



---

Abteilung I  
A-4471/2007  
{T 0/2}

## **Urteil vom 30. Juni 2008**

---

Besetzung

Richter Jürg Kölliker (Vorsitz),  
Richterin Marianne Ryter Sauvant,  
Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Thomas Moser.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Rechtsanwältin Prof. Dr. iur. Regula  
Dettling-Ott, Kasinostrasse 1, Postfach 1703,  
8401 Winterthur,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL),** 3003 Bern,  
Vorinstanz,

**Lugano Airport SA,**  
via della Posta 8, 6900 Lugano,  
vertreten durch avvocato Dr. iur. Pietro Crespi,  
viale Officina 6, 6500 Bellinzona,  
Beigeladene.

---

Gegenstand

Fluggastgebühren,  
Verfügung des BAZL vom 31. Mai 2007.

**Sachverhalt:****A.**

Die Lugano Airport SA teilte den Fluggesellschaften, die den Flughafen Lugano-Agno bedienen, im Oktober 2006 mit, sie beabsichtige eine Erhöhung der Passagiertaxen, und gab ihnen gleichzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme. Je nach Flug- bzw. Passagierkategorie stellte sie unterschiedlich starke Erhöhungen in Aussicht, so für Linien- und Charterflüge eine Anhebung um Fr. 8.– auf Fr. 29.– (+ 38 %), für Transferpassagiere eine solche um Fr. 2.– auf Fr. 16.– (+ 14 %) und für Fluggäste der allgemeinen Luftfahrt um Fr. 2.– auf Fr. 13.– (+ 18 %). Sie informierte sodann das Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL) über das Vorhaben und publizierte die geplanten Änderungen mit AIC A 001/07 (AIC: Informations-Zirkular für die Luftfahrt).

**B.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG sowie weitere Fluggesellschaften kritisierten in der Folge bei der Lugano Airport SA die Erhöhung und bemängelten, es fehle in mehrerer Hinsicht an Transparenz. Gegenüber dem BAZL nahm auf dessen Bitte hin auch der Preisüberwacher Stellung. Er erklärte mit Schreiben vom 4. Januar 2007, er habe keinen Hinweis auf einen Preismissbrauch gefunden, hielt jedoch auch fest, mangels einer aussagekräftigen Kostenstellen- und Kostenträger-Rechnung sei eine abschliessende Beurteilung nicht möglich.

**C.**

Die Lugano Airport SA beschloss daraufhin trotz der erhobenen Einwände, im geplanten Umfang an der Gebührenerhöhung festzuhalten und diese per 1. Juni 2007 einzuführen. Am 12. März 2007 teilte sie dies dem BAZL mit. Dieses hielt mit Schreiben vom 26. bzw. 28. März 2007 an die Lugano Airport SA fest, die Gründe für die Gebührenerhöhung seien plausibel und es gebe keine Anhaltspunkte für Willkür oder Missbräuchlichkeit, und forderte den Flughafen auf, die Flughafennutzer zu informieren. Am 30. März 2007 orientierte die Lugano Airport SA aufforderungsgemäss die betroffenen Fluggesellschaften, so auch die A. \_\_\_\_\_ AG.

**D.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG gelangte in der Folge am 27. April 2007 mit dem Begehren an das BAZL, die Erhöhung der Fluggastgebühren sei in Form einer anfechtbaren Verfügung zu genehmigen. Dieses trat auf das Gesuch ein und stellte mit Verfügung vom 31. Mai 2007 fest, die

Gebührenerhöhung sei nicht missbräuchlich und daher zuzulassen. Zur Begründung führte es aus, ihm komme bei den Flugplatzgebühren bloss Aufsichtsfunktion zu. Es könne eine Erhöhung nur untersagen, wenn sie missbräuchlich oder willkürlich sei. Die Flughafenhalterin wolle vermeiden, dass es wie in den Vorjahren Verluste gebe. Mit der Gebührenerhöhung strebe sie einen möglichst selbsttragenden Betrieb an; kurzfristig könne allerdings auch so noch kein Gewinn erzielt werden. Lugano-Agno sei mit den Flugplätzen Bern-Belp und St. Gallen-Altenrhein vergleichbar; dort seien die Taxen ähnlich hoch wie in Lugano-Agno nach der Erhöhung. Als wichtigstes Element für seine Beurteilung führt das BAZL die Einschätzung des Preisüberwachers an. Dieser habe aufgrund der verfügbaren Unterlagen keinen Hinweis auf Preismissbrauch finden können.

#### **E.**

Gegen diese Verfügung führt die A. \_\_\_\_\_ AG (Beschwerdeführerin) am 2. Juli 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, das BAZL sei zu verpflichten, die neue Gebührenordnung aufzuheben, den damit in Zusammenhang stehenden Sachverhalt abzuklären und von der Lugano Airport SA insbesondere eine vollständige Kostenrechnung zu verlangen. Schliesslich müsse das BAZL die Lugano Airport SA anhalten, für alle gewerbsmässigen Flüge die gleichen Passagiergebühren anzuwenden. Zur Begründung führt sie aus, das BAZL habe sich mit einer unzureichenden Kostenrechnung begnügt und damit seine Aufsichtspflichten verletzt. Der Sachverhalt hätte umso sorgfältiger abgeklärt werden müssen, als es um eine massive Erhöhung von bis zu 38 % gehe; ferner widersprächen die durch die Lugano Airport SA vorgelegten Zahlen jenen im Jahresbericht 2006. Da keine getrennten Kostenrechnungen vorlägen, könne nicht beurteilt werden, ob die Gebühren nicht für unrechtmässige Quersubventionierungen eingesetzt würden. Unzulässig sei weiter die Prüfung der Erhöhung bloss auf Missbräuchlichkeit hin, denn es seien die allgemeinen Grundsätze des Gebührenrechts anwendbar. Das BAZL wende sodann das Preisüberwachungsrecht unrichtig an, sowohl formell wie auch materiell. So hätte es die Prüfung der Gebühren nicht einfach an den Preisüberwacher delegieren dürfen und für einen Preisvergleich hätte es auf die Taxen in Mailand-Malpensa abstellen müssen. Widerrechtlich sei schliesslich die Differenzierung der Gebühren bzw. die unterschiedlich starke Erhöhung je nach Passagierkategorie. Diese verletze einschlägiges, auch für die Schweiz verbindliches EG-Recht.

**F.**

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Zwischenverfügung vom 3. August 2007 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung vorsorglicher Massnahmen abgewiesen, soweit es darauf eingetreten ist. Es hat es namentlich abgelehnt, das BAZL anzuweisen, der Lugano Airport SA für die Dauer des Beschwerdeverfahrens die Anwendung der höheren Taxen zu untersagen. Gleichzeitig hat es die Lugano Airport SA (Beigeladene) zum Beschwerdeverfahren beigelegt.

**G.**

Das BAZL beantragt mit Vernehmlassung vom 27. September 2007 die Abweisung der Beschwerde. Soweit es darum gehe, ob die Taxen für alle Passagierkategorien gleich hoch sein müssten, sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, denn diese Frage sei nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und könne somit nicht Streitgegenstand sein. Das BAZL sieht nach wie vor keine Hinweise auf Missbräuchlichkeit der Taxen. Aus den Rechnungen der Beigeladenen ergebe sich mit hinreichender Klarheit, dass die Einnahmen nicht ausreichen, um die Aufwände zu decken. Selbst bei einem hypothetischen Überschuss läge die Kapitalverzinsung lediglich bei 2,5 %; im Rahmen der Gebührenaufsicht wären erst Überschüsse von mehr als 5 % kritisch zu prüfen. Auch für unzulässige Quersubventionierungen gebe es keine Anhaltspunkte. Das BAZL hält weiter fest, die Beigeladene habe bisher keine detaillierten Rechnungen für die einzelnen Gebührenarten vorgelegt. Deswegen habe es die Beigeladene aufgefordert, ab 2008 eine aussagekräftige Kostenstellen-/Kostenträger-Rechnung nach heute gängigen Standards einzuführen, wozu sich die Beigeladene auch bereit erklärt habe. Die Bemessung der Fluggastgebühren richte sich, nicht zuletzt mangels detaillierter Vorschriften im Luftfahrtrecht, nach dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip, darüber hinaus aber auch nach den Kriterien des Preisüberwachungsrechts. Das schliesse, innerhalb gewisser Schranken, auch Quersubventionierungen nicht aus.

**H.**

Die Beigeladene beantragt mit Stellungnahme vom 27. September 2007, die Beschwerde sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Sie führt aus, die Abweichung zwischen den bei der Ankündigung der höheren Taxen vorgelegten Zahlen und jenen in der Jahresrechnung betrage nur rund Fr. 20'000.– und liege damit im üblichen Rahmen. Der Flughafen habe in den letzten Jahren stets Verluste geschrieben,

die vor der Privatisierung die Stadt Lugano getragen habe. Wenn nun die Gebühren erhöht würden, geschehe dies, um die Kosten für die erbrachten Dienste zu decken. Selbst mit der vorgenommenen Erhöhung bleibe es allerdings schwierig, eine ausgeglichene Rechnung zu erreichen. Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip, die hier zum Tragen kämen, seien damit eingehalten. Für Ersteres sei der gesamte Flughafen als eine Verwaltungseinheit anzusehen und innerhalb derselben seien Quersubventionierungen möglich. Mit der strittigen Erhöhung würden nur Kosten gedeckt, die unmittelbar dem Flughafenbetrieb zugerechnet werden könnten; unzulässige Quersubventionierungen gebe es keine. Die höheren Taxen seien ferner nicht missbräuchlich, wie dies das BAZL unter Berücksichtigung aller relevanter Kriterien zutreffend festgehalten habe. Das BAZL habe die Stellungnahme des Preisüberwachers nicht unbesehen übernommen. Richtig sei auch, dass es die Gebühren nicht mit jenen in Mailand-Malpensa, sondern mit jenen in Bern-Belp und St. Gallen-Altenrhein verglichen habe. Unzutreffend sei schliesslich der Vorhalt, die unterschiedlich hohen Taxen seien diskriminierend und verletzen EG-Recht. Soweit Unterschiede bestünden, gebe es dafür gute sachliche Gründe.

