



Universität St.Gallen

Konzession als überholte Rechtsfigur?

Forum für Verwaltungsrecht – Die Konzession

Peter Hettich

27. Januar 2011

Agenda

1. Kein Anspruch auf Erteilung?
2. Betriebs- und Ausübungspflicht?
3. Verfügung oder Vertrag?
4. Besondere Aufsicht?
5. Wohlerworbenes Recht?
6. Wiederbelebung der Konzession?

1. Kein Anspruch auf Erteilung? (1/2)

Monopole: (beschränkt) freier Marktzutritt für...

- Fernmeldedienstanbieter
- Postdienstleister
- Radio und Fernsehen
- Stromversorgungsunternehmen
- Eisenbahnen, vor allem im Güterverkehr
- Fluggesellschaften
- ...

1. Kein Anspruch auf Erteilung? (2/2)

Sondernutzung: bedingte Nutzungsansprüche?

- Bedingter Anspruch auf gesteigerten Gemeingebrauch
 - Atomkraftwerkegegner Schaffhausen (ideell)
 - Scientology (gewerblich)
- Bedingter Anspruch auf Sondernutzung?
 - Taxi-"Konzessionen A"
 - Leitungen der Fernmeldedienste, Post und Stromversorger
 - Wasserkraftwerksbetreiber?

2. Betriebs- und Ausübungspflicht?

- Art. 10 Abs. 2 der Konzession von Radio 1
"Sie erlischt, wenn die Konzessionärin ihren Programmbetrieb nicht innert 30 Tagen nach erstellter Betriebsbereitschaft des Sendernetzes gemäss Funkkonzession aufnimmt."
- Ziffer 1.7 Musterkonzession GSM/UMTS
"Die Konzessionärin kann jederzeit auf ihre Konzession verzichten."
- Ziffer 3.1 Grundversorgungskonzession Swisscom
"Die Grundversorgungskonzessionärin ist verpflichtet, den gesamten Umfang der Dienste der Grundversorgung ... während der Konzessionsdauer von 10 Jahren ... allen Bevölkerungskreisen anzubieten."
- Ziffer 6 Musterkonzession PostReg
"Ein Verzicht auf die Ausübung der Konzession muss der Postregulationsbehörde schriftlich mitgeteilt werden."



3. Verfügung oder Vertrag?

Dogmatik

- Verfügung, wo weitgehend durch Gesetz festgelegt
- Vertrag, wo das Gesetz Spielräume für Ausgestaltung belässt

Rechtspraxis

- Individuelle Vereinbarungen vor dem Gleichbehandlungsgebot?
- Weitgehend standardisierte Konzessionen
(Musterkonzessionen) in geöffneten Infrastrukturmärkten

Vertraglicher Teil als Unterscheidungsmerkmal zur Bewilligung?

- Kooperative Planungs- und Bewilligungsakte z.B. im Baurecht
- Kooperative Verwaltungsakte durch Rulings, Freistellungen, etc.



4. Besondere Aufsicht?

Dogmatik

- Verbot mit Konzessionsvorbehalt als hohe Schranke für den Marktzutritts / Starke Einschränkung Wirtschaftsfreiheit
- Konzessionserteilung und -ausübung mit besonderer Aufsicht und Kontrolle verbunden

Rechtspraxis

- Wahl des Instruments bestimmt heute vor allem den Zeitpunkt des Marktzutritts
- Melde-, bewilligungs- und konzessionspflichtige Anbieter im Markt unterliegen oft ähnlichen Nebenpflichten (Arbeitsbedingungen, Information, Lehrstellen, etc.)

5. Wohlerworbenes Recht? (1/3)

Dogmatik

- Vertraglicher Teil der Konzession ist wohlerworbenes Recht
- Wohlerworbenes Recht ist aus Gründen des Vertrauensschutzes unwiderruflich und gesetzesbeständig
- Wohlerworbenes Recht steht unter dem Schutz der Eigentumsgarantie

Rechtspraxis

- Welche Rechte werden ausgehandelt, sind wesentlich?
- Schutz beschränkt sich auf die "Substanz" des wohlerworbenen Rechts
- Unwiderrufliche Polizeibewilligungen? Gesetzesbeständigkeit in anderen Fällen?

5. Wohlerworbenes Recht? (2/3)

- Art. 11 Konzession Elevator TV AG
"Änderungen der Konzession, die durch die Anpassung der schweizerischen Rechtsordnung an internationales Recht notwendig werden, geben der Elevator TV AG keinen Anspruch auf Entschädigung."
- Art. 17 Wasserrechtskonzession KW Brusio AG
"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."
- Ziff. 1.3 Musterkonzession Post: Änderungen der Grundlagen
"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."

5. Wohlerworbenes Recht? (3/3)

- Art. 4 Konzession TVO AG: Umfang des Leistungsauftrags
"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."
- Ziff. 1.2 Musterkonzession Post: Grundlagen der Konzession
"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."

6. Wiederbelebung der Konzession? (1/2)

Einerseits...

- Konzession verleiht das Recht zur Ausübung einer monopolisierten Tätigkeit oder zur Sondernutzung einer öffentlichen Sache, also ein "Privileg"
- Konzession hat durch die Öffnung der Infrastrukturmärkte an Charakteristik verloren und der Polizeibewilligung angeglichen
- Das Gemeinwesen hat ein zunehmendes Interesse daran, die Ausübungs- oder Nutzungsbedingungen jederzeit neu umschreiben zu können, z.B. aus Umweltschutzgründen
- Entsprechend werden die Wohlerworbenheit enger gefasst oder Gesetzesänderungen vorbehalten ("take it or leave it")

6. Wiederbelebung der Konzession? (2/2)

Andererseits...

- Konzessionsausübung löst in der Regel erhebliche Investitionen aus, deren Tätigkeit im öffentlichen Interesse liegt
- Entsprechend besteht ein erhebliches Interesse des Investors an Stabilität der Rahmenbedingungen, Sicherung der Rendite
- Beschränkung des Investitionsschutzes auf ausgehandelte Bestimmungen bzw. Substanz des wohlerworbenen Rechts schafft (allerseits) unerwünschte Investitionsrisiken
- Mindestens als strategischer Faktor fließen Konzessionsänderungen / Enttäuschungen des "Vertrauens" in zukünftige Investitionsentscheide ein

- Stabilität der Rahmenbedingungen als allgemeines Problem im Präventions-, Planungs-, Steuerungsstaat
- Bedürfnis nach Investitionsschutz (Vertrauensschutz, Eigentumsschutz) ist unabhängig vom Instrument (Gesetz, Bewilligung, Konzession, Meldung)
- Bedürfnis nach Investitionsschutz ist vor allem abhängig vom Volumen der "Vertrauensbetätigung" (Abschreibungsdauer)
- Pflicht zur Aushandlung der wesentlichen Marktzulassungsbestimmungen und den Voraussetzungen ihrer Änderung ex ante erscheint schwierig
- Notwendigkeit eines von der Verleihungsbehörde unabhängigen Verfahrens analog Art. 48 Abs. 3 WRG oder analog den Investitionsschutzabkommen?



Universität St.Gallen

Kontakt

Prof. Dr. Peter Hettich, LL.M., Rechtsanwalt

Universität St. Gallen
Bodanstrasse 4
9000 St. Gallen

VISCHER AG
Schützengasse 1
Postfach 1230
8021 Zürich

peter.hettich@unisg.ch
T: +41 (71) 224 29 40
F: +41 (71) 224 29 41

phettich@vischer.com
+41 (44) 254 34 00
+41 (44) 254 34 10