
Die Konzession als überholte Rechtsfigur?

Peter Hettich / Simon Bühler

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Abgrenzung von Konzession und Polizeibewilligung
 - A. Anspruch auf Erteilung
 - 1. Monopole
 - 2. Sondernutzung
 - B. Betriebs- und Ausübungspflicht
 - C. Verfügung und Vertrag
 - D. Besondere Aufsicht
 - E. Wohlerworbene Rechte
 - 1. Entstehung des wohlerworbenen Rechts
 - 2. Substanz des wohlerworbenen Rechts
 - 3. Rechtsbeständigkeit von anderen Vollzugsakten
- III. Konzession als Instrument des Investitionsschutzes
- IV. Fazit: Konzession als überholte Rechtsfigur?
 - 1. Konzession in liberalisierten Bereichen überholt
 - 2. Konzession als Instrument des Investitionsschutzes

I. Einleitung

Das vorliegende Beitragsthema und die von verschiedenen Tagungsteilnehmern geäusserten Ansichten stellen die Frage in den Raum, ob die Konzession heute als Instrument des Verwaltungsrechts überholt ist. Die Antwort darauf ist keine offensichtliche und muss differenziert erfolgen. In vielen der liberalisierten Infrastrukturbereiche ist der Einsatz der Konzession tatsächlich zu hinterfragen. Dort aber, wo die Konzession bewusst für die ihr traditionell bestimmten Zwecke eingesetzt werden kann, insbesondere den Schutz der Investition des Konzessionärs, wäre eine Wiederbelebung des Instruments durchaus angebracht. Es geht in diesem Beitrag also vor allem um die zu Beginn der Tagung als nicht begriffstypisch bezeichneten Elemente einer Konzession¹.

Zu Beginn dieses Beitrags möchten wir die Entwicklung aufzeigen, die zur Abschwächung der Wesensmerkmale der Konzession geführt hat. Anhand einer beispielhaften Gegenüberstellung der Konzession mit dem Instrument der Polizeibewilligung wird dieser Beitrag zeigen, dass sich die Charakteristika der «gewöhnlichen» Bewilligung heute zunehmend mit denjenigen der Konzession vermischt haben. Soll die Konzession als eigenständiges und abgrenzbares Instrument des Verwaltungsrechts erhalten bleiben, scheint eine dogmatische Neuanknüpfung vonnöten, welche dieser Beitrag zu skizzieren versuchen wird.

II. Abgrenzung von Konzession und Polizeibewilligung

Die verwaltungsrechtliche Dogmatik unterscheidet traditionell (und unter anderem) zwischen den verwaltungsrechtlichen Instrumenten der Polizeibewilligung und der Konzession. Bei der klassischen Polizeibewilligung (Polizeibewilligung mit subjektiven Voraussetzungen) handelt es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, das der Gefahrenabwehr dient². Demgegenüber wird die Konzession am Monopol – vereinfacht ausgedrückt – angeknüpft: Konzession und Monopol hängen «untrennbar zusammen»³. Mit der Konzession überträgt der Staat dem Konzessionär ein Recht zur Ausübung eines Monopols und

¹ Dazu der Beitrag von BERNHARD WALDMANN, Abschn. II.A.

² VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 11 Rz. 16; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 20.

³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 2; vgl. KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz, S. 24.

räumt diesem dadurch eine privilegierte Stellung ein. Hierbei wird zwischen rechtlichen und faktischen Monopolen differenziert⁴. Bei rechtlichen Monopolen wird dem Konzessionär mittels Monopolkonzession das Recht zur Ausübung der Tätigkeit eingeräumt. Bei faktischen Monopolen überträgt die Konzession in der Regel das Recht zur Sondernutzung öffentlicher Sachen.

Beide Instrumente, sowohl die klassische Polizeibewilligung als auch die Konzession, räumen einem Privaten das Recht zur Aufnahme einer grundsätzlich verbotenen Tätigkeit ein. Zusätzlich zu dieser positiven Umschreibung müssen die Instrumente also weiter voneinander abgegrenzt werden. Die verwaltungsrechtliche Doktrin hat zwar eine Vielzahl möglicher Abgrenzungskriterien entwickelt⁵. Eine dogmatisch trennscharfe Unterscheidung konnte jedoch bis heute nicht gefunden werden. Es hat sich jedoch ein gewisser Konsens über charakteristische Eigenschaften der Konzession entwickelt⁶. Nachfolgend wird exemplarisch aufgezeigt, dass diese Eigenschaften an Unterscheidungskraft verloren haben und sich heute auch bei verschiedenen Polizeibewilligungen finden lassen.

A. Anspruch auf Erteilung

In Literatur und Rechtsprechung wird häufig darauf hingewiesen, dass in der Regel kein Anspruch auf Erteilung einer Konzession bestehe⁷. Dies wird damit begründet, dass die Anzahl der mit der Konzession übertragenen Ausschliesslichkeitsrechte in der Regel zahlenmässig beschränkt ist⁸.

1. Monopole

Mit der Monopolkonzession wird das Recht verliehen, eine Tätigkeit auszuüben, die an sich allein dem Gemeinwesen zusteht. In den bedeutenden Infrastrukturbereichen – Telekommunikation, Post, Elektrizität, Radio und Fernsehen, Verkehr – ist heute jedoch nicht mehr nur das Gemeinwesen präsent, sondern in verschiedenen Formen und Konstellationen auch private Akteure.

⁴ Zur Unterscheidung zwischen rechtlichem und faktischem Monopol anstelle vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2561 ff.

⁵ Vgl. die Übersicht in POLEDNA, Staatliche Bewilligungen, § 1 oder KORRODI, Konzession, S. 87 ff.

⁶ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 39; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, § 38.

⁷ KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz, S.24; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2598; RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 39; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 26.

⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2598.

Dies zeigt sich deutlich im Bereich des Post- und Telekommunikationsrechts. Die Verfassung räumt dem Bund in Art. 92 Abs. 1 BV für diese Bereiche nach wie vor die Kompetenz zur Begründung eines Monopols ein⁹. Im Telekommunikationsrecht hat sich die Schweiz jedoch durch Unterzeichnung des so genannten Referenzpapiers zum GATS zur Einhaltung bestimmter regulatorischer Prinzipien verpflichtet, welche zu einer Marktöffnung führen¹⁰. Diese Marktöffnung wurde vor allem durch das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 umgesetzt und in der Revision vom 24. März 2006¹¹ weiter ausgebaut. Heute sieht Art. 4 FMG keine Konzessionspflicht, sondern entsprechend dem europäischen System der Allgemeinenehmigung bloss eine Meldepflicht für Fernmeldediensteanbieter vor. Damit steht der Marktzugang jedem Unternehmen offen. Konzessionen bestehen noch im Bereich des Mobilfunks (Art. 22 FMG) und der Grundversorgung (Art. 14 FMG)¹².

In den Postmärkten besteht nach Art. 5 PG grundsätzlich noch eine Konzessionspflicht für die Erbringung von nichtreservierten Postdienstleistungen. Die Konzession ist jedoch als Anspruchskonzession ausgestaltet¹³; dementsprechend erbringen heute Dutzende von Anbietern postalische Dienstleistungen¹⁴. Art. 4 des totalrevidierten Postgesetzes vom 17. Dezember 2010 sieht nun im nichtreservierten Bereich eine Meldepflicht und damit grundsätzlich freien Marktzugang vor¹⁵. Es handelt sich hier um einen Markt, in dem nur beschränkt internationale Pflichten zur Marktöffnung bestehen, und der vor allem im Nachgang zu europäischen Liberalisierungsschritten geöffnet wurde.

Auch im Bereich von Radio und Fernsehen wurde das aufwändige Konzessionsverfahren des RTVG 1991 durch die Möglichkeit einer blossen Meldung vor dem Marktzutritt ersetzt¹⁶. Diese Marktzutrittsmöglichkeit ist aber nur dann realistisch, wenn sich der Programmveranstalter aus eigener Kraft angemessene Verbreitungswege sichern kann. Auch in diesem Bereich verfügt der Bund aufgrund von Art. 93 BV an sich über sehr weit reichende Kompeten-

⁹ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, §30 Rz. 9; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 717; vgl. BGE 127 II 8 E. 4.c; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 92 Rz. 3.

¹⁰ Abrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm. Vgl. zur Bedeutung BGE 131 II 13 E. 8. f. m.w.H.

¹¹ AS 2007 921.

¹² BURKERT, in: SG-Kommentar, Art. 92 Rz. 4, 7.

¹³ Art. 24 Abs. 1 VPG.

¹⁴ Die Liste der Konzessionäre ist abrufbar unter http://www.postreg.admin.ch/de/dienstleistungen_konzessionaere.htm.

¹⁵ BBl 2010 8998.

¹⁶ Art. 3 RTVG.

zen¹⁷. Dennoch ist der Rundfunk aufgrund von Art. 10 EMRK einer Monopolisierung nicht zugänglich¹⁸.

Selbst im Verkehrswesen sind, unter anderem aufgrund des Landverkehrsabkommens mit der Europäischen Union, gewisse Schritte weg vom Monopol zu verzeichnen. Der Bund verfügt an sich bei Eisenbahnen, Seilbahnen, der Schifffahrt sowie der Luft- und Raumfahrt sowie allgemein in der regelmässigen und gewerbsmässigen Personenbeförderung über ein Monopol¹⁹.

Der einzige Bereich, der entgegen diesem Liberalisierungstrend bald durch formelle Enteignung monopolisiert wird, ist das elektrische Hochspannungsnetz im Bereich 220/380 kV²⁰. Interessant ist, dass ausgerechnet hier sowohl die Kompetenz als auch die Verhältnismässigkeit dieser Monopolisierung des Übertragungsnetzes durchaus in Frage gestellt werden kann²¹. Ansonsten sollen die historisch gewachsenen Gebietsmonopole der Elektrizitätsversorger durch die zweite Marktöffnungsstufe des StromVG wiederum aufgebrochen werden. Wiederum deshalb, weil an sich schon die Wettbewerbskommission den Netzzugang allgemein aufgrund von Art. 7 KG ermöglicht und damit die Strommärkte zumindest formellrechtlich vollständig liberalisiert hat²².

2. Sondernutzung

Im Zusammenhang mit der Nutzung öffentlichen Grundes sind ausschliessliche Nutzungsrechte des Gemeinwesens in der Regel nicht mit der Verfassung vereinbar. So hat das Bundesgericht für die Ausübung ideeller Grundrechte schon früh entschieden, dass das Gemeinwesen zur Verwirklichung ideeller Grundrechte allenfalls Versammlungsflächen in Form von öffentlichen Plätzen und Räumlichkeiten zur Verfügung stellen muss²³. Im Fall Scientology hat das Bundesgericht festgehalten, dass ein absolutes Verbot der Nutzung öffentlichen Grundes auch bei Verfolgung gewerblicher Zwecke nicht statthaft wäre²⁴. Aus verschiedenen Fällen betreffend Riesenräder und Taxistandplätze geht hervor, dass ein geschlossenes System bei der Zuteilung knappen öffent-

¹⁷ WEBER, RTVG-Kommentar, Einleitung Rz. 15 ff.; zum Verfassungsauftrag des Art. 93 BV siehe HETTICH, ZBl 2009, S. 355 ff.

¹⁸ EGMR, Urteil i.S. Informationsverein Lentia u.a. c. Österreich vom 24. November 1993, A/276.

¹⁹ Art. 87 und 92 BV; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 717; BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 87 Rz. 2 und Art. 92 Rz. 3; KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz, S. 100 m.w.H.

²⁰ Art. 18 und 33 StromVG.

²¹ BIAGGINI, Kommentar BV, Art. 91 Rz. 3; AUBERT/MAHON, Art. 91 Rz. 9.

²² BGE 129 II 497 = Pra 94 (2005) Nr. 39.

²³ BGE 96 I 586, E. 4 und 6; vgl. HEER, ausserordentliche Nutzung, S. 28.

²⁴ BGE 126 I 133 E. 4.d.

lichen Grundes unzulässig wäre, und z.B. über ein Rotationssystem dafür gesorgt werden muss, dass alle potentiellen Marktteilnehmer über Chancengleichheit beim Marktzugang verfügen²⁵. Man geht dementsprechend zumindest für den gesteigerten Gemeingebrauch von einem grundrechtlich gesicherten, bedingten Anspruch auf Nutzung aus.