#### I.

Die Beschwerdeführerin hat am 7. Dezember 2007 ihre Replik eingereicht und darin ihre Anträge bekräftigt. Sie führt aus, das BAZL hätte den höheren Taxen nur bei Vorliegen einer vollumfänglich vorschriftsgemässen Rechnung zustimmen dürfen. Die Jahresrechnung 2006 der Beigeladenen weise nicht weiter spezifizierte ausserordentliche Erträge von Fr. (Betrag x) aus; diese hätten ebenfalls berücksichtigt werden müssen. Das BAZL hätte eine Prüfung nach den gebührenrechtlichen Kriterien vornehmen und dabei die Beurteilung durch den Preisüberwacher als eines von mehreren Elementen einbeziehen müssen. Letzterer habe im Übrigen gar nicht über alle nötigen Entscheidungsgrundlagen verfügt. Gegen eine Gesamtkostenrechnung (single till) sei nichts einzuwenden, eine solche dispensiere die Beigeladene aber nicht davon, bezogen auf die Strukturierung und die Festlegung der einzelnen Gebühren gegenüber den Flughafenutzern eine differenzierte Rechnung vorzulegen. So dürften – aufgrund einer hier anwendbaren EG-Richtlinie – namentlich die Bodenabfertigungsdienste nicht in der allgemeinen Flughafenrechnung aufgeführt werden. Vom Streitgegenstand erfasst sei schliesslich die Frage der je nach Passagierkategorie ungleich hohen Taxen. Das BAZL müsse bei der Genehmigung von Gebühren auch unrechtmässige Differenzierungen korrigieren.

**J.**

Das BAZL hält in seiner zweiten Stellungnahme vom 27. Februar 2008 fest, wenn es die Beigeladene aufgefordert habe, eine Kostenstellen-/Kostenträger-Rechnung nach gängigen Standards einzuführen, heisse das nicht, dass die bisherige Rechnung nicht gesetzeskonform gewesen sei. Das neue Modell werde lediglich die Transparenz fördern und die Aufsicht erleichtern. Bei der strittigen Erhöhung habe sich aus den verfügbaren Unterlagen hinreichend klar ergeben, dass sie nicht missbräuchlich sei. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Bodenabfertigungsrichtlinie sei vorliegend nicht anwendbar. Abgesehen davon gebe es keine Hinweise auf unzulässige Quersubventionierungen, insbesondere nicht was die Bodenabfertigung angehe.

**K.**

Die Beigeladene hält mit Duplik vom 28. Februar 2008 fest, die ausserordentlichen Erträge hätten keinen Einfluss auf die Gültigkeit der angefochtenen Verfügung, denn auch wenn diese Erträge einbezogen würden, resultiere immer noch ein Verlust. Relevant sei, dass kein Gewinn erzielt werde, auch mit den strittigen höheren Gebühren nicht. Künftig werde die Buchhaltung nach den durch das BAZL neu vorgegebenen Standards geführt. Daraus könne jedoch nicht auf die Unrechtmässigkeit der bisherigen Rechnungsführung geschlossen werden, umso mehr als es ja stets eine Überprüfung durch eine Revisionsstelle gegeben habe. Nicht anwendbar sei sodann die Bodenabfertigungsrichtlinie, denn dafür sei weder bei den Passagieren noch bei der Fracht die nötige Schwelle erreicht. Die Beigeladene verteidigt auch nochmals ihre Tarifstruktur. Die Abstufungen rührten daher, dass je nach Passagierkategorie unterschiedlich hohe Kosten verursacht würden. So sei z.B. die Abfertigung der Charter- und Linienpassagiere beim Check-in, beim Gepäck und bei der Sicherheit um einiges aufwändiger als bei den Passagieren der Allgemeinen Luftfahrt.

**L.**

Die Beschwerdeführerin hat am 25. März 2008 Schlussbemerkungen eingereicht und darin festgehalten, zwischen den im Oktober 2006 vorgelegten und den neusten Zahlen der Beigeladenen gebe es eine beträchtliche Diskrepanz. Die neuen Zahlen zeigten auf, dass 2007 ohne die Gebührenerhöhung Einnahmen erzielt worden seien, die um ca. Fr. (Betrag x) über dem Budget lägen. Dieser Überschuss hätte längstens gereicht, um das erwartete Defizit von Fr. (Betrag x) zu decken. Die Beschwerdeführerin widerspricht sodann dem Standpunkt,

wonach die Bodenabfertigungsrichtlinie in Lugano-Agno nicht anwendbar sei. In der Schweiz gelte die Richtlinie für alle Flughäfen.

#### **M.**

Auf weitere Sachverhaltselemente und Parteivorbringen wird, soweit entscheidwesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Dazu gehören auch Feststellungsverfügungen gemäss Art. 25 VwVG wie die vorliegend angefochtene (Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG). Da im Bereich des Luftfahrtrechts keine Ausnahme von der sachlichen Zuständigkeit besteht (Art. 32 VGG) und das BAZL eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts ist (Art. 33 Bst. d VVG), ist letzteres für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **2.**

Das BAZL hat die strittige Gebührenerhöhung im Rahmen einer Feststellungsverfügung nach Art. 25 VwVG geprüft bzw. zugelassen. Es befand, weil es von sich aus nicht aufsichtsrechtlich einschreite, habe die Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an einer solchen Verfügung, denn mit anderen Mitteln könne sie sich nicht gegen die Erhöhung wehren. Diese Begründung überzeugt nicht (unten E. 6.3). Im Ergebnis ist aber – für den konkreten Fall – nicht zu beanstanden, dass das BAZL ein Feststellungsinteresse bejaht hat (Art. 25 Abs. 2 VwVG) und auf das Gesuch eingetreten ist, waren doch zahlreiche Fragen genereller Art bisher ungeklärt, so die genaue Funktion des BAZL, das Verhältnis zum Preisüberwachungsrecht und die Rechtsnatur der Flugplatzgebühren. Das heisst indes nicht, dass das BAZL in anderen Fällen bzw. im Normalfall gleich vorzugehen hätte. Nachfolgend wird darzulegen sein, welcher Weg einzuschlagen ist, wenn Flugplatzgebühren bestritten werden (unten E. 6 ff.).

**2.1** Als Adressatin der angefochtenen Feststellungsverfügung ist die Beschwerdeführerin von dieser unmittelbar betroffen. Gegenüber der Beigeladenen ist sie Schuldnerin der Fluggastgebühren, auch wenn diese, zumindest teilweise, auf die Passagiere überwältzt werden. Sie

ist daher ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Beschwerdefrist (Art. 50 VwVG) und -form (Art. 52 VwVG) sind gewahrt. Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten. Zu prüfen bleibt jedoch, ob ein vollumfängliches Eintreten möglich ist.

**2.2** Die Beschwerdeführerin beantragt unter anderem, das BAZL sei anzuhalten, die Beigeladene zu verpflichten, für alle gewerbsmässigen Flüge die gleichen Passagiergebühren anzuwenden. Sie hält dafür, gemäss der auch für die Schweiz verbindlichen Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates vom 23. Juli 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs (ABl. L 240 S. 8) dürfe nur zwischen gewerbsmässigem und nicht gewerbsmässigem Verkehr unterschieden werden. Die in Lugano-Agno praktizierte Differenzierung nach Linien- und Nichtlinienverkehr, die sich mit der strittigen Gebührenerhöhung noch akzentuiere, sei damit rechtswidrig, zumal sie auch gegen das Gleichbehandlungsgebot verstosse. Dem hält das BAZL entgegen, die Gleichstellung der verschiedenen Passagierkategorien in Bezug auf die Gebühren sei nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung und könne also vorliegend nicht Streitgegenstand sein.

**2.3** Nach Flug- bzw. Passagierkategorie abgestufte Fluggastgebühren sind auf dem Flughafen Lugano-Agno nicht neu; durch die strittige Erhöhung haben sie sich allerdings akzentuiert. Die Beschwerdeführerin hat die Problematik in ihrem Gesuch, mit dem sie die angefochtene Verfügung erwirkt hat, nicht angesprochen und namentlich kein auf gleichmässige Taxen zielendes Begehren gestellt, so dass die Frage nicht zwingend Thema des Feststellungsverfahrens hätte sein müssen. Gleichwohl hat das BAZL in seiner Verfügung festgehalten, die Gebührenerhöhung werfe keine Fragen bezüglich Gleichbehandlung oder Diskriminierung von Nutzergruppen auf. Damit kann nicht gesagt werden, die kritisierten Unterschiede bildeten nicht Gegenstand der Verfügung, auch wenn darin mit keinem weiteren Wort auf die Problematik eingegangen wird. Mithin ist der fragliche Beschwerdeantrag vom Anfechtungsobjekt erfasst, weshalb er vorliegend Streitgegenstand sein kann. Folglich ist vollumfänglich auf die Beschwerde einzutreten.

### **3.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die bei ihm angefochtenen Verfügungen auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und

Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

#### 4.

Mit der Konzessionierung wird einem Flughafenbetreiber das Recht verliehen, einen Flughafen gewerbsmässig zu betreiben und insbesondere Gebühren zu erheben (Art. 36a Abs. 2 des Luftfahrtgesetzes vom 21. Dezember 1948 [LFG, SR 748.0]). Das Luftfahrtgesetz enthält mit Art. 39 LFG eine einzige Bestimmung zu den Flugplatzgebühren, dies im Abschnitt über die Infrastruktur (Art. 36 ff. LFG). Demnach hat das BAZL die Aufsicht über die Gebühren der öffentlichen Flugplätze, soweit sie für die Benützung der Anlagen durch den Luftverkehr erhoben werden. Unter dem Titel Aufsicht führt Art. 33 Abs. 1 der Verordnung vom 23. November 1994 über die Infrastruktur der Luftfahrt (VIL, SR 748.131.1) präzisierend aus, dass das BAZL die Festlegung und die Anwendung der Flughafengebühren überwacht und dabei die Bestimmungen des Preisüberwachungsgesetzes vom 20. Dezember 1985 (PüG, SR 942.20) sinngemäss anwendet. Festgelegt werden die Flughafengebühren grundsätzlich durch die Flughafenhalter selbst (vgl. Art. 35 Abs. 2 VIL); Art. 32 Abs. 3 VIL, wonach dem Departement, also dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), die Kompetenz zukommt, die Gebührenbemessung im Einzelnen zu regeln, steht erst seit dem 15. März 2008 in Kraft und ist daher vorliegend nicht relevant.

In einem ersten Schritt ist zu klären, welcher Rechtsnatur die Flugplatzgebühren sind und was sich daraus für deren Bemessung ergibt.

