

B 7

2. Öffentliche Ausschreibung von Schürfkonzessionen (Art. 2 Abs. 7 BGBM)

Publikation von kantonalen Urteilen, die in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen sind (Art. 10a Abs. 2 BGBM)

Gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM muss die Übertragung der Nutzung kantonalen Monopole auf Private öffentlich ausgeschrieben werden und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren. Die WEKO hat sich in zwei Gutachten dafür ausgesprochen, dass Art. 2 Abs. 7 BGBM auch die Übertragung der Nutzung von faktischen Monopolen erfasst und mithin Sondernutzungskonzessionen öffentlich ausgeschrieben werden müssen (WEKO-Gutachten vom 22. Februar 2010 betreffend Erneuerung der Konzessionsverträge zwischen den Centralschweizerischen Kraftwerken AG und den Luzerner Gemeinden über die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden sowie die Versorgung mit elektrischer Energie, RPW 2011/2 345; WEKO-Gutachten vom 28. Juni 2010 zuhanden Bezirksrat Schwyz betreffend Erneuerung der Wasserrechtskonzessionen zugunsten des Elektrizitätswerkes Bezirks Schwyz AG, RPW 2011/2 353).

Die herrschende Lehre teilt diese Auffassung (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts – eine systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundes und der Kantone, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N 211; ETIENNE POLTIER, in: Martenet/Bovet/Tercier (éds.), Commentaire Romand, Droit de la concurrence, 2e éd., Genève/Bâle/Munich 2013, LMI 2 al. 7 N 23; MARTIN BEYELER, Der objektive Geltungsbereich des Vergaberechts, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, N 814 ff.; DANIEL KUNZ, Konzessionen - Durchdachte Ausgestaltung und korrekte Vergabe, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, 205 ff., N 26 ff.; FRANÇOIS BELLANGER, Marchés publics et concessions ?, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, 167 ff., N 101 ff.; ANDRÉ MOSER, Der öffentliche Grund und seine Benützung, Bern 2011, 329; THOMAS POLEDNA/PHILIPP DA CANTO, Gesundheitswesen und Vergaberecht – von der öffentlichen Aufgabe zum öffentlichen Auftrag, in: Poledna/Jacobs (Hrsg.), Gesundheitswesen im wettbewerblichen Umfeld, Zürich 2010, 71 ff. N 4; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Le droit des „PPP“: état des lieux, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, 247 ff., N 45; NICOLAS DIEBOLD, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, SJZ 2013/109, 177 ff., 181; THOMAS ZWALD, Ausschreibung von Konzessionen, Die Volkswirtschaft 3/2010, 28 ff., 30; ALEXANDER REY/BENJAMIN WITTEW, Die Ausschreibungspflicht bei der Übertragung von Monopolen nach revidiertem Binnenmarktgesetz, unter besonderer Berücksichtigung des Elektrizitätsbereichs, AJP 5/2007, 585 ff., 588; DENIS ESSEIVA, Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI, BR 2006, 203 ff., 203; a.M. HANS-RUDOLF TRÜEB, in:

Oesch/Weber/Zäch (Hrsg.), OFK-Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, BöB 5 N 17; HANS-RUDOLF TRÜEB/DANIEL ZIMMERLI, Keine Ausschreibungspflicht für Sondernutzungskonzessionen der Verteilnetzbetreiber, ZBI 2011, 113 ff., 132; STEFAN RECHSTEINER/MICHAEL WALDNER, Netzgebietzuteilung und Konzessionsverträge für die Elektrizitätsversorgung, AJP 2007, 1288 ff., 1296 f.). Das Bundesgericht hat die Frage bis anhin offen gelassen (BGE 135 II 49; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012).

In den nachfolgend publizierten Urteilen gelangen die Verwaltungsgerichte der Kantone Zürich und Glarus zum Schluss, dass die Erteilung von Schürfkonzessionen zur Erdölförderung gestützt auf ein kantonales Regalrecht von der Ausschreibungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 7 BGBM erfasst ist.

**Verwaltungsgericht des Kantons Zürich
VB.2013.00439, Urteil vom 3. Oktober 2013**

In Sachen

X. _____ AG, Beschwerdeführerin,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich, Beschwerdegegner,

betreffend Erdölkonzession,

hat sich ergeben:

I.

A. Am 24. September 1955 vereinbarten der Kanton Zürich und neun weitere Schweizer Kantone ein Konkordat betreffend die Schürfung und Ausbeutung von Erdöl, das der Bundesrat am 10. Dezember 1956 genehmigte (LS 931.1; im Folgenden: Konkordat). Das Konkordat bezweckt, dass die beteiligten Kantone bei der Schürfung und Ausbeutung von Erdöl gemeinsam vorgehen - im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse bei der Aufsuchung und Ausbeutung von Erdölvorkommen und im Interesse ihrer bestmöglichen Erschliessung (Ziff. 1 Abs. 1 Konkordat). Der Vollzug der Vorschriften des Konkordates und der Konzessionsbestimmungen sowie der gesamte Verkehr mit den Konzessionären erfolgt durch die Konkordatskommission (Ziff. 5 Abs. 1 Satz 1 Konkordat).