Ob ein solcher bedingter Nutzungsanspruch auch für die Erteilung einer Sondernutzungskonzession gilt, ist (noch) nicht höchststrichterlich entschieden²⁶. Das Bundesverwaltungsgericht bejahte jüngst einen bedingten Nutzungsanspruch nun auch bei der Sondernutzung, allerdings ohne vertiefte Auseinandersetzung mit Lehre und Praxis²⁷. Auch nach der hier vertretenen Auffassung sollten die Grundrechte im Bereich der Sondernutzung Beachtung finden. Allenfalls liesse sich die Meinung vertreten, dass das Gemeinwesen bei der Sondernutzung über ein grösseres Ermessen als beim gesteigerten Gemeingebrauch verfügt. Jedoch muss auch dieses Ermessen pflichtgemäss, unter Wahrung der Grundrechte, ausgeübt werden.

Verschiedene Infrastrukturерlasse sehen direkt auf Gesetzesstufe Ansprüche betreffend die Nutzung öffentlichen Grundes vor. So sind die Eigentümer von Boden im Gemeingebrauch gemäss Art. 35 FMG verpflichtet, die Benutzung dieses Bodens für den Bau und Betrieb von Leitungen zu bewilligen. Ähnliche Rechte vermitteln etwa Art. 16 PG für die Post oder Art. 16 EleG für den Bau von Stromanlagen. Bei Wasserkraftwerken wird sich die kommende Diskussion vor allem darum drehen, ob sich die Ausschreibungspflicht von Art. 2 Abs. 7 BGBM auch auf Sondernutzungskonzessionen bezieht, wie dies die WEKO in einem Gutachten andeutet²⁸. Dies würde auch diesen Markt vor allem für ausländische Anbieter öffnen. Ein in der UREK-N am 21. Februar 2011 verabschiedeter, mehr als kryptisch formulierter Gesetzesentwurf zielt nun darauf ab, bei der Nutzung des öffentlichen Grundes für Stromnetze sowie bei der Wasserkraftnutzung für die jeweiligen Konzessionsbehörden keine

²⁵ Riesenrad: BGE 121 I 279 E. 6.e; Zuteilung von Taxistandplätzen: BGE 108 Ia 135 E. 3; BGer, Urteil 2P.8/2006 vom 29.8.2006, E. 2.3.; KGer VS, Urteil vom 21.12.2006, in: ZWR 2007, S. 74 E. 2.3.

²⁶ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 649; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2426; SUTTER-SOMM, Monopol, S. 156.

²⁷ BVGer A-7454/2009 vom 29. März 2011 E. 9.3. f.

²⁸ WEKO, Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den schweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, Rz. 26 ff. (abgedruckt in diesem Anhang dieses Bandes).

Ausschreibungspflicht vorzuschreiben²⁹. Die Vergabe der Konzessionen soll dennoch in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren erfolgen, was ohne vorgängige Ausschreibung nicht einfach zu bewerkstelligen sein dürfte.

Insgesamt ist im Sinne eines Zwischenfazit festzustellen, dass sich der Zugang von Unternehmen zu öffentlichem Grund erweitert hat. Zumindest im Bereich des Infrastrukturrechts kann auch festgehalten werden, dass die Monopole verschiedenen Modellen des regulierten Wettbewerbs Platz gemacht haben. Neben staatlichen und halbstaatlichen Akteuren sind auch private Anbieter in diesen Märkten präsent, welchen das geltende Recht Ansprüche auf Marktzugang einräumt. Teilweise war die Schweiz zur Aufhebung dieser Monopole durch zwischenstaatliche Vereinbarungen verpflichtet, teilweise wurden europäische Liberalisierungsschritte autonom nachvollzogen. Vor dem Hintergrund des Verhältnismässigkeitsgebots ist kaum denkbar, dass diese Liberalisierungsschritte wieder rückgängig gemacht werden. Anders als früher verleiht vor allem das Instrument der Monopolkonzession heute kaum mehr wirtschaftliche Privilegien im Sinne von ausschliesslichen Nutzungsrechten.

B. Betriebs- und Ausübungspflicht

Mittels einer Betriebs- und Ausübungspflicht wird gewährleistet, dass der Konzessionär die im öffentlichen Interesse stehende Tätigkeit tatsächlich ausübt³⁰. Bei einigen Konzessionen wie dem Fischerei- und Jagdpatent war die Ausübung traditionell schon dem Konzessionär anheim gestellt³¹. Mit der Marktöffnung und der Präsenz mehrerer Marktteilnehmer in einem Sektor sinkt das öffentliche Interesse an der tatsächlichen Ausübung der Konzession auch in den liberalisierten Infrastrukturbereichen stark. Heute beschränkt sich der Gesetzgeber hier auf die Sicherstellung der Grundversorgung; nach wie vor durch bedient er sich hierbei oft eines staatlichen oder halbstaatlichen Unternehmens. Dies ist beispielsweise beim durch den Gesetzgeber formulierten Auftrag der Post³² oder bei der Grundversorgungskonzession der Swisscom³³ der Fall:

²⁹ Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie des Nationalrates vom 21. Februar 2011 zur parlamentarischen Initiative «Keine unnötige Bürokratie im Bereich der Stromnetze», BBl 2011 2901 ff.

³⁰ vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 33; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2611.

³¹ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 33; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2611.

³² Art. 2 PG.

³³ Art. 14 FMG; vgl. KLAUS, DeRegulierung, Rz. 1322 f.

- Ziffer 3.1 Grundversorgungskonzession Swisscom³⁴
«Die Grundversorgungskonzessionärin ist verpflichtet, den gesamten Umfang der Dienste der Grundversorgung ... während der Konzessionsdauer von 10 Jahren ... allen Bevölkerungskreisen anzubieten.»

Bei den übrigen Anbietern kann in der Regel ohne weiteres auf die Konzession verzichtet werden:

- Ziffer 6 Musterkonzession PostReg³⁵
«Ein Verzicht auf die Ausübung der Konzession muss der Postregulationsbehörde schriftlich mitgeteilt werden.»
- Ziffer 1.7 Musterkonzession GSM/UMTS³⁶
«Die Konzessionärin kann jederzeit auf ihre Konzession verzichten.»

Durch die Zulassung mehrerer Konzessionäre im selben Markt und den weitgehenden Verzicht auf effektive Durchsetzung der Betriebspflicht nähern sich diese Konzessionen der Polizeibewilligung. Ungeachtet dessen kann es sich namentlich bei der Nutzung knapper öffentlicher Güter – wie etwa von Mobilfunkfrequenzen – freilich rechtfertigen, diese bei Untätigkeit des Konzessionärs nicht brach liegen zu lassen, sondern neu zuzuteilen (aufgrund einer Verletzung der Betriebspflicht)³⁷.

C. Verfügung und Vertrag

Dogmatik und Rechtspraxis unterscheiden bei der Konzession Teile mit Verfügungscharakter und Teile mit vertraglichem Charakter. Die weitgehend durch Gesetz festgelegten Teile der Konzession sollen Verfügungscharakter haben; an der Durchsetzung dieser Bestimmungen soll auch ein erhebliches öffentliches Interesse bestehen. Wo das Gesetz Spielräume zur näheren Ausgestaltung der Konzession lässt, handelt es sich um Konzessionsteile mit vertraglichem Charakter³⁸. Es stellt sich daher die Frage, ob dieser vertragliche Teil ein Unterscheidungsmerkmal zur Bewilligung bilden könnte.

³⁴ Abrufbar unter <http://www.comcom.admin.ch/themen/00501/index.html?lang=de&download=M3wBPgDB/8ull6Du36WenQ1NTTjaXZnqWfVpZLhmfnapmmc7Zi6rZqCkkIN0fn+EbKbXrZ6lhuDZz8mMps2gpKfo>.

³⁵ Abrufbar unter http://www.postreg.admin.ch/de/publikationen/Konz.%20Erneuerung_D2009.pdf.

³⁶ Abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00462/00797/00883/index.html?lang=de>.

³⁷ BGE 132 II 485 E. 8.4.

³⁸ BGE 130 II 18 E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1093; vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 40; POLEDNA, Staatliche Bewilligungen, Rz.

Der kooperativen Aushandlung von Konzessionen sind umso stärker Grenzen gesetzt, je mehr private Akteure in einem ehemals monopolisierten Bereich tätig werden. Wenn nicht sogar ein Anspruch auf Erteilung besteht³⁹, hat die Vergabe der Konzession zumindest nach pflichtgemäßem Ermessen und damit insbesondere unter Beachtung der Grundrechte zu erfolgen⁴⁰. Dementsprechend verlangen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot und das Gebot der Gleichbehandlung der Konkurrenten, dass Differenzierungen sachlich begründet werden und den Wettbewerb nicht unnötig stark verzerren⁴¹. Dies zeigt sich vor allem im Infrastrukturbereich auch darin, dass die anwendbaren Gesetze spürbar weniger Spielräume für Verhandlungen lassen. Entsprechend finden wir auf den Webseiten der Regulatoren Musterkonzessionen, welche den erteilten Konzessionen in den wesentlichen Teilen entsprechen.

In anderen Teilen des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist dagegen eine gegenteilige Entwicklung zu beobachten, indem sich kooperative, ausgehandelte Elemente eher häufen. So sind Grossüberbauungen in der Regel nur im Rahmen der Sondernutzungsplanung⁴² realisierbar, was kooperative Planung bedingt, indem beispielsweise höhere Ausnutzungsziffern gegen Verpflichtungen zum sozialen Wohnungsbau getauscht werden. Im Umweltrecht erweist sich die Lösung komplexer Fragen kaum möglich ohne umfassende Interessenabwägung und koordinierte Rechtsanwendung. Angemessene Lösungen sind nur auf kooperativem Wege, unter Einbezug aller involvierten Interessen, realisierbar. Als weitere Beispiele seien diejenigen Kontakte mit Behörden genannt, welche auf vorgängige Abklärungen im Hinblick auf die Freistellung oder Bewilligung von Projekten zielen, sei es nun bei Steuern, der Lex Koller oder in sonstigen regulierten Bereichen.

Die oben beschriebenen gegenläufigen Entwicklungen in verschiedenen Teilen des Verwaltungsrechts lassen keine generellen Aussagen zur Bedeutung des vertraglichen Teils der Konzession zu. Je nach Einzelfall können verfügbare oder vertraglicher Teil überwiegen⁴³. Das Vorhandensein eines vertraglichen Teils in einer Konzession ist daher als Abgrenzungskriterium gegenüber der Polizeibewilligung nicht besonders ergiebig.

48 f.; RPW 2004 S. 859 ff. E.3.2.4; diese Unterscheidung ist in der Lehre umstritten, vgl. hierzu KUNZ, Verfahren und Rechtsschutz, S. 45 ff.

³⁹ Vgl. Abschn. II.A.

⁴⁰ BVGer, Urteil A-7801/2008 vom 7.12.2009 E. 5.1; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 441.

⁴¹ Zur Geltung oder Ausstrahlung der Wirtschaftsfreiheit der Beitrag von BERNHARD WALDMANN in diesem Band, Abschn. IV.B. m.w.H.

⁴² Zur Sondernutzungsplanung vgl. etwa HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, S. 238 ff.

⁴³ Vgl. RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, § 16 Rz. 40.

D. Besondere Aufsicht

Im Instrumentenportfolio des Gesetzgebers stellt das Verbot mit Konzessionsvorbehalt grundsätzlich eine sehr starke Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit dar. Ökonomisch bildet die Konzession ein Marktzutrittshindernis, welches traditionell als nur sehr schwer zu überwinden angesehen wird⁴⁴. Da die tatsächliche Konzessionsausübung traditionell im öffentlichen Interesse liegt, ist die Konzessionserteilung oft an ein aufwändiges Auswahlverfahren geknüpft, allenfalls verbunden mit einem öffentlichen Anhörungsverfahren. Während der Dauer der Konzession unterliegt der Konzessionär auch einer besonderen Kontrolle, welche sich vor allem in umfangreichen Rechenschaftspflichten äussert.