#### 5.

Nach Meinung der Beschwerdeführerin unterstehen die Flugplatz- und namentlich die Fluggastgebühren – als Gebühren im öffentlich-rechtlichen Sinn – den allgemeinen Gebührenbemessungsgrundsätzen, also dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip. Für ungeklärt hält sie allerdings das Verhältnis zwischen diesen allgemeinen Grundsätzen und den Vorschriften des PüG, die das Luftfahrtrecht für sinngemäss anwendbar erklärt. Das BAZL geht ebenfalls von der Anwendbarkeit des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips aus, dies nicht zuletzt weil im Luftfahrtrecht detaillierte Vorschriften zur Gebührengestaltung fehlten; überdies seien aber auch die Kriterien des PüG heranzuziehen. Von Verwaltungsgebühren und folglich von der Massgeblichkeit der allgemeinen Gebührengrundsätze geht sodann auch die Beigeladene aus.

**5.1** Die rechtliche Qualifizierung der Flughafengebühren ist sowohl in der Praxis wie auch in der Lehre umstritten (vgl. für einen Überblick: MARC PATRICK STREIT, Grundlagen und Ausgestaltung von Flughafengebühren im schweizerischen Recht, Bern 2005, S. 59 ff.). Das Bundesgericht ging in BGE 125 I 182 betreffend den Flughafen Zürich-Kloten ohne weiteres davon aus, die zu beurteilenden Landegebühren seien öffentlich-rechtlicher Natur. Dazu ist anzumerken, dass der Flughafen Zürich damals noch nicht privatisiert war und die fraglichen Gebühren im kantonalen öffentlichen Recht gründeten. Die jüngere Lehre neigt ebenfalls dem öffentlich-rechtlichen Charakter zu, so – für den Flughafen Zürich – mit ausführlicher Begründung auch STREIT (a.a.O., S. 69 ff.). Für das öffentliche Recht, selbst bei privatrechtlich organisierten Flughäfen, spricht sich ferner TOBIAS JAAG aus (TOBIAS JAAG, Die schweizerischen Flughäfen: Rechtsgrundlagen, Organisation und Verfahren, in: Rechtsfragen rund um den Flughafen, Zürich 2004, hiernach: Rechtsgrundlagen, S. 50). Einige Jahre zuvor hatte JAAG es noch nicht ausgeschlossen, die Flughafentaxen nach dem Übergang auf eine private Trägerschaft als privatrechtlich zu qualifizieren (TOBIAS JAAG, Der Flughafen Zürich im Spannungsfeld von lokalem, nationalem und internationalem Recht, in: Festschrift für Martin Lendi, Zürich 1998, hiernach: Flughafen Zürich im Spannungsfeld, S. 219 f.).

**5.2** Ein erster Ansatz für die Klärung der Frage ist ein Vergleich mit den Benützungsverhältnissen in anderen Bereichen, bei denen es ebenfalls um den Zugang zu wichtigen Infrastrukturanlagen und Netzen geht (vgl. STREIT, a.a.O., S. 77 ff.). Im Eisenbahnrecht müssen die Inhaber der Bahnnetze den Eisenbahntransportunternehmen gegen ein Entgelt diskriminierungsfreien Zugang zur Infrastruktur gewähren (Art. 9a f. des Eisenbahngesetzes vom 20. Dezember 1957 [EBG, SR 742.101]). Ebenso besteht im Fernmelderecht eine Pflicht zur entgeltlichen Netzzugangsgewährung, jedenfalls für marktbeherrschende Anbieterinnen (Art. 11 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]). Über die entsprechenden Gebühren entscheidet im Streitfall eine Spezialkommission, eine Schiedskommission bei den Bahnnetzen (Art. 9b Abs. 2 i.V.m. Art. 40a EBG) und die Kommunikationskommission (ComCom) im Fernmelderecht (Art. 11a FMG). Im Streitfall werden die Gebühren mithin durch Verwaltungsbehörden in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren (Art. 1 Abs. 2 Bst. d VwVG) festgelegt und die Beschwerde führt ans Bundesverwaltungsgericht. All dies deutet auf den öffentlich-rechtlichen Charakter dieser Entgelte hin; dafür spricht weiter und vor allem, dass die Entgelte letztlich für

die Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung oder einer eigentlich dem Staat zustehenden Tätigkeit zu bezahlen sind. Die jeweiligen privaten Netz- bzw. Infrastrukturihaber erbringen ihre Leistung denn zumeist auch aufgrund einer Konzession (Art. 5 EBG, Art. 14 FMG; zur Konzession: vgl. PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 45).

Die Flughafentaxen sind, was diese Merkmale angeht, vergleichbar. So werden sie aufgrund einer Konzession erhoben (Art. 36a LFG) und für die Nutzung einer letztlich öffentlichen Infrastruktur entrichtet. Daran ändert auch nichts, wenn ein Flughafen privatisiert wird, denn das Benutzungsverhältnis wird dadurch nicht dem Privatrecht unterstellt, sondern es bleibt öffentlich-rechtlich, dies auch deshalb, weil ein Flughafen grundsätzlich für sämtliche Luftfahrzeuge offen stehen muss (Art. 36a Abs. 2 LFG). Es wäre denn auch nicht einzusehen, warum ein Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich sein soll, wenn der Staat sein Monopol selber ausübt oder dieses einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft oder Anstalt überträgt, dagegen privatrechtlich sein muss, wenn die Konzession an einen privaten Konzessionär geht (STREIT, a.a.O., S. 88, mit Hinweis), zumal dann, wenn wie im Fall von Lugano-Agno die Flughafenbetriebsgesellschaft zwei öffentlichen Gemeinwesen gehört. Der Rechtsnatur des Benutzungsverhältnisses folgend, sind auch die Flughafen- und namentlich die hier strittigen Fluggastgebühren als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren. Diesen Schluss legt auch der am 15. März 2008 in Kraft getretene Art. 32 Abs. 3 VIL nahe, der das UVEK ermächtigt, die Gebührenbemessung näher zu regeln. Unterstünde die Gebührengestaltung dem Privatrecht, wäre nicht kohärent, wenn es inhaltliche, durch das UVEK erlassene Vorgaben zu beachten gäbe. Für den öffentlich-rechtlichen Charakter der Flugplatzgebühren spricht nicht zuletzt auch, dass die Art. 36a und 39 LFG, die Grundlage für die Erhebung der Gebühr sind, öffentliches Recht darstellen.

**5.3** Als öffentlich-rechtliche Benutzungsgebühren unterliegen die strittigen Fluggastgebühren grundsätzlich den allgemeinen abgaberechtlichen Regeln, also dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip (vgl. BGE 125 I 182 E. 4h [betreffend Landegebühren]; JAAG, Rechtsgrundlagen, S. 50 sowie STREIT, a.a.O., S. 97 ff. [betreffend Zürich-Kloten]). Die Beschwerdeführerin hält diese Bemessungsgrundsätze ebenfalls für massgeblich. Für sie ist allerdings ungeklärt, in welchem Verhältnis diese Grundsätze zu den Vorschriften des PÜG stehen. Das BAZL und die Beigeladene gehen, ohne dies näher zu begründen, da-

von aus, die allgemeinen Gebührenregeln und die Vorgaben des PüG seien nebeneinander anwendbar.

**5.3.1** Benutzungsgebühren gehören zu den Kausalabgaben und sind das Entgelt für die Benützung einer öffentlichen Einrichtung oder einer öffentlichen Sache, sofern das Benutzungsverhältnis dem öffentlichen Recht untersteht (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 2623 ff.). Die Höhe der Benutzungsgebühr bemisst sich, wenn sie nicht gesetzlich festgelegt ist, nach dem Kostendeckungs- und dem Äquivalenzprinzip. Das Kostendeckungsprinzip bedeutet, dass der Gesamtertrag der Gebühren die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweiges nicht oder nur geringfügig übersteigen darf. Bei einer Gebühr, die ihrer Natur nach nicht kostenabhängig ist oder gewolltermassen zu einem Mehrertrag führt, findet das Kostendeckungsprinzip keine Anwendung, doch muss diesfalls die Bemessung der Abgabe formellgesetzlich geregelt sein. Sollen Abgaben einen Mehrertrag abwerfen, braucht es hierfür eine gesetzliche Grundlage (vgl. zum Ganzen: ADRIAN HUNGERBÜHLER, Grundsätze des Kausalabgaberechts, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 10/2003 S. 521; vgl. auch BGE 124 I 11 E. 6d). Gemäss dem Äquivalenzprinzip darf eine Abgabe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen (HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 522).

**5.3.2** Das Luftfahrtrecht, namentlich Art. 39 Abs. 1 LFG, enthält keine Kriterien für die Gebührenbemessung. Vorgaben ergeben sich indes über den Verweis von Art. 33 Abs. 1 VIL auf das PüG. Nach Art. 13 PüG gelten – als Messgrössen für Missbräuchlichkeit – u.a. die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten, die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne, die Kostenentwicklung und besondere Marktverhältnisse als Beurteilungselemente. Nichts zur Gebührenbemessung ergibt sich aus der Konzession (BGE 129 II 331 E. 2.3.3).

**5.3.3** Wenn Flughäfen privatisiert werden, zieht das naturgemäss nach sich, dass die Flughafenbetreiber die Möglichkeit haben müssen, Gewinne zu erzielen. Das bringen auch die einschlägigen Empfehlungen der Internationalen Zivilluftfahrtorganisation (ICAO, International Civil Aviation Organization) zum Ausdruck (vgl. ICAO's Policies on Charges for Airports and Air Navigation Services, Doc 9082/7, 2004). Diese sind zwar rechtlich nicht verbindlich, stellen aber internationale Standards dar und dürfen durch das BAZL daher ohne weiteres beigezogen werden. Gemäss Art. 22/vii dieser Empfehlungen sind Einkünfte

zulässig, wenn sie nebst der Deckung der Betriebskosten eine vernünftige Rendite auf dem eingesetzten Kapital erlauben ("...sufficient revenues to exceed all direct and indirect operating costs ... and so provide for a reasonable return on assets..."). Dass bei (privaten) Flughäfen Gewinne möglich sein müssen, bestätigt ausdrücklich auch Art. 36a Abs. 2 LFG, indem er festhält, mit der Konzessionierung werde das Recht verliehen, einen Flughafen *gewerbsmässig* zu betreiben und insbesondere Gebühren zu erheben. Der gleiche Schluss lässt sich auch aufgrund von Art. 13 PüG und dem dort enthaltenen Beurteilungskriterium des angemessenen Gewinns ziehen. Die Erzielung von Gewinnen verträgt sich allerdings nicht mit dem Kostendeckungsprinzip und zwar ganz grundsätzlich nicht (vgl. hiervor sowie JAAG, Flughafen Zürich im Spannungsfeld, S. 220 und TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 56 Rz. 16). Ferner sind das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip nicht deckungsgleich mit dem Missbräuchlichkeitsansatz und den einzelnen Gebührenkriterien des PüG. Die beiden Systeme haben mithin weder den gleichen Ansatz noch müssen sie zwingend zum gleichen Ergebnis führen. Somit kann nicht von einem widerspruchsfreien Nebeneinander ausgegangen werden.