B. Gestützt auf das Konkordat erteilte der Regierungsrat des Kantons Zürich der X. _____ AG am 10. Januar 1957 eine Konzession zur Aufsuchung und Ausbeutung von Erdöl (im Folgenden: Schürfkonzession). Der Regierungsrat erneuerte die jeweils befristete Schürfkonzessi-

on mehrfach, letztmals im Jahr 2007 - mit Gültigkeit bis am 31. Dezember 2013. Die X. _____ AG ist nicht nur im Kanton Zürich, sondern auch in allen anderen Konkordatskantonen seit 1957 alleinige Inhaberin der Schürfkonzession.

C. Am 16. Februar 2012 ersuchte die X. _____ AG die Konkordatskommission, den Konkordatskantonen zu empfehlen, die Konzessionen ab 1. Januar 2014 um weitere fünf Jahre zu verlängern. Am 8. März 2013 beschloss die Konkordatskommission nach Anhörung von Vertretern der X. _____ AG, den Kantonen die Nichtverlängerung der Konzession zu empfehlen.

D. Der Zürcher Regierungsrat erliess in der Folge einen Beschlussentwurf, zu dem die X. _____ AG am 4. April 2013 Stellung nahm. Am 30. April 2013 wies der Regierungsrat das Gesuch der X. _____ AG vom 16. Februar 2012 um Konzessionsverlängerung ab.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Gemäss § 148 Abs. 1 des Einführungsgesetzes des Kantons Zürich zum Zivilgesetzbuch vom 2. April 1911 (EG ZGB) erstreckt sich das kantonale Bergwerkregal - unter anderem - auf alle fossilen Brenn- und Leuchtstoffe. Die Verleihung eines Bergwerkregals erfolgt für einen oder mehrere Stoffe und in einer nach den Umständen zu bemessenden, zeitlich und örtlich bestimmten Ausdehnung, wobei auf Ermöglichung einer rationellen Ausbeutung Rücksicht zu nehmen und das Heimfallsrecht zu regeln ist (§ 149 Abs. 2 EG ZGB). Der Staat kann die Ausbeutung selbst betreiben (§ 149 Abs. 4 Satz 1 EG ZGB).

3.2 Gemäss Ziff. 1 der Schürfkonzession wird die Beschwerdeführerin ermächtigt, im Molasse- und Juragebiet des Kantons Zürich nach Erdöl zu schürfen. Die Schürfkonzession wird für die Dauer von fünf Jahren erteilt (Ziff. 2 Abs. 1). Wenn nach Ablauf der Schürfkonzession eine Bohrung in Ausführung begriffen ist oder Gewähr besteht für ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl, wird das Schürfrecht angemessen verlängert (Ziff. 2 Abs. 2). Nach einer Dauer von insgesamt zehn Jahren soll dem gleichen Konzessionär in der Regel keine Schürfkonzession mehr erteilt werden; Ziff. 13 Abs. 1 (wonach die Ausbeutungskonzession zur Weiterführung der Schürfungen im Konkordatsgebiet berechtigt und verpflichtet bleibt vorbehalten (Ziff. 2 Abs. 3)). Erlischt die Schürfkonzession, so tritt der Kanton unentgeltlich in alle Rechte des Konzessionärs ein. Er kann insbesondere über die Bohrlöcher und -stellen sowie über die Gesteinsproben verfügen. Alle geologischen und geophysikalischen Feldberichte sowie allfällige weitere Aufnahmen über ausgeführte Schürfarbeiten sind der Konkordatskommission unentgeltlich zur Verfügung zu stellen (Ziff. 9 Abs. 1). Weist der Konzessionär nach, dass in einem Teil des Schürfgebiets Erdöl in solcher Menge und Beschaffenheit entdeckt wurde, dass eine zur wirtschaftlichen Verwendung führende Gewinnung möglich erscheint, so erhält er für das gesamte Schürfgebiet eine Ausbeutungskonzession für die Dauer von achtzig Jahren (Ziff. 10 Abs. 1 und 2).

3.3 Gemäss Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz;

BGBM; in Kraft seit 1. Juli 2006) hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen und darf Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht diskriminieren.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Schürfkonzession sei während 56 Jahren immer wieder verlängert worden. Der Beschwerdegegner habe ihr damit mehrfach attestiert, dass sie in der Lage sei, den Untergrund zu erforschen und bestmöglich zu erschliessen. Aufgrund der zahlreichen Konzessionsverlängerungen bestehe ein Vertrauenstatbestand für eine mindestens fünfjährige Weiterführung der Konzession. Es seien keine sachlichen Gründe ersichtlich, die gegen eine Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses sprächen, weshalb die Beschwerdeführerin nicht mit dem Erlöschen der Konzession rechnen müssen.

4.2 Seit Konzessionsbeginn im Jahr 1957 habe die Beschwerdeführerin allein (teilweise in Zusammenarbeit mit Partnerunternehmen) für Explorationen im Konkordatsgebiet gesorgt. Dabei habe sie insgesamt rund 100 Mio. Franken ausgegeben, rund 3'200 km Seismikforschung betrieben, zwischen 1960 und 2000 acht Bohrungen mit einer Gesamttiefe von fast 17 km unternommen sowie 2004 in B eine zweite Tiefenbohrung vorgenommen. Im Übrigen habe sie im Konkordatsgebiet nicht nur zahlreiche Erdöl- und Erdgasexplorationen vorgenommen, sondern auch ein Bohrkernlager erstellt und eine einmalige Sammlung geologischer Daten angelegt, die sie der interessierten Öffentlichkeit unentgeltlich zur Verfügung gestellt habe.

4.3 Bis anhin habe die Beschwerdeführerin zwar nur wenige ausbeutbare Lagerstätten gefunden. Doch zurzeit biete sie mehr denn je Gewähr für effiziente Erdölexplorationen: Seit 2010 stehe ihr eine höchst erfahrene und äusserst finanzkräftige Partnerin zur Seite, nämlich die amerikanische Explorations- und Ausbeutungsfirma Y. _____ LLC bzw. die diesem Unternehmen gehörende Tochtergesellschaft Z. _____ AG - eine zürcherische Aktiengesellschaft, deren Eigner A. über grosse finanzielle Reserven verfüge. Die Y. _____ LLC habe sich vertraglich dazu verpflichtet, mit der Beschwerdeführerin in der ganzen Schweiz zusammenzuarbeiten und das Kostenrisiko der Explorationen bis zur ersten Produktionsbohrung zu übernehmen. Als Gegenleistung habe die Beschwerdeführerin der Z. _____ AG einen Grossteil ihres Gewinnanspruchs für künftige Ausbeutungen abgetreten. Bald würden neue, von der Y. _____ LLC am 24. Mai 2013 bestellte Bohrgeräte zur Verfügung stehen, die sich für "Slimhole"-Bohrungen eignen. Mit diesen Geräten würden neuartige, horizontale Bohr- und Fördertechniken möglich, die in den USA bereits praktiziert würden und die die Fundwahrscheinlichkeit im Molassebecken des schweizerischen Mittelandes im Vergleich zu den bisherigen Explorationsmethoden deutlich erhöhten. Mit den neuen Geräten werde die Erforschung des tiefen Untergrunds erheblich einfacher, kostengünstiger und umweltschonender.

4.4 Die Beschwerdeführerin habe der Konkordatskommission ein Arbeitsprogramm präsentiert, aus dem sich ergebe, dass ihre Partnerorganisation Z. _____ AG in

den nächsten vier Jahren Aufwendungen in der Höhe von 15,6 Mio. Franken vorsehe. Zurzeit prüfe die Z. _____ AG Explorationen an drei konkreten Bohrstandorten im Konkordatsgebiet; der aussichtsreichste Standort liege in der Gemeinde C. _____. Im August 2013 habe sich der Gemeinderat C. _____ mit Probebohrungen einverstanden erklärt. Anfang September 2013 habe der Gemeinderat die Bewohner mit einem Flyer darüber informiert, dass ein Konsortium aus Z. _____ AG (90 %) und der Beschwerdeführerin (10 %) während drei Monaten Probebohrungen vornehmen werde.

4.5 Monopolkonzessionen müssten heute zwar auf dem Ausschreibungsweg vergeben werden. Da aber eine kurzfristige Ausschreibung nicht möglich sei, beantrage die Beschwerdeführerin eventualiter, dass die Sache zur weiteren Untersuchung und zum Neuentscheid durch den Regierungsrat zurückgewiesen und das vorinstanzliche Verfahren bis zur Ausschreibung der Konzession sistiert werde. Falls die Beschwerdeführerin als Siegerin aus dem Ausschreibungsverfahren hervorgehe, sei die Sistierung aufzuheben und die Konzession zu verlängern.

(...)

5.

5.1 Gemäss Rechtsprechung und Lehre verleiht der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Vorausgesetzt wird, dass die Person, die sich auf den Vertrauensschutz beruft, berechtigterweise auf diese Grundlage vertrauen durfte und gestützt darauf nachteilige Dispositionen getroffen hat, die sie nicht mehr rückgängig machen kann (BGE 137 I 69 E. 2.5.1). Die Privaten können nicht ohne Weiteres auf den Fortbestand eines geltenden Gesetzes vertrauen, sondern müssen mit dessen Revision rechnen. Das Prinzip des Vertrauensschutzes kann aber angerufen werden, wenn die Privaten durch eine unvorhersehbare Rechtsänderung in schwer wiegender Weise in ihren gestützt auf die bisherige gesetzliche Regelung getätigten Dispositionen getroffen werden und keine Möglichkeit der Anpassung an die neue Rechtslage haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 641 f.). Diesfalls ergibt sich aus dem Prinzip des Vertrauensschutzes unter Umständen ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung (BGE 134 I 23 E. 7.6.1).