Die Wahl des Instruments für die Marktregulierung bestimmt zunächst und vor allem den Zeitpunkt des Marktzutritts. Während blosse Verhaltensgebote und -verbote und auch Verbote mit Meldevorbehalt den sofortigen Markteintritt ermöglichen und die Kontrolle der Verhaltenspflichten ex post erfolgt, handelt es sich bei den Verboten mit Bewilligungs- und Konzessionsvorbehalt um Instrumente der präventiven Kontrolle⁴⁵. Die Zeit, welche bis zum Markteintritt benötigt wird, variiert bei Bewilligungen und Konzessionen beträchtlich. Während die Bewilligung eines neuen Wirkstoffs durch die Swissmedic durchaus ein Jahr in Anspruch nehmen kann, kann eine Konzession zur Erbringung nichtreservierter Postdienstleistungen durchaus schneller erlangt werden.

Auffallend erscheint, dass in den Infrastrukturbereichen die Ausübungsvorschriften – also die mit dem Eintritt in einen Markt verbundenen Pflichten – nicht wesentlich von den Pflichten der Konzessionäre abweichen. So bindet das RTVG auch meldepflichtige Veranstalter an die Grundrechte, das Sachgerechtigkeitsgebot und legt ihnen umfangreiche Auskunft-, Berichterstattungs- und Aufzeichnungspflichten auf⁴⁶. Auch meldepflichtige Anbieter von Fernmeldediensten haben Nachweise über technische Fähigkeiten, die Einhaltung der branchenüblichen Arbeitsbedingungen sowie eine angemessene Anzahl Lehrstellen zu erbringen⁴⁷. Ähnliche Nachweise wie im Fernmeldebereich sind auch im Postmarkt zu erbringen⁴⁸.

⁴⁴ Vgl. etwa für Kabelnetze RPW 1999, S. 211.

⁴⁵ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, §11 Rz. 16 f.

⁴⁶ Art. 4 RTVG.

⁴⁷ Art. 6 FMG; Art. 9 FDV.

⁴⁸ Art. 5 Abs. 2 PG.

Das verwaltungsrechtliche Instrument, welches zur Steuerung des Marktzugangs eingesetzt wird, ist demnach kaum mehr ein Indikator für die tatsächlichen Einschränkungen der Anbieter bei Ausübung ihrer Tätigkeit.

E. Wohlerworbene Rechte

Dogmatisch unterscheidet sich die Konzession von der Polizeibewilligung namentlich auch durch ihre Gesetzesbeständigkeit. Die durch die Konzession vermittelten wohlerworbenen Rechte stehen (nach traditioneller Auffassung) unter dem Schutz der Eigentumsgarantie nach Art. 26 BV und des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV⁴⁹. Die wohlerworbenen Rechte sind in ihrer Substanz nur gegen volle Entschädigung entziehbar⁵⁰.

1. Entstehung des wohlerworbenen Rechts

Nach der Rechtsprechung gelten jene Rechte als wohlerworben, «die aufgrund freier Vereinbarung der Parteien entstanden und als wesentlicher Bestandteil der erteilten Konzession zu betrachten sind, weil der Bewerber sich ohne sie über die Annahme der Verleihung gar nicht hätte schlüssig werden können.»⁵¹ Das wohlerworbene Recht beschränkt sich somit auf die wesentlichen Bestandteile des vertraglichen Teils der Konzession⁵².

Es erscheint fraglich, ob sich die für den Konzessionär wesentlichen Elemente der Konzession tatsächlich nur aus dem Verhandlungsprozess ergeben⁵³. So hat das RTVG 1991 vorgesehen, dass die Konzessionäre höchstens 4 % ihrer Bruttoeinnahmen für die Produktion von Schweizer Filmen aufwenden⁵⁴. Die Konzessionen enthielten Beitragspflichten zwischen 2 und 4 %. Bei diesen Aufwendungen handelte es sich hier also klar um eine verhandelte Konzessionsbestimmung. Art. 7 Abs. 2 des neuen RTVG sieht generell Filmförderungsaufwendungen von 4 % für alle sprachregionalen Fernsehveranstalter vor. Die Verpflichtung ergibt sich also heute direkt aus dem Gesetz. Die Filmförderungspflicht von 4 % ist also bei einer Erhöhung entsprechend der Dog-

⁴⁹ BGE 132 II 485 E. 9.5; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2594; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 43.

⁵⁰ BGE 130 II 18 E. 3.2; BGE 127 II 69 E. 5.a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2594; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 45 f.

⁵¹ BGE 127 II 69 E. 5.a.

⁵² Zur Unterscheidung zwischen vertraglichem und Verfügungsmässigem Teil siehe Abschn. II.C.

⁵³ Vgl. POLEDNA, Staatliche Bewilligungen, Rz. 170.

⁵⁴ Art. 31 Abs. 2 lit. e RTVG 1991.

matik nicht mehr gesetzesbeständig (wohlerworben), obwohl sich eine Erhöhung dieser an die Höhe der Bruttoneinnahmen anknüpfenden Pflicht gravierend auf die Erfolgsrechnung eines Programmveranstalters auswirken dürfte.

Zunehmend lässt sich beobachten, dass der Verleihungsakt selbst die Wohlerworbenheit der Konzession beschränkt. Dies kann sich daraus ergeben, dass, wie in nachfolgendem Beispiel, spezifische Anpassungen an neues internationales Recht vorbehalten werden:

- Art. 11 Konzession Elevator TV AG⁵⁵
«Änderungen der Konzession, die durch die Anpassung der schweizerischen Rechtsordnung an internationales Recht notwendig werden, geben der Elevator TV AG keinen Anspruch auf Entschädigung.»

Dabei bleibt für den Konzessionär unklar, wie sich diese Anpassungen gestalten und auswirken werden. In obigem Beispiel ist auch kaum ersichtlich, wie eine Anpassung an neues internationales Recht den Programmveranstalter Elevator AG noch stärker belasten könnte als das ohnehin schon sehr restriktive Schweizer Fernsehrecht.

Als spezifische Einschränkung zu nennen sind auch automatische Anpassungen des Wasserzinses, welcher in Lehrbuchbeispielen an sich zum Kern der gesetzesbeständigen Rechte einer Wasserrechtskonzession gehört:

- Art. 17 Wasserrechtskonzession KW Brusio AG⁵⁶
«Der jährlich von der Konzessionärin zu bezahlende Wasserzins berechnet sich nach den maximal zulässigen Ansätzen, welche die Konzedentin nach der eidgenössischen und kantonalen Gesetzgebung jeweils beanspruchen kann.»