**5.3.4** Solange ein privat betriebener Flughafen Verluste schreibt, bleibt das Kostendeckungsprinzip grundsätzlich beachtlich, ebenso das Äquivalenzprinzip. Dadurch werden nicht nur die Flughafennutzer vor übermässigen Taxen geschützt, sondern die Flughäfen erhalten so die Möglichkeit, etwa im Falle eines ruinösen Wettbewerbs, ihre Gebühren den tatsächlichen Kosten anzupassen und zu erhöhen. Das heisst freilich nicht, dass stets Erhöhungen bis an die durch die effektiven Kosten vorgegebenen Grenzen möglich sind. Hier setzen vielmehr die kraft der ausdrücklichen Anordnung von Art. 33 Abs. 1 VIL ebenfalls, wenn auch nur sinngemäss anwendbaren Kriterien des PüG Schranken. Eine Anhebung darf in einem solchen Fall nur dann erfolgen, wenn sie nicht missbräuchlich ist und also beispielsweise auf einer entsprechenden Entwicklung der Kosten beruht (Art. 13 Abs. 1 Bst. c PüG). Wenn Art. 33 VIL die Vorschriften des PüG für bloss sinngemäss anwendbar erklärt, zeigt das, dass diese nicht alleine massgebend sind, sondern nur im Zusammenspiel mit den allgemeinen gebührenrechtlichen Grundsätzen. Das Kostendeckungsprinzip ist mithin zwar grundsätzlich beachtlich, seine Bedeutung ist jedoch eingeschränkt.

**5.3.5** Anders stellt sich die Lage dar, wenn ein Flughafen Gewinne erzielt. Diesfalls kommt das Kostendeckungsprinzip nicht zur Anwendung (oben E. 5.3.1, mit Hinweis). Entfällt dieses, ist es jedoch nötig, dass

ein formelles Gesetz die Bemessung der Gebühr, die ja eine öffentlich-rechtliche ist, regelt (HUNGERBÜHLER, a.a.O., S. 521). Wie es sich mit einer solchen *formell-gesetzlichen Grundlage* bei gewinnstrebigen Flughäfen – generell oder mit Blick auf den Flughafen Lugano-Agno – verhält, kann hier offen bleiben, denn in der relevanten Periode wurde gerade kein Gewinn erzielt. Gibt es allerdings Gewinne, so kommt, da das Kostendeckungsprinzip nicht greift, dem Äquivalenzprinzip eine erste Begrenzungsfunktion zu. Darüber hinaus gelten aber vor allem die Beurteilungselemente nach Art. 13 PüG. Dabei ist zu beachten, dass für die Gebührengestaltung nicht beliebige, sondern nur angemessene Gewinne berücksichtigt werden können (Art. 13 Abs. 1 Bst. b PüG). Bis zu welcher Höhe ein Gewinn als angemessen angesehen werden kann, braucht hier nicht erörtert zu werden.

## 6.

Als Nächstes ist aufzuzeigen, in welchem Verfahren Flugplatzgebühren festgesetzt werden und welches die Rechtsbehelfe dagegen sind (vgl. oben E. 2). Die Verfahrensbeteiligten haben sich dazu nur kurz geäußert. Das BAZL hat festgehalten, es sei nicht mehr Genehmigungs-, sondern nur noch Aufsichtsbehörde. Es schreite daher nur dann ein, wenn eine Gebührenerhöhung missbräuchlich oder willkürlich sei. Diesfalls untersage es die Erhöhung mittels Verfügung. Die Beschwerdeführerin hat mit Blick auf die angefochtene Verfügung ausgeführt, ob diese als Genehmigung bezeichnet sei oder nicht, sei nicht relevant. Entscheidend sei, dass dem BAZL eine Aufsichtsfunktion zukomme, weshalb es prüfen müsse, ob die durch einen Flugplatz erhobenen Taxen den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.

**6.1** Das Luftfahrtgesetz unterstellte die Flugplatzgebühren bei seinem Inkrafttreten 1950 der Genehmigung durch das Eidgenössische Luftamt (Art. 39 aLFG, AS 1950 471). Der Wechsel hin zur Aufsicht kam mit der seit dem 1. Januar 1995 in Kraft stehenden LFG-Revision vom 18. Juni 1993 (AS 1994 3024). Während Art. 39 aLFG generell von Flugplatzgebühren sprach, präzisiert die neue Fassung (immer noch unter dem Titel Flughafengebühren), das BAZL habe die Aufsicht über die Gebühren bei den öffentlichen Flugplätzen. Als der Bundesrat dem Parlament die Umstellung auf ein Aufsichtssystem vorschlug, führte er aus, an Stelle der bisherigen, mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbundenen Genehmigung solle eine blosser Aufsicht treten, die gegebenenfalls gegen Willkür oder gegen Verletzung internationaler Vorschriften einzuschreiten hätte (BBl 1992 I 608 und 626). Gleichzeitig mit dem neuen Art. 39 LFG trat anfangs 1995 auch die VIL in Kraft.

Gemäss Art. 35 Abs. 2 VIL ist es Sache des Flughafenhalters, Gebührenänderungen zu beschliessen. Zuvor muss er die beabsichtigten Änderungen jedoch im AIC publizieren und den Flughafenbenützern Einsicht in die Unterlagen gewähren und Gelegenheit zur Stellungnahme geben (Art. 35 Abs. 1 VIL). Sind die Änderungen beschlossen, sind sie den Flughafenbenützern und dem BAZL mitzuteilen (Art. 35 Abs. 2 VIL) und ferner im AIP zu veröffentlichen (Art. 34 VIL). Der Flughafenhalter ist bei der Festlegung der Gebühren jedoch nur bedingt frei, hat er doch sowohl die abgaberechtlichen Prinzipien wie auch die Vorgaben des PÜG zu beachten (vgl. oben E. 5.3.2 ff.).

**6.2** Aufgrund dieses Normengefüges ist noch keineswegs klar, wie die Aufgaben zwischen Flughafenhalter und BAZL verteilt sind. Ebenso wenig lässt sich den Materialien entnehmen, was mit dem Wechsel vom Genehmigungs- zum Aufsichtsmodell genau geändert werden sollte. Das Bundesgericht hat die Problematik in BGE 129 II 331 E. 2.3.3 aufgegriffen, indes die Frage, inwieweit und auf welchem Weg die durch einen Flughafen beschlossene Gebührenordnung angefochten und ob allenfalls das UVEK als Aufsichtsinstanz über das BAZL angerufen werden könne, schliesslich offen gelassen.

**6.3** Denkbar wäre, dass das BAZL eine durch den Flughafenhalter beschlossene und ihm gemeldete Taxenanhebung (Art. 35 Abs. 2 VIL) prüft und in jedem Fall eine Verfügung trifft, d.h. sowohl dann, wenn es die Erhöhung für rechtens hält, wie auch dann, wenn es zum Schluss kommt, sie müsse untersagt werden. Die Verfügung wäre in beiden Fällen allen Beteiligten, also nicht nur dem Flughafenhalter, zu eröffnen und könnte beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (Art. 6 LFG, Art. 31 ff. VGG). So könnten Flughafennutzerinnen eine Erhöhung, mit der sie nicht einverstanden sind, beschwerdeweise vor das Bundesverwaltungsgericht bringen; unterliessen sie das, würden sie die Erhöhung akzeptieren. Vorliegend hat das BAZL – entgegen seinen theoretischen Ausführungen, wonach es nur bei Missbräuchlichkeit oder Willkür bzw. dann, wenn eine Erhöhung zu untersagen ist, mittels Verfügung einschreite – auch in einem Fall eine Verfügung erlassen, in dem es die höheren Taxen für rechtmässig hielt; damit hat es diese de facto materiell genehmigt. Am Resultat einer Quasi-Genehmigung ändert auch nichts, dass das BAZL im Rahmen eines Feststellungsverfahrens nach Art. 25 VwVG tätig wurde. Ob auch schon die Mitteilung des BAZL an die Beigeladene vom 26. bzw. 28. März 2008, die der Beschwerdeführerin und den übrigen Flugplatz-

nutzerinnen nicht direkt zugestellt wurde, als Verfügung zu qualifizieren ist, kann hier offen bleiben. Das BAZL hat das Feststellungsinteresse der Beschwerdeführerin bzw. sein Eintreten auf deren Gesuch damit begründet, für diese gebe es keine anderen zivil- oder öffentlich-rechtlichen Mittel, um gegen neue Gebühren vorzugehen. Mit dieser Begründung müsste das BAZL freilich immer, wenn höhere Taxen beanstandet werden, eine Verfügung erlassen, mithin nicht nur dann, wenn es eine Erhöhung zu untersagen gilt. Bei einem solchen System fragt sich allerdings, worin der Unterschied zum früheren und bewusst aufgegebenen Genehmigungsmodell (oben E. 6.1) besteht. Das BAZL müsste eine neue Gebührenordnung mit voller Kognition prüfen und dürfte sie nur zulassen, wenn sowohl die abgaberechtlichen Grundsätze wie auch die Vorgaben des PüG eingehalten sind. Zu einer Quasi-Genehmigung käme es somit zwar nicht automatisch, das BAZL könnte faktisch aber regelmässig dazu angehalten werden. Das entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der wollte, dass das BAZL nur noch in jenen Fällen einschreitet, in denen es selber dies für nötig hält. Ein Verfahren, das auch bei als rechtmässig erachteten Gebühren mit einer Verfügung endet, ist im alten Genehmigungssystem verhaftet und geht über das hinaus, was in einem Aufsichtssystem Aufgabe des BAZL sein kann (unten E. 7).

**6.4** Ein Flughafenhalter nimmt mit dem Betrieb eines dem öffentlichen Verkehr dienenden Flughafens (Art. 36a Abs. 1 LFG) eine öffentliche Aufgabe wahr. Das gilt ebenso für die Erhebung der Gebühren, was nicht zuletzt auch Ausfluss von deren verwaltungsrechtlicher Natur ist (oben E. 5.2). Dem Flughafenhalter kommt somit namentlich bei der Gebührenerhebung Verwaltungskompetenz zu. Das schliesst die sog. Verfügungskompetenz mit ein, also die Befugnis zu verfügen (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 28, Rz. 19). Der Gebührentarif, den er erlässt bzw. beschliesst (Art. 35 Abs. 2 VIL; französisch: *arrête*; italienisch: *decide*), stellt einen generell-abstrakten Erlass dar (BGE 129 II 331 E. 2.3.3, mit Hinweisen), der als solcher nicht anfechtbar ist. Gestützt auf diesen Tarif stellt er den Flughafenbenutzerinnen, vorab den Fluggesellschaften, Rechnung. Rechnungsstellungen gelten im Normalfall nicht als Verfügungen (Art. 5 VwVG; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-16/2006 vom 10. Dezember 2007 E. 1.3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 854 ff.), weil sie, wenn auch einen Einzelfall betreffend, nicht direkt auf Rechtswirkungen ausgerichtet sind (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 878, TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 28, Rz. 26). Im Falle von Flughafengebühren gibt es vorgän-

gig zur Rechnung keinen Akt, der für den Einzelfall Rechtswirkungen zeitigt; der generell-abstrakte Gebührentarif stellt jedenfalls keinen solchen dar. Die Rechnung ist mithin dessen erste und einzige einzelfallweise Konkretisierung und muss daher an sich anfechtbar sein (vgl. BGE 125 V 101 E. 3b), ansonsten die hier fraglichen Flugplatz- bzw. Fluggastgebühren, die öffentlich-rechtlicher Natur sind, keiner Rechtskontrolle zugänglich wären, was unhaltbar wäre. Legt ein Flughafenhalter eine Forderung im Rahmen der Rechnung trotzdem nicht rechtsverbindlich, im Sinne einer Verfügung (Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 28, Rz. 16 ff.), fest, gibt es den Weg über die Gebührenverfügung (Art. 11 Abs. 2 der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV, SR 172.041.1]). Art. 11 Abs. 2 AllgGebV verpflichtet die Verwaltung dazu, bei Streitigkeiten über eine Rechnung eine Gebührenverfügung zu erlassen. Die AllgGebV ist für private Flughäfen zwar nicht unmittelbar anwendbar (Art. 1 AllgGebV), ist aber analog heranzuziehen. Eine Flughafennutzerin muss im Bereich der Flughafengebühren eine solche Gebührenverfügung erwirken können, sofern nicht bereits die Rechnung selbst – aufgrund ihrer Ausgestaltung – die Merkmale einer Verfügung aufweist. Ist sie mit einer Gebührenerhöhung nicht einverstanden, so kann sie die verfügungsgleich ausgestaltete Rechnung bzw. die Gebührenverfügung weiterziehen.

**6.5** Wie bereits ausgeführt, ist der Gebührentarif als generell-abstrakter Erlass nicht anfechtbar. Das BAZL, dem eine beschlossene Änderung mitgeteilt wird (Art. 35 Abs. 2 VIL), hat diese zu prüfen und zwar nach den Anforderungen eines Aufsichts- und nicht eines Genehmigungssystems (vgl. oben E. 6.3 sowie unten E. 7.1 f.). Unternimmt das BAZL nichts, so bleibt den Betroffenen, die der Meinung sind, das BAZL komme seiner Aufsichtsaufgabe nicht nach, immerhin der Weg an das UVEK als Aufsichtsinstanz über das BAZL (zur Aufsichtsbeschwerde vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 1835 ff.). Schreitet das BAZL dagegen mittels Verfügung ein, steht die Beschwerde offen. Beschwerde kann in jedem Fall auch gegen die konkrete Gebührenerhebung geführt werden; anzufechten ist diesfalls die durch den Flughafenbetreiber gestützt auf die Gebührenordnung ausgestellte Rechnung oder Gebührenverfügung. Sowohl die aufsichtsrechtliche Verfügung des BAZL wie auch die Gebührenauflegung durch den Flughafen sind beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten. Die Rechnung bzw. die Gebührenverfügung des Flughafens ist eine Verfügung im Sinne von Art. 6 LFG und stellt somit ein Anfechtungsobjekt dar. Der Flughafen gehört ferner, auch wenn er eine verwaltungsexterne Stelle

ist, zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts, denn er verfügt in Erfüllung einer ihm übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgabe des Bundes (Art. 33 Bst. h VGG; vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7367/2006 vom 8. August 2007 E. 1.1).

## 7.

Die Beschwerdeführerin hält dem BAZL in mehrfacher Hinsicht eine Verletzung seiner Aufsichtspflicht vor. So habe es zu wenig gründlich geprüft, ob die strittige Gebührenerhöhung den gesetzlichen Anforderungen entspreche. Ferner habe es von der Beigeladenen vorgängig zur Gebührenerhöhung weder getrennte Kostenrechnungen noch einen geprüften Abschluss für das Jahr 2006 verlangt. Zudem habe es seine Kognition unzulässigerweise auf Missbräuchlichkeit beschränkt und die Überprüfung an den Preisüberwacher delegiert. BAZL und Beigeladene weisen diese Kritik zurück. Sie betonen, anders als früher unterlägen die Flugplatzgebühren nicht mehr der Genehmigung durch das BAZL, sondern nur noch dessen Aufsicht. Entsprechend hält das BAZL dafür, es müsse nur einschreiten, wenn es Hinweise gebe, dass eine Gebührenerhöhung missbräuchlich oder willkürlich sei.

Auch wenn das vorliegend durchgeführte Verfahren nicht dem gesetzlich gewollten Verfahrensgang (vgl. oben E. 6.4 f.) entspricht, sind diese die Aufsicht des BAZL betreffenden Rügen zu prüfen.

**7.1** Das BAZL hat im Rahmen seiner Aufsicht darüber zu wachen, dass keine unrechtmässig hohen Gebühren (oben E. 6.3.3 f.) erhoben werden; dabei wird es durch die Flughafenhalter unterstützt (Art. 33 Abs. 2 VIL). Unter Überwachung (Art. 33 Abs. 1 VIL) ist, vom Wortsinn ausgehend, zu verstehen, dass das BAZL die Flughafen-taxen von sich aus und permanent im Auge behält (zur Auslegung vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 25, Rz. 3). Preisänderungen sind mithin automatisch einer Prüfung zu unterziehen. Um entscheiden zu können, ob es eines Einschreitens – mit Verfügung – bedarf oder nicht, sind die nötigen Abklärungen zu tätigen; zu orientieren bzw. beizuziehen ist namentlich der Preisüberwacher (unten E. 8). Weiter hat das BAZL im Rahmen der Aufsicht insbesondere sicherzustellen, dass getrennte Kostenrechnungen geführt werden, wie Art. 32 VIL dies vorschreibt.

**7.2** Das BAZL übt die Aufsicht im Wesentlichen gleich aus wie in den luftfahrtspezifischen und betrieblichen Belangen (Art. 3b VIL). Bei den Flughafentaxen soll es in einem Aufsichtssystem jedoch keine akribische Kontrolle, etwa was die Einhaltung der abgaberechtlichen Prin-

zipien betrifft, vornehmen. Der Gesetzgeber hat den Flughafenhaltern mit der Aufgabe des Genehmigungssystems eine gewisse Tarifautonomie zugestehen wollen. Gleichzeitig wollte er das BAZL entlasten und erreichen, dass es nur noch in offensichtlichen bzw. qualifizierten Fällen von Rechtsverletzungen, so bei Willkür oder einem Verstoss gegen internationale Vorschriften, eingreift (BBl 1992 I 626). Die Botschaft zur fraglichen LFG-Revision mag die Fälle für eine Intervention des BAZL etwas verkürzt wiedergeben. So ist angesichts von Art. 33 VII und dessen Verweis auf das PüG nicht einzusehen, warum das BAZL bei einer offensichtlich missbräuchlichen Preiserhöhung oder -erhebung nicht auch einschreiten sollte. Gewiss scheint jedoch, dass der Gesetzgeber kein vorschnelles Eingreifen seitens des BAZL wollte und ihm in diesem Sinne einen erheblichen Ermessens- und Handlungsspielraum einräumte. Für diesen Schluss spricht auch die Anwendbarkeit des PüG und speziell die nach Art. 13 PüG massgeblichen Preiskriterien. Zweck des PüG ist die Bekämpfung von Missbräuchen und Monopolrenten, nicht aber die Verunmöglichung von Gewinnen, wie sie marktüblich und für das Funktionieren eines marktwirtschaftlichen Systems unabdingbar sind (BGE 130 II 449 E. 6.7.2). Das BAZL hat die Flugplatzgebühren somit nicht bis in alle Einzelheiten zu durchleuchten, denn sonst wäre wieder ein Zustand erreicht, der praktisch dem Genehmigungssystem entspräche – mit dem einzigen Unterschied, dass das BAZL ein Verfahren, bei dem es keine Regelverstösse feststellt, ohne förmliche Verfügung abschliesst (oben E. 6.3 f.). Ist der Prüfmasstab des BAZL somit reduziert, ist durchaus vorstellbar, dass Gebühren, die auf einem vom BAZL als nicht interventionsbedürftigen Tarif beruhen, vom mit voller Kognition prüfenden Bundesverwaltungsgericht auf Beschwerde hin als nicht rechtskonform qualifiziert werden.

#### **8.**

Ein Aspekt der Aufsicht des BAZL ist das Zusammenspiel mit dem PüG bzw. mit dem Preisüberwacher. Die Beschwerdeführerin hält dafür, das Vorgehen des BAZL, die Übernahme der Stellungnahme des Preisüberwachers als wichtigsten Bestandteil seiner Beurteilung, stelle eine unzulässige Kompetenzdelegation dar. Dem halten das BAZL und die Beigeladene entgegen, das BAZL sei vorschriftsgemäss vorgegangen, habe die Einschätzung des Preisüberwachers nicht einfach übernommen, sondern die Gebührenerhöhung selbständig geprüft.