5.2 Das Bundesgericht hat sich im Zusammenhang mit der Verlängerung von Bewilligungen verschiedentlich mit der Thematik des Vertrauensschutzes auseinandergesetzt. Darauf ist im Folgenden einzugehen, zumal keine sachlichen Gründe ersichtlich sind, die dafür sprechen könnten, im Fall einer Konzession von einem weitergehenden vertrauensschutz-rechtlichen Verlängerungsanspruch auszugehen als im Fall einer Bewilligung.

5.2.1 In einem Urteil von 1976 erwog das Bundesgericht im Zusammenhang mit einer Taxihalterbewilligung, auch eine mehrfache Erneuerung einer Bewilligung gebe dem Bewilligungsinhaber grundsätzlich keinen Anspruch auf unveränderte Fortsetzung des Bewilligungsverhältnisses bei Ablauf der Bewilligungsdauer (BGE 102 Ia 438 E.

7a). Vernünftigerweise lasse sich aber nicht die Regel aufstellen, dass ein Taxihalter nach Ablauf der zweijährigen Bewilligungsdauer mit der Nichterneuerung der Bewilligung zu rechnen habe und seine geschäftlichen Dispositionen entsprechend treffen müsse. Trotz der zeitlichen Beschränkung der Bewilligung dürfe der Bewilligungsempfänger ein gewisses berechtigtes Vertrauen haben, dass die Erneuerung der Bewilligung nur dann verweigert werde, wenn das öffentliche Interesse an einer von der bisherigen Praxis abweichenden Nichterneuerung das private an der Weiterführung der bisherigen Bewilligungspraxis überwiege. Die im Vertrauen auf die regelmässige Erneuerung der Bewilligung in angemessener Weise getroffenen Dispositionen könnten im Einzelfall im Laufe der Zeit ein derartiges Gewicht erhalten, dass die Rechtsstellung des Bewilligungsinhabers faktisch die gleiche sei, wie wenn ihm die Bewilligung unbefristet auf Dauer erteilt worden wäre (BGE 102 Ia 438 E. 7b). Im konkreten Fall verneinte das Bundesgericht ein überwiegendes Interesse des Taxihalters an der Bewilligungserneuerung, da die vernünftigerweise im Hinblick auf die Bewilligung gemachten Investitionen mittlerweile (nach gesamthaft rund 7 bis 8 Jahren) amortisiert waren (BGE 102 Ia 438 E. 7c).

5.2.2 In einem 1982 ergangenen Urteil hielt das Bundesgericht zum soeben erwähnten Leitentscheid von 1976 folgende Präzisierung fest: Zwar sei daran festzuhalten, dass die im Taxigewerbe erforderlichen Investitionen vernünftigerweise auf längere Sicht hinaus getätigt werden müssten, weshalb der Bewilligungsinhaber die daraus entspringenden Vorteile während einer angemessenen Zeitdauer ausnützen können sollte. Diese Rücksichtnahme auf bisherige Bewilligungsinhaber dürfe aber nicht dazu führen, dass ein Zustand, der andere Gewerbebetriebe diskriminiere, auf unabsehbare Zeit hinaus von der Bewilligungsbehörde zementiert werde (BGE 108 Ia 135 E. 5a). Seitens der Lehre wurde zum Leitentscheid von 1976 angemerkt, dass das Bundesgericht die Vertrauensgrundlage in BGE 102 Ia 438 nur deshalb bejaht habe, weil die Taxifahrer ungeachtet der kurzen Bewilligungsdauer dazu gezwungen gewesen seien, längerfristige Dispositionen zu treffen. Die Befristung würde indessen ihre Warnfunktion verlieren und müsste nicht mehr ernstgenommen werden, wenn Inhaber von Bewilligungen auf einen längeren Bestand vertrauen dürften, sobald sich ihr Aufwand sonst nicht mehr lohne (BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel und Frankfurt am Main 1983, S. 192).

5.3 In einem Entscheid von 2004 folgerte das Bundesgericht aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbebetriebe, dass beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürften, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhielten und andere gar nichts. Anzustreben sei vielmehr eine Regelung, die abwechslungsweise allen Konkurrenten die Möglichkeit gebe, am Wettbewerb teilzunehmen. Dabei sei jeweils auch dem aus der Eigentumsgarantie und dem Gebot von Treu und Glauben fliessenden Prinzip des Schutzes getätigter Investitionen Rechnung zu fragen, welches rechtfertige, bereits ausgeübte Tätigkeiten anders zu behandeln als solche, die erst noch beabsichtigt seien (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.2).

6.

