natur- und Heimatschutzes. Das UVEK teilt den Parteien mit, wenn das Instruktionsverfahren abgeschlossen ist (Art. 7 VIL). Nach Abschluss des Instruktionsverfahrens fällt das UVEK seinen Entscheid in der Regel innerhalb von zwei Monaten

(Art. 6 Bst. b VIL). Als anfechtbare Verfügung unterliegt die Plangenehmigung der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

7.4 Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements

Im Betriebsreglement sind die im SIL, in der Konzession sowie in der Plangenehmigung vorgegebenen Rahmenbedingungen konkret auszugestalten (Art. 36c Abs. 2 LFG). Das Betriebsreglement ordnet den Flugplatzbetrieb in allen Belangen; es enthält namentlich Vorschriften über die Organisation des Flugplatzes, die Betriebszeiten, die An- und Abflugverfahren, Benützung der Flugplatzanlagen und Bodenabfertigungsdienste (Art. 36c Abs. 2 LFG, Art. 23 VIL). Der Flugplatzhalter unterbreitet das Betriebsreglement dem BAZL zur Genehmigung (Art. 36c Abs. 3 LFG). Nach Art. 25 VIL genehmigt das BAZL das Betriebsreglement wenn:

- a. die Festlegungen des SIL eingehalten sind;
- b. die Vorgaben der Betriebskonzession und der Plangenehmigung umgesetzt sind;
- c. die luftfahrtspezifischen Anforderungen sowie die Anforderungen der Raumplanung und des Umwelt-, Natur- und Heimatschutzes erfüllt sind;
- d. ...
- e. bei Flughäfen die Sicherheitszonen öffentlich aufliegen;
- f. die Voraussetzungen für die notwendige Zertifizierung des Flughafens gemäss EU- oder internationalem Recht vorliegen (betr. Organisation, Betrieb und Infrastruktur).

Das Verfahren ist ähnlich ausgestaltet wie das Plangenehmigungsverfahren. Art. 36d LFG kommt vom Wortlaut her zwar nur für Gesuche um Änderungen des Betriebsreglements zur Anwendung, die wesentliche Auswirkungen auf die Fluglärmbelastung haben. U.E. muss dieses Verfahren auch beim Gesuch um eine erstmalige Genehmigung eines Betriebsreglements für einen neuen Flughafen zur Anwendung kommen, da es auch dort um Fluglärmaspekte geht. Für diese Auffassung könnte man sich auch auf das VwVG berufen und argumentieren, dass es sich beim Genehmigungsentscheid des BAZL um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG handelt und deshalb die Regeln des VwVG zur Anwendung kommen (insb. Einwendungsverfahren nach Art. 30a VwVG).

- *Gesuch:* Nach Art. 36c Abs. 3 LFG und Art. 24 VIL ist das Gesuch um Genehmigung des Betriebsreglements beim BAZL mit den notwendigen Unterlagen einzureichen (insb. Betriebsreglement mit Erläuterung und Begründung, Angaben zur Auswirkung auf Raum, Umwelt, Lärmbelastung, ggf. Umweltverträglichkeitsbericht, Nachweise über Einhaltung der Flugsicherheit, bei Flughäfen auch die Entwürfe der zu ändernden Sicherheitszonen).

Das BAZL übermittelt das Gesuch in der Regel innerhalb von 10 Arbeitstagen an die betroffenen Kantone und die betroffenen Bundesbehörden (Art. 6 Bst. a VIL). Es lädt die Kantone ein, innerhalb von drei Monaten dazu Stellung zu nehmen; es kann die Frist in begründeten Fällen ausnahmsweise verkürzen oder verlängern (Art. 36d Abs. 1 LFG). Zumindest analog zur Anwendung kommen dürfte auch Art. 62a Abs. 2 RVOG. Entsprechend setzt das BAZL den Fachbehörden auf Bundesebene in der Regel eine zweimonatige Frist zur Stellungnahme.