Immerhin liegt es in obigem Beispiel in der Hand der kantonalen oder kommunalen Verleihungsbehörde, den durch den Bundesgesetzgeber festgelegten Wasserhöchstzins zu bestimmen. Ansonsten hätte es die Verleihungsbehörde sehr einfach, sich über die von ihr gemachten Zusicherungen hinweg zu setzen.

Oftmals werden in Konzessionen allgemeine Vorbehalte künftigen Rechts gemacht:

⁵⁵ BBl 2006 2679 ff.

⁵⁶ Zitiert aus STRUB, Wohlerworbene Rechte, S. 197.

- Ziffer 1.3 Musterkonzession Post: Änderungen der Grundlagen⁵⁷
«Zukünftige Änderungen in Gesetz und Verordnung bleiben ausdrücklich vorbehalten. In jedem Fall sind die jeweils aktuellen Fassungen von Gesetz, Verordnung und der entsprechenden Materialien dazu massgebend.»

Solche allgemeinen Vorbehalte des künftigen Rechts sind nicht geeignet, wohlerworbene Rechte zu schmälern⁵⁸. Fraglich ist hingegen, inwieweit wohlerworbene Rechte in Bereichen mit standardisierten Konzessionen wie etwa im oben als Beispiel erwähnten Postmarkt überhaupt noch angenommen werden können.

Völlig unklar in seinen Auswirkungen auf den Umfang wohlerworbener Rechte erscheint der Einbezug aller im Konzessionsgesuch gemachten Angaben und Erklärungen in eine Konzession:

- Art. 4 Konzession TVO AG: Umfang des Leistungsauftrags⁵⁹
«Soweit diese Konzession nichts anderes bestimmt, sind die in der Bewerbung und in den ergänzenden Unterlagen gemachten Angaben insbesondere betreffend Umfang, Inhalt und Art der Veranstaltung, Organisation und Finanzierung massgebend und verpflichtend.»
- Ziffer 1.2 Musterkonzession Post: Grundlagen der Konzession⁶⁰
«Als Grundlage der Konzession gelten das Postgesetz vom 30. April 1997 (Postgesetz, PG, SR 783.0), die Postverordnung vom 26. November 2003 (Postverordnung, VPG, SR 783.01), die Kommentierung zur Revision 2004 der Postverordnung (nachfolgend Kommentierung genannt), die im Konzessionsverfahren gemachten Angaben und abgegebenen Erklärungen. Im Übrigen sind die entsprechenden Bestimmungen des anwendbaren Rechts anwendbar.»

Es ist offensichtlich, dass sich die Konzessionsbehörde durch diesen Einbezug aller «gemachten Angaben» die Arbeit erspart, die für sie wesentlichen Zusicherungen in die Konzession aufzunehmen. Dies widerspricht aber diametral der etwa bei privatrechtlichen Verträgen üblichen Praxis, nicht in den Vertrag eingebundene Dokumente und Erklärungen nicht als Bestandteil der gegenseitigen Rechte und Pflichten anzusehen (sog. «Entire Agreement»-Klausel). In

⁵⁷ Abrufbar unter http://www.postreg.admin.ch/de/publikationen/Konz.%20Erneuerung_D2009.pdf.

⁵⁸ BGE 119 Ib 254 E. 5.a; BGE 110 Ib 160 E. 5.b.

⁵⁹ Abrufbar unter http://www.bakom.admin.ch/themen/radio_tv/marktuebersicht/02341/02350/index.html?lang=de&download=NHZLpZeg7t,lnp6I0NTU042l2Z6ln1acy4Zn4Z2qZpnO2Yuq2Z6gpJCDeHx8fGym162epYbg2c_JjKbNoKSn6A--.

⁶⁰ Abrufbar unter http://www.postreg.admin.ch/de/publikationen/Konz.%20Erneuerung_D2009.pdf.

komplexen Verhältnissen wie etwa der Veranstaltung von Fernsehprogrammen ist im Streitfall kaum noch eruierbar, was die von einem Veranstalter tatsächlich erwarteten Leistungen sind und auch welche Rechte der Veranstalter allenfalls für sich aus den Gesuchsunterlagen ableiten kann.

Inwieweit eine Konzession als gesetzesbeständig angesehen werden kann ist heute weniger klar denn je. Insbesondere die Beschränkung wohlerworbener Rechte auf vertragliche Teile führt zu deren Privilegierung aufgrund rein formaler Kriterien. Unseres Erachtens ist dies sachlich kaum in jedem Fall gerechtfertigt. Je nach Ausgangslage ist neben dem Schutz der vertraglichen Komponenten der Konzession auch dem Vertrauensschutz des Verfügungsmässigen Teils der Konzession Gewicht zuzuerkennen (wenn dieses sich auch vermutlich schwächer ausprägt)⁶¹.

2. Substanz des wohlerworbenen Rechts

Ein weiterer Einbruch in die Wohlerworfenheit bildet die Beschränkung der Gesetzesbeständigkeit auf die Substanz des wohlerworbenen Rechts. Damit ist die Anwendung neuer Normen dort möglich, wo sich aus dieser Normänderung nur unerhebliche Einschränkungen für den Konzessionär ergeben⁶². Die Abgrenzung zwischen substantiellen und unerheblichen Einschränkungen erweist sich in der Praxis oft als schwierig. Das Bundesgericht stellt diesbezüglich auf die wirtschaftliche Tragbarkeit ab⁶³. Dieses Kriterium bleibt jedoch vage. Welche Einbussen in der Produktion oder im Ertrag einem Konzessionär ohne Entschädigung auferlegt werden können, scheint der Systematisierung durch allgemeine Kriterien nicht zugänglich zu sein. Wie sich die Substanz einer Konzession bemisst, ist weitgehend Ergebnis einer Interessenabwägung im Einzelfall⁶⁴. Das konkrete Rechtssicherheitsinteresse des Konzessionärs muss gegen die mit der Rechtsänderung verfolgten öffentlichen Interessen abgewogen werden⁶⁵.

An dieser Stelle anzumerken bleibt, dass in Lehre und Rechtsprechung eine Entwicklung ihren Lauf genommen hat, die den Schutz des wohlerworbenen Rechts weniger in der Eigentumsgarantie als vielmehr im Vertrauensschutz

⁶¹ Vgl. POLEDNA, Staatliche Bewilligungen, Rz. 170; WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz, S. 66.