6.1 Aus dem Wortlaut der Schürfkonzession von 1957 lässt sich nach 56-jähriger Konzessionsdauer kein Anspruch auf eine Verlängerung ableiten: Die Absätze 2 und 3 von Ziff. 2 sehen als Regelfall bereits nach 10-jähriger Konzessionsdauer die Erteilung an einen anderen Konzessionär vor - unabhängig davon, ob der bisherige Konzessionär Gewähr für eine ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl bietet oder nicht. Ein Ausnahmefall gemäss Ziff. 2 Abs. 3 in Verbindung mit Ziff. 13 Abs. 1 liegt nicht vor, da die Beschwerdeführerin mangels bisheriger Erdölfunde keine Ausbeutungskonzession erhalten hat (vgl. Ziff. 10). Die Schürfkonzession verbietet eine Konzessionsverlängerung nach 56-jähriger Dauer zwar nicht, gewährt aber gleichzeitig auch keinen Anspruch auf eine Fortsetzung des Konzessionsverhältnisses.

6.2 Aus der Rechtsprechung zu Bewilligungen, die im vorliegenden Zusammenhang auch für Konzessionen massgebend ist (E. 5.2), geht hervor, dass der Vertrauensschutz nur ganz ausnahmsweise einen Verlängerungsanspruch verleiht. Der Umstand allein, dass eine Konzession mehrfach verlängert wurde, bewirkt keinen solchen Anspruch. Hinzukommen muss vielmehr, dass im Hinblick auf die Konzession nach Treu und Glauben Investitionen getätigt werden müssten, die sich innerhalb der vorgesehenen Konzessionsdauer nicht amortisieren liessen (vgl. E. 5.2.1, 5.2.2 und 5.3).

6.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie für ihre bisherigen Aktivitäten (seit 1957) insgesamt 100 Mio. Franken ausgegeben habe. Gleichzeitig räumt sie ein, dass sie lediglich acht Bohrungen zwischen 1960 und 2000 sowie eine Tiefenbohrung im Jahr 2004 vorgenommen habe (vgl. E. 4.2). Aus den Semesterberichten der Beschwerdeführerin geht denn auch hervor, dass sie seit 2005 keine Feldarbeiten mehr durchgeführt hat. Im Konzessionsgesuch vom 16. Februar 2012 legte sie ferner dar, dass der tiefe Untergrund der Schweiz im Gegensatz zu jenem der Nachbarländer bis heute nur sehr wenig erforscht worden sei; aus den bisherigen Bohrungen ergebe sich ein unvollständiges Bild, das keine endgültigen Schlüsse über mögliche Erdöl- und Erdgasvorkommen in der Schweiz zulasse. Angesichts des relativ bescheidenen Umfangs der Aktivitäten der Beschwerdeführerin liesse sich fragen, ob ihre Behauptung zutrifft, dass sie im Rahmen ihrer bisherigen Konzessionstätigkeit rund 100 Mio. Franken ausgegeben hat. Die Frage kann aber offenbleiben. Massgebend ist vielmehr, dass nicht ersichtlich ist und auch von der Beschwerdeführerin selber nicht geltend gemacht wird, dass sie die Investitionen nicht amortisieren konnte, die sie für ihre bisherigen (bis 2004 erfolgten) Aktivitäten tätigte. Unter diesen Umständen besteht vor dem Hintergrund der Rechtsprechung (vgl. E. 6.2) kein vertrauensschutzrechtlicher Anspruch auf eine weitere Verlängerung der Konzession.

6.4 Soweit sich die Beschwerdeführerin darauf beruft, dass sie Investitionen für künftige Aktivitäten getätigt habe, bezieht sie sich ausschliesslich auf vertragliche Zusicherungen, Dispositionen von Partnerunternehmen und Ankündigungen von Explorationstätigkeiten, die den Zeitraum nach dem 9. März 2012 betreffen (vgl. E. 4.3 und 4.4). Dies ist im Hinblick auf den Vertrauensschutz insofern relevant, als der Vorsitzende der Konkordatskommission an der Sitzung vom 9. März 2012, an der auch Vertreter der Beschwerdeführerin anwesend waren, die Verlängerung der Konzession in Frage stellte. Spätestens von diesem Tag an durfte die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben nicht mehr auf eine Konzessionsverlängerung vertrauen. Soweit sie nach dem 9. März 2012 Investitionen für den Zeitraum ab 2014 tätigte, obwohl sie um das mögliche Konzessionsende am 31. Dezember 2013 wusste, tat sie dies auf eigenes finanzielles Risiko hin. Aus den Investitionen der Beschwerdeführerin für künftige Aktivitäten lässt sich somit kein Anspruch auf Weitergeltung der Konzession ab 2014 ableiten.

6.5 Anzumerken ist, dass die Beschwerdeführerin bereits vor dem 9. März 2012 nicht (mehr) auf eine weitere Verlängerung der Konzession vertrauen durfte: Angesichts des Inkrafttretens von Art. 2 Abs. 7 BGBM musste vom 1. Juli 2006 an jedermann davon ausgehen, dass die Erteilung der Schürfkonzession an Private zwingend auf dem Weg der Ausschreibung erfolgt bzw. dass die freihändige Vergabe gegen Bundesrecht verstösst und mit den Grundsätzen der Transparenz und Wettbewerbsneutralität nicht mehr vereinbar ist (vgl. Botschaft des Bundesrats vom 24. November 2004 zur Änderung des Binnenmarktgesetzes, BBl 2004 465 ff., 483 und 485). Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass die Beschwerdeführerin bis am 30. Juni 2006 ein berechtigtes Vertrauen auf eine weitere Erneuerung der Konzession gehabt hätte, könnte sie sich seit der Gesetzesänderung vom 1. Juli 2006 nicht mehr darauf berufen: Die freihändige Konzessionsvergabe ist seit diesem Tag gesetzwidrig und die Beschwerdeführerin durfte nicht damit rechnen, aus einem allfälligen offenen Wettbewerb als Siegerin hervorzugehen.

6.6 Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den geltend gemachten Konzessionsfortsetzungsanspruch der Beschwerdeführerin zu Recht verneinte. Dabei kann offenbleiben, ob bzw. wie gut sich die Beschwerdeführerin - allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen - finanziell und betrieblich dazu eignet, den Untergrund zu erforschen und zu erschliessen bzw. die Forschung nach Erdöl fortzusetzen. Diese Frage wird im Rahmen eines allfälligen Ausschreibungsverfahrens zu beantworten sein.

(Abweisung der Beschwerde)

**Verwaltungsgericht des Kantons Glarus
VG.2013.00061, Urteil vom 6. November 2013**

in Sachen

X. _____ AG, Beschwerdeführerin

gegen

Regierungsrat des Kantons Glarus, Beschwerdegegner

betreffend

Konzession

Aus den Erwägungen

I. 1. a) Am 10. Dezember 1956 trat das Konkordat betreffend die Schürfung und Ausbeutung von Erdöl (nachfolgend: Konkordat) in Kraft. Die Landsgemeinde des Kantons Glarus erklärte am 6. Mai 1962 den Beitritt des Kantons Glarus zum Konkordat. Am 5. Juli 1962 erteilte der Regierungsrat der X. _____ AG, [...], erstmals "eine Konzession zur Aufsuchung und Ausbeutung von Erdöl" (nachfolgend: Konzession). Die Konzession wurde mehrmals verlängert, letztmals mit Beschluss vom 9. August 2007 bis zum 31. Dezember 2013.

b) Am 7. Mai 2013 wies der Regierungsrat ein Gesuch der X. _____ AG vom 16. Februar 2012 um eine weitere Verlängerung der Konzession bis zum 31. Dezember 2018 ab.

2. a) Dagegen erhob die X. _____ AG am 12. Juni 2013 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. (...)

II.

(...)

2. a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe gestützt auf das Vertrauensprinzip einen Anspruch auf Verlängerung der Konzession. Die Befürchtung des Beschwerdegegners, dass die Konzession ewig laufen würde, sei unbegründet. Ziff. 2 Abs. 2 der Konzession biete gerade die Sicherheit, dass die Konzession nach Ablauf der fünfjährigen Verlängerungszeitspanne stets neu geprüft werden müsse und folglich von vornherein nicht ewig dauern könne. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass ihr, der Beschwerdeführerin, der Bestand der Gewähr für die ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl im Konkordatsgebiet bereits zehnmal ausdrücklich attestiert und ihr gegenüber dadurch entsprechendes Vertrauen ausgesprochen worden sei. Diese Gewähr bestehe heute erneut und in noch höherem Mass. Indem der Beschwerdegegner ihr Arbeitsprogramm für die Folgejahre nicht gewürdigt und nicht berücksichtigt habe, dass die neuartigen Bohr- und Fördertechniken deutlich erhöhte Fündigkeitschancen zur Folge hätten, habe er das rechtliche Gehör verletzt. Eine Gehörsverletzung liege auch darin, dass sich der Beschwerdegegner nicht mit ihren Vorbringen vom 18. April 2013 an ihn auseinandergesetzt habe. Unverständ-

lich sei sodann, weshalb der Beschwerdegegner gerade jetzt, wo die Erforschung und bestmögliche Erschliessung des Untergrunds um einen Quantensprung verbessert gewährleistet sei, die Konzession erstmals nicht verlängert habe. Unbestritten sei schliesslich, dass die Konzession seit dem Inkrafttreten des revidierten Binnenmarktgesetzes möglicherweise auf dem Weg der Ausschreibung vergeben werden müsse. Allenfalls dränge sich diesbezüglich die Rückweisung der Sache an den Beschwerdegegner auf. Das zurückgewiesene Verfahren wäre mindestens bis zur Ausschreibung zu sistieren.

b) Der Beschwerdegegner führt im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin versuche auf gerichtlichem Weg eine weitere Verlängerung der Konzession zu erwirken, obwohl sowohl konkrete Projekte als auch die Gewähr für deren Umsetzung fehlen würden. Sie gehe letztlich davon aus, dass ihr auf ewig das ausschliessliche und besondere Recht zustehe, im Konkordatsgebiet nach Erdöl zu schürfen. Dieser Anspruch scheitere aber schon daran, dass Monopolkonzessionen nicht "erneuert" werden könnten. Vielmehr sei das Verfahren der Neukonzessionierung zu beachten. Dabei seien Monopolkonzessionen periodisch auszuschreiben.