**8.1** Wenn Art. 33 VIL die Vorschriften des PüG für sinngemäss anwendbar erklärt, gilt dies nicht nur in materieller (oben E. 5.3.3 f.; vgl. auch unten E. 11), sondern auch in formeller Hinsicht. Der letztere Umstand ändert aber nichts daran, dass die Aufsicht beim BAZL liegt, denn gemäss Art. 15 Abs. 1 PüG beurteilt bei einer Überwachung nach anderen bundesrechtlichen Bestimmungen anstelle des Preisüberwachers die (nach diesem Sacherlass) zuständige Behörde die Preise. Dieser Behörde kommt dabei eine Überwachungs- und nicht bloss eine Beobachtungsrolle zu; für das BAZL ergibt sich das für die Flughafengebühren explizit aus Art. 33 VIL. Eine Beobachtung, wie sie Art. 4 PüG vorsieht, greift nur dort Platz, wo der Preisüberwacher selber zuständig ist (Art. 15 Abs. 1 PüG e contrario). Die Fachbehörde, die aufgrund eines Sacherlasses mit der Aufsicht betraut ist, hat den Preisüberwacher zu orientieren und dieser kann eine Stellungnahme abgeben und Anträge stellen (Art. 15 Abs. 2<sup>bis</sup> und Abs. 2<sup>ter</sup> PüG). Folgt die überwachende Behörde der Stellungnahme des Preisüberwachers nicht, so hat sie dies zu begründen (Art. 15 Abs. 2<sup>ter</sup> PüG).

**8.2** Von einer Delegation der Aufsichtsaufgaben des BAZL an den Preisüberwacher kann vorliegend keine Rede sein. Das BAZL war gehalten, von ihm eine Stellungnahme einzuholen. Für sein eigenes Fazit bzw. seine Entscheidung hat das BAZL zwar massgeblich darauf abgestellt. Darüber hinaus hat es aber auch eigene Überlegungen getroffen, was sich ohne weiteres aus der angefochtenen Verfügung ergibt. Für seine Schlüsse hat es sich auf Korrespondenz mit der Beigeladenen sowie auf von dieser zur Verfügung gestellte Unterlagen gestützt. Das BAZL hat insbesondere auch transparent gemacht, dass der Preisüberwacher ausgeführt hatte, eine abschliessende Beurteilung sei mangels einer aussagekräftigen Rechnungslegung nicht möglich gewesen. Sein Vorgehen, was die PüG-Vorschriften angeht, ist nicht zu beanstanden.

## **9.**

Die Beschwerdeführerin hält dem BAZL weiter vor, es habe von der Beigeladenen keine getrennten Kostenrechnungen verlangt, wie dies Art. 32 Abs. 1 VIL vorschreibe (vgl. dazu unten E. 10.1). So könne nicht beurteilt werden, ob es unrechtmässige Quersubventionierungen gebe. Ungewiss sei insbesondere, ob die höheren Passagiertaxen auch dazu dienen, bestimmte, durch die Beigeladene erbrachte Leistungen im Bereich der Bodenabfertigung zu finanzieren. Würden defizitäre Leistungen auf diesem Gebiet mit anderen Einnahmen kompensiert,

wäre das nicht zulässig. Dazu führt das BAZL aus, da detaillierte Kostenrechnungen für die einzelnen Gebührenarten bisher gefehlt hätten, habe es die Beigeladene aufgefordert, ab 2008 eine aussagekräftige Kostenstellen-/Kostenträger-Rechnung nach heute gängigen Standards einzuführen. Was die strittigen Gebühren angehe, so könne mangels getrennter Rechnungen nicht ausgeschlossen werden, dass es gewisse Quersubventionierungen gebe. Im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Kostendeckungsprinzip seien gewisse Quersubventionierungen aber durchaus zulässig. Die Beigeladene bestätigt, künftig lege sie die Rechnungen nach den durch das BAZL neu vorgegebenen Standards vor. Als relevante Verwaltungseinheit sei der gesamte Flughafen anzusehen. Innerhalb einer solchen Einheit dürfe es Querfinanzierungen geben, denn das Kostendeckungsprinzip gelange als Gesamt- und nicht als Einzelkostendeckungsprinzip zur Anwendung.

**9.1** Das Bundesgericht hat in BGE 125 I 182 E. 4h betreffend den damals noch nicht privatisierten Flughafen Zürich-Kloten festgehalten, das Kostendeckungsprinzip bedeute nicht, dass in jedem Einzelfall die Gebühr für eine bestimmte Tätigkeit genau den dadurch verursachten Kosten entsprechen müsse, sondern bloss, dass die Gesamteingänge an Kausalabgaben den Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder nur geringfügig überschreiten dürften, wobei auch angemessene Abschreibungen und Rückstellungen zu berücksichtigen seien. Das Kostendeckungsprinzip sei eingehalten, wenn die Gesamteinnahmen aus den Flugplatzgebühren die Kosten, die dem Kanton aus dem Flugplatzbetrieb anfallen, nicht überschreiten würden. Im Interesse der Praktikabilität seien auch Schematisierungen und Pauschalisierungen zulässig. Das muss grundsätzlich heute immer noch gelten und zwar für alle Flughäfen, mithin auch für Lugano-Agno.

**9.2** Vorschriften, die einerseits Transparenz bei der Rechnungslegung sicherstellen wollen, andererseits aber auch Querfinanzierungen untersagen, gibt es immerhin im Bereich der von der Beschwerdeführerin speziell thematisierten Bodenabfertigung. Art. 4 der gemäss Art. 29a VIL auch in der Schweiz anwendbaren Richtlinie 96/67/EG des Rates vom 15. Oktober 1996 über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft (Abl. L 272 S. 36) schreibt u.a. für den Fall, dass ein Flughafenbetreiber auch Bodenabfertigungsdienste anbietet, eine strenge buchmässige Trennung vor. Die Behörde, die darüber wacht, hat auch zu prüfen,

dass keine Finanzflüsse zwischen den Tätigkeiten, die der Flughafenbetreiber in dieser Eigenschaft ausübt, und seinen Tätigkeiten als Erbringer von Bodenabfertigungsdiensten stattfinden. Diese Regel kommt vorliegend jedoch nur zum Tragen, wenn sie bezogen auf die Beigeladene überhaupt anwendbar ist.

**9.2.1** Die Beschwerdeführerin führt aus, die Richtlinie gelte in der Schweiz gemäss dem Wortlaut von Art. 29a VIL für alle Flughäfen und nicht nur für die einer bestimmten Grösse. Damit definiere die Schweiz einen weiteren Anwendungsbereich als die Richtlinie selbst. Das BAZL und die Beigeladene halten die Richtlinie derweil für nicht anwendbar. Das BAZL führt aus, für die Anwendbarkeit des einschlägigen Art. 6 der Richtlinie (Drittabfertigung) seien die erforderlichen Schwellenwerte nicht erreicht; über Lugano-Agno verkehrten pro Jahr rund 200'000 Passagiere. Die Beigeladene erklärt, sie erreiche die Schwellenwerte weder was die Passagiere noch was die Fracht angehe.

**9.2.2** Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass eine EG-Richtlinie in der Schweiz, wenn sie denn für diese beachtlich ist, den gleichen Anwendungsbereich hat wie in der EU selbst. Dafür, dass die hier interessierende Richtlinie in der Schweiz nicht nur für die von ihr selbst erfassten, sondern – unabhängig von der Grösse – für sämtliche Flughäfen gelten sollte, gibt es keinen verlässlichen Hinweis, insbesondere ergibt sich das nicht aus dem Wortlaut von Art. 29a VIL. Der Passus „auf den Flughäfen“, auf den sich die Beschwerdeführerin stützt, findet sich nur in der deutschen Version von Art. 29a VIL. In der um einiges verständlicher formulierten französischen Fassung fehlt ein solcher Einschub; ebenso im italienischen Text, der vom Aufbau her gleich ist wie der deutsche. Ob die Richtlinie 96/67/EG bezogen auf Lugano-Agno anwendbar ist, bestimmt sich daher nach deren Art. 1. Bei den von der Beigeladenen erbrachten Abfertigungsdiensten geht es um Drittabfertigung im Sinne von Art. 6 der Richtlinie. Für deren Anwendbarkeit müsste der Flughafen Lugano-Agno jährlich eine Passagierzahl von zwei Millionen und eine Frachtmenge von 50'000 t (Art. 1 Abs. 2 Richtlinie 96/67/EG) aufweisen. Diese Schwellenwerte werden gemäss den Angaben des BAZL und der Beigeladenen klar nicht erreicht, was auch die eingereichten Unterlagen bestätigen. Somit ist die Richtlinie 96/67/EG für den Flughafen Lugano-Agno nicht anwendbar und stellt sich hier die Frage allfälliger unzulässiger Querfinanzierungen nicht.

**10.**

Die Beschwerdeführerin rügt ferner, das BAZL habe seine Aufsichtspflicht verletzt, weil es sich mit einer unzureichenden und nicht geprüften Kostenrechnung begnügt habe. Die Zahlen, die die Beigeladene zur Begründung der Gebührenerhöhung vorgelegt habe (Communication Release vom 9. Oktober 2006), widersprächen jenen im Jahresbericht 2006 vom 8. März 2007; zu den im Februar 2008 präsentierten Zahlen sei die Diskrepanz gar massiv. Das BAZL hält dazu fest, die Beigeladene werde auf seine Aufforderung vom 5. April 2007 hin ab 2008 eine Kostenstellen-/Kostenträger-Rechnung nach heute gängigen Standards führen. Daraus dürfe allerdings nicht geschlossen werden, dass die bisherige Rechnung Art. 32 VIL nicht genügt habe. Aus den verfügbaren Unterlagen habe sich im Gegenteil hinreichend klar ergeben, dass die geplante Erhöhung nicht missbräuchlich sei, zumal in den Vorjahren stets Verluste resultiert hätten. Um ein Gesamtbild der finanziellen Situation zu erhalten, habe das BAZL mit der Beigeladenen ferner intensive Gespräche geführt. Die Beigeladene bestätigt, sie werde die Buchhaltung künftig so führen, wie das BAZL dies verlangt habe. Sie betont, der Flughafen habe tatsächlich einen Verlust erlitten, der nur unwesentlich kleiner gewesen sei als budgetiert. Auch die strittigen höheren Gebühren hätten nicht gereicht, um einen Gewinn zu erzielen. Die Verluste der Vorjahre seien jeweils durch die Stadt Lugano getragen worden.