⁶² BGE 119 Ib 254 E. 10.h; BGE 107 Ib 140 E. 3.b; POLEDNA, Staatliche Bewilligungen, Rz. 171; CAVIEZEL, ZBl 2004, S. 73 f., 87.

⁶³ BGer, Urteil vom 16.9.1987, in: ZBl 89 (1988), S. 273-282; BGE 110 Ib E. 5.b; POLEDNA, Staatliche Bewilligungen, Rz. 171; CAVIEZEL, ZBl 2004, S. 74 f.

⁶⁴ Vgl. CAVIEZEL, ZBl 2004, S. 75; POLEDNA, Staatliche Bewilligungen, Rz. 173.

⁶⁵ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1008f.; vgl. BGE 127 II 69 E. 5.a.

begründet sieht⁶⁶. Noch nicht absehbar ist, ob mit dieser Entwicklung eine weitere Abschwächung des wohlerworbenen Rechts einhergehen wird, da Vertrauensschutz immer eine Vertrauensbetätigung (also Dispositionen) voraussetzt⁶⁷.

3. Rechtsbeständigkeit von anderen Vollzugsakten

Auch ausserhalb des Bereichs der Konzessionen können Verfügungen nicht ohne weiteres widerrufen werden. Der Widerruf einer Verfügung verlangt namentlich eine Interessenabwägung im Einzelfall zwischen der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts und des Rechtssicherheitsinteresses des Privaten⁶⁸. Einige Verfügungen sind de facto unwiderruflich, da die erwähnte Interessenabwägung fast immer zugunsten des Privaten ausfallen wird und diese Verfügungen daher nur unter dem Vorbehalt besonders gewichtiger öffentlicher Interessen widerrufen werden könnten⁶⁹. Es sind dies etwa Verfügungen, welche auf einem eingehenden Ermittlungs- und Einspracheverfahren beruhen oder solche, die eine Befugnis einräumen, von der schon Gebrauch gemacht wurde⁷⁰. So erweisen sich Baubewilligungen in der Regel als unwiderruflich, wenn die Baute schon errichtet wurde⁷¹.

III. Konzession als Instrument des Investitionsschutzes

Der Schutz von Dispositionen ist der primäre Zweck der durch die Konzession eingeräumten wohlerworbenen Rechte⁷². Der Einsatz eines Instrumentes wie der Konzession rechtfertigt sich daher insbesondere dort, wo ein Investor im Vertrauen auf bestimmte Rahmenbedingungen auf hohe, langfristig zu amortisierende Investitionen tätig.

Das Bundesgericht führt im Zusammenhang mit Konzessionen zum Investitionsschutz aus: «Die konzessionierte Unternehmung erstellt auf Grund der Konzession ein Werk mit regelmässig beträchtlichen Investitionen, deren Ren-

⁶⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 43; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1008; BGE 132 II 485 E. 9.5; vgl. BGE 128 II 112 E. 10.

⁶⁷ Vgl. BGE 132 II 485 E. 9.5; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 45 Rz. 47.

⁶⁸ BGE 121 II 273 E. 1.a; BGE 100 Ib 299 E. 2; BGer, Urteil 2P.78/2004 vom 7.10.2004 E. 4.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 997a; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 31 Rz. 21.

⁶⁹ Vgl. BGE 121 II 273 E. 1.a; BGer, Urteil 2P.78/2004 vom 7.10.2004 E. 4.3.

⁷⁰ BGE 121 II 273 E. 1.a; BGer, Urteil 2P.78/2004 vom 7.10.2004 E. 4.3; HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, S. 336 f.

⁷¹ Vgl. HÄNNI, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltschutzrecht, S. 336 ff.

⁷² BGE 132 II 485 E. 9.5.

tabilität sich nicht kalkulieren lässt, wenn nicht Sicherheit über die finanziellen Lasten aus der Konzession und über die Konzessionsdauer besteht. Daraus ergibt sich, dass das Gemeinwesen nicht einseitig von der Konzession abgehen und das Leistungsverhältnis zu seinen Gunsten verändern kann»⁷³.

Diese langfristig angelegten Investitionen liegen in der Regel auch im öffentlichen Interesse und rechtfertigen einen gewissen Investitionsschutz. Wie oben dargelegt wurde, wird dieser Investitionsschutz heute jedoch relativiert durch eine Vielzahl von Einschränkungen bei der Entstehung wohlerworbener Rechte und bei deren Schutz⁷⁴. Die Gesellschaft (und die Politik) ist heute nicht mehr bereit, mit der Anwendung neuer, zugegebenermaßen teilweise dringlicher Normierungen (beispielsweise im Umweltbereich) bis zu 80 Jahre zuzuwarten. Es besteht daher eine Tendenz des Gesetzgebers und der Vollzugsbehörden, die Wohlerworbenheit von vorneherein möglichst eng zu fassen.

Die oben ausführlich beschriebene Verwischung der Abgrenzung von Konzession und Polizeibewilligung hat auch die Griffigkeit der Konzession als ein wirksames Instrument zum Schutz von Investitionen abgeschwächt. Auch andere Institute wie der durch andere Vertrauensgrundlagen vermittelte Vertrauensschutz oder das Institut der materiellen Enteignung können dem Bedürfnis nach Investitionsschutz nur ungenügend gerecht werden, da sie ebenfalls nur bei Vorliegen relativ vager, im Vorfeld einer Investition kaum abstrakt zu umschreibender Voraussetzungen geltend gemacht werden können.

Mögliche Folgen dieser Entwicklung sind offensichtlich. Wird das Vertrauen in die Stabilität der Rahmenbedingungen enttäuscht – bzw. besteht Unsicherheit über die Stabilität dieser Rahmenbedingungen – werden Investoren dies in ihre Entscheidungsprozesse für und wider eine Investition einbeziehen. Dies kann beispielsweise durch Quantifizierung der Wahrscheinlichkeit geringerer Erträge oder grösserer Aufwendungen erfolgen⁷⁵. Dies wiederum führt zu einer Verschlechterung der erwarteten Rentabilität eines Investitionsprojektes, was sich gesamthaft in einer Reduktion des Investitionsvolumens nieder schlägt. Insbesondere können Projekte, die nur knapp die Rentabilitätsanforderungen von Investoren erfüllen, (rechnerisch) unrentabel werden. In einem solchen Fall werden diese Projekte – obwohl die Investition im öffentlichen Interesse liegen würde – nicht realisiert. Eine solche Entwicklung wäre wohl allseits unerwünscht.