3. a) Gemäss Art. 47 Abs. 1 KV stehen dem Kanton das Bergregal, das Salzregal, das Jagd- und das Fischereiregal zu. Die Schürfung und die Ausbeutung von Erdöl, wozu auch Erdgas, Asphalt und andere feste und flüssige Bitumina gehören (vgl. Ziff. 1 Abs. 2 des Konkordats), fallen unter das Bergregal. Beim Bergregal handelt es sich um ein historisches Monopol (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2575). Das Recht nach Erdöl zu schürfen und dieses auszubeuten bedarf einer (Monopol-)Konzession.

b) Gemäss Ziff. 2 der Konzession wird die Schürfkonzession für die Dauer von fünf Jahren erteilt (Abs. 1). Wenn nach Ablauf der Schürfkonzession eine Bohrung in Ausführung begriffen ist oder Gewähr besteht für ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl, wird das Schürfrecht angemessen verlängert (Abs. 2). Nach einer Dauer von insgesamt zehn Jahren soll dem gleichen Konzessionär in der Regel keine Schürfkonzession mehr erteilt werden (Abs. 3). Eine Ausnahme von der Beschränkung der Konzessionsdauer ist für den Fall vorgesehen, dass dem Konzessionär aufgrund der Entdeckung von Erdöl eine Ausbeutungskonzession erteilt worden ist (Ziff. 2 Abs. 3 i.V.m. Ziff. 13 Abs. 1 i.V.m. Ziff. 10 ff. der Konzession). Die Ausbeutungskonzession wird für 80 Jahre ab Zeitpunkt des Fundes erteilt (Ziff. 10 Abs. 2 der Konzession).

Die der Beschwerdeführerin erteilte und mehrmals verlängerte Konzession wurde zwar als "Konzession für die Aufsuchung und Ausbeutung von Erdöl" bezeichnet. Gemäss Ziff. 10 Abs. 1 und 2 der Konzession ist das Recht zur Ausbeutung aber davon abhängig, dass Erdöl entdeckt wurde. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin bisher kein Erdöl entdeckt hat, weshalb ihr das Recht zur Ausbeutung während 80 Jahren nicht zu erteilen war und auch nicht erteilt wurde.

Ein (durch Ziff. 2 Abs. 2 der Konzession bedingter) Anspruch auf Verlängerung der Konzession besteht nur im Rahmen der Gesamtdauer von zehn Jahren. Danach

lässt sich aus der Konzession kein Anspruch auf deren Verlängerung ableiten. Dies unabhängig davon, ob die Konzessionärin Gewähr für eine ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl bietet oder nicht. Die Konzession wurde der Beschwerdeführerin am 5. Juli 1962 erteilt. Da die zehn Jahre längst abgelaufen sind, lässt sich der Konzession kein Verlängerungsanspruch der Beschwerdeführerin entnehmen.

4. a) Gemäss Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Daraus wird das Vertrauensschutzprinzip abgeleitet, auf welches sich die Beschwerdeführerin beruft. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderes, bestimmte Entartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden. Die Berufung auf den Vertrauensschutz bedarf demnach zunächst einer Vertrauensgrundlage (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 627, 631).

b) Die Beschwerdeführerin sieht eine Vertrauensgrundlage darin, dass die Konzession bereits neunmal verlängert und ihr jeweils attestiert worden sei, Gewähr für die ernsthafte Fortsetzung der Forschung nach Erdöl zu bieten.

Die Konzession wurde für fünf Jahre erteilt. Es bestand zwar unter bestimmten Voraussetzungen ein Anspruch auf deren Verlängerung, vorgesehen war aber eine Begrenzung der Konzessionsdauer auf zehn Jahre. Nach Ablauf der zehn Jahre stand es dem Beschwerdegegner offen, die Konzession nicht mehr zu verlängern. Dass er die Konzession dennoch über längere Zeit jeweils um fünf weitere Jahre verlängerte, vermag nun entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine Vertrauensgrundlage zu bilden. Würde man nämlich ihrer Argumentation folgen, verkäme das Verfahren um Verlängerung der Konzession zur Farce. Die Beschwerdeführerin könnte sich stets auf das Vertrauensschutzprinzip berufen und so den Entscheid der Konzessionsbehörde vorwegnehmen. Mit anderen Worten stünde es im Belieben der Konzessionärin, ob die Konzession verlängert wird oder nicht. Dies ist klarerweise nicht gewollt und widerspricht der vorgesehenen Begrenzung der Dauer gemäss Ziff. 2 Abs. 3 der Konzession. So musste die Beschwerdeführerin nach Ablauf der ersten zehn Jahre damit rechnen, dass ihrem jeweiligen Gesuch um Verlängerung der Konzession nicht mehr entsprochen wird, beispielsweise wenn es weitere Ansprecher geben oder die Nutzung gesetzlich neu geregelt werden sollte. Dies entspricht auch der Forderung, wonach beschränkt vorhandene Güter im Prinzip nicht so zugeteilt werden dürfen, dass einige eine unbeschränkte Leistung erhalten und andere gar nichts (BGE 130 I 26 E. 6.3.3.2).

