Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-1870/2006
{T 1/2}

Urteil vom 14. September 2007

Mitwirkung: Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz); Richter Beat Forster; Richter Lorenz Kneubühler (Abteilungspräsident); Richter Jürg Kölliker; Richterin Marianne Ryter Sauvant; Gerichtsschreiber Christian Kindler.

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

gegen

1. **Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK)**, Bundeshaus Nord, 3003 Bern,
2. **Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)**, 3003 Bern,
Vorinstanzen

betreffend

Änderung des Betriebsreglements betr. Einführung von Südanflügen auf die Piste 34 des Flughafens Zürich

sowie

Plangenehmigung für ein Instrumenten-Lande-System (ILS) und eine Anflugbefeuerung für die Piste 34 des Flughafens Zürich

Sachverhalt:

A. Im Frühjahr 2003 beabsichtigte Deutschland, die bisherigen Ausnahmegründe für Anflüge auf den Flughafen Zürich durch süddeutschen Luftraum während den Sperrzeiten einzuschränken. Am 26. Juni 2003 vereinbarten die Verkehrsminister Deutschlands und der Schweiz, diese Einschränkung der Ausnahmegründe bis zum 30. Oktober 2003 auszusetzen und dann etappenweise einzuführen. Der Schweizer Verkehrsminister sicherte dabei die künftige, schrittweise Einführung von Südanflügen auf die Piste 34 des Flughafens Zürich zu. Demgemäss sollte für die Piste 34 ab 30. Oktober 2003 ein Anflugverfahren mittels Drehfunkfeuer mit Distanzmessung (VOR/DME-Verfahren), ab 30. April 2004 ein solches mit Landekurssender (Localizer; LOC/DME-Verfahren) und ab 31. Oktober 2004 ein Anflugverfahren mittels Instrumenten-Lande-System (ILS) zur Verfügung stehen. In diesem Sinne hatte das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) bereits am 23. Juni 2003 aufgrund verschiedener Gesuche der Flughafen Zürich AG die Änderung des Betriebsreglements zur Einführung von Südanflügen auf die Piste 34 genehmigt. Das BAZL legte für die Zeiten der Flugverkehrsbeschränkungen über Süddeutschland fest, dass Landungen von 21.00 bis 06.00 Uhr auf die Piste 28, hingegen von 06.00 bis 07.08 Uhr auf die Piste 34, in Ausnahmefällen zudem auf die jeweils andere Piste erfolgen. An Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen wurden zusätzlich Landungen von 07.08 bis 09.08 Uhr auf die Piste 34 und von 20.00 bis 21.00 Uhr auf die Piste 28 verfügt, ausnahmsweise auf die jeweils andere Piste. Nebst weiteren Änderungen und Auflagen geht aus dem Dispositiv dieser Verfügung unter Ziff. 2 ein so genannter "Hinweis" hervor, welcher folgenden Wortlaut trägt: "Diese Genehmigung präjudiziert keine künftigen Anflugverfahren. Das Risiko einer allfälligen Fehlinvestition geht zu Lasten der Gesuchstellerin." Schliesslich verfügte das BAZL – soweit das VOR/DME-Verfahren Piste 34 betreffend – auch den Entzug der aufschiebenden Wirkung allfälliger Beschwerden. Gleichentags erteilte das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) – ebenfalls unter Entzug der aufschiebenden Wirkung – der Flughafen Zürich AG auf deren Gesuch hin die Plangenehmigung zur Installation eines ILS und einer Anflugbefeuerung für die Piste 34. Die Verfügung des UVEK enthält in Dispositiv-Ziff. 1.3 dieselben beiden Sätze wie der soeben erwähnte "Hinweis" in der BAZL-Verfügung, allerdings ohne diese Bezeichnung.

B. Gegen die beiden Verfügungen erhoben zahlreiche Gemeinwesen, Organisationen und Privatpersonen Verwaltungsbeschwerde bei der damaligen Rekurskommission des Eidgenössischen Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (REKO UVEK). Auch die Flughafen Zürich AG als ursprüngliche Gesuchstellerin reichte mit Datum vom 22. August 2003 bei der REKO UVEK eine Beschwerde ein, welche sich sowohl gegen die Verfügung des BAZL wie auch gegen diejenige des UVEK vom 23. Juni 2003 richtet. Die Flughafen Zürich AG (Beschwerdeführerin) erhebt darin die Rechtsbegehren, die Anordnung gemäss Dispositiv-Ziff. 2

2. Satz der angefochtenen Verfügung des BAZL, wonach das Risiko einer allfälligen Fehlinvestition zu Lasten der Gesuchstellerin gehe, sowie die gleich lautende Anordnung gemäss Dispositiv-Ziff. 1.3 2. Satz der angefochtenen Verfügung des UVEK seien aufzuheben (Rechtsbegehren 1). Weiter sei die aufschiebende Wirkung auch in Bezug auf die ab Frühling 2004 technisch mögliche Inbetriebnahme des Localizers und der neuen Distanzmessung sowie die ab Herbst 2004 technisch möglichen ILS-Anflüge auf Piste 34 zu entziehen (Rechtsbegehren 2). In prozessualer Hinsicht stellte die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Sistierung des Verfahrens bezüglich des Rechtsbegehrens 1 und in Bezug auf Rechtsbegehren 2 den Antrag auf sofortige Behandlung bzw. auf superprovisorische Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Den Sistierungsantrag begründete die Beschwerdeführerin damit, dass sie bei den Vorinstanzen bezüglich des Rechtsbegehrens 1 je ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht habe. Materiell bringt die Beschwerdeführerin gegen die mit Rechtsbegehren 1 angefochtenen Klauseln vor, diese seien rechtlich nicht einzuordnen und jedenfalls nicht in der Rechtsform einer Nebenbestimmung erlassen worden, sie könnten deshalb keine Rechtswirkungen entfalten. Zu deren Anordnung seien die Vorinstanzen zudem nicht zuständig gewesen. Die Klauseln seien sodann sachfremd und unverhältnismässig, weil sie unabsehbare wirtschaftliche und finanzielle Folgen für sie hätten.