**10.1** Die Kostenrechnungen, die die Beigeladene bisher führte und wie sie sie insbesondere vorlegte, um gegenüber dem BAZL die strittige Erhöhung der Fluggasttaxen zu begründen, genügen den Anforderungen von Art. 32 Abs. 1 VIL nicht. Das heisst indes nicht, dass das BAZL hätte einschreiten und die Gebührenerhöhung bis zum Vorliegen getrennter, vorschriftsgemässer Rechnungen untersagen müssen. In einem System, in dem das BAZL die Gebühren nicht zu genehmigen, sondern lediglich zu beaufsichtigen hat, verfügt es über einen erheblichen Ermessensspielraum (oben E. 7.2). Vorliegend stellte es für seine Beurteilung – gleich wie die Beigeladene im Communication Release – auf die Zahlen für 2007 ab. Für dieses Jahr hatte die Beigeladene gemäss Communication Release einen Verlust von Fr. (Betrag x) (ohne Gebührenerhöhung) bzw. einen Gewinn von Fr. (Betrag x) (mit Gebührenerhöhung) veranschlagt. Dass das BAZL in der angefochtenen Verfügung von ungünstigeren Zahlen ausging – es nahm selbst für den Fall der Einführung der höheren Taxen einen Verlust von Fr. (Betrag x) an –, lässt sich teilweise damit erklären, dass die Erhöhung ursprüng-

lich per 25. März 2007 eingeführt werden sollte, tatsächlich aber erst per 1. Juni 2007 wirksam wurde. Wichtig ist, dass der erwartete Verlust von Fr. (Betrag x) (Communication Release) bzw. Fr. (Betrag x) (angefochtene Verfügung) im Rahmen früherer Ergebnisse lag. So hatte es 2002 einen Fehlbetrag von ca. Fr. (Betrag x), 2003 einen solchen von ca. Fr. (Betrag x), 2004 gar ein Defizit von ca. Fr. (Betrag x) und 2006 – im ersten Betriebsjahr nach der Privatisierung – ein solches von ca. Fr. (Betrag x) (ohne ausserordentliche Erträge) gegeben. Angesichts dessen und nach den Gesprächen, die das BAZL mit der Beigeladenen geführt hatte, durfte es davon ausgehen, dass 2007 ohne die geplante Gebührenerhöhung erneut ein erheblicher Betriebsverlust resultieren würde. Mit der Erhöhung konnte sodann, da die Verluste nicht mehr durch die öffentliche Hand ausgeglichen wurden und die Beigeladene empfindlich belastet hätten, nicht beliebig zugewartet werden. Grund zu besonderer Skepsis gegenüber den Angaben der Beigeladenen gab es auch nicht aufgrund des Umstands, dass diese im Geschäftsbericht vom März 2007 für 2006 einen Verlust auswies, der erheblich vom Wert abwich, den sie im Communication Release vom Oktober 2006 angegeben hatte. Kommt hinzu, dass 2006 für die Beigeladene das erste Betriebsjahr nach der Privatisierung war. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass das BAZL – in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde – nicht sofort, sondern erst ab 2008 getrennte und aussagekräftigere Rechnungen verlangte. Mit diesem Vorgehen bewegt sich das BAZL innerhalb des ihm zustehenden Ermessensspielraums (oben E. 7.2).

**10.2** Die Einschätzung des BAZL, wonach für 2007 ein Verlust zu erwarten sei, hat sich zwischenzeitlich bestätigt. Gemäss den Unterlagen, welche die Beigeladene am 28. Februar 2008 eingereicht hat, resultiert für 2007 – trotz der höheren Taxen – ein Verlust von Fr. (Betrag x). Dieses Faktum ist denn auch allein entscheidend für die Frage, ob die strittige Gebührenerhöhung nötig war. Insofern kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie in ihren Schlussbemerkungen geltend macht, die Einnahmen der Beigeladenen seien teilweise massiv höher als im Communication Release angegeben, so dass auf die Gebührenerhöhung hätte verzichtet werden können. Ihr ist aber zuzustimmen, wenn sie von markanten Abweichungen in der Rechnung spricht, gehen die Zahlen bei verschiedenen Posten doch um mehrere hunderttausend Franken auseinander, dies bei einem Umsatzvolumen von ca. Fr. 8,8 Millionen. Die Gebührenerhöhung von

2007 ist wegen dieser Schwankungen freilich nicht in Frage zu stellen. Künftig muss das BAZL diese Problematik aber im Auge behalten.

**10.3** Wenn die Beschwerdeführerin kritisiert, das BAZL hätte zusätzliche Abklärungen machen müssen, was die Kosten für die die sog. Tarmac-Erweiterung (Flugfelderweiterung) und für gewisse Sicherheitsmassnahmen (Flüssigkeitsverbot etc.) angeht, will sie letztlich erreichen, dass ihre Passagiere die betreffenden Kosten nicht über die Fluggasttaxen – im Sinne von Quersubventionierungen – mittragen müssen. Sie hält dafür, für die effektiven Benutzer des erweiterten Flugfelds sei eine Standgebühr zu erheben und fordert eine verursachergerechte Verteilung der Sicherheitskosten. Dazu ist noch einmal festzuhalten, dass Querfinanzierungen, solange die fraglichen Kosten und Einnahmen mit dem Flugbetrieb zusammenhängen, zulässig sind (oben E. 9.1). Selbst wenn das nicht gelten würde, wären gewisse Schematisierungen und Pauschalisierungen aber in jedem Fall hinzunehmen. So wäre es gerade bei den Sicherheitskosten nicht praktikabel, sie nur ganz bestimmten Passagieren aufzuerlegen.

**10.4** Die Beschwerdeführerin bemängelt sodann, die Beigeladene habe ausserordentliche Erträge von Fr. (Betrag x) erzielt, die bei der Prüfung der Gebührenerhöhung unrichtigerweise nicht berücksichtigt worden seien. Dabei übersieht sie, dass diese Erträge die Jahresrechnung 2006 betreffen, die Taxenerhöhung aber anhand der für 2007 budgetierten Zahlen geprüft wurde. Die fraglichen Erträge spielen daher hier keine Rolle.

## **11.**

Als nächstes ist auf die Rüge der Beschwerdeführerin einzugehen, das BAZL habe die Gebührenerhöhung fälschlicherweise bloss auf Missbräuchlichkeit hin überprüft. Ferner habe es die Gebührenbemessungskriterien des PüG nicht richtig angewandt; insbesondere hätte es die Gebühren statt mit jenen in Bern-Belp und St. Gallen-Altenrhein mit jenen in Mailand-Malpensa vergleichen müssen. Die Beigeladene wendet dagegen ein, das BAZL habe den Begriff der Missbräuchlichkeit richtig erfasst und bei seiner Beurteilung alle relevanten Kriterien beachtet. Korrekt sei insbesondere der Vergleich mit den Preisen an vergleichbaren schweizerischen Flughäfen.

**11.1** Wie gezeigt (oben E. 6.3 f.), sind im Falle von Verlusten sowohl die allgemeinen Gebührengrundsätze, also das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip, wie auch die Vorschriften des PüG beachtlich.

Das BAZL, das vorliegend nicht nur als Aufsichts-, sondern quasi auch als Genehmigungsinstanz tätig war, hat diese Regeln denn auch angewandt. In seiner Eigenschaft als Aufsichtsbehörde musste es angesichts des sich abzeichnenden Verlusts oder eines allfälligen bescheidenen Gewinns nicht weiter prüfen, ob das Kostendeckungsprinzip eingehalten ist. Gleiches gilt in Bezug auf das Äquivalenzprinzip. Auch wenn es schwierig ist, den Wert der hier in Frage stehenden Leistung zu beziffern (Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 56 Rz. 25), war und ist bei Taxen, die nach der Erhöhung auf Fr. 13.–, Fr. 16.– bzw. Fr. 29.– (Linien- und Charterflüge) liegen, jedenfalls von keinem Missverhältnis zwischen Preis und Leistung auszugehen. Weder aus der damaligen Sicht des BAZL noch aus heutiger Optik gibt es einen Anlass das Äquivalenzprinzip als verletzt anzusehen. Die strittige Erhöhung muss somit vorrangig den Vorschriften des PüG standhalten; genau diese Prüfung hat das BAZL auch vorgenommen. Gemäss PüG ist die Missbräuchlichkeit eines Preises das einzige massgebliche Kriterium (Art. 4 Abs. 2, Art. 13 Abs. 1 PüG). Die Untersuchung primär auf Missbräuchlichkeit hin kann somit – nachdem die abgaberechtlichen Prinzipien als eingehalten gelten können – keine unzulässige Kognitionsbeschränkung darstellen. Ein eindeutiger Missbräuchlichkeitsfall wäre für das BAZL denn auch ein Grund gewesen, einzuschreiten und die Erhöhung zu untersagen. Die in Art. 13 Abs. 1 Bst. a-e PüG nicht abschliessend genannten Kriterien dienen dazu zu bestimmen, ob ein bestimmter Preis missbräuchlich ist oder nicht. Es muss nicht jedes Kriterium in jedem Fall relevant sein; der befassten Behörde kommt bei der Wahl der anzuwendenden Methode ein erheblicher Ermessensspielraum zu (BGE 130 II 449 E. 6.1). Die Beigeladene hat die höheren Taxen vor allem mit gestiegenen Kosten in mehreren Bereichen begründet. Daran hat sich das BAZL orientiert und erläutert, weshalb es die Kostensteigerungen im Einzelnen für gegeben hielt. Ausserdem hat es auf die Preise bzw. die Preisentwicklung an anderen Flughäfen abgestellt (unten E. 11.2). An diesem Vorgehen ist nichts auszusetzen.

**11.2** Die Beschwerdeführerin betont, da sie Lugano-Agno nur wegen der Umsteigepassagiere bediene, sei für sie Mailand-Malpensa der unmittelbare Vergleichsmarkt; dort seien die Tarife niedriger (umgerechnet rund Fr. 21.–). Das BAZL stellt dagegen auf die vom Verkehrsaufkommen und von der Grösse her vergleichbaren schweizerischen Flughäfen Bern-Belp und St. Gallen-Altenrhein ab. Die Beigeladene hebt hervor, ihre Taxen lägen nach der Erhöhung immer noch auf dem Niveau anderer schweizerischer Flughäfen. Ein Vergleich mit Mailand-

Malpensa sei untauglich, weil es sich dabei um einen internationalen, in Italien gelegenen und staatlich unterstützten Flughafen handle.