Noch weniger auf eine Verlängerung der Konzession vertrauen konnte die Beschwerdeführerin ab dem 1. Juli 2006, nachdem Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM) in Kraft getreten war. Dieser sieht nämlich vor, dass die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der

Ausschreibung zu erfolgen hat. Die Änderung des Binnenmarktgesetzes bezweckt eine Stärkung des Wettbewerbs. Es soll ein eigentlicher Binnenmarkt für derartige konzessionierte Tätigkeiten ermöglicht werden (Botschaft des Bundesrats über die Änderung des Binnenmarktgesetzes vom 24. November 2004, BBI 2005 465 ff., 483). Richtigerweise geht auch die Beschwerdeführerin davon aus, dass die Konzession auszuschreiben ist. Alleine weil der Beschwerdegegner darauf im Jahr 2007 verzichtet hatte, durfte sie nicht darauf vertrauen, dass auch danach keine Ausschreibung erfolgt. Eine eigentliche (gesetzeswidrige) Praxis des Beschwerdegegners besteht nicht.

Schliesslich wurde der Beschwerdeführerin auch nicht die behördliche Auskunft erteilt, dass ihre Konzession verlängert werde. Vielmehr musste ihr spätestens nach der Sitzung der Konkordatskommission vom 9. März 2012 bewusst geworden sein, dass eine Verlängerung der Konzession höchst unsicher war.

Zusammenfassend ergibt sich, dass keine Vertrauensgrundlage ersichtlich ist, auf welche sich die Beschwerdeführerin berufen könnte. Damit kommt allfälligen Investitionen der Beschwerdeführerin keine Bedeutung zu und greift ihre Rüge der Verletzung des Vertrauensschutzprinzips ins Leere.

5. a) Die Beschwerdeführerin stellt den Eventualantrag, dass die Sache an den Beschwerdegegner zurückzuweisen sei. Das zurückgewiesene Verfahren sei danach mindestens bis zur Ausschreibung der Konzession zu sistieren.

b) Gemäss Art. 94 Abs. 1 BV halten sich Bund und Kantone an die Wirtschaftsfreiheit. Im Sinne einer Ausnahme bleiben aber nach Art. 94 Abs. 4 BV die "historischen" kantonalen Monopole und Regale, worunter das Bergregal fällt, vorbehalten. Sie sind zulässig und dürfen durch die Kantone zu fiskalischen Zwecken genutzt werden. Ein Anspruch auf eine Konzessionserteilung besteht nicht (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2576, 2598). Immerhin hat die Konzessionsbehörde bei einer allfälligen Konzessionsvergabe dafür zu sorgen, dass sich an einer Konzession Interessierte in einem fairen Verfahren bewerben können (BGer-Urteil 1P.84/2006 vom 5. Juli 2006 E. 3.3). Dieser Anspruch wird durch die bundesrechtliche Regelung von Art. 2 Abs. 7 BGBM, welche eine Ausschreibung der Konzessionen vorsieht, konkretisiert.

c) Sollte der Beschwerdegegner die Konzession neu erteilen wollen, hat er nach dem Gesagten für ein faires Verfahren zu sorgen. Er muss die Konzession ausschreiben, wobei es sich anbietet, beim Entscheid über die Konzessionserteilung die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge analog anzuwenden (Botschaft, a.a.O., S. 486). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin steht es ihm jedoch frei, auf eine Konzessionserteilung gänzlich zu verzichten. Ob überhaupt eine Konzession erteilt werden soll, steht nämlich ebenso weitgehend in seinem Ermessen wie der Austritt aus dem Konkordat (vgl. dazu Ziff. 10 Abs. 2 des Konkordats). Der Verzicht auf die Konzessionserteilung wäre zudem sachlich ohne Weiteres begründbar. So lässt sich beispielsweise die Auffassung vertreten, dass die Nutzung des Untergrunds vor einer erneuten Konzessions-

erteilung gesetzlich (neu) geregelt werden sollte. Nahe-
liegend wäre auch die Prüfung, ob überhaupt ein öffent-
liches Interesse an der Vergabe von Schürfkonzessionen besteht. Dies gerade auch im Hinblick darauf, dass die Beschwerdeführerin auf dem Kantonsgebiet bisher keine Aktivitäten entfaltet hat.

Daraus ergibt sich, dass eine Rückweisung der Sache an den Beschwerdegegner zur Ausschreibung der Kon-

zession nicht angezeigt ist, würde eine solche doch in unzulässiger Weise in das Ermessen des Beschwerdegegners, ob nach Ablauf der Konzession Ende 2013 erneut eine Konzession erteilt werden soll, eingreifen.

(Abweisung der Beschwerde)