- *öffentliche Auflage:* Das Gesuch ist auf Veranlassung der Kantone in den amtlichen Publikationsorganen der betroffenen Kantone und Gemeinden zu publizieren und während 30 Tagen öffentlich aufzulegen (Art. 36d Abs. 2 LFG; Art. 4 Abs. 1 VIL).
- *Einsprachen:* Wer nach den Vorschriften des VwVG Partei ist, kann während der Auflagefrist beim BAZL Einsprache erheben; wer keine Einsprache erhebt, ist vom weiteren

Verfahren ausgeschlossen (Art. 36d Abs. 4 LFG). Die betroffenen Gemeinden wahren ihre Interessen mit Einsprache (Art. 36d Abs. 5 LFG).

- *Bereinigung*: Die Kantone sorgen für die Koordination der Stellungnahmen ihrer Fachstellen (Art. 4 Abs. 2 VIL). Das Bereinigungsverfahren in der Bundesverwaltung richtet sich nach Art. 62b RVOG (Art. 36d Abs. 4 LFG).
- *Entscheid*: Erstellt der Flugplatzhalter das Betriebsreglement im Zusammenhang mit der Erstellung oder Änderung von Flugplatzanlagen, so genehmigt das BAZL das Betriebsreglement frühestens im Zeitpunkt, in dem die Plangenehmigung erteilt wird (Art. 36c Abs. 4 LFG). Das Betriebsreglement wird nach seiner Genehmigung verbindlich (Art. 25 Abs. 2 VIL). Es gelten auch hier die Behandlungsfristen von Art. 6 Bst. b und Art. 7 VIL.

7.5 Nachträgliches Enteignungsverfahren

Sind für den *Bau* von Flughafenanlagen Enteignungen erforderlich, so muss die ersuchende Unternehmung spätestens mit der öffentlichen Auflage der Pläne im Plangenehmigungsverfahren den Entschädigungsberechtigten nach EntG eine persönliche Anzeige über die zu enteignenden Rechte zustellen. Die Entschädigungsberechtigten haben sämtliche enteignungsrechtlichen Einwände und Entschädigungsbegehren innerhalb der Auflagefrist mit Einsprache beim UVEK geltend zu machen (siehe oben Ziff. 7.3).

Ein anderes Verfahren gilt für Enteignungen im Zusammenhang mit dem *Betrieb* eines Flughafens. Führt der künftige Flughafenbetrieb (insbesondere An- und Abflugverkehr) voraussichtlich zu einer Beeinträchtigung der Rechte der Nachbarschaft (insbesondere übermässige Lärmimmissionen und/oder tiefe Überflüge) so können die Entschädigungsberechtigten ihre enteignungsrechtlichen Einwände und Entschädigungsbegehren nicht im Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements einbringen. Dieses Verfahren umfasst zwar auch eine öffentliche Auflage des Gesuchs und ein Einspracheverfahren; in diesem Verfahren können die betroffenen Nachbarn namentlich Einsprachen gegen das Lärmschutzkonzept oder das An- und Abflugverfahren erheben. Das LFG sieht jedoch – anders als im Plangenehmigungsverfahren – kein kombiniertes Betriebsreglements- und Enteignungsverfahren vor.⁷⁹ Die betroffenen Grundeigentümer und Nachbarn müssen vielmehr ihre enteignungsrechtlichen Entschädigungsforderungen, die an die Stelle ihrer privatrechtlichen Abwehrrechte gegen übermässige Lärmimmissionen (Art. 679 i.V.m. 684 ZGB) und/oder gegen tiefe Überflüge (Art. 641 Abs. 2 i.V.m. Art. 667 Abs. 1 ZGB) treten⁸⁰ nach Aufnahme des Flugbetriebs beim Enteigner (Flughafenhalter) geltend machen. Sie können nicht selber an die Eidgenössische Schätzungskommission gelangen, sondern müssen beim Enteigner die Eröffnung eines nachträglichen Enteignungsverfahrens verlangen.⁸¹ Der Enteigner darf die Verfahrenseröffnung nur ausnahmsweise ablehnen, z.B. wenn die geltend gemachten Rechte verjährt oder verwirkt sind. Notfalls kann die Weigerung des Enteigners gerichtlich angefochten werden.⁸²

Anlässlich der Teilrevision des Enteignungsrechts hatte der Bundesrat in der Vernehmlassung vorgeschlagen, dass enteignungsrechtliche Einsprachen von Nachbarn künftig im Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements geltend zu machen und zu beurteilen

⁷⁹ Vgl. dazu SCHILLING a.a.O., S. 18 mit Verweis auf BGE 130 II 394 E. 6 S. 401.

⁸⁰ BGE 129 II 72 E. 2.4 S. 77; BGer-Urteil 1C_102/2018, 1C_103/2018, 1C_104/2018 vom 20. März 2019, E. 2; zur Enteignung nachbarrechtlicher Abwehransprüche infolge Lärm vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 1. Juni 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Enteignung, BBl 2018 4713 (im Folgenden Botschaft Enteignungsgesetz), 4726f.

⁸¹ Vgl. BGE 115 Ib 411 E. 2a S. 413; BGer-Urteil 1C_418/2017 vom 28. März 2019, E. 4.5.2.

⁸² BGer-Urteil 1C_418/2017 E. 4.5.2 mit Hinweisen.

sein.⁸³ An dieser Lösung wurde jedoch kritisiert, "dass im Zeitpunkt der Auflage und Genehmigung des Betriebsreglements noch nicht festgestellt werden könne, ob überhaupt ein Anspruch auf Minderwertentschädigung gegeben sei. So könne es durchaus sein, dass die tatsächliche Lärmbelastung im Betrieb geringer ist als prognostiziert (z.B. weil die Kapazität nicht voll genutzt werde oder bei einer Änderung des Flottenmixes). Die im Betriebsreglement vorgesehenen Lärmbegrenzungen seien Obergrenzen, die aber nicht immer und zwingend ausgenützt würden. Ob tatsächlich ein Anspruch auf Minderwertentschädigung gegeben sei, müsse daher im Einzelfall und erst nach Eintritt der tatsächlichen Lärmbelastung geprüft werden."⁸⁴ In Nachachtung dieser Kritik schlug der Bundesrat in der Folge vor, an der bisherigen Praxis festzuhalten, wonach Entschädigungsforderungen gegen den Flughafenhalter wegen übermässiger Lärmimmissionen, die aufgrund eines genehmigten Betriebsreglements geduldet werden müssen, nach dem EntG zu beurteilen seien (Art. 36e Abs. 1 erster Satz E-LFG)⁸⁵. Gegenüber dem geltenden Recht verbessert wurde die Rechtsstellung der betroffenen Nachbarn insofern, als diese ihre Entschädigungsforderungen gegen den Flughafenhalter künftig direkt an den Präsidenten der zuständigen Schätzungskommission richten können (Art. 36e Abs. 2 erster Satz E-LFG). Hierfür ist die vorgängige Teilnahme am Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements nicht erforderlich (Art. 36e Abs. 2 zweiter Satz E-LFG). Die Schätzungskommission führt jedoch anschliessend kein selbständiges Enteignungsverfahren mehr durch (vgl. Art. 36e Abs. 1 zweiter Satz E-LFG); der Präsident eröffnet vielmehr auf Gesuch hin direkt das Einigungsverfahren (Art. 45 E-EntG). Das Einigungsverfahren findet nach der Konzeption des revidierten Gesetzes jedoch erst statt, wenn ein rechtskräftiger Enteignungstitel vorliegt und nur noch die Art und Höhe der Entschädigung und allenfalls damit zusammenhängende Fragen zu beurteilen sind.⁸⁶ Die Neuregelung in Art. 36e E-LFG führt letztlich dazu, dass – anders als im geltenden Recht – nur noch über die Entschädigungsforderungen, nicht mehr aber über allfällige Einsprachen gegen die Enteignung selber entschieden werden kann. Allerdings waren auch unter geltendem Recht nachträgliche enteignungsrechtliche Einsprachen wenig erfolgsversprechend, wenn das Betriebsreglement auch unter dem Blickwinkel der Lärmbelastung umfassend geprüft und gutgeheissen wurde.⁸⁷

Der neue Art. 36e E-LFG regelt nur das Verfahren für Entschädigungen wegen übermässiger Lärmbelastung. Es fragt sich, ob das gleiche Verfahren sinngemäss auch auf Entschädigungsforderungen wegen direkter Überflüge Anwendung finden müsste oder ob hierfür ein selbständiges Enteignungsverfahren gemäss Art. 36 ff. E-EntG durchgeführt werden müsste. Für eine sinngemässe Anwendung von Art. 36e E-LFG spricht zwar, dass es sich bei beiden Entschädigungsforderungen – obwohl die zu enteignenden zivilen Rechte nicht identisch sind – um verwandte Ansprüche handelt und ein benachbarter Grundeigentümer unter Umständen sowohl eine Entschädigungsforderung wegen übermässiger Lärmbelastung als auch eine solche wegen direktem Überflug geltend macht. Dagegen spricht jedoch der klare Wortlaut und der Umstand, dass sich die Frage, "auf welcher Höhe ein Flugzeug in die Interessensphäre der Grundeigentümer und damit in das Grundeigentum" eindringt, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und dem schutzwürdigen Interesse des Eigentümers an der Freihaltung des Luftraums über seinem Grundstück (vgl. Art. 667 Abs. 1 ZGB) beantworten lässt (BGE 142 II 128 E. 2.2 mit

⁸³ Botschaft Enteignungsgesetz, 4764.

⁸⁴ Botschaft Enteignungsgesetz, 4764.

⁸⁵ Entwurf für ein Bundesgesetz über die Enteignung, BBl 2018, 4771, 4796. Botschaft Enteignungsgesetz, 4765.

⁸⁶ Botschaft Enteignungsgesetz, 4743, 4745.

⁸⁷ Vgl. SCHILLING a.a.O., S. 18f.

Hinweisen).⁸⁸ Die Beantwortung dieser Frage lässt sich aufgrund der einzelfallbezogenen Gerichtspraxis jedoch nicht bereits im Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements vorwegnehmen. Dort wird zwar unter anderem auch über das An- und Abflugverfahren und die zugelassenen Flugzeuge befunden, jedoch ist zu diesem Zeitpunkt noch unklar, wieweit die räumliche Ausdehnung des Grundeigentums nach oben bei den betroffenen Grundstücken im konkreten Fall reicht. Die betroffenen Grundeigentümer müssen Gelegenheit haben, nach Aufnahme des Flugbetriebs ihre enteignungsrechtlichen Einwände gegen einen allfälligen Eingriff in ihr Eigentum mittels Einsprache geltend machen zu können. Für die Behandlung enteignungsrechtlicher Einsprachen steht jedoch nach neuem Recht das selbständige Enteignungsverfahren gemäss Art. 36 ff. E-EntG zur Verfügung. Das abgekürzte Verfahren nach Art. 36e E-LFG sieht gerade – anders als das heutige Recht – kein Einspracheverfahren mehr vor. Zuständig für das selbständige Enteignungsverfahren ist gemäss Art. 38 E-EntG entweder das UVEK (als zuständiges Departement im Sinne von Abs. 1) oder das BAZL (als die für die Genehmigung des Betriebsreglements zuständige Behörde in analoger Anwendung von Abs. 2).

7.6 Koordination der verschiedenen Verfahren

Die unter Ziff. 7.1-7.5 dargestellten fünf Verfahren dienen alle der Verwirklichung eines konkreten Flughafenprojekts innerhalb des gesetzlichen Rahmens sowie der Interessenabwägung auf der jeweiligen Stufe und für den jeweiligen Teilbereich. In fast allen Verfahren findet eine breite Mitwirkung der Kantone und Gemeinden, der lokalen Bevölkerung sowie der Fachstellen des Bundes und eine entsprechend aufwändige Bereinigung der Eingaben statt (eine Sonderstellung kommt dem nachträglichen Enteignungsverfahren zu). In fast allen Verfahren gelten die gleichen oder ähnliche Verfahrensfristen. Teilweise müssen auch die gleichen Gesuchsunterlagen in unterschiedlichen Verfahren eingereicht werden, so etwa die Unterlagen zum Betriebsreglement sowohl im Konzessionsverfahren vor dem UVEK als auch im Genehmigungsverfahren betr. Betriebsreglement vor dem BAZL. Die Unterlagen zur Auswirkung des Projekts auf Raum, Umwelt, Lärmbelastung, ein allfälliger Umweltverträglichkeitsbericht sowie Nachweise über die Einhaltung der Flugsicherheit müssen sowohl im Plangenehmigungsverfahren als auch im Genehmigungsverfahren betr. Betriebsreglement vor dem BAZL (und letztlich über den Verweis auf die Unterlagen zum Betriebsreglement auch im Konzessionsverfahren) eingereicht werden. Die Verfahren haben von ihrem Gegenstand her unterschiedliche Schwerpunkte, überschneiden sich aber auch teilweise:

- Im SIL-Verfahren legt der Bundesrat den *Zweck* sowie die *Rahmenbedingungen* für Bau und Betrieb des künftigen Flughafens fest. Die Einhaltung der Ziele und Festlegungen im SIL bildet Voraussetzung sowohl für die Konzessionserteilung, die Plangenehmigung als auch für die Genehmigung des Betriebsreglements.
- Im Konzessionsverfahren prüft das UVEK in erster Linie, ob der künftige *Flughafenbetreiber* über die erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und vor allem über die finanziellen Mittel verfügt, um seine Pflichten aus Gesetz, Konzession und Betriebsreglement erfüllen zu können. In diesem Zusammenhang findet auch eine erste Prüfung des Betriebsreglements statt. Mit der Betriebskonzession erhält der Konzessionär das Recht zum Flughafenbetrieb und wird u.a. verpflichtet, die Flughafeninfrastruktur zu erstellen.
- Im Plangenehmigungsverfahren erteilt das UVEK als Leitbehörde alle Bewilligungen nach Bundes- und nach kantonalem Recht, die für den *Bau der Flughafeninfrastruktur*

⁸⁸ Massgebend sind dabei gemäss Bundesgericht die Nutzung und Lage der konkret betroffenen Liegenschaft, die Art und Grösse der Flugzeuge und die Auswirkungen des Überflugs.

notwendig sind. Zudem entscheidet das UVEK über enteignungsrechtliche Einsprachen im Zusammenhang mit dem Bau der Flughafeninfrastruktur.

- Der Flughafenbetreiber regelt den *Betrieb des Flughafens* im Betriebsreglement. Das BAZL genehmigt dieses, wenn die Vorgaben des SIL, der Betriebskonzession und der Plangenehmigung umgesetzt sind.
- Im nachträglichen Enteignungsverfahren beurteilt die Schätzungskommission (oder nach dem revidierten EntG bei direkten Überflügen allenfalls das UVEK oder BAZL) über enteignungsrechtliche Einsprachen im Zusammenhang mit dem *Betrieb des Flughafens*.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen handelt es sich trotz der teilweise ähnlich ausgestalteten Verfahren und der gegenseitigen Abhängigkeit grundsätzlich um separate Verfahren mit teilweise verschiedenen Entscheidbehörden. Indes gibt es viele Doppelspurigkeiten und Überschneidungen. Die Verfahren sind noch nicht optimal aufeinander abgestimmt. Der Bedarf an einer Verfahrenskoordination liegt auf der Hand.

Aus dem Gebot der Vereinfachung und Beschleunigung von Verfahren (Art. 29 Abs. 1 BV) folgt, dass voneinander abhängige Verwaltungsverfahren zu koordinieren sind.⁸⁹ Das Bundesgericht hat im Urteil "Chrüzlen" (BGE 116 Ib 50) erstmals ein solches Koordinationsgebot aufgestellt. Im Hinblick auf kantonale Verfahren zur Errichtung und Änderung von Bauten und Anlagen kodifizierte der Bundesgesetzgeber die bundesgerichtlichen Vorgaben zur Verfahrenskoordination in Art. 25a und Art. 33 Abs. 4 RPG. Im Hinblick auf bundesrechtliche Planungsverfahren zur Errichtung von Bauten und Anlagen hat der Bundesgesetzgeber das bereits mehrfach erwähnte Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren erlassen (AS 1999 3071). Es gibt grundsätzlich zwei verschiedene Modelle der Verfahrenskoordination:

- Nach dem *einfachen Koordinationsmodell*, das Art. 25a RPG zugrunde liegt, wird eine Behörde bezeichnet, die für die Koordination der verschiedenen Verfahren verantwortlich ist. Diese sorgt insbesondere für eine gemeinsame öffentliche Auflage aller Gesuchunterlagen und für eine inhaltliche Abstimmung sowie für eine gemeinsame oder gleichzeitige Eröffnung der Verfügungen. Die Zuständigkeiten der erstinstanzlichen Verwaltungsbehörden bleiben dabei unverändert.⁹⁰
- Nach dem *Konzentrationsmodell* werden die erstinstanzlichen Zuständigkeiten bei einer einzigen Behörde (Leitbehörde) zusammengefasst. Die Leitbehörde holt vor ihrem Entscheid die Stellungnahmen der betroffenen Fachbehörden ein. Dabei handelt es sich um Amtsberichte und nicht um Verfügungen.⁹¹

Das LFG sieht für das Plangenehmigungsverfahren bereits ein konzentriertes Verfahren vor. Dieses betrifft jedoch nur den Bau der Flughafenanlagen und nicht die Konzessionserteilung oder den Betrieb des Flughafens. Erste Ansätze zur Verfahrenskonzentration bzw. -koordination zwischen Betriebsreglementsverfahren und Plangenehmigungsverfahren finden sich für bestimmte Konstellationen bereits in Art. 27c VIL. Ohne weiteres zulässig wäre vorliegend, das Konzessionsverfahren, das Plangenehmigungsverfahren und das Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements parallel und koordiniert zu führen, namentlich die entsprechenden Gesuche gleichzeitig öffentlich aufzulegen und die Endentscheide des UVEK und des BAZL gemeinsam oder gleichzeitig zu eröffnen.

Eine über eine solche einfache Verfahrenskoordination hinausgehende Konzentration der genannten Verfahren wird im LFG zwar nicht vorgesehen, liesse sich jedoch im Sinne einer

⁸⁹ REGINA KIENER/BERNHARD RÜTSCHÉ/MATHIAS KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, Rz. 519.

⁹⁰ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN a.a.O., Rz. 522.

⁹¹ KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN a.a.O., Rz. 523.

Vereinigung dieser Verfahren mittels verfahrensleitendem Entscheid aufgrund des engen Sachzusammenhangs und im Sinne der Verfahrensökonomie (vgl. Art. 29 Abs. 1 BV) wie folgt begründen:

- Zuständig für die Erteilung der Konzession und der Plangenehmigung sowie die Durchführung der entsprechenden Verfahren ist das UVEK. Für die Genehmigung des Betriebsreglements und das entsprechende Verfahren ist das BAZL zuständig. Nach Art. 47 Abs. 4 und 5 RVOG können übergeordnete Verwaltungseinheiten jederzeit einzelne Geschäfte zum Entscheid an sich ziehen, soweit dadurch zwingend zu berücksichtigende Zuständigkeiten nach der Gesetzgebung über die Bundesrechtspflege eingehalten werden. Das UVEK als übergeordnete Verwaltungseinheit kann somit die Genehmigung des Betriebsreglements an sich ziehen. Der Begriff Entscheid im Sinne von Art. 47 Abs. 4 RVOG ist weit zu verstehen⁹² und deckt u.E. nicht nur den Entscheid über die Genehmigung, sondern auch die Übernahme der Verfahrensleitung sowie der Instruktionsentscheide im Genehmigungsverfahren. Durch die Ausübung des Evokationsrechts durch das UVEK geht auch keine Rechtsmittelinstanz verloren, da sowohl gegen eine Verfügung des BAZL als auch gegen eine solche des UVEK die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zur Verfügung steht.
- Bei der Konzessionserteilung, der Plangenehmigung und der Genehmigung des Betriebsreglements handelt es sich um Verfügungen. Die entsprechenden Verwaltungsverfahren sind weitgehend identisch ausgestaltet. Einzelne Abweichungen müssen jedoch berücksichtigt werden. Von den Verfahrensthemen und den einzureichenden Gesuchsunterlagen her gibt es viele Überschneidungen und Doppelspurigkeiten. Eine Vereinigung der Verfahren würde die Abläufe für alle Beteiligten grundsätzlich vereinfachen.
- Alle drei Verfügungen unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Allerdings gibt es nach der Gerichtspraxis Unterschiede bei der Legitimation zur Anfechtung der einzelnen Verfügungen. So können z.B. vom künftigen Fluglärm betroffene Nachbarn zwar die Genehmigung des Betriebsreglements und allenfalls die Plangenehmigung anfechten, nicht jedoch die Konzessionserteilung. Allfällige Konkurrenten können grundsätzlich nur die Konzessionserteilung anfechten. Dies spricht jedoch nicht dagegen, die drei Verfügungen in einem Gesamtentscheid zusammenzuführen. Das Bundesverwaltungsgericht müsste bei allfälligen Beschwerden jeweils prüfen, welche Beschwerdeführer zur Anfechtung der jeweiligen Dispositivziffer legitimiert sind.

Wir kommen zum Schluss, dass es unter folgendem Vorbehalt grundsätzlich zulässig ist, das Konzessionsverfahren, das Plangenehmigungsverfahren und das Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements im Sinne einer Verfahrensvereinigung zu konzentrieren: Durch die Zusammenlegung der Verfahren darf der Rechtsschutz und namentlich die Ausübung des rechtlichen Gehörs (insb. für Anrainer, Gemeinden, Verbände) nicht erschwert oder verschlechtert werden. Es ist für uns schwierig, im Rahmen einer abstrakten Betrachtung an alle Eventualitäten zu denken. Zeichnen sich im Laufe des Verfahrens diesbezügliche Defizite ab, so muss es möglich sein, die Verfahren wieder zu trennen.

Hingegen ist es nach geltendem Recht ausgeschlossen, das nachträgliche Enteignungsverfahren wegen übermässiger Lärmbelastung oder tiefem Überflug ebenfalls in das konzentrierte Umnutzungsverfahren einzubeziehen. Zuständig für das nachträgliche Enteignungsverfahren im Zusammenhang mit dem *Betrieb* des Flughafens ist die jeweilige Eidgenössische Schätzungscommission (sowohl für die enteignungsrechtlichen Einsprachen als auch die Entschädigungsforderungen). Das UVEK kann den Entscheid des Enteignungsge-

⁹² THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG, Stämpfli Handkommentar, Bern 2007, Art. 47 RVOG, Rz. 7f.

richts nicht an sich ziehen. Zu beachten ist jedoch, dass das UVEK über enteignungsrechtliche Einsprachen im Zusammenhang mit dem *Bau* der Flughafenanlagen im Rahmen des konzentrierten Umnutzungsverfahrens entscheidet. Einzig streitig gebliebene Entschädigungsforderungen in diesem Zusammenhang werden anschliessend von der Eidgenössischen Schätzungskommission beurteilt (Schätzungsverfahren).

Auch das Sachplanverfahren kann nicht in das konzentrierte Umnutzungsverfahren einbezogen werden. Beim Sachplanverfahren handelt es sich nicht um ein Verwaltungsverfahren im Sinne des VwVG, sondern vielmehr um ein Planungs- und Koordinationsverfahren, das mit einem Beschluss des Bundesrates abgeschlossen wird. Wir sehen jedoch keine rechtlichen Hindernisse dafür, das Sachplanverfahren parallel zu den anderen Verfahren zu führen, namentlich da vorliegend – soweit ersichtlich – auch mit einer allfälligen Konzessionierung keine grundlegende Änderung des Nutzungskonzeptes anvisiert wird. Da der SIL die Rahmenbedingungen für Bau und Betrieb des Flughafens vorgibt, muss dieser jedoch vom Bundesrat zwingend vor den anderen Entscheiden verabschiedet werden. Der SIL ist nicht direkt, sondern erst in einem konkreten Beschwerdeverfahren gegen den Plangenehmigungsentscheid oder die Genehmigung des Betriebsreglements vorfrageweise bei den Gerichten anfechtbar (vgl. BGE 139 II 499 E. 4.1 S. 508). Es muss folglich auch keine Rechtsmittelfrist abgewartet werden. Der konzentrierte Umnutzungsentscheid (enthaltend Konzession, Betriebsreglement und Plangenehmigung) kann somit einen Tag (oder zumindest eine logische Sekunde) nach dem Beschluss des Bundesrates zur Anpassung des SIL-Konzeptteils sowie des SIL-Objektblattes Dübendorf gefällt werden.

7.7 Zwischenfazit

Im Hinblick auf die Fragestellung kommen wir zu folgenden Schlüssen:

Wir erachten es als zulässig, das Konzessionsverfahren, das Plangenehmigungsverfahren und das Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements in einem konzentrierten Umnutzungsverfahren vor dem UVEK zu vereinigen. Dies bedingt, dass das UVEK in Bezug auf das Genehmigungsverfahren betr. Betriebsreglement von seinem Evokationsrecht nach Art. 47 Abs. 4 RVOG Gebrauch macht. Die Vereinigung der drei Verfahren, die einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen, ist aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll und lässt sich auch mit dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) begründen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Rechtsschutz durch diese Konzentration nicht beeinträchtigt wird. Nicht integriert werden kann das nachträgliche Enteignungsverfahren betreffend übermässige Lärmimmissionen oder tiefem Überflug.

Um dem Koordinationsgebot nachzukommen wäre auch die Variante denkbar, die einzelnen Verfahren parallel und koordiniert zu führen, namentlich die entsprechenden Gesuche gleichzeitig öffentlich aufzulegen und die Endentscheide des UVEK und des BAZL gemeinsam oder gleichzeitig zu eröffnen.

Wir sehen keine rechtlichen Hindernisse dafür, das Sachplanverfahren parallel zum konzentrierten Umnutzungsverfahren durchzuführen. Da der SIL die Rahmenbedingungen für Bau und Betrieb des Flughafens vorgibt, muss dieser jedoch vom Bundesrat zwingend vor den anderen Entscheiden verabschiedet werden. Der konzentrierte Umnutzungsentscheid (enthaltend Konzession, Betriebsbewilligung und Plangenehmigung) kann somit einen Tag nach dem Beschluss des Bundesrates zur Anpassung des SIL-Konzeptteils sowie des SIL-Objektblattes Dübendorf gefällt werden.

8 Fazit

Es ist vorzuziehen, der FDAG das Enteignungsrecht über eine Konzessionierung nach Art. 36a LFG einzuräumen. Der Weg über einen nichtreferendumspflichtigen Bundesbeschluss des Parlaments gestützt auf Art. 3 Abs. 2 Bst. a EntG ist zwar von dessen Wortlaut her nicht ausgeschlossen, kommt u.E. jedoch nur in Frage, wenn das Sachgesetz die Frage der Enteignung nicht geregelt hat. Vorliegend sieht das LFG das Enteignungsrecht nur für einen konzessionierten Flughafenbetreiber vor.

Es ist rechtlich zulässig, der FDAG für den vorgesehenen Betrieb des zivilen Flugplatzes Dübendorf eine Betriebskonzession nach Art. 36a LFG zu erteilen, da namhafte öffentliche Interessen am geplanten Flugverkehr bestehen (insbesondere Entlastung des Flughafens Zürich vom Geschäftsreiseverkehr).

Aufgrund des heutigen Beschaffungsrechts muss das Umnutzungs-Projekt im Fall einer Konzessionierung nach Art. 36a LFG nicht ausgeschrieben werden. Sofern das UVEK vor dem 1.1.2021 bekannt gibt, dass für den Flugplatz Dübendorf eine Konzession zu vergeben ist und entsprechende Gesuche entgegengenommen werden, würde Art. 9 des revidierten BöB nach Ansicht des BJ auf keinen Fall Anwendung finden.

Es ist zulässig, das Konzessionsverfahren, das Plangenehmigungsverfahren und das Verfahren zur Genehmigung des Betriebsreglements in einem konzentrierten Umnutzungsverfahren vor dem UVEK zu vereinigen. Dies bedingt, dass das UVEK in Bezug auf das Genehmigungsverfahren betreffend Betriebsreglement von seinem Evokationsrecht nach Art. 47 Abs. 4 RVOG Gebrauch macht. Die Vereinigung der drei Verfahren, die einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen, ist aus verfahrensökonomischen Gründen sinnvoll und lässt sich auch mit dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot (Art. 29 Abs. 1 BV) begründen. Voraussetzung ist allerdings, dass der Rechtsschutz durch diese Konzentration nicht beeinträchtigt wird. Das konzentrierte Umnutzungsverfahren lässt sich parallel zum Sachplanverfahren durchführen.

Freundliche Grüsse

Bundesamt für Justiz BJ
Direktionsbereich Öffentliches Recht



Susanne Kuster
Stellvertretende Direktorin

Sachbearbeitung: Miriam Sahlfeld / Luzian Odermatt (Beschaffungsrecht) / Esther Tophinke