Dazu, was als Vergleichsmarkt nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a PÜG gilt, ist dem PÜG nichts zu entnehmen. BGE 130 II 449 E. 5.1 hält derweil fest, der Markt im Sinne von Art. 12 PÜG bestimme sich sowohl in räumlicher wie auch in sachlicher Hinsicht analog zum Kartellrecht. Entsprechend ist für den sachlichen Markt danach zu fragen, ob die fraglichen Waren oder Dienstleistungen aus der Sicht der Abnehmer miteinander im Wettbewerb stehen. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die entsprechenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt (BGE 129 II 18 E. 7.2). In der Lehre wird speziell zu Art. 13 Abs. 1 PÜG festgehalten, eine Orientierung an ausländischen Preisen sei durchaus möglich, geschehe aber vor allem bei handelbaren Gütern (vgl. RUDOLF LANZ, Die wettbewerbspolitische Preisüberwachung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1999, Rz. 68 f.). Obwohl hier Flughafentaxen und damit nicht handelbare Güter in Frage stehen, kann aufgrund der Massgeblichkeit der kartellrechtlichen Kriterien nicht ohne Belang sein, dass ein erheblicher Teil der Passagiere, die in Lugano-Agno abfliegen oder landen, Umsteigepassagiere sind. Das Umsteigen findet allerdings, jedenfalls für die Kunden der Beschwerdeführerin, in Zürich-Kloten und nicht in Lugano-Agno statt. Lugano-Agno ist mithin nicht ein Umsteige-, sondern ein Zubringerflughafen. Als solcher ist er mit Bern-Belp und St. Gallen-Altenrhein vergleichbar, die teilweise ebenfalls Zubringerflughäfen sind. Umgekehrt kann auch nicht ausser Acht gelassen werden, dass Lugano-Agno insofern mit Mailand-Malpensa in Konkurrenz steht, als die Fluggäste, wenn in Lugano-Agno hohe Taxen zu zahlen sind, allenfalls direkt ab oder nach Mailand-Malpensa fliegen und mit anderen Verkehrsmitteln ins Tessin oder in das weitere Einzugsgebiet des Flughafens Lugano-Agno reisen. Mithin sind die Gebühren in Lugano-Agno und Mailand-Malpensa nur bedingt vergleichbar; für einen sachgerechten Vergleich müssten zu den eigentlichen Flughafentaxen auch die Kosten hinzugerechnet werden, die die Fluggäste für die Reise zum bzw. vom Mailänder Flughafen aufwenden. Kommt hinzu, dass der Flughafen Lugano-Agno nicht ausschliesslich Umsteigeflughafen ist. Für die Beschwerdeführerin mag er dies sein, für die anderen Fluggesellschaften jedoch nicht oder nur teilweise. Für Preisvergleiche kann mithin nicht einfach auf die subjektive Sicht der Beschwerdeführerin abgestellt werden; massgebend sind vielmehr objektive Kriterien. Im Lichte all dessen scheint eine

Orientierung an den Preisen an den schweizerischen Flughäfen Bern-Belp und St. Gallen-Altenrhein, die von der Grösse und vom Verkehrsaufkommen her ähnlich sind wie Lugano-Agno, durchaus angezeigt. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil die Flughafen- bzw. Fluggastgebühren öffentlich-rechtlicher Natur sind und weil für sie aufgrund dieser Eigenschaft in der ganzen Schweiz die gleichen – schweizerischen – rechtlichen Vorgaben zu beachten sind.

## **12.**

Die vorstehenden Erwägungen zeigen, dass das BAZL die strittigen neuen Gebühren nicht unter einem zu engen Blickwinkel geprüft hat, eine vertiefte Kontrolle vorgenommen hat und zu recht zum Schluss gekommen ist, dass die abgaberechtlichen Grundsätze sowie die Vorgaben des PüG eingehalten sind. Das Bundesverwaltungsgericht wäre, wenn es diese Fragen auf dem ordentlichen Beschwerdeweg, d.h. bei einer Anfechtung einer durch die Beigeladenen ausgestellten Rechnung oder Gebührenverfügung (oben E. 6.4 f.) hätte beurteilen müssen, zum gleichen Ergebnis gekommen.

## **13.**

Die Beschwerdeführerin kritisiert schliesslich, dass die Beigeladene je nach Passagierkategorie unterschiedlich hohe Fluggasttaxen erhebt bzw. dass sich die bestehenden Unterschiede mit der Erhöhung von 2007 akzentuiert hätten. Das BAZL habe, indem es diese Ungleichbehandlung nicht beseitigt habe, eine weitere Verletzung seiner Aufsichtspflicht begangen. Die Beschwerdeführerin führt aus, die Verordnung 92/2408/EWG (vgl. oben E. 2.2) verbiete eine Differenzierung nach Linien- und Nichtlinienverkehr. Unterschieden werde dürfe einzig zwischen gewerbs- und nicht gewerbsmässigem Verkehr. Die Praxis der Beigeladenen verstosse zudem auch gegen das Gleichbehandlungsgebot. Das BAZL hält dem unter Verweis auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) entgegen, die Verordnung 92/2408/EWG lasse es sehr wohl zu, dass einzelne Nutzergruppen, die unterschiedliche Aufwände verursachten, verschieden hohe Gebühren zu zahlen hätten. Die Beigeladene legt dar, die Abfertigung der Charter- und Linienpassagiere beim Check-in, beim Gepäck und bei der Sicherheit sei um einiges aufwändiger als bei den Passagieren der Allgemeinen Luftfahrt. Die Abstufung sei also darauf zurückzuführen, dass die verschiedenen Passagierkategorie unterschiedlich hohe Kosten verursachten. Während die Beschwerdeführerin dieser Darstellung widerspricht, bestätigt das BAZL, dass in Lugano-Agno bei der Passagier-

abfertigung durch die General Aviation bedeutend weniger Aufwand entstehe als beim Linien- und Charaterverkehr.

Für die Schweiz ist die Verordnung 92/2408/EWG, deren wesentlicher Inhalt die Regelung des Marktzugangs ist (vgl. REGULA DETTLING-OTT, Das bilaterale Luftverkehrsabkommen der Schweiz und der EG, in: Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 531), aufgrund des Abkommens der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68) beachtlich (vgl. Anhang des Abkommens). Ob die Verordnung, die für den innergemeinschaftlichen Luftverkehr gilt, auch auf den hier interessierenden Sachverhalt anwendbar ist, wo es – bezogen auf die Beschwerdeführerin – um Flüge innerhalb der Schweiz und nicht um grenzüberschreitende Flüge bzw. um solche zwischen der Schweiz und einem EU-Staat geht, kann offen bleiben (vgl. Art. 15 des Abkommens sowie DETTLING-OTT, a.a.O., S. 513 und 535). Das BAZL hätte in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde jedenfalls nur dann einschreiten müssen, wenn eine klare Rechts- und die Sachlage dies geboten hätten. Diese Voraussetzungen waren jedoch nicht gegeben. So legt die Beigeladene z.B. plausibel dar, dass ein Passagier eines Privatflugzeugs, der der Allgemeinen Luftfahrt zuzurechnen sei, beim Check-in und bei der Gepäckkontrolle weniger Aufwand generiere als ein Reisender eines normalen Linien- oder Charterfluges. Ohne weiteres leuchtet sodann ein, dass Transferpassagiere, die bereits andernorts ein Check-in und Sicherheitskontrollen durchlaufen haben, weniger Kosten verursachen als Passagiere, die erstmalig abzufertigen sind. Eine Ungleichbehandlung, wie sie Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verbietet, liegt mithin ebenfalls nicht vor. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass das BAZL davon absah, die Problematik genauer zu untersuchen bzw. in diesem Punkt zu intervenieren.

#### **14.**

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die strittigen Flughafen- bzw. Fluggastgebühren öffentlich-rechtlicher Natur sind und als solche den allgemeinen abgaberechtlichen Grundsätzen unterstehen, darüber hinaus aber auch den Vorschriften des PüG. Das BAZL hat als Aufsichtsbehörde nur dann einzuschreiten und eine Verfügung zu treffen, wenn eine Erhöhung zu untersagen ist. Beschlossene Taxen, bei denen das BAZL nicht interveniert hat, sind gerichtlich überprüfbar: Anfechtungsobjekt ist die durch den Flughafenbetreiber

ausgestellte Rechnung bzw. eine entsprechende Gebührenverfügung. Vorliegend sind die strittigen Gebühren rechtmässig. Das BAZL durfte davon absehen, die Erhöhung zu untersagen und von der Beigeladenen bereits für 2007 getrennte Kostenrechnungen gemäss Art. 32 VIL zu verlangen. Es hat seine Aufsichtspflicht nicht verletzt, namentlich nicht durch eine zu eingeschränkte Prüfung oder weil es die Abstufung der Tarife nach Passagierkategorie nicht beseitigen liess.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **15.**

Bei diesem Ausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie hat die Verfahrenskosten, einschliesslich jener für die Zwischenverfügung vom 3. August 2007, insgesamt ausmachend Fr. 2'000. –, zu übernehmen. Dieser Betrag ist mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen.

#### **16.**

Die Beigeladene ist als obsiegend anzusehen. Damit hat sie nach Art. 64 Abs. 1 VwVG Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten. Ihr Rechtsvertreter hat eine Kostennote eingereicht und stellt darin bei einem Zeitaufwand von 141 Stunden und einem Ansatz von Fr. 300.– ein Honorar von Fr. 42'300.– sowie Spesen von Fr. 3'131.– (beides ohne Mehrwertsteuer) in Rechnung. Verglichen mit vom Aufwand und vom Schwierigkeitsgrad her ähnlichen Fällen erscheint ein solches Honorar übermässig hoch; ebenfalls zu hoch sind die geltend gemachten Spesen. Das Gericht kürzt daher die Kostennote und setzt die Entschädigung nach pflichtgemäsem Ermessen fest. Unter Würdigung aller Umstände hält das Gericht eine Entschädigung von Fr. 8'000. – (inkl. Spesen und inkl. Mehrwertsteuer) für angemessen.

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat der Beigeladenen eine Parteientschädigung von Fr. 8'000.– zu bezahlen.

**4.**

Die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin vom 25. März 2008 gehen zur Kenntnis an das BAZL und die Beigeladene.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (mit Gerichtsurkunde)
- das BAZL (eingeschrieben, mit Beilage)
- die Beigeladene (mit Gerichtsurkunde, mit Beilage)
- das Generalsekretariat UVEK, 3003 Bern (mit Gerichtsurkunde)
- den Preisüberwacher (zur Kenntnis, in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Kölliker

Thomas Moser

**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 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 (Art. 42 BGG).

Versand: