

Die Analyse des Sankt Galler Kantonsgerichts greift wohl zu kurz. Richtig daran ist, dass sich sowohl Rechtswissenschaft wie Rechtspraxis und vor allem auch der Gesetzgeber mit *Wirkungszusammenhängen* zwischen Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht, aber auch zwischen sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Regelungen befassen beziehungsweise befassen sollten. Hier eröffnet sich ein weites Feld für disziplinenübergreifende Studien innerhalb der Rechtswissenschaft, aber auch für rechtssoziologische Untersuchungen und für Forschungsvorhaben, die sich den aufgeworfenen Fragestellungen sowohl mit ökonomischen, soziologischen als auch rechtswissenschaftlichen Zugängen und Methoden annehmen.

## V. Zusammenfassung und Schlussbetrachtungen

In weitgehender Einigkeit betonen Rechtsprechung und Lehre, Bundesrat, Wirtschaft und Politik die Existenz und Bedeutung der Kündigungsfreiheit für das schweizerische Arbeitsrecht.

Die vorangehenden Ausführungen haben gezeigt: Im schweizerischen Arbeitsrecht kann von einer absoluten Kündigungsfreiheit keine Rede sein. Sowohl bezüglich Frist, Form, Verfahren und Kündigungsgrund sind dieser Freiheit durch Gesetz und Rechtsprechung Schranken gesetzt. Nur am Rande behandelt habe ich die Schranken, die der Kündigungsfreiheit durch Gesamtarbeitsverträge gesetzt werden. Eine empirische Untersuchung über die Bedeutung von GAV-Bestimmungen zum Kündigungsschutz in der betrieblichen Praxis wäre hilfreich und soll an dieser Stelle angeregt werden.

Für eine ausserordentliche Kündigung bedarf es eines wichtigen Grundes. Bei einer ordentlichen Kündigung sind vorab die gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsfristen einzuhalten und die Kündigungsgründe sind auf Verlangen offenzulegen. Nach der Rechtsprechung gebietet die Fürsorgepflicht unter Umständen, vor einer Kündigung den betroffenen Arbeitnehmer oder die betroffene Arbeitnehmerin anzuhören. Beim Vorliegen bestimmter Sachverhalte wie Schwangerschaft oder Krankheit darf gar nicht beziehungsweise während einer gewissen Dauer nicht gekündigt werden. Vom Gesetzgeber aufgeführte und durch die Gerichte erweiterte verbotene Kündigungsgründe machen die Kündigung zwar nicht ungültig, führen aber zu einer Entschädigungspflicht. Bei gesamthafter Betrachtung der gesetzlichen Kündigungsschranken und deren Weiterentwicklung durch die Gerichte erweist sich die Kündigungsfreiheit eher als Mythos denn als Realität.

Ein Kontinuum bildet in der Diskussion um den Kündigungsschutz die *ideologische Befangenheit* der politischen Akteure und zum Teil auch der Rechtswissenschaft. Vorschläge zur Verbesserung des Kündigungsschutzes werden vom Bundesrat und der Parlamentsmehrheit reflexartig als

systemfremd oder freiheitsgefährdend abqualifiziert. Auf der anderen Seite wird der kündigungrechtliche Bestandesschutz bezüglich seiner Wirkungen idealisiert. Sehr populär ist, das liberale schweizerische arbeitsrechtliche Kündigungsrecht als wirtschaftlichen Standortvorteil zu propagieren. Eine vertiefte Betrachtung zeigt, dass die Unterschiede zwischen dem schweizerischen und ausländischen Kündigungsrecht weniger gross sind als, als gemeinhin angenommen wird. Es besteht jedoch rechtspolitischer, auf internationale Verpflichtungen basierender Handlungsbedarf zur punktuellen und gezielten Verbesserung des Kündigungsschutzrechts. Zu erwähnen sind die Verbesserung des Schutzes für entlassene Arbeitnehmervertreter und -vertreterinnen und eine Verstärkung des Schutzes vor diskriminierender Entlassung durch Beweislasterleichterungen. Den Wirtschaftsstandort Schweiz mit der frohen Botschaft zu propagieren, hier herrsche arbeitsrechtliche Kündigungsfreiheit, ist nicht nur aussenpolitisch unklug, es wird auch verkannt, was uns der Dichter ERICH FRIED sagt: Freiheit herrscht nicht.

L'article traite des questions juridiques en relation avec la liberté de la résiliation en matière de droit du travail et ses limites légales. Cette liberté qui est saluée de manière quasi-unanime par la politique, la doctrine et la pratique fait l'objet d'un examen critique. En considérant l'environnement politique international, l'auteur se demande si la liberté de la résiliation représente effectivement un avantage pour la place économique suisse. Une analyse approfondie de la pratique en tenant compte des aspects de droit comparé révèle que la liberté de la résiliation est aussi bien un mythe qu'une réalité. En comparaison avec d'autres ordres juridiques étrangers, il est aisé de licencier en Suisse. Les expériences faites dans d'autres Etats montrent cependant que même des régimes de résiliation qui ont des dispositions sur la protection de la situation acquise aboutissent régulièrement à la résiliation des rapports de travail assortie d'une indemnisation. L'étude montre en outre que le Tribunal fédéral notamment a renforcé la protection contre les congés, peu développée par la loi, en rendant des décisions innovantes en matière de résiliation abusive. Le droit de la résiliation a toutefois besoin d'une réforme importante, notamment en ce qui concerne la protection des représentants des travailleurs licenciés.

(trad. LT LAW-TANK, Berne)

## Einfluss des Bundes auf die Landesflughäfen



FELIX HAFNER  
Prof. Dr. iur., Ordinarius für  
Öffentliches Recht an der  
Universität Basel



CHRISTOPH MEYER  
Dr. iur., Advokat, LL.M.,  
Lehrbeauftragter an der  
Universität Basel

- 2.2. Inhaltliche Klärung des SIL im Gesetz und Klärung der Rechtswirkungen
- 2.3. Anreicherung der Konzession mit konkreten Inhalten betreffend den Betrieb des Flughafens

### I. Einleitung

Die Schweiz verfügt über drei Landesflughäfen, zehn Regionalflughäfen und 44 Flugfelder. Als Flugplatz gilt ein «festgelegtes Gebiet auf dem Lande oder Wasser einschliesslich der als Flugplatzanlagen bezeichneten Bauten und Anlagen für die Ankunft und den Abflug von Luftfahrzeugen, für deren Stationierung und Wartung, für den Verkehr der Passagiere und für den Umschlag von Gütern» (Art. 2 lit. d Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt vom 23. November 1994, VIL). Das Luftfahrtgesetz unterscheidet zwischen Flughäfen als Flugplätze, die dem öffentlichen Verkehr dienen (Art. 36a Bundesgesetz über die Luftfahrt vom 21. Dezember 1948, LFG) und den übrigen Flugfeldern (Art. 36b LFG). Die Flugplätze Zürich, Basel-Mulhouse und Genf gelten als schweizerische Landesflughäfen. Die Landesflughäfen sind die Hauptträger der schweizerischen Luftfahrtinfrastruktur und damit wichtige Teile des nationalen und internationalen Verkehrssystems. Ihre Funktion besteht darin, die Schweiz mit ihren Landesteilen und Wirtschaftsschwerpunkten an den weltweiten Luftverkehr anzubinden. Im Rahmen der verbleibenden Kapazitäten sollen sie allen weiteren, im internationalen und nationalen Luftverkehr zugelassenen Luftfahrzeugen für die ordentliche Benützung zur Verfügung stehen. Die Landesflughäfen sollen die nationalen Drehscheiben des internationalen Luftverkehrs und Teil des Gesamtverkehrssystems sein. Der Flughafen Zürich soll seine Rolle als eine der grossen europäischen Drehscheiben des Weltluftverkehrs wahrnehmen können. Die Flughäfen Basel-Mulhouse und Genève sollen sich entsprechend ihrer tri-beziehungsweise binationalen Funktion auf regional erforderliche Interkontinentalflüge und auf den Europa-Luftverkehr ausrichten und entwickeln können. Die Landesflughäfen sollen eine ihrer Funktion entsprechende leistungsfähige Infrastruktur anbieten.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Der vorliegende Aufsatz ist eine gekürzte Version eines Gutachtens, welches die Autoren im Dezember 2008 zuhanden des BAZL (Bundesamt für Zivilluftfahrt) verfasst haben. Für die Unterstützung bei der Überarbeitung in Aufsatzform danken wir Herrn lic. iur. Christian Peyer.  
<sup>2</sup> Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt (SIL) Teil III B 1.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Der Einfluss des Bundes auf die Landesflughäfen de lege lata
  - 1. Rechtliche Grundlagen
    - 1.1. Kompetenzverteilung
      - 1.1.1. Luftfahrt
      - 1.1.2. Raumplanung
      - 1.1.3. Umweltschutz
      - 1.1.4. Nachhaltigkeitsprinzip
    - 1.2. Instrumente des Bundes zur Einflussnahme
      - 1.2.1. Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt (SIL)
      - 1.2.2. Betriebskonzession
      - 1.2.3. Plangenehmigung
      - 1.2.4. Betriebsreglement
    - 1.3. Einfluss des Kantons Zürich auf den Betrieb des Flughafens Zürich
  - 2. Der Bundeseinfluss auf die Landesflughäfen
    - 2.1. Auffassung des Bundesrates
    - 2.2. Sichtweise des Zürcher Regierungsrates
    - 2.3. Beurteilung der Rechtslage
      - 2.3.1. Allgemeines
      - 2.3.2. Bundeseinfluss über das Mittel der Konzessionserteilung
      - 2.3.3. Bundeseinfluss über das Mittel der Plangenehmigung
      - 2.3.4. Bundeseinfluss über das Mittel des Betriebsreglements
      - 2.3.5. Bundeseinfluss über das Mittel des SIL
    - 2.4. Zusammenfassung
- III. Möglichkeiten zur Verstärkungen des Bundeseinflusses auf die Landesflughäfen de lege ferenda
  - 1. Kein Handlungsbedarf auf Verfassungsebene
  - 2. Handlungsbedarf auf Gesetzes- (LFG) und Verordnungsstufe (VIL)
    - 2.1. Anpassungspflicht von Betriebsreglement und Infrastruktur nach einer Änderung des SIL

Die Infrastruktur bildet das eigentliche Rückgrat der Luftfahrt, da ein wesentlicher Teil des Luftverkehrs auf dem Boden abgewickelt wird. Zugleich stellt sie wohl auch den bedeutendsten Zankapfel der Luftfahrt dar. Der Betrieb eines Flughafens hat Auswirkungen auf ein über das Flughafenareal weit hinausreichendes Gebiet und damit eine Vielzahl von Menschen. Dabei treffen verschiedenste Interessen, Nutzen und Nachteile aufeinander: Der volkswirtschaftliche Nutzen und die Sicherheitsanliegen stehen teilweise in einem erheblichen Spannungsverhältnis zu den Interessen von Raumplanung, Umwelt-, Natur- und Heimatschutz sowie den Einbusen an Lebensqualität der Anwohnenden.<sup>2</sup>

Insbesondere im Falle des Flughafens Zürich hat diese Ausgangslage zu teils heftigen Widerständen in der betroffenen Bevölkerung und zur Lancierung zahlreicher Initiativen geführt, die den Stopp eines weiteren Ausbaus des Flughafens, die Plafonierung der Flugbewegungen und die gleichmässige Verteilung des Fluglärms zum Anliegen haben.<sup>3</sup>

Gerade mit Blick auf den Flughafen Zürich lässt sich ein Interessensgegensatz feststellen zwischen

- dem Bund, der aufgrund nationaler Interessen eine wettbewerbsfähige Infrastruktur zur Verfügung stellen will,
- der Betreiberin, die sich gegen Beschränkungen wehrt,
- dem Kanton Zürich, der sich gegen einen weiteren Pistenausbau stellt und
- breiten Bevölkerungskreisen, die sich für die Reduktion des Flugverkehrs einsetzen.<sup>4</sup>

Als erschwerend tritt in diesem Konflikt hinzu, dass sich der Kanton Zürich weitgehende Einflussmöglichkeiten auf den Flughafen vorbehalten hat. In Anbetracht dessen werden verschiedentlich Bedenken geäussert, ob der vom Bund konzessionierte Flughafen Zürich in Zukunft die ihm vom Bundesrat zugedachte Rolle als Schlüsselinfrastruktur für die Volkswirtschaft und als einer der grossen europäischen Drehscheiben des Weltluftverkehrs überhaupt noch wahrnehmen kann.<sup>5</sup>

Es soll vor diesem Hintergrund deshalb die Frage geklärt werden, welche Einflussmöglichkeiten dem Bund gestützt auf die aktuelle Verfassungs- und Gesetzessituation gegenüber den Landesflughäfen zustehen. Mit anderen Worten soll vorliegend geklärt werden, ob der Bund *de lege lata*, also aufgrund der aktuell geltenden Rechtsordnung, in der Lage wäre, seinen Einfluss auf die Landesflughäfen zu verstärken (Ziffer II hienach).

<sup>2</sup> TOBIAS JAAG/JULIA HÄNNI, Infrastruktur der Luftfahrt, in: Georg Müller (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. IV, Basel 2008, 243 ff. (Rz. 1, 136); vgl. ADRIAN WALPEN, Bau und Betrieb von zivilen Flughäfen – Unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich, Zürich 2005, 3 f.

<sup>3</sup> Vgl. NZZ vom 26. November 2008, 51.

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen auch AVENIR SUISSE, Der Dauerkonflikt um den Flughafen Zürich, Studie, August 2009.

<sup>5</sup> Vgl. BBl 2005 1842, 1861 f sowie SIL Teil III B1-B7-2.

In einem zweiten Teil befasst sich der vorliegende Aufsatz sodann mit der Frage nach sinnvollen Möglichkeiten der Verstärkung des Bundeseinflusses *de lege ferenda* (Ziffer III hienach).

## II. Der Einfluss des Bundes auf die Landesflughäfen *de lege lata*

### 1. Rechtliche Grundlagen

#### 1.1. Kompetenzverteilung

##### 1.1.1. Luftfahrt

Die Gesetzgebung über die Luftfahrt steht gemäss Art. 87 BV in der Kompetenz des Bundes. Es handelt sich dabei um eine umfassende, nachträglich derogatorische Gesetzgebungskompetenz.<sup>6</sup> Zu beachten ist allerdings der weitreichende Einfluss internationaler Regelungen auf die Luftfahrt.<sup>7</sup> Was die Kantone anbetrifft, bleibt ihre Zuständigkeit insoweit erhalten, als der Bund nicht abschliessend legiferiert hat.<sup>8</sup>

Der Bund ist nicht nur ermächtigt, den Verkehr in der Luft zu regeln, sondern auch für die notwendigen Anlagen zum Betrieb der Luftfahrt Bestimmungen aufzustellen.<sup>9</sup> Der Bund hat von Verfassungs wegen also die umfassende Kompetenz zur abschliessenden inhaltlichen Regelung der Luftfahrt sowie Bau und Betrieb der dazu benötigten Einrichtungen. Der Bund kann die «Luftfahrt in allen ihren Erscheinungsformen» und «nach allen Seiten» normieren; insbesondere ist er befugt, Vorschriften über die Aufgabenteilung zwischen Staat und privater Luftfahrt, über das Flugpersonal, den Linien- und Nichtlinienverkehr, die Flugsicherung und über Flugplätze zu erlassen.<sup>10</sup>

Die umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Bereich der Luftfahrt ermöglicht die Monopolisierung durch den Bundesgesetzgeber, der nach seinem Belieben das Monopol beanspruchen, ein ausschliessliches oder ergänzendes Monopolkonzessionssystem einrichten oder die Luftfahrtunternehmungen samt Bau und Betrieb der zur Luft-

<sup>6</sup> TOBIAS JAAG, Der Flughafen Zürich im Spannungsfeld von lokalem, nationalem und internationalem Recht, in: Alexander Ruch (Hrsg.), Das Recht in Raum und Zeit, Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, 203 ff., 205; PETER HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, 4. A., Bern 2002, 466; MARTIN LENDI, Art. 87 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroradi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 27; BGE 122 I 75; 119 Ib 225; 117 Ib 401 f.

<sup>7</sup> Vgl. BBl 2005 1791 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BGE 122 I 74.

<sup>9</sup> HÄNNI (FN 6), 466; LENDI (FN 6), Art. 87 BV Rz. 37; BGE 117 Ib 401 f.; Entscheid des Bundesgerichts vom 2. November 1994, ZBl 96 (1995), 458.

<sup>10</sup> BGE 117 Ib 401 f. m.w.H.

fahrt benötigten Einrichtungen gesamthaft der Ordnung des Marktes unterstellen kann. Auch Mischsysteme sind möglich und vorstellbar.<sup>11</sup>

Gestützt auf Art. 87 BV hat der Gesetzgeber das LFG<sup>12</sup> erlassen und dabei die ihm eingeräumten Kompetenzen weitgehend ausgeschöpft.<sup>13</sup>

Die Bestimmungen des Art. 87 BV stehen in einem direkten oder mindestens indirekten Zusammenhang insbesondere zur Raumplanung (Art. 75 BV), zum Umweltschutz (Art. 74 BV) und ganz allgemein zum Nachhaltigkeitsprinzip (Art. 73 BV), weshalb einige Ausführungen zu diesen Bestimmungen angebracht sind.<sup>14</sup>

##### 1.1.2. Raumplanung

Die Aufgabe der Raumplanung besteht einerseits in der Festsetzung der Bodennutzungsordnung (Nutzungsplanung) und andererseits in der Abstimmung aller raumwirksamen Staatsaufgaben (Koordinationsplanung),<sup>15</sup> zum Beispiel der Verkehrs- und Wirtschaftspolitik mit der Umwelt- und Siedlungspolitik. Letzteres beschreibt als Aufgabe der Raumplanung die Harmonisierung von Nutz- und Schutzinteressen.<sup>16</sup>

Der Bund hat im Bereich der Raumplanung nach Art. 75 Abs. 1 BV eine Rahmen- beziehungsweise Grundsatzgesetzgebungskompetenz inne, die er mit dem Erlass des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22. Juni 1979 (RPG)<sup>17</sup> wahrgenommen hat. Das Bundesgesetz legt Planungsziele (Art. 1 RPG) und Planungsgrundsätze (Art. 3 RPG) fest und bestimmt in groben Zügen die planungsrechtlichen Massnahmen sowie das planungsrechtliche Instrumentarium (Art. 4, 25 ff. und 44 f. RPG). Weiter enthält das RPG Bestimmungen zu Verfahren und Rechtsschutz (Art. 4, 25 ff. und 33 f. RPG). Der Bund gibt damit vor, welche Ziele die Kantone mit welchen Instrumenten und Massnahmen unter Beachtung gewisser Mindestanforderungen an das Verfahren zu verfolgen haben.<sup>18</sup> Die rechtssatzmässige und planerische Konkretisierung der vom Bund festgelegten Grundsätze liegt bei den Kantonen und Gemeinden.<sup>19</sup>

Üblich ist im Raumplanungsrecht eine dreistufige planerische Entscheidungsfolge: Richtplan – Nutzungsplan – Bau-

<sup>11</sup> Vgl. LENDI (FN 6), Art. 87 BV Rz. 27, 37; allgemein zur Rechtsgrundlage eines Monopols: ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2006, Rz. 2562 f., 2571.

<sup>12</sup> SR 748.0.

<sup>13</sup> Vgl. BGE 122 I 75, 117 Ib 401 f.

<sup>14</sup> LENDI (FN 6), Art. 87 BV Rz. 29.

<sup>15</sup> WALTER HALLER/PETER KARLEN, Raumplanungs-, Bau- und Umweltschutzrecht, Bd. I, Zürich 1999, 12.

<sup>16</sup> ALAIN GRIFFEL, Bau und Betrieb eines Flughafens: Raumplanungsrechtliche Aspekte, in: TOBIAS JAAG (Hrsg.), Rechtsfragen rund um den Flughafen, Zürich 2004, 97 ff., 98.

<sup>17</sup> SR 700.

<sup>18</sup> LENDI (FN 6), Art. 75 BV Rz. 24.

<sup>19</sup> Vgl. GRIFFEL (FN 16), 99.

bewilligung,<sup>20</sup> welche einen Konkretisierungsprozess gewährleistet.<sup>21</sup> Die kantonale Richtplanung bezweckt eine umfassende Abstimmung aller raumwirksamen Aufgaben und definiert die anzustrebende räumliche Entwicklung (Art. 6 und 8 RPG). Die Nutzungsplanung bestimmt sodann in Parzellenschärfe die zulässige Nutzung des Bodens (Art. 14 Abs. 1 RPG). Die individuell-konkrete Planverwirklichung geschieht durch das Baubewilligungsverfahren und endet mit einer Verfügung (Art. 22 RPG).

Zum Verhältnis zwischen der umfassenden Bundeskompetenz im Bereich der Luftfahrt (Art. 87 BV) und der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes in der Raumplanung (Art. 75 BV) äussert sich das Bundesgericht wie folgt: Die Kompetenz des Bundes im Bereich der Luftfahrt schaltet die kantonalen Kompetenzen im Bereich der Raumplanung nicht aus. Die kantonalen Regelungen der Luftfahrt müssen sich allerdings «auf raumplanerische Anliegen beschränken und dürfen nicht in die vom Bund abschliessend geregelten luftfahrtrechtlichen Belange eingreifen.»<sup>22</sup>

##### 1.1.3. Umweltschutz

Der Bund verfügt im Bereich des Umweltschutzes nach Art. 74 BV über eine umfassende Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung.<sup>23</sup> Das Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 7. Oktober 1983 (USG)<sup>24</sup> und die ausführlichen Verordnungen haben die Kompetenz der Kantone, Umweltrecht zu erlassen, stark eingeschränkt.<sup>25</sup> Dafür sind nach Art. 74 Abs. 3 BV grundsätzlich die Kantone für den Vollzug umweltrechtlicher Vorschriften zuständig, soweit das Gesetz den Vollzug nicht dem Bund vorbehält. Art. 41 Abs. 2 USG sieht vor, dass eine Bundesbehörde, die ein anderes Bundesgesetz vollzieht, bei der Erfüllung dieser Aufgabe auch für den Vollzug des USG zuständig ist. Diese Konstellation liegt auch im Bereich der Luftfahrt vor, denn das LFG wird vom Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) und vom Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) vollzogen.<sup>26</sup> Entsprechend sind diese Bundesbehörden verpflichtet, im Rahmen des Vollzugs für

<sup>20</sup> Vgl. ALEXANDER RUCH, Einleitung, in: Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Rz. 14.

<sup>21</sup> Vgl. GRIFFEL (FN 16), 100.

<sup>22</sup> Vgl. BGE vom 12. Mai 1995, in: ZBl 97 (1996), 421.

<sup>23</sup> THOMAS FLEINER, Art. 24<sup>septies</sup> BV, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1987, Rz. 84; PETER M. KELLER, Art. 65 USG, in: Vereinigung für Umweltrecht/Helen Keller (Hrsg.), Kommentar zum Umweltschutzgesetz, Zürich 1998, Rz. 1; HÄNNI (FN 6), 344; BGE 121 I 341.

<sup>24</sup> SR 814.01.

<sup>25</sup> Vgl. BGE 125 I 190.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 111 LFG i.V.m. Art. 1 und 7 Organisationsverordnung UVEK (OV-UVEK, SR 172.217.1).

die Einhaltung der umweltschutzrechtlichen Vorschriften zu sorgen.<sup>27</sup>

#### 1.1.4. Nachhaltigkeitsprinzip

Das in Art. 73 BV statuierte Nachhaltigkeitsprinzip verlangt, dass dem ökologischen Anliegen des Schutzes der Umwelt, dem sozialen Anliegen der gesellschaftlichen Solidarität und dem ökonomischen Anliegen der wirtschaftlichen Effizienz in ausgewogener Weise Rechnung getragen wird.<sup>28</sup> Es stellt ein Verfassungsprinzip, nicht aber ein verfassungsmässiges Recht<sup>29</sup> dar und soll Richtschnur, Leitplanke und Wertungsmuster für den Gesetzgeber und die rechtsanwendenden Behörden sein.<sup>30</sup> Durch Art. 73 BV werden keine Kompetenzen begründet. Vielmehr haben Bund und Kantone die Nachhaltigkeit innerhalb ihrer Kompetenzen anzustreben und zu verwirklichen.<sup>31</sup> Allerdings ist der entsprechende Ermessensspielraum der Behörden sehr weit und die Justiziabilität wird in der Regel fehlen.<sup>32</sup> Im Hinblick auf die umfassende Bundeskompetenz auf dem Gebiet der Luftfahrt hat der Bund den Nachhaltigkeitsgrundsatz im Rahmen seiner konkretisierenden Akte in die Interessenabwägung mit einzubeziehen.<sup>33</sup>

#### 1.2. Instrumente des Bundes zur Einflussnahme

Das LFG operiert mit einem Konzessions- und Bewilligungssystem, wonach die Benutzung des Luftraumes und der Bau und Betrieb eines Flugplatzes konzessions- beziehungsweise bewilligungspflichtig sind.<sup>34</sup> Flugplätze müssen

<sup>27</sup> WALPEN (FN 2), 37.

<sup>28</sup> KLAUS A. VALLENDER/RETO MORELL, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Valleder (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 73 BV Rz. 15; MARTIN LENDI, Raumplanung im Umbruch, Auf dem Weg zu einer politisch, sachlich und ethisch indizierten Raumplanung, ZBl 100 (1999), 193 ff., 201.

<sup>29</sup> BGer vom 23. Februar 2004, 1A.115/2003, E. 3.2.

<sup>30</sup> VALLENDER/MORELL (FN 6), Art. 73 BV Rz. 26; ALAIN GRIFFEL, Grundprinzipien des schweizerischen Umweltrechts, Zürich 2001, 27, 30 f.

<sup>31</sup> Vgl. VALLENDER/MORELL (FN 6), Art. 73 BV Rz. 24; TOBIAS JAAG/GEORG MÜLLER/PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts, Basel 2003, 149.

<sup>32</sup> Vgl. BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Gutachten vom 29. Juni 2000, Art. 73 BV, Nachhaltigkeit, Anwendung insbesondere im Bereich des Strassenverkehrs, in: VPB 65.2, 39.

<sup>33</sup> Vgl. BGer vom 23. Februar 2004, 1A.115/2003, E. 3.2.

<sup>34</sup> LENDI (FN 6), Art. 87 BV Rz. 37. Ein Flugfeld benötigt eine Bewilligung, der Betrieb eines Flughafens setzt dagegen eine Konzession voraus. Flughäfen sind Flugplätze mit Zulassungszwang, das heisst der Betreiber ist verpflichtet, den Flugplatz für alle zugelassenen Luftfahrzeuge zur Verfügung zu stellen. Flugfelder hingegen stehen nur dem privaten Luftverkehr offen (Flugplatz ohne Zulassungszwang), vgl. Art. 2 lit. b-d, r; Art. 10; Art. 17 VIL.

eine Vielzahl von luftfahrtrechtlichen, raumplanungsrechtlichen und umweltrechtlichen Rahmenbedingungen erfüllen, die in erster Linie präventiv im Rahmen von Planungs-, Bewilligungs- und Konzessionsverfahren überprüft werden. Diese Aufgabe obliegt den zuständigen Bundesbehörden (Bundesrat/UEVEK/BAZL)<sup>35</sup>, die dadurch Einfluss auf Bau und Betrieb eines Flugplatzes nehmen.<sup>36</sup> Art. 36 ff. LFG regeln diesen Bereich nur im Grundsätzlichen. Die einzelnen Voraussetzungen für die Erteilung der Betriebskonzession, der Plangenehmigung und der Genehmigung des Betriebsreglements sind in der VIL zu finden.<sup>37</sup>

#### 1.2.1. Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt (SIL)

Im Sachbereich Raumplanung liegt die rechtssatzmässige und planerische Konkretisierung der vom Bund festgelegten Grundsätze bei Kanton und Gemeinden.<sup>38</sup> So hat der Bund keine Kompetenz, selbst Raumpläne zu erlassen und sich mit der nutzungsspezifischen Zuordnung im Einzelfall zu befassen.<sup>39</sup> Dem Bund kommen Planungsbefugnisse nur insoweit zu, als sie zur Erfüllung einer ihm anderweitig übertragenen Sachaufgabe notwendig sind.<sup>40</sup> Art. 13 Abs. 1 RPG sieht deshalb vor, dass der Bund mit dem Instrumentarium der Sachpläne und Konzepte Grundlagen erarbeitet, um seine raumwirksamen Aufgaben erfüllen zu können, soweit sich seine Aufgaben erheblich auf den Raum und die Umwelt auswirken (Art. 14 Abs. 1 Raumplanungsverordnung vom 28. Juni 2000, RPV).<sup>41</sup> Sachpläne sind für Behörden aller Stufen verbindlich (Art. 22 Abs. 1 RPV; Art. 3a Abs. 1 VIL), nicht jedoch für die Grundeigentümer, da Sachpläne grundsätzlich keine parzellenscharfen Anordnungen treffen und somit einen relativ geringen Detaillierungsgrad aufweisen.<sup>42</sup>

Die wesentliche Funktion des Sachplans besteht in der Abstimmung der Sachziele mit den Raumordnungszielen. Eines solchen Ausgleichs bedarf es auch im Bereich der Luftfahrt, weshalb Art. 37 Abs. 5 LFG den Bund verpflichtet, einen «Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt» (SIL)<sup>43</sup> zu erstellen, der vom Bundesrat auf Antrag des BAZL erlassen wird.<sup>44</sup> Mit der Verabschiedung des SIL durch den Bundes-

<sup>35</sup> Die eigentliche Ausarbeitung und die Antragstellung nimmt immer das BAZL wahr, auch wenn der Bundesrat oder das UEVEK für einen Entscheid zuständig ist (vgl. Art. 7 OV-UEVEK).

<sup>36</sup> JAAG/HÄNNI (FN 2), Rz. 36 ff.

<sup>37</sup> SR 748.131.1; BGE 124 II 317 f. bemängelt am LFG die zu wenig klare und stufengerechte Normsetzung.

<sup>38</sup> Vgl. GRIFFEL (FN 16), 99.

<sup>39</sup> GRIFFEL (FN 16), 100.

<sup>40</sup> GRIFFEL (FN 16), 101.

<sup>41</sup> SR 700.1.

<sup>42</sup> Vgl. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT (EJPD)/BUNDESAMT FÜR RAUMPLANUNG (BRP, heute: ARE), Konzepte und Sachpläne des Bundes (Art. 13 RPG), Bern 1997, 9, 22.

<sup>43</sup> Abrufbar unter <http://www.bazl.admin.ch/sil/>, zuletzt besucht am 23. Februar 2010.

<sup>44</sup> Art. 21 Abs. 1 RPV i.V.m. Art. 7 OV-UEVEK.

werden indessen noch keine abschliessenden Aussagen über die Bewilligungsfähigkeit eines konkreten Projekts gemacht. Die Rechtmässigkeit eines konkreten Vorhabens wird im nachgelagerten Plangenehmigungs- und Bewilligungsverfahren beurteilt.<sup>45</sup> Es ist Aufgabe des SIL, eine Abstimmung zwischen dem Gesamtverkehr, der Raumordnung und dem Umweltschutz festzulegen und eine räumlich kohärente Luftfahrtinfrastruktur zu definieren.<sup>46</sup> Dabei ist die Bedeutung des SIL eine doppelte: Einerseits ist er raumplanerisches Koordinationsinstrument zwecks Ausgleichs der primär volkswirtschaftlichen Nutzinteressen mit den Schutzinteressen der Umwelt und der Flughafenanwohner. Andererseits stellt er ein Instrument der Verkehrspolitik dar, da er für die Bevölkerung und Wirtschaft der Schweiz entscheidende Weichen für den Luftverkehr stellt.<sup>47</sup> Für die einzelnen Infrastrukturanlagen legt der SIL insbesondere den Zweck, das beanspruchte Areal, die Grundzüge der Nutzung, die Erschliessung sowie die Rahmenbedingungen für den Betrieb fest. Ausserdem hat er die Auswirkungen auf Raum und Umwelt darzustellen (Art. 3a Abs. 2 VIL).

Der SIL besteht aus vier Teilen. Vorliegend interessiert der dritte Teil, der verbindliche Festlegungen enthält und sich weiter unterteilt: Teil III A enthält Grundsätze zur Handhabung des SIL, Teil III B definiert konzeptionelle Ziele und Vorgaben, und Teil III C umfasst die anlagespezifischen Ziele und Vorgaben (Objektblätter der einzelnen Flugplätze, bestehend aus Textblatt und Anlagekarte). Der konzeptionelle Teil III B erteilt dem Bund den Auftrag, die Voraussetzungen zu schaffen, um die für Gesellschaft und Wirtschaft notwendigen Lufttransporte zu gewährleisten. Der SIL verfolgt eine nachfrageorientierte Strategie und gewichtet das Interesse am Betrieb der Landesflughäfen als nationale Drehscheiben des internationalen Luftverkehrs sehr stark. Im Speziellen soll der Flughafen Zürich seine Rolle als einer der grossen europäischen Drehscheiben des Weltluftverkehrs wahrnehmen können (Teil III B 1-7-2). Die Objektblätter (Teil III C) stellen detaillierte, anlagebezogene Umsetzungsteile dar und unterscheiden sich damit in Sachen Detaillierungsgrad erheblich von den Konzept- und Strategieteilen des SIL.

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, wie das Verhältnis zwischen kantonalem Richtplan und den Sachplänen des Bundes zu charakterisieren ist. Der Richtplan (Art. 6 ff. RPG) zeigt die wesentlichen Ergebnisse der Planungen im Kanton und der koordinierten Zusammenarbeit mit weiteren Planungsträgern (Bund, Nachbarkantone, Gemeinden) auf. Er bestimmt, «wie die raumwirksamen Tätigkeiten im Hinblick auf die anzustrebende Entwicklung aufeinander abgestimmt werden» (Art. 8 lit. a RPG) und «in welcher zeitlichen

Folge und mit welchen Mitteln vorgesehen ist, die Aufgaben zu erfüllen» (Art. 8 lit. b RPG). Aus dem Richtplan lässt sich ersehen, wie die raumwirksamen Tätigkeiten der Behörden aller Stufen aufeinander abgestimmt werden sollen. Hingegen zeigt der Sachplan, wie die Bundesaufgaben in einem bestimmten Sachbereich von Bund und Kantonen in Berücksichtigung der Sach- und Raumordnungsziele erfüllt werden.<sup>48</sup> Kantonale Richtpläne und Sachpläne des Bundes stehen auf derselben Stufe.<sup>49</sup> Das Verhältnis zwischen ihnen ist geprägt vom sogenannten Gegenstromprinzip, wonach die Widerspruchsfreiheit durch gegenseitige Planabstimmung auf dem Weg partnerschaftlicher Zusammenarbeit zu bewirken ist.<sup>50</sup> Die Kantone haben bei der Richtplanung die Sachpläne des Bundes zu berücksichtigen (Art. 6 Abs. 4 RPG), und umgekehrt hat der Bund die kantonalen Richtpläne zu berücksichtigen (Art. 17 Abs. 1 Satz 2 RPV). Die Pflicht des Bundes zur Rücksichtnahme auf Anliegen der Kantone geht allerdings nur soweit, als kantonales Recht und kantonale Richtpläne die Erfüllung der Bundesaufgabe nicht unverhältnismässig einschränken (Art. 37 Abs. 4 LFG; vgl. Art. 18 Abs. 2 RPV).<sup>51</sup> Bei räumlichen Konflikten zwischen Bund und Kantonen steht ein Bereinigungsverfahren zur Verfügung (Art. 20 RPV).

Ob und inwieweit der Bund den Kantonen für die Richtplanung verpflichtende Anordnungen erteilen kann, ergibt sich aus der jeweiligen Sachkompetenz und der Ausführungsgesetzgebung.<sup>52</sup> Wo der Bund – wie im Bereich der Luftfahrt – über die Kompetenz zu Festlegungen über die Nutzung des Bodens verfügt (vgl. Art. 3a VIL), kann er auch räumlich konkrete Anweisungen für die Erfüllung seiner Aufgaben festlegen und damit auch die Kantone an seine Vorgaben binden.<sup>53</sup> Zudem ordnet Art. 23 RPV an, dass «die im Sachplan mit Bezug auf die Realisierung konkreter Vorhaben getroffenen Anordnungen für den Kanton so weit verbindlich [sind], als der Bund im betreffenden Bereich von Verfassungen und Gesetzes wegen über entsprechende Kom-

<sup>48</sup> EJPD/BRP (FN 42), 18.

<sup>49</sup> BUNDESAMT FÜR RAUMENTWICKLUNG (ARE), Neues Raumplanungsrecht, Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung und Empfehlungen für den Vollzug, 2000; Teil I: Erläuterungen zur Raumplanungsverordnung, 17, 19.

<sup>50</sup> LUKAS BÜHLMANN, Verbindlichkeit und Wirkung von Richt- und Sachplänen, URP 15/2001, 391 ff., 395 f.; vgl. Art. 18–21 RPV.

<sup>51</sup> ARE (FN 49), 19, 27; LUKAS BÜHLMANN, in: Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 13 RPG Rz. 48.

<sup>52</sup> PIERRE TSCHANNEN, in: Heinz Aemisegger/Alfred Kuttler/Pierre Moor/Alexander Ruch (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Raumplanung, Zürich 1999, Art. 2 RPG Rz. 34.

<sup>53</sup> EJPD/BRP (FN 42), 22; vgl. LUKAS BÜHLMANN, Flughafen Zürich – Das Verhältnis zwischen dem Sachplan, Infrastruktur der Luftfahrt und dem kantonalen Richtplan, Gutachten zuhanden der Volkswirtschaftsdirection des Kantons Zürich, 22.

<sup>45</sup> WALPEN (FN 2), 110.

<sup>46</sup> WALPEN (FN 2), 115.

<sup>47</sup> Vgl. REGIERUNGSRAT DES KANTONS ZÜRICH (zit. RR ZH), Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich, Sitzung vom 6. Februar 2002, Beschluss Nr. 219, 1.

petenzen verfügt».<sup>54</sup> Dies trifft insbesondere auf die anlagenspezifischen Objektblätter des SIL (Teil III C) zu.

Auf die kommunale Nutzungsplanung wirkt sich der SIL nur indirekt über die koordinierende kantonale Richtplanung aus. Die Gemeinden haben die Festlegungen des Bundes zu beachten und dürfen keine dem Richtplan (und damit auch einem Sachplan des Bundes) entgegenstehende Nutzungsordnung vorsehen.<sup>55</sup>

Das SIL-Objektblatt steht für den Flughafen Zürich noch immer aus. Die seit 2001 geführten Koordinationsgespräche<sup>56</sup> sollen dem BAZL als Grundlage zur Erarbeitung des Objektblattes beziehungsweise der Flughafenbetreiberin zur Erarbeitung eines Betriebsreglements dienen.<sup>57</sup>

Das BAZL hat im Februar 2010 den Schlussbericht zum Koordinationsprozess SIL für den Flughafen Zürich veröffentlicht. In einem nächsten Schritt wird das BAZL den Entwurf des Objektblatts erarbeiten.<sup>58</sup>

### 1.2.2. Betriebskonzession

Die Konzession ist das Recht zur Ausübung einer monopolisierten wirtschaftlichen Tätigkeit.<sup>59</sup> Der Bund übt das Monopol in der Luftfahrt nicht selber aus, sondern verleiht Konzessionen an die Flugplatzhalter. Mit der vom UVEK erteilten Konzession ist das Recht verbunden, an dem im SIL festgelegten Standort einen Flughafen gewerbsmässig zu betreiben und Gebühren zu erheben. Dem stehen die Pflichten gegenüber, nach Massgabe des Betriebsreglements für alle Luftfahrzeuge den Flughafen zur Verfügung zu stellen (sogenannter Zulassungszwang), einen ordnungsgemässen und sicheren Betrieb zu gewährleisten und für die benötigte Infrastruktur zu sorgen (Art. 36a Abs. 2 LFG; Art. 10 VIL). Nicht in der Konzession enthalten sind die Ausgestaltung des Betriebs und der Infrastruktur, deren Festlegung im Betriebsreglement stattfindet.<sup>60</sup> Entsprechend enthält die Konzession keinen Verträgen begründenden Inhalt hinsichtlich Betriebsumfang, -konzept und -abwicklung, aus dem allenfalls gar wohlverworbene Rechte abgeleitet werden könnten. Damit verunmöglicht die Konzession betriebliche Einschränkungen

<sup>54</sup> GRIFFEL möchte daraus nicht schliessen, die Festlegung des Sachplans durch den Bund habe Vorrang und der Kanton müsse den Sachplan im Rahmen der Richtplanung lediglich nachvollziehen, vgl. GRIFFEL (FN 16), 110.

<sup>55</sup> Art. 26 Abs. 2 i.V.m. Art. 6 Abs. 4 RPG; BÜHLMANN (FN 51), Art. 13 RPG Rz. 44; vgl. ALFRED KUTTLER, *Bundessachplanung und kantonale Richtplanung*, Bern 1998, 20.

<sup>56</sup> Teilnehmer dieser formal nicht bindenden Gespräche sind Vertreter des Bundes, von 14 Kantonen, der Flughäfen Basel und Zürich, von Skyguide und Swiss. Besprochene Themen: Eckwerte für den Betrieb (unter anderem Betriebszeiten, Nachtruhe), Pistensystem, prognostizierte Flugbewegungen, vgl. WALPEN (FN 2), 119 ff.

<sup>57</sup> WALPEN (FN 2), 125.

<sup>58</sup> BAZL, Medienmitteilung vom 2. Februar 2010.

<sup>59</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 11), Rz. 2604.

<sup>60</sup> JAAG/HÄNNI (FN 2), Rz. 56 ff.

im Betriebsreglement nicht.<sup>61</sup> Dass der Konzessionärin durch Bau- und Verkehrsbeschränkungen kein Anspruch auf Entschädigung zusteht, ist in der Konzession für den Flughafen Zürich ausdrücklich festgehalten.<sup>62</sup>

Am 31. Mai 2001 erteilte das UVEK der Flughafen Zürich AG (FZAG) die Konzession zum Betrieb des Flughafens Zürich gemäss Art. 13 lit. a VIL für weitere 50 Jahre.<sup>63</sup> Die Betriebskonzession enthält keine betrieblichen Rahmenbedingungen wie zum Beispiel die Menge und die Abwicklung des Flugverkehrs. Solche sind einzig im SIL und dem darauf basierenden Betriebsreglement festgelegt.

### 1.2.3. Plangenehmigung

Das Plangenehmigungsverfahren ist ein konzentriertes Verfahren, in dem bau-, planungs- und luftfahrtrechtliche Fragen entschieden und zugleich enteignungsrechtliche Ansprüche behandelt werden. Diese Verfahrenskonzentration wurde durch das Bundesgesetz über die Koordination und Vereinfachung von Entscheidungsverfahren vom 18. Juni 1999 (Bundeskoordinationsgesetz)<sup>64</sup> eingeführt. Mit dem Plangenehmigungsentscheid werden sämtliche erforderlichen Bewilligungen für den Bau von Flugplatzanlagen erteilt. Das LFG regelt die Projektierung und Bewilligung von Anlagen abschliessend und nimmt sie entsprechend von der kantonalen beziehungsweise kommunalen Planungs- und Bewilligungspflicht aus (Art. 37 Abs. 4 LFG).<sup>65</sup> Durch die Schaffung dieser ausschliesslichen Bundeskompetenz konnten die bisherigen Unzulänglichkeiten hinsichtlich der formellen und materiellen Koordination der verschiedenen Bewilligungsverfahren (Bund, Kanton, Gemeinde) beseitigt werden.<sup>66</sup> Aus diesem Grund folgt auf den Sachplan – im Gegensatz zum geläufigen Bewilligungsablauf im Raumplanungsrecht<sup>67</sup> – direkt die Plangenehmigung durch die zuständige Bundesbehörde. Sie entspricht funktional der kommunalen

<sup>61</sup> Vgl. Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO/INUM) vom 18. Februar 2003, E. 2.7; BGer 1A.64-69/2003 vom 8. Juli 2003, E. 6.4; a.M. PETER ETTLER/CORNELIA LÜTTI, Vereinbarkeit von fluglärmbedingten Nutzungsbeschränkungen mit der Eigentumsgarantie, AJP/PJA 2003, 972 ff., 976; vgl. BBI 2001 2381.

<sup>62</sup> Vgl. WALPEN (FN 2), 162.

<sup>63</sup> BBI 2001 2381.

<sup>64</sup> AS 1999 3071 ff. Das Bundeskoordinationsgesetz ist keine eigenständige Kodifikation, sondern ein sogenannter Sammel- oder Mantelerlass, der Änderungen von 18 Bundesgesetzen eingeführt hat, darunter das LFG. Für diverse Verkehrsträger wurden die Verfahren weitgehend vereinheitlicht und gestrafft. Die einzelnen Verfahren werden bei einer Leitbehörde, die andere betroffene Fachbehörden anhört, konzentriert und durch einen Gesamtentscheid abgeschlossen (Konzentrationsmodell mit Anhörungsverfahren). Vgl. dazu WALPEN (FN 2), 205 f. m.w.H.

<sup>65</sup> JAAG/HÄNNI (FN 2), Rz. 49 ff.

<sup>66</sup> WALPEN (FN 2), 205.

<sup>67</sup> Vgl. II.1.1.2.

Baubewilligung.<sup>68</sup> Eine «mittlere», der Nutzungsplanung entsprechende Stufe existiert nicht.

### 1.2.4. Betriebsreglement

Die gesamte betriebliche Ausgestaltung und die Verfahrensabläufe in der Luft und auf dem Boden sind durch das Betriebsreglement vorzusehen. Die im SIL, in der Betriebskonzession sowie in der Plangenehmigung vorgegebenen Rahmenbedingungen sind im Betriebsreglement konkret auszugestalten.<sup>69</sup> Gemäss Art. 36c Abs. 1–3 LFG sowie Art. 23 VIL hat das vom BAZL zu genehmigende Betriebsreglement die Organisation des Flughafens, die Betriebszeiten, die An- und Abflugverfahren, die Benützung von Flughafenanlagen sowie Vorschriften über die Bodenabfertigung festzulegen. Für die Festlegung der Betriebszeiten sind die Vorgaben für die Nachtflugordnung in Art. 39 ff. VIL zu beachten. Für den Flughafen Zürich sieht Art. 39a Abs. 1 VIL spezielle Bestimmungen vor. Eine strengere Nachtflugordnung im Betriebsreglement ist im Gegensatz zu einer mildereren nicht ausgeschlossen.<sup>70</sup>

Das Betriebsreglement des Flughafens Zürich wurde am 31. Mai 2001 (gleichzeitig erneuerte das UVEK die Konzession) vom BAZL genehmigt, obwohl das SIL-Objektblatt für den Flughafen Zürich noch nicht vorlag.<sup>71</sup> In der Folge erfuhr das Betriebsreglement aufgrund verschiedener Änderungen der deutschen Durchführungsverordnung (DVO) einige Modifikationen. Mit Verfügung vom 29. März 2005 wurden schliesslich die verschiedenen Änderungen zusammengefasst und die Ergebnisse einer umfassenden Prüfung des bisherigen Betriebs in das «vorläufige» Betriebsreglement eingearbeitet. Das Reglement soll gelten, bis nach Abschluss des SIL-Koordinationsprozesses das SIL-Objektblatt für den Flughafen Zürich festgesetzt und ein diesem entsprechendes «definitives» Betriebsreglement erlassen werden kann.<sup>72</sup>

### 1.3. Einfluss des Kantons Zürich auf den Betrieb des Flughafens Zürich

Der Flughafen Zürich wurde im Jahr 1948 eröffnet und bestand bis zum Jahr 2000 als unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt des Kantons Zürich. Seit dem 1. April 2000 betreibt die FZAG den Flughafen. Der Kanton Zürich hat sich durch die Schaffung der FZAG als gemischtwirtschaftliches Unternehmen gemäss Art. 762 OR gewisse Mitspracherechte

<sup>68</sup> GRIFFEL (FN 16), 101.

<sup>69</sup> BAZL, Erläuternder Bericht zur Teilrevision der Verordnung über die VIL, 4 f.

<sup>70</sup> Vgl. BGE 126 II 570.

<sup>71</sup> BBI 2001 2381; vgl. REKO/INUM vom 16. Dezember 2004, E. 16 m.w.H.

<sup>72</sup> BAZL, Genehmigung vorläufiges Betriebsreglement vom 29. März 2005, 17.

und Aufsichtskompetenzen gesichert.<sup>73</sup> Der Zweck der Aktiengesellschaft umfasst gemäss § 6 des Flughafengesetzes vom 12. Juli 1999 (FG)<sup>74</sup> den Bau und Betrieb des Flughafens Zürich unter Wahrung der gesetzlichen Nachtflugordnung und unter Berücksichtigung der Anliegen der Bevölkerung.

Der Kanton beaufsichtigt die Einhaltung der Flugrouten und meldet dem BAZL allfällige Verstösse (§ 3 FG). Gemäss § 7 FG räumt die FZAG dem Kanton in ihren Statuten das Recht ein, mehr als ein Drittel aller Mitglieder des Verwaltungsrates zu ernennen, und § 8 FG sieht vor, dass der Kanton über mehr als ein Drittel des stimmberechtigten Kapitals verfügen muss. Ein besonderes Mitspracherecht des Kantons Zürich stellt sicher, dass die FZAG ohne Zustimmung der Kantonsvertretung im Verwaltungsrat keine Gesuche über Änderungen der Lage und der Länge der Pisten sowie Gesuche um Änderungen des Betriebsreglements mit wesentlichen Auswirkungen auf die Fluglärmbelastung an den Bund übermitteln kann (§ 10 FG). Die Kantonsvertretung stimmt in diesem Sachbereich zudem auf Weisung des Regierungsrates (§ 19 Abs. 1 FG). Weisungen betreffend Veränderungen von Lage und Länge der Pisten genehmigt der Kantonsrat in der Form des referendumsfähigen Beschlusses (§ 19 Abs. 2 FG). Somit hat das Zürcher Stimmvolk die Möglichkeit, über Veränderungen von Lage und Länge der Pisten abzustimmen. Angemerkt sei, dass es sich dabei nicht um einen Beschluss handelt, der direkt Veränderungen am Pistensystem ermöglicht, sondern nur um einen Vorentscheid, der bestimmt, ob die FZAG dem Bund ein Gesuch mit konkreten Änderungsvorschlägen zu Lage und Länge der Pisten übermitteln darf.

Das Flughafengesetz räumt somit dem Kanton ein Vetorecht in bestimmten Fällen ein. Der Kanton Zürich hat jedoch kein eigenständiges Recht, Änderungen des Flugbetriebs durchzusetzen.<sup>75</sup>

## 2. Der Bundeseinfluss auf die Landesflughäfen

Vor dem Hintergrund der dargestellten, dem Bund zur Verfügung stehenden Instrumente ist nachfolgend zu beurteilen, ob der Bund auch in der Lage ist, de lege lata, also aufgrund der aktuell geltenden Rechtsordnung, seinen Einfluss auf die Landesflughäfen zu verstärken.

### 2.1. Auffassung des Bundesrates

Im Bericht über die Luftfahrtpolitik der Schweiz 2004<sup>76</sup> hält der Bundesrat zum Thema Landesflughäfen fest, dass der

<sup>73</sup> JAAG/HÄNNI (FN 2), Rz. 27 ff.

<sup>74</sup> LS 748.1.

<sup>75</sup> Vgl. Antrag des Regierungsrates vom 21. Dezember 2005.

<sup>76</sup> BBI 2005 1791. Der luftfahrtpolitische Bericht des Bundesrates soll nach eigenem Bekunden eine umfassende Diskussion über die bisherige und vor allem über die künftige Luftfahrt-

Bund de lege lata wegen seiner begrenzten Einflussmöglichkeiten nicht in der Lage sei, verbindliche Vorgaben zu ihrem Betrieb aufzustellen. Die heutige Rollenverteilung (grosse Einflussmöglichkeiten der Flughafenkantone, ungenügende Planungskompetenz des Bundes) werde der nationalen Bedeutung der Landesflughäfen nicht gerecht.<sup>77</sup>

Der Bundesrat führt aus, dass der Flughafenhalter über Bauvorhaben und die grundlegenden betrieblichen Fragen selber entscheide. Der Bund agiere dabei ausschliesslich als Bewilligungsbehörde und könne dementsprechend nur Gesuche bewilligen oder ablehnen. Insbesondere erlaube es die bundesrechtliche Genehmigungspflicht für Betriebsreglemente nicht, aktiv in die Betriebsplanung von Flughäfen einzugreifen.<sup>78</sup> Mit anderen Worten hat der Bund, nach Ansicht des Bundesrates, bei Betriebs- und Infrastrukturfragen nur eine passiv-reagierende, nicht jedoch eine aktiv-agierende Stellung inne. Als aktives Mittel verfüge der Bund lediglich über den SIL, in dem er jedoch nur die wichtigsten Eckdaten des Flughafens festlegen könne. Was den SIL anbetrifft, gelangt der Bundesrat zum Schluss, dass der Betrieb der Flughäfen einer übergeordneten, einheitlichen Bundesplanung weitgehend entzogen sei, da kantonale Behörden und Gemeinden die Flughäfen entweder selbst oder indirekt über von ihnen kontrollierte Gesellschaften betreiben und über umfassende Rechtsetzungskompetenzen sowie Sperrminoritäten verfügten.<sup>79</sup>

Aus diesen Gründen äussert der Bundesrat de lege ferenda das Bedürfnis nach Verstärkung der Bundeskompetenzen, um seine luftfahrtpolitische Verantwortung besser wahrnehmen zu können. Insbesondere brauche der Bund auch die Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Betriebsreglemente der Flughäfen und damit auf die Organisation des Flugplatzes, die Betriebszeiten sowie auf die An- und Abflugverfahren, um übergeordnete nationale Interessen wahrnehmen zu können.<sup>80</sup>

## 2.2. Sichtweise des Zürcher Regierungsrates

Der Regierungsrat des Kantons Zürich stellt sich auf den Standpunkt, dass die Sachpläne des Bundes gemäss Art. 13 RPG vorab der Abstimmung seiner raumwirksamen Bundesaufgaben zu dienen hätten. Ansonsten obliege die Raumplanung gemäss Bundesverfassung den Kantonen. Zwar gesteht der Regierungsrat ein, dass die operationellen Festlegungen im SIL weiter gehen müssten, als dies im zürcherischen

politik ermöglichen. Der Bericht beinhaltet eine Präsentation von Handlungsstrategien zuhanden des Parlaments (BB1 2005 1788). Die vom Bundesrat entwickelten Leitsätze (vgl. BB1 2005 1858 ff.) sollen als Grundlage des politischen Diskurses dienen und stellen keine verbindlichen Rechtsgrundlagen dar.

<sup>77</sup> BB1 2005 1837.

<sup>78</sup> BB1 2005 1837 f.

<sup>79</sup> BB1 2005 1836.

<sup>80</sup> Vgl. BB1 2005 1864.

Richtplan (vom Bundesrat am 15. Mai 1996 genehmigt) der Fall war. Allerdings teilt er nicht die Auffassung des BAZL, wonach der Sachplan – soweit als nötig – bereits detaillierte Vorgaben zu enthalten habe. Mit Bezug auf das Betriebsverfahren sei es primäre Aufgabe des SIL, einen Rahmen vorzugeben, an den sich Fluginfrastruktur und -betrieb zu halten haben, während die detaillierte Ausgestaltung des Flugbetriebes (An- und Abflugregime, Pistenbenützung, ordnung usw.) Sache des Betriebsreglements sei und in dem hierfür vorgesehenen, eigenen Verfahren zu geschehen habe. Ein detailliertes SIL-Objektblatt würde dem Kanton den Handlungsspielraum bei der Festlegung der neuen Flugrouten anlässlich der Erarbeitung des neuen Betriebsreglements entziehen. Des Weiteren würde die starke Stellung der Kantonsvertretung im Verwaltungsrat der FZAG (vgl. § 10 und 19 FG) ebenso bedeutungslos wie die gesetzlich vorgeschriebene Mitwirkung des Runden Tisches (vgl. § 4 FG) bei der Erarbeitung möglicher Betriebsvarianten.<sup>81</sup>

Der Regierungsrat des Kantons Zürich führt für seine Argumentation im Übrigen Art. 36c Abs. 2 LFG ins Feld, welcher vorsieht, dass die im SIL vorgegebenen Rahmenbedingungen im Betriebsreglement konkret auszugestalten sind. Er schliesst aus dieser Bestimmung, dass die operationellen Details nicht im SIL, sondern im Betriebsreglement zu regeln sind, und weist auf die grosse rechtliche und politische Bedeutung dieser Feststellung für den Kanton Zürich hin. Würde dies anders betrachtet, so wäre das Betriebsreglement in denjenigen Belangen, die für die Bevölkerung von grösstem Interesse sind (unter anderem An- und Abflugwege), durch den SIL präjudiziert.<sup>82</sup>

Überdies haben gemäss Regierungsrat des Kantons Zürich sowohl der SIL als auch das künftige Betriebsreglement den bereits bestehenden raumplanerischen Festlegungen sowie den heutigen Siedlungsstrukturen im Kanton Zürich weitestgehend Rechnung zu tragen. Dies bedeute auch, dass der Bund mit der Festlegung des SIL-Objektblattes den Rahmen lediglich so eng fassen dürfe, als dies zur Erfüllung der Bundesaufgaben zwingend notwendig sei, so dass dem Kanton Zürich und der Flughafenbetreiberin der ihnen rechtlich zustehende Anordnungsspielraum verbleibe.<sup>83</sup>

## 2.3. Beurteilung der Rechtslage

### 2.3.1. Allgemeines

Im Rahmen einer Beurteilung der dem Bund zur Verfügung stehenden Instrumente erweist sich der SIL als Dreh- und Angelpunkt der verschiedenen Einflussmöglichkeiten des Bundes, da er behördenverbindlich das Konzept vorgibt und Voraussetzung für die luftfahrtspezifischen Infrastruktur- und Betriebsverfahren ist. Dadurch entlastet er die anschlies-

<sup>81</sup> Vgl. RR ZH (FN 47), 3 ff.

<sup>82</sup> Vgl. RR ZH (FN 47), 5.

<sup>83</sup> Vgl. RR ZH (FN 47), 5 f.

senden Verfahren im Bereich Konzession, Plangenehmigung und Betriebsreglement. So wird die Konzession nur erteilt, wenn der Betrieb der Anlage den Zielen und Vorgaben des SIL entspricht (Art. 12 Abs. 1 lit. a VIL). Auch das Betriebsreglement sowie entsprechende Änderungen werden nur genehmigt, wenn der Inhalt den Zielen und Vorgaben des SIL entspricht (Art. 25 Abs. 1 lit. a VIL). Dasselbe gilt schliesslich auch für die Plangenehmigung (Art. 27d Abs. 1 lit. a VIL).

### 2.3.2. Bundeseinfluss über das Mittel der Konzessionserteilung

#### 2.3.2.a. Beantragung und Erteilung

Wer eine Betriebskonzession erlangen will, muss beim UVEK ein Gesuch einreichen (vgl. Art. 11 Abs. 1 VIL). Das Gesuch wird gemäss Art. 4 VIL publiziert. Die Voraussetzungen zur Konzessionserteilung regelt Art. 12 VIL. Eine Betriebskonzession wird nur erteilt, wenn der Betrieb der Anlage den Zielen und Vorgaben des SIL entspricht (lit. a), der Gesuchsteller über die erforderlichen Fähigkeiten, Kenntnisse und Mittel verfügt, um die Verpflichtungen aus Gesetz, Konzession und Betriebsreglement zu erfüllen (lit. b) und das Betriebsreglement genehmigt werden kann (lit. c).

Bei der Erneuerung der Konzession des Flughafens Zürich am 31. Mai 2001 lag nur der allgemeine Teil des SIL vor, dessen Inhalt überaus abstrakt ist und daher keine wirkliche Prüfung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. a VIL vorgenommen werden konnte.<sup>84</sup>

#### 2.3.2.b. Verhältnis Konzession – SIL beziehungsweise Betriebsreglement

Gemäss Art. 36a Abs. 2 LFG wird mit der Konzessionierung einerseits das Recht verliehen, einen Flughafen gewerbsmässig zu betreiben. Andererseits bestimmt Art. 36a Abs. 2 LFG die Pflichten der Konzessionärin in abschliessender Weise, weshalb betriebliche Rahmenbedingungen nicht Bestandteil der Konzession sind.<sup>85</sup> Art. 10 Abs. 2 VIL ist zudem zu entnehmen, dass die Ausgestaltung des Betriebs und der Infrastruktur nicht Gegenstand der Betriebskonzession sind. Nur der SIL muss zwingend Vorgaben und Rahmenbedingungen zum Betrieb der fraglichen Infrastruktur enthalten.<sup>86</sup> Weiter konkretisiert werden der Flug- und Flugplatzbetrieb im Betriebsreglement, worin auch Bewegungskontingente, Emissionsplafonds und andere Verkehrs- und Betriebsvorschriften i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. c USG festzulegen sind.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> GRIFFEL (FN 16), 99, kritisiert das Fehlen des SIL-Objektblattes für den Flughafen Zürich im Hinblick auf die Konzessionserteilung.

<sup>85</sup> Vgl. REKO/INUM vom 18. Februar 2003; BGer 1A.72/2002 vom 19. August 2002, E. 3.2; BGE 129 II 336 ff.; BGer 1A.61-69/2003 vom 8. Juli 2003.

<sup>86</sup> BGer 1A.61/2003, E. 3.1.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 23 VIL; BGE 127 II 306; BGer 1A.72/2002 vom 19. August 2002, E. 3.2; BGE 129 II 336 f.

Das Bundesgericht betont, dass daran auch Art. 36c Abs. 2 LFG und Art. 25 Abs. 1 lit. b VIL nichts ändern, wonach das Betriebsreglement die in der Betriebskonzession «vorgegebenen Rahmenbedingungen» auszugestalten beziehungsweise die «Vorgaben der Betriebskonzession» umzusetzen hat. Aus diesen Bestimmungen könne nicht geschlossen werden, dass die Betriebskonzession konkrete Angaben über den künftigen Flugbetrieb und insbesondere die An- und Abflugverfahren enthalten müsse.<sup>88</sup> Auch die Konzession für den Flughafen Zürich enthält neben den in Art. 36a Abs. 2 LFG genannten Vorgaben keine weiteren konkreten Vorgaben für das Betriebsreglement.<sup>89</sup>

#### 2.3.2.c. Inhaltliche Anreicherung der Konzession?

Es stellt sich die Frage, ob der Bund im Rahmen der Erteilung der Betriebskonzession die Möglichkeit hätte, durch Anreicherung des Konzessionsinhalts zusätzlichen Einfluss auf den Betrieb eines Flughafens, das heisst die Organisation des Flugplatzes, die Betriebszeiten sowie auf die An- und Abflugverfahren auszuüben.

Die Ausgestaltung der Konzession hat durch das am 1. Januar 2000 in Kraft getretene Bundeskoordinationsgesetz<sup>90</sup> erhebliche Änderungen erfahren. Die Konzession wurde inhaltlich stark eingeschränkt und auf die Statuierung der grundlegenden Rechte und Pflichten reduziert («nackte» Konzession). Ausdrücklich ordnet Art. 10 Abs. 2 VIL an: «Die Ausgestaltung des Betriebs und der Infrastruktur sind nicht Gegenstand der Betriebskonzession.»

Vor Inkrafttreten des Bundeskoordinationsgesetzes wurde zwischen Rahmenkonzession, Baukonzession und Betriebskonzession unterschieden. Die damalige Betriebskonzession enthielt auch Vorschriften über die Ausgestaltung des Betriebs.<sup>91</sup> Es war weitgehend unklar, durch welche rechtlichen Institute und in welchen Verfahren der Flugplatzbetrieb zu regeln und zu überprüfen sei.<sup>92</sup> Diese Unsicherheit wurde mit dem Bundeskoordinationsgesetz aufgehoben, indem man alle mit der Infrastruktur zusammenhängenden Fragen im Plangenehmigungsverfahren zusammenfasste und das Verfahren zur Erteilung der Betriebskonzession entsprechend eingeschränkt hat.<sup>93</sup> Damit wurden der Inhalt der Betriebskonzessionen auf die grundlegenden Rechte und Pflichten reduziert, die Regelung aller betrieblichen Elemente auf das Betriebsreglement verschoben und alle baulichen Fragen ins Plangenehmigungsverfahren überführt.

Ob vor diesem Hintergrund eine Anreicherung der Konzession im Sinne des Gesetz- und Verordnungsgebers zulässig

<sup>88</sup> BGer 1A.61/2003 vom 8. Juli 2003, E. 3.1.

<sup>89</sup> Vgl. BAZL (FN 72), 18 f.

<sup>90</sup> AS 1999 3071 ff.; vgl. auch FN 64.

<sup>91</sup> Vgl. WALPEN (FN 2), 161.

<sup>92</sup> BGE 129 II 336; eine detaillierte Übersicht über die damalige Rechtslage gibt BGE 124 II 293, E. 8–10.

<sup>93</sup> BB1 1998 2592.

sig wäre, ist zu bezweifeln. Das BAZL selber führt in seinem Erläuternden Bericht zur Teilrevision der VIL aus, die Ausgestaltung des Betriebs sei nicht mehr Inhalt der Betriebskonzession. Betriebliche Fragen könnten jedoch im Rahmen der Konzessionserteilung berücksichtigt werden, denn Konzessionen dürften nur erteilt werden, wenn ein genehmigungsfähiges Betriebsreglement vorliegt (Art. 12 Abs. 1 lit. c VIL).<sup>94</sup> Das Bundesgericht ist derselben Auffassung. Insbesondere könne aus Art. 36c LFG und 25 Abs. 1 lit. b VIL, wonach das Betriebsreglement die in der Konzession «vorgegebenen Rahmenbedingungen» ausgestalten beziehungsweise die «Vorgaben der Betriebskonzession» umsetzen müsse, nicht gefolgert werden, dass in der Konzession der äussere Rahmen des Betriebs und die wesentlichen betrieblichen Grundsätze festgelegt werden müssten. Nur der SIL habe zwingend Vorgaben und Rahmenbedingungen zum Betrieb der fraglichen Infrastruktur zu enthalten (Art. 3a Abs. 2 VIL). Vorgaben betreffend Infrastruktur und Betrieb seien nach der Meinung des Gesetzgebers gerade nicht in der Konzession zu verorten.<sup>95</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich allerdings die Frage, ob die Betriebskonzession keine Vorgaben enthalten dürfe oder müsse. Die REKO/INUM führt aus, dass die Pflichten der Konzessionärin in Art. 36a Abs. 2 LFG in der Form einer abschliessenden Aufzählung verfasst seien und sich dem Gesetzestext auch sonst kein Hinweis entnehmen lasse, dass das Departement die Pflichten darüber hinaus erweitern dürfe. Auch nach der Botschaft zum Bundeskoordinationsgesetz beschränkt sich die Konzessionserteilung «im Wesentlichen darauf, das Recht zum Betrieb eines im SIL umschriebenen Flughafens auf einen bestimmten Betreiber zu übertragen, und auf weitere damit zusammenhängende Fragen.»<sup>96</sup>

Fest steht, dass über die «nackte» Konzession hinaus dem Flughafenhalter mit der Konzession Auflagen gemacht werden dürfen. Als «nackte» Konzession wäre vorliegend das blosses Recht zum Betrieb eines Flughafens unter Ausschluss allfälliger Konkurrenten an einem bestimmten Ort in der Schweiz unter Bedingungen, die einen rentablen Geschäftsgang zulassen, zu bezeichnen. Im Sinne einer Auflage sieht die Konzession für den Flughafen Zürich vor, dass der Konzessionärin kein Anspruch auf Entschädigung zusteht, falls insbesondere aus Gründen des Nachbar- und Umweltschutzes während der Dauer der Konzession Bau- oder Verkehrsbeschränkungen nötig werden.<sup>97</sup>

### 2.3.2.d. Pflicht zur Anpassung an veränderte Bedürfnisse («dynamische» Konzession)

Der Konzessionär unterliegt einer Betriebspflicht, welche darin besteht, den Betrieb unterbrochlos weiterzuführen

<sup>94</sup> BAZL, Erläuternder Bericht zur Teilrevision der Verordnung über die VIL, 3.

<sup>95</sup> BGer 1A.61/2003, E. 3.1.

<sup>96</sup> BBI 1998 III 2612.

<sup>97</sup> WALPEN (FN 2), 166.

(Pflicht zur Betriebskontinuität) und an veränderte Benutzerbedürfnisse anzupassen (dynamische Komponente).<sup>98</sup> Die dynamische Komponente der Betriebspflicht kann sich aus dem Gesetz oder aus allgemeinen Erwägungen ergeben.

Aus Art. 36a LFG lässt sich klarerweise keine ausdrückliche Pflicht zur bedingungslosen bedürfnisgerechten Anpassung der Organisation des Flugplatzes, der Betriebszeiten sowie der An- und Abflugverfahren ableiten. Unter Bezugnahme auf POLEDNA könnte sich die Frage stellen, ob – unabhängig von der gesetzlichen Grundlage im Einzelnen – die mit der Konzession erteilte Betriebspflicht die Pflicht zur «Anpassung des Betriebs an veränderte Benutzerbedürfnisse» beinhaltet.<sup>99</sup> Es ist entsprechend zu prüfen, ob die Konzessionäre im Luftfahrtbereich eine Anpassungspflicht trifft,<sup>100</sup> so dass das vom Bundesrat in seinem luftfahrtpolitischen Bericht formulierte Ziel eines «attraktiven und bedarfsgerechten Angebots der schweizerischen Luftfahrt»<sup>101</sup> tatsächlich erreicht werden kann.

Die Lehre spricht sich gegen eine solche Pflicht aus. Über die gesetzliche Verpflichtung hinaus bestehe nur eine beschränkte Pflicht des Konzessionärs zum Ausbau eines Flughafens.<sup>102</sup> Es bestehe jedenfalls keine Pflicht zur uneingeschränkten Bereitstellung aller wünschbaren Kapazitäten.<sup>103</sup> Als Minimum wird man vom Konzessionär (gleichsam am unteren Ende der Skala) eine Anpassungsleistung insoweit verlangen können, als ein ordnungsgemässer und sicherer Betrieb gewährleistet werden muss. Am oberen Ende der Skala wird die Pflicht des Konzessionärs, die Infrastruktur und Organisation des Flughafens auszubauen, wohl dort begrenzt, wo dies für ihn finanziell untragbar und entsprechend unzumutbar wird.<sup>104</sup> Wieweit der Konzessionär im Zwischenbereich verpflichtet ist, Infrastruktur und Organisation des Flughafens auf die, insbesondere mit dem luftfahrtpoli-

<sup>98</sup> TOMAS POLEDNA, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, 217; BLAISE KNAPP, La collaboration des particuliers et de l'Etat à l'exécution des tâches d'intérêt général, in: Association Henri Zwahlen (Hrsg.), Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, 363 ff., 391 f.

<sup>99</sup> POLEDNA (FN 98), 217; vgl. auch KNAPP (FN 98), 391 f.

<sup>100</sup> POLEDNA (FN 98), 219.

<sup>101</sup> BBI 2005 1811.

<sup>102</sup> REGULA DETTLING-OTT, Zulassungszwang auf schweizerischen Flughäfen, in: ASDA-Bulletin 2/1992, 1 ff., 10; JAAG (FN 6), 218.

<sup>103</sup> JAAG (FN 6), 218; vgl. auch WERNER GULDIMANN, Grundfragen der schweizerischen Luftverkehrspolitik, in: Jahrbuch der Schweizerischen Verkehrswirtschaft 1993/94, 95 ff., 103, sowie DETTLING-OTT (FN 102), 10.

<sup>104</sup> POLEDNA (FN 98), 217, verweist hierbei auf den nicht mehr in Kraft stehenden Art. 36 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957: «Erfordert das Interesse am durchgehenden Verkehr von einer Bahnunternehmung besondere, billigerweise nicht ihr allein zumutbare Leistungen, so hat, wer die Leistung verlangt, angemessen an deren Kosten beizutragen». Vgl. dazu auch MICHEL HANHARDT, La concession de service public, Etude de droit fédéral et de droit vaudois, Lausanne 1977.

tischen Bericht formulierten, langfristigen politischen Bedürfnisse auszurichten, lässt sich kaum in allgemeingültiger Weise formulieren. Im Hinblick auf die vorne zitierte Lehre ist diesbezüglich allerdings Zurückhaltung geboten.

### 2.3.2.e. Konzessionsentzug

Das UVEK entzieht die Konzession ohne Entschädigung, wenn die Voraussetzungen für eine sichere Benützung nicht mehr vorliegen oder der Konzessionär seine Pflichten nicht mehr wahrnehmen will oder sie wiederholt in schwerer Weise verletzt hat (Art. 93 LFG i.V.m. Art. 16 VIL). Ein Konzessionsentzug kommt aus Verhältnismässigkeitsüberlegungen nur bei besonders qualifizierten Umständen als ultima ratio in Betracht. Insbesondere ist zu prüfen, ob ein Aufschub des Entzugs unter gleichzeitiger Ermahnung zur Wiederherstellung des gesetzeskonformen Zustandes im Einzelfall genügen würde.<sup>105</sup>

Dem Bundesgericht zufolge kann das UVEK unter Umständen eine Konzession entziehen, falls ein Betriebsreglement gegen Bundesrecht verstösst.<sup>106</sup> Sollte also das Betriebsreglement im Widerspruch zum SIL-Objektblatt stehen, käme der Entzug der Konzession in Frage.

Im Zusammenhang mit der Frage nach der Pflicht des Konzessionärs zum Weiterausbau des Flughafens wird in der Lehre der Standpunkt vertreten, eine Weigerung des Flughafenhalters, einen erforderlichen Ausbauschritt an die Hand zu nehmen, könnte allenfalls zur Nichterneuerung der Betriebskonzession nach deren Ablauf führen; im Fall schwerer und andauernder Pflichtverletzung käme wohl auch ein Entzug der Konzession vor deren Ablauf in Frage.<sup>107</sup>

### 2.3.2.f. Betriebseinschränkung versus wohlverworbene Rechte

Wohlverworbene Rechte, deren wesentlicher Gehalt aufgrund des Vertrauensschutzes und der Eigentumsgarantie unwiderruflich und gesetzesbeständig ist.<sup>108</sup> Da die Konzession nach Art. 36a LFG einer bestimmten Konzessionärin einzig das Recht verleiht, an einem bestimmten Ort einen Flughafen zu betreiben, stellte sich die REKO/INUM auf den Standpunkt, die Konzession enthalte hinsichtlich Betriebsumfang, -konzept und -abwicklung keinen Vertrauen begründenden Inhalt, aus dem allenfalls gar wohlverworbene Rechte abgeleitet werden könnten. Die Konzession stehe daher betrieblichen Einschränkungen im Betriebsreglement nicht entgegen.<sup>109</sup>

ETTLER/LÜTHY kritisieren diese Auffassung und sind der Ansicht, dass erhebliche Betriebsbeschränkungen auch einen

<sup>105</sup> POLEDNA (FN 98), 309 f.

<sup>106</sup> BGer 1A. 72/2002, E. 3.2.

<sup>107</sup> JAAG (FN 6), 218; DETTLING-OTT (FN 102), 10.

<sup>108</sup> BGE 128 II 125.

<sup>109</sup> REKO/INUM vom 18. Februar 2003, E. 2.7; vgl. auch BGer 1A.64-69/2003 vom 8. Juli 2003, E. 6.4.

Eingriff in die mit der Betriebskonzession verliehenen wohlverworbene Rechte darstellen würden.<sup>110</sup> Es sei davon auszugehen, dass die Konzession über einen Vertrauen begründenden Inhalt verfügen würde, aus welchem wohlverworbene Rechte abgeleitet werden könnten, falls die Konzession entgegen dem Willen des Gesetzgebers inhaltlich angereichert würde. In der Konzession für den Flughafen Zürich ist allerdings ausdrücklich festgehalten, dass der Konzessionärin durch Bau- und Verkehrsbeschränkungen kein Anspruch auf Entschädigung zusteht.<sup>111</sup>

### 2.3.3. Bundeseinfluss über das Mittel der Plangenehmigung

Für Bauten und Anlagen, die ganz oder überwiegend dem Betrieb eines Flughafens dienen, bedarf es einer Plangenehmigung durch das UVEK (Art. 37 LFG). Das Gesuch des Flughafenhalters hat die Genehmigungsvoraussetzungen von Art. 27d VIL zu erfüllen. Ein raumwirksames Vorhaben muss den Zielen und Vorgaben des SIL entsprechen (Abs. 1 lit. a) und die generellen Anforderungen des Bundesrechts, insbesondere des Luftfahrt-, Raumplanungs-, Umweltschutz-, Natur- und Heimatschutzrechts erfüllen (Abs. 1 lit. b).

Gemäss Art. 37 Abs. 5 LFG erfordern Plangenehmigungen bei Vorhaben, die sich erheblich auf Raum und Umwelt auswirken, grundsätzlich einen Sachplan nach Art. 13 RPG. Für die Beantwortung der Frage, für welche Anlage in welchem Umfang Bedarf besteht und unter welchen Bedingungen, sollen der SIL und insbesondere die SIL-Objektblätter herangezogen werden.<sup>112</sup> Darin werden die wichtigen Ermessensentscheide bereits von der Sachplanbehörde gefällt.<sup>113</sup> Diese Vorgaben müssen im anschliessenden Plangenehmigungsverfahren Berücksichtigung finden.<sup>114</sup>

Beeinflussen Bauvorhaben auf einem Flugplatz auch dessen betrieblichen Verhältnisse, so sind die entsprechenden betrieblichen Belange ebenfalls im Plangenehmigungsverfahren zu prüfen (Art. 27c VIL). Die zusammenhängenden materiellen Fragen müssen in Abhängigkeit voneinander geprüft und entschieden werden. Dadurch ist die materielle und formelle Koordination von Plangenehmigungs- und Betriebsreglementsverfahren gewährleistet.<sup>115</sup>

Der Bundeseinfluss bei der Plangenehmigung ist nur gering, da erstens die Rolle des UVEK nur eine genehmigende ist und es daher nicht aktiv in die Planung von Infrastrukturanlagen eines Flugplatzes eingreifen kann. Zweitens sind die wichtigen Entscheide schon im SIL-Objektblatt gefällt wor-

<sup>110</sup> ETTLER/LÜTHY (FN 61), 976.

<sup>111</sup> WALPEN (FN 2), 166.

<sup>112</sup> Vgl. BAZL (FN 94), 2; in BGE 128 II 1 ff. hat das Bundesgericht eine Plangenehmigung verweigert, weil keine Vorgabe auf Sachplanebene existierte.

<sup>113</sup> Vgl. BGE 128 II 11.

<sup>114</sup> BÜHLMANN (FN 51), Art. 13 RPG Rz. 41.

<sup>115</sup> BAZL (FN 112), 5 f.

den, die nunmehr im Plangenehmigungsverfahren umgesetzt werden.

### 2.3.4. Bundeseinfluss über das Mittel des Betriebsreglements

#### 2.3.4.a. Genehmigung

Der Flugplatzhalter hat dem BAZL das erstmalig erstellte Betriebsreglement und jede Änderung desselben zur Genehmigung einzureichen (Art. 36c LFG). Die Genehmigung wird erteilt, wenn das Reglement die abschliessenden Voraussetzungen von Art. 25 Abs. 1 lit. a-f VIL erfüllt. Insbesondere hat das Betriebsreglement den Zielen und Vorgaben des SIL (lit. a), den Anforderungen der Betriebskonzession und der Plangenehmigung (lit. b) und den luftfahrtspezifischen Anforderungen sowie solchen der Raumplanung, des Umwelt-, Natur- und Heimatschutzes (lit. c)<sup>116</sup> zu entsprechen. Die formelle und materielle Koordination des Betriebsreglements- mit dem Plangenehmigungsverfahren stellen Art. 36c Abs. 4 LFG sowie Art. 27c VIL sicher.<sup>117</sup>

Falls eine Änderung des Betriebsreglements wesentliche Auswirkungen auf die Fluglärmbelastung hat, regelt Art. 36d LFG ein bestimmtes Auflage-, Publikations- und Einspracheverfahren. Es obliegt dem BAZL zu entscheiden, wann eine Auswirkung wesentlich ist. Indiz für die Wesentlichkeit kann die Betroffenheit zahlreicher Personen und die Wahrnehmbarkeit der Veränderung der Lärmbelastung sein. Dieses Verfahren gelangt auch bei der erstmaligen Genehmigung eines Betriebsreglements zur Anwendung.<sup>118</sup>

Dem Bund kommt beim Betriebsreglement eines Flugplatzes in erster Linie eine reagierende, genehmigende Rolle zu. Das BAZL kann den Inhalt des Betriebsreglements grundsätzlich nicht direkt beeinflussen. Hingegen besitzt es die Möglichkeit, die Genehmigung seinerseits mit Nebenbestimmungen (Bedingung, Auflage, Befristung) zu verbinden.<sup>119</sup> Über diesen Weg kann ein ursprünglich vom Flugplatzhalter definiertes Reglement vom BAZL inhaltlich modifiziert werden, was an Bedeutung nicht zu unterschätzen ist. Wenn wie vorliegend die Möglichkeit von Nebenbestimmungen nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist, so muss ihre Zulässigkeit in einem, mit der Hauptanordnung zusammenhängenden öffentlichen Interesse begründet sein. Ausserdem müssen die Nebenbestimmungen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten.<sup>120</sup>

#### 2.3.4.b. Verhältnis Betriebsreglement – SIL beziehungsweise Konzession

Das BAZL wünscht, im SIL so wenig wie möglich, aber so viel wie nötig festzuhalten. Dabei muss dem SIL-Objektblatt gemäss BAZL nicht zwingend ein ebenso detailliertes Betriebskonzept zu Grunde liegen wie dem (zeitlich nachgeschaltet vom BAZL zu genehmigenden) Betriebsreglement. Das Verhältnis zwischen SIL und Betriebsreglement ist in Lehre und Praxis nicht vollständig geklärt.

Zum Verhältnis zwischen Betriebsreglement und der Konzession gilt, dass der Flug- und Flugplatzbetrieb in jeder Hinsicht im Betriebsreglement zu regeln ist, währenddessen betriebliche Rahmenbedingungen nicht Bestandteil der Konzession sind.<sup>121</sup>

#### 2.3.4.c. Verfügung von Änderungen

Da das Betriebsreglement den Betrieb des Flughafens in allen Belangen regelt, muss es die jeweils aktuell gültigen Vorgaben für dessen Betrieb enthalten. Sollten veränderte rechtliche oder tatsächliche Verhältnisse es erfordern, so ist das BAZL aufgrund von Art. 26 VIL ermächtigt und verpflichtet, Änderungen des Betriebsreglements zur Anpassung an den rechtmässigen Zustand zu verfügen.<sup>122</sup> Auch das Bundesgericht stellt in allgemeiner Weise fest, dass unter bestimmten Voraussetzungen auf die Genehmigungsverfügung wieder zurückgekommen werden kann. Solche Verfügungen über Dauerrechtsverhältnisse können namentlich wegen nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage widerrufen werden, sofern wichtige öffentliche Interessen berührt sind.<sup>123</sup> Art. 26 VIL lässt sich insofern als Möglichkeit zur direkten Einflussnahme betrachten.

Falls im Rahmen der Erarbeitung des konkreten Teils des SIL Widersprüche zwischen dem SIL und dem Betriebsreglement entstehen, würde es sich dabei zweifellos um veränderte rechtliche Verhältnisse handeln, welche eine Anpassung des Betriebsreglements gemäss Art. 26 VIL erforderlich machen würde. Im Falle des Flughafens Zürich könnte das BAZL somit Änderungen direkt verfügen, ohne dass der Kanton Zürich darauf Einfluss nehmen könnte. Das Mitbestimmungs- und Vetorecht des Kantons Zürich gemäss §§ 10 und 19 FG gelangt nur dann zur Anwendung, wenn ein Gesuch um Erlass oder Änderung des Betriebsreglements im Verwaltungsrat der FZAG diskutiert wird,<sup>124</sup> also wenn es gleichsam um Gesuche «von unten» geht, nicht jedoch bei verfügten Änderungen «von oben». Sinnvollerweise nimmt das BAZL seine, aus Art. 26 VIL fliessenden Befugnisse mit einer gewissen Zurückhaltung wahr und beschränkt sich auf

die Durchsetzung von politisch wichtigen Anliegen. Die Regelung der operativen Details sind so weit als möglich dem Flugplatzhalter zu überlassen.

Die provisorische Änderung des Betriebsreglements des Flughafens Zürich vom 16. April 2003 infolge Verlängerung des deutschen Nachtflugverbots stützte sich auf Art. 26 VIL.<sup>125</sup>

### 2.3.5. Bundeseinfluss über das Mittel des SIL

#### 2.3.5.a. Detaillierungsgrad des SIL-Objektblattes

Wie erwähnt, nimmt der SIL unter allen Instrumenten des Bundeseinflusses eine hervorgehobene Stellung ein. Die Konzession, das Betriebsreglement und auch die Plangenehmigung werden nur erteilt beziehungsweise genehmigt, wenn sie den Zielen und Vorgaben des SIL entsprechen.<sup>126</sup> Es stellt sich dementsprechend die Frage, inwiefern der Bund durch eine möglichst detaillierte Ausgestaltung des SIL Einfluss auf den Betrieb der Landesflughäfen nehmen könnte.

Dem Bundesamt für Raumentwicklung (ARE) zufolge hat der Sachplan einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum für die nachgeordneten Entscheide zu belassen.<sup>127</sup> Das ARE stellt jedoch fest, dass die planerischen Aussagen umso konkreter sein können, je umfassender die betreffende Bundeskompetenz ist.<sup>128</sup> BÜHLMANN führt aus, dass der Bund im Bereich der Luftfahrt über eine umfassende Sachzuständigkeit verfügt und es deshalb nicht nur bei der Formulierung von Zielen, Massnahmen und Prioritäten der Aufgabenerfüllung belässt. Er könne sich in Form richtungsweisender Festlegungen und Abstimmungsanweisungen auch zu Standorten von Infrastrukturanlagen und zu An- und Abflugrouten etc. äussern. Das BAZL stellt sich auf den Standpunkt, im SIL sei so wenig wie möglich, aber so viel wie nötig festzuhalten. In seinem Erläuterungsbericht zur VIL belässt es das BAZL bei der Formulierung, der SIL enthalte «gewisse Vorgaben», und «im Übrigen» seien «diese Fragen im Betriebsreglement geregelt».<sup>129</sup> Die Botschaft zum Bundeskoordinationsgesetz verweist darauf, dass heute wesentliche Grundfragen namentlich betreffend Standort, Zweck und Ausbaugrösse von Flugplätzen im SIL behandelt werden.<sup>130</sup>

Der grundsätzliche Charakter des SIL, der nicht nur ein raumplanerisches, sondern auch ein verkehrspolitisches Instrument<sup>131</sup> darstellt, spricht nicht gegen eine Regelung von betrieblichen Anforderungen im SIL (Flugplatzorganisation, Betriebszeiten, An- und Abflugverfahren), falls dies zum

Zwecke der Abstimmung von Nutz- und Schutzinteressen unabdingbar erscheint.

Die Frage, wie detailliert Vorgaben im Sachplan sein dürfen, lässt sich wohl kaum in allgemeiner Weise beantworten. Entscheidend ist vielmehr, wie viel Detail zur Erreichung der mit dem Sachplan verfolgten Zielsetzung tatsächlich nötig ist. Mit WALDMANN/HÄNNI ist an den Sachplan die Minimalanforderung zu stellen, auf jeden Fall diejenigen Aussagen und Anordnungen zu enthalten, die für die Erfüllung seiner Funktion als Instrument der Herstellung einer kohärenten Raumordnungs- und Sachpolitik notwendig sind.<sup>132</sup> Der Sachplan muss mit anderen Worten zumindest so konkret sein, dass aus ihm inhaltlich das Ergebnis der Abstimmung der Sachziele auf die Raumordnungsziele entnommen werden kann.

Führt nun in Anbetracht der aktuellen Gegebenheiten eine Abwägung der zur Debatte stehenden Nutz- und Schutzinteressen zum Ergebnis, dass für eine kohärente Raumordnungs- und Sachpolitik detaillierte Aussagen und Anordnungen betreffend die Organisation des Flugplatzes, die Betriebszeiten sowie die An- und Abflugverfahren notwendig sind, so ist gegen diese Detailliertheit nichts einzuwenden. Entscheidend ist mit anderen Worten, dass der Bund die in der Verfassung vorgesehene Abwägung zwischen den verkehrspolitischen Interessen, den umweltschutzrechtlichen Anliegen, den raumplanerischen Zielsetzungen sowie den Nachhaltigkeitsüberlegungen sachgerecht und ausgewogen vorgenommen hat.<sup>133</sup> Falls das Resultat dieser Abwägung beim Bundesrat zum Entschluss führt, aufgrund der Umstände sei es erforderlich, das Resultat der vorgenommenen Abwägungen auf Stufe SIL in möglichst konkreten und detaillierten Anordnungen festzulegen, weil unter den gegebenen Umständen nur auf diese Weise das mit dem SIL bezweckte Ziel auch tatsächlich erreicht werden könne, so ist dies zulässig. Im Bereich der Luftfahrt wird diese Ansicht insbesondere bestätigt durch die Auffassung, dass die planerischen Aussagen umso konkreter sein können, je umfassender die betreffende Bundeskompetenz ist.<sup>134</sup> Aufgrund der umfassenden Bundeskompetenz (Art. 87 BV) kann der Bund nicht nur Ziele, Massnahmen und Prioritäten zur Aufgabenerfüllung vorgeben, sondern sich auch in Form richtungsweisender Festlegungen und Abstimmungsanweisungen zu Standorten von Infrastrukturanlagen, An- und Abflugrouten etc. äussern.<sup>135</sup> Es ist insofern auch vorstellbar, dass die Flughafenhalter im SIL auf die Zulassung einer Mindestzahl von Flugbewegungen verpflichtet werden.

Dem Bundesgericht ist in diesem Zusammenhang zu entnehmen, dass zeitliche und örtliche Betriebsbeschränkungen aus Gründen der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden

<sup>116</sup> Vgl. Art. 17 ff. Verordnung vom 19. Oktober 1988 über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPV), SR 814.011.

<sup>117</sup> Vgl. dazu vorne II.2.3.3.

<sup>118</sup> Obschon dies aus Art. 36d LFG nicht entnommen werden kann, vgl. WALPEN (FN 2), 182.

<sup>119</sup> Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 11), Rz. 902.

<sup>120</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 11), Rz. 918 ff.

<sup>121</sup> Vgl. Art. 10 Abs. 2 und 23 VIL sowie vorne II.2.3.2.b.

<sup>122</sup> Vgl. BGE 129 II 341 f.; 127 II 313 ff. sowie BAZL (FN 72), 14.

<sup>123</sup> BGE 127 II 306, 313 f.; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 11), Rz. 999.

<sup>124</sup> Vgl. vorne II.1.3.

<sup>125</sup> WALPEN (FN 2), 185.

<sup>126</sup> Art. 12 Abs. 1 lit. a VIL; Art. 25 Abs. 1 lit. a VIL; Art. 27d Abs. 1 lit. a VIL; vgl. auch vorne II.2.3.1. und II.1.2.1.

<sup>127</sup> EJP/BRP (FN 42), 9 und 23.

<sup>128</sup> EJP/BRP (FN 42), 22; vgl. Art. 23 Abs. 1 RPV.

<sup>129</sup> BAZL (FN 60), 5.

<sup>130</sup> BBl 1998 2612.

<sup>131</sup> Vgl. RR ZH (FN 47), 1.

<sup>132</sup> BERNHARD WALDMANN/PETER HÄNNI, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Bern 2006, Art. 13 RPG Rz. 16.

<sup>133</sup> Vgl. WALDMANN/HÄNNI (FN 132), Art. 13 RPG Rz. 48.

<sup>134</sup> EJP/BRP (FN 42), 22; vgl. Art. 23 Abs. 1 RPV.

<sup>135</sup> BÜHLMANN (FN 53), 22.

in rechtsgleicher Weise im Sachplan festgelegt werden sollen, und nicht erst auf Stufe des Betriebsreglements für die einzelne Anlage.<sup>136</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass erforderlichenfalls auch anderweitige betriebliche Grundentscheidungen im Sachplan festzuhalten sind. Dasselbe hat auch für die Anpassung konkreter Infrastruktur zu gelten. Führt die Abwägung von Nutz- und Schutzinteressen zum Resultat, dass die konkrete Infrastruktur aus Wichtigkeitsüberlegungen bereits auf Stufe Sachplan vorgesehen werden muss, so soll und muss dies Inhalt des Sachplans sein. Diese Überlegungen werden vom Bundesgericht im Zusammenhang mit der Plangenehmigung für eine militärische Ausbildungsanlage insofern bestätigt, als dass das Bundesgericht eine Plangenehmigung für ein konkretes Infrastrukturprojekt verwehrt, wenn nicht bereits auf Stufe Sachplan ein Entscheid über den einem solchen Projekt zugrunde liegenden Interessenkonflikt mit der nötigen Klarheit erfolgt ist.<sup>137</sup> Das Bundesgericht stellt sich auf den Standpunkt, dass gerade für den Fall, in welchem sich zwei unterschiedliche Interessen von nationaler Bedeutung gegenüberstehen, die sich gegenseitig ausschliessen und unter Umständen nicht versöhnt werden können (in casu: Interesse an der Landesverteidigung versus Interesse an der Erhaltung eines Wildtierkorridors von nationaler Bedeutung), die Plangenehmigung voraussetzt, dass sich bereits die Sachplanbehörde mit diesem Interessenkonflikt ausdrücklich auseinandergesetzt und sich klar für den Vorrang des Nutzinteresses entschieden hat. Die Abwägung von zwei sich widerstrebenden gleichwertigen nationalen Interessen stellt einen bedeutenden Ermessensentscheid dar, den klarerweise die Sachplanbehörde zu treffen habe.<sup>138</sup> Beim Erlass von Sachplänen fungiert der Bundesrat nicht wie bei der Behandlung von kantonalen Richtplänen als Genehmigungsbehörde, sondern als Planungsbehörde. Es kommt ihm daher ein entsprechendes Planungsermessen zu (vgl. Art. 21 Abs. 2 RPV).<sup>139</sup>

Unter Bezugnahme auf BÜHLMANN<sup>140</sup> verlangt das Bundesgericht von der Sachplanbehörde, dass sie in den Erläuterungen zum Sachplan im Einzelnen darzulegen hat, weshalb sie sich zu Gunsten des einen oder anderen Interesses entschieden hat.<sup>141</sup> Die Thematisierung wichtiger Infrastrukturfragen, denen ein Interessenkonflikt zugrunde liegt, darf somit nicht nur, sondern – so sind die bundesgerichtlichen Ausführungen zu verstehen – muss Inhalt des SIL sein.

Grundsätzlich ist es sinnvoll und richtig, wenn sich die – mit spezifischem Sachwissen ausgestatteten – Flughafenhalter um die operativen Fragen des Flugbetriebs (z.B. die flugtechnische Regelung des An- und Abflugs) kümmern und diese Aspekte im Betriebsreglement regeln. Das BAZL

überlässt den Flughafenhaltern deshalb in der Regel den entsprechenden Handlungsspielraum. Erachtet das BAZL allerdings eine (operative) Frage für politisch besonders wichtig, so hat es das Recht und die Pflicht, Fragen des Betriebs oder der Infrastruktur zum Inhalt des SIL zu machen und diese entsprechend selber einer Regelung zuzuführen.

### 2.3.5.b. Verbleibender Handlungsspielraum des Flughafenhalters beziehungsweise des Kantons

Die Einwände des Regierungsrates des Kantons Zürich, ein detaillierter SIL (vor allem ein ausführliches SIL-Objektblatt) sei nicht sachgemäss, da dem Kanton damit der Handlungsspielraum bei der Festlegung der neuen An- und Abflugrouten anlässlich der Erarbeitung des neuen Betriebsreglements entzogen würde,<sup>142</sup> sind nicht stichhaltig. Der Handlungsspielraum des Kantons in Flughafenfragen wird durch das Bundesrecht abschliessend festgelegt.

Die kantonalen Einflussmöglichkeiten auf den Inhalt des SIL werden in den Art. 18–23 RPV (unter anderem Anhörung der Kantone und Bereinigungsmechanismus) geregelt. Dieses Instrumentarium regelt das Verfahren für den Konfliktfall, stellt jedoch keine inhaltliche Begrenzung für das Mass an Detailliertheit eines SIL dar. Im Gegenteil, denn Art. 23 RPV grenzt den Handlungsspielraum der Kantone bei ihrer Richtplanung noch weiter ein: Je umfassender die betreffende Bundeskompetenz ist, desto konkreter können die planerischen Aussagen im Sachplan sein.

Den Kantonen steht vor dem Hintergrund der umfassenden Bundeskompetenzen (Art. 87 BV; LFG; VIL; Art. 23 RPV) kein definierter materieller «Handlungsspielraum» zu, auch nicht etwa für die Festlegung von neuen An- und Abflugrouten. Auch kennt die der Erarbeitung des SIL zugrunde liegende gesetzliche Konzeption kein «Abstraktionsgebot», welches eine besondere Detaillierung des SIL verbieten würde, wie es dem Regierungsrat des Kantons Zürich vorschwebt.<sup>143</sup> Aus Art. 36c LFG ist zwar zu entnehmen, dass im Betriebsreglement die unter anderem im SIL vorgegebenen «Rahmenbedingungen» konkret auszugestalten sind, und aus Art. 3a VIL geht hervor, dass der SIL insbesondere «die Grundzüge der Nutzung, die Erschliessung sowie die Rahmenbedingungen zum Betrieb» eines Flugplatzes bestimmt. Daraus jedoch einen materiellen Handlungsspielraum abzuleiten, um die «operationellen Details» im Betriebsreglement selber beziehungsweise durch die FZAG festlegen zu können, wird der Sache nicht gerecht. Es mag zwar tatsächlich sinnvoll sein, dass der Flugplatzhalter die operativen, betriebsnahen Fragen in der Regel im Betriebsreglement statuiert und damit die inhaltliche Detailarbeit übernimmt. Sobald jedoch wichtige operative Fragen anstehen, bei denen Widersprüche zwischen gewichtigen Nutz- und Schutzinteressen bestehen, enthalten weder Art. 36c Abs. 2

<sup>136</sup> BGE 128 II 299 ff.

<sup>137</sup> BGE 128 II 1 ff.

<sup>138</sup> BGE 128 II 11.

<sup>139</sup> WALDMANN/HÄNNI (FN 132), Art. 13 RPG Rz. 48.

<sup>140</sup> BÜHLMANN (FN 51), Art. 13 RPG Rz. 4, 30.

<sup>141</sup> BGE 128 II 11 f.

<sup>142</sup> Vgl. RR ZH (FN 47), 3.

<sup>143</sup> Vgl. RR ZH (FN 47), 5.

LFG noch Art. 3a VIL ein Verbot, diese Fragen im SIL einer Regelung zuzuführen. Das Bundesgericht verlangt in diesen Fällen, dass bereits die Sachplanbehörde den Interessenkonflikt mit der nötigen Klarheit löst und sich bei unversöhnlich gegenüberstehenden Interessen für den Vorrang des einen entscheidet. Das Bundesgericht spricht von einem «bedeutenden Ermessensentscheid, den klarerweise die Sachplanbehörde zu treffen hat.»<sup>144</sup> Damit darf und muss der Bundesrat als Sachplanbehörde (vgl. Art. 21 RPV), auf Antrag des BAZL, auch wichtige operative Fragen im SIL und damit auch im SIL-Objektblatt des Flughafens Zürich regeln.

In diesem Zusammenhang ist zudem auf das Wichtigkeitskriterium im Gesetzgebungsbereich zu verweisen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass wichtige beziehungsweise wesentliche Entscheidungen auf einer demokratisch höher legitimierten Stufe vorzunehmen sind. Kriterien, welche die Wichtigkeit indizieren können, sind die Zahl der geregelten Verhaltensalternativen, Grösse des Adressatenkreises, Intensität (Betroffenheit in Grundrechtspositionen), Bedeutung für die Ausgestaltung des politischen Systems, finanzielle Auswirkungen sowie Akzeptierbarkeit der Regelung.<sup>145</sup> Auch vor diesem Hintergrund ist es richtig, wichtige, auch operative, Entscheidungen auf der Ebene des – durch den Bundesrat verabschiedeten – SIL zu treffen. Darüber hinaus wird es dem Bundesrat vorbehalten bleiben, die Wichtigkeit aus seiner Werte subjektiv zu beurteilen.<sup>146</sup>

Ein definierter materieller Handlungsspielraum des Flughafenhalters beziehungsweise des Kantons Zürich kann sich schliesslich auch nicht aus den §§ 10 und 19 FG<sup>147</sup> ergeben, die dem Kanton Zürich möglichst weitgehenden Einfluss auf den Inhalt des Betriebsreglements des Flughafens Zürich einräumen. Es handelt sich dabei um den kantonalrechtlichen Versuch, trotz klarer Bundeskompetenz (Art. 87 BV; LFG; VIL; Art. 23 RPV) die Interessen des Kantons im Bereich des Flughafenbetriebs möglichst weitgehend durchzusetzen. Ein definierter, vom Bund akzeptierter, materieller Handlungsspielraum des Kantons liegt hingegen nicht vor. Würde der Bund betriebliche Fragen in konkreter Weise im SIL (vor allem im SIL-Objektblatt Flughafen Zürich) bereits einer Regelung zuführen, würde dies den vom Kanton Zürich sich selbst erschaffenen Handlungsspielraum empfindlich beeinträchtigen.

### 2.3.5.c. Einfluss eines detaillierten SIL auf die Konzession

Die Betriebskonzession wird nur erteilt, wenn «der Betrieb der Anlage den Zielen und Vorgaben des SIL entspricht»

<sup>144</sup> BGE 128 II 11.

<sup>145</sup> Vgl. GEORG MÜLLER, Inhalt und Form der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, Basel 1979, 110 ff.

<sup>146</sup> Vgl. zur ähnlichen Problemstellung im New Public Management: CHRISTOPH MEYER, New Public Management als neues Verwaltungsmodell, Basel 2000, 162.

<sup>147</sup> Vgl. vorne II.1.3.

(Art. 12 Abs. 1 lit. a VIL). Es stellt sich die Frage, auf welche Teile des SIL diese Verordnungsbestimmung abstellt. Nach Ansicht der REKO/INUM bezieht sich die Voraussetzung der Sachplankonformität für die Konzessionserteilung auf die grundsätzlichen Aussagen des SIL, die konkreten Aussagen (also vor allem die SIL-Objektblätter) seien hingegen im Betriebsreglement umzusetzen.<sup>148</sup> Für den besonderen Fall des Flughafens Zürich, für den noch kein SIL-Objektblatt existiert, mag diese Auffassung aus pragmatischer Sicht zulässig sein. Allerdings findet sie im Gesetz keine ausdrückliche Begründung. Aus gesetzgebungstechnischer Sicht ist zumindest fragwürdig, ob die gleichlautenden Verweisungen in Art. 12 Abs. 1 lit. a (bezüglich Konzession) sowie in Art. 25 Abs. 1 lit. a VIL (bezüglich Betriebsreglement) auf «die Ziele und Vorgaben des SIL» jeweils unterschiedlich auszulegen sind. Unbestrittenermassen hat das Betriebsreglement die betrieblichen Rahmenbedingungen des SIL-Objektblattes zu inkorporieren und näher auszuführen.<sup>149</sup> Deshalb ist es nicht nachvollziehbar, dass für die Konzessionserteilung nicht ebenso die Vorgaben des SIL-Objektblattes massgebend sein sollen. Die Ausrichtung der Konzession alleine auf die allgemeinen Vorgaben und Ziele des SIL macht wenig Sinn, da diese so generell gehalten sind, dass ihnen inhaltlich nur sehr geringe Bedeutung zukommt.<sup>150</sup>

Sollte folglich der SIL beziehungsweise ein spezifisches Objektblatt aufgrund veränderter tatsächlicher Verhältnisse eine Anpassung der Flughafeninfrastruktur verlangen, um (auch in Zukunft) ein attraktives und bedarfsgerechtes Angebot zu sichern und sollte sich der Flughafenhalter zur betreffenden Vorkehrung weigern, so käme dem Bund die Möglichkeit zu, dem Flughafenhalter die Konzession zu entziehen.<sup>151</sup>

### 2.3.5.d. Einfluss eines detaillierten SIL auf das Betriebsreglement

Sind Teile des Betriebsreglements mit neu erlassenen Zielen und Vorgaben des SIL und vor allem mit Festlegungen im spezifischen SIL-Objektblatt nicht vereinbar, so kann das BAZL direkt Änderungen des Betriebsreglements verfügen (Art. 26 VIL).<sup>152</sup>

### 2.3.5.e. Einfluss eines detaillierten SIL auf das Plangenehmigungsverfahren

Falls das SIL-Objektblatt Anpassungen oder Veränderungen der Infrastruktur für erforderlich erachtet, kann sich der

<sup>148</sup> REKO/INUM vom 18. Februar 2003, E. 2.5.2.

<sup>149</sup> Vgl. WALPEN (FN 2), 184, und GRIFFEL (FN 16), 107 sowie BAZL (FN 69), 4 f.

<sup>150</sup> So kommt das UVEK in seiner Betriebskonzession vom 31. Mai 2001 für den Flughafen Zürich (Seite 6) bezeichnenderweise zum lapidaren Schluss, es entspreche den Zielen und Vorgaben des SIL, den Betrieb des Flughafens mittels Konzession weiter zu ermöglichen, da der Flughafen «in der schweizerischen Verkehrsinfrastruktur eine zentrale Stellung einnimmt».

<sup>151</sup> Vgl. vorne II.2.3.2.e.

<sup>152</sup> Vgl. dazu ausführlich vorne II.2.3.4.c.

Bundesrat, rein rechtlich betrachtet, über die Beschlüsse des Kantons Zürich und des Flughafenhalters hinwegsetzen und den Bau neuer Infrastrukturanlagen vorsehen. Handelt es sich dabei um Änderungen der Lage und Länge von Pisten, so besteht für die Kantonsvertretung im Verwaltungsrat der FZAG ein Vetorecht.<sup>153</sup> Sollte der Kanton an seiner Ablehnung festhalten und kommt daher im Verwaltungsrat der FZAG kein entsprechender Baubeschluss zustande, so könnte der Bund durch Ersatzvornahme die Bauten erstellen lassen. Allerdings erscheint ein solches Vorgehen kaum realistisch.<sup>154</sup>

#### 2.4. Zusammenfassung

Im Bericht über die Luftfahrtpolitik der Schweiz 2004<sup>155</sup> kommt der Bundesrat im Zusammenhang mit der Sachplanung Infrastruktur der Luftfahrt (SIL) zum Schluss, der Betrieb der Flughäfen sei einer übergeordneten, einheitlichen Bundesplanung weitgehend entzogen, da kantonale Behörden und Gemeinden die Flughäfen entweder selbst oder indirekt über von ihnen kontrollierte Gesellschaften betreiben würden und über umfassende Rechtsetzungskompetenzen sowie Sperrminoritäten verfügten.<sup>156</sup>

Wie dargelegt, kann der Bund bereits de lege lata mit den aktuell zur Verfügung stehenden Instrumenten einen nicht unbedeutenden Einfluss auf die Landesflughäfen nehmen. Und dies in einem bedeutend grösseren Ausmass, als es der Bundesrat im genannten Bericht anzunehmen scheint.

Der Bund verfügt im Bereich des Flugverkehrs über eine umfassende, nachträglich derogatorische Gesetzgebungskompetenz (Art. 87 BV). Der Einfluss des Bundes auf die Landesflughäfen könnte vor allem durch eine zusätzliche Detaillierung des vom Bundesrat zu erlassenden SIL erreicht werden. Der SIL hat auf jeden Fall diejenigen Aussagen zu enthalten, die für die Erfüllung seiner Funktion als Instrument der Herstellung einer kohärenten Raumordnungs- und Sachpolitik notwendig sind. Falls die in der Verfassung vorgesehene Abwägung zwischen den verkehrspolitischen Interessen, den umweltschutzrechtlichen Anliegen, den raumplanerischen Zielsetzungen sowie den Nachhaltigkeitsüberlegungen sachgerecht und ausgewogen vorgenommen wurde und das Resultat dieser Abwägung beim Bundesrat zum Entschluss führt, aufgrund der Umstände sei es erforderlich, detaillierte Aussagen und Anordnungen in Bezug auf die Organisation des Flugplatzes, die Betriebszeiten sowie die An- und Abflugverfahren auf Stufe SIL zu treffen, so ist gegen diese Detailliertheit nichts einzuwenden. Entgegen der Ansicht des Regierungsrats des Kantons Zürich vermittelt die Bundesgesetzgebung keinen definierten materiellen Handlungsspielraum des Flughafenhalters (bezie-

<sup>153</sup> Vgl. § 10 und 19 FG und vorne II.1.3.

<sup>154</sup> JAAG/HÄNNI (FN 2), Rz. 52.

<sup>155</sup> BBl 2005 1864.

<sup>156</sup> BBl 2005 1836.

ungsweise des Kantons Zürich, dem im Verwaltungsrat des Flughafenhalters ein sachlich beschränktes Vetorecht nach kantonalem Recht zusteht) für die «operationellen Details» des Betriebsreglements. Ein solcher ergibt sich auch nicht aus dem Raumplanungs- oder Umweltschutzgesetz. Es mag zwar sinnvoll sein, dass der Flugplatzhalter die operativen betriebsnahen Fragen in der Regel im Betriebsreglement statuiert und damit die inhaltliche Detailarbeit übernimmt. Der Bund ist jedoch frei, operative Fragen von politischer Wichtigkeit im SIL selber zu regeln. Das Bundesgericht verlangt, dass bereits die Sachplanbehörde den Interessenkonflikt mit der nötigen Klarheit löst und sich für den Vorrang eines Interesses entscheidet. Das Bundesgericht spricht von einem «bedeutenden Ermessensentscheid, den klarerweise die Sachplanbehörde zu treffen hat.»<sup>157</sup>

Hinsichtlich des Einflusses eines detaillierten SIL auf die Konzession wird vorliegend der Standpunkt vertreten, die Konzession habe sich auf die Ziele und Vorgaben des gesamten SIL auszurichten. Würde insbesondere in einem spezifischen Objektblatt eines Flughafens neu vom Konzessionär die Anpassung des Flughafenbetriebs beziehungsweise der -infrastruktur vorgesehen, um ein attraktives und bedarfsgerechtes Angebot zu sichern, könnte diese Anpassungsleistung vom Konzessionär zwar nicht zwingend verlangt werden. Allerdings bestünde im Falle der Weigerung des Konzessionärs, den Flughafen beziehungsweise dessen Betrieb (entgegen einer allfälligen Statuierung im SIL) weiter auszubauen, die Möglichkeit des Bundes zum Konzessionsentzug mit der Begründung, der Konzessionär begehe eine schwere und andauernde Pflichtverletzung.<sup>158</sup>

Falls Widersprüche zwischen dem konkreten Teil des SIL (vor allem der Objektblätter) und dem Betriebsreglement entstehen, würde es sich dabei um veränderte rechtliche Verhältnisse handeln, welche eine Anpassung des Betriebsreglements durch Verfügung des BAZL ermöglichen würden (Art. 26 VIL).<sup>159</sup>

### III. Möglichkeiten zur Verstärkungen des Bundeseinflusses auf die Landesflughäfen de lege ferenda

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, bieten bereits die bestehenden rechtlichen Instrumente für den Bund durchaus wirksame Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Landesflughäfen. Dennoch stellt sich die Frage, welche inhaltlichen Änderungen von Rechtsgrundlagen notwendig wären, um den Bundeseinfluss auf die Landesflughäfen noch zu verstärken beziehungsweise den Anspruch des Bundes

<sup>157</sup> BGE 128 II 11; zum Ganzen vgl. vorne II.2.3.5.a. f.

<sup>158</sup> Vgl. vorne II.2.3.2.e.

<sup>159</sup> Vgl. vorne II.2.3.4.c.

auf Durchsetzung seiner luftfahrtpolitischen Zielsetzungen noch zusätzlich zu gewährleisten.

#### 1. Kein Handlungsbedarf auf Verfassungsebene

Aus dem etwas einsilbig formulierten Art. 87 BV lässt sich die Kompetenzfülle des Bundes nicht im Detail ersehen. Aus Praxis und Lehre lässt sich aber in aller Klarheit und unumstritten die umfassende Kompetenz des Bundes zur Regelung der Luftfahrt entnehmen.<sup>160</sup> Es besteht daher kein Handlungsbedarf auf Verfassungsebene, um den Einfluss des Bundes auf die Landesflughäfen zu verstärken.

#### 2. Handlungsbedarf auf Gesetzes- (LFG) und Verordnungsebene (VIL)

##### 2.1. Anpassungspflicht von Betriebsreglement und Infrastruktur nach einer Änderung des SIL

Vorstellbar wäre unter diesem Titel, in der VIL eine Bestimmung vorzusehen, die unter Sanktionsfolge (Ersatzvornahme, Entzug der Konzession o.ä.) vorsieht, dass innert einer gewissen Frist nach Abänderung des SIL das angepasste Betriebsreglement zur Genehmigung vorgelegt beziehungsweise ein Gesuch um allfällig notwendige Plangenehmigungen betreffend neue Infrastrukturanlagen eingereicht werden muss. Unternimmt der Flughafenhalter keine entsprechenden Anstrengungen, so kann der Bund unter Umständen selber handeln.

Eine solche Bestimmung würde eine stärkere indirekte Verbindlichkeit des SIL für den Flughafenhalter (Konzessionär) bewirken. Die Transformation der Vorgaben des SIL in das Betriebsreglement beziehungsweise in ein Plangenehmigungsgesuch bliebe Aufgabe des Flughafenhalters, und es würde ihm damit auch ein gewisser Handlungsspielraum verbleiben. Ebenso verändert sich an der primären Rolle des UVEK/BAZL als Genehmigungsbehörden nichts. Neu hinzu käme jedoch eine Eingriffsmöglichkeit des Bundes für den Fall, dass der Flughafenhalter untätig bleibt oder kein dem SIL entsprechendes Gesuch einreicht.

##### 2.2. Inhaltliche Klärung des SIL im Gesetz und Klärung der Rechtswirkungen

Der Charakter des SIL als verkehrspolitisches Instrument, welches wichtige inhaltliche Entscheidungen vorgeben kann und muss und damit auch in wesentlichen operativen Fragen massgeblichen Einfluss auf Konzession, Betriebsreglement, Plangenehmigung und damit auf den Betrieb des Flugplatzes hat, lässt sich dem LFG und der VIL heute nicht mit der not-

<sup>160</sup> Vgl. vorne II.1.1.1.

wendigen Klarheit entnehmen. Zwar lassen sich Inhalt und Charakter des SIL mit Hilfe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>161</sup> sowie der Lehre<sup>162</sup> relativ klar erkennen. Dennoch würde eine Änderung von Art. 36c Abs. 2 LFG im Hinblick auf die Formulierung «Rahmenbedingung» zu einer zusätzlichen hilfreichen Klärung führen. Einer betreffenden Klärung bedürfte auch Art. 3a VIL hinsichtlich der Definition sowie des möglichen Regelungsinhalts des SIL (z.B. Festlegung von An- und Abflugwegen).

Denkbar wäre des Weiteren die Klärung des Verhältnisses zwischen dem SIL und der «nackten» Konzession. Nach dem Wortlaut von Art. 36a LFG sowie von Art. 10 ff. VIL ist heute unklar, welche Auswirkung eine spätere Änderung des SIL auf eine früher erteilte Konzession hat. Wollte man den Konzessionär verpflichten, neue Vorgaben des SIL unmittelbar umzusetzen, so wäre dies im LFG sowie in der VIL zu statuieren. Damit würde klargestellt, dass eine Konzession auch eine dynamische Komponente enthält, welche in der Pflicht zur Anpassung der Leistungserbringung an die laufenden Bedürfnisse liegt. Allerdings würde es dem Wesen der Konzession widersprechen, die Leistungspflicht des Konzessionärs unbeschränkt vom Inhalt des SIL abhängig zu machen. Der konzessionsrechtliche Grundsatz, dass die Betriebspflicht des Konzessionärs endet, wenn die Leistungserbringung für ihn nicht mehr zumutbar beziehungsweise finanziell nicht mehr tragbar ist, sollte in einer neuen Bestimmung im LFG ausdrücklich Berücksichtigung finden.<sup>163</sup>

#### 2.3. Anreicherung der Konzession mit konkreten Inhalten betreffend den Betrieb des Flughafens

Ein Grund für den begrenzten Einfluss des Bundes auf die Landesflughäfen liegt in der inhaltlichen Beschränkung der Konzession für den Betrieb von Flugplätzen seit dem Inkrafttreten des Bundeskoordinationsgesetzes<sup>164</sup>. Dieses Gesetz konnte zwar die bisherigen Unzulänglichkeiten hinsichtlich der formellen und materiellen Koordination der verschiedenen Bewilligungsverfahren (Bund, Kanton, Gemeinde) beseitigen, jedoch zum Preis einer inhaltlichen Aushöhlung der Konzession. Sämtliche betrieblichen Fragen werden im Betriebsreglement und in den Plänen geregelt, welche dem Bund nur zur Genehmigung vorgelegt werden. Die «nackte» Konzession wird dem Anspruch des Bundes auf Einflussnahme im Zusammenhang mit wichtigen Fragestellungen betreffend den Betrieb eines Flughafens nicht gerecht.

Die inhaltliche Anreicherung der Konzession mittels betrieblichen und nichtbetrieblichen Vorgaben würde es dem

<sup>161</sup> Vgl. BGE 128 II 1 ff.

<sup>162</sup> Vgl. BÜHLMANN (FN 135), 22.

<sup>163</sup> Vgl. den nicht mehr in Kraft stehenden Art. 36 Abs. 2 des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957, vgl. dazu FN 104.

<sup>164</sup> Vgl. vorne II.1.2.3.

Bund ermöglichen, den Inhalt von Betriebsreglement und Plänen in entscheidenden Bereichen vorzuspüren. Der Bund wäre folglich nicht mehr darauf angewiesen, ex post über Art. 26 VIL einzugreifen, sondern könnte aktiv Einfluss auf den Betrieb eines Flughafens nehmen.

Inhaltlich ist eine Anreicherung der Konzession durchaus sinnvoll, denn gerade im Bereich der Flughäfen stehen sich wichtige politische Interessen gegenüber. Der Bund ist aufgrund seiner Sachkompetenz gefordert, Interessenabwägungen vorzunehmen und wichtige politische Grundentscheidungen zu fällen. Es ist – aus inhaltlicher Perspektive – nicht ersichtlich, weshalb sich der Bund in einem solch wichtigen Bereich auf die Erteilung einer «nackten» Konzession beschränken soll und die Ausarbeitung der betrieblichen Fragestellungen, seien sie von noch so grosser politischer Bedeutung, vollständig dem Flughafenhalter zu überlassen. Zu beachten bleibt, dass eine Anreicherung der Konzession zusätzliche wohlverworbene Rechte des Konzessionärs entstehen lässt. Werden diese Rechte dem Konzessionär entzogen, so führt dies zwingend zu einem Entschädigungsanspruch. Dieser könnte nicht a priori ausgeschlossen werden.

Zur Anreicherung der Konzession wären verschiedene Änderungen im LFG und in der VIL vorzunehmen. Notwendig wären insbesondere Anpassungen der Art. 36a Abs. 2, 36c Abs. 2 LFG sowie Art. 10 VIL.

Einer näheren Prüfung bedürfte die Frage, wie die wichtigen Anliegen der materiellen und formellen Koordination, welche überhaupt zur inhaltlichen Aushöhlung der Konzession geführt haben, trotz einer erneuten Anreicherung der Konzession auch in Zukunft Berücksichtigung finden könnten. Es erscheint als wenig zufriedenstellend, wenn dem Bund die Möglichkeit zur inhaltlichen Konkretisierung der Konzession zum Betrieb von Flughäfen lediglich aus Gründen der Verfahrensabstimmung entzogen wird, obwohl die Regelung wichtiger betrieblicher Fragen auf Stufe Konzession durchaus Sinn machen würde.

Cet article examine l'influence que peut avoir la Confédération sur l'exploitation des aéroports nationaux de lege lata et de lege ferenda. Les auteurs parviennent à la conclusion qu'en élaborant de manière détaillée le plan sectoriel de l'infrastructure aéronautique (PSIA) la Confédération peut renforcer son emprise sur les règlements d'exploitation et donc sur les exploitants des aéroports, notamment en ce qui concerne l'organisation de l'aérodrome, les heures d'exploitation ainsi que les procédures d'approche et de décollage. Les exploitants d'aéroport (ou les cantons concernés) ne disposent a priori pas d'une marge de manœuvre spécifique à contenu défini pour aménager concrètement la gestion opérationnelle. L'Office fédéral pour l'aviation civile (OFAC) est libre de régler lui-même les questions d'ordre opérationnel ayant une portée politique dans un PSIA que le Conseil fédéral doit édicter.  
(trad. LT LAWYANK, Berne)

## La médiation en matière pénale pour les adultes à l'ère du code de procédure pénale unifié



FLORENCE PASTORE  
DEA en droit international  
privé, Avocate, Genève



BIRGIT SAMBETH GLASNER  
LL.M., Avocate et médiatrice  
FSA, Genève

### Plan

- I. La médiation pénale: origines, caractéristiques et mise en œuvre
  1. Origines
  2. Caractéristiques de la médiation, notamment en matière pénale
  3. Echos à Genève et en Suisse
    - 3.1 La situation genevoise
    - 3.2 La nouvelle partie générale du Code pénal
    - 3.3 Droit pénal des mineurs
- II. La médiation pénale et le nouveau code de procédure pénale
- III. La médiation pénale en Suisse après le 1<sup>er</sup> janvier 2011
  1. Infractions poursuivies sur plainte
  2. Médiation en vue de réparation et d'exemption de peine
  3. Conséquence de l'aboutissement du processus de médiation: le classement
- IV. La nécessité d'encadrer la mise en œuvre de médiateurs en matière pénale
- V. La prise en charge des frais de la médiation
- VI. Conclusion

FLORENCE PASTORE, ancienne juriste au Parquet du Procureur général de Genève.  
BIRGIT SAMBETH GLASNER est membre du Conseil de l'Ordre des Avocats de Genève dont elle préside la Commission ADR. Médiatrice accréditée FSA, CEDR, CSMC et CMAP, elle est assermentée (civil et pénal) par le Conseil d'Etat de Genève. Elue à la Commission de préavis du Conseil d'Etat, elle est également Vice-présidente de la Chambre Suisse de Médiation Commerciale, Section romande (www.csmc.ch), ainsi que l'une des membres du Comité Médiation de la FSA et du IBA Mediation Committee dont elle préside la sous-commission «Combined and ad-hoc ADR processes».

En 2001, le canton de Genève introduisait la médiation dans sa loi d'organisation judiciaire et son code de procédure pénale<sup>1</sup>. Une décennie plus tard, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, entrera en vigueur le Code de procédure pénale suisse unifié (CPP).

Une question surgit inévitablement à l'esprit: quel sera l'avenir, sous l'égide du CPP, de l'application de ce mode alternatif de résolution des litiges dans le domaine pénal?

En effet, dans le contexte de l'unification très prochaine des règles en matière de procédure pénale, il est nécessaire de s'attarder sur la marge offerte aux cantons pour réglementer certains domaines non couverts, *prima facie*, par le CPP.

Dans sa première partie, plus générale, la présente contribution présentera succinctement la figure, parfois méconnue, de la médiation pénale, et les réflexions qui ont mené à son développement.

Dans un second temps, elle tentera d'évaluer concrètement la place offerte par la nouvelle réglementation fédérale à la médiation pénale des adultes. Ceci fait, elle tracera les contours des processus de médiation en matière pénale envisageables par les cantons avant de définir les caractéristiques et les modalités que tout processus de ce type devrait respecter.

### I. La médiation pénale: origines, caractéristiques et mise en œuvre

#### 1. Origines

L'idée d'appliquer ce mode alternatif de résolution des litiges au domaine pénal participe d'une réflexion globale sur la justice pénale, initiée dès la fin des années 70, essentiellement aux Etats-Unis. Au système classique d'une justice punitive et réhabilitative est alors opposé, ou associé, celui d'une justice restaurative<sup>2</sup>.

Dans une telle optique, l'accent est mis sur les parties concernées plutôt que sur l'acte commis. L'infraction est ainsi appréhendée en tant qu'atteinte aux personnes et aux relations, et non réduite à la transgression d'une règle<sup>3</sup>. Ce changement de paradigme permet, notamment, de restituer à la victime sa place dans le processus pénal, place passablement occultée en faveur de l'Etat dans la justice pénale dite classique.

<sup>1</sup> Articles 115–115B et 197–197A CPP-Ge; art. 156 et suivants LOJ-Ge; art. 3 Règlement sur l'assistance juridique genevois.

<sup>2</sup> ANDRÉ KUHN, La médiation pénale, JdT 2002 I 99.

<sup>3</sup> CATHERINE FALLER, Historique de la médiation pénale dans le Code de procédure pénale suisse: de son introduction à sa suppression, RPS 2009 18.