⁷³ BGE 127 II 69 E. 5.a.

⁷⁴ Siehe Abschn. II.E.

⁷⁵ Vgl. z.B. BLOHM/LÜDER/SCHAEFER, S. 245 ff.

IV. Fazit: Konzession als überholte Rechtsfigur?

1. Konzession in liberalisierten Bereichen überholt

In den ehemals monopolisierten Bereichen hat sich die Abgrenzung der Konzession zur Polizeibewilligung stark verwischt. Besonders in den Infrastrukturbereichen ist in den vergangenen Jahrzehnten eine starke Liberalisierungstendenz zu beobachten gewesen. Damit hat der Bundesgesetzgeber von seinen verfassungsmässigen Ermächtigungen zur Errichtung von Monopolen immer zurückhaltender Gebrauch gemacht⁷⁶. Die Konzession verleiht daher in den Infrastrukturbereichen nicht mehr die privilegierte Stellung, welche ihr von der Dogmatik zugeschrieben wird. Die Wohlerworbenheit der noch bestehenden Konzessionen in diesen Bereichen wird in der Regel sehr eng gefasst⁷⁷. In diesen liberalisierten Bereichen scheint uns daher der Einsatz von Konzessionen als Steuerungsinstrument tatsächlich hinterfragbar.

Davon zu unterscheiden sind wahrscheinlich diejenigen Bereiche, in denen die Konzession tatsächlich noch eine privilegierte Stellung einräumt. Ein Beispiel für eine solche privilegierte Stellung stellt die Konzession im Bereich des Personenbeförderungsregals dar. Dort werden die bestehenden Konzessionäre bei der Erteilung neuer Konzessionen vor «volkswirtschaftlich nachteiligen Wettbewerbsverhältnissen» geschützt⁷⁸. Auch Sondernutzungskonzessionen vermitteln den Konzessionären in der Regel eine privilegierte Stellung. In diesem Sinne erscheint heute fraglich, ob die dogmatische und rein formale Anknüpfung der Konzession an bestehende Monopolkompetenzen noch angebracht ist. Eine funktionale Anknüpfung, welche das Bedürfnis nach Schutz getätigter Investitionen in das Zentrum stellt, erscheint unter heutigen Bedingungen vielversprechender.

2. Konzession als Instrument des Investitionsschutzes

Das Bedürfnis nach stabilen Rahmenbedingungen hat sich im heutigen, vorsorglich handelnden Steuerungs- und Präventionsstaat als allgemeines Problem akzentuiert. Dieses Bedürfnis nach stabilen Rahmenbedingungen ist abhängig von den wirtschaftlichen Verhältnissen in dem von Steuerungsmassnahmen betroffenen Markt und steht in keinem Zusammenhang zum Steuerungsinstrument, für welches sich der Gesetzgeber entscheidet. Wird et-

⁷⁶ Siehe Abschn. II.A.1.

⁷⁷ Siehe Abschn. II.E.1.

⁷⁸ Art. 9 Abs. 2 lit. b PBG.

wa eine (nur) mit Plangenehmigung erstellte Elektrizitätsleitung vom Regulator nicht zu den anrechenbaren Netzkosten gezählt, so trifft dies den Ersteller der Anlage unter Umständen ebenso hart wie eine Erhöhung der Restwassermenge bei einem konzessionierten Wasserkraftwerk.

Die Frage ist demnach, wie ein von den klassischen verwaltungsrechtlichen Instrumenten unabhängiges Bedürfnis nach Investitionsschutz gewährleistet werden kann, ohne dass der Gesetzgeber jegliche Flexibilität bei der Gestaltung der Rahmenbedingungen eines Marktes verliert. Kaum denkbar ist, dass der Schutz jedweder Investition vorgängig mit dem Regulator abgesprochen werden müsste. Diesfalls wird der Sinn einer Teilnahme privater Akteure in einem Markt in Frage gestellt, denn die wichtigen Investitionsentscheide würden dann durch einen staatlichen Akteur gefällt. Die mit der Teilnahme Privater in einem ehemals monopolisierten Markt angestrebte Verteilung des Investitionsrisikos und Öffnung der Marktprozesse für Innovation fällt dann weg. Der Fairness halber muss hier wohl aber eingeräumt werden, dass Unternehmen mit teilweise sehr blauäugigen Vorstellungen über die Investitionsbedingungen in die Konzessionsverhandlung einsteigen, was ihre Schutzwürdigkeit in Bezug auf die von ihnen getätigten Investitionen schmälert.

Wie in Abschnitt III aufgezeigt wurde, bietet die Konzession heute einen nur teilweise wirksamen Schutz für getätigte Investitionen. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt dies unter anderem daran, dass das Instrument der Konzession aufgrund einer rein formalen dogmatischen Anknüpfung an bestehende Monopolkompetenzen verwendet wird, welche keinen Indikator für die Schutzwürdigkeit von in diesen Bereichen getätigten Investitionen bilden. Ob Investitionen in einem (Infrastruktur-)Bereich als im öffentlichen Interesse gefördert werden sollen und deshalb in diesen Bereichen stabile Investitionsbedingungen gewährt werden sollen, wäre vom (formellen) Gesetzgeber besser im Vorfeld von Investitionen bewusst zu entscheiden. Mit einem bewussten Entscheid für den Einsatz des Instrumentes der Konzession setzt der Gesetzgeber dann auch Signale, welche von den betreffenden Aufsichtsbehörden in ihrer Praxis berücksichtigt werden können. In solchen, betreffend den Investitionsschutz sensitiven Bereichen wäre dann auch zu prüfen, ob der Rechtsschutz – welcher vielfach mit einer die Konzession abschwächenden Verfügung der Aufsichtsbehörde beginnt – die Investition angemessen zu schützen vermag oder ob nicht Klage- oder Schlichtungsverfahren hier zu bevorzugen wären⁷⁹.

⁷⁹ Vgl. z.B. das Verfahren nach Art. 48 Abs. 3 WRG.