C. Der Präsident der REKO UVEK wies am 28. August 2003 das Gesuch der Flughafen Zürich AG um superprovisorische Anordnung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung allfälliger Verwaltungsbeschwerden betreffend die Einführung des LOC/DME- sowie des ILS-Verfahrens auf Piste 34 ab. Mit Zwischenentscheiden vom 17. September 2003 sistierte die REKO UVEK sowohl das entsprechende Betriebsreglements- wie auch das Plangenehmigungsverfahren (B-2003-71 bzw. Z-2003-72) bezüglich der von der Beschwerdeführerin gestellten Aufhebungsanträge, bis die Verfahren vor BAZL und UVEK betreffend die eingereichten Wiedererwägungsgesuche abgeschlossen seien. Im Rahmen zweier Entscheide vom 24. Oktober 2003 (vereinigtes Betriebsreglementsverfahren B-2003-48) und vom 6. November 2003 (vereinigtes Plangenehmigungsverfahren Z-2003-65) wies der Präsident der REKO UVEK alle Anträge von Beschwerdeführenden auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung und Erlass anderer vorsorglicher Massnahmen ab. Im Betriebsreglementsverfahren dehnte er den Entzug der aufschiebenden Wirkung nun auf alle Anflugverfahren für die Piste 34 sowie auf die Anflüge auf die Piste 28 aus. Gegen die erwähnten Zwischenentscheide gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerden wies das Bundesgericht mit Urteilen vom 31. März 2004 ab. Die REKO UVEK (seit dem 1. Juli 2004 unter dem Namen: Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt [REKO/INUM]; vgl. AS 2004 2155) vereinigte die beiden Hauptverfahren schliesslich unter der Dossiernummer Z-2003-65/B-2003-48 (Südanflug-Verfahren).

D. Per 31. Dezember 2006 wurde die REKO/INUM durch das neu geschaffene Bundesverwaltungsgericht ersetzt. Dieses übernahm die Beurteilung der in diesem Zeitpunkt bei den Vorgängerorganisationen hängigen

Rechtsmittel. Mit Verfügungen der Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. April 2007 wurden in den nun neu bezeichneten beiden Verfahren der Beschwerdeführerin (A-1870/2006 und A-2055/2006) der zuständige Spruchkörper der Abteilung I des Bundesverwaltungsgerichts bekannt gegeben und die Vorinstanzen aufgefordert, über den Stand der hängigen Wiedererwägungsverfahren zu informieren. In seiner Stellungnahme vom 2. Mai 2007 berichtete das BAZL – auch in Vertretung des UVEK – dem Bundesverwaltungsgericht, die Vorinstanzen hielten Verhandlungen über die umstrittenen Anordnungen für wenig aussichtsreich und gingen aufgrund der deutlich auseinander liegenden Positionen zurzeit davon aus, dass sie die angefochtenen Verfügungen nicht ändern würden.

E. Hierauf vereinigte die Instruktionsrichterin die beiden Beschwerdeverfahren A-1870/2006 und A-2055/2006 am 4. Mai 2007 unter der Verfahrensnummer A-1870/2006 und fragte die Verfahrensbeteiligten an, ob sie mit einer Aufhebung der Sistierung und Weiterführung des vereinigten Verfahrens einverstanden seien. Da dies sowohl die Flughafen Zürich AG wie auch die Vorinstanzen bejahten, wurde die Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Mai 2007 aufgehoben.

F. In ihren Stellungnahmen vom 20. bzw. 22. Juni 2007 beantragen das BAZL und das UVEK übereinstimmend, die Beschwerde der Flughafen Zürich AG sei vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne. Dem Wortlaut der angefochtenen Ziffern sei zweifelsfrei zu entnehmen, dass es sich bei dieser Anordnung nicht um eine Bedingung handle, welche entweder die Rechtskraft der Genehmigung von deren Erfüllung abhängig mache (Suspensivbedingung) oder aber die Rechtskraft bei deren Verwirklichung erlöschen lasse (Resolutivbedingung). Die Anordnung sei auch keine Auflage, welche die Flughafen Zürich AG zu einer irgendwie gearteten Handlung, Unterlassung oder Duldung verpflichtet hätte. Es handle sich vielmehr um einen Hinweis auf die Rechts- und Sachlage hinsichtlich des zu erarbeitenden Objektblatts Sachplan Infrastruktur der Luftfahrt (SIL) einerseits und der Tragung der Kosten des genehmigten Vorhabens andererseits. Weil die Beschwerdeführerin damit gar nicht materiell beschwert werde, mangle es an einer Legitimationsvoraussetzung. Inhaltlich stütze sich die angefochtene Anordnung auf Art. 36*a* Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz, LFG, SR 748.0). Das UVEK erwähnt in diesem Zusammenhang zudem Auflage Ziff. 3.1 der Betriebskonzession vom 31. Mai 2001.

G. Die Beschwerdeführerin hält in den Schlussbemerkungen vom 2. August 2007 an Antrag und Begründung ihrer Beschwerde fest und verweist im Wesentlichen auf diese. Es treffe nicht zu, dass die Flughafen Zürich AG nicht materiell beschwert sei. Ansonsten vertrete aber auch sie die Auffassung, die Auflagen könnten keinerlei Rechtswirkungen entfalten, weshalb sie antragsgemäss ersatzlos zu streichen seien. Nur so könnten allfällige Missverständnisse ausgeräumt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gleichzeitig sowohl gegen eine Verfügung des BAZL als auch des UVEK, die sich beide auf das LFG und dessen Ausführungsbestimmungen stützen. Das Bundesverwaltungsgericht als allgemeines Verwaltungsgericht des Bundes beurteilt gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 LFG) und eine Vorinstanz gemäss den Art. 33 oder 34 VGG entschieden hat. In den hier interessierenden Bereichen der Regelung des Betriebs von Flughäfen sowie der Genehmigung der Erstellung von Flugplatzanlagen besteht keine derartige Ausnahme. Das BAZL und das UVEK sind zudem Vorinstanzen im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG.

1.2 Gemäss Art. 53 Abs. 2 VGG übernimmt das Bundesverwaltungsgericht, sofern es – wie hier – zuständig ist, die Beurteilung der beim Inkrafttreten des VGG bei Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht. Dementsprechend sind alle gegen die Verfügungen des BAZL und des UVEK vom 23. Juni 2003 bei der REKO UVEK eingereichten Verwaltungsbeschwerden, welche noch hängig gewesen sind, zusammen mit den übrigen Verfahrensakten per 1. Januar 2007 vom Bundesverwaltungsgericht zur weiteren Bearbeitung übernommen worden. Nebst dem eigentlichen Südanflug-Verfahren (damalige Verfahrensnummer Z-2003-65/B-2003-48; vgl. vorne Sachverhalt Bst. C), welches seither mit einem neueren Hauptverfahren vereinigt worden ist, gehört dazu das separat weitergeführte vorliegende Beschwerdeverfahren der Flughafen Zürich AG. Entsprechend Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

2. Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Flughafen Zürich AG erfüllt diese Voraussetzungen – als ursprüngliche Gesuchstellerin sowohl im Verfahren vor dem BAZL als auch dem UVEK – grundsätzlich ohne weiteres, sie ist als Flughafenbetreiberin eine eigentliche Hauptbetroffene der beiden Verfügungen. Die Vorinstanzen bringen nun aber mit Stellungnahmen vom 20. bzw. 22. Juni 2007 vor, es erscheine sehr fraglich, ob die Flughafen Zürich AG überhaupt legitimiert sei, die vorliegende Beschwerde zu führen. Weil die angefochtene Anordnung weder als Bedingung noch als Auflage zu qualifizieren sei, sei die Beschwerdeführerin dadurch nicht materiell beschwert und es fehle somit an einer Legitimationsvoraussetzung. Die

Beschwerdeberechtigung der Flughafen Zürich AG ist als Sachurteilsvoraussetzung von Amtes wegen zu prüfen. Diese Prüfung hat nach dem Gesagten nur noch die Frage der materiellen Beschwer zu beantworten, welche mit der rechtlichen Einordnung der angefochtenen Bestimmungen aber untrennbar verknüpft ist. Diese ist deshalb nachfolgend als Erstes zu prüfen.

3. Nebenbestimmungen ermöglichen, die durch eine Verfügung begründeten verwaltungsrechtlichen Pflichten und Rechte entsprechend den konkreten Umständen näher auszugestalten, sie sind Modalitäten einer Verfügung. Nebenbestimmungen sind das ausgleichende Element bei sich entgegenstehenden privaten und öffentlichen Interessen. Sie regeln trotz des etwas irreführenden Begriffes nicht Nebensächliches, sondern stehen "neben" dem Hauptakt und geben einer Bewilligung häufig erst ihre rechtlich fassbaren Konturen (Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich etc. 2006, Rz. 901; Tomas Poledna, Staatliche Bewilligungen und Konzessionen, Bern 1994, N. 264; Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 28 Rz. 89).

   Echte Nebenbestimmungen sind verbindliche, individuell-konkrete und erzwingbare Rechtsakte, die rechtlich auf den Hauptakt ausstrahlen und zumeist erst mit der Realisierung des Vorhabens wirksam werden. Dies unterscheidet sie von sog. unechten Nebenbestimmungen wie behördlichen Anregungen, Wünschen, Informationen, Hinweisen, etc. Als unechte Nebenbestimmung einzustufen ist beispielsweise der blosse Hinweis auf oder die Wiedergabe von abschliessenden gesetzlichen Bestimmungen (Poledna, a.a.O., N. 263). Die Nebenbestimmungen werden meist in Bedingung, Auflage und Befristung unterschieden. Allerdings ist dieser Kategorisierung mit einer gewissen Vorsicht zu begegnen, weil durchgehende Trennungen etwa zwischen Bedingung und Auflage schwierig durchführbar sind und in der Praxis keinen grossen Widerhall finden. Ist die Natur der Nebenbestimmung zweifelhaft, zieht die Lehre mehrere Abgrenzungskriterien bei, die weiterhelfen sollen. Die Benennung ist wohl ein erstes, aber angesichts der weitverbreiteten Unklarheit über die Terminologie ein nur mit Bedacht anzuwendendes Indiz. Entscheidender ist der objektivierte Wille der erteilenden Behörde (Poledna, a.a.O., N. 266 f.). So ist inbesondere nach dem Sinn und Zweck einer umstrittenen Bestimmung zu fragen.

   Eine Auflage ist die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Sachlich bezieht sich die Auflage auf die entsprechende Hauptregelung, ohne sie würde sie keinen Sinn machen. Der wesentliche Unterschied zu einer Bedingung liegt darin, dass die Rechtswirksamkeit der Hauptregelung nicht von der Erfüllung der Auflage abhängt und dass diese selbständig erzwingbar ist. Wird der Auflage nicht nachgelebt, so berührt das somit nicht die Gültigkeit der Verfügung an sich, aber das Gemeinwesen kann die Auflage mit hoheitlichem Zwang durchsetzen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 913 f.; Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 28 Rz. 93).

3.1 Rein vom Wortlaut der angefochtenen Klausel her kann kaum ein Zweifel bestehen, dass der Beschwerdeführerin mit dieser eine bestimmte Verpflichtung auferlegt werden soll, mindestens im Sinne einer Überwälzung eines Investitionsrisikos. So wird denn sowohl in der als blossen Hinweis bezeichneten Dispositiv-Ziff. 2 der Verfügung des BAZL wie auch in der nicht näher titulierten Dispositiv-Ziff. 1.3 der Verfügung des UVEK ausdrücklich und vorbehaltlos davon gesprochen, das Risiko einer allfälligen Fehlinvestition gehe *zu Lasten der Gesuchstellerin*. Es ist mithin offensichtlich, dass hier inhaltlich der Flughafen Zürich AG eine irgendwie geartete rechtliche Verpflichtung überbunden werden soll. Satz 2 dieser Dispositiv-Ziffern könnte damit die Beschwerdeführerin höchstens insofern nicht (weiter) materiell beschweren, als er eine reine Wiederholung einer bereits vorbestehenden Verpflichtung der Flughafenbetreiberin aus Gesetz, Betriebskonzession oder unter Umständen gar einem (öffentlich- oder privatrechtlichen) Vertragsverhältnis darstellen würde. Dies meinen die Vorinstanzen wohl, wenn sie ausführen, es handle sich um einen Hinweis auf die "Rechts- und Sachlage" hinsichtlich einerseits des zu erarbeitenden SIL-Objektblatts und andererseits der Tragung der Kosten des genehmigten Vorhabens resp. für die genehmigten Anlagen und Installationen. Dagegen spricht nicht nur der eigentliche Wortlaut der Formulierung, der auch keinerlei Bezug nimmt auf entsprechende andere (Rechts-) Grundlagen, sondern die in diesem Sinne widersprüchliche weitere Argumentation der Vorinstanzen. So führt das BAZL aus, die angefochtene Bestimmung "konkretisiere" die allgemein formulierte Rechtsgrundlage von Art. 36*a* LFG (weiter) und bedeute nichts anderes, als dass festgehalten werde, die damalige Gesuchstellerin könne nicht damit rechnen, allenfalls Regressansprüche gegen das BAZL, das UVEK oder die Eidgenossenschaft allgemein richten zu können, falls die am 23. Juni 2003 genehmigten Südanflüge dereinst – insbesondere infolge entsprechender Festlegungen im SIL-Objektblatt – nicht mehr praktiziert werden könnten. Das UVEK sagt in seiner Stellungnahme praktisch wörtlich dasselbe, nun aber zusätzlich bezogen auf Dispositiv-Ziff. 2.2 und Auflage Ziff. 3.1 der Betriebskonzession vom 31. Mai 2001. Unabhängig von den herbeigezogenen Rechtsgrundlagen sprechen also BAZL und UVEK selber ausdrücklich von einer *Weiterkonkretisierung* bestehender Regelungen im Rahmen der angefochtenen Klauseln. Damit kann schon vom Wortsinn her kein blosser Hinweis, der ohne jeglichen eigenständigen Gehalt nur auf die bestehende Sach- und Rechtslage verweisen würde, vorliegen. Dies gilt umso mehr, wenn man die erst in den Stellungnahmen angegebenen hauptsächlichen Grundlagen für die angefochtenen Anordnungen betrachtet. Weder Art. 36*a* LFG noch Dispositiv-Ziff. 2.2 und Auflage Ziff. 3.1 der Betriebskonzession haben einen Wortlaut, der direkt zum Inhalt der angefochtenen Bestimmungen führen würde oder gar identisch wäre, es muss sich demgemäss effektiv *mindestens* um Weiterkonkretisierungen dieser angeführten Rechtsgrundlagen handeln (vgl. dazu auch hinten E. 3.3).

3.2 Aber auch von der Bedeutung und den Folgen für die Gesuchstellerin her, die das BAZL und das UVEK ihrer Klausel beimessen, ist festzuhalten,

dass hier eine für die Frage der Regelungen zum Anflugverfahren auf Piste 34 und die dazugehörigen baulichen Massnahmen (ILS und Pistenbefeuerung) zusätzliche Bestimmung mit Eigengehalt geschaffen wurde. So belaufen sich die unabhängig vom Gesamtbetrieb aufzubringenden resp. aufgebrachten Kosten allein für die Installation des ILS und der Anflugbefeuerung für die Piste 34 bekanntlich auf mehrere Millionen Franken, ein (ersatzloser) Wegfall des Anflugverfahrens auf Piste 34 hätte nach diversen Angaben der Flughafen Zürich AG im Südanflug-Verfahren Ausfälle in der Höhe von mehreren Dutzend Millionen Franken zur Folge.

Daneben spricht ebenfalls eine teleologische Auslegung der Klauseln gegen einen blossen Hinweischarakter: Es ging den Vorinstanzen offensichtlich darum, gewisse aus ihrer Sicht hier herbeizuziehende allgemeinere Regeln aus Gesetz und Betriebskonzession auf den konkreten Fall der Verfügungen betreffend Südanflug auf Piste 34 herabzubrechen und genauer auszugestalten. Das UVEK erläutert dies in seiner Stellungnahme folgendermassen: Der erste wie auch der angefochtene zweite Satz seiner Dispositiv-Ziff. 1.3 seien auf Antrag des Bundesamtes für Umwelt (BAFU) in die Plangenehmigung aufgenommen worden. Der (in den Verfügungserwägungen gemachte) Verweis auf Art. 27*e* Bst. e der Verordnung vom 23. November 1994 über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL, SR 748.131.1) habe nicht bedeuten sollen, dass die Anordnung als betriebliche Auflage im engeren Sinn gemeint sei. Vielmehr sei es darum gegangen, zu belegen, dass die Plangenehmigung ihrer rechtlichen Ausgestaltung nach durchaus Nebenbestimmungen enthalten könne. Diese (spätere) Relativierung des UVEK überzeugt nicht, da in Art. 27*e* VIL praktisch ausnahmslos und wörtlich von "Auflagen" die Rede ist und ohnehin niemand in Zweifel zog, dass eine Plangenehmigungsverfügung nötigenfalls gewisse Nebenbestimmungen enthalten kann. Trotz der (versuchten) Abschwächung sieht aber selbst das UVEK die angefochtene Anordnung – welche wie bereits erwähnt in seiner Verfügung im Gegensatz zum BAZL nicht als Hinweis bezeichnet ist – im Rahmen dieser Ausführungen zumindest als Nebenbestimmung. Eine (echte) Nebenbestimmung im Sinne von Art. 27*e* VIL kann nun aber nicht bloss einen Hinweis enthalten, sondern hat vielmehr die weitere, *konkrete* Ausgestaltung der durch die Verfügung begründeten Rechte und Pflichten zum Inhalt (vgl. allg. vorne E. 3).

3.3 Dabei ist zu berücksichtigen, dass die sehr spezielle Situation zur Zeit des Erlasses der beiden Verfügungen vom 23. Juni 2003, insbesondere mit dem deutlichen Einfluss der deutschen Restriktionen mittels relativ neuer so genannter Durchführungsverordnungen (DVO) und hohem politischen Druck (vgl. dazu die kurz darauf erfolgte Vereinbarung zwischen den Verkehrsministern Deutschlands und der Schweiz vom 26. Juni 2003, vorne Sachverhalt Bst. A), schlicht nicht voraussehbar war, weder beim Erlass von Art. 36*a* LFG noch bei der Konzessionierung. Die angefochtenen Klauseln können sich auch aus diesem Grund höchstens in allgemeiner Hinsicht auf die erwähnten Grundlagen abstützen, nicht aber in ihrer konkreten Ausformulierung bezogen auf ein spezifisches neues Anflugverfahren. In den Überlegungen der Vorinstanzen spielte zusätzlich die unabseh-

bare Entwicklung im Rahmen des SIL-Prozesses eine Rolle. So sollte entsprechend den Stellungnahmen des UVEK und des BAZL eine sich ganz konkret auf die Möglichkeit von Südanflügen auswirkende zukünftige Ausgestaltung des ausstehenden SIL-Objektblattes für den Flughafen Zürich ebenfalls berücksichtigt und vorbehalten werden. Der angefochtene Satz 2 der entsprechenden Dispositiv-Ziffern ist denn auch im Zusammenhang mit und als Fortführung von Satz 1 zu verstehen. Mit der ersten Bestimmung wollten UVEK und BAZL klarstellen, dass die Flughafen Zürich AG nicht damit rechnen kann, aus der (jetzigen) Genehmigung der Südanflüge auf Piste 34 Rechtsansprüche für die Beibehaltung dieses Flugverfahrens in der Zukunft ableiten zu können. Mit Satz 2 der Klauseln wurde dann festgelegt, von wem für den Fall einer späteren Einstellung des Anflugverfahrens auf Piste 34 die angefallenen Investitionskosten (dazu könnten auch bereits bezahlte Lärmschutzmassnahmen oder Entschädigungen aus formeller Enteignung von Nachbarrechten zählen) zu tragen sind. Diese Kosten gehen ausschliesslich – d.h. insbesondere unter vollständigem Ausschluss allfälliger Rückgriffsforderungen gegenüber der Eidgenossenschaft – zu Lasten der Beschwerdeführerin.

3.4 Es kann somit insgesamt kein Zweifel bestehen, dass entgegen den diesbezüglich widersprüchlichen Ausführungen der Vorinstanzen die Beschwerdeführerin mit der angefochtenen Klausel sehr wohl zu einer "irgendwie gearteten Handlung, Unterlassung oder Duldung" verpflichtet werden sollte. Andernfalls ergäbe diese Anordnung unter Berücksichtigung aller vorne erwähnten Umstände gar keinen Sinn. Es ist an dieser Stelle auch auf den allgemeinen Grundsatz zu verweisen, dass ein Dispositiv so zu deuten ist, wie es vom Adressaten in guten Treuen verstanden werden konnte und verstanden werden musste (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 29 Rz. 16 mit Hinweisen). Dabei ist weniger auf eine – gegebenenfalls kaum oder nicht zutreffende – Bezeichnung umstrittener Bestimmungen abzustellen als vielmehr auf deren Regelungsinhalt, auf den objektivierten Willen der Bewilligungsbehörde (vgl. vorne E. 3). Insofern kann hier entgegen gewissen Vorbringen der Beschwerdeführerin auch nicht wegen der (teilweise) unklaren oder falschen Bezeichnung der angefochtenen Klauseln einfach auf deren inhaltliche Ungültigkeit geschlossen werden. Vielmehr sind die angefochtenen Bestimmungen, die der Flughafen Zürich AG die unbeschränkte und bedingungslose Tragung des Risikos eines Ausfalls der im Zusammenhang mit der Einführung der Südanflüge auf Piste 34 investierten Mittel überbinden, nach dem Gesagten entgegen der Einordnung der Vorinstanzen (insbesondere des BAZL) als *Auflagen* zu qualifizieren. Mit dieser Kostentragungs- oder Haftungsregelung für sämtliche Investitionskosten des entsprechenden Anflugverfahrens tritt klarerweise ein zusätzliches Element, eine Modalität "neben" den Hauptakt der eigentlichen Genehmigung, ohne dass die Rechtswirksamkeit der Hauptanordnung von der Erfüllung der Nebenbestimmung abhängt. Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass eine inhaltlich ähnliche (Neben-) Bestimmung in der Betriebskonzession vom 31. Mai 2001 bezüglich eines zukünftigen Staatsvertrags zwischen der Schweiz und Deutschland, die Ge-

genstand eines Beschwerdeverfahrens zwischen der Flughafen Zürich AG und dem UVEK vor der REKO/INUM war, ohne weiteres und ausdrücklich von allen Beteiligten als Auflage bezeichnet und behandelt worden ist (vgl. Entscheid REKO/INUM vom 3. Mai 2006, Z-2001-58, E. 3 ff., in: VPB 70.90). Bei diesem Resultat kann die sich ansonsten aufdrängende Frage offen bleiben, ob und inwiefern ein bloss allgemeiner Hinweis auf die (ohnehin geltende resp. in den Erwägungen zu berücksichtigende) Sach- und Rechtslage in einem Verfügungsdispositiv, welches ausschliesslich das konkrete Rechtsverhältnis mit Rechten und Pflichten regeln soll, überhaupt Bestand haben könnte.

3.5 Die Flughafen Zürich AG ist durch die genannten Auflagen materiell beschwert und damit vollumfänglich beschwerdebefugt. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 u. Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

4. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtenen Verfügungen auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

5. Die Beschwerdeführerin bringt in ihrer Beschwerde vor, die Vorinstanzen hätten keine Befugnis, im Zuge des Bewilligungsverfahrens gleich auch noch materielle Haftungsfragen zu regeln, mithin festzulegen, wer definitiv den Schaden zu tragen habe, wenn sich die bewilligten Massnahmen aus welchen Gründen auch immer im Nachhinein als "Fehlinvestition" erweisen sollten. Darüber zu befinden sei zu gegebener Zeit Sache der Gerichte. Es gehe nicht an, dass deren Entscheide durch Verwaltungsbehörden vorweggenommen oder auch nur präjudiziert würden. Mit der verfügten Risikoüberwälzung die Geltendmachung allfälliger späterer haftungsrechtlicher Forderungen und Regressansprüche der Beschwerdeführerin zu vereiteln, sei weder möglich noch nötig. Die mit Bewilligungserteilungen verbundenen Bedingungen und Auflagen müssten in dem Sinne in einem unmittelbaren Sachzusammenhang mit der genehmigungsbedürftigen Tätigkeit stehen, dass sie die ordnungsgemässe Umsetzung der Bewilligung und die bewilligungskonforme Durchführung des Vorhabens gewährleisteten. Den angefochtenen Anordnungen gehe eine solche Sachbezogenheit offensichtlich ab, sie seien sachfremd und folglich unzulässig. An diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin auch in den Schlussbemerkungen fest.

Demgegenüber halten UVEK und BAZL die verfügten Auflagen nach wie vor für zulässig. Diese stützten sich gemäss Vernehmlassungen inhaltlich auf Art. 36*a* Abs. 2 Satz 2 LFG sowie Dispositiv-Ziff. 2.2 und Auflage Ziff. 3.1 der Betriebskonzession vom 31. Mai 2001 (vgl. vorne E. 3.1). Als einzige Grundlage in den angefochtenen Verfügungen wird vom UVEK Art. 27*e* VIL erwähnt.

5.1 Auch die einem Verwaltungsakt beigefügten Nebenbestimmungen bedürfen nach dem Gesetzmässigkeitsprinzip einer gesetzlichen Grundlage. Indessen ist nicht zwingend erforderlich, dass Nebenbestimmungen aus-

drücklich in einem Rechtssatz vorgesehen sind. Ihre Zulässigkeit kann sich vielmehr ebenfalls aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergeben und damit aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen. Auflagen und Bedingungen zu begünstigenden Verfügungen (wie Bewilligungen und Konzessionen) sind insbesondere dann zulässig, wenn die zugestandenen Rechte im Lichte der gesetzlichen Bestimmungen verweigert werden könnten. Unzulässig sind hingegen alle Nebenbestimmungen, die sachfremd sind. Eine weitere Grenze bildet der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Nebenbestimmungen müssen dementsprechend die Voraussetzungen der Eignung, der Erforderlichkeit und der Verhältnismässigkeit zwischen Eingriffszweck und Eingriffswirkung resp. der Zumutbarkeit der verfügten Massnahme erfüllen (zum Ganzen BGE 121 II 88 E. 3a mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 918 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 28 Rz. 94; vgl. auch POLEDNA, a.a.O., N. 263 u. 268).

5.2 Aus dem Wortlaut der angefochtenen Auflagen ("Das Risiko einer allfälligen Fehlinvestition geht zu Lasten der Gesuchstellerin.") ist mit der Beschwerdeführerin zu schliessen und wird von UVEK und BAZL ausdrücklich bestätigt, dass es sich hier um eine umfassende Kostentragungs- bzw. Haftungsregelung handelt. Das BAZL führt dazu aus, die Klausel bedeute nichts anderes, als dass festgehalten werde, die damalige Gesuchstellerin könne nicht damit rechnen, allenfalls Regressansprüche gegen das BAZL, das UVEK oder die Eidgenossenschaft allgemein richten zu können, falls die am 23. Juni 2003 genehmigten Südanflüge dereinst – insbesondere infolge entsprechender Festlegungen im SIL-Objektblatt – nicht mehr praktiziert werden könnten. Das UVEK sagt in seiner Stellungnahme praktisch wörtlich dasselbe, nun aber bezogen auf die Gegenstand der Plangenehmigung bildenden Anlagen und Installationen für die Südanflüge. Die Auflagen bezwecken somit für alle denkbaren Fälle eines Ausfalls der Südanflüge auf Piste 34 den vollständigen Ausschluss von Entschädigungsforderungen der Beschwerdeführerin, welcher Art und gestützt auf welche Grundlage auch immer diese sein mögen. Über die Auslegung und Bedeutung der angefochtenen Regelungen (vgl. dazu vorne E. 3.3) besteht unter den Verfahrensbeteiligten insofern Einigkeit.

6. Das Bundesverwaltungsgericht hat nun nachfolgend zu prüfen, ob sich die erwähnten Nebenbestimmungen auf genügende gesetzliche Grundlagen abstützen lassen bzw. ob sich ihre Zulässigkeit aus dem mit dem Gesetz verfolgten Zweck ergibt und sie damit aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen.

Dabei ist vorwegzunehmen, dass der als einzige Bestimmung in den Verfügungserwägungen der Vorinstanzen vom UVEK angesprochene Art. 27*e* VIL (vgl. vorne E. 3.2) für sich allein keine genügende Grundlage darstellen kann. Aus diesem Artikel geht zwar hervor, dass Plangenehmigungen grundsätzlich mit verschiedenen Arten von Auflagen verknüpft werden

können. Dies ist vorliegend aber sowieso unbestritten. Die angefochtene Auflage ist dabei wohl am ehesten unter Art. 27*e* Bst. c (nicht Bst. e) VIL einzuordnen. Die dort erwähnten "Auflagen nach Bundesrecht" bedürfen jedoch (ebenso wie die "betrieblichen Auflagen"), wie schon der Begriff aussagt, einer zusätzlichen materiellen Grundlage im Bundesrecht.

6.1 Als materielle Grundlage der angefochtenen Klauseln geben beide Vorinstanzen Art. 36*a* Abs. 2 Satz 2 LFG an. Dieser lautet folgendermassen: "Der Konzessionär ist verpflichtet, den Flughafen unter Vorbehalt der im Betriebsreglement festgelegten Einschränkungen für alle Luftfahrzeuge im nationalen und internationalen Verkehr zur Verfügung zu stellen, einen ordnungsgemässen, sicheren Betrieb zu gewährleisten und für die dafür erforderliche Infrastruktur zu sorgen." Die Vorinstanzen beziehen sich dabei wohl auf den letzten Satzteil, welcher ohne weiteres so zu interpretieren ist, dass die Konzessionärin grundsätzlich auch für die Kosten eines ordnungsgemässen Betriebs und der erforderlichen Infrastruktur aufzukommen hat. Dieser naheliegende Schluss wird in Art. 45 LFG ausdrücklich untermauert. Gemäss dessen Abs. 1 sind die Kosten der Anlage, des Betriebes und des Unterhaltes des Flugplatzes vom Flugplatzhalter zu tragen. Daneben wird unter anderem in Art. 48 LFG auch der Bund als Kostenträger in bestimmten Bereichen (insbes. der Flugsicherung) genannt. Vorliegend geht es aber nicht um diese (gegenwärtigen) Kostenregelungen, denn die Beschwerdeführerin beklagt sich keineswegs darüber, dass sie grundsätzlich sämtliche Infrastruktur- und Betriebskosten für die (ILS-) Anflüge auf Piste 34 aufbringen musste und muss. Sie wendet sich vielmehr gegen den mit der umstrittenen Klausel festgeschriebenen vollständigen Ausschluss aller nur denkbaren Entschädigungs- und Rückgriffsforderungen in der Zukunft. Es ergeben sich dabei schon aus dem Wortlaut, aber auch aus den Materialien (vgl. BBl 1998 2591) zu Art. 36*a* LFG keinerlei Anhaltspunkte, dass der entsprechende Absatz Hand bieten würde zu einer in diesem Sinne umfassenden Haftungsregelung. Im Gegenteil weist die sorgfältige Formulierung von Art. 36*a* Abs. 2 Satz 2 LFG darauf hin, dass der Konzessionärin nicht beliebig weitere Verpflichtungen auferlegt werden können, erst recht nicht unter Ausschluss jeder Entschädigungs- oder Rückgriffsmöglichkeit. Dementsprechend hat bereits die REKO UVEK in einem Grundsatzentscheid zum Flughafen Zürich vom 18. Februar 2003 (Z-2001-58, E. 2.4) festgehalten, das UVEK könne zwar die aus Art. 36*a* Abs. 2 LFG fliessenden Pflichten näher umschreiben. Dem Gesetzestext lasse sich aber kein Hinweis entnehmen, dass es die Pflichten darüber hinaus erweitern dürfe, da Art. 36*a* Abs. 2 LFG diesbezüglich in der Form einer abschliessenden Aufzählung verfasst sei. Zudem geht aus den vorerwähnten gesetzlichen Regelungen zu den Kostenträgern ausdrücklich hervor, dass auch der Bund unter Umständen gewisse spezielle Kosten bei Flugplatzanlagen übernehmen kann. So ist beispielsweise in Art. 47 Abs. 2 LFG vorgesehen, dass der Bund eine besondere Entschädigung ausrichtet, wenn die Anpassung einer notwendigen neuen Anlage mit übermässig hohen Kosten verbunden ist. Insgesamt ist demnach festzuhalten, dass Art. 36*a* Abs. 2 Satz 2 LFG keine genügende ge-

setzliche Grundlage für die weitreichende Haftungsregelung der Vorinstanzen darstellt.

Da Dispositiv-Ziff. 2.2 der Betriebskonzession Teile von Art. 36*a* Abs. 2 LFG im Wesentlichen bloss wiederholt, gilt das bisher Ausgeführte auch für diese vom UVEK angerufene Grundlage. Damit bleibt noch zu prüfen, ob gegebenenfalls die vom UVEK ebenfalls angeführte Auflage Ziff. 3.1 der Betriebskonzession den Standpunkt der Vorinstanzen genügend abstützen kann.

6.2

6.2.1 Weil die Flughafen Zürich AG die Auflage Ziff. 3.1 der Betriebskonzession vom 31. Mai 2001 im damaligen Beschwerdeverfahren nicht angefochten hatte, wurde diese in ihrem ursprünglich verfügten Wortlaut rechtskräftig (im Gegensatz zur gewisse Ähnlichkeiten aufweisenden Auflage Ziff. 3.2 Satz 3 der Betriebskonzession; vgl. Entscheid REKO/INUM vom 3. Mai 2006, Z-2001-58). Das ändert aber nichts daran, dass die Auflage im Lichte der (schon) bei Erlass geltenden verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Bestimmungen zu betrachten ist, auf welche sie sich abstützen musste. Diese vom UVEK als Grundlage angegebene Klausel kann trotz ihrer Rechtskraft somit keine isolierten, dem Gesamtsystem des LFG oder wichtigen verfassungsrechtlichen Grundlagen entgegengesetzten Wirkungen entfalten, umso weniger, als sie bloss eine Nebenbestimmung auf Stufe Betriebskonzession und keine eigenständige Gesetzes- oder Verordnungsbestimmung ist. Insofern darf dieser Nebenbestimmung keine überhöhte Bedeutung zugemessen werden. Die angesprochene Konzessionsauflage ist somit unter Berücksichtigung der damaligen Überlegungen des UVEK verfassungs- und gesetzeskonform auszulegen.

6.2.2 Die Konzessionsauflage Ziff. 3.1 hat folgenden Wortlaut: "Die Konzessionärin ist verpflichtet, den Flughafen grundsätzlich für alle im nationalen und internationalen Verkehr zugelassenen Luftfahrzeuge offen zu halten. Menge und Abwicklung des zulässigen Flugverkehrs richten sich nach den Vorgaben des SIL und den Bestimmungen des Betriebsreglements. Sollten aus irgendwelchen Gründen – insbesondere solchen des Nachbar- und des Umweltschutzes – während der Dauer der Konzession Bau- oder Verkehrsbeschränkungen nötig werden, entsteht dadurch der Konzessionärin kein Anspruch auf Entschädigung." In den Verfügungserwägungen erläuterte das UVEK zum hier interessierenden letzten Teil der Auflage Folgendes (Betriebskonzession S. 10): Sollten sich aus dem SIL-Prozess, der Beurteilung der Umweltverträglichkeit oder aus andern, heute nicht absehbaren Gründen allenfalls Belastungen des Konzessionärs wie z.B. Einschränkungen des Betriebs, Veränderungen der Infrastruktur etc. ergeben, hätte dieser dieselben ohne Anspruch auf Entschädigung zu tragen, weil die Konzession in Bezug auf den Betriebsumfang keine wohlerworbenen Rechte entstehen lasse. In die Betriebskonzession seien entsprechende Vorbehalte aufzunehmen.

6.2.3 Zweck der genannten Auflage war somit einzig, zu verhindern, dass die Konzessionärin Entschädigungsansprüche gestützt auf so genannte wohl-

erworbene Rechte stellen würde, und zwar bezogen auf einen ursprünglich grösseren Betriebsumfang. Dazu führte die REKO UVEK im Grundsatzentscheid zur Betriebskonzession vom 18. Februar 2003 (Z-2001-58, E. 2.7) erläuternd aus, hinsichtlich Betriebsumfang, -konzept und -abwicklung enthalte die Konzession keinen Vertrauen begründenden Inhalt, aus welchem allenfalls gar wohlerworbene Rechte abgeleitet werden könnten. Eine heutige verfassungs- und gesetzeskonforme Auslegung der Konzessionsauflage muss dabei zum Ergebnis führen, dass auf der einen Seite zwar auch erst spätere, während der Konzessionsdauer wechselnde Verkehrsvolumen im Sinne des Betriebsumfangs von der Auflage erfasst sind (und nicht einzig genau das aktuelle Verkehrsvolumen zur Zeit der Konzessionierung), da diesbezüglich ebenfalls keine wohlerworbenen Rechte entstehen können. Auf der anderen Seite kann ein Ausschluss von Entschädigungen aber einzig insofern umfasst sein, als sich die Konzessionärin eben gerade auf wohlerworbene Rechte abstützen wollte. Keineswegs kann diese Auflage so interpretiert werden, dass sämtliche jemals denkbaren und in der Zukunft möglichen, allenfalls gar durch übergeordnetes Gesetzesrecht überhaupt erst entstehenden Grundlagen für Regress- und Entschädigungsforderungen der Flughafenbetreiberin von vornherein ausgeschlossen wären. Eine solche Auslegung würde – erst recht angesichts der angelegten Zeitdauer von 50 Jahren – viel zu weit führen und wäre nicht mehr gesetzeskonform (vgl. zum Zweck der gesetzlichen Ordnung im LFG nachfolgend E. 7 ff.).

Dies zeigt für den vorliegenden Fall zusätzlich die nähere Betrachtung der in der Konzessionsauflage verwendeten Begriffe. Während die Bezeichnung "Baubeschränkung" hier von vornherein nicht herangezogen werden kann (die ILS-Anlage und die Anflugbefeuerung wurden erstinstanzlich genehmigt), hat auch die Bezeichnung "Verkehrsbeschränkung" keinen die neuen, angefochtenen Auflagen umfassenden Gehalt. Angesichts des Bezugs auf den gesamten Betriebsumfang sind Konstellationen denkbar, wo die neuen Auflagen greifen könnten, die Konzessionsauflage hingegen gerade nicht. Dies beispielsweise in Fällen, wo infolge verfügter Betriebsreglementsänderungen zwar ein (ILS-) Anflugverfahren auf Piste 34 nicht mehr möglich ist, hingegen dank Kompensationsmöglichkeiten durch andere Flugverfahren der Gesamtbetriebsumfang (praktisch) unverändert bleibt. Die Auflage Ziff. 3.1 in der Betriebskonzession kann somit so oder so bloss ergänzend zum zugrunde liegenden Gesetzes- und Verordnungsrecht herangezogen werden, sie vermag unter keinen Umständen vorliegend das Fehlen einer genügenden gesetzlichen Grundlage für die noch weitergehende Auflage in den Südanflug-Verfügungen (vollständig) wettzumachen. Bezeichnenderweise und zu Recht stützte sich denn auch das UVEK nur ergänzend zum fälschlicherweise angerufenen Gesetzesartikel auf die Auflage Ziff. 3.1, während das BAZL sie mit keinem Wort erwähnte.

6.3 Damit ist festzustellen, dass für die angefochtenen Auflagen keine genügende gesetzliche Grundlage ersichtlich ist.

7. Selbst ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage kann sich die Zulässigkeit einer Nebenbestimmung gegebenenfalls auch aus dem mit dem Ge-

setz verfolgten Zweck ergeben und damit aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervorgehen (vorne E. 6). Es ist nachfolgend zu prüfen, ob vorliegend solche Ersatzgrundlagen herangezogen werden können.

7.1 Dabei ist eingangs noch einmal auf die bereits erwähnten Art. 45 ff. LFG zurückzukommen (vgl. vorne E. 6.1). Diese Gesetzesbestimmungen stellen (auch von ihrer systematischen Einordnung her) eine umfassende Regelung der jeweiligen Kostenträger im Infrastrukturbereich der Luftfahrt dar. Wie bereits erwähnt, ist der Bund dabei in Art. 48 LFG in bestimmten Fällen als Kostenträger aufgeführt, insbesondere im Bereich der Flugsicherung. Zusätzlich wird ersichtlich, dass der Bund unter Umständen durchaus gewisse weitere Kosten bei Flugplatzanlagen übernehmen kann (vgl. Art. 47 Abs. 2 LFG und E. 6.1 vorne). Daneben ist auf Art. 101*a* LFG zu verweisen, wonach der Bund an die Verbesserung oder Erweiterung der Landesflughäfen zins- und amortisationsgünstige Darlehen gewährt (Abs. 1). Gemäss Art. 102 LFG kann er sich zudem an Flugplatzunternehmungen beteiligen, wenn dies im allgemeinen Interesse liegt. Der aus den genannten gesetzlichen Regelungen ersichtliche finanzielle Spielraum des Bundes, aber auch dessen generelle Einbindung als Kostenträger, zeigen deutlich auf, dass weder Art. 36*a* LFG noch andere Bestimmungen im Infrastrukturbereich Grundlagen darstellen können oder sollen für derart ausschliessliche und umfassende Kostentragungs- und Haftungsklauseln, wie sie den Vorinstanzen vorschweben. Es ist offensichtlich gerade *nicht* einer der Zwecke des LFG als Gesamtordnung, den Flughafenbetreibern jegliche zukünftige finanzielle Entschädigung oder Begünstigung von vornherein und unter allen (auch völlig unvorhersehbaren) Umständen vorzuenthalten, indem schon allfällige Klagemöglichkeiten unterbunden werden. Genauso wenig kann dies einer der Zwecke der Betriebskonzession für den Flughafen Zürich sein. Ganz im Gegenteil hat das UVEK in der Betriebskonzession im selben Abschnitt wie die Ausführungen zu Auflage Ziff. 3.1 noch ausdrücklich festgehalten, die Flughafenbetreiberin wäre keineswegs verpflichtet, den Betrieb des Flughafens aufgrund eines neuen Betriebskonzepts unter für sie möglicherweise weniger attraktiven Bedingungen weiterzuführen. Das UVEK wolle den Betrieb des Flughafens Zürich jedoch langfristig sicherstellen und *daher der Betreiberin die stärkst mögliche Stellung einräumen* (S. 11, keine Hervorhebung im Original). Damit erscheint noch umso problematischer, dass die angefochtenen Klauseln keinerlei zeitliche Begrenzung kennen und wohl auf die ganze restliche Konzessionsdauer Anwendung finden müssten.

7.2 Die Vorinstanzen können angesichts dessen denn auch kein öffentliches Interesse anführen, das die angefochtenen Auflagen untermauern würde. Dem soeben erwähnten öffentlichen Interesse an finanziell gut positionierten Betreibergesellschaften – welches dem von den Vorinstanzen ins Feld geführten angeblichen Interesse am vorsorglichen Ausschluss sämtlicher potentieller Entschädigungsforderungen entgegen gesetzt ist – wird nicht nur mit Bestimmungen des LFG (wie gerade Art. 36*a*), sondern insbesondere auch mit verschiedenen Ausführungsvorschriften in der VIL Nach-

druck verschafft (vgl. dazu Entscheid REKO/INUM vom 3. Mai 2006, Z-2001-58, E. 4.6). Dem Interesse des Bundes an einer klaren grundsätzlichen Kostenregelung im Infrastrukturbereich der Luftfahrt wiederum wird in den erwähnten Art. 45 ff. LFG genügend nachgekommen. Und schliesslich spricht auch kein öffentliches Interesse dagegen, der Flughafenbetreiberin ausserhalb des eng auszulegenden Anwendungsbereichs der Konzessionsauflage Ziff. 3.1 (vgl. vorne E. 6.2) wenigstens den Rechtsweg für zukünftige Forderungen offen zu halten. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht festhält, wäre es ohnehin wiederum Sache der zuständigen Gerichte, allfällig erhobene Ansprüche zu beurteilen und könnten solche ja nur bei Erfüllen sämtlicher Voraussetzungen aus von der Klägerin angerufenen materiellen Haftungsgrundlagen gutgeheissen werden, andernfalls wären sie abzuweisen. Eine solche Lösung ist sowohl mit Blick auf die Rechtssicherheit als auch unter Berücksichtigung der Rechtsweggarantie von Art. 29*a* BV eindeutig zu bevorzugen und *entspricht* somit gerade öffentlichen Interessen. Es kann denn abschliessend auch keine Rede davon sein (wie UVEK und BAZL selber indirekt bestätigen), dass ohne die angefochtenen Auflagen die entsprechenden Genehmigungen nicht hätten im selben Ausmass erteilt werden dürfen.

8. Die umstrittenen Auflagen sind demgemäss nicht bloss auf keine genügenden gesetzlichen Grundlagen abgestützt. Sie entsprechen auch nicht den Zwecken der gesetzlichen Grundordnung gemäss LFG und der darauf abgestimmten (und abzustützenden) Grundausrichtung der Betriebskonzession bzw. gehen nicht aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse hervor. Insofern sind sie in den vorliegenden Anfechtungsobjekten zur Regelung des Südanflugs auf Piste 34 zugleich als sachfremd zu bezeichnen. Die angefochtenen Bestimmungen sind entsprechend dem Antrag der Beschwerdeführerin vollumfänglich aufzuheben. Bei diesem Resultat erübrigen sich weitere Ausführungen zu der von der Beschwerdeführerin ebenfalls gerügten Unverhältnismässigkeit der Auflagen und zur Unzuständigkeit der Vorinstanzen, solche Auflagen zu erlassen.

9. Unterliegenden Vorinstanzen werden gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten auferlegt, womit im vorliegenden Verfahren auch keine erhoben werden. Der von der Beschwerdeführerin am 12. September 2003 geleistete Kostenvorschuss von total Fr. 3'000.-- (für beide anfänglichen Teilverfahren) ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids vollumfänglich zurückzuerstatten. Sie hat zu diesem Zweck dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

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

Entsprechend dem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als vollständig obsiegende Partei. Die von ihr am 16. August 2007 eingereichte Kostennote im Sinne von Art. 14 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) gibt grundsätzlich zu keinen Beanstandungen Anlass. Nachdem mit der (neuen) Bestimmung von Art. 10 Abs. 2 VGKE der Stundenansatz für Anwälte mindestens 200 und höchstens 400 Franken beträgt (exklusive Mehrwertsteuer), gibt es im Gegensatz zur damaligen Praxis der REKO/INUM auch keinen Grund mehr, den vom Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin angegebenen Stundenansatz von Fr. 350.-- zu kürzen. Der Beschwerdeführerin ist damit der gesamte in Rechnung gestellte Aufwand (26.4 Stunden à Fr. 350.-- plus Auslagen) von Fr. 9'424.80, zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6%, ergebend ein Gesamttotal von Fr. 10'141.10, als Parteientschädigung je zur Hälfte zulasten der beiden Vorinstanzen zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde der Flughafen Zürich AG wird gutgeheissen.

   Die Auflagen Dispositiv-Ziff. 2 Satz 2 der Verfügung des BAZL vom 23. Juni 2003 sowie Dispositiv-Ziff. 1.3 Satz 2 der Verfügung des UVEK vom 23. Juni 2003 werden aufgehoben.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

   Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.-- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten. Sie hat hierzu dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

3. Das BAZL und das UVEK haben der Beschwerdeführerin je eine Parteientschädigung von Fr. 5'070.55 auszurichten.

4. Dieses Urteil wird eröffnet:

   - der Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
   - dem BAZL (eingeschrieben)
   - dem UVEK (mit Gerichtsurkunde)

Der Abteilungspräsident:	Der Gerichtsschreiber:
Lorenz Kneubühler	Christian Kindler

Rechtsmittelbelehrung
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